

Memorando sobre la posible incorporación del Acuerdo Final al bloque de constitucionalidad, en calidad de acuerdo especial en desarrollo de los Convenios de Ginebra

Guillermo Otálora & Sebastián Machado

Este memorando expone los distintos argumentos respecto de cuatro preguntas fundamentales: (1) ¿El futuro Acuerdo Final puede ser caracterizado como un acuerdo especial? (2) ¿Un acuerdo especial entre el Estado y un grupo armado es un acuerdo regido por el derecho internacional? (3) ¿Si las respuestas a los puntos 1 y 2 son afirmativas, el Acuerdo podría incorporarse al bloque de constitucionalidad? (4) ¿Qué riesgos puede tener la incorporación automática para la seguridad jurídica del Acuerdo Final?

Luego de exponer los distintos puntos de vista se concluye con algunos elementos para el análisis.

1. ¿El futuro Acuerdo Final puede ser caracterizado como un acuerdo especial?

1.1. Si es acuerdo especial

Dado que la regulación de los conflictos armados no-internacionales es muy limitada, el artículo 3 común a los Convenios de Ginebra contempla la posibilidad de que se expanda la protección a través de acuerdos entre las partes en los siguientes términos:

“En caso de conflicto armado que no sea de índole internacional y que surja en el territorio de una de las Altas Partes Contratantes cada una de las Partes en conflicto tendrá la obligación de aplicar, como mínimo, las siguientes disposiciones:

[...]

Además, las Partes en conflicto harán lo posible por poner en vigor, mediante acuerdos especiales, la totalidad o parte de las otras disposiciones del presente Convenio.

La aplicación de las anteriores disposiciones no surtirá efectos sobre el estatuto jurídico de las Partes en conflicto”.

Por su parte, el artículo 6 de la Convención III también hace referencia a los acuerdos especiales en los siguientes términos:

“Aparte de los acuerdos expresamente previstos en los artículos 10, 23, 28, 33, 60, 65, 66, 67, 72, 73, 75, 109, 110, 118, 119, 122 y 132, las Altas Partes Contratantes podrán concertar otros acuerdos especiales sobre cualquier cuestión que les parezca oportuno zanjar particularmente. Ningún acuerdo especial podrá perjudicar a la situación de los

prisioneros, tal como se reglamenta en el presente Convenio, ni restringir los derechos que en éste se les otorga.

Los prisioneros de guerra seguirán beneficiándose de estos acuerdos mientras el Convenio les sea aplicable, salvo estipulaciones en contrario expresamente consignadas en dichos acuerdos o en acuerdos ulteriores, o también, salvo medidas más favorables tomadas a su respecto por una u otra de las Partes en conflicto”

En este sentido, se entiende que los acuerdos especiales, según la regulación de los Convenios de Ginebra, tienen la función de dar garantías de protección a la población civil de los efectos adversos del conflicto. Como el conflicto armado comprende una inmensa cantidad de efectos adversos a las personas civiles, el ámbito de aplicación material debe ser lo más amplio posible para mitigar estos efectos. En este sentido, en los comentarios del Comité Internacional de la Cruz Roja se estableció que:

Special agreements are generally not subject to formal requirements, such as signature and ratification, which are essential in the case of international treaties. They clearly fall into the category of conventions in simplified form, their special features being that, in the first place, the Head of the State does not formally intervene and, secondly, they may take various forms: sometimes they are concluded by an exchange of notes or letters, or they may even be verbal agreements. In war-time, it is sometimes necessary to take immediate steps to implement agreements in circumstances which make it impracticable to observe the formalities required at other times such agreements are valid if the contracting authorities have not exceeded their powers. This will for example be the case where local arrangements of a temporary nature are made for the exchange of prisoners.

Even when there is no urgency, the absence of formalities is justified by the fact that special agreements are generally measures taken in application of the Convention. The latter binds the States concerned and it is only natural that its application should be within the competence of executive bodies. This absence of formalities means that agreements may even be made verbally; reciprocal declarations of intention will often be exchanged through a third party. Apart from those concluded on the actual battlefield between the military commanders, the agreements would generally be arranged through the Protecting Powers or their substitutes, or through the International Committee of the Red Cross.¹

¹ “Los acuerdos especiales no están generalmente sujetos a requerimientos formales, como la firma y la ratificación, que son esenciales en casos de tratados internacionales. Claramente entran en la categoría de convenciones de forma simplificada, sus características especiales siendo que, en primer lugar, el Jefe de Estado no interviene formalmente y, en segundo lugar, toman varias formas: algunas veces se concluyen por un canje de notas o cartas, o pueden inclusive ser acuerdos verbales. En la guerra, algunas veces es necesario implementar acuerdos en circunstancias que hace impráctico observar las formalidades requeridas en otros momentos donde tales acuerdos son válidos si las autoridades

Ese en este sentido que debe entenderse la amplitud que pueden tomar los acuerdos especiales. Por un lado, en efecto, deben mantener alguna relación con las obligaciones de carácter humanitario. Por otro lado, pueden incluir todas las protecciones posibles para los civiles de los efectos adversos del conflicto. En ese sentido, la pregunta fundamental para determinar si un acuerdo es un acuerdo especial de conformidad con los Convenios de Ginebra es si su cumplimiento permitirá proteger en mayor medida a las personas y bienes civiles de los efectos del conflicto armado.

1.2. No es acuerdo especial

Los Acuerdos Especiales se mencionan en el contexto de los Convenios de Ginebra, que establecen protecciones extensivas para los combatientes y los civiles en los conflictos armados internacionales, pero apenas un artículo con mínimos humanitarios respecto de los conflictos armados de carácter no internacional. La idea detrás del penúltimo inciso del artículo común 3 es invitar—aunque no obligar—a los Estados y a sus contrapartes en los conflictos internos, a aplicar tantas protecciones de los Convenios de Ginebra como sea posible. El comentario oficial del CICR sobre esta disposición señala que *“aunque las únicas disposiciones que las Partes individuales están obligadas a aplicar unilateralmente son aquellas contenidas en el artículo 3, estas están de todas formas bajo una obligación de intentar una aplicación más completa del Convenio por medio de un acuerdo especial”*².

La finalidad de los acuerdos especiales es entonces la extensión de protecciones del *jus in bello* a favor de los combatientes y de los civiles, es decir, de las limitaciones de los medios y métodos de la guerra contenidas en los Convenios de Ginebra de 1949. La disposición invitando la suscripción de los acuerdos especiales no parece haber sido concebida para habilitar negociaciones de terminación definitiva de los conflictos, ni para permitir la incorporación automática al ordenamiento jurídico del Estado en conflicto de asuntos tan variados como las reformas rurales, la participación política, el problema de las drogas y la creación de una jurisdicción especial para la paz.

Este punto se ilustra con algunos ejemplos de acuerdos especiales suscritos al amparo del artículo común 3.

contratantes no han excedido sus poderes. Este será el caso, por ejemplo, de acuerdos temporales para el intercambio de prisioneros

Inclusive cuando no hay urgencia, la ausencia de formalidades se justifica por el hecho de que los acuerdos especiales son generalmente medidas de aplicación de la Convención. Esto último vincula a los Estados y es tan solo natural que su aplicación dependa de los órganos ejecutivos. La ausencia de formalidades significa que los acuerdos pueden ser inclusive verbales; la declaración recíproca de intenciones que usualmente se intercambia a través de terceros.” (traducción no oficial). Ver: PICTET, Jean. *The Geneva Conventions of 12 August 1949: Commentary*. III Geneva Convention relative to the treatment of the prisoners of war. CICR, 1960, p. 78.

² Ver

<https://www.icrc.org/applic/ihl/ihl.nsf/Comment.xsp?action=openDocument&documentId=1919123E0D121FEFC12563CD0041FC08>, p. 47.

El 27 de noviembre de 1991, Yugoslavia y Croacia suscribieron un “memorando de entendimiento” para regular las hostilidades en el conflicto entre ambas partes³. Dicho memorando cubre temas como los heridos y enfermos, el trato de civiles en poder de la parte adversa, la protección de la población civil, la conducta de hostilidades, entre otros. Se trata exclusivamente de la extensión de garantías contenidas en los Convenios de Ginebra y el Protocolo I de 1977, sin tomar una determinación sobre el estatus político de las partes del conflicto, con el fin de mantener ciertas garantías humanitarias⁴.

Un segundo ejemplo es el acuerdo suscrito en el año 2002 entre el Gobierno de Sudán y el Movimiento Popular de Liberación de Sudán (SPLM)⁵. Este Acuerdo tenía el objeto específico de proteger a los civiles de las consecuencias de los ataques militares, es decir, de regular los medios y los métodos de la guerra. El Acuerdo se compone de dos artículos: uno sustantivo y otro procedimental. El artículo sustantivo reafirma el compromiso de ambas partes con el cumplimiento de las garantías mínimas del artículo común 3 y extiende o reitera cuatro garantías específicas: (a) la prohibición de ataque intencional contra personas civiles; (b) la prohibición de ataque intencional contra objetos civiles; (c) la prohibición del uso de escudos humanos; y (d) el deber de tomar todas las precauciones para evitar daños incidentales en las operaciones militares. El artículo procedimental establece un mecanismo de verificación de vulneraciones del acuerdo especial.

Estos dos ejemplos reafirman el objeto limitado de los acuerdos especiales, los cuales se dirigen a extender la observancia de normas del derecho internacional humanitario que en principio se aplican exclusivamente a conflictos internacionales (ej. el principio de precaución en la planeación de operaciones militares), pero por operación de un acuerdo especial se tornan aplicables al conflicto interno por compromiso de las partes del conflicto.

Los acuerdos especiales se concibieron para extender las garantías de los Convenios de Ginebra de 1949. El penúltimo inciso del artículo común 3 dice:

“Además, las Partes en conflicto harán lo posible por poner en vigor, mediante acuerdos especiales, la totalidad o parte de las otras disposiciones del presente Convenio.”

Los acuerdos entonces, no se convierten en acuerdos especiales del artículo común 3, por el simple hecho de ser suscritos entre las partes de un conflicto armado no internacional. Requieren que su objeto sea poner en vigor la totalidad o parte de las disposiciones de los Convenios de Ginebra de 1949.

³ Para ese momento se debatía si Croacia era un Estado, por lo cual se consideraba que el conflicto estaba regido por el artículo común 3, pues no se trataba de un caso claro de conflicto armado internacional.

⁴ Ver Memorando de Entendimiento en <https://www.icrc.org/casebook/doc/case-study/yugoslavia-agreements-case-study.htm>

⁵ Ver Acuerdo entre el Gobierno de la República de Sudán y el Movimiento de Liberación del Pueblo de Sudán para Proteger a los Civiles No Combatientes y los Objetos de Civiles de Ataques Militares, en http://peacemaker.un.org/sites/peacemaker.un.org/files/SD_020331_Agreement%20to%20Protect%20Non-Combatant%20Civilians%20from%20Military%20Attack.pdf

Los Acuerdos de La Habana, sin embargo, no tienen ese objeto. En primer lugar, no invocan los Convenios de Ginebra como su fundamento. El borrador conjunto sobre el punto 1 contiene doce considerandos, todos los cuales se pronuncian sobre la importancia política de la reforma rural integral, pero ninguno hace referencia a los Convenios de Ginebra. El borrador conjunto del punto 2 contiene, de manera similar, catorce considerandos referidos a la importancia de la participación política y el pluralismo para la consolidación de la paz, pero no se refiere a los Convenios de Ginebra. El borrador conjunto sobre el problema de las drogas contiene veintiocho considerandos sobre la solución a este problema, pero ninguno referido a los Convenios de Ginebra o el derecho internacional humanitario.

Posiblemente el caso más cercano es el borrador conjunto sobre víctimas del conflicto. Este, sin embargo, tampoco invoca los Convenios de Ginebra de 1949. Contiene menciones al derecho internacional humanitario al señalar el deber de sancionar las infracciones al mismo, y en el párrafo 37 se refiere a la aplicación del Protocolo II sobre la concesión de la amnistía más amplia posible. Aun así, el borrador conjunto no es redactado como un acuerdo especial donde se invoca el artículo común 3 y se señala la disposición de extender garantías del DIH que en principio son aplicables a conflictos armados internacionales.

En segundo lugar, los Acuerdos de La Habana no son acuerdos jurídicos. Es decir, no se aprecia en su contenido una intención de crear directamente normas jurídicas. Se trata de acuerdos políticos entre el Gobierno y las FARC-EP, cuya puesta en marcha requiere, según la voluntad manifestada en el Acuerdo General de 2012, unos mecanismos de implementación, verificación y refrendación.

En tercer lugar, el contenido de los acuerdos mismos no parece corresponder con la extensión de garantías del DIH que limitan el efecto de las hostilidades sobre los civiles o sobre los combatientes. Una comparación con los acuerdos de las últimas décadas suscritos al amparo del artículo común 3 permite apreciar la enorme diferencia entre un acuerdo especial y los Acuerdos de La Habana:

Acuerdo Yugoslavia-Croacia	Acuerdo Gobierno de Sudán-SPLM	Acuerdo Gobierno de Colombia-FARC
(1) Heridos y enfermos.	Comentarios básicos	<u>Borrador conjunto política de desarrollo agrario integral</u>
(2) Heridos, enfermos y naufragos.	1	Principios de transformación estructural, bienestar y buen vivir, priorización, integralidad, restablecimiento, regularización de la propiedad, beneficio, impacto y medición, desarrollo sostenible, presencia del Estado, democratización del acceso y uso adecuado de la tierra.
(3) Combatientes capturados.	a) No ataque intencional contra civiles.	
(4) Civiles en el poder de la parte opuesta.	b) No ataque intencional contra objetos civiles.	
(5) Protección de la población civil contra ciertas consecuencias de las hostilidades.	c) No uso de escudos humanos.	
(6) Conducta de las hostilidades.	d) Precauciones para evitar daños incidentales.	
(7) Establecimiento de	2	Acceso y uso, tierras

<p>zonas protegidas. (8) Búsqueda de personas. (9) Asistencia a la población civil. (10) Emblema de la Cruz Roja. (11) Remisión de denuncias. (12) Solicitud de encuesta. (13) Divulgación. (14) Disposiciones generales. (15) Siguiendo encuentro entre las partes.</p>	<p>a) Proferir las órdenes necesarias a las unidades militares. b) Acordar una Misión de Verificación para investigar eventuales violaciones al acuerdo.</p> <p><u>Organización de la Misión de Verificación</u></p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Mandato. 2. Organización. 3. Investigaciones. 4. Evaluación e informe. 5. Financiación. 	<p>improductivas, formalización de la propiedad, frontera agrícola, zonas de reserva.</p> <p>Programas de Desarrollo con Enfoque Territorial.</p> <p>Planes Nacionales para la Reforma Rural Integral.</p> <p><u>Borrador conjunto – Participación política</u></p> <p>Derechos y garantías plenas para la oposición y acceso a medios de comunicación.</p> <p>Mecanismos democráticos de participación ciudadana.</p> <p><u>Borrador conjunto Solución al problema de las drogas ilícitas</u></p> <p>Programas de sustitución de cultivos.</p> <p>Programas de prevención del consumo.</p> <p>Solución al fenómeno de producción y comercialización.</p> <p><u>Borrador conjunto – Acuerdo sobre las Víctimas del Conflicto</u></p> <p>Principios de reconocimiento de las víctimas, reconocimiento de responsabilidad, satisfacción de los derechos de las víctimas, participación de las víctimas, esclarecimiento de la verdad, reparación de las víctimas, garantías de protección y seguridad, garantía de no repetición, principio de reconciliación, enfoque de derechos.</p> <p>Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición.</p> <p><u>Acuerdo sobre desminado humanitario</u></p> <p>Acuerdo sobre búsqueda de</p>
------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------

Las diferencias son evidentes. Los acuerdos especiales extienden garantías específicas del derecho de conducción de las hostilidades, o *jus in bello*, mientras que los Acuerdos de La Habana buscan terminar el conflicto armado con las FARC por medio de compromisos políticos amplios y referidos a diversos temas.

Estos Acuerdos, aunque son extensos, no se refieren a la conducta de las hostilidades y no extienden las protecciones de los Convenios de Ginebra de 1949 o del Protocolo Adicional I.

A favor de la tesis de la incorporación automática podría decirse que algunos aspectos del Acuerdo sobre las Víctimas del Conflicto, y posiblemente del futuro acuerdo sobre Fin del Conflicto tendrían relación con el DIH. Por ejemplo, el Acuerdo sobre las Víctimas del Conflicto contiene disposiciones de sanción de infracciones al DIH, así como disposiciones en relación la responsabilidad del superior, ambos aspectos regulados por los Convenios de Ginebra o por el Protocolo I. Por otra parte, el Acuerdo sobre Fin del Conflicto posiblemente tendrá que establecer, de manera transitoria, reglas de conducta para la Fuerza Pública y para las unidades de las FARC.

Sin embargo, en el primer caso, las disposiciones relacionadas con DIH hacen parte de un esquema integral más amplio que no es una extensión de garantías de los Convenios de Ginebra, sino un Sistema de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición. Ese Sistema no es una aplicación del DIH, es un compromiso político para lograr la satisfacción de los derechos de las víctimas, los cuales se encuentran establecidos en normas internacionales de derechos humanos.

En el segundo caso, aunque se regularía eventualmente la conducta de las unidades militares, esta regulación no sería en el sentido de limitar las consecuencias de la guerra para minimizar el sufrimiento humano, sino de facilitar el fin del conflicto. Los asuntos de desarme, desmovilización y reintegración no son cubiertos por los Convenios de Ginebra de 1949 ni por el Protocolo I, por lo cual difícilmente podría decirse que un acuerdo sobre este tema corresponde a un acuerdo especial dirigido a extender las garantías de esos tratados a un conflicto no internacional. Por último, los acuerdos sobre desminado humanitario y búsqueda de personas desaparecidas parecerían acercarse más al núcleo duro del objeto de los acuerdos especiales bajo el artículo común 3 de los Convenios de Ginebra.

En cualquier caso, si se aceptara que la regulación sobre esos aspectos sí corresponde al objeto de un acuerdo especial, dicha conclusión cubriría esos aspectos específicos, no la integridad de los Acuerdos de La Habana.

1.3. Síntesis de los argumentos

Sí	No
- Los acuerdos especiales tienen la	- La calidad de las partes no es el único

<p>vocación de generar mayor protección a personas y bienes civiles de los efectos adversos del conflicto. El posible contenido de estos acuerdos debe ser interpretado de manera amplia de conformidad con los comentarios del CICR – no deben restringirse al ámbito de aplicación material de los Convenios de Ginebra y sus Protocolos Adicionales.</p> <p>- Cualquier acuerdo que le brinde mayor protección a las personas civiles de los efectos adversos del conflicto debería ser considerado un acuerdo especial. Por lo tanto, cualquier acuerdo para <i>terminar</i> un conflicto debe interpretarse bajo esta óptica.</p>	<p>criterio para identificar un acuerdo especial. Lo más importante es el <i>objeto</i> del acuerdo, que debe ser la extensión de garantías previstas para conflictos internacionales.</p> <p>- Los Acuerdos de La Habana no tienen por objeto extender garantías de DIH al conflicto interno. Su objeto es completamente distinto: terminar el conflicto por medio de una serie de compromisos políticos sobre temas variados.</p> <p>- La superación de las posibles causas del conflicto armado no hace parte del ámbito del DIH, que siempre se ha referido a la protección de civiles de los efectos de las hostilidades, y de la regulación de los medios y métodos de la guerra.</p>
----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------

2. ¿Un acuerdo especial entre el Estado y un grupo armado es un acuerdo regido por el derecho internacional?

2.1. *Sí es un acuerdo regido por el derecho internacional*

La Agenda y los Acuerdos a los que se llegue en virtud de ella, en particular los relacionados con los temas que afectan los derechos de las víctimas y la terminación del conflicto, generan obligaciones internacionales no solo en virtud del principio de buena fe, sino porque involucran a diversos actores del derecho internacional. Al respecto es preciso señalar que los actores en el derecho internacional no deben identificarse exclusivamente como Estados. La jurisprudencia ha aceptado que el derecho internacional no esté centrado sobre la *personería jurídica* de los sujetos, sino en los *efectos* que tienen los distintos *actores en los procesos* de toma de decisiones en el plano internacional⁶. Bajo esta óptica la jurisprudencia internacional ha dicho que, incluso los acuerdos entre una organización privada y un Estado pueden tener implicaciones en el derecho internacional, prefiriéndolos sobre la legislación doméstica⁷. De esta forma, es

⁶ Por ejemplo, en el caso *Reineccius v. Bank for International Settlements*, se dijo que: “*El Banco es una compañía limitada por acciones constituida bajo la ley suiza. Mientras que la estructura interna del Banco era, en concordancia con el Artículo 1 de los Estatutos una compañía por acciones, el esencial carácter internacional del Banco es aparente de su acta constitutivo. Es más, la función del Banco era esencialmente pública-internacional en su carácter. Por lo que el Banco fue encargado con la actuación de una particular tarea internacional*”. (*Reineccius v. Bank for International Settlements*, parr. 108-114)

⁷ En el caso *Sandline International Inc. v. Papua Nueva Guinea* se dijo que: “*Un acuerdo entre una parte privada y un Estado es un contrato internacional, no uno doméstico. Este tribunal es un tribunal internacional, no uno doméstico y está obligado a aplicar las reglas del derecho internacional. Esas reglas no están excluidas, sino que hacen parte de la*

correcto considerar como participantes en el derecho internacional a entidades diferentes a los Estados, siempre que ejerzan un poder efectivo sobre el proceso internacional de toma de decisiones. Esta postura ha sido expuesta por la doctrina internacional más calificada en los siguientes términos:

“El derecho internacional no debe ser concebido como un cuerpo de normas sino como un proceso particular de toma de decisiones. En este proceso, que es dinámico y no estático, hay variedad de participantes, que hacen solicitudes a lo largo de los límites del Estado, con el objetivo de maximizar varios valores. Las determinaciones serán tomadas por varias autoridades, como ministerios, cortes, tribunales de arbitramento, etc. Todos estos son participantes del proceso de toma de decisiones en el derecho internacional, por lo cual son participantes y actores en el mismo. Así como los individuos son participantes dentro del Estado, las organizaciones internacionales, las corporaciones multinacionales, e incluso, los grupos no gubernamentales privados, son participantes en el derecho internacional”⁸ (negrilla fuera de texto).

Así, tanto la jurisprudencia como la doctrina internacional, han tendido a considerar una visión mucho más amplia de los actores en el campo del derecho internacional. No sólo los Estados y las organizaciones internacionales participan en el derecho internacional, sino también grupos no gubernamentales y otro tipo de asociaciones que inciden en la toma de decisiones de la comunidad internacional. Los desarrollos contemporáneos apuntan a considerar el derecho internacional, no como un conjunto de normas, sino como un proceso de toma de decisiones de autoridad, en donde la participación no se basa en criterios legales o actos de reconocimiento, sino en el poder efectivo de participar. Sobre este punto, la doctrina sostiene que:

“El proceso de toma de decisiones con autoridad incluye escenarios formales como las negociaciones diplomáticas así como espacios informales focalizados en la persuasión pública. Estas interacciones tienen autoridad no porque existan reglas internacionales para tal efecto, sino porque los participantes aceptan, en una variedad de grados y de contextos, las decisiones como obligatorias en el propio interés de la estabilidad en las relaciones internacionales. [...] No hay una regla para conferir capacidad legal a una entidad para participar en este proceso. Todos los actores que hace parte en la toma de decisiones con implicaciones internacionales son participantes del orden legal internacional independientemente de la causa de su participación”⁹ (negrilla fuera de texto).

En el caso de la Agenda y los Acuerdos de Paz referidos al conflicto colombiano, se tiene que estos involucran a diversos actores de la comunidad internacional. Lo anterior,

ley inglesa, que es la ley escogida por las partes para gobernar el contrato” (Sandline International Inc. v. Papua Nueva Guinea, parr. 10).

⁸ HIGGINS, Rosalyn. General Course on Public International Law. Recueil des Cours, Vol. 230, 1991, p. 81.

⁹ PORTMANN, Roland. Legal Personality in International Law. New York: Cambridge University Press, 2010, p. 212.

porque el conflicto armado no afecta únicamente al Estado colombiano, sino que envuelve a una multiplicidad de actores en el escenario mundial. Las consecuencias del conflicto colombiano van más allá de las fronteras nacionales e impactan en la región y en el orden internacional. De esta manera, la terminación del conflicto armado es un tema que incide directa e indirectamente en el espacio internacional.

Además, los puntos convenidos entre el Gobierno y las FARC afectan el orden internacional pues son un acuerdo de voluntades que hace referencia a una institución propia del derecho internacional: el conflicto armado. Desde los Convenios de Ginebra de 1949 y sus Protocolos Adicionales de 1977, el DIH ha regulado el tema de los conflictos armados, por eso es posible afirmar que la institución del conflicto armado, bien sea de carácter nacional o internacional, pertenece a la órbita del derecho internacional. En consecuencia, cualquier acto o decisión que incida en la regulación o terminación de un conflicto armado se remite a este.

2.2. No es un acuerdo regido por el derecho internacional

A nivel de derecho internacional no es claro el estatus jurídico de los acuerdos especiales. Algunos autores han sostenido que estos acuerdos no pueden crear nuevas obligaciones internacionales, pues una de las partes que suscribe el acuerdo—el actor armado no estatal—no es un sujeto de derecho internacional capaz de contraer obligaciones o suscribir tratados¹⁰. Existen otras posiciones que sostienen que estos acuerdos se rigen por el derecho internacional¹¹, o incluso, que no se rigen por el derecho interno ni por el derecho internacional, sino por un derecho *sui generis* de los conflictos armados¹². Sobre este punto, basta decir que en la doctrina especializada hay debate y existe incertidumbre sobre el estatus de los acuerdos especiales a nivel internacional.

Se ha sostenido que los grupos armados pueden ser sujetos de obligaciones internacionales, pues están obligados por las normas del derecho internacional humanitario. Sin embargo, estos grupos no son sujetos plenos del derecho internacional, dado que no tienen la capacidad de *crear* obligaciones internacionales como sí pueden hacerlo los Estados y las organizaciones internacionales. Así lo sostuvo el Tribunal Especial para Sierra Leona en el caso *Kallon & Kamara*, en el cual consideró el estatus jurídico del Acuerdo de Paz de Lomé entre el Estado y el grupo insurgente RUF. Dijo el Tribunal que aunque el grupo armado se encontraba vinculado por el artículo común 3 de los Convenios de Ginebra, este no tenía personalidad jurídica internacional y por lo tanto no tenía la capacidad para concluir tratados. Por ende, sostuvo el Tribunal, el Acuerdo de

¹⁰ Ver por ejemplo, Fritz Kalshoven & Liesbeth Zegveld, *Constraints on the Waging of War: An Introduction to International Humanitarian Law*, 2001, pp. 15–18

¹¹ Ver Ezequiel Heffes & Marcos Kotlik, 'Special Agreements as a means of enhancing compliance with IHL in non-international armed conflicts: An inquiry into the governing legal regime', en *International Review of the Red Cross* (2014), 96 (895/896), pp. 1195-1224.

¹² Marco Sassòli, 'Taking Armed Groups Seriously: Ways to Improve their Compliance with International Humanitarian Law', en *Journal of International Humanitarian Legal Studies* (2010), 1, p. 23.

Paz suscrito entre el Gobierno de Sierra Leona y el grupo insurgente no era un tratado regido por el derecho internacional¹³.

Sería difícil, entonces, sostener que los acuerdos especiales suscritos para extender protecciones humanitarias en medio de un conflicto son tratados internacionales, o instrumentos de alguna manera asimilables a los tratados internacionales. Una de las partes que los suscribe no es sujeto del derecho internacional, de ahí que la Corte Constitucional haya considerado que estos acuerdos especiales son más políticos que jurídicos¹⁴.

2.3. Síntesis de los argumentos

Sí	No
<ul style="list-style-type: none"> - El derecho internacional ya ha superado la concepción de los actores internacionales como el criterio definitorio para la existencia de acuerdos regidos por el derecho internacional. - El derecho internacional contempla la posibilidad de que se creen derechos y obligaciones internacionales en cabeza de entidades que no son sujetos del derecho internacional en un sentido pleno, como los individuos, las empresas, y los grupos armados. - El criterio fundamental para determinar si una transacción internacional está regida por el derecho internacional es el efecto que tiene y no las personas que intervienen en su perfeccionamiento. El conflicto armado es una institución regulada por el derecho internacional, y la terminación del mismo afecta a la comunidad internacional, por lo que esta transacción debe estar regida por el derecho internacional. 	<ul style="list-style-type: none"> - Los grupos armados no son sujetos plenos del derecho internacional, no pueden suscribir tratados u otros acuerdos regidos por el derecho internacional. - Un precedente internacional confirma esta posición: el caso <i>Kallon & Kamara</i> ante el Tribunal Especial de Sierra Leona.

¹³ *Prosecutor v. Kallon & Kamara*, Decision on Challenge to Jurisdiction: Lomé Accord Amnesty, 13 de marzo de 2004, párrafos 45-50.

¹⁴ Sentencia C-225 de 1995, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

3. ¿Si las respuestas a los puntos 1 y 2 son afirmativas, el Acuerdo podría incorporarse al bloque de constitucionalidad?

3.1. Si puede incorporarse al bloque de constitucionalidad

La figura del bloque de constitucionalidad ha sido empleada para integrar normas y principios que si bien no están expresamente en la Constitución, tienen rango constitucional. En otras palabras:

“El bloque es un intento por sistematizar jurídicamente [un] fenómeno, según el cual las normas materialmente constitucionales – esto es, con fuerza constitucional- son más numerosas que aquellas que son formalmente constitucionales – esto es, aquellas que son expresamente mencionadas por el articulado constitucional. Dichas normas se convierten además, en parámetros de control de constitucionalidad y de interpretación de los derechos y deberes protegidos por la Constitución”¹⁵

Con base en lo anterior, este apartado se encargará de demostrar que los acuerdos especiales, de los cuales se habló en el acápite anterior, son un desarrollo directo del artículo 3º común a los Convenios de Ginebra, que hace parte del bloque de constitucionalidad en sentido estricto, así como de otras disposiciones de la Carta Política. La razón que justifica lo anterior es que el artículo 3 común es una norma de suma importancia para la protección de los civiles en el DIH, que no únicamente se debe entender incorporada automáticamente al ordenamiento jurídico colombiano, sino que además, según el sistema de fuentes, se encuentra al mismo nivel de la Constitución, al igual que sus desarrollos.

Para exponer la anterior tesis, este apartado se dividirá en cuatro partes. Primero, se hablará sobre la forma en la que ha sido entendido el bloque de constitucionalidad en Colombia y su finalidad. Segundo, se desarrollará la división que existe entre la figura del bloque en sentido estricto y en sentido lato. Tercero, de acuerdo con la anterior distinción, se retomarán los argumentos empleados por la Corte Constitucional para sostener que las normas del DIH hacen parte del bloque en sentido estricto¹⁶. Y cuarto, se ahondará en el carácter del artículo 3 común a los Convenios de Ginebra y sus implicaciones en relación con la facultad de firmar acuerdos especiales.

a) Definición del bloque de constitucionalidad

El bloque de constitucionalidad cuenta con fundamento normativo en los artículos 9, 93, 94, 214, 53 y 102 de la Constitución. Así, es el propio texto constitucional el que hace *“remisiones, expresas o tácitas, a otras reglas y principios, que sin estar en la Constitución, tienen relevancia en la práctica constitucional”¹⁷*. Aunque ha sido la

¹⁵ ARANGO, Mónica. El bloque de constitucionalidad en la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana, p. 79.

¹⁶ Corte Constitucional, Sentencia C-225 de 1995.

¹⁷ UPRIMNY, Rodrigo. El bloque de constitucionalidad en Colombia. Un análisis jurisprudencial y un ensayo de sistematización doctrinal, p. 3.

jurisprudencia Constitucional la que – progresivamente – ha precisado el contenido y alcance de esta figura.

Sobre el contenido de la figura del bloque de constitucionalidad, la Corte Constitucional ha señalado que está compuesta:

*“Por aquellas normas y principios que, sin aparecer formalmente en el articulado del texto constitucional, son utilizados como parámetros del control de constitucionalidad de las leyes, por cuanto han sido normativamente integrados a la Constitución, por diversas vías y por mandato de la propia Constitución. Son pues verdaderos principios y reglas de valor constitucional, esto es, son normas situadas en el nivel constitucional, a pesar de que puedan a veces contener mecanismos de reforma diversos al de las normas del articulado constitucional stricto sensu”*¹⁸ (negrilla fuera del texto).

En materia de tratados internacionales de derechos humanos y DIH la Corte Constitucional ha estudiado si efectivamente estos prevalecen en el orden interno como parte de la figura del bloque de constitucionalidad. Para analizar lo anterior, y de conformidad con el primer inciso del artículo 93¹⁹ de la Constitución, dicho Tribunal ha sostenido que aquellos tratados que reconocen derechos que no se pueden suspender en estados de excepción, forman parte del bloque de constitucionalidad en sentido estricto, es decir, se integran a las normas de la Carta²⁰. En palabras de la Corte:

*“El único sentido razonable que se puede conferir a la noción de prevalencia de los tratados de derechos humanos y de derecho internacional humanitario es que éstos forman con el resto del texto constitucional un “bloque de constitucionalidad”, cuyo respeto se impone a la ley. En efecto, de esa manera se armoniza plenamente el principio de supremacía de la Constitución, como norma de normas, con la prevalencia de los tratados ratificados por Colombia, que reconocen los derechos humanos y prohíben su limitación en los estados de excepción”*²¹ (negrillas fuera de texto).

Ahora bien, dentro del bloque de constitucionalidad no solo se encuentran los tratados en materia de derechos humanos que no pueden ser limitados en Estados de excepción y DIH, sino además las propias normas constitucionales, es decir, los artículos de la Carta. De allí, que la jurisprudencia de la Corte Constitucional sea fundamental por cuanto *“el contenido y alcance de las normas constitucionales está definido por la jurisprudencia de este Tribunal, de acuerdo a su rol de intérprete autorizado de la Carta”*²².

¹⁸ Corte Constitucional, Sentencia C-225 de 1995.

¹⁹ Art. 93 CP *“Los tratados internacionales ratificados por el Congreso que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción prevalecen en el orden interno”*.

²⁰ En este sentido, se pueden ver entre otros las sentencias: C-358 de 1997; Sentencia C-582 de 1999; C-988 de 2004.

²¹ Corte Constitucional, Sentencia C-225 de 1995.

²² Corte Constitucional, Sentencia C-634-11.

Adicionalmente, la Corte Constitucional ha comenzado a “*incorporar todos los convenios de derechos humanos ratificados por Colombia al bloque de constitucionalidad, sin importar si consagran o no derechos que puedan ser suspendidos en los estados de excepción*”²³. Para ello, ha empleado el segundo inciso del artículo 93 de la Constitución que establece que “*los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia*” De acuerdo con esto, todos los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos sirven para interpretar los derechos y deberes contenidos en la Constitución, y por esa razón, integran el bloque de constitucionalidad.

También están incluidos dentro del bloque de constitucionalidad los tratados limítrofes. Así se mencionó en la sentencia C-191 de 1998, en la cual la Corte Constitucional “*[s]jugiere que los tratados de límites hacen parte del bloque, pues el artículo 102 de la Carta les confiere jerarquía constitucional*”²⁴. Ocurre lo mismo con los Convenios de la OIT, frente a los cuales la sentencia T-568 de 1999 ese Tribunal afirmó que forman parte del bloque.

En relación con la finalidad del bloque de constitucionalidad, la Corte Constitucional ha señalado que le impone al Estado colombiano la obligación de modificar el contenido de su legislación interna de acuerdo con los compromisos adquiridos internacionalmente. Por esa razón, por ejemplo, “*el Estado colombiano debe adaptar las normas de inferior jerarquía del orden jurídico interno a los contenidos del derecho internacional humanitario, con el fin de potenciar la realización material de tales valores*”²⁵.

Finalmente, otra función de especial relevancia del bloque de constitucionalidad es que, en palabras de la doctrina:

*“[a]mplía los términos del debate constitucional, tanto en los procesos de control abstracto como en las acciones de tutela y amparo, pues implica que las normas a tener en cuenta para resolver una controversia judicial no son exclusivamente los artículos de la Constitución, ya que otras disposiciones y principios pueden tener también relevancia para decidir esos asuntos”*²⁶.

De forma que, es una figura que impacta a todos los operadores judiciales, ya que sus decisiones deben tomar en consideración las normas que integran el bloque de constitucionalidad tanto en sentido estricto como lato.

b) El bloque de constitucionalidad en “sentido lato” y en “sentido estricto”

Una vez explicado el concepto de bloque de constitucionalidad, es necesario señalar que a través de su jurisprudencia, la Corte Constitucional ha sostenido que dicha figura puede

²³ UPRIMNY, Rodrigo. El bloque de constitucionalidad en Colombia. Un análisis jurisprudencial y un ensayo de sistematización doctrinal, p. 23.

²⁴ *Ibíd.* p. 22.

²⁵ Corte Constitucional, Sentencia C-225 de 1995.

²⁶ *Op. Cit.* UPRIMNY, p. 4.

ser vista desde dos acepciones. La primera, denominada “el bloque en sentido estricto”, que hace referencia a las normas que a pesar de no estar en la Constitución tienen rango constitucional. La segunda, llamada en “sentido lato”, que se refiere a aquellas normas que sirven como parámetros de constitucionalidad²⁷.

Al respecto, la Corte Constitucional ha desarrollado la división entre el bloque en sentido estricto y en sentido lato de la siguiente forma:

“Resulta posible distinguir dos sentidos del concepto de bloque de constitucionalidad. En un primer sentido de la noción, que podría denominarse bloque de constitucionalidad stricto sensu, se ha considerado que se encuentra conformado por aquellos principios y normas de valor constitucional, los que se reducen al texto de la Constitución propiamente dicha y a los tratados internacionales que consagren derechos humanos cuya limitación se encuentre prohibida durante los estados de excepción (C.P., artículo 93). (...) Más recientemente, la Corte ha adoptado una noción lato sensu del bloque de constitucionalidad, según la cual aquel estaría compuesto por todas aquellas normas, de diversa jerarquía, que sirven como parámetro para llevar a cabo el control de constitucionalidad de la legislación”²⁸ (negrilla fuera de texto).

En consecuencia, la distinción que plantea el concepto del bloque de constitucionalidad en sentido estricto y en sentido lato es que las normas que se integran a dicha figura cuentan con una relevancia constitucional diferente. En el primer caso, están jerárquicamente al nivel de la Constitución, mientras que en el segundo no, aunque constituyen parámetros de constitucionalidad.

c) El carácter obligatorio del DIH como parte del bloque de constitucionalidad en sentido estricto

En el sistema de fuentes del derecho colombiano, los tratados internacionales en materia de DIH ocupan un lugar preponderante debido a que, de acuerdo con la jurisprudencia constitucional, son normas que hacen parte del bloque de constitucionalidad en sentido estricto²⁹. Esto significa que se consideran *incorporados* a la Constitución Política y forman un conjunto normativo de igual rango, que precisa y complementa el sentido de las cláusulas constitucionales³⁰.

Lo anterior implica que, de acuerdo con la división desarrollada por la Corte Constitucional entre el concepto del bloque de constitucionalidad en sentido estricto y en sentido lato, las “normas situadas en el nivel constitucional, como los convenios de derecho internacional humanitario, (...) tienen jerarquía y fuerza constitucional”³¹. Esto

²⁷ *Ibíd.* p. 20.

²⁸ Corte Constitucional, Sentencia C-191 de 1998.

²⁹ Corte Constitucional, Sentencia C-582 de 1999; también ver la C-291 de 2007.

³⁰ Corte Constitucional, Sentencia C-067 de 2003.

³¹ *Op. Cit.* UPRIMNY, p. 20.

genera que, a diferencia de lo que ocurre con otros instrumentos internacionales, este tipo de normatividad esté jerárquicamente al mismo nivel que la Constitución.

El hecho de que las transacciones relacionadas sobre DIH tengan la misma fuerza vinculante que la Constitución genera importantes efectos jurídicos. En palabras de la Corte Constitucional:

“El hecho de que las normas que integran el bloque de constitucionalidad tengan jerarquía constitucional hace de ellas verdaderas fuentes de derecho, lo que significa que los jueces en sus providencias y los sujetos de derecho en sus comportamientos oficiales o privados deben atenerse a sus prescripciones (...). Dado el rango constitucional que les confiere la carta, las disposiciones que integran el bloque superior cumplen la cuádruple finalidad que les asigna Bobbio, a saber, servir de i) regla de interpretación respecto de las dudas que puedan suscitarse al momento de su aplicación; ii) la de integrar la normatividad cuando no exista norma directamente aplicable al caso; iii) la de orientar las funciones del operador jurídico, y iv) la de limitar la validez de las regulaciones subordinadas”³².

Incluso, la Corte Constitucional ha ido un paso más allá al sostener que, con independencia de que los Estados hayan ratificado los tratados en materia de DIH, tienen la obligación de cumplir con dicha normatividad ya que hacen parte del *ius cogens*. Así, la Corte ha dicho lo siguiente:

“El derecho internacional humanitario ha sido fruto esencialmente de unas prácticas consuetudinarias, que se entienden incorporadas al llamado derecho consuetudinario de los pueblos civilizados. Por ello, la mayoría de los convenios de derecho internacional humanitario deben ser entendidos más como la simple codificación de obligaciones existentes que como la creación de principios y reglas nuevas. Así, esta Corporación, en las sentencias citadas, y en concordancia con la más autorizada doctrina y jurisprudencia internacionales, ha considerado que las normas de derecho internacional humanitario son parte integrante del ius cogens. (...) Esto explica que las normas humanitarias sean obligatorias para los Estados y las partes en conflicto, incluso si éstos no han aprobado los tratados respectivos, por cuanto la imperatividad de esta normatividad no deriva del consentimiento de los Estados sino de su carácter consuetudinario”³³ (negrilla fuera de texto).

De manera que el alcance que tienen las normas sobre DIH en el sistema colombiano no está únicamente ligado al hecho de que el Estado haga parte de los tratados que contienen esas normas, sino que pueden ser aplicadas de manera directa. Así lo ha afirmado la Corte Constitucional al decir que:

³² Corte Constitucional, Sentencia C-067 de 2003.

³³ Corte Constitucional, Sentencia C 225 de 1995.

“En Colombia no sólo el derecho internacional humanitario es válido en todo tiempo sino que, además, opera una incorporación automática del mismo al ordenamiento interno nacional, lo cual, por lo demás, es lo congruente con el carácter imperativo que, según ya fue explicado, caracteriza a los principios axiológicos que hacen que este cuerpo normativo integre el ius cogens”³⁴

En síntesis, los acuerdos y demás normas en materia de DIH hacen parte del bloque de constitucionalidad en sentido estricto y bajo ese entendido, incluso si no han sido ratificados por el Estado Colombiano, pueden ser aplicados directamente.

En el siguiente capítulo se explicarán las razones por las cuales el artículo 3 común a las Convenciones de Ginebra hace parte de este compendio normativo y las implicaciones que esto tiene en relación con los acuerdos especiales.

d) El artículo 3 común a los Convenios de Ginebra y los acuerdos especiales

En primer lugar, es necesario aclarar que *“el DIH comprende un conjunto de normas contenidas en los cuatro Convenios de Ginebra de 1949, el artículo 3 común a los mismos y sus dos protocolos adicionales de 1977”³⁵*. Tales normas, de acuerdo con el sistema de fuentes colombiano, hacen parte del bloque de constitucionalidad en sentido estricto. Es decir, se encuentran al mismo nivel que la Constitución.

En el caso que nos ocupa, el artículo 3 común de los Convenios de Ginebra dispone que *“las partes en conflicto harán lo posible por poner en vigor, mediante acuerdos especiales, la totalidad o parte de las disposiciones del presente Convenio”*. Esto implica que, debido a que tal norma hace parte del bloque en sentido estricto, la habilitación consagrada para la realización de acuerdos especiales se encuentra jerárquicamente en la misma posición, es decir, tiene rango constitucional.

Así, en virtud de la figura del bloque de constitucionalidad, las partes involucradas en el conflicto armado están llamadas a realizar acuerdos especiales con la finalidad de proteger a los civiles de los efectos de la guerra, en los términos del artículo 3 común a los Convenios de Ginebra. Esto se deriva además, de otros mandatos constitucionales, por ejemplo del artículo 22, que dispone que la paz es un derecho y un deber de obligatorio cumplimiento. Al respecto, la Corte Constitucional ha señalado:

“De todo lo anterior, cabe afirmar que la Paz constituye (i) uno de los propósitos fundamentales del Derecho Internacional; (ii) un fin fundamental de Estado colombiano; (iii) un derecho colectivo en cabeza de la Humanidad, dentro de la tercera generación de derechos; (iv) un derecho subjetivo de cada uno de los seres humanos individualmente considerados; y (v), un deber jurídico de cada uno de los ciudadanos colombianos, a quienes les corresponde propender a su logro y mantenimiento”³⁶

³⁴ Corte Constitucional, Sentencia C- 225 de 1995.

³⁵ Pavlovich, Gretty, El acuerdo especial humanitario frente al derecho internacional humanitario, p. 50.

³⁶ Corte Constitucional, Sentencia C- 370 de 2006.

Por otra parte, según el artículo 188 constitucional, el Presidente de la República debe garantizar los derechos y libertades de todos los colombianos, lo que implica, a su vez, que debe velar por la consolidación y el mantenimiento de la paz.

En ese sentido, la realización de acuerdos especiales encuentra su fuente jurídica no únicamente en el artículo 3 común a los Convenios de Ginebra, que es la norma de rango constitucional que habilita a las partes en un conflicto a suscribir este tipo de acuerdos, sino también en otros mandatos de la Carta. Así, disposiciones normativas como las mencionadas le imponen obligaciones directas al Estado colombiano que, específicamente en relación con la paz, involucran al Presidente. Incluso, normas posteriores de rango legal reiteran tales mandatos. Para citar un caso, la Ley 418 de 1997, modificada y prorrogada por la Ley 1421 de 2010, dispone que: *“la dirección de la política de paz le corresponde al Presidente de la República como responsable de la preservación del orden público en toda la Nación”*³⁷.

Ahora bien, según la jurisprudencia constitucional, aun si los Convenios de Ginebra no hubiesen sido ratificados, el Estado colombiano también tendría la posibilidad de entablar acuerdos especiales con la contraparte, debido a que la costumbre es una fuente primaria en el derecho internacional. Todo esto, en consideración a que la aplicación de las normas del DIH no debe estar mediada por la voluntad de las partes o la ratificación de los tratados, pues éstos simplemente constituyen una reiteración y declaración de normas aceptadas por la comunidad internacional. En palabras de la Corte, *“los convenios de derecho internacional humanitario deben ser entendidos más como la simple codificación de obligaciones existentes que como la creación de principios y reglas nuevas”*³⁸.

A lo anterior, se suma que el Tribunal Constitucional ha considerado que las normas del DIH pueden alcanzar un estatus aún más especial: el de *ius cogens*. Ello implica que son *“norma[s] que no admite[n] acuerdo en contrario y que sólo puede[n] ser modificada[s] por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter”*³⁹. Por ese motivo, *“todo tratado que contradiga esos principios es nulo frente al derecho internacional”*⁴⁰.

Así las cosas, la habilitación al Estado colombiano para celebrar acuerdos especiales ocupa un importante lugar dentro del sistema de fuentes, al estar jerárquicamente posicionada al mismo nivel de la Constitución. En ese mismo sentido, la eficacia de dichos acuerdos se desprende de los Convenios de Ginebra, sin que se requieran solemnidades o procesos de ratificación adicionales.

Por consiguiente, aceptar que la facultad para realizar acuerdos especiales se encuentra incorporada dentro de la Constitución, corresponde en su totalidad a la definición de bloque de constitucionalidad, que reconoce la existencia de normas con fuerza

³⁷ Resolución 339 de 2012.

³⁸ Corte Constitucional, Sentencia C- 225 de 1995.

³⁹ Ibid.

⁴⁰ Ibid.

constitucional, en este caso el artículo 3 común, que no están expresamente en la Carta. Eso demuestra que *“las normas materialmente constitucionales –esto es, con fuerza constitucional – son más numerosas que aquellas que son formalmente constitucionales, esto es, aquellas que son expresamente mencionadas por el articulado constitucional”*⁴¹.

Adicionalmente, y tal como se ha dicho antes, *“el Estado colombiano debe adaptar las normas de inferior jerarquía del orden jurídico interno a los contenidos del derecho internacional humanitario, con el fin de potenciar la realización material de tales valores”*⁴². De manera que los acuerdos especiales son la realización de tal mandato, en tanto contienen disposiciones en materia de DIH que, por un lado, son fundamentales para proteger a los civiles, y por el otro, regulan las relaciones entre las partes en combate. Un ejemplo, es el punto de la agenda que establece la *“revisión de la situación de las personas privadas de la libertad, procesadas o condenadas, por pertenecer o colaborar con las FARC –EP”*⁴³.

En conclusión, la facultad de celebrar acuerdos especiales, que está consagrada en el artículo 3 común a los Convenios de Ginebra, es una norma que tiene rango constitucional, ya que en virtud del bloque de constitucionalidad las disposiciones en materia de DIH se incorporan automáticamente al ordenamiento jurídico colombiano.

3.2. No puede incorporarse automáticamente al bloque de constitucionalidad

En el derecho constitucional colombiano, ninguna norma se incorpora de manera automática e incondicional al ordenamiento jurídico interno. El bloque de constitucionalidad está conformado principalmente por tratados internacionales, que son suscritos por el Gobierno y ratificados tras un proceso democrático de adopción por el Congreso (bloque de constitucionalidad *stricto sensu*). También se conforma por otros elementos que, aun sin cumplir los requisitos para el bloque de constitucionalidad, pueden conformar parámetros de constitucionalidad, como puede ocurrir con las sentencias internacionales o las disposiciones de ‘soft law’ en materia de derechos humanos (bloque de constitucionalidad *lato sensu*). En este último caso, aunque no hay un procedimiento formal de legitimación democrático, el mandato de la Corte Constitucional ha sido de fusionar las normas internacionales con las internas, de forma que la Constitución preexistente sirva como filtro para la incorporación de los parámetros internacionales. Bajo cualquiera de las dos vías, ninguna norma internacional, hasta ahora, se ha incorporado de manera automática e incondicional al ordenamiento jurídico colombiano.

a. Bloque de constitucionalidad stricto sensu

El bloque de constitucionalidad está conformado por el conjunto de *“normas y principios que, aun cuando no aparecen en el texto constitucional, se entienden integrados a la*

⁴¹ Uprymny, Rodrigo, El bloque de constitucionalidad en Colombia. Un análisis jurisprudencial y un ensayo de sistematización doctrinal, p. 3.

⁴² Corte Constitucional, Sentencia C- 225 de 1995.

⁴³ Resolución 339 de 2012.

Constitución y formalmente hacen parte de ella"⁴⁴. La Constitución contiene remisiones específicas, en lo relevante para este caso, en los artículos 93 y 214.

El artículo 93 dice:

"Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno."

Esta primera norma de remisión exige que se trate de (i) un tratado internacional, (ii) ratificado por el Congreso, (iii) que reconozca los derechos humanos y (iv) prohíba su limitación en los estados de excepción. Según la tesis de la incorporación automática, un acuerdo especial bajo el artículo común 3 cumpliría estas cuatro características, especialmente si se tiene en cuenta que para la jurisprudencia constitucional todo tratado dirigido a proteger a la persona humana puede clasificarse como un tratado de "*derechos humanos*" aunque en rigor se trate de otra clase de norma jurídica⁴⁵.

Aceptando en gracia de discusión que un acuerdo especial es un tratado (ver arriba), en todo caso los acuerdos especiales tendrían que ser "*ratificados por el Congreso*". De esta forma, el mecanismo jurídico para darles fuerza vinculante interna sería una ley aprobatoria de tratado. El Gobierno tendría que someter al Congreso, en cuatro debates, una ley mediante la cual este órgano aprueba o imprueba el Acuerdo Final, y luego esa ley junto con la integridad del Acuerdo Final tendría que someterse a un control automático por la Corte Constitucional, la cual contaría con la posibilidad de declarar inconstitucional o condicionar la interpretación de cualquier parte del Acuerdo Final antes de ponerlo en vigor, y podría ordenar al Gobierno Nacional formular "*reservas*" frente al mismo con el fin de hacerlo compatible con la Constitución existente.

Otra posibilidad de remisión normativa podría ser el artículo 214 de la Constitución, sobre estados de excepción, que contiene el imperativo de respetar en todos los casos las reglas del derecho internacional humanitario. Ha dicho la Corte Constitucional que cuando se trata de principios o reglas internacionales que tienen carácter de normas imperativas de *ius cogens*, no es necesaria la ratificación para su incorporación interna:

*"No se exige, en tales condiciones, ratificación o adhesión al convenio o al tratado. En otros términos, con la incorporación de este principio los constituyentes quisieron ante todo proteger los valores humanitarios reconocidos universalmente por la comunidad internacional, abstracción hecha del derecho que los consagra."*⁴⁶

⁴⁴ Sentencia C-225 de 1995.

⁴⁵ Ver Sentencia C-580 de 2002, M.P. Rodrigo Escobar Gil, donde se dijo lo siguiente sobre la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas "*A pesar de que la presente Convención no constituye en estricto sentido un tratado de derechos humanos sino más bien un mecanismo de erradicación del delito, comparte con aquellos el mismo fin protector de los derechos esenciales de las personas. En tal medida, puede afirmarse que desde un punto de vista teleológico la Convención reconoce los derechos humanos y establece mecanismos que contribuyen en gran medida a su protección.*"

⁴⁶ Sentencia C-574 de 1992, M.P. Ciro Angarita Barón.

Sin embargo, la sentencia más reciente de la Corte sobre el punto del *ius cogens* ha establecido que solamente los principios de distinción, precaución y humanidad tienen este carácter⁴⁷. No se trata de una característica que tenga todo el derecho internacional humanitario ni la integridad de los Protocolos de Ginebra, como anteriormente lo había señalado la propia Corte⁴⁸ y fue objeto de crítica por el Tribunal Penal Internacional para la ex – Yugoslavia⁴⁹. Lo anterior quiere decir que, el solo hecho de que una norma pertenezca a la categoría del derecho internacional humanitario no es suficiente para incorporarla automáticamente, y sin ratificación formal, al ordenamiento interno colombiano.

La prueba de lo anterior es que normas posteriores de derecho internacional humanitario sobre aspectos específicos han sido incorporados al ordenamiento jurídico de la manera tradicional, por medio de leyes aprobatorias de tratado y con control constitucional automático. Por ejemplo, al permitir la ratificación de la Convención contra las armas bacteriológicas, la Corte Constitucional consideró que el principio de supremacía constitucional exigía verificar que esta norma del derecho internacional humanitario fuera confrontada con la Carta Política antes de permitir su incorporación al ordenamiento jurídico⁵⁰.

Los acuerdos especiales, entonces, requerirían de algún mecanismo formal de incorporación al ordenamiento jurídico, incluyendo un paso por el Congreso y por la Corte Constitucional, si se consideraran como tratados internacionales que crean obligaciones jurídicas de carácter internacional para las autoridades estatales. El hecho de que hicieran parte del derecho internacional humanitario no sería un argumento para evitar esta incorporación formal, pues incluso los tratados de DIH han pasado por este filtro.

b. Bloque de constitucionalidad lato sensu

Existiría otra posibilidad, que sería el bloque de constitucionalidad en sentido lato. Un defensor de la tesis de la incorporación automática podría hacer tres analogías distintas.

En primer lugar, podría hacer una analogía con normas o estándares internacionales que han sido adoptados por medio de mecanismos distintos a los tratados y por ende no han sido ratificados por el Congreso. Existen múltiples ejemplos de estos cuerpos normativos de ‘soft law’ cuya pertenencia al bloque de constitucionalidad ha sido aceptada por la Corte: los principios de Joinet referidos a las víctimas de graves violaciones de derechos

⁴⁷ Ver Sentencia C-291 de 2007.

⁴⁸ Sentencia C-225 de 1995, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

⁴⁹ Ver *Prosecutor v. Furundžija*, Trial Judgment, 1998, párrafo 137: “La Sala de Primera Instancia no tiene la necesidad de determinar si los Convenios de Ginebra y sus Protocolos Adicionales han pasado a formar parte del derecho consuetudinario en su integridad, como fue sostenido recientemente por la Corte Constitucional de Colombia, o si, como parece ser más probable, solo las disposiciones más importantes de estos tratados han adquirido el estatus de normas generales de derecho internacional.” (énfasis añadido)

⁵⁰ Sentencia C-664 de 2013, M.P. Alberto Rojas Ríos.

humanos⁵¹, los principios Deng sobre desplazamiento forzado⁵², la Declaración sobre derechos de los pueblos indígenas⁵³, entre otros. Estos cuerpos normativos reiteran o reafirman compromisos existentes, en algunos casos sistematizando varias fuentes dispersas, reformulando los derechos de alguna población específica y en algunos casos incluso avanzando en su protección.

En esta primera analogía, los acuerdos especiales serían similares a esos cuerpos normativos en que (i) reiteran o reafirman obligaciones internacionales existentes, (ii) sin ser formalmente tratados internacionales. La analogía falla, sin embargo, en que los acuerdos especiales no reafirman o reiteran obligaciones existentes. La función principal de los acuerdos internacionales consiste en extender la aplicación de normas que en principio no le son aplicables al Estado.

Además, y más importante, estos cuerpos normativos que han sido aceptados como parte del bloque de constitucionalidad han sido adoptados en procesos deliberativos en el seno de órganos multilaterales. Aunque no han sido formalmente adoptados como tratados ni sometidos a ratificación, han sido objeto de negociación, deliberación y votación por grupos de Estados. Esta es una diferencia importante con un acuerdo especial, que es un acto por esencia político, donde solo interviene un Estado y un grupo armado. No se trata y no tiene la pretensión de afirmar o reafirmar una norma general de protección a la persona humana, sino de extender unas garantías concretas en medio de un conflicto armado interno específico.

La segunda analogía posible sería con los pronunciamientos que se consideran 'interpretaciones autorizadas' de los tratados. Así, por ejemplo, la Corte Constitucional ha aceptado que las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos o las observaciones generales del Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas pueden hacer parte del parámetro de constitucionalidad que se aplica para controlar las normas internas colombianas⁵⁴.

Esta analogía sería difícil de aceptar. Las partes en un conflicto no cuentan con las características estructurales de un órgano judicial o cuasi-judicial internacional que permiten a estos, de manera imparcial, formular interpretaciones generales de instrumentos internacionales.

⁵¹ Ver Sentencia C-370 de 2006, sobre la Ley de Justicia y Paz.

⁵² Ver Sentencia T-025 de 2004 sobre desplazamiento forzado.

⁵³ Ver Sentencia T-1105 de 2008, M.P. Humberto Sierra Porto.

⁵⁴ Ver, por ejemplo, Sentencia T-1319 de 2001, M.P. Rodrigo Uprimny Yepes: *"ha de entenderse que, para efectos del presente caso, el bloque de constitucionalidad relativo a la libertad de expresión ha de estar integrado por las normas internacionales, en particular el Pacto de San José y la Convención Internacional de Derechos Civiles y Políticos, junto con las interpretaciones que de tales textos han presentado la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos y Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas. También ha de otorgarse un peso distinto a las opiniones, pues la naturaleza judicial de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y su competencia sobre Colombia, implica que sus opiniones, más que tenidas en cuenta, na pueden ser ignoradas internamente."*

Pero en todo caso, aún si se aceptara esa analogía, sería importante tener en cuenta que la Corte Constitucional nunca ha aceptado la incorporación automática e incondicional de la jurisprudencia de los tribunales internacionales. De hecho, ha rechazado el llamado ‘control de convencionalidad’, sosteniendo que “[l]a Corte Constitucional no es juez de convencionalidad”⁵⁵. La Corte Constitucional también ha rechazado la aplicación irreflexiva de los precedentes de la Corte Interamericana de Derechos Humanos:

*“aunque constituye un precedente significativo en torno al alcance de la libertad de expresión y del principio de legalidad en la tipificación de los delitos de injuria y calumnia, esta decisión no puede ser trasplantada automáticamente al caso colombiano en ejercicio de un control de convencionalidad que no tenga en cuenta las particularidades del ordenamiento jurídico interno, especialmente la jurisprudencia constitucional y de la Corte Suprema de Justicia que han precisado notablemente el alcance de los elementos normativos de estos tipos penales, a lo cual se hará alusión en un acápite posterior de esta decisión.”*⁵⁶

Lo anterior quiere decir que los pronunciamientos de interpretación autorizada que hacen parte del bloque de constitucionalidad deben pasar siempre por el filtro de la Constitución existente, así como de la jurisprudencia constitucional existente. Si se aceptara que los acuerdos especiales crean obligaciones internacionales, y que los Acuerdos de La Habana son acuerdos especiales, esta última vía de incorporación exigiría, por ejemplo, armonizar las disposiciones del Acuerdo sobre el punto 5 con la jurisprudencia constitucional que impide a las altas cortes dictar por reglamento disposiciones procedimentales que tienen reserva legal⁵⁷; o ponderarlo con el artículo 86 de la Constitución que permite controvertir toda decisión judicial por medio de la acción de tutela, incluso las propias sentencias de tutela según la jurisprudencia más reciente de la Corte⁵⁸.

Finalmente, podría hacerse una tercera analogía, con los acuerdos simplificados por medio de los cuales se desarrollan las obligaciones ya previstas en un tratado existente. Un acuerdo simplificado permite al Gobierno desarrollar tratados previamente ratificados sin pasar por el Congreso o la Corte Constitucional. Esa posibilidad, sin embargo, se encuentra restringida a los acuerdos que desarrollan tratados existentes *sin crear nuevas obligaciones jurídicas* para el Estado. Así lo estableció la Corte en el Auto A-288 de 2010 en el cual sostuvo que el acuerdo simplificado entre Colombia y Estados Unidos para establecer bases militares en el territorio nacional debía pasar por el Congreso y por la Corte, a pesar de que en su preámbulo se hubiera citado una serie de tratados ya firmados por Colombia. El punto central de la decisión es que ninguna obligación internacional nueva puede ser asumida sin pasar primero por los filtros establecidos en la Constitución.

⁵⁵ Sentencia C-941 de 2010, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

⁵⁶ Sentencia C-442 de 2011, M.P. Humberto Sierra Porto.

⁵⁷ Sentencia C-654 de 2015, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva. La Corte reitera las restricciones a la facultad del Consejo Superior de la Judicatura, y ahora del Consejo de Gobierno Judicial, de reglamentar trámites procedimentales en aspectos no previstos por el legislador, señalando que no se puede desconocer la reserva de ley en relación con los códigos procedimentales.

⁵⁸ Sentencia SU-627 de 2015, M.P. Mauricio González Cuervo, que permite interponer una acción de tutela contra un fallo de tutela.

Como se puede ver, el bloque de constitucionalidad no provee una vía de incorporación automática e incondicional al ordenamiento jurídico colombiano, pues la prevalencia de una norma en el orden interno no significa que esta sea supraconstitucional. Precisamente, la noción de bloque de constitucionalidad se acuñó en la sentencia C-225 de 1995 para superar la tensión entre la prevalencia de los tratados internacionales, por un lado, y la supremacía de la Constitución Política, por otro:

“...la Corte Constitucional coincide con la Vista Fiscal en que el único sentido razonable que se puede conferir a la noción de prevalencia de los tratados de derechos humanos y de derecho internacional humanitario (CP arts 93 y 214 numeral 2º) es que éstos forman con el resto del texto constitucional un "bloque de constitucionalidad" cuyo respeto se impone a la ley. En efecto, de esa manera se armoniza plenamente el principio de supremacía de la Constitución, como norma de normas (CP art. 4º), con la prevalencia de los tratados ratificados por Colombia, que reconocen los derechos humanos y prohíben su limitación en los estados de excepción (CP art. 93).”⁵⁹

En suma, si se considera que los acuerdos especiales son bloque de constitucionalidad en sentido estricto por ser asimilables a los tratados, entonces su incorporación debe pasar por un trámite formal en el Congreso y un control automático por la Corte Constitucional. Si, por otro lado, se les asimila a pronunciamientos autorizados o a normas de ‘soft law’, y por lo tanto se intenta incorporarlos al bloque de constitucionalidad en sentido lato, entonces su incorporación requiere un ejercicio de armonización por todos los operadores jurídicos en Colombia, donde se tengan en cuenta la Constitución Política y la jurisprudencia constitucional sobre los puntos donde los acuerdos especiales tengan aplicabilidad.

3.3. Síntesis de los argumentos

Si	No
<ul style="list-style-type: none"> - El artículo 3 común a los Convenios de Ginebra es parte del bloque de constitucionalidad en sentido estricto por tratarse de asuntos de derecho internacional humanitario. - El artículo 3 común a los Convenios de Ginebra incluye la posibilidad de desarrollarse mediante acuerdos especiales que hacen parte de la protección misma del DIH. - Cualquier acuerdo especial hace parte 	<ul style="list-style-type: none"> - Ninguna norma internacional se incorpora de manera automática e incondicionada al ordenamiento jurídico colombiano. Existen dos formas de incorporación donde se aplica un filtro mediado por la Constitución de 1991. - La primera posibilidad es por medio de ley aprobatoria de tratado y control automático de la Corte Constitucional. En este caso la Corte Constitucional tiene la competencia para variar lo

⁵⁹ Sentencia C-225 de 1995, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

integral del artículo 3 común, y, por lo tanto, del bloque de constitucionalidad en sentido estricto.

acordado.

- La segunda posibilidad es sin incorporación formal, asimilando el Acuerdo a un instrumento de desarrollo de los Convenios de Ginebra. Pero esta posibilidad viene con la obligación de la Corte y otros operadores jurídicos de armonizar el contenido del acuerdo con el resto de la Constitución. En este caso tanto la Corte Constitucional como los demás jueces de la República tendrán la competencia para variar lo acordado.

4. Riesgos de incorporar al bloque de constitucionalidad

El principal objetivo de cualquier mecanismo de incorporación al ordenamiento jurídico es asegurar la estabilidad de lo que se acuerde en La Habana, y la fidelidad de los desarrollos posteriores a los contenidos del Acuerdo Final.

4.1. Primer escenario: incorporación por medio de ley aprobatoria de tratado

En el primer escenario, se aceptaría la tesis de la incorporación automática, sosteniendo que los Acuerdos de La Habana son tratados internacionales, o son instrumentos asimilables a tratados internacionales. En tal caso, su incorporación al ordenamiento jurídico colombiano ocurriría por medio de una ley aprobatoria de tratado.

En este escenario el Gobierno tendría que someter el texto íntegro del Acuerdo Final al Congreso, para que este lo aprobara o improbara, y luego a la Corte Constitucional para que esta lo examinara bajo la Constitución de 1991. Como ha ocurrido en otros casos de tratados internacionales, la Corte Constitucional puede declarar alguna parte inexecutable o condicionar su constitucionalidad. En tales casos, la Constitución señala que *"el Presidente de la República sólo podrá manifestar el consentimiento formulando la correspondiente reserva"* (Constitución Política, artículo 241-10). Cuando el tratado es bilateral, el efecto práctico de esta disposición es que el Presidente no puede manifestar el consentimiento del Estado colombiano y la negociación se tiene que reabrir. Por ejemplo, en la sentencia C-012 de 2001, la Corte Constitucional condicionó la constitucionalidad de un acuerdo de traslado de personas condenadas entre Cuba y Colombia. Como el condicionamiento de la Corte no estaba previsto en el tratado, el Gobierno de Colombia no pudo manifestar el consentimiento de Colombia y el tratado, ya negociado y firmado por los dos Estados, nunca entró en vigor.

Bajo el primer escenario es evidente el riesgo para la estabilidad de los Acuerdos y la fidelidad de lo que se implemente a lo acordado en La Habana. Este primer escenario de incorporación automática no provee ninguna garantía para evitar que en el Congreso o en

la Corte Constitucional se modifique el espíritu o la letra de lo pactado entre el Gobierno y las FARC-EP.

4.2. Segundo escenario: incorporación sin intermediación del Congreso

En el segundo escenario, el Acuerdo Final se tiene como acuerdo especial y por lo tanto como parte del bloque de constitucionalidad, pero no se asimila a un tratado internacional. Se asimila, en cambio, a una interpretación autorizada o a un acuerdo simplificado que implementa las obligaciones de los Convenios de Ginebra de 1949 y sus Protocolos Adicionales de 1977. En este caso se sostendría la tesis de que opera una incorporación automática y sin un procedimiento formal al bloque de constitucionalidad.

Como se explicó anteriormente, la Corte Constitucional ha sostenido que las normas del bloque de constitucionalidad en sentido lato deben armonizarse con la Constitución Política, con la jurisprudencia constitucional e incluso con la jurisprudencia de la jurisdicción ordinaria⁶⁰

En este segundo caso, no habría un solo momento en que una alta corte modifica el Acuerdo Final. En cambio, el Acuerdo Final estaría sujeto a múltiples modificaciones *ad hoc* a medida que se fuera armonizando con la Constitución. Las altas cortes tendrían que resolver tensiones entre el Acuerdo Final y la Carta Política, por ejemplo, en relación con la posibilidad de que la Jurisdicción Especial para la Paz regule sus propios procedimientos por reglamento, la posibilidad de nombrar magistrados extranjeros, el carácter final de sus decisiones, las conexidades del delito político, entre otros temas. En cada uno de estos casos, las altas cortes tendrían que decantar su jurisprudencia gradualmente para determinar qué partes del Acuerdo Final se aplican sin armonización y cuáles deben ser armonizadas con la Constitución de 1991.

En este segundo escenario el riesgo para la seguridad y estabilidad de los Acuerdos parecería ser aún mayor.

5. Elementos para el análisis

Sería posible plantear opciones intermedias a lo largo de dos ejes. Por ejemplo, podría considerarse la incorporación de algunos pero no todos los Acuerdos al bloque de constitucionalidad, y de manera complementaria en lugar de alternativa a la implementación. En este escenario se declararía la incorporación total o parcial de los Acuerdos al bloque y de manera concurrente se realizarían los procedimientos de refrendación y de desarrollo legislativo. En este caso la seguridad y estabilidad de los Acuerdos se podría ver fortalecida, pero sería necesario considerar si la incorporación al bloque de constitucionalidad es susceptible de abrir debates jurídicos innecesarios.

Por otra parte, podría considerarse que la incorporación no fuera de la totalidad de los Acuerdos, sino de alguna parte de ellos. Por ejemplo, de aquellos que en efecto

⁶⁰ Por ejemplo, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia que sostiene que el concierto para delinquir es un delito de lesa humanidad.

desarrollan aspectos relacionados con el DIH, como el acuerdo futuro sobre Fin del Conflicto y algunos principios básicos del Acuerdo de Víctimas, excluyendo de esta consideración los acuerdos sobre desarrollo agrario, participación política y drogas.

Para determinar las posibles ventajas y efectos adversos de la tesis de la incorporación sería necesario entonces considerar estos dos ejes: (a) si la incorporación al bloque de constitucionalidad es complementaria a los mecanismos de refrendación y desarrollo legislativo o si se plantea como una sustitución de los mismos, y (b) si la incorporación que se propone es total o parcial.

Teniendo en cuenta lo anterior es posible plantear dos conclusiones comunes:

- (1) Respecto de la caracterización del Acuerdo Final como acuerdo especial, es claro que algunas disposiciones se acercarian más a otras al contenido esperado de los acuerdos especiales. Es claro que los acuerdos cuyo contenido no se refiere a la conducta de las hostilidades en un conflicto armado, son los más lejanos del núcleo duro de los acuerdos especiales. Así mismo, dependiendo del contenido que adopten, los acuerdos relacionados con desarme y desmovilización eventualmente podrían tener alguna relación con el derecho internacional humanitario. Los acuerdos sobre desminado humanitario y búsqueda de personas desaparecidas son los que más parecerían acercarse al núcleo duro del contenido de los acuerdos especiales del artículo común 3.
- (2) Los riesgos detectados en la parte 4 de este escrito podrían mitigarse siempre que la incorporación al bloque de constitucionalidad no fuera aislada, y viniera acompañada por mecanismos de refrendación e implementación que dieran mayor seguridad jurídica a los acuerdos. La mayor seguridad jurídica sería proporcionada por medio de un mecanismo que expresamente modificara las normas constitucionales puntuales incompatibles con los contenidos del Acuerdo Final y contara con alguna legitimidad política.