

Responsabilidad corporativa y justicia transicional

Corporate accountability and transitional justice

Sabine Michalowski

University of Essex, Reino Unido

Professor of Law, University of Essex, Director of the Essex Transitional Justice Network. First and Second Legal State Exam (Germany), Diploma in Comparative Law (Paris II), PhD (Sheffield). Entre sus últimas publicaciones se cuentan: Sabine Michalowski (Ed.) *Corporate Accountability in the Context of Transitional Justice*, Routledge 2013; Sabine Michalowski, 'Doing Business with a Bad Actor: How to Draw the Line Between Legitimate Commercial Activities and Those that Trigger Corporate Complicity Liability', 50(3) *Texas Journal of International Law* 403-464 (2015); Sabine Michalowski, 'The *mens rea* standard for corporate aiding and abetting liability – conclusions from international criminal law', 18(2) *UCLA Journal of International Law and Foreign Affairs* 237-274 (2014), Sabine Michalowski, 'No Complicity Liability for Funding Gross Human Rights Violations?' 30 *Berkeley Journal of International Law* 451-524 (2012).

smichal@essex.ac.uk

Juan Pablo Cardona Chaves

University of Essex, Reino Unido

Abogado, Magíster en Derecho de la Universidad Nacional de Colombia, ex-Fiscal de la Dirección de Fiscalías de Justicia Transicional en Colombia y estudiante del LLM en Derecho Internacional de los Derechos Humanos, Universidad de Essex, Reino Unido.

juanpablo.cardona17@gmail.com

RESUMEN

Tradicionalmente, los procesos de justicia transicional no abordan el papel de las corporaciones en las dictaduras o en los conflictos armados que dan lugar a la necesidad de enfrentar las graves y sistemáticas violaciones de los derechos humanos. Sin embargo, hay una creciente conciencia de que en muchos casos corporaciones han contribuido con tales violaciones. Entonces, puede sostenerse que para alcanzar los fines de la justicia transicional y establecer una narrativa holística sobre el pasado así como obtener justicia y reparación para las víctimas, es necesario esclarecer también el papel de las corporaciones. Este artículo utiliza el ejemplo del Proceso de Justicia y Paz en Colombia para evidenciar algunas de las complejidades, oportunidades y desafíos de la justicia transicional cuando privilegia la justicia penal y crea un marco jurídico propio aunque reducido a una parte de los perpetradores que en el caso de Colombia ha sido los miembros desmovilizados de los grupos armados ilegales. Se argumenta que la exclusión de las corporaciones y sus miembros en un contexto

ABSTRACT

Traditionally, transitional justice processes do not address the role of corporations in dictatorships or in armed conflicts that give rise to the need for dealing with grave and systematic human rights violations. However, there is a growing awareness that in many contexts corporations contribute to these violations, often in the form of corporate complicity with the principal violators. An argument can therefore be made that to achieve the aims of transitional justice and establish a holistic narrative of the past as well as obtain justice and reparations for victims requires investigating and addressing the role of corporate actors. This article uses the example of Colombia's Justice and Peace process to show some of the complexities, opportunities and challenges that arise if transitional justice measures focus primarily on criminal law and create a specific legal framework, outside of the ordinary justice systems, only for a limited group of primary perpetrators, in the Colombian case for members of the armed groups who demobilised. It is argued that the exclusion of corporate actors in

donde su papel es considerado decisivo, lleva a las víctimas a buscar otras alternativas para obtener justicia, y que tanto víctimas como corporaciones se beneficiarían si la justicia transicional se ocupa también del papel de las corporaciones.

Palabras clave: Responsabilidad corporativa – Responsabilidad penal – Justicia transicional – Proceso de Justicia y Paz.

contexts where their role is regarded as significant leads to victims seeking alternatives ways to obtain justice and that both victims and corporations would benefit if transitional justice mechanisms addressed the role of corporations.

Key words: Corporate accountability – corporate criminal responsibility – transitional justice – Justice and Peace Process.

Introducción

En el marco del debate de la responsabilidad corporativa en violaciones de derechos humanos, un tema importante en el contexto latinoamericano actual es el de cómo abordar el rol de las corporaciones en violaciones de derechos humanos, en procesos de la justicia transicional. La justicia transicional se aplica en situaciones de transición de dictadura a democracia o de conflicto armado a paz. En ambos casos, la sociedad debe enfrentar un pasado de violaciones masivas y/o sistemáticas de derechos humanos. Cuáles eran las violaciones sistemáticas de derechos humanos y quiénes eran los responsables variará de caso en caso. En algunos países se puede mostrar un rol importante de corporaciones en el conflicto o la dictadura; en la gran mayoría de los casos no por haber cometido directamente las violaciones de derechos humanos, sino por complicidad con el Estado y sus agentes, o con los combatientes en el marco de un conflicto interno.

La complicidad corporativa puede tener muchas formas, como complicidad directa, complicidad por beneficiarse del conflicto o de la dictadura, o complicidad por silencio¹. En el contexto de la justicia transicional se analizan primordialmente las primeras dos formas de complicidad. La *complicidad directa* incluye casos de incentivar o facilitar la comisión de violaciones a los derechos humanos, por ejemplo, por proveer al Estado o a grupos armados no estatales financiamiento, productos o servicios como armas o vehículos militares, sabiendo que ellos se usarán en la dictadura o el conflicto². Se habla de *complicidad por beneficio* cuando una empresa se beneficia de las violaciones a los derechos humanos, como por ejemplo, en el caso de Sudáfrica, por operar en el contexto del sistema del *apartheid* y tener acceso a mano de obra muy barata, o en el caso colombiano, por la posibilidad de comprar terrenos por un precio irrisorio.

Aplicar los mecanismos de la justicia transicional a corporaciones que jugaron un papel importante en el contexto de la represión o del conflicto es importante por varias razones. Primero, para establecer una narrativa comprensiva de los hechos y de las responsabilidades de los varios actores. Excluir actores importantes de la justicia transicional puede causar una sensación de impunidad respecto de algunos involucrados y así obstaculizar el objetivo de alcanzar justicia. En muchos casos, los recursos del Estado para reparar las víctimas son bastante limitados, y demandar que las corporaciones que facilitaron la comisión de graves violaciones de derechos humanos hagan aportes a fondos de reparación puede mejorar significativamente los programas de reparación. Excluir actores civiles como corporaciones de los procesos de justicia transicional

¹ UNITED NATIONS GLOBAL COMPACT. The Ten Principles of the UN Global Compact. Principle Two: Human Rights [en línea] <<http://www.unglobalcompact.org/AboutTheGC/TheTenPrinciples/Principle2.html>> [consulta 7 de junio de 2015].

² Truth and Reconciliation Commission South Africa. Final Report. Vol. 4, Chapter 2, 1998, pp. 24-26.

también significa que las garantías de no repetición no tendrán en cuenta estructuras importantes que facilitaron estas violaciones³.

Al mismo tiempo, como se verá más adelante, la eventual exclusión de las corporaciones de los procesos de justicia transicional puede tener efectos negativos para estas, como el de no poder contar con los beneficios que muchas veces se concedan a actores que participan en estos procesos, por ejemplo, en forma de penas alternativas.

Aunque se puede ver que existen muchas razones para incluir corporaciones en los procesos de justicia transicional, también hay muchos desafíos respecto de cómo lograrlo. Tradicionalmente, la justicia transicional se ocupa de la responsabilidad de Estados y de los autores directos de violaciones de derechos humanos, y el mecanismo más utilizado para conseguir justicia es el de juicios penales. Debido a que el derecho penal internacional, al igual que el derecho de muchos países, no reconoce la responsabilidad penal corporativa, el análisis de la responsabilidad de los cómplices en las investigaciones penales se limitan a la complicidad de individuos, no de personas jurídicas como lo son las corporaciones⁴.

Sin embargo, en algunos países se han iniciado juicios penales contra algunos directores o representantes de empresas por complicidad en violaciones de derechos humanos cometidos en el contexto del conflicto o de la represión, como en Argentina⁵ o en Holanda⁶. Este artículo analizará algunas experiencias del caso colombiano para mostrar las posibilidades y los obstáculos de investigar el rol de las corporaciones en un contexto de justicia transicional que, en buena medida, concentra sus esfuerzos en la justicia penal, y en el cual hasta el día de hoy no existe una comisión de verdad.

1. El caso colombiano

En Colombia las medidas de la justicia transicional se enfocan en los combatientes desmovilizados. Sin embargo, algunas corporaciones jugaron un papel importante en el conflicto, y su exclusión de las medidas de la justicia transicional causa varias dificultades para la investigación de su rol en los hechos.

1.1 Exclusión de las corporaciones de la Ley de Justicia y Paz

La normatividad expedida en Colombia tras la desmovilización de los principales grupos paramilitares tuvo como punto de partida la Ley de Justicia y Paz⁷, que ha sido considerada con

³ SANDOVAL, Clara, FILIPPINI, Leonardo y VIDAL, Roberto. Linking transitional justice and corporate accountability. En: MICHALOWSKI, Sabine (Ed.). *Corporate Accountability in the Context of Transitional Justice*. Abingdon, Routledge, 2013, pp. 9-26.

⁴ VAN HO, Tara. Transnational civil and criminal litigation. En: MICHALOWSKI, Sabine (Ed.). *Corporate Accountability in the Context of Transitional Justice*. Abingdon, Routledge, 2013, pp. 52, 54-57.

⁵ VERBITSKY, Horacio. Un caso único. [en línea] Página 12. 16 noviembre 2014 < <http://www.pagina12.com.ar/diario/elpais/1-259928-2014-11-16.html> > [consulta: 24 de julio de 2015].

⁶ Court of Appeal in The Hague. *Appeal Judgment in the case of Frans Van Anraat*, 9 May 2007, 807-809. [en línea] <<http://www.haguejusticeportal.net/index.php?id=8452>> [consulta: 24 de julio de 2015].

⁷ Ley N° 975. COLOMBIA. Por la cual se dictan disposiciones para la reincorporación de miembros de grupos armados organizados al margen de la ley, que contribuyan de manera efectiva a la consecución de la paz nacional y se dictan otras disposiciones para acuerdos humanitarios. Congreso de la República de Colombia, 25 de julio de 2005 ("Ley de Justicia y Paz"); modificada por la Ley N° 1.592. COLOMBIA. Por medio de la cual se introducen modificaciones a la Ley 975 de 2005 (...) y se dictan otras disposiciones, 3 de diciembre de 2012.

posterioridad a su promulgación, un esquema nuevo de justicia transicional⁸. Esta ley crea un proceso penal especial con organismos propios, que a diferencia del proceso penal ordinario introduce el eventual beneficio de la pena alternativa (mínimo 5 y máximo 8 años de prisión)⁹ como sustitutiva de la pena principal a los miembros de Grupos Armados Organizados al Margen de la Ley (GAOML) que decidan desmovilizarse siempre que cumplan las condiciones establecidas en la norma relacionadas con la satisfacción de la verdad y la reparación a las víctimas. Sin embargo, la ley se concentra en el tratamiento a los combatientes desmovilizados, necesariamente miembros de un GAOML que pueden optar por concurrir al Proceso de Justicia y Paz, o permanecer en el ordinario, y deja de lado el eventual tratamiento diferencial a otros beneficiarios, colaboradores o partícipes en las acciones del respectivo GAOML que no se consideren miembros del mismo.

Así, las fiscalías y los tribunales que se han creado exclusivamente para adelantar las diligencias previstas en dicha ley deben limitar su actuación a los desmovilizados de los GAOML y las investigaciones contra corporaciones y sus representantes son realizadas por otras Direcciones de Fiscalía, y ante otro Juez o Tribunal competente, en un proceso diverso, pues ya no sería la justicia transicional, sino la permanente u ordinaria la que llevaría a cabo el respectivo procedimiento.

Una vez el desmovilizado relata hechos en el proceso de Justicia y Paz que involucran a terceros, el Fiscal del caso debe remitir la información a la Dirección de Fiscalía pertinente para que se inicie o active (según el caso) la respectiva investigación¹⁰. En consecuencia, el fiscal que conoció inicialmente el hecho mediante, por ejemplo, la confesión de un desmovilizado, debe remitir la investigación respecto del tercero, pese a que el contexto del caso, así como otros autores y partícipes se encuentren dentro de su esfera de investigación.

La desmovilización de los principales grupos paramilitares entre 2003 y 2006¹¹ marcó un importante hito en el esclarecimiento de la verdad de ciertos hechos. Así, los casos de Chiquita Brands y Drummond, presentados más adelante, han sido conocidos en buena medida en el marco del proceso de Justicia y Paz cuando unos desmovilizados narraron hechos de su conocimiento¹².

Se puede concluir que la investigación penal contra empresas por su rol en el conflicto enfrenta varios desafíos en Colombia. Un problema importante es la carencia de un proceso especial para terceros en el marco de la justicia transicional lo que requiere separar las investigaciones de los desmovilizados de aquellas que se adelantan contra los terceros, que a su vez conlleva mayor lentitud e ineficacia. Es difícil augurar una investigación exitosa en un hecho que es investigado por distintos despachos fiscales e igualmente será conducido hacia distintos jueces. Eventual repetición en las diligencias y dificultades en la retroalimentación de lo hallado en uno y otro despacho son previsibles.

⁸ UPRIMNY, Rodrigo. Las enseñanzas del análisis comparado: procesos transicionales, formas de justicia transicional y el caso colombiano. En: UPRIMNY, Rodrigo (Ed.) *Justicia transicional ¿sin transición?* Bogotá, Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad-Dejusticia, 2006, p. 19.

⁹ Ley de Justicia y Paz, modificada, Art. 29.

¹⁰ FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN. Despacho del Fiscal General de la Nación, Circular No. 005. 15 de abril de 2013.

¹¹ Acerca de la definición y evolución del paramilitarismo en Colombia: CARDONA CHAVES, Juan Pablo. Tres hipótesis acerca del fenómeno paramilitar en Colombia. *Revista Pensamiento Jurídico*. (14):159-188, 2014, pp. 159 y ss.

¹² Ver: 'Víctimas en el Cesar, decepcionadas con fallo a favor de la Drummond'. [en línea] Portal Verdad Abierta. 08 de abril de 2015. <<https://www.verdadabierta.com/victimas-seccion/asesinatos-colectivos/5697-victimas-en-el-cesar-decepcionadas-con-fallo-a-favor-de-la-drummond>> [consulta: 29 de mayo de 2015], y 'Esto no huele bien: el caso Chiquita'. [en línea] *Revista Semana*. 31 de marzo de 2012 <<http://www.semana.com/nacion/articulo/esto-no-huele-bien-caso-chiquita/255731-3>> [consulta: 20 de mayo de 2015].

Se requeriría un diseño organizativo interno del ente investigador con un altísimo nivel de articulación entre despachos para lograr óptima comunicación que permita un avance completo e integral de las investigaciones¹³. Igualmente, la diferencia de los procedimientos legales procesales hace necesaria la participación de funcionarios con diferentes niveles de experticia o de diversos funcionarios, lo que hace más complejo el funcionamiento del aparato judicial en el tipo de procesos que se sigue contra terceros.

1.2 Responsabilidad corporativa por medio de causas penales ordinarias

Varios sectores de la economía parecen haber estado vinculados con el conflicto armado colombiano con diferentes formas de participación e intereses. Un caso emblemático en la historia reciente de la violencia en Colombia que demuestra el auspicio de ciertas empresas a grupos paramilitares es el de los cultivos de palma de aceite. Debido al amplio impacto que ha generado en las zonas donde se ha cultivado que coincide igualmente con el mapa paramilitar, y la gravedad de los crímenes a los cuales ha estado asociada su expansión –como el desplazamiento forzado–, decisiones recientes de la justicia se han proferido develando la vinculación de empresas dedicadas a este sector y grupos paramilitares.

Los hechos del caso penal se remontan a la llamada “operación Génesis”¹⁴ de febrero de 1997, cuando una ofensiva militar estuvo acompañada por una arremetida paramilitar en zonas del Chocó en las cuales también habitan comunidades afrodescendientes, causando homicidios entre otras vejaciones y el desplazamiento forzado de la población. Posteriormente, hacia el año 2000 empresas de palma y ganadería extensiva se asentaron en la zona, iniciaron sus proyectos e impidieron el retorno de las comunidades desplazadas¹⁵.

El 30 de octubre de 2014 un Juzgado Penal de Medellín condenó a 16 personas, entre las que se cuentan empresarios, paramilitares y comisionistas de tierras por delitos como desplazamiento forzado y concierto para delinquir entre otros relacionados con la protección del medioambiente, debido a la manera como implementaron megaproyectos productivos de palma de aceite y ganadería extensiva en el departamento del Chocó. La decisión judicial también da cuenta de la relación del apoyo que prestó la fuerza pública en el actuar de los paramilitares en la comisión de los hechos objeto de sentencia que afectó también a comunidades ancestrales residentes en la zona donde los megaproyectos se implementaron, y de otro lado, exhorta al gobierno nacional a llevar a cabo actividades tendientes a reparar el daño ambiental¹⁶. A propósito de la relación con el proceso transicional, en la decisión el juzgado da cuenta cómo parte de la prueba obtenida en la cual se basa para la condena, proviene de información aportada en el Proceso de Justicia y Paz¹⁷.

¹³ Mediante diferentes disposiciones la Fiscalía ha iniciado un proceso de reestructuración y una nueva estrategia de investigación que combina priorización de situaciones y casos y elaboración de contextos, entre otras herramientas. Sin embargo, en el escenario de la responsabilidad corporativa en el contexto de la justicia transicional no ha habido evoluciones tangibles. Ver: Directiva No. 01 de 2012 del Despacho del Fiscal General; Memorando No. 033 de 2013 de la Unidad de Justicia y Paz (hoy Dirección de Justicia Transicional) y Decretos No. 016 - 022 de Enero 9 de 2014.

¹⁴ El Estado colombiano fue condenado internacionalmente por estos hechos. Así: Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso de las Comunidades Afrodescendientes Desplazadas de la Cuenca del Río Cacarica (Operación Génesis) v. Colombia*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2013. Serie C No. 270.

¹⁵ Juzgado Quinto Penal del Circuito Especializado de Medellín. Sentencia Rad. No. 201101799. Sentencia de 30 de octubre de 2014, pp. 4-5.

¹⁶ *Ibidem*, p. 354.

¹⁷ *Ibidem*, p. 150.

El fallo que hace parte de un proceso más grande¹⁸ decide sobre la responsabilidad de personas involucradas en no solo una, sino varias empresas de palma que concurrieron en los hechos¹⁹. Especial relevancia en el caso tiene Urapalma S.A. por haber sido directamente relacionada con Vicente Castaño, uno de los máximos líderes paramilitares, y constituir una de las más grandes empresas de la cual se desprendieron otras²⁰ igualmente ligadas al fenómeno de despojo en la zona. Así se muestra como un juicio penal contra representantes de empresas puede servir para esclarecer el rol de las empresas en el conflicto aun en el contexto de un país en el cual no existe la responsabilidad penal de personas jurídicas.

Respecto de la decisión proferida en el desarrollo de la Acción de Tutela²¹ por hechos cometidos en la misma zona de los hechos del fallo anterior, el Tribunal Administrativo de Chocó conoció de la acción interpuesta por los representantes legales de los Consejos Comunitarios de Jiguamiandó y Curvaradó (Chocó), afectados de diferentes formas por la ocupación de sus tierras para cultivos de palma, especialmente desplazamiento forzado. El Tribunal encontró que había una vulneración de los derechos a la identidad cultural y autonomía de los Consejos Comunitarios, al derecho a la propiedad privada, a la vida y la subsistencia en condiciones dignas, entre otros, y ordenó a personas jurídicas como Agropalma, entre otras, que suspendieran las actividades que estaban realizando y entregaran la tenencia de la tierra²².

Otro caso que ilustra la relación estrecha entre empresas y los paramilitares, es el del Fondo Ganadero de Córdoba, cuyo exgerente aceptó haber participado entre 1997 y 2007 en el despojo de tierras a decenas de familias en la zona de Urabá en Antioquia. En la sentencia anticipada²³ a la cual se acogió el empresario se establece su relación con los grupos paramilitares y el acuerdo con estos para apropiarse ilegalmente de las tierras que fueron objeto de despojo. Consecuencialmente, la Fiscalía lo acusó de los delitos de concierto para delinquir, desplazamiento forzado, apropiación de bienes protegidos y testaferrato²⁴. Este último, delito que consiste en prestar el nombre para adquirir bienes con dineros provenientes del delito de narcotráfico y conexos²⁵.

Mientras los ejemplos anteriores surgieron de la desmovilización de los paramilitares en el marco de justicia y paz, y de la responsabilidad de representantes de corporaciones por su complicidad en sus crímenes, el caso de la empresa ítalo-argentina de ingeniería Simic y su relación con la guerrilla del Ejército de Liberación Nacional (ELN) ha llamado especial atención en cuanto es uno de los pocos casos que se conoce públicamente donde se relacionan empresas y guerrillas. Al parecer Simic empezó siendo extorsionada por el ELN, pero luego las dos partes acordaron llevar a cabo ciertos negocios conjuntamente, de manera que se acusa a la empresa de financiar

¹⁸ 'A la cárcel 16 empresarios de palma de Chocó'. [en línea] Portal Verdad Abierta. 08 de diciembre de 2014. <<http://www.verdadabierta.com/lucha-por-la-tierra/5543-a-la-carcel-16-empresarios-de-palma-de-choco>> [consulta: 20 de mayo de 2015].

¹⁹ Juzgado Quinto Penal del Circuito Especializado de Medellín, op. cit., p. 5.

²⁰ *Ibidem*, p. 51.

²¹ La Acción de tutela es el recurso judicial con el que cuentan todas las personas en Colombia para hacer efectivos los derechos fundamentales consagrados en artículo 86 de la Constitución Política de Colombia.

²² Tribunal Contencioso Administrativo del Chocó. Sentencia Rad. No. 2009-0030. 15 de octubre de 2009.

²³ En el proceso penal en Colombia, la sentencia anticipada es una forma de hacer más expedita su finalización mediante la confesión de la participación en los hechos delictivos por los cuales se adelanta la investigación.

²⁴ 'El ex gerente del Fondo Ganadero aceptó tener vínculos con paramilitares'. [en línea] Caracol. 7 de octubre de 2014. <<http://www.caracol.com.co/noticias/judiciales/el-ex-gerente-del-fondo-ganadero-acepto-tener-vinculos-con-paramilitares/20141007/nota/2450865.aspx>> [consulta: 29 de mayo de 2015].

²⁵ Ley N° 599. COLOMBIA. Por la cual se expide el Código Penal. Congreso de la República de Colombia. 24 de julio de 2000 (en adelante, Código Penal), ver: artículo 326 del Código Penal.

a esa guerrilla y obtener de ella servicios de seguridad. El caso, que se encuentra en investigación penal de la Fiscalía General de la Nación, tiene referentes en los años ochenta cuando la guerrilla recibió multimillonarios pagos por liberar secuestrados²⁶; pero tras la interceptación de una comunicación telefónica, la Fiscalía pudo establecer que la empresa negociaba recientemente el paso de 17 camiones de carga pesada a cambio de un pago de 15 millones de pesos, hecho que sirve para ejemplificar la vinculación de la empresa con el grupo armado²⁷.

Se puede ver que, aunque fuera del marco de la justicia transicional, hay posibilidades y algunos éxitos, de investigar el rol de algunas empresas en el conflicto y lograr establecer la responsabilidad de actores corporativos. Sin embargo, la investigación penal contra empresas enfrenta varios desafíos importantes. Primero, el derecho penal colombiano no conoce la figura de la responsabilidad penal corporativa²⁸, por lo que la responsabilidad penal se enfocará necesariamente en los representantes de las corporaciones, no en ellas mismas, lo que puede causar problemas en el contexto de la justicia transicional, ya que el análisis de la responsabilidad individual de un representante corporativo en un proceso penal no necesariamente permite una investigación holística del rol de la corporación.

Al mismo tiempo, debido a que el representante de una corporación no puede beneficiarse de las penas alternativas que se aplican dentro del marco jurídico de la justicia transicional vigente, es posible que este, por su complicidad en el crimen cometido por un miembro de un GAOML –quien sí puede participar en el proceso de justicia y paz–, será condenado a una pena más alta que el actor principal del crimen; resultado que en muchos casos no parece justo ni proporcional. Desde otra perspectiva, al no existir la posibilidad de beneficiarse de penas alternativas y otras medidas de justicia transicional, hay pocos incentivos para que las corporaciones y/o sus representantes se atrevan a participar en procesos de justicia transicional.

Todo esto nos hace pensar que incluir las corporaciones en el proceso de justicia transicional tendría importantes ventajas para la investigación holística y efectiva de los hechos, y para satisfacer los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación.

1.3 Posibilidades y desafíos de lograr la responsabilidad de corporaciones fuera del país

En Colombia, como en otros países en los que víctimas se quedaron insatisfechas con los mecanismos de justicia transicional respecto del rol de corporaciones, las limitaciones en conseguir justicia y reparaciones internamente resultaron en la iniciación de causas en otros países contra corporaciones por su rol en el conflicto colombiano.

La bananera multinacional Chiquita Brands, por ejemplo, admitió haber hecho pagos a los grupos paramilitares en Colombia por una cifra de 1,7 millones de dólares entre 1997 y 2004. Mientras esta confesión resultó en el pago de una multa de 25 millones de dólares al Estado norteamericano²⁹,

²⁶ MONROY, Juan Carlos. 'Sicim, otra vez sospechosa de pagar a las guerrillas'. [en línea] El Colombiano. 29 de enero de 2015. <<http://www.elcolombiano.com/sicim-otra-vez-sospechosa-de-pagar-a-las-guerrillas-MI1183608>> [consulta: 20 de mayo de 2015].

²⁷ 'La petrolera que negociaba con el ELN'. [en línea] Revista Semana. 31 de enero de 2015. <<http://www.semana.com/nacion/articulo/la-petrolera-que-negociaba-con-el-eln/416475-3>> [consulta: 29 de mayo de 2015].

²⁸ Ver los artículos 29 y 30 del Código Penal de Colombia, acerca de quiénes son autores y partícipes en la conducta punible.

²⁹ 'Chiquita Brands pagará 25 millones de multa por financiar a los 'paras''. [en línea] El País. 18 de septiembre de 2007. <http://internacional.elpais.com/internacional/2007/09/18/actualidad/1190066401_850215.html> [consulta: 20 de mayo de 2015].

las causas penales contra directores de Chiquita en Colombia basados en los mismos hechos no avanzaron ni dieron resultados³⁰, y las víctimas de crímenes de los paramilitares iniciaron una causa contra Chiquita en Estados Unidos por complicidad en la forma de proveer financiamiento a los paramilitares. La causa se basó en el *Alien Torts Statute* (ATS) que establece que las Cortes de Distrito de Estados Unidos tendrán jurisdicción sobre cualquier acción civil iniciada por una persona no americana por daños que sean cometidos en violación de las normas de las naciones o de un tratado ratificado por los Estados Unidos (28 U.S. Code at 1350). Después de varias idas y vueltas procesales, esta causa fue finalmente rechazada porque todos los actos relevantes de asistencia se cometieron en Colombia y no en Estados Unidos³¹, y la Corte Suprema de Estados Unidos recientemente limitó la aplicación extraterritorial de esta ley a casos con un nexo territorial con los Estados Unidos³².

Algo parecido ocurrió en el caso de Drummond, en el cual víctimas colombianas iniciaron una causa en Estados Unidos contra la minera Drummond por financiamiento de paramilitares, y por el homicidio de dos dirigentes sindicales. En abril de 2015, después de varios años de litigio, una corte estadounidense rechazó la demanda³³.

Otro caso que compromete la responsabilidad corporativa es el asesinato de un sindicalista de Nestlé. Una corte penal colombiana condenó al responsable directo del asesinato y declaró que el rol de Nestlé en el crimen debería ser investigado, investigación que nunca llegó a realizarse³⁴. Una denuncia penal contra Nestlé fue presentada en Suiza donde existe la figura de la responsabilidad penal corporativa, pero las cortes la rechazaron por encontrarse prescrito³⁵. Una demanda contra Suiza ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) en Estrasburgo, por su actuar en el caso Nestlé, planteando que la justicia suiza no investigó suficientemente la responsabilidad que cabe a Nestlé en el asesinato de Romero, fue rechazada en mayo de 2015³⁶.

Se puede ver que cuando ni la justicia transicional, ni la ordinaria investigan eficientemente el rol de las corporaciones dentro del conflicto, los grupos de víctimas y la sociedad civil han recurrido a buscar medidas alternativas, inclusive a nivel internacional, para combatir la impunidad. Mientras ninguno de estos casos resultó en una sentencia contra la corporación y el riesgo de un fallo condenatorio parece mínimo, estos juicios que se extienden por muchos años, no solamente tienen costos financieros muy altos, sino también costos de reputación para las empresas³⁷. Para las víctimas estos procesos, aun sin resultar en condenas, pueden llegar a tener importancia por su potencial de contribuir a aclarar los hechos y responsabilidades.

Este tipo de litigio puede tener un claro vínculo con los procesos de justicia transicional y las deficiencias comentadas; el mejor ejemplo de un caso tal es el de Khulumani contra varias

³⁰ 'Esto no huele bien: el caso Chiquita'... op. cit.

³¹ In Re: Chiquita Brands International, Inc., 2014 WL 3638854 (C.A.11 (Fla.)).

³² United States Court of Appeals (Second Circuit). *Kiobel et al. v. Royal Dutch Petroleum Co. et al*, Certiorari to the United States Court of Appeals for the Second Circuit, 17 April 2013.

³³ United States Court of Appeals (Eleventh Circuit). *Doe v Drummond*, 782 F.3d 576 (11th Cir. 2015).

³⁴ Juzgado 56 Penal del Circuito de Bogotá. Sentencia condenatoria que califica como crimen contra la humanidad el asesinato del sindicalista de Sinaltrainal Luciano Romero. 31 de marzo de 2014.

³⁵ BGer 6B_7/2014 vom 21.07.2014. http://www.servat.unibe.ch/dfr/bger/140721_6B_7-2014.html.

³⁶ EUROPEAN CENTRE FOR CONSTITUTIONAL AND HUMAN RIGHTS. Nestlé precedent case: Murder of trade unionist Romero in Colombia. 18 diciembre 2014 [en línea] <<http://www.ecchr.de/nestle-518.html>> [consulta: 25 de mayo de 2015], BUSINESS & HUMAN RIGHTS RESOURCE CENTRE. Nestlé lawsuit (re Colombia) [en línea] <<http://business-humanrights.org/en/nestle-lawsuit-re-colombia#c123452>> [consulta: 24 de julio de 2015].

³⁷ Esta idea fue desarrollada en conversaciones con la Dra. Clara Sandoval.

multinacionales por su complicidad en crímenes de *apartheid*³⁸. Esto pues, además de la novedad del tema, implica la realización de litigios en foros extranjeros, fuera del contexto local, y según las leyes sustantivas y procesales de terceros países, por lo cual su potencial de lograr establecer una verdad holística se ve limitado por las restricciones jurídicas del foro y otros problemas como el que la larga duración de los procesos tiene el riesgo de que se mueran las víctimas antes de la finalización del juicio. En los juicios civiles, las reparaciones se limitan normalmente a la compensación financiera de las partes demandantes y reparaciones no financieras normalmente no son posibles³⁹.

Reflexiones finales

En este artículo se argumentó que existen buenas razones para incluir actores civiles como corporaciones en los procesos de justicia transicional, si su complicidad jugó un papel importante en el contexto de la represión o del conflicto. Se mostraron algunos problemas en el contexto colombiano de justicia y paz que prioriza una solución penal, centra los esfuerzos de la justicia transicional exclusivamente en los miembros de GAOML desmovilizados, y no ofrece la oportunidad de investigar de manera holística tanto la responsabilidad de los desmovilizados, como la de sus cómplices corporativos en el mismo proceso penal. Así, se pierde la posibilidad de demostrar los muchos grados de responsabilidad para un mismo hecho.

Problemas similares como los abordados en el contexto de justicia y paz surgirán de nuevo en el contexto de un futuro proceso de justicia transicional, que se desarrollará si las negociaciones de paz con las FARC son exitosas. Así, se puede prever que en Colombia la complicidad corporativa es un problema de mediano y largo plazo, y; es de esperar, que se aprendan algunas lecciones de las fallas de la exclusión de las corporaciones en el contexto de justicia y paz.

Aunque este artículo se centró en las posibilidades y desafíos que implica lograr hacer responsables las corporaciones por el medio de la justicia penal, en un contexto de justicia transicional, hay que destacar que usar el derecho penal como único mecanismo de justicia transicional no sería satisfactorio. La justicia penal tiene el rol de investigar la responsabilidad de los acusados según las normas del derecho penal sustantivo y procesal. En este marco, es difícil si no imposible investigar las causas y consecuencias del conflicto y demostrar el rol de los intereses económicos detrás de él, especialmente cuáles se beneficiaron del conflicto y cuáles, en busca de maximizar sus beneficios económicos, conscientemente o hasta a propósito, facilitaron graves violaciones de derechos humanos. Sin embargo, estos son temas importantes en el contexto de establecer una verdad comprensiva de lo ocurrido y de impedir la repetición de las violaciones. Para una tal investigación sería necesario crear una Comisión de Investigación o de Verdad como se hizo, por ejemplo, en Sudáfrica,⁴⁰ Liberia⁴¹ y Sierra Leona⁴².

³⁸ In re South African Apartheid Litigation, 346 F.Supp.2d 538 (SDNY 2004); Khulumani v. Barclay National Bank, 504 F.3d 254 (2nd Cir. 2007); In re South African Apartheid Litigation, 617 F.Supp.2d 228 (SDNY 2009); Balintulo v. Daimler, 727 F.3d 174 (2nd Cir. 2013).

³⁹ Sabine Michalowski, Ruben Carranza, 'Conclusion', in: Sabine Michalowski (ed.), *Corporate Accountability in the Context of Transitional Justice*, Routledge 2013, 247, p. 250.

⁴⁰ Truth and Reconciliation Commission South Africa. Final Report. Vol. 4, Chapter 2, 1998.

⁴¹ Report of the Liberian Truth and Reconciliation Commission, Vol. III, title III, p. 6, 2009.

⁴² *Sierra Leone Truth and Reconciliation Commission, Witness to Truth*, Vol. 1. [en línea] <<http://www.sierra-leone.org/Other-Conflict/TRCVolume1.pdf>> [consulta: 20 de enero de 2015].

Comisiones de Verdad pueden investigar, si lo permite su mandato, el rol de corporaciones individuales sin ser restringidas por las limitaciones del derecho penal. También pueden ir más allá del análisis de responsabilidades individuales y averiguar las causas y consecuencias del conflicto o de la represión, inclusive el rol de los poderes económicos. Aunque un mandato amplio de comisiones de verdad que incluya la posibilidad de investigar el rol de corporaciones si el contexto lo requiere es entonces de suma importancia, determinar responsabilidad individual normalmente quedará para el rol de la justicia.

Para mejor abordar la responsabilidad corporativa en Colombia, todo esto significa que hay que pensar en eliminar la fragmentación de la justicia penal en cuanto al rol de los combatientes y sus cómplices, y complementar la justicia penal con una Comisión de Verdad para poder investigar las causas y consecuencias económicas del conflicto fuera de los límites del derecho penal.