

RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS EMPRESAS NACIONALES Y  
TRANSNACIONALES EN EL CONFLICTO ARMADO COLOMBIANO:  
LA CARGA DE LA PRUEBA Y LA BUENA FE PROCESAL.

AUTOR

REINALDO RAFAEL OCHOA TORRES

TRABAJO DE INVESTIGACIÓN COMO REQUISITO DE GRADO.

DIRECTOR

LUIS MANUEL CASTRO NOVOA

UNIVERSIDAD SANTO TOMAS  
MAESTRÍA EN DEFENSA DE LOS DD.HH. Y D.I.H ANTE ORGANISMOS,  
CORTES Y TRIBUNALES INTERNACIONALES  
BOGOTÁ 2020

## RESUMEN

El conflicto armado interno en Colombia es uno de los más largos del mundo, sin génesis y especial, por la multiplicidad de actores y factores que involucra, lo cual ha hecho muy difícil su resolución. Durante y en el transcurso del mismo y en diferentes gobiernos, se han explorado fórmulas para tratar de lograr con los distintos actores la terminación del mismo. Es así como durante el gobierno del expresidente Juan Manuel Santos Calderón, se logró con el apoyo de algunos países grandes y con la verificación de las Naciones Unidas, instalar una mesa de negociaciones en Cuba, donde se sentaron las FARC-EP y el Estado colombiano, lo cual dio como resultado el Acuerdo Final para la construcción de una paz estable y duradera. No obstante los esfuerzos hechos, no se logró involucrar a todos los actores del conflicto, al menos en forma obligatoria o forzosa, quedando por fuera importantes actores, entre estos, los terrenos y los actores económicos, que fueron determinantes en la dinámica del conflicto. Por lo anterior, en este trabajo se proponen algunas rutas o vías jurídicas que permitan la competencia obligatoria de estos actores, porque con exclusión de los mismos, gran parte de la verdad del conflicto no se alcanzaría a conocer. La sentencia C-674/17, al hacer el estudio de constitucionalidad al acto legislativo 01 del 2017, establece una forma de límite a la competencia de la J.E.P. sobre los terceros y Actores Económicos, por lo que se propone en este trabajo como rutas o vías jurídicas, son, entre otros, los siguientes:

- A.** Control de convencionalidad de la J.E.P. a la sentencia C-674/17.
- B.** Reforma constitucional.

Ambos mecanismos aparecen fundamentados en el desarrollo de esta investigación.

*Palabras clave: Acuerdo Final, Justicia Transicional, la JEP, las FARC-EP, Actores Económicos, Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera, Víctimas de Desplazamiento Forzado.*

## ABSTRACT

The internal armed conflict in Colombia is one of the longest in the world, without genesis and special, due to the multiplicity of actors and factors involved, which has made its resolution very difficult. During and during the same and in different governments, formulas have been explored to try to achieve with the different actors the termination of it. Thus, during the government of former President Juan Manuel Santos Calderón, it was achieved with the support of some large countries and with the verification of the United Nations, to install a negotiating table in Cuba, where the FARC-EP and the Colombian State sat. , which resulted in the Final Agreement for the construction of a stable and lasting peace. Despite the efforts made, it was not possible to involve all the actors in the conflict, at least in a compulsory or forced manner, leaving important actors out, including the land and economic actors, who were decisive in the dynamics of the conflict. Therefore, in this work some routes or legal channels are proposed that allow the compulsory competence of these actors, because excluding them, a large part of the truth of the conflict would not be known. Sentence C-674/17, when studying the constitutionality of legislative act 01 of 2017, establishes a form of limit to the jurisdiction of the J.E.P. on third parties and Economic Actors, for which it is proposed in this work as legal routes or avenues, are, among others, the following:

- A.** Control of conventionality of the J.E.P. to ruling C-674/17.
- B.** Constitutional reform.

Both mechanisms appear based on the development of this research.

*Keywords: Final Agreement, Transitional Justice, the JEP, FARC-EP, Economic Actors, Ending the Conflict and Building a Stable and Lasting Peace, Victims of Forced Displacement.*

Contenido

<b>INTRODUCCIÓN.....</b>	<b>6</b>
<b>¿Cómo fue la investigación en lo metodológico? .....</b>	<b>9</b>
<b>CAPÍTULO I. ....</b>	<b>11</b>
<b>ASPECTOS GENERALES DE LA JUSTICIA TRANSICIONAL .....</b>	<b>11</b>
<b>1.1           ¿Cuándo no hay impunidad en un proceso de Justicia Transicional? .....</b>	<b>13</b>
<b>1.2           Antecedentes.....</b>	<b>16</b>
<b>1.3           Justicia Transicional y Derecho Comparado.....</b>	<b>17</b>
<b>1.4           Justicia Transicional en Colombia .....</b>	<b>19</b>
<b>1.5           Problematizaciones de la Justicia Transicional en el Marco del Acuerdo de Paz en Colombia.....</b>	<b>20</b>
<b>1.6           La documentación de la participación de los actores económicos o empresas. ....</b>	<b>23</b>
<b>1.7           Carga de realizar un análisis de contexto desde el conocimiento de los hechos. ....</b>	<b>23</b>
<b>CAPÍTULO II.....</b>	<b>24</b>
<b>LAS EMPRESAS Y LA JUSTICIA TRANSICIONAL EN COLOMBIA .....</b>	<b>24</b>
<b>2.1           Urapalma y comunidades de Curvaradó (Urabá antioqueño) - Un caso emblemático de justicia transicional en manos de la Jurisdicción ordinaria antes del acuerdo de la Habana. ....</b>	<b>24</b>
<b>CAPÍTULO III .....</b>	<b>27</b>
<b>RESPONSABILIDAD DE LAS EMPRESAS EN EL ACUERDO FINAL DE LA HABANA. ....</b>	<b>27</b>
<b>3.1           Los Empresarios ante la Justicia en Razón del Conflicto Armado en Colombia. ....</b>	<b>30</b>
<b>3.2           Responsabilidad de las Empresas y Estados en el marco de los tratados internacionales sobre derechos humanos en aplicación de la Justicia transicional.....</b>	<b>37</b>
<b>3.3           Responsabilidad penal de las Empresas en Colombia. ....</b>	<b>43</b>
<b>3.4           Empresas Trasnacionales en contexto de conflicto armado. ....</b>	<b>48</b>
<b>3.5           Otros Derechos Humanos vulnerados por la actividad empresarial .....</b>	<b>50</b>
<b>Derecho a la vida e integridad personal.....</b>	<b>52</b>

<b>Derecho a la asociación sindical .....</b>	<b>53</b>
<b>CAPÍTULO IV.....</b>	<b>54</b>
<b>4.1 Investigación criminal en contexto como modelo de investigación y la carga de la prueba. ....</b>	<b>54</b>
<b>4.2 La carga de la prueba en el sistema penal y la prueba de contexto en la determinación del rol de las empresas en las conductas punibles.....</b>	<b>55</b>
<b>4.....</b>	<b>56</b>
<b>4.2.1 Caso María Mercedes Gómez .....</b>	<b>56</b>
<b>4.2.2 Caso Julio Cesar Palacios.....</b>	<b>57</b>
<b>4.2.3 Caso Orlando Isaza Estrada .....</b>	<b>58</b>
<b>CONCLUSIONES .....</b>	<b>63</b>
<b>RECOMENDACIONES Y PROPUESTAS.....</b>	<b>64</b>
<b>REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS .....</b>	<b>66</b>

## INTRODUCCIÓN

Esta investigación de carácter descriptivo tiene como objetivo analizar a partir del Acuerdo Final de la Habana y del marco jurídico creado para la puesta en marcha del punto de víctimas y justicia transicional la responsabilidad de las empresas nacionales y transnacionales que participaron en el conflicto armado en Colombia, revisar su reglamentación y aspectos probatorios desde la Jurisdicción Especial para la paz como órgano competente para juzgarlo y la teoría jurisprudencial de la responsabilidad penal de las empresas.

La lectura que del conflicto armado se ha hecho en Colombia en sus más de sesenta años corresponde a un diagnóstico en el que existe multiplicidad de actores que confluyeron en el escenario de la guerra dejando cerca de doscientos sesenta y dos mil ciento noventa y siete (262.197) víctimas, 94.754 de los grupos paramilitares, 35.683 de las FARC y 9.804 por parte de agentes del Estado.

Tanto paramilitares como miembros de las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia fueron financiadas a través de actividades ilícitas, por sectores del Gobierno, pero también por parte de empresarios y del sector productivo, bien sea, como una estrategia reaccionaria en defensa de sus intereses y desarrollo económico, por extorsión o por voluntad de tomar partido en el conflicto armado.

Por una parte, estos hechos se enmarcan en una conducta delictiva castigada por el ordenamiento jurídico penal interno en Colombia, sin embargo, en el marco de la negociación del Acuerdo de Paz, diseñó una nueva hoja de ruta, de encuadrar esa conducta delictiva en un margen de ponderación entre justicia y verdad, es decir, la prioridad no es encauzar una condena por la conducta de financiación del terrorismo según el Código Penal, sino la posibilidad de conocer los hechos y establecer un margen de sanción reparadora y restaurativa para las víctimas.

Este es un punto de inflexión, ya que no ha sido común que la financiación de un conflicto armado tenga tanta relevancia en un Acuerdo de Paz que habilite a una jurisdicción especial para

someter dichos casos con un beneficio transicional, de hecho, es la primera vez que esto se hace, puesto que el proceso con los paramilitares no existió un artículo de la ley 975 que propendiera por perseguir este tipo de delitos, sino que, la jurisdicción penal ordinaria bajo el mismo esquema de la ley 599 siguió esas investigaciones.

Dentro de los grupos financiadores se resalta en forma general el sector empresarial, el cual, no es un actor monolítico en el conflicto ya que guarda estrecha relación con diferentes tipos de empresas (personas naturales, personas jurídicas, empresas locales multinacionales, empresas, empresas pequeñas y grandes, gremios, asociaciones de empresarios, entre otros), las cuales estarían incurso en el delito de financiación del terrorismo y de grupos de delincuencia organizada, tipo penal estipulado en la ley 599 de 2000 en los siguientes términos:

El que directa o indirectamente provea, recolecte, entregue, reciba, administre, aporte, custodie o guarde fondos, bienes o recursos, o realice cualquier otro acto que promueva, organice, apoye, mantenga, financie o sostenga económicamente a grupos de delincuencia organizada, grupos armados al margen de la ley o a sus integrantes, grupos terroristas nacionales o extranjeros, actividades terroristas, incurrirá en prisión de trece a veintidós años y multa de mil trescientos (1.300) a quince mil (15.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes. (República de Colombia, Ley 599 de 2000. Artículo 345).

El conflicto armado ha permeado las zonas y territorios más recónditos del País, fue una guerra de todos contra todos, ello incluyó terceros civiles, así como representantes de empresas que fueron coaccionados para entregar aportes a los grupos ilegales o que voluntariamente sus representantes tomaron parte en la guerra.

A pesar de la existencia de una jurisdicción especial para el juzgamiento de los casos, ha sido paradójico entender como la participación voluntaria de las empresas garantiza la justicia, ello justifica la necesidad de debatir como la JEP puede a diferencia de la jurisdicción penal ordinaria garantizar derechos a las víctimas y tener la capacidad de hacer un uso adecuado de las pruebas y la información.

Todo el anterior contexto de ideas nos lleva a cuestionar lo relacionado a la inversión de la carga de la prueba y vulneración de la buena fe procesal en los casos donde se investiga el aporte de una persona en representación de una empresa a un grupo al margen de la ley en el contexto del conflicto armado, no obstante, previo al análisis específico de este trabajo se hace necesario abordar todo lo relacionado a la justicia transicional, como desarrollo previo.

En primer lugar se expone una conceptualización de la justicia transicional, se presentarán los elementos que la conforman, la finalidad y el papel de las víctimas en la justicia transicional, abordado lo anterior se traerá a colación las leyes que han constituido el proceso de justicia transicional en el caso colombiano desde el año 2005 a 2016 haciéndose un recorrido normativo sobre el tema, hecho lo anterior se exaltarán los principales pronunciamientos de la Corte Constitucional colombiana entorno a la justicia transicional.

Elaborado el anterior recuento de la Justicia Transicional en Colombia, se analizará la buena fe como principio procesal y lo relacionado a la carga de la prueba en el sistema penal, trayendo a su vez a colación la experiencia internacional en los procesos seguidos contra la financiación de los grupos ilegales por las empresas para generar una aproximación a los retos probatorios que la Jurisdicción Especial para la Paz tendrá de cara a realizar investigaciones que culminan en un juzgamiento con condiciones de comparecencia voluntaria.

## ¿Cómo fue la investigación en lo metodológico?

En general, cuando alguien se aventura en la empresa de adelantar un proceso de investigación, tiene dos opciones o alternativas, entre las cuales escoger como diseño: con enfoque cuantitativo o con enfoque cualitativo. Los procesos cualitativos, por cuyo modelo se ha optado, presentan una situación totalmente diferente a la que plantean los diseños cuantitativos, especialmente en lo que tiene que ver con el o los momentos de identificación del problema, la exploración y uso de la literatura disponible, el muestreo, la metodología, las técnicas y estrategias a emplear para la recolección de los datos, lo mismo que en el empleo de estos a lo largo del proceso y en el momento final.

Entre las características del diseño cualitativo se pueden destacar: Construcción del conocimiento por medio del esclarecimiento progresivo; obedecen a una estructura cuya naturaleza es en forma de espiral; sus hallazgos no se validan por la vía de la demostración deductiva y medios empíricos o experimentales; sino por el consenso y la interpretación de las evidencias; y no tienen la pretensión de convertirse en generalizaciones de carácter universal. De tal modo, la adopción del enfoque cualitativo como diseño, se tuvo en cuenta sus características generales, que según Martínez Ubárnez (2017), se sintetizan en que estos diseños son:

- **Holísticos.** Mediante un enfoque totalizador de la realidad estudiada, buscan afrontarla con una visión integral o de conjunto, es decir, como un todo.
- **Constructivistas.** Se atienen a la realidad dada, de la cual intentan hacer una lectura, sin intervenir para modificarla.
- **Heurísticos.** Mediante un trabajo analítico, se convierte en una búsqueda y esfuerzo por llegar a la naturaleza del objeto estudiado.
- **Inductivistas - Particularistas.** Del estudio de casos y hechos particulares, su intención no es llegar a conclusiones universales sino particulares y concretas.
- **Intensivos:** Centraliza su interés en el foco de estudio que la ocupa y circunscribe a él sus conclusiones
- **Racionalistas.** Además de las sugerencias de la realidad estudiada, el investigador aporta su propia racionalidad e interpretación, a partir de su formación y experiencia.

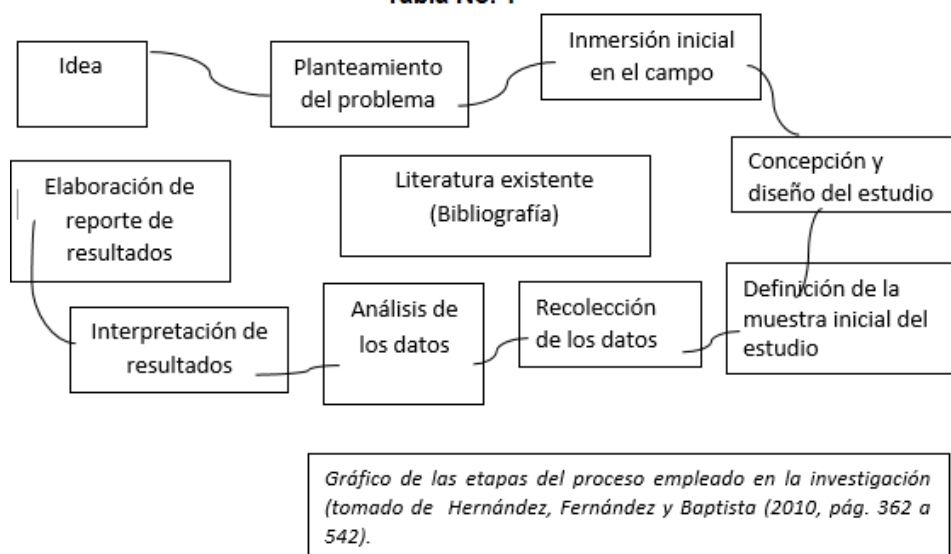
Atendiendo a estas particularidades, en lo que tiene que ver con el diseño o proyecto de investigación cualitativa, los protocolos son una propuesta o sugerencia para elaborar el plan o proyecto. Como propuesta, los protocolos son una alternativa a seguir, y por tanto ésta puede ser adaptada, mejorada, adicionada, según las necesidades concretas de cada investigación, pues la característica principal de los diseños cualitativos está en su:

- Apertura o la posibilidad siempre abierta de incluir nuevos elementos a lo largo del proceso.
- Flexibilidad que es la opción o posibilidad de modificar lo ya previsto, incluido el diseño inicial.
- Sensibilidad Estratégica que consiste en la posibilidad siempre abierta de modificar el diseño inicial o, a partir de una lectura de la realidad encontrada.
- Referencialidad o carácter no prescriptivo que hace alusión a la naturaleza indicativa o ruta orientadora del diseño inicial.

A partir de la concepción del diseño cualitativo, López (2002) considera que las investigaciones pueden ser emergentes, o sea, que el diseño de la misma puede modificarse en su desarrollo, replantearse a través de su redacción o lecturas en la medida en que sea necesario y así lo conduzcan los nuevos hallazgos teóricos o documentales.

Lo anterior tiene también fundamento en la metodología de la investigación expuesta por Hernández, Fernández y Baptista (2010) quienes proponen que en las investigaciones cualitativas todas las etapas metodológicas giran alrededor de la literatura existente, por lo cual, ésta marca su influencia sin distinción temporal alguna durante el desarrollo de la presente investigación, así, el procedimiento seguido para el desarrollo de la presente monografía queda representado en la siguiente figura:

Tabla No. 1



Para el desarrollo de la primera fase, se tomó como base los conocimientos previos del autor, se inició una búsqueda documental exhaustiva, de material que cumpliera con las exigencias teóricas. A continuación se procede a realizar su análisis, permitiendo sintetizar los elementos teóricos que respaldan los planteamientos de la propuesta, es decir, se hizo una inmersión inicial en el campo.

Y en la segunda fase se plantearon los elementos metodológicos, como la línea de investigación, el planteamiento del problema, objetivos, justificación, delimitación y diseño metodológico, para posteriormente realizar el constructo teórico obtenido del análisis documental.

Con esto se logró un análisis exhaustivo de fuentes secundarias que permiten obtener una visión actualizada del status quo del fenómeno estudiado.

## CAPÍTULO I.

### ASPECTOS GENERALES DE LA JUSTICIA TRANSICIONAL

La Justicia Transicional alude a los procesos de reforma o replanteamiento social y político, que pueden derivar de una transición de régimen dictatorial o autoritario a la democracia, o de un conflicto armado a la paz y el perdón. (Uprimny y otros, 2006).

Según Díaz (2008) la Justicia Transicional enfatiza o debe enfatizar al modo en que se planea y ejecuta un proceso de transición, para que una sociedad pueda pasar la página de la guerra y de la opresión. Esto imprescindiblemente conmina a una reconsideración del ejercer de la justicia, y a lo que ella debe regir y/o abarcar, basada en los principios de verdad, justicia, reparación y no repetición.

Los alcances de la Justicia Transicional engloban, entre tantos aspectos, los relacionados con la reducción del vigor ordinario de las leyes punitivas, esto en procura de favorecer el ambiente de negociación entre los extremos beligerantes o de rendición y entrega voluntaria de los agentes causantes de la conmoción bélica; el restablecimiento de la paz, mediante la dejación de armas por los ejércitos irregulares, o mediante la depuración de las fuerzas castrenses del Estado, en caso de que la guerra y sus abusos provengan de allí; el fortalecimiento de las garantías políticas y cívicas de que se servirá la ciudadanía para pasar la página de la guerra y la vejación paulatinamente; entre otros. (Martínez, 2014)

El maestro Martínez (2014) plantea que la Justicia Transicional es una concepción de justicia propia del sistema democrático, que se centra en el análisis y actuaciones pragmáticas de los diversos modos que asumen las sociedades afectadas por violaciones masivas de los derechos humanos –como efecto de conflictos armados internos de naturaleza violenta, guerras civiles o dictaduras militares–, para hacer tránsito a la restauración institucional y estabilidad democrática, garantizando la paz duradera.

Para la profesora Gamboa (2005) por su parte, la Justicia de Transición es un instituto que se ha ido esculpiendo y optimizando, sólo y sólo con los ensayos fácticos y experiencias, amén de los afanes propios de las sociedades en conflicto, y desde luego, bajo la celosa inspección de las instituciones del derecho internacional.

La Justicia Transicional no se debe traducir como el imperio de la impunidad. El hecho de que la Justicia Transicional atenúe la impartición de justicia, no indica que esta deba renunciar a su misión de juzgar, sino que más bien, debe constituir un modo de juzgar concertado, en el proceso

de solución ecuánime de un conflicto, para la búsqueda de la paz, además de llegar hasta donde el control de convencionalidad se lo concede.

Por ese motivo, destaca en los procesos actuales de justicia transicional el ordenamiento jurídico internacional, tanto en materia de derechos humanos como en materia de derecho internacional humanitario.

### **1.1 ¿Cuándo no hay impunidad en un proceso de Justicia Transicional?**

Puesto que la Justicia Transicional y la impunidad parecen ser conceptos fácilmente entrelazados en el compendio existencial, en el plano del Sistema Interamericano de los Derechos Humanos la Corte Interamericana ha reiterado la obligación que tienen los Estados de impedir la impunidad frente a todo escenario judicial, especialmente frente a los escenarios de Justicia Transicional definiendo la impunidad como:

(...) la falta en su conjunto de investigación, persecución, captura, enjuiciamiento y condena de los responsables de violaciones de los derechos humanos protegidos por la Convención Americana, toda vez que el Estado tiene la obligación de combatir tal situación por todos los medios legales disponibles ya que la impunidad propicia la repetición crónica de las violaciones de derechos humanos y total indefensión de las víctimas y sus familiares. (Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Blake vs Guatemala, P.64)

En la Justicia Transicional destacan cuatro elementos o características que, de verificarse su cumplimiento, se presume que no hay lugar a impunidad en sus procedimientos, cuales son: verdad, justicia, reparación y garantías de no repetición.

Estos cuatro elementos han sido problematizados en el proceso de posconflicto en Colombia desde la misma negociación del punto cinco o punto de víctimas, marco orientador del mecanismo de Justicia Transicional, amén de que esta incluyó principios y elementos de gran relevancia constitucional como fueron el principio de selección, la responsabilidad de terceros y de empresas, entre otros.

La obligación internacional de los Estados de investigar y sancionar los delitos constitutivos de Genocidio, Lesa Humanidad y Crímenes de Guerra se refleja a partir de la suscripción del Estatuto de Roma. En caso de incumplimiento, la CPI en favor del principio de complementariedad (artículo 1º y 17º Estatuto de Roma) y de la incapacidad del Estado para investigar y enjuiciar (que nada tiene que ver con la falta de voluntad de un Estado para investigar o enjuiciar, Art. 17.2ª E.R.) tendrá competencia para llevar a cabo tales funciones. Es por ello, que en lo que va del Acuerdo de Paz, son muchas las inquietudes suscitadas con respecto a los criterios de selección de quienes serán juzgados por la comisión de delitos contra los DDHH y el DIH.

El Sistema Interamericano de DDHH por su parte, tal como se infiere en la Sentencia C-579/13 ha fijado unos parámetros sobre el contenido de la obligación de investigar, juzgar y sancionar las graves violaciones a los derechos humanos en contextos de conflicto armado interno, los cuales pueden sintetizarse de la siguiente manera:

El deber del Estado de investigar, juzgar y sancionar es una obligación específica del deber general de garantía del artículo 1.1 de la Convención Americana.

- i) La investigación debe ser realizada por todos los medios legales disponibles y debe estar orientada a la determinación de la verdad, así como a la investigación, persecución, captura, enjuiciamiento y castigo de todos los responsables intelectuales y materiales de los hechos, especialmente cuando están o puedan estar involucrados agentes estatales.
- ii) Durante el proceso de investigación y el trámite judicial, las víctimas de violaciones de derechos humanos, o sus familiares, deben tener amplias oportunidades para participar y ser escuchados, tanto en el esclarecimiento de los hechos y la sanción de los responsables, como en la búsqueda de una justa compensación.
- iii) La obligación de investigar es una obligación de medio o comportamiento, que no es incumplida por el sólo hecho de que la investigación no produzca un resultado satisfactorio. Sin embargo, debe emprenderse con seriedad y no como una simple formalidad condenada de antemano a ser infructuosa. Debe tener un sentido y ser asumida por el Estado como un deber jurídico propio, y no puede dejarse a la sola

- iniciativa procesal de la víctima o de sus familiares.
- iv) El deber de investigar debe realizarse entonces de forma seria, imparcial, efectiva y encaminada a establecer la verdad de los hechos.
  - v) La búsqueda efectiva de la verdad corresponde al Estado, y no depende de la iniciativa procesal de la víctima o de sus familiares, o de su aportación de elementos probatorios. El Estado debe satisfacer el derecho a conocer la verdad de las graves violaciones a los derechos humanos, no sólo a las víctimas directas y a sus familiares, sino también a la sociedad en su conjunto.
  - vi) El Estado debe determinar los patrones de actuación conjunta de todas las personas que de diversas formas participaron en las violaciones, y en esa medida, tratándose de situaciones de conflicto interno armado, el cual puede versar sobre graves violaciones a los derechos humanos cometidas de manera masiva y sistemática, la obligación de investigar debe ejercerse teniendo en cuenta los patrones sistemáticos que permitieron las vulneraciones.
  - vii) La investigación que debe emprender los Estados tendrá que ser realizada con la debida diligencia, es decir, que deberá ser efectiva y estar encaminada a lograr el resultado.

Así mismo, la Corte Constitucional a través de diferentes sentencias: sentencias **C-715 de 2012** y **C-099 de 2013** ha establecido las siguientes reglas jurisprudenciales en lo referido al derecho a la justicia, entra las que se destaca:

En primer lugar, “el deber de investigar, procesar y sancionar judicialmente a los responsables de graves violaciones de derechos humanos como el desplazamiento forzado”.

En segundo lugar, “El deber constitucional de velar porque los mecanismos judiciales internos tanto de justicia ordinaria, como de procesos de transición hacia la paz, tales como amnistías e indultos, no conduzcan a la impunidad y al ocultamiento de la verdad”.

Y, por último, que “la determinación de límites frente a figuras de exclusión de responsabilidad penal o de disminución de las penas en procesos de transición, en cuanto no es

admisible la exoneración de los responsables de graves violaciones a los derechos humanos y al Derecho Internacional Humanitario, y por tanto el deber de juzgar y condenar a penas adecuadas y proporcionales a los responsables de los crímenes investigados”.

En síntesis, la justicia de transición es una verdadera noción de justicia, regidora transitoria y excepcionalmente a ciertos específicos de transformación, encausada en la abjuración de fuertes conflictividades entre la justicia y la paz, como forma de alcanzar el reconocimiento de los derechos humanos y el establecimiento o restablecimiento del Estado de Derecho. Ello de conformidad con el marco normativo internacional que el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, el Derecho Internacional Humanitario y el Derecho Penal Internacional han ido consolidando al pasar de los años y de las experiencias vividas en el mundo. (Forero, 2016. P. 89)

## **1.2 Antecedentes**

En la historia de la Justicia Transicional se pueden reconocer dos grandes etapas o momentos: (i) como instrumento para juzgar crímenes de guerra, mostrando como ejemplos de esta etapa el Tribunal de Núremberg – 1946, por medio del cual se juzgaron a altos militares de la Alemania Nazi; el Tribunal para el Lejano Oriente o Tribunal de Tokio - 1946, instituido para el juzgamiento de los criminales de guerra japoneses, durante la segunda guerra mundial. El Tribunal de Ruanda – 1994, a través del cual se conocieron los juicios contra los responsables de crímenes atroces durante la guerra civil que sacudió a dicha nación africana; y otros, como el de la antigua Yugoslavia. Y (ii), como mecanismo para lograr el tránsito de la guerra hacia la paz, resaltando como ejemplo de ella, el paradigma de Argentina – 1983; de Chile – 1990; de El Salvador – 1992; de Guatemala – 1996; y de Colombia – 2016. Naciones que por conducto del proceso de paz entre los actores del conflicto armado, han logrado cultivar el escenario de reconciliación y pacificación.

El concepto de Justicia Transicional como modalidad sumaria y excepcional de impartir justicia, halla sus fundamentos históricos en tres escenarios de impartición de justicia bien marcados durante la anterior centuria, como lo fueron, el Tribunal de Núremberg, el Tribunal de Ruanda y el Tribunal para la Antigua Yugoslavia.

**Tribunal de Núremberg:** El Tribunal Militar de Núremberg fue creado por medio del denominado Acuerdo de Londres, declarado el 8 de agosto 1945 por el Gobierno de los Estados Unidos de América EUA, por el Gobierno Provisional de la República Francesa, por el Gobierno del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte y por el Gobierno de la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas URSS, actuando en interés de la comunidad mundial amenazada por el nazi-fascismo, para el enjuiciamiento de los acusados por crímenes de guerra, tras la segunda guerra mundial. (Martínez, 2014)

**Tribunal de Ruanda:** El Tribunal Penal Internacional para Ruanda fue erigido por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, el 8 de noviembre de 1994, con el fin de perseguir, arrestar, juzgar, condenar y ejecutar a los autores o promotores del genocidio ruandés de ese año. (Martínez, 2014)

**Tribunal para la Antigua Yugoslavia:** El Tribunal para la Antigua Yugoslavia fue instituido por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas a través de senda Resolución, el número 827 del 25 de mayo de 1993, para juzgar los crímenes de guerra perpetrados en el conflicto de los Balcanes. El Consejo de Seguridad basó tal decisión en el latente peligro que representaba esa zona del mundo para la paz y la seguridad internacional –tras la cruenta guerra que se desató allí y que dejó casi un millón de víctimas en cuatro años–, y que además fue un antecedente que justificó más adelante la creación de la Corte Penal Internacional. (Martínez, 2014). Sus propósitos Engloban la finalidad que persigue la justicia de la pacificación y el postconflicto. Entre los más relevantes se encuentran la justicia, la verdad, la reparación y las garantías de no repetición.

### 1.3 Justicia Transicional y Derecho Comparado

Es objeto en este acápite es hacer un rápido viraje por algunas experiencias internacionales de justicia de transición y entre ellas se puede encontrar las siguientes.

**Argentina (1983):** Tras el advenimiento de la democracia surge la necesidad de juzgar los crímenes cometidos durante el tiempo de la última dictadura (1976-1983), para lo cual se instauran *Comisiones de la Verdad* por medio de las cuales se exhortaba a los artífices de desapariciones

forzadas, homicidios, violaciones y masacres a relatar la verdad sobre dichos hechos y así recibir ciertos beneficios en el ulterior juzgamiento, amén de canalizar una memoria histórica para las futuras generaciones. (Martínez, 2014)

**Chile (1990):** Al retornar Chile a la democracia en esa anualidad el gobierno democrático de Patricio Aylwin (1990 – 1994) adelantó esfuerzos encaminados a materializar la reconciliación nacional tras la dictadura de Augusto Pinochet (1973 – 1990) período en el cual hubo incontables violaciones a los derechos humanos y restricción de libertades fundamentales. Así, se siguió la experiencia argentina de instituir *Comisiones de la Verdad* y políticas de reparación. (Martínez, 2014)

**El Salvador (1992):** Luego de la firma de los *Acuerdos de Chapultepec* entre el Gobierno de Alfredo Félix Cristiani Burkard y el Frente Farabundo Martí para la Liberación Nacional (FMLN) que dio fin a la Guerra Civil del “pulgarcito de América” entre 1970 y 1992 causante de miles de muertes e innumerables vejámenes, deviene un proceso de transición para iniciar el juzgamiento de los guerrilleros reinsertados a la vida civil y de los militares inculpados, y simultáneamente, abrir *Comisiones de Concertación Nacional* con el firme propósito de conquistar el esplendor de verdad que permitiese la reconciliación. (Martínez, 2014)

**Suráfrica (1995):** Con el triunfo de Nelson Mandela en las históricas elecciones de 1994 – después de su prolongado e injusto presidio en los tiempos del ominoso régimen del Apartheid–, y su asunción al poder, se consolida el proceso de reconciliación nacional surafricana a través de una justicia de transición ejemplar, bajo la que los viejos actores del terror y la discriminación reconocieron sus crímenes y pidieron perdón a la sociedad y se constituyó una *Comisión de la Verdad y Reparación*. Proceso que no terminaría sino hasta la década siguiente. (Martínez, 2014)

**Guatemala (1996):** Como consecuencia de la firma de los acuerdos de paz entre el gobierno de Álvaro Arzú Irigoyen y la guerrilla de la Unión Revolucionaria Nacional Guatemalteca (UNRG) en noviembre del mismo año, se reproduce la noción seguida por las experiencias que preceden en cuanto a búsqueda de la verdad. Es atendiendo ese criterio como se emprendió una justicia de transición en razón de la cual hubo numerables indultos y amnistías a los responsables

del conflicto armado (1966 – 1996) y campañas de pedagogía social para la paz. (Martínez, 2014)

#### **1.4 Justicia Transicional en Colombia**

*Ley 975 de 2005:* Mejor conocida como Ley de Justicia y Paz. “*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*”. Es una norma promulgada por el gobierno de Álvaro Uribe Vélez con el fin de lograr un régimen de transición tras la desmovilización del grupo paramilitar de las Autodefensas Unidas de Colombia.

La ley 975 es en teoría la primera norma en materia de justicia transicional en Colombia, con ella se estableció un procedimiento de carácter penal con penas restaurativas, aunque la misma no garantizó mecanismos de verdad, reparación y medidas de no repetición.

*Ley 1448 de 2011:* Más ampliamente conocida como Ley de Víctimas. “*Por la cual se dictan medidas de atención, asistencia y reparación integral a las víctimas del conflicto armado interno y se dictan otras disposiciones*”. Promulgada por el gobierno de Juan Manuel Santos como un intento de reparar a todas las víctimas de actos cometidos por los actores armados legales e ilegales en el contexto del conflicto armado a partir del primero de enero de 1985.

Esta ley tiene por objeto establecer un conjunto de medidas judiciales, administrativas, sociales y económicas, individuales y colectivas, en beneficio de las víctimas de las violaciones referidas dentro de un marco de Justicia Transicional, que posibiliten hacer efectivo el goce de sus derechos a la verdad, la justicia y la reparación con garantía de no repetición, de modo que se reconozca su condición de víctimas y se dignifique a través de la materialización de sus derechos constitucionales (República de Colombia, Ley 1448, artículo 1°).

*Acto Legislativo 01 de 2012:* También denominado como Marco Jurídico para la paz. Es una reforma a la constitución de 1991, con la que se ha buscado acercar aún más al ordenamiento jurídico colombiano a las posibilidades de paz negociada con los alzados en armas; elevando a

rango constitucional las políticas de reparación a las víctimas, y las políticas de reintegración y resocialización a las tropas de la insurgencia, tras un probable acuerdo de paz con el Gobierno.

*Acuerdo Final para la terminación del conflicto armado y la construcción de una paz estable y duradera:* Suscrito en noviembre de 2016 por el presidente de la República de Colombia Juan Manuel Santos Calderón, como Jefe de Gobierno, y por el jefe del Secretariado de las FARC, Timoleón Jiménez, alias Timochenko. Surge como una promesa de proceso de paz entre los reseñados actores, con lo cual acaecería una serie de introducciones o reformas, y un plan de justicia de transición con el que se cobijarían los jefes de las FARC y militares implicados en ejecuciones extrajudiciales en el curso de la lucha contra los grupos insurgentes, el cual en relación al componente de justicia incorpora la **Jurisdicción Especial para la Paz**, un instrumento surgido como consecuencia del Acuerdo Final sobre la terminación del conflicto armado, suscrito entre el Gobierno colombiano y las FARC EP, que tiene como metas trazadas, el conocimiento y juzgamiento de los crímenes cometidos en el marco de la guerra civil, y la búsqueda de la verdad histórica. (Mesa de Conversaciones, 2016).

### **1.5 Problematizaciones de la Justicia Transicional en el Marco del Acuerdo de Paz en Colombia**

El punto número 5 del acuerdo de paz, creó una jurisdicción dedicada exclusivamente a atender las investigaciones y juzgamientos de los hechos ocurridos en el marco del conflicto armado con una condición previa de verdad, sin embargo, para el caso de las empresas el mayor reproche que se le ha hecho ha sido precisamente la dejación voluntaria a su comparecencia y la escogencia selectiva de los casos a ser sometidos a juzgamiento con la renuncia a la investigación de los no seleccionados, ello implica analizar en detalle si en efecto habría impunidad en el juzgamiento de las empresas involucradas en el conflicto armado.

En este sentido la Jurisdicción especial deberá jugársela toda para sacar el máximo provecho del principio de selección con los terceros, para perseguir a los máximos responsables y garantizar la mayor reparación posible a las víctimas.

**El principio de Selección:** El principio de selección y priorización se erigen como principios *sine qua non* en los procesos de una paz negociada debido a tres razones fundamentales: la naturaleza del asunto, la dimensión cualitativa y cuantitativa de las conductas delictivas cometidas en el marco del conflicto armado interno y la duración, que en el caso colombiano, perduró en un tiempo superior a los cincuenta años y *por esta razón, la mejor manera para garantizar los derechos de las víctimas no es negando la selección, sino definiendo los criterios para su aplicación de tal manera que se satisfagan en el máximo nivel posibles las expectativas de verdad, justicia, reparación y no repetición* (Uprimny & Sánchez, 2012).

Pues no se trató de auspiciar espacios de impunidad frente la comisión de estos delitos sino de definir unos criterios que a la luz del artículo 1 del Acto Legislativo 01 del 2012 “logran determinar criterios de selección que permitan centrar los esfuerzos en la investigación penal de los máximos responsables de todos los delitos que adquieran la connotación de crímenes de lesa humanidad, genocidio, o crímenes de guerra cometidos de manera sistemática; establecer los casos, requisitos y condiciones en los que procedería la suspensión de la ejecución de la pena; establecer los casos en los que proceda la aplicación de sanciones extrajudiciales, de penas alternativas, o de modalidades especiales de ejecución y cumplimiento de la pena; y autorizar la renuncia condicionada a la persecución judicial penal de todos los casos no seleccionados”. Todo esto, satisfaciendo los estándares establecidos en los tribunales internacionales.

No se trata entonces de que el Estado vaya a renunciar al deber constitucional y legalmente impuesto de investigar y sancionar las atrocidades cometidas por quienes integraron estos grupos armados al margen de la ley (Artículo 251 numeral 1° C.N y los artículos 66 y 67 del C.P.) sino de implementar un modelo de justicia que permita, en casos particulares como este, una renuncia condicionada, que claramente deberá quedar definida en la Ley Estatutaria, y siguiendo a Uprimny “*obviamente esas condiciones implican al menos que los victimarios beneficiados realicen contribuciones efectivas a la verdad y a la reparación de las víctimas y a que esos crímenes nunca vuelvan a ocurrir en Colombia; y que las víctimas cuyos crímenes no sean seleccionados para ser investigados judicialmente cuenten con otros mecanismos extrajudiciales, tanto de verdad como de reparación, para que sean apropiadamente reparados y puedan saber realmente qué fue lo que ocurrió*”. (Rodrigo, 2013).

Para tales fines, la ley estatutaria que reglamenta la jurisdicción especial para la paz, deberá estar orientada a:

- i) Que los casos seleccionados aporten elementos para la garantía de los derechos de las víctimas cuyos casos no son seleccionados.
- ii) Que los criterios de selección sean sensibles a las condiciones de vulnerabilidad de las víctimas y por eso tengan en cuenta enfoques diferenciales y,
- iii) Definir claramente el modo en que lo que pierden las víctimas cuyos casos no sean seleccionados será compensado mediante otros mecanismos transicionales. (Uprimny & Sánchez, 2012).

Estos aspectos cumplen una función orientadora e inclusive, vinculante, en la medida que el Estado Colombiano como signatario del Estatuto de Roma y demás instrumentos internacionales, adquiere unas obligaciones con la comunidad internacional so pena de entrar en el incumplimiento de los mismos y, por lo tanto, esa tipología especial de justicia a impartir, deberá ajustarse a los estándares establecidos por los tribunales internacionales.

En este sentido, la ley Estatutaria de la JEP definió que el principio de selección permitiría la definición de los “criterios para concentrar el ejercicio de la acción penal en quienes tuvieron participación determinante en los hechos más graves y representativos” y que “respecto a las personas y hechos que no sean objeto de selección, se podrá renunciar al ejercicio de la acción penal.

Esta teoría siguió al protocolo de definición de “criterios y metodología de priorización de casos y situaciones” publicado por la Sala de Reconocimiento de Verdad, de Responsabilidad y de Determinación de los hechos y conductas de la Jurisdicción Especial Para la Paz, con el cual se regula en su práctica el principio de selección y se distingue del criterio de priorización, desde la autonomía de la JEP como jurisdicción autónoma.

El Principio de Selección también será aplicado en los casos de responsabilidad de las Empresas, se hace uso de la teoría de la participación determinante en los casos más graves y

representativos bajo la lógica del Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición (SIVJRNR), y los estándares del derecho internacional consuetudinario.

**La Responsabilidad de Terceros.** Otro de los factores problemáticos que se enmarcan a lo largo del punto de Justicia Transicional y en especial en relación con la responsabilidad de las empresas en el marco del conflicto armado ha sido la forma en que se ha pretendido relacionar la vinculación de estos actores del conflicto, toda vez que su disposición se dejó a voluntad de los mismos. Para ello la Jurisdicción Especial para la paz debe hacer un gran esfuerzo que comprende distintos focos de acción forense:

#### **1.6 La documentación de la participación de los actores económicos o empresas.**

La Jurisdicción Especial para la Paz frente a las empresas no es un buscador pasivo, es decir, no sólo está a la espera de que voluntariamente los actores económicos se presenten a su instancia y pongan de manifiesto sus actuaciones, sino que puede adelantar investigación oficiosamente para conocer las empresas y empresarios que estuvieron vinculados en el conflicto armado, recibir información de terceros civiles y todas las fuentes que reconozca la constitución, e incluso, en virtud de la ley 1712 de 2014 “Por medio de la cual se crea la Ley de Transparencia y del Derecho de Acceso a la Información Pública Nacional y se dictan otras disposiciones” tener acceso a investigaciones y archivos públicos de carácter nacional.

#### **1.7 Carga de realizar un análisis de contexto desde el conocimiento de los hechos.**

La primera herramienta de la que deberá echar mano la Jurisdicción Especial para la Paz si desea lograr un análisis de contexto como soporte probatorio para tener cimientos en las investigaciones contra las empresas son las declaraciones de verdad, es decir, este modelo creado de Justicia Transicional debe permitir desde la sala de reconocimiento de verdad y definición de situaciones jurídicas se tenga información suficiente.

Ahora bien, la JEP podrá requerir y notificar cuando tenga información de relevancia y con capacidad probatoria a las empresas que sean relacionadas en los hechos dados ante| la Sala de

Reconocimiento de Verdad y definición de situaciones jurídicas para que estas tengan la oportunidad de presentarse voluntariamente y reconocer los hechos, de lo contrario la Jurisdicción trasladará esa información a las autoridades competentes.

## **CAPÍTULO II**

### **LAS EMPRESAS Y LA JUSTICIA TRANSICIONAL EN COLOMBIA**

Como se observa en línea de lo expuesto sólo hasta el Acuerdo de Paz de 2016 acordado en la Habana, Cuba por el equipo negociador del Gobierno de Juan Manuel Santos y el de las FARC EP se incluye por primera vez a las empresas y empresarios dentro del sistema de justicia diseñado en el marco de los componentes de Justicia Transicional, luego entonces, tanto comisión de la verdad como jurisdicción especial tienen retos enormes para encontrar formas efectivas de incluir en la justicia restaurativa a las empresas entendiendo las mismas como actores del conflicto armado. Ahora bien, incluso sin un marco legal que expresamente consagre la inclusión de estos actores en los marcos de justicia transicional que se han diseñado antes de 2016 si existen casos emblemáticos en los que se llamó a empresas y empresarios a responder, como es caso de Urapalma, el cual se dio en el marco del código penal por delitos cometidos en complicidad con el paramilitarismo y que por fortuna no quedó en la impunidad como los más de 3500 miembros de las AUC que nunca respondieron ante la justicia colombiana.

#### **2.1 Urapalma y comunidades de Curvaradó (Urabá antioqueño) - Un caso emblemático de justicia transicional en manos de la Jurisdicción ordinaria antes del acuerdo de la Habana.**

El contexto de los hechos emite a la estructura geográfica y criminal de las entonces Autodefensas Campesinas de Córdoba y Urabá (A.C.C.U.), gestadas por lo que en Justicia Transicional se ha denominado como "La Casa Castaño" y del Bloque Elmer Cárdenas, comandando en su momento por Fredy Rendón Herrera, alias "El Alemán". Para octubre de 2002, se determinó no sólo con los testimonios de un sinnúmero de víctimas de dicha organización, quienes se refirieron a algunos pormenores de las actividades ilícitas que sus integrantes ejecutaban en la región de Urabá, concretamente en las cuencas de los ríos Jiguamiandó y Curvaradó, al igual que en zonas aledañas del municipio de Río Sucio del Departamento del Chocó, sino también con

las atestaciones de los mismos dirigentes, cabecillas o líderes de varios bloques que integraban el Grupo Armado Organizado al Margen de la Ley (GAOMIL); entre ellos, el aludido Fredy Rendón Herrera, alias "El Alemán"; José Ever Veloza García, alias "H.H", "Hernán Hernández" o "El Mono Veloza", quien comandaba el Bloque Bananero, y Raúl Emilio Hasbún Mendoza, alias "Pedro Bonito" o "Pedro Ponte", comandante del Frente "Alex Hurtado", que hacía parte del Bloque Bananero. (Juzgado Quinto Penal Del Circuito Especializado De Medellín, 2014. Pág. 67)

El accionar de esa estructura paramilitar hizo parte o coadyuvaron diversos actores como miembros de la Fuerza Pública, otros pertenecientes al sector empresarial y particulares, a fin de lograr propósitos económicos y expansivos de la organización, debido al gran potencial de explotación económica de la región que, en el caso concreto, se puntualizó en el cultivo de palma africana o aceitera en el bajo Atrato chocoano y en la ganadería extensiva, razón por la cual unieron esfuerzos, a efectos de la consecución, a como diera lugar, del territorio propicio para tales cultivos y su posterior cuidado y protección, a partir, se itera, de la connivencia de dichos actores; finalidades para las cuales utilizaron diversos mecanismos, tales como el desplazamiento forzado de la población asentada en los territorios que le eran de interés a la agrupación armada y los restantes completados, que como se verá más adelante se constituyó en una de las finalidades del delito contra la seguridad pública, y como delito autónomo (Juzgado Quinto Penal Del Circuito Especializado de Medellín, 2014. Pág. 73)

El conflicto comenzó en 1997, cuando el Ejército colombiano y las Autodefensas Unidas de Córdoba y Urabá (ACCU) (grupo paramilitar) se unieron para expulsar de la zona al grupo guerrillero de izquierda FARC, lo que resultó en el desplazamiento forzado de 3.500 campesinos. Al ver una oportunidad de negocio en el acceso barato a la tierra y las condiciones climáticas perfectas para las plantaciones de palma de aceite, un grupo de empresarios contactó a los paramilitares con una propuesta de negocio. Los paramilitares garantizarían el acceso a la tierra y, con el know-how de los empresarios, comenzarían una empresa conjunta (De justicia, 2017. Pág. 158)

En el 2000, varias compañías de palma de aceite, incluyendo Urapalma S. A., comenzaron a adquirir estas tierras, y en el 2005 ya eran dueñas de la mitad de estas. El Instituto Colombiano

de Desarrollo Rural (INCODER) informó que el aceite de palma se extrajo de un total de 17.000 hectáreas, de las cuales, casi 10.000 pertenecían al Consejo Comunitario de Curvaradó (es decir, el 28 % de sus tierras colectivas) y las 7.000 restantes pertenecían al Consejo Comunitario de Jiguamiandó (es decir, el 15 % de sus tierras colectivas). (Juzgado Quinto Penal Del Circuito Especializado De Medellín, 2014. Pág. 165)

En el 2005, la Comisión Interclesial de Justicia y Paz creada a partir de la ley 975 de 2005, instauró una denuncia penal contra varios ejecutivos de las empresas de palma de aceite que ocupaban las tierras, la CIDH y la Corte IDH dictaron decisiones, así como la Defensoría del Pueblo en el 2005 a través de la Resolución N.º 39, que requirió a las empresas detener sus operaciones y al Ministerio de Justicia garantizar la restitución de las tierras a las comunidades (De justicia, 2017)

En el 2007 la Fiscalía General de la Nación comenzó la audiencia de testimonios de los acusados, y en abril del 2011 cerró la investigación preliminar y presentó cargos para iniciar la etapa de juicio que comenzó el 23 de julio del 2012 e involucró a varios ex directivos de la empresa (y de otras empresas y organizaciones sin fines de lucro). El 30 de octubre del 2014, el Juzgado Quinto Penal del Circuito Especializado de Medellín dictó un veredicto de culpabilidad para todos los acusados, con excepción de dos. Fueron encontrados culpables de tener vínculos con las fuerzas paramilitares (concierto para delinquir) y del desplazamiento forzado. Esto último incluye actividades para evitar el regreso de las comunidades. (Contagio Radio Hablemos Alguito, “Condenados empresarios palmeros de Curvaradó por paramilitarismo”, 2015).

El Urabá antioqueño es uno de los territorios más golpeados por la violencia en Colombia, en donde con éxito relativo se ha logrado establecer unidades especiales de investigación en contexto, que han permitido obtener fallos como el precitado aunque la reparación material no se haya materializado para las víctimas, simbólicamente y en contribución a la verdad constituye un hecho sin precedentes y que abre una puerta de esperanza a las víctimas y al entendimiento del conflicto armado en Colombia.

Este caso fue juzgado por la justicia ordinaria y usando el marco de Justicia Transicional

desarrollado líneas arriba, especialmente la normativa creada a partir de la ley 975 de 2005 y complementada con el Estatuto procesal penal; en el proceso se observa que se usó un método de investigación en contexto, las pruebas que fundamentaron la decisión fueron suministradas por distintas fuentes y se respetó el tratamiento de los empresarios en su calidad de terceros civiles, elementos y características presentes también el artículo 16 del acto legislativo 01 de 2017 y la interpretación que a través de la sentencia 674 de 2017 por la Corte Constitucional en relación a la competencia de la Jurisdicción especial para la Paz sobre las empresas.

### **CAPÍTULO III**

#### **RESPONSABILIDAD DE LAS EMPRESAS EN EL ACUERDO FINAL DE LA HABANA.**

Uno de los primeros acercamientos en la contextualización al entendimiento de las causas, historia y evolución del conflicto armado tuvo lugar con la creación de la comisión histórica del conflicto y sus víctimas, la cual fue definida por la misma mesa de diálogo como *“insumo fundamental para la comprensión de la complejidad del conflicto y de las responsabilidades de quienes hayan participado o tenido incidencia en el mismo y para el esclarecimiento de la verdad. En esa medida, será un insumo básico para una futura comisión de la verdad y contribuirá a la reconciliación”* (Mesa de negociaciones Gobierno de Colombia y FARC EP, Comunicado conjunto No. 40. Pág. 2).

El informe final de la comisión histórica del conflicto y sus víctimas, a través del ensayo de Daniel Pécaut introduce en la discusión el concepto de “terceros oportunistas”, que son aquellas organizaciones criminales o agentes políticos que han participado en la dinámica del conflicto para su beneficio particular. Por ejemplo, líderes políticos locales que tejieron alianzas con los grupos paramilitares para obtener apoyo político y, en muchas ocasiones, para acumular tierras y bienes de la población desplazada señalando:

*(...) Igualmente, caben en esta categoría empresas nacionales o multinacionales que se aliaron con frentes paramilitares con el fin de generar un desplazamiento de la población, ocupar sus tierras de manera ilegal o comprarlas por debajo de su valor comercial (Gobierno de Colombia. Comisión histórica del conflicto y sus víctimas, pág. 53).*

Este insumo fue aprovechado por el equipo negociador de la Habana, el cual logró finalmente recoger el concepto de terceros civiles como un sujeto activo llamado a responder a las víctimas del conflicto armado. En los puntos 32, 48 y 58 del acuerdo. En el primero de ellos se manifiesta que:

También serán de competencia de la Jurisdicción Especial para la Paz las conductas de financiación o colaboración con los grupos paramilitares, o con cualquier actor del conflicto, que no sean resultado de coacciones, respecto de aquellas personas que tuvieron una participación activa o determinante en la comisión de los crímenes de competencia de esta jurisdicción, según lo establecido en el numeral 40, salvo que previamente hubieren sido condenadas por la justicia por esas mismas conductas. Los órganos de la JEP decidirán, según el caso, el procedimiento apropiado. De conformidad con el numeral 48 (t) y el 58 (e) serán llamados a comparecer ante la Jurisdicción Especial para la Paz, por parte de la Sección de Revisión del Tribunal, aquellas personas que hubieran tenido una participación determinante en una de las conductas de que trata el numeral 40 y no hubieren comparecido previamente ante la Sala de Verdad y Reconocimiento (Corte Constitucional. C – 674 de 2017. Pág. 83)

A su vez, el artículo 40 del acuerdo final da una cláusula general de enunciación del grupo de delitos por el cual se llama a responder a algunos actores, entre ellos los terceros civiles. A pesar de la importancia de esta modificación, no se trató de un tema nuevo o de un asunto no debatido, pues lo que se hizo fue sustituir un enunciado general por la descripción detallada de las conductas que representan lo que se dispone en dicho enunciado, de conformidad con lo pactado en el Acuerdo Final.

Por tal circunstancia el artículo transitorio No. 16 del acto legislativo 01 de 2017 sufrió modificaciones en su redacción a través de los diferentes debates y comisiones en el congreso, la redacción que fue presentada y que sobrevivió hasta el segundo debate fue la siguiente:

Artículo transitorio 16°. Competencia sobre terceros. Las personas que sin formar parte de las organizaciones o grupos armados, hubieren contribuido de manera directa o indirecta a la

comisión de delitos en el marco del conflicto, podrán acogerse a la JEP y recibir el tratamiento especial que las normas determinen, siempre que cumplan con las condiciones establecidas de contribución a la verdad, reparación y no repetición.

Lo anterior, sin perjuicio de las competencias de la Sala de Reconocimiento de Verdad y Responsabilidad y de la Sección de Revisión del Tribunal para la Paz, respecto de la comparecencia de aquellos terceros que hubieran tenido una participación activa y determinante en la comisión de los delitos más graves y representativos en el marco del conflicto y no hubiesen sido coaccionados.

En el ejercicio de esas competencias, las mencionadas Sala y Sección no podrán fundamentar su solicitud y decisión exclusivamente en los informes recibidos por la JEP, sino que deberán corroborarlos extrínsecamente con otras pruebas, y gozará de reserva en la investigación con el fin de garantizar los derechos fundamentales al buen nombre y a la intimidad. (Corte Constitucional. C – 674 de 2017. Pág. 194)

La incorporación en el segundo debate de las reglas de competencia de la JEP sobre terceros, sin embargo se consideró su adición compatible con los principios de identidad flexible y consecutividad desarrollados por el acto legislativo 01 de 2016 y la jurisprudencia de la Corte Constitucional relativa al acuerdo final y al marco jurídico para la Paz.

Inicialmente el artículo establecía que serían llamados a responder quienes hubieran tenido una participación “*activa y determinante*”, esta redacción fue modificada por “*activa o determinante*” pasando de un término conjuntivo a uno disyuntivo, lo cual en la hermenéutica jurídica y en la identidad de lo material amplía las posibilidades de vinculación de los terceros, situación que fue admitida por el Tribunal Constitucional toda vez que era consecuente con los principios constitucionales objeto de verificación, y estaba en el marco del acuerdo final, por lo que no correspondía a una innovación temática.

Finalmente, en el tercer y cuarto debate, se modificó la parte final del inciso 3 del artículo transitorio 16, suprimiendo la referencia a la reserva (tema que se incorporó en artículo transitorio 12) y reemplazando la expresión “*extrínsecamente con otras pruebas*” por “*a través de otros*

*medios de prueba*”. Se explica la incorporación en el cuarto debate del inciso 3 del artículo transitorio 12 del Acto Legislativo 01 de 2017, conforme al cual:

En los supuestos en los que la Sala de Reconocimiento de Verdad y Responsabilidad solicite a la Sección de Revisión del Tribunal para la Paz que haga comparecer a una persona respecto de la cual hubiere fundamentos claros y suficientes que hagan presumir su participación determinante en una de las conductas que trata el numeral 40 del Punto 5.1.2 del Acuerdo Final, la Sala no podrá fundamentar su solicitud, ni la sección podrá ordenarles comparecer con base exclusivamente en los informes recibidos por la JEP, sino que deberán corroborarlos a través de otras pruebas.

Nótese como, esta disposición aborda el mismo tema señalado en el párrafo anterior, referente al asunto de las incriminaciones basadas únicamente en los informes recibidos por la JEP, respecto de lo cual, a partir de las discusiones realizadas en el Congreso, se insistió en que siempre deben estar corroborados en otros medios de prueba. Así las cosas, este inciso también se ajusta a los principios de consecutividad e identidad flexible.

El concepto de terceros civiles acoge a personas naturales y jurídicas. Dos conceptos que son diferentes agrupados bajo una determinación amplia, por eso la definición de Pécaut en donde establece tres tipos de actores o sujetos que encajan en el marco general de lo que es un tercero oportunista: (i) organizaciones criminales (ii) agentes políticos y (iii) empresas nacionales o multinacionales.

Todos están llamados a responder en la JEP, y es que de hecho este criterio está en línea de lo dispuesto por principios del derecho penal internacional aprobados por la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas de 1950 que en su nomenclatura primera señala “Toda persona que cometa un acto que constituya delito de derecho internacional es responsable de él y está sujeta a sanción”, este principio recoge los criterios de personas naturales y jurídicas, incluso los políticos. El presente trabajo centra su atención en el tratamiento de las personas jurídicas y su responsabilidad ante la Justicia Espacial para la Paz y ante el derecho internacional humanitario.

### **3.1 Los Empresarios ante la Justicia en Razón del Conflicto Armado en Colombia.**

*“Del ahogado el sombrero”* era una expresión muy popular de las víctimas del desplazamiento forzado en Curvaradó (Río Sucio, Chocó); expresada por sus habitantes como el entendimiento que - si ya se había perdido la tierra porque los sacaron, o se fueron por miedo, y hay unas personas que están comprando las tierras, que pagó menos que pagó más, ¿dónde está la presión, dónde está el desplazamiento si ocurrió cinco años antes? No existe en la prueba- (República de Colombia Rama Judicial del Poder Público Juzgado adjunto al Juzgado Quinto Penal del Circuito Especializado de Medellín del treinta (30) de julio de 2013. Página 76).

El emblemático caso de Curvaradó en donde fueron condenados por la Corte Suprema de Justicia cerca de quince empresarios por los delitos de concierto para delinquir agravado, desplazamiento forzado en concurso homogéneo e invasión de áreas de especial importancia ecológica nos recuerda que durante los más de cincuenta años del conflicto armado colombiano son muchas conclusiones que pueden tenerse al respecto, en relación a sus causas, sus actores, secuelas, retos y posibilidades de superación, entre otros aspectos políticos, sociales y socioeconómicos, pero, adicionalmente se impone un reto probatorio enorme que implica la reconstrucción de un pasado lleno de violencia, múltiples actores anónimos, víctimas invisibles, entre otros, para establecer responsabilidades e iniciar procesos de justicia en donde logre vincularse más allá de toda duda razonable los actores empresariales como determinantes en conductas punibles o graves violaciones de derechos humanos.

La complejidad de encontrar alianzas directas entre empresas, grupos armados y violaciones sistemáticas de derechos humanos es un asunto de gran relevancia en los procesos de posconflicto, puesto que en virtud de presiones políticas y/o económicas los mecanismos de Justicia Transicional tienden a ser más que benévolos en el tratamiento de las empresas, casi que proteccionistas del destino de éstas ante el llamado de todos a responder, y en consecuencia su inclusión dentro de los sistemas de justicia tiende a ser inexistente o dejada a la voluntad de las mismas.

El Acuerdo entre las FARC y el gobierno nacional, firmado en la Habana, a partir del

componente o punto sobre el sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y no Repetición, puso a las víctimas y en específico el componente de justicia son el corazón del acuerdo, desde la redacción del acuerdo en la Habana se dejaron las primeras luces en torno a la necesidad de juzgar en condiciones de igualdad a todos los actores, reconociendo cada uno su rol en el conflicto y asumiendo responsabilidades compartidas, tanto de las FARC-EP, de los paramilitares, así como de cualquier otro grupo, organización o institución, nacional o internacional, que haya tenido alguna participación en el conflicto, como por ejemplo las empresas.

Y aunque el acuerdo no establece ningún apartado donde se mencione expresamente a las empresas como posibles actores del conflicto armado, la lectura global del texto y la específica de algunos apartados del mismo no deja ninguna duda sobre la competencia de la Jurisdicción Especial para la Paz para juzgar a las empresas que se dejó consagrada en la ley estatutaria de la JEP aunque se haya dejado la libertad a las empresas de acudir voluntariamente al proceso, toda vez que limita la realización de la justicia en torno a hechos atribuibles a las mismas. Actualmente la única jurisdicción competente para iniciar motu proprio investigación penal contra las empresas por delitos cometidos con o sin ocasión del conflicto armado es la justicia penal ordinaria, no obstante, se sustenta que la JEP pudo concebir el juzgamiento de la contribución empresarial a los grupos al margen de la ley.

Eventualmente, sí a la JEP se somete voluntariamente una empresa los Magistrados deben aplicar no sólo la normativa en justicia transicional diseñada a partir del acuerdo del teatro Colón, sino también el marco jurídico internacional y disponen de un amplio margen interpretativo al poder realizar una calificación jurídica propia, que en ningún caso quiere decir arbitraria, ya que sus referencias son el marco mencionado, en otras palabras, se aplican exclusivamente las normas de los acuerdos y tratados de comercio e inversiones y no las normas sobre los Derechos Humanos.

Centrándonos un poco más en los procedimientos y mecanismos iniciales para encausar a las empresas en el posconflicto colombiano encontramos que el apartado 48 recoge cómo la Sala de reconocimiento de verdad y responsabilidad y de determinación de los hechos y conductas recibirá los informes que le presente la Fiscalía y otros órganos e instituciones de carácter oficial, pero también incluye los informes de las organizaciones de víctimas y de derechos humanos

colombianas relativos a las conductas cometidas por las empresas con ocasión del conflicto armado.

Se especifica, además, que se les dará el mismo tratamiento. Por tanto, y más allá de todo el procedimiento previsto, el papel de la sociedad civil va a ser muy importante, ya que son muchos los informes -y de un alto rigor- que circulan en Colombia en relación a la impunidad con la que han actuado las empresas transnacionales y nacionales sirviéndose del conflicto armado.

Cuando una empresa lesiona bienes jurídicos protegidos por el Estado o la Comunidad Internacional, debe responder civilmente, es decir, deben reparar a las víctimas por el daño causado, y si los éstos constituyen delito deben responder penalmente; bien sea sí han cometido actos o han actuado como cómplices, colaboradoras, instigadoras, inductoras o encubridoras de las conductas tipificadas en el apartado 40 de los acuerdos de paz, y por lo tanto no pueden gozar de amnistía ni indulto ni de beneficios equivalentes los delitos de lesa humanidad, genocidio, los graves crímenes de guerra, la toma de rehenes u otra privación grave de la libertad, la tortura las ejecuciones extrajudiciales, la desaparición forzada.

Por otra parte, los miembros del consejo de administración, los dirigentes, ejecutivos, funcionarios, trabajadores, representantes de las empresas son personas físicas y las normas jurídicas vigentes descritas anteriormente son también obligatorias para ellos, particularmente en materia civil y penal. Por ejemplo, responderán de haber financiado a grupos paramilitares para delinquir en favor de las empresas.

En consecuencia, cuando una empresa incurre en una conducta como las señaladas hay una doble imputación, por un lado, a las empresas, y por otro, a las personas físicas responsables de las gravísimas conductas recogidas en el apartado 40 del Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición incluyendo la Jurisdicción Especial para la Paz y compromisos sobre derechos humanos.

Como regla básica son sujetos de derechos y obligaciones las personas, indistintamente de si estas son naturales o jurídicas deben responder por los daños que causen a los demás coasociados,

en este sentido, las empresas como toda persona privada están obligadas a respetar la ley nacional e internacional. Principio que la doctrina ha asumido y que numerosos convenios internacionales han ido incorporando.

Además, la Declaración Universal de Derechos Humanos es vinculante y no una mera recomendación ética. En el Derecho Internacional el sistema de fuentes viene recogido en el artículo 38 del Estatuto del Tribunal Internacional de Justicia: Las convenciones internacionales, la costumbre internacional, los principios generales del Derecho y las decisiones judiciales son fuente jurídica y gozan de plena validez.

La Declaración Universal de Derechos Humanos forma parte del mismo y es una verdadera norma imperativa o de *ius cogens* que encarna y protege intereses esenciales de la comunidad internacional y que según el artículo 53 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados establece que una norma imperativa no puede derogarse y ni cabe acuerdo en contrario por otra norma que no sea imperativa. Lo mismo que el artículo 103 de la Carta de las Naciones Unidas que establece que en caso de conflicto entre las obligaciones contraídas por los Miembros de las Naciones Unidas en virtud de la presente Carta y sus obligaciones contraídas a partir de cualquier otro convenio internacional, prevalecerán las obligaciones impuestas por la presente Carta.

En definitiva, además de los textos descritos existe un número muy importante de normas e instrumentos internacionales vigentes que son aplicables a las empresas. Son normas que se refieren a la dignidad inherente a las personas y por tanto obligatorias e inderogables.

Los magistrados deben tener en cuenta las normas internacionales que las empresas nacionales e internacionales deben cumplir, más allá, incluso, de lo que la legislación colombiana establezca. La responsabilidad de las empresas transnacionales en el ámbito internacional, no es una materia pacífica en la doctrina internacional. Durante mucho tiempo se han calificado a los derechos humanos como derechos individuales frente al poder del Estado, en estos momentos se ha consolidado la tesis por la que se reconoce que los derechos humanos pueden ser vulnerados por las personas físicas y jurídicas, es decir, las empresas también pueden violar los derechos humanos.

En lo relacionado con la carga de la prueba, esta se rige por la regla clásica, lo que implica que las víctimas o el Estado son los que tienen que probar la responsabilidad de los daños causados por las empresas o por las personas físicas que dirigen o trabajan para ellas. No obstante, en la doctrina internacional se está extendiendo la obligación jurídica por la cual son las empresas las que tienen la obligación de prevenir los posibles daños causados, invirtiendo la carga de la prueba en relación con los medios y capacidades de dichas empresas.

Así, los Principios Rectores sobre Empresas y Derechos Humanos ratificados en el 2011 por el Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, considera que cuanto mayor sea la cercanía o proximidad de la empresa a una zona de conflicto o situación de riesgo, las empresas deberán desplegar un mayor esfuerzo para no incurrir en responsabilidades respecto a las vulneraciones de derechos producidos. La debida diligencia y la “prevención” deben completar la regla clásica de la prueba de los daños causados por las empresas (Freytter, 2016).

En algunas ocasiones las empresas sólo representan un tipo de complicidad, Por ejemplo, si una empresa tiene la oposición de todas las comunidades cercanas para imponer explotación minera en una determinada zona y de la noche a la mañana las comunidades se “desplazan” y la oposición desaparece, la debida diligencia y la prevención que emana de los Principios Rectores sobre Empresas y Derechos Humanos debe tenerse en cuenta a la hora de establecer las responsabilidades. La empresa debe demostrar que no tiene nada que ver con los desplazamientos de las comunidades y con la “misteriosa” desaparición de la oposición al proyecto de explotación minera.

Los empresarios que aleguen buena fe en la compra de tierras, que fueron objeto de despojos o desplazamientos forzosos anteriores a su adquisición, deben demostrar que actuaron con la debida diligencia y se aseguraron de que su forma de actuar no tendría un impacto negativo en el ejercicio de los derechos humanos.

De justicia en su reciente informe “Cuentas claras” hace un llamado a que se cree un grupo multidisciplinario que se encargue de investigar el papel que cumplieron políticos, civiles y

empresarios en el conflicto armado. De acuerdo con este informe, construir la verdad del conflicto armado en Colombia responsabilizando sólo a la guerrilla, a los paramilitares y a la Fuerza Pública dejaría por fuera un universo de actores que contribuyeron a esta guerra de forma directa e indirecta.

No en vano en las 35 sentencias que han emitido los tribunales de Justicia y Paz se mencionan a 439 empresas y empresarios que participaron directa o indirectamente financiando estructuras armadas ilegales. De acuerdo a lo anterior, uno de los principales llamados para la Comisión de Esclarecimiento de la Verdad (CEV) es que no olvide que políticos, ganaderos, agricultores, industriales y otros civiles tuvieron un rol determinante en medio siglo de violencia

En su más reciente informe, llamado “Cuentas claras, el papel de la Comisión de la Verdad en la develación de la responsabilidad de empresas en el conflicto armado colombiano”, el Centro de Estudios Latinoamericanos y el Departamento de Sociología de la Universidad de Oxford (Reino Unido) y De justicia hacen hincapié en que los comisionados de la verdad deben promover y contribuir al reconocimiento voluntario de responsabilidades individuales y colectivas de quienes fueron protagonistas en el conflicto.

Aunque no hay una sola condena, en Colombia existe suficiente evidencia acerca de la relación de actores corporativos con hechos del conflicto armado. Esto tanto sobre la confluencia de intereses económicos (de explotación, producción o distribución) y presencia de actores armados en distintos territorios del país, como sobre la alianza entre poderes económicos, élites locales y grupos armados para promover sus intereses económicos y políticos a través de la cooptación de las instituciones. (De justicia. 2018)

No obstante, en lo correspondiente a la experiencia internacional, el informe “cuentas claras” tiene como fuente de información la base de datos de Oxford llamada Corporate Accountability and Transitional Justice Database (CATJ), que reúne cifras sobre casos de responsabilidad corporativa que hayan sido investigados en procesos de Justicia Transicional.

Dicho informe, tiene datos desde los juicios de Nuremberg y de 39 comisiones de la verdad que se crearon en 30 países del mundo. De esas comisiones, el 56 % (22) reconocieron patrones de

participación de actores económicos en violaciones de los derechos humanos. Dentro de los casos que se exaltan se encuentran, los casos de Brasil, Argentina, Chile, Costa de Marfil, Ecuador, Guatemala, Nigeria, Perú, Corea del Sur, Kenia, Liberia, Paraguay, Tímo del Este, Ghana, Sierra Leona, Sudáfrica, Haití, Honduras y Zambia. La base de datos, sin contar los casos en Colombia, tiene registrados 321 nombres de empresas que fueron señaladas en las comisiones de la verdad de estos países. Además, permite concluir que Latinoamérica es la región que más ha logrado visibilizar estas alianzas entre sectores económicos y grupos armados ilegales al revelar el 70 % (223) de los casos.

Tras analizar los datos del CATJ, el informe concluye que es de vital importancia asegurar que se va a investigar la responsabilidad de los empresarios desde el diseño institucional, porque ninguna de las comisiones de la verdad que han tratado este tema programó adecuadamente el impacto de esta variable en sus actividades. Como resultado, la importancia que se le dio al tema de complicidad empresarial resultó insuficiente.

Es recomendable que Comisión de la Verdad hable específicamente de la “complicidad corporativa”, es decir, de los vínculos entre el poder económico y los actores armados. Finalmente, es importante aclarar que, en Colombia, las 35 sentencias que emitieron los tribunales de Justicia y Paz entre 2011 y 2015, se identificaron algunas de las empresas, empresarios y civiles que posiblemente financiaron el paramilitarismo. El informe “Cuentas claras” registró en el CATJ 439 nombres de personas jurídicas.

### **3.2 Responsabilidad de las Empresas y Estados en el marco de los tratados internacionales sobre derechos humanos en aplicación de la Justicia transicional.**

Los derechos de las víctimas son un conjunto de intereses y necesidades especiales de personas que han recibido un impacto o tratamiento diferente en contextos de guerra o regímenes antidemocráticos, constituyen una ampliación de los derechos humanos de forma específica para población especialmente afectada por conflictos armados o dictaduras hacia la transición. Hablar de los derechos de las víctimas supone entender que éstos están integrados dentro del ámbito global de los derechos humanos, solo que estas tienen características especiales, puesto que han recibido

una carga destructiva mucho mayor que el resto de quienes compartieron tales escenarios sin sufrir perjuicios específicos y determinados, aunque éstas situaciones afectan a toda la humanidad.

Hoy es posible afirmar, sin temor alguno que los derechos de las víctimas se resumen en cuatro exigencias (i) verdad (ii) justicia (iii) reparación y (iv) garantías de no repetición; y a partir del respeto de esas prerrogativas las obligaciones Estatales en el marco de un acuerdo de paz como el que intenta implementar el Gobierno colombiano y las FARC - EP frente a la normativa internacional y nacional parecen no tener inconveniente, sin embargo, hablar de garantías como estas que tienen una doble dimensión jurídica (puesto que no solo son procesales, sino también sustanciales) se convierte en una tarea que requiere de unos principios básicos sin los cuales las interpretaciones que deban hacerse a los casos concretos y las soluciones de reparación que reclamen las víctimas serían una meta imposible de conquistar en justicia y en derecho, para ello la asamblea general de naciones unidas mediante Resolución 60/147 de 2005 adopta los *“Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones”* (OEA, R 60/147, 2005), que son un marco interpretativo que recoge la filosofía propia de los sistemas jurídicos nacionales e internacionales sobre la materia.

Básicamente estos principios se reducen a obligaciones generales de respetar, asegurar que se respeten y aplicar las normas internacionales de derechos humanos y el derecho internacional humanitario, aplicar sanciones e investigar trasgresiones a las normas del derecho internacional y reparar los daños sufridos.

Este conjunto normativo de obligaciones envía un mensaje claro de aplicación directa de las normas internacionales de derechos humanos y todas las relacionadas con el derecho internacional humanitario y el derecho penal consuetudinario, es decir, convenios de Ginebra y normativa del SIDH en contextos de justicia transicional, Estatuto de Roma, etc.

Por su parte, la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ha sido reiterativa al establecer definiciones claras sobre el deber que le asiste a los Estados de garantizar,

proteger, tomar medidas y sancionar a quienes vulneren derechos humanos dentro de su territorio al definir que los artículos 1 y 2 del Pacto de San José De Costa Rica no sólo son el soporte normativo mediante el cual puede atribuirse responsabilidad internacional a un Estado puesto que son estos los que vinculan y obligan directamente a cumplir tales prerrogativas, sino que además son cláusulas generales que imbrican todo el compendio de derechos contenidos en el mismo tratado y sus complementarios como fuente interpretativa de cualquier obligación en todas las categorías de derechos.

En materia judicial y procesal en toda su extensión, incluyendo actuaciones administrativas de los artículos 8 y 25 de la CADH, y de sentencias como Caso Gonzales y Otros (Campo algodonero) Vs. México debe entenderse que el deber de investigar y llevar a cabo un debido proceso lleva una obligación que consiste en cumplir con seriedad y no como una simple formalidad ordenada de antemano a ser infructuosa, no es una simple gestión de intereses particulares que dependa de la iniciativa procesal de la víctima o de sus familiares, debe verificarse que la autoridad estatal realizó actos suficientes y necesarios para lograr la verdad.

Esta obligación se refuerza más cuando un Estado se encuentra en un régimen transitorio y excepcional como es un marco de Justicia Transicional, esto en dos sentidos que ya se exponen:

1. La Justicia Transicional está ligada a la garantía de respeto por los derechos humanos.
2. La transición permite brindar la plena realización de derechos fundamentales y la consolidación de la democracia.

La justicia transicional tal como lo ha expuesto el Secretario General de las Naciones Unidas abarca toda la variedad de procesos y mecanismos asociados con los intentos de una sociedad por resolver los problemas derivados de un pasado de abusos a gran escala, a fin de que los responsables rindan cuentas de sus actos, servir a la justicia y lograr la reconciliación.(ONU/2004/Pág.2)

Tales mecanismos pueden ser judiciales o extrajudiciales y tener distintos niveles de participación internacional (o carecer por completo de ella) así, como abarcar el enjuiciamiento de

personas, el resarcimiento, la búsqueda de la verdad, la reforma institucional, la investigación de antecedentes, la remoción del cargo o combinación de todos ellos. (ONU/2004/Pág.4)

De lo anterior no se colige otra cosa más que deben existir cuatro elementos básicos en la noción de justicia transicional: (i) las medidas de transición o pacificación deben respetar un mínimo de justicia; (ii) amparar los derechos de las víctimas en cumplimiento del derecho internacional; (iii) puede existir flexibilidad en la aplicación de dichos estándares, es decir no hay un compendio taxativo de medidas solo deben cumplirse con los principios básicos de la justicia transicional y, (iv) debe existir de manera cierta una transición con alcances políticos (Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla, 2011, pág 17).

En este sentido al hablar de las empresas en el marco del conflicto armado presume un imperativo de investigación y juzgamiento que debe cumplirse a cabalidad en cuanto se identifique que una empresa estuvo involucrada en delitos contra el DIH o crímenes de lesa humanidad.

En Colombia existen casos que se han constituido en referente que le da rostro a la forma en la que se involucraron las empresas en la historia de la Guerra en Colombia, pero que llama poderosamente la atención puesto que paradójicamente el juzgamiento de las conductas ilícitas cometidas no se dio en manos de la justicia ordinaria colombiana sino en virtud de la ley de jurisdicción extraterritorial de los Estados Unidos, como es el pluricitado caso Chiquita Brands que se expondrá líneas posteriores.

En ese sentido, ha de decirse que cuando un Estado recurre a modelos de transición lo hace precisamente porque ha sido imposible terminar con el conflicto por medio de la violencia o de la judicialización del opositor y pretende crearse un ambiente de dialogo, restauración y reconocimiento de responsabilidades, es decir, de la estructuración de la verdad. Esto último es de vital importancia para entender el porqué de la necesidad de que corporaciones y demás personas jurídicas que actuaron como partícipes, aliados o financiadores de los grupos en conflicto hagan parte de los procesos de transición, en tanto su relato permitirá atribuir responsabilidades y en esa medida ordenar reparaciones, pues lo segundo, no tiene lugar sin lo primero (Martínez, 2016. Pág. 18).

Del marco jurídico diseñado a partir de la ley 1448 de 2011 se entiende que la reparación comprende cinco tipos de medidas: restitución, indemnización, rehabilitación, satisfacción y garantías de no repetición. Las víctimas accederán a una o varias de estas medidas dependiendo de los daños sufridos y el tipo de hecho victimizante. Las medidas de reparación pueden ser individuales, colectivas, materiales, morales o simbólicas. (Unidad para la Atención y Reparación Integral a las Víctimas, 2016)

Para el caso colombiano, se debe considerar otorgar un espacio a las empresas que han tenido vínculos con el enfrentamiento armado, pues de esta forma se podrá establecer tanto una serie de responsabilidades en el sostenimiento prolongado de las hostilidades, como un relato que de cuentas de las razones por las que las dinámicas del conflicto fueron vistas, pues dentro del mismo, es innegable la presencia de diversos intereses económicos relativos al dominio de la tierra, como lo visto en el Chocó y la Empresa Palmas de Curvaradó (Ocampo, 2009, pág. 11).

Un hecho notorio es que las corporaciones toman parte en los conflictos armados buscando a través de la inestabilidad causada por las hostilidades, lograr posicionarse económica y políticamente, en consecuencia es importante analizar cómo estas pueden ser llamadas a las dinámicas de reparación en procesos transicionales, máxime cuando no existe responsabilidad penal para las personas jurídicas en el ámbito nacional y tampoco en el internacional. Para el año 2015 se generaron profundos debates en Ginebra con respecto a la posibilidad de formular, mediante un proceso intergubernamental, un tratado vinculante sobre empresas y derechos humanos.

Un tratado vinculante para establecer el marco de responsabilidad de las empresas podría mejorar la práctica de los Estados en este sentido, definiendo el requisito de que los Estados impongan obligaciones de debida diligencia en materia de derechos humanos, reformen sus códigos penales para establecer o permitir la responsabilidad empresarial por violaciones de derechos humanos y extiendan la legislación civil y penal vigente a las actividades que las empresas desarrollan en el extranjero, además de muchas otras alternativas intermedias. Estos debates podrían posibilitar el surgimiento de una nueva arquitectura para la cuestión de las empresas y los derechos humanos, que se ordene en torno a obligaciones jurídicas internacionales. (Fundación

Para El Debido Proceso, 2015, Pág. 10)

En este sentido las empresas están obligadas a respetar, proteger y garantizar derechos humanos bajo las mismas normas que le son aplicables a los particulares, esto es la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la Declaración Universal de los derechos del hombre, el Estatuto de Roma y los convenios de Ginebra.

Y es que incluso, los principios Aprobados por la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas en 1950 establecen que son punibles como delitos de derecho internacional (ONU. 1950. Pág. 1 y 2):

- a) Delitos contra la paz: i) Planear, preparar, iniciar o hacer una guerra de agresión o una guerra que viole tratados, acuerdos o garantías internacionales; ii) Participar en un plan común o conspiración para la perpetración de cualquiera de los actos mencionados en el inciso i).
- b) Delitos de guerra Las violaciones de las leyes o usos de la guerra, que comprenden, sin que esta enumeración tenga carácter limitativo, el asesinato, el maltrato, o la deportación para trabajar en condiciones de esclavitud o con cualquier otro propósito, de la población civil de territorios ocupados o que en ellos se encuentre, el asesinato o el maltrato de prisioneros de guerra o de personas que se hallen en el mar, la ejecución de rehenes, el saqueo de la propiedad pública o privada, la destrucción injustificable de ciudades, villas o aldeas, o la devastación no justificada por las necesidades militares.
- c) Delitos contra la humanidad El asesinato, el exterminio, la esclavización, la deportación y otros actos inhumanos cometidos contra cualquier población civil, o las persecuciones por motivos políticos, raciales o religiosos, cuando tales actos sean cometidos o tales persecuciones sean llevadas a cabo al perpetrar un delito contra la paz o un crimen de guerra, o en relación con él.

En este sentido, es notorio que los delitos enunciados en estos principios de carácter interpretativo y que pueden ser juzgados incluso a la luz del derecho internacional comprenden el banco de conductas punibles tipificadas en el código penal colombiano y el acuerdo final de la Habana.

### 3.3 Responsabilidad penal de las Empresas en Colombia.

La responsabilidad penal de las personas jurídicas en Colombia es inexistente, el concepto de culpabilidad penal adoptado a través de la ley 599 del 2000 en su artículo 12 dispone “sólo se podrá imponer penas por conductas realizadas con culpabilidad. Queda erradicada toda forma de responsabilidad objetiva”, en consecuencia, la voluntad del sujeto que actúa es la circunstancia que determina la comisión de una conducta punible, con las empresas opera la figura de la ficción, la empresa no tiene consciencia ni voluntad, actúa a través de sus representantes.

En países como Holanda, Noruega, Francia o España se ha logrado establecer responsabilidades penales para las personas jurídicas desde finales del siglo XX. En este sentido existen dos formas de dictar responsabilidad a personas jurídicas que podrían ser replicados en Latinoamérica como son la i) Responsabilidad derivada y la ii) Responsabilidad autónoma (Hernández, 2010, pág. 15).

La responsabilidad penal derivada hace recaer sobre la persona jurídica la responsabilidad penal de una persona natural, siempre y cuando exista una conexión o vínculo entre una y otra. Esto es, que el actuar de la persona natural se da en el marco de sus actividades o funciones dentro de la corporación (Hernández, 2010, pág. 16).

El modelo de responsabilidad autónoma responde a la evidencia de que en diversas situaciones existe una conexión entre el hecho prohibido y una característica de la entidad. Dicho modelo se conoce también como responsabilidad por defecto de configuración. Es decir, cuando la misma estructura y actividades de la persona jurídica se convierten en medio de la conducta punible (Martínez, 2016. Pág. 11).

Se identifican cinco formas de sanción a las personas jurídicas, a saber (Tiedemann, 1996, pág. 3):

1. Responsabilidad civil (subsidiaria o cumulativa) de la persona jurídica por los delitos

cometidos por sus empleados.

2. Medidas de seguridad que forman parte del sistema moderno del derecho penal, sin olvidar su procedencia del derecho administrativo e incluso de policía.
3. Sanciones administrativas (financieras y otras) impuestas por autoridades reguladoras, esto mediante reformas jurídicas, recientemente en algunos países se ha visto como el atentar contra el medio ambiente ha sido una forma de incluir este modelo legislativo.
4. Verdadera responsabilidad criminal, introducida en Europa e implementada en Australia, América del Norte y Japón, sin desatender en el ámbito del derecho, las diferencias de hecho que existen entre autor físico y persona jurídica;
5. Medidas mixtas, de carácter penal, administrativo o civil, tales como la disolución de la agrupación o su colocación bajo curatela, medida conocida, por ejemplo, ya en derecho francés antes de la reciente reforma del Código penal y propuesta, en Alemania, últimamente por movimientos de política criminal.

Lo anterior encuentra respaldo en la jurisprudencia constitucional a partir de la Sentencia C – 390 de 1998 en donde se afirma categóricamente:

Es evidente que las sanciones a ser aplicadas a las personas jurídicas serán aquéllas susceptibles de ser impuestas a este tipo de sujetos y siempre que ello lo reclame la defensa del interés protegido. En este sentido, la norma examinada se refiere a las sanciones pecuniarias, a la cancelación del registro mercantil, a la suspensión temporal o definitiva de la obra y al cierre temporal o definitivo del establecimiento o de sus instalaciones. Esta clase de sanciones - que recaen sobre el factor dinámico de la empresa, su patrimonio o su actividad - se aviene a la naturaleza de la persona jurídica y, en modo alguno, resulta contraria a las funciones de la pena. La determinación de situaciones en las que la imputación penal se proyecte sobre la persona jurídica, no encuentra en la Constitución Política barrera infranqueable; máxime si de lo que se trata es de avanzar en términos de justicia y de mejorar los instrumentos de defensa colectiva.

En general una empresa no responde con medidas únicas, la reparación civil o material es un componente preponderante puesto que no sólo se presenta como una etapa del proceso penal, sino que incluso se contempla como una pena en sí misma pese a que los delitos cometidos sean

de lesa humanidad o netamente económicos como lavado de activos, entre otros.

En la sociedad moderna a toda actividad empresarial le es inherente e intrínseca la producción de uno o varios fenómenos de contaminación y otras conductas lesivas para el hombre, es esa línea Günter Jakobs propone a efectos de encontrar responsabilidades fuera del ámbito de la imputación objetiva (proscrita además del ordenamiento jurídico colombiano) analizar el rol concreto del actor en el acto dañoso, pues será quien o quienes hayan defraudado las expectativas, deberes u obligaciones que dicho rol les asigna, los llamados a asumir la responsabilidad de reparar:

Formulándolo de modo más general: las garantías normativas establecidas por el Derecho no tienen el contenido de que todos intenten evitar todos los daños posibles —si así fuese, se produciría una paralización inmediata de la vida social—, sino que adscriben a determinadas personas que ocupan determinadas posiciones en el contexto de interacción —y no a todas las personas— determinados cometidos, es decir, aseguran estándares personales, roles que deben ser cumplidos, y de este modo hacen posible una orientación con base en patrones generales, sin conocimiento de las características personales de cada persona que actúa. Sólo de este modo pueden hacerse posibles contactos anónimos o al menos parcialmente anónimos; no es necesario averiguar el perfil individual de quien tenemos en frente, sino que es tomado como portador de un rol.

*(...) De este modo queda claro lo que es objetivo en la imputación objetiva del comportamiento: se imputan aquellas desviaciones respecto de aquellas expectativas que se refieren al portador de un rol (...) refiriéndose la denominación “rol” a un sistema de posiciones definidas de modo normativo y que puede estar ocupado por individuos cambiantes” (Jakobs, Günther, 1998. pág. 25-26)*

Así las cosas, al realizar el juicio de imputación de cara a examinar la responsabilidad de un agente en la producción de un resultado dañino debe tenerse en cuenta que los seres humanos y, por consiguiente, también las personas jurídicas, interactúan en la vida social en condición de portadores de un rol o, dicho de otro modo, en tanto que sujetos responsables de administrar un específico segmento del acontecer social de conformidad con los dictados —normativamente

establecidos— de un determinado estándar; de esta manera, en todo curso lesivo lo que debe establecerse es a cuál(es) de los intervinientes, según el rol que desempeñe(n), le(s) corresponde asumir la correspondiente responsabilidad, por haber quebrantado su rol al administrarlo de modo deficiente. (República de Colombia, Consejo de Estado.17613. Pág. 44)

La finalidad de la imputación es precisar si un suceso se encuentra o no dentro del ámbito de responsabilidad de un sujeto; si el hecho es de su incumbencia (...) Es decir, sólo responderá si estaba dentro de su competencia evitar un determinado resultado.

Lo demás no le concierne. En consecuencia, el deber de evitación no surge por el simple hecho de originar una relación causal; se origina de las expectativas propias del papel que ostenta el sujeto en la vida social. En consecuencia, la causación la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico, la cognoscibilidad y evitabilidad del daño, no son suficientes para la imputación de un suceso. Lo determinante es si el ciudadano se comportó dentro del ámbito de competencia que le es propio; si defraudó o no las expectativas que dimanaban de sus status”. (López, Claudia, 1996, pp. 86-87 y 90-96).

Los apartes transcritos exponen la teoría que se ha acogido la jurisprudencia colombiana, y que ha sido desarrollada por la jurisdicción ordinaria, que es la única competente para investigar a las empresas en Colombia en razón del conflicto armado. Si bien el artículo transitorio 16 del acto legislativo 01 de 2017 dispone la competencia de la Jurisdicción Especial para la Paz sobre terceros la misma es limitada. Se identifican tres características esenciales en el juzgamiento de las empresas:

Artículo transitorio 16. Competencia sobre terceros. Las personas que sin formar parte de las organizaciones o grupos armados, hubieren contribuido de manera directa o indirecta a la comisión de delitos en el marco del conflicto, **podrán** acogerse a la JEP y recibir el tratamiento especial que las normas determinen, **siempre que cumplan** con las condiciones establecidas de contribución a la verdad, reparación y no repetición.

Lo anterior, sin perjuicio de las competencias de la Sala de Reconocimiento de Verdad y

Responsabilidad y de la Sección de Revisión del Tribunal para la Paz, respecto de **la comparecencia de aquellos terceros que hubieran tenido una participación activa o determinante en la comisión de los siguientes delitos**: el genocidio, delitos de lesa humanidad, los graves crímenes de guerra -esto es, toda infracción del Derecho Internacional Humanitario cometida de forma sistemática-, la toma de rehenes u otra privación grave de la libertad, la tortura, las ejecuciones extrajudiciales, la desaparición forzada, el acceso carnal violento y otras formas de violencia sexual, la sustracción de menores, el desplazamiento forzado, además del reclutamiento de menores, todo ello conforme a lo establecido en el Estatuto de Roma. Se entiende por participación determinante para estos efectos aquella acción eficaz y decisiva en la realización de los delitos enunciados.

En el ejercicio de esas competencias, **las mencionadas Sala y Sección no podrán fundamentar su solicitud y decisión exclusivamente en los informes recibidos por la JEP, sino que deberán corroborarlos a través de otros medios de pruebas.**

- **Acogerse a la JEP es un asunto facultativo.**

Las personas podrán acogerse a la JEP de forma voluntaria, siempre que cumplan con los requisitos generales de procedencia como son que la conducta se haya cometido antes de la firma del acuerdo y que se haya contribuido en la construcción de la verdad. Sin mencionar la competencia de la Jurisdicción especial, excepto en los juicios que ya se hayan iniciado y culminado antes de la firma del acuerdo final, en virtud del principio de legalidad, en esos casos pese a que el mismo acto legislativo de 2017 disponga que la JEP prevalecerá sobre las demás jurisdicciones, en estos casos la Corte Suprema ha cerrado su posición y sostenido la defensa de su competencia para estos asuntos, conservándose el principio del juez natural y dejando al juez ordinario la competencia para juzgar a los civiles de manera preferente.

- **Alto componente de estándares de Derecho internacional de los derechos humanos.**

Sólo procederán las solicitudes que enmarquen hechos tipificados como delito en el derecho penal internacional y en especial los enlistados en el estatuto de Roma. Lo cual crea un efecto de

revisión sobre los procedimientos surtidos en estos casos por parte de los Fiscales de la Corte Penal Internacional de la Haya.

- **Especial atención probatoria en las decisiones.**

Cualquier decisión que adopte la sala de reconocimiento de verdad y responsabilidad debe estar soportada no sólo en los informes que sean presentados por las víctimas u organizaciones de víctimas sino que deberá en virtud de las reglas de la sana crítica y la libertad probatoria encontrar otras fuentes que blinden la decisión tomada generando garantía de la rectitud de la medida asumida.

### **3.4 Empresas Transnacionales en contexto de conflicto armado.**

La preocupación por la regulación de las actividades empresariales realizadas en el exterior por empresas transnacionales ha crecido en los últimos años a partir de diferentes diagnósticos que se han venido haciendo públicos por distintas organizaciones y organismos de derechos humanos.

En 2009 la Comisión Interamericana de Derechos Humanos presentó un informe titulado “Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales” que abordó de manera sumaria el conflicto presentado con las empresas a partir de la violación de derechos a la propiedad colectiva, medio ambiente, vida e integridad cultural, entre otros. Años después (2013) en el periodo de sesiones número 149 la CIDH realizó una audiencia temática por primera vez se expuso la preocupación por establecer las responsabilidades de las empresas de origen (transnacionales que operan fuera del país de su nacionalidad), lo anterior aunado a los avances que se habían logrado en el año 2011 con la propuesta realizada por el Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas a través de los principios rectores sobre empresas y derechos humanos (principios Ruggie), los cuales se basan en tres responsabilidades generales prevenir, remediar y castigar violaciones de derechos humanos.

En 2014 el Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas profirió la Resolución 26/9 que creó un grupo de trabajo intergubernamental para elaborar un documento vinculante sobre

empresas transnacionales y otras empresas respecto de derechos humanos. Dentro de las discusiones que se han suscitado en la construcción de este documento se ha planteado incluso la posibilidad de incluir la obligación a los Estados de incorporar a su sistema jurídico la responsabilidad penal para las empresas por crímenes como esclavitud, tortura, desplazamiento, desaparición forzada entre otros.

Propuesta que aunque no se ha materializado internacionalmente fue pensada por los negociadores de la Habana y por los redactores del Acto legislativo 01 de 2017, que en su artículo 16 enlista delitos de esta naturaleza por los cuales podrán responder los empresarios ante la justicia especial para la paz, sin perjuicio de lo que ha venido haciendo la justicia ordinaria en relación a los terceros civiles que financiaron o se involucraron en este tipo de crímenes en razón del conflicto armado.

Existen diversos casos que se han juzgado por tribunales extranjeros y/o internacionales, como son el caso Chiquita Brands para Colombia y que fue juzgado por la Corte Suprema de Estados Unidos en virtud de la ley de jurisdicción extraterritorial que le permite a sus tribunales juzgar a sus nacionales por delitos de carácter internacional cometidos en otro país; el caso Blackfire exploration discutido en tribunales canadienses o las investigaciones iniciadas contra la empresa Vale en Brasil, Sin embargo sigue cargada de impunidad la realidad de las comunidades que se ven afectadas por las empresas que por voluntad o coaccionadas financiaron el conflicto armado o tuvieron una participación determinante. Se destaca además que la legislación vigente en Colombia proscribía llamar a responder a las empresas que financiaron el conflicto bajo amenaza para poder continuar con su actividad en los territorios en donde operaban y que eran controlados por actores armados.

En estos casos lo que se ha planteado de forma más razonable y que tiene sustento en las normas de carácter vinculante es establecer la responsabilidad de los estados en donde las empresas tienen su domicilio en virtud de la competencia *ratione loci* que tienen los estados parte del pacto de San José. La responsabilidad internacional que le asiste a los Estados tiene su fundamento en el artículo 1.1 de la CADH, en cuanto establece el compromiso de todos los Estados de garantizar el libre y pleno ejercicio de derechos y libertades a toda persona que esté sometida “a su jurisdicción”,

este concepto último debe entenderse como “control efectivo” que tenga una autoridad sobre un territorio determinado, es por ello que la determinación de la competencia *ratione loci* en casos de jurisdicción extraterritorial está basada en unos parámetros especiales que se enuncian a continuación.

Como regla general, un Estado puede ser responsable por todos los hechos que generan violaciones de DDHH en su territorio, sin embargo en algunas ocasiones los estados han entrado a responder por hechos cometidos fuera de su territorio en situaciones excepcionales dentro del derecho internacional, cuando se refieren a operaciones militares o por actos de sus funcionarios o agentes diplomáticos, ejemplo de la primera situación son los casos como *Chipre Vs. Turquía e Ilascu y Otros Vs. Moldavia y Rusia* juzgados en el TEDH donde se determinó responsabilidad por control efectivo de tropas sobre un territorio extranjero

Ante el SIDH existe un precedente aislado como es el caso de *Armando Alejandro Jr., Carlos Costa, Mario de la Peña y Pablo Morales contra la República de Cuba* donde la Comisión declara la responsabilidad del Estado Cubano por haber ejercido control sobre el territorio en el que se cometieron ataques aéreos en zona de plataforma continental extendida sobre el Mar.

Por su parte, la CIJ al analizar el ámbito de aplicación del PIDCP se pronunció al decidir en el caso *República Democrática del Congo c. Uganda*, expresando que *el derecho internacional de los derechos humanos se aplica en relación con actos realizados por un Estado en el ejercicio de su jurisdicción fuera de su territorio.*

### **3.5 Otros Derechos Humanos vulnerados por la actividad empresarial**

El marco general de cualquier conducta punible tiene su fuente en una violación a los derechos humanos, por ello este capítulo abordará otros derechos humanos que pueden ser vulnerados por las actividades empresariales a partir del diagnóstico estructurado por la fundación Desarrollo institucional para las organizaciones sociales y la embajada española a través de su programa de cooperación internacional para Colombia en unión con la consultora Sustenta innovación social en el marco del proyecto “capacitación y diálogo sobre el marco de las empresas

y derechos humanos en Colombia”, en donde se relacionan el marco de derechos que pueden verse afectados por las actividades empresariales en contextos de normalidad y en medio de conflictos armados. Sin embargo cuando se trata de delitos señalados por el derecho internacional humanitario el panorama es un poco distinto.

Toda violación al derecho internacional humanitario y al derecho penal internacional representa una violación a los derechos humanos, no toda violación a los derechos humanos deriva en una violación al DIH ni al DPI. Cuando se piensa en los sistemas de justiciabilidad de los derechos humanos se mira que este es un mecanismo subsidiario cuyo requisito de procedencia como regla general está supeditado a agotar todos los mecanismos de la jurisdicción interna del País, por ello no escapa al análisis de cualquier adherente partisano de la irrenunciabilidad de los derechos de las víctimas que el Sistema interamericano de Derechos Humanos para el caso colombiano sea también una jurisdicción para someter a los Estados ante la comunidad internacional por incumplir el imperativo convencional de investigar y sancionar a todos los particulares que bajo su jurisdicción cometan violaciones a los Derechos Humanos, sí eventualmente se genera impunidad en relación a los delitos señalados en el artículo 16 en el juzgamiento de las empresas y que se encuadren dentro de los derechos enlistados en la CADH.

Temas	Derechos
<b>I. TRABAJO</b>	
Condiciones de trabajo	Derecho a condiciones de trabajo favorables Derecho al trabajo
Trabajo Infantil	Prohibición de las peores formas de trabajo infantil
No discriminación	No discriminación Misma remuneración por trabajo de igual valor Libertad religiosa
Libertad de asociación, libertad sindical, derecho a la negociación colectiva	Libertad de asociación Derecho a afiliarse a un sindicato Derecho de huelga Derecho a la negociación colectiva
Salario justo	Derecho a una remuneración justa Derecho a vacaciones pagadas Derecho a un estándar de vida básico
<b>II. SEGURIDAD</b>	
Trabajo forzoso	Erradicación del trabajo forzoso u obligatorio
Violencia y la coherción	Derecho a la vida, a la libertad y a la libertad de la persona Nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes Nadie podrá ser arbitrariamente detenido, preso ni desterrado.
Libertad de opinión y de expresión/ no intimidación	Libertad de pensamiento Libertad de opinión y de expresión Libertad de reunión y de asociación pacíficas
<b>III. SALUD / MEDIO AMBIENTE</b>	
Medio ambiente	Derecho a un suministro adecuado de agua Derecho a un entorno/ aire limpio Derecho a un estándar de vida adecuado para la salud Derecho a la salud

Temas	Derechos
<b>IV. PROPIEDAD / ECONOMÍA</b>	
Vivienda	Libertad de residencia Derecho a la vivienda
Sustento	Derecho a un nivel de vida adecuado
Propiedad	Derecho a la propiedad
Privacidad	Derecho a la vida privada (no injerencia)
Alimento	Derecho a la alimentación
<b>V. EDUCACIÓN</b>	
Educación	Derecho a la educación
Infancia	Derechos de los niños
VI. Políticos	
Corrupción	Derecho a participar en asuntos públicos
<b>VI. DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDIGENAS</b>	
Autorización consentida	Derecho a la auto determinación, a los recursos naturales, derecho de subsistencia
Cultura	Derecho a participar libremente en la vida cultural

*Derechos protegidos por estándares internacionales de derechos humanos en relación a las empresas. Gráfico No. 1. Pág. 13-14*

### **Derecho a la vida e integridad personal.**

Respecto al derecho a la vida y a la integridad personal consagrado en el artículo 4 y 5.1 de la CADH respectivamente, la Corte ha reiterado en su jurisprudencia como en los casos *Masacre de Mapiripán vs. Colombia* o *Velásquez Rodríguez vs Honduras* que la responsabilidad de los Estados se configura (i) no solo por la actuación de sus agentes cuando estos se encuentren en condiciones de garantes sino (ii) cuando han actuado terceros (particulares) con el apoyo, tolerancia u omisión del propio Estado o como en *Gonzales Lluy vs Ecuador* (iii) por actos de particulares en principio no atribuibles al Estado por no cumplir la obligación *erga omnes* de vigilar, inspeccionar y sancionar a quienes estén bajo su jurisdicción, así, en casos como *Cantoral Huamani y García Santa Cruz Vs. Perú* una de las condiciones para garantizar efectivamente los derechos a la vida, a la integridad y libertad personales es el cumplimiento del deber de investigar las afectaciones a los mismos, un caso colombiano puede ilustrarnos al respecto.

A finales del siglo XX y comienzos del siglo XXI la multinacional financió a los llamados grupos paramilitares colombianos. Como se señala en el informe de Human Right Watch (2008), el jefe paramilitar Salvatore Mancuso, comandante del grupo de Autodefensas Unidas de Colombia

afirmó que los paramilitares recibían el apoyo financiero de muchos ganaderos y empresarios. Entre las empresas que los financiaban se encontraba la Chiquita Brands.

Las pruebas fueron tan sólidas que en el año 2007 la empresa aceptó un trato con el departamento de justicia norteamericano, en virtud del cual aceptó su responsabilidad y se declaraba culpable de haber participado en transacciones con terroristas. En aquella ocasión, se comprobaron más de 100 pagos por un total de 1.7 millones de dólares entre 1997 y febrero de 2014, a través de una empresa subsidiaria. La multa en total que se le impuso a la compañía fue de 25 millones de dólares. Ante esto, la empresa argumentó que los pagos se efectuaban por protección para evitar que sus trabajadores e instalaciones se vieran afectados por el grupo armado ilegal, es decir, se escudaban en extorciones (Human Rights Watch, 2008, pág. 53).

Las masacres, desplazamiento forzado y torturas a los que fueron sometidas las comunidades constituyen sin duda una violación a los derechos a la vida e integridad personal.

### **Derecho a la asociación sindical**

En casos como *Huilca Tecse vs. Perú* o *Escher y otros vs. Brasil*, la Corte ha sentado precedente que el respeto al derecho de libertad de asociación (i) no consiste solo en la mera obligación negativa de no interferencia, sino que también se debe (ii) cumplir la obligación positiva de proteger y garantizar como se preceptuó en el caso de la *Plataforma médicos unidos por la vida vs Austria* del TEDH o (iii) el de investigar como en casos *Baena Ricardo y Otros vs. Panamá* donde la no investigación crea un efecto amedrentador que impide el ejercicio libre de los derechos sindicales, un caso que retrata este tipo de conductas delictivas tiene rostro a partir del caso masacre de las bananeras.

La masacre de las bananeras ha sido uno de los casos más emblemáticos del país en cuanto a alianzas de grupos paramilitares con multinacionales se refiere. Basta con recordar la llamada masacre de las bananeras.

Este hecho tuvo lugar en el año 1928, luego de que en la ciénaga colombiana estallara una

gran huelga que contó con la participación de más de veinticinco mil trabajadores de las plantaciones bananeras, en la cual se pedían que se mejoraran sus condiciones laborales. En medio de la huelga realizada por los trabajadores se abrió fuego sobre los mismos de manera indiscriminada y sistemática.

## **CAPÍTULO IV.**

### **LA CARGA DE LA PRUEBA Y LA BUENA FE EN RELACIÓN A EMPRESARIOS Y EMPRESAS EN EL SISTEMA JURÍDICO COLOMBIANO.**

#### **4.1 Investigación criminal en contexto como modelo de investigación y la carga de la prueba.**

El aspecto probatorio de un proceso lo es todo, los abogados y jueces pasan su vida profesional en busca de la verdad material a través de la verdad procesal, ésta última a la cual se le asigna un valor especial en aras de encontrar una realidad común y colectiva que establezca el orden de las cosas de la realidad política, social, económica y cultural.

Aunque no es un sistema de investigación propio y exclusivo de la Justicia Transicional, ha sido una constante del derecho internacional y del marco jurídico adoptado para el desarrollo de la justicia transicional en Colombia desde tiempos remotos apelar al contexto como marco de referencia de construcción de los hechos y los elementos de prueba.

El contexto no es una prueba en sí mismo, es una técnica de investigación en donde se amplía el estándar de análisis y observación estructurada, por ello los principios procesales de obtención de la prueba se aplican en su totalidad sin sufrir ninguna restricción o variación hermenéutica. En materia penal internacional, el empleo del análisis en contexto resulta imperativo, dados los elementos constitutivos de los crímenes de lesa humanidad. (Ramelli, 2011).

Señala el profesor Azula Camacho (2015) que en materia penal obra una regla de juicio diferente a la que se aplica en el juicio civil, puesto que aquí es de carácter esencialmente objetivo, toda vez que el simple hecho que no exista certeza del hecho punible es suficiente para que el juez dicte sentencia absolutoria.

En virtud del principio de presunción de inocencia consagrado en el código de procedimiento penal colombiano está exonerado de la obligación de probar hechos, la carga de la prueba obra para establecer que no es autor de la conducta típica, antijurídica y culpable o la existencia de eximentes de responsabilidad, solamente puede hablarse de carga de la prueba con relación a la parte civil para establecer la calidad que le permite reclamar los perjuicios.

Como exponíamos líneas arriba, la responsabilidad penal con la que se ha sancionado durante años a las personas jurídicas va más allá del mero acto de condena a los directivos de las empresas o los funcionarios competentes que en uso de su posición financiaron o determinaron algún delito de lesa humanidad, genocidio, crimen de guerra o cualquier violación al derecho internacional humanitario y/o al estatuto de Roma.

Recaudada la prueba por parte de la Fiscalía esta debe formular la acusación y el acusado por su parte tiene derecho a infirmar la acusación y para ello debe controvertir las pruebas practicadas por la fiscalía y solicitar las que sean necesarias para su defensa, es decir que la verdadera carga de la prueba radica en la fiscalía como ente investigador. Similar situación ha ocurrido por ejemplo con los tribunales de justicia y paz en Colombia, en donde los contextos han sido construidos por los investigadores criminales, que ahora en el Acuerdo Final de la Habana y dentro del componente de víctimas corresponde a la unidad de investigación.

Como se observa entonces en función de la carga de la prueba el contexto es un instrumento metodológico que sirve a la fiscalía y a las unidades de investigación elaborar una hoja de ruta para establecer (i) que pruebas deben ser aportadas al proceso y (ii) que personas deben ser llamadas a declarar, este método se aplica de la misma manera en la justicia ordinaria como en los tribunales de justicia transicional, y la llamada carga de la prueba se encuentra verdaderamente en cabeza del ente investigador.

#### **4.2 La carga de la prueba en el sistema penal y la prueba de contexto en la determinación del rol de las empresas en las conductas punibles.**

De acuerdo con Couture, (1958) la carga procesal, como género, puede definirse como “una situación jurídica instituida en la ley, consistente en el requerimiento de una conducta de realización facultativa, normalmente establecida en interés del propio sujeto, y cuya omisión trae aparejada una consecuencia gravosa para él” (p. 273). La inversión legal se conforma básicamente de las presunciones de hecho que la ley hace en el ordenamiento jurídico, al igual que lo hace la jurisprudencia, tal y como se ha aplicado en la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia.

A continuación, se observa como ha sido el tratamiento de la Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Penal en relación a la carga de la prueba cuando los delitos tienen relación con empresas en situación de normalidad para contrastarlo posteriormente con su aplicación en la metodología de contexto.

#### **4.2.1 Caso María Mercedes Gómez**

El presente caso corresponde al Proceso No 23754, de 9 de abril de 2008 de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, donde figuro como magistrado ponente Dr. Sigifredo Espinosa Pérez. Es importante dejar en claro que este caso se desarrolla bajo la ley 600 de 2000.

Los hechos que llevaron a la investigación en mención corresponden a que el 5 de septiembre de 2002, en el aeropuerto internacional El Dorado de la ciudad de Bogotá, fue retenida la señora María Mercedes Gómez, cuando arribo procedente de la ciudad de Madrid España, con ciento siete mil doscientos dólares (US\$107.200), en efectivo camuflados en cajas de rollos de películas para cámaras fotográficas, dinero que no había sido declarado ante la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales DIAN.

De este pronunciamiento se resalta, que se invirtió la carga de la prueba, ya que la sala menciona la teoría de la carga dinámica de la prueba exponiendo que la defensa debe sustentar sus afirmaciones puesto que el ente acusador fiscalía tenía los suficientes elementos en su contra que no fueron refutables. Lo anterior, quiere decir que la sala reprocha la falta de aportar pruebas la defensa, puesto que ella tenía las mejores condiciones de probar la licitud del dinero, invirtiendo de este modo la carga de la prueba en materia penal.

#### 4.2.2 Caso Julio Cesar Palacios

El caso bajo análisis corresponde al Proceso No 31103, de 27 de marzo de 2009 de la sala penal de la Corte Suprema de Justicia, donde fue magistrado ponente el Dr Sigifredo Espinosa Pérez. En este caso la corte tuvo la oportunidad de pronunciarse sobre la aplicación de la teoría de la carga dinámica de la prueba en el sistema acusatorio por primera vez en esta sentencia.

De este pronunciamiento se resalta que la fiscalía acuso al señor Palacio por los cargos de acceso carnal en concurso con incesto. La sentencia de primer grado fue condenatoria y la segunda absolutoria; por esto fiscalía planteo en sede de casación que el fallo del tribunal violaba indirectamente la ley sustancial por desconocer reglas de producción y apreciación probatoria. En este caso, el casación cita sostuvo que la absolución de la segunda sentencia se fundamentó por no practicar una prueba especializada que permitiera conocer si el procesado padecía de sífilis, frente a lo que argumento la defensa que el señor palacio no pudo acceder a la víctima puesto que en ocurrencia de esto debería estar contagiado de dicha enfermedad venérea.

Frente a lo anterior, la Corte por primera vez hace referencia a la teoría dinámica de la prueba en materia penal, en un caso regido bajo el sistema procesal acusatorio, es de recordar que el caso anterior fue bajo la Ley 600 de 2000. Retomando al caso bajo análisis, la sala dijo que la fiscalía era el ente acusador en quien recae la carga probatoria quien debe acusar y demostrar la responsabilidad del acusado, por eso la defensa tiene la posibilidad de desarrollar su propia teoría del caso, a través de un comportamiento pasivo que reposa bajo la presunción de inocencia del procesado.

En lo que corresponde con la inversión de la carga de la prueba, se expresó que cada parte tiene el deber de probar lo que le interesa de lo cual se desprende que tanto defensa como fiscalía tienen una carga probatoria que debe ser satisfecha de manera suficiente para llegar a la absolución o condena del procesado, la sala no relevo de la carga a la fiscalía sino que aquella se satisface con la demostración del hecho y la participación del acusado, mientras que si la defensa quiere desvirtuar lo probado y probar su inocencia no debe asumir un rol pasivo puesto que le compete

demostrar lo que alegue, siendo este otro ejemplo de la inversión de la carga de la prueba y la subsanación de las deficiencias en materia investigativa y jurídica de la Fiscalía en el proceso penal acusatorio.

### **4.2.3 Caso Orlando Isaza Estrada**

En esta sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, Radicado 31147 de 13 de mayo de 2009, magistrado ponente Sigifredo Espinosa Pérez, se hace referencia una vez más a la inversión de la carga de la prueba en materia penal. En este caso, la Corte decide la demanda de casación interpuesta por el apoderado civil de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, ante la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Medellín que confirmó la absolución del delito de omisión de agente retenedor.

Los hechos fueron los siguientes, el Jefe de la División Jurídica Tributaria de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, denunció ante la Fiscalía al señor Orlando Isaza Estrada, porque dentro del término estipulado en la ley declaró pero no consignó los dineros recaudados por concepto del IVA, en su calidad de representante legal de la “Comercializadora Estándar”, dedicada a la venta de aceites para máquinas de coser, desde el periodo 5° de 1998 hasta el periodo 2° de 2000, por valor de \$8.093.000, más los interés moratorios, deuda que fue soportada con la documentación que anexo a la denuncia, 43 correspondiente a las declaraciones bimestrales sobre las ventas presentadas por el procesado.

Frente a esto, la DIAN solicita a través de su apoderado se revoque el fallo absolutorio y en su lugar se profiera uno condenatorio, ya que la absolución fue producto de una inadecuada valoración probatoria. La Corte Suprema de Justicia casa la sentencia impugnada y en su lugar emite un fallo condenatorio, gracias al uso de la teoría de la carga dinámica de la prueba. Basa su decisión en los siguientes apartes de la providencia “Si la defensa quería demostrar, a partir del ofrecimiento de elementos materiales probatorios concretos y verificables, que parte de los dineros declarados como recaudados por concepto del IVA, no entraron a las arcas del procesado, debió aportar los elementos de juicio necesarios para ello, los cuales de todas maneras no podían exculpar totalmente al procesado, como quiera que éste admitió que aparte de los mismos sí fueron

efectivamente recibidos, pero que tuvo que destinarlos a otros menesteres por la dificultades económicas que atravesó en su empresa.

De los anteriores fallos, puede concluir que la Corte dio por probado que el dinero recaudado entró al patrimonio del procesado, por cuanto este no acreditó el paradero de tales cantidades, siendo este un caso más de la carga dinámica de la prueba en el sistema penal acusatorio que se traduce en una inversión de la prueba, contrario a mandatos legales y constitucionales, y producto de decisiones judiciales.

Al analizar lo anterior puede verse que la inversión de la carga de la prueba es una realidad que se ha aplicado a nivel jurisprudencial, donde se ha tenido como fundamento, de que, la parte que este en mejor opción o facilidad de acceso de la prueba debe aportarla, y que el no hacerlo constituye prueba en contra, al analizar esto a la luz de la responsabilidad de las empresas en el apoyo a grupos al margen de la ley, se puede ver que la carga de la prueba se invierte ya que el investigado o acusado debe demostrar que el aporte que realizó al grupo ilegal fue hecho mediante coacción, todo lo anterior a la luz de la responsabilidad penal empresarial, la cual hace parte de un delito tipificado en el artículo 365 de la ley 599 de 2000.

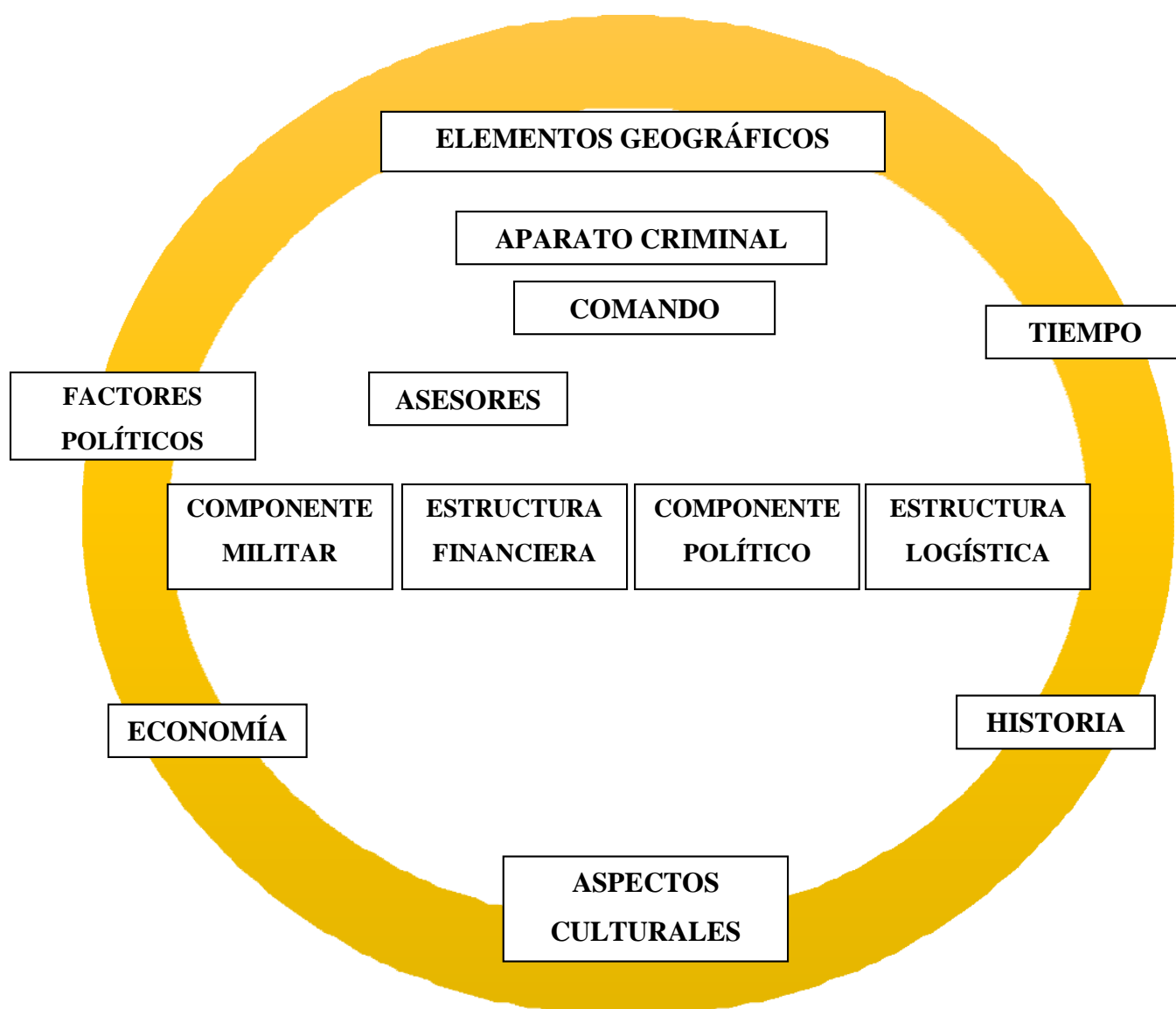
La dificultad está en implementar escenarios de prueba complejos en donde las partes no tienen facilidad para debatir como es el mecanismo de construcción de prueba en contexto. El análisis en contexto no se circunscribe al ámbito del derecho penal internacional e interno, ni tampoco es un asunto exclusivo de escenarios de Justicia Transicional, aunque su aplicación en ellos resulta fundamental. Con diversas manifestaciones y particularidades, lo hallamos presente en numerosos casos fallados por los tribunales internacionales de derechos humanos; en recientes providencias sobre restitución de tierras en Colombia (Ramelli, 2017. Pág. 225).

Rescatable es la Directiva presidencial 01 de 2012 “por medio de la cual se adoptan unos criterios de priorización de situaciones y casos y se crea un nuevo sistema de investigación penal y de gestión de aquellos en la Fiscalía General de la Nación”, en donde se define por contexto lo siguiente:

Marco de referencia contentivo de aspectos esenciales, acerca de elementos de orden geográfico, político, económico, histórico y social, en el cual se ha perpetrado delitos por parte de grupos criminales, incluidos aquellos en los que servidores públicos y particulares colaboran con aquellos. Debe igualmente comprender una descripción de la estrategia de la organización delictiva, sus dinámicas regionales, aspectos logísticos esenciales, redes de comunicación y mantenimiento de redes de apoyo, entre otros. No bastará con la descripción de la estructura criminal o una enunciación de las víctimas sino que se deberá analizar su funcionamiento.

La creación de contextos persigue: (i) conocer la verdad de lo sucedido; (ii) evitar su repetición; (iii) establecer la estructura de la organización delictiva; (iv) determinar el grado de responsabilidad de los integrantes del grupo y de sus colaboradores; (v) unificar actuaciones al interior de la fiscalía, con el fin de lograr esclarecer patrones de conducta, cadenas de mando fácticas y de iure y (vi) emplear esquemas de doble imputación penal, entre otros aspectos.

Los análisis de contexto permiten con facilidad detectar organizaciones criminales, estructura de funcionamiento similar a cómo funcionan las redes de empresas o empresarios involucrados en el conflicto armado, máxime cuando estos además integran la organización criminal, como logró comprobarse por el Tribunal Superior de Medellín en la sentencia de los desplazados de Curvaradó, en donde los empresarios no sólo financiaban las actividades de grupos paramilitares sino que incluso hacían parte de su estructura criminal o los paramilitares eran parte de la estructura jerárquica de la empresa de palmas con acciones o con cargos, determinaban algunas operaciones y daban órdenes. Según expone el Magistrado Ramelli la faceta dinámica del contexto gráficamente sería:



Dinámica del contexto. (Ramelli, 2017, pág. 228)

De igual manera el Decreto 3011 de 2013 “Por el cual se reglamentan las Leyes 975 de 2005, 1448 de 2011 y 1592 de 2012” aborda la siguiente definición:

**Artículo 15. Definición de contexto.** Para efectos de la aplicación del procedimiento penal especial de justicia y paz, el contexto es el marco de referencia para la investigación y juzgamiento de los delitos perpetrados en el marco del conflicto armado interno, en el cual se deben tener en

cuenta aspectos de orden geográfico, político, económico, histórico, social y cultural. Como parte del contexto se identificará el aparato criminal vinculado con el grupo armado organizado al margen de la ley y sus redes de apoyo y financiación.

Como se observa, la investigación de las conductas criminales a partir del contexto permite encontrar y combatir múltiples fenómenos delictivos, identificar los distintos actores que participaron en los crímenes, así como el rol que ocupó cada uno en la estructura creada para el fin ilícito. En relación a las empresas es clave construir el proceso probatorio a partir del contexto, puesto que permite identificar qué elementos debe probar cada parte para finalmente comprobar o desvirtuar los lazos de la persona jurídica con el hecho determinante como financiador o como órgano de dirección.

La inversión de la carga de la prueba y la buena fe procesal se emplean de la misma manera que en un escenario fuera de una investigación en contexto, si bien éste marco de referencia implica un mayor estudio y complejidad de obtención de la información para las partes no es un imposible, ello permite que con las organizaciones legales (empresas) establecer cadenas de mando jurídicas y fácticas, que deberán ser aprobadas por la Fiscalía al sindicado y éste tendrá la oportunidad de controvertirlas.

## CONCLUSIONES

La Corte Suprema de Justicia antes y después de la firma del acuerdo de la Habana y el desarrollo del componente de Justicia, Verdad, Reparación y No Repetición es la jurisdicción competente para investigar a solicitud de la Fiscalía la responsabilidad penal que le asiste a las empresas nacionales por la comisión de los delitos de genocidio, delitos de lesa humanidad, los graves crímenes de guerra -esto es, toda infracción del Derecho Internacional Humanitario cometida de forma sistemática-, la toma de rehenes u otra privación grave de la libertad, la tortura, las ejecuciones extrajudiciales, la desaparición forzada, el acceso carnal violento y otras formas de violencia sexual, la sustracción de menores, el desplazamiento forzado, además del reclutamiento de menores, todo ello conforme a lo establecido en el Estatuto de Roma.

La JEP como parte de un Acuerdo de Paz es válido pero solo para los combatientes, “pero no para someter de manera forzosa a los demás actores, y en particular, a los no combatientes, como los terceros civiles, los agentes del Estado que no integran la fuerza pública, y los propios aforados constitucionales, la configuración de tales instancias que las expone a ser estructuralmente tendenciosas y parciales, si bien puede justificarse en un escenario transicional orientado a la consecución de la paz, impide extender su competencia a los terceros civiles, por los delitos cometidos en el marco del conflicto armado.

No existe un marco jurídico internacional que investigue, juzgue y sancione a las empresas transnacionales por la comisión de delitos de lesa humanidad. Aunque se están haciendo grandes esfuerzos por redactar y proponer a la comunidad de naciones un tratado vinculante que incluya la responsabilidad penal de las empresas. La metodología de investigación de contexto es un paradigma útil de construcción de casos para la determinación del rol que juegan las empresas, como estructura financiera y como órgano de determinación de conductas punibles en los conflictos armados, sin alterar la dinámica procesal penal de la carga de la prueba adoptada por la ley 906 de 2004.

## RECOMENDACIONES Y PROPUESTAS

La Honorable Corte Constitucional en ejercicio de su función al hacer el examen de constitucionalidad del Acto legislativo 01 de 2017, en la Sentencia C – 674 / 2017, limitó la competencia de la JEP sobre los terceros y actores económicos, lo que significó una vulneración flagrante a los derechos de las víctimas, ya que dejar su comparecencia a la voluntad de los mismos dejaría por fuera gran parte de la verdad del conflicto de actores que fueron determinantes directos e indirectos en la dinámica del mismo, con lo cual no se materializarían los derechos a la Verdad, La Justicia, La Reparación Integral Y Garantías No Repetición de quienes el mismo acuerdo señaló como el centro de los mismos: **LAS VÍCTIMAS.**

Por lo señalado anteriormente, en esta investigación se proponen como mecanismos para lograr que la competencia de la J.E.P., sobre los terceros y actores económicos sea obligatoria, las siguientes rutas jurídicas:

- 1) **Control de Convencionalidad por parte de la J.E.P. a la Sentencia C- 674/ 17.**
  - A) Contradicción directa entre el Artículo 16 transitorio del Acto legislativo 01 de 2017, y el Artículo 24 de la CADH. (igualdad ante la ley). La J.E.P. fue creada para juzgar a “todos” los que participaron en el conflicto, y el hecho de obligar solo a unos implica una discriminación frente a quienes si se les respeta el principio del juez natural.
  - B) Prevalencia de los derechos de las víctimas sobre cualquier disposición interna, en interpretación de la CADH. Así lo ha señalado en su jurisprudencia la CIDH en interpretación de los artículos 2,8, y 25 de la CADH.
  - C) La exclusión de los terceros y actores económicos fragmenta el derecho a la verdad que es un derecho humano consagrado en la CADH.

- 2) **Reforma Constitucional**

La ruta jurídica de una reforma constitucional es válida, ya que el acto legislativo 01 de 2017 surge como reformativo de la Constitución, por lo que vía congreso se podría proponer una reforma al mencionado acto, utilizando cualquiera de los mecanismos de participación democrática

para ello, entre estos, los siguientes:

- A)** Convocatoria a una asamblea Constituyente
- B)** Referendo de ratificación Constitucional
- C)** Reforma ordinaria mediante otro Acto legislativo.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Acto legislativo 01, Por medio del cual se establecen instrumentos jurídicos de justicia transicional en el marco del artículo 22 de la Constitución Política de Colombia y se dictan otras disposiciones (Congreso de la República 31 de Julio de 2012).

Amnistía Internacional. (2008) ¡Déjennos en paz!: la población civil víctima del conflicto armado interno de Colombia. Madrid: Amnistía Internacional.

Arboleda, R. P. (2013). La violencia política en Colombia: justicia transicional en el marco del proceso de paz entre el Gobierno Santos y las FARC. Prolegómenos: derechos y valores (Universidad Militar Nueva Granada), 49-68.

Ardila D. (2004). JUSTICIA TRANSICIONAL: PRINCIPIOS BÁSICOS. <http://escolapau.uab.cat/img/programas/derecho/justicia/doc004.pdf>.

Calderón, R. J. (2016). Etapas del conflicto armado en Colombia: hacia el posconflicto. *Latinoamérica: revista de estudios latinoamericanos*, 227-257.

Calvo, G. M. (1986). La voluntad del legislador: genealogía de una ficción hermenéutica. *Doxa* (Universidad de Alicante), 113-127.

Calvo, G. M. (1986). Metodología Jurídica e interpretación: el postulado de la racionalidad del legislador. *Anuario de Filosofía del Derecho*, 101-132.

Calvo, G. M. (1994). Los fundamentos del método jurídico: una revisión crítica. Madrid: Tecnos.

Calvo, G. M. (1995). Interpretación y argumentación jurídica: trabajos del seminario de metodología jurídica. Zaragoza: Prensas universitarias de Zaragoza.

Calvo, G. M. (1998). Transformaciones del derecho: de judicialización, discrecionalidad y garantías. Pensamiento jurídico, 73-95.

Centro Internacional para la Justicia Transicional (ICTJ). (2016).  
<https://www.ictj.org/es/que-es-la-justicia-transicional>.

Conjunto de principios para la protección y promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad. (s.f.).

Convención americana sobre derechos humanos suscrita en la conferencia especializada interamericana sobre derechos humanos. (San José, Costa Rica 7 al 22 de noviembre de 1969). (Pacto de San José). [https://www.oas.org/dil/esp/tratados\\_b-32\\_convencion\\_americana\\_sobre\\_derechos\\_humanos.htm](https://www.oas.org/dil/esp/tratados_b-32_convencion_americana_sobre_derechos_humanos.htm).

Corte Constitucional, Sentencia 579 de 2013, MP Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. (s.f.).

Corte Constitucional, Sentencia C 052 de 2012, MP Nilson Pinilla Pinilla. (s.f.).

Corte Constitucional, Sentencia C 370 de 2006, MP Clara Inés Vargas Hernández. (s.f.).

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (s.f.). Caso de la Masacre de La Rochela Vs. Colombia. Sentencia de 11 de Mayo de 2007.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (s.f.). Caso Blake Vs. Guatemala. Sentencia del 22 de enero de 1999.

Decreto 3011, Por el cual se reglamentan las Leyes 975 de 2005, 1448 de 2011 y 1592 de 2012 (Presidencia de la República 26 de Diciembre de 2011).

Decreto 4800, Por el cual se reglamenta la Ley 1448 de 2011 y se dictan otras disposiciones. (Presidencia de la República 20 de Diciembre de 2011).

- Delgado, B. M. (2011). La ley de justicia y paz en Colombia: la configuración de un subcampo jurídico político y las luchas políticas por la inclusión. *Revista de relaciones internacionales, estrategia y seguridad*, 179-194.
- Díaz, C. F. (2008). La justicia transicional y la justicia restaurativa frente a las necesidades de las víctimas. *Umbral científico (Universidad Manuela Beltrán)*, 117-130.
- El Espectador. (22 de Agosto de 2017). Ley de Víctimas y restitución de Tierras sigue siendo una promesa incumplida. Obtenido de Página Web del diario El Espectador: <https://www.elespectador.com/noticias/judicial/ley-de-victimas-y-restitucion-de-tierras-sigue-siendo-promesa-incumplida-articulo-709298>
- Elster, Jon (2006). La justicia transicional en perspectiva histórica. Traducción española de Ezequiel Zaidenweg. Buenos Aires: Katz Editores.
- Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, Naciones Unidas, 1998. (s.f.).
- Fiscalía General de la Nación. (2010). Ley de Justicia y Paz, compilación normativa y jurisprudencia. Bogotá: Imprenta Nacional.
- Forero Ramírez, Luis Carlos (2016). Fundamentos y límites de la Justicia Transicional. Medellín: XXXVII Congreso Colombiano de Derecho Procesal (Memorias)
- Freytter Florian, Jorge (2016) La responsabilidad de las empresas en el conflicto armado colombiano. España: Portal Web América latina en movimiento ALINET.
- Gamboa Tapias, Camila (2005). Justicia Transicional: Dilemas y remedios para lidiar con el pasado. *Revista de Estudios Socio-Jurídicos*, vol. 7. Núm. Esp. Agosto. Bogotá: Universidad del Rosario.

- Garzón, J. (2014). El futuro de la reparación a víctimas del conflicto armado por vía del proceso penal especial de justicia y paz. Filosofía e historia del derecho. Obtenido de <http://www.javeriana.edu.co/blogs/algomez/2014/05/07/el-futuro-de-la-reparacion-a-victimas-del-conflicto-armado-por-via-del-proceso-penal-especial-de-justicia-y-paz-3/>
- Gómez, I. F. (2014). Justicia, verdad y reparación en el proceso de paz en Colombia. Revista de derecho del Estado (Universidad Externado de Colombia), 35-63.
- González, A. (2012). La reparación de las víctimas en Colombia, una promesa parcialmente cumplida. Bogotá: Centro Internacional para la Justicia Transicional. Recuperado el 03 de Diciembre de 2017, de <https://www.ictj.org/es/news/estudio-reparacion-individual-victimas-colombia>
- González, C. A. (2010). Justicia transicional y reparación a las víctimas en Colombia. Revista mexicana de Sociología, 629-658.
- Gutiérrez, L. A. (2012). Negociaciones de paz en Colombia 1982-2009. Estudios Políticos, 175-200.
- Hernández, H. (2010). La introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en Chile. Política Criminal, 207-236.
- ICTJ. (2009). Qué es la justicia transicional. Obtenido de Repositorio del CIJT: <https://www.ictj.org/sites/default/files/ICTJ-Global-Transitional-Justice-2009-Spanish.pdf>
- ICTJ. (15 de Octubre de 2014). ICTJ reporta: Verdad y memoria. Obtenido de Página web del ICTJ: <https://www.ictj.org/es/news/ictj-reporta-verdad-memoria>
- Ley 1448, Por la cual se dictan medidas de atención, asistencia y reparación integral a las víctimas del conflicto armado interno y se dictan otras disposiciones. (Congreso de la República 10

de Junio de 2011).

Ley 975, 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 25 de Julio de 2005).

López Díaz, Claudia, Introducción a la imputación objetiva, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1996, pp. 86-87 y 90-96.

López Sánchez, M. (2012). Justicia transicional. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Lucero Pantoja, Jairo Enrique (2012). Cara o sello. La decisión crucial en la Justicia Transicional. Un repaso histórico y académico para analizar la justicia transicional como un verdadero medio hacia la justicia social. Madrid: Académica Española.

Martínez Ubárnez, Simón (2014). Justicia Transicional en el marco del Proceso Colombiano de Paz. Valledupar: ESAP.

Melamed, J. D. (2017). La justicia transicional: la llave hacia una salida negociada al conflicto armado en Colombia. Revista de Relaciones Internacionales, estrategia y seguridad (Universidad Militar Nueva Granada), 185-206.

Molina, Á. M., & Vizcaino, B. V. (2016). Procesos de desmovilización de las Autodefensas Unidas de Colombia y el Frente Farabundo Martí para la Liberación Nacional en el marco de la Ley de Justicia y Paz en Colombia y los Acuerdos de Paz de Chapultepec en El Salvador. Memorias. Revista Digital de Historia y Arqueología desde el Caribe, 228-262.

Moreno, M. C. (2016). El sistema integral de verdad, justicia, reparación y garantías de no repetición: una oportunidad para las víctimas (Centro Internacional de Justicia Transicional ed.). Bogotá: Universidad de La Habana. Recuperado el 22 de noviembre de 2017, de

<http://www.region.org.co/index.php/desde-la-region/item/160-el-sistema-integral-de-verdad-justicia-reparacion-y-garantias-de-no-repetición-una-oportunidad-para-las-victimas>

Observatorio de restitución y regulación de derechos de propiedad agraria. (2013). Ley 1448 de 2011 sobre restitución de tierras O.R.R.D.P.A. Bogotá: ORRDPA.

Oficina del Alto Comisionado para la Paz de la ONU. (2013). Preguntas y respuestas marco jurídico para la paz. Bogotá: Naciones Unidas.

Organización de Naciones Unidas, ONU (2004). El Estado de Derecho y la Justicia de Transición en las naciones que sufren o han sufrido conflictos. Nueva York: ONU

Orjuela, R. A., & Lozano, A. C. (2012). La indeterminación del campo de la justicia transicional en Colombia. *Revista de estudios socio jurídico (Universidad del Rosario)*, 255-281.

Orozco, I. (2009). Justicia transicional en tiempos del deber de memoria. Bogotá: Temis; Universidad de los Andes.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. (Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966). <http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CCPR.aspx>.

Rincón, C. T. (2010). Verdad, Justicia y Reparación; la justicia de la justicia transicional. Bogotá: Universidad del Rosario.

Romero, L. (2013). La Justicia Transicional en Colombia en el nuevo siglo. Medellín: Universidad Eafit.

Rúa, D. C. (2015). Los momentos de la justicia transicional en Colombia. *Revista de derecho Universidad del Norte (Barranquilla)*, 71-109.

Sandoval, A. D., Matus, G. A., Tulena, S. J., & Triana, G. P. (2009). Justicia transicional: su contenido y significado. Una breve aproximación al caso colombiano. Cuadernos de derecho penal (Universidad Sergio Arboleda), 37-78.

Sanz, A. (2013). Los derechos de las victimas ante la justicia de restitución de tierras. Cali: Universidad Javeriana de Cali.

Sentencia C-379, Magistrado Ponente Luis Ernesto Vargas Silva (Corte Constitucional de Colombia 18 de Julio de 2016).

Sersale Di Cerisano, Federico (s.f.). Justicia Transicional en las Américas. El impacto del Sistema Interamericano. Recuperado: <Http://Www.Corteidh.Or.Cr/Tablas/R32271.Pdf>

GNU, Secretaria General de las Naciones Unidad, (2004), El Estado de derecho y la justicia de transición en las sociedades que sufren o han sufrido conflictos.

Tiedemann, K. (1996). Responsabilidad penal de las personas jurídicas. . Anuario Penal, 96.

Trejos, R. L. (2013). Colombia: una revisión teórica de su conflicto armado. Enfoques: ciencia política y administración pública (Universidad central de Chile), 55-75.

Unidad para las víctimas. (2017). Garantías de no repetición. Bogotá: <http://www.unidadvictimas.gov.co/es/garantias-de-no-repetici%C3%B3n/173>.

Valdivieso, C. A. (2012). La justicia transicional en Colombia: los estándares internacionales de derechos humanos y derecho internacional humanitario en la política de Santos. Papel Político, 621-653.

Valencia Villa, H. (2003) Diccionario de Derechos Humanos. Espasa. Madrid. (s.f.).

Valencia Villa, Hernando (2007). Introducción a la Justicia Transicional, Conferencia magistral impartida en la Cátedra Latinoamericana “Julio Cortázar” de la Universidad de Guadalajara. Guadalajara: Universidad de Guadalajara.

Velandia, M. R. (2003). Dosificación punitiva. Ideologías y principio de igualdad. En S. R. Prieto, Sociología jurídica: análisis del control y del conflicto sociales: homenaje a Fernando Hínestrosa, 40 años de Rectoría 1963-2003 (págs. 349- 414). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.