

Revista

ISSN 2007-4700

León

MÉXICO

Número 24
enero - junio 2024



Reclutamiento de personas menores de edad como un crimen de lesa humanidad: una propuesta de interpretación de los “otros actos inhumanos”

Javier Dondé Matute

Doctor en Derecho penal internacional y comparado por la Universidad de Aberdeen, Escocia. Profesor titular de la Universidad Autónoma de Tlaxcala. javier.donde.m@uatx.mx

RESUMEN: El presente estudio parte del fenómeno del reclutamiento de personas menores de edad en situaciones donde no hay conflicto armado para establecer un procedimiento que permita su persecución como crimen de lesa humanidad. Para ello se hace un recuento de la regulación de esta conducta en el derecho internacional, que permita determinar su alcance. La propuesta plantea incorporar al reclutamiento como “otro acto inhumano”, crimen de lesa humanidad previsto en artículo 7(1)(k) del Estatuto de la Corte Penal Internacional. Para ello se elabora, con base en la jurisprudencia internacional, un procedimiento en virtud del cual el reclutamiento pudiera ser considerado como parte de esta cláusula abierta, señalando los requisitos y contornos que deben cumplirse para hacer esto posible.

PALABRAS CLAVE: reclutamiento, crímenes de lesa humanidad, Corte Penal Internacional, otros actos inhumanos, derechos de niñas, niños y adolescentes, niñas y niños soldados.

ABSTRACT: The present study's focus is on the recruitment of child soldiers in situations where there is no armed conflict, but there is a need for criminal persecution. To this end, an account is made of the regulation of this conduct in international law, which allows its scope to be determined. The idea is to incorporate this practice as “other inhumane act”, a crime against humanity within the meaning of article 7(1)(k) of the Rome Statute. To this end, a procedure is drawn up, on the basis of international jurisprudence, by virtue of which recruitment of child soldiers could be incorporated into the broad wording of the Rome Statute, pointing out the requirements and scope necessary to make this argument legally feasible.

KEYWORDS: Recruitment, crimes against humanity, International Criminal Court, other inhumane acts, rights of children, child soldiers.

Rec: 20-11-2023 | Fav: 14-12-2023

Reclutamiento de personas menores de edad como un crimen de lesa humanidad...

Sumario: 1. Introducción. 2. Reclutamiento en el derecho internacional. 2.1. Derecho internacional de los derechos humanos. 2.2. Derecho internacional de los conflictos armados. 2.3 Derecho penal internacional. 3. Otros actos inhumanos. 3.1 Regulación en el Estatuto de la Corte Penal Internacional. 4. Reclutamiento como otros actos inhumanos. 4.1. Conducta. 4.2. Elemento central. 4.3. Diferencia con otros crímenes de lesa humanidad. 4.4. Prohibición de la conducta. 4.5. Elementos contextuales. 5. Propuesta. 6. Conclusión. 7. Bibliografía.

1. Introducción

El objetivo de este trabajo es doble. Por un lado, se busca analizar a profundidad los otros actos inhumanos que constituyen crímenes de lesa humanidad; la última hipótesis del artículo 7 del Estatuto de la Corte Penal Internacional (ECPI, 2002). A diferencia de las demás conductas que pueden conformar un crimen de lesa humanidad, se trata de una cláusula con un alto grado de ambigüedad. La crítica principal ha sido que esto vulnera el principio de legalidad penal. No obstante, lo que se busca con este estudio es establecer un procedimiento para identificar las conductas que pudieran entrar dentro de esta categoría. Para ello se utilizará el método ya empleado en otros casos por la Corte Penal Internacional (CPI) y se analizará la posibilidad de replicarlo en otros casos.

Esto conduce al segundo objetivo. Para probar la viabilidad del método se tomará como base el reclutamiento de menores de edad. Esta conducta se eligió ya que se ha identificado que la delincuencia organizada está reclutando a menores de edad dentro de sus filas, en un contexto que no es de conflicto armado. Para no entrar al debate sobre si en México hay o no un conflicto armado no internacional, se propone una alternativa en la que no es necesario considerar este contexto. El fenómeno o ha sido expuesto desde una perspectiva mediática (Yáñez, Mayoral, Aristegui Noticias), lo que aquí se busca es hacer una aportación desde la ciencia jurídica.

Con base en lo anterior, el estudio se divide en cuatro apartados. En el primero se hace un análisis del reclutamiento en el derecho internacional; tanto en el ámbito de los derechos humanos como en el de los conflictos armados. También se expondrá el alcance que tiene esta conducta en el derecho penal internacional. Así se fijaron sus elementos de la conducta,

destacando las diferencias y similitudes en cada una de estas ramas.

En seguida, se estudiará el artículo 7(1)(k) del ECPI que prevé los otros actos inhumanos. Aquí no solamente se precisará el alcance jurídico de estos crímenes de lesa humanidad, sino que se planteará un método para la identificación de conductas en el futuro.

En tercer lugar, se aplicarán los elementos y pasos identificados en el rubro anterior al caso del reclutamiento. Así se propondrá un desglose de elementos como los que se plantean en los Elementos de los Crímenes, para que eventualmente el reclutamiento pueda ser reconocido como un crimen de lesa humanidad.

2. Reclutamiento en el derecho internacional

Este apartado tiene por objetivo identificar y describir la regulación internacional del reclutamiento. Como se verá, existen diferencias entre el marco jurídico de los derechos humanos y de los conflictos armados. Incluso en este último varía si se está en un conflicto armado internacional o un conflicto armado no internacional. Entre este último y el derecho penal internacional no hay diferencias dado que la norma primaria es el derecho internacional de los conflictos armados y la secundaria es, en la actualidad, el ECPI.

2.1 Derecho internacional de los derechos humanos

Originalmente, la Convención de Derechos del Niño (1990, art. 38) prohibía el reclutamiento y la utilización de menores de 15 años en las fuerzas armadas de los estados parte. Sin embargo, hubo cambios significativos en el Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la participa-

ción de niños en los conflictos armados (Protocolo facultativo, 2002).

El artículo 1 prohíbe la participación directa en hostilidades de personas menores de 18 años. Mientras que el artículo 2 prohíbe el reclutamiento obligatorio de las personas menores de 18 años. Sin embargo, el artículo 3 permite el reclutamiento voluntario de personas mayores de 15 años, siempre y cuando, se considere que las personas que no han cumplido los 18 años merecen una protección especial.

Cabe notar que las prohibiciones mencionadas van dirigidas a las fuerzas armadas de los estados. Hay un régimen diferenciado para los grupos armados organizados, previsto en el artículo 4, en virtud del cual se prohíbe el reclutamiento (sin distinguir entre obligatorio o voluntario) y la utilización en hostilidades a menores de 18 años.

Las prohibiciones se pueden explicar de la siguiente manera:

Figura 1

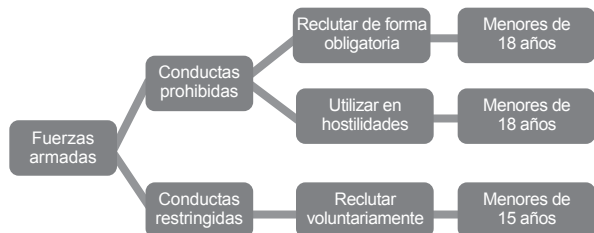
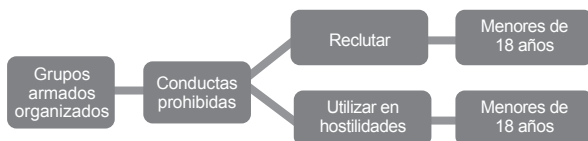


Figura 2



2.2 Derecho internacional de los conflictos armados

En esta rama del derecho internacional, el artículo 77 Protocolo Adicional I a los Convenios de Ginebra de 1949 (Protocolo Adicional I, 1977) prohíbe el reclutamiento y la participación directa en hostilidades de personas menores de 15 años. Cabe notar que la dis-

posición va dirigida a los estados parte, es decir, no incluye a grupos armados organizados y solamente aplica en el contexto de un conflicto armado internacional. De manera análoga, el artículo 4 del Protocolo Adicional II a los Convenios de Ginebra de 1949 prohíbe el reclutamiento y la participación en las hostilidades de menores de 15 años (Protocolo Adicional II, 1977). Esta disposición va dirigida a las fuerzas armadas y a los grupos armados organizados en el contexto de los conflictos armados no internacionales.

Adicionalmente, en un esfuerzo por plantear el marco jurídico de forma exhaustiva, cabe mencionar que las personas adultas tampoco pueden ser obligadas a participar en las fuerzas armadas. El artículo 130 del Convenio de Ginebra relativo al trato debido a los prisioneros de guerra (Convenio de Ginebra III, 1949) prevé el “forzar a un prisionero de guerra a servir en las fuerzas armadas de la Potencia enemiga” como una infracción grave que debe ser investigada, procesada y, eventualmente, sancionada a nivel nacional. Lo mismo se prevé en el artículo 147 del Convenio de Ginebra relativo a la protección de la población civil (Convenio de Ginebra IV, 1949). Estas disposiciones van dirigidas a adultos, por lo que no se abundará sobre el tema, solamente se consideraran los casos de personas menores de 18 años.

2.3 Derecho penal internacional

En el derecho penal internacional se ha tenido la mejor oportunidad para desarrollar los alcances del reclutamiento, tanto en el Estatuto de la Corte Especial para Sierra Leona (2002, art. 4 c.), donde por primera vez se establece esta conducta como un crimen de guerra, como en el ECPI. Se analizará a continuación el marco jurídico de la CPI porque representa la versión más actualizada del reclutamiento.

El artículo 8 del ECPI prevé diversas conductas como crímenes de guerra tanto en el contexto de un conflicto armado internacional como no internacional. En efecto, los verbos rectores de estos crímenes de guerra son reclutar, alistar y utilizar directamente en las hostilidades a personas menores de 15 años de edad. En el caso del conflicto armado internacional la prohibición va dirigida a fuerzas armadas nacionales (ECPI, art. 8(2)(b)(xxvi)). En el caso del conflicto armado no internacional la redacción es casi idéntica, solamente se agrega que la prohibición va dirigida

Reclutamiento de personas menores de edad como un crimen de lesa humanidad...

también a grupos armados organizados (ECPI, art. 8(2)(e)(vii)).

Cabe destacar dos aspectos. En primer lugar, la edad establecida es de 15 años de edad, lo cual contrasta con el desarrollo del derecho internacional de los derechos humanos, pero es congruente con el derecho internacional de los conflictos armados, como se vio anteriormente. En segundo lugar, los verbos rectores varían y deben ser explicados para entender su alcance.

En la jurisprudencia de la CPI, empezando con el caso Lubanga, se enfatizó que la diferencia entre el reclutamiento y el alistamiento es que en el primero la incorporación es de forma obligatoria, mientras que en el segundo caso es voluntaria (CPI, Prosecutor vs. Lubanga, Sentencia, 2012, párr. 608).

En el caso de utilizar se ha manifestado que, aunque no es necesario que la víctima participe en las hostilidades, sus actividades deben estar vinculadas con el conflicto armado (CPI, Prosecutor vs. Lubanga, Sentencia, 2012, párr. 621). Para determinar qué actividades entran en la definición típica, se deberá evaluar si la víctima es puesta en peligro o riesgo y puede ser un blanco de los adversarios (CPI, Prosecutor vs. Lubanga, Sentencia, 2012, párr. 628). Cabe notar que conductas de naturaleza sexual como violación y esclavitud sexual pueden entrar dentro de esta categoría, pero en el caso particular no fueron parte de la sentencia porque la Fiscalía no las incluyó en la acusación (CPI, Prosecutor vs. Lubanga, Sentencia, 2012, párrs. 629-630).

Por otro lado, es importante destacar que los Elementos de los Crímenes establecen una excepción al artículo 30 del ECPI, que solamente permite que los crímenes se cometan de forma dolosa, incluso excluyendo el dolo eventual. El elemento 3 (en ambos contextos de conflicto armado) indica: “Que el autor haya sabido o debiera haber sabido que se trataba de menores de 15 años de edad”. La frase “debiera haber sabido” establece un actuar imprudencial en cuanto a la constatación de la edad de las víctimas.

Por último, es importante destacar que, en la sentencia de imposición de pena, al momento de analizar la gravedad de la conducta se señaló que este crimen de guerra tiene como objetivo salvaguardar a las personas menores de 15 años de los efectos de los conflictos armados, en particular su bienestar físico y mental (CPI, Prosecutor vs. Lubanga, Sentencia de im-

posición de pena, 2012, párr. 38). Esta conclusión es de suma relevancia al momento de analizar los crímenes de lesa humanidad, como se verá más adelante.

Por su parte, en un esfuerzo por presentar un panorama completo, debe mencionarse que el ECPI también prevé la incorporación obligatoria de personas adultas a las fuerzas armadas de un estado del que no es nacional como un crimen de guerra. Este solamente es aplicable en el contexto de un conflicto armado internacional y no tiene un correlativo en los conflictos armados no internacionales (ECPI, art. 8(2)(b)(xv)).

Este crimen de guerra se superpone con la incorporación obligatoria de prisioneros de guerra y otras personas protegidas a las fuerzas armadas del enemigo previsto en el artículo 8(2)(a)(v) del ECPI y que deriva de los convenios de Ginebra de 1949. También cabe destacar que esta conducta es penalmente relevante solamente en el contexto de un conflicto armado internacional.

3. Otros actos inhumanos

Este es el crimen de lesa humanidad que debería generar mayor controversia por el carácter abierto del tipo penal. Sin embargo, en la doctrina especializada hay muy poco análisis sobre su alcance. Los principales libros de texto le dedican poco espacio (Hall, 2008, 230-234; Cassese, 2002, 358-378; Werle y Jessberger, 2017, 634-637) y los artículos académicos especializados buscan señalar que ciertas acciones o eventos encuadran dentro de estas hipótesis normativas (Ventura, 2017; Graham, 2018; Atkins, 2023), sin profundizar sobre el alcance más amplio de esta hipótesis normativa. Ciertamente, el objetivo de este estudio entra dentro del segundo grupo de contribuciones, al analizar si el reclutamiento puede constituir un crimen de lesa humanidad. Sin embargo, antes de formular cualquier conclusión se hará un estudio que pretende contribuir con más elementos a la discusión jurídica sobre el alcance de esta categoría de crímenes de lesa humanidad.

3.1 Regulación en el Estatuto de la Corte Penal Internacional

En congruencia con el esquema planteado en los Elementos de los Crímenes el análisis de otros actos inhumanos se divide en conducta, consecuencias, circunstancias, elemento subjetivo específico (si hay alguno) y elementos de contexto. A continuación, se expone el desglose de elementos para los otros actos inhumanos según este planteamiento.

Tabla 1

Conducta	Cualquier acto Inhumano Que causa grandes sufrimientos Atente gravemente contra la integridad física o salud mental o física
Consecuencias	Que el acto tenga carácter similar a otros crímenes de lesa humanidad Carácter se refiere a la naturaleza o gravedad del acto
Elemento subjetivo específico	Que el autor esté consciente de las circunstancias de hecho que le dan dicho carácter a su conducta Carácter se refiere a la naturaleza y gravedad edad del acto
Elementos de contexto	Ataque generalizado Ataque sistemático Contra la población civil
Elemento subjetivo del contexto	Conocimiento de que la conducta era parte de un ataque Intención de que la conducta forme parte de dicho ataque

Del análisis de los elementos del crimen el que causa mayor crítica es la conducta, pues no se encuentra delimitada. De hecho, no es posible identificar con claridad el verbo rector. Esta ambigüedad se atenúa en parte por diversos factores previstos por primera vez en el ECPI. En primer lugar, la conducta debe ser un acto, lo cual excluye cualquier forma de omisión. En segundo lugar, no cualquier acto entraría dentro de esta categoría, pues se requiere que haya una lesión a

la integridad física o a la salud (mental o física). En tercer lugar, la anterior afirmación va de la mano de la similitud que debe guardar el acto con los otros crímenes de lesa humanidad, pues como se aclara en los Elementos de los Crímenes, la conducta debe tener una naturaleza y gravedad similar a las otras conductas que constituyen crímenes de lesa humanidad. Este punto es muy importante para precisar de qué tipo de conductas se trata. Además, hay un elemento subjetivo vinculado, pues la persona debe tener conocimiento de la naturaleza y gravedad del acto. En cuarto lugar, se puede concluir que la conducta debe ser de resultado, lo cual se desprende del uso del término “haya causado”; lo cual se confirma en la versión en inglés donde se usa el término *inflicted*.

Por su parte, la jurisprudencia de la CPI ha interpretado el alcance de los otros actos inhumanos. Es de especial relevancia lo relativo al principio de legalidad penal y la identificación concreta de las conductas que pueden constituir este crimen internacional.

En términos generales se considera que no existe una violación al principio de legalidad penal, pues a diferencia de redacciones anteriores los elementos ya expuestos limitan el alcance de su aplicación. En particular se hace hincapié en la similitud con otros crímenes de lesa humanidad, la afectación a bienes jurídicos y el contexto (CPI, *Prosecutor v. Ongwen*, Apelación, 2022, párr. 1018)

Si bien estos elementos ayudan a reducir la aplicación de la hipótesis normativa, los otros elementos que aquí se han propuesto, como la necesidad de que se concrete un daño, la imposibilidad de que se cometa el crimen por omisión y el elemento subjetivo ayudan en mucho a reducir cualquier violación al principio de legalidad penal.

Los criterios más recientes mencionan que se pueden utilizar instrumentos internacionales como convenciones y tratados como un referente. La lógica es que, si una conducta ya se encuentra prohibida en el derecho internacional, especialmente en el derecho internacional de los derechos humanos, las personas ya tuvieron suficiente advertencia sobre la ilegalidad de la misma (CPI, *Prosecutor v. Ongwen*, Apelación, 2022, párr. 1021). Originalmente, la CPI planteó en su jurisprudencia que era necesaria una prohibición *erga omnes* reconocida en la costumbre internacional (presumiblemente para garantizar el consenso a su rechazo por la comunidad internacional). Además, la

Reclutamiento de personas menores de edad como un crimen de lesa humanidad...

conducta debería constituir una violación al derecho internacional de los derechos humanos (CPI, *Prosecutor v. Katanga and Ngudjolo Chui*, Sentencia de Confirmación de Cargos, 2008, párr. 448).

Adicionalmente, la CPI ha recurrido a los tribunales penales internacionales e internacionalizados para identificar las conductas que pudieran constituir otro acto inhumano. Así, si una conducta ya fue identificada previamente, se puede citar como precedente y cumplir con la previsibilidad del carácter delictivo de la conducta (CPI, *Prosecutor v. Ongwen*, Sentencia, 2021, párr. 2744).

Esta práctica es compatible con los criterios de la Corte Europea de Derechos Humanos sobre la previsibilidad como uno de los requisitos para cumplir con el principio de legalidad penal (CPI, *Prosecutor v. Ongwen*, Sentencia, 2021, párr. 2741). Como consecuencia, la pregunta pertinente es: ¿la persona estaba en posibilidades de saber que la conducta era ilegal conforme al derecho internacional? Es por ello que el elemento subjetivo cobra importancia ya que al ser necesario comprobar que la persona conocía la naturaleza y gravedad de la conducta se cumple con las exigencias del principio de legalidad.

La CPI también ha enfatizado que la conducta que se identifique no puede formar parte de otro crimen de lesa humanidad. En otras palabras, debe haber algún elemento diferenciador. Así, en *Ongwen* se identificó como otro acto inhumano el matrimonio forzado y se distinguió de la esclavitud sexual dado que la primera tiene como elemento central la imposición del estado civil (con las consecuencias negativas que esto implica) (CPI, *Prosecutor v. Ongwen*, Sentencia, 2021, párr. 2750) y la segunda se basa en imponerle a una persona atributos de la propiedad, como si fuera un objeto, además de la afectación a la integridad sexual. Tampoco es equiparable a la violación porque esta no está ligada a un vínculo marital (CPI, *Prosecutor v. Ongwen*, Apelación, 2022, párr. 1023).

El caso *Katanga* es especialmente interesante porque la Fiscalía calificó como otros actos inhumanos las lesiones físicas severas ocasionadas por un ataque a la población civil. Sin embargo, la intención de los autores fue la de privar de la vida a sus víctimas, aunque el resultado fue otro. Así, la Sala de Cuestiones Preliminares no confirmó los cargos argumentando que la intención de *Katanga* (y sus coparticipes) no era causar daños físicos, sino matar. Si este resulta-

do no se dio, esto no autoriza a la Fiscalía a imputar otros actos inhumanos (CPI, *Prosecutor v. Katanga and Ngudjolo Chui*, Sentencia de Confirmación de Cargos, 2008, párrs. 461-463). Aunque la sentencia no lo menciona, lo correcto hubiera sido imputar asesinato como crimen de lesa humanidad en grado de tentativa.

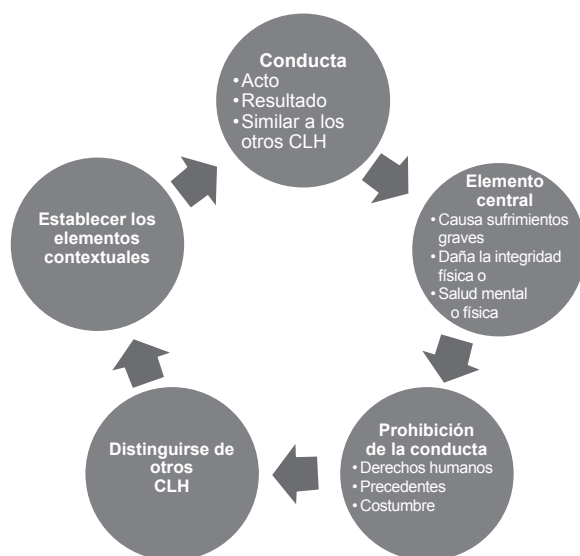
Para efectos de este estudio es importante precisar que la CPI exige que haya similitud con otros crímenes de lesa humanidad, pero, como ya se mencionó, no exactitud. Aun así, no se menciona si este mismo requisito aplica a otros crímenes de su competencia como los crímenes de guerra. Se puede asumir, con base de los criterios sobre concurso de crímenes, que serían crímenes distintos. En efecto, la CPI ha señalado que si hay un elemento distinto entre dos crímenes entonces se pueden imputar ambos por la misma conducta; pero adicionalmente, se precisó que los elementos contextuales pueden ser ese elemento diferenciador (CPI, *Prosecutor v. Ongwen*, Apelación, 2022, párrs. 1630-1634).

Aunque la metodología para identificar conductas que ha empleado la CPI no es del todo clara, se puede hacer una propuesta. Esta se delinea a continuación.

La conducta debe reunir ciertas características. En primer lugar, debe identificarse el elemento central o característico de la conducta. En segundo lugar, debe ser un acto, lo cual excluye cualquier tipo de omisión; así mismo debe ser una conducta con un resultado; descartando conductas de mera actividad. Además, la conducta debe ser similar, pero no idéntica, ni subsumible a algún otro crimen de lesa humanidad. En tercer lugar, debe señalarse cómo dicho acto causa sufrimientos graves y daño (la exigencia de un resultado exige que el daño se concrete) la integridad física o la salud (mental o física) de la o las víctimas. En cuarto lugar, encontrar el fundamento de la prohibición en el derecho internacional de los derechos humanos, en la costumbre internacional o en algún precedente de un tribunal penal internacional o internacionalizado. En quinto lugar, debe distinguirse de otros crímenes de lesa humanidad; es clave recordar que no es necesario (según lo que ha marcado la jurisprudencia actual) distinguirla de otros crímenes de competencia de la CPI como los crímenes de guerra. En sexto lugar, identificar el ataque (generalizado o sistemático) contra la población civil; es decir los elementos contextuales.

Cabe mencionar que, según los Elementos de los Crímenes, la persona que comete el reclutamiento debe actuar con conocimiento de que el acto tiene una naturaleza y gravedad similar a la de los demás crímenes de lesa humanidad. Sin embargo, este aspecto no es relevante para la identificación de la conducta, sino para establecer la responsabilidad penal internacional de las personas.

Figura 3



4. Reclutamiento como otros actos inhumanos

En este apartado se analizará la posibilidad de incorporar el reclutamiento como un crimen de lesa humanidad a través de los otros actos inhumanos. Una vez realizado el estudio de la regulación en el derecho internacional y la metodología para definir crímenes de lesa humanidad a través de la categoría de otros actos inhumanos se plantea una propuesta de análisis. No solamente se hará una aplicación de los principios expuestos en las secciones anteriores al caso concreto, sino que además se expondrán las dificultades que pudiera representar la incorporación de esta figura.

4.1 Conducta

En principio se deben identificar las acciones que pudieran incorporarse a la categoría de otros actos

inhumanos. De inicio ya se tomó la postura de que no es posible proponer omisiones, pero esto no representa mayor dificultad en el caso actual. No obstante, precisar qué conductas podrían incorporarse no está exento de contratiempos. Como se vio en la sección correspondiente, hay discrepancias importantes entre lo regulado en el derecho internacional de los conflictos armados y lo previsto en el derecho internacional de los derechos humanos. Si las conductas y los elementos fueran idénticos se pudiera proponer una traslación de los crímenes de guerra a los crímenes de lesa humanidad, por lo que es necesario hacer un análisis más detallado.

Para empezar, el referente debe estar en los derechos humanos y en particular en el Protocolo Facultativo que regula esta materia. En este tratado las conductas identificadas como prohibidas son el reclutamiento obligatorio y utilizar a los menores en las hostilidades. Aquí se presenta un problema de congruencia, pues el reclutamiento voluntario está permitido siempre y cuando haya una protección especial para la persona menor de edad. Además, está restringido para las fuerzas armadas, pero completamente prohibido para los grupos armados organizados. ¿Cómo incorporar estas diferencias en el ámbito penal? ¿Cómo se justificaría desde el plano de la política criminal responsabilizar penalmente a los integrantes de los grupos armados organizados por el reclutamiento voluntario, pero no a integrantes de las fuerzas armadas?

Para llegar a una solución se puede utilizar el elemento central que es la protección de las personas menores de edad de los efectos de la violencia asociada con el reclutamiento, así como la imposibilidad de vivir con su familia, en su comunidad y continuar con su educación y desarrollo. En otras palabras, el reclutamiento dificulta, si es que no hace imposible, cumplir con el interés superior del menor y niega la posibilidad de hacer efectivos varios de los derechos que tienen conforme al derecho internacional de los derechos humanos (Convención sobre los Derechos del Niño, 1990, arts. 6.2, 9, 19, 28, 31). Estos factores se dan indistintamente si la incorporación es a las fuerzas armadas o a los grupos armados organizados.

Es importante señalar que para que el reclutamiento pueda ser un crimen de lesa humanidad, con base en la redacción del ECPI, es necesario que la víctima

Reclutamiento de personas menores de edad como un crimen de lesa humanidad...

o las víctimas sufran un daño a su integridad física o a la salud mental o física y que, además, se causen sufrimientos graves. Hay que recordar que no se trata de un crimen de mera conducta, se exige un resultado. El resultado está vinculado al elemento central por lo que se expondrá en el siguiente apartado.

El último requisito de la conducta es que sea similar a otros crímenes de lesa humanidad. Es importante señalar que no basta que la conducta cause sufrimientos graves o afecte la integridad física o la salud (mental o física) de las víctimas pues se entiende que todas las hipótesis previstas en el artículo 7 del ECPI cumplen con ese requisito. Hay por lo menos tres crímenes de lesa humanidad con los que el reclutamiento guarda similitud.

En Vargas Areco la Corte Interamericana de Derechos Humanos señaló, con base en el Convenio No. 182 de la Organización Internacional del Trabajo, que el reclutamiento forzado guarda similitud con la esclavitud y la servidumbre ya que se obliga a la persona a realizar un trabajo contra su voluntad (CorteIDH, Vargas Areco v. Paraguay, 2006, párr. 120). Por su parte, la esclavitud es un crimen de lesa humanidad con fundamento en el artículo 7(1)(c) del ECPI. De igual forma, ya se mencionó que el utilizar a menores de 15 años de edad los conflictos armados puede ejemplificarse a través de actos de violencia sexual, la cual está prevista en el artículo 7(1)(g).

Adicionalmente, el reclutamiento es similar a la deportación y al traslado forzado previstos en el artículo 7(1)(d) del ECPI toda vez que las víctimas son obligadas a salir de su entorno lo cual puede traer consecuencias negativas a la integridad física y el desarrollo de las personas (CPI, Situación de Myanmar, 2019, párrs. 26-33).

Por último, hay cierta similitud con la desaparición forzada, prevista como crimen de lesa humanidad en el artículo 7(1)(i), pues las familias desconocen el paradero de las víctimas, lo cual también puede ocurrir en los casos de reclutamiento; sobre todo cuando el reclutamiento es forzado.

4.2 Elemento central

Con este primer paso se busca precisar qué es lo que caracteriza y distingue a la conducta, en este caso al reclutamiento. Según la CPI, el reclutamiento como crimen de guerra busca proteger a las personas me-

nores de edad de los riesgos propios de los conflictos armados y en particular se busca asegurar su bienestar físico y psicológico. Se pretende no exponerlos a la violencia asociada con los conflictos armados y la interrupción de su vida cotidiana al separarlos de su familia e interrumpiendo su educación; al mismo tiempo que se le somete a un ambiente de violencia y temor (CPI, Prosecutor vs. Lubanga, Sentencia de imposición de pena, 2012, párr. 38).

En los derechos humanos no hay un análisis sobre las consecuencias del reclutamiento en la integridad física y mental de las víctimas. En Vargas Areco, la CorteIDH rechaza esta práctica, pero las violaciones a los derechos humanos señaladas se enfocaban más a la forma en la que las personas menores de edad eran tratadas, con castigos corporales y miedo constante, más que por el reclutamiento en sí. Sin embargo, en este caso se ilustra muy bien el ambiente de violencia que viven las víctimas que son incorporadas de forma obligatoria a las fuerzas armadas (CorteIDH, Vargas Areco v. Paraguay, 2006, párrs. 130-132).

Entonces la esencia de la conducta es proteger a las personas menores de edad del ambiente de violencia física y mental que puede vivirse dentro de las fuerzas armadas; la cual se agrava cuando estas participan directamente en algún conflicto armado.

4.3 Diferencia con otros crímenes de lesa humanidad

Con base en la metodología empleada en Ongwen para identificar el matrimonio forzado como otro acto inhumano se hace un análisis de los elementos de las conductas que pudieran ser parecidas para ver si hay elementos distintivos que harían imposible la subsunción de la conducta propuesta en alguno de los crímenes de lesa humanidad expresamente previstos.

En este caso las diferencias se pueden constatar desde los verbos rectores. En ningún caso el reclutamiento voluntario u obligatorio; así como la utilización están previstos en los supuestos de crímenes de lesa humanidad. Tampoco hay supuestos en los que las víctimas necesariamente sean menores de 18 años de edad, de hecho, todos los crímenes de lesa humanidad pueden cometerse contra adultos o personas menores de edad de forma indistinta. El reclutamiento tiene un sujeto pasivo calificado que no está presente en ningún otro supuesto.

4.3 Prohibición de la conducta

Este requisito ya fue abordado en un apartado anterior. Solamente cabría precisar que el fundamento de la prohibición es el Protocolo Facultativo; por lo que se incluiría el reclutamiento forzado y voluntario; así como la utilización de menores de 18 años en las fuerzas armadas y en los grupos armados organizados.

4.5 Elementos contextuales

Este rubro se incluye con base en la metodología de los Elementos de los Crímenes, ya expuesta. En este rubro cabe destacar que en el ámbito del ECPI el reclutamiento es un crimen de guerra, por lo que el elemento contextual consiste en la existencia de un conflicto armado internacional o no internacional.

En el campo de los crímenes de lesa humanidad el elemento contextual es el ataque generalizado o sistemático contra la población civil, previsto en el encabezado artículo 7(1) y definido en el artículo 7(2)(a) del ECPI. Este ataque no necesariamente debe formar parte de un conflicto armado, puede llevarse a cabo en situaciones de violencia esporádica (Prosecutor v. Ongwen, Sentencia, 2021, párrs. 2680-2682).

Entonces es debatible si tiene sentido hablar de reclutamiento cuando no hay un conflicto armado. El caso Vargas Areco da cuenta de un reclutamiento forzado que se dio en tiempos de paz, por lo que es posible pensar que esto es posible. No obstante, hay que tener presente que los otros actos inhumanos exigen que haya un resultado; es decir, la provocación de graves sufrimientos y el daño a la integridad física o a la salud (mental o física) de las víctimas. Este resultado es más directo en el caso de un conflicto armado; sin embargo, en la medida en la cual el ataque contra la población civil implica actos de violencia este resultado también es posible. Solamente es necesario no perder de vista que es un elemento que exige el tipo penal de otros actos inhumanos y debe vincularse al ataque contra la población civil (Prosecutor v. Ongwen, Sentencia, 2021, párrs. 2674-2675).

5. Propuesta

Con base en el análisis precedente se puede elaborar una propuesta de los elementos que conformarían una eventual incorporación del reclutamiento como otro

acto inhumano. Esta se realizará siguiendo el esquema de los Elementos de los Crímenes; es decir, desglosando los elementos del crimen.

1. Que el autor haya reclutado forzosamente o reclutado voluntariamente a una o más personas a las fuerzas armadas nacionales o a grupos armados organizados o las haya utilizado para participar activamente en el ataque contra la población civil.
2. Que el reclutamiento forzado, el reclutamiento voluntario o la utilización de menores de 18 años haya causado grandes sufrimientos o atentado gravemente contra la integridad física o la salud mental o física.
3. Que esa o esas personas hayan sido menores de 18 años.
4. Que el autor haya sabido o debiera haber sabido que se trataba de menores de 18 años.
5. Que el autor haya sido consciente de las circunstancias de hecho que determinaban el carácter del acto (es decir, la naturaleza y gravedad del mismo).
6. Que la conducta se haya cometido como parte de un ataque generalizado o sistemático dirigido contra una población civil.
7. Que el autor haya tenido conocimiento de que la conducta era parte de un ataque generalizado o sistemático dirigido contra una población civil o haya tenido la intención de que la conducta fuera parte de un ataque de ese tipo.

Con esta propuesta se incluyen las tres conductas previstas en el Protocolo Facultativo. Aunque en dicho tratado se hace una distinción entre las conductas prohibidas para las fuerzas armadas y los grupos armados organizados, se considera que no hay justificación para hacer esta distinción, con base en el elemento esencial de la propia acción.

En cuanto a las consecuencias, el desglose de los elementos de otros actos inhumanos incluye el resultado de causar graves sufrimientos o afectar la integridad física o la salud mental o física. En concordancia, cualquier otro acto inhumano identificado, como el reclutamiento debe incluir este resultado. Dicho de otra forma, incluir las conductas sin que se pueda identificar el daño no sería compatible con el ECPI y los Elementos de los Crímenes.

Reclutamiento de personas menores de edad como un crimen de lesa humanidad...

La única circunstancia que se incluye como elemento normativo es la edad de la o las víctimas. A diferencia de los crímenes de guerra se utiliza el criterio del Protocolo Facultativo que incluye a adolescentes; es decir, menores de 18 años.

El primer elemento subjetivo que se incorpora es el conocimiento o la posibilidad de conocimiento de que la víctima o las víctimas sean menores de 18 años. Se sigue la pauta de los crímenes de guerra en los que se reduce el umbral subjetivo previsto en el artículo 30 del ECPI. El segundo elemento subjetivo exige conocimiento (ya no solo la posibilidad de conocimiento) de los demás elementos del crimen. En particular, siguiendo lo señalado en los *Elementos del crimen*, conocimiento de los resultados que provoca el reclutamiento y la utilización de las víctimas.

Los últimos dos elementos son los contextuales y su correspondiente elemento subjetivo. Aquí simplemente se replica lo establecido en los Elementos de los Crímenes para todos los crímenes de lesa humanidad.

6. Conclusión

En este trabajo se hace una propuesta para incorporar el reclutamiento de menores como un crimen de lesa humanidad. Para llegar a esta fue necesario reconocer las diferencias que existen en el derecho internacional de los derechos humanos y en el derecho internacional de los conflictos armados en la materia. No obstante, se tomó como base la regulación en materia de derechos humanos, dado que en el ECPI ya estaba prevista esta práctica como crimen de guerra; es decir, con base en la regulación primaria de los conflictos armados.

Con el mismo criterio se excluyó la incorporación de adultos a las fuerzas armadas, conducta también prevista como violatoria del derecho internacional de los conflictos armados, pero que no contiene una prohibición similar en los derechos humanos.

Así, con base en la mecánica empleada por la CPI para delimitar los otros actos inhumanos y buscar cumplir, en la medida de lo posible, con el requisito de previsibilidad del principio de legalidad penal, se elaboró una propuesta de procedimiento para la identificación de conductas que pudieran ser otros actos inhumanos. Cabe destacar que en este estudio se propusieron requisitos adicionales no previstos hasta el

momento en la jurisprudencia como la exclusión de omisiones y la exigencia de un resultado material; pero que son necesarios para cumplir con lo previsto en el ECPI.

A la forma de identificación cabe agregar solamente que los pasos no son secuenciales, pues en ocasiones se sobreponen. Por ejemplo, la consecuencia, como elemento de la conducta, puede estar vinculada con la identificación del elemento esencial. Los tribunales y demás operadores deberán utilizar la cadena de análisis que mejor se ajuste al caso concreto.

Por último, se sugiere darle seguimiento a este estudio con otras cuestiones no resueltas por no formar parte del objeto de estudio planteado. Se puede replicar el método propuesto a otras conductas. Se puede buscar incorporar el reclutamiento al crimen de lesa humanidad de persecución, pues esta implica también a la violación de derechos humanos. Por último, sería también de utilidad analizar las leyes nacionales y las iniciativas que buscan incorporar el reclutamiento a la ley penal, posiblemente con el método de la equivalencia funcional.

7. Bibliografía

Tratados internacionales y otros instrumentos internacionales

- Convención sobre los Derechos del Niño. 2 septiembre 1990.
- Convenio de Ginebra III relativo al trato debido a los prisioneros de guerra. 12 de agosto 1949.
- Convenio de Ginebra IV relativo a la protección de la población civil. 12 de agosto 1949.
- Elementos de los Crímenes. 11 de junio 2010.
- Estatuto de la Corte Especial para Sierra Leona, 16 de enero 2002.
- Estatuto de la Corte Penal Internacional. 1o. de julio de 2002.
- Protocolo Adicional I a los Convenios de Ginebra de 1949. 8 de junio 1977
- Protocolo Adicional II a los Convenios de Ginebra de 1949. 8 de junio 1977.
- Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la participación de niños en los conflictos armados. 12 de febrero 2002.

Artículos y capítulos de libros

- Atkins, Tiffany D., “These Brutal Indignities: The Case for Crimes Against Humanity in Black America” (2023) 111 *Kentucky Law Journal* 62 https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=4355985
- Cassese, Antonio, “Crimes Against Humanity”, en *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*, Vol. I (Antonio Cassese, Paola Gaeta, John R.W.D. Jones, eds), Oxford, 2002.
- Graham, Luke David, “‘Austerity’ Policies as Crimes Against Humanity: An Assessment of UK Social Security Policy Since 2008”, (2018) 9 *Queen Mary Law Journal* 7: <https://heinonline.org/HOL/P?h=hein.journals/qmlj9&i=7>
- Hall, Christopher K., “Crimes Against Humanity”, en *Rome Statute en Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*, (Otto Triffterer ed) 2ª Edición, C.H. Beck/Hart/Nomos, 2008.
- Ventura, Manuel J., “The Illegal Use of Force (Other Inhumane Act) as a Crime Against Humanity: An Assessment of the Case for a New Crime at the International Criminal Court” (2017). Leila Nadya Sadat (ed.), *Seeking Accountability for the Unlawful Use of Force* (Cambridge, Cambridge University Press, 2018), pp. 386-424, <https://ssrn.com/abstract=2996017>
- Werle, Gerhard y Jessberger, Florian, *Tratado de derecho penal internacional*, Tirant lo Blanch, 3ª Edición, CDMX, 2017.

Jurisprudencia

- Corte IDH. Caso Vargas Areco vs. Paraguay. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 155.
- CPI, Prosecutor v. Dominic Ongwen, Sentencia, Sala de primera instancia IX, 4 de febrero de 2021.
- CPI, Prosecutor v. Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo Chui, Decision on the confirmation of charges, Sala de cuestiones preliminares I, 30 de septiembre de 2008.
- CPI, Prosecutor vs. Lubanga, Decision on Sentence pursuant to Article 76 of the Statute, ICC-01/04-01/06-2842, Sala de Primera Instancia I, 10 de julio 2012.

- CPI, Prosecutor vs. Ongwen, the appeal of Mr Ongwen against the decision of Trial Chamber IX of 4 February 2021 entitled “Trial Judgment”, ICC-02/04-01/15-2023, Sala de apelaciones, 15 de diciembre de 2022.
- CPI, Prosecutor vs. Thomas Lubanga Dyilo, Judgment pursuant to Article 74 of the Statute, ICC-01/04-01/06-2842, Sala de Primera Instancia I, 14 marzo 2012.
- CPI, Situación en la República de Myanmar, apertura de investigación, Sala de cuestiones preliminares III, 14 de noviembre de 2019.

Notas periodísticas

- Yáñez, Brenda (28 de abril 2023) “Los niños reclutados por el narco: legisladores buscan tipificarlo como delito”. *Expansión*, Política. <https://politica.expansion.mx/mexico/2023/04/28/ninos-reclutados-crimen-organizado-tipificar-delito>.
- Aristegui Noticias (28 de septiembre 2023) “Reclutamiento forzado no está tipificado en México, no se puede sancionar a nadie por ello”. *Aristegui Noticias* <https://aristeguinoticias.com/2809/mexico/reclutamiento-forzado-no-esta-tipificado-en-mexico-no-se-puede-sancionar-a-nadie-por-ello-tejiendo-redes-infancia/>
- Mayoral G (24 de septiembre 2023) “Presentan iniciativa para prohibir el reclutamiento de menores en actividades delictivas”. *Crónica*. <https://www.cronica.com.mx/metropoli/presentan-iniciativa-prohibir-reclutamiento-menores-actividades-delictivas.html>



FGR
FISCALÍA GENERAL
DE LA REPÚBLICA



· INACIPE ·
INSTITUTO NACIONAL DE CIENCIAS PENALES

48^{INACIPE}
AÑOS
1976 • 2024

Universidad de Huelva
Universidad de Salamanca
Universidad Pablo de Olavide
Universidad de Castilla-La Mancha
Cátedra de Derechos Humanos Manuel de Lardizábal

