

PLENARY ROUND TABLE: THE INTERNATIONAL LAW OF CYBERSPACE: STATE OF THE SITUATION AND REQUIRED DEVELOPMENTS

Para esta mesa plenaria desarrollada por la Sociedad China de Derecho Internacional, se abordaron los siguientes tópicos: Los países desarrollados y el derecho del ciberespacio; perspectivas de la OTAN; de Rusia; de China; la responsabilidad estatal y finalmente, las normas probatorias.

En su disertación sobre “Los países desarrollados y el derecho del ciberespacio”, el Profesor Huang Zhixiong, dividió su exposición en tres partes; en la primera hace una clasificación de los “países desarrollados”, de estos expone que no existe una definición universal para tal término, pero puede ser útil primero considerar qué países son “países desarrollados”, para él, lo son aquellos que pertenecen a la OCDE, pues es seguro decir que solo son 30 países desarrollados, mientras que la mayoría de los demás son países en desarrollo.

Abordó también la participación de países en la UN GGE (Group of Governmental Experts - the United Nations), de estas reuniones se sabe que de 2004 a 2021, se convocaron 6 GGES, este es un espacio que constituye el foro más importante para discutir y negociar normas internacionales sobre el ciberespacio. De las últimas reuniones se puede concluir que las posiciones de los países en derecho internacional sobre el ciberespacio se puede dividir en 3 grupos:

- Grupo 1, alrededor de 26 países occidentales que han presentado sus documentos de posición al GGE/ OEWG o han articulado sus posiciones por separado

- Grupo 2, alrededor de 7 países no occidentales que también han articulado de alguna manera sus posiciones, pero con argumentos legales relativamente cortos y pobres.
- Grupo 3, otros países, en su mayoría no occidentales, que nunca o rara vez han expresado públicamente posiciones nacionales sobre derecho internacional en el ciberespacio

En relación a lo anterior, surge la idea de que los países han sido divididos en “tres mundos”, esto, en función de su participación e influencia, así pues, más de 30 países desarrollados se encuentran en un mundo líder en pociones, unos pocos países en desarrollo que están tratando de ponerse al día, serían considerados el segundo mundo y el tercer mundo, son la mayoría de los demás países en desarrollo que no pueden participar de manera efectiva ni influir en la elaboración de normas internacionales. La división de los “tres mundos” se ha convertido en un gran obstáculo para el orden internacional y el estado de derecho en el ciberespacio. La gran mayoría de los países en desarrollo no pueden quedar fuera y se les debe dar la oportunidad de participar de manera significativa en la elaboración de normas internacionales para el ciberespacio, pues en el ciberespacio interconectado, la interdependencia entre países ha alcanzado un nivel sin precedentes, por lo tanto se debe trabajar en conjunto. Solo si todos los países participan de manera efectiva y significativa en la elaboración de normas para el ciberespacio, se puede garantizar la futura implementación y cumplimiento de este cuerpo de leyes.

En la segunda disertación a cargo del Prof. Eric Jensen, respecto a las perspectivas de la OTAN sobre el Derecho Internacional del Ciberespacio, el especialista expuso que cada país miembro de la OTAN tiene su forma de interpretar y aplicar el derecho internacional. Así por ejemplo, respecto a la “diligencia debida” la OTAN no ha hecho un pronunciamiento oficial pero se han pronunciado otro países a favor de mayor deber de diligencia debida, lo que significa que los Estados tienen la obligación de no permitir operaciones cibernéticas dentro de sus territorios para impactar o tener daños significativos en el territorio de otros países. Sobre la “autodefensa”, se resalta que el principal pilar se basa en la defensa de uno sobre todos y

todos sobre uno, así pues se subraya que tal cual se opera en tierra o mar se debe hacer en el ciberespacio.

Por su parte el Mr. Alexander N. Vylegzhanin, expuso sobre las perspectivas de Rusia, en su exposición resalta que la legislación de la Federación rusa a veces es denominada, en las enseñanzas jurídicas, como el “modelo centralizado”. La idea es que los documentos de Rusia favorecen el fortalecimiento de la regulación internacional universal o específica del espacio de información; mientras que los documentos occidentales generalmente favorecen la interpretación evolutiva de las convenciones, aplicando así sus reglas al ciberespacio.

Sobre las perspectivas de China, la Prof. Chaoyi Jiang, comentó que China acepta un principio de la aplicabilidad general de la ley internacional relevante del ciberespacio pero ha sostenido que se exige la elaboración de leyes internacionales para abordar el problema con mayor énfasis. Agregó además que la brecha digital entre los países desarrollados y no desarrollados refuerza la incertidumbre de aplicar la ley existente al ciberespacio, también se debe mencionar la disminución del poder del gobierno en ciberespacio y la privatización del mismo. Por otro lado, el gobierno de China se ha alarmado por las normas blandas aplicables en tiempos de paz que proponen algunos países occidentales como el Código de Conducta Relevante y el comportamiento responsable en el ciberespacio. Además en el 2016, luego de 17 reuniones de UNGG, estos códigos de conducta tienen el potencial de endurecerse en una ley vinculante; por lo tanto, para evitar la erosión coercitiva de su soberanía la estrategia de China es incrustar un cortafuegos en el programa legislativo democrático más representativo para que la asamblea obstruya el trasplante conveniente de la disparidad de poder de dos regiones en tiempos de guerra con las regiones en tiempos de paz.

Terminada la exposición anterior, inició la del Mr. Rafael Parra Perea, titulada “La responsabilidad estatal en el ciberespacio”. Su exposición inició con los antecedentes respecto a la teoría clásica del Estado, así hizo alusión a hitos históricos como la Paz de Westfalia que es considerado el inicio del derecho internacional contemporáneo; el surgimiento de la Sociedad de Naciones y luego de las NNUU. Seguidamente desarrolló temas referentes a:

1. Avances de la comunidad internacional en lo referente a tener un internet más seguro teniendo como los principales actores al sujeto principal del derecho internacional. Sobre esto enunció que en marzo del 2021 *UNGG* publicó un reporte final del que analizó y propuso el marco que promueve el comportamiento responsable de los Estados en el ciberespacio, sus conclusiones se basaron en cuatro pilares: a) *Derecho internacional*: se respeta el principio de soberanía pues hay una prohibición de una intervención en asuntos internos de los Estados, esto es posible aplicarlo a las operaciones que los Estados realicen en el ciberespacio. b) Las once normas voluntarias que delimitan el comportamiento de los estados en el ciberespacio: Aquí abordó el marco para establecer responsabilidades internacionales en el ciberespacio. c) Las medidas de fomento de confianza el refuerzo de la transparencia y la previsibilidad y estabilidad: las medidas de fomento de confianza ayuda a calmar tensiones en escenarios internacionales estas se gestaron para prevenir ataques nucleares y se han extendido al uso en el ciberespacio y se busca establecer puntos de acuerdo en materia de ciberseguridad. d) Creación de capacidades: uso responsable del ciberespacio atendiendo las necesidades del propio Estado el cual debe mitigar su riesgo de conectividad
2. Responsabilidad del Estado en el ciberespacio de cara al derecho internacional marco el de la ONU: respecto a la responsabilidad del Estado todo hecho ilícito entraña responsabilidad del Estado autor, los actos internacionales ilegales que sean por acción/ omisión son atribuidos al Estado producto de una violación del derecho internacional, así pues los Estados tienen la responsabilidad de resguardar su soberanía que incluye la ciberestructuras, por ejemplo, el internet en espacios comprados en sistemas informáticos o el metaverso. Para el profesor expositor, se debe entender que en el ciberespacio lo único que ha cambiado es la forma de aplicar las mismas reglas por parte de los Estados, pues “*ante un hecho jurídicamente nuevo no es necesario hacer una nueva ley sino mejorar aquella que ya se tiene*”, dijo.

La última parte de la exposición fue encargada al Mr. Ori Pomson, quien desarrolló su tema en torno a “Las normas probatorias”. Sobre estas expuso que, cuando se trata de aplicar el derecho internacional en las prácticas de operaciones cibernéticas hay un desafío que a veces no se relaciona con la identificación de reglas o con los estándares legales que se aplican a los hechos para determinar una operación cibernética, en particular, es atribuida a un Estado específico pues estas reglas son más o menos autorizadas y detalladas por la Comisión de Derecho Internacional en sus artículos sobre la responsabilidad estatal del 2001. El desafío de la atribución se relaciona con identificar aquellos hechos mismos a los que se aplican esas reglas; ya que al menos muchos Estados no tienen las capacidades avanzadas de cibernética o inteligencia, lo que ocasionará que muy a menudo y a pesar de tener sospecha sobre el autor de una operación cibernética maliciosa en particular y quizá también tengan varios indicios sobre el autor, la identidad carecerá de certeza completa con respecto al autor de la operación cibernética.

La pregunta que se plantea sobre qué es lo que tiene que decir el derecho internacional sobre tales dudas o para enfocar un poco más la pregunta hasta qué puntos son excusables tales dudas, por así decirlo, para llegar a una determinación autorizada con respecto a la atribución de una operación cibernética en particular, es aquí donde surge la cuestión de los estándares probatorios.

Surge la pregunta ¿Qué propósito buscamos para atribuir cierto comportamiento? El estándar probatorio aplicable está estipulado en su instrumento constitutivo, por ejemplo, el estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional estipula expresamente que para condenar y acusar es necesaria probar su culpabilidad más allá de toda duda razonable, sin embargo, para la mayoría de los tribunales internacionales no se proporciona un estándar probatorio en su instrumento constitutivo. La Corte Internacional de justicia pareciera que siguen en la práctica el enfoque más continental sobre las normas de prueba, adoptando el enfoque subjetivo. De hecho para la propia Corte, en su reciente sentencia de reparaciones en el caso de actividades armadas, el enfoque subjetivo se traduce en un estándar variable de prueba que generalmente cambia dependiendo de la gravedad de las alegaciones en cuestión, entonces, ¿cómo se aplicaría esto en la práctica bien si un caso fuera

a comparecer ante el tribunal cuando un Estado acusa a otro de participar en un uso ilegal de la fuerza que quizás equivalga a agresión a través de medios cibernéticos, entonces parece que un estándar de prueba bastante alto sería aplicable una prueba concluyente para determinar la atribución.