

## RESPONSABILIDAD PENAL DEL SUPERIOR JERÁRQUICO EN LA LEY MEXICANA SOBRE DESAPARICIÓN FORZADA DE PERSONAS<sup>1</sup>

Rodolfo González Espinosa<sup>2</sup>

### 1. INTRODUCCIÓN

Según datos oficiales, entre 1962 y 2023, en México 295,209 personas han sido desaparecidas<sup>3</sup>; tan solo en 2022 se reportaron 22,754 personas desaparecidas. Es evidente que, como variante de violencia colectiva propias de la macrocriminalidad (Jäger 1989, 11; Ambos 2021, 139), las desapariciones forzadas representan un enorme desafío para el Estado mexicano, sobre todo porque, aunque existen casos cometidos por miembros de las fuerzas armadas y policiales, otros se deben a los grupos criminales que operan en el país (Saenz 2021, 56 ss.; HRW 2011; HRW 2012).

Las desapariciones forzadas, reconocidas como Crímenes de Lesa Humanidad, al igual que el resto de los crímenes internacionales, han supuesto serios problemas para la justicia penal. Si bien es relativamente sencillo imputar a los perpetradores por la comisión de estos crímenes, normalmente recibían órdenes o la aquiescencia de sus superiores, lo que significaba que, sin el debido marco normativo, estos últimos podían quedar impunes.

Desde el Derecho Internacional Humanitario y el Derecho Penal Internacional se han buscado distintas respuestas para atribuir responsabilidad penal a quienes se encuentran en posiciones de mando en estructuras jerárquicas (Kiss, en Stahn 2015, 608). De entre esas respuestas nace la responsabilidad del superior jerárquico o responsabilidad de mando (Arnold/Jackson, en Ambos 2022, nm. 88).

En esa tesitura, el Estado mexicano ha contraído distintas obligaciones internacionales, no sólo en materia de Derechos Humanos, como la Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas, sino también penales, al ratificar el Estatuto de la Corte Penal Internacional (ECPI), el cual se encuentra vigente desde 1 de enero de 2006. Aunque no fue sino hasta 2017 que el Estado mexicano

---

<sup>1</sup> Cítese como: González Espinosa, R. 2023. Responsabilidad penal del superior jerárquico en la ley mexicana sobre desaparición forzada de personas. *Estudios sobre Jurisprudencia*, 184-197.

<sup>2</sup> Investigador doctoral de la Facultad de Derecho de la Georg-August-Universität Göttingen (GAU), Alemania y Secretario General del Centro de Estudios de Derecho Penal y Procesal Penal Latinoamericano (CEDPAL). Correo electrónico: rodolfo.gonzalezespinoza@jura.uni-goettingen.de

<sup>3</sup> Registro Nacional de Personas Desaparecidas y No localizadas de México, disponible en <https://version-publicarnpdno.segob.gob.mx/Dashboard/ContextoGeneral>

explícitamente incorporó la responsabilidad del superior jerárquico para el delito de desaparición forzada de persona, mediante la Ley General en Materia de Desaparición Forzada de Personas, Desaparición Cometida por Particulares y el Sistema Nacional de Búsqueda de Personas (LGMDFP).

En este trabajo se pretende hacer, en primer lugar, (2) un esbozo de la responsabilidad del superior jerárquico y de sus elementos, para posteriormente, (3) revisar la normativa y la jurisprudencia mexicana en la materia y, finalmente, (4) tomar una postura con respecto a la implementación de esta figura a nivel nacional.

## **2. LA RESPONSABILIDAD DEL SUPERIOR JERÁRQUICO EN EL DERECHO PENAL INTERNACIONAL**

La responsabilidad del superior jerárquico nace para sancionar, originalmente, a superiores militares; pero posteriormente se extendió también a los superiores civiles. Es por lo que, a lo largo del artículo usaremos el término “responsabilidad del superior jerárquico” y no “responsabilidad de mando”, puesto que la segunda alude principalmente a los mandos militares y la primera se refiere a los superiores en general, tanto militares como civiles (Ambos 2021, 275; Meloni 2010, 1; Nybondas 2010, 40).

La responsabilidad del superior es una forma de atribución de responsabilidad penal a través de la cual, puede hacerse penalmente responsable al superior militar o civil por crímenes de Derecho Penal Internacional cometidos por los subordinados bajo su control efectivo (Ambos 2021, 275; Nybondas 2010, 39-40; Meloni 2010, 1 ss.; Mettraux 2009, 13; Damaška 2001; Greppi 1999, 529). Esta doctrina fue reconocida originalmente por el Tribunal Penal Militar Internacional para el Lejano Oriente en el Caso Yamashita (UNWCC (1948), Vol. IV; Mettraux 2009, 5) aunque existen intentos previos de su reconocimiento (Greppi 1999, 531 ss.).

### **2.1. Fundamento**

La responsabilidad del superior jerárquico se funda en el Derecho Internacional Humanitario, particularmente en los art. 86, párr. 2 (“la infracción [que] haya sido cometida por un subordinado no exime de responsabilidad penal [...] 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”), art. 87 (deberes de los jefes), art. 43 inc. 2 (“mandos militares están obligados a impedir, o en su caso a denunciar, graves violaciones contra los Convención [...] miembros de sus tropas armadas o de otras personas sometidas a su control”), del Protocolo Adicional I a los Convenios de Ginebra. Posteriormente, la doctrina fue recogida en el Estatuto del

Tribunal para la ExYugoslavia (TPIY) y para Ruanda (TPIR) en el art. 7, párr. 3º y art. 6, párr. 3, respectivamente, los cuales prácticamente establecen lo mismo:

El hecho de que cualquiera de los actos mencionados (Crímenes reconocidos en) el presente Estatuto haya sido cometido por un subordinado no exime a su superior de la responsabilidad penal si éste sabía o tenía razones para saber que el subordinado se aprestaba a cometer dichos actos o los había cometido y el superior no tomó las medidas necesarias y razonables para impedir dichos actos o castigar a sus autores.

Finalmente, la versión más acabada de la doctrina se encuentra en el art. 28 del ECPI que, en primer lugar, distingue entre los superiores militares (inc. a) y los civiles (inc. b), aunque en ambos casos serán penalmente responsables 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, en razón de no haber ejercido un control apropiado sobre esas fuerzas; siempre y cuando, en el caso de los superiores militares, 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 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.

Para el caso de los superiores civiles serán responsables por los crímenes cometidos por sus subordinados, cuando éste 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, los crímenes guardaren relación con actividades bajo su responsabilidad y control efectivo; y 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.

## **2.2. Elementos**

De lo anterior se desprenden cuatro elementos principales: 1) la existencia de una relación de jerarquía y subordinación, 2) los crímenes de los subordinados son consecuencia de la falta de control por parte del superior, 3) la omisión del superior para ejecutar contramedidas necesarias y apropiadas contempladas dentro de sus facultades (preventivas o represivas), y 4) el conocimiento o desconocimiento culpable de los crímenes por el superior. Estos elementos han sido ampliamente desarrollados tanto por la jurisprudencia (del TPIY especialmente caso *Aleksovski*; caso *Blaškić*; caso *Halilović*; caso *Hadžihasanović and Kubura*; caso *Orić*. Del TPIR, caso *Rutaganda*; caso *Kayishema y Ruzindana*; caso *Semanza*; caso *Kajelijeli*. Finalmente, de la CPI: el caso *Bemba*), así como por la doctrina internacional (*Arnold/Jackson*, en *Ambos 2022*; *Ambos 2021*, 257-327;

Werle/Jeßberger 2020, nm. 652 ss.; Kiss, 2016, 40-66; Schabas 2016, 607-620; Garrocho Salcedo 2016; Kiss, en Stahn 2015; Garrocho Salcedo, en Gil Gil 2013, 147-184; Meloni 2010; Nybondas 2010; Mettraux 2009; Damaška 2001, entre otros).

### **2.2.1. La existencia de una relación de supra- subordinación**

El estatus de superior lo detenta aquella persona que tiene la capacidad de dar órdenes y que éstas se ejecuten (Bemba, párr. 180; Ambos 2021, 290; Arnold/Jackson, en Ambos 2022, nm. 23; Gil Gil/Maculan 2013, 160). Se trata de la persona que tiene “autoridad y control” efectivos sobre sus subordinados, independientemente de su estatus formal, ya sea un comandante *de jure* o *de facto* (Bemba, párr. 408-410. Arnold/Jackson, en Ambos 2022, nm. 22-25; Gil Gil/Maculan 2013, 160-1). El concepto de superior debe considerarse en términos de una jerarquía que abarca el concepto de control (Orić, para. 309; Arnold/Jackson, en Ambos 2022, nm. 22 ss. y 73 ss.; Ambos 2021, 290 ss.; Meloni 2010, 159, 164). Esto tiene dos consecuencias. Por un lado, la responsabilidad del superior así entendida conlleva, desde la perspectiva de un sistema diferenciado de participación, una especie de autoría jerárquica de alto nivel con el respectivo control sobre el hecho y los actores. Por otro lado, el estatus del superior opera íntimamente ligado al elemento de autoridad o control efectivo (Ambos 2021, 293).

### **2.2.2. Los crímenes de los subordinados sean consecuencia de la falta de control por parte del superior**

Tanto los militares (art. 28, inc. a) ECPI) como cualquier otro superior (art. 28, inc. b) ECPI) deben ejercer una autoridad y control efectivos (Arnold/Jackson, en Ambos 2022, nm. 28; Werle/Jeßberger 2020, nm. 688; Delić para. 58 ss.; Popović et al. para. 1037 ss.), mientras que, para los militares, además, se requiere mando y control. Para Ambos, el *control* se encuentra vinculado tanto a la autoridad como al mando, y los considera un concepto genérico que los engloba (Ambos 2021, 293). Por otro lado, *mando* se refiere en un sentido más bien material (una orden, una directiva) y *autoridad* parece tener un significado más bien formal en el sentido del derecho o permiso para actuar legalmente (Bemba párr. 180; Arnold/Jackson, en Ambos 2022, nm. 26 ss. y 77-79). Tanto el mando como la autoridad implican control: el mando explícitamente como poder para controlar, la autoridad implícitamente como derecho a mandar. En consecuencia, un superior con mando y autoridad normalmente controla a sus subordinados y tiene la capacidad de emitir órdenes (Arnold/Jackson, en Ambos 2022, nm. 78-79; Ambos 2021, 293; Bemba para. 413).

Doctrinalmente, el control y la responsabilidad derivada de este se funda desde distintas perspectivas. Para Ambos, nace desde una posición de garante que implica la determinación de un sujeto especialmente obligado, donde debe comprobarse una equivalencia material y normativa entre la omisión y la acción comisiva, es decir, la existencia de un

deber jurídico de actuar para evitar el resultado (Ambos 2021, 301). Esta idea tiene su paralelismo en el sistema anglosajón con las teorías de la *Legal Duty* (Dopico Gómez-Aller 2006). Algunos autores como Mettraux fundan la responsabilidad del superior en la existencia de un deber legal de actuar que impone a los superiores ciertos deberes de control sobre sus subordinados que pueden deducirse de ciertas disposiciones normativas (Mettraux, 2009, 47-51).

Por su parte Weigend estima que el fundamento de dicha responsabilidad reside en la libre asunción del superior del control sobre una fuente de peligro (*freiwillige Übernahme der Überwachung einer Gefahrenquelle*) como consecuencia de lo cual se produce una confianza en la generalidad de que dicha fuente de peligro esté controlada por la persona vigilante (Weigend 2004, 999-1027). Crítico al respecto, Berster sitúa dicho fundamento en dominio del control (*Kontrollherrschaft*) que sirve para explicar el problema de la equivalencia de la responsabilidad por omisión en general y la responsabilidad del superior en particular. La imputación en la omisión debe corresponderse con los criterios de imputación utilizados en la comisión activa, de modo que el dominio del hecho en la comisión (*Tatherrschaft*) se identifica con el dominio del control (*Kontrollherrschaft*) para comportamientos omisivos. La relación entre superior y subordinado muestra el dominio sobre el control en virtud del poder del superior de emitir órdenes o instrucciones (Berster 2008, 161 ss.).

Toda vez que el art. 28 del ECPI exige que los crímenes de los subordinados sean resultado de la falta de control adecuado por parte del superior, debe establecerse una relación causal entre el incumplimiento del superior y los crímenes de los subordinados (Arnold/Jackson, en Ambos 2022, nm. 38 ss.; Meloni 2010, 173-176; Ambos 2021, 301). Es, precisamente la capacidad material de ejercer un control suficiente sobre los subordinados para evitar que cometan crímenes, la “piedra angular” de esta doctrina, “intrínsecamente ligada a la situación de hecho” del caso concreto (Caso Kayishema and Ruzindana paras. 229 ss.; Ambos 2021, 295).

El nexo causal entre la falta de control y la comisión de los crímenes se desprende de la falta de autoridad o de control efectivo sobre sus subordinados. Para explicar el nexo causal entre la falta de control y la comisión de los crímenes, se presenta la tesis del aumento del riesgo (Roxin 1962, 411-444; Greco/Roxin 2020, nm. 88; Ambos 2021, 304 ss.). En este sentido, se trata de comprobar si el comportamiento imprudente ha aumentado el riesgo de producción del resultado con respecto a la conducta hipotética permitida. Para el caso de afirmarse dicho incremento del riesgo por parte del comportamiento descuidado podría procederse a la imputación del resultado al sujeto que actúa imprudentemente. Si la conducta descuidada no aumenta el riesgo de producción del resultado, no se podrá imputar el resultado, procediendo en estos casos a la absolución del sujeto (Roxin 1962, 411, 430 ss.).

La relación de causalidad (*element of causality*) entre la falta de control y la comisión de los crímenes, es decir, ejercer un “control apropiado” debe entenderse unido al ejercicio del “control efectivo” por parte del superior hacia sus subordinados, por lo que podemos inferir que el no actuar del superior impacta directamente en los actos de los subordinados.

La jurisprudencia de la CPI ha seguido parcial, aunque no consistentemente las consideraciones sobre la teoría del aumento del riesgo (Roxin 1962, 411-444; Greco/Roxin 2020, nm. 88; Ambos 2021, 304 ss.), toda vez que, en la decisión de confirmación del caso Bemba, la Sala afirmó que debe haber alguna forma de causalidad entre el fallo de supervisión del superior y los crímenes subyacentes de los subordinados; el tribunal de enjuiciamiento determinó al requisito de causalidad como un elemento esencial de la doctrina y la sala de apelaciones no se pronunció al respecto (caso Bemba para. 51; crít. Ambos 2021, 302 ss. y para comentarios sobre la sentencia de apelación v. Ambos/Velásquez Velásquez 2020).

### **2.2.3. La omisión del superior para ejecutar contramedidas necesarias y apropiadas contempladas dentro de sus facultades (preventivas o represivas)**

El superior debe cumplir con dos deberes distintos en diferentes momentos: en primer lugar, el deber de prevenir antes de que los crímenes hayan sido cometidos y, en segundo lugar, el deber de castigar después de la comisión de éstos (caso Kordić and Čerkez paras. 9 ss.; caso Delić paras. 71 ss.; caso Šainović et al. para. 116; caso Popović et al. para. 1036; caso Gotovina para. 1965; caso Đorđević para. 1888.). Que el superior tenga que “prevenir” o “reprimir” depende de las circunstancias concretas de cada caso. El deber de prevenir es primario con respecto a crímenes futuros, mientras que el deber de castigar es subsidiario con respecto a crímenes del pasado (caso Bemba paras. 435-443; caso Orić para. 326 con más referencias. También Arnold/Jackson, en Ambos 2022, nm. 66).

Las medidas concretas dependen de la posición del superior en la cadena de mando; en particular, no hay distinción entre las obligaciones “generales” y “específicas” de adoptar estas medidas, simplemente se busca que sean las adecuadas al caso en concreto (caso Halilović para. 64; caso Blaškić para. 72). Es decir, hasta el momento no existe un catálogo de medidas concretas, sino que éstas deben establecerse razonablemente, según el caso en concreto.

### **2.2.4. El conocimiento o desconocimiento culpable de los crímenes por el superior**

Por cuanto hace al requisito subjetivo (*mens rea*), el art. 28 del ECPI lo amplía más allá de la propia falta de supervisión sobre los actos concretos de los subordinados. Si bien los subordinados deben actuar con intención y conocimiento en términos del art. 30 ECPI, para el superior, basta con el estándar “debería haber sabido” o “haber ignorado

conscientemente la información”. El estándar es menos estricto para los superiores militares, pues requiere que el superior “hubiere sabido” o “hubiere debido saber”, en tanto que el estándar para el superior civil requiere que éste “hubiera tenido conocimiento” o “deliberadamente hubiera hecho caso omiso”. Lo que implica, en el primer caso, simplemente una negligencia y en el segundo, una decisión consciente para ignorar la comisión de los crímenes. Esto sólo es lógicamente posible, si el superior no es directamente responsable de los delitos de los subordinados, sino principalmente de su incumplimiento del deber (Arnold/Jackson, en Ambos 2022, nm. 52 ss.; Ambos 2021, 311 ss.; Meloni 2010, 202).

### **3. LA RESPONSABILIDAD DEL SUPERIOR EN LA LEY MEXICANA DE DESAPARICIÓN FORZADA**

A continuación, se analiza la responsabilidad del superior jerárquico tal y como está dispuesta en la LGMDFP y, posteriormente, en la jurisprudencia mexicana.

#### **3.1. La Ley General en Materia de Desaparición Forzada de Persona**

El Estado mexicano incorporó, explícitamente, a su legislación nacional la responsabilidad del superior jerárquico en 2017 mediante la Ley General en Materia de Desaparición Forzada de Personas, Desaparición Cometida por Particulares y del Sistema Nacional de Búsqueda de Personas (LGMDFP), de tal suerte que el art. 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 aplicable.

La descripción normativa es, por decir lo menos, conflictiva. En principio, se trata de un modelo de responsabilidad exclusiva para casos de desaparición forzada de personas, en segundo lugar, es en la especie, una norma penal en blanco que remite a instrumentos internacionales y que complica significativamente su aplicación.

Si bien tanto el ECPI como las convenciones internacionales son un marco y no deben trasladarse exactamente al ámbito nacional (Schabas 2016, 153), pues los Estados tienen la libertad legislativa de encontrar sus propias soluciones, lo cierto es que el art. 29 de la LGMDFP representa un rompimiento con la doctrina dominante.

En ese sentido, el legislador contempla el mandato explícito del art. 6 de la LGMDFP para emplear los tratados internacionales de los que México es parte. Es decir, además de la ley penal nacional, implica la aplicación de la Declaración sobre la Protección de todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas, de 18 de diciembre de 1992 (ONU, Res. 47/133), la Convención Internacional para la Protección de todas las Personas contra las

Desapariciones Forzadas, del 23 de septiembre de 2005 (ONU, Res. 61/177), vigente para México desde 2010 y, desde luego, el ECPI y la jurisprudencia internacional.

Ahora bien, en el acápite anterior se ha descrito a la responsabilidad del superior como una forma de atribución de la responsabilidad<sup>4</sup>; sin embargo, el legislador mexicano, en la redacción del artículo, en lugar de hablar de falta de control o la falla en el control, traslada la autoría directamente al superior. Doctrinalmente, podría explicarse como un “delito accesorio” (*adjunct offence*) (Dressler 2009, 140, 379-419; Simester/Sullivan 2007, 269-78, 305-22). Aunque si la responsabilidad del superior jerárquico fuese un crimen autónomo, entonces tendría su propio bien jurídico tutelado, que es el mando responsable (Dondé Matute 2021, 52, Garrocho Salcedo, en Gil Gil 2013, 160).

Para su comprensión, el art. 29 requiere ser relacionado con otros artículos de la misma ley, en particular el art. 27, que, para la comisión de la desaparición forzada de persona, requiere de la autorización, el apoyo o la aquiescencia de un servidor público, pero en el caso que nos ocupa, se refiere a la aquiescencia del superior jerárquico. Es decir, que el superior jerárquico mediante su omisión, permita la comisión del delito, pues de lo contrario, no existiría el nexo de causalidad y en consecuencia se rompería con el principio de culpabilidad (caso Bemba párr. 211; Ambos 2021, 323; Ontiveros 2017, 65-6).

La redacción del art. 29 de la LGMDF ha sido criticada por el Comité contra la Desaparición Forzada de la ONU en sus observaciones finales sobre el informe presentado por México (ONU, CED/C/MEX/CO/1) por apartarse de los estándares de la Convención Internacional para la Protección de todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas, que en su art. 6, párr. 1º, inc b) señala:

b) Al superior que:

i) Haya tenido conocimiento de que los subordinados bajo su autoridad y control efectivos estaban cometiendo o se proponían cometer un delito de desaparición forzada, o haya conscientemente hecho caso omiso de información que lo indicase claramente;

ii) Haya ejercido su responsabilidad y control efectivos sobre las actividades con las que el delito de desaparición forzada guardaba relación; y

iii) No haya adoptado todas las medidas necesarias y razonables a su alcance para prevenir o reprimir que se cometiese una desaparición forzada, o para poner los hechos en conocimiento de las autoridades competentes a los efectos de su investigación y enjuiciamiento...

---

<sup>4</sup> Es cierto que una parte de la doctrina internacional considera, como solución viable, a la responsabilidad del superior como delito autónomo, aunque la discusión terminó luego del reconocimiento explícito del ECPI como forma de atribución de responsabilidad. Al respecto v *Robinson*, Mel.JIL 13 (2012), 30 ss.



De lo anterior se deduce que el artículo 6 de la Convención es compatible con la descripción del art. 28 del ECPI y diferencia los elementos que la conforman, en tanto que la legislación mexicana carece expresamente de todos aquellos supuestos. Así mismo, no hay legislación secundaria o reglamentaria que explique los elementos de la responsabilidad del superior.

Ya en la propia discusión legislativa se planteó que las normas internacionales “no son de carácter autoaplicativas, o lo son en un sentido muy vago, por lo que se requiere de la armonización legislativa que les permita instrumentarse” (Gaceta Parlamentaria 2017, 22), sin embargo, el resultado del proceso legislativo fue deficiente.

Por lo tanto, para acreditar la responsabilidad del superior, en consonancia con los criterios internacionales, será necesario demostrar que quienes cometen directamente las desapariciones forzadas, las hayan realizado con la aquiescencia del superior jerárquico y para ello, deberá acreditarse que los subordinados se encontraban bajo el control efectivo del último y que éste sabía o hubiera debido saber que los subordinados iban a cometer la desaparición forzada. O para el caso de que lo hubieran cometido, sea capaz de tomar las medidas necesarias para castigarlos o ponerlos a disposición de la autoridad competente.

En este sentido, la ley es ambigua y el proceso legislativo no ayuda a esclarecer los límites de la responsabilidad, pues los legisladores determinan que “**todo** servidor público” (resaltado en el original) tiene el deber jurídico de impedir las desapariciones forzadas (Gaceta Parlamentaria 2017, 85). Lo anterior es incompatible con la realidad, pues quien trabaja en el Registro Público o es funcionario judicial, por poner un ejemplo, es servidor público, sin embargo, carece del control o de la autoridad sobre fuerzas de seguridad o miembros de la delincuencia organizada que cometan una desaparición forzada.

El caso de la autoridad competente también resulta problemático, puesto que ésta depende de quien ejerza el control y de los límites de su responsabilidad formal frente a los subordinados, o como sugieren los legisladores, frente a cualquier perpetrador.

La ley tampoco distingue entre superiores *de iure* o *de facto*, sino que se limite al reconocimiento meramente formal-normativo, excluyendo a quienes, en muchos casos, si ejerzan un control real, aunque formalmente no detenten algún cargo público específico. Pensemos en el caso de la Guardia Nacional, donde sus miembros formalmente dependen de un mando civil, pero los superiores son militares en activo. La ley carece de un baremo explícito sobre la responsabilidad de los civiles en la posible comisión de desapariciones forzadas (al respecto Dondé Matute 2021).

En esa tesitura, siendo conscientes de que muchas de las desapariciones forzadas son cometidas por la delincuencia organizada (Saenz 2021, 56 ss.; Gaceta Parlamentaria

2017, 37; HRW 2011; HRW 2012), la formulación legal deja fuera a todos los superiores *de facto* de estas organizaciones criminales, haciendo aun más complicada su persecución y eventual enjuiciamiento.

Todo lo anterior, sin discutir que esta figura se circunscribe únicamente al delito de desaparición forzada de persona y deja fuera cualquier otro delito, incluso los cometidos por miembros del Estado. Lo que, dicho sea de paso, ya le ha costado a México condenas internacionales. En este sentido, es particularmente significativa la condena en el caso Atenco (CorIDH 2018, Caso mujeres víctimas de tortura sexual). En la sentencia, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CorIDH) consideró que México fue omiso para abrir líneas de investigación con respecto a la responsabilidad de mando de los funcionarios que estuvieron a cargo del operativo (Ídem paras. 295 ss.).

Sin embargo, la asimilación de esta figura en la cultura jurídica mexicana presenta, además, otros problemas. La jurisprudencia es escasa y el único caso sobresaliente fue resuelto en un sentido contrario al de los estándares internacionales.

### **3.2. La jurisprudencia mexicana sobre la responsabilidad del superior**

La jurisprudencia mexicana reconoce la existencia de la responsabilidad del superior cuando éste tolera que una orden no se ejecute, por lo que los delitos cometidos por los subalternos con la aquiescencia del superior (en este caso militar) son responsabilidad de este último (Tesis, XVII.1o.P.A.49 P (10a.), TCC, Décima Época, Gaceta del SJF, Libro 46, t. III, septiembre de 2017, 1814, Registro 2015114).

Esta decisión jurisprudencial, derivada del Amparo Directo Penal (ADP) 432/2015<sup>5</sup>, es relevante porque traza la concepción de esta figura en el ordenamiento mexicano. Los Magistrados del Tribunal Colegiado encontraron al acusado penalmente responsable en su carácter de teniente coronel como superior jerárquico de los militares que cometieron el delito de desaparición forzada de persona.

En primer lugar, en la sentencia no se mencionan los instrumentos internacionales ni se reconoce la responsabilidad del superior jerárquico fuera del ámbito castrense.

En segundo lugar, el Tribunal se equivocó al considerar que, derivado de la disciplina militar, el superior jerárquico cuenta con la autoridad y el control efectivo sobre sus tropas

---

<sup>5</sup> En los hechos descritos dentro del expediente se desprende que la víctima fue privada de la libertad por elementos militares de la Tercera Compañía de Infantería no Encuadrada a cargo del quejoso. Los militares llevaron a la víctima al cuartel y la retuvieron durante cerca de un mes, cuando la pusieron a disposición del Ministerio Público de la Federación. Los ofendidos interpusieron una denuncia ante la CNDH y un juicio de Amparo para conocer el paradero de su familiar. El quejoso, en su carácter de teniente coronel de la Tercera Compañía de Infantería no Encuadrada, respondió categóricamente que la víctima no se encontraba retenida en el cuartel.

y que la carga de la prueba corresponde al imputado para demostrar lo contrario (/DP 432/2015, 123-124), ya que, más allá de la contradicción con el principio de presunción de inocencia (Tesis, 1a. CLXXXIV/2013 (10a.), Décima Época, SJF y su Gaceta. Libro XX, t. 1, mayo de 2013, 523, Registro 2003493) y otros derechos de las personas imputadas, de acuerdo con la jurisprudencia internacional, este requisito debe ser probado por la fiscalía (caso Popović et al, para. 2023; caso Hadžihasanovi and Kubura, para. 21; caso Orić, para. 92; caso Bemba para. 418-419). Es decir, a diferencia del razonamiento al que llegó el Tribunal, interpretando de forma enteramente literal lo establecido por la normativa militar vigente y dar por hecho el control, la fiscalía debió acreditarlo como parte de la acusación y, en consecuencia, los tribunales debieron, fundada y razonadamente, tenerla por acreditada.

Por otro lado, es destacable analizar el razonamiento de los que hechos que hace el Tribunal con respecto al control efectivo, pues según lo que se desprende de la sentencia, la ausencia del superior del lugar de los hechos al momento de su comisión no es obstáculo para perder el control efectivo sobre sus subalternos. Lo que en esencia es congruente con la jurisprudencia y la doctrina internacional (Ambos 2021, 295 ss.). En efecto, un “comandante remoto” aún puede ejercer el control sobre sus subordinados (Ambos 2021, 295 ss.; Jackson, en Ambos/Velásquez Velásquez 2020, 182-3; Amnistía Internacional, en Ambos/Velásquez Velásquez 2020, 154-5), aunque dicho control debe ser probado bajo los mismos estándares que el control efectivo de cualquier otro comandante militar dependiendo de las circunstancias fácticas del caso (caso Strugar para. 363; caso Halilović para. 63; caso Orić para. 311; caso Bemba para. 171). Lamentablemente, la sentencia carece de argumentos que elaboren al respecto y se circunscribe a admitir que un superior militar tiene en todo momento el control sobre sus subordinados, independientemente de donde se encuentre.

Como se puede observar, la jurisprudencia estudió un caso donde los perpetradores y el superior fueron militares, sin embargo, a pesar del creciente número de desaparecidos, no hay resoluciones sobre la responsabilidad de superiores civiles. Esto es particularmente importante para conocer los alcances y los límites de esta forma de responsabilidad en un ámbito civil y donde el estándar de conocimiento debe ser más estricto que el militar.

#### **4. CONCLUSIONES**

La figura de la responsabilidad del superior jerárquico es una forma de atribución de responsabilidad penal desarrollada fundamentalmente en el Derecho Penal Internacional y explícitamente incorporada en México en 2017 para el delito de desaparición forzada de persona.

La responsabilidad del superior jerárquico representa una importante herramienta de imputación en casos de macrocriminalidad y derivado de la grave crisis de desapariciones forzadas por la que atraviesa México, es inestimable contar con un marco normativo que respete los Derechos Humanos, reconozca a las víctimas y al mismo tiempo, evite la impunidad. Desafortunadamente, tal y como el Poder Legislativo lo redactó en la LGMDFP lo único que traerá consigo es mayor impunidad y mayor abuso de autoridad.

La incorporación, a la luz de la legislación, muestra distintos problemas, especialmente la carencia de límites objetivos a la responsabilidad del superior jerárquico y una distinción entre los criterios para los superiores civiles frente a los superiores militares. Tampoco hay legislación secundaria que permita brindar seguridad jurídica a las personas imputadas como superiores jerárquicos.

Es difícil entender cómo, ante la gravedad que las desapariciones forzadas representan en México, el Poder Legislativo ha sido omiso en brindar un marco normativo más preciso a fin de evitar injusticias y mayor impunidad en un tema tan apremiante.

Por otro lado, la jurisprudencia estudiada, es el único referente para la comprensión nacional de la responsabilidad del superior, y aun con sus desviaciones de estándares internacionales se encuentra vigente, aunque no de forma obligatoria para la resolución de otros casos similares. Lo anterior puede significar una profundización del apartamiento de dichos estándares y que, en casos sucesivos se invierta la carga probatoria del control efectivo.

Así mismo, la jurisprudencia estudiada corresponde a un caso donde el acusado era un militar en activo, con estándares de control y de conocimiento distinto al de un superior jerárquico civil. Esto implica que la responsabilidad del superior jerárquico civil sigue siendo un área inexplorada por la jurisprudencia nacional.

## **BIBLIOGRAFÍA**

Ambos, K. (ed.). 2022. *Rome Statute of the International Criminal Court. Article-by-article commentary*, 4<sup>th</sup> ed., München: Hart / Beck / Nomos.

Ambos, K. 2021. *Treatise on international criminal law. Foundations and general part*, Vol. I, 2<sup>nd</sup> ed., Oxford: OUP.

Ambos, K. y Velásquez Velásquez, F. 2020. *El caso Bemba y la Responsabilidad de Mando. Comentarios y traducción a la sentencia de apelación*, Valencia: Tirant lo blanc/CEDPAL.

Congreso de la Unión. 2017. Dictámenes a discusión de las Comisiones Unidas de Justicia y de Derechos Humanos, con proyecto de decreto por el que se expide la Ley General en materia de Desaparición Forzada de Personas, Desaparición Cometida por Particulares y del Sistema Nacional de Búsqueda de Personas, Gaceta Parlamentaria, Año XX, jueves 12 de octubre de 2017, Número 4884-IV.

Damaška, M. 2001. "The Shadow Side of Command Responsibility", *AJCompL*, Vol. 49, No. 3, 455-496.

Dondé Matute, J. 2021. *Militarización de las instituciones policiales y Derecho Penal Internacional. Responsabilidad del superior jerárquico*, México: Tirant lo blanch.

Dopico Gómez-Aller, J. 2006. *Omisión e injerencia en Derecho Penal*, España: Tirant lo blanch.

Dressler, J. 2009. *Understanding Criminal Law*, 5 ed, Newark, NJ: LexisNexis.

Garrocho Salcedo, A. M. 2016. *La responsabilidad del Superior por Omisión en Derecho Penal Internacional*, Madrid: Thomson Reuters Aranzadi.

Gil Gil, Alicia (Dir.) / Maculan, Elena (Coord.). 2013. *Intervención Delictiva y Derecho Penal Internacional. Reglas de atribución de la responsabilidad en crímenes internacionales*, Madrid: Dykinson.

Greco, L. / Roxin, C. 2020. *Strafrecht Allgemeiner Teil, Band 1, Grundlagen, der Aufbau der Verbrechenslehre*, 5. Auflage, München: C.H. Beck.

Greppi, E. 1999. "The Evolution of criminal responsibility under international law" *RICR*, no 835, septiembre, 531-553.

Human Rights Watch. 2012. "México: Culpables conocidos, víctimas ignoradas – Tortura y maltrato en México", HRW.

Human Rights Watch. 2011. "Neither Rights nor Security. Killings, Torture and Disappearances in Mexico's War on Drugs", HRW.

Jäger, H. 1989. *Makrokriminalität. Studien zur Kriminologie kollektiver Gewalt*, Frankfurt am Main: Suhrkamp.

Kiss, A. 2016. "La responsabilidad penal del superior ante la Corte Penal Internacional", *ZIS* 1/2016, 40-66.

Meloni, C. 2010. *Command responsibility in international criminal law*, The Hague: T.M.C. Asser Press.

- Mettraux, G. 2009. *The law of command responsibility*, Oxford: OUP.
- Nybondas, M. L. 2010. *Command Responsibility and its Applicability to Civilian Superiors*, The Hague: T.M.C. Asser Press.
- Ontiveros Alonso, M. 2017. *Derecho Penal, Parte General*, México: UBIJUS, Alexander von Humbolt Stiftung, INACIPE.
- Robinson, D. 2012. "How Command Responsibility Got So Complicated: A Culpability Contradiction, Its Obfuscation, and a Simple Solution", *Melbourne Journal of International Law*, Vol. 13, 1/2012, 1-58.
- Roxin, C. 1962. "Pflichtwidrigkeit und Erfolg bei fahrlässigen Delikten", *ZStW* 74, 411-444.
- Saenz, R. 2021. "Confronting Mexico's Enforced Disappearance Monsters: How the ICC can Contribute to the Process of Realizing Criminal Justice Reform in Mexico", *50 Vanderbilt Law Review*, 45-112.
- Schabas, W. 2016. *The International Criminal Court: A Commentary on the Rome Statute*, 2 ed., Oxford: OUP.
- Simester, A. / Sullivan, R. 2007. *Criminal Law: Theory and Doctrine*, 3rd ed., London: Hart.
- Stahn, C. (ed.). 2015. *The Law and Practice of the International Criminal Court*, Oxford: OUP.
- United Nations War Crimes Commission. 1948. *Law Reports of Trials of War Criminals*, Vol. IV, London.
- Werle, G. / Jeßberger, F. 2020. *Völkerstrafrecht*, 5. Aufl., Tübingen: Mohr Siebeck.