

**UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA
DE MÉXICO**

FACULTAD DE DERECHO

SEMINARIO DE DERECHO PENAL

“LA INCORPORACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD
DE SUPERIOR JERÁRQUICO AL CÓDIGO PENAL
FEDERAL”

T E S I S

QUE PARA OBTENER EL TÍTULO DE:

L I C E N C I A D A E N D E R E C H O

PRESENTA:

MIRIAM YAZMIN RAMOS HERNÁNDEZ

ASESOR: MTRO. ARMANDO JESÚS MENESES
LARIOS

CIUDAD UNIVERSITARIA, CD. MX.

2020



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis esta protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.

Dedicatorias

A mis padres:
María de Lourdes Hernández Sánchez,
Odilon Ramos Xaltenco,

*Por ser el pilar fundamental en lo que soy,
en toda mi educación y en mi vida, por su
incondicional apoyo a través de todo este
tiempo; por haber sido un gran ejemplo de
honorabilidad, trabajo, esfuerzo y éxito,
los admiro.*

*Todo este trabajo y carrera profesional fue
posible gracias a ustedes.*

Este logro es también suyo.

Agradecimientos

A mis padres, Lourdes y Odilón, gracias por haberme acompañado hasta este momento, por su comprensión, apoyo y amor a lo largo de todo este camino, todo lo que soy, es gracias a ustedes.

A mis hermanos, Alma Delia y Ulises Yared, Ramos Hernández, por estar presentes siempre, por su comprensión y soporte todo este tiempo.

A mi familia, pilar fundamental que ha forjado la persona que soy.

A la Universidad Nacional Autónoma de México, por abrirme sus generosas puertas y darme la invaluable oportunidad de formarme en sus aulas, es una enorme responsabilidad social que procuraré en todo tiempo corresponder.

A Gabriela Aguilera, por estar siempre, escucharme, comprenderme, tus consejos y apoyo incondicional.

A Susana Hernández y Stephanie Loza, increíbles acompañantes en este camino, por sus consejos, palabras de aliento e impulso y su invaluable amistad.

A Amara García y Jorge Velázquez, por su amistad fraterna e incondicional desde el inicio de la carrera, compartir conmigo este camino y crecer juntos.

Al Magistrado Ricardo Paredes Calderón, admirable juzgador y profesionalista, no pude tener mejor tutor profesional para el inicio de mi carrera en la Judicatura, gracias por confiar y creer en mí, por todas sus enseñanzas y por exigirme todos los días, porque ha forjado en mí pilares que acompañarán todo mi desempeño profesional.

A Mario García, Karla Ortiz, David Donato y Aldo Valdés, por permitirme crecer y aprender cada día profesionalmente de ustedes a lo largo de nuestra estancia en el Quinto Tribunal Unitario en Materia Penal y por su amistad incondicional.

A mi asesor, Armando Jesús Meneses Larios, por su orientación, tiempo y comprensión.

A los miembros de los equipos representativos de la Facultad de Derecho en las competencias “Víctor Carlos García Moreno” edición 2016 y “Concurso de Simulación Judicial ante la Corte Penal Internacional” edición 2018, por emprender y compartir conmigo el estudio del derecho penal internacional, así como el honor de representar a México en competencias internacionales, parte de lo aprendido con ustedes es reflejo de esta tesis.

Enero 2020

“Nada grande se ha hecho en el mundo
sin una gran pasión”

Hegel

LA INCORPORACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD DE SUPERIOR JERÁRQUICO AL CÓDIGO PENAL FEDERAL

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	I
--------------------	---

CAPÍTULO I

ORIGEN, CONCEPTO Y ALCANCE DE LA RESPONSABILIDAD DE SUPERIOR JERÁRQUICO

1.1 Derecho Internacional Humanitario.....	1
1.1.1 Derecho consuetudinario.....	1
1.1.1.1 Desarrollo anterior a la Primera Guerra Mundial.....	1
1.1.1.2 Evolución posterior a la Primera Guerra Mundial.....	3
1.1.2 Derecho convencional.....	5
1.1.2.1 Convenios de Ginebra de 1949.....	5
1.1.2.2 Protocolo I adicional a los Convenios de Ginebra de 1949.....	6
1.2 Derecho Penal Internacional.....	8
1.2.1 Tribunal Militar Internacional de Núremberg.....	8
1.2.2 Tribunal Militar Internacional para Oeste Lejano.....	10
1.2.3 Tribunales creados conforme la Ley No. 10 del Consejo de Control.....	13
1.2.4 Tribunales ad hoc.....	16
1.2.4.1 Tribunal Penal Internacional para Ruanda.....	16
1.2.4.1.1 Competencia	17
1.2.4.1.2 Naturaleza de la responsabilidad de superior jerárquico ...	18
1.2.4.1.3 Elementos de la responsabilidad de superior jerárquico....	18
1.2.4.2 Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia.....	19
1.2.4.2.1 Competencia.....	20
1.2.4.2.2 Naturaleza de la responsabilidad de superior jerárquico...21	
1.2.4.2.3 Elementos de la responsabilidad de superior jerárquico....21	

1.2.5 Corte Penal Internacional.....	23
1.2.5.1 Competencia.....	23
1.2.5.2 Naturaleza de la responsabilidad de superior jerárquico.....	24
1.2.5.3 Elementos de la responsabilidad de superior jerárquico.....	25
1.2.5.4 Juicio de Jean Pierre Bemba.....	27
1.2.5.5 Apelación de Jean Pierre Bemba.....	30

CAPÍTULO II

ARMONIZACIÓN LEGISLATIVA

2.1 Implementación de las normas internacionales en el ordenamiento jurídico mexicano.....	32
2.1.1 Implementación de las normas en el ordenamiento jurídico interno.....	32
2.1.2 Naturaleza de la norma.....	34
2.2 Bloque de constitucionalidad y convencionalidad.....	35
2.3 Normas internacionales que prevén la armonización legislativa respecto a la responsabilidad de superior jerárquico.....	38
2.3.1 Tratados internacionales involucrados en la armonización legislativa de la responsabilidad de superior jerárquico.....	38
2.3.1.1 Convenios de Ginebra y Protocolo Adicional I.....	39
2.3.1.2 Estatuto de Roma.....	41
2.3.1.2.1 Principio de complementariedad.....	42
2.3.1.3 Convención Americana sobre Derechos Humanos.....	47
2.3.1.3.1 Obligación de garantía.....	47
2.3.1.3.1.1 Deber de prevenir.....	48
2.3.1.3.2 Obligación de adecuar el derecho interno a las disposiciones de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.....	49
2.3.2 Derecho consuetudinario.....	52
2.3.2.1 Derecho internacional humanitario.....	52
2.4 Armonización del derecho interno.....	53
2.5 Problemáticas.....	55
2.5.1. Posturas.....	55

2.5.2 El ordenamiento jurídico mexicano.....	57
2.5.3 El tratamiento por la Suprema Corte de Justicia de la Nación.....	59
2.5.4. El principio y derecho humano de legalidad en materia penal.....	62

CAPÍTULO III

DERECHO COMPARADO

3.1 Tribunales penales internacionales.....	66
3.1.1 Calidad de superior jerárquico y relación superior-subordinado.....	66
3.1.1.1 Tribunal Penal Internacional para Ruanda.....	66
3.1.1.2 Tribunal Penal Internacional para la Ex Yugoslavia.....	67
3.1.1.3 Corte Penal Internacional.....	68
3.1.2 Comando efectivo y control o autoridad efectiva y control.....	70
3.1.2.1 Tribunal Penal Internacional para Ruanda.....	70
3.1.2.2 Tribunal Penal Internacional para la Ex Yugoslavia.....	71
3.1.2.3 Corte Penal Internacional.....	72
3.1.3 Tomar medidas necesarias y razonables.....	74
3.1.3.1 Tribunal Penal Internacional para Ruanda.....	74
3.1.3.2 Tribunal Penal Internacional para la Ex Yugoslavia.....	74
3.1.3.3 Corte Penal Internacional.....	76
3.1.4 Obligaciones del superior jerárquico.....	77
3.1.4.1 Tribunal Penal Internacional para Ruanda.....	77
3.1.4.2 Tribunal Penal Internacional para la Ex Yugoslavia.....	78
3.1.4.2.1 Prevenir.....	79
3.1.4.2.2 Sancionar.....	79
3.1.4.3 Corte Penal Internacional.....	80
3.1.4.3.1 Prevenir.....	80
3.1.4.3.2 Reprimir.....	81
3.1.4.3.3 Someter el asunto a las autoridades competentes para su investigación y persecución.....	82
3.1.5 Conducta cometida por los subordinados.....	83

3.1.5.1 Tortura.....	84
3.1.5.1.1 Derechos Humanos.....	84
3.1.5.1.2 Derecho Penal Internacional.....	85
3.1.5.1.3 Derecho Internacional Humanitario.....	86
3.1.5.2 Desaparición forzada de personas.....	87
3.1.5.2.1 Derechos Humanos.....	87
3.1.5.2.2 Derecho Penal Internacional.....	89
3.1.5.2.3 Derecho Internacional Humanitario.....	89
3.1.5.3 Ejecución extrajudicial.....	90
3.1.5.3.1 Derechos Humanos.....	90
3.1.5.3.2 Derecho Penal Internacional.....	92
3.1.5.3.3 Derecho Internacional Humanitario.....	93
3.1.6 Crímenes como resultado de la falla del superior.....	94
3.1.6.1 Tribunal Penal Internacional para la Ex Yugoslavia.....	94
3.1.6.2 Corte Penal Internacional.....	94
3.1.7 Elementos subjetivos.....	95
3.1.7.1 Tribunal Penal Internacional para Ruanda y la Ex Yugoslavia.....	96
3.1.7.1.1 Sabía.....	97
3.1.7.1.2 Tenía razón para saber.....	98
3.1.7.2 Corte Penal Internacional.....	100
3.1.7.2.1 Sabía.....	101
3.1.7.2.2 Debió haber sabido.....	102
3.2 Argentina.....	103
3.2.1 Titular de la posición de garante.....	103
3.2.1.1 Superiores militares de <i>iure</i>	104
3.2.1.2 Superiores civiles de <i>iure</i>	106
3.2.2 Obligaciones del superior jerárquico.....	111
3.2.3 Relación superior – subordinado.....	112
3.2.4 Elemento subjetivo.....	113
3.2.5 Delito que comete el subordinado.....	115

3.2.6	Distinción entre las penas.....	115
3.2.7	Comparativo con la jurisprudencia de tribunales penales internacionales.....	117
3.2.8	Cuadro ilustrativo.....	118
3.3	Uruguay.....	118
3.3.1	Titular de la posición de garante.....	119
3.3.1.1	Superiores militares de iure.....	119
3.3.1.2	Superiores civiles de iure.....	121
3.3.2	Obligaciones del superior jerárquico.....	123
3.3.3	Relación superior – subordinado.....	123
3.3.4	Elemento subjetivo.....	125
3.3.5	Delito que comete el subordinado.....	125
3.3.6	Distinción entre las penas.....	127
3.3.7	Comparativo con la jurisprudencia de tribunales penales internacionales.....	130
3.3.8	Cuadro ilustrativo.....	131

CAPÍTULO IV

PROPUESTA DE INCORPORACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD DE SUPERIOR JERÁRQUICO AL CÓDIGO PENAL FEDERAL

4.1	Justificación de la reforma al Código Penal Federal.....	132
4.2	Elementos de la Responsabilidad de Superior Jerárquico.....	137
4.2.1	Elementos objetivos.....	137
4.2.1.1	Calidad de superior jerárquico.....	137
4.2.1.1.1	Comandantes militares de <i>iure</i>	138
4.2.1.1.2	Comandantes civiles de <i>iure</i>	138
4.2.1.2	Relación superior-subordinado y comando efectivo y control o autoridad efectiva y control.....	139
4.2.1.2.1	Composición del Ejército y Fuerza Aérea.....	140
4.2.1.2.2	Cadena de mando del Ejército y Fuerza Aérea.....	144

4.2.1.2.3 Escala jerárquica del Ejército y Fuerza Aérea	147
4.2.1.2.4 Guardia Nacional.....	152
4.2.1.2.5 Cadena de mando de la Guardia Nacional	153
4.2.1.2.6 Escala jerárquica de la Guardia Nacional	156
4.2.1.3 Tomar medidas necesarias y razonables.....	158
4.2.1.4 Obligaciones del superior jerárquico	160
4.2.1.4.1 Superiores militares.....	160
4.2.1.4.2 Superiores civiles.....	161
4.2.1.5 Delito cometido por los subordinados para verificar la responsabilidad de superior jerárquico.....	163
4.2.1.6 Crímenes como resultado de la falla del superior	167
4.2.1.7 Punibilidad del superior jerárquico.....	168
4.2.1.7.1 Problemática.....	169
4.2.1.7.2 Formas de culpabilidad.....	170
4.2.1.7.3 Principio de culpabilidad y su relación con la punibilidad.....	171
4.2.1.7.4 Impacto de la naturaleza sui generis de la responsabilidad de superior jerárquico en la punibilidad.....	173
4.2.1.7.5 Propuesta.....	176
4.2.2 Elementos subjetivos.....	179
CONCLUSIONES	184
PROPUESTA	188
FUENTES DE CONSULTA	192
Tabla 1: Elementos de la responsabilidad de superior jerárquico establecidos anterior a la Primera Guerra Mundial.....	3
Tabla 2: Elementos de la responsabilidad de superior jerárquico establecidos posterior a la Segunda Guerra Mundial.....	4
Tabla 3: Elementos de la responsabilidad de superior jerárquico en el Protocolo I adicional a los Convenios de Ginebra.....	6
Tabla 4: Elementos de la responsabilidad de superior jerárquico en el Tribunal Militar Internacional para el Oeste Lejano.....	11

Tabla 5: Elementos de la responsabilidad de superior jerárquico en el Tribunal Militar de Estados Unidos en Núremberg.....	14
Tabla 6: Elementos de la responsabilidad de superior jerárquico en el Estatuto de Roma.....	25
Tabla 7: Prohibición de la tortura en los Convenios de Ginebra y Protocolos adicionales.....	86
Tabla 8: Prohibición de la ejecución extrajudicial en los Convenios de Ginebra y Protocolos adicionales.....	93
Tabla 9: Elementos subjetivos de la responsabilidad del superior jerárquico en los tribunales ad hoc y la Corte Penal Internacional	95
Tabla 10: Estructura orgánica de las Fuerzas Armadas de Argentina.....	105
Tabla 11: Cadena de mando de la Gendarmería Nacional Argentina.....	108
Tabla 12: Distinción entre penas para autores y superiores jerárquicos en Argentina.....	116
Tabla 13: Elementos de la responsabilidad de superior jerárquico en Argentina.....	118
Tabla 14: Estructura jerárquica del Ejército de Uruguay	120
Tabla 15: La responsabilidad del superior jerárquico en Uruguay	131
Tabla 16: Niveles de mando en el Ejército y Fuerza Aérea Mexicanos.....	144
Tabla 17: Grados en el Ejército y Fuerza Aérea Mexicanos.....	148
Tabla 18: Cadena de mando de la Guardia Nacional.....	153
Tabla 19: Grados en la Guardia Nacional.....	156
Tabla 20: Numerus clausus en leyes generales.....	167
Tabla 21: Formas de culpabilidad en el Código Penal Federal.....	170
Tabla 22: Punibilidad de los delitos de homicidio, desaparición forzada de personas y tortura.....	177
Tabla 23: Punibilidad propuesta para el superior jerárquico.....	178
Figura 1: Estructura del Ejército Mexicano.....	141
Figura 2: Estructura de la Fuerza Aérea Mexicana.....	143

INTRODUCCIÓN

La propuesta motivo de la presente investigación es la incorporación de la responsabilidad del superior jerárquico al Código Penal Federal, por su omisión en la prevención, represión o sometimiento del asunto a las autoridades competentes en la comisión de los delitos de tortura, desaparición forzada de personas y ejecución extrajudicial (homicidio) cometido por sus subordinados.

Para efectos de justificar la propuesta, en el primer capítulo titulado “*Origen, concepto y alcance de la responsabilidad del superior jerárquico*” expondremos los orígenes de esta forma de responsabilidad en el derecho internacional humanitario consuetudinario, que data desde finales del siglo XVII; también analizaremos la evolución en su regulación con el curso de la Primera y Segunda Guerra Mundial y su desarrollo y aplicación por el Tribunal Militar Internacional de Núremberg, el Tribunal Militar Internacional para el Oeste Lejano y los Tribunales Creados con arreglo a la Ley No. 10 del Consejo de Control.

Posterior a dicho contexto histórico, expondremos la codificación de las normas que prevén dicha forma de responsabilidad en los Convenios de Ginebra de 1949, así como la creación posterior de los Protocolos Adicionales I y II, de dichos Convenios.

Asimismo, expondremos el contexto en que dicha forma de responsabilidad se reguló y aplicó en los tribunales *ad hoc*, el Tribunal Penal Internacional para Ruanda y el diverso Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia y la Corte Penal Internacional.

Expuestos los antecedentes de la responsabilidad del superior jerárquico, en el capítulo segundo denominado “*Armonización legislativa*” desarrollaremos las obligaciones internacionales del Estado Mexicano al tenor de las cuales, el legislador está obligado a realizar la armonización del derecho interno, ello en el ámbito del derecho internacional humanitario, el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho penal internacional, mismas que tienen que ser

cumplidas por México al tenor del principio *pacta sunt servanda* y, particularmente, al tenor del bloque de regularidad constitucional, que coloca a nivel constitucional las obligaciones internacionales.

Desglosaremos las obligaciones específicas, tratándose del derecho internacional humanitario, así como del derecho penal internacional, en el entendido que México es parte del Estatuto de Roma que regula la Corte Penal Internacional, por lo que sostenemos la ausencia de regulación de esta forma de responsabilidad es incompatible con el principio de complementariedad, bajo el cuál funciona la jurisdicción del citado tribunal internacional.

Por otra parte, relativo a las obligaciones derivadas de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, a partir del artículo 1.1, se desprenden las de garantía y respeto de los derechos humanos, para efectos de nuestro análisis, interesa la relativa vertiente de la primera obligación consistente en prevenir, en el entendido que involucra el establecimiento de medidas jurídicas que aseguren que las eventuales violaciones sean tratadas como delito y que sean susceptible de sancionarse. En este aspecto, cabe recordar que la propuesta versará sobre los delitos de tortura, desaparición forzada y ejecución extrajudicial cometida por los subordinados, que tienen el carácter de violaciones de derechos humanos.

Además, en dicho capítulo analizaremos la necesidad de la propuesta como un medio para armonizar el derecho interno, en el entendido que en 2017 se emitió la Ley General para Prevenir, Investigar y Sancionar la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes y la diversa Ley General en Materia de Desaparición Forzada de Personas, Desaparición cometida por Particulares y del Sistema Nacional de Búsqueda de Personas, que reconocen expresamente que los superiores jerárquicos serán considerados autores de los delitos respectivos, no obstante, no se ha realizado la armonización correspondiente.

Asimismo, esgrimiremos las razones por las que, al tenor del principio de legalidad que rige en materia penal, la solución más viable para su debido respeto

es la reforma al Código Penal Federal así como a las Leyes Generales de Tortura y Desaparición Forzada de Personas.

En el capítulo tercero “*Derecho comparado*”, estableceremos lo que la jurisprudencia del Tribunal Penal Internacional para Ruanda y de la Ex Yugoslavia así como la Corte Penal Internacional han establecido sobre los elementos de la responsabilidad de superior jerárquico.

Asimismo, abordaremos la regulación de la responsabilidad del superior jerárquico en Argentina y Uruguay, la selección de dichos países se debió a que comparten características similares a nuestro sistema jurídico, forman parte de la misma región geográfica y, en parte, tienen un contexto histórico similar.

El análisis de la forma de regulación de la responsabilidad de superior jerárquico en otros países y en tribunales penales internacionales dotará de elementos que permitirán justificar la propuesta, en el entendido que permitirá visualizar su desarrollo y adopción en legislaciones nacionales.

Finalmente, en el capítulo cuarto “*Propuesta de incorporación de la responsabilidad de superior jerárquico al Código Penal Federal*” desarrollaremos la justificación de la propuesta al Código Penal Federal así como la respectiva reforma a las Leyes Generales de Tortura y Desaparición Forzada de Personas.

Comenzaremos señalando las razones por las que la reforma debe ser respecto el Código Penal Federal, en razón del fuero, posteriormente, por la naturaleza de la forma de responsabilidad propuesta, analizaremos la estructura jerárquica y cadena de mando del Ejército y la Guardia Nacional, asimismo, se atenderán a las facultades y deberes de cada posición jerárquica para efecto de determinar qué posiciones tienen mando y autoridad, así como control efectivo.

Consecuentemente, desarrollaremos los elementos objetivos que la conforman, en este aspecto, para determinar qué delitos cometidos por los subordinados verificarán la responsabilidad penal del superior jerárquico atenderemos a los estándares del sistema interamericano de derechos humanos.

Referente a la punibilidad, analizaremos el ordenamiento jurídico así como sus principios para establecer una propuesta acorde con estos. Finalmente, justificaremos los elementos subjetivos que deberán probarse para considerar a un superior penalmente responsable por la conducta de sus subordinados.

El desarrollo expuesto permitirá tener las bases para justificar las razones por las que es un deber del Estado incorporar la responsabilidad del superior jerárquico al Código Penal Federal.

CAPÍTULO PRIMERO

ORIGEN, CONCEPTO Y ALCANCE DE LA RESPONSABILIDAD DE SUPERIOR JERÁRQUICO

1.1 Derecho Internacional Humanitario

El origen de la responsabilidad del superior jerárquico surgió en el derecho internacional humanitaria vía consuetudinaria, posteriormente sus elementos se cristalizaron en tratados internacionales, este origen se explica a partir de que las obligaciones que posteriormente se reconocerían a los superiores jerárquico, primero tuvieron un carácter de obligaciones estatales.

1.1.1 Derecho consuetudinario

En este aspecto, cabe destacar que las primeras obligaciones que se reconocieron a los superiores jerárquicos fueron las relativas al mantenimiento de la paz y seguridad de los pobladoras en donde sus tropas llegaban, la recaudación de impuestos y la sanción a los saqueos o pillajes, posteriormente estas obligaciones se establecieron de manera más generalmente.

1.1.1.1 Desarrollo anterior a la Primera Guerra Mundial

La responsabilidad de superior jerárquico tuvo origen en el derecho internacional humanitario consuetudinario¹, parte de la premisa de la existencia del deber jurídico del superior jerárquico respecto reprimir, sancionar o someter el asunto a las autoridades competentes determinadas conductas criminales cometidas por sus subordinados. Varios de los elementos de esta forma de responsabilidad, comenzaron a regularse desde finales del siglo XVII.

Entre los ordenamientos en los que se estima se originó esta forma de responsabilidad destaca el Código Lieber de 1863, en cuyo artículo 156 destacó el deber jurídico de los superiores jerárquicos en los siguientes términos “La justicia y

¹ Cfr. Henckaerts, Jean-Marie y Doswald-Beck Louise, *El derecho internacional humanitario consuetudinario*, Buenos Aires, Comité Internacional de la Cruz Roja, 2007, p. 623.

la eficiencia exigen al comandante militar proteger a los ciudadanos leales en los territorios rebeldes contra las vicisitudes de la guerra, tanto como las propias desgracias de la guerra lo permita”².

En el diverso 44, señaló como conductas prohibidas a los subordinados: el robo, pillaje o saqueo, la violación, el maltrato, la mutilación o el asesinato de los habitantes y también facultaba al superior a matar al subordinado que desobedeciera la orden de abstenerse de cometerlos³.

Lo anterior, evidencia tanto el reconocimiento de un deber jurídico de los comandantes militares respecto a supervisar la conducta de sus subordinados, así como la obligación de estos de abstenerse de cometer conductas ilícitas.

Otro de los instrumentos jurídicos que destaca es el Manual de Oxford de 1880 que reconoció, en el artículo 86, la facultad del comandante militar de “sancionar las infracciones a las leyes de la guerra cometidas por el enemigo” (deber de sancionar)⁴.

Posteriormente, en la Convención de las Leyes y Costumbres de la Guerra de 1907, en el artículo 3º, se reconoció que “la parte beligerante que violara las disposiciones de su reglamento sería responsable de todos los actos cometidos por las personas que fueran parte de sus fuerzas armadas”⁵.

Por otra parte, en su reglamento, en el artículo 43, señaló que la potencia ocupante, “debía tomar todas las medidas para restaurar y asegurar, tan pronto como fuera posible, el orden público y seguridad, respetando, a menos que estuviera impedida, las leyes vigentes en el país”⁶; en el diverso 46, señaló como

² Artículo 156, Instrucciones para la Conducción de los Ejércitos de los Estados Unidos en Campaña (Código de Lieber), Washington D.C., firmado el 24 de abril de 1863, <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/3/1158/4.pdf> (traducción libre), 10 de septiembre de 2018, 20:33.

³ *Ibidem*, artículo 44.

⁴ Artículo 86. Las leyes de la guerra en la tierra (Manual Oxford), Oxford, Inglaterra, firmado el 9 de septiembre de 1880, <https://ihl-databases.icrc.org/ihl/INTRO/140?OpenDocument>. (traducción libre), 10 de septiembre de 2018, 20:52.

⁵ Artículo 3. Convención relativa a las leyes y costumbres de la guerra terrestre, La Haya, Países Bajos, firmada el 18 de octubre de 1907, <https://www.icrc.org/es/doc/resources/documents/misc/treaty-1907-hague-convention-4-5tdm34.htm> (traducción libre), 11 de septiembre de 2018, 18:50.

⁶ Artículo 43. Reglamento relativo a las leyes y costumbres de la guerra terrestre (H.IV.R), La Haya, Países Bajos, firmado el 18 de octubre de 1907, <https://www.icrc.org/spa/resources/documents/misc/treaty-1907-regulations-laws-customs-war-on-land-5tdm39.htm>, 11 de septiembre de 2018, 19:20.

bienes protegidos: “el honor familiar, la vida de las personas, la propiedad privada, las creencias religiosas y prácticas”⁷, así como reconoció en el artículo 51 la responsabilidad del comandante en jefe de recolectar contribuciones⁸.

Las disposiciones citadas dan cuenta de algunos elementos vigentes de la responsabilidad del superior jerárquico, entre ellos, la existencia de un deber jurídico de los comandantes respecto asegurar el orden público y seguridad de la sociedad, en particular, la vida de las personas. Asimismo, el reconocimiento del establecimiento de responsabilidad a través de diversos instrumentos dan cuenta de la voluntad de la comunidad internacional en la sanción de la omisión en dicho deber.

1.1.1.2 Evolución posterior a la Primera Guerra Mundial

Al término de la Primera Guerra Mundial, esta forma de responsabilidad ya vislumbraba un tema de discusión, así lo retrata el “*Reporte de la Comisión de la Responsabilidad de los autores de la guerra y aplicación de penas de 29 de marzo de 1919*”, creada por la Conferencia Preliminar de Paz en sesión plenaria de 25 de enero de 1919, compuesta por quince miembros de distintos países (entre ellos las grandes potencias y potencias con intereses especiales). Entre los temas que trató se ubicaron, (i) la responsabilidad de los autores de la guerra, (ii) violaciones a las leyes y costumbres de la guerra cometidas por las fuerzas del Imperio Alemán y sus aliados y (iii) responsabilidad personal⁹.

De dicho texto podemos identificar como elementos de esta forma de responsabilidad los siguientes¹⁰:

Elemento	Contenido
Titular del deber de garante	Autoridades civiles o militares, sin distinción de rango, incluyendo los jefes de Estado.

⁷ *Ibidem*, artículo 46.

⁸ *Ibidem*, artículo 51.

⁹ Cfr. “Reporte presentado a la Conferencia Preliminar de la Paz por la Comisión de la Responsabilidad de Autores de la Guerra y Aplicación de Penas”, *Revista Americana de Derecho Internacional*, Washington D.C., volumen 14, enero – junio de 1920, pp. 95-123, <https://www.legal-tools.org/en/browse/record/63159c/> (traducción libre), 11 de septiembre, 20:35.

¹⁰ Cfr. *Ibid.*

Deberes jurídicos	Prevenir o tomar medidas para prevenir (deber de prevenir) o poner fin o reprimir (deber de represión).
Objeto de protección	Violaciones a las leyes y costumbres de la guerra y leyes de la humanidad. Entendiendo por estas, de forma enunciativa más no limitativa: asesinatos y masacres, la tortura, violación, internamiento de civiles bajo condiciones inhumanas, deportación, pillaje, dejar en inanición deliberada a civiles, entre otras.

Tabla 1: Elementos de la responsabilidad de superior jerárquico establecidos anterior a la Primera Guerra Mundial
Elaboración: Propia.

Posterior a la Segunda Guerra Mundial, la práctica de los Estados gestó la cristalización de una norma consuetudinaria del derecho internacional humanitario –identificada por el Comité Internacional de la Cruz Roja como norma 153– aplicable en conflictos armados internacionales y no internacionales¹¹, relativa a la responsabilidad penal de los superiores jerárquicos por los crímenes cometidos por sus subordinados.

Los elementos reconocidos¹² en el desarrollo jurisprudencial fueron:

Elementos	Contenido
Titular del deber jurídico	Autoridades civiles y militares
Clase de relación entre el superior y el subordinado	De iure y de facto
Elemento subjetivo	Sabían o deberían haber sabido
Deberes jurídicos	Investigar y denunciar
Tipos de medidas a tomar	Necesarias y razonables

Tabla 2: Elementos de la responsabilidad de superior jerárquico establecidos posterior a la Segunda Guerra Mundial.
Elaboración: Propia.

Como se puede observar, ahora la responsabilidad del superior jerárquico reconoció elementos subjetivos, distinguió entre clases de relaciones entre

¹¹ Henckaerts, Jean-Marie y Doswald-Beck Louise, *op. cit.*, pp. 632 y 633.

¹² *Cfr. Ibidem*, pp. 634 a 636.

superiores y subordinados y calificó el tipo de medidas que se podían tomar como necesarias y razonables.

1.1.2 Derecho convencional

El desarrollo jurisprudencial y de la práctica estatal de la responsabilidad de superior jerárquico dio pauta para la codificación de dicha norma consuetudinaria en instrumentos internacionales.

1.1.2.1 Convenios de Ginebra de 1949

Por lo que hace a los instrumentos internacionales, el origen de la responsabilidad del superior jerárquico surgió con el reconocimiento de la existencia de un deber jurídico de los Estados –Altas Partes Contratantes– respecto a establecer medidas legislativas para “sancionar a las personas que hayan cometido u ordenado cometer, cualquiera infracción a los Convenios de Ginebra”, así como para “tomar medidas dirigidas a cesar su comisión”, como lo dispone el artículo 49 del I Convenio¹³, obligación cuyo incumplimiento deriva en responsabilidad internacional, como evidencia el numeral 51 del citado Convenio¹⁴ y los diversos 131, fracción III, del III Convenio¹⁵ y 147, fracción II, del IV Convenio¹⁶.

Sin embargo, los Convenios de Ginebra no establecían expresamente la forma en que dichas sanciones penales debían regularse.

¹³ Cfr. Artículo 49. Convenio I de Ginebra, para aliviar la suerte que corren los heridos y los enfermos de las fuerzas armadas en campaña, 1949, Ginebra, Suiza, aprobado el 12 de agosto de 1949, <https://www.icrc.org/es/doc/resources/documents/treaty/treaty-gc-1-5tdkna.htm>, 15 de septiembre de 2018, 22:33 (en lo subsecuente “I Convenio de Ginebra”); En el mismo sentido, los artículos 50 del II Convenio Ginebra para aliviar la suerte que corren los heridos, los enfermos y los náufragos de las fuerzas armadas en el mar, 1949, Ginebra, Suiza, aprobado el 12 de agosto de 1949, <https://www.icrc.org/es/doc/resources/documents/treaty/treaty-gc-2-5tdkwc.htm>, 15 de septiembre de 2018, 22: 40 (en adelante “II Convenio de Ginebra”); el artículo 129 del Convenio III de Ginebra relativo al trato debido a los prisioneros de guerra, 1949, Ginebra, Suiza, aprobado el 12 de agosto de 1949, <https://www.icrc.org/es/doc/resources/documents/treaty/treaty-gc-3-5tdkwx.htm>, 15 de septiembre de 2018, 22:45 (en lo subsecuente “III Convenio de Ginebra”) y el artículo 146 del Convenio IV de Ginebra relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra, 1949, Ginebra, Suiza, aprobado el 12 de agosto de 1949, <https://www.icrc.org/es/doc/resources/documents/treaty/treaty-gc-4-5tdkyk.htm>, 15 de septiembre de 2018, 22:45 (en adelante “IV Convenio de Ginebra”).

¹⁴ Cfr. *Ibidem*, artículo 51.

¹⁵ Cfr. Artículo 131, III Convenio de Ginebra, <https://www.icrc.org/es/doc/resources/documents/treaty/treaty-gc-3-5tdkwx.htm>, 16 de septiembre de 2018, 19:40.

¹⁶ Cfr. Artículo 147, IV Convenio de Ginebra, <https://www.icrc.org/es/doc/resources/documents/treaty/treaty-gc-4-5tdkyk.htm>, 16 de septiembre de 2018, 20:10.

1.1.2.2 Protocolo I adicional a los Convenios de Ginebra de 1949

Posteriormente, el Protocolo I adicional a los Convenios de Ginebra de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales de 1977, en su numeral 86, reiteró el deber referido en el apartado anterior y reguló expresamente la responsabilidad del superior jerárquico¹⁷, el artículo citado en su numeral 2¹⁸ y el diverso y 87¹⁹, reconocieron como sus elementos los siguientes:

Elemento	Contenido
Titular del deber de garante	Jefes militares. Al respecto, en los <i>Comentarios a los Protocolos Adicionales de 8 de Junio de 1977 de las Convenciones de Ginebra de 12 de agosto de 1949</i> , se señaló que la referencia a jefes militares va dirigida a todas las personas con responsabilidad de mando militar, desde los militares del más alto nivel hasta los líderes con unos cuantos hombres bajo su mando ²⁰ .
Relación superior – subordinado	Los miembros de las fuerzas armadas que están a sus órdenes y demás personas que se encuentren bajo su autoridad.
Deberes jurídicos	Impedir, reprimir, denunciar a las autoridades competentes o promover acciones disciplinarias o penales. El deber de prevenir involucra tomar medidas para que estos tengan conocimiento de sus obligaciones. Respecto el deber de reprimir dichas violaciones y denunciarlas a se les reconoce a los jefes militares la facultad de tomar las medidas necesarias disciplinarias o penales al respecto. Referente al deber de sancionar, este no se trata de transferir la competencia y las responsabilidades de las autoridades judiciales a los comandantes militares, incluso si se trata de un tribunal militar, sino más

¹⁷ Cfr. Artículo 86. Protocolo I adicional a los Convenios de Ginebra de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales, Ginebra, Suiza, firmado el 8 de junio de 1977, <https://www.icrc.org/es/document/protocolo-i-adicional-convenios-ginebra-1949-proteccion-victimas-conflictos-armados-internacionales-1977>, 16 de septiembre de 2018, 21:15 (En adelante, "Protocolo I").

¹⁸ Artículo 86. (2). Protocolo I, <https://www.icrc.org/es/document/protocolo-i-adicional-convenios-ginebra-1949-proteccion-victimas-conflictos-armados-internacionales-1977>, 16 de septiembre de 2018, 21:30. Cuyo texto refiere: El hecho de que la infracción de los Convenios o del presente Protocolo haya sido cometida por un subordinado no exime de responsabilidad penal o disciplinaria, según el caso, a sus superiores, si éstos sabían o poseían información que les permitiera concluir, en las circunstancias del momento, que ese subordinado estaba cometiendo o iba a cometer tal infracción y si no tomaron todas las medidas factibles que estuvieran a su alcance para impedir o reprimir esa infracción.

¹⁹ Artículo 87. Protocolo I, <https://www.icrc.org/es/document/protocolo-i-adicional-convenios-ginebra-1949-proteccion-victimas-conflictos-armados-internacionales-1977>, 16 de septiembre de 2018, 21:32. Cuyo texto señala "Deberes de los jefes. 1. Las Altas Partes contratantes y las Partes en conflicto exigirán que los jefes militares, en cuanto se refiere a los miembros de las fuerzas armadas que están a sus órdenes y a las demás personas que se encuentren bajo su autoridad, impidan las infracciones de los Convenios y del presente Protocolo y, en caso contrario, las repriman y denuncien a las autoridades competentes. 2. Con el fin de impedir y reprimir las infracciones, las Altas Partes contratantes y las Partes en conflicto exigirán que los jefes, según su grado de responsabilidad, tomen medidas para que los miembros de las fuerzas armadas bajo sus órdenes tengan conocimiento de las obligaciones que les incumben en virtud de lo dispuesto en los Convenios y en el presente Protocolo. 3. Las Altas Partes contratantes y las Partes en conflicto obligarán a todo jefe que tenga conocimiento de que sus subordinados u otras personas bajo su autoridad van a cometer o han cometido una infracción de los Convenios o del presente Protocolo a que se tome las medidas necesarias para impedir tales violaciones de los Convenios o del presente Protocolo y, en caso necesario, promueva una acción disciplinaria o penal contra los autores de las violaciones."

²⁰ Cfr. *Comité Internacional para la Cruz Roja, Comentarios a los Protocolos Adicionales de 8 de junio de 1977 de las Convenciones de Ginebra de 12 de agosto de 1949*, Ginebra, Kluwer Academic Publishers, 1987, p.1018.

	bien, se busca asegurar el ejercicio del poder con el que cuentan en cada nivel ²¹ .
Objeto de protección	Infracciones a los Convenios de Ginebra o al Protocolo I. A manera de ejemplo, podemos mencionar de manera enunciativa más no limitativa, la prohibición de todo atentado contra la vida y persona de las personas protegidas, en particular matarlos o exterminarlos, someterlos a tortura, efectuar en ellos experimentos biológicos, dejarlos deliberadamente sin atención médica o sin asistencia, o exponerlos a riesgos de contagio o de infección causados con esa finalidad (Artículo 12 del Protocolo I de Ginebra).
Elemento subjetivo	Saber o poseer información que permita concluir que un subordinado o una persona bajo sus órdenes estaba cometiendo o iba a cometer una infracción
Tipos de medidas a tomar	Factibles y necesarias

Tabla 3: Elementos de la responsabilidad de superior jerárquico en el Protocolo I adicional a los Convenios de Ginebra
Elaboración: Propia.

Establecido lo anterior, es importante destacar que el ámbito de aplicación de Protocolo I es un conflicto armado de carácter internacional²². Por otra parte, se destaca que el Protocolo II adicional a los Convenios de Ginebra de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional de 1977, aplicable a conflictos armados de carácter no internacional, no reconoce expresamente esta forma de responsabilidad²³, sin embargo, del artículo 4 prevé la prohibición de “ordenar que no haya sobrevivientes”²⁴ y el numeral 2 de dicha disposición señala la misma serie de actos prohibidos a que aludimos en la tabla anterior, de ahí que se pueda concluir que si está prohibida la emisión de ordenes en dicho sentido, también será sancionada la omisión en la impedir, reprimir o someter el asunto a las autoridades competentes las infracciones en conflictos de carácter no internacional, en ese sentido también lo establece la norma 153 consuetudinaria de derecho internacional humanitario²⁵.

²¹ Cfr. Comité Internacional para la Cruz Roja, *op. cit.*, p. 1022.

²² Cfr. Artículo 1º, numerales 3 y 4, del mismo Protocolo, en relación con el artículo 2º común de los Convenios de Ginebra.

²³ Cfr. Protocolo II adicional a los Convenios de Ginebra de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional, Ginebra, Suiza, firmado el 8 de junio de 1977, <https://www.icrc.org/es/doc/resources/documents/misc/protocolo-ii.htm>, 20 de septiembre de 2018, 20:26 (En adelante “Protocolo II”).

²⁴ Artículo 24 del Protocolo II.

²⁵ Cfr. Norma 153. Henckaerts, Jean-Marie y Doswald-Beck Louise, *op. cit.*, pp. 632 y 633; Comité Internacional de la Cruz Roja, *La responsabilidad de los superiores y la responsabilidad por omisión*, marzo 2014, <https://www.icrc.org/spa/assets/files/2014/command-responsibility-icrc-spa.pdf>, 22 de septiembre de 2018, 18:20.

1.2 Derecho penal internacional

En este aspecto, cabe destacar que finalmente en la materia en que los elementos de la responsabilidad del superior jerárquico tuvieron desarrollo preminente fue en el derecho penal internacional.

1.2.1 Tribunal Militar Internacional de Núremberg

Posterior a la Segunda Guerra Mundial, el primero de noviembre de 1943, se firmó en Moscú la Declaración con el mismo nombre, por representantes de Estados Unidos, Reino Unido y la Unión Soviética, en la cual, entre diversos aspectos, en el anexo diez, señalaron que, tratándose de los principales criminales de los crímenes cometidos durante la Segunda Guerra Mundial, que no tuvieran particular localización geográfica, serían sancionados por decisión conjunta de los aliados²⁶.

En 1945, se firmó el Acuerdo de Londres por Estados Unidos, Francia, Reino Unido y la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas, que estableció el Tribunal Militar Internacional de Nuremberg, el cual tendría competencia para juzgar a criminales de guerra quienes fueran acusados individualmente o como miembros de grupos u organizaciones²⁷.

En el mismo año, se emitió el Estatuto del tribunal, que en el artículo 6 señaló como su competencia material, los crímenes contra la paz, los crímenes de guerra, entre ellos, el asesinato de población civil y, finalmente, los crímenes contra la humanidad, entre otros, el asesinato y otros actos inhumanos cometidos contra población civil antes de la guerra o durante la misma²⁸.

En este tenor, son relevantes los “Principios de Derecho Internacional reconocidos en la Carta del Tribunal de Nuremberg y en la sentencia del Tribunal”,

²⁶ Cfr. Conferencia de Moscú de Secretarios de Exterior, Moscú, entonces Unión Soviética, celebrada el 1º de noviembre de 1943, <https://www.loc.gov/law/help/us-treaties/bevans/m-ust000003-0816.pdf> (traducción libre), 8 de octubre de 2018, 18:13.

²⁷ Cfr. Acuerdo De Londres Para El Establecimiento De Un Tribunal Militar Internacional, Londres, Inglaterra, firmado el 8 de abril de 1945, https://www.almendron.com/blog/wp-content/images/2015/01/Acuerdo_Londres_8_Agosto_1945.pdf (traducción libre), 8 de octubre de 2018, 19:22.

²⁸ Cfr. Artículo 6. Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Núremberg, Berlín, firmado el 6 de octubre de 1945, http://www.cruzroja.es/principal/documents/1750782/1852538/estatuto_del_tribunal_de_nuremberg.pdf/20090fa2-e5bf-447a-aa96-612403df2a66, 10 de octubre de 2018, 20:22.

en particular, el número II que señala que el hecho de que el derecho interno no imponga una pena por un acto que constituye un crimen bajo derecho internacional no releva de responsabilidad a la persona que lo cometió; el número III que refiere que el carácter del autor del crimen fuera jefe de Estado o responsable de un Gobierno Oficial no lo releva de responsabilidad bajo el derecho internacional y, finalmente, el número IV, que refiere que el hecho de que la persona actuara bajo orden de su gobierno o su superior, no lo releva de responsabilidad bajo el derecho internacional, si fácticamente le era posible una opción moral²⁹.

Los principios fueron un gran aporte al desarrollo consecuente de la forma de responsabilidad del superior jerárquico. Por otro lado, es cierto que el Estatuto del Tribunal no reconoció la responsabilidad de superior jerárquico, al señalar que solo sancionaría a las personas que cometieran la conducta de liderar, organizar o incitar un plan común para ejecutar los crímenes, así como a quienes fungieran como cómplices.

Sin embargo, en la jurisprudencia se advierte un pronunciamiento sobre comandantes militares y su conocimiento de los crímenes por sus subordinados, en la acusación contra Rosenberg.

Rosenberg, era miembro del Partido Nazi desde 1919, en 1933 fue nombrado Jefe de la Oficina de Asuntos Exteriores del NSDAP (APA), bajo esa posición estuvo a cargo de una organización cuyos agentes estaban activos en la liga Nazi en todas las partes del mundo, planeó un ataque a Noruega; formuló y ejecutó políticas de ocupación en Territorios del Este de Europa; estableció un sistema organizado de saqueo de propiedades públicas y privadas en países invadidos en Europa; formuló políticas de explotación, trabajo forzado; exterminio de judíos y oponentes del partido Nazi; se reconoció que tuvo conocimiento del tratamiento brutal y terror del que la población del Este era sujeta; sus directivas estaban dirigidas a la segregación de judíos en *guettos*. A pesar de que se reconoció que en ocasiones

²⁹ Cfr. Principios de Derecho Internacional reconocidos en la Carta del Tribunal de Núremberg y el Juicio del Tribunal, texto adoptado por la Comisión de Derecho Internacional en su segunda sesión, en 1950, http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/draft_articles/7_1_1950.pdf (traducción libre), 10 de octubre de 2018, 22:03.

se opuso al exceso y atrocidades cometidas por sus subordinados, ello no le favoreció, en tanto el exceso continuó hasta el fin. Es decir, su conducta represiva fue insuficiente como para eximirlo. Finalmente, fue considerado culpable de crímenes de guerra, contra la humanidad y contra la paz³⁰.

Doctrinariamente, la razón que se ha esgrimido para señalar por qué no se utilizó en casos concretos la responsabilidad de superior jerárquico por el Tribunal, es la circunstancia de que “los acusados Nazi eran directamente responsables como autores o partícipes en las atrocidades”³¹.

No obstante a lo anterior, se ha considerado que el origen de la responsabilidad de superior jerárquico fue su aplicación por el Tribunal en análisis³², afirmación con la que se coincide, pues los Principios de Nuremberg sentaron las bases para reconocer que las personas con posiciones de autoridad pueden ser responsables por crímenes internacionales.

1.2.2 Tribunal Militar Internacional para el Oeste Lejano

Este Tribunal fue establecido en virtud de la implementación de la Declaración del Cairo de primero de diciembre de 1943, la Declaración de Potsdam de veintiséis de julio de 1945, el Instrumento de Surrender de dos de septiembre del mismo año y finalmente, la Conferencia de Moscú de veintiséis de diciembre del citado año³³.

El juicio se siguió contra veintiocho personas acusadas de crímenes contra la paz, crímenes de guerra convencionales y crímenes contra la humanidad

³⁰ Cfr. Tribunal Militar Internacional de Nuremberg, Estados Unidos de América, República Francesa, Reino Unido de la Gran Bretaña e Irlanda del Norte y la Unión de Repúblicas Sovieticas Socialistas contra Wilhelm Göring et. al., Juicio de los grandes criminales de guerra, 8 de agosto de 1945, p. 293-296, <https://www.legal-tools.org/doc/388b07/pdf> (traducción libre), 20 de octubre de 2018, 20:13.

³¹ Ann B. Ching, “Evolución de la Doctrina de Responsabilidad de Comando a la luz de la decisión de Celebici del Tribunal Penal Internacional para la Ex Yugoslavia”, Revista de Derecho Internacional y Regulación Comercial de Carolina del Norte, Estados Unidos, volumen 25, número 1, 1999, p. 180, <http://scholarship.law.unc.edu/ncilj/vol25/iss1/4> (traducción libre), 20 de octubre de 2018, 20:33.

³² Cfr. Tribunal Penal Internacional para Ruanda, La Fiscalía vs. Jean Paul Akayezu, Sentencia, No. ICTR-96-4-T, 2 de septiembre de 1998, párr. 486 (En adelante “Sentencia de Jean Paul Akayezu”); Tribunal Penal Internacional para Ruanda, La Fiscalía vs. Juvénal Kajelijeli, Sentencia, No. ICTR-98-44A-T, 1 de diciembre de 2003, párr. 770 (En lo subsecuente “Sentencia de Juvénal Kajelijeli”).

³³ Cfr. Tribunal Militar Internacional para el Oeste Lejano, Estados Unidos de América, República de China, Reino Unido de la Gran Bretaña e Irlanda del Norte, Unión de las Repúblicas Sovieticas Socialistas, Australia, Canadá, República de Francia, Reino de Holanda, Nueva Zelanda, India y Filipinas contra Araki Sadao et. al., Juicio, 1 de noviembre de 1948, p. 2. https://www.legal-tools.org/en/browse/lfolder/0_27198/#results (traducción libre), 22 de octubre de 2018, 19:40.

cometidos del primero de julio de mil novecientos veintiocho al dos de septiembre de mil novecientos cuarenta y cinco³⁴.

Tratándose de la responsabilidad de superior jerárquico, es importante destacar el cargo 55 del escrito de cargos de la Fiscalía, que imputaba a los acusados su negligencia en haber ignorado su deber legal respecto tomar pasos adecuados para asegurarse de la observancia y prevención de violaciones a las leyes y costumbres de la guerra por sus subordinados, sobre los prisioneros de guerra y civiles en poder de Japón³⁵.

Al inicio de la sentencia, bajo el subtítulo “*Responsabilidad por crímenes de guerra contra prisioneros*” el Tribunal estableció algunos lineamientos sobre la responsabilidad de superior jerárquico, en los siguientes términos:

Determinó que la responsabilidad respecto los prisioneros de guerra y civiles internos corresponde al Gobierno que tiene su posesión, conforme la costumbre y la Convención de la Haya de 1907, responsabilidad que no se encontraba limitada solo a su mantenimiento, sino también se extendía a la prevención de actos inhumanos prohibidos por la costumbre³⁶. Los elementos desarrollados jurisprudencialmente de esta forma de responsabilidad fueron los siguientes:

Elemento	Contenido
Titular del deber de garante	Dicha responsabilidad necesariamente descansa en las personas que dirigen y controlan las funciones del gobierno, como en el caso, los miembros del Gabinete Japonés, quienes podían delegar dicho deber a otros.
Deberes jurídicos	Tales personas serían responsables si: (i) fallaban en establecer un sistema para asegurarse del propio tratamiento de prisioneros y la prevención de su maltrato, o (ii) una vez establecido dicho sistema, fallaban en su continuación y trabajo efectivo. También estableció que sería responsable aquél que teniendo conocimiento de la comisión de los crímenes, omite o falla en asegurarse en tomar medidas para prevenir la comisión de tales crímenes en el futuro.
Elemento subjetivo	Respecto el superior, tenía que probarse que:

³⁴ Cfr. *Ibidem*, p. 28.

³⁵ Cfr. *Ibidem*, p. 11.

³⁶ Cfr. *Ibidem*, p. 28.

	<p>1) Tenían conocimiento que tales crímenes serían cometidos y fallaba en tomar los pasos que se encontraban dentro de su poder para prevenir la comisión de tales crímenes en el futuro o</p> <p>2) Falló en adquirir tal conocimiento.</p> <p>Y como factores para establecer el conocimiento imputado determinó se valoraría: la notoriedad, cantidad y generalidad así como el tiempo y lugar en donde se ejecutaron los crímenes.</p>
--	---

Tabla 4: Elementos de la responsabilidad de superior jerárquico en el Tribunal Militar Internacional para el Oeste Lejano
Elaboración: Propia.

Entre los oficiales que fueron responsables por el cargo 55, destacan los siguientes:

HIROTA, Koki. Se determinó que no había evidencia respecto a que hubiere ordenado, autorizado o permitido crímenes de guerra, sin embargo, tratándose de las atrocidades cometidas en Nanking determinó que como Ministro Exterior había recibido reportes de dichas atrocidades inmediatamente después de la entrada de las fuerzas japonesas a la ciudad y, a pesar de que el Ministro de Guerra había ordenado que las atrocidades pararan, éstas continuaron sucediendo, por lo que el tribunal concluyó que deliberadamente abandonó su deber de no insistir ante el Gabinete respecto la toma de acción inmediata para ponerles fin, por lo que su inacción verificaba negligencia criminal³⁷.

MATSUI, Iwane. Era un oficial mayor del Ejército Japonés y alcanzó el rango de General, posteriormente fue nombrado Comandante en Jefe del Ejército en el Área Central China, fuerzas con las que capturó la ciudad de Nanking –cuyos acontecimientos se establecieron en párrafos anteriores–, el Tribunal determinó que por sus observaciones y los reportes de su staff, debió ser consciente de lo que estaba aconteciendo, a lo que sumó la circunstancia de que en su declaración mencionó que se le había informado de mal comportamiento de su ejército así como la existencia de reportes diarios que eran enviados a los agentes diplomáticos japoneses y aún con el conocimiento de lo que estaba aconteciendo, no realizó nada efectivo para abatir dichos horrores. Y aunque había emitido órdenes a sus tropas respecto su comportamiento adecuado, las mismas no tuvieron efecto, por lo que

³⁷ Cfr. *Ibidem*, p. 1160.

en virtud de su cargo, ostentó el deber de controlar sus tropas y proteger a los ciudadanos de Nanking y por su omisión en el mismo, determinó era criminalmente responsable³⁸.

Lo anterior, porque admitió que escuchó que las atrocidades se estaban cometiendo y que los gobiernos extranjeros estaban protestando contra su comisión, por lo que el tribunal determinó que era responsable porque no tomó ninguna acción efectiva para remediar la situación, aún cuando tuvo conocimiento de ésta³⁹.

SHIGEMITSU, Mamoru. Fue Ministro de Exterior, durante su cargo las Potencias protectoras transmitían a su oficina protesta tras protesta de los Aliados respecto el trato inhumano a los prisioneros; por la negativa a las Potencias protectoras para visitar, inspeccionar y entrevistar a prisioneros sin la presencia de autoridades japonesas y proveerles información sobre los nombres y ubicación de los mismos, el tribunal determinó que había una siniestra razón respecto la falla de los militares japoneses para proporcionar a la Oficina de Exterior respuestas satisfactorias, responder tardíamente o no responder, lo que incluso podía hacer presumir que había algo que esconder⁴⁰.

En conclusión, se determinó que dichas circunstancias le debieron haber hecho sospechar que el trato hacia los prisioneros no era el debido y debía tomar medidas para investigar el asunto, pues como miembro del gobierno tenía responsabilidad sobre ellos o presionar, incluso al punto de renunciar, al sospechar que una responsabilidad no estaba siendo cumplida⁴¹.

1.2.3 Tribunales creados conforme la Ley No. 10 del Consejo de Control

El Consejo de Control de Alemania promulgó la Ley No. 10 el 20 de diciembre de 1945, para dar cumplimiento a la Declaración de Moscú y al Acuerdo de Londres.

³⁸ Cfr. *Ibidem*, pp. 1180, 1181 y 1182.

³⁹ Cfr. *Ibidem*, p. 1183.

⁴⁰ Cfr. *Ibidem*, p. 1194.

⁴¹ Cfr. *Ibidem*, p. 1195.

Esta tenía por objeto establecer una base legal uniforme en Alemania para la persecución de criminales de guerra y otros crímenes similares⁴².

El artículo 2 de la ley citada reconoció “los crímenes contra la paz; los crímenes de guerra, entre ellos asesinato, y crímenes contra la humanidad”⁴³, incluidas pero no limitadas a asesinato, tortura y actos inhumanos.

Con la mencionada ley, Estados Unidos de América creó tribunales militares como parte de la administración de la ocupación de la zona de los Estados Unidos en Alemania⁴⁴ y Francia creó el Tribunal General del Gobierno Militar de la Zona Francesa de Ocupación en Alemania⁴⁵, dichos tribunales utilizaron el Estatuto de Núremberg⁴⁶.

De las resoluciones emitidas por el primer tribunal referido, destacan dos pronunciamientos sobre responsabilidad de comandantes militares por crímenes cometidos por sus subordinados, los casos Hermann Wilhelm Von Leeb y otros (“*The High Command Trial*”) y Wilhelm List y otros (“*Hostages Trial*”), resueltos por el Tribunal Militar de Estados Unidos en Núremberg.

Entre los pronunciamientos relevantes sobre la responsabilidad de superior jerárquico en ambas resoluciones, se destaca lo siguiente:

Elementos	Contenido
Titular de la posición de garante	El deber del comandante militar deriva de la autoridad ejecutiva así como su comando militar en territorio ocupado ⁴⁷ . La responsabilidad del comandante tenía carácter general y no se encontraba limitada a las unidades directamente bajo su comando, de manera que los

⁴² Cfr. Ley no. 10 del Consejo de Control, Berlín, 20 de diciembre de 1945, <https://www.legal-tools.org/doc/ffda62/pdf/> (traducción libre), 30 de octubre de 2018, 22:34.

⁴³ Artículo 2, *Ibidem*.

⁴⁴ Cfr. Comisión Preparatoria de la Corte Penal Internacional, Examen histórico de la evolución en materia de agresión, PCNICC/2002/WGCA/L.1, Nueva York, 24 de enero de 2002, párr. 119. <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r29046.pdf> (traducción libre), 30 de octubre de 2018, 23:05.

⁴⁵ Cfr. *Ibidem*, párr. 120.

⁴⁶ Cfr. *Ibidem*, párr. 121.

⁴⁷ Cfr. Tribunal Militar de Estados Unidos en Nuremberg, *La Fiscalía vs. Wilhelm List et. al., Juicio de los rehenes*, Caso No. 47, 19 de febrero de 1948, p. 69, http://www.worldcourts.com/imt/eng/decisions/1948.02.19_United_States_v_List2.pdf (en adelante “Juicio de los rehenes”) (traducción libre), 1 de noviembre de 2018, 20:50; Tribunal Militar de Estados Unidos en Núremberg, *La Fiscalía vs. Wilhelm von Leeb et. al., Juicio del Alto Comando Alemán*, Caso No. 72, 28 de octubre de 1948, p. 76. https://www.loc.gov/rr/frd/Military_Law/pdf/Law-Reports_Vol-12.pdf (En lo subsecuente “Juicio del Alto Comando Alemán”) (traducción libre), 5 de noviembre de 2018, 23:50.

	subordinados eran similarmente responsables en la medida de la extensión y autoridad ejecutiva que se les delegó ⁴⁸ .
Deber jurídico	Tenía el deber de mantener la paz y el orden así como sancionar el crimen y proteger las vidas y propiedades ⁴⁹ , no solo sobre los habitantes, sino también sobre sus tropas y auxiliares ⁵⁰ . Tenía también obligación de tomar pasos efectivos para prevenir la ejecución o recurrencia de crímenes ⁵¹ . Incluso, si el tiempo lo permite, se requiere que tome pasos para rescindir órdenes ilegales emitidas por alguien más así como evitar la recurrencia de éstas ⁵² .
Elemento subjetivo	El Tribunal partió de la premisa que el acto u omisión punible debía ser voluntario y criminal ⁵³ . Determinó que este elemento no podría presumirse y el conocimiento debía establecerse al momento del crimen ⁵⁴ . Señaló que el superior no podía ignorar hechos obvios y alegar ignorancia como defensa ⁵⁵ . Asimismo, se estableció la obligación del comandante de requerir reportes adecuados para allegarse de todos los hechos relevantes de los acontecimientos dentro de su alcance y poder. En ese sentido, el abandono de dicho deber no podría beneficiarle ⁵⁶ .
Objeto de protección	Entre las conductas cometidas por los subordinados se encontraban: la concentración de personas en campos, en donde fueron maltratados y sometidos a trabajo forzoso, también asesinato sistemático o deportación. Conductas prohibidas por las Regulaciones de la Haya de 1907 ⁵⁷ .

Tabla 5: Elementos de la responsabilidad de superior jerárquico en el Tribunal Militar de Estados Unidos en Núremberg
Elaboración: Propia.

De lo establecido en líneas anteriores, se pueden advertir diversos elementos de esta forma de responsabilidad vigentes, en primer lugar, el reconocimiento de la existencia de un deber jurídico de un comandante en un territorio ocupado de mantener la seguridad y la paz, no solo para sus fuerzas armadas, sino también para la población civil; también, respecto al elemento subjetivo, se vislumbra la exigencia al superior de tener conocimiento de las actividades que realizan sus subordinados y su deber de mantenerse informado; por último lugar, respecto a las conductas cometidas por los subordinados, conforme la competencia material de los Tribunales, estos fueron los crímenes de guerra y lesa humanidad.

⁴⁸ Cfr. Juicio de los rehenes, p. 70.

⁴⁹ Similar a lo establecido por el artículo 43 del Reglamento relativo a las Leyes y Costumbres de la Guerra Terrestre de 1907, <https://www.icrc.org/spa/resources/documents/misc/treaty-1907-regulations-laws-customs-war-on-land-5tdm39.htm>, 6 de noviembre de 2018, 22:08.

⁵⁰ Cfr. Juicio de los rehenes, p. 69; Juicio del Alto Comando Alemán, p. 68.

⁵¹ Cfr. Juicio de los rehenes, pp. 70 y 71.

⁵² Cfr. Ibidem, p. 71.

⁵³ Cfr. Ibidem, p. 75.

⁵⁴ Cfr. Juicio del Alto Comando Alemán, p. 79.

⁵⁵ Cfr. Juicio de los rehenes, p. 70.

⁵⁶ Cfr. Ibidem, p. 71.

⁵⁷ Cfr. Juicio de los rehenes, p. 70.

Y aunque esta forma de responsabilidad no se aplicó directamente, debido a que no se reconoció como tal en el Estatuto de Núremberg y en la Ley del Consejo No. 10, permite vislumbrar como sus elementos comenzaban a establecerse consuetudinaria y jurisprudencialmente.

1.2.4. Tribunales *ad hoc*

Posterior a la Segunda Guerra Mundial, a finales del siglo XX tuvieron lugar dos conflictos armados en Ruanda y Yugoslavia que tuvieron como consecuencia genocidio, crímenes de guerra y de lesa humanidad, ante dicha situación, el Consejo de Seguridad de la Organización de las Naciones Unidas tomó como medida para restaurar el establecimiento de tribunales *ad hoc* que permitieran sancionar a los responsables.

1.2.4.1 Tribunal Penal Internacional para Ruanda

El Consejo de Seguridad de la Organización de las Naciones Unidas mediante la resolución 935, adoptada el primero de julio de 1994, requirió al Secretario General establecer una Comisión de Expertos imparcial para examinar y analizar información y evidencia de las graves violaciones a derecho internacional humanitario cometidas en Ruanda así como la posible comisión de genocidio⁵⁸.

Posteriormente, el mismo órgano, considerando la información proporcionada por dicha comisión decidió, a través de la resolución 955⁵⁹, el ocho de noviembre de 1994, establecer el Tribunal Penal Internacional para Ruanda⁶⁰.

La razón de su determinación fue la preocupación por la documentación de la comisión de genocidio y otras violaciones de derecho internacional humanitario cometidas de forma sistemática, general y flagrante en Ruanda. El establecimiento de un tribunal internacional para la persecución de las personas responsables por

⁵⁸ Cfr. Consejo de Seguridad, Organización de las Naciones Unidas, Resolución 935, S/RES/935 (1994), Nueva York, 1 julio de 1994, <http://unscr.com/en/resolutions/doc/935> (traducción libre), 16 de noviembre de 2018, 18:26.

⁵⁹ Cfr. Consejo de Seguridad, Organización de las Naciones Unidas, Resolución 955, S/RES/955 (1994), Nueva York, 8 de noviembre de 1994, http://unictr.irmct.org/sites/unictr.org/files/legal-library/941108_res955_en.pdf (traducción libre), 16 de noviembre de 2018, 20:17, (En lo subsecuente "Resolución 955").

⁶⁰ En adelante, la referencia "Tribunal" referirá al Tribunal Penal Internacional para Ruanda, salvo referencia expresa en contrario.

dichos actos se consideró que ayudaría a lograr y contribuir al proceso nacional de reconciliación y restauración y mantenimiento de la paz, lo anterior, en términos del Capítulo VII de la Carta de Naciones Unidas⁶¹.

En el Estatuto del Tribunal Penal para Ruanda se determinó que su competencia sería la siguiente⁶².

1.2.4.1.1 Competencia

Tratándose de la competencia material, en los artículos 2 a 4 del Estatuto se estableció se sancionaría el genocidio, los crímenes contra la humanidad, entre ellos, el asesinato, tortura y otros actos inhumanos así como las violaciones al artículo 3 común de las Convenciones de Ginebra y su Protocolo adicional II, entre las que se encuentra el asesinato, tratos crueles, tortura y atentados al bienestar físico o mental de las personas⁶³.

Relativo a la competencia personal, en el artículo 5 se reconoció la jurisdicción del Tribunal sobre personas naturales⁶⁴ y en el diverso numeral 6(3) reconoció la responsabilidad de superior jerárquico en los siguientes términos:

3. El hecho de que cualquiera de los actos mencionados en los artículos 2 a 4 del presente Estatuto haya sido cometido por un subordinado no eximirá de responsabilidad penal a su superior si éste sabía o tenía razones para saber que el subordinado iba a cometer tales actos o los había cometido y no adoptó las medidas necesarias y razonables para impedir que se cometieran o para castigar a quienes los perpetraron.⁶⁵

Respecto la competencia territorial y temporal, en el artículo 7⁶⁶, se reconoció que el Tribunal sancionaría los crímenes cometidos en el territorio de Ruanda, incluida la superficie terrestre y el espacio aéreo así como el territorio de Estados

⁶¹ Cfr. Resolución 955, http://unictr.irmct.org/sites/unictr.org/files/legal-library/941108_res955_en.pdf (traducción libre), 16 de noviembre de 2018, 21:08.

⁶² El término "Estatuto" en el texto del texto de este apartado se refiere al Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Ruanda, salvo referencia expresa en contrario.

⁶³ Artículos 2 a 4, Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Ruanda, Nueva York, Estados Unidos, firmado el 8 de noviembre de 1994, <https://www.ohchr.org/sp/ProfessionalInterest/Pages/StatuteInternationalCriminalTribunalForRwanda.aspx>, 18 de noviembre de 2018, 22:08 (En lo subsecuente "Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Ruanda").

⁶⁴ *Ibidem*, Artículo 5.

⁶⁵ *Ibidem*, Artículo 6(3).

⁶⁶ *Ibidem*, Artículo 7.

vecinos, tratándose de violaciones graves al derecho internacional humanitario cometidas por ciudadanos ruandeses.

Asimismo, la competencia temporal abordaría desde el primero de enero al treinta y uno de diciembre de 1994.

1.2.4.1.2 Naturaleza de la responsabilidad de superior jerárquico

El Tribunal determinó que la responsabilidad del superior derivaba de la falla de actuar en violación a un deber de actuar⁶⁷, asimismo, reconoció que esta clase de responsabilidad constituía un principio de derecho internacional consuetudinario⁶⁸.

La violación del deber se verificaba por la falla en la prevención, represión o sanción de los crímenes cometidos por sus subordinados⁶⁹.

Adelantamos, que esta peculiar característica de la responsabilidad de superior jerárquico tendrá relevancia tratándose del establecimiento de la punibilidad, pues se distingue de la contribución de un autor material o partícipe, por lo que sostendremos que no podría sancionarsele igual que éstos.

1.2.4.1.3 Elementos de la responsabilidad de superior jerárquico

Del texto del Estatuto del Tribunal y vía jurisprudencial se determinó la responsabilidad de un superior cuando los siguientes tres elementos concurrían:

- (i) La existencia de una relación superior-subordinado entre la persona contra quien se dirige el cargo y el perpetrador del crimen
- (ii) El superior sabía o tenía razón para saber que el acto criminal se cometió o estaba a punto de cometerse

⁶⁷ Cfr. Tribunal Penal Internacional para Ruanda, La Fiscalía vs. Clément Kayishema et. al, Sentencia, No. ICTR-95-1-T, 21 de mayo de 1999, párr. 202 (En adelante, "Sentencia de Clément Kayishema et. al").

⁶⁸ Cfr. Sentencia de Clément Kayishema et. al., párr. 209; Tribunal Penal Internacional para Ruanda, La Fiscalía vs. Tharcisse Muvunyi, Sentencia, No. ICTR-2000-55A-T, 12 de septiembre de 2006, párr. 473 (En adelante "Sentencia de Tharcisse Muvunyi").

⁶⁹ Cfr. Tribunal Penal Internacional para Ruanda, La Fiscalía vs. Ignace Bagilishema, Sentencia, No. ICTR-95-1a-T, 7 de junio de 2001, párr. 37 (En lo subsecuente "Sentencia de Ignace Bagilishema").

(iii) El superior falló en ejercer control efectivo para prevenir el acto criminal o sancionar al perpetrador⁷⁰.

Adicionalmente, si bien no se estableció como requisito, se requería que los crímenes cometidos por los subordinados fueran los señalados en los artículos 2 a 4 del Estatuto⁷¹, la Sala de apelación en el caso Théoneste Bagosora, determinó como requisito adicional, que el superior lo fuera de subordinados suficientemente identificados⁷².

El desarrollo jurisprudencial de dicho tribunal se establecerá en el capítulo II, debido a que será parte de la justificación de la propuesta de los elementos objetivos, subjetivos y normativos de la responsabilidad del superior jerárquico.

1.2.4.2 Tribunal Penal Internacional para la Ex Yugoslavia

El Consejo de Seguridad de la Organización de las Naciones Unidas decidió establecer un tribunal internacional para la persecución de las personas responsables por violaciones graves a derecho internacional humanitario cometidas en el territorio de la Ex Yugoslavia desde 1991, a través de la resolución 808⁷³, adoptada el veintidós de febrero de 1993.

Posteriormente, mediante la resolución 827⁷⁴, de veinticinco de mayo de 1993, reiteró que el contexto de violaciones generalizadas y flagrantes del derecho internacional humanitario y la práctica de depuración étnica en el territorio de la Ex Yugoslavia, constituía una amenaza para la paz y seguridad internacionales y, como una medida *ad hoc* en términos del Capítulo VII de la Carta de la Organización de

⁷⁰ Cfr. Sentencia de Juvénal Kajelijeli, párr. 772; Tribunal Penal Internacional para Ruanda, Sylvestre Gacumbitsi vs. La Fiscalía, Apelación, No. ICTR-2001-64-A, 7 de julio de 2006, párr.143 (En adelante "Apelación de Sylvestre Gacumbitsi"); Sentencia de Ignace Bagilishema, párr. 38; Tribunal Penal Internacional para Ruanda, La Fiscalía vs. Théoneste Bagosora et. al., Sentencia, No. ICTR-98-41-T, 18 de diciembre de 2008, párr. 2011 (En lo subsecuente "Sentencia de Théoneste Bagosora et. al."); Sentencia de Tharcisse Muvunyi, párr. 474; Tribunal Penal Internacional para Ruanda, La Fiscalía vs. Laurent Semanza, Sentencia, No. ICTR-97-20-T, 15 de mayo de 2003, párr. 400 (En lo adelante "Sentencia de Laurent Semanza").

⁷¹ Cfr. Sentencia de Juvénal Kajelijeli, párr. 777; Sentencia de Clément Kayishema et. al, párr. 222; Apelación de Sylvestre Gacumbitsi, párr. 143; Sentencia de Théoneste Bagosora et. al., párr. 191.

⁷² Cfr. Sentencia de Théoneste Bagosora et. al, párr. 191.

⁷³ Consejo de Seguridad, Organización de las Naciones Unidas, Resolución 808 (1993), S/RES/808, Nueva York, 22 de febrero de 1993, párr.1, http://www.icty.org/x/file/Legal%20Library/Statute/statute_808_1993_en.pdf (traducción libre), 20 de noviembre de 2018, 17:45.

⁷⁴ Cfr. Consejo de Seguridad, Organización de las Naciones Unidas, Resolución 827 (1993), S/RES/827, Nueva York, 25 de mayo de 1993, párr. 2, [https://undocs.org/es/s/res/827\(1993\)](https://undocs.org/es/s/res/827(1993)) (traducción libre), 20 de noviembre de 2018, 18:22.

las Naciones Unidas, reiteró su decisión de crear un tribunal internacional, al considerar que enjuiciar a los presuntos responsables de graves violaciones contribuiría a la restauración de la paz y a poner fin a dichas violaciones y aprobó el Estatuto⁷⁵ de dicho tribunal, presentado por el Secretario General, mediante informe S/25704⁷⁶.

El informe referido, aclaró en el apartado '*Base Jurídica para el Establecimiento del Tribunal Internacional*', que el Consejo de Seguridad no tenía intención de crear normas de derecho internacional ni legislar al respecto, sino que el tribunal se encargaría únicamente de aplicar el derecho internacional humanitario existente⁷⁷. Por otro lado, vía jurisprudencial se destacó que esta forma de responsabilidad forma parte de la costumbre internacional⁷⁸.

1.2.4.2.1 Competencia

En este aspecto, en el informe S/25704 se determinó en el artículo 1, inciso A, que la *competencia ratione materiae* del Estatuto sería las violaciones graves del derecho internacional humanitario, compuesto por normas de derecho convencional y consuetudinario; expresamente, el Estatuto en el artículo 2° reconoció como violaciones graves, en lo que nos interesa, el homicidio intencional, entre otros⁷⁹, en el diverso 3°, violaciones graves a las costumbres de la guerra⁸⁰, en el 4° reconoció el genocidio⁸¹ y en el diverso 5° los crímenes de lesa humanidad, entre ellos, asesinato, tortura y otros actos inhumanos⁸².

⁷⁵ El término "Estatuto" en el presente apartado se refiere al Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la Ex Yugoslavia, salvo referencia expresa en contrario.

⁷⁶ Consejo de Seguridad, Organización de las Naciones Unidas, Informe presentado al Secretario General de conformidad con el párrafo 2 de la resolución 808 (1993), Nueva York, 20 de marzo de 1993, <https://undocs.org/es/S/25704> (*traducción libre*), 20 de noviembre de 2018, 18:44.

⁷⁷ *Cfr. Ibidem*, párr. 29.

⁷⁸ *Cfr.* Tribunal Penal Internacional para la Ex Yugoslavia, La Fiscalía vs. Tihomir Blaskic, Sentencia, 3 de marzo de 2000, No. IT-95-14/T, párr. 290 (En adelante, "Sentencia de Tihomir Blaskic"); Sentencia de Zejnil Delalic et. al., párr. 333; Sentencia de Ljube Boskoski et. al., párr. 404; Tribunal Penal Internacional para la Ex Yugoslavia, La Fiscalía vs. Pavle Strugar, Sentencia, No. IT-01-42-T, 31 de enero de 2005, párr. 357 (En lo subsecuente "Sentencia de Pavle Strugar"); Tribunal Penal Internacional para la Ex Yugoslavia, La Fiscalía vs. Sefer Halilovic, Sentencia, No. IT-01-48-T, 16 de noviembre de 2005, párr. 55 (En adelante "Sentencia de Sefer Halilovic").

⁷⁹ Artículo 2. Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la Ex Yugoslavia, Nueva York, Estados Unidos, firmado el 23 de mayo de 1993, <https://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/InternationalTribunalForTheFormerYugoslavia.aspx>, 22 de noviembre de 2018, 19:22 (En adelante "Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la Ex Yugoslavia").

⁸⁰ *Ibidem*, Artículo 3.

⁸¹ *Ibidem*, Artículo 4.

⁸² *Ibidem*, Artículo 5.

Respecto la competencia *ratione personae*, conforme el informe S/25704, el artículo 6 reconoció el principio de responsabilidad penal individual y señaló que todas las personas que ayudaron a planear, preparar o cometieron un crimen, contribuyeron a que se cometiera una violación grave al derecho internacional humanitario y, por ende, debían ser individualmente responsables; señaló que no se podría invocar la inmunidad en razón de Jefe de Estado o que el inculpado cometió el acto en cumplimiento de funciones oficiales –herencia de los Principios del Tribunal de Núremberg–; también, se refirió que serían responsables quienes en cargo de autoridad hubieran dado la orden ilegítima de cometer un crimen⁸³.

Finalmente, en el artículo 6, el Estatuto previó que tendría competencia sobre personas físicas⁸⁴ y en el diverso 7(3) se reconoció la responsabilidad de superior jerárquico⁸⁵.

Respecto a la competencia territorial y temporal, en el numeral 8 del Estatuto se estableció la competencia respecto el territorio de la Ex República Federativa Socialista de Yugoslavia sobre los crímenes cometidos a partir del 1° de enero de 1991⁸⁶.

1.2.4.2.2 Naturaleza de la responsabilidad de superior jerárquico

Se reconoció que el propósito de esta forma de responsabilidad es promover el cumplimiento de las normas de derecho internacional humanitario y el respeto a las personas y propiedades protegidas por las mismas⁸⁷.

El tribunal estableció que esta forma de responsabilidad se verificaba por una omisión, en concreto, por la falla del comandante de actuar conforme los deberes que le imponía el derecho internacional respecto prevenir y sancionar los crímenes

⁸³ Cfr. Consejo de Seguridad, Organización de las Naciones Unidas, Informe presentado al Secretario General de conformidad con el párrafo 2 de la resolución 808 (1993), Nueva York, 20 de marzo de 1993, <https://undocs.org/es/S/25704> (traducción libre), 24 de noviembre de 2018, 20:02.

⁸⁴ Artículo 6. Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la Ex Yugoslavia, <https://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/InternationalTribunalForTheFormerYugoslavia.aspx>, 24 de noviembre de 2018, 20:14.

⁸⁵ *Ibidem*, Artículo 7.3.

⁸⁶ *Ibidem*, Artículo 8.

⁸⁷ Cfr. Sentencia de Enver Hadzihanovic et. al., párr. 66; Sentencia de Sefer Halilovic, párr. 39; Tribunal Penal Internacional para la Ex Yugoslavia, La Fiscalía vs. Vidoje Blagojevic et. al., Apelación, 9 de mayo de 2007, No. IT-02-60-A, párr. 281 (En lo subsecuente "Apelación de Vidoje Blagojevic").

cometidos por los subordinados⁸⁸, por lo que es conocida como una forma de responsabilidad indirecta⁸⁹.

Por lo anterior, el tribunal consideró existía la necesidad de aclarar que la responsabilidad no surge por actos de otra persona⁹⁰, sino por la omisión del cumplimiento de quien tiene estos deberes⁹¹.

Y aunque tradicionalmente suele entenderse que el superior es responsable “por los actos de sus subordinados”, ello no significa que comparta la misma responsabilidad que ellos, sino más bien, el comandante responde por su falla en actuar porque los crímenes se cometieron por sus subordinados⁹².

Asimismo, se le reconoció un carácter distinto a las formas de responsabilidad reconocidas en el artículo 7(1) del Estatuto, por lo que se concluyó que tiene un carácter *sui generis*⁹³.

1.2.4.2.3 Elementos de la responsabilidad de superior jerárquico

Del texto del Estatuto del Tribunal y, vía jurisprudencial, se determinó la responsabilidad de un superior cuando los siguientes tres elementos concurrían:

- (i) Una relación superior-subordinado entre la persona contra quien se dirige la acusación y el perpetrador del crimen;
- (ii) El superior sabía o tenía razón para saber que un crimen estaba por comerse o había sido cometido; y
- (iii) El superior no tomó las medidas necesarias y razonables para prevenir el crimen o sancionar al perpetrador o perpetradores⁹⁴.

⁸⁸ Cfr. Sentencia de Enver Hadzihasanovic et. al., párrs. 74 y 191.

⁸⁹ Cfr. Tribunal Penal Internacional para la Ex Yugoslavia, La Fiscalía vs. Zlatko Aleksovski, Sentencia, 25 de junio de 1999, No. IT-95-14/1-T, párr. 67 (En adelante “Sentencia de Zlatko Aleksovski”).

⁹⁰ *Ibidem*, párr. 72.

⁹¹ Cfr. Tribunal Penal Internacional para la Ex Yugoslavia, La Fiscalía vs. Naser Oric, Sentencia, 30 de junio de 2006, No. IT-03-68-T, párr. 325 (En lo subsecuente “Sentencia de Naser Oric”); Sentencia de Sefer Halilovic, párr. 38.

⁹² Cfr. Sentencia de Sefer Halilovic, párr. 54.

⁹³ Cfr. Sentencia de Enver Hadzihasanovic et. al., párr. 191; Sentencia de Sefer Halilovic, párr. 42.

⁹⁴ Cfr. Sentencia de Zlatko Aleksovski, párr. 69; Sentencia de Tihomir Blaskic, párr. 294; Sentencia de Zejnil Delalic et. al., párr. 346; Tribunal Penal Internacional para la Ex Yugoslavia, La Fiscalía vs. Ante Gotovina et. al., Sentencia, No. IT-06-90-T, 15 de abril de 2011, párr.1962 (En adelante “Sentencia de Ante Gotovina et. al.”); Tribunal Penal Internacional para la Ex Yugoslavia, La Fiscalía vs. Mico Stanisic et. al., Sentencia, No. IT-03-69-T, 27 de marzo de 2013, párr.109 (En lo

Curiosamente, en la sentencia de juicio de *Oric*, la Sala consideró un elemento adicional, consistente en que personas distintas al acusado ejecutaran el acto u omisión que verificara su responsabilidad bajo el numeral 7(1) por alguno de los crímenes establecidos en los artículos 2 a 5 del Estatuto⁹⁵.

En el mismo sentido, que el apartado anterior, el desarrollo jurisprudencial de dicho tribunal se establecerá en el capítulo IV, al ser parte de la justificación de la propuesta de regulación de la responsabilidad del superior jerárquico.

1.2.5. Corte Penal Internacional

La Corte Penal Internacional es un tribunal internacional establecido a través del Estatuto de Roma, resultado de la solicitud de la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas a la Comisión de Derecho Internacional. Una vez que a la Asamblea le fue presentado el proyecto, estableció un Comité Especial para su revisión, posteriormente estableció un Comité Preparatorio, que desarrolló un texto consolidado de aceptación general para su presentación a la Conferencia, misma que asignó un Comité Plenario para el examen del proyecto y un Comité de Redacción, para que coordinara y afinara la redacción de los textos que le fueran enviados, de cuyos trabajos derivó el Estatuto, que fue aprobado por la Conferencia el diecisiete de julio de 1998⁹⁶.

1.2.5.1 Competencia

Tiene competencia para juzgar a individuos que cometan los crímenes reconocidos en el numeral 5(1) del Estatuto, en que se encuentran los crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra, el crimen de agresión y genocidio⁹⁷.

subsecuente "Sentencia de Stanisis et. al."); Sentencia de Ljube Boskoski et. al., párr. 406; Sentencia de Pavle Strugar, párr. 358; Sentencia de Sefer Halilovic, párr. 56; Tribunal Penal Internacional para la Ex Yugoslavia, La Fiscalía vs. Milorad Krnojelac, Sentencia, No. IT-95-25-T, 15 de marzo de 2002, párr. 92 (En adelante "Sentencia de Milorad Krnojelac").

⁹⁵ Cfr. Sentencia de Naser Oric, párr. 294; Sentencia de Ljube Boskoski et. al., párr. 404; Sentencia de Mico Stanisis et. al., párr.110; Tribunal Penal Internacional para la Ex Yugoslavia, La Fiscalía vs. Vidoje Blagojevic et. al., Sentencia, 17 de enero de 2005, No. IT-02-60-T, párr. 280 (En lo subsecuente "Sentencia de Vidoje Blagojevic et. al.").

⁹⁶ Cfr. Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el establecimiento de una Corte Penal Internacional, Acta final, A/CONF.183/10, Roma, 17 de julio de 1998, <http://www.un.org/spanish/law/icc/statute/finalfra.htm>, 24 de noviembre de 2018, 21:30.

⁹⁷ Artículo 5(1). Estatuto de la Corte Penal Internacional, Roma, Italia, firmado el 17 de julio de 1998, [http://www.un.org/spanish/law/icc/statute/spanish/rome_statute\(s\).pdf](http://www.un.org/spanish/law/icc/statute/spanish/rome_statute(s).pdf), 24 de noviembre de 2018, 22:45 (En lo subsecuente

Los instrumentos jurídicos que rigen su actuar, además del Estatuto de Roma, son los Elementos de los crímenes y las Reglas de Procedimiento y Prueba, acorde con el numeral 21(1)(a)⁹⁸ del Estatuto.

Por otro lado, el artículo 25(1) del Estatuto reconoce competencia sobre personas naturales⁹⁹ y el diverso 28, la responsabilidad del superior jerárquico¹⁰⁰.

Asimismo, la Corte tendrá competencia respecto los crímenes cometidos a partir del primero de julio de 2002, de conformidad con el numeral 11(1)¹⁰¹ del Estatuto y en el territorio de un Estado parte (artículo 12, numeral 2, a)¹⁰² o un Estado que haya aceptado la competencia de la Corte para una situación *ad hoc* (artículo 12, numeral 3¹⁰³) o con independencia del Estado que se trate, si el Consejo de Seguridad remitió la situación a la Corte, (numeral 13, inciso b)¹⁰⁴ del Estatuto).

1.2.5.2 Naturaleza de la responsabilidad de superior jerárquico

Es responsable el superior jerárquico por la conducta prohibida de sus subordinados¹⁰⁵, al fallar en cumplir su deber de prevenir o reprimir su conducta ilegal o no someterlos ante las autoridades competentes y parte de la premisa de que “solo se incurre en responsabilidad criminal por omisión cuando existe una obligación legal de actuar”¹⁰⁶.

“Estatuto de la Corte Penal Internacional”). El término “Estatuto” en el presente apartado hará referencia al Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, salvo referencia expresa en contrario.

⁹⁸ *Ibidem*, Artículo 21(1)(a).

⁹⁹ *Ibidem*, Artículo 25(1).

¹⁰⁰ *Ibidem*, Artículo 28.

¹⁰¹ *Ibidem*, Artículo 11(1).

¹⁰² *Ibidem*, Artículo 12, (2)(a).

¹⁰³ *Ibidem*, Artículo 12 (3).

¹⁰⁴ *Ibidem*, Artículo 13 (b).

¹⁰⁵ *Cfr.* Corte Penal Internacional, Fiscalía vs. Jean-Pierre Bemba Gombo, Sentencia, Caso No. ICC-01/05-01/08, 21 de marzo de 2016, párr. 171 (En lo subsecuente “Sentencia de Bemba Gombo”).

¹⁰⁶ Corte Penal Internacional, Fiscalía vs. Jean-Pierre Bemba Gombo, Confirmación de cargos, Caso No. ICC-01/05-01/08, 15 de junio de 2009, párr. 405. (En adelante “Confirmación de Cargos de Bemba Gombo”).

Responsabilidad que asegura el cumplimiento efectivo de los principios del derecho internacional humanitario, incluyendo la protección de personas y objetos durante el conflicto armado¹⁰⁷.

También distinguió entre esta forma de responsabilidad y las reconocidas en el artículo 25¹⁰⁸ del Estatuto de Roma, debido a que la primera hace responsable al superior por violación a sus deberes, mientras que, en la última, la persona comete directamente el crimen¹⁰⁹. Concluyó que es una responsabilidad *sui generis*¹¹⁰.

1.2.5.3 Elementos de la responsabilidad de superior jerárquico

El artículo 28 del Estatuto de Roma distingue entre comandantes militares (inciso a) y civiles ocupando posiciones de *iure* y *facto* (inciso b)¹¹¹, en los términos siguientes:

Comandante militar	Civiles con posiciones de <i>iure</i> y <i>facto</i>
<p>a) El jefe militar o el que actúe efectivamente como jefe militar será penalmente responsable por los crímenes de la competencia de la Corte que hubieren sido cometidos por fuerzas bajo su mando y control efectivo, o su autoridad y control efectivo, según sea el caso, en razón de no haber ejercido un control apropiado sobre esas fuerzas cuando:</p> <p>i) Hubiere sabido o, en razón de las circunstancias del momento, hubiere debido saber que las fuerzas estaban cometiendo esos crímenes o se proponían cometerlos; y</p> <p>ii) No hubiere adoptado todas las medidas necesarias y razonables a su alcance para prevenir o reprimir su comisión o para poner el asunto en conocimiento de las autoridades</p>	<p>b) En lo que respecta a las relaciones entre superior y subordinado distintas de las señaladas en el apartado a), el superior será penalmente responsable por los crímenes de la competencia de la Corte que hubieren sido cometidos por subordinados bajo su autoridad y control efectivo, en razón de no haber ejercido un control apropiado sobre esos subordinados, cuando:</p> <p>i) Hubiere tenido conocimiento o deliberadamente hubiere hecho caso omiso de información que indicase claramente que los subordinados estaban cometiendo esos crímenes o se proponían cometerlos;</p> <p>ii) Los crímenes guardaren relación con actividades bajo su responsabilidad y control efectivo; y</p>

¹⁰⁷ Cfr. Sentencia de Bemba Gombo, párr. 172.

¹⁰⁸ Artículo 25. Estatuto de la Corte Penal Internacional, [http://www.un.org/spanish/law/icc/statute/spanish/rome_statute\(s\).pdf](http://www.un.org/spanish/law/icc/statute/spanish/rome_statute(s).pdf), 26 de noviembre de 2018, 20:55.

¹⁰⁹ Cfr. Sentencia de Bemba Gombo, párr. 173; Corte Penal Internacional, Fiscalía vs. Laurent Gbagbo, Decisión de confirmación de cargos, Caso No. ICC-02/11-01/11, 12 de junio de 2014, párr. 262.

¹¹⁰ Cfr. Sentencia de Bemba Gombo, párr. 174.

¹¹¹ Cfr. Confirmación de cargos de Bemba Gombo, párr. 406; Schabas, William, *The International Criminal Court*, Londres, Oxford University Press, 2017, pp. 458 y 459; Ambos, Kai y Ontiveros, Miguel, *Autoría y participación, La responsabilidad de superior jerárquico*, México, Flores Editor y Distribuidor, 2017, p. 260.

competentes a los efectos de su investigación y enjuiciamiento.	iii) No hubiere adoptado todas las medidas necesarias y razonables a su alcance para prevenir o reprimir su comisión o para poner el asunto en conocimiento de las autoridades competentes a los efectos de su investigación y enjuiciamiento.
---	--

Tabla 6: Elementos de la responsabilidad de superior jerárquico en el Estatuto de Roma
Elaboración: propia

La doctrina ha identificado que la responsabilidad de comandantes militares y civiles superiores tiene como elementos diferentes: (i) el elemento mental –como se vislumbra del cuadro comparativo–¹¹² y (ii) el hecho de que los crímenes en uno deben cometerse por fuerzas “bajo su mando y control efectivo o en su autoridad y control efectivo” y en otro “bajo su autoridad y control efectivo”.¹¹³

Por otra parte, los elementos comunes entre las regulaciones señaladas, son los siguientes, el acusado¹¹⁴:

- (i) Debe ser un comandante militar o una persona que efectivamente actúe como tal;
- (ii) Debe tener comando efectivo y control o autoridad efectiva y control sobre las fuerzas que cometieron uno o más crímenes previstos en el artículo 6 a 8 del Estatuto;
- (iii) Los crímenes cometidos por las fuerzas son el resultado de la falla del sospechoso de ejercer control apropiadamente sobre ellos;
- (iv) Sabía o debido a las circunstancias, debió haber sabido que las fuerzas cometieron o estaban por cometer uno o más crímenes previstos en el artículo 6 a 8 del Estatuto; y

¹¹² Cfr. Schabas, William, op. cit., p. 463; Ambos Kai y Ontiveros, Miguel, op. cit., p. 261; Se ha considerado que el estándar mental es más exigente para los superiores civiles que el que se requiere a los militares superiores.

¹¹³ Cfr. Schabas, William, op. cit., p. 460.

¹¹⁴ Cfr. *Ibidem*, párr. 170.

(v) Falló en tomar todas las medidas necesarias y razonables dentro de su poder para prevenir o reprimir la comisión de tal crimen o de someter a las autoridades competentes su investigación y persecución.¹¹⁵

En la resolución de juicio de Bemba se reconoció como elemento separado la comisión de un crimen competencia de la Corte por los subordinados¹¹⁶.

Se precisa que será en el capítulo II en donde se abordará el desarrollo jurisprudencial de la Corte Penal Internacional como parte de la justificación de la propuesta del presente trabajo, sin embargo, haremos breve referencia a lo determinado en el Caso de Jean Pierre Bemba.

1.2.5.4 Juicio de Jean Pierre Bemba.

El único caso que la Corte Penal Internacional ha resuelto sobre la base del artículo 28 –y en específico 28(a)– del Estatuto de Roma ha sido el de Jean-Pierre Bemba Gombo, un nacional de la República Democrática del Congo, que fungió como presidente del partido político fundado por el denominado Movimiento para la liberación del Congo¹¹⁷ y Comandante en Jefe de su rama militar, el Ejército para la Liberación del Congo¹¹⁸.

La Fiscalía lo acusó por los crímenes de lesa humanidad de asesinato y violación [artículos 7(1)(a) y (g)] y por los crímenes de guerra de asesinato, violación y pillaje [artículos 8(2)(c)(i), (vi) y (v)] cometidos por sus subordinados en el territorio de la República Centro Africana del veintiséis de octubre de 2002 al quince de marzo de 2003¹¹⁹.

¹¹⁵ *Cfr.* Confirmación de cargos de Bemba Gombo, párr.407; Corte Penal Internacional, Fiscalía vs. Bosco Ntaganda, Confirmación de cargos, Caso No. ICC-01/04-02/06, 9 de junio de 2014, párr.164 (En lo subsecuente, Confirmación de cargos de Bosco Ntaganda”), Sentencia de Bemba Gombo, párr. 170.

¹¹⁶ *Cfr.* Sentencia de Bemba Gombo, párr. 170 y 175.

¹¹⁷ Conocido por sus siglas en francés como MLC.

¹¹⁸ *Cfr.* Sentencia de Bemba Gombo, párr. 1. Conocido por sus siglas en francés como ALC.

¹¹⁹ *Ibidem*, párr. 2.

En resumen, la Sala de Juicio determinó su responsabilidad bajo esta forma de responsabilidad por lo siguiente:

Determinó que los soldados de la MLC cometieron crímenes competencia de la Corte, en específico, de lesa humanidad y de guerra¹²⁰.

Tuvo por demostrada la posición de Bemba como presidente del MLC y Comandante en Jefe del ALC durante el periodo de comisión de los crímenes al tener poderes formales y autoridad para tomar decisiones finales, poderes de cita, promoción y renuncia; tener líneas de comunicación con los comandantes en el campo y emitir órdenes operacionales.¹²¹

Concluyó que Bemba sabía que sus fuerzas cometían o estaban a punto de cometer crímenes, ello, porque diversos individuos relacionados con el MLC tenían comunicación directa con Bemba, quienes le reportaban el estatus de operaciones y la situación en el campo; contaba con servicios de inteligencia militares y civiles que le proporcionaban información sobre la situación de combate, las posiciones de la tropa, políticas y referencias de los crímenes, entre ellos, robo, pillaje, asesinato de civiles, acoso de personas y transporte de bienes saqueados; discutía con los ‘senior’ oficiales de la MLC sobre los reportes de la prensa internacional, quienes documentaban los referidos actos cometidos por sus soldados; asimismo, los canales de comunicación y fuentes de los soldados del MLC le reportaban los crímenes y ante noticia de la comisión de los crímenes por parte de sus subordinados estableció la Investigación “Mondonga” así como la Comisión “Zongo” y la Misión “Sibut”, que dio seguimiento a los reportes de prensa que documentaban los crímenes¹²².

Determinó que había fallado en tomar todas las medidas necesarias y razonables para prevenir o reprimir la comisión de los crímenes o someter el asunto a las autoridades competentes para su investigación y persecución, ya que si bien había tomado medidas como: (i) reunirse con un representante de Naciones Unidas

¹²⁰ Cfr. *Ibidem*, párr. 694.

¹²¹ Cfr. *Ibidem*, párrs. 696 a 700.

¹²² Cfr. *Ibidem*, párrs. 706 a 716.

en República Democrática del Congo, (ii) dar un discurso en PK12, (iii) enjuiciar a Willy Bomemgo y otros en la corte marcial de Gbadolite; (iv) establecer la Comisión de Zongo, la Investigación Mondonga y la Misión SIBUT; (v) Haber escrito al General Cissé y dar respuesta al reporte FIDH¹²³, la Sala de Juicio señaló que dichas medidas tomadas habían sido limitadas en mandato, ejecución y en resultados y que Bemba no había tomado una medida concreta en respuesta a las alegaciones de los crímenes y tampoco había hecho advertencias a sus tropas contra el abuso a la población civil¹²⁴.

En conclusión, determinó que las medidas no fueron sinceramente ejecutadas, consideró que algunas de ellas fueron una inadecuada respuesta a la información que daba cuenta de la generalidad de los crímenes cometidos; que tampoco habían sido genuinas por la forma en la que fueron ejecutadas, pues de la evidencia notaba que las medidas fueron motivadas por su deseo de rehabilitar la imagen pública del MLC; así como refirió que tampoco advertía que Bemba hubiera tomado medidas en respuesta a la información que se le transmitió internamente¹²⁵ y estableció una serie de medidas que Bemba pudo haber tomado¹²⁶.

Finalmente, determinó que los crímenes cometidos por sus subordinados habían sido resultado de su falla de ejercer control propiamente sobre las fuerzas MLC, pues si Bemba hubiera tomado medidas para asegurarse de la no comisión de crímenes por sus subordinados, dichas medidas hubieran disuadido la comisión de los crímenes y generalmente disminuir, sino es que eliminar, el clima de aquiescencia que facilitó la comisión de los crímenes, por lo que en ese sentido, las fallas de Bemba contribuyeron directamente a la continuación y promover la comisión de crímenes.

Por lo anterior, la Sala de Juicio de la Corte Penal Internacional declaró que Bemba era responsable, más allá de toda duda razonable, bajo el artículo 28(a) del Estatuto de Roma, por los crímenes de lesa humanidad de asesinato y violación y

¹²³ *Cfr. Ibidem*, párr. 719.

¹²⁴ *Cfr. Ibidem*, párr. 720 y 721.

¹²⁵ *Cfr. Ibidem*, párrs. 726-728.

¹²⁶ *Cfr. Ibidem*, párr.729.

los crímenes de guerra de asesinato, violación y pillaje cometido por sus fuerzas armadas en el curso de la operación República Democrática del Congo 2002-2003¹²⁷.

Relatado lo anterior, el análisis que la Corte realizó del caso de Bemba es relevante en la medida que permite vislumbrar la forma en que todos los elementos de la responsabilidad del superior jerárquico convergen para formar un todo; como se relató, no fue suficiente determinar la posición de iure de Bemba como presidente y comandante en jefe para determinar su responsabilidad, sino que se determinó también por prueba circunstancial su conocimiento sobre los crímenes, así como el tipo de medidas que tomó y si estas fueron idóneas sobre las circunstancias en concreto para cumplir con sus obligaciones; por lo que el caso constituye un importante precedente respecto el análisis de los elementos de la responsabilidad del superior jerárquico en un caso concreto y los factores a tomar en consideración.

1.2.5.5 Apelación de Jean Pierre Bemba.

Posteriormente, la Sala de Apelación absolvió a Bemba, por dos razones principales.

En primer lugar, determinó que conforme el artículo 74(2) del Estatuto, la decisión de juicio no podía exceder de los hechos y circunstancias descritos en los cargos o en la modificación de los mismos, procedió a excluir los que excedieron de estos y determinó que solo quedaban once cargos¹²⁸. No obstante los hechos excluidos, la Sala determinó que podían ser utilizados para establecer el elemento contextual de crímenes de lesa humanidad¹²⁹.

En segundo lugar, concluyó existió un error en la determinación de las medidas necesarias y razonables, porque no podría sancionarse al comandante por

¹²⁷ Cfr. *Ibidem*, párr. 742.

¹²⁸ Cfr. *Ibidem*, párr. 118.

¹²⁹ Cfr. Corte Penal Internacional, Fiscalía vs. Jean-Pierre Bemba Gombo, Apelación, No. ICC-01/05-01/08-A, 8 de junio de 2008, párr. 117 (En adelante "Apelación de Bemba Gombo").

no hacer algo que no se encontraba dentro su poder¹³⁰ pues, bajo el parámetro de razonabilidad, la Corte estaba obligada a considerar otros parámetros, como las realidades operacionales en el campo que enfrenta el comandante, quienes tienen permitido hacer un análisis costo beneficio¹³¹.

En particular, señaló que considerar la motivación que Bemba pudo haber tenido para tomar las medidas necesarias y razonables afectó la totalidad de las conclusiones de la Corte, además, consideró que ésta había omitido apreciar las limitaciones que enfrentaba para investigar y perseguir crímenes como comandante remoto que envió tropas a un país extranjero, por lo que al afectarse este elemento, no era posible determinar que era penalmente responsable bajo el artículo 28(a) por los crímenes cometidos por el MLC durante la operación de 2002-2003 y determinó su libertad¹³².

Narrado lo anterior, la apelación de Bemba vislumbra la relevancia de un análisis caso por caso para determinar si las medidas tomadas por el superior son o no necesarias y razonables, tomando en consideración las circunstancias fácticas al momento de los hechos.

Además del caso Bemba, otros casos en los que la Corte Penal Internacional ha aplicado esta forma de responsabilidad, son:

- 1) La orden de arresto contra Al-Tuhamy Mohamed Khaled¹³³.
- 2) Confirmación de cargos de Bosco Ntaganda¹³⁴.
- 3) Confirmación de cargos de Dominic Ongwen¹³⁵.

¹³⁰ Cfr. *Ibidem*, párr. 167.

¹³¹ Cfr. *Ibidem*, párr. 170.

¹³² Cfr. *Ibidem*, párrs. 191, 194 y 199.

¹³³ Cfr. Corte Penal Internacional, Fiscalía vs. Al-Tuhamy Mohamed Khaled, Orden de arresto, No. ICC-01/11-01/13, 18 de abril de 2013, párr. 12. Es de interés, que en este caso se hayan confirmado cargos por dos formas de responsabilidad bajo los mismos hechos, en el caso bajo el artículo 25(3)(a) y (d) así como el artículo 28(b) del Estatuto, aunque ello se explica por el bajo estándar probatorio de la fase de emisión de orden de arresto, mismo que se incrementa cuando se confirma cargos, fase en la cual ya se está en aptitud de elegir por cuál forma de responsabilidad se seguirá el juicio.

¹³⁴ Cfr. Confirmación de cargos de Bosco Ntaganda, p. 59 a 62. En este asunto es de interés que además de determinarse que Ntaganda tenía control y comando efectivo sobre un grupo armado denominado "UPC/FPLC" también se extendió sobre civiles que se incorporaron, mismos sobre los que tenía la capacidad de ordenarles involucrarse en las hostilidades.

¹³⁵ Cfr. Corte Penal Internacional, Fiscalía vs. Dominic Ongwen, Confirmación de cargos, No. ICC-02/04-01/15, 23 de marzo de 2016, párrs. 146 a 149. En este caso la Corte estableció la diferencia entre la forma de responsabilidad reconocida en el artículo 25 y la del 28, en el sentido que la primera sanciona al autor o partícipe por sus propios crímenes mientras que la segunda por la violación de deberes en relación con otros –subordinados–.

CAPÍTULO SEGUNDO

ARMONIZACIÓN LEGISLATIVA

Una vez que en el capítulo anterior hemos desarrollado los antecedentes históricos y jurisprudenciales de la responsabilidad de superior jerárquico, ahora estableceremos las obligaciones internacionales del Estado Mexicano, dicho análisis permitirá justificar por qué la incorporación de esta forma de responsabilidad es un medio para su cumplimiento. Establecido lo anterior, señalaremos por qué es necesaria la armonización del derecho interno, a la luz de dichas obligaciones, máxime en el entendido que las leyes generales en materia de tortura y desaparición forzada de personas recientemente adoptadas en nuestro país reconocen la responsabilidad del superior jerárquico. Finalmente, expondremos qué problemáticas suscita la falta de armonización en relación con el principio de legalidad que impera en materia penal.

2.1 Implementación de las normas internacionales en el ordenamiento jurídico mexicano

En este apartado, estableceremos el sistema de implementación de normas internacionales que el ordenamiento mexicano reconoce, así como la clasificación de las normas según la forma en qué cobran vigencia en el orden interno.

2.1.1 Implementación de las normas en el ordenamiento jurídico mexicano

En el derecho internacional, se han ubicado dos sistemas de implementación de las normas internacionales al marco jurídico del derecho de los Estados, en el primero, existe una incorporación automática (monismo)¹³⁶ y el segundo, involucra emitir una legislación *ad hoc* para la incorporación de la norma internacional, sistema en el que necesariamente el parlamento tiene un rol a través de la implementación de la legislación (dualismo), sea a través de la traslación de las

¹³⁶ Cfr. Cassese, Antonio, *International Criminal Law*, 2da. Ed., Reino Unido, Oxford University Press, 2008, p. 220; Kolb, Robert, *The law of treaties an Introduction*, Reino Unido, Editorial Edward Elgar, 2016, pp. 168 y 169; Aust, Anthony, *Modern Treaty Law and practice*, 3era. ed., Reino Unido, Cambridge University Press, 2013, p. 163; Crawford, James, *Brownlie's Principles of Public International Law*, 8ª edición, Reino Unido, Oxford University Press, 2012, p. 57.

normas convencionales a la legislación nacional –detallando las obligaciones, poderes y derechos reconocidos– o al otorgarles a las mismas un reconocimiento interno a través de un acto diverso (acto a través del cual se le otorga una incorporación automática)¹³⁷.

Acorde con el dualismo, tradicionalmente se ha considerado que corresponde al legislador adoptar las leyes necesarias para habilitar a los órganos nacionales la correcta implementación de las obligaciones internacionales¹³⁸.

En México, la facultad de celebrar tratados internacionales corresponde al Presidente de la República, conforme el artículo 89, fracción X, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos¹³⁹. Destacamos que dicha facultad involucra también la posibilidad de terminar, denunciar, suspender, modificar, enmendar, retirar reservas y formular declaraciones interpretativas respecto los tratados internacionales, empero, no es una facultad discrecional, sino que tiene como límite el respeto a principios como la no intervención, la proscripción de la amenaza o uso de la fuerza, la protección y promoción de los derechos humanos.

La aprobación del ejercicio de las facultades anteriores se encuentra a cargo del Senado, conforme el artículo 76, fracción I, de la Carta Magna¹⁴⁰, la que se establece a través de un dictamen, como indica el primer párrafo del numeral 4º de la Ley sobre Celebración de tratados¹⁴¹, que se remite al Ejecutivo, quien ordena su publicación en el Diario Oficial de la Federación, acorde al artículo 72 constitucional, apartado A¹⁴².

Finalmente, se procederá a la ratificación del tratado internacional y su publicación en el Diario Oficial de la Federación, como establece el artículo 4º,

¹³⁷ Cfr. Cassese, Antonio, *op. cit.*, p. 221; Kolb, Robert, *op. cit.*, p. 168; Aust, Anthony, *op. cit.*, p. 167; Crawford, James, *op. cit.*,

¹³⁸ Cfr. Kolb, Robert, *op. cit.*, p. 167.

¹³⁹ Artículo 89, fracción X, Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, México, 1917, http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/1_090819.pdf, 2 de mayo de 2019, 21:03.

¹⁴⁰ Cfr. *Ibidem*, artículo 76, fracción I.

¹⁴¹ Artículo 4, Ley sobre celebración de tratados, México, 1992, <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/216.pdf>, 2 de mayo de 2019, 21:28.

¹⁴² Artículo 72, apartado A, Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, *op. cit.*

segundo párrafo, de la Ley sobre Celebración de tratados¹⁴³, acto a través del cual, adquiere obligatoriedad en todo el territorio nacional.

De forma que, por la manera en que la legislación establece la vigencia de las normas internacionales, podría concluirse que México opta por el sistema dualista, en la vertiente en que otorga a las normas internacionales una incorporación automática a través de un acto diverso, en el caso, la publicación en el Diario Oficial de la Federación del tratado internacional, proceso en el que el Senado participó –mediante la aprobación de la ratificación de un tratado–.

En esa tesitura, se ha establecido que, en nuestro país, la recepción de los tratados internacionales se ha hecho prescindiendo de las legislaciones internas de implementación¹⁴⁴. No obstante que a partir de la publicación en el Diario Oficial de la Federación el tratado internacional adquiera obligatoriedad en todo el territorio, ello no soluciona la problemática respecto a la forma de aplicación de las normas que no son autoejecutivas y requieren un acto legislativo para su aplicación, tema que abordaremos a continuación.

2.1.2 Naturaleza de la norma

Al respecto, debe distinguirse entre normas autoejecutivas y no autoejecutivas. Las primeras son aquellas que contienen normas concretas aplicables a los sujetos de derecho interno y las segundas, requieren de actos del legislativo para su aplicación¹⁴⁵.

A mayor abundamiento, respecto al primer tipo de normas se ha determinado que la aplicabilidad de un precepto es una cualidad objetiva que puede poseer o no un determinado contenido normativo: la de ser ejecutable sin necesidad de desarrollo o complemento, es decir, entran en esta categoría las normas que pueden hacer surgir derechos subjetivos u obligaciones en la esfera jurídica de los particulares y de un modo inmediato, sin necesidad de medios o normas de

¹⁴³ Artículo 4, segundo párrafo, Ley sobre celebración de tratados, *op. cit.*

¹⁴⁴ *Cfr.* Gutiérrez Baylón, Juan de Dios, Derecho de los tratados, México, Porrúa, 2010, p. 106

¹⁴⁵ *Cfr.* Becerra Ramírez, Manuel, La recepción del derecho internacional en el derecho interno, 2da. Edición, México, UNAM, 2012, p. 74.

desarrollo, porque el mandato es de aplicación directa¹⁴⁶, por lo que se vuelven operativas tan pronto emergen, sin importar lo que esté previsto en el sistema legal nacional e incluso, si son contrarias a las normas nacionales¹⁴⁷.

Respecto el segundo tipo de normas, dichas provisiones no pueden aplicarse directamente dentro del sistema legal nacional sino necesitan ser complementadas con legislación nacional para ser implementadas¹⁴⁸.

2.2 Bloque de constitucionalidad y convencionalidad

Previo a establecer las normas que obligan al Estado Mexicano a armonizar su derecho interno, un aspecto jurídico importante a abordar como premisa principal, es el impacto de la reforma constitucional de once de junio de dos mil once, a través de la que se incorporó a nuestro texto constitucional –entre otras cuestiones– el principio *pro persona*, que consiste en interpretar las normas relativas a los derechos humanos favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia; las obligaciones a cargo de todas las autoridades de respetar, proteger y reparar los derechos humanos, ello al tenor de los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad; así como la prohibición de celebrar tratados internacionales en virtud de los cuales se alteren los derechos humanos reconocidos en otros tratados y en la Constitución y, lo más importante, se dispuso que en el territorio nacional todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en la Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado mexicano forme parte, lo que ha sido considerado por diversos doctrinarios como el nuevo paradigma constitucional¹⁴⁹.

¹⁴⁶ Cfr. Fernández Tomás, Antonio F. et. al., Curso de derecho internacional público, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2015, p. 286.

¹⁴⁷ Cfr. Cassese, Antonio, op. cit., p. 237.

¹⁴⁸ Cfr. *Ibidem*, p. 227.

¹⁴⁹ Carbonell, Miguel y Salazar Ugarte, Pedro, en *La reforma constitucional de Derechos Humanos: Un nuevo paradigma*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas y UNAM, 2011, p. 8.

Por otra parte, derivado del cumplimiento a la sentencia en el Caso Rosendo Radilla contra México emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la Suprema Corte de Justicia de la Nación emitió las resoluciones en los expedientes varios 489/2010¹⁵⁰ y 912/2010¹⁵¹, que en lo que interesa, en el primero resolvió que dicho Máximo Tribunal debía emitir una declaración de la posible participación del Poder Judicial de la Federación en la ejecución de la sentencia –emitida con anterioridad a la reforma constitucional–, en el segundo –emitido con posterioridad a la reforma referida– determinó que el parámetro de regularidad de control constitucional, también conocido como bloque de constitucionalidad, lo constituyen:

- Todos los derechos humanos contenidos en la Constitución Federal (con fundamento en los artículos 1º y 133), así como la jurisprudencia emitida por el Poder Judicial de la Federación.
- Todos los derechos humanos contenidos en Tratados Internacionales en los que el Estado mexicano sea parte.
- Criterios vinculantes de la Corte Interamericana de Derechos Humanos establecidos en las sentencias en las que el Estado mexicano haya sido parte, y criterios orientadores de la jurisprudencia y precedentes de la citada Corte, cuando el Estado mexicano no haya sido parte¹⁵².

Este parámetro será objeto de aplicación por las autoridades correspondientes bajo la interpretación conforme en sentido amplio favoreciendo a las personas la protección más amplia, en sentido estricto, evitando incidir o vulnerar el derecho en cuestión, y en caso de que ninguna de las anteriores alternativas sea posible, inaplicando la norma en cuestión.

¹⁵⁰ *Cfr.* Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Expediente varios 489/2010, aprobado en sesión de siete de septiembre de dos mil diez.

¹⁵¹ *Cfr.* Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Expediente varios 912/2010, aprobado en sesión de catorce de julio de dos mil once.

¹⁵² Con posterioridad se determinó que la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos también sería vinculante aun cuando México no hubiere sido parte del litigio, ello a partir de la contradicción de tesis 293/2011, aprobada en sesión de tres de septiembre de dos mil trece, por el Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Lo anterior, a través de un control de constitucionalidad y convencionalidad sea *ex officio* o concentrado, que es el que realizan los órganos del Poder Judicial de la Federación en vías directas de control o a través del control difuso, que realizan el resto de los jueces del país de forma incidental durante los procesos ordinarios en los que son competentes, asimismo, reiteró que todas las autoridades del país en el ámbito de sus competencias tienen la obligación de aplicar las normas favoreciendo la interpretación más favorable a la persona para lograr su protección más amplia.

Posteriormente, se emitió la contradicción de tesis 293/2011¹⁵³, en la que se debatió si el criterio de jerarquía entre normas constitucionales y convencionales era útil para resolver la posible contradicción entre ambas, a lo cual se concluyó que era insatisfactorio.

Determinó que el parámetro constitucional estima a las normas que contienen derechos humanos, tanto convencionales como constitucionales, como integrantes de un mismo catálogo de derechos, que tenía su origen en la constitución misma, mismo que debía de utilizarse para la interpretación de cualquier derecho.

Asimismo, la interrelación entre ambas debía resolverse utilizando el principio *pro persona* y los principios de interdependencia e indivisibilidad. Sin embargo, concluyó que, ante la existencia de una restricción expresa en la Constitución y el conflicto con una norma que previera mayor protección en un tratado internacional, debería atenderse a la primera, de lo cual derivó la jurisprudencia de rubro “DERECHOS HUMANOS CONTENIDOS EN LA CONSTITUCIÓN Y EN LOS TRATADOS INTERNACIONALES. CONSTITUYEN EL PARÁMETRO DE CONTROL DE REGULARIDAD CONSTITUCIONAL, PERO CUANDO EN LA CONSTITUCIÓN HAYA UNA RESTRICCIÓN EXPRESA AL

¹⁵³ Cfr. Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Contradicción de tesis 293/2011, aprobada en sesión de tres de septiembre de dos mil trece.

EJERCICIO DE AQUÉLLOS, SE DEBE ESTAR A LO QUE ESTABLECE EL TEXTO CONSTITUCIONAL.”¹⁵⁴

Este último criterio se ha matizado por jurisprudencia de la Segunda Sala del Máximo Tribunal¹⁵⁵ en la que ha determinado que la existencia de restricciones al goce y ejercicio de los derechos no impide que el intérprete constitucional practique un examen de interpretación más favorable en la propia disposición suprema, delimitando sus alcances de forma interrelacionada con el resto de las disposiciones constitucionales.

2.3 Normas internacionales que prevén la armonización legislativa respecto la responsabilidad de superior jerárquico

El objeto del presente apartado será establecer las obligaciones internacionales convencionales y consuetudinarias relacionadas con la propuesta de la incorporación de la responsabilidad del superior jerárquico al Código Penal Federal, mismas que forman parte del bloque de constitucionalidad de nuestro ordenamiento jurídico, a partir de la reforma constitucional de dos mil once.

2.3.1 Tratados internacionales involucrados en la armonización legislativa de la responsabilidad de superior jerárquico

En este punto, será relevante establecer cómo en el derecho internacional humanitario el establecimiento de la responsabilidad de superior jerárquico fungió como un mecanismo para sancionar las infracciones a las normas que preveían protección a personas y bienes en conflictos armados; en el derecho penal internacional, analizaremos el impacto del principio de complementariedad en las legislaciones internas para permitir el cumplimiento del objeto y fin del Estatuto de Roma y, finalmente, las obligaciones al tenor del sistema interamericano de

¹⁵⁴ Cfr. Tesis P./J. 20/2014 (10a.), Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, t. I, abril de 2014, p. 202.

¹⁵⁵ Cfr. Tesis 2a./J. 163/2017 (10a.), Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, t. I, diciembre de 2017, p. 487.

protección a derechos humanos relacionadas con el establecimiento de un mecanismo que permita sancionar violaciones graves, para poner fin a la impunidad.

2.3.1.1 Convenios de Ginebra y Protocolo Adicional I

Como punto de partida, el artículo 1 común de los Convenios de Ginebra¹⁵⁶ establece la obligación de las Altas Partes Contratantes de respetar y hacer respetar dicho Convenio en todas las circunstancias.

Íntimamente relacionado con la obligación anterior, debemos tener presente el principio de derecho internacional *pacta sunt servanda*, que se encuentra reconocido en el artículo 26 de la Convención de Viena sobre el derecho de los Tratados, disposición que establece “Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe.”¹⁵⁷

Asimismo, este principio se puede vislumbrar en el Preámbulo de la Carta de la Organización de las Naciones Unidas, que señala “crear condiciones bajo las cuales puedan mantenerse la justicia y el respeto a las obligaciones emanadas de los tratados y de otras fuentes del derecho internacional”¹⁵⁸.

Este principio aplica sin excepción a todos los tratados, incluyendo sus anexos y apéndices y rige toda la vida del tratado, respecto su entrada en vigor, interpretación, aplicación y terminación¹⁵⁹. No significa más que un tratado es legalmente vinculante y deber ser ejecutado por las partes¹⁶⁰.

Ahora, en específico, el artículo 49, del I Convenio de Ginebra, señala la obligación de las Altas Partes contratantes de determinar las adecuadas sanciones penales que se han de aplicarse a las personas que hayan cometido o dado la orden de cometer cualquiera de las infracciones graves previstas en el mismo, así como

¹⁵⁶ Artículo 1 común a los Convenios I, II, III y IV de Ginebra, *op. cit.*

¹⁵⁷ Artículo 26. Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, Viena, 23 de mayo de 1969, https://www.oas.org/36ag/espanol/doc_referencia/Convencion_Viena.pdf, 12 de mayo de 2019, 18:09.

¹⁵⁸ Preámbulo. Carta de la Organización de las Naciones Unidas, San Francisco, Estado Unidos, 26 de junio de 1945, <https://www.un.org/es/charter-united-nations/>, 12 de mayo de 2019, 18:20.

¹⁵⁹ Cfr. Villiger, Mark E., *Commentary on the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties*, Leiden y Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2009, p. 365.

¹⁶⁰ Cfr. Aust, Anthony, *op. cit.*, p. 160.

también de tomar las medidas oportunas para que cese su comisión¹⁶¹. En el mismo sentido, lo establece el artículo 50 del II Convenio de Ginebra¹⁶²; el artículo 129 del III Convenio de Ginebra¹⁶³ y el diverso 146 del IV Convenio de Ginebra¹⁶⁴.

En los *Comentarios al I Convenio de Ginebra*, se refirió que la citada disposición 49, contiene la obligación de los Estados de adecuar su legislación si esta era inadecuada, por lo que los Estados tienen que promulgar la legislación necesaria para armonizar su derecho interno con la norma convencional¹⁶⁵.

En concordancia con la obligación anterior, debe tenerse presente que la responsabilidad de superior jerárquico se encuentra reconocida en los artículos 86(2) y 87 del Protocolo adicional I¹⁶⁶ y el objeto de su establecimiento fue una medida de represión a cargo de los jefes militares contra los autores de las infracciones a los Convenios de Ginebra y el citado Protocolo, por lo que la armonización en este aspecto, debe atender a dichos numerales.

Por lo establecido, podemos concluir que la responsabilidad del superior jerárquico es el mecanismo que permite establecer sanciones penales a los jefes militares y hacer cesar la comisión de infracciones a los Convenios de Ginebra y su Protocolo, en términos del artículo 49 del Convenio I de Ginebra¹⁶⁷ y sus homólogas, así como el artículo 80 del Protocolo I¹⁶⁸.

En ese tenor, la Organización de los Estados Americanos y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos han instado a los Estados parte a la promulgación de la legislación necesaria para aplicar y difundir el derecho internacional humanitario¹⁶⁹.

¹⁶¹ Artículo 49 del I Convenio de Ginebra, *op. cit.*

¹⁶² Artículo 59 del II Convenio de Ginebra, *op. cit.*

¹⁶³ Artículo 129 del III Convenio de Ginebra, *op. cit.*

¹⁶⁴ Artículo 146 del III Convenio de Ginebra, *op. cit.*

¹⁶⁵ Cfr. Comité Internacional para la Cruz Roja, *Comentario a la I Convención de Ginebra para mejorar la suerte de los heridos y los enfermos de las Fuerzas Armadas en campaña*, Ginebra, CICR, 1952, p. 363, https://www.loc.gov/rr/frd/Military_Law/pdf/GC_1949-I.pdf, 13 de mayo de 2019, 20:03.

¹⁶⁶ Artículo 86(2) y 87 del Protocolo adicional I, *op. cit.*

¹⁶⁷ Artículo 29, Convenio I de Ginebra, *op. cit.*

¹⁶⁸ Artículo 80, Protocolo adicional I, *op. cit.*

¹⁶⁹ Cfr. Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos, *Resolución 1619*, 7 de junio de 1999, AG/RES. 1619 (XXIX-O/99), numeral 3, b), en el mismo sentido Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Informe Anual 1998*, 16 de abril de 1999, OEA/Ser.L/V/II.102, resolutivo 5, a); Asamblea General de la Organización de los Estados

Como un mecanismo de supervisión de cumplimiento, el artículo 84 del citado Protocolo¹⁷⁰, prevé la obligación a las Altas Partes contratantes de comunicar las leyes y reglamentos que adopten para garantizar su aplicación.

En virtud de las disposiciones citadas, podemos observar que los Convenios de Ginebra y el Protocolo Adicional I prevén como obligaciones de los Estados parte las siguientes:

- Respetar las normas previstas en los cuatro Convenios de Ginebra.
- Determinar en su legislación sanciones penales a los infractores de las disposiciones de los Convenios de Ginebra, lo que involucra la responsabilidad de superior jerárquico.
- Tomar las medidas oportunas para el cese de la comisión de infracciones a los Convenios de Ginebra.
- Adoptar medidas necesarias para el cumplimiento de las obligaciones previstas en los citados instrumentos internacionales.
- Comunicar las leyes y reglamentos que el Estado adopte para el cumplimiento de sus obligaciones al tenor de los Convenios de Ginebra y los Protocolos adicionales.

2.3.1.2 Estatuto de Roma

El Estatuto de Roma¹⁷¹ es el tratado internacional que crea la Corte Penal Internacional¹⁷² y es obligatorio para el Estado Mexicano¹⁷³.

Americanos, Resolución 1900, 4 de junio de 2002, AG/RES. 1900 (XXXII-O/02), resolutivo 3, en la que se recomendó a los Estados adaptar y realizar los cambios necesarios en su legislación interna para la efectiva implementación del Estatuto de Roma.

¹⁷⁰ Artículo 84, Protocolo adicional I, *op. cit.*

¹⁷¹ Estatuto de la Corte Penal Internacional, Roma, 1998, [http://www.un.org/spanish/law/icc/statute/spanish/rome_statute\(s\).pdf](http://www.un.org/spanish/law/icc/statute/spanish/rome_statute(s).pdf), 30 de mayo de 2019, 23:04, en lo subsecuente, "El Estatuto".

¹⁷² En este apartado el término "la Corte", implicará referencia a la Corte Penal Internacional.

¹⁷³ El siete de septiembre de dos mil, el Plenipotenciario de los Estados Unidos Mexicanos, firmó ad referendum el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, adoptado en Roma, Italia, el diecisiete de julio de mil novecientos noventa y ocho. El Estatuto fue aprobado por la Cámara de Senadores el veintiuno de junio de dos mil cinco, según decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación del siete de septiembre del propio año. El instrumento de ratificación, firmado por el Ejecutivo Federal fue depositado en poder del Secretario General de las Naciones Unidas el veintiocho del propio mes y año, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 125 (2) del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. Por lo tanto, para su debida observancia, en cumplimiento de lo dispuesto en la fracción I del artículo 89 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, se publicó en el Diario Oficial de la Federación el cinco de diciembre de dos mil cinco.

Antes de desarrollar las obligaciones de este instrumento internacional, es importante tener presente que el artículo 26 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados prevé el principio *pacta sunt servanda*¹⁷⁴ que se encuentra íntimamente relacionado con el diverso 27¹⁷⁵, en el sentido de que todo Estado debe asegurarse de crear una nueva ley o modificar la existente, en aras de ejecutar las obligaciones a las que está consintiendo obligarse, al menos al momento de su entrada en vigor¹⁷⁶, por lo que es altamente deseable que cualquier modificación legislativa sea hecha antes de que el Estado otorgue su consentimiento en obligarse¹⁷⁷.

Al respecto, el análisis de las obligaciones que de este tratado internacional derivan se hará respecto el principio de complementariedad.

2.3.1.2.1. Principio de complementariedad

El principio de complementariedad rige el funcionamiento de la Corte Penal Internacional –órgano jurisdiccional creado y regulado por el Estatuto de Roma–.

Este principio es uno de los principios fundamentales del Estatuto¹⁷⁸. Parte de la premisa que la obligación primaria del ejercicio de la jurisdicción penal para la sanción de crímenes internacionales es del Estado, como se estableció en el sexto párrafo del preámbulo¹⁷⁹, lo que se ve corroborado con el párrafo décimo, que expresamente señala “Destacando que la Corte Penal Internacional establecida en virtud del presente Estatuto será complementaria de las jurisdicciones penales nacionales”.

Asimismo, el numeral 1º del Estatuto, reconoce como características de la Corte Penal Internacional, las siguientes: permanente, facultada para ejercer su

¹⁷⁴ Artículo 26, Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, *op. cit.*

¹⁷⁵ *Ibidem*, artículo 27.

¹⁷⁶ *Cfr.* Kolb, Robert, *op. cit.*, p. 161.

¹⁷⁷ *Cfr. Idem.*

¹⁷⁸ *Cfr.* Corte Penal Internacional, Situación en la República Democrática del Congo, Apelación de Germain Katanga contra la decisión oral de la Sala de Juicio sobre la admisibilidad del caso, No. ICC-01/04-01/07 OA 8, 25 de septiembre de 2009, párr. 74 (en adelante “Apelación contra la resolución de admisibilidad del caso de Katanga”).

¹⁷⁹ Preámbulo, Estatuto de la Corte Penal Internacional, *op. cit.*, “Recordando que es deber de todo Estado ejercer su jurisdicción penal contra los responsables de crímenes internacionales(...)”.

jurisdicción sobre las personas respecto los crímenes más graves y con carácter complementario de las jurisdicciones penales nacionales¹⁸⁰.

En este aspecto, la Corte ha referido que dicho principio se estableció para proteger el derecho soberano de los Estados y su deber de ejercer su jurisdicción sobre crímenes cometidos por sus nacionales o en su territorio, con el que deben cumplir de buena fe cuando deseen hacerlo¹⁸¹.

Respecto el principio de buena fe, cabe destacar que es parte de la costumbre internacional¹⁸². Funge como una herramienta interpretativa, de conformidad con el artículo 31, numeral 1, de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados que señala que un tratado internacional deberá interpretarse de buena fe¹⁸³. Es uno de los principios básicos que gobiernan la creación y ejecución de las obligaciones internacionales¹⁸⁴ y deriva del diverso *pacta sunt servanda*¹⁸⁵.

Este principio exige a los Estados parte poner lo mejor en sus capacidades para observar las obligaciones internacionales en su espíritu, así como acorde su letra; busca evitar el abuso de derechos, conforme el cual, las partes deberán actuar honesta, justa y razonablemente, abstenerse de actos calculados para frustrar su objeto y fin y así, impedir la propia ejecución del tratado¹⁸⁶.

Ahora, nuevamente sobre el principio de complementariedad, una de las razones de su establecimiento, fue por una marcada protección de la soberanía de

¹⁸⁰ *Ibidem*, artículo 1.

¹⁸¹ Cfr. Apelación contra la resolución de admisibilidad del caso de Katanga, párrs. 59, 78 y 85; Corte Penal Internacional, Situación de la República de Kenya, Decisión sobre la aplicación del Gobierno de Kenya contra la admisibilidad del caso, ICC-01/09-02/11, 30 de mayo de 2011, párr. 40 (en lo subsecuente "Resolución que resuelve la inconformidad del Gobierno de Kenya contra la admisibilidad del caso la Fiscalía vs. Kiriimi Mutharura").

¹⁸² Cfr. Corte Internacional de Justicia, Caso relativo a la disputa territorial Libyan Arab Jamahiriya vs. Chad, Sentencia, 3 de febrero de 1994, párr. 41.

¹⁸³ Artículo 31, numeral 1, Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, *op. cit.*

¹⁸⁴ Cfr. Corte Internacional de Justicia, Caso relativo a la frontera y transfrontera de las acciones armadas, Nicaragua vs. Honduras, Sentencia, 20 de diciembre de 1988, párr. 94; Villiger, Mark E., *op. cit.*, p. 425; Corte Internacional de Justicia, Caso de las pruebas nucleares, Australia vs. Francia, Sentencia, 20 de diciembre de 1974, párr. 46 (En adelante "Caso de las pruebas nucleares").

¹⁸⁵ Cfr. Aust, Anthony, *op. cit.*, p. 208. Similar: Caso de las pruebas nucleares, párr. 46.

¹⁸⁶ Cfr. Villiger, Mark E., *op. cit.*, pp. 367 y 425.

los países y el interés de la comunidad internacional en que los crímenes internacionales sean efectivamente juzgados¹⁸⁷.

Lo anterior implica que la Corte actúa suplementando, no suplantando las jurisdicciones domésticas¹⁸⁸ e importa un límite a la jurisdicción de la Corte y al actuar de la Fiscalía¹⁸⁹, característica por la cual, la doctrina ha calificado a la jurisdicción de la Corte como *ultima ratio*, al tener un sistema de soberanía compartida con las jurisdicciones nacionales¹⁹⁰, pues a éstas corresponde la responsabilidad primaria para la investigación y persecución¹⁹¹.

En ese tenor, al principio de complementariedad se le ha reconocido la función de impulsar al legislador para que tipifique los crímenes internacionales en el ordenamiento interno y adopte las reformas necesarias para asegurar el cumplimiento de los estándares internacionales, de forma que garantiza un acercamiento de los ordenamientos internos con la tipificación y persecución de crímenes internacionales, convirtiéndose en un propulsor de la armonización¹⁹², lo anterior para evitar que se active la competencia de la Corte¹⁹³, lo que en la doctrina se ha conocido como *complementariedad positiva*¹⁹⁴.

¹⁸⁷ Cfr. Segovia, Antonio y Contreras, Marcelo, "El principio de complementariedad y el ejercicio de la competencia en el Estatuto de Roma. Una visión crítica", en Cárdenas Aravena, Claudia, et. al., (comp.), La Corte Penal Internacional y sus primeros 10 años: un enfoque práctico, Chile, Thomson Reuters, 2013, p. 273.

¹⁸⁸ Cfr. *Ibidem*, p. 266.

¹⁸⁹ Cfr. *Idem*.

¹⁹⁰ Cfr. Olásolo Alonso, Héctor, "El principio de complementariedad y las estrategias de actuación de la Corte Penal Internacional en la fase del examen preliminar: ¿Por qué la Corte Penal Internacional mantiene su examen preliminar, pero no abre una investigación sobre la situación en Colombia?" en Cárdenas Aravena, Claudia, et. al., (comp.), La Corte Penal Internacional y sus primeros 10 años: un enfoque práctico, Chile, Thomson Reuters, 2013, p. 365.

¹⁹¹ Cfr. Gil, Alicia y Maculan, Elena, *Derecho penal internacional*, Madrid, Editorial Dykinson, 2016, p. 85; Broomhall, Bruce, *International justice and the International Criminal Court*, New York, Oxford, 2005, p. 86; Cárdenas Aravena, Claudia "La Corte Penal Internacional y su relación con las jurisdicciones estatales: el principio de complementariedad", en Cárdenas Aravena, Claudia, et. al., (comp.), Corte Penal Internacional su relación con las jurisdicciones nacionales: el principio de complementariedad, Chile, Thomson Reuters, 2012, p. 10.

¹⁹² Cfr. Gil, Alicia y Maculan, Elena, *op. cit.*, p. 96; Broomhall, Bruce, *op. cit.*, p. 93.

¹⁹³ Cfr. Cárdenas Aravena, Claudia, "El principio de complementariedad como intervención mínima de la justicia pena internacional y su influencia en el derecho penal material por la vía del derecho interno de los Estados", en Cárdenas Aravena, Claudia, et. al., (comp.), Corte Penal Internacional y jurisdicciones estatales, el principio de complementariedad, Chile, Thomson Reuters, 2012, p. 207.

¹⁹⁴ Cfr. Abogados sin fronteras Canadá, "CPI y Colombia: tiempo de actuar en positivo", en Cárdenas Aravena, Claudia, et. al., (comp.), La Corte Penal Internacional y sus primeros 10 años: un enfoque práctico, Chile, Thomson Reuters, 2013, p. 331. Olásolo Alonso, Héctor, "El principio de complementariedad...", *cit.*, p. 379; Gil, Alicia y Maculan, Elena, *op. cit.*, p. 94; Término acuñado por la Oficina de la Fiscalía de la Corte Penal Internacional en el Reporte de estrategia de persecución, 14 de septiembre de 2006, p. 4. https://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/D673DD8C-D427-4547-BC69-2D363E07274B/143708/ProsecutorialStrategy20060914_English.pdf, 30 de mayo de 2019, 20:50; Broomhall, Bruce, *op. cit.*, p. 90.

Bajo el anterior razonamiento, el principio de complementariedad constituye un importante incentivo y alternativa para que los Estados realicen con responsabilidad y eficacia los procesos necesarios para evitar la impunidad de los individuos que cometen tan severos crímenes¹⁹⁵.

Es decir, el principio de complementariedad funge como un mecanismo para responsabilizar a los Estados respecto de sus deberes de garantía de los derechos humanos y protección contra sus más graves violaciones¹⁹⁶.

El principio de complementariedad finalmente se refleja en los criterios para la admisibilidad de un asunto ante la Corte, como refiere el artículo 17(1)¹⁹⁷ del Estatuto, al respecto, brevemente referimos que la Corte ha establecido que la admisibilidad implica dos evaluaciones¹⁹⁸: la primera, verificar si el Estado en cuestión condujo o ha conducido procedimientos nacionales sobre la misma materia y si lo ha hecho, verificar su incapacidad o falta de voluntad para incoar acción penal (complementariedad) y segundo, si la conclusión anterior es negativa, debe evaluarse si se satisface el límite de gravedad¹⁹⁹. Finalmente, satisfechos los dos anteriores puntos, se analizará si la investigación no redundaría en interés de la justicia, como exige el artículo 53(1)(c) del Estatuto²⁰⁰.

Con la precisión que la Corte ha señalado que la inacción total por parte de un Estado que tenga jurisdicción para investigar o perseguir un asunto, hace procedente el análisis directo en términos del artículo 17(1)(d), por lo que,

¹⁹⁵ Cfr. Guerrero Rosales, Humberto y Bravo-Ahuja, María Sirvent (coords.), *Manual para la implementación del Estatuto de Roma en la Legislación Mexicana*, México, Comisión Mexicana de Defensa y Promoción de los Derechos Humanos A.C., p. 18; Olásolo Alonso, Héctor, El principio de complementariedad..., cit., p. 365; Broomhall, Bruce, *op. cit.*, p. 86.

¹⁹⁶ Cfr. Gil, Alicia y Maculan, Elena, *op. cit.*, p. 85.

¹⁹⁷ Artículo 17(1), Estatuto de la Corte Penal Internacional, *op. cit.*

¹⁹⁸ Cfr. Decisión sobre la autorización de una investigación en la República Islámica de Afghanistan, párr. 88.

¹⁹⁹ Cfr. Situación de la República Islámica de Afghanistan, Decisión sobre la autorización de una investigación en la República Islámica de Afghanistan, No. ICC-02/17, 12 de abril de 2019, párr. 71, en lo subsecuente "Decisión sobre la autorización de una investigación en la República Islámica de Afghanistan"; Apelación contra la resolución de admisibilidad del caso de Katanga, párr. 81; Resolución que resuelve la inconformidad del Gobierno de Kenya contra la admisibilidad del caso la Fiscalía vs. Kiriimi Mutharura, párr. 43.

²⁰⁰ Artículo 53(1)(c), Estatuto de la Corte Penal Internacional, *op. cit.*

establecida la omisión, directamente se analiza la gravedad e interés de la justicia y ya no se analiza la incapacidad o falta de voluntad del Estado²⁰¹.

En el caso, la omisión de la legislación del superior jerárquico incide incluso en la determinación de la admisibilidad de un asunto ante la Corte Penal Internacional, pues la circunstancia de que el Estado respectivo no tenga incorporados los crímenes previstos por el Estatuto en su legislación nacional y por tanto, no pueda ejercer su jurisdicción, se situaría en la causal reconocida en el artículo 17(3) del Estatuto, referente a incapacidad de investigar o enjuiciar en la hipótesis “por otras razones”²⁰².

En el mismo sentido, se ha referido que, si el derecho nacional otorga un enfoque estrecho de la responsabilidad de superior jerárquico en la forma en que el Estatuto lo hace, la Corte podría admitir el caso²⁰³, lo mismo sucedería en caso de omisión de penalizar las conductas señaladas en el Estatuto²⁰⁴.

Ahora, bajo el panorama expuesto podemos señalar que mientras el Estado Mexicano no incorpore este tipo de responsabilidad al ordenamiento jurídico mexicano, hace inoperante la función del principio de complementariedad reconocido en el Estatuto de Roma, en el entendido que el principio de complementariedad obliga a los Estados a adecuar sus sistemas jurídicos nacionales a los estándares reconocidos en el Estatuto, para que tengan la capacidad legal y técnica para investigar, enjuiciar y sancionar a los responsables por la comisión de los crímenes²⁰⁵.

Por tanto, mientras México no establezca las condiciones legales para ejercer su jurisdicción contra los responsables de crímenes internacionales, al menos, tratándose de la responsabilidad de superior jerárquico, no se verifica el

²⁰¹ Cfr. Apelación contra la resolución de admisibilidad del caso de Katanga, párrs. 2 y 78; Corte Penal Internacional, Situación de la República de Costa de Marfil, La Fiscalía vs. Simone Gbagbo, Decisión sobre la confronta de la admisibilidad del caso por la República de Costa de Marfil, ICC-02/11-01/12, 11 de diciembre de 2014, párr. 27.

²⁰² Cfr. García Ramírez, Sergio y Vargas Casillas, Leticia A (coords.), *Proyectos legislativos y otros temas penales*, Principio de complementariedad de la Corte Penal Internacional, México, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2001, p. 297.

²⁰³ Cfr. Broomhall, Bruce, *op. cit.*, p. 92.

²⁰⁴ Cfr. Cárdenas, Claudia, “El principio de complementariedad como...”, *cit.*, p. 207.

²⁰⁵ Cfr. Guerrero Rosales Humberto y Bravo-Ahuja María Sirvent, *op. cit.*, p. 7.

presupuesto para que inicie investigaciones, juicios y sancione a los responsables, ante la ausencia de legislación que lo haga posible.

Lo que hace ineficaz el principio de complementariedad, pues con la ratificación del Estatuto se partió de la premisa que los Estados cumplirían de buena fe con su obligación de enjuiciar y sancionar a los responsables de los crímenes más graves para poner fin a la impunidad, lo que México está transgrediendo.

2.3.1.3. Convención Americana sobre Derechos Humanos

En términos del artículo 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, los Estados Parte están obligados a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que se encuentre sujeta a su jurisdicción²⁰⁶, que son considerados deberes fundamentales²⁰⁷. En este aspecto, es de interés la obligación de garantía.

2.3.1.3.1 Obligación de garantía

Esta obligación puede ser cumplida de diferentes maneras, en función del derecho que deba garantizarse y las particulares necesidades de protección²⁰⁸. Involucra el deber de los Estados de organizar todo el aparato y sus estructuras gubernamentales a través de las que se manifiesta el ejercicio del poder público, de

²⁰⁶ Artículo 1.1, Convención Americana sobre Derechos Humanos, San José, Costa Rica, 22 de noviembre de 1969, http://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos.htm, 2 de junio de 2019, 22:34.

²⁰⁷ Cfr. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras, Fondo, Sentencia, 29 de julio de 1988, serie C No. 4, párr. 164 (en adelante "Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras"); Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso de la Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia, Sentencia, 31 de enero de 2006, serie C No. 140, párr. 111 (en lo subsecuente "Caso de la Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia"); Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso de la "Masacre de Mapiripán" vs. Colombia, Sentencia, 15 de septiembre de 2005, serie C No. 134, párr. 108 (en lo subsecuente "Caso de la Masacre de Maripán vs. Colombia").

²⁰⁸ Cfr. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso González y otras ("Campo algodónero") vs. México, Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, Sentencia, 16 de noviembre de 2009, Serie C No. 205, párr. 236 (en lo subsecuente "Caso Campo algodónero vs. México"); Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Cantoral Huamaní y García Santa Cruz vs. Perú, Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, Sentencia, 10 de julio de 2007, serie C No. 167, párr. 101 (en lo subsecuente "Caso Cantoral Huamaní y otro contra Perú"); Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Heliodoro Portugal vs. Panamá, Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, Sentencia, 12 de agosto de 2008, serie C No. 186, párr. 141 (en adelante "Caso Heliodoro vs. Panamá"); Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Anzualdo Castro vs. Perú, Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, Sentencia, 22 de septiembre de 2009, serie C No. 220, párr. 62 (en lo subsecuente "Caso Anzualdo Castro vs. Perú").

forma que sean capaces de asegurar el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos²⁰⁹, así como en el deber estatal de abstenerse de violentarlos²¹⁰.

Como parte de esta obligación se encuentra el deber jurídico de prevenir razonablemente, e investigar seriamente con los medios a su alcance, las violaciones de los derechos humanos que se hayan cometido dentro de su jurisdicción, a fin de identificar a los responsables, imponerles las sanciones pertinentes y asegurar a las víctimas una adecuada reparación²¹¹. En el caso, es de particular interés el deber de prevenir.

Asimismo, en relación con esta obligación, los Estados deben garantizar la seguridad y mantener el orden público, así como perseguir los delitos cometidos en su jurisdicción²¹².

2.3.1.3.1.1 Deber de prevenir

El deber de prevención abarca todas aquellas medidas de carácter jurídico, político, administrativo y cultural que promuevan la salvaguarda de los derechos humanos y que aseguren que las eventuales violaciones sean consideradas y tratadas como un hecho ilícito que es susceptible de acarrear sanciones para quien las cometa, así como indemnizar a las víctimas²¹³. Constituye una obligación de medio o comportamiento²¹⁴.

En el entendido que bajo el deber de garantía, el Estado tiene el deber de evitar y combatir la impunidad por todos los medios legales disponibles, ya que la

²⁰⁹ Cfr. Caso Campo algodónero vs. México, párr. 236; Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras, párr. 166; Caso de la Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia, párr. 142; Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Radilla Pacheco vs. México, Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, Sentencia, 23 de noviembre de 2009, serie C No. 209, párr. 142 (en adelante "Caso Radilla Pacheco vs. México"); Caso Anzualdo Castro vs. Perú, párr. 62.

²¹⁰ Cfr. Caso Campo algodónero vs. México, párr. 343; Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Kawas Fernández vs. Honduras, Fondo, reparaciones y costas, Sentencia, 3 de abril de 2009, serie C, No. 196, párr. 75 (en lo subsecuente "Caso Kawas Fernández vs. Honduras").

²¹¹ Cfr. Caso Campo algodónero vs. México, párr. 236; Caso Radilla Pacheco vs. México, párr. 142; Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras, párr. 174.

²¹² Cfr. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Alvarado Espinoza y otros vs. México, Fondo, reparaciones y costas, Sentencia, 28 de noviembre de 2018, serie C No. 370, párr. 177 (en adelante "Caso Alvarado Espinoza y otros vs. México"); Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso del Penal Miguel Castro Castro vs. Perú, Fondo, reparaciones y costas, Sentencia, 25 de noviembre de 2006, serie C No. 160, párr. 240 (en lo subsecuente "Caso del Penal Miguel Castro Castro vs. Perú").

²¹³ Cfr. Caso Campo algodónero vs. México, párr. 252; Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras, párr. 175; Caso Anzualdo Castro vs. Perú, párr. 63.

²¹⁴ Cfr. Caso Campo algodónero vs. México, párr. 252; Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras, párr. 177.

impunidad propicia la repetición de las violaciones de derechos humanos²¹⁵, con lo que podría afirmarse que ha incumplido su deber de garantizar su libre y pleno ejercicio a las personas sometidas a su jurisdicción²¹⁶.

2.3.1.3.2 Obligación de adecuar el derecho interno a las disposiciones de la Convención Americana sobre Derechos Humanos

El artículo 2 de la Convención²¹⁷ establece la obligación general de todo Estado Parte de adecuar su derecho interno a las disposiciones de la misma para garantizar los derechos en ella reconocidos y adoptar, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para dicho fin²¹⁸, deber que parte de la norma consuetudinaria que prescribe que el Estado que ratifica un tratado de derechos humanos debe introducir en su derecho interno las modificaciones necesarias para asegurar su fiel cumplimiento²¹⁹.

Este deber involucra dos vertientes, por una parte, la supresión de normas y prácticas de cualquier naturaleza que entrañen una violación a la Convención y por otra, la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la efectiva observancia de dichas garantías²²⁰.

Las medidas adoptadas en el derecho interno tienen que ser efectivas, lo que se verifica cuando la comunidad, en general, adapta su conducta a la normativa de

²¹⁵ Cfr. Caso Alvarado Espinoza y otros vs. México, párr. 302; Caso de la Masacre de Mapiripán vs. Colombia, párr. 237 y 297; Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso de las Hermanas Serrano Cruz vs. El Salvador, Fondo, reparaciones y costas, Sentencia, 1 de marzo de 2005, serie C No. 120, párrs. 60 y 170 (en adelante “Caso de las Hermanas Serrano Cruz vs. El Salvador”); Caso Heliodoro Portugal vs. Panamá, párr. 116.

²¹⁶ Cfr. Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras, párr. 176.

²¹⁷ Cfr. Artículo 2, Convención Americana sobre Derechos Humanos, op. cit.

²¹⁸ Cfr. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Vereda la Esperanza vs. Colombia, Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, Sentencia, 31 de agosto de 2017, serie C No. 341, párr. 84 (en lo subsecuente “Caso Vereda la Esperanza vs. Colombia”); Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Baena Ricardo y otros vs. Panamá, Fondo, reparaciones y costas, Sentencia, 2 de febrero de 2001, serie C No. 72, párr. 182 (en adelante “Caso Baena Ricardo y otros vs. Panamá”); Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas vs. República Dominicana, Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, Sentencia, 28 de agosto de 2014, serie C No. 282, párr. 271 (en lo subsecuente “Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas vs. República Dominicana”).

²¹⁹ Cfr. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Lori Berenson Mejía vs. Perú, Fondo, reparaciones y costas, Sentencia, 25 de noviembre de 2004, serie C No. 119, párr. 220 (en adelante “Caso Lori Berenson Mejía vs. Perú”); Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Garrido y Baigorria vs. Argentina, reparaciones y costas, Sentencia, 27 de agosto de 1998, serie C No. 39, párr. 68 (en lo subsecuente “Caso Garrido y Baigorria vs. Argentina”).

²²⁰ Cfr. Caso Lori Berenson Mejía vs. Perú, párr. 219; Caso Baena Ricardo y otros vs. Panamá, párr. 180; Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Cantoral Benavides vs. Perú, Fondo, Sentencia, 18 de agosto de 2000, serie C No. 69, párr. 178 (en lo subsecuente “Caso Cantoral Benavides vs. Perú”); Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas vs. República Dominicana, párr. 270.

la Convención y, en el caso de que así no sea, cuando se aplican efectivamente las sanciones previstas en ella²²¹.

En íntima relación con esta obligación se encuentra el control de convencionalidad, que implica que todos los órganos públicos deben realizar un análisis entre las normas internas y la Convención Americana, dentro del marco de sus respectivas competencias²²².

En particular, tratándose del Estado Mexicano, la Corte Interamericana, respecto la aplicación del fuero militar a civiles, ha destacado que si bien los legisladores debían adoptar las reformas legales necesarias, ello no obstaculizaba que los juzgadores remitieran esos casos al juez natural del fuero penal ordinario²²³.

Empero, ha destacado que aunque el Poder Judicial inaplique una norma inconvenional, ello no es suficiente para satisfacer la obligación de adecuación en términos del artículo 2 de la Convención Americana²²⁴, en primer lugar, porque la norma inconvenional debe suprimirse del ordenamiento jurídico y, en segundo lugar, porque el criterio de las cortes internas podía cambiar²²⁵.

Expuesto lo anterior, es importante destacar que los Estados no pueden invocar las normas jurídicas de su orden interno como justificación para no cumplir con una norma internacional, principio reconocido en el artículo 27 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados²²⁶ y cuya existencia la Corte Permanente Internacional de Justicia estableció previa su codificación²²⁷.

²²¹ Cfr. Caso Garrido y Baigorria vs. Argentina, párr. 69.

²²² Cfr. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Fernández Ortega y otros vs. México, Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, Sentencia de 30 de agosto de 2010, serie C No. 215, párr. 236 (En adelante "Caso Fernández Ortega vs. México"); Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Rosendo Cantú y otra vs. México, Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, Sentencia, 31 de agosto de 2010, párr. 219 (En lo subsecuente "Caso Rosendo Cantú y otra vs. México").

²²³ Cfr. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México, Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, Sentencia, 29 de noviembre de 2010, serie C No. 220, párr. 233 (En adelante "Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México").

²²⁴ Artículo 2, Convención Americana sobre Derechos Humanos, *op. cit.*

²²⁵ Cfr. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile, Excepciones Preliminares, fondo, reparaciones y costas, Sentencia de 26 de septiembre de 2006, párr. 121 (En lo subsecuente "Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile").

²²⁶ Artículo 27, Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, *op. cit.*

²²⁷ Cfr. Corte Permanente de Justicia Internacional, Opinión consultiva sobre el tratamiento de los nacionales polacos y otras personas de origen o habla polaca en el territorio de Danzig, 4 de febrero de 1932, p. 24.

Lo anterior también se prevé en el artículo 4 del Articulado sobre Responsabilidad Internacional de los Estados por actos ilegales que refiere “La caracterización de un acto de Estado como internacionalmente ilegal es gobernado por el derecho internacional. Tal caracterización no está afectada por la caracterización del mismo acto como legal en el derecho interno” ²²⁸.

Cabe destacar que, en algunas circunstancias, la ausencia de legislación podría constituir una violación a una obligación internacional *per se*, por ejemplo, cuando se requiere que Estado prohíba cierta conducta o promulgue un derecho uniforme²²⁹.

Con la precisión que, en su momento, la entonces Corte Permanente de Justicia Internacional señaló que existía un principio acorde el cual, el Estado que ha contraído una válida obligación legal esta obligada a hacer las modificaciones que fueren necesarias para asegurarse del cumplimiento de la misma²³⁰.

En los términos expuestos, la no incorporación de la responsabilidad del superior jerárquico al ordenamiento interno, no permite otorgar un tratamiento como delito a la omisión del superior jerárquico en la prevención, represión y sanción de las violaciones a derechos humanos cometidas por los subordinados, por el que debieran ser considerados responsables penalmente y, en consecuencia, sancionados, de manera que jurídicamente se propicia la impunidad, en el entendido que ésta fomenta la repetición de las violaciones de derechos humanos²³¹.

Aunado a que también transgrede su obligación de adecuación del derecho interno con las disposiciones de la Convención Americana, prevista en el artículo 2 del referido tratado internacional²³², así como la diversa que exige a todas las

²²⁸ Artículo 4, Comisión de Derecho Internacional de la Organización de las Naciones Unidas, Articulado sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, aprobada por la asamblea general en su 53º sesión, mediante resolución A/RES/56/83, el 28 de enero de 2002, Nueva York, http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/draft_articles/9_6_2001.pdf

²²⁹ Cfr. Crawford, James, *op. cit.*, p. 52.

²³⁰ Cfr. Corte Permanente de Justicia Internacional, Grecia vs. Turquía, Intercambio de población griega y turca, Opinión consultiva, 30 de enero de 1923, párr. 52.

²³¹ Cfr. *Caso Campo algodnero vs. México*, párr. 289.

²³² Artículo 2, Convención Americana sobre Derechos Humanos, *op. cit.*

autoridades ejercer un control de convencional en el ámbito de sus competencias que, tratándose del legislador, debiera proceder a elaborar las reformas legales correspondientes.

Por dichas razones, es patente que la incorporación de la responsabilidad de superior jerárquico al Código Penal Federal permitirá el cumplimiento eficaz de la obligación de garantía en su vertiente de prevención de las violaciones a derechos humanos, reconocida en el artículo 1.1²³³ de la Convención Americana de Derechos Humanos y, necesariamente la de adecuación reconocida en el numeral 2²³⁴.

2.3.2 Derecho consuetudinario

En este aspecto, cabe destacar que fue en el el derecho internacional humanitario en el que se gestó el origen y desarrollo de la responsabilidad del superior jerárquico.

2.3.2.1 Derecho Internacional Humanitario

La obligación de respetar y hacer respetar el derecho internacional humanitario es la norma consuetudinaria 139²³⁵ y forma parte de la obligación general de respetar el derecho internacional, misma que se codificó en los Convenios de Ginebra de 1929 y 1949 y también fue incorporada en el Protocolo adicional I.

Esta no se limita a las propias fuerzas armadas del Estado, sino también obliga a este último respecto otras personas o agrupaciones que actúen de hecho siguiendo sus instrucciones o se encuentren bajo su dirección o control²³⁶.

Derivado de esta obligación, se desprende la obligación de los Estados de dictar órdenes e instrucciones a sus fuerzas armadas para hacer respetar el derecho internacional humanitario, misma que se codificó, por primera vez, en las

²³³ *Ibidem*, artículo 1.1.

²³⁴ *Ibidem*, artículo 2.

²³⁵ *Cfr.* Henckaerts, Jean-Marie y Doswald-Beck Louise, *op. cit.*, p. 559.

²³⁶ *Cfr. Ibidem*, p. 560.

Convenciones de la Haya de 1899 y 1907²³⁷, se reiteró en la Convención de la Haya para la protección de bienes culturales²³⁸, el Protocolo adicional I y el Protocolo II enmendado de la Convención sobre ciertas armas convencionales²³⁹ y puede cumplirse de varias maneras, mediante manuales militares, órdenes, reglamentos, instrucciones y normas sobre el empleo de la fuerza²⁴⁰.

Asimismo, se destaca que esta obligación no depende de la reciprocidad estatal, como lo establece la norma consuetudinaria 140²⁴¹, e involucra incluso el asesoramiento y la formación de las fuerzas armadas en derecho internacional humanitario, como refieren las normas consuetudinarias 141 y 142²⁴².

2.4 Armonización del derecho interno

En nuestro país, el 26 de junio de 2017 se emitió la Ley General para Prevenir, Investigar y Sancionar la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes²⁴³ y el 17 de noviembre del mismo año, la diversa Ley General en Materia de Desaparición Forzada de Personas, Desaparición cometida por Particulares y del Sistema Nacional de Búsqueda de Personas²⁴⁴.

La Ley General de Tortura, en el numeral 2, fracción II²⁴⁵, señala como su objeto establecer los tipos penales de tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, y sus sanciones; las reglas generales para su

²³⁷ Convención relativa a las leyes y costumbres de la guerra terrestre, La Haya, Países Bajos, 18 de octubre de 1907, <https://www.icrc.org/es/doc/resources/documents/misc/treaty-1907-hague-convention-4-5tdm34.htm>, 10 de junio de 2019, 22:34.

²³⁸ Convención de la Haya para la protección de bienes culturales, La Haya, Países Bajos, 14 de mayo de 1954, http://portal.unesco.org/es/ev.php-URL_ID=13637&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html, 10 de junio de 2019, 23:20.

²³⁹ Protocolo II enmendado de la Convención sobre ciertas armas convencionales, sobre minas, armas trampa y otros artefactos de 1980, Ginebra, 10 de octubre de 1980, [https://www.unog.ch/80256EDD006B8954/\(httpAssets\)/9E8AB2403B4DDAD7C1257E1A00477444/\\$file/2015_Spain_API_NAR.pdf](https://www.unog.ch/80256EDD006B8954/(httpAssets)/9E8AB2403B4DDAD7C1257E1A00477444/$file/2015_Spain_API_NAR.pdf), 11 de junio de 2019, 22:34.

²⁴⁰ Cfr. Henckaerts, Jean-Marie y Doswald-Beck Louise, p. 561.

²⁴¹ Cfr. *Ibidem*, p. 563.

²⁴² Cfr. *Ibidem*, pp. 564 y 566.

²⁴³ Ley General para Prevenir, Investigar y Sancionar la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, México, 2017, http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LGPST_260617.pdf, 13 de junio de 2019, 22:33, en adelante y para efectos prácticos de su referencia "Ley General de Tortura".

²⁴⁴ Ley General en Materia de Desaparición Forzada de Personas, Desaparición cometida por Particulares y del Sistema Nacional de Búsqueda de Personas, México, 2017, http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LGMDFP_171117.pdf, 13 de junio de 2019, 23:18, en lo subsecuente "Ley General de Desaparición Forzada de Personas".

²⁴⁵ Artículo 2, fracción II, Ley General de Tortura, *op. cit.*

investigación, procesamiento y sanción, así como las normas aplicables ante la comisión de otros delitos vinculados, entre otros.

En específico, en el artículo 13, párrafo segundo, reconoce la responsabilidad de superior jerárquico, al referir “Los superiores jerárquicos serán considerados autores del delito de tortura en los términos de lo previsto en la legislación penal aplicable”²⁴⁶.

En el mismo sentido, la Ley General de Desaparición Forzada de Personas, reconoce como su objeto, en el numeral 2, fracción II, establecer los tipos penales en materia de desaparición forzada de personas y desaparición cometida por particulares, así como otros delitos vinculados y sus sanciones²⁴⁷.

En la misma dirección, dicha ley refiere en el numeral 29 “Los superiores jerárquicos serán considerados autores del delito de desaparición forzada de personas en los términos de lo previsto en la legislación penal aplicable”²⁴⁸.

De la redacción de ambas disposiciones, puede concluirse que actualmente el ordenamiento jurídico mexicano reconoce la responsabilidad de superior jerárquico, al respecto, para su aplicación hace referencia a la legislación penal aplicable, en el supuesto de estudio, dicha legislación es el Código Penal Federal como se justificará en el capítulo IV.

Es el caso que actualmente el Código Penal Federal no se ha reformado para incluir la responsabilidad de superior jerárquico, lo que implica que actualmente el Estado Mexicano no ha creado el marco jurídico y las instituciones necesarias para prevenir las violaciones de derechos humanos cometidas por agentes estatales, no obstante que, en específico, tratándose de desaparición forzada de personas y tortura exista un reconocimiento expreso en las leyes generales respectivas en este sentido.

²⁴⁶ *Ibidem*, artículo 13, párrafo segundo..

²⁴⁷ Artículo 2, fracción II, Ley General de Desaparición Forzada de Personas, *op.cit.*

²⁴⁸ *Ibidem*, artículo 29.

Aunado a lo anterior, estimamos es una medida de protección de los derechos humanos, bajo la lógica que si bien pareciere que la emisión de leyes penales que sancionan la violación del derecho, en realidad presupone que el derecho ya fue violentado, lo cierto es que el establecimiento de una posible sanción frente a la violación es también un mecanismo de prevención²⁴⁹.

2.5 Problemáticas

Establecido el panorama anterior, es importante destacar la interrelación que tienen las normas que obligan al Estado Mexicano a incorporar la responsabilidad de superior jerárquico con el principio y derecho humano de legalidad en materia penal, a continuación, expondremos las diversas posturas soluciones que sobre el tema se han planteado.

2.5.1. Posturas

Tratándose del derecho internacional humanitario se ha sostenido que, dado que las Convenciones de Ginebra ya forman parte de nuestro derecho interno, lo ideal sería que los deberes que reconoce lo fueran también, con la salvedad que, en particular, tratándose del deber de sancionar las infracciones que prevé, en materia penal predomina el principio *nullum crime sine lege*, por lo que existiría una problemática de legalidad²⁵⁰.

En el mismo sentido, otras posturas sostienen que, a partir de una interpretación del artículo 21 de la Constitución Federal, los tratados internacionales suscritos por México que contengan tipos penales necesariamente requieren una legislación de implementación para ser aplicados, conforme el principio de *reserva de ley*, que exige que determinadas leyes se aprueben con sujeción al

²⁴⁹ Cfr. Serrano Sandra y Vázquez Daniel, *Los derechos en acción, obligaciones y principios de derechos humanos*, Flacso México, México, 2013, pp. 65 y 66.

²⁵⁰ Cfr. Becerra Ramírez, Manuel, op. cit., pp. 90 y 91.

procedimiento legislativo, es decir, como leyes²⁵¹, pues al tener efecto directo en el derecho doméstico, debiera ser necesario crearlos conforme el mismo²⁵².

Otras posturas sostienen que podría ser problemática su aplicación directa, pues sería necesario establecer una pena determinada²⁵³, por lo que se recomienda una implementación modificatoria, tratándose de los crímenes internacionales se propondría incorporar el núcleo del Estatuto de Roma en la legislación nacional, sin limitarse a una referencia a las normas internacionales o su reproducción²⁵⁴.

En la misma tesitura, se ha referido que desde el punto de vista de la legalidad, resulta complejo procesar a una persona por delitos que no se hayan penalizado en la legislación nacional, no obstante, no se puede soslayar que se trata de los crímenes más graves y trascendentales para la comunidad internacional y su impunidad permite que se sigan cometiendo²⁵⁵.

Otra postura, sostiene que una vez que una Corte nacional refiera que no hay barreras dentro del ordenamiento jurídico para aplicar normas de derecho internacional, tales normas deben aceptarse como normas de derecho y no se requiere establecerlas por evidencia²⁵⁶.

Aunque lo anterior pudiere no ser tan sencillo, pues podría acontecer que los órganos jurisdiccionales encuentren necesario desarrollar el contenido de dicha norma, generando la problemática sobre cómo una norma internacional sería aplicable en un contexto nacional²⁵⁷, así como podría ser necesario que el juzgador determine la extensión conforme la cual, la norma de derecho internacional se aplicará²⁵⁸.

²⁵¹ Cfr. Gutiérrez Baylon, Juan de Dios, op. cit., p. 106. Reconocido en el artículo 73, fracción XXI, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, op. cit.

²⁵² Cfr. Aust, Anthony, op. cit., p. 162.

²⁵³ Cfr. Cárdenas, Claudia, "El principio de complementariedad como...", *cit.*, p. 207.

²⁵⁴ Cfr. *Idem*.

²⁵⁵ Cfr. Meneses, Armando, "La armonización legislativa del Derecho Internacional Humanitario en México", Fascículo 7, Colección Sobre la Protección Constitucional de los Derechos Humanos, México, Comisión Nacional de Derechos Humanos, p.64.

²⁵⁶ Cfr. Fentiman, citado por Crawford, James, op. cit., p. 56.

²⁵⁷ Cfr. *Ibidem*, p. 57.

²⁵⁸ Cfr. *Ibidem*, p. 58.

En similar sentido, se ha sostenido que si los códigos nacionales no contemplan figuras relativas al establecimiento de la responsabilidad penal, al existir una obligación internacional en ese sentido, debe establecerse, sea a través de la incorporación de la nueva norma para todos los casos o establecer un régimen extraordinario para el delito internacional en cuestión²⁵⁹.

Aunque las posturas hacen referencia al supuesto de la incorporación de un tipo penal, consideramos que pueden atenderse por identidad de razón, pues finalmente parte del principio de legalidad involucra el establecimiento de comportamientos punibles y conductas ilícitas sancionables, en el caso, una omisión, que finalmente tiene como efecto jurídico el establecimiento de una pena.

Establecidas las problemáticas anteriores, es necesario preguntarnos ¿el ordenamiento jurídico mexicano permitiría la aplicación directa de la responsabilidad de superior jerárquico?

2.5.2 El ordenamiento jurídico mexicano

Al respecto, el Código Penal Federal vigente establece en el artículo 6º, primer párrafo: “Cuando se cometa un delito no previsto en este Código, pero sí en una ley especial o en un tratado internacional de observancia obligatoria en México, se aplicarán éstos, tomando en cuenta las disposiciones del Libro Primero del presente Código y, en su caso, las conducentes del Libro Segundo”²⁶⁰.

Si bien es cierto que literalmente dicho numeral hace referencia al término ‘delito’, un argumento de mayoría de razón permitiría concluir que una forma de responsabilidad reconocida en un tratado internacional también podría ser aplicada para sancionar delitos reconocidos en el Código Penal Federal –como en el caso de la responsabilidad de superior jerárquico, delitos cometidos por los

²⁵⁹ Cfr. Dondé, Javier, “Implementación de delitos internacionales” en Memorias del Seminario *La armonización de los tratados internacionales de derechos humanos en México*, Secretaría de Relaciones Exteriores, pp. 204 y 205.

²⁶⁰ Código Penal Federal, México, 1931, http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/9_120419.pdf, 21 de junio de 2019, 22:47.

subordinados—, puesto que si se puede lo más (sancionar delito reconocido en tratado internacional) se puede lo menos (sancionar delito reconocido en Código Penal Federal bajo forma de responsabilidad reconocida en tratado internacional).

Lo anterior, porque la redacción de la disposición citada amplía el reconocimiento de los ordenamientos jurídicos por los cuales una persona puede ser considerada penalmente responsable, con la única exigencia que sea un tratado internacional del que el México sea parte.

Ahora, dicha conclusión incluso encuentra apoyo en lo establecido por el artículo 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que señala:

1. **Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho nacional o internacional.** Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello.

2. Nada de lo dispuesto en este artículo se opondrá al **juicio ni a la condena de una persona por actos u omisiones que, en el momento de cometerse, fueran delictivos según los principios generales del derecho reconocidos por la comunidad internacional.**²⁶¹ [Lo resaltado es propio]

Lo que a primera vista permite concluir que es posible aplicar la responsabilidad del superior jerárquico en nuestro país por delitos cometidos por los subordinados reconocidos en el Código Penal Federal, debido a que:

(i) Dicha forma de responsabilidad es reconocida en el derecho internacional, en concreto, en el Protocolo adicional I y en el Estatuto de Roma, tratados de los que México es parte y, además, forma parte de la costumbre internacional —como se estableció en el capítulo I del presente trabajo— fuente de obligaciones para el Estado; y

(ii) Existe un reconocimiento expreso en el artículo 6º del Código Penal Federal para sancionar por delitos reconocidos en tratados internacionales, lo que

²⁶¹ Artículo 15, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Nueva York, Estados Unidos, 19 de diciembre de 1966, <https://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CCPR.aspx>, 11 de junio de 2019: 20:34.

incluso es acorde a la regulación del principio de legalidad en tratados internacionales de derechos humanos.

2.5.3 El tratamiento por la Suprema Corte de Justicia de la Nación

Sobre la temática de sancionar una conducta punible por un tratado internacional, cabe destacar que el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación se ha pronunciado favorablemente, ello aconteció en el amparo en revisión 2922/1998²⁶².

En este resolvió el asunto de una persona condenada por el delito contra la salud, en la modalidad de posesión de efedrina, previsto y sancionado por los artículos 193 y 195, primer párrafo, del Código Penal Federal, en relación con lo dispuesto en el Convenio de las Naciones Unidas contra el Tráfico de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas.

El quejoso argumentaba que dicha sustancia no se encontraba catalogada como psicotrópico por el Código Penal Federal ni la Ley General de Salud, por lo que el tipo no se integraba, dado que el convenio internacional no constituía derecho positivo interno, pues para serlo, era necesario que sus estipulaciones fueran incorporadas al derecho interno a través del proceso legislativo, lo que aconteció hasta su incorporación al Código Penal Federal ocho años después de la comisión de los hechos que le atribuyeron²⁶³.

El Pleno declaró infundado su concepto de violación, ya que señaló que de conformidad con el artículo 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, los tratados celebrados por el Presidente con aprobación del Senado, constituyen ley suprema en toda la Unión, por lo que, satisfaciéndose dichos requisitos, lo pactado en los tratados quedaba incorporado al derecho interno automáticamente²⁶⁴.

²⁶² Cfr. Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, amparo directo en revisión 2922/1998, aprobado en sesión de dieciocho de mayo de mil novecientos noventa y nueve.

²⁶³ Cfr. *Idem*.

²⁶⁴ Cfr. *Idem*.

Además, refirió que el tratado tampoco era inconstitucional –como lo alegaba el quejoso– al ocuparse de una materia que, en términos del artículo 73, fracción XXI, de la Constitución Federal, le correspondía legislar al Congreso de la Unión, como la relativa a la tipificación de las conductas punibles y su sanción, puesto que dicha convención establecía en su artículo cuarto, párrafo primero, inciso a), la obligación de las partes de adoptar las medidas legislativas y administrativas para dar cumplimiento a las obligaciones que emanaban de la misma, entre las que se encontraba tipificar ciertas conductas en el derecho interno²⁶⁵.

En tanto, mediante dicho pacto internacional no se legislaba ni se creaba un tipo específico penal, sino sólo se comprometían las entidades soberanas participantes a legislar incorporando a su derecho interno las conductas punibles que ahí se describen conforme a los lineamientos establecidos en el propio pacto; por lo que no podía afirmarse que mediante el convenio en análisis se estaba legislando en materia penal²⁶⁶.

Asimismo, refirió que debido a que el derecho interno remitía mediante disposición expresa del legislador a los postulados de convenios como el que analizaba, en el caso, el artículo 193 del Código Penal Federal, al señalar que se consideraría como narcótico aquellos reconocidos en los tratados internacionales, era patente que el legislador ordinario, en uso de sus facultades constitucionales, comprendió dentro de las sustancias consideradas estupefacientes y psicotrópicos, no sólo a las descritas en la Ley General de Salud, sino también a las que así se catalogaran en los tratados internacionales²⁶⁷.

En conclusión, estableció que era constitucionalmente válido acudir al contenido de dichos tratados para complementar el tipo penal contra la salud que en ellos se describe en forma relacionada²⁶⁸.

²⁶⁵ *Cfr. Idem.*

²⁶⁶ *Cfr. Idem.*

²⁶⁷ *Cfr. Idem.*

²⁶⁸ *Idem*, del que derivó la tesis aislada Registro no. 193436, Localización: Novena Época, Instancia: Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, tomo X, Agosto de 1999, Página 55, Tesis P. LX/99, Tesis aislada, Materia: penal, cuyo rubro y texto señalan: "SALUD, DELITO CONTRA LA. LA POSESIÓN DE EFEDRINA SE TIPIFICA NO OBSTANTE QUE DICHA SUSTANCIA NO ESTÉ CONSIDERADA COMO

Sin embargo, recientemente la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación adoptó una visión criticable, en el amparo directo en revisión 4104/2013²⁶⁹, en el que se argumentó la inconventionalidad del artículo 194, fracción I, del Código Penal Federal, que regula el delito contra la salud en la modalidad de transporte clandestino de narcóticos; entre lo que destacó, por una parte, que la creación de dicho tipo penal fue en ejercicio de la facultad del legislador de construir la política criminal, en consonancia con la Convención Única de 1961 sobre Estupefacientes, pero por otra se contradujo, al señalar que, de una interpretación de los artículos 7.2 y 9 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, advertía que dichas normas brindan autonomía legislativa al Estado mexicano para definir y establecer libremente los actos u omisiones que debían considerarse de delito conforme su régimen interno, siempre que los emitiera con base en las exigencias legales internas²⁷⁰.

La contradicción deriva de que por un lado señaló que el legislador nacional puede establecer tipos penales en cumplimiento de una obligación internacional, pero por otro, hizo referencia a la autonomía legislativa, en el sentido que será

ESTUPEFACIENTE O PSICOTRÓPICO EN LA LEY GENERAL DE SALUD SI, CONFORME AL ARTÍCULO 193 DEL CÓDIGO PENAL FEDERAL, TIENE ESA CATALOGACIÓN EN UN TRATADO INTERNACIONAL. Si bien es cierto que la "efedrina" no se encuentra contenida en el artículo 245 de la Ley General de Salud como una de las sustancias consideradas estupefacientes o psicotrópicos, de ello en modo alguno puede concluirse que su posesión no pueda considerarse ilícita en los términos del artículo 195 del Código Penal Federal, pues el diverso 193 del mismo código punitivo incluye, dentro de esa categoría, no sólo a las descritas en la Ley General de Salud, sino también a las que así se cataloguen en los tratados internacionales; lo que ocurre respecto de esa sustancia, pues la misma así está catalogada en la Convención Única sobre Estupefacientes, celebrada en la ciudad de Nueva York el treinta de marzo de mil novecientos sesenta y uno, aprobada por el Senado de la República el veintinueve de diciembre de mil novecientos sesenta y seis, cuyo decreto fue publicado en el Diario Oficial de la Federación el treinta y uno de mayo de mil novecientos sesenta y siete."

²⁶⁹ Cfr. Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, amparo directo en revisión 4104/2013, aprobado en sesión de diecinueve de noviembre de dos mil catorce.

²⁷⁰ Del que derivó la tesis Registro no. 2008305, Localización: Décima Época, Instancia: Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Libro 14, Enero de 2015, Tomo I, Página 748, Tesis 1a. XXX/2015 (10a.), Tesis aislada, Materia: Constitucional, de rubro y texto: "AUTONOMÍA LEGISLATIVA DEL ESTADO MEXICANO PARA DEFINIR LAS CONDUCTAS CONSTITUTIVAS DE DELITO CONFORME A SU RÉGIMEN INTERNO. LOS ARTÍCULOS 7, NUMERAL 2, Y 9 DE LA CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS, IMPLÍCITAMENTE REFRENDAN ESTA FACULTAD. El instrumento multilateral referido, reconoce plena autonomía legislativa al Estado mexicano para definir las conductas constitutivas de delito conforme a su régimen interno, ya que el precepto 7, numeral 2, de la citada Convención, implícitamente distingue la facultad de los Estados Parte para dictar las leyes restrictivas de la libertad para las personas, por las causas y en las condiciones fijadas de antemano, lo que se reconoce en su artículo 9, en el que subyace la afirmación hacia el legislador del derecho nacional para establecer libremente cuáles son los actos u omisiones que deben considerarse delictivos, siempre que se emitan con base en las exigencias legales internas, en las que se pueden incluir aquellas conductas que produzcan una lesión o un peligro real al bien jurídico que se tutela, lo cual es lógico, porque es facultad del legislador nacional emitir las leyes que protejan a la sociedad, a fin de salvaguardar los bienes jurídicos en los términos que estime convenientes, en la inteligencia de que dicha facultad no significa que su actuar quede exento de control constitucional en caso de que obre en forma arbitraria en perjuicio de los gobernados y que su proceder sea contrario a la vigencia de los derechos humanos en su régimen interno; además, esta interpretación no infringe las reglas contenidas en el numeral 29 del tratado internacional, pues a través de este desarrollo hermenéutico no se permite al Estado Mexicano suprimir o limitar el goce o ejercicio de los derechos y libertades previstos en ella o en las normas mexicanas, ni excluye prerrogativas o garantías inherentes al ser humano que reconoce la nación."

voluntad y libertad del legislador establecer los tipos penales –y entendemos también, formas de responsabilidad– que estime convenientes, como si la obligación internacional de su incorporación quedara a su arbitrio y discrecionalidad.

Si bien, como establecimos al inicio del presente capítulo, doctrinariamente se ha identificado a México como un sistema dualista, los pronunciamientos de la Suprema Corte de Justicia de la Nación se han inclinado tanto por el sistema monista como en el dualista para la resolución de los casos que le ha correspondido resolver.

2.5.4 El principio y derecho humano de legalidad en materia penal

Ahora, se estima necesario atender al principio y derecho humano de legalidad en materia penal, en virtud de que la propuesta del presente trabajo parte de garantizar su respeto.

En primer término, este derecho se encuentra reconocido a nivel constitucional en el tercer párrafo del numeral 14, que establece:

Artículo 14. [...] En los juicios del orden criminal queda prohibido imponer, por simple analogía, y aún por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trata. [...].²⁷¹

Por su parte, el artículo 16 constitucional, primer párrafo, refiere:

Art. 16.- Nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles o posesiones, sino en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente, que funde y motive la causa legal del procedimiento. En los juicios y procedimientos seguidos en forma de juicio en los que se establezca como regla la oralidad, bastará con que quede constancia de ellos en cualquier medio que dé certeza de su contenido y del cumplimiento de lo previsto en este párrafo.²⁷²

En el mismo sentido, el principio de legalidad es reconocido en el numeral 9 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que establece:

²⁷¹ Artículo 14, Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, *op. cit.*

²⁷² *Ibidem*, artículo 16.

Artículo 9. Principio de Legalidad y de Retroactividad

Nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho aplicable. Tampoco se puede imponer pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello.²⁷³

Así como en el dispositivo 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que señala:

Artículo 15

1. Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello.

2. Nada de lo dispuesto en este artículo se opondrá al juicio ni a la condena de una persona por actos u omisiones que, en el momento de cometerse, fueran delictivos según los principios generales del derecho reconocidos por la comunidad internacional.²⁷⁴

Sobre el principio en análisis, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que este debe observarse por todos los órganos del Estado, en sus respectivas competencias, particularmente cuando se trata del ejercicio de su poder punitivo²⁷⁵.

Y en específico, ha referido que es necesario que la aplicación de cada uno de los tipos esté delimitado de la manera más clara y nítida que sea posible, en forma expresa, precisa, taxativa y previa²⁷⁶, correspondiendo al juzgador, al momento de la aplicación de la ley penal, atenerse estrictamente a lo dispuesto por esta y observar la mayor rigurosidad en la adecuación de la conducta de la persona inculpada al tipo penal, de forma tal que no incurra en la penalización de actos no

²⁷³ Artículo 9, Convención Americana sobre Derechos Humanos, *op. cit.*

²⁷⁴ Artículo 15, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos *op. cit.*

²⁷⁵ *Cfr.* Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Pollo Rivera vs. Perú, Fondo, reparaciones y costas, Sentencia, 21 de octubre de 2016, serie C No. 319, párr. 218 (En adelante "Caso Pollo Rivera vs. Perú"); Caso Ricardo Canese vs. Paraguay, párr. 177.

²⁷⁶ *Cfr.* Caso Pollo Rivera vs. Perú, párr. 219; Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Norín Catrimán y otros vs. Chile, Fondo, reparaciones y costas, Sentencia, 29 de mayo de 2014, serie C No. 279, párr. 162 (en adelante "Caso Norín Catrimán y otros vs. Chile").

punibles en el ordenamiento jurídico, o sea, que no proceda a una integración analógica²⁷⁷.

Por su parte, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha determinado que este derecho obliga, no solo al juzgador como aplicador de la norma, sino también al legislador a señalar con claridad y precisión las conductas típicas y las penas aplicables, de manera que la descripción no sea vaga, imprecisa, abierta o amplia, al grado de permitir la arbitrariedad en su aplicación²⁷⁸.

Por lo que, en aras del principio de certeza jurídica y con el objeto de no dejar a los operadores jurídicos una alternativa para la no aplicación de esta forma de responsabilidad en el derecho interno, la mejor solución a la problemática a la que nos enfrentamos es la incorporación expresa de la responsabilidad de superior jerárquico al Código Penal Federal, cuyas ventajas en concreto son las siguientes:

- Cumplimiento a las obligaciones internacionales del Estado Mexicano, en concreto, las contenidas en los Convenios de Ginebra y el Protocolo Adicional I, las disposiciones del Estatuto de Roma y las obligaciones de respeto y garantía reconocidas en la Convención Americana sobre Derechos Humanos.
- Respeto al derecho de legalidad en materia penal, que conlleva ser sancionado bajo una ley previamente existente conforme el procedimiento legislativo correspondiente por la autoridad facultada para ello.
- Garantizar la aplicación de la forma de responsabilidad conforme los elementos que se le han sido reconocidos por los estándares internacionales, establecidos previamente por el legislador.
- No dar pauta a que el juzgador determine la extensión conforme la cual la norma de derecho internacional será aplicable, tratándose de los elementos de esta forma de responsabilidad.

²⁷⁷ Cfr. Caso Pollo Rivera vs. Perú, párr. 221; Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso García Asto y Ramírez Rojas vs. Perú, Sentencia, 25 de noviembre de 2005, serie C No. 137, párr. 190 (En lo subsecuente "Caso García Asto y Ramírez Rojas vs. Perú"); Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Yvon Neptune vs. Haití, Fondo, reparaciones y costas, Sentencia, 6 de mayo de 2008, serie C No. 180, párr. 125 (en adelante "Caso Yvon Neptune vs. Haití").

²⁷⁸ Cfr. Tesis: 1a./J. 54/2014 (10a.), Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, t. I, julio de 2014, p. 131.

CAPÍTULO TERCERO

DERECHO COMPARADO

El objeto del presente capítulo es analizar la forma en que en el ámbito internacional diversos tribunales y países han incorporado y regulado la responsabilidad del superior jerárquico. En primer lugar, se realizará un análisis sobre la regulación y tratamiento de esta forma de responsabilidad –elemento por elemento– por los tribunales *ad hoc* y la Corte Penal Internacional.

En segundo lugar, se abordará la legislación de Argentina y Uruguay, a efecto de apreciar la manera en que estos países regularon la responsabilidad de superior jerárquico y se dará cuenta de la influencia de la jurisprudencia de los tribunales penales internacionales en dicha labor.

La elección de los países fue en razón de que tienen una tradición jurídica similar a la del ordenamiento jurídico mexicano; pertenecen a la misma región geográfica y comparten con México un contexto histórico de violaciones a derechos humanos generales y sistemáticas, aunado a que, precisamos, son pocos los Estados los que han incorporado dicha forma de responsabilidad a su ordenamiento²⁷⁹.

Particularmente, se ha documentado que Uruguay fue el primer país de América Latina en implementar a cabalidad en su legislación nacional el Estatuto de Roma, asimismo, Argentina fue de los primeros países que dieron importantes pasos para su implementación²⁸⁰.

²⁷⁹ En 2014 se documentó que de los 28 países de América que ratificaron el Estatuto de Roma, solamente 9 han emitido legislaciones de cooperación, véase Guevara Bermúdez, José Antonio, "La Corte Penal Internacional y América Latina y el Caribe", *Anuario de Derechos Humanos*, Chile, 2014, No. 10, enero-diciembre, 17-33.

²⁸⁰ *Cfr.* Coalición por la Corte Penal Internacional, "Uruguay: primer país en América Latina en implementar completamente el Estatuto de la Corte Penal Internacional en su legislación nacional", 31 de octubre de 2016, http://www.iccnw.org/documents/uruguay_implement_31Oct06_SPA.pdf, 5 de enero de 2020, 22:38.

La información que se plasmará en el presente apartado permitirá sentar las bases de nuestra propuesta que expondremos en el siguiente capítulo.

3.1 Tribunales penales internacionales

Posterior a la Segunda Guerra Mundial, el desarrollo jurisprudencial que delinearía el contenido de los elementos de la responsabilidad de superior jerárquico se gestaría en los tribunales penales internacionales a fines del siglo XX.

3.1.1 Calidad de superior jerárquico y relación superior-subordinado

En estos aspectos, ambos Tribunales reconocieron la posibilidad de que el superior jerárquico tuviera carácter civil o militar, así como que la relación superior-subordinado fuera formal (*iure*) o informal (*facto*) y directa o indirecta.

3.1.1.1 Tribunal Penal Internacional para Ruanda

Se reconoció que el superior podía ser civil o militar, con o sin estatus oficial²⁸¹. El Tribunal arribó a dicha conclusión, porque a su criterio, el numeral 6(2) del Estatuto del Tribunal, al reconocer la posibilidad de sancionar a Jefes de Estado u Oficiales responsables de Gobierno, claramente reflejaba la intención de los redactores de extender esta forma de responsabilidad más allá de los comandantes militares para comprender líderes políticos u otros civiles superiores en posiciones de autoridad²⁸² así como bajo un argumento a *contrario sensu*, en el entendido que expresamente el numeral 6(3) no limita la sanción a comandantes militares²⁸³.

Relativo a la relación superior-subordinado, se determinó que es el fundamento de esta forma de responsabilidad²⁸⁴.

²⁸¹ Cfr. Sentencia de Juvénal Kajelijeli, párrs.771 y 773; Apelación de Sylvestre Gacumbitsi, párr. 143; Tribunal Penal Internacional para Ruanda, La Fiscalía vs. Alfred Musema, Sentencia, No. ICTR-96-13-A, 27 de enero de 2000, párr. 132 (En adelante “Sentencia de Alfred Musema”); Sentencia de Tharcisse Muvunyi, párr. 473; Sentencia de Laurent Semanza, párr. 400; Tribunal Penal Internacional para Ruanda, La Fiscalía vs. Eliézer Niyitegeka, Sentencia, No. ICTR-96-14-T, 16 de mayo de 2003, párr. 472 (En lo subsecuente “Sentencia de Eliézer Niyitegeka”); Apelación de Ignace Bagilishema, párr. 51.

²⁸² Cfr. Sentencia de Clément Kayishema et. al, párr. 214; Sentencia de Ignace Bagilishema, párr. 39.

²⁸³ Cfr. Sentencia de Ignace Bagilishema, párr. 40.

²⁸⁴ Cfr. Sentencia de Clément Kayishema et. al, párr. 217.

Parte del presupuesto de que el superior tiene poder para controlar los actos de sus subordinados²⁸⁵.

Por lo que hace a la cadena de comando a la que pertenecen el superior, ésta puede ser directa o indirecta²⁸⁶, de *iure* o de *facto*²⁸⁷, formal o informal²⁸⁸, en el entendido que por directa se entiende que es sin intermediarios; indirecta que puede haber mandos intermedios relacionados; formal deriva del carácter de *iure*, de una regulación jurídica; informal y de *facto a contrario sensu*, implica que carece de regulación.

3.1.1.2 Tribunal Penal Internacional para la Ex Yugoslavia

En la sentencia de *Zlatko Aleksovski*, este tribunal determinó que el término “superior” no solamente comprendía a los comandantes militares, sino también a las autoridades civiles que se encontraran en una posición similar de comando y ejercicio similar de control con respecto sus subordinados²⁸⁹ —como líderes políticos y otras posiciones de autoridad superiores civiles²⁹⁰—.

Señaló que, dado que la responsabilidad del superior jerárquico se funda en el poder jerárquico, el acusado debía, en primer lugar, tener autoridad superior y capacidad de dar órdenes para prevenir el crimen y sancionar a los perpetradores, sin embargo, tratándose de las autoridades civiles, no les era exigible el poder de sancionar, siendo suficiente que tuvieran capacidad de transmitir informes a las autoridades competentes y, que a partir de su posición, dichos informes desencadenaran una investigación, medidas disciplinarias o penales²⁹¹. Asimismo, no se requería facultad legal para poder hacer lo anterior²⁹².

²⁸⁵ Cfr. Sentencia de Clément Kayishema et. al, párr. 217.

²⁸⁶ Cfr. Sentencia de Juvénal Kajelijeli, párr. 771.

²⁸⁷ Cfr. Sentencia de Juvénal Kajelijeli, párr. 773; Sentencia de Clément Kayishema et. al, párr. 218; Sentencia de Tharcisse Muvunyi, párr. 475; Sentencia de Laurent Semanza, párr. 402; Apelación de Ignace Bagilishema, párr. 50.

²⁸⁸ Cfr. Sentencia de Laurent Semanza, párr. 401.

²⁸⁹ Cfr. Sentencia de Zlatko Aleksovski, párr. 75; Sentencia de Naser Oric, párr. 308; Sentencia de Ljube Boskoski et. al., párr. 410.

²⁹⁰ Cfr. Sentencia de Zejnil Delalic et. al., párr. 356; Sentencia de Naser Oric, párr. 308.

²⁹¹ Cfr. Sentencia de Zlatko Aleksovski, párr. 78.

²⁹² Cfr. Sentencia de Tihomir Blaskic, párr. 302.

Ahora, en términos generales sobre la posición de superior, no se requería el carácter de autoridad oficial, de forma que la posición de comando podía derivar de un estatus de *facto*²⁹³, así como también se atendía a los deberes y competencia del superior para ejercer el control²⁹⁴.

La calidad de superior tampoco estaba relacionada con el rango, incluso un comandante de rango menor que tuviera a su cargo un pequeño grupo de hombres podía ser responsable, lo que no excluía la responsabilidad de otros superiores involucrados.²⁹⁵

En ese tenor, la posición de comandante en la estructura de comando, se consideró la base legal del superior para actuar²⁹⁶, siendo este elemento del que dependería la relación superior – subordinado²⁹⁷.

En este aspecto, el criterio preponderante era más sobre control que subordinación²⁹⁸, de manera que el simple ejercicio de poder de influencia sobre subordinados no era suficiente para determinar su existencia²⁹⁹.

3.1.1.3 Corte Penal Internacional

Comandante militar se refiere a una categoría de persona que formal o legalmente ejecuta una función de comando militar³⁰⁰. Dentro de la categoría de *iure* se encuentran las fuerzas armadas regulares de un Estado que operan acorde las leyes, procedimientos y prácticas estatales³⁰¹.

El concepto involucra a todas las personas que tienen responsabilidad de comando dentro de las fuerzas armadas, con independencia de su rango o nivel³⁰²,

²⁹³ Cfr. Sentencia de Ljube Boskoski et. al., párr. 408; Sentencia de Pavle Strugar, párr. 362; Sentencia de Sefer Halilovic, párr. 60; Sentencia de Milorad Krnojelac, párr. 93.

²⁹⁴ Cfr. Sentencia de Tihomir Blaskic, párr. 300. En similar sentido se estableció en: Sentencia de Zejnil Delalic et. al., párrs. 354 y 378; Sentencia de Mico Stanisic et. al., párr.112; Sentencia de Naser Oric, párr. 309.

²⁹⁵ Cfr. Sentencia de Naser Oric, párrs. 312 y 313; Sentencia de Sefer Halilovic, párrs. 61 y 62; Sentencia de Milorad Krnojelac, párr. 93.

²⁹⁶ Cfr. Sentencia de Ljube Boskoski et. al., párr. 407; Sentencia de Enver Hadzihasanovic et. al., párr. 67; Sentencia de Pavle Strugar, párr. 359; Sentencia de Sefer Halilovic, párr. 57.

²⁹⁷ Cfr. *Ibidem*, párr. 311.

²⁹⁸ Cfr. Sentencia de Pavle Strugar, párr. 363.

²⁹⁹ Cfr. Sentencia de Enver Hadzihasanovic et. al., párr. 80; Sentencia de Sefer Halilovic, párr. 59.

³⁰⁰ Cfr. *Ibidem*, párr. 176.

³⁰¹ Cfr. *Idem*.

³⁰² Cfr. Confirmación de cargos de Bemba Gombo, párr.408.

de forma que podría ser responsable una persona que ocupe el más alto nivel en la cadena de comando o solo un líder de unos cuantos soldados bajo su comando³⁰³. Incluye las situaciones en las que el superior no actúa exclusivamente en una función militar³⁰⁴.

Por otra parte, el término “persona actuando efectivamente como tal” está destinado a cubrir una categoría distinta y más amplia de comandantes y refiere a aquellos que, legal o formalmente, no están contemplados para ejecutar un rol de comandante militar, pero que de *facto* ejercen control efectivo sobre un grupo de personas a través de una cadena de mando³⁰⁵.

En esta categoría se encuentran quienes tienen autoridad y control sobre fuerzas gubernamentales regulares como unidades de policía armada o fuerzas irregulares, grupos rebeldes, unidades paramilitares, incluyendo movimientos armados de resistencia y milicias que siguen una estructura de jerarquía militar o una cadena de comando³⁰⁶, quienes tienen sus prácticas o regulaciones internas, sea de forma escrita o no escrita³⁰⁷.

Referente a la relación superior-subordinado, la Corte precisó que era irrelevante demostrar si existían subordinados intermedios entre el comandante y las fuerzas que cometieron los crímenes, pues únicamente debe determinarse que existe control efectivo sobre las fuerzas relevantes³⁰⁸, ello permite concluir que la existencia de subordinados intermedios no releva de responsabilidad penal al superior jerárquico.

Además, señaló que no se requiere que la autoridad y control sea única o exclusiva, pues que un comandante la ejerza no excluye que otra persona también lo haga, por lo que múltiples superiores puedan ser concurrentemente responsables³⁰⁹. Asimismo, no hay un número mínimo de subordinados para que

³⁰³ Cfr. *Idem*; Sentencia de Bemba Gombo, párr. 179.

³⁰⁴ Cfr. Confirmación de cargos de Bemba Gombo, párr.408; Sentencia de Bemba Gombo, párr. 177.

³⁰⁵ Cfr. Confirmación de cargos de Bemba Gombo, párr.409; Sentencia de Bemba Gombo, párr. 177.

³⁰⁶ Cfr. Confirmación de cargos de Bemba Gombo, párr. 410.

³⁰⁷ Cfr. Sentencia de Bemba Gombo, párr. 176.

³⁰⁸ Cfr. *Sentencia de Bemba Gombo*, párr. 185.

³⁰⁹ Cfr. *Idem*.

esta responsabilidad se verifique³¹⁰. La cadena de mando puede ser de *iure* o de *facto*.

Establecido este panorama, adelantamos que la propuesta se circunscribirá a los superiores militares y superiores civiles, ambos de *iure*, en el entendido que la primer categoría hace referencia a los miembros del Ejército y Fuerza Aérea, mientras que la segunda refiere a la Guardia Nacional, que tiene un carácter civil.

3.1.2 Comando efectivo y control o autoridad efectiva y control

En íntima relación con el tipo de relación que exista entre el superior y el subordinado, se encuentra el elemento de comando, control y autoridad efectiva, cuyo contenido derivara del carácter de la primera, así como de las circunstancias fácticas al momento.

3.1.2.1 Tribunal Penal Internacional para Ruanda

Al respecto, el tribunal señaló que se requería que el control efectivo que poseyeran las autoridades civiles debía ser similar al que poseen los comandantes militares³¹¹, sin que ello implicara que fuera el mismo³¹² y que sería necesario establecer caso por caso el poder de autoridad desenvuelto por el acusado³¹³.

El control efectivo del superior sobre sus subordinados³¹⁴, fue definido como la capacidad de prevenir o sancionar los crímenes cometidos por los

³¹⁰ Cfr. *Ibidem*, párr. 187.

³¹¹ Cfr. Sentencia de Clément Kayishema et. al, párr. 42.

³¹² Cfr. Sentencia de Clément Kayishema et. al, párr. 52.

³¹³ Cfr. Sentencia de Jean-Paul Akayezu, párr. 491; Sentencia de Alfred Musema, párr. 135; Apelación de Ignace Bagilishema, párr. 52.

³¹⁴ Cfr. Sentencia de Juvénal Kajelijeli, párr. 771; Sentencia de Clément Kayishema et. al, párr. 216; Sentencia de Ignace Bagilishema, párr. 61.

subordinados³¹⁵, la que debía ostentarse al momento que el crimen fue cometido³¹⁶. Siendo insuficiente la posesión de un rol de líder³¹⁷.

Para establecer la existencia de la posición, no solo basta el estatus formal, sino que el factor preponderante es la posesión actual de comando sobre los subordinados³¹⁸.

Entre los elementos que dan indicio de la presencia de este elemento en autoridades civiles, se encontraba: (i) la consciencia del superior de su comando, (ii) la práctica de emitir y obedecer órdenes y (iii) la expectativa de que la insubordinación derivaría en acción disciplinaria³¹⁹.

3.1.2.2 Tribunal Penal Internacional para la Ex Yugoslavia

El *test* que se utilizó para determinar la calidad de superior de un individuo es conocido como control efectivo³²⁰, que significa tener la capacidad material de prevenir o sancionar los crímenes cometidos por otros³²¹. Control que debe ostentarse al momento en que el crimen se cometió³²².

Para probar el control efectivo, entre los elementos indicativos que permitían determinar su existencia, se encuentran: (i) la posición del acusado, (ii) el poder del superior de dar ordenes o tomar acciones disciplinarias y que estas se cumplieran, (iii) el hecho de que los subordinados mostraran más disciplina cuando el superior estaba presente que cuando estaba ausente o su capacidad de transmitir reportes a las autoridades competentes para la toma de medidas apropiadas, (iv) la conducta de operaciones de combate en las que estaban involucradas las fuerzas en cuestión, la capacidad de promover o remover

³¹⁵ Cfr. Sentencia de Juvénal Kajelijeli, párr. 774; Sentencia de Clément Kayishema et. al, párr. 229; Sentencia de Tharcisse Muvunyi, párr. 475; Sentencia de Laurent Semanza, párr. 402.

³¹⁶ Cfr. Sentencia de Laurent Semanza, párr. 402.

³¹⁷ Cfr. Sentencia de Eliézer Niyitegeka, párr. 476.

³¹⁸ Cfr. Sentencia de Ignace Bagilishema, párr. 39; Sentencia de Théoneste Bagosora et. al., párr. 2012; Sentencia de Tharcisse Muvunyi, párr. 475.

³¹⁹ Cfr. Sentencia de Ignace Bagilishema, párr. 43.

³²⁰ Cfr. Sentencia de Tihomir Blaskic, párr. 335; Sentencia de Mico Stanisic et. al., párr.111; Sentencia de Enver Hadzihasanovic et. al., párr. 77; Sentencia de Sefer Halilovic, párr. 58.

³²¹ Cfr. Sentencia de Ljube Boskoski et. al., párr. 408; Sentencia de Sefer Halilovic, párr. 58; Sentencia de Milorad Krnojelac, párr. 93.

³²² Cfr. Sentencia de Naser Oric, párrs. 314, 327 y 335.

soldados y (v) la posibilidad del acusado de participar en negociaciones sobre las tropas en cuestión³²³.

En la misma tesitura, estableció que si bien la posesión de poderes de *iure* para establecer el control efectivo constituía un importante indicio, la Fiscalía aún tenía el deber de probar más allá de toda duda razonable que el acusado lo ostentaba de facto³²⁴.

3.1.2.3 Corte Penal Internacional

Determinó que los elementos de comando y control efectivo y autoridad y control efectivo son aplicables alternativamente tanto en situaciones de comandante militares en estricto sentido y militares tipo comandantes³²⁵, por lo que los factores a considerar se encuentran vinculados intrínsecamente³²⁶.

La Sala consideró que las palabras “comando” y “autoridad” bajo las dos expresiones no tienen efecto sustancial en el nivel o estándar de control requerido, lo anterior porque aparentemente los dos términos son utilizados como un denominador común bajo dos alternativas³²⁷.

El término comando efectivo ciertamente revela o refleja autoridad efectiva, entendiéndose que “comando” es definido como autoridad, especialmente sobre fuerzas armadas y “autoridad” refiere al poder o derecho de dar órdenes y asegurar obediencia³²⁸.

Aunque si bien el grado de control exigido es el mismo, la expresión “autoridad efectiva” hace referencia a la modalidad, manera o naturaleza acorde la cual un comandante militar ejerce control sobre sus subordinados³²⁹, mientras que el “control efectivo” es percibido como la capacidad material de prevenir,

³²³ Cfr. Sentencia de Naser Oric, párr. 312; Sentencia de Ljube Boskoski et. al., párr. 411; Sentencia de Sefer Halilovic, párr. 58.

³²⁴ Cfr. Sentencia de Ljube Boskoski et. al., párr. 411. Sentencia de Enver Hadzihasanovic et. al., párr. 78.

³²⁵ Cfr. Confirmación de cargos de Bemba Gombo, párr. 412.

³²⁶ Cfr. Sentencia de Bemba Gombo, párr. 178.

³²⁷ Cfr. Confirmación de cargos de Bemba Gombo, párr. 412; Sentencia de Bemba Gombo, párr. 181.

³²⁸ Cfr. Confirmación de cargos de Bemba Gombo, párr. 413; Sentencia de Bemba Gombo, párr. 180.

³²⁹ Cfr. Confirmación de cargos de Bemba Gombo, párr. 413; Sentencia de Bemba Gombo, párr. 181.

reprimir, sancionar la comisión de los crímenes o someter el asunto a las autoridades competentes³³⁰, en ésta última noción no es suficiente demostrar la capacidad de ejercer influencia, incluso si tal es substancial³³¹.

Además se exige una coincidencia entre el control efectivo y la conducta criminal al momento de la ejecución del crimen.³³²

Y aunque una autoridad de *iure* puede implicar la capacidad de prevenir, reprimir y sancionar, no es suficiente por sí misma para establecer el control efectivo, sin embargo, puede ser un indicio para establecerlo³³³.

Entre los elementos que pueden indicar la existencia de la posición del superior y su autoridad o control efectivo se encuentran: (i) la posición oficial del sospechoso, (ii) su poder de dar órdenes, (iii) la capacidad de asegurarse del cumplimiento de sus órdenes, (iv) su posición dentro de la estructura militar y las tareas que ejecuta, (v) la capacidad de ordenar a las fuerzas o unidades bajo su inmediato comando o a niveles más inferiores su participación en las hostilidades (vi) su capacidad de resubordinar unidades o hacer cambios en la estructura de comando, (vii) el poder de promover, reemplazar, remover o disciplinar a cualquier miembro de las fuerzas y (viii) la autoridad de enviar fuerzas en donde las hostilidades tienen lugar y retirarlas en cualquier momento.³³⁴

Por otra parte, algunos factores que pueden indicar una ausencia de control efectivo son: (i) la existencia de una autoridad distinta y exclusiva sobre las fuerzas en cuestión, (ii) indiferencia o no cumplimiento con órdenes o instrucciones del acusado o (iii) debilidad o mal funcionamiento de la cadena de comando³³⁵.

³³⁰ Cfr. Confirmación de cargos de Bemba Gombo, párrs. 414 y 415; Sentencia de Bemba Gombo, párrs. 183 y 183.

³³¹ Cfr. Confirmación de cargos de Bemba Gombo, párr. 415; Sentencia de Bemba Gombo, párr. 183.

³³² Cfr. Confirmación de cargos de Bemba Gombo, párr.418.

³³³ Cfr. Sentencia de Bemba Gombo, párr. 189.

³³⁴ Cfr. Confirmación de cargos de Bemba Gombo, párr. 417; Sentencia de Bemba Gombo, párr. 188.

³³⁵ Cfr. Sentencia de Bemba Gombo, párr. 190.

3.1.3 Tomar medidas necesarias y razonables

De la misma manera que aconteció con los elementos anteriores, el carácter de las medidas que se exigía tomara el superior jerárquico eran idénticas en ambos tribunales, en concreto, requerían ser necesarias y razonables.

3.1.3.1 Tribunal Penal Internacional para Ruanda

Se exigía al superior que tomara medidas necesarias y razonables, las cuáles debían encontrarse dentro de la posibilidad material del superior, aun ante ausencia de competencia legal para ello³³⁶.

Las medidas *necesarias* serían aquellas que se requerían para descargar la obligación de prevenir o sancionar en las circunstancias prevalentes al tiempo y *razonables* aquellas que el comandante estuvo en aptitud de tomar en las circunstancias³³⁷.

Finalmente, la guía para determinar si las medidas fueron *idóneas* para prevenir o sancionar, será el control efectivo bajo las circunstancias de ese momento³³⁸.

También refirió que la capacidad de prevenir o sancionar un crimen es una cuestión inherentemente ligada con la situación fáctica concreta³³⁹.

3.1.3.2 Tribunal Penal Internacional para la Ex Yugoslavia

Respecto al carácter de las medidas, son medidas *necesarias* aquellas apropiadas para que el superior cumpla su obligación, que muestren que genuinamente intentó prevenir o sancionar³⁴⁰.

³³⁶ Cfr. Sentencia de Juvénal Kajelijeli, párr. 779; Sentencia de Laurent Semanza, párr. 406.

³³⁷ Cfr. Sentencia de Ignace Bagilishema, párr. 47.

³³⁸ Cfr. Sentencia de Juvénal Kajelijeli, párr. 779; Sentencia de Ignace Bagilishema, párr. 48; Sentencia de Laurent Semanza, párr. 406.

³³⁹ Cfr. Sentencia de Clément Kayishema et. al., párr. 231.

³⁴⁰ Cfr. Sentencia de Ljube Boskoski et. al., párr. 415.

Las medidas *razonables* son aquellas que razonablemente caen dentro del poder material de superior³⁴¹ e involucran tanto términos temporales como funcionales³⁴².

Y es conforme al grado de control efectivo³⁴³ así como en atención a la capacidad material del superior³⁴⁴, que la Sala realizaba la evaluación sobre si las medidas que se tomaron fueron razonables, acorde con las circunstancias particulares del caso³⁴⁵, de forma que consideró infructuoso cualquier intento de formular un estándar general³⁴⁶.

Asimismo, no se requería capacidad legal para tomar las medidas³⁴⁷, por lo que su ausencia no necesariamente precluía la responsabilidad del superior³⁴⁸. Y también tenía presente el principio de derecho internacional respecto que no puede obligarse al superior a hacer lo imposible³⁴⁹, asimismo, la determinación de las medidas era más que un aspecto de derecho sustantivo, un aspecto de evidencia³⁵⁰.

Entre las medidas que estimó constituían factores relevantes para determinar si eran necesarias y razonables se encontraban las siguientes: si se emitieron ordenes específicas para prohibir o deterner las actividades criminales, qué medidas se tomaron para asegurar la implementación de dichas órdenes o para que los actos ilegales se interrumpieran y si dichas medidas fueron razonablemente suficientes en las circunstancias específicas y, después de la comisión del crimen, qué pasos se tomaron para asegurar una investigación adecuada y llevar a los perpetradores a la justicia³⁵¹.

³⁴¹ *Cfr. Idem.*

³⁴² *Cfr.* Sentencia de Naser Oric, párr. 327; Sentencia de Sefer Halilovic, párr. 61.

³⁴³ *Cfr.* Sentencia de Tihomir Blaskic, párr. 335.

³⁴⁴ *Cfr.* Sentencia de Zlatko Aleksovski, párr. 81; Sentencia de Sefer Halilovic, párr. 73.

³⁴⁵ *Cfr.* Sentencia de Ljube Boskoski et. al., párr. 410.

³⁴⁶ *Cfr.* Sentencia de Zejnil Delalic et. al., párr. 394; Sentencia de Enver Hadzihasanovic et. al., párr. 124; Sentencia de Naser Oric, párr. 329.

³⁴⁷ *Cfr.* Sentencia de Ljube Boskoski et. al., párr. 415; Sentencia de Enver Hadzihasanovic et. al., párr. 122; Sentencia de Pavle Strugar, párr. 372; Sentencia de Sefer Halilovic, párrs. 73 y 100.

³⁴⁸ *Cfr.* Sentencia de Zejnil Delalic et. al., párr. 395.

³⁴⁹ *Cfr.* Sentencia de Zejnil Delalic et. al., párr. 395; Sentencia de Naser Oric, párr. 329; Sentencia de Enver Hadzihasanovic et. al., párr. 122; Sentencia de Milorad Krnojelac, párr. 95.

³⁵⁰ *Cfr.* Sentencia de Ljube Boskoski et. al., párr. 415; Sentencia de Enver Hadzihasanovic et. al., párr. 82; Sentencia de Sefer Halilovic, párr. 74.

³⁵¹ *Cfr.* Sentencia de Pavle Strugar, párr. 378; Sentencia de Sefer Halilovic, párr. 74.

Para determinar el cumplimiento de esta obligación, el Tribunal evaluaba si las medidas tomadas fueron necesarias y razonables acorde las circunstancias del momento, no si fueron de una naturaleza disciplinaria o criminal³⁵².

3.1.3.3 Corte Penal Internacional

La valoración de las medidas se hace en el caso en concreto, caso por caso y acorde las circunstancias del momento³⁵³, dentro de la posibilidad material del superior³⁵⁴.

Entre los factores a considerar ha determinado que se encuentran: el grado de control efectivo sobre las fuerzas en el momento en que los deberes surgen; por lo que deben valorarse acorde el poder de *iure* del comandante y su capacidad de *facto* para tomarlas³⁵⁵; así como los crímenes que el comandante sabía o debió haber sabido que estaban a punto de cometerse o se cometieron³⁵⁶, sin que la ausencia de capacidad legal sea determinante, sino en cambio la capacidad material de actuar³⁵⁷. Asimismo, un comandante no puede ser culpable de no haber hecho algo que no tenía bajo su control³⁵⁸.

Las medidas *necesarias* serán aquellas apropiadas para que el comandante descargue su obligación y serán *razonables* aquellas que caen dentro de su poder material³⁵⁹, para éstas últimas, un importante parámetro será las realidades operacionales con las que lidiaba el superior al momento³⁶⁰.

La Sala de Apelaciones fue enfática sobre este punto al señalar que el tribunal de Juicio debía identificar específicamente lo que el comandante debió

³⁵² Cfr. Sentencia de Ljube Boskoski et. al., párr. 417.

³⁵³ Cfr. Confirmación de cargos de Bemba Gombo, párr. 443; Sentencia de Bemba Gombo, párr. 197; Apelación de Bemba Gombo, párr. 168.

³⁵⁴ Cfr. Confirmación de cargos de Bemba Gombo, párr. 443; Sentencia de Bemba Gombo, párr. 199; Apelación de Bemba Gombo, párr. 167.

³⁵⁵ Cfr. Confirmación de cargos de Bemba Gombo, párr. 443; Sentencia de Bemba Gombo, párr. 199.

³⁵⁶ Cfr. Apelación de Bemba Gombo, Apelación, párr. 168.

³⁵⁷ Cfr. Sentencia de Bemba Gombo, párr. 199.

³⁵⁸ Cfr. Apelación de Bemba Gombo, párr. 167.

³⁵⁹ Cfr. Sentencia de Bemba Gombo, párr. 198.

³⁶⁰ Cfr. Apelación de Bemba Gombo, párr. 170.

haber hecho en concreto³⁶¹, por lo que no es responsabilidad del acusado demostrar que las medidas que tomó son suficientes³⁶².

3.1.4 Obligaciones del superior jerárquico

Los tribunales *ad hoc* reconocieron como obligaciones del superior jerárquico (i) prevenir y (i) sancionar.

3.1.4.1 Tribunal Penal Internacional para Ruanda

Sobre la naturaleza del deber de *prevenir*, el Tribunal señaló que radica en el deber del superior de proveer de una estructura para asegurarse que sus subordinados observen las normas de conflicto armado y así prevenir la violación de las mismas, por lo que el derecho internacional humanitario toma vital importancia y clasificó las medidas de prevención en dos: medidas generales, orientadas a proveer una estructura para sus subordinados y medidas específicas, ordenadas para prevenir crímenes específicos de los que tiene conocimiento, las primeras no necesariamente conllevan responsabilidad, la falla en la segunda puede resultar en sanciones criminales³⁶³.

Sobre estas últimas, entre las medidas que evaluaba se encontraban: falla de recopilar reportes respecto a que las acciones militares se han ejecutado acorde el derecho internacional; emitir órdenes dirigidas a implementar prácticas relevantes acorde las normas de la guerra; protestar contra o criticar las acciones criminales, tomar medidas disciplinarias para prevenir la comisión de crímenes e insistir ante un superior respecto a tomar inmediatamente una acción³⁶⁴.

³⁶¹ *Cfr. Idem.*

³⁶² *Cfr. Idem.*

³⁶³ *Cfr. Sentencia de Enver Hadzihasanovic et. al., párr. 144.*

³⁶⁴ *Cfr. Sentencia de Enver Hadzihasanovic et. al., párr. 153; Sentencia de Sefer Halilovic, párr. 89.*

3.1.4.2 Tribunal Penal Internacional para la Ex Yugoslavia

Este Tribunal reconoció como deberes del superior jerárquico los de *prevenir* o *sancionar*, mismos que derivan de su posición de control efectivo, es decir, su capacidad material para tomar dichas medidas³⁶⁵.

En este aspecto, el Tribunal enfatizó el principio “la responsabilidad penal individual se verifica por la falla de actuar solo cuando existe obligación legal de actuar”³⁶⁶.

Se precisó que cada una de las obligaciones son distintas, por lo que un superior podía ser sancionado por violación de tanto de la de prevenir como de la de sancionar³⁶⁷, de forma que no se le otorga al superior una facultad discrecional de seleccionar cumplir con una de ellas³⁶⁸.

En esa tesitura, el superior no podía reparar su falla de actuar, sancionando a sus subordinados después³⁶⁹; por tanto, si el superior no hizo nada para prevenir, un examen sobre las medidas que tomó para sancionar no tenía propósito³⁷⁰. En consecuencia, la falla de prevenir y la de sancionar conlleva la comisión de diferentes crímenes, cometidos en tiempo distintos³⁷¹.

La primera incumbe al superior desde el momento en que sabe o tiene razón para saber de la comisión de los crímenes o que están a punto de cometerse y la segunda surge posterior a su comisión³⁷². En esa línea, la prevención concierne a

³⁶⁵ Cfr. Sentencia de Ljube Boskoski et. al., párr. 415; Sentencia de Enver Hadzihasanovic et. al., párr. 121.

³⁶⁶ Sentencia de Zlatko Aleksovski, párr. 72; Sentencia de Zejnil Delalic et. al., párr. 334; Sentencia de Naser Oric, párr. 326.

³⁶⁷ Cfr. Sentencia de Ante Gotovina et. al., párr.1965; Sentencia de Ljube Boskoski et. al., párr. 416; Sentencia de Enver Hadzihasanovic et. al., párr. 126.

³⁶⁸ Cfr. Sentencia de Naser Oric, párr. 326; Sentencia de Tihomir Blaskic, párr. 336; Sentencia de Sefer Halilovic, párr. 72.

³⁶⁹ Cfr. Sentencia de Enver Hadzihasanovic et. al., párr. 126; Sentencia de Pavle Strugar, párr. 373; Sentencia de Sefer Halilovic, párr. 72; Sentencia de Tihomir Blaskic, párr. 336; Sentencia de Sefer Halilovic, párr. 72.

³⁷⁰ Cfr. Sentencia de Enver Hadzihasanovic et. al., párr. 126.

³⁷¹ Cfr. Apelación de Tihomir Blaskic, párr. 83.

³⁷² Cfr. Sentencia de Ante Gotovina et. al., párr. 1965; Sentencia de Dario Kordic et. al., párrs.445 y 446; Sentencia de Naser Oric, párr. 326; Sentencia de Enver Hadzihasanovic et. al., párrs. 125, 127 y 195; Sentencia de Pavle Strugar, párr. 373; Sentencia de Sefer Halilovic, párr. 72.

crímenes futuros mientras que el deber de sancionar concierne a crímenes pasados³⁷³.

3.1.4.2.1 Prevenir

Esta obligación presupone que el superior jerárquico tiene poder de controlar la conducta de sus subordinados previo la comisión del crimen³⁷⁴, por lo que no será responsable por crímenes cometidos antes de asumir control sobre los perpetradores³⁷⁵.

Respecto el tipo de medidas que el superior debe tomar, como pautas generales señaló³⁷⁶:

- No puede exigirse al superior más de lo que está en su poder
- Debe atenderse al grado de control efectivo que tiene sobre sus subordinados al momento en que el superior actuará
- Mientras más inminente aparezcan ser la comisión de potenciales crímenes por los subordinados más atento y rápido el superior debe actuar

3.1.4.2.2 Sancionar

Este deber surge posterior a la comisión del crimen y tiene origen, no en la falla del superior de prevenir el crimen, sino más bien es un deber propio³⁷⁷.

No se exigía que el superior directamente sancionara, sino es suficiente que reportara el asunto a las autoridades competentes, se condujera una investigación efectiva con el objeto de establecer los hechos o se tomaran pasos activos para asegurarse que el perpetrador fuera sancionado³⁷⁸.

³⁷³ Cfr. Sentencia de Naser Oric, párr. 326; Sentencia de Ljube Boskoski et. al., párr. 416.

³⁷⁴ Cfr. Sentencia de Naser Oric, párr. 335; Sentencia de Enver Hadzihasanovic et. al., párr. 196.

³⁷⁵ Cfr. Sentencia de Enver Hadzihasanovic et. al., párr. 192.

³⁷⁶ Cfr. Sentencia de Naser Oric, párr. 329.

³⁷⁷ Cfr. Sentencia de Naser Oric, párr. 335.

³⁷⁸ Cfr. Sentencia de Ljube Boskoski et. al., párrs. 417 y 418; Sentencia de Enver Hadzihasanovic et. al., párr. 175; Sentencia de Pavle Strugar, párr. 376; Sentencia de Sefer Halilovic, párrs. 97 y 98.

Tratándose del civil superior, ante la falta de poderes sancionadores o disciplinarios, podía cumplir su obligación reportando a las autoridades competentes que un crimen se había cometido, siempre que dichos reportes, con probabilidad, permitieran iniciar una investigación o un procedimiento disciplinario o criminal³⁷⁹. Se reconoció que la sanción era parte inherente de la prevención de crímenes futuros³⁸⁰.

3.1.4.3 Corte Penal Internacional

Para establecer la responsabilidad del superior jerárquico, la Corte determinó necesario probar que el superior falló en al menos uno de tres deberes: el deber de prevenir, reprimir o el deber de remitir el asunto a las autoridades competentes para su investigación y persecución³⁸¹.

Estos deberes derivan en tres diferentes etapas de la comisión de los crímenes: antes, durante y después³⁸². Debido a que cada deber constituye un crimen distinto, un superior puede ser penalmente responsable por uno o más violaciones a los deberes reconocidos en el artículo 28 y consecuentemente, la falla en prevenir no puede ser subsanada cumpliendo el deber de reprimir o sometiendo el asunto a las autoridades competentes³⁸³.

3.1.4.3.1 Prevenir

Prevenir significa evitar que suceda, mantener a alguien de hacer algo, obstaculizar o impedir³⁸⁴.

Este deber surge a partir de que el comandante sabe o debió haber sabido que los crímenes cometidos por las fuerzas bajo su control y comando/autoridad estaban en curso o a punto de cometerse y antes de que sea efectiva su comisión³⁸⁵,

³⁷⁹ *Cfr.* Sentencia de Ljube Boskoski et. al., párr. 418; Sentencia de Enver Hadzihasanovic et. al., párr. 173.

³⁸⁰ *Cfr.* Sentencia de Sefer Halilovic, párr. 96.

³⁸¹ *Cfr.* Confirmación de cargos de Bemba Gombo, párr. 435; Sentencia de Bemba Gombo, párr. 201.

³⁸² *Cfr.* Confirmación de cargos de Bemba Gombo, párr. 436.

³⁸³ *Cfr.* Confirmación de cargos de Bemba Gombo, párr. 436; Sentencia de Bemba Gombo, párr. 201.

³⁸⁴ *Cfr.* Ibidem, párr. 202.

³⁸⁵ *Cfr.* Confirmación de cargos de Bemba Gombo, párr. 437.

por lo que se violenta cuando el superior falla en tomar medidas para detenerlos³⁸⁶. Depende del poder material del comandante de intervenir en una situación específica³⁸⁷.

Entre los factores que pueden ser relevantes para determinar el cumplimiento de esta obligación se encuentran: (i) si el superior se aseguró que sus fuerzas estén adecuadamente entrenadas en derecho internacional humanitario, (ii) requerir informes para asegurarse que las acciones militares están ejecutándose acorde el derecho internacional, (iii) emitir ordenes apuntando y trayendo las prácticas relevantes acorde las leyes de la guerra y (iv) tomar medidas disciplinarias para prevenir la comisión de atrocidades por las tropas bajo su comando³⁸⁸.

3.1.4.3.2 Reprimir

Este deber implica sofocar, restringir o someter³⁸⁹. De alguna forma se superpone con cierto grado con el deber de prevenir, particularmente en términos de prevenir crímenes en progreso o que involucran elementos en marcha que son cometidos en un período extendido³⁹⁰.

El deber de reprimir involucra dos deberes separados en dos distintas etapas³⁹¹. El primero, implica el deber de *detener* la conducta criminal para que no se sigan cometiendo crímenes que actualmente están sucediendo y así interrumpir el efecto cadena que permite otros eventos similares³⁹². El segundo, involucra el deber de *sancionar* a las fuerzas, posterior a la comisión de los crímenes³⁹³.

El deber de sancionar requiere que el superior tome medidas necesarias para sancionar la comisión de los crímenes, que puede satisfacerse de dos formas diferentes: si el mismo superior jerárquico toma las medidas para sancionar o ante

³⁸⁶ Cfr. Sentencia de Bemba Gombo, párr. 202.

³⁸⁷ Cfr. *Ibidem*, párr. 203.

³⁸⁸ Cfr. Confirmación de cargos de Bemba Gombo, párr. 438; Sentencia de Bemba Gombo, párr. 203.

³⁸⁹ Cfr. *Ibidem*, párr. 205.

³⁹⁰ Cfr. *Idem*.

³⁹¹ Cfr. Confirmación de cargos de Bemba Gombo, párr. 439.

³⁹² Cfr. *Idem*.

³⁹³ Cfr. Confirmación de cargos de Bemba Gombo, párr. 439; Sentencia de Bemba Gombo, párr. 206.

su incapacidad de ello, refiere el asunto a las autoridades competentes.³⁹⁴ Sin que la falta de competencia legal para tomar esas medidas lo releve de dicho deber³⁹⁵.

Reprimir implica asegurarse que los comandantes cumplan su obligación de buscar a los perpetradores y llevarlos ante las cortes o a otro Estado para juicio³⁹⁶, así como asegurar una investigación adecuada para la persecución de los perpetradores y establecer los hechos, es decir, tomar un paso importante en el proceso disciplinario³⁹⁷.

3.1.4.3.3 Someter el asunto a las autoridades competentes para su investigación y persecución

Este deber junto con el diverso de sancionar surge posterior a la comisión de los crímenes³⁹⁸, exige que el superior tome pasos³⁹⁹ activos para asegurarse que los perpetradores serán llevados a la justicia³⁹⁹ y remedia el hecho de que el superior no tenga capacidad para sancionar a sus fuerzas o cuando las medidas con las que cuente sean inadecuadas⁴⁰⁰.

Conforme lo expuesto, puede observarse que la única diferencia en el tratamiento de las obligaciones en los tribunales internacionales, versa sobre la obligación de sancionar, pues por una parte el Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia consideraba que este deber involucraba sancionar en sentido estricto o remitir el asunto a las autoridades competentes, mientras que la Corte Penal Internacional sitúa la sanción dentro de la obligación de reprimir y considera como obligación independiente el sometimiento del asunto, no obstante, consideramos es una cuestión esquemática que no trasciende, pues lo importante es la identificación de las obligaciones.

³⁹⁴ *Cfr.* Confirmación de cargos de Bemba Gombo, párr. 440; Sentencia de Bemba Gombo, párr. 207.

³⁹⁵ *Cfr.* Sentencia de Bemba Gombo, párr. 207.

³⁹⁶ *Cfr.* *Ibidem*, párr. 206.

³⁹⁷ *Cfr.* *Ibidem*, párr. 207.

³⁹⁸ *Cfr.* Confirmación de cargos de Bemba Gombo, párr. 442; Sentencia de Bemba Gombo, párr. 209.

³⁹⁹ *Cfr. Idem.*

⁴⁰⁰ *Cfr.* Confirmación de cargos de Bemba Gombo, párr. 442; Sentencia de Bemba Gombo, párr. 208.

Por lo anterior, podemos establecer que internacionalmente se han reconocido como obligaciones del superior jerárquico las siguientes:

- Prevenir
- Reprimir –recordando que dentro de esta se encuentran las diversas de *detener* conducta y *sancionar*–
- Someter el asunto a las autoridades competentes

En este aspecto, adelantamos que la propuesta del presente trabajo versará únicamente respecto las obligaciones de prevenir, reprimir y someter el asunto a las autoridades competentes, en tanto si bien al Ejército y Fuerza Aérea se les reconocen facultades para emitir medidas disciplinarias, éstas están exentas en aquellos asuntos que versen sobre delitos, los cuales corresponden a la autoridad investigadora civil correspondiente.

3.1.5 Conducta cometida por los subordinados

Ahora, la propuesta de incorporar la responsabilidad de superior jerárquico solo será para sancionar la omisión del superior jerárquico en la prevención, represión y sanción de los delitos de tortura, desaparición forzada y ejecución extrajudicial cometidos por los subordinados, delitos reconocidos actualmente en Leyes Generales y el Código Penal Federal⁴⁰¹, que también tienen carácter de violación grave a derechos humanos.

A continuación, señalaremos las obligaciones internacionales del Estado respecto a la prevención y sanción de estas conductas bajo el sistema interamericano de protección a derechos humanos, derecho penal internacional y derecho internacional humanitario.

⁴⁰¹ Con la precisión que la ejecución extrajudicial la consideraremos reconocida en el tipo penal de homicidio.

3.1.5.1 Tortura

La tortura tiene un carácter tridimensional, al tener carácter de violación grave a los derechos humanos, infracción grave a los Convenios de Ginebra y crimen internacional en el derecho penal internacional, a continuación expondremos las dimensiones que tiene en cada rama.

3.1.5.1.1 Derechos Humanos

El derecho a no sufrir tortura, se encuentra reconocido en los artículos 5.1 y 5.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos; artículo 7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el artículo 10 de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes.

Consuetudinariamente, se ha considerado que la prohibición imperativa de la tortura pertenece al *ius cogens*⁴⁰².

Al respecto, dichas disposiciones tienen relación con el artículo 1.1 de la Convención Americana y en lo que interesa, involucra el deber del Estado de sancionar dichos actos. Particularmente, la Convención contra la Tortura reconoce en el artículo 2º el deber del Estado de tomar medidas legislativas, entre otras, eficaces para impedir los actos de tortura; asimismo, en el artículo 4º reconoce la obligación estatal para que la tortura sea tipificada como delito y la sanción de todo

⁴⁰² Cfr. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Ximenes Lopes vs. Brasil, Sentencia, 4 de julio de 2006, serie C No. 149, párr. 126 (En adelante "Caso Ximenes Lopes vs. Brasil"; Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Bayarri vs. Argentina, Excepción preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia, 30 de octubre de 2008, serie C No. 187, párr. 81 (En lo subsecuente "Caso Bayarri vs. Argentina"); Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Buenos Alves vs. Argentina, Fondo, reparaciones y costas, Sentencia, 11 de mayo de 2007, serie C No. 164, párrs. 76 y 77 (En lo subsecuente "Caso Buenos Alves vs. Argentina"); Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Mujeres víctimas de tortura sexual en Atenco vs. México, Excepción preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia, 28 de noviembre de 2018, serie C No. 371, párr. 178 (En adelante "Caso Mujeres víctimas de tortura sexual en Atenco vs. México"); Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Caesar vs. Trinidad y Tobago, Fondo, reparaciones y costas, Sentencia, 11 de marzo de 2005, serie C No. 123, párr. 58 (En lo subsecuente "Caso Caesar vs. Trinidad y Tobago"); Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Goiburú y otros vs. Paraguay, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia, 22 de septiembre de 2006, serie C No. 153, párr. 93 (En lo subsecuente "Caso Goiburú y otros vs. Paraguay"); Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Baldeón García vs. Perú, Fondo, Reparaciones y costas, Sentencia, 6 de abril de 2006, serie C No. 147, párr. 117 (En adelante "Caso Baldeón García vs. Perú"), Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso de los hermanos Gómez-Paquiyaury vs. Perú, Sentencia, 8 de julio de 2004, serie C No. 110, párr. 112 (Caso de los hermanos Gómez Paquiyaury vs. Perú").

acto de complicidad o participación y el diverso 12, la obligación de iniciar una investigación pronta e imparcial⁴⁰³.

Conforme los estándares de derechos humanos, la realización de una investigación debe ser *ex officio* autónoma, imparcial, independiente y minuciosa contra los presuntos responsables en la jurisdicción ordinaria para determinar la naturaleza y origen de las lesiones, identificar a los responsables para iniciar su procesamiento⁴⁰⁴, su juzgamiento o sanción⁴⁰⁵.

La obligación anterior es aún más relevante si se toma en cuenta el contexto, que pudiera constituir la obtención de confesiones y declaraciones mediante coacción en zonas de alta presencia militar⁴⁰⁶.

3.1.5.1.2 Derecho Penal Internacional

El Tribunal Penal Internacional para Ruanda llegó a analizar en algunos casos, que los crímenes cometidos por los subordinados fueran los señalados en los artículos 2 a 4 del Estatuto⁴⁰⁷, como refería el artículo 6(3) del Estatuto, sin especificar bajo que forma de responsabilidad tendría que verificarse dicha comisión.

En ese tenor, en el artículo 2 del Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Ruanda⁴⁰⁸ se regularon los crímenes de lesa humanidad, entre ellos, en el inciso f) la tortura y en el artículo 4 sancionaba las violaciones del artículo 3 común a los Convenios de Ginebra y el Protocolo Adicional II de los Convenios, entre los que se encuentran, en el inciso a), entre otros, la tortura.

⁴⁰³ Artículos 2, 4 y 12 de la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes, Nueva York, Estados Unidos, 10 de diciembre de 1984, <https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/cat.aspx>, 8 de julio de 2019, 22:09.

⁴⁰⁴ Cfr. Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México, párrs. 131 y 135; Caso Bayarri vs. Argentina, párr. 92; Caso Buenos Alves vs. Argentina, Fondo, reparaciones y costas, párr. 88; Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Terrones Silva y otros vs. Perú, Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia, 26 de septiembre de 2018, serie C No. 360, párr. 207 (En adelante "Caso Terrones Silva y otros vs. Perú").

⁴⁰⁵ Cfr. Caso Buenos Alves vs. Argentina, párr. 89; Caso Baldeón García vs. Perú, párr. 156.

⁴⁰⁶ Cfr. Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México, párr. 132.

⁴⁰⁷ Sentencia de Juvénal Kajelijeli, párr. 777; Sentencia de Clément Kayishema et. al, párr. 222; Apelación de Sylvestre Gacumbitsi, párr. 143; Sentencia de Théoneste Bagosora et. al., párr. 191.

⁴⁰⁸ Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Ruanda, <https://www.icrc.org/es/doc/resources/documents/misc/treaty-1994-statute-tribunal-rwanda-5tdmhw.htm>, 30 julio 2019, 20:45.

Por su parte, el Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia en el artículo 2 sancionaba las infracciones graves a la Convención de Ginebra de 1949, entre ellas, en el inciso en el b), la tortura, así como en el 5 los crímenes contra la humanidad, entre las conductas se encontraba en el inciso f) la tortura.

Respecto la Corte Penal Internacional, la tortura se tipificó como crimen internacional de lesa humanidad –conforme el artículo 7 (1) inciso f– y un crimen de guerra –artículo 8 (2) inciso ii– en el Estatuto de Roma.

3.1.5.1.3 Derecho internacional humanitario

Es ilustrativo establecer en el siguiente recuadro la forma en que la prohibición de la tortura, su carácter de infracción grave y las obligaciones del Estado en su sanción y cese se han reconocido los Convenios de Ginebra.

TORTURA						
	I Convenio de Ginebra	II Convenio de Ginebra	III Convenio de Ginebra	IV Convenio de Ginebra	Protocolo adicional I ⁴⁰⁹	Protocolo adicional II
Prohibición en CANI⁴¹⁰	Artículo 3 común, numeral 1, inciso a)			No regula CANI	Artículo 4, numeral 2, inciso a)	
Prohibición en CAI⁴¹¹	Artículo 12	Artículo 12	Artículo 17 y 87	Artículo 32	Artículo 75, numeral 2, inciso c).	No regula CAI.
Reconocimiento como infracción grave	Artículo 50, fracción II.	Artículo 51, fracción II.	Artículo 130, fracción II.	Artículo 147, fracción II.		

⁴⁰⁹ Debe considerarse en el artículo 1, numeral 3, que dicho protocolo complementa la protección otorgada por los Convenios de Ginebra de 1949, de ahí que no reitere lo establecido en estos.

⁴¹⁰ Conflicto armado de carácter no internacional.

⁴¹¹ Conflicto armado de carácter internacional

Medidas legislativas para determinar sanciones y medidas para cesar infracciones graves⁴¹²	Artículo 49, Fracción I.	Artículo 50, fracción I.	Artículo 129, fracción I.	Artículo 146, fracción I.		
--	--------------------------	--------------------------	---------------------------	---------------------------	--	--

Tabla 7: Prohibición de la tortura en los Convenios de Ginebra y Protocolos adicionales
Elaboración propia

3.1.5.2 Desaparición forzada de personas

De la misma forma como acontece con la tortura, la desaparición forzada tiene un carácter tridimensional y se encuentra prohibida por el régimen de derechos humanos, derecho internacional humanitario y derecho penal internacional.

3.1.5.2.1 Derechos humanos

El reconocimiento de la prohibición de someter a una persona a desaparición forzada, se encuentra en el artículo 1 de la Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas y en el numeral I inciso a), de la Convención Interamericana Sobre Desaparición Forzada De Personas. Asimismo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha reconocido que su comisión es una violación múltiple y continuada de varios derechos protegidos por la Convención Americana⁴¹³, entre los derechos que se violentan, se encuentra el derecho a la libertad personal, integridad personal, la vida y personalidad jurídica⁴¹⁴.

Se destaca por su naturaleza permanente o continua, que se prolonga mientras no se conozca el paradero de la persona desaparecida o se identifiquen

⁴¹² Porción normativa bajo la cual se ha considerado que involucra la regulación de la responsabilidad del superior jerárquico.

⁴¹³ Cfr. Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras, párr. 150; Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Blake vs. Guatemala, Fondo, Sentencia, 24 de enero de 1998, serie C No. 36, párr. 65 (En adelante "Caso Blake vs. Guatemala").

⁴¹⁴ Cfr. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Terrones Silva y otros vs. Perú, Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia, 26 de septiembre de 2018, serie C No. 360, párr. 172 (En adelante "Caso Terrones Silva y otros vs. Perú"); Caso Heliodoro Portugal vs. Panamá, párr. 115.

con certeza sus restos⁴¹⁵, asimismo, su prohibición tiene reconocida el carácter de *ius cogens*⁴¹⁶.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sido enfática en señalar que la impunidad de esta conducta debe ser erradicada mediante la determinación de las responsabilidades tanto generales –Estado– como individuales –penales y de otra índole– de sus agentes o particulares⁴¹⁷. Para lo anterior, deberán removerse todos los obstáculos de *facto* y de *iure* que mantengan la impunidad⁴¹⁸.

Se ha referido que la comisión de desaparición forzada reproduce las condiciones de impunidad para que este tipo de hechos vuelvan a repetirse; de ahí la importancia de que aquél adopte todas las medidas necesarias para sancionar a los responsables⁴¹⁹, en tanto, uno de los elementos centrales de prevención y erradicación de dicha práctica es la adopción de medidas eficaces para prevenir su ocurrencia⁴²⁰.

Ahora, para que una investigación pueda ser efectiva, la Corte ha referido que los Estados deben establecer un marco normativo adecuado para desarrollar la investigación, en esa tesitura ha considerado que la persecución penal es un instrumento adecuado para prevenir futuras violaciones de derechos humanos⁴²¹, es en este entendido, en el que consideramos que sancionar a los superiores jerárquicos por su omisión en la prevención, represión y sanción de la comisión del delito de desaparición forzada por sus subordinados debe tipificarse.

En el entendido, que particularmente se ha señalado que la circunstancia respecto a que la normativa interna no considere elementos que se consideran irreductibles en la fórmula persecutoria establecida a nivel internacional, así como

⁴¹⁵ Cfr. Caso Alvarado Espinoza y otros vs. México, párr. 165; Caso Radilla Pacheco vs. México, párr. 140; Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Terrones Silva y otros vs. Perú, párr. 134; Caso Heliodoro Portugal vs. Panamá, párr. 106; Caso Anzualdo Castro vs. Perú, párr. 59, Caso Goiburú y otros vs. Paraguay, párr. 83

⁴¹⁶ Cfr. Caso Radilla Pacheco vs. México, párr. 139; Caso Anzualdo Castro vs. Perú, párr. 69, Caso Goiburú y otros vs. Paraguay, párr. 84.

⁴¹⁷ Cfr. Caso Alvarado Espinoza y otros vs. México, párr. 240; Caso Radilla Pacheco vs. México, párrs. 145 y 158; Caso Anzualdo Castro vs. Perú, párr. 125; Caso Goiburú y otros vs. Paraguay, párr. 131.

⁴¹⁸ Cfr. Caso Anzualdo Castro vs. Perú, párr. 125.

⁴¹⁹ Cfr. Caso Goiburú y otros vs. Paraguay, párr. 89.

⁴²⁰ Cfr. Caso Anzualdo Castro vs. Perú, párr. 63.

⁴²¹ Cfr. Caso Radilla Pacheco vs. México, párr. 144; Caso Anzualdo Castro vs. Perú, párr. 66.

la introducción de modalidades que le resten sentido o eficacia, pueden llevar a la impunidad de conductas que los Estados están obligados bajo el Derecho Internacional a prevenir, erradicar y sancionar⁴²².

3.1.5.2.2 Derecho Penal Internacional

Los tribunales *ad hoc* no reconocieron dentro de su competencia la desaparición forzada de personas como crimen, no obstante, actualmente la Corte Penal Internacional lo reconoce como crimen de lesa humanidad en el artículo 7, numeral 1, inciso i).

3.1.5.2.3 Derecho Internacional Humanitario

Si bien ninguno de los tratados internacionales en derecho internacional humanitario reconoce expresamente la prohibición de desaparición forzada, ello no ha sido obstáculo para que haya sido reconocido vía consuetudinaria.

Al respecto, la norma 98 consuetudinaria prevé dicha prohibición. La lógica para afirmar la existencia de esta norma radica en que se ha concluido que las desapariciones forzadas infringen una serie de normas consuetudinarias de derecho internacional humanitario, entre ellas, la prohibición de la privación arbitraria de la libertad, tortura y homicidio⁴²³.

Asimismo, se ha arribado a dicha conclusión, por la existencia de normas que prevén requisitos estrictos en cuanto al registro de las personas privadas de la libertad, visitas y transmisión de información así como aquellas relativas a la protección a la vida familiar y las que imponen la obligación a las partes de adoptar todas las medidas factibles para averiguar lo acaecido a las personas consideradas desaparecidas después de un conflicto armado⁴²⁴.

⁴²² Cfr. Caso Goiburú y otros vs. Paraguay, párr. 92; Caso Heliodoro Portugal vs. Panamá, párr. 208.

⁴²³ Cfr. Henckaerts, Jean-Marie y Doswald-Beck Louise, op. cit., p. 388.

⁴²⁴ Cfr. *Idem*.

Finalmente, también contribuyó a dicha conclusión, la existencia de una práctica estatal que prevé en manuales militares y la legislación nacional la prohibición de dicha figura y diversos pronunciamientos de las Conferencias Internacionales de la Cruz Roja⁴²⁵.

En conclusión, podemos afirmar la existencia de una norma de derecho internacional humanitario que prevé la prohibición de desapariciones forzadas.

3.1.5.3 Ejecución extrajudicial

En primer lugar, precisamos que el carácter extrajudicial del homicidio deriva de ser una privación a la vida arbitraria, “por parte de agentes del Estado, o con la complicidad, tolerancia o aquiescencia de éstos, sin un proceso judicial o legal que lo disponga”⁴²⁶, en ese sentido, cabe resaltar que la noción de “ejecución extrajudicial” no está reconocida en el ordenamiento jurídico nacional, pues éste únicamente reconoce el homicidio, empero, dado que nuestra propuesta versa sobre cometidos por los subordinados que pertenecen al Ejército y a la Guardia Nacional, estimamos pertinente utilizar este término, en tanto mejor se adecua a la noción a la que pretendemos adscribir la presente propuesta.

3.1.5.3.1 Derechos Humanos

La protección del derecho a la vida se encuentra reconocido en el artículo 4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, es un derecho humano fundamental, cuyo goce es un prerequisite para el disfrute de todos los demás derechos humanos⁴²⁷. Forma parte del núcleo de derechos que no pueden ser suspendidos⁴²⁸.

⁴²⁵ Cfr. *Ibidem*, p. 389.

⁴²⁶ Henderson, Humberto, “La ejecución extrajudicial o el homicidio en las legislaciones de América Latina”, *Revista IIDH*, España, año 2006, número 43, pp. 281-298, <http://www.corteidh.or.cr/tablas/R08060-7.pdf>, 26 de enero de 2020, 15:30.

⁴²⁷ Cfr. Caso Ximenes Lopes vs. Brasil, párr. 124; Caso Baldeón García vs. Perú, párr. 82; Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso de la Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia, Sentencia, 31 de enero de 2006, serie C No. 140, párr. 119 (En adelante “Caso de la Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia”); Caso de los hermanos Gómez-Paquiayauri vs. Perú, párr. 128.

⁴²⁸ Cfr. Caso Baldeón García vs. Perú, párr. 82; Caso de la Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia, párr. 119.

El cumplimiento de las obligaciones previstas en el numeral 1.1 en relación con el 4 de la multicitada Convención, implica no solo que ninguna persona sea privada de su vida arbitrariamente (obligación negativa) sino que además requiere, que el Estado adopte todas las medidas apropiadas para proteger y preservar el derecho a la vida (obligación positiva)⁴²⁹.

La protección activa del derecho a la vida no solo involucra a sus legisladores, sino a toda la institución estatal y a quienes deben resguardar la seguridad, sean sus fuerzas de policía o sus fuerzas armadas⁴³⁰, de manera que se requieren medidas necesarias a nivel legislativo, administrativo y judicial⁴³¹.

Entre los deberes para la protección del derecho a la vida, se encuentra el deber de los Estados de establecer un sistema de justicia efectivo capaz de prevenir, suprimir, investigar, castigar y reparar toda privación de la vida por parte de agentes estatales⁴³², asimismo, corresponde al Estado la obligación de combatir la situación de impunidad por todos los medios legales disponibles, pues no hacerlo propicia la repetición crónica de las violaciones de derechos humanos⁴³³.

En tanto, la existencia de un patrón de violaciones a los derechos humanos, entre ellas, ejecuciones extrajudiciales impulsadas o toleradas por el Estado, genera un clima incompatible con una efectiva protección a la vida⁴³⁴.

Respecto a la investigación, esta debe estar orientada a la determinación de la verdad y a la persecución, captura, enjuiciamiento y eventual sanción de los autores de los hechos⁴³⁵, obligación que adquiere particular relevancia cuando

⁴²⁹ Cfr. Caso Baldeón García vs. Perú, párr. 84; Caso de la Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia, párr. 120; Caso de la “Masacre de Maripán” vs. Colombia, párr. 232; Caso de los hermanos Gómez-Paquiyaui vs. Perú, párr. 129; Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Juan Humberto Sánchez vs. Honduras, Excepción preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia, 7 de junio de 2003, serie C No. 99, párr. 110 (En adelante “Caso Juan Humberto Sánchez vs. Honduras”).

⁴³⁰ Cfr. Caso de la Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia, párr. 120; Caso de los hermanos Gómez-Paquiyaui vs. Perú, párr. 129; Caso Juan Humberto Sánchez vs. Honduras, párr. 110.

⁴³¹ Cfr. Caso de la Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia, párr. 120.

⁴³² Cfr. Caso Ximenes Lopes vs. Brasil, párr. 125; Caso Baldeón García vs. Perú, párr. 85; Caso de los hermanos Gómez-Paquiyaui vs. Perú, párr. 129.

⁴³³ Cfr. Caso de la “Masacre de Maripán” vs. Colombia, párr. 237.

⁴³⁴ Cfr. Caso de los hermanos Gómez-Paquiyaui vs. Perú, párr. 128; Caso Juan Humberto Sánchez vs. Honduras, párr. 110.

⁴³⁵ Cfr. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Herzog y otros vs. Brasil, Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia, 15 de marzo de 2018, serie C No. 353, párr. 243 (Caso Herzog y otros vs. Brasil”); Caso Baldeón García vs. Perú, párr. 94.

están o puedan estar involucrados agentes estatales, que detenten el monopolio del uso de la fuerza o en un contexto de crímenes de lesa humanidad⁴³⁶.

En casos de ejecuciones extrajudiciales es fundamental que los Estados sancionen a todos sus responsables, especialmente cuando están involucrados agentes estatales⁴³⁷, en esa lógica, deben adoptarse todas las medidas necesarias para prevenirlas, situación que se ve reforzada cuando existe un patrón de violaciones a los derechos humanos⁴³⁸.

3.1.5.3.2 Derecho penal internacional

En el artículo 3 del Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Ruanda se sancionaba como crimen de lesa humanidad: a) el homicidio intencional, asimismo, en el artículo 4 se sancionan las violaciones del artículo 3 común a los Convenios de Ginebra y el Protocolo Adicional II de los Convenios, entre los que se encuentran: en el inciso a) los actos de violencia contra la vida, especialmente el homicidio, entre otros⁴³⁹.

Por su parte, el Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia, regulaba en el artículo 2 la sanción a las infracciones graves a la Convención de Ginebra de 1949, entre ellas: en el inciso a) el homicidio intencionado y en el 5 –crímenes contra la humanidad– inciso a) el asesinato.

Finalmente, la Corte Penal Internacional reconoce como crimen de guerra el homicidio tanto de conflicto armado internacional como no internacional en el artículo 2, inciso a), numeral i) e inciso c), numeral i) del Estatuto de Roma,

⁴³⁶ Cfr. Caso Herzog y otros vs. Brasil, párr. 243; Caso Baldeón García vs. Perú, párr. 94.

⁴³⁷ Cfr. Caso Baldeón García vs. Perú, párr. 91; Caso de los hermanos Gómez-Paquiyaui vs. Perú, párr. 130; Caso de la Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia, párr. 143.

⁴³⁸ Cfr. Caso Baldeón García vs. Perú, párr. 87; Caso Juan Humberto Sánchez vs. Honduras, párr. 110.

⁴³⁹ Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Ruanda, <https://www.icrc.org/es/doc/resources/documents/misc/treaty-1994-statute-tribunal-rwanda-5tdmhw.htm>, 30 de julio de 2019, 19:40.

respectivamente así como crimen de lesa humanidad en el artículo 7, numeral 1, inciso a).

3.1.5.3.3 Derecho Internacional Humanitario

En el mismo sentido que en el apartado de tortura, se estima pertinente el recuadro que reseña la forma en que se ha regulado en instrumentos de derecho internacional humanitario la prohibición del homicidio intencional, su carácter de infracción grave y las obligaciones del Estado en su sanción y cese.

.Ejecución extrajudicial						
	I Convenio de Ginebra	II Convenio de Ginebra	III Convenio de Ginebra	IV Convenio de Ginebra	Protocolo adicional I⁴⁴⁰	Protocolo adicional II
Prohibición en CANI⁴⁴¹	Artículo 3, numeral 1, inciso a).		Artículo 75, numeral 2, inciso a, i).		No regula CAI	
Prohibición en CAI⁴⁴²	Artículo 12	Artículo 12	Artículo 13.	Artículo 32.	No regula CANI	Artículo 4, numeral 2, inciso a.
Reconocimiento como infracción grave	Artículo 50, fracción II.	Artículo 51, fracción II.	Artículo 130, fracción II.	Artículo 147, fracción II.		
Medidas legislativas para determinar sanciones y hacer cesar infracciones graves⁴⁴³	Artículo 49, fracción I.	Artículo 50, fracción I.	Artículo 129, fracción I.	Artículo 146, fracción I.		

Tabla 8: Prohibición de la ejecución extrajudicial en los Convenios de Ginebra y Protocolos adicionales.
Elaboración: propia

⁴⁴⁰ Debe considerarse en el artículo 1, numeral 3, que dicho protocolo complementa la protección otorgada por los Convenios de Ginebra de 1949, de ahí que no reitere lo establecido en estos.

⁴⁴¹ Conflicto armado de carácter no internacional.

⁴⁴² Conflicto armado de carácter internacional.

⁴⁴³ Porción normativa bajo la cual se ha considerado que involucra la regulación de la responsabilidad del superior jerárquico.

3.1.6 Crímenes como resultado de la falla del superior

Sobre este punto, cada tribunal penal internacional estableció distintas conclusiones.

3.1.6.1 Tribunal Penal Internacional para la Ex Yugoslavia

Este tribunal estableció que no era requisito de la responsabilidad de superior jerárquico la existencia de un nexo causal. Entre las razones que se proporcionaron, se encontraba el hecho de que no podría existir nexo entre la comisión de un crimen y la posterior falla del superior en sancionar al perpetrador de dicha ofensa⁴⁴⁴.

Asimismo, reconoció que requerir un nexo causal cambiaría la base legal y naturaleza de esta forma de responsabilidad, pues exigirlo prácticamente conllevaría requerir un involucramiento del comandante en el crimen cometido por sus subordinados⁴⁴⁵.

Finalmente, estableció que la omisión más bien “crea o incrementa un riesgo real y razonablemente previsto de que los crímenes serán cometidos, un riesgo asumido voluntariamente y que finalmente se materializa en su comisión”⁴⁴⁶.

3.1.6.2 Corte Penal Internacional

La Sala determinó que el término “*como resultado de*” indica una relación entre la comisión de los crímenes y la falla del superior jerárquico, constituyendo un elemento de causalidad⁴⁴⁷. Asimismo, refirió la existencia del principio de derecho penal, respecto a que una persona no puede ser penalmente responsable de un crimen en ausencia de un nexo personal con este⁴⁴⁸.

Sin embargo, refirió que si bien el artículo 28 reconoce tres deberes distintos: el deber de prevenir, reprimir y someter a las autoridades competentes el asunto,

⁴⁴⁴ Cfr. Sentencia de Enver Hadzihasanovic et. al., párr. 188.

⁴⁴⁵ Cfr. Sentencia de. Enver Hadzihasanovic et. al., párr. 191; Sentencia de Sefer Halilovic, párr. 78.

⁴⁴⁶ Sentencia de Enver Hadzihasanovic et. al., párr. 193.

⁴⁴⁷ Cfr. *Ibidem*, párr.423.

⁴⁴⁸ Cfr. Sentencia de Bemba Gombo, párr. 211.

sería ilógico que la falla posterior pudiera retroactivamente causar los crímenes cometidos, por lo que concluyó que este elemento solo se exigiría respecto el deber de prevenir. Con la precisión, que ello no era obstáculo para considerar que la falla en los deberes durante y después de los crímenes pudiera tener algún impacto para prevenir la comisión de crímenes futuros, en particular, tratándose del deber de sancionar⁴⁴⁹.

Respecto el *test* de causalidad, este implica suponer que si el superior hubiera cumplido su deber de tomar medidas razonables y necesarias para prevenir los crímenes estos no se hubieran cometido en las circunstancias en las que ocurrieron⁴⁵⁰. Sin que sea necesario establecer un vínculo directo, en virtud de que, al tratarse de una omisión, su efecto no puede determinarse empíricamente con certeza y no ser práctico predecir con exactitud qué hubiera pasado si el superior hubiera cumplido con sus obligaciones⁴⁵¹. Siendo suficiente probar el incremento del riesgo en la comisión de los crímenes.⁴⁵²

3.1.7 Elementos subjetivos

Al respecto, tenemos que los tribunales *ad hoc* y la Corte Penal Internacional han establecido cuatro distintos elementos subjetivos para la responsabilidad de superior jerárquico, que se puede señalar en los siguientes términos:

Elemento subjetivo	Tribunal Penal Internacional para Ruanda	Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia	Corte Penal Internacional
	Sabía ⁴⁵³		
	Tenía razones para saber		
			Debió haber sabido
			Deliberadamente hubiere hecho caso omiso de información

Tabla 9: Elementos subjetivos de la responsabilidad del superior jerárquico en los tribunales *ad hoc* y la Corte Penal Internacional
Elaboración propia

⁴⁴⁹ *Cfr.* Confirmación de cargos de Bemba Gombo, párr. 424.

⁴⁵⁰ *Cfr.* Confirmación de cargos de Bemba Gombo, párr. 425; Sentencia de Bemba Gombo, párr. 213.

⁴⁵¹ *Cfr.* Confirmación de cargos de Bemba Gombo párr.425.

⁴⁵² *Cfr. Idem.*

⁴⁵³ Con la precisión que si bien el inciso a), fracción I y el inciso b), inciso i), del artículo 28 del Estatuto de Roma refieren “Hubiere sabido” y “Hubiere tenido conocimiento” respectivamente, al revisar su versión en inglés ambos hacen referencia a “either knew”, por lo que concluimos que ambos refieren al conocimiento efectivo.

Como se puede observar, el elemento subjetivo de esta forma de responsabilidad se regulaba en los mismos términos en los tribunales *ad hoc*, razón por la cual los analizaremos en el mismo apartado, caso contrario de los reconocidos por la Corte Penal Internacional, los que estudiaremos en uno diverso.

3.1.7.1 Tribunal Penal Internacional para Ruanda y la Antigua Yugoslavia

El Estatuto del Tribunal de Ruanda, estableció en el artículo 6.3 el elemento subjetivo de la responsabilidad de superior jerárquico en los siguientes términos “3.(...) no eximirá de responsabilidad penal a su superior si éste sabía o tenía razones para saber que el subordinado iba a cometer tales actos o los había cometido (...).⁴⁵⁴”

Por su parte, el diverso Estatuto de la Antigua Yugoslavia en el numeral 7 sancionaba al superior, si “(...) si sabía o tenía razón para saber que sus subordinados iban a cometer o habían cometido crímenes (...).⁴⁵⁵”

Jurisprudencialmente, se determinó que esta forma de responsabilidad no es objetiva⁴⁵⁶.

Conforme lo anterior, podemos establecer que se comprendían dos elementos subjetivos: (i) sabía, que involucra conocimiento actual, establecido a través de prueba directa o circunstancial y (ii) tener razones para saber que sus subordinados estaban por cometer los crímenes o los habían cometido⁴⁵⁷.

El Tribunal de Ruanda fue enfático en señalar que no se requería que el superior tuviera el mismo *means rea* que el autor, pues si la tuviera, su responsabilidad se verificaría por el artículo 6(1) del Estatuto⁴⁵⁸, por lo que no se tenía que probar su intención⁴⁵⁹.

⁴⁵⁴ Artículo 6.3., Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Ruanda, *op. cit.*

⁴⁵⁵ Artículo 7, Estatuto del Tribunal Penal Internacional de la Antigua Yugoslavia, *op. cit.*

⁴⁵⁶ *Cfr.* Sentencia de Sefer Halilovic, párr. 65.

⁴⁵⁷ *Cfr.* Sentencia de Juvénal Kajelijeli, párr. 778; Sentencia de Ignace Bagilishema, párr. 46; Sentencia de Théoneste Bagosora et. al., párr. 2013; Sentencia de Laurent Semanza, párr. 405; Sentencia de Naser Oric, párr. 317.

⁴⁵⁸ *Cfr.* Sentencia de Clément Kayishema et. al, párr. 205.

⁴⁵⁹ *Cfr.* Sentencia de Alfred Musema, párr. 129.

Dicha aseveración permite concluir que la responsabilidad de superior jerárquico involucra una omisión culposa, pues de ser dolosa, conforme el Código Penal Federal se verificaría su responsabilidad como autor o participe -según sea el caso- de ahí que, de inicio, la propuesta no contemple en la propuesta la comisión dolosa.

3.1.7.1.1 Sabía

Este elemento significa la consciencia del superior de que los crímenes se estaban cometiendo o estaban a punto de cometerse⁴⁶⁰, es decir, que el superior sea consciente de su posición de autoridad y de la circunstancia de que tenía control efectivo sobre los subordinados que cometieron los crímenes⁴⁶¹.

Para la determinación de este elemento subjetivo, se señaló que la circunstancia de que un superior tuviera autoridad sobre un área geográfica determinada no lo convertía en responsable en forma objetiva por los crímenes de sus subordinados.

Por otro lado, el Tribunal determinó que este elemento requiere prueba de actual conocimiento⁴⁶² y puede probarse a través de prueba directa, tal como una manifestación expresa del acusado o por evidencia circunstancial⁴⁶³, esta última en ausencia de la primera, la cual debe encontrar sustento en indicios corroborados por algún medio de convicción, mismos que deben ser plurales, concomitantes al hecho que se trata de probar e interrelacionados entre sí. Por lo que este elemento no puede presumirse⁴⁶⁴.

No obstante, la posición del superior constituye un importante indicio⁴⁶⁵, aunque también dependerá de las circunstancias geográficas y temporales, pues

⁴⁶⁰ Cfr. Sentencia de Enver Hadzihasanovic et. al., párr. 93.

⁴⁶¹ Cfr. Sentencia de Naser Oric, párr. 316.

⁴⁶² Cfr. Sentencia de Naser Oric, párr. 317.

⁴⁶³ Cfr. Sentencia de Tihomir Blaskic, párr. 307; Sentencia de Zejnil Delalic et. al., párr. 383; Sentencia de Naser Oric, párr. 319; Sentencia de Enver Hadzihasanovic et. al., párr. 94; Sentencia de Pavle Strugar, párr. 368; Sentencia de Sefer Halilovic, párr. 66; Sentencia de Milorad Krnojelac, párr. 94.

⁴⁶⁴ Cfr. Sentencia de Naser Oric, párr. 319; Sentencia de Ljube Boskoski et. al., párr. 413; Sentencia de Enver Hadzihasanovic et. al., párr. 94; Sentencia de Pavle Strugar, párr. 368.

⁴⁶⁵ Cfr. Sentencia de Juvénal Kajelijeli, párr. 777; Sentencia de Ignace Bagilishema, párr. 46; Sentencia de Laurent Semanza, párr. 404. Sentencia de Naser Oric, párr. 319; Sentencia de Zlatko Aleksovski, párr. 75.

entre más distancia haya entre el lugar de la comisión de los crímenes y el lugar en que el superior desempeña sus deberes, más difícil será, en ausencia de otros indicios, establecer su conocimiento⁴⁶⁶, criterio identificado como criterio geográfico.

Otros factores para establecer el conocimiento actual del superior son: el número, tipo y alcance de los actos ilegales cometidos por los subordinados, el tiempo durante el cual ocurrieron, el número y tipo de tropas así como logística involucrada, la locación geográfica así como si la ocurrencia de los actos fue general, la táctica de las operaciones, el *modus operandi* de actos similares ilegales, los oficiales y equipo involucrado y la ubicación del superior al momento⁴⁶⁷, así como la existencia de sistemas de reporte y monitoreo⁴⁶⁸ y la posición del acusado⁴⁶⁹.

Se señaló que aunque el elemento de conocimiento se requiere tanto para superiores militares como civiles, tratándose de superiores que ejercen tipos de autoridad informal, el umbral de prueba es mayor⁴⁷⁰.

Por otro lado, fue consistente en señalar que el conocimiento de la comisión de los crímenes debe determinarse dependiendo las circunstancias específicas del caso y la situación del acusado en el momento relevante⁴⁷¹.

3.1.7.1.2 Tenía razón para saber

Sobre este aspecto el Tribunal señaló que debía probarse que el superior conocía o ignoraba conscientemente información que le indicaba claramente o le advertía que sus subordinados estaban a punto de cometer un crimen o habían

⁴⁶⁶ Cfr. Sentencia de Zlatko Aleksovski, párrs. 75 y 80; Sentencia de Sefer Halilovic, párr. 66. Sentencia de Enver Hadzihanovic et. al., párr. 94.

⁴⁶⁷ Cfr. Sentencia de Théoneste Bagosora et. al., párr. 2014; Sentencia de Tihomir Blaskic, párr. 307; Sentencia de Naser Oric, párr. 319; Sentencia de Enver Hadzihanovic et. al., párr. 94; Sentencia de Pavle Strugar, párr. 368; Sentencia de Sefer Halilovic, párr. 66.

⁴⁶⁸ Cfr. Sentencia de Sefer Halilovic, párr. 66.

⁴⁶⁹ Cfr. Sentencia de Tihomir Blaskic, párr. 308; Sentencia de Zejnii Delalic et. al., párr. 386; Sentencia de Ljube Boskoski et. al., párr. 413.

⁴⁷⁰ Cfr. Sentencia de Naser Oric, párr. 320.

⁴⁷¹ Cfr. Sentencia de Ljube Boskoski et. al., párr. 413.

cometido uno y le indicara la necesidad de una investigación adicional para verificar esa circunstancia⁴⁷². Lo que fue denominado “conocimiento atribuido”⁴⁷³.

De forma que no se requería actual conocimiento, sea explícito o circunstancial⁴⁷⁴, siendo suficiente probar que el superior tenía información general, que lo puso en noticia de posibles actos ilegales por sus subordinados⁴⁷⁵ o estuviera disponible al tiempo que la violación fue cometida⁴⁷⁶.

No se requería que realmente tuviera la información, sino bastaba con que estuviera disponible al tiempo que la violación fue cometida, tampoco se requería que esta le permitiera concluir la existencia de los crímenes, siendo suficiente su carácter general, para tener conocimiento de la probabilidad de los actos ilegales⁴⁷⁷, de ahí que no fueran necesarios detalles específicos⁴⁷⁸, por tanto, tan pronto el superior recibiera la información, debía mantenerse vigilante y requerir información adicional, en lugar de no hacer nada o permanecer voluntariamente cegado⁴⁷⁹.

Este elemento esta basado en el principio “el superior no tiene permitido intencionalmente cegarse ante los actos de sus subordinados”⁴⁸⁰ y en el deber de los comandantes de mantenerse informados sobre las actividades de sus subordinados⁴⁸¹, por lo que la falla deliberada en allegarse de dicha información, a pesar de tener los medios para hacerlo, satisface este estándar⁴⁸², no así cuando es negligente⁴⁸³.

⁴⁷² Cfr. Sentencia de Clément Kayishema et. al, párr. 228; Sentencia de Zejnil Delalic et. al., párr. 383; Sentencia de Ante Gotovina et. al., párr.1964; Sentencia de Naser Oric, párrs. 317 y 322; Sentencia de Ljube Boskoski et. al., párr. 414; Sentencia de Enver Hadzihasanovic et. al., párr. 95; Sentencia de Pavle Strugar, párr. 369; Sentencia de Sefer Halilovic, párrs. 67 y 68; Sentencia de Milorad Krnojelac, párr. 94; Sentencia de Zejnil Delalic et. al., párr. 393; Sentencia de Pavle Strugar, párr. 369.

⁴⁷³ Cfr. Sentencia de Naser Oric, párrs. 317 y 321.

⁴⁷⁴ Cfr. Apelación de Ignace Bagilishema, párr. 28

⁴⁷⁵ Cfr. Ibidem, párrs. 28 y 42.

⁴⁷⁶ Cfr. Sentencia de Enver Hadzihasanovic et. al., párr. 101.

⁴⁷⁷ Cfr. Sentencia de Enver Hadzihasanovic et. al., párr. 97; Sentencia de Pavle Strugar, párrs. 369 y 370; Sentencia de Sefer Halilovic, párr. 68.

⁴⁷⁸ Cfr. Sentencia de Enver Hadzihasanovic et. al., párr. 97.

⁴⁷⁹ Cfr. Sentencia de Naser Oric, párr. 322.

⁴⁸⁰ Sentencia de Zejnil Delalic et. al., párr. 387; Sentencia de Sefer Halilovic, párr. 69.

⁴⁸¹ Cfr. Sentencia de Zejnil Delalic et. al., párr. 388.

⁴⁸² Cfr. Sentencia de Ante Gotovina et. al., párr.1964; Sentencia de Ljube Boskoski et. al., párr. 414.

⁴⁸³ Cfr. Sentencia de Enver Hadzihasanovic et. al., párr. 96; Sentencia de Sefer Halilovic, párr. 71; Tribunal Penal Internacional para la Ex Yugoslavia, La Fiscalía vs. Tihomir Blaskic, Apelación, No. IT-95-14-A, 29 de julio de 2004, párr. 62 (En adelante “Apelación de Tihomir Blaskic”).

Además, no se requiere probar que el superior conozca las identidades de los perpetradores⁴⁸⁴, siendo suficiente especificar el grupo al que pertenecían y demostrar que tenía control efectivo sobre dicho grupo⁴⁸⁵, por ejemplo, tratándose de una brigada o un batallón⁴⁸⁶.

Finalmente, a través de un análisis de los artículos 86 y 87 del Protocolo adicional I y otras fuentes, se determinó que, conforme el estatus de la costumbre internacional, si un comandante ha ejercido debida diligencia en sus deberes, la falta de conocimiento de que los crímenes estaban por cometerse o se cometieron no podía ser contra él, en cambio, si se consideraba su posición y las circunstancias prevalentes, tal ignorancia no podía ser una defensa, cuando la ausencia de dicho conocimiento es el resultado de la negligencia en sus deberes, por lo que dicho comandante tenía razón para saber⁴⁸⁷.

3.1.7.2 Corte Penal Internacional

La Corte Penal Internacional señaló que el Estatuto no reconocía el concepto de responsabilidad objetiva⁴⁸⁸. Es decir, la responsabilidad penal siempre dependerá de la existencia de un estado de consciencia o grado de culpa, éste último era el caso de la responsabilidad bajo el artículo 28.

Asimismo, refirió que el conocimiento requerido bajo el artículo 30(3) y el diverso 28 del Estatuto es distinto, pues el primero es aplicable para las formas de autoría y participación reconocidas en el artículo 25 del Estatuto, en el que la persona es consciente del resultado de su propio acto, mientras que, en el supuesto del 28, la persona no participa en la comisión del crimen⁴⁸⁹. Lo que refuerza lo referido con anterioridad, en el sentido de que de cometerse por un superior

⁴⁸⁴ *Cfr.* Sentencia de Ante Gotovina et. al., párr.1964. Incluso, el Tribunal llegó a determinar que no se requería probar la identificación de los principales perpetradores, ni por nombre, así como tampoco se exigía que el superior tuviera conocimiento del número de subordinados involucrados o su identidad, siendo suficiente probar que pertenecían a una unidad o grupo sobre el cual el superior tenía control efectivo, véase: Sentencia de Naser Oric, párr. 311; Apelación de Vidoje Blagojevic et. al., párr. 287. .

⁴⁸⁵ *Cfr.* Sentencia de Enver Hadzihanovic et. al., párr. 90.

⁴⁸⁶ *Cfr.* Ibidem, párr. 117.

⁴⁸⁷ *Cfr.* Sentencia de Tihomir Blaskic, párr. 332; Sentencia de Zejnil Delalic et. al., párr. 387.

⁴⁸⁸ *Cfr.* Confirmación de cargos de Bemba Gombo, párr. 427; Apelación Bemba Gombo, párr. 170.

⁴⁸⁹ *Cfr.* Confirmación de cargos de Bemba Gombo, párr. 479.

jerárquico una omisión de forma dolosa, bajo nuestro ordenamiento jurídico, se configuraría en realidad una forma de autoría o participación, acorde las circunstancias del caso.

Distinguió entre los elementos subjetivos, respecto al elemento “sabía” determinó que implica conocimiento actual, mientras que el diverso “debió haber sabido” era una forma de negligencia⁴⁹⁰.

3.1.7.2.1 Sabía

Respecto al elemento “sabía”, el conocimiento no puede presumirse, sino debe determinarse a través de prueba directa o circunstancial⁴⁹¹. Como ejemplo de la prueba directa se encuentra la admisión de conocimiento del superior o declaraciones que pudo haber realizado sobre los crímenes⁴⁹².

Entre los elementos que podían valorarse para establecerlo por prueba circunstancial, se encuentran: el número de actos ilegales, su alcance, si su ocurrencia era general, el tiempo durante el cual los actos prohibidos tomaron lugar, el tipo y número de fuerzas involucradas, los medios disponibles de comunicación, el *modus operandi* de actos similares, el alcance y naturaleza de la posición del superior y responsabilidad en la estructura jerárquica, la ubicación del comandante en la época y la ubicación geográfica de los actos así como la existencia de sistemas de reporte y monitoreo⁴⁹³.

Para aceptar la prueba sobre el estado mental del acusado por inferencia, ésta debe ser la única conclusión razonable disponible basada en la evidencia⁴⁹⁴.

⁴⁹⁰ Cfr. Sentencia de Bemba Gombo, párr. 429.

⁴⁹¹ Cfr. Confirmación de cargos de Bemba Gombo, párrs. 430 y 482; Sentencia de Bemba Gombo, párr. 191.

⁴⁹² Cfr. Sentencia de Pierre Bemba Gombo, párr. 191.

⁴⁹³ Cfr. Confirmación de cargos de Bemba Gombo, párr. 431; Sentencia de Bemba Gombo, párr. 193.

⁴⁹⁴ Cfr. Sentencia de Bemba Gombo, párr. 192.

3.1.7.2.2 Debió haber sabido

Por otra parte, el estándar “debió de haber sabido”, se actualiza cuando el superior ha sido negligente en adquirir conocimiento de la conducta ilegal de sus subordinados⁴⁹⁵.

Si un comandante ha ejercido debida diligencia en el cumplimiento de sus deberes, pero aun así carece de conocimiento de que los crímenes están siendo o fueron cometidos, tal falta de conocimiento no puede ser utilizado en su contra⁴⁹⁶. Este estándar requiere más que un deber activo por parte del superior jerárquico para tomar las medidas necesarias para asegurarse el conocimiento de la conducta de sus tropas.⁴⁹⁷

También reconoció que este elemento subjetivo era distinto al reconocido por los Tribunales Penales Internacionales para Ruanda y la Ex Yugoslavia referente al “tenía razón para saber” y no obstante a las diferencias, el criterio de los indicios a considerar para establecerlo podía ser igualmente útil⁴⁹⁸, lo que a primera vista podría resultar problemático.

Entre los elementos a considerar respecto al conocimiento del sospechoso de la conducta de sus subordinados se encuentran: (i) si tenía información general que lo pusiera en noticia de los crímenes cometidos por sus subordinados y (ii) si la información disponible era suficiente para justificar una investigación.⁴⁹⁹

Se precisa que respecto el elemento “*Hubiere tenido conocimiento o deliberadamente hubiere hecho caso omiso de información*” la Corte no ha hecho pronunciamiento alguno en su jurisprudencia.

⁴⁹⁵ Cfr. Confirmación de cargos de Bemba Gombo, párr. 432.

⁴⁹⁶ Cfr. *Idem*.

⁴⁹⁷ Cfr. *Ibidem*, párr.433.

⁴⁹⁸ Cfr. *Ibidem*, párr. 434.

⁴⁹⁹ Cfr. *Idem*.

3.2 Argentina

La Nación de la República de Argentina reconoce la responsabilidad del superior jerárquico en el Código Penal de la Nación Argentina, establecido mediante la ley 11.179⁵⁰⁰, expedida en 1984.

Se encuentra regulada en el artículo 144 QUÁTER⁵⁰¹ y 144 QUINTO⁵⁰² y podemos desglosar sus elementos de la siguiente manera:

3.2.1 Titular de la posición de garante

Funcionario, calidad de sujeto activo que en términos del artículo 77 del Código Penal, se designa a todo el que participa accidental o permanentemente del ejercicio de funciones públicas, sea por elección popular o por nombramiento de autoridad competente⁵⁰³.

En la misma disposición, establece que por militar se designa a toda persona que revista estado militar en el momento del hecho conforme la ley orgánica para el

⁵⁰⁰ Ley 11.179, Código Penal de la Nación Argentina, Argentina, 1984, https://www.oas.org/dil/esp/Codigo_Penal_de_la_Republica_Argentina.pdf (En adelante en el presente apartado "Código Penal"), 10 de julio de 2019, 20:34.

⁵⁰¹ Artículo 144 quater. - 1º. Se impondrá prisión de tres a diez años al funcionario que omitiese evitar la comisión de alguno de los hechos del artículo anterior, cuando tuviese competencia para ello.

2º. La pena será de uno a cinco años de prisión para el funcionario que en razón de sus funciones tomase conocimiento de la comisión de alguno de los hechos del artículo anterior y, careciendo de la competencia a que alude el inciso precedente, omitiese denunciar dentro de las veinticuatro horas el hecho ante el funcionario, ministerio público o juez competente. Si el funcionario fuera médico se le impondrá, además, inhabilitación especial para el ejercicio de su profesión por doble tiempo de la pena de prisión.

3º. Sufrirá la pena prevista en el inciso 1º de este artículo el juez que, tomando conocimiento en razón de su función de alguno de los hechos a que se refiere el artículo anterior, no instruyere sumario o no denunciare el hecho al juez competente dentro de las veinticuatro horas.

4º. En los casos previstos en este artículo, se impondrá, además, inhabilitación especial perpetua para desempeñarse en cargos públicos. La inhabilitación comprenderá la de tener o portar armas de todo tipo.

Artículo 144 ter.- 1. Será reprimido con reclusión o prisión de ocho a veinticinco años e inhabilitación absoluta y perpetua el funcionario público que impusiere a personas, legítima o ilegítimamente privadas de su libertad, cualquier clase de tortura. Es indiferente que la víctima se encuentre jurídicamente a cargo del funcionario, bastando que éste tenga sobre aquella poder de hecho.

Igual pena se impondrá a particulares que ejecutaren los hechos descritos.

2. Si con motivo u ocasión de la tortura resultare la muerte de la víctima, la pena privativa de libertad será de reclusión o prisión perpetua. Si se causare alguna de las lesiones previstas en el artículo 91, la pena privativa de libertad será de reclusión o prisión de diez a veinticinco años.

3. Por tortura se entenderá no solamente los tormentos físicos, sino también la imposición de sufrimientos psíquicos, cuando éstos tengan gravedad suficiente.

⁵⁰² Artículo 144 quinto.- Si se ejecutase el hecho previsto en el artículo 144 tercero, se impondrá prisión de seis meses a dos años e inhabilitación especial de tres a seis años al funcionario a cargo de la repartición, establecimiento, departamento, dependencia o cualquier otro organismo, si las circunstancias del caso permiten establecer que el hecho no se hubiese cometido de haber mediado la debida vigilancia o adoptado los recaudos necesarios por dicho funcionario.

⁵⁰³ Artículo 77, Código Penal, *op. cit.*

personal militar, a esta clase de funcionarios en adelante nos referiremos con el término “superiores de iure”.

Por otra parte, también reconoce que tendrán el carácter de militares aquellos funcionarios públicos civiles que integren la cadena de mando asimilados al personal militar, al señalar ostentarán dicho carácter, cuando produzcan actos o impartan órdenes o instrucciones como integrantes de la cadena de mando si las mismas implican comisión de delito o participación en el mismo, a quienes identificaremos como “superiores civiles”.

3.2.1.1 Superiores militares de *iure*

La Ley 23.554 relativa a los *Principios básicos Finalidad y estructura del sistema. Organización de las Fuerzas Armadas. Servicio de Defensa Nacional. Organización territorial y Movilización Disposiciones generales y transitorias*⁵⁰⁴, establece las bases orgánicas, jurídicas y fundamentales para el funcionamiento de las fuerzas armadas, al respecto, el artículo 21⁵⁰⁵ señala que su integración estará constituida por el Ejército Argentino, la Armada de la República Argentina y la Fuerza Aérea Argentina⁵⁰⁶.

En esa línea, conforme el anexo I de la Ley 19.101 *Ley para el personal militar*⁵⁰⁷, la estructura orgánica de las fuerzas armadas se establece de la siguiente manera:

⁵⁰⁴ Ley 23.554 relativa a los *Principios básicos Finalidad y estructura del sistema. Organización de las Fuerzas Armadas. Servicio de Defensa Nacional. Organización territorial y Movilización Disposiciones generales y transitorias*, Argentina, 1988, <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/20000-24999/20988/texact.htm> (En adelante “Ley 23.554 relativa a los Principios básicos Finalidad y estructura del sistema. Organización de las Fuerzas Armadas. Servicio de Defensa Nacional. Organización territorial y Movilización Disposiciones generales y transitorias”), 10 de julio de 2019, 23:30.

⁵⁰⁵ Artículo 21, Ley 23.554 relativa a los Principios básicos Finalidad y estructura del sistema. Organización de las Fuerzas Armadas. Servicio de Defensa Nacional. Organización territorial y Movilización Disposiciones generales y transitorias, *op. cit.*

⁵⁰⁶ Lo que también es coincidente con el artículo 1º de la Ley 19.101, *Ley para el personal militar*, Argentina, 1971, <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/15000-19999/19875/texact.htm> (En lo subsecuente “Ley 19.101, *Ley para el personal militar*”), 11 de julio de 2019, 21:02.

⁵⁰⁷ *Idem.*

Estructura orgánica de las Fuerzas Armadas de Argentina					
Categoría	Clasificación		Grado		
			Ejército	Armada	Fuerza aérea
Personal superior	Oficiales superiores		Teniente general General de división General de brigada o de los servicios Coronel	Altamirante Vicealtamirante Contraaltamirante Capitán de navío	Brigadier general Brigadier mayor Brigadier
	Oficiales jefes		Teniente coronel Mayor	Capitán de fragata Capitán de corbeta	Vicecomodoro Mayor
	Oficiales subalternos		Capitán Teniente 1º Teniente Subteniente	Teniente de navío Teniente de fragata Teniente de corbeta Guardamarina	Capitán Primer teniente Teniente Alférez
Personal subalterno	Suboficiales superiores		Suboficial mayor Suboficial principal Sargento ayudante Sargento 2º	Suboficial mayor Suboficial principal Suboficial 1º Suboficial 2º	Suboficial mayor Suboficial principal Suboficial ayudante Suboficial auxiliar
	Suboficiales alternos		Sargento Cabo 1º Cabo	Cabo principal Cabo 1º Cabo 2º	Cabo principal Cabo 1º Cabo
	Tropa	Voluntarios	Dragoteniente	Marinero 1º Marinero 2º	Voluntario 1º Voluntario 2º
		Conscriptos	Soldado	Dragoteniente Conscripto	Dragoteniente Soldado

Tabla 10: Estructura orgánica de las Fuerzas Armadas de Argentina

Elaboración: propia

Como en el capítulo IV expondremos, determinar la estructura orgánica de las Fuerzas Armadas permite visualizar qué posiciones de mando en la jerarquía ostentan control o autoridad efectiva para efectos de ser considerados superiores jerárquicos, asimismo, permite visualizar qué posiciones ostentan mandos intermedios y cuáles son los subordinados. En el caso de Argentina, los mandos superiores se encuentran integrados por quienes ostentan las categorías de oficiales superiores, oficiales jefes y oficiales subalternos; los mandos intermedios están conformados por los suboficiales superiores y alternos, mientras que los subordinados son los que conforman la tropa.

Ahora, para efecto de determinar el carácter de superior militar de iure en la legislación argentina, será necesario que ostente algún cargo en la estructura jerárquica ilustrada en el cuadro anterior, sea del Ejército Argentino, la Armada de la República Argentina o la Fuerza Aérea Argentina.

3.2.1.2 Superiores civiles de *iure*

Respecto los superiores civiles –funcionarios públicos civiles que integren la cadena de mando asimilados al personal militar–, cabe destacar que Argentina cuenta con la institución de Germandería Nacional, la que fue creada por la Ley 12.367, posteriormente derogada, actualmente, la ley que la rige es la Ley 19.349⁵⁰⁸.

Dicha institución es definida como una fuerza de seguridad militarizada, estructurada para cumplir las misiones que le reconozca la ley en la zona de seguridad de fronteras y otros lugares, en materia de policía de seguridad y judicial en el fuero federal y la prevención y represión de infracciones que determinen las leyes conforme el numeral 2 de la referida ley⁵⁰⁹.

⁵⁰⁸ Ley 12.367, Argentina, 1938, <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/verNorma.do?id=46323>, que posteriormente fue derogada por la Ley 18.834, Argentina, 1970, <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/verNorma.do?id=44766>, que a su vez también fue derogada por la diversa 19.349, *Ley de Germandería Nacional*, Argentina, 1971, <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/35000-39999/38871/textact.htm> (En lo subsecuente “Ley No. 19.349, Ley de Germandería Nacional”), 11 de julio de 2019, 22:45.

⁵⁰⁹ *Ibidem*, artículo 2.

La institución es dependiente del Comando en jefe del Ejército, como señala el artículo 1º y 10⁵¹⁰ de la última ley citada, término que fue modificado por la Ley 23.554, en el artículo 41⁵¹¹, que ordenó sustituirlo por el diverso “Jefe de Estado Mayor General”.

Conforme el artículo 49 de la Ley 19.101, tanto el Ejército, Armada y Fuerza Aérea cuentan con un Jefe del Estado Mayor General, en relación con el párrafo anterior, la Gendarmería Nacional está a cargo del Jefe del Estado Mayor General del Ejército⁵¹².

Establecido el cargo de la persona de la cual depende la Gendarmería Nacional, es necesario establecer qué debe entenderse por “cadena de mando”, si bien expresamente no existe una definición para dicho término, el artículo 27 de la referida ley 19.349, señala que entre los deberes esenciales del gendarme, se encuentra el ejercicio de las facultades de mando y disciplinarias que para cada grado y cargo acuerden las disposiciones reglamentarias de la institución, asimismo, refiere que le corresponde el desempeño de los cargos, funciones y comisiones del servicio, en cada grado y destino, ordenados por autoridad competente, lo que evidencia que en la institución está prevista una cadena de mando acorde al sistema de jerarquía conforme grados y cargos⁵¹³.

En relación con ello, la sección VI de la ley en comento, establece en el artículo 37, que la superioridad es “la relación que establece vínculos y responsabilidades recíprocas entre superior y subalterno en virtud de la cual aquél tiene preeminencia sobre éste, por cargo, jerarquía y la antigüedad que tenga el gendarme”⁵¹⁴.

⁵¹⁰ Artículos 1 y 10, Ley No. 19.349 Ley de Gendarmería Nacional, *op. cit.*

⁵¹¹ Artículo 41, Ley 23.554 relativa a los Principios básicos Finalidad y estructura del sistema. Organización de las Fuerzas Armadas. Servicio de Defensa Nacional. Organización territorial y Movilización Disposiciones generales y transitorias, *op. cit.*

⁵¹² Artículo 49, Ley 19.101, Ley para el personal militar, *op.cit.*

⁵¹³ Artículo 27, Ley 19.349, Ley de Gendarmería Nacional, *op. cit.*

⁵¹⁴ *Ibidem*, artículo 37.

En los numerales 38, 39 y 40 define, respectivamente, que la superioridad por cargo es la que deriva de la dependencia orgánica y en virtud de la cual un gendarme tiene superioridad sobre otro por la función que desempeña o el cargo que ocupa dentro de un mismo organismo; la superioridad jerárquica es la que tiene un gendarme con respecto a otro por el hecho de poseer un grado más elevado, finalmente, la superioridad por antigüedad es la que tiene un gendarme con respecto a otro del mismo grado, según el orden en que egresó de determinados parámetros de evaluación⁵¹⁵.

Los citados numerales permiten establecer que la Gendarmería Nacional cuenta con una cadena de mando estructurada jerárquicamente, misma que conforme el anexo I de la Ley 19.349⁵¹⁶ que actualmente rige la institución, está conformada de la manera siguiente:

Cadena de mando de la Gendarmería Nacional		
Categoría	Clasificación	Grados
Personal superior	Oficiales superiores	Comandante General Comandante Mayor
	Oficiales jefes	Comandante Principal Comandante
	Oficiales subalternos	2 comandante 1 alférez Alférez Subalférez
Personal subalterno	Suboficiales superiores	Suboficial Mayor Suboficial Principal Sargento Ayudante Sargento Primero
	Suboficiales subalternos	Sargento Cabo Primero Cabo
	Tropa	Gendarme I, II
Personal de alumnos	Cadetes	Tercer año Segundo año Primer año
	Aspirantes	Aspirante

Tabla 11: Cadena de mando de la Gendarmería Nacional Argentina

Elaboración: propia

⁵¹⁵ *Ibidem*, artículos 38, 39 y 40.

⁵¹⁶ Ley 19.349, Ley de Gendarmería Nacional, *op.cit.*

Destacamos que el cuadro anterior ilustra una similitud con la cadena de mando del Ejército argentino, en el entendido que tiene personal superior y personal subalterno, de forma que podríamos catalogar a la primera categoría como superiores jerárquicos y al personal subalterno como quienes funcionarían como subordinados, en el entendido que el personal de alumnos no integra la cadena de mando, dado que es a partir de su egreso de la institución que comienza su antigüedad para efectos de su posición en la cadena de mando.

Establecida la cadena de mando, es necesario que esta se asimile a la de personal militar.

Al respecto, la Ley 19.101 *Ley para el personal militar* establece en el artículo 5 que el Estado militar es la situación jurídica que resulta del conjunto de deberes y derechos establecidos por las leyes y reglamentos para el personal que ocupa un lugar en la jerarquía de las fuerzas armadas. Señala también que grado es la denominación de cada uno de los escalones de la jerarquía militar y que jerarquía es el orden existente entre los grados⁵¹⁷.

Refiere en el diverso 12, que la superioridad militar es la que tiene un militar con respecto a otro por razones de cargo, jerarquía o antigüedad, entendiendo por la superioridad por cargo la que resulta de la dependencia orgánica y en virtud de la cual un militar tiene superioridad sobre otro, por la función que desempeña dentro de un mismo organismo o unidad militar; por superioridad jerárquica, la que tiene un militar con respecto a otro por el hecho de poseer un grado más elevado y por superioridad por antigüedad, la que tiene un militar con respecto a otro del mismo grado según el orden respecto una serie de circunstancias⁵¹⁸, criterios de superioridad militar que finalmente se reflejan en los cargos que señala el cuadro anterior, que refieren los de la Gendarmería Nacional.

⁵¹⁷ Artículo 5, Ley 19.101 Ley para el personal militar, *op. cit.*

⁵¹⁸ *Ibidem*, artículo 12.

En consecuencia, es patente que los superiores civiles serán aquellas personas que ostenten algún cargo en la jerarquía prevista para la Gendarmería Nacional, debido a que:

- Jurídicamente, sus miembros no son militares al no conformar el Ejército Argentino y al realizar tareas relacionadas con el servicio de policía, puede afirmarse que tienen carácter civil; y
- La cadena de mando en la que está estructurada su jerarquía se asimila a la militar, al estar prevista de grados y cargos que se rigen por relaciones entre superior y subalterno establecidas por criterios de cargo, jerarquía y la antigüedad, como efectivamente está estructurada la militar.

Adicionalmente, en relación con el carácter de funcionario, se establecen elementos subjetivos para cada una de las hipótesis que prevé el artículo 144 QUATER del Código Penal⁵¹⁹, al respecto, en el párrafo primero, del Código Penal requiere que “tuviese competencia para evitar”, disposición que jurisprudencialmente ha sido entendida como tener suficiente poder de hecho como para evitar la imposición de tormentos, a través de una orden en caso de tener superioridad jerárquica u oponiéndose en cumplimiento de su deber de garantizar la integridad del sujeto pasivo en caso de estar designado para tal protección así como tener habilitación jurídica para poder hacerlo⁵²⁰.

La disposición en análisis en el párrafo segundo, tratándose del funcionario que carezca de la competencia a que refiere el párrafo primero, requiere que tome conocimiento en razón de sus funciones; mientras que en el párrafo tercero, a la calidad del funcionario juez exige que tome conocimiento “en razón de su función”.

⁵¹⁹ Artículo 144 QUATER, Código Penal, *op.cit.*

⁵²⁰ *Cfr.* Particular danmificada vs. Sala II de la Exma. Recurso de casación, Sala Segunda del Tribunal de Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires, No. 26.782 y sus acumuladas 27.063 y 33.681, 15 de octubre de 2009, <https://juba.scba.gov.ar/VerTextoCompleto.aspx?idFallo=83154>, 15 de julio de 2019, 23:30; Particular danmificado vs. Tribunal Criminal No. 4 del Departamento Judicial de la Plata, Recurso de casación, Tribunal de Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires, causa no. 61.830, 18 de junio de 2014, <https://juba.scba.gov.ar/VerTextoCompleto.aspx?idFallo=121593>; 16 de julio de 2019, 19:30.

Por otra parte, tratándose de la conducta referida en el artículo 144 QUINTO, se exige que el funcionario esté “a cargo de la repartición, establecimiento, departamento, dependencia o cualquier otro organismo”⁵²¹.

Las referencias anteriores permiten establecer una fuente de la posición de garante formal, debido a que existe una específica obligación legal de actuar⁵²², derivada de las funciones legales que tenga asignadas el funcionario.

3.2.2 Obligaciones del superior jerárquico

Como lo hemos establecido a lo largo de este apartado, debe distinguirse el contenido de cada uno de los párrafos del artículo 144 QUATER⁵²³, en ese entendido, la conducta y obligaciones en cada supuesto son las siguientes:

El primer párrafo sanciona evitar la comisión; el segundo, denunciar dentro de las veinticuatro horas el hecho ante el funcionario, ministerio público o juez competente y, finalmente, el tercero sanciona no instruir sumario o no denunciar el hecho al juez competente dentro de las veinticuatro horas.

Por su parte, el artículo 144 QUINTO sanciona no haber establecido la debida vigilancia o adoptado los recaudos necesarios para evitar la comisión de la tortura⁵²⁴.

Todas estas conductas vinculadas con el delito de tortura, debido a que la disposición en análisis hace referencia expresa a los hechos referidos en el artículo 144 TER⁵²⁵, que prevé este delito, de ahí que ésta sea la primera particularidad de

⁵²¹ Artículo 144 QUINTO, Código Penal, *op.cit.*

⁵²² *Cfr.* Ontiveros Alonso, Miguel, Derecho Penal Parte General, México, Instituto Nacional de Ciencias Penales, Ubijus Editorial, 2017, p. 233; Solís Rodríguez, Javier, Análisis dogmático de la estructura de la omisión impropia en la legislación penal mexicana, México, Editorial Porrúa, 2012, p. 55.

⁵²³ *Cfr.* Artículo 144 QUATER, Código Penal, *op.cit.*

⁵²⁴ *Cfr.* Artículo 144 QUINTO, Código Penal, *op.cit.*

⁵²⁵ *Cfr.* Artículo 144 TER, Código Penal, *op.cit.*

la regulación de Argentina, en tanto el único delito por el que reconoce la responsabilidad de superior jerárquico es el de tortura.

Asimismo, observamos que solo en el supuesto de evitar la comisión se requiere la existencia de una relación de superior-subordinado, pues tratándose de las obligaciones de denunciar el acto de tortura o instruir sumario no se requiere relación alguna.

Ello se evidencia, a partir de que las obligaciones previstas en el artículo 144 QUATER están dirigidas a los funcionarios en general y no específicamente a militares o cargos que se relacionen mediante una cadena de mando, que incluye expresa, pero no limitativamente a jueces y a médicos, así como quienes estén a cargo de repartición, establecimiento, departamento, dependencia o cualquier otro organismo.

En conclusión, es patente que la conducta que constituye la obligación es de omisión, ahora, respecto a lo señalado en el apartado anterior, podemos establecer que dichas conductas se tratan de un delito de omisión impropia o comisión por omisión, puesto que se requiere que el sujeto activo tenga una posición de garante, a partir de la cual, la ausencia de la acción -en el caso, evitar la comisión, denunciar e instruir el sumario- que se le exige, produce un resultado que se atribuye al sujeto activo como si efectivamente lo hubiera producido⁵²⁶.

3.2.3 Relación superior – subordinado

El artículo 144 QUÁTER hace referencia expresa al artículo 144 TER, al señalar que se trate de evitar la comisión de alguno de los hechos que señala la última disposición referida, por lo que procederemos a su análisis⁵²⁷.

⁵²⁶ Cfr. Ontiveros Alonso, Miguel, *op. cit.*, pp. 230 y 231; Solís Rodríguez, Javier, *op. cit.*, pp. 55 y 56.

⁵²⁷ Cfr. Artículo 144 QUÁTER, Código Penal, *op.cit.*

Esta disposición refiere que se reprimirá al funcionario público que impusiere a personas privadas de la libertad –legítima o ilegítimamente– cualquier clase de tortura, sin que sea necesario que se encuentre jurídicamente a su cargo, siendo suficiente un poder de hecho sobre la persona. En los mismos términos, se sancionará a los particulares que lo ejecuten.

Ahora, si bien no se hace referencia expresa a la existencia de una relación superior jerárquico, se puede deducir, en el entendido que la sanción de los funcionarios a que alude el numeral 144 QUÁTER, primer párrafo, es respecto los hechos, cuando “tuviese competencia para ello”, lo que debe entenderse en el sentido jurídico.

Sin embargo, la relación de superior-subordinado no se exige tratándose del supuesto en que sea un particular quien ejecute la tortura, ni el supuesto previsto en el segundo párrafo del artículo 144 QUÁTER, en el que se prevé que el funcionario carezca de la competencia a que refiere el primer párrafo y el tercer párrafo no exige relación alguna con el perpetrador.

Tampoco se exige tratándose del artículo 144 QUINTO, pues ninguna referencia hace al respecto, solo exige que se hubiera cometido en la repartición, establecimiento, departamento o dependencia a su cargo⁵²⁸.

3.2.4 Elemento subjetivo

En este aspecto, debemos distinguir entre los supuestos que prevé los párrafos primero, segundo y tercero del artículo 144 QUÁTER⁵²⁹.

El primer párrafo, no exige un elemento subjetivo, sin embargo, ello no implica que se sancione a una persona sin este, pues vía jurisprudencial se ha señalado que es necesario demostrar que alguna de ellas tuvo conocimiento, no

⁵²⁸ Cfr. Artículo 144 QUINTO, Código Penal, *op.cit.*

⁵²⁹ Cfr. Artículo 144 QUÁTER, Código Penal, *op.cit.*

siendo posible sustentar la responsabilidad penal en el solo hecho de la superioridad funcional del subcomisario, pues lo contrario, violentaría la garantía constitucional del principio de legalidad⁵³⁰.

Tan es relevante, que si no se demuestra, no se decreta el procesamiento de personas a quien se les ha atribuido dicha omisión, pues en un caso, aunque se demostró que los acusados tuvieron contacto con la víctima posterior a los hechos, esta guardó silencio sobre lo sucedido y nunca se los mencionó, así como tampoco tuvieron contacto con quienes participaron en la tortura⁵³¹.

Por su parte, el segundo y tercer párrafo, requieren que el funcionario “en razón de sus funciones tomáse conocimiento de la comisión de alguno de los hechos”, jurisprudencialmente se ha determinado que este elemento implica conocimiento real y cierto de que a la víctima se le imponga la tortura⁵³².

Respecto el artículo 144 QUINTO, podemos concluir que sanciona la negligencia del funcionario en adquirir el conocimiento al no desempeñar la vigilancia o adopción de los recaudos necesarios para evitar la comisión de la tortura, pues no se le exige conocimiento efectivo, pues de haberlo obtenido y no haber evitado su comisión se verificaría su responsabilidad en términos del primer párrafo del artículo 144 QUATER.

Conforme lo expuesto, se observa que las tres obligaciones consistentes en evitar la comisión con competencia, omitir denunciar el hecho sin competencia y omitir denunciar o instruir sumario, exigen tener conocimiento de la comisión de los hechos, mientras que la diversa de omitir la debida vigilancia o adopción de los

⁵³⁰ Cfr. Particular danmificado vs. Tribunal Criminal No. 4 del Departamento Judicial de la Plata, Recurso de casación, Tribunal de Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires, causa no. 61.830, 18 de junio de 2014, <https://juba.scba.gov.ar/VerTextoCompleto.aspx?idFallo=121593>, 17 de julio de 2019, 23:33.

⁵³¹ Cfr. Recurso de apelación, causa 10.491, Cámara Federal de Apelaciones de San Martín, 9 de agosto de 2013, p. 14.

⁵³² Cfr. Particular danmificado vs. Tribunal Criminal No. 4 del Departamento Judicial de la Plata, Recurso de casación, Tribunal de Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires, causa no. 61.830, 18 de junio de 2014, <https://juba.scba.gov.ar/VerTextoCompleto.aspx?idFallo=121593>, 17 de julio de 2019, 23:45.

recaudos necesarios sanciona la negligencia en la adquisición de dicho conocimiento.

3.2.5 Delito que comete el subordinado

Los artículos 144 QUATER y QUINTO hacen referencia a la conducta que sanciona de los autores materiales el artículo 144 TER, consistente en tortura, así como la imposición de sufrimientos psíquicos, cuando tengan gravedad suficiente⁵³³, sobre los elementos del delito de tortura, se destaca que la Constitución de la Nación Argentina en el artículo 75, numeral 22, reconoce la *Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes* con grado constitucional⁵³⁴, este instrumento internacional define en el artículo 1º la tortura como:

Todo acto por el cual se inflija intencionadamente a una persona dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, con el fin de obtener de ella o de un tercero información o una confesión, de castigarla por un acto que haya cometido, o se sospeche que ha cometido, o de intimidar o coaccionar a esa persona o a otras, o por cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación, cuando dichos dolores o sufrimientos sean infligidos por un funcionario público u otra persona en el ejercicio de funciones públicas, a instigación suya, o con su consentimiento o aquiescencia⁵³⁵

3.2.6 Distinción entre las penas

Este no es un elemento constitutivo de la responsabilidad de superior jerárquico, pero su análisis permite evidenciar la distinción de las sanciones que se prevén para los autores materiales así como a los superiores jerárquicos y funcionarios que omiten su obligación de prevenir la comisión o denunciar ante autoridad competente, que se puede ilustrar en los siguientes términos:

⁵³³ Cfr. Artículos 144 QUÁTER y QUINTO, Código Penal, *op. cit.*

⁵³⁴ Cfr. Artículo 75, numeral 22, Constitución de la Nación Argentina, Argentina, 1853, <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/0-4999/804/norma.htm>; 20 de julio de 2019, 17:47.

⁵³⁵ Artículo 1, Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes, Nueva York, Estados Unidos, 10 de diciembre de 1984, <https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/cat.aspx>, 20 de julio de 2019, 17:55.

Autores materiales		Delito de comisión por omisión	
144 TER	Penas	144 QUÁTER	Penas
Funcionario que impone cualquier clase de tortura	<ul style="list-style-type: none"> • Reclusión o prisión de ocho a veinticinco años • Inhabilitación absoluta o perpetua 	Funcionario que omite evitar la comisión de tortura, con competencia para ello	<ul style="list-style-type: none"> • Prisión de tres a diez años • Inhabilitación especial perpetua para desempeñar cargos públicos
		Juez que con conocimiento de la comisión de tortura no instruyere sumario o no denunciare el hecho al juez competente	
Particular que impone cualquier clase de tortura	<ul style="list-style-type: none"> • Reclusión o prisión de ocho a veinticinco años 	Funcionario que toma conocimiento de la tortura, carece de competencia y omite denunciar	<ul style="list-style-type: none"> • Pena de uno a cinco años de prisión • Si es médico: inhabilitación especial por doble tiempo a la pena de prisión • Inhabilitación especial perpetua para desempeñar cargos públicos
Muerte de la víctima con motivo u ocasión de la tortura	<ul style="list-style-type: none"> • Reclusión o prisión perpetua 	144 QUINTO	Penas
		Omitir implementar debida vigilancia o adoptar los recaudos necesarios para evitar la comisión de tortura	<ul style="list-style-type: none"> • Prisión de seis meses a dos años de prisión • Inhabilitación especial de tres a seis años de prisión

Tabla 12: Distinción entre penas para autores y superiores jerárquicos en Argentina
Elaboración: propia

Como podemos observar, las sanciones que se prevén para los superiores jerárquicos o funcionarios que omiten el cumplimiento de sus deberes son menos severas que las previstas para los autores materiales, pues a los primeros se les sanciona con los parámetros de uno a cinco años de prisión; de tres a diez años de prisión y seis meses a dos años de prisión y en todos los casos con inhabilitación perpetua y a los segundos, con ocho a veinticinco años de prisión e inhabilitación perpetua.

Este punto resulta de interés para la presente propuesta, en el entendido que sostendremos que para efectos de la punibilidad no es viable equiparar a los superiores jerárquicos con los autores o partícipes, al tenor de los principios de culpabilidad y unidad del título de la imputación, de ahí que la diferencia que Argentina realizó en la punibilidad para ambos supuestos permitirá ilustrar el argumento que expondremos en el capítulo IV.

3.2.7 Comparativo con la jurisprudencia de tribunales penales internacionales

Al hacer una comparación de la legislación Argentina con la manera en que los tribunales internacionales han aplicado y establecido los elementos de la responsabilidad de superior jerárquico, observamos lo siguiente lo siguiente:

- Argentina amplía la forma de responsabilidad a aquellas personas que no tienen una relación de supra-subordinación con el autor material, en consecuencia, establece la posición de garante a todo funcionario que se sitúe en dicho supuesto de hecho.
- No reconoce como conducta que cometa el autor material aquellas que constituyen crímenes de guerra o de lesa humanidad, más que la tortura.
- No reconoce la obligación de prevenir.
- Separa los elementos subjetivos de forma que no se exige para todas las obligaciones, pues el elemento subjetivo de “sabía” se exige para las obligaciones del artículo 144 QUATER y el elemento de negligencia en la obtención del conocimiento de la conducta de tortura en el diverso 144 QUINTO.
- También se separan las obligaciones, pues el funcionario que tiene competencia para omitir evitar no se le exige denunciar solo tiene la primera obligación, mientras que aquellos que carecen de dicha competencia solo tienen la obligación de denunciar a las autoridades.

3.2.8 Cuadro ilustrativo

	144 QUATER Primer párrafo	144 QUATER Segundo párrafo	144 QUATER Tercer párrafo	144 QUINTO
Titular de la posición garante	Funcionario con capacidad para evitar la comisión	Funcionario sin competencia para evitar la comisión, como médico	Juez	Funcionario a cargo de la repartición, establecimiento, departamento o dependencia de cualquier organismo
Obligaciones	Omitir la comisión	Omitir denunciar dentro de 24 horas	No instruir sumario o no denunciar el hecho dentro de las 24 horas	Haber establecido debida vigilancia o adoptado los recaudos necesarios
Relación superior - subordinado	Sí se requiere	No se requiere		
Elemento subjetivo	Tener conocimiento de la comisión de la tortura, en razón de sus funciones			No tiene conocimiento
Delito que debe cometer el autor material	Tortura, previsto en el artículo 144 TER			

Tabla 13: Elementos de la responsabilidad de superior jerárquico en Argentina
Elaboración: propia

3.3 Uruguay

Uruguay optó por una ley de implementación, que fue la No. 18.026, denominada “*Cooperación con la Corte Penal Internacional en materia de lucha contra el genocidio, los crímenes de guerra y de lesa humanidad*”, en la cual, reconoció su derecho y obligación de juzgar los hechos tipificados como delito según el derecho internacional; estableció medidas procesales de cooperación

como la extradición; la imprescriptibilidad de crímenes internacionales; incorporó los crímenes reconocidos en el Estatuto de Roma, delitos contra la justicia y la responsabilidad del superior jerárquico, entre otras cuestiones⁵³⁶.

La responsabilidad del superior jerárquico la reconoció en el artículo 10°, en los siguientes términos:

Artículo 10. (Responsabilidad jerárquica).- El superior jerárquico, funcionario civil o militar, cualquiera sea su cargo oficial o de gobierno, será penalmente responsable por los crímenes establecidos en los Títulos I a III de la Parte II de la presente ley que fuesen cometidos por quienes estén bajo su autoridad, mando o control efectivo, cuando en razón de su investidura, cargo o función, hubiere sabido que estaban participando de cualquier manera en la comisión de los crímenes o delitos referidos y no hubiere adoptado, estando posibilitado para ello, todas las medidas razonables y necesarias a su alcance para impedir, denunciar o reprimir la comisión de dichos crímenes o delitos.⁵³⁷

3.3.1 Titular de la posición de garante

Reconoce tanto a los funcionarios civiles como militares, sea cual fuere su cargo oficial o de gobierno, a los primeros, se les denominará superiores militares de *iure* y a los segundos superiores civiles de *iure*.

3.3.1.1 Superiores militares de *iure*

Conforme la Ley Orgánica Militar No. 14.157 y específicamente el artículo 9°, inciso C, las Fuerzas Armadas de Uruguay están integradas por el Ejército Nacional, Armada Nacional y Fuerza Área Uruguay⁵³⁸.

Su mando superior conforme el artículo 8°, corresponde al Presidente de la República, actuando como Ministro respectivo o con el Consejo de Ministros⁵³⁹, de quienes dependen la Junta de Comandantes en Jefe integrada por los

⁵³⁶ Cfr. Ley No. 18.026, denominada "Cooperación con la Corte Penal Internacional en materia de lucha contra el genocidio, los crímenes de guerra y de lesa humanidad", Uruguay, 2006, <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2010/7811.pdf> (En adelante "Ley No. 18.026"), 20 de julio de 2019, 23:55.

⁵³⁷ *Ibidem*, artículo 10.

⁵³⁸ Cfr. Artículo 9, inciso C, Ley Orgánica Militar No. 14.157, Uruguay, 1974, <https://legislativo.parlamento.gub.uy/temporales/leytemp1269267.htm> (En adelante, Ley Orgánica Militar No. 14.157), 22 de julio de 2019, 18:45.

⁵³⁹ Cfr. *Ibidem*, artículo 8.

Comandantes en Jefe del Ejército, Armada y Fuerza Aérea, acorde los artículos 15 y 23 de la citada ley⁵⁴⁰.

En conclusión, reconoce como estructura jerárquica la siguiente:

Estructura del Ejército de Uruguay				
Categoría	Calificación	Grados		
		Ejército	Marina	Fuerza Aérea
Personal superior (oficiales)	Oficiales generales	Teniente general General	Vice Almirante Contra Almirante	Brigadier General Brigadier
	Oficiales superiores	Coronel	Capitán de navío	Coronel
	Jefes	Teniente coronel Mayor	Capitán de Fragata Capitán de Corbeta	Teniente coronel Mayor
	Oficiales subalternos	Capitán Teniente 1° Teniente 2° Alférez	Teniente de Navío Alférez de Navío Alférez de Fragata Guardia Marina	Capitán Teniente 1° Teniente 2° Alférez
Personal subalterno	Suboficiales	Suboficial Mayor Sargento 1° Sargento	Suboficial de cargo Suboficial de 1° Suboficial de 2°	Suboficial Mayor Sargento 1° Sargento
	Clases	Cabo de 1° Cabo de 2°	Cabo de 1° Cabo de 2°	Cabo de 1° Cabo de 2°
	Alistados	Soldado de 1° Soldado de 2° Aprendiz	Marinero de 1° Marinero de 2° Aprendiz	Soldado de 1° Soldado de 2° Aprendiz

Tabla 14: Estructura jerárquica del Ejército de Uruguay

Elaboración: propia

Como se observa en el cuadro, el Ejército de Uruguay clasifica su estructura en personal superior y subalterno, clasificación que nos permite aseverar que quienes tendrán el carácter de superiores jerárquicos serán los primeros, mientras que los subordinados serán los subalternos. No obstante, esta clasificación no

⁵⁴⁰ Cfr. *Ibidem*, Artículos 15 y 23.

puede ser absoluta, pues como la jurisprudencia de los tribunales *ad hoc* lo reconoció, es posible que mandos intermedios puedan ostentarse como superiores, de ahí que tendrá que determinarse caso por caso y según las facultades que se reconozca a los suboficiales si éstos poseen o no dicho carácter.

Por otro lado, la legislación prevé como criterios de superioridad militar y jerarquía el grado, cargo y antigüedad, conforme los artículos 70, 72 y 73 de la referida Ley Orgánica, la primera se establece por escalas jerárquicas, la segunda es la que surge de la dependencia orgánica de un militar con respecto a otro, en virtud de la cual, éste debe obediencia a aquél; la de antigüedad la que tiene un militar con respecto a otros, en razón de su precedencia en el grado o grados equivalentes, durante el cumplimiento de una misión o acto del servicio determinado⁵⁴¹.

3.3.1.2 Superiores civiles de iure

La Ley Orgánica Militar No. 14.157 prevé la posibilidad de que las Fuerzas Armadas de Uruguay estén integradas, además de personal militar, por personal civil y para-militar, conforme el artículo 52 de dicha ley, el personal civil está conformado por aquellos que, prestando servicios en el Ministerio de Defensa Nacional y sus dependencias, no tienen estado militar y se rigen por las disposiciones del Estatuto del Funcionario, con las limitaciones impuestas por la naturaleza de su función y cuyo ingreso a la administración militar sólo obedecerá a necesidades impuestas por razones de alta especialización⁵⁴².

Se encuentran sometidos a la jurisdicción militar disciplinaria mientras dure su equiparación, sin embargo, no obtienen ninguno de los derechos que determina el estado militar acorde los artículos 75 y 76 de la ley en comentario⁵⁴³. Dicha equiparación tiene origen en las necesidades de seguridad y defensa nacional.

⁵⁴¹ *Cfr. Ibidem*, artículos 70, 72 y 73.

⁵⁴² *Cfr. Artículo 52, Ley Orgánica Militar No. 14.157, op. cit.*

⁵⁴³ *Cfr. Ibidem*, artículos 75 y 76.

Igualmente, el personal para-militar, conforme el numeral 53, es aquel que se rige por las normas inherentes al estado jurídico militar con las limitaciones, que la ley y reglamentaciones establecen, en cuanto al goce de los derechos correspondientes al mismo. Su función estará siempre subordinada a la del personal militar y su ingreso a la administración militar sólo obedecerá a necesidades impuestas por tareas de apoyo a la actividad básica de las Fuerzas Armadas, asimismo, sus actividades se regirán por el reglamento respectivo, de acuerdo con las características y exigencias de cada Fuerza⁵⁴⁴.

Otros funcionarios civiles que se encontrarían comprendidos, retomando la definición establecida en el artículo 175 del Código Penal de Uruguay⁵⁴⁵, modificada por medio del artículo 8 de la diversa Ley No. 17.060 –que estableció normas referidas al uso indebido del poder público– son los siguientes: “todos aquellos que ejercen un cargo o desempeñan una función retribuida o gratuita, permanente o temporaria, de carácter legislativo, administrativo o judicial, en el Estado, en el Municipio o en cualquier ente público o persona pública no estatal”⁵⁴⁶.

Lo que implica, que invariablemente en dicha calidad específica de sujeto activo se encontrarían los miembros de la fuerza civil y pública en materia de seguridad interna, cuyo cometido es auxiliar de la justicia, que se encuentra regulada por la Ley No. 19.315 que constituye la Ley Orgánica Policial⁵⁴⁷.

Establecidas las categorías de funcionario civil o militar, podemos arribar a la conclusión de que dicha disposición es el fundamento de la posición de garante, en razón de una fuente formal, al existir una específica obligación legal de actuar⁵⁴⁸, derivada de las funciones del carácter del funcionario sujeto activo del delito.

⁵⁴⁴ Cfr. *Ibidem*, artículo 53.

⁵⁴⁵ Cfr. Artículo 175, Código Penal de Uruguay, Uruguay, 1933, <https://parlamento.gub.uy/documentosyleyes/codigos?page=1> (En lo subsecuente “Código Penal de Uruguay”), 23 de julio de 2019, 20:34.

⁵⁴⁶ Artículo 8, Ley No. 17.060, Uruguay, 1999, https://parlamento.gub.uy/documentosyleyes/leyes?Ly_Nro=17060&Ly_fechaDePromulgacion%5Bmin%5D%5Bdate%5D=30-04-1935&Ly_fechaDePromulgacion%5Bmax%5D%5Bdate%5D=01-05-2019&Ltemas=&tipoBusqueda=T&Searchtext=, 23 de julio de 2019, 21:02.

⁵⁴⁷ Ley No. 19.315, Ley Orgánica Policial, Uruguay, 2015, <http://www.impo.com.uy/bases/leyes/19315-2015>, 23 de julio de 2019, 22:48.

⁵⁴⁸ Cfr. *Ontiveros Alonso, Miguel, op. cit., p. 233; Solís Rodríguez, Javier, op. cit., p. 55.*

También, podemos afirmar que la calidad de superior jerárquico no sólo se exige para militares de *iure*, sino también para los funcionarios civiles.

3.3.2 Obligaciones del superior jerárquico

Conforme con la redacción del artículo 10 de la Ley No. 18.026, se observa que las obligaciones que se imponen al superior jerárquico respecto de los crímenes referidos en el apartado anterior, son las siguientes:

- Impedirlos
- Reprimirlos
- Denunciarlos⁵⁴⁹

Obligaciones que no se exigen en abstracto o tomando en consideración únicamente la posición de *iure* o *facto* del superior respecto sus subordinados, sino exige que tenga posibilidad para ello, asimismo, para su cumplimiento, el superior debe tomar las medidas razonables y necesarias a su alcance.

Cabe destacar que conforme la legislación mexicana al igual que Uruguay, sólo será posible exigir a los superiores la denuncia de que uno de sus subordinados cometió un delito, en tanto las medidas disciplinarias que están facultados a tomar están excluidas de los asuntos que impliquen un delito, de ahí que su obligación se circunscriba a denunciar el hecho.

3.3.3 Relación superior – subordinado

Tratándose de la relación superior–subordinado, la disposición en comento requiere que se compruebe que las personas que cometan los crímenes referidos “estén bajo su autoridad, mando o control efectivo”, a quienes en adelante, identificaremos con la referencia autores materiales o partícipes, a dicha conclusión

⁵⁴⁹ Cfr. Artículo 10, Ley No. 18.026, *op. cit.*

podemos arribar, con la referencia “(...) fuesen cometidos por quienes (...) estaban participando de cualquier manera en la comisión de los crímenes”, pues no limita de manera expresa el carácter con el que los subordinados actúan en el crimen.

Al respecto, las referencia a la autoridad y mando deben entenderse en sentido jurídico, es decir, a partir de los criterios de superioridad militar y jerarquía –que son equiparables a los funcionarios civiles que integran las Fuerzas Armadas de Uruguay– conforme el grado, cargo y antigüedad.

Por otro lado, en caso de no comprobarse dicha relación, puede establecerse por criterios de *facto*, los cuales, si bien no están desarrollados en la jurisprudencia de Uruguay, podrían utilizarse los establecidos por la Corte Penal Internacional, que establecimos con anterioridad, se reitera que involucran a quienes tienen autoridad y control sobre fuerzas gubernamentales regulares como unidades de policía armada o fuerzas irregulares, grupos rebeldes, unidades paramilitares, incluyendo movimientos armados de resistencia y milicias que siguen una estructura de jerarquía militar o una cadena de comando⁵⁵⁰, quienes tienen sus prácticas o regulaciones internas, sea de forma escrita o no escrita⁵⁵¹.

Ahora, la referencia en la disposición en análisis respecto a “*cualquiera sea su cargo oficial o de gobierno*” permite establecer que los mandos intermedios pueden ser responsables y no solamente aquellos que se encuentran en el rango jerárquico más alto.

Por lo anterior, se puede afirmar que la legislación de Uruguay reconoce las relaciones de supra-subordinación de *iure* y de *facto*. Asimismo, podemos señalar que necesariamente debe establecerse una relación superior–subordinado, pues se exige que el superior tenga autoridad, mando o control efectivo sobre los subordinados, pues solo a través de esta relación, se verifica el primero de los

⁵⁵⁰ Cfr. Confirmación de cargos de Bemba Gombo, párr. 410.

⁵⁵¹ Cfr. Sentencia de Bemba Gombo, párr. 176.

presupuestos –el segundo es tener posibilidad para ello– para establecer que tiene capacidad de impedir, denunciar o reprimir la comisión de dichos crímenes.

3.3.4. Elemento subjetivo

La disposición en análisis reconoce como elemento subjetivo que el superior jerárquico hubiere sabido que sus subordinados estaban participando en la comisión de crímenes o delitos. En este aspecto, de los elementos subjetivos tradicionalmente reconocidos por la jurisprudencia internacional⁵⁵², la legislación de Uruguay solamente reconoce el (ii) conocimiento actual, que está reconocido a través de la referencia “sabía” de los tribunales *ad hoc* y “hubiere sabido” de la Corte Penal Internacional.

En la práctica, como criterio para establecer el conocimiento del delito cometido por los subordinados, se ha considerado la existencia de una práctica sistemática y cotidiana de dichas conductas, como aconteció en un caso en que se determinó que dicha práctica era común en el cuartel en que la víctima permanecía, en palabras del tribunal, en dicho lugar las aberrantes prácticas eran moneda corriente, por lo que mucho menos el jerarca de la Unidad podría alegar remotamente ignorancia o desconocimiento⁵⁵³.

3.3.5 Delito que comete el subordinado

El artículo 10 de la Ley No. 18026⁵⁵⁴ exige que los autores materiales deben cometer las conductas establecidas en los Títulos I a III de la Parte II de la ley en análisis.

⁵⁵² A saber, en los tribunales *ad hoc*, (i) tenía razones para saber y (ii) sabía –conocimiento actual– y en la Corte Penal Internacional, (i) hubiere debido saber, (ii) hubiere sabido o (iii) hubiere tenido conocimiento y deliberadamente hubiere hecho caso omiso de la información.

⁵⁵³ *Cfr.* Interlocutoria en segunda instancia, número 124/2016, Tribunal de Apelaciones Penal 1º, 29 de junio de 2016.

⁵⁵⁴ *Cfr.* Artículo 10, Ley No. 18026, *op. cit.*

Al respecto, el Título I, en el artículo 16, reconoce el crimen de genocidio⁵⁵⁵, como dato adicional, observamos que además de los grupos protegidos que reconoce el Estatuto de Roma, adiciona los grupos políticos, sindicales y aquellos con identidad propia fundada en razones de género, orientación sexual, culturales, sociales, edad, discapacidad o salud y expresamente, identifica como medidas que atentan contra la integridad personal y mental los actos de tortura, desaparición forzada, privación de la libertad, agresión sexual, embarazo forzoso y sometimiento a tratos inhumanos o degradantes.

El título II, en el numeral 18, reconoce los crímenes de lesa humanidad y hace remisión expresa a los establecidos en el numeral 7 del Estatuto de Roma y por ende, cometidos en un contexto general o sistemático⁵⁵⁶, con la distinción, que en el capítulo 2 del citado título, reconoce con el mismo carácter, los actos aislados que se cometan respecto homicidio político, desaparición forzada de personas, tortura, privación grave de la libertad, agresión sexual contra persona privada de libertad y asociación para cometer los crímenes de genocidio, lesa humanidad o de guerra.

El título III, establece los crímenes de guerra, entre los que se encuentran, en lo que interesa, el homicidio intencional, causar deliberadamente graves sufrimientos o atentar gravemente contra la integridad física o la salud, cometer atentados y ultrajes contra la dignidad personal, así como los tratos humillantes y degradantes.

En resumen, entre los crímenes cometidos por los subordinados que verifican la responsabilidad del superior jerárquico, se encuentran: la tortura, desaparición forzada y homicidio político como crímenes de lesa humanidad cometidos tanto en un contexto general o sistemático como en ausencia de este, así como el crimen de

⁵⁵⁵ Cfr. *Ibidem*, artículo 16.

⁵⁵⁶ Cfr. *Ibidem*, artículo 18.

guerra de homicidio intencional y atentados graves contra la integridad física o salud, entre otros.

En este aspecto, destacamos que en México se carece de una legislación a través de la cual se haya armonizado el derecho interno con las normas del Estatuto de Roma, precisamos que si bien la presente propuesta se circunscribe a la comisión por los subordinados de los delitos de tortura, ejecución extrajudicial y desaparición forzada de personas, lo más idóneo sería que, como acontece en Uruguay, la responsabilidad del superior jerárquico pudiera ser aplicable por cualquiera de los crímenes internacionales reconocidos en el Estatuto de Roma.

3.3.6 Distinción entre las penas

Como referimos en el apartado anterior, este aspecto no constituye un elemento de la responsabilidad de superior jerárquico, sin embargo, es ilustrativo para establecer si existe una distinción en el tratamiento de la sanción de los autores materiales y partícipes con los superiores jerárquicos.

Al respecto, el artículo 10⁵⁵⁷ no hace referencia a la pena a imponer a los superiores jerárquicos por el incumplimiento de sus deberes de impedir, denunciar y reprimir los crímenes cometidos por sus subordinados, sin embargo, cada uno de estos crímenes prevén la pena correspondiente.

Respecto al crimen de genocidio, el artículo 16 prevé una pena de quince a treinta años⁵⁵⁸ de penitenciaría⁵⁵⁹ y el diverso 17 una pena de dos a cuatro años de penitenciaría, tratándose de instigación⁵⁶⁰.

⁵⁵⁷ Cfr. Artículo 10, Ley No. 18026, *op. cit.*

⁵⁵⁸ Cfr. *Ibidem*, artículo 16.

⁵⁵⁹ La pena penitenciaria, consiste, conforme el artículo 70 del Código Penal de Uruguay, en una pena privativa de la libertad a cumplir en cárcel urbana o rural que prevé un régimen de trabajo, su distinción con la pena de prisión es que esta última solo se cumple en cárcel urbana y tiene una duración máxima de veinticuatro meses, mientras que la primera prevé un límite de treinta años.

⁵⁶⁰ Cfr. *Ibidem*, artículo 17.

Sobre los crímenes de lesa humanidad previstos en el Estatuto de Roma, el artículo 18 prevé una sanción de quince a treinta años de penitenciaría⁵⁶¹; respecto los actos aislados –tratándose de los delitos de interés para el objeto del presente trabajo– para el delito de homicidio político el artículo 20 establece una pena de quince a treinta años de prisión⁵⁶²; en el artículo 21 para el diverso de desaparición forzada prevé una pena de dos a veinticinco años de penitenciaría⁵⁶³ y, finalmente, el numeral 22.1 prevé en la pena de veinte meses a ocho años de penitenciaría para el de tortura⁵⁶⁴.

Relativo a los crímenes de guerra, acorde el numeral 26.1 de la ley, se sancionan con penitenciaría de dos a treinta años de prisión⁵⁶⁵.

En relación con lo anterior, tenemos que el Código Penal de Uruguay distingue entre autores (artículo 60), coautores (artículo 61) y cómplices (artículo 62)⁵⁶⁶, categorías en cuyas descripciones no se ubica el superior jerárquico.

Ahora, el ordenamiento jurídico prevé que a cada una de las categorías anteriores corresponda un rango de punibilidad distinto, pues conforme el artículo 88 del Código Penal, a los coautores les corresponde la misma pena que los autores, salvo circunstancias que obliguen a modificar el grado⁵⁶⁷; sin embargo, tratándose de los cómplices, el artículo 89 prevé que sean sancionados con una tercera parte de la pena que correspondería si fueran autores, la que podría elevarse, por su forma de participación, antecedentes personales y naturaleza de los móviles, si estos visibilizan mayor peligrosidad⁵⁶⁸.

Sin embargo, ninguna referencia expresa hace las disposiciones anteriores al superior jerárquico, por lo que, en ausencia de una referencia expresa,

⁵⁶¹ *Cfr. Ibidem*, artículo 18.

⁵⁶² *Cfr. Ibidem*, artículo 20.

⁵⁶³ *Cfr. Ibidem*, artículo 21.

⁵⁶⁴ *Cfr. Ibidem*, artículo 22.1.

⁵⁶⁵ *Cfr. Ibidem*, artículo 26.1.

⁵⁶⁶ *Cfr. Artículos 60, 61 y 62, Código Penal, op. cit.*

⁵⁶⁷ *Cfr. Ibidem*, artículo 88.

⁵⁶⁸ *Ibidem*, artículo 89.

concluimos que procedería sancionarlo dentro del mismo parámetro de punibilidad como autor.

Por otra parte, conforme el artículo 50 del citado Código⁵⁶⁹, las circunstancias agravantes y atenuantes permiten al juzgador llegar al máximo y mínimo de la pena establecida, respectivamente.

Si bien pudiera razonarse que el carácter de superior jerárquico –el carácter público del culpable, especialmente su calidad de funcionario policial– constituye una circunstancia agravante, conforme el numeral 47 que las enuncia⁵⁷⁰, el numeral 8º⁵⁷¹, no podría tomarse en cuenta, pues el diverso 51, establece que no pueden considerarse con tal carácter las circunstancias inherentes al delito, como en el caso, lo configura la calidad específica de sujeto activo⁵⁷².

Por otro lado, también resulta relevante el artículo 64 que señala:

Extensión de la responsabilidad cuando se requieren condiciones personales para la existencia del delito. Cuando para la existencia de un delito se requieran condiciones de orden personal, todos los que presten su concurso serán responsables del mismo según la participación que hayan tenido en él; pero la ausencia de tales condiciones, se tendrá en cuenta por el Juez para rebajar o aumentar la pena de aquéllos en quienes no concurran.⁵⁷³

El contenido de dicha norma, podría dar pauta a que a los superiores jerárquicos se les reduzca o aumente la pena, dado que la condición personal es ser funcionario civil o militar con personas bajo su autoridad, mando o control efectivo, calidad que no comparten sus subordinados, sin embargo, es problemático que el criterio para establecer la misma responsabilidad a todos sea el grado de participación, si tenemos en cuenta que materialmente el superior no participa de ninguna manera en la realización del crimen ni tiene la intención de cometerlo, sino

⁵⁶⁹ *Cfr. Ibidem*, artículo 50.

⁵⁷⁰ *Cfr. Ibidem*, artículo 47.

⁵⁷¹ *Cfr. Ibidem*, artículo 8.

⁵⁷² *Cfr. Ibidem*, artículo 51.

⁵⁷³ *Cfr. Ibidem*, artículo 64.

que solo es omiso, de manera negligente, en el cumplimiento de sus obligaciones de impedir, reprimir o denunciar la conducta de sus subordinados.

Por lo que necesariamente tendría que atenuarse la pena, pues al no actuar de forma intencional no sería proporcional sancionarlo en los mismos términos que los autores materiales.

Similar a lo que acontece con la legislación de Uruguay, en México a través de las Leyes generales de Tortura y Desaparición Forzada de Personas se busca equiparar la punición de los autores a los superiores jerárquicos, lo que equivale a transgredir el principio de culpabilidad y unidad del título de la imputación, no obstante, propondremos una solución a dicha problemática, que desarrollaremos en el capítulo IV del presente trabajo.

3.3.7 Comparativo con la jurisprudencia de tribunales penales internacionales

Al realizar la comparación con la forma en que se regula a nivel internacional, podemos establecer lo siguiente:

- Más allá de lo establecido por los estándares, amplía las relaciones superior-subordinado, comprendiendo no solo a militares de *iure* y *facto* –como los para-militares y los civiles adscritos a las Fuerzas Armadas– sino también a cualquier clase de funcionarios públicos civiles, aunque se debe estar consciente que difícilmente cualquiera otro tipo de relación en las funciones judiciales o del legislativo involucra autoridad, mando o control efectivo.
- Es coincidente al exigir no solo una posición de supra-subordinación, sino también la capacidad del superior de cumplir con sus obligaciones.
- Es coincidente al exigir al superior tomar las medidas necesarias y razonables a su alcance.
- Reconoce, e incluso amplía, el catálogo de los crímenes cometidos por los subordinados, por los que se aplica esta forma de responsabilidad, al

reconocer actos aislados de crímenes de lesa humanidad; el crimen de genocidio respecto adiciona los grupos políticos, sindicales y aquellos con identidad propia fundada en razones de género, orientación sexual, culturales, sociales, edad, discapacidad o salud y expresamente, identifica como medidas que atentan contra la integridad personal y mental los actos de tortura, desaparición forzada, privación de la libertad, agresión sexual, embarazo forzoso y sometimiento a tratos inhumanos o degradantes.

- Solo reconoce dos de las obligaciones del superior: reprimir y sancionar sin reconocer la diversa de prevenir.
- No contempla los elementos subjetivos consistente en “hubiere debido saber” y “hubiere hecho caso omiso de la información”, pues solamente reconoce el consistente en “hubiere sabido”.

3.3.8 Cuadro ilustrativo

Elemento	Contenido
Titular de la posición de garante	<ul style="list-style-type: none"> • Superiores Militares de iure • Funcionarios civiles
Obligaciones	<ul style="list-style-type: none"> • Impedir • Denunciar • Reprimir
Relación superior – subordinado	Las personas que cometan los crímenes deberán estar bajo su autoridad, mando o control efectivo
Elemento subjetivo	Que el superior jerárquico hubiere sabido que sus subordinados estaban participando en la comisión de crímenes o delitos
Delito que debe cometer el autor material	<ul style="list-style-type: none"> • Genocidio, • Crímenes de guerra • Lesa humanidad

Tabla 15: La responsabilidad del superior jerárquico en Uruguay

Elaboración: propia

CAPÍTULO CUARTO

PROPUESTA DE INCORPORACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD DE SUPERIOR JERÁRQUICO AL CÓDIGO PENAL FEDERAL

El objeto del presente capítulo es establecer la justificación de la propuesta del artículo por el cual se introduzca la responsabilidad de superior jerárquico al Código Penal Federal. Para ello, en primer lugar, desarrollaremos las razones por las cuales se propone su incorporación a dicho ordenamiento legal, en segundo lugar, con base en el análisis sobre la regulación y tratamiento de esta forma de responsabilidad –elemento por elemento– por los tribunales ad hoc, la Corte Penal Internacional, Argentina y Uruguay, se establecerá la propuesta, asimismo, se tendrán en consideración los estándares internacionales, para asegurar el respeto y cumplimiento a las obligaciones del Estado Mexicano.

4.1 Justificación de la reforma al Código Penal Federal

Como punto de partida, el artículo 13⁵⁷⁴ de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos prevé el derecho humano de todo gobernado a ser juzgado por tribunales establecidos previamente en ley, la prohibición de tribunales especiales y de la extensión del fuero militar sobre civiles.

Al respecto, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en la contradicción de tesis 381/2010⁵⁷⁵, estableció que la Constitución prevé dos supuestos en los que se verifica la competencia a favor del fuero militar, a saber:

1. Tratándose de delitos y faltas contra la disciplina militar, y
2. Que el sujeto activo sea un militar.

Asimismo, señaló que la razón de la subsistencia de dicho fuero, obedecía a razones de orden público y especial disciplina que tienden a garantizar la paz y seguridad nacional, que exigían una rápida y oportuna intervención de quien tiene

⁵⁷⁴ Artículo 13, Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, *op. cit.*

⁵⁷⁵ *Cfr.* Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Contradicción de tesis 381/2010, aprobada en sesión de dieciocho de mayo de dos mil once.

mayor conocimiento y capacidad, por su adecuada preparación, para juzgar a las personas regidas por la ley militar⁵⁷⁶.

En este aspecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que el establecimiento de la jurisdicción militar ha sido con el fin de mantener el orden y la disciplina dentro de las fuerzas armadas⁵⁷⁷.

Cabe destacar que dicho tribunal, en el caso Radilla Pacheco contra México calificó como amplia e imprecisa la regulación de la aplicación del fuero militar en el artículo 57 del Código de Justicia Militar⁵⁷⁸, pues impedía la determinación de la conexión del delito del fuero ordinario con el servicio castrense, siendo necesario que se estableciera claramente la relación directa y próxima del delito con la función militar o con la afectación de bienes jurídicos propios del orden militar⁵⁷⁹.

En el entendido que la comisión del delito por militares al momento de estar en servicio o con motivo de actos del mismo, no era suficiente para que su conocimiento correspondiera a la justicia penal castrense. En conclusión, derivado de que dicha disposición en la práctica hacía operar el fuero militar como una regla y no como una excepción, se declaró al Estado Mexicano responsable por vulnerar el artículo 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en conexión con los artículos 8 y 25⁵⁸⁰.

Posteriormente, el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en el expediente Varios 912/2010, determinó que una de las obligaciones para el Poder Judicial de la Federación derivado de la sentencia interamericana, constituía el deber de ejercer un control de constitucionalidad y realizar una interpretación del

⁵⁷⁶ Cfr. *Idem*.

⁵⁷⁷ Cfr. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Castillo Petrucci y otros vs. Perú, Sentencia de 30 de mayo de 1999, serie C No. 52, párr. 128 (En adelante "Castillo Petrucci y otros vs. Perú").

⁵⁷⁸ Anterior a la reforma de trece de junio de dos mil catorce, el Código de Justicia Militar en el artículo 57, fracción II, a), establecía que se consideraría delito contra la disciplina militar aquellos "que fueren cometidos por militares en los momentos de estar en servicio o con motivo de actos del mismo;(...)", http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/4_210618.pdf, 12 de agosto de 2019, 20:26.

⁵⁷⁹ Cfr. Caso Radilla Pacheco vs. México, párrs. 284 y 286.

⁵⁸⁰ Cfr. *Ibidem*, párrs. 287 y 289.

artículo 57 con el artículo 13 constitucional en concordancia con el artículo 2º y 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos⁵⁸¹.

De manera que dicho precepto debía interpretarse en el sentido de que, frente a situaciones que vulneren derechos humanos de civiles, en ninguna circunstancia podría operar la jurisdicción militar, pues la víctima civil, veía involucrados sus derechos a la reparación, verdad y justicia.⁵⁸² Lo que es acorde con el estándar interamericano, que señala que el fuero militar no es el fuero competente para juzgar violaciones a derechos humanos⁵⁸³.

Posteriormente, la disposición en análisis se reformó el trece de junio de dos mil catorce, para quedar en los siguientes términos:

II.- Los del orden común o federal, siempre y cuando no tenga la condición de civil el sujeto pasivo que resiente sobre su persona la afectación producida por la conducta delictiva o la persona titular del bien jurídico tutelado o puesto en peligro por la acción u omisión prevista en ley penal como delito, en los siguientes supuestos: a).- Que fueren cometidos por militares en los momentos de estar en servicio o con motivo de actos del mismo; (...).⁵⁸⁴

Bajo el panorama anterior, una vez que la jurisprudencia mexicana y la legislación ha señalado que no es aplicable el fuero militar cuando la víctima sea un civil, en tanto que nuestra propuesta versa sobre los delitos cometidos por los subordinados del superior jerárquico de desaparición forzada de personas, ejecución extrajudicial y tortura contra civiles, es patente que no se verifica la hipótesis del fuero militar.

⁵⁸¹ Cfr. Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Expediente varios 912/2010, aprobado en sesión de catorce de julio de dos mil once.

⁵⁸² Tesis P.LXXII/2011(9ª), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. 1, diciembre de 2011, p. 554, de rubro: "RESTRICCIÓN INTERPRETATIVA DE FUERO MILITAR. INCOMPATIBILIDAD DE LA ACTUAL REDACCIÓN DEL ARTÍCULO 57, FRACCIÓN II, DEL CÓDIGO DE JUSTICIA MILITAR, CON LO DISPUESTO EN EL ARTÍCULO 13 CONSTITUCIONAL, A LA LUZ DE LOS ARTÍCULOS 2 Y 8.1 DE LA CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS". Ulteriormente, emitió la tesis P. VII/2013 (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, t. 1, marzo de 2013, p. 361, de rubro "COMPETENCIA PARA CONOCER Y SANCIONAR LOS DELITOS COMETIDOS POR MILITARES, EN EJERCICIO DE SUS FUNCIONES O CON MOTIVO DE ELLAS, QUE AFECTEN LOS DERECHOS HUMANOS DE CIVILES, SE SURTE A FAVOR DE LOS JUECES DE DISTRITO DE PROCESOS PENALES FEDERALES".

⁵⁸³ Cfr. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso de la Masacre de la Rochela vs. Colombia, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia, 11 de mayo de 2007, serie C No. 163, párr. 200 (En adelante "Caso de la Masacre de la Rochela vs. Colombia"); Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Zambrano Vélez vs. Ecuador, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia, 4 de julio de 2007, serie C No. 166, párr. 66 (En lo subsecuente "Caso Zambrano Vélez vs. Ecuador").

⁵⁸⁴ Artículo 57, Código de Justicia Militar, *op. cit.*

Por lo que el artículo que se propone incorporar no podría incorporarse al Código de Justicia Militar, pues tampoco se trata de un delito relacionado con la disciplina militar o con bienes jurídicos propios de la esfera castrense, ahora, será necesario determinar respecto del fuero federal y común, cuál de los dos se verifica.

En esa tesitura, en primer lugar, hay que tener presente que dado que se pretende sancionar la omisión del superior jerárquico –en la prevención, represión y sanción de las conductas cometidas por sus subordinados–, este necesariamente tiene calidad de servidor público.

Al respecto, tenemos que el artículo 50, fracción I, inciso f), de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación reconoce como delitos federales, bajo el criterio personal, aquellos cometidos por un servidor público o empleado federal, en ejercicio de sus funciones o con motivo de ellas⁵⁸⁵.

En esa línea, los superiores jerárquicos son militares, es decir, mujeres y hombres mexicanos por nacimiento –mientras no adquieran otra nacionalidad– que prestan sus servicios en las Instituciones Armadas de tierra y aire, sujetos a las Leyes y Reglamentos Militares, conforme el artículo 4º, fracción I, y 132 de la Ley Orgánica del Ejército y Fuerza Aérea Mexicanos⁵⁸⁶, instituciones que forman parte de la Secretaría de la Defensa Nacional, que a su vez es dependiente del Poder Ejecutivo de la Unión, en términos del artículo 26 de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal⁵⁸⁷.

Por tanto, podemos arribar a la conclusión de que los militares son servidores públicos, pues como establece el artículo 108 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos tienen dicho carácter las personas que desempeñan un empleo en la Administración Pública Federal⁵⁸⁸.

⁵⁸⁵ Cfr. Artículo 50, fracción I, inciso f), Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, México, 1995, http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/172_010519.pdf, 13 de agosto de 2019, 22:56.

⁵⁸⁶ Cfr. Artículo 4, fracción I, y 132, Ley Orgánica del Ejército y Fuerzas Armadas, México, 1986, http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/169_210618.pdf, 13 de agosto de 2019, 23:07.

⁵⁸⁷ Cfr. Artículo 26, Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, México, 1976, http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/153_090819.pdf, 13 de agosto de 2019, 23:22.

⁵⁸⁸ Cfr. Artículo 108, Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, *op. cit.*

En el mismo sentido acontece respecto los integrantes de la Guardia Nacional, que en términos del artículo 4 de la ley orgánica de la Institución, está adscrita como órgano administrativo desconcentrado de la Secretaría de Seguridad y Protección Ciudadana⁵⁸⁹ y, esta a su vez, es dependiente del Poder Ejecutivo por el numeral 26 de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal⁵⁹⁰.

Una vez establecida la calidad de servidores públicos, debe verificarse que el delito sea cometido estando en servicio –en ejercicio de sus funciones– o con motivo de actos del mismo, al respecto, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha interpretado dicha referencia normativa en los siguientes términos –aplicable al caso por identidad de razón–:

SERVICIO. MILITARES EN. El artículo 57, fracción I, inciso a) del Código de Justicia Militar, se refiere a militares "en los momentos de servicio" o "con motivo de actos del mismo". Debe entenderse que para que se considere que un militar está en servicio, basta con que esté realizando las actividades propias de su condición de militar, dentro o fuera de un recinto naval militar, y dentro del horario normal de su labor diaria y, con motivo de actos del mismo.⁵⁹¹

En esa línea, este presupuesto también se actualizaría en nuestra propuesta, pues necesariamente tendría que comprobarse que el superior jerárquico posee control efectivo sobre sus subordinados al momento de los hechos, es decir, que tiene la capacidad de prevenir, reprimir y sancionar los delitos cometidos por sus subordinados, misma que deriva de las facultades legales que su cargo le otorga.

En conclusión, toda vez que forma de regulación de la responsabilidad de superior jerárquico verifica la hipótesis de la competencia del fuero federal, en términos del artículo 50, fracción I, inciso f), de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación⁵⁹², corresponde realizar la propuesta de reforma en el Código Penal Federal.

⁵⁸⁹ Cfr. Artículo 4, Ley de la Guardia Nacional, México, 2019, http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LGN_270519.pdf, 14 de agosto de 2019, 20:09.

⁵⁹⁰ Cfr. Artículo 26, Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, *op.cit.*

⁵⁹¹ Tesis 1a. XIV/91, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Octava Época, t. VII, junio de 1991, p. 76.

⁵⁹² Cfr. Artículo 50, fracción I, inciso f), Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, *op. cit.*

Asimismo, consideramos que para efecto de incorporar la propuesta, debe adicionarse el artículo 13 BIS del Código Penal Federal, pues regular la responsabilidad de superior jerárquico en una norma distinta al numeral 13 evidenciaría su diferencia respecto las formas de autoría y participación tradicionales reconocidas en éste. No obstante, su regulación continúa contribuye a una estructura sistemática de dicho ordenamiento, en tanto las formas de responsabilidad están reguladas en forma conjunta.

4.2 Elementos de la Responsabilidad de Superior Jerárquico

Al tenor del principio de culpabilidad y la prohibición de la responsabilidad objetiva, las formas de responsabilidad están conformadas por elementos objetivos y subjetivos, mismos que procederemos a desarrollar.

4.2.1. Elementos objetivos

En estos se destacaran la calidad del superior jerárquico, la relación superior-subordinado, comando efectivo y control o autoridad efectiva y control, el carácter de las medidas, las obligaciones del superior y la conducta cometida por los subordinados.

4.2.1.1 Calidad de superior jerárquico

Como los estándares de los tribunales penales internacionales y Argentina y Uruguay lo establecieron, la propuesta del presente trabajo propondrá sancionar tanto a los comandantes militares como a los funcionarios de carácter civil, con estructura similar a la militar, ambos de *iure*, con la precisión, que contrario a Argentina, limitamos la calidad de superior jerárquico a quien forma parte de una jerarquía y estructura de mando.

4.2.1.1.1 Comandantes militares de *iure*

En México, los integrantes del Ejército y Fuerza Aérea Mexicanos tienen el carácter de militares en virtud de dicho reconocimiento por el ordenamiento jurídico, por lo que es posible afirmar que son comandantes militares de *iure*.

En esa tesitura, para el ordenamiento jurídico mexicano, son militares, en términos del artículo 4º, fracción I, así como del numeral 132, ambos de la Ley Orgánica del Ejército y Fuerza Aérea Mexicanos⁵⁹³, los mexicanos por nacimiento que no adquieran otra nacionalidad y presten sus servicios y legalmente pertenezcan a las Fuerzas Armadas Mexicanas, con un grado dentro la escala jerárquica, quienes quedan sujetos a las Leyes y Reglamentos Militares.

4.2.1.1.2 Comandantes civiles de *iure*

Cabe resaltar que recientemente el 27 de mayo de 2019 se publicó en el Diario Oficial de la Federación la Ley de la Guardia Nacional, misma que acorde el artículo primero transitorio del decreto señaló entraría en vigor al día siguiente de su publicación, es decir, el veintiocho de mayo siguiente. Por lo anterior, podemos afirmar que esta institución se encuentra vigente.

En primer lugar, se destaca que el carácter jurídico de dicha institución queda establecido al tener su regulación en el ordenamiento jurídico mexicano.

Por otro lado, el carácter civil de esta institución radica en que las personas que finalmente formen parte de la Guardia Nacional tienen que iniciar una carrera en la misma, para cuyo ingreso deben contar con antecedentes o inscripción en el Registro Nacional de Personal de Seguridad Pública; contar con certificado único policial; su permanencia está supeditada al cumplimiento de los requisitos previstos no solo en la Ley Orgánica de la Guardia Nacional, sino también en la Ley General

⁵⁹³ Artículo 4º, fracción I, y 132, ambos de la Ley Orgánica del Ejército y Fuerza Aérea Mexicanos, *op. cit.*

del Sistema Nacional de Seguridad Pública; entre otros, todos previstos en el artículo 26 de la ley en análisis⁵⁹⁴.

Asimismo, si un miembro de la Armada desea ingresar, tendrá que separarse de dicha institución y quedar adscrito a la Guardia Nacional, quedando sujeto a la disciplina, fuero civil y mando establecidos en la Ley de la Guardia Nacional, acorde el artículo 25, fracción IX, de la ley orgánica de la institución⁵⁹⁵.

Lo anterior hace evidente que la formación y requisitos de ingreso son totalmente distintos a los que se requieren en el Ejército y la Fuerza Aérea, las que prevén un sistema de educación militar especializado, como el regulado en la Ley de Educación Militar del Ejército y Fuerza Aérea⁵⁹⁶.

Incluso, se destaca que la capacitación y formación de los miembros de la Institución de análisis prevén los ejes policial, académico y axiológico, que estará a cargo de instituciones de formación policial, instituciones públicas, nacionales o extranjeras e instituciones de las Fuerzas Armadas –artículos 38 y 39⁵⁹⁷–, de manera que es posible afirmar que tienen una formación policial civil⁵⁹⁸.

En conclusión, los miembros de la Guardia Nacional con el respectivo rango o jerarquía configuran la categoría de comandantes civiles de *iure*.

4.2.1.2 Relación superior-subordinado y comando efectivo y control o autoridad efectiva y control

Por la íntima relación que existe entre el elemento objetivo *relación superior-subordinado* y el relativo a tener *comando efectivo y control o autoridad efectiva y control*, analizaremos estos dos elementos conjuntamente.

⁵⁹⁴ Artículo 26, Ley de la Guardia Nacional, *op. cit.*

⁵⁹⁵ *Cfr. Ibidem*, artículo 25, fracción IX.

⁵⁹⁶ Ley de Educación Militar del Ejército y Fuerza Aérea, México, 2005, http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LEMEFAM_220518.pdf, 18 de agosto de 2019, 20:39.

⁵⁹⁷ *A Cfr.* artículos 38 y 39, Ley de la Guardia Nacional, *op. cit.*

⁵⁹⁸ Si bien actualmente existe la Policía Federal, esta institución no fue objeto de análisis, dado que conforme el artículo sexto transitorio de la Ley de la Guardia Nacional paulatinamente sus integrantes, recursos financieros y materiales formarán parte de esta.

Para ello, será necesario desarrollar la composición, estructura de mando y jerarquía del Ejército, Fuerza Aérea y de la Guardia Nacional, una vez establecidas las relaciones superior–jerárquico en cada una, podremos identificar qué posiciones en la estructura tienen capacidad de tener comando efectivo y control o autoridad efectiva y control de *iure*, pues consecuentemente, las personas que ostenten tal serán quienes tendrán carácter de superiores jerárquicos para efecto de la responsabilidad de superior jerárquico.

4.2.1.2.1 Composición del Ejército y Fuerza Aérea

En primer lugar, es necesario señalar que el Ejército y Fuerza Aérea Mexicanos desarrollan sus acciones de defensa nacional en forma conjunta y en una sola dependencia⁵⁹⁹.

Por su parte, el *Ejército Mexicano* se compone de Unidades organizadas y adiestradas para las operaciones militares terrestres y está constituido por Armas y Servicios, conforme el artículo 54 de la ley orgánica⁶⁰⁰.

Desde este momento, consideramos necesario precisar que el área de servicios quedará excluida del presente análisis, dado que conforme los artículos 67 y 68 de la ley orgánica, tienen como misión el apoyo administrativo y logístico, asimismo, la autoridad y mando que ejercen es técnico, de manera que no cuentan con el mando que exige el control efectivo⁶⁰¹.

Como refiere el numeral 55, la misión de las *armas* es el combate, que será ejecutado por cada una de ellas en función de cómo combinen el armamento⁶⁰², asimismo, en términos del artículo 56 de la ley, las armas del Ejército son: Infantería, Caballería, Artillería, Blindada e Ingenieros⁶⁰³, cada una de estas se organizan en Unidades, como refiere el artículo 57, que se clasifican en pequeñas y grandes.

⁵⁹⁹ Cfr. Artículo 53, Ley Orgánica del Ejército y Fuerzas Armadas, *op. cit.*

⁶⁰⁰ Cfr. *Ibidem*, artículo 54.

⁶⁰¹ Cfr. *Ibidem*, artículos 67 y 68.

⁶⁰² Cfr. *Ibidem*, artículo 55.

⁶⁰³ Cfr. *Ibidem*, artículo 56.

Las pequeñas son: Escuadras, Pelotones, Secciones, Compañías, Escuadrones o Baterías; Grupos; y Batallones o Regimientos, las grandes son: Brigadas, Divisiones y Cuerpos de Ejército, ambas escuadras se constituyen con mando y órganos de mando, unidades de dos o más Armas y Servicios que se requieran⁶⁰⁴, cuya estructura puede representarse en los siguientes términos:



Figura 1: Estructura del Ejército Mexicano

Elaboración: propia

⁶⁰⁴ Cfr. *Ibidem*, artículo 57.

En este tenor, como la jurisprudencia de los tribunales *ad hoc* y la Corte Penal Internacional señalan, el mando es uno de los elementos en los que el control o autoridad efectiva se reflejan, no obstante, no es el único, pues también debe analizarse la posición en la jerarquía y las facultades y obligaciones..

Por otro lado, la *Fuerza Aérea Mexicana* se compone de unidades organizadas, equipadas y adiestradas para las operaciones militares aéreas y está constituida por la Comandancia de la Fuerza Aérea, Estado Mayor Aéreo, Unidades de vuelo, Tropas terrestres y servicios, acorde el numeral 59 de la ley orgánica⁶⁰⁵.

La comandancia esta a cargo de un General Piloto Aviador, quien ostenta la denominación “Comandante de la Fuerza Aérea”, y es el responsable de la operación, administración y empleo de sus unidades⁶⁰⁶.

El Estado Mayor Aéreo está integrado pilotos aviadores diplomados y es el órgano colaborador inmediato del Comandante, a quien auxilia en la planeación y coordinación de las Misiones que le son encomendadas, así como transforma las órdenes, directivas e instrucciones verificando su cumplimiento⁶⁰⁷.

Las Unidades de Vuelo tienen como misión principal el combate Aéreo y operaciones conexas, se constituyen con mando, órganos de mando, unidades de uno o varios tipos de material de vuelo y los servicios que sean necesarios. Asimismo, se clasifican en grandes y pequeñas unidades, las primeras son los grupos, alas y divisiones y las segundas, son las escuadrillas y escuadrones⁶⁰⁸.

Por otra parte, las tropas terrestres son pequeñas unidades de arma y se constituyen con mando, órganos de mando, unidades y los servicios que sean necesarios, asimismo, comprenden escuadras, pelotones, secciones, compañías y batallones, destinados fundamentalmente a actividades de

⁶⁰⁵ Cfr. *Ibidem*, artículo 59.

⁶⁰⁶ Cfr. *Ibidem*, artículo 60.

⁶⁰⁷ Cfr. *Ibidem*, artículos 61 y 62.

⁶⁰⁸ Cfr. *Ibidem*, artículos 63 y 64.

protección de instalaciones aéreas, conforme el artículo 65 de la ley en análisis⁶⁰⁹.

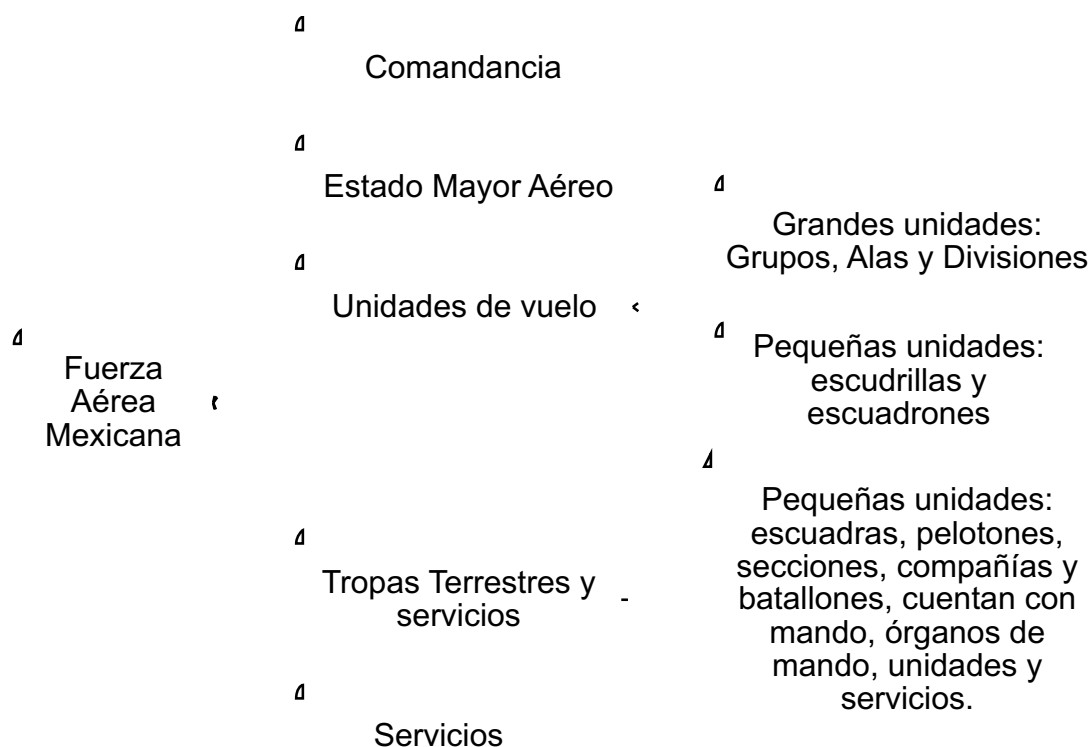


Figura 2: Estructura de la Fuerza Aérea Mexicana

Elaboración: propia

Finalmente, tanto el Ejército y Fuerza Aérea cuentan con cuerpos especiales, que son organismos que tienen asignadas misiones, que están dotados y la aplicación de la técnica o táctica que corresponda, estos son: Cuerpo de Guardias Presidenciales, Cuerpo de Aerotropas, Cuerpo de la Policía Militar y Cuerpo de la Música Militar, acorde los artículos 102 y 103⁶¹⁰.

De los cuales, para efectos de nuestro análisis, solo nos interesaran los primeros tres, dado que son los que están organizado bajo un mando, órganos de mando, unidades de combate y servicios que le sean necesarios, conforme los artículos 105, 107 y 110 de la ley en comentario⁶¹¹.

⁶⁰⁹ Cfr. *Ibidem*, artículo 65.

⁶¹⁰ Cfr. *Ibidem*, artículos 102 y 103.

⁶¹¹ Cfr. *Ibidem*, artículos 105, 107 y 110.

Adicionalmente, se prevén cuerpos de Defensa Rurales en los artículos 116 a 121 de la ley en análisis⁶¹², que tampoco consideraremos al carecer de una estructura de mando.

4.2.1.2.2 Cadena de mando del Ejército y Fuerza Aérea

Para efectos de la responsabilidad de superior jerárquico, serán de relevancia las posiciones o unidades que cuentan con mando o unidad de mando, al respecto, será ilustrativo la forma en que el Ejército y Fuerza Aérea Mexicanos prevén los niveles de mando, estructurado en los siguientes términos:

Mando	Funciones y Unidades a cargo
<p>Mando Supremo o Comandante Supremo de las Fuerzas Armadas</p> <p>(artículos 11 a 14)</p>	<p>Presidente de la República, quien lo ejerce por sí o a través del Secretario de la Defensa Nacional.</p> <p>Dispondrá del Ejército y Fuerza Aérea, acorde el artículo 89, fracción VI, de la Constitución.</p> <p>Nombrar a distintos Comandantes, autorizar la división militar del territorio nacional y la distribución de las Fuerzas así como la creación de nuevas unidades, armas y servicios, establecimientos de educación militar o cuerpos especiales.</p>
<p>Alto Mando</p> <p>(artículos 16, 17, 19 y 21)</p> <p>El Secretario de la Defensa Nacional será un General de División del Ejército.</p>	<p>Estado Mayor de la Defensa Nacional: Órgano técnico operativo, colaborador inmediato del Alto Mando, a quien auxilia en la planeación y coordinación de asuntos relacionados con la Defensa Nacional y con la organización, adiestramiento, operación y desarrollo de las FFAA de tierra y aire y transforma las decisiones en directivas, instrucciones y órdenes, verificando su cumplimiento (artículo 22).</p> <p>Inspección y Contraloría General del Ejército y Fuerza Aérea: Órgano encargado de</p>

⁶¹² Cfr. *Ibidem*, artículos 116 a 121.

<p>Es el responsable de organizar, equipar, educar, adiestrar, capacitar, administrar y desarrollar las Fuerzas Armadas de tierra y aire.</p> <p>El Subsecretario y el Oficial Mayor son sus auxiliares inmediatos.</p> <p>Ejerce el mando de las Fuerzas a través del Comandante de la Fuerza Aérea, de los Comandantes de las Regiones Militares, Zonas Militares y de los Comandantes de Unidades, sin perjuicio de ejercerlo directamente (artículo 35).</p>	<p>la supervisión, fiscalización y auditoría de los recursos humanos y materiales de la institución (artículo 24)</p>
<p>Mandos Superiores Operativos</p> <p>recaerán en:</p> <p>(artículo 34)</p>	<p>Órganos del Fuero de Guerra: conoce de los delitos y faltas contra la disciplina militar de acuerdo al artículo 13 constitucional (artículo 26).</p> <p>Direcciones Generales de las armas, servicios y otras funciones administrativas de la Secretaría de la Defensa Nacional: están a cargo del asesoramiento al Alto Mando y la dirección, manejo y verificación de los asuntos militares no incluidos en los de carácter táctico o estratégico, que tiendan a la satisfacción de la moral militar y necesidades sociales y materiales del Ejército (artículo 32).</p> <p>Comandante de la Fuerza Aérea: es el órgano técnico-operativo responsable de materializar las acciones de seguridad y defensa en el espacio aéreo nacional.</p> <p>Tiene a su cargo ejercer el mando, controlar las actividades de las dependencias e instalaciones de la Fuerza Aérea, proponer movimientos del personal de Generales, dentro del ámbito de su competencia; autorizar movimientos de Jefes, Oficiales y Tropa de su competencia, organizar y controlar las reservas de la Fuerza Aérea, proporcionar información en asuntos de su competencia que le sea requerida por organismos gubernamentales, entre otras. (Artículos 20 y 21 del Reglamento de la Secretaria de la Defensa Nacional).</p> <p>Comandantes de las Regiones Militares: Comandante con grado de General de División o de Brigada, procedente de Arma.</p> <p>Las regiones se integran con una o más zonas militares, atendiendo a necesidades estratégicas (artículo 36).</p> <p>Responsable de la ejecución de las órdenes emanadas de la superioridad y cumplimiento de las leyes y reglamentos militares (artículo 6).</p>

<p>El Secretario de la Defensa Nacional ejercerá el Mando de las Fuerzas a través del y los:</p>	<p>Comandantes de Zonas Militares: Comandante categoría General de Brigada o Brigadier (artículo 4, de la segunda parte, del Reglamento General de Regiones y Zonas Militares).</p> <p>Es un órgano de mando y dirección, tienen a su cargo el cumplimiento de las leyes y reglamentos militares en vigor (artículo 2 y 5 del Reglamento General de Regiones y Zonas Militares). Tienen la facultad de asignar el mando de los referidos sectores y subsectores entre los Comandantes de Unidades del Ejército de su jurisdicción (artículo 38).</p> <p>Se establecen acorde la división política del país. Las zonas están integradas con organismos del Ejército y Fuerza Aérea que se encuentran dentro de su jurisdicción. Se divide en sectores y subsectores militares, pudiendo encontrarse Comandancias de Guarnición y Bases Aéreas (artículo 37 y 38).</p>
	<p>Comandantes de las Grandes Unidades terrestres o aéreas:</p> <p>Las unidades son los organismos constituidos por tropas del Ejército y Fuerza Aérea estructurados en dos o más escalones, equipados y adiestrados para cumplir misiones operativas en el combate y que funcionan bajo normas tácticas en el cumplimiento de sus misiones (artículo 45).</p> <p>Las Unidades del Ejército y Fuerza Aérea pueden ser de arma, vuelo o de servicio (artículo 46).</p> <p>Los mandos operativos de cualquier nivel jerárquico son ejercidos por militares de Arma o Pilotos Aviadores (artículo 47).</p> <p>Las Grandes Unidades se constituyen con Brigadas, divisiones y Cuerpos del Ejército. (Artículo 57, fracción II).</p>
	<p>Comandantes de las Unidades conjuntas o combinadas</p>

	<p>Comandantes de las Unidades circunstanciales que el Alto Mando determine implementar</p>
<p>Mandos de Unidades de Arma, Vuelo o Servicio</p> <p>Organismos constituidos por tropas del Ejército y Fuerza Aérea, estructurados en dos o más escalones, equipados y adiestrados para cumplir misiones operativas en el combate y que funcionan esencialmente bajo normas tácticas en cumplimiento de sus misiones.</p>	<p>Los Mandos Operativos de cualquier nivel jerárquico serán ejercidos por militares de Arma o Pilotos Aviadores, según corresponda.</p>

Tabla 16: Niveles de mando en el Ejército y Fuerza Aérea Mexicanos Elaboración: propia.

4.2.1.2.3 Escala jerárquica del Ejército y Fuerza Aérea

Establecida la composición del Ejército y Fuerza Aérea, es procedente establecer su estructura jerárquica.

Al respecto, conforme el numeral 126 de la Ley Orgánica en comentario, los grados jerárquicos tienen por objeto el ejercicio de la autoridad: de mando militar, de actividad técnica o administrativa, en los diferentes niveles orgánicos de las Unidades, Dependencias e Instalaciones⁶¹³, para efecto de nuestro análisis, nos quedaremos con aquellos cargos de mando militar, pues reiteramos, son los únicos que pueden ejercer control efectivo.

El grado, acorde el artículo 127 de la Ley Orgánica, atenderá a las capacidades, preparación, responsabilidad y antigüedad de sus miembros⁶¹⁴.

Se clasifican en Generales, Jefes, Oficiales y Tropa, conforme el artículo 128⁶¹⁵. Grados que se desglosan en orden decreciente en los siguientes términos –artículos 129 y 130⁶¹⁶–:

⁶¹³ Cfr. *Ibidem*, artículo 126.

⁶¹⁴ Cfr. *Ibidem*, artículo 127.

⁶¹⁵ Cfr. *Ibidem*, artículo 128.

⁶¹⁶ Cfr. *Ibidem*, artículos 129 y 130.

Grados en el Ejército y Fuerza Aérea	En orden decreciente		Equivalencia jerárquica en la Armada
Generales	General de División		Altamirante
	General de Brigada o General de Ala		Vicealmirante
	General Brigadier o General de Grupo		Contraalmirante
Jefes del Ejército y Fuerza Aérea	Coronel		Capitán de Navío
	Teniente Coronel		Capitán de Fragata
	Mayor		Capitán de Corbeta
Oficiales	Capitán Primero		Teniente de navío
	Capitán Segundo		Teniente de Fragata
	Teniente		Teniente de Corbeta
	Subteniente		Guardamarina 1er. Contramestre 1er. Condestable 1er. Maestre
Tropa	Clases	Sargento Primero	2do. Contramestre
			2do. Condestable
			2do. Maestre
	Clases	Sargento Segundo	3er. Contramaestre
			3er. Condestable
			3er. Maestre
	Clases	Cabo	Cabo en sus especialidades
Soldado			Marinero

Tabla 17: Grados en el Ejército y Fuerza Aérea Mexicanos

Elaboración: propia

El cuadro anterior otorga un panorama sobre a qué posiciones podrían ostentar autoridad y control efectivo, como es el caso de los Generales, asimismo, permite observar que, por la posición en la cadena de mando, necesariamente quienes integren la tropa son los subordinados.

Por otra parte, se destaca que se prevén clases militares en atención a la clase de servicios que desempeñan en: arma, de servicio y auxiliares, acorde el artículo 133⁶¹⁷, en este aspecto, respecto los militares de arma, su carrera es profesional y permanente, están educados para el mando, adiestramiento y conducción de las Unidades de combate, conforme el artículo 134⁶¹⁸,

⁶¹⁷ Cfr. *Ibidem*, artículo 133.

⁶¹⁸ Cfr. *Ibidem*, artículo 134.

reiteramos, las categorías de servicios y auxiliares quedarán excluidas, pues por sus características carecen de control efectivo⁶¹⁹.

Además, también se prevé un mecanismo de escalafón, que se formula en cada grado por antigüedad en orden descendente, si dos militares tienen la misma antigüedad en un grado, se considerará más antiguo al que hubiere servido por más tiempo en el empleo anterior, al que tuviera mayor tiempo de servicios y si aún este fuera igual, al de mayor edad, como establece el artículo 196⁶²⁰.

Ahora, conforme el artículo 2, fracción VIII, de la Ley de Ascensos y Recompensas del Ejército y Fuerza Aérea Mexicanos, por ascenso se entenderá el acto de mando mediante el cual es conferido al militar un grado superior en el orden jerárquico dentro de la escala que prevé la ley orgánica⁶²¹.

En particular, acorde el artículo 3 de la ley referida, tratándose del ascenso de Generales, Jefes y Oficiales del Ejército y Fuerza Aérea⁶²², así como en términos del artículo 32, respecto los grados de Coronel, General Brigadier o de Grupo, de Brigada o Ala y de División –con ratificación del Senado–, es facultad exclusiva del Presidente de la República. Por otra parte, el ascenso de oficiales podrá ser determinado por el secretario, previo acuerdo con el Presidente, asimismo, el primero también tiene facultad de ascender a los militares de clase de Tropa⁶²³.

Asimismo, en términos del artículo 4, de la ley referida, los Comandantes de las Unidades o Jefes de Dependencias podrán conferir ascensos de soldados a cabos, previa aprobación de la Secretaria de la Defensa Nacional⁶²⁴.

⁶¹⁹ En tanto, conforme el artículo 135 de la Ley Orgánica, los militares de servicio se educan para el desempeño exclusivo de las actividades técnicas y profesionales que desempeñen el servicio al que pertenezcan, en tanto los auxiliares, acorde el numeral 136, desempeñan actividades técnicas y profesionales, además, respecto estos últimos el mecanismo de escalafón no aplica para ellos, conforme el diverso 198.

⁶²⁰ *Cfr. Ibidem*, artículo 196.

⁶²¹ Artículo 2, fracción VIII, Ley de Ascensos y Recompensas del Ejército y Fuerza Aérea Mexicanos, México, 2004, <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/21.pdf>, 10 de octubre de 2019, 20:33.

⁶²² *Cfr. Ibidem*, Artículo 3.

⁶²³ *Cfr. Ibidem*, Artículo 32.

⁶²⁴ *Cfr. Ibidem*, Artículo 4.

Expuesto lo anterior, para determinar qué posiciones de la escala jerárquica del Ejército Mexicano ostentan control efectivo, además de atender a esta última, deberá ubicarse dicha posición en la cadena de mando y las respectivas facultades y deberes que se le reconozcan.

Ejemplo de lo anterior, es la posición jerárquica de General de División, este puede ostentar, conforme el Reglamento Interior de la Secretaría de la Defensa Nacional cargos como: Subsecretario de la Defensa Nacional, Oficial mayor, Inspector y Contralor General, Jefe del Estado Mayor, Comandante de la Fuerza Aérea, cada cargo con facultades y deberes distintos⁶²⁵.

Asimismo, debe tenerse presente que la circunstancia de que una persona tenga una (i) posición jerárquica y (ii) una posición en la cadena de mando –cualidades de *iure*–, es insuficiente para determinar que persona ostenta control efectivo, pues solamente constituirán indicios, al ser necesario probar que de *facto* la persona lo ostento y ejerció en el momento de la comisión de los delitos, como determinaron los tribunales *ad hoc*, pues no puede perderse de vista que son posibles actos de insubordinación, que en la práctica mermen la capacidad de prevenir y reprimir los delitos de sus subordinados y someter el asunto a las autoridades competentes.

No obstante que se determine caso por caso si por la posición de cada persona involucrada se ostenta control efectivo, ello no menoscaba que conforme las posiciones jerárquicas y en la cadena de mando podamos identificar en este momento en qué posiciones necesariamente este se posee, como es el caso de las posiciones identificadas en el apartado “4.2.1.2.2 *Cadena de mando*” que se encuentran sombreadas, a continuación expondremos las razones.

En primer lugar, se encuentra el Mando Supremo o Comandante Supremo de las Fuerzas Armadas, que se ejerce por el Presidente de la República, que

⁶²⁵ Cfr. Reglamento Interior de la Secretaría de la Defensa Nacional, México, 2008, <http://www.ordenjuridico.gob.mx/Documentos/Federal/pdf/wo88780.pdf>, 13 de octubre de 2019, 20:43.

ejerce por sí o a través del Secretario de la Defensa Nacional, posición que es patente que ostenta control efectivo, dado que es la autoridad que puede disponer de las Fuerzas Armadas del país, tiene la facultad de nombrar a diversas posiciones en la cadena de mando, autoriza la división militar del territorio y la distribución de las fuerzas, lo que hace patente que de los indicios enunciativos identificados por los tribunales penales internacionales, cuenta con los siguientes: (i) ostenta la posición más alta en la estructura militar, (ii) tiene capacidad de promover y reemplazar a cualquier miembro de las fuerzas y (iii) la autoridad de enviar fuerzas.

En la misma tesitura, el Secretario de la Defensa Nacional que ostenta el Alto Mando, también ostenta control efectivo, dado que tiene (i) la capacidad de desarrollar las Fuerzas Armadas de tierra y aire, además de que (ii) ejerce comando –facultad de ordenar a fuerzas bajo su mando– a través de los Comandantes de las Regiones Militares, Zonas Militares y de Unidades.

Respecto a los órganos del Alto Mando, quien esté a cargo del Estado Mayor de la Defensa Nacional, también ostenta control efectivo de *iure*, dado que tiene a su cargo (i) la facultad de transformar las instrucciones de superiores en órdenes y (ii) verificar el cumplimiento de las mismas.

Finalmente, quienes ostenten la titularidad de los órganos del Alto Mando de Inspección y Contraloría General del Ejército y Fuerza Aérea; Órganos del fuero de guerra y las Direcciones Generales de las armas, servicios y otras funciones administrativas de la Secretaría de la Defensa Nacional, no ostentan control efectivo acorde las funciones que desempeñan, pues la primera ejerce funciones administrativas de supervisión, fiscalización y auditoría de recursos; el segundo conoce de delitos y faltas contra la disciplina militar –a cuyo fuero no compete la comisión de los delitos que proponemos sancionar a partir de esta forma de responsabilidad– y el último, se encarga de asuntos excluidos en los de carácter táctico o estratégicos, vinculados con las necesidades sociales y materiales del Ejército.

Lo mismo acontece tratándose de los órganos que integran la administración de la justicia militar, acorde el Código de Justicia Militar no se advierte que entre los tribunales y jueces exista una cadena de mando y si bien se cuenta con una policía ministerial militar, esta se encuentra al mando del Ministerio Público, cuya labor esta supeditada a lo establecido por el artículo 21 constitucional, es decir no tiene facultades de mando, de ahí que no se verifique ninguna de las hipótesis expuestas.

Respecto los mandos superiores operativos del Secretario de la Defensa Nacional, el Comandante de la Fuerza Aérea ostenta control efectivo de *iure*, de lo que da cuenta: (i) su poder de materializar acciones, (ii) ejercer el mando sobre las dependencias a su cargo, así como (iii) la capacidad de promover a cualquier miembro de las fuerzas y de remitir información que le requieran sobre asuntos de su competencia, esto último, específicamente, evidencia su capacidad de cumplir con la obligación de someter el asunto a las autoridades competentes.

Por lo que hace a los comandantes de las regiones militares, al tener a cargo (i) la ejecución de las órdenes y (ii) la facultad de verificar el cumplimiento de estas y disposiciones, podemos afirmar que tienen control efectivo, pues ostentan dos indicios de este, lo mismo acontece con los titulares de las zonas militares, pues (i) son un órgano de mando y (ii) supervisan el cumplimiento de las leyes, asimismo, (iii) tienen facultades de asignación de mando a órganos inferiores, lo que da cuenta de diversos indicios del control efectivo de *iure*.

Referente a las posiciones de comandantes de las grandes unidades terrestres o aéreas, conjuntas o combinadas y mandos unidades de arma o vuelo, tendría que analizarse en el caso concreto, la posición en la jerárquica y sus facultades y deberes en el momento.

4.2.1.2.4 Guardia Nacional

Cabe resaltar que recientemente el 27 de mayo de dos mil 2019 se publicó en el Diario Oficial de la Federación la Ley de la Guardia Nacional misma que

acorde el artículo primero transitorio del decreto señaló entraría en vigor al día siguiente de su publicación, es decir, el veintiocho de mayo siguiente⁶²⁶.

Ahora, cabe resaltar que, como los estándares internacionales lo exigen, la razón respecto sancionar también a los superiores jerárquicos civiles radica en que estos ostentan una posición de comando y ejercicio de control *similar* a la de los militares, por lo que para que nuestra propuesta sea adecuada a los lineamientos establecidos, tenemos que justificar por qué la estructura de la Guardia Nacional es similar a la de los comandantes militares descrita en el apartado anterior.

4.2.1.2.5. Cadena de mando de la Guardia Nacional

Como punto de partida, tenemos que la Guardia Nacional realizará sus operaciones mediante una estructura con niveles de mando, en términos del artículo 12 de la Ley de la Guardia Nacional⁶²⁷, cuyas funciones principales y unidades a su cargo, se pueden ilustrar en los siguientes términos:

Mando	Funciones y unidades a cargo
<p>Secretario (Artículo 13)</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Organizar, dirigir y supervisar la Guardia Nacional • Elaborar los programas operativos, políticas, estrategias y acciones • Autorizar la distribución territorial de la Guardia Nacional • Nombrar a las personas titulares de las coordinaciones territoriales, estatales y unidades especiales.
<p>Comandante (Artículo 15)</p> <p>Ejerce su autoridad a través de las Coordinaciones Territoriales, Estatales y de Unidad, sin perjuicio de ejercerla directamente.</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Ejercer el mando operativo • Coordinar, administrar y capacitar a la Guardia Nacional • Administrar los recursos para la operación y funcionamiento • Coordinar operaciones encubiertas y de usuarios simulados • Ejerce su autoridad a través de las coordinaciones territoriales, estatales y de unidad. • Propone al Secretario nombramientos y remociones de los Coordinadores <ul style="list-style-type: none"> ➤ Dictar y supervisar las medidas tendientes a salvaguardar la vida, integridad, seguridad, bienes y derechos de las personas

⁶²⁶ Ley de la Guardia Nacional, México, 2019, http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LGN_270519.pdf, 20 de octubre de 2019, 22:20.

⁶²⁷ Cfr. Artículo 12, Ley de la Guardia Nacional, *op. cit.*

	<ul style="list-style-type: none"> ➤ Autorizar, operaciones encubiertas y de usuarios simulados para la prevención de los delitos ➤ Proponer al Secretario las modificaciones de la estructura de la Institución, que se requieran para el mejor desempeño de las atribuciones de la Institución ➤ Proponer al Secretario los nombramientos y remociones de los titulares de las Coordinaciones Territoriales, Estatales y de las unidades especiales⁶²⁸
<p>Coordinador territorial (artículo 17)</p>	<p>Cuenta con un Comisario General que ejercerá su autoridad y dispondrá de una Jefatura de Coordinación Policial y otros organismos</p> <p>Tienen bajo su autoridad a dos o más Coordinaciones Estatales</p> <ul style="list-style-type: none"> ➤ Supervisar el despliegue operativo y funcional de los integrantes de la Institución en las Coordinaciones Estatales que se encuentren en su territorio ➤ Transformar las decisiones y directivas del Comandante en órdenes específicas y supervisar su estricto cumplimiento en las Coordinaciones Estatales que se encuentren en su territorio ➤ Proponer al Comandante la modificación de los límites de la Coordinación Territorial de su adscripción de acuerdo a la situación particular, atendiendo a requerimientos operativos y administrativos del área geográfica bajo su autoridad ➤ Supervisar que el personal bajo su mando cumpla con sus deberes
<p>Coordinador estatal (artículo 18)</p>	<p>Esta a cargo de un Comisario Jefe quien ejerce autoridad en el ámbito territorial de una entidad federativa, también tendrá bajo su autoridad dos o más Unidades y dispondrán de una Jefatura de Coordinación Policial y otros organismos</p> <ul style="list-style-type: none"> ➤ Planear y programar las operaciones de las Coordinaciones de Unidad de Nivel Batallón que se encuentren en su territorio ➤ Supervisar el despliegue operativo y funcional de los integrantes de la Institución en las Coordinaciones de Unidad de Nivel Batallón que se encuentren en su territorio ➤ Transformar las decisiones y directivas del Titular de la Coordinación Territorial al que se encuentren adscritos en órdenes específicas y supervisar su estricto cumplimiento por parte de las Coordinaciones de Unidad de Nivel Batallón que se encuentren en su territorio

⁶²⁸ Las facultades identificadas con la viñeta de flecha se encuentran reconocidas en el Reglamento de la Ley de la Guardia Nacional, https://dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5564530&fecha=29/06/2019, 25 de agosto de 2019, 22:24.

	<ul style="list-style-type: none"> ➤ Ejercer autoridad de mando policial sobre las unidades de la Institución que se encuentran dentro de su territorio ➤ Supervisar que el personal de su mando cumpla con sus deberes
<p>Coordinador de unidad</p> <p>Serán de:</p> <p>El mando de estos se consideran mandos operativos subordinados (artículo 15 Reglamento de la Ley de la Guardia Nacional⁶²⁹)</p>	<p>Batallón: a cargo de un Comisario o Inspector General, tendrá a su cargo dos o más compañías, contará con una Coordinación Policial y otros organismos.</p> <ul style="list-style-type: none"> ➤ Transformar las decisiones y directivas del Titular de la Coordinación Estatal que se encuentren adscritos en órdenes específicas y supervisar su estricto cumplimiento por parte de las Coordinaciones de Unidad que se encuentren en su territorio ➤ Ejercer autoridad de mando policial sobre las unidades de la Institución que se encuentran dentro de su territorio ➤ Supervisar que el personal bajo su mando cumpla con sus deberes
	<p>Compañía: a cargo de un Subinspector, tendrá a su cargo dos o más secciones, esta se desplegará en las unidades enunciadas en líneas posteriores.</p>
	<p>Sección: a cargo de un oficial o suboficial, tendrá bajo su mando dos o más Pelotones.</p>
	<p>Pelotón: a cargo de un Agente y tendrá bajo su mando dos o más Escuadras.</p>
	<p>Escuadra: a cargo de un Subagente y tendrá bajo su mando dos o más guardias.</p>

Tabla 18: Cadena de mando de la Guardia Nacional

Elaboración: propia

Conforme el artículo 13 del Reglamento de la Ley de Guardia Nacional, el mando es la autoridad que un integrante de carrera en servicio activo, ejercer sobre sus inferiores o iguales en jerarquía, cuando estos se encuentren subordinados a él en razón de su grado jerárquico, cargo o comisión⁶³⁰.

Esta definición y la cadena de mando, hace patente que la Guardia Nacional prevé una cadena de mando organizada por una estructura jerárquica

⁶²⁹ Artículo 15, Reglamento de la Ley de la Guardia Nacional, *op. cit.*

⁶³⁰ *Ibidem*, Artículo 13.

y grado similar a la militar, asimismo, prevé un sistema de disciplina, acorde el numeral 14 del Reglamento de la Ley de Guardia Nacional⁶³¹.

4.2.1.2.6 Escala jerárquica de la Guardia Nacional

Establecido el mando y el carácter de la Guardia Nacional, es pertinente atender a los grados conforme su estructura jerárquica.

Al respecto, el capítulo II del título tercero Carrera de Guardia Nacional, de la ley en análisis los prevé de la siguiente forma:

Grados	En orden decreciente
Comisario	Comisario General
	Comisario Jefe
	Comisario
Inspector	Inspector General
	Inspector Jefe
	Inspector
Oficiales	Primer Subinspector
	Segundo Subinspector
	Oficial
	Suboficial
Escala básica	Agente Mayor
	Agente
	Subagente
	Guardia

Tabla 19: Grados en la Guardia Nacional

Elaboración: propia

Se destaca que todo miembro parte de la Guardia Nacional se hará merecedor a un grado dentro de la escala jerárquica.

Al igual que como acontece con el Ejército Mexicano, para determinar qué posiciones de la escala jerárquica de la Guardia Nacional ostentan control efectivo, deberá ubicarse dicha posición en la cadena de mando y las respectivas

⁶³¹ *Ibidem*, artículo 14. Se precisa que no se menoscaba que conforme el artículo 18 del Reglamento de la Ley de Guardia Nacional se prevean coordinaciones y unidades en diversas materias, no obstante, las citadas quedarán excluidas, toda vez que refieren a temas administrativos, finanzas y recursos humanos y no están incluidos en la cadena de mando, tales como: la Coordinación de Administración y Finanzas, de Órganos Especializados por Competencia, Para la Protección de los Derechos Humanos, Disciplina y Desarrollo profesional, Asuntos internos, entre otros.

facultades y deberes que se prevean acorde dicha posición, dado que resulta insuficiente su posición de *iure* en la escala jerárquica.

No obstante del análisis caso por caso que indicamos, conforme las facultades y deberes que se han establecido a ciertas posiciones en la cadena de mando es posible aseverar que varias de estas ostentan control efectivo de *iure*, mismas que enumeraremos a continuación.

Tal es el caso del secretario, que cuenta con (i) la facultad de autorizar la distribución territorial de la Guardia Nacional, así como de (ii) nombrar a los titulares de la cadena de mando que tiene sobre sus inferiores en jerarquía.

Lo mismo acontece respecto el comandante, quien se encuentra (i) en la posición más alta respecto el mando operativo de la Guardia Nacional, (ii) coordina operaciones y (iii) ejerce su autoridad a través de los mandos operativos que tiene bajo su subordinación.

Por lo que hace al coordinador territorial, también lo posee, dado que (i) ejerce autoridad sobre dos o más coordinaciones estatales, (ii) supervisa el despliegue operativo y funcional de los integrantes, (iii) ejecuta las directivas del comandante y supervisa su cumplimiento, (iv) tiene la facultad de proponer la modificación de los límites de su adscripción, (v) supervisa el cumplimiento de los deberes de sus subordinados.

Asimismo, el coordinador estatal: (i) ejerce autoridad en un ámbito territorial determinado y tiene bajo su mando dos o más unidades, (ii) planea y programa operaciones, (iii) supervisa despliegue, (iv) ejecuta las decisiones del titular de la coordinación territorial y (v) ejerce autoridad de mando.

En el mismo sentido, el coordinador de unidad de batallón: (i) tiene a su cargo dos o más compañías, (ii) transforma órdenes en operaciones, (iii) ejerce autoridad de mando y (iv) supervisa que sus subordinados cumplan con sus deberes.

Finalmente, se reitera, que no bastará determinar la posición jerárquica y la posición de *iure* dentro de la cadena de mando, sino también será necesario probar que de *facto* esta se ejercía al momento de la comisión de los crímenes.

4.2.1.3 Tomar medidas necesarias y razonables

Como punto en común, podemos establecer que los tribunales penales internacionales han reseñado que la valoración sobre si las medidas tomadas por el superior jerárquico fueron *necesarias* o *razonables* implica un análisis de las circunstancias a las que estuvo sujeto en el momento de la comisión de los crímenes, asimismo, más allá de una valoración jurídica, es un tema de evidencia, por lo que determinaron que estas circunstancias imposibilitan el establecimiento de un estándar general.

También determinaron que el presupuesto para analizar este elemento, es verificar la capacidad material del superior para tomarlas aún cuando careciera de competencia legal para ello, así como el conocimiento sobre los crímenes, respecto al primer punto, si en un caso en concreto se llegara a determinar que el superior jerárquico carecía de comando y control efectivo de *facto*, no podría determinarse su responsabilidad, ante la imposibilidad que tuvo para actuar en el caso concreto.

No obstante la imposibilidad de establecer un estándar general, los tribunales determinaron una serie de pautas que permiten valorar si las medidas tomadas fueron necesarias y razonables.

Respecto el análisis de *necesidad*, acorde los estándares citados, involucra verificar si las medidas tomadas: (i) son aquellas que se requerían para cumplir con las obligaciones del superior, (ii) deben mostrar que el superior genuinamente intentó cumplir sus obligaciones, así como (iii) si eran apropiadas para cumplirlas.

Por otra parte, el test de *razonabilidad*, implica verificar (i) qué medidas el superior estuvo en aptitud de tomar, (ii) el poder material del superior al momento y, finalmente, (iii) las realidades operacionales del momento.

En este aspecto, será en cada caso en que tendrá que analizarse el elemento de tomar medidas necesarias y razonables, empero, consideramos ilustrativo atender a los parámetros indicativos establecidos por los tribunales internacionales.

Ahora, solo de manera ilustrativa, elaboraremos un ejemplo sobre cómo podría valorarse qué medidas tiene al alcance el superior acorde su competencia legal sobre sus subordinados.

Establezcamos un caso en el que un subordinado ha cometido el delito de ejecución extrajudicial con un arma de fuego respecto un civil, el superior jerárquico adscrito a la Guardia Nacional tiene conocimiento posterior a su comisión, de manera que solamente le es exigible la obligación de *someter el asunto a las autoridades competentes*, ahora acorde la Ley de Guardia Nacional, en sus artículos 52 a 56 se prevé un sistema de control y vigilancia del armamento que dispone esta institución⁶³², en dicho caso, además de presentar la denuncia correspondiente así como la información que del caso ostente, el superior jerárquico está en aptitud de informar al agente del Ministerio Público el registro del armamento y munición que el subordinado tenía bajo su control –que prevé específicamente el numeral 54⁶³³–, toda vez que es información que posee y que, finalmente permitirá un cumplimiento eficaz de dicha obligación.

El ejemplo anterior hace patente que, precisamente, es caso por caso que pueden determinarse qué medidas están disponibles al superior jerárquico, sea de índole legal o fáctico, mismas que también tendrán que ser idóneas para cumplir la obligación en cuestión.

⁶³² Cfr. Artículos 52 a 56, Ley de la Guardia Nacional, *op. cit.*

⁶³³ Cfr. *Ibidem*, Artículo 54, *op. cit.*

4.2.1.4 Obligaciones del superior jerárquico

En este aspecto, atenderemos a lo establecido por los tribunales penales internacionales y Uruguay, que consideraron tres obligaciones del superior jerárquico: prevenir, reprimir y someter el asunto a las autoridades competentes, con la precisión que en términos nuestro ordenamiento jurídico no podría contemplarse la relativa a sancionar.

4.2.1.4.1. Superiores Militares

Para la propuesta, sostenemos que la única obligación que acorde el ordenamiento jurídico no puede cumplir el superior jerárquico es la relativa a sancionar.

Ello es así, porque conforme la Ley de Disciplina del Ejército y Fuerza Aérea Mexicanos, si bien se reconocen facultades para imponer arrestos, en el artículo 32⁶³⁴, así como se prevén mecanismos de sanción –correctivos disciplinarios– en el artículo 24 QUÁTER⁶³⁵ y se reconocen facultades al Consejo de Honor para dictaminar los castigos correccionales –artículo 36, fracción II⁶³⁶–, lo cierto es que los supuestos referidos están supeditados a que no se trate de delitos, conforme el artículo 24 TER y 35, fracciones IV y V⁶³⁷, respectivamente, de ahí que el objeto de la presente propuesta queda expresamente excluido.

No obstante, sí se reconoce el sometimiento del asunto a las autoridades competentes, ello se extrae del artículo 36, fracción IV, que señala que el Consejo de Honor tendrá facultades para “Turnar al Ministerio Público, las constancias respectivas en los casos en que determine que es competencia de los tribunales correspondientes”⁶³⁸ así como el diverso 43, al prever “Todo militar que infrinja la presente Ley, [...] y si la magnitud de su falta constituye un delito, quedará sujeto a

⁶³⁴ Cfr. Artículo 32, Ley de Disciplina del Ejército y Fuerza Aérea Mexicanos, México, 1926, <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/33.pdf>, 24 de octubre de 2019, 23:09.

⁶³⁵ Cfr. *Ibidem*, artículo 24 QUÁTER.

⁶³⁶ Cfr. *Ibidem*, artículo 36, fracción II.

⁶³⁷ Cfr. *Ibidem*, artículos 24 y 35.

⁶³⁸ *Ibidem*, artículo 36, fracción IV.

lo dispuesto por el Código de Justicia Militar” –con la precisión que nuestra propuesta versa sobre delitos del fuero ordinario–⁶³⁹.

Lo que se ve corroborado con lo que dispone el artículo 92, primer párrafo, de la Ley Orgánica del Ejército y Fuerza Aérea Mexicanos, al establecer “El Servicio de Justicia tendrá a su cargo la procuración y la administración de la justicia por los delitos del fuero de guerra y vigilar la ejecución de las penas impuestas por las Dependencias encargadas de administrar la justicia; [...]”⁶⁴⁰.

4.2.1.4.2 Superiores Civiles

Como acontece con los superiores militares, tampoco es viable que los miembros de la Guardia Nacional cumplan con la obligación de reprimir en su vertiente de sancionar.

En el entendido que en el artículo 9, fracción XXXII, de la Ley de Guardia Nacional se establece que solo tendrán dentro de sus facultades, sancionar violaciones a las disposiciones legales y reglamentarias relativas al tránsito en los caminos y puentes federales⁶⁴¹.

Asimismo, ello se ve corroborado con el artículo 59 que prevé que el personal de la Guardia Nacional que infrinja la Ley o algún precepto reglamentario se hará acreedor a un correctivo o sanción disciplinaria acorde su jerarquía, salvo que se trate de la posible comisión de un delito, en cuyo caso quedará sujeto a las disposiciones aplicables⁶⁴².

No obstante, sí será posible cumplir con la obligación consistente en *someter el asunto a las autoridades competentes*, en esa tesitura, el numeral 60 reconoce como deberes del personal de la Guardia Nacional conducir su actuación con apego al orden jurídico y respeto a los derechos humanos –fracción I–; respecto la tortura abstenerse de infligir o tolerar actos de tortura, así como desaparición forzada, pues

⁶³⁹ *Ibidem*, artículo 43.

⁶⁴⁰ Artículo 92, primer párrafo, Ley Orgánica del Ejército y Fuerza Aérea Mexicanos, *op. cit.*

⁶⁴¹ *Cfr.* Artículo 9, fracción XXXII, Ley de la Guardia Nacional, *op. cit.*

⁶⁴² *Cfr. Ibidem*, artículo 59.

en estos casos, cuando se tenga conocimiento de ello, deberá denunciarlo inmediatamente a la autoridad competente –fracción V–⁶⁴³.

En relación con las obligaciones respecto a la ejecución extrajudicial o tortura, la fracción IX de la disposición en comentario prevé el deber de velar por la vida e integridad física de las personas detenidas y, en el mismo sentido, en la fracción XVI reitera la obligación de informar al superior jerárquico, de manera inmediata, las omisiones, infracciones o delitos de los que tenga conocimiento⁶⁴⁴.

Las obligaciones descritas hacen patente el reconocimiento en el orden jurídico interno de la obligación de *someter el asunto a las autoridades competentes*, que implica (i) el deber de denuncia y (ii) de informar al superior jerárquico, de las omisiones, infracciones o delitos, esta última, a la par, permite al superior cumplir con la diversa de *reprimir*, pues a partir de que un subordinado lo pone en conocimiento de un delito o lo obtiene por cualquier otro medio, surge su obligación de reprimirlo y utilizar para ello las medidas necesarias y razonables a su alcance.

En otro aspecto, puede observarse que en la mencionada ley reconoce deberes jurídicos, a ciertas posiciones en la jerarquía, es el caso del Comandante, quien conforme el artículo 15, fracción III, tiene el deber de vigilar, en el área de su competencia, el cumplimiento de las disposiciones legales en materia de protección de derechos humanos⁶⁴⁵, conforme lo cual podemos concluir que tiene el deber de asegurarse que sus subordinados no las vulneren, es decir, que estos no cometan las conductas que proponemos queden tuteladas por la responsabilidad de superior jerárquico.

Conforme lo expuesto, es patente que el ordenamiento jurídico nacional reconoce la obligación de *someter el asunto a las autoridades competentes* y por la forma de regulación existe una imposibilidad jurídica de cumplir con la obligación consistente en sancionar.

⁶⁴³ Cfr. *Ibidem*, artículo 60.

⁶⁴⁴ *Ibid.*

⁶⁴⁵ Cfr. *Ibidem*, artículo 15, fracción III.

En otro aspecto, respecto la obligación de *prevenir* o *reprimir* –en la vertiente *detener*–, el juzgador tendrá que acudir a la interpretación para dotarlas de contenido, para ello, podrá acudir a lo establecido por los tribunales internacionales, o utilizar la herramienta interpretativa que considere.

En el entendido, que como la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha reconocido, que la no definición de cada vocablo o locución, no vulnera el principio de taxatividad que rige en materia penal, pues exigir ello al legislador tornaría imposible la función legislativa, de manera que sólo puede obligársele a una determinación suficiente y no a la mayor precisión imaginable⁶⁴⁶, de ahí que las autoridades judiciales, podrán interpretarlas para así adquirir una mejor determinación en su aplicación.

De manera que nuestra propuesta incluirá las siguientes obligaciones del superior jerárquico:

- Prevenir
- Reprimir –*detener* conducta–
- Someter el asunto a las autoridades competentes

4.2.1.5 Delito cometido por los subordinados para verificar la responsabilidad de superior jerárquico

Como señalamos en el capítulo I “Origen, concepto y alcance de la responsabilidad de superior jerárquico” la responsabilidad de superior jerárquico tiene un carácter *sui generis*, en el entendido que no requiere que el superior haya cometido el delito cuya omisión en su prevención, represión y sometimiento a las autoridades competentes se sanciona, sino se requiere que haya sido uno de sus subordinados quien lo haya cometido.

⁶⁴⁶ Cfr. Véase la tesis aislada 1a./J. 24/2016, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, t. II, mayo de 2016, p. 802, de rubro “TAXATIVIDAD EN MATERIA PENAL. SÓLO OBLIGA AL LEGISLADOR A UNA DETERMINACIÓN SUFICIENTE DE LOS CONCEPTOS CONTENIDOS EN LAS NORMAS PENALES Y NO A LA MAYOR PRECISIÓN IMAGINABLE.”

En concordancia con ello, el Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia en el *Caso Oric* determinó como elemento adicional para establecer esta forma de responsabilidad que “personas distintas al acusado ejecutaran el acto u omisión por el que cometieran alguno de los crímenes establecidos en los artículos 2 a 5 del Estatuto”⁶⁴⁷. Con la precisión que ello no implica hacer responsable al superior por actos de otra persona, sino por el incumplimiento en sus deberes personales que surgen a partir de su cargo.

En ese tenor, el objeto de esta investigación se circunscribe a proponer la incorporación de la responsabilidad de superior jerárquico por su omisión en la prevención, represión y sanción en los delitos de tortura, desaparición forzada y ejecución extrajudicial cometidos por sus subordinados, el motivo de ello, radica principalmente en dar cumplimiento al cúmulo de diversas obligaciones en materia de derecho humanos, derecho penal internacional y derecho internacional humanitario, lo que es coincidente con la forma en que se reguló la responsabilidad de superior jerárquico en los tribunales penales internacionales y la legislación de Uruguay, de esta forma, el ámbito de protección es más amplio que en la legislación de Argentina, que solamente la aplica tratándose de tortura.

Obligaciones que no solo se dirigen a establecer la prohibición de su comisión, sino también prevén la obligación del Estado de investigar dichas conductas en el marco del sistema interamericano de derechos humanos, lo que necesariamente involucra el deber de establecer un marco jurídico que permita su sanción, entre las medidas específicas que se reconocen se encuentran: la tipificación de delitos y la sanción a toda forma de intervención, bajo dicha lógica, no establecer los presupuestos jurídicos para la sanción de esas conductas, abona a un estado de impunidad, que propicia su repetición.

Tratándose del derecho penal internacional estas conductas han sido tipificadas como crímenes internacionales en los tribunales *ad hoc* y la Corte Penal

⁶⁴⁷ Cfr. Sentencia de Naser Oric, párr. 294; Sentencia de Ljube Boskoski et. al., párr. 404; Sentencia de Mico Stanisic et. al., párr. 110; Tribunal Penal Internacional para la Ex Yugoslavia, La Fiscalía vs. Vidoje Blagojevic et. al., Sentencia, 17 de enero de 2005, No. IT-02-60-T, párr. 280 (En lo subsecuente “Sentencia de Vidoje Blagojevic et. al.”).

Internacional –con excepción de la desaparición forzada que solo fue tipificada en esta última–.

Finalmente, por lo que hace al derecho internacional humanitario, vía consuetudinaria se ha reconocido la prohibición de la desaparición forzada de personas, así como se han calificado como infracciones graves la comisión de la tortura y ejecución extrajudicial, asimismo, como obligación estatal se ha establecido el deber de adoptar las medidas legislativas para sancionar a quienes hayan cometido u ordenado cometer una infracción grave, obligación que conforme los *Comentarios a los Convenios de Ginebra* debe cumplirse sin demora, es decir, la armonización debe tomar lugar desde que depositan el instrumento de ratificación o adhesión, lo que en el caso, no ha acontecido⁶⁴⁸.

En el entendido que las sanciones penales deben ser lo suficientemente disuasivas, para que su establecimiento haga cesar las violaciones a derecho internacional humanitario en curso y prevenga su repetición o la ocurrencia de nuevas violaciones⁶⁴⁹, en esa tesitura, entre las medidas que los Estados Partes pueden tomar, se encuentra la de reconocer todas las formas de responsabilidad penal para sancionar infracciones graves y otros crímenes de guerra en su legislación⁶⁵⁰.

Por lo expuesto, se estima que la propuesta respecto a que la conducta de los subordinados sea la comisión de los delitos de tortura, ejecución extrajudicial y tortura es conforme el derecho internacional humanitario, al ser las dos primeras infracciones graves y la última una violación a preceptos fundamentales, respecto las cuales las Convenciones de Ginebra obliga al Estado a establecer medidas legislativas para su efectiva sanción.

⁶⁴⁸ Cfr. Comité Internacional de la Cruz Roja, Comentario al artículo 49 de la I Convención de Ginebra de 1949, consultado en <https://ihl-databases.icrc.org/applic/ihl/ihl.nsf/Comment.xsp?action=openDocument&documentId=3ED0B7D33BF425F3C1257F7D00589C84>, Ginebra 2016, 29 de septiembre de 2019, 18:43.

⁶⁴⁹ Cfr. *Idem*.

⁶⁵⁰ Cfr. *Idem*.

Se precisa que no se desconoce que conforme los estándares internacionales las conductas multireferidas no son las únicas por las que debe proceder la regulación de la responsabilidad del superior jerárquico al orden jurídico interno, sino también involucra todos los crímenes reconocidos en el Estatuto de Roma, así como las restantes infracciones graves, no obstante, por una cuestión de metodología y espacio para la justificación, se decidió circunscribir la presente propuesta en dichos términos que, además, son las conductas cuya comisión en México es sistemática⁶⁵¹.

Por otra parte, en relación con la propuesta, tenemos que en el ordenamiento jurídico mexicano la conducta de homicidio se encuentra regulada en el artículo 307 del Código Penal Federal; el de tortura en los artículos 24 y 25 de la Ley General de Tortura y el de desaparición forzada de personas en los artículos 27 y 28 de la Ley General de Desaparición Forzada de Personas.

Ahora, en el entendido que el elemento subjetivo que se requiere en la responsabilidad del superior jerárquico es el culposo y dado que nuestro ordenamiento requiere un reconocimiento expreso sobre qué delitos pueden ser cometidos culposamente –a través del sistema *numerus clausus*–, es importante referir que actualmente los delitos de tortura y desaparición forzada no reconocen la comisión culposa, por tanto, a efecto de que nuestra propuesta sea congruente, se propone que las respectivas leyes generales reconozcan ésta forma de realización solo para efecto de la responsabilidad del superior jerárquico.

En los siguientes términos:

⁶⁵¹ Al respecto, véase: Caso Alvarado Espinoza y otros vs. México, párr. 204, en la que se reconoció que la participación del Ejército en las labores de seguridad ciudadana ha sido un patrón constante desde 2006, por otra parte, en el párrafo 66 reconoció que la Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos y diversos Comités y procedimientos especiales de la ONU han señalado la existencia en México de un patrón estructural y generalizado de impunidad y falta de acceso a la justicia y reparación para las víctimas, particularmente, en casos de graves violaciones en las que se presume la participación de agentes estatales a nivel federal y local, particularmente en casos de desapariciones forzadas de personas; en el mismo sentido, Open Society Justice initiative, *Atrocidades innegables, confrontando crímenes de lesa humanidad en México*, México, Open Society Foundations, 2016, p. 56, que refiere que las denuncias ante la CNDH con respecto a ejecuciones extrajudiciales incrementaron significativamente a partir de 2007 así como reporta que informes de organizaciones de derechos humanos y medios de comunicación sugieren que agentes federales han cometido un número significativo de ejecuciones extrajudiciales, en el mismo sentido se señala en la página 58 respecto a la tortura, que se ha calificado como una práctica generalizada en México.

Ley General de Tortura	Ley General de Desaparición Forzada de Personas
Artículo 13 BIS. Únicamente tratándose de la responsabilidad de superior jerárquico, el delito de desaparición forzada admitirá realización culposa.	Artículo 29 BIS. Únicamente tratándose de la responsabilidad de superior jerárquico, el delito de desaparición forzada admitirá realización culposa.

Tabla 20: Numerus clausus en leyes generales

Elaboración: propia

De manera que con la incorporación de la responsabilidad de superior jerárquico no se creen antinomias en el ordenamiento jurídico mexicano, con la precisión que no se propone respecto el tipode homicidio, dado que tiene reconocida la forma de comisión culposa en el artículo 60, segundo párrafo, del Código Penal Federal⁶⁵².

4.2.1.6 Crímenes como resultado de la falla del superior

Si bien es cierto que los tribunales penales internacionales refirieron que no se requiere un nexo causal, lo cierto es que fueron coincidentes en referir que la omisión del superior jerárquico crea o incrementa un riesgo real y razonablemente previsto –la comisión de los crímenes–, un riesgo que finalmente se materializa en su comisión.

En ese aspecto, observamos que la causalidad de la omisión en el sentido de una producción real del resultado es objeto de un rechazo mayoritario en la doctrina⁶⁵³, en el entendido que no es posible exigir plena certeza en torno a la causalidad, porque el examen no puede basarse en un curso real, sino solo sobre un posible acontecer que no se puede predecir con seguridad absoluta⁶⁵⁴.

Por lo que, toda vez que la jurisprudencia citada se orienta a la teoría del incremento del riesgo –sobre la que Roxin sostiene la denominación correcta

⁶⁵² Artículo 60, segundo párrafo, Código Penal Federal, *op. cit.*

⁶⁵³ *Cfr.* Jescheck, Hans-Heinrich, *Tratado de derecho penal Parte General*, trad. de Miguel Olmedo Cardenete, Berlín, Instituto Pacífico, vol. II, p. 927; Roxin, Claus, *Derecho Penal Parte General*, trad. Diego-Manuel Luzón Peña, Múnich, Editorial Aranzadi, tomo II, p. 767.

⁶⁵⁴ *Cfr.* Jescheck, Hans-Heinrich, *op. cit.*, p. 929.

tratándose de los delitos omisivos es disminución del riesgo—, partimos por establecer que es necesario probar en el caso que la realización de la acción omitida hubiere disminuido significativamente el riesgo de producción del resultado⁶⁵⁵, en sentido contrario, que la falta de supervisión del superior haya incrementado el riesgo de que los subordinados cometieran los crímenes⁶⁵⁶.

Es decir, es suficiente que en el resultado se haya realizado aquel peligro a cuya evitación o disminución estaba obligado el garante⁶⁵⁷, tratándose de la responsabilidad del superior jerárquico, ese resultado alude a la comisión efectiva de los crímenes por los subordinados⁶⁵⁸.

Sin embargo, debe tenerse en consideración, que tratándose de la obligación de someter el asunto a las autoridades competentes no puede hablarse de un nexo causal —en términos narrados—, pues esta obligación surge posterior a la comisión de los crímenes, de manera que estos implican un presupuesto de la obligación y más bien se trata de un delito de resultado formal, en el que es suficiente la omisión para considerar vulnerada la norma preceptiva.

4.2.1.7 Punibilidad del superior jerárquico

En este apartado analizaremos la problemática suscitada a partir de la equiparación entre autores y superiores jerárquicos que las Leyes Generales de Tortura y Desaparición Forzada de Personas realizan y conforme principios reconocidos en el Código Penal estableceremos una solución.

⁶⁵⁵ Cfr. Roxin, Claus, *op.cit.*, p. 770.

⁶⁵⁶ Cfr. Ambos, Kai y Ontiveros Alonso, Miguel, *Autoría y participación, la responsabilidad penal del superior jerárquico*, México, Editorial Flores, 2017, p. 278.

⁶⁵⁷ Cfr. Claus, *Derecho Penal Parte General*, trad. Diego-Manuel Luzón Peña, Múnich, Editorial Aranzadi, tomo II, p. 773.

⁶⁵⁸ En el entendido que se ha referido que cualquier criterio que sea más exigente hace imposible el requerimiento de causación, toda vez que se está tratando con una causación hipotética de eventos que están en el mundo de lo imaginario, es decir, es empíricamente imposible decir lo que hubiera ocurrido si el superior hubiera cumplido con el deber de supervisión. Véase Ambos, Kai y Ontiveros Alonso, Miguel, *op. cit.*, p. 278.

4.2.1.7.1 Problemática

Como punto de partida, tenemos que tratándose de los delitos de tortura y desaparición forzada de personas las respectivas Leyes Generales prevén una equiparación entre el superior jerárquico y el autor de dichos delitos.

Al respecto, la Ley General contra la Tortura refiere en el artículo 13, lo siguiente:

Artículo 13.- Los delitos de tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes; así como los delitos vinculados, deben ser perseguidos, investigados, procesados y sancionados conforme a las reglas de autoría, participación y concurso previstas en la legislación penal aplicable, y las reglas de acumulación de procesos previstas en el Código Nacional de Procedimientos Penales.

Los superiores jerárquicos serán considerados autores del delito de tortura en los términos de lo previsto en la legislación penal aplicable⁶⁵⁹ [lo resaltado es propio].

Por su parte, la Ley General de Desaparición Forzada de Personas en el dispositivo 29, señala:

Artículo 29. **Los superiores jerárquicos serán considerados autores del delito de desaparición forzada de personas** en los términos de lo previsto en la legislación penal aplicable⁶⁶⁰ [lo resaltado es propio].

En términos de las disposiciones citadas, consideramos que la equiparación referida necesariamente implica –entre muchas otras cuestiones– dar ese tratamiento al parámetro de punibilidad, reafirma nuestra posición la circunstancia de que el artículo 13 de la Ley General de Tortura y el 19 de la Ley General de Desaparición Forzada de Personas refieran que para efecto de la sanción de los delitos previstos en dichas leyes se atenderá a las reglas de autoría, participación y concurso aplicables en la legislación aplicable⁶⁶¹.

⁶⁵⁹ Artículo 13, Ley General contra la tortura, *op. cit.*

⁶⁶⁰ Artículo 29, Ley General de Desaparición Forzada de personas, *op. cit.*

⁶⁶¹ Artículo 13 de la Ley General de Tortura, *op. cit.* Y artículo 19 de la Ley General de Desaparición Forzada de Personas, *op. cit.*

Sin embargo, dicha posición implica una violación al *principio de culpabilidad* así como al diverso de *unidad del título de la imputación*, resultando inconstitucionales dichas porciones normativas.

Como aclaración, señalamos que si bien a lo largo de la investigación hemos tomado como referencia los estándares internacionales impuestos por los tribunales ad hoc⁶⁶² y la Corte Penal Internacional⁶⁶³, no obstante, en este aspecto no los consideraremos, pues los fines de la pena que previeron son distintos a los que se reconoce la Constitución⁶⁶⁴, motivo por el que atenderemos al ordenamiento jurídico mexicano.

4.2.1.7.2 Formas de culpabilidad

En este aspecto tenemos que el Código Penal Federal en los artículos 8 y 9 reconoce como formas de culpabilidad, las siguientes:

Formas de culpabilidad	
Intencionales	Obra intencionalmente el que, conociendo las circunstancias del hecho típico, quiera o acepte el resultado prohibido por la Ley.
No intencionales o de imprudencia	Obra imprudencialmente el que realiza el hecho típico incumpliendo un deber de cuidado, que las circunstancias y condiciones personales le imponen.
Preterintencionales	Obra preterintencionalmente el que cause un resultado típico mayor al querido o aceptado, si aquél se produce por imprudencia. ⁶⁶⁵

Tabla 21: Formas de culpabilidad en el Código Penal Federal

Elaboración: propia

En el caso en estudio, como establecimos en el apartado de elementos subjetivos, la responsabilidad de superior jerárquico solamente puede verificarse de

⁶⁶² El Tribunal Penal Internacional para la Ex Yugoslavia reconoció como fines de la pena la retribución y disuasión, menoscabando peso a la rehabilitación, véase Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia, La Fiscalía vs. Vujadin Popovic et. Al., Sentencia de apelación, IT-05-88-A, 30 de enero de 2015, párr. 1967 y Tribunal Penal Internacional para Ruanda, Ferdinand Nahimana et. al. vs. La Fiscalía, Sentencia de apelación, ICTR-99-52-A, 28 de noviembre de 2007, párr. 1057.

⁶⁶³ La Corte Penal Internacional en las sentencias de Bemba Gombo y Katanga determinó que la finalidad de la sanción era la retribución y la disuasión, véase Corte Penal Internacional, La Fiscalía vs. Jean-Pierre Bemba, Sentencia bajo el artículo 76 del Estatuto, ICC-01/05-01/08, 21 de junio de 2016, párr. 10; Corte Penal Internacional, La Fiscalía vs. Germain Katanga, Sentencia bajo el artículo 76 del Estatuto, ICC-01/04-01/07, 23 de mayo de 2014, párr. 38.

⁶⁶⁴ En el artículo 18, párrafo segundo, la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos reconoce como fines del sistema penitenciario la reinserción del sentenciado a la sociedad y procurar que no vuelva a delinquir.

⁶⁶⁵ Cfr. Artículos 8 y 9, Código Penal Federal, México, 1931, http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/9_120419.pdf, 15 de octubre de 2019, 23:04.

manera culposa, de manera que se sitúa en la forma de culpabilidad “no intencional o de imprudencia”.

4.2.1.7.3 Principio de culpabilidad y su relación con la punibilidad

En principio, el Código Penal Federal reconoce el *principio de culpabilidad* en el numeral 13, penúltimo párrafo, al señalar “Los autores o partícipes a que se refiere el presente artículo responderán cada uno en la medida de su propia culpabilidad”⁶⁶⁶.

En concordancia con lo anterior, dicho ordenamiento prevé distintos parámetros de punibilidad para los delitos dolosos y culposos, en particular, respecto la comisión culposa, el artículo 60, señala:

Artículo 60.- En los casos de delitos culposos **se impondrá hasta la cuarta parte de las penas y medidas de seguridad asignadas por la ley al tipo básico del delito doloso**, con excepción de aquéllos para los que la ley señale una pena específica. Además, se impondrá, en su caso, suspensión hasta de tres años de derechos para ejercer profesión, oficio, autorización, licencia o permiso.⁶⁶⁷ [lo resaltado es propio].

Doctrinariamente, se ha referido que este principio implica que no es posible imponer una pena si no existe dolo o imprudencia⁶⁶⁸, en otras palabras, es necesario que la persona haya exteriorizado su intención de violentar la normativa vigente⁶⁶⁹, asimismo, involucra que la sanción no pueda ir más allá de la culpabilidad del agente⁶⁷⁰.

Asimismo, se ha estimado que el *principio de culpabilidad* tiene dos funciones, por una parte, es el presupuesto de la reprochabilidad de la transgresión jurídica realizada (*nulla poena sine culpa*) y por otra, representa la medida y el límite de dicha reprochabilidad (*nulla poena extra culpam*)⁶⁷¹.

⁶⁶⁶ Cfr. *Ibidem*, artículo 13, penúltimo párrafo.

⁶⁶⁷ Cfr. *Ibidem*, artículo 60.

⁶⁶⁸ Cfr. Muñoz, Francisco, *Teoría general del delito*, 4ª. ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2007, p. 236.

⁶⁶⁹ Cfr. Nardiello, Angel, *Estructura del hecho punible*, 2ª ed., Buenos Aires, Editorial Hammurabi s.r.l., 2013, p. 312.

⁶⁷⁰ Cfr. Ontiveros Alonso, Miguel, *op. cit.*, p. 65.

⁶⁷¹ Cfr. Demetrio, Eduardo, *Prevención general e individualización judicial de la pena*, Montevideo-Buenos Aires, Editorial B de F, 2016, p. 326.

En esa línea, se ha reconocido que la culpabilidad es el fundamento de la punibilidad así como el parámetro de medición de la punición que se impondrá⁶⁷², es decir, forma parte “del conjunto de los momentos que poseen relevancia para la magnitud de la pena en el caso concreto”⁶⁷³.

Ahora específicamente, sobre las formas de culpabilidad, se ha considerado que el dolo juega una doble función tanto en el injusto como en la culpabilidad, en particular, como elemento de esta última indica una consciente denegación de la atención exigida frente al bien jurídico lesionado⁶⁷⁴.

En ese aspecto, desde el tipo subjetivo, la diferencia entre el dolo y la imprudencia, es que en el primero existe pleno conocimiento y en el segundo, la cognoscibilidad no evoluciona a conocimiento actual de lo que ha de evitarse⁶⁷⁵.

En esa línea, la teoría de la retribución señala que cabe adjudicar mayor culpabilidad a quien tuvo más posibilidad de obrar en forma prudente –dolo–, que a aquella persona que actuó imprudentemente, por lo que respecto esta última corresponde atenuar su punibilidad⁶⁷⁶, ello, porque se ha considerado que cualquier alteración importante de esa facultad mental deberá determinar la exclusión de la responsabilidad o, si no es tan importante, la atenuación de la culpabilidad⁶⁷⁷.

Por lo que, si el delito realizado dolosamente y el realizado imprudentemente, ofrecen particularidades dogmáticas propias y tienen distinta trascendencia social y jurídica⁶⁷⁸, no pueden desconocerse tales diferencias, hacerlo llevaría a ignorar no solo una tradición cultural profundamente enraizada con la realidad social, sino

⁶⁷² Cfr. Ziffer citado por Nardiello, Angel, op. cit., p. 379.

⁶⁷³ Fleming, Abel y López, Pablo, *Las penas*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni Editores, 2009, p. 182.

⁶⁷⁴ Cfr. Ruiz López, Carmen Eloísa, *La graduación del delito imprudente, Reflexiones sobre la necesidad de delimitación entre la imprudencia leve e imprudencia grave*, Colombia, Universidad del Externado de Colombia, 2011, p. 40.

⁶⁷⁵ Cfr. *Ibidem*, p. 42.

⁶⁷⁶ Cfr. Rigui, Esteban y A. Fernández, Alberto, *Derecho penal, la ley el delito, el proceso y la pena*, Buenos Aires, Editorial Hammurabi, 2005, p. 267.

⁶⁷⁷ Cfr. Muñoz, Francisco, op. cit., p. 141.

⁶⁷⁸ Entre ellas, el nivel de exigencia para la imputación objetiva de un resultado y el de cooperación al delito con actos en principio lícitos pero que de hecho incrementan el riesgo de la realización del delito.

infringir principios elementales de proporcionalidad y culpabilidad que inspiran el Estado de Derecho⁶⁷⁹.

Bajo la lógica anterior, lo más frecuente es que los delitos imprudentes se castiguen cuando se produzca un resultado lesivo y siempre con una pena más leve que la impuesta por la comisión dolosa del mismo delito⁶⁸⁰.

Expuesto lo anterior, puede concluirse que toda vez que el ordenamiento mexicano reconoce el *principio de culpabilidad* y a partir de este se prevé un parámetro de punibilidad diferenciado entre un delito doloso y culposo, en el caso, atender a la regla especial que prevén las leyes generales y sancionar al superior jerárquico como autor, implicaría equiparar dos formas de responsabilidad que tienen distinta culpabilidad, en tanto el autor actúa dolosamente y el superior omite negligentemente, en transgresión del principio en análisis.

4.2.1.7.4 Impacto de la naturaleza sui generis de la responsabilidad de superior jerárquico en la punibilidad

Como diversos casos de tribunales internacionales reconocieron, la responsabilidad del superior jerárquico tiene un carácter *sui generis*, es decir, no puede considerarse a este ni autor ni partícipe⁶⁸¹.

Reafirma lo anterior la forma en que están reguladas las formas de responsabilidad en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, dado que en el artículo 25 regula la autoría y participación⁶⁸² y en el diverso 28 la responsabilidad motivo de la presente investigación⁶⁸³, lo que da cuenta de una clara distinción. En el mismo sentido, la jurisprudencia de la Corte ha referido la distinción al referir que el artículo 25 establece la responsabilidad por los propios

⁶⁷⁹ Cfr. Muñoz, Francisco, *op. cit.*, p. 68.

⁶⁸⁰ Cfr. *Ibidem*, p. 83.

⁶⁸¹ El Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia en las Sentencias de Enver Hadzihanovic et. al., párr. 191 y de Sefer Halilovic, párr. 42 y la Corte Penal Internacional en la Sentencia de Bemba Gombo, párr. 174.

⁶⁸² Cfr. Artículo 25, Estatuto de la Corte Penal Internacional, *op. cit.*

⁶⁸³ Cfr. *Ibidem*, artículo 28.

crímenes, mientras que el artículo 28 establece responsabilidad por violación a deberes en relación con los crímenes cometidos por otras personas⁶⁸⁴.

En esa tesitura, estimamos que este carácter particular de la responsabilidad de superior jerárquico es una razón para que no se le equipare como autor, ello, a partir de un argumento de *mayoría de razón*, si partimos de que doctrinaria y legislativamente se ha dado un trato diferenciado a la autoría⁶⁸⁵ y participación⁶⁸⁶ para efectos de la punibilidad.

La distinción anterior, tiene relevancia tratándose del principio “*unidad del título de la imputación*”, que parte de la idea de que los tipos de participación delictiva son necesariamente referidos a los de autoría y que, por consecuencia, la conducta del partícipe es siempre accesoria respecto del comportamiento del autor⁶⁸⁷.

Distinción que reconoce el Código Penal Federal en el numeral 13, último párrafo, al señalar “Para los sujetos a que se refieren las fracciones VI, VII y VIII⁶⁸⁸, se aplicará la punibilidad dispuesta por el artículo 64 bis de este Código.”⁶⁸⁹

Y específicamente, respecto el *quantum* de la pena, el referido artículo 64 BIS prevé “En los casos previstos por las fracciones VI, VII y VIII del artículo 13, se impondrá como pena hasta las tres cuartas partes de la correspondiente al delito de que se trate y, en su caso, de acuerdo con la modalidad respectiva.”⁶⁹⁰

En relación con lo anterior, incluso más allá del parámetro de punibilidad, la distinción también tiene relevancia en la individualización de la pena, pues el

⁶⁸⁴ Cfr. Confirmación de cargos de Dominic Ongwen, párr. 146.

⁶⁸⁵ Entendemos dentro de este concepto la autoría material, coautoría y coautoría mediata, reconocidos en el artículo 13, fracciones II, III y IV, del Código Penal Federal, respectivamente.

⁶⁸⁶ En este concepto incluimos al instigador, auxiliador, complicidad y complicidad correspondiente, reconocidas en el artículo 13, fracciones V, VI y VII, VIII, del Código Penal Federal, respectivamente.

⁶⁸⁷ Cfr. Véase la tesis aislada II.2o.P. J/4 (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, t. IV, agosto de 2017, p. 2330, de rubro “AUTORES Y PARTÍCIPES DEL DELITO. PARA DETERMINAR SI LES ES ATRIBUIBLE EL INJUSTO, INCLUYENDO SUS CALIFICATIVAS, DEBE HACERSE LA VALORACIÓN DEL HECHO DE UN MODO DIFERENTE RESPECTO DE LOS DISTINTOS SUJETOS QUE CONTRIBUYERON A SU REALIZACIÓN, SIEMPRE QUE EXISTAN RAZONES MATERIALES QUE LA JUSTIFIQUEN Y ENCUADRAMIENTO TÍPICO.”*

⁶⁸⁸ Quien auxilia en la comisión del delito, complicidad y complicidad correspondiente, respectivamente.

⁶⁸⁹ Artículo 13, último párrafo, Código Penal Federal, *op. cit.*

⁶⁹⁰ *Ibidem*, artículo 64 BIS.

numeral 52, fracción IV, del mismo ordenamiento legal, reconoce como factor “La forma y grado de intervención del agente en la comisión del delito.”⁶⁹¹

Abundando sobre esta distinción, se ha señalado que una equiparación de la punibilidad de autoría y participación, es contrario al contenido material de la autoría⁶⁹², en el entendido que se ha referido la distinción entre dichas categorías es fundamental y necesaria, pues la participación en sí misma no es nada, sino es un concepto de referencia que supone siempre la existencia de un autor principal en función del cual se tipifica el hecho cometido⁶⁹³.

Aunque la ley somete a la misma escala de punibilidad que prevé para el autor a los instigadores y cómplices primarios –como acontece en el Código Penal Federal– no puede desconocerse la importancia del accionar del primero, en tanto realiza la concreción de afectación del bien jurídico y porque sin él no tendría relevancia hablar de la responsabilidad de los demás sujetos⁶⁹⁴.

En la misma línea, se ha señalado que los comportamientos de los sujetos de ambas categorías no son asimilables, ya que tienen distinta gravedad, por ello, la escala de punibilidad del autor debería ser siempre más severa que la del partícipe⁶⁹⁵.

Ahora, estimamos que la responsabilidad de superior jerárquico necesariamente depende de la autoría y/o participación de otra persona, por lo que es siempre accesoria respecto estas últimas.

Reafirma lo anterior, lo establecido por el Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia en la sentencia de juicio de *Oric*, en la que refirió que un elemento de esta forma de responsabilidad es que personas distintas al acusado ejecutaran el acto u omisión bajo la responsabilidad reconocida en el numeral 7(1) —autoría o participación— por alguno de los crímenes establecidos en los artículos

⁶⁹¹ *Ibidem*, artículo 52, fracción IV.

⁶⁹² Cfr. Bacigalupo, Enrique, *La renovación de la dogmática penal*, Buenos Aires, Editorial Hammurabi, 2012, p. 92.

⁶⁹³ Cfr. Muñoz, Francisco, *op. cit.*, p. 197.

⁶⁹⁴ Cfr. Fleming, Abel y López, Pablo, *op. cit.*, p. 376.

⁶⁹⁵ Cfr. Rigui, Esteban y A. Fernández, Alberto, *op. cit.*, pp. 273 y 292.

2 a 5 del Estatuto del referido Tribunal⁶⁹⁶. Es decir, la responsabilidad del superior jerárquico siempre dependerá de la existencia de la comisión de un delito por sus subordinados, así como acontece con la participación respecto a la autoría.

En ese entendido, si doctrinaria y legislativamente se ha reconocido que la punibilidad de los autores y partícipes debe ser distinta, bajo un argumento de *mayoría de razón*, la del superior jerárquico también debe serlo, pues debemos tener presente que quienes tienen el carácter de autores-partícipes tratándose de los delitos que se sancionan por esta modalidad son sus subordinados, de manera que el superior solo es sancionado por una omisión negligente en la prevención, represión o sanción del delito en cuestión, es decir, no tiene contribución como para ser considerado autor, ni participación para ser partícipe.

Aunque legalmente es posible que a través de una omisión se sea autor, en un caso concreto la omisión dolosa del superior jerárquico verificaría la responsabilidad como autor y no la responsabilidad en análisis, pues el elemento subjetivo que requiere la responsabilidad del superior jerárquico es de negligencia, empero, la omisión dolosa no podría quedar impune.

En conclusión, atender a la norma especial prevista en las Leyes Generales implicaría contravenir el *principio de unidad del título de la imputación*, al dar un tratamiento de autor al superior, cuando esta última es accesoria de la primera.

4.2.1.7.5 Propuesta

Como señalamos, atender a las normas especiales –considerar como autor al superior jerárquico– contenidas en las Leyes Generales, transgrede el *principio de culpabilidad* así como el diverso de *unidad del título de la imputación*, característicos de un Estado democrático de Derecho, lo que consecuentemente deriva en que, de aplicar la sanción del delito prevista para el autor al superior jerárquico, esta se constituya en una pena trascendental, definida como “aquella

⁶⁹⁶ Cfr. Sentencia de Naser Oric, párr. 294; Sentencia de Ljube Boskoski et. al., párr. 404; Sentencia de Mico Stanisic et. al., párr.110; Sentencia de Vidoje Blagojevic et. al., párr. 280.

que se caracteriza por aplicarse o alcanzarse en sus efectos a sujetos que no son el responsable del delito”⁶⁹⁷, puesto que si bien el superior es responsable penalmente, no puede serlo en los mismos términos que los autores dolosos o partícipes, dado que no comparte el mismo tipo de culpabilidad –pues omite culpablemente– y su omisión no configura ni contribución ni participación.

En conclusión, dicha equiparación resulta inconstitucional, como consecuencia de ello, lo procedente sería que el juzgador inaplique dichas porciones normativas, empero, ello no implica dejar impune al superior, de ahí que proponemos, lo siguiente.

En principio, toda vez que la presente propuesta versa sobre los delitos de homicidio intencional –ejecución extrajudicial–, tortura y desaparición forzada de personas, señalaremos el parámetro de punibilidad previsto para cada uno en el Código Penal Federal, la Ley General de Tortura y de Desaparición Forzada de Personas, respectivamente.

Delito	Penas	Legislación
Ejecución extrajudicial (homicidio)	12 a 24 años de prisión	Artículo 307 del Código Penal Federal ⁶⁹⁸
Desaparición forzada de personas	40 a 60 años de prisión	Artículo 30 de la Ley General de Desaparición Forzada de Personas ⁶⁹⁹
Tortura	10 a 20 años de prisión	Artículo 26 de la Ley General de Tortura ⁷⁰⁰

Tabla 22: Punibilidad de los delitos de homicidio, desaparición forzada de personas y tortura. Elaboración: propia

Ahora, la presente propuesta atenderá –respecto a la pena privativa de la libertad– a la regla general prevista en el artículo 60 para el delito culposo, es decir, se debería imponer hasta la cuarta parte de las penas y medidas de seguridad

⁶⁹⁷ Acorde la definición otorgada por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, véase la tesis aislada 1a. LXIII/2001, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XIV, agosto de 2001, p. 187.

⁶⁹⁸ Cfr. Artículo 307, Código penal Federal, *op. cit.*

⁶⁹⁹ Cfr. Artículo 30, Ley General de Desaparición Forzada de Personas, *op. cit.* También prevé como como pena, una multa de diez mil a veinte mil días multa, asimismo cuando el responsable tenga el carácter de servidor público, se impondrá la destitución e inhabilitación, según corresponda, para el desempeño de cualquier cargo, empleo o comisión pública, hasta dos veces el mismo lapso de la privación de la libertad impuesta, a partir de que se cumpla con la pena de prisión. Entre diversas agravantes y atenuantes.

⁷⁰⁰ Cfr. Artículo 26, Ley General de Tortura, *op. cit.* Por otra parte, además prevé como pena de quinientos a mil días multa y señala que cuando el sujeto activo tenga el carácter de Servidor Público, se le impondrá destitución e inhabilitación para el desempeño de cualquier cargo, empleo o comisión públicos hasta por el mismo lapso de la privación de la libertad impuesta, la cual empezará a correr una vez que se haya cumplido con la pena privativa de la libertad. Entre diversas agravantes y atenuantes.

asignadas por la ley al tipo básico del delito doloso⁷⁰¹, de manera que el parámetro de punibilidad quedaría en los siguientes términos⁷⁰²:

Delito	Pena
Ejecución extrajudicial (homicidio)	3 a 8 años de prisión
Desaparición forzada de personas	10 a 15 años de prisión
Tortura	2 años y 6 meses a 5 años de prisión

Tabla 23: Punibilidad propuesta para el superior jerárquico. Elaboración: propia

La solución anterior permite respetar el *principio de culpabilidad*, pues al superior se le sanciona por su omisión imprudente y consecuentemente, permite un trato diferenciado al superior respecto a los autores materiales y partícipes –*unidad del título de la imputación*–, al tener una punibilidad diferenciada a estos y lo más importante, también respeta el principio de legalidad. Esta solución es similar a la regulación de Argentina, que estableció como sanción al superior jerárquico un parámetro de punibilidad diferenciado y menor que el de los autores, por otro lado, soluciona la problemática a la que se enfrenta a Uruguay, cuyas normas generales de punición equipara al superior con el autor materia.

Asimismo, se adecua a lo establecido en los *Comentarios al artículo 49 del I Convenio de Ginebra*, que prevé que la elección de las sanciones corresponde a cada Estado Parte así como a la circunstancia de que siempre dependerá del derecho interno, quedando sujetas a las especificidades de cada sistema de justicia penal⁷⁰³.

Con la precisión que tratándose de la pena consistente en destitución e inhabilitación para el desempeño de cualquier cargo, empleo o comisión públicos

⁷⁰¹ Cfr. Artículo 60, Código Penal Federal, *op. cit.*

⁷⁰² Es decir, se redujo el parámetro de punibilidad previsto en el tipo penal doloso básico, tanto la mínima y la máxima a un cuarto, en atención al criterio establecido por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en la jurisprudencia 1a./J. 109/2012 (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, t. 1, diciembre de 2012, p. 441, de rubro "DELITOS CULPOSOS. INDIVIDUALIZACIÓN DE LAS PENAS CONFORME AL ARTÍCULO 62 DEL CÓDIGO PENAL PARA EL ESTADO DE MORELOS".

⁷⁰³ Cfr. *Comité Internacional de la Cruz Roja, Comentario al artículo 49...*, *op. cit.*

así como la multa deberá atenderse a las respectivas leyes generales, por lo referente a las conductas de desaparición forzada de personas y a la tortura.

4.2.2. Elementos subjetivos

Conforme los estándares internacionales, partimos de la premisa de que es posible la configuración de una omisión imprudente, que puede definirse como aquella en la que el garante, en una situación de peligro que le obliga a actuar, sin dolo, pero de manera objetivamente evitable, se comporta pasivamente y con ello causa el resultado⁷⁰⁴.

En la doctrina, se han ubicado cuatro formas distintas de omisión imprudente, tratándose de la responsabilidad del superior jerárquico, nos interesa aquella en la que el garante desconoce el peligro que le obliga a intervenir⁷⁰⁵.

Respecto a este punto, es de interés referir al reconocimiento de la culpa prudente e imprudente, al respecto, el artículo 9, párrafo segundo, del Código Penal Federal, señala:

Obra culposamente el que produce el resultado típico, que no previó siendo previsible o previó confiando en que no se produciría, en virtud de la violación a un deber de cuidado, que debía y podía observar según las circunstancias y condiciones personales.⁷⁰⁶

La doctrina ha catalogado como previsibilidad objetiva este elemento intelectual, que implica la consideración de todas las consecuencias de la acción que, conforme a un juicio razonable, eran de previsible producción⁷⁰⁷, lo que ha permitido distinguir entre culpa consciente e inconsistente, según el sujeto haya o no previsto el resultado.

Esa previsibilidad objetiva tratándose de la omisión y, específicamente, de la responsabilidad del superior jerárquico, implica la previsión del peligro que le obliga

⁷⁰⁴ Cfr. Roxin, Claus, op. cit., p. 820.

⁷⁰⁵ Cfr. *Ibidem*, p. 821.

⁷⁰⁶ Artículo 9, Código Penal Federal, op. cit.

⁷⁰⁷ Cfr. Muñoz Conde, Francisco, op. cit., p. 57.

a intervenir, consistente en la circunstancia de que los subordinados cometieron o van a cometer los delitos⁷⁰⁸.

En ese tenor, la culpa consciente es definida como aquella en la que el sujeto se da cuenta de la existencia del peligro concreto para el objeto protegido de la acción, sin embargo, confía en que no se realizará el tipo legal –en el caso, peligro–⁷⁰⁹. En ésta se identifica un elemento subjetivo, consistente en la representación de las circunstancias del hecho como un peligro no permitido y en la confianza en la ausencia de realización del tipo⁷¹⁰.

Por otro lado, en la culpa inconsciente el autor no piensa en la posibilidad de poder realizar el tipo legal⁷¹¹, falta el tipo subjetivo, porque el sujeto no se ha representado los elementos y presupuestos del tipo objetivo⁷¹², en el caso de la responsabilidad de superior jerárquico, el riesgo.

En común, en ambos está ausente una atención obligada⁷¹³. Bajo este parámetro podemos catalogar el elemento subjetivo de “sabía” dentro de la categoría “previó siendo previsible”, es decir, la culpa consciente.

Ello es así, si partimos de que el elemento sabía implica la consciencia del superior de que los crímenes se estaban cometiendo o estaban a punto de cometerse⁷¹⁴, por lo que es claro que ello implica un conocimiento efectivo del riesgo que tiene el deber de evitar a través del ejercicio de sus obligaciones consistentes en prevenir, reprimir o someter el asunto a las autoridades competentes.

Ahora, es de interés resaltar que, como la Corte Penal Internacional estableció, entre los factores a considerar para establecer el conocimiento del superior de los crímenes, se encuentran: (i) la notoriedad de los actos ilegales, así como si (ii) son

⁷⁰⁸ Como señala H. Jescheck, la imprudencia no solo puede aparecer referida a un resultado de lesión, sino que también puede estarlo a un resultado de peligro, véase Jescheck, Hans-Heinrich, *op. cit.*, p. 853.

⁷⁰⁹ *Cfr. Idem.*

⁷¹⁰ *Cfr.* Roxin, Claus, Derecho Penal Parte General, trad. Diego-Manuel Luzón Peña, Múnich, Editorial Aranzadi, tomo I, p. 1023.

⁷¹¹ *Cfr.* Jescheck, Hans-Heinrich, *op. cit.*, p. 852.

⁷¹² *Cfr.* Roxin, Claus, tomo II, *op. cit.*, p. 1022.

⁷¹³ *Cfr.* Jescheck, Hans-Heinrich, *op. cit.*, p. 853.

⁷¹⁴ *Cfr.* Sentencia de Enver Hadzihasanovic et. al., párr. 93.

documentados en medios de comunicación, al respecto, debe destacarse que en México, diversas instituciones como la Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos y diversos Comités y procedimientos especiales de la ONU han señalado la existencia de un patrón estructural y generalizado de casos de graves violaciones en las que se presume la participación de agentes estatales a nivel federal y local, particularmente en casos de desapariciones forzadas de personas⁷¹⁵; en el mismo sentido, se ha documentado que las denuncias ante la CNDH con respecto a ejecuciones extrajudiciales incrementaron significativamente a partir de 2007, así como se han reportado informes de organizaciones de derechos humanos y medios de comunicación que sugieren que agentes federales han cometido un número significativo de ejecuciones extrajudiciales, asimismo, la tortura se ha calificado como una práctica generalizada en México⁷¹⁶.

Estas circunstancias particulares de México constituyen un importante indicio para considerar el conocimiento de los superiores jerárquicos, no obstante, reiteramos, el análisis debe realizarse caso por caso.

Por otra parte, el elemento consistente en “tenía razones para saber”, conforme la jurisprudencia citada implica que el superior jerárquico no tiene conocimiento de dicho riesgo, sin embargo, tenía a su alcance información disponible que le indicaría o le advertiría sobre la existencia del riesgo.

En otro aspecto, el diverso elemento “debió haber sabido”, implica una negligencia en adquirir el conocimiento del riesgo de la conducta ilegal de sus subordinados, es decir, se exige más que un deber activo por parte del superior jerárquico para tomar las medidas necesarias para asegurarse el conocimiento de la conducta de sus tropas.

De la forma en que los dos elementos referidos han sido definidos jurisprudencialmente, se advierte que ambos tienen en común, lo siguiente: (i) el superior no conoce efectivamente la existencia del riesgo, pero por otra parte (ii)

⁷¹⁵ Caso Alvarado Espinoza y otros vs. México, párr. 204.

⁷¹⁶ Open Society Justice initiative, *Atrocidades innegables, confrontando crímenes de lesa humanidad en México*, México, Open Society Foundations, 2016, pp. 56 y 58.

existen de indicios que están disponibles y que pudieron haberle permitido concluir la existencia del riesgo, mismo (iii) que no estuvo en aptitud de asumir por negligencia⁷¹⁷.

A partir de dichas características que comparten ambos estándares subjetivos, concluimos que, aun cuando la Corte Penal Internacional es anuente a reconocer que son iguales⁷¹⁸ –aunque sí reconoce que los mismos elementos que permiten comprobar uno permiten comprobar el otro–, a partir de las características en común, concluimos que ambos aluden a una *culpa inconsciente*, dado que, el superior jerárquico no se representó el riesgo aun cuando tenía elementos disponibles para hacerlo.

En conclusión, sostenemos que la propuesta de la incorporación de la responsabilidad del superior jerárquico debe comprender los elementos subjetivos “sabía”, “tenía razones para saber” y “debió haber sabido”, dado que se homologan con la culpa consciente e inconsistente que reconoce el artículo 9, párrafo segundo, del Código Penal Federal.

De manera que descartamos el estándar “Deliberadamente hubiere hecho caso omiso de información”, pues aunque en la doctrina se ha reconocido que la imprudencia inconsciente puede fundamentarse incluso por el mero hecho de deber conocer el elemento fundamentador de peligro⁷¹⁹, lo cierto es que jurisprudencialmente a nivel internacional no se ha delimitado, asimismo, consideramos existiría dificultad probatoria para determinar una omisión deliberada.

Por otra parte, toda vez que la responsabilidad del superior jerárquico se comete de manera culposa y el sistema jurídico mexicano reconoce en el Código Penal Federal el principio *numerus clausus*, a través del artículo 60, párrafo

⁷¹⁷ En el entendido que aun cuando el estándar “debió haber sabido” de la Corte Penal Internacional no reconoce como requisito “la existencia de indicios”, este elemento debe presuponerse, pues como esta misma afirmó, si un comandante ha ejercido debida diligencia en el cumplimiento de sus deberes, pero aun así carece de conocimiento de que los crímenes están siendo o fueron cometidos, tal falta de conocimiento no puede ser utilizado en su contra, al afirmar lo anterior, de facto reconoce que los medios por los cuáles pudo haber obtenido dicho conocimiento debieron haber estado disponibles.

⁷¹⁸ Hay posturas como la de Kai Ambos, que establecen que ambos estándares no son en esencia diferentes. Véase Ambos, Kai y Ontiveros, Miguel, *op. cit.*, p. 287.

⁷¹⁹ Cfr. Roxin, Claus, *tomos I, op. cit.*, p. 1022.

segundo, que implica que solamente los delitos ahí reconocidos admiten forma de comisión culposa, necesariamente, tendrán que incorporarse a este las conductas de desaparición forzada de personas y tortura –excepto homicidio (ejecución extrajudicial, toda vez que ya se encuentra reconocida)–, para que la propuesta de la incorporación de la responsabilidad de superior jerárquico, no enfrente antinomias en el ordenamiento jurídico.

CONCLUSIONES

PRIMERA. La responsabilidad del superior jerárquico surgió en el derecho internacional humanitario consuetudinario que posteriormente se codificó en los Convenios de Ginebra de 1949 a partir del establecimiento de obligaciones a cargo de los Estados respecto establecer medidas legislativas para sancionar a toda persona involucrada con la comisión de una infracción grave a los Convenios de Ginebra y, específicamente, en el Protocolo I adicional reguló expresamente sus elementos.

SEGUNDA. El desarrollo de la forma de responsabilidad del superior jerárquico tuvo lugar a partir de la práctica de diversos tribunales penales internacionales establecidos para sancionar conductas derivadas de conflictos armados, como crímenes contra la paz, humanidad y de guerra, entre ellos el Tribunal Militar Internacional de Núremberg, el Tribunal Militar Internacional para el Oeste Lejano, el Tribunal Militar de Estados Unidos en Núremberg, que sentaron la base de los elementos de esta forma de responsabilidad que posteriormente desarrollarían los Tribunales Penales Internacionales de Ruanda y la Ex Yugoslavia así como la Corte Penal Internacional.

TERCERA. La norma internacional que prevé la responsabilidad del superior jerárquico tiene una naturaleza de no autoejecutiva, por tanto, por el principio y derecho humano de legalidad que impera en materia penal, es necesaria su incorporación y regulación expresa en el ordenamiento jurídico mexicano.

CUARTA. Bajo la noción de que a partir de la reforma constitucional en materia de derechos humanos de 2011 los tratados internacionales en dicha materia forman parte del mismo bloque de regularidad constitucional, por lo que existe una obligación de cumplir con las obligaciones que estos contienen, en ese tenor, es necesario armonizar la norma nacional conforme los estándares internacionales, en concreto, la incorporación de la responsabilidad de superior jerárquico permitirá el cumplimiento de las obligaciones internacionales del Estado Mexicano en derecho internacional humanitario; del principio de complementariedad reconocido en el

Estatuto de Roma que prevé el funcionamiento de la jurisdicción de la Corte Penal Internacional, así como de las obligaciones de garantía –prevenir– y adecuar el derecho interno conforme la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

QUINTA. Es necesario armonizar el ordenamiento jurídico mexicano, en tanto la Ley General para Prevenir, Investigar y Sancionar la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes en el artículo 13 y la Ley General en Materia de Desaparición Forzada de Personas, Desaparición cometida por Particulares y del Sistema Nacional de Búsqueda de Personas en el artículo 29 establecen que los superiores jerárquicos serán considerados autores del delito de tortura y desaparición forzada de personas respectivamente.

No obstante ello, a pesar de que ambas legislaciones remiten a la legislación penal aplicable, en el caso, el Código Penal Federal, éste no ha sido reformado a efecto de dar cumplimiento a dicha disposición.

SEXTA. Argentina ha regulado la aplicación de la responsabilidad del superior jerárquico a funcionarios con capacidad de evitar la comisión, a aquellos sin competencia para evitarlos, a los jueces y a aquellos encargados de centros penitenciarios; sanciona la omisión de la denuncia o instrucción de sumario así como no haber establecido debida vigilancia tratándose del delito de tortura y requiere como elemento subjetivo el conocimiento de la comisión de este delito.

SÉPTIMA. Uruguay solamente reconoce como titulares de la posición de garante a militares o funcionarios civiles de *iure*; quienes tienen las obligaciones de impedir, denunciar o reprimir, los delitos de genocidio, crímenes de guerra o de lesa humanidad cometidos por sus subordinados bajo su autoridad, mando o control efectivo, asimismo, se requiere como elemento subjetivo el conocimiento expreso de la comisión de los crímenes.

OCTAVA. La incorporación de la responsabilidad del superior jerárquico corresponde al fuero federal –Código Penal Federal–, toda vez que los militares y los miembros de la Guardia Nacional tienen carácter de servidores públicos y el

objeto de sancionar su omisión, sería respecto las obligaciones que tienen en el ejercicio de su cargo, en términos del artículo 50, fracción I, inciso f), de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación.

NOVENA. En el análisis de los elementos objetivos determinamos, respecto a la calidad de superior jerárquico, toda vez que los tribunales penales internacionales reconocieron con tal carácter a los militares así como a los civiles con cadenas de mando similares a las militares, en la presente propuesta quedan comprendidos los miembros del Ejército e integrantes de la Guardia Nacional, esta última con carácter civil.

DÉCIMA. Referente al elemento objetivo de la relación superior–subordinado y comando efectivo y control o autoridad efectiva y control, determinamos que el Ejército y Guardia Nacional contemplaban cadenas de mando con jerarquía en las que algunas posiciones ostentan control efectivo de *iure*, no obstante, señalamos que determinarla en un caso concreto, es un análisis que el operador jurídico tendrá que realizar caso por caso, en atención a la (i) posición jerárquica y (ii) posición en la cadena de mando, pues además tendrá que probarse que este se ostentó de *facto* en el momento de los crímenes.

Por lo que hace al elemento tomar medidas necesarias y razonables, determinamos que al ser un elemento de evidencia, así como en el que es necesario tomar en cuenta las circunstancias específicas del momento, será cuestión de análisis jurisdiccional.

DÉCIMA PRIMERA. Tratándose de las obligaciones del superior jerárquico, señalamos que los tribunales penales internacionales identificaron las de: prevenir, reprimir, sancionar y someter el asunto a las autoridades competentes, tras un análisis de los deberes reconocidos a los superiores jerárquicos militares y civiles en nuestra legislación, determinamos que únicamente podrían ser exigibles las obligaciones de: prevenir, reprimir y someter el asunto a las autoridades competentes.

DÉCIMA SEGUNDA. Por lo que hace a la conducta de los subordinados, delimitamos nuestra propuesta a las conductas de tortura, desaparición forzada de personas y ejecución extrajudicial, cuya prohibición se encuentra consagrada por el derecho penal internacional, el sistema interamericano derechos humanos y el derecho internacional humanitario, ámbitos en los que también se reconocieron obligaciones estatales tales como: (i) prevención y (ii) sanción, mismas que consideramos que la propuesta de la incorporación de la responsabilidad de superior jerárquico permite cumplir. Asimismo, referimos que se propone modificar las respectivas Leyes Generales a efecto de reconocer la comisión culposa de las conductas de tortura y desaparición forzada de personas.

DÉCIMA TERCERA Relativo al requisito crímenes como resultado de la falla del superior, señalamos que este consiste en la verificación de dicho riesgo real y razonablemente previsto, riesgo que únicamente no requiere probarse haber sido previsto por el superior tratándose de la obligación someter el asunto ante las autoridades competentes, pues en este supuesto el conocimiento de los crímenes, fue posterior a su comisión.

DÉCIMA CUARTA. Respecto a los elementos subjetivos referentes al conocimiento del superior de los crímenes cometidos por sus subordinados, concluimos que para nuestra propuesta consideraríamos los elementos “sabía”, “tenía razones para saber” y “debió haber sabido”, el primero se homologa con la culpa consciente y los subsecuentes con la culpa inconsciente, ambas reconocidas en el artículo 9, párrafo segundo, del Código Penal Federal.

DÉCIMA QUINTA. Relativo a la punibilidad del superior jerárquico, señalamos que si bien la Ley General de Tortura y la Ley General de Desaparición Forzada prevén una equiparación entre autor y el superior jerárquico, aceptar dicha equiparación para efectos de la punibilidad vulneraría el principio de culpabilidad y al de unidad del título de la imputación, por lo que para resolver dicha antinomia proponemos que el superior jerárquico sea sancionado como un autor culposo, en términos del artículo 60 del Código Penal Federal, es decir, bajo un parámetro de una cuarta parte de la pena al tipo básico del delito cometido por los subordinados.

PROPUESTA

El desarrollo de las obligaciones internacionales del Estado Mexicano en las materias de derecho penal internacional, derecho internacional humanitario y derechos humanos, nos permitieron concluir que es necesario armonizar el derecho interno conforme aquellas, en concreto, tratándose de la responsabilidad del superior jerárquico, a través de su incorporación al Código Penal Federal.

Establecimos que dado que la conducta de los subordinados –cuya omisión del superior jerárquico en su prevención, represión o sometimiento del asunto a las autoridades competentes– son los delitos de tortura, desaparición forzada de personas y ejecución extrajudicial, que también constituyen violaciones graves a derechos humanos, la propuesta no podría incorporarse al Código de Justicia Militar, pues necesariamente estarían involucrados civiles, por lo que el asunto tendría que juzgarse en el fuero ordinario, además, no se tratan de conductas que tengan relación con la función militar o la afectación de bienes jurídicos de carácter castrense.

Posteriormente, determinamos que correspondería al fuero federal, en concreto, el Código Penal Federal toda vez que los militares y los miembros de la Guardia Nacional tienen carácter de servidores públicos y el objeto de sancionar su omisión, sería respecto las obligaciones que tienen en el ejercicio de su cargo.

En ese tenor, proponemos lo siguiente:

1. Toda vez que nuestro ordenamiento jurídico reconoce el sistema *numerus clausus* para efecto de determinar qué delitos admiten comisión culposa y actualmente los delitos de tortura y desaparición forzada de personas no la admiten, se propone el reconocimiento expreso en las Leyes Generales de Tortura y de Desaparición Forzada de Personas, únicamente tratándose de la responsabilidad de superior jerárquico.

Texto vigente	Texto propuesto
Ley General de Tortura	
<p>Artículo 13.- (...)</p> <p>Los superiores jerárquicos serán considerados autores del delito de tortura en los términos de lo previsto en la legislación penal aplicable.</p> <p>14. (...)</p>	<p>Artículo 13 BIS. Únicamente tratándose de la responsabilidad de superior jerárquico, el delito de desaparición forzada admitirá realización culposa.</p>
Ley General de Desaparición Forzada de Personas	
<p>Artículo 29. Los superiores jerárquicos serán considerados autores del delito de desaparición forzada de personas en los términos de lo previsto en la legislación penal aplicable.</p> <p>30. (...)</p>	<p>Artículo 29 BIS. Únicamente tratándose de la responsabilidad de superior jerárquico, el delito de desaparición forzada admitirá realización culposa.</p>

2. En el entendido que las Leyes Generales de Tortura y de Desaparición Forzada de Personas reconocen la responsabilidad de superior jerárquico y se propone que también se establezca este tipo de responsabilidad para el tipo penal de homicidio, consideramos que las legislaciones que prevén cada una de estas conductas deben ser más exhaustas al respecto y establecer lineamientos esenciales en los términos en que operara, por tanto, al tenor de los lineamientos propuestos en el texto del presente trabajo proponemos la siguiente reforma:

Texto vigente	Texto propuesto
Ley General de Tortura	
<p>Artículo 13.- Los delitos de tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes; así como los delitos vinculados, deben ser perseguidos,</p>	<p>Artículo 13.- Los delitos de tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes; así como los delitos vinculados, deben ser perseguidos,</p>

<p>investigados, procesados y sancionados conforme a las reglas de autoría, participación y concurso previstas en la legislación penal aplicable, y las reglas de acumulación de procesos previstas en el Código Nacional de Procedimientos Penales.</p> <p>Los superiores jerárquicos serán considerados autores del delito de tortura en los términos de lo previsto en la legislación penal aplicable.</p>	<p>investigados, procesados y sancionados conforme a las reglas de autoría, participación y concurso previstas en la legislación penal aplicable, y las reglas de acumulación de procesos previstas en el Código Nacional de Procedimientos Penales.</p> <p>Los superiores jerárquicos serán considerados autores del delito de tortura en los términos de lo previsto en la legislación penal aplicable.</p> <p>Los superiores jerárquicos serán penalmente responsables por el delito de desaparición forzada de personas cometido por sus subordinados que se encuentren bajo su mando y control efectivo o su autoridad y control efectivo, en términos del artículo 13 BIS del Código Penal Federal.</p>
<p>Ley General de Desaparición Forzada de Personas</p>	
<p>Artículo 29. Los superiores jerárquicos serán considerados autores del delito de desaparición forzada de personas en los términos de lo previsto en la legislación penal aplicable.</p>	<p>Artículo 29. Los superiores jerárquicos serán considerados autores del delito de desaparición forzada de personas en los términos de lo previsto en la legislación penal aplicable.</p> <p>Los superiores jerárquicos serán penalmente responsables por el delito de tortura cometido por sus subordinados que se encuentren bajo su mando y control efectivo o su autoridad y control efectivo, en términos del artículo 13 BIS del Código Penal Federal.</p>
<p>Código Penal Federal</p>	
<p>Artículo 307.- Al responsable de cualquier homicidio simple intencional que no tenga</p>	<p>Artículo 307.- Al responsable de cualquier homicidio simple intencional que no tenga</p>

prevista una sanción especial en este Código, se le impondrán de doce a veinticuatro años de prisión. Artículo 308. (...)	prevista una sanción especial en este Código, se le impondrán de doce a veinticuatro años de prisión Artículo 307 BIS. Los superiores jerárquicos serán penalmente responsables por el delito de homicidio cometido por sus subordinados que se encuentren bajo su mando y control efectivo o su autoridad y control efectivo, en términos del artículo 13 BIS de este ordenamiento.
--	--

3. La incorporación de la responsabilidad de superior jerárquico en el artículo 13 BIS del Código Penal Federal. Proponemos la adición en dicho numeral dado que en el artículo inmediato se reconocen las formas de responsabilidad y se busca una diferenciación con las reconocidas en éste.

Código Penal Federal	
Texto vigente	Texto propuesto
<p>ARTICULO 13. Son autores o partícipes del delito:</p> <p>I a VIII...</p> <p>ARTICULO 14. ...</p>	<p>Artículo 13. BIS. Es responsable el superior jerárquico militar o civil, por los delitos cometidos por sus subordinados si este sabía, tenía razones para saber o debió haber sabido de estos y no tomó las medidas necesarias o razonables para su prevención, represión o sometimiento del asunto a las autoridades competentes para efectos de su investigación y enjuiciamiento.</p> <p>Se le impondrá la pena de prisión que resulte de realizar la reducción al tipo básico del delito doloso establecida en el artículo 60, párrafo primero, del Código Penal Federal.</p>

FUENTES DE CONSULTA

I. BIBLIOGRAFÍA

1. AMBOS, Kai y ONTIVEROS, Miguel, *Autoría y participación, La responsabilidad de superior jerárquico*, México, Flores Editor y Distribuidor, 2017.
2. AUST, Anthony, *Modern Treaty Law and practice*, 3era. Ed., Reino Unido, Cambridge University Press, 2013.
3. BACIGALUPO, Enrique, *La renovación de la dogmática penal*, Buenos Aires, Editorial Hammurabi, 2012.
4. BECERRA RAMÍREZ, Manuel, *La recepción del derecho internacional en el derecho interno*, 2da. Edición, México, UNAM, 2012.
5. BROOMHALL, Bruce, *International justice and the International Criminal Court*, New York, Oxford, 2005.
6. CARBONELL, Miguel y SALAZAR UGARTE, Pedro, *La reforma constitucional de Derechos Humanos: Un nuevo paradigma*, México, Editorial Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, 2011.
7. CÁRDENAS ARAVENA, Claudia, et. al., (comp.), *Corte Penal Internacional su relación con las jurisdicciones estatales: el principio de complementariedad*, Chile, Thomson Reuters, 2012.
8. CÁRDENAS ARAVENA, Claudia, et. al., (comp.), *La Corte Penal Internacional y sus primeros 10 años: un enfoque práctico*, Chile, Thomson Reuters, 2013.
9. CASSESE, Antonio, *International Criminal Law*, 2da. Ed., Reino Unido, Oxford University Press, 2008.
10. COMITÉ INTERNACIONAL PARA LA CRUZ ROJA, *Comentario a la I Convención de Ginebra para mejorar la suerte de los heridos y los enfermos*

de las Fuerzas Armadas en campaña, Ginebra, CICR, 1952,
https://www.loc.gov/rr/frd/Military_Law/pdf/GC_1949-I.pdf

11. COMITÉ INTERNACIONAL PARA LA CRUZ ROJA, *Comentarios a los Protocolos Adicionales de 8 de junio de 1997 de las Convenciones de Ginebra de 12 de agosto de 1949*, Ginebra, Kluwer Academic Publishers, 1987.
12. CRAWFORD, James, *Brownlie's Principles of Public International Law*, 8ª edición, Reino Unido, Oxford University Press, 2012.
13. DEMETRIO, Eduardo, *Prevención general e individualización judicial de la pena*, Montevideo-Buenos Aires, Editorial B de F, 2016.
14. DONDÉ, Javier, "Implementación de delitos internacionales", *Memorias del Seminario La armonización de los tratados internacionales de derechos humanos en México*, México, Secretaría de Relaciones Exteriores.
15. FERNÁNDEZ TOMÁS, Antonio F. et. al., *Curso de derecho internacional público*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2015.
16. FLEMING, Abel y LÓPEZ, Pablo, *Las penas*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni Editores, 2009.
17. GARCÍA RAMÍREZ, Sergio y VARGAS CASILLAS, Leticia A (coords.), *Proyectos legislativos y otros temas penales, Principio de complementariedad de la Corte Penal Internacional*, México, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2001.
18. GIL, Alicia y MACULAN, Elena, *Derecho penal internacional*, Madrid, Editorial Dykinson, 2016.
19. GUERRERO ROSALES, Humberto y BRAVO-AHUJA, María Sirvent (coords.), *Manual para la implementación del Estatuto de Roma en la Legislación Mexicana*, México, Comisión Mexicana de Defensa y Promoción de los Derechos Humanos A.C.

20. GUTIÉRREZ BAYLÓN, Juan de Dios, *Derecho de los tratados*, México, Porrúa, 2010.
21. HENCKAERTS, Jean-Marie y DOSWALD-BECK Louise, *El derecho internacional humanitario consuetudinario*, Buenos Aires, Comité Internacional de la Cruz Roja, 2007.
22. JESCHECK, Hans-Heinrich, *Tratado de derecho penal Parte General*, 5ta. Ed., trad. de Miguel Olmedo Cardenete, Berlín, Instituto Pacífico, vol. II, 2014.
23. KOLB, Robert, *The law of treaties an Introduction*, Reino Unido, Edward Elgar Editorial, 2016.
24. MENESES, Armando, “La armonización legislativa del Derecho Internacional Humanitario en México”, Fascículo 7, *Colección Sobre la Protección Constitucional de los Derechos Humanos*, México, Comisión Nacional de Derechos Humanos, 2015.
25. MUÑOZ, Francisco, *Teoría general del delito*, 4ª. ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2007.
26. NARDIELLO, Angel, *Estructura del hecho punible*, 2ª ed., Buenos Aires, Editorial Hammurabi s.r.l., 2013.
27. ONTIVEROS ALONSO, Miguel, *Derecho Penal Parte General*, México, Instituto Nacional de Ciencias Penales, Ubijus Editorial, 2017.
28. OPEN SOCIETY JUSTICE INITIATIVE, *Atrocidades innegables, confrontando crímenes de lesa humanidad en México*, México, Open Society Foundations, 2016.
29. RIGUI, Esteban y A. FERNÁNDEZ, Alberto, *Derecho penal, la ley el delito, el proceso y la pena*, Buenos Aires, Editorial Hammurabi, 2005.

30. ROXIN, Claus, *Derecho Penal Parte General*, trad. Diego-Manuel Luzón Peña, Múnich, Editorial Aranzadi, tomo II, 2016.
31. ROXIN, Claus, *Derecho Penal Parte General*, trad. Diego-Manuel Luzón Peña, Múnich, Editorial Aranzadi, tomo I, 2016.
32. RUIZ LÓPEZ, Carmen Eloísa, *La graduación del delito imprudente, Reflexiones sobre la necesidad de delimitación entre la imprudencia leve e imprudencia grave*, Colombia, Universidad del Externado de Colombia, 2011.
33. SCHABAS, William, *The International Criminal Court*, Londres, Oxford University Press, 2017.
34. SERRANO Sandra y VÁZQUEZ Daniel, *Los derechos en acción, obligaciones y principios de derechos humanos*, México, Flacso México, 2013.
35. VILLIGER, Mark E., *Commentary on the 1969 Viena Convention on the Law of Treaties* Leiden y Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2009.

II. ARTÍCULOS DE REVISTA

36. CHING, Ann B, “Evolución de la Doctrina de Responsabilidad de Comando a la luz de la decisión de Celebici del Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia”, *Revista de Derecho Internacional y Regulación Comercial de Carolina del Norte*, Estados Unidos, volumen 25, número 1, 1999, <http://scholarship.law.unc.edu/ncilj/vol25/iss1/4>
37. GUEVARA BERMÚDEZ, José Antonio, “La Corte Penal Internacional y América Latina y el Caribe”, *Anuario de Derechos Humanos*, Chile, 2014, No. 10, enero-diciembre.
38. “Reporte presentado a la Conferencia Preliminar de la Paz por la Comisión de la Responsabilidad de Autores de la Guerra y Aplicación de Penas”, *Revista Americana de Derecho Internacional*, Washington D.C., volumen 14, enero–junio de 1920, <https://www.legal-tools.org/en/browse/record/63159c/>

39. HENDERSON, Humberto, “La ejecución extrajudicial o el homicidio en las legislaciones de América Latina”, *Revista IIDH*, España, año 2006, número 43, pp. 281-298, <http://www.corteidh.or.cr/tablas/R08060-7.pdf>, 26 de enero de 2020, 15:30.

III. JURISPRUDENCIA

A. CORTE PENAL INTERNACIONAL

40. Fiscalía vs. Al-Tuhamy Mohamed Khaled, Orden de arresto, No. ICC-01/11-01/13, 18 de abril de 2013.
41. Fiscalía vs. Bosco Ntaganda, Confirmación de cargos, No. ICC-01/04-02/06, 9 de junio de 2014.
42. Fiscalía vs. Dominic Ongwen, Confirmación de cargos, No. ICC-02/04-01/15, 23 de marzo de 2016.
43. Fiscalía vs. Germain Katanga, Sentencia bajo el artículo 76 del Estatuto, ICC-01/04-01/07, 23 de mayo de 2014.
44. Fiscalía vs. Jean-Pierre Bemba Gombo, Confirmación de cargos, No. ICC-01/05-01/08, 15 de junio de 2009.
45. Fiscalía vs. Jean-Pierre Bemba Gombo, Sentencia, No. ICC-01/05-01/08, 21 de marzo de 2016.
46. Fiscalía vs. Jean-Pierre Bemba, Sentencia bajo el artículo 76 del Estatuto, ICC-01/05-01/08, 21 de junio de 2016.
47. Fiscalía vs. Laurent Gbagbo, Confirmación de cargos, Caso No. ICC-02/11-01/11, 12 de junio de 2014.
48. Jean-Pierre Bemba Gombo vs. Sala de Juicio III, Apelación, No. ICC-01/05-01/08-A, 8 de junio de 2018.

49. Situación de la República de Costa de Marfil, Decisión respecto la admisibilidad del caso por la República de Costa de Marfil del caso contra Simone Gbagbo, ICC-02/11-01/12, 11 de diciembre de 2014.
50. Situación de la República de Kenya, Decisión sobre la aplicación del Gobierno de Kenya contra la admisibilidad del caso, ICC-01/09-02/11, 30 de mayo de 2011.
51. Situación de la República Islámica de Afghanistan, Decisión sobre la autorización de una investigación en la República Islámica de Afghanistan, No. ICC-02/17, 12 de abril de 2019.
52. Situación en la República Democrática del Congo, Apelación de Germain Katanga contra la decisión oral de la Sala de Juicio sobre la admisibilidad del caso, No. ICC-01/04-01/07 OA 8, 25 de septiembre de 2009.

B. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

52. Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile, Excepciones Preliminares, fondo, reparaciones y costas, Sentencia, 26 de septiembre de 2006, serie C No. 154.
53. Caso Alvarado Espinoza y otros vs. México, Fondo, reparaciones y costas, Sentencia, 28 de noviembre de 2018, serie C No. 370.
54. Caso Anzualdo Castro vs. Perú, Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, Sentencia, 22 de septiembre de 2009, serie C No. 202.
55. Caso Baena Ricardo y otros vs. Panamá, Fondo, reparaciones y costas, Sentencia, 2 de febrero de 2001, serie C No. 72.
56. Caso Baldeón García vs. Perú, Fondo, reparaciones y costas, Sentencia, 6 de abril de 2006, serie C No. 147.
57. Caso Bayarri vs. Argentina, Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, Sentencia, 30 de octubre de 2008, serie C No. 187.

58. Caso Blake vs. Guatemala, Fondo, Sentencia, 24 de enero de 1998, serie C No. 36.
59. Caso Bueno Alves vs. Argentina, Fondo, reparaciones y costas, Sentencia, 11 de mayo de 2007, serie C No. 164.
60. Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México, Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, Sentencia, 26 de noviembre de 2010, serie C No. 220.
61. Caso Caesar vs. Trinidad y Tobago, Fondo, reparaciones y costas, Sentencia, 11 de marzo de 2005, serie C No. 123.
62. Caso Cantoral Benavides vs. Perú, Fondo, Sentencia, 18 de agosto de 2000, serie C No. 69.
63. Caso Cantoral Huamaní y García Santa Cruz vs. Perú, Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, Sentencia, 10 de julio de 2007, serie C No. 167.
64. Caso Castillo Petruzzi y otros vs. Perú, Fondo, reparaciones y costas, Sentencia, 30 de mayo de 1999, serie C No. 52.
65. Caso de la “Masacre de Mapiripán” vs. Colombia, Sentencia, 15 de septiembre de 2005, serie C No. 134.
66. Caso de la Masacre de la Rochela vs. Colombia, Fondo, reparaciones y costas, Sentencia, 11 de mayo de 2007, serie C No. 163.
67. Caso de la Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia, Sentencia, 31 de enero de 2006, serie C No. 140.
68. Caso de las Hermanas Serrano Cruz vs. El Salvador, Fondo, reparaciones y costas, Sentencia, 1 de marzo de 2005, serie C No. 120.
69. Caso de los hermanos Gómez-Paquiyaauri vs. Perú, Fondo, reparaciones y costas, Sentencia, 8 de julio de 2004, serie C No. 110.

70. Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas vs. República Dominicana, Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, Sentencia, 28 de agosto de 2014, serie C No. 282.
71. Caso del Penal Miguel Castro Castro vs. Perú, Fondo, reparaciones y costas, Sentencia, 25 de noviembre de 2006, serie C No. 160.
72. Caso Fernández Ortega y otros vs. México, Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, Sentencia, 30 de agosto de 2010, serie C No. 215.
73. Caso García Asto y Ramírez Rojas vs. Perú, Sentencia, 25 de noviembre de 2005, serie C No. 137.
74. Caso Garrido y Baigorria vs. Argentina, Reparaciones y costas, Sentencia, 27 de agosto de 1998, serie C No. 39.
75. Caso Goiburú y otros vs. Paraguay, Fondo, reparaciones y costas, Sentencia, 22 de septiembre de 2006, serie C No. 153.
76. Caso González y otras (“Campo algodonero”) vs. México, Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, Sentencia, 16 de noviembre de 2009, Serie C No. 205.
77. Caso Heliodoro Portugal vs. Panamá, Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, Sentencia, 12 de agosto de 2008, serie C No. 186.
78. Caso Herzog y otros vs. Brasil, Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, Sentencia, 15 de marzo de 2018, serie C No. 353.
79. Caso Juan Humberto Sánchez vs. Honduras, Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, Sentencia, 7 de junio de 2003, serie C No. 99.
80. Caso Kawas Fernández vs. Honduras, Fondo, reparaciones y costas, Sentencia, 3 de abril de 2009, serie C, No. 196.

81. Caso Lori Berenson Mejía vs. Perú, Fondo, reparaciones y costas, Sentencia, 25 de noviembre de 2004, serie C No. 119.
82. Caso Mujeres víctimas de tortura sexual en Atenco vs. México, Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, Sentencia, 28 de noviembre de 2018, serie C No. 371.
83. Caso Norín Catrimán y otros (Dirigentes, Miembros y Activistas del Pueblo Indígena Mapuche) vs. Chile, Fondo, reparaciones y costas, Sentencia, 29 de mayo de 2014, serie C No. 279.
84. Caso Pollo Rivera vs. Perú, Fondo, reparaciones y costas, Sentencia, 21 de octubre de 2016, serie C No. 319.
85. Caso Radilla Pacheco vs. México, Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia, 23 de noviembre de 2009, serie C No. 209.
86. Caso Ricardo Canese vs. Paraguay, Fondo, reparaciones y costas, Sentencia, 31 de agosto de 2004, serie C No. 111.
87. Caso Rosendo Cantú y otra vs. México, Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, Sentencia, 31 de agosto de 2010, serie C No. 216.
88. Caso Terrones Silva y otros vs. Perú, Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, Sentencia, 26 de septiembre de 2018, serie C No. 360.
89. Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras, Fondo, Sentencia, 29 de julio de 1988, serie C No. 4.
90. Caso Vereda La Esperanza vs. Colombia, Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, Sentencia, 31 de agosto de 2017, serie C No. 341.
91. Caso Ximenes Lopes vs. Brasil, Sentencia, 4 de julio de 2006, serie C No. 149.
92. Caso Yvon Neptune vs. Haíti, Fondo, reparaciones y costas, Sentencia, 6 de mayo de 2008, serie C No. 180.

93. Caso Zambrano Vélez y otros vs. Ecuador, Fondo, reparaciones y costas, Sentencia, 4 de julio de 2007, serie C No. 166.

C. CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA

94. Caso relativo a la disputa territorial Libyan Arab Jamahiriya vs. Chad, Sentencia, 3 de febrero de 1994.

95. Caso relativo a la frontera y transfrontera de las acciones armadas, Nicaragua vs. Honduras, Sentencia, 20 de diciembre de 1988.

96. Caso de las pruebas nucleares, Australia vs. Francia, Sentencia, 20 de diciembre de 1974.

D. CORTE PERMANENTE DE JUSTICIA INTERNACIONAL

97. Grecia vs. Turquía, Intercambio de población griega y turca, Opinión consultiva, 30 de enero de 1923.

98. Tratamiento de los nacionales polacos y otras personas de origen o habla polaca en el territorio de Danzig, Opinión consultiva, 4 de febrero de 1932.

E. TRIBUNAL DE APELACIONES

99. Interlocutoria en segunda instancia, número 124/2016, Tribunal de Apelaciones Penal 1º, 29 de junio de 2016.

F. TRIBUNAL MILITAR DE ESTADOS UNIDOS EN NÚREMBERG

100. Fiscalía vs. Wilhelm von Leeb et. al., Juicio del Alto Comando Alemán, Caso No. 72, 28 de octubre de 1948, https://www.loc.gov/rr/frd/Military_Law/pdf/Law-Reports_Vol-12.pdf

101. Fiscalía vs. Wilhelm List et. al., Juicio de los rehenes, Caso No. 47, 19 de febrero de 1948,

http://www.worldcourts.com/imt/eng/decisions/1948.02.19_United_States_v_List2.pdf

G. TRIBUNAL MILITAR INTERNACIONAL DE NÚREMBERG

102. Estados Unidos de América, República Francesa, Reino Unido de la Gran Bretaña e Irlanda del Norte y la Unión de Repúblicas Sovieticas Socialistas contra Wilhelm Göring et. al., Juicio de los grandes criminales de guerra, 8 de agosto de 1945, <https://www.legal-tools.org/doc/388b07/pdf/>

H. TRIBUNAL MILITAR INTERNACIONAL PARA EL OESTE LEJANO

103. Estados Unidos de América, República de China, Reino Unido de la Gran Bretaña e Irlanda del Norte, Unión de las Repúblicas Sovieticas Socialistas, Australia, Canadá, República de Francia, Reino de Holanda, Nueva Zelanda, India y Filipinas contra Araki Sadao et. al., Juicio, 1 de noviembre de 1948, <https://www.legal-tools.org/doc/2c8cac/pdf/>

I. TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA LA EX YUGOSLAVIA

104. Fiscalía vs. Ante Gotovina et. al., Sentencia, No. IT-06-90-T, 15 de abril de 2011.

105. Fiscalía vs. Dario Kordic et. al., Sentencia, No. IT-95-14/2-T, 26 de febrero de 2001.

106. Fiscalía vs. Enver Hadzihasanovic et. al., Decisión interlocutoria desafiando la jurisdicción sobre la responsabilidad de comando, No. IT-01-47-AR72, 16 de julio de 2003.

107. Fiscalía vs. Enver Hadzihasanovic et. al., Sentencia, IT-01-47-T, 15 de marzo de 2006.

108. Fiscalía vs. Ljube Boskoski et. al., Sentencia, No. IT-04-82-T, 10 de julio de 2008.

109. Fiscalía vs. Mico Stanisic et. al., Sentencia, No. IT-08-91-T, 27 de marzo de 2013.
110. Fiscalía vs. Milorad Krnojelac, Sentencia, No. IT-95-25-T, 15 de marzo de 2002.
111. Fiscalía vs. Naser Oric, Sentencia, No. IT-03-68-T, 30 de junio de 2006.
112. Fiscalía vs. Pavle Strugar, Sentencia, No. IT-01-42-T, 31 de enero de 2005.
113. Fiscalía vs. Sefer Halilovic, Sentencia, No. IT-01-48-T, 16 de noviembre de 2005.
114. Fiscalía vs. Tihomir Blaskic, Apelación, No. IT-95-14-A, 29 de julio de 2004.
115. Fiscalía vs. Tihomir Blaskic, Sentencia, No. IT-95-14/T, 3 de marzo de 2000.
116. Fiscalía vs. Vidoje Blagojevic et. al., Apelación, No. IT-02-60-A, 9 de mayo de 2007.
117. Fiscalía vs. Vidoje Blagojevic et. al., Sentencia, No. IT-02-60-T, 17 de enero de 2005.
118. Fiscalía vs. Vujadin Popovic et. Al., Sentencia de apelación, IT-05-88-A, 30 de enero de 2015.
119. Fiscalía vs. Zejnil Delalic et. al., Sentencia, No. IT-96-21-T, 16 de noviembre de 1998.
120. Fiscalía vs. Zlatko Aleksovski, Sentencia, No. IT-95-14/1-T, 25 de junio de 1999.

J. TRIBUNAL MILITAR INTERNACIONAL PARA RUANDA

121. Fiscalía vs. Alfred Musema, Sentencia, No. ICTR-96-13-A, 27 de enero de 2000.

122. Fiscalía vs. Clément Kayishema et. al, Sentencia, No. ICTR-95-1-T, 21 de mayo de 1999.
123. Fiscalía vs. Eliézer Niyitegeka, Sentencia, No. ICTR-96-14-T, 16 de mayo de 2003.
124. Fiscalía vs. Ignace Bagilishema, Apelación, No. ICTR-95-1^a, 3 de julio de 2002.
125. Fiscalía vs. Ignace Bagilishema, Sentencia, No. ICTR-95-1A-T, 7 de junio de 2001.
126. Fiscalía vs. Jean Paul Akayezu, Sentencia, No. ICTR-96-4-T, 2 de septiembre de 1998.
127. Fiscalía vs. Juvénal Kajelijeli, Sentencia, No. ICTR-98-44A-T, 1 de diciembre de 2003.
128. Fiscalía vs. Laurent Semanza, Sentencia, No. ICTR-97-20-T, 15 de mayo de 2003.
129. Fiscalía vs. Tharcisse Muvunyi, Sentencia, No. ICTR-2000-55A-T, 12 de septiembre de 2006.
130. Fiscalía vs. Théoneste Bagosora et. al., Sentencia, No. ICTR-98-41-T, 18 de diciembre de 2008.
131. Sylvestre Gacumbitsi vs. La Fiscalía, Apelación, No. ICTR-2001-64-A, 7 de julio de 2006.
132. Ferdinand Nahimana et. al. vs. La Fiscalía, Apelación, ICTR-99-52-A, 28 de noviembre de 2007.

K. TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES

133. Particular danmificada vs. Sala II de la Exma. Recurso de casación, Sala Segunda del Tribunal de Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires, No.

26.782 y sus acumuladas 27.063 y 33.681, 15 de octubre de 2009, <https://juba.scba.gov.ar/VerTextoCompleto.aspx?idFallo=83154>

134. Particular danmificado vs. Tribunal Criminal No. 4 del Departamento Judicial de la Plata, Recurso de casación, Tribunal de Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires, causa no. 61.830, 18 de junio de 2014, <https://juba.scba.gov.ar/VerTextoCompleto.aspx?idFallo=121593>

L. CÁMARA FEDERAL DE APELACIONES DE SAN MARTÍN

135. Recurso de apelación, causa 10.491, Cámara Federal de Apelaciones de San Martín, 9 de agosto de 2013, p. 14.

M. SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN

Ejecutorias

136. Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Contradicción de tesis 293/2011, aprobada en sesión de tres de septiembre de dos mil trece.
137. Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, amparo directo en revisión 2922/1998, aprobado en sesión de dieciocho de mayo de mil novecientos noventa y nueve.
138. Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, amparo directo en revisión 4104/2013, aprobado en sesión de diecinueve de noviembre de dos mil catorce.
139. Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Contradicción de tesis 381/2010, aprobado en sesión de dieciocho de mayo de dos mil once.
140. Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Expediente varios 912/2010, aprobado en sesión de catorce de julio de dos mil once.
141. Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Expediente varios 489/2010, aprobado en sesión de siete de septiembre de dos mil diez.

Tesis

Tribunal Pleno

142. Tesis P./J. 20/2014 (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, t. I, abril de 2014, p. 202.
143. Tesis P. LX/99, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. X, agosto de 1999, p. 55.
144. Tesis P.LXXI/2011(9ª), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. 1, diciembre de 2011, p. 554.
145. Tesis P. VII/2013 (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, t. 1, marzo de 2013, p. 361.

Primera Sala

146. Tesis: 1a./J. 54/2014 (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, t. I, julio de 2014, p. 131.
147. Tesis 1a. XIV/91, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Octava Época, t. VII, junio de 1991, p. 76.
148. Tesis 1a./J. 24/2016, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, t. II, mayo de 2016, p. 802.
149. Tesis 1a. LXIII/2001, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XIV, agosto de 2001, p. 187.

Segunda Sala

150. Tesis 2a./J. 163/2017 (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, t. I, diciembre de 2017, p. 487.

N. TRIBUNALES COLEGIADOS DE CIRCUITO

151. Tesis II.2o.P. J/4 (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, t. IV, agosto de 2017, p. 2330.

IV. LEGISLACIÓN

Acuerdos

152. Acuerdo De Londres Para El Establecimiento De Un Tribunal Militar Internacional, Londres, Inglaterra, firmado el 8 de abril de 1945, https://www.almendron.com/blog/wp-content/images/2015/01/Acuerdo_Londres_8_Agosto_1945.pdf
153. Conferencia de Moscú de Secretarios de Exterior, Moscú, entonces Unión Soviética, celebrada el 1º de noviembre de 1943, <https://www.loc.gov/law/help/us-treaties/bevans/m-ust000003-0816.pdf>
154. Principios de Derecho Internacional reconocidos en la Carta del Tribunal de Núremberg y el Juicio del Tribunal, texto adoptado por la Comisión de Derecho Internacional, 1950, http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/draft_articles/7_1_1950.pdf

Códigos

155. Instrucciones para la Conducción de los Ejércitos de los Estados Unidos en Campaña (Código de Lieber), Washington D.C., 24 de abril de 1863, <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/3/1158/4.pdf>
156. Código Penal Federal, México, 1931, http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/9_120419.pdf
157. Código de Justicia Militar, México, 1933, http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/4_210618.pdf

158. Código Penal de Uruguay, Uruguay, 1933,
<https://parlamento.gub.uy/documentosyleyes/codigos?page=1>

Constituciones

159. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, México, 1917,
http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/1_090819.pdf
160. Constitución de la Nación Argentina, Argentina, 1995,
<http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/0-4999/804/norma.htm>

Instrumentos Internacionales

161. Carta de la Organización de las Naciones Unidas, San Francisco, Estados Unidos, 26 de junio de 1945, <https://www.un.org/es/charter-united-nations/>
162. Convención Americana sobre Derechos Humanos, San José, Costa Rica, 22 de noviembre de 1969, http://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos.htm
163. Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes, Nueva York, Estados Unidos, 10 de diciembre de 1984,
<https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/cat.aspx>
164. Convención de la Haya para la protección de bienes culturales, La Haya, Países Bajos, 14 de mayo de 1954, http://portal.unesco.org/es/ev.php-URL_ID=13637&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html
165. Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, Viena, 23 de mayo de 1969,
https://www.oas.org/36ag/espanol/doc_referencia/Convencion_Viena.pdf
166. Convención Interamericana Sobre Desaparición Forzada De Personas, Belém Do Pará, Brasil, 9 de junio de 1944,
<https://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/a-60.html>

167. Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas, Nueva York, Estados Unidos, 20 de diciembre de 2006,
<https://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/ConventionCED.aspx>
168. Convención relativa a las leyes y costumbres de la guerra terrestre, La Haya, Países Bajos, 18 de octubre de 1907,
<https://www.icrc.org/es/doc/resources/documents/misc/treaty-1907-hague-convention-4-5tdm34.htm>
169. Convenio de Ginebra para aliviar la suerte de los heridos, enfermos y náufragos de las fuerzas armadas en el mar, Ginebra, Suiza, 12 de agosto de 1949,
<https://www.icrc.org/es/doc/resources/documents/treaty/treaty-gc-2-5tdkwc.htm>
170. Convenio de Ginebra para aliviar la suerte que corren los heridos y los enfermos de las fuerzas armadas en campaña, Ginebra, Suiza, 12 de agosto de 1949, <https://www.icrc.org/es/doc/resources/documents/treaty/treaty-gc-1-5tdkna.htm>
171. Convenio de Ginebra sobre el trato a los prisioneros de guerra, Ginebra, Suiza, 12 de agosto de 1949,
<https://www.icrc.org/es/doc/resources/documents/treaty/treaty-gc-3-5tdkwx.htm>
172. Convenio de Ginebra sobre la protección de personas civiles en tiempo de guerra, Ginebra, Suiza, 12 de agosto de 1949,
<https://www.icrc.org/es/doc/resources/documents/treaty/treaty-gc-4-5tdkyk.htm>
173. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Nueva York, Estados Unidos, 19 de diciembre de 1966,
<https://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CCPR.aspx>

174. Protocolo I adicional a los Convenios de Ginebra de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales, Ginebra, Suiza, 8 de junio de 1977, <https://www.icrc.org/es/document/protocolo-i-adicional-convenios-ginebra-1949-proteccion-victimas-conflictos-armados-internacionales-1977>
175. Protocolo II adicional a los Convenios de Ginebra de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional, Ginebra, Suiza, 8 de junio de 1977, <https://www.icrc.org/es/doc/resources/documents/misc/protocolo-ii.htm>
176. Protocolo II de la Convención sobre prohibiciones o restricciones del empleo de ciertas armas convencionales que puedan considerarse excesivamente nocivas o de efectos indiscriminados, Ginebra, Suiza, 10 de octubre de 1980, <http://www.ordenjuridico.gob.mx/TratInt/Mexico/DIH/DG13.pdf>

Leyes

177. Las leyes de la guerra en la tierra (Manual Oxford), Oxford, 1880, <https://ihl-databases.icrc.org/ihl/INTRO/140?OpenDocument>
178. Ley 11.179, Código Penal de la Nación Argentina, Argentina, 1984, https://www.oas.org/dil/esp/Codigo_Penal_de_la_Republica_Argentina.pdf
179. Ley 12.367, Argentina, 1938, <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/verNorma.do?id=46323>
180. Ley 18.834, Argentina, 1970, <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/verNorma.do?id=44766>
181. Ley 19.101, *Ley para el personal militar*, Argentina, 1971, <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/15000-19999/19875/texact.htm>

182. Ley 19.349, *Ley de Germandería Nacional*, Argentina, 1971, <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/35000-39999/38871/texact.htm>
183. Ley 23.554 relativa a los *Principios básicos Finalidad y estructura del sistema. Organización de las Fuerzas Armadas. Servicio de Defensa Nacional. Organización territorial y Movilización Disposiciones generales y transitorias*, Argentina, 1988, <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/20000-24999/20988/texact.htm>
184. Ley de Ascensos y Recompensas del Ejército y Fuerza Aérea Mexicanos, México, 2004, <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/21.pdf>
185. Ley de Disciplina del Ejército y Fuerza Aérea Mexicanos, México, 1926, <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/33.pdf>
186. Ley de Educación Militar del Ejército y Fuerza Aérea, México, 2005, http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LEMEFAM_220518.pdf
187. Ley de la Guardia Nacional, México, 2019, http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LGN_270519.pdf
188. Ley General en Materia de Desaparición Forzada de Personas, Desaparición Cometida por Particulares y del Sistema Nacional de Búsqueda de Personas, México, 2017, http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LGMDFP_171117.pdf
189. Ley General para Prevenir, Investigar y Sancionar la Tortura y Otros Tratos o Penas Cruels, Inhumanos o Degradantes, México, 2017, http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LGPIST_260617.pdf
190. Ley No. 10 del Consejo de Control, Berlín, 1945, <https://www.legal-tools.org/doc/ffda62/pdf/>

191. Ley No. 17.060, Uruguay, 1999,
https://parlamento.gub.uy/documentosyleyes/leyes?Ly_Nro=17060&Ly_fechaDePromulgacion%5Bmin%5D%5Bdate%5D=30-04-1935&Ly_fechaDePromulgacion%5Bmax%5D%5Bdate%5D=01-05-2019&Ltemas=&tipoBusqueda=T&Searchtext=
192. Ley No. 18.026, denominada “Cooperación con la Corte Penal Internacional en materia de lucha contra el genocidio, los crímenes de guerra y de lesa humanidad”, Uruguay, 2006,
<https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2010/7811.pdf>
193. Ley No. 19.315, Ley Orgánica Policial, Uruguay, 2015,
<http://www.impo.com.uy/bases/leyes/19315-2015>
194. Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, México, 1976,
http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/153_090819.pdf
195. Ley Orgánica del Ejército y Fuerzas Armadas, México, 1986,
http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/169_210618.pdf
196. Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, México, 1995,
http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/172_010519.pdf
197. Ley Orgánica Militar No. 14.157, Uruguay, 1974,
<https://legislativo.parlamento.gub.uy/temporales/leytemp1269267.htm>
198. Ley sobre celebración de tratados, México, 1992,
<http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/216.pdf>

Reglamentos

199. Reglamento de la Ley de la Guardia Nacional, México, 2019,
https://dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5564530&fecha=29/06/2019

200. Reglamento General de Regiones y Zonas Militares, México, 1951,
<http://www.diputados.gob.mx/documentos/Defensa/51.pdf>
201. Reglamento Interior de la Secretaria de la Defensa Nacional, México, 2008,
<http://www.ordenjuridico.gob.mx/Documentos/Federal/pdf/wo88780.pdf>
202. Reglamento relativo a las leyes y costumbres de la guerra terrestre (H.IV.R),
La Haya, Países Bajos, firmado el 18 de octubre de 1907,
<https://www.icrc.org/spa/resources/documents/misc/treaty-1907-regulations-laws-customs-war-on-land-5tdm39.htm>.

Estatutos

203. Estatuto de la Corte Penal Internacional, Roma, 1998,
[http://www.un.org/spanish/law/icc/statute/spanish/rome_statute\(s\).pdf](http://www.un.org/spanish/law/icc/statute/spanish/rome_statute(s).pdf)
204. Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Núremberg, Berlín, 1945,
http://www.cruzroja.es/principal/documents/1750782/1852538/estatuto_del_tribunal_de_nuremberg.pdf/20090fa2-e5bf-447a-aa96-612403df2a66.
205. Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la Ex Yugoslavia, Nueva York, 1993,
<https://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/InternationalTribunalForTheFormerYugoslavia.aspx>
206. Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Ruanda, Nueva York, 1994,
<https://www.ohchr.org/sp/ProfessionalInterest/Pages/StatuteInternationalCriminalTribunalForRwanda.aspx>

Resoluciones de organismos internacionales

207. Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos, Resolución 1619, 7 de junio de 1999, AG/RES. 1619 (XXIX-O/99).

208. Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos, Resolución 1900, 4 de junio de 2002, AG/RES. 1900 (XXXII-O/02).
209. Comisión de Derecho Internacional de la Organización de las Naciones Unidas, Articulado sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, aprobada por la asamblea general en su 53º sesión, mediante resolución A/RES/56/83, el 28 de enero de 2002, Nueva York, http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/draft_articles/9_6_2001.pdf, 30 de mayo de 2019, 19:05.
210. Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe Anual 1998, 16 de abril de 1999, OEA/Ser.L/V/II.102,
211. Comisión Preparatoria de la Corte Penal Internacional, Examen histórico de la evolución en materia de agresión, PCNICC/2002/WGCA/L.1, Nueva York, 24 de enero de 2002, <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r29046.pdf>
212. Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el establecimiento de una Corte Penal Internacional, Acta final, A/CONF.183/10, Roma, 17 de julio de 1998, <http://www.un.org/spanish/law/icc/statute/finalfra.htm>
213. Consejo de Seguridad, Organización de las Naciones Unidas, Resolución 955, S/RES/955 (1994), Nueva York, 8 de noviembre de 1994, http://unictr.irmct.org/sites/unictr.org/files/legal-library/941108_res955_en.pdf
214. Consejo de Seguridad, Organización de las Naciones Unidas, Informe presentado al Secretario General de conformidad con el párrafo 2 de la resolución 808 (1993), Nueva York, 20 de marzo de 1993, <https://undocs.org/es/S/25704>
215. Consejo de Seguridad, Organización de las Naciones Unidas, Resolución 827 (1993), S/RES/827, Nueva York, 25 de mayo de 1993, [https://undocs.org/es/s/res/827\(1993\)](https://undocs.org/es/s/res/827(1993))

216. Consejo de Seguridad, Organización de las Naciones Unidas, Resolución 808 (1993), S/RES/808, Nueva York, 22 de febrero de 1993, http://www.icty.org/x/file/Legal%20Library/Statute/statute_808_1993_en.pdf
217. Consejo de Seguridad, Organización de las Naciones Unidas, Resolución 935, S/RES/935 (1994), Nueva York, 1 julio de 1994, <http://unscr.com/en/resolutions/doc/935>
218. Oficina de la Fiscalía de la Corte Penal Internacional, Reporte de estrategia de persecución, 14 de septiembre de 2006, https://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/D673DD8C-D427-4547-BC69-2D363E07274B/143708/ProsecutorialStrategy20060914_English.pdf; *Broomhall*, 30 de mayo de 2019, 20:50

V. PÁGINAS DE INTERNET

219. COMITÉ INTERNACIONAL DE LA CRUZ ROJA, Comentario al artículo 49 de la I Convención de Ginebra de 1949, consultado en <https://ihl-databases.icrc.org/applic/ihl/ihl.nsf/Comment.xsp?action=openDocument&documentId=3ED0B7D33BF425F3C1257F7D00589C84>, Ginebra 2016, 29 de septiembre de 2019
220. COMITÉ INTERNACIONAL DE LA CRUZ ROJA, *La responsabilidad de los superiores y la responsabilidad por omisión*, marzo 2014, <https://www.icrc.org/spa/assets/files/2014/command-responsibility-icrc-spa.pdf>