

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO



FACULTAD DE DERECHO

“Efectos del espionaje en el Derecho de los Tratados”

TESIS

para obtener el título de

Licenciado en Derecho

Presenta:

José Emmanuel González Carbajal

Asesor: Dr. Juan de Dios Gutiérrez Baylón

Ciudad Universitaria, Ciudad de México, junio 2019



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis esta protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.

Índice

Introducción	I
Capítulo 1	1
Derecho Internacional y Espionaje.....	1
1.1 Definición y alcance del término espionaje.....	1
1.2 Regulación del espionaje en <i>tiempos de guerra</i>	9
1.3 Regulación del espionaje en <i>tiempos de paz</i>	14
1.3.1 La ausencia de regulación del espionaje en el derecho internacional. Aplicabilidad del “Principio Lotus”	15
1.3.2 Ilegalidad del Espionaje	18
1.3.3 Legalidad del espionaje en tiempos de paz	43
1.4 Conclusiones	52
Capítulo 2.....	53
Derecho de los Tratados	53
2.1 Concepto y características propias del Tratado.....	54
2.2 Conclusión de un tratado.....	59
2.2.1 Reservas.....	63
2.2 Interpretación de los Tratados	65
2.3 Terminación y Suspensión de la aplicación de un Tratado Presente	71
2.4 Validez y Nulidad	75
2.4.1 Supuestos de nulidad.....	77
2.5 Nulidad relativa y nulidad absoluta.	85
2.5.1 Separación de las cláusulas viciadas.....	86
2.5.2 Pérdida de derecho para demandar nulidad relativa	88
2.6 Conclusiones	90
Capítulo 3.....	92

Nulidad de un tratado internacional por actos de espionaje	92
3.1 Obligación de negociar de buena fe	92
3.1.1 Naturaleza, contenido y alcance de la obligación de negociar de buena fe.....	94
3.1.2 Elementos que constituyen la obligación de negociar de buena fe.....	95
3.2 Análisis del caso Timor del Este vs Australia	106
3.2.1 Antecedentes	106
3.2.2 Espionaje comercial como violación a la obligación de negociar de buena fe.....	109
3.2.3 Consecuencias de la comisión de espionaje durante las negociaciones: ¿acarrea la nulidad del tratado?	112
3.3 Conclusiones	115
Capítulo 4.....	116
Reflexión final. ¿Hacia una regulación del espionaje?.....	116
4.1 Derecho y política.....	116
4.2 Teoría funcionalista vs realismo en las relaciones internacionales	118
4.3 ¿Instrumentos que regulan el espionaje?.....	121
4.4 Conclusiones	125
Conclusiones generales	126
Bibliografía	130

Agradecimientos

Agradezco a mis padres María Carbajal Arzate y Venustiano González Rodríguez por ser el mejor ejemplo de vida, me inspiran y motivan a diario.

Agradezco a mis hermanos Nora González Carbajal y Elías González Carbajal por ser mi apoyo incondicional y compañeros de vida.

Agradezco a mis abuelos por enseñarme que a pesar de cualquier adversidad siempre se puede salir adelante

A mi tío Apolinar (QEPD) por darme el mejor consejo para un abogado.

A mis primos Rosalba Carbajal por ser un ejemplo de abogada; y Apolinar Carbajal por siempre estar para nosotros.

A mis amigos del Philip C. Jessup, porque gracias a ellos, esta competencia cambió mi vida y me hizo sentir pasión por el Derecho y descubrir mi vocación, gracias totales a Arturo Díaz Chirino, Diego Ruíz, Ignacio Juárez, Miguel Aspe, Vianca García, Alexis Santillán, María José González, Raúl Quintero, Aldo López, Monserrat León, Oscar Macías, Adrián Pallares, Marianna Romo, Luis Toscana, Luis Vargas, Federico Franco, Genaro Madrigal, Rodrigo Ramos e Itzel Mendoza.

A la familia de la competencia internacional Víctor Carlos García Moreno por permitirme tener el primer contacto con el derecho internacional, pero en especial a Karilú Muñoz por ser mi coach.

A mis profesores de la Facultad de Derecho, en especial a la Dra. Guadalupe Barrena Nájera, al Dr. Juan de Dios Gutiérrez Baylón, y al Dr. Germán Sandoval.

A Mariana Mascorro por ayudarme, apoyarme, respaldarme, motivarme a terminar durante todo este proceso y a ser mejor persona.

A la Universidad Nacional que nunca le terminaré de pagar.

A mis amigos.

Introducción

El 7 de junio de 2013, los diarios *The Guardian* y *The Washington Post* revelaron la existencia de dos programas secretos de espionaje: el primero registra datos de llamadas en Estados Unidos de América, y el segundo permite a la inteligencia estadounidense acceder a servidores de las principales compañías de Internet para buscar conexiones con el terrorismo internacional. Ambos programas operados principalmente por la Agencia de Seguridad Nacional de ese país.¹

Tres días después, un joven estadounidense ex técnico de la Agencia Central de Inteligencia de los Estados Unidos, quien trabajó como consultor para la Agencia de Seguridad Nacional llamado Edward Snowden, declaró ser la fuente de ambos periódicos, al mismo tiempo que realizó un llamado de auxilio en busca de asilo político pues se encontraba escondido en Hong Kong con cargos de espionaje y traición.²

Las revelaciones sobre el espionaje masivo de la Agencia de Seguridad Nacional realizadas por Edward Snowden, han causado conmoción y recordaron a la comunidad internacional la existencia de uno de los tantos fenómenos que pasan desapercibidos a diario.

¹ Cfr. FANTZ, Ashley, El caso Snowden, ¿la segunda parte del caso de Bradley Manning?, CNN en Español, 21 de agosto de 2013, disponible en: <https://cnnespanol.cnn.com/2013/08/21/el-caso-snowden-la-segunda-parte-del-caso-de-bradley-manning-2/>.

² Cfr. Cronología del 'caso Snowden', el joven que reveló el espionaje masivo de Estados Unidos, 20 MINUTOS, 07, julio de 2013, disponible en: www.20minutos.es/noticia/1850380/0/caso-snowden/cronologia/espionaje-ee-uu/.

El caso Snowden ha sido uno de los más mediáticos sobre espionaje y vigilancia masiva. Mientras que para Estados Unidos y otros actores Snowden es considerado un traidor, para otros es considerado un héroe

La cuestión es que el espionaje es un tema poco explorado ante el cual se ofrecen pocas alternativas sobre su regulación en el derecho internacional.

El marco legal que debería regular estas actividades no es claro, en sentido opuesto, pareciera que existe cierta omisión intencional por parte de los Estados para abordar el tema.

Sin embargo, es interesante confrontar esta situación con la práctica del espionaje puesto que no se trata de una actividad esporádica o casual. Por el contrario, es una de las profesiones más antiguas de la historia de la humanidad.

En Mesopotamia, cuando Sargon I de Acad controlaba un importante territorio entre el Mediterráneo y el Golfo Pérsico, creó una red de espías con mercaderes que le informaban sobre las características de los territorios y las civilizaciones que pretendía dominar. Incluso en la mitología sumeria, especialmente en el poema épico de *Ninurta*, hacia el 2200 a. C., se hace mención al espionaje.³

En Egipto, durante el reinado del faraón Ramsés II, S.XII a. C., quien pretendía conquistar Qadesh, actual Kinza, en Siria, se libró una batalla en contra del

³ Cfr. HERRERA, Juan Carlos, *Breve Historia del Espionaje*, S.N.E., Tombooktu México, México, 2013, págs. 19 y 20.

Imperio hitita, donde el espionaje hitita jugó un papel fundamental para que el faraón no lograra su objetivo.⁴

En el Imperio chino, el general *Sun Tzu*, autor de "El arte de la guerra", tratado militar donde se hace referencia al espionaje, escribió: "*Los dirigentes brillantes y los buenos generales que sean capaces de conseguir agentes inteligentes como espías asegurarán grandes logros*". Asimismo, en tal obra se clasifica en 4 grupos a los espías: el espía nativo, el agente doble, el espía liquidable y el espía flotante.⁵

En la India, durante la conquista del rey Chandragupta Maurya, 317-293 a.C., en el escrito *Arthasastra*, se estableció el espionaje como una de las herramientas imprescindibles para obtener y conservar el poder.⁶

⁴ Cfr. LERNER, Adrienne, Espionage and Intelligence, Early Historical Foundations. Encyclopedia of Espionage, Intelligence, and Security, Thompson Gale, Encyclopedia.com. 2004, disponible en: <https://www.encyclopedia.com>; BOARDMAN, John, *et al.*, Oxford History of the Classical World, Nueva York, Oxford University Press, 1 de Julio de 1986, pág. 576.

⁵ Cfr. TZU, Sun, El arte de la Guerra, S.N.E., Biblioteca Virtual Universal, 2003, CAPITULO XIII, págs. 37 – 40.

⁶ Cfr. HERRERA, Juan Carlos, Breve Historia del Espionaje, Op. Cit., pág. 28.

La Biblia es una de las primeras fuentes escritas en que hace mención al espionaje. Tanto Moisés como Josué, utilizaron el espionaje para penetrar en las ciudades de Canaán y Jericó respectivamente.⁷

Podemos observar en estos breves pasajes, que el espionaje está profundamente relacionado con la guerra. Antiguas civilizaciones como Grecia,⁸ o Roma,⁹ así como en la Edad Media, y hasta la modernidad se ha realizado espionaje como una táctica militar.

Joseph Fouché, quien mantuvo cerca de veinte años su puesto político en cinco formas de gobierno distintas, es reconocido como el padre del espionaje moderno.

⁷ Cfr. SOCIEDAD BÍBLICA INTERNACIONAL, Santa Biblia, Nueva versión Internacional, S.N.E., Vida, Florida, 1999, Números 14:36: "...En cuanto a los hombres a quienes Moisés envió a reconocer la tierra, y que volvieron e hicieron a toda la congregación murmurar contra él dando un mal informe acerca de la tierra..."; Josué 2:1-3: "...Y Josué, hijo de Nun, envió secretamente desde Sitim a dos espías, diciendo: *Id, reconoced la tierra, especialmente Jericó. Fueron, pues, y entraron en la casa de una ramera que se llamaba Rahab, y allí se hospedaron. Y se le dio aviso al rey de Jericó, diciendo: He aquí, unos hombres de los hijos de Israel han venido aquí esta noche para reconocer toda la tierra. Entonces el rey de Jericó mandó decir a Rahab: Saca a los hombres que han venido a ti, que han entrado en tu casa, porque han venido para reconocer toda la tierra...*"; Génesis 42: 9: "...José se acordó de los sueños que había tenido acerca de ellos, y les dijo: *Sois espías; habéis venido para ver las partes indefensas de nuestra tierra...*".

⁸ HERRERA, Juan Carlos, Breve Historia del Espionaje, Op. Cit, pág. 36: "*Heródoto de Halicarnaso en sus Nueve libros de la Historia nos relata cómo el rey persa Cambises, en el siglo VI a. C., envió tres expediciones, una contra los cartagineses, otra contra los amonios y una tercera contra los etíopes macrobios...*".

⁹ *Ibidem*, pág. 44: "*En la segunda guerra púnica, Escipión, El Africano, logró derrotar a Anibal en el año 202 a. C. en la definitiva batalla de Zama, tras haber llevado la guerra a África, obligando a Anibal a salir de la península itálica y abandonar la incesante amenaza sobre la ciudad de Roma. En esa última contienda jugó un papel fundamental el ataque preventivo que Escipión realizó sobre el campamento de Sifax, el rey de Numidia aliado de Anibal. El general romano envió unos emisarios a parlamentar con el númida. En esa legación infiltró una serie de centuriones disfrazados como esclavos. Los esclavos deambularon por el campamento y acapararon información sobre la disposición de las tiendas y de las tropas. Con tal información Escipión lanzó un ataque nocturno que destrozó la poderosa caballería númida*".

Esto gracias a su mente ingeniosa dotada de intriga y estrategia de adaptación al cambio.¹⁰

El ejército alemán comenzó a utilizar desde 1930 un encriptador propio, la máquina “Enigma”, con una tecnología de cifrado rotatorio, que consistía en codificar y descifrar mensajes. Era una máquina muy ligera, lo que permitía trasladarla a zonas de combate, y así conseguir ventajas en el envío de las comunicaciones en el momento.¹¹

La Guerra Fría, periodo de tensión política permanente, fue denominada como la “edad de oro” del espionaje. Fue durante esta época que se dio el apogeo del desarrollo tecnológico y estrategias basadas en distintas actividades de inteligencia.¹²

En ese sentido, podemos destacar la relevancia histórica y actual del espionaje no solamente para la guerra, sino que, en la época moderna, es una de las actividades comunes derivadas del crecimiento del mundo globalizado.

Es por eso, que la práctica del espionaje, se ha extendido a las empresas, organizaciones internacionales, a los gobiernos frente a sus pobladores, y también entre Estados, es una cuestión que incumbe a la comunidad internacional.

¹⁰ Cfr. ZWEIG, Stefan, Fouché, retrato de un político, 7^o ed., Época, S. A., México, 1975, págs. 15 - 20.

¹¹ Cfr. CORERA, Gordon, Las máquinas que facilitaron el espionaje de Estados Unidos y Reino Unido durante la Guerra Fría, BBC, 15 agosto 2015: www.bbc.com/mundo/noticias/2015/08/150729_maquinas_rusia_eeuu_espiaron_finde_ac.

¹² Cfr. LERNER, K. Lee, *et al.*, Encyclopedia of Espionage, Intelligence, and Security, S.N.E. Thompson Gale, Estados Unidos de América, Vol. 1, 2004, págs. 292 -293: “Cuban Missile Crisis”; Vol. 3, 2004, págs. 179 – 182: “U-2 Incident”.

El estado jurídico que guarda el espionaje frente al derecho nacional de cada Estado es claro: es un delito que se castiga de forma severa en su mayoría. Sin embargo, frente al derecho internacional, si bien hay casos que nos permiten observar una práctica recurrente, su estado legal parece no estar definido y las consecuencias tampoco.

El presente trabajo se concentra en el análisis de las consecuencias del espionaje que se realiza entre Estados. Si éste puede tener un impacto específico y el alcance sobre un régimen especializado dentro del derecho internacional, el derecho de los tratados.

Derivado de lo anterior, se realiza un estudio exhaustivo del derecho internacional aplicable a las actividades de espionaje. Posteriormente se expone el marco legal del derecho de los tratados. En el tercer capítulo se presenta un análisis de la posible nulidad de un tratado internacional derivado de actividades espionaje. Finalmente, se presenta un capítulo final reflexiones sobre la regulación del tema.

Capítulo 1

Derecho Internacional y Espionaje

*“La senda hacia la sencillez
es la más compleja”
Raoul Vaneigem*

1.1 Definición y alcance del término espionaje

Definir el término espionaje para efectos de identificar el marco legal aplicable en el derecho internacional no es una labor sencilla.

Si bien la práctica es renuente, no hay un concepto uniforme y general aceptado por los Estados. Asimismo, ante la ausencia de un tratado multilateral que defina el alcance del término, o una interpretación judicial de una corte internacional, se tiene que recurrir a la doctrina.

Para hablar de espionaje y definir el alcance del término, es necesario delimitar la noción de “inteligencia.”

Inteligencia: es el resultado del proceso de recopilación, tratamiento, integración, evaluación, análisis e interpretación de información disponible sobre otros Estados soberanos que representan fuerzas o elementos hostiles o potencialmente hostiles, así como sus áreas de operación o potenciales áreas de operación.¹³

¹³ Cfr. FORCESE, Craig, Spies without Borders: International Law and Intelligence Collection, Journal of National Security Law & Policy, Canada, Vol. 5, No.179, 2011, pág. 181; RADSAN, John, The Unresolved Equation of Espionage and International Law, Michigan Journal of International Law, Vol.28, No.3, 2007, pág. 599.

De igual forma podemos definir inteligencia desde su función, como la actividad que involucra la recopilación, evaluación y diseminación de información relevante para la toma de decisiones, a partir de la cual se pueden predecir contingencias futuras y con base en eso, planificar.¹⁴

En el sentido más común, inteligencia es el conocimiento que permite la toma de decisiones.¹⁵ Su función puede ser analizada en tres etapas clave:

- a) Recopilación: las diversas operaciones mediante las cuales se obtiene información en bruto.
- b) Tratamiento: comprende el montaje, codificación, almacenamiento, decodificación, recuperación, interpretación y planificación de la información.
- c) Diseminación: es el paso final en el proceso de inteligencia. En él se identifica al receptor, se evalúan sus necesidades y se transmite la información adecuada.¹⁶

Existen varios métodos de recopilación de inteligencia, que podemos catalogar como tipos de inteligencia. El presente trabajo se concentra, en los métodos de recopilación de inteligencia secreta.

¹⁴ Cfr. MCDOUGAL, Myres S., *et al.*, *The Intelligence Function and World Public Order*, Yale Law School Faculty Scholarship Series, Hein Online, Vol. 46, No. 3, 1973, pág. 365: *"In short intelligence involves acquisition of information and planning in exercise of all five of the intellectual tasks required of decisionmakers."* Trad. "En resumen, la inteligencia implica la adquisición de información y planificación en el ejercicio de las cinco tareas intelectuales requeridas por quienes toman decisiones."

¹⁵ Cfr. DERMAREST, Geoffrey, *Espionage in International Law*, Denver Journal of International Law & Policy, Lexis Nexis, Vol. 24, No. 321, 1996. pág. 2.

¹⁶ Cfr. MCDOUGAL, Myres S., *et al.*, *The Intelligence Function and World Public Order*, Op. Cit., pág. 370.

En ese sentido, inteligencia secreta es la información obtenida a través de actividades de recopilación encubierta, incluye dos formas de inteligencia. La inteligencia humana y la inteligencia de señales.¹⁷

Inteligencia humana –HUMINT–, por sus siglas en inglés, es la información obtenida a partir de fuentes humanas de manera intencional o inconsciente.¹⁸

Inteligencia de señales –SIGINT–, por sus siglas en inglés, es la información obtenida por la interceptación de comunicaciones u otros medios electrónicos.¹⁹

Existen otros tipos de inteligencia, por ejemplo una nueva subcategoría es la inteligencia fotográfica o de imágenes –IMINT–, ahora dominada por el reconocimiento por satélite.²⁰ También existe la inteligencia de medición y firma –MAZ-INT–, y otros tipos de inteligencias–INTs–.²¹

¹⁷ Cfr. CHESTERMAN, Simon, *The Spy Who Came in From the Cold War: Intelligence and International Law*, Michigan Journal of International Law, Nueva York, Vol. 27, N.4, 2006., pág. 3.

¹⁸ Cfr. DEEKS, Ashley, *An International Legal Framework for Surveillance*, Virginia Journal of International Law, Virginia Public Law and Legal Theory Research Paper Series, Vol. 55, No. 53, 2014, pág. 298; HEADQUARTERS, *Field Manual 2-22.3 (34-52): Human Intelligence Collector Operations*, S.N.E., Department of The Army, Washington D.C., 2006, págs. 1-5: “*the collection of information by a trained HUMINT collector from people and their associated documents and media sources to identify elements, intentions, composition strength, dispositions, tactics, equipment, personnel and capabilities*”, disponible en www.us.army.mil.

¹⁹ Cfr. FORCESE, Craig, *Spies without Borders: International Law and Intelligence Collection*, Op. Cit., pág. 182; DEEKS, Ashley, *An International Legal Framework for Surveillance*, Op. Cit., págs. 298 – 299.

²⁰ Cfr. CHESTERMAN, Simon, *The Spy Who Came in From the Cold War: Intelligence and International Law*, Op. Cit., pág. 3.

²¹ Cfr. DERMAREST, Geoffrey, *Espionage in International Law*, Op. Cit., p 3; HERMAN, Michael, *Intelligence Power in peace and war*, S. N. E., Cambridge University Press, Nueva York, 1996, págs. 61- 81.

Cabe mencionar que dentro de estos métodos de recopilación de inteligencia no se contemplan “las operaciones encubiertas, *covert action*”. Este tipo de misiones van más allá de la simple recopilación de inteligencia, ya que generalmente involucran estrategias militares, económicas, diplomáticas, o de propaganda.²²

De forma general, el “espionaje” es la recopilación no autorizada, consciente y engañosa de información, llevada a cabo por un agente encubierto o espía, bajo las órdenes de un gobierno u organización. Espionaje, en su sentido más específico y acotado, es la recopilación de información.²³

En consecuencia, cuando se emplea cualquiera de los métodos de recopilación de inteligencia mencionados, HUMINT, SIGINT, IMINT, etc., se pueden llevar a cabo actividades de espionaje.

En sentido estricto, la única diferencia entre inteligencia secreta y espionaje es la presunta ilegalidad que conlleva la palabra “espionaje”²⁴ y que únicamente se hace referencia a la primera etapa del proceso de inteligencia, es decir la recopilación de información.

²² Cfr. REISMAN, W. Michael, "Covert Action" Yale Journal of International Law, Faculty Scholarship Series, Hein Online, Vol. 20, No. 882, 1995. pág.419.

²³ Cfr. DERMAREST, Geoffrey, Espionage in International Law, Op. Cit., pág. 4; GARNER, Brian A., Black's Law Dictionary, 7th ed, West Group, Estados Unidos de América, 1999, pág. 565: “*the practice of using spies to collect information about what another government or company is doing or plans to do*”.

²⁴ Cfr. SCHMITT, Michael. N., Tallin Manual 2.0 on the International Law applicable to Cyber operations, 2^a ed., Cambridge University Press, Reino Unido, 2017, pág. 168; Encyclopedia Britannica, Espionage, versión en línea: www.britannica.com/search?query=espionage: “...Espionage is sometimes distinguished from the broader category of intelligence gathering by its aggressive nature and its illegality”.

En esa línea de pensamiento, la connotación implícita de ilegalidad en el término espionaje es propia del derecho interno, ya que en la mayoría de legislaciones nacionales, éste constituye un delito.²⁵

Sin embargo, que exista una norma prohibitiva específica en el derecho nacional no genera una norma prohibitiva en el derecho internacional.²⁶ A menos que se probara la existencia de tal obligación en el plano internacional, es decir se tendría que su origen es a partir de una fuente de derecho internacional.

Por lo anterior, para efectos de este trabajo, espionaje e inteligencia secreta serán utilizados como sinónimos.

No obstante, existen varios tipos de espionaje que pueden clasificarse en función del tipo de información recopilada, en función del método para allegarse de tal información, en función de los sujetos que participen y el contexto en el que se desarrollan esas actividades.

²⁵ Cfr. Common Law: LII U.S. Code, Title 18. Crimes and Criminal Procedure Part I. CRIMES, Chapter 90, PROTECTION OF TRADE SECRETS, Section 1831. Economic espionage (18 U.S. Code § 1831); Sistema Neo romanista: Código Penal Federal (CPF), Diario Oficial de la Federación, 14 de agosto de 1931, Art. 97; Sistema mixto: Criminal Law of the People's Republic of China, Arts. 110-111, , disponible en: <https://www.ilo.org/dyn/natlex/docs/MONOGRAPH/5375/83719/F869660960/CHN5375.pdf>.

²⁶ Cfr. CORTE PERMANENTE DE JUSTICIA INTERNACIONAL, “*Case of the S.S. Wimbledon*,” (Reino Unido, Francia, Italia y Japon c. Alemania, (Fondo), Serie A, No. 1, 1923, pág. 29: “*In any case a neutrality order, issued by an individual State, could not prevail over the provisions of the Treaty of Peace...*”, Trad. “...En cualquier caso, una orden de neutralidad emitida por un Estado, no podría prevalecer sobre las disposiciones del Tratado de Paz ...”; CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, *Applicability of the Obligation to Arbitrate Under Section 21 of the United Nations Headquarters Agreement of 26 June 1947*, (Opinion Consultiva), 2 de marzo de 1988, págs. 34-35.

A pesar de las distintas taxonomías que la noción de espionaje puede tener, para efectos de determinar el alcance jurídico del espionaje y sus consecuencias, se analizarán cuatro categorías distintas: **a)** espionaje de un Estado a otro, **b)** espionaje de un Estado sobre su territorio y fuera de su territorio, **c)** espionaje transnacional, y **d)** espionaje cibernético. Se hace hincapié en que estas categorías no son excluyentes y en la diferencia con operación encubierta.

a) Espionaje interestatal

Es el espionaje que se lleva a cabo del gobierno de un Estado a otro.²⁷

b) Espionaje de un Estado en su territorio, y fuera de su territorio

Podemos dividir este punto en espionaje territorial para hacer referencia a las actividades de recopilación de información, mediante inteligencia secreta que realiza un Estado dentro de sus límites territoriales donde ejerce plena jurisdicción. Mismas que se pueden llevar a cabo sobre la población, empresas u organismos dentro del Estado.²⁸

²⁷ Cfr. BORGHER, Julian, *Brazilian President: US Surveillance a 'Breach of International Law'*, The Guardian, 24 de septiembre de 2013, disponible en: www.theguardian.com/world/2013/sep/24/brazil-president-un-speech-nsa-surveillance; SMALE, Alison, *Anger Growing Among Allies on U.S. Spying*, New York Times, 23 de octubre de 2013, disponible en: www.nytimes.com/2013/10/24/world/europe/united-states-disputes-reports-of-wiretapping-in-Europe.html.

²⁸ Cfr. MILANOVIC, Marko, *Human Rights Treaties and Foreign Surveillance: Privacy in the Digital Age*, Harvard International Law Journal, Vol. 56, No.1, 2015, pág. 84; FORCESE, Craig, *Spies without Borders: International Law and Intelligence Collection*, Op. Cit., pág. 185.

Cuando las actividades de espionaje que un Estado realiza, se dan fuera de su territorio, y por lo tanto de su jurisdicción, se denomina espionaje extraterritorial.²⁹

c) Espionaje transnacional

Este tipo de espionaje se da cuando la fuente de la inteligencia, medio de recopilación, SIGINT, HUMINT, etc, se encuentra en un Estado extranjero y el receptor en otro.³⁰ Es decir, las señales que origina un Estado “X” son interceptadas en el territorio del estado “Y”, mediante tecnología y distintos métodos.

Es posible que el ejemplo más famoso de inteligencia de señales transnacional sea el proyecto *ECHELON*, el cual se basó en un sistema de cooperación entre ciertos países para compartir inteligencia. Ha sido descrito como un sistema “global para interceptar comunicaciones”.³¹

d) Espionaje cibernético

El ciberespacio, ha sido descrito como un dominio global no físico de naturaleza virtual. Sin embargo, no se puede equiparar con alta mar, espacio aéreo o espacio exterior, es decir, *res communis* debido a que los actores y medios para llevar a

²⁹ Cfr. LUBIN, Asaf, 'We Only Spy on Foreigners': The Myth of a Universal Right to Privacy and the Practice of Foreign Mass Surveillance, *Chicago Journal of International Law*, Vol. 18, No. 2, 2018, pág. 538.

³⁰ Cfr. FORCESE, Craig, *Spies without Borders: International Law and Intelligence Collection*, Op. Cit., pág. 207.

³¹ Cfr. PARLAMENTO EUROPEO, *Reporte sobre la existencia de un sistema mundial de interceptación de comunicaciones privadas y económicas (sistema de interceptación ECHELON)*, (2001/2098(INI)), A5-0264/22001, 11 de julio de 2001, pág. 133, disponible en: www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//NONSGML+REPORT+A5-2001-0264+0+DOC+PDF+V0//ES.

cabo actividades en el ciberespacio, siempre tienen un vínculo con la jurisdicción de un Estado.³²

El *modus operandi* del espionaje en el ciberespacio es diverso. La recopilación de información puede darse través del acceso a los datos de los proveedores de servicios de Internet, cables de fibra óptica, intervenciones de conversaciones telefónicas, etc.³³

En ese sentido, podemos definir el espionaje cibernético como la recopilación de datos restringidos mediante una copia, que se encuentran en sistemas informáticos o redes computacionales ubicados en el territorio de un Estado 'X', que se lleva a cabo por otro Estado 'Y', mediante sus agentes u órganos, en secreto y con engaño, sin el consentimiento de los propietarios de tal información o del Estado territorial que los custodia.³⁴

En suma, podemos observar que si bien la definición de espionaje puede variar debido a la existencia de ciertos factores, existen características comunes que demuestran la naturaleza de esta actividad.

Por lo anterior, podemos definir *espionaje* como la recopilación de inteligencia de manera clandestina o con falsas pretensiones por un órgano o agente estatal o de

³² Cfr. SCHMITT, Michael. N., Tallin Manual 2.0 on the International Law applicable to Cyber operations, Op. Cit., pág. 12.

³³ Cfr. KITTICHAISAREE, Kriangsak, Public International Law of Cyberspace, S.N.E., Springer, Suiza, 2017, pág. 234.

³⁴ Cfr. ZIOLKOWSKI, Katharina (ed.), Peacetime Regime for State Activities in Cyberspace. International Law, International Relations and Diplomacy, S.N.E., NATO CCD COE Cooperative Cyber Defence Centre of Excellence Publication, Tallinn, 2013, pág. 429.

alguna forma atribuible a un Estado que debe apuntar información no disponible públicamente.

En ese sentido, este trabajo se concentra en las actividades de espionaje realizadas de un Estado soberano sobre otro.

1.2 Regulación del espionaje en *tiempos de guerra*

Se ha mencionado, que el espionaje es una práctica recurrente entre los Estados y se dio con anterioridad a la creación del Estado mismo.

No obstante, debido a su naturaleza secreta, los distintos métodos y técnicas tuvieron su principal desarrollo y perfeccionamiento durante la guerra.³⁵ Es decir, las técnicas de espionaje, han evolucionado en su gran mayoría a la par del desarrollo de las técnicas bélicas.

En consecuencia, existe un marco jurídico muy bien delimitado en el derecho internacional que regula al espionaje cuando se realiza en un contexto de guerra, conflicto armado.

En el siglo XVII, Hugo Grocio, célebre jurista y uno de los padres del derecho internacional señaló:

“Los espías, cuyo envío está permitido sin lugar a dudas por el Derecho de las Naciones—tal como los espías que envió Moisés, o Jesús mismo— de ser capturados reciben un trato más severo. Decía Apiano

³⁵ Cfr. WRIGHT, Quincy, *et al.*, *Essays on Espionage and International Law*, S. N. E. Ohio State University Press, California, 1962, págs. 35 - 43; DERMAREST, Geoffrey, *Espionage in International Law*, Op. Cit., págs. 9- 12.

de Alejandría <<Es costumbre, asesinar a los espías>>. Algunas veces son tratados de manera justa por aquellos que claramente tienen un motivo justo para continuar la guerra; sin embargo, por otros, son tratados con la impunidad que se acuerda en el derecho de guerra. Si alguien se niega a utilizar la ayuda de los espías, cuando se la ofrezcan, su negativa debe atribuirse a su altanería y confianza en su poder de actuar abiertamente, no a su visión de lo que es justo, o injusto.”³⁶

En ese sentido, si los espías eran atrapados en el acto de espionaje, estaban sujetos a graves castigos; pero si lograban regresar a sus ejércitos antes de ser capturados, tenían derecho a recibir trato de *prisioneros de guerra* y eran inmunes a las posibles sanciones impuestas contra actos de espionaje.³⁷

³⁶ Cfr. GROTIUS, Hugo, *On the Law of War and Peace* translated from the original Latin *De Jure Belli ac Pacis*, Batoche Books Kitchener, trad. A.C. Campbell, Canada, 2001, Cap. IV, pág. 289: “...As the law of nations permits many things, in the manner above explained, which are not permitted by the law of nature, so it prohibits some things which the law of nature allows. Thus spies, if discovered and taken, are usually treated with the utmost severity. Yet there is no doubt, but the law of nations allows anyone to send spies, as Moses did to the land of promise, of whom Joshua was one. Persons of that description may sometimes be lawfully employed by those, who are engaged in an evidently just war. Others too, who have not such evident proofs of the justice of their cause, may plead the rights of war as a vindication for employing such persons. But if any are to be found, who disdain to avail themselves of such a privilege, or opportunity, no argument either for, or against the lawfulness of employing spies can be drawn from their conduct, which proceeds rather from a nobleness of mind, and a confidence in open strength, than from any decided opinion upon the subject...”

³⁷ Cfr. CHESTERMAN, Simon, *The Spy Who Came in From the Cold War: Intelligence and International Law*, Op. Cit., pág. 8.

El Código Lieber, del 24 de abril de 1863, redactado por el jurista Francis Lieber. Fue un Decreto General firmado por el ex Presidente de los EEUU Abraham Lincoln, dirigido a las Fuerzas de la Unión de ese país durante la Guerra Civil Americana que dictó cómo los soldados debían comportarse en tiempos de guerra.³⁸

Este ordenamiento, si bien no es una fuente de derecho internacional, fue modelo para las posteriores Convenciones de Ginebra.³⁹ En él se reconoce la permisibilidad de llevar a cabo actividades de espionaje durante el conflicto armado.⁴⁰

Una de las primeras codificaciones modernas que hace referencia a cuestiones de inteligencia y espionaje, fue la Declaración de Bruselas de 1874:⁴¹

“Una persona solo puede ser considerada un espía cuando actúa de forma clandestina o falsedad y obtiene o intenta obtener información en los espacios ocupados por el enemigo, con la intención de comunicarlo a la parte hostil”.

³⁸ *Idem.*

³⁹ Cfr. DERMAREST, Geoffrey, Espionage in International Law, Op. Cit., pág. 10

⁴⁰ Cfr. General Orders No. 100: Lieber Code, Instructions for The Government of Armies of The United States in The Field, The Avalon Project, Documents of Law, History and Diplomacy, Washington, 1898, Art. 83, “*Scouts, or single soldiers, if disguised in the dress of the country or in the uniform of the army hostile to their own, employed in obtaining information, if found within or lurking about the lines of the captor, are treated as spies, and suffer death*”, disponible en: http://avalon.law.yale.edu/19th_century/lieber.asp.

⁴¹ Project of an International Declaration concerning the Laws and Customs of War, Brussels, 1874., disponible en: <https://ihl-databases.icrc.org/ihl/INTRO/135>.

"Un espía que se reincorpora al ejército al que pertenece y que luego es capturado por el enemigo es tratado como un prisionero de guerra y no incurre en responsabilidad por sus actos anteriores..."⁴²

Se puede observar que la Declaración sigue la línea del jurista Grocio en cuanto al tratamiento de los espías durante la guerra. No obstante, al mismo tiempo reconoce la legalidad de las operaciones de inteligencia para recopilar información:

"Se consideran permisibles dentro de los usos y costumbres de la guerra, el empleo de las medidas necesarias para obtener información sobre el enemigo y el país, a excepción de las disposiciones del Artículo 36".⁴³

Asimismo, ambas "Convenciones de la Haya de 1899 y 1997" regulan las actividades de espionaje en el sentido de la "Declaración de Bruselas".⁴⁴

Los "Convenios de Ginebra de 1949" agregaron garantías procesales para los sujetos acusados de espionaje, en específico el "Cuarto Convenio" relativo

⁴² Cfr. 'Project of an International Declaration concerning the Laws and Customs of War', Op. Cit., Artículos 19 y 21: "A person can only be considered a spy when acting clandestinely or on false pretenses he obtains or endeavours to obtain information in the districts occupied by the enemy, with the intention of communicating it to the hostile party"; "A spy who rejoins the army to which he belongs and who is subsequently captured by the enemy is treated as a prisoner of war and incurs no responsibility for his previous acts."

⁴³ *Ibidem*, Artículo 13: "Ruses of war and the employment of measures necessary for obtaining information about the enemy and the country (excepting the provisions of Article 36) are considered permissible".

⁴⁴ Cfr. 'Convención relativa a las leyes y costumbres de la guerra terrestre', La Haya, 1907. Artículos 30 y 31, disponible en: www.icrc.org/es; 'Convención II de La Haya de 1899 Relativa a las Leyes y Usos de la Guerra Terrestre y Reglamento Anexo'. La Haya, 1899, Artículos 30 and 31, disponible en: www.cruzroja.es.

a la protección de civiles durante un conflicto armado. Por ejemplo, en caso de que una persona protegida sea detenida por cometer espionaje en territorio ocupado, se le tiene que garantizar un trato mínimo humanitario y recibir un juicio y así asegurar que se le respeten las garantías mínimas del debido proceso.⁴⁵

Finalmente, los “Protocolos adicionales de 1977” establecen que las actividades de espionaje están permitidas, sin embargo, si un espía es capturado por alguna de las Partes del conflicto, no se le reconoce el estatus de prisionero de guerra.⁴⁶

Por lo anterior, podemos concluir que la posición de Hugo Grocio es vigente cuando hablamos de espionaje en tiempos de guerra. Es decir, las actividades de espionaje durante un conflicto armado son legales. Sin

⁴⁵ Cfr. ‘IV. Convenio de Ginebra relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra’, 1949, Ginebra, Artículo 5: “...si, en un territorio ocupado, una persona protegida por el Convenio es capturada por espía o saboteadora, o porque se sospecha fundadamente que se dedica a actividades perjudiciales para la seguridad de la Potencia ocupante, dicha persona podrá quedar privada de los derechos de comunicación previstos en el presente Convenio, en los casos en que la seguridad militar lo requiera indispensablemente.

Sin embargo, en cada uno de estos casos, tales personas siempre serán tratadas con humanidad y, en caso de diligencias judiciales, no quedarán privadas de su derecho a un proceso equitativo y legítimo, tal como se prevé en el presente Convenio. Recobrarán, asimismo el beneficio de todos los derechos y privilegios de persona protegida, en el sentido del presente Convenio, en la fecha más próxima posible, habida cuenta de la seguridad del Estado o de la Potencia ocupante, según los casos...” disponible en: www.icrc.org/es.

⁴⁶ Cfr. ‘Protocolo I adicional a los Convenios de Ginebra de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales’, Ginebra, 1977, Artículo 46 (1), disponible en: www.icrc.org/es.

embargo, los espías que son capturados durante su misión reciben los castigos más severos, incluso se les niega el estatus de prisionero de guerra.

Contrario sensu, si no son capturados durante la misión que realizan, no pueden enjuiciarlos después por esos actos. Esta práctica, se ha reconocido y es perfectamente aceptada por el Derecho de los Conflictos Armados o Derecho Internacional Humanitario.

1.3 Regulación del espionaje en *tiempos de paz*

Existen posturas divergentes respecto del estatus jurídico del espionaje en tiempos de paz dentro del derecho internacional, es decir cuando se llevan a cabo estas actividades en ausencia de un conflicto armado.

Los publicistas han abordado el tema desde tres perspectivas distintas. La primera postura es intermedia y asegura que el derecho internacional *per se* no regula el tema y que únicamente se podría alegar su ilegalidad a partir de aspectos específicos del espionaje que vulnerarían obligaciones particulares en un caso en concreto. Por lo que no existiría una prohibición general.⁴⁷

La segunda postura sustenta que el espionaje es ilegal en el derecho internacional. Finalmente, la tercera postura asegura que los Estados permiten y practican todo tipo de actividades de inteligencia, incluido el espionaje y por lo tanto es legal.⁴⁸

⁴⁷ Cfr. SCHMITT, Michael. N., Tallin Manual 2.0 on the International Law applicable to Cyber operations, Op. Cit., pág.168.

⁴⁸ Cfr. KITTICHAISAREE, Kriangsak, Public International Law of Cyberspace, Op. Cit., pág. 241.

1.3.1 La ausencia de regulación del espionaje en el derecho internacional. Aplicabilidad del “Principio Lotus”

En 1927, la Corte Permanente de Justicia Internacional en el caso *Lotus*, relativo a la jurisdicción concurrente sobre la colisión del buque Lotus con su par Boz-Kourt, estableció el siguiente principio:

*“El derecho internacional rige las relaciones entre Estados independientes. Las normas de derecho vinculantes para los Estados, por lo tanto, emanan de su propia voluntad, como se expresa en las convenciones o por la práctica generalmente aceptada como principios de derecho internacional y establecidos para regular las relaciones entre estas comunidades independientes coexistentes, con miras al logro de objetivos comunes. Por lo tanto, no se pueden presumir restricciones a la independencia de los Estados.”*⁴⁹

Existen varias interpretaciones en sentidos opuestos al *dictum* de la Corte Permanente de Justicia Internacional. La Corte Internacional de Justicia en su opinión consultiva de 2010 relativa a la Declaración unilateral de independencia respecto de Kosovo recalcó:

⁴⁹ Cfr. CORTE PERMANENTE DE JUSTICIA INTERNACIONAL, “*The case of the S.S. Lotus*” (Francia c. Turquía), (Fondo), Series A, No. 10, 7 de septiembre de 1927, pág.18: “*International law governs relations between independent States. The rules of law binding upon States therefore emanate from their own free will as expressed in conventions or by usages generally accepted as expressing principles of law and established in order to regulate the relations between these co-existing independent communities or with a view to the achievement of common aims. Restrictions upon the independence of States cannot therefore be presumed.”*

*“...al contrario, la práctica estatal en este periodo, reafirmo claramente la conclusión de que no existe una prohibición para realizar una declaratoria de independencia...”*⁵⁰

En ese sentido, en ambos casos se puede observar que el razonamiento para determinar el estatus jurídico de un acto estatal no regulado por tratados o costumbre internacional es la existencia de una norma prohibitiva o una obligación que dicho acto pudiera vulnerar. Es decir, en ausencia de una norma positiva los Estados son libres de actuar.

No obstante, algunos publicistas argumentan que tal principio, no se encuentra vigente hoy en día, ya que la noción de soberanía absoluta del Estado ha cambiado derivado del desarrollo progresivo de las relaciones internacionales y del derecho internacional.⁵¹ De lo contrario, los Estados serían libres de actuar como quisieran al amparo de este principio.⁵²

Asimismo, el derecho internacional moderno a partir de una aproximación consensual de las libertades de los Estados, asume que cuando existe una laguna

⁵⁰ Cfr. CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, *“Accordance with International Law of The Unilateral Declaration of Independence in respect of Kosovo”* (Opinión Consultiva), 22 de julio de 2010, pág. 436: *“...On the contrary, State practice during this period, points clearly to the conclusion that international law contained no prohibition of declarations of independence...”*

⁵¹ Cfr. CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, *“Legality of The Threat or Use of Nuclear Weapons”*, (Opinión Consultiva), 8 de julio de 1996, Voto particular disidente del Juez Weeramantry, págs. 494 – 504; Voto particular disidente de la Juez R. Higgins, pág. 590.

⁵² Cfr. DEEKS, Ashley, *An International Legal Framework for Surveillance*, *Op. Cit*, pág. 301; CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, *“Accordance with International Law of The Unilateral Declaration of Independence in respect of Kosovo”* (Opinión Consultiva), 22 de julio de 2010, pág. 437.

en el derecho, no se puede derivar que existe una permisión de llevar a cabo la actividad no regulada y por lo tanto debe ser declarada *non liquet*.⁵³

Retomando el criterio de la Corte Internacional de Justicia y doctrina internacional, el 'principio Lotus', como se le conoce al *dictum* de la Corte Permanente de Justicia Internacional, es vigente y relevante cuando se presentan situaciones de inter-legalidad o en caso de que exista una laguna jurídica.⁵⁴ Lo cual significa que, bajo la perspectiva del derecho internacional moderno, se entendería que el principio tiene una naturaleza estrictamente excepcional.

A la luz de lo anterior, al reconocer que las actividades de espionaje no se encuentran reguladas en el derecho internacional, un gran número de doctrinarios considera que la mejor forma de comprender y estudiar el concepto es a partir de la perspectiva de este principio.⁵⁵

En ese sentido, el espionaje desde un enfoque positivista, reflejado en el principio Lotus, se encuentra permitido en la ausencia de una prohibición expresa o tácita. De igual forma, desde una perspectiva de derecho internacional moderno, al no gozar de un marco regulatorio específico, ni consenso sobre su estatus jurídico,

⁵³ Cfr. HEINTSCHEL VON HEINEGG, Wolff, Territorial Sovereignty and Neutrality in Cyberspace, *International Law Studies*, Vol. 89 No.123, 22 de diciembre de 2013, págs. 124 – 140.

⁵⁴ Cfr. PELLET, Alain, "Article 38" en ZIMMERMANN, Andrea *et al.*, (editores), *The Statute of the International Court of Justice: A Commentary*, Op. Cit., págs. 764- 765; CHENG, Bin, *General Principles of Law as applied by International Courts and Tribunals*, S.N.E., Cambridge University Press, Reino Unido, 1994, págs. 7- 25; KELSEN, Hans, *Principles of International Law*, S.N.E, Rinehart & Company Inc. New York, Estados Unidos de América, 1959, págs. 304 – 307.

⁵⁵ Cfr. DEEKS, Ashley, *An International Legal Framework for Surveillance*, Op. Cit., págs. 301- 302.

la práctica del espionaje no es justiciable. Lo que es claramente indicativo de que existe cierta tolerancia para que se lleve a cabo.

En suma, los Estados en ausencia de una norma prohibitiva, tienen libertad para realizar actividades de espionaje sobre otro Estado en tiempos de paz.

1.3.2 Ilegalidad del Espionaje

Por otro lado, hay quienes afirman que la práctica del espionaje es ilegal en el derecho internacional ya que vulnera distintas obligaciones.⁵⁶

El principal respaldo de los publicistas que apoyan tal afirmación, es que dentro del derecho interno el espionaje es ilegal y en la mayoría de Estados constituye un delito. El argumento yace en la percepción de que a la luz del derecho internacional una actividad que es legal, o al menos no es ilegal, no se encuentra tipificado como delito o proscrito dentro del orden jurídico nacional.⁵⁷

La Corte Internacional de Justicia en distintas resoluciones, ha dejado claro que el derecho interno y el derecho internacional son ordenamientos jurídicos independientes con consecuencias propias. Es decir, la regulación específica de cierta actividad en el derecho interno no es indicativo o vinculante en el derecho internacional, por el contrario, para el derecho internacional las cuestiones de

⁵⁶ Cfr. BUCHAN, Russell, en Osula, A.-M. and Rõigas, H., (eds.), *The International Legal Regulation of State-Sponsored Cyber Espionage*, *International Cyber Norms: Legal, Policy & Industry Perspectives*, NATO CCD COE Publications, Tallinn, Estonia, 2016, pág. 68.

⁵⁷ Cfr. ZIOLKOWSKI, Katharina (ed.), *Peacetime Regime for State Activities in Cyberspace*. *International Law, International Relations and Diplomacy*, Op. Cit., pág. 431.

derecho interno son hechos⁵⁸, sin embargo, en ciertas circunstancias pueden tener injerencia normativa.⁵⁹

El “Estatuto de la Corte Internacional de Justicia” en el artículo 38 (1) (c) considera a los principios generales de derecho como una fuente autónoma de derecho internacional. La cual contempla la alternativa de elevar un principio reconocido por las distintas familias jurídicas al plano internacional, siempre y cuando tenga posibilidad de ser aplicable a las relaciones interestatales.⁶⁰

El profesor Alain Pellet, resalta que un principio general de derecho tiene tres características:

- a. Son normas no escritas, entendidas como máximas jurídicas;

⁵⁸ Cfr. CORTE PERMANENTE DE JUSTICIA INTERNACIONAL, “*Certain German Interests in Polish Upper Silesia*” (Alemania c Polonia), (Fondo), Serie A. No 7, 25 de mayo de 1926, pág. 19: “...*It might be asked whether a difficulty does not arise from the fact that the Court would have to deal with the Polish law of July 14th, 1920. This, however, does not appear to be the case. From the standpoint of International Law and of the Court which is its organ, municipal law are merely facts which express the will and constitute the activities of States, in the same manner as do legal decisions or administrative measures. The Court is certainly not called upon to interpret the Polish law as such; but there is nothing to prevent the Court’s giving judgment on the question whether or not, in applying that law, Poland is acting in conformity with its obligations towards Germany under the Geneva Convention...*”.

⁵⁹ Cfr. CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, “*Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited,*” (Belgica c. España), (Segunda Fase), 5 de febrero de 1970, pág. 37, para. 50: “...*If the Court were to decide the case in disregard of the relevant institutions of municipal law it would, without justification, invite serious legal difficulties. It would lose touch with reality, for there are no corresponding institutions of international law to which the Court could resort. Thus, the Court has, as indicated, not only to take cognizance of municipal law but also to refer to it...*”.

⁶⁰ Cfr. PELLET, Alain, “Article 38” en ZIMMERMANN, Andrea *et al.*, (editores), *The Statute of the International Court of Justice: A Commentary, Op. Cit.*, págs. 764 - 773; CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, “*Pulp Mills on the River Uruguay*”, (Argentina c. Uruguay), (Fondo), 20 de abril de 2010, Voto particular concurrente del Juez Cançado Trindade, págs. 147 – 156.

- b. Están reconocidos en el derecho interno de los Estados; y
- c. Lo más importante, deben ser susceptibles de ser aplicados en el ámbito internacional.⁶¹

Pellet se refiere al tercer elemento del test como una cualidad específica del derecho que sirve para resolver situaciones de inter-legalidad, lagunas o incluso tener que aplicar el principio Lotus, recurriendo entonces a nociones generales del derecho, máximas del sistema que sirven como guías y orientan al juzgador para resolver ese tipo de situaciones y que están reflejados en normas del foro doméstico.⁶²

La Corte Internacional de Justicia y la Corte Permanente de Justicia Internacional, han evitado pronunciarse o interpretar el contenido del concepto, sin embargo, han dejado claro que los consideran fuentes del derecho.⁶³

El espionaje está tipificado como delito en distintos ordenamientos internos de diversos países pertenecientes a familias jurídicas distintas⁶⁴, esto podría

⁶¹ Cfr. PELLET, Alain, "Article 38" en ZIMMERMANN, Andrea *et al.*, (editores), *The Statute of the International Court of Justice: A Commentary*, Op. Cit., págs. 766-768.

⁶² Cfr. BASSIOUNI, M. Cherif, *A Functional Approach to "General Principles of International Law"*, Michigan Journal of International Law, Michigan, Vol.11, No. 3, 1990, pág. 772.

⁶³ Cfr. CORTE PERMANENTE DE JUSTICIA INTERNACIONAL, "*Case Concerning The Factory at Chorzow*", (Alemania c. Polonia), (Competencia), Serie A, No. 9, 26 de julio de 1927, pág. 31; CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, "*South West Africa Cases*", (Etiopia/Liberia c. Sudáfrica), (Excepciones Preliminares), Voto particular concurrente Juez Philip. C. Jessup, 21 de diciembre de 1962, pág. 425.

⁶⁴ Cfr. 'Criminal Law of The People's Republic of China', 1 de julio de 1979 promulgada por la Orden Presidencial No. 83 del 14 de marzo de 1997, Artículo 110, disponible en: [https://www.ilo.org/dyn/natlex/docs/ELECTRONIC/5375/108071/F78796243/CHN5375%](https://www.ilo.org/dyn/natlex/docs/ELECTRONIC/5375/108071/F78796243/CHN5375%20.pdf)

utilizarse como prueba para indicar su naturaleza como un principio general de derecho. Sin embargo, hay que resaltar que dicha regulación es de carácter penal y no derecho privado que regule una situación entre particulares, en ese sentido va dirigida al orden público y acarrea responsabilidad penal para quien comete el delito.

En ese sentido, el artículo 58 del articulado de responsabilidad internacional establece la clara diferencia entre la responsabilidad individual y la responsabilidad estatal.⁶⁵ Es entonces menester diferenciar entre dos regímenes distintos: el derecho internacional y el derecho penal internacional, derivado de las consecuencias que la vulneración de ciertas normas ocasiona.⁶⁶

[20Eng3.pdf](#); 'The Criminal Code of The Russian Federation' No. 63-Fz del 13 de junio de 1996, artículo 276, disponible en: <http://www.legal-tools.org/doc/8eed35/pdf/>; "Canadian Security Intelligence Service Act", R.S.C., 1985, c. C-23, artículo 2, disponible en: <https://laws-lois.justice.gc.ca/eng/acts/c-23/page-1.html>.

⁶⁵ Cfr. ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS, COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL, '*Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts with commentaries*' Doc A/56/10 adoptado en la 53ra sesión (23 abril-1 junio, 2 junio-10 agosto 2001), Artículo 58 www.legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9_6_2001.pdf.

ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS, COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL, "*Third Report on State responsibility, by Mr. Roberto Ago, Special Rapporteur, the internationally wrongful act of the State, source of international responsibility*", 1971, pág. 210, disponible en: http://legal.un.org/ilc/documentation/english/a_cn4_246.pdf.

⁶⁶ Cfr. ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS, COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL, "*Fragmentación del Derecho Internacional: Dificultades derivadas de la diversificación y expansión del derecho internacional*" Informe del Grupo de Estudio de la Comisión de Derecho Internacional elaborado por Martti Koskenniemi, A/CN.4/L.684, 13 de abril de 2006, págs. 91 - 96 disponible en: www.legal.un.org/ilc/documentation/spanish/a_cn4_l682.pdf; SIMMA, Bruno, et al, "*Of Planets and the Universe: Self-contained Regimes in International Law*", European

En ese sentido, podemos distinguir entre los principios generales de derecho a los que hace referencia el artículo 38 (1) (c) del “Estatuto de la Corte Internacional de Justicia” y los principios generales del derecho penal internacional. Los cuales ayudan a esclarecer el contenido y el alcance de un supuesto tipificado como delito en el estatuto de la corte/tribunal que conoce del asunto.⁶⁷

Por otro lado, los principios generales de derecho reflejan obligaciones de los Estados y su incumplimiento detona la responsabilidad internacional del Estado.

En el mejor de los casos, se podría argumentar la prohibición del espionaje como un principio general de derecho penal internacional que acarrearía responsabilidad penal internacional, la cual únicamente es atribuible a los individuos que cometen un delito de esa naturaleza.

Sin embargo, para determinar las consecuencias, se tendría que analizar si en realidad podría constituir un delito internacional⁶⁸ o como un delito

Journal of International Law, Nueva York, Vol. 17, N. 3, 2006, pág. 502; CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, “*Case Concerning Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide*,” (Bosnia y Herzegovina c. Serbia y Montenegro), (Fondo), 26 de febrero de 2007, pág. 116, para. 173.

⁶⁷ Cfr. TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA LA ANTIGUA YUGOSLAVIA, “*The Prosecutor vs. Dusko Tadic*”, (Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction), Caso No. IT-94-1-A, 2 de octubre de 1995, para. 58; BASSIOUNI, M. Cherif, A Functional Approach to “General Principles of International Law”, Op. Cit., pág. 814.

⁶⁸ Cfr. “Estatuto de Roma que crea la Corte Penal Internacional”, Roma, Italia, 17 de julio de 1998, D. O. F., 21 de junio de 2005, artículo 5; TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA RUANDA, “*El fiscal c Jean-Paul Akayesu*”, (Fondo), Caso ICTR-96-4, 2001, pág.131, para. 438; CORTE SUPREMA DE ISRAEL “Criminal Appeal 336/61”, (Israel c. Eichmann), (Apelación), 1962, pág. 291; “Estatuto del Tribunal Militar Internacional de

transnacional.⁶⁹ Ambos supuestos escapan al objeto de estudio del presente trabajo.

A la luz de lo anterior, no se puede probar la existencia de un principio general del derecho que refleje una prohibición del espionaje aplicable a las relaciones interestatales.

En el Manual de Tallin, los expertos redactores reconocieron la imposibilidad de referirse a una norma prohibitiva del espionaje que reflejara su ilegalidad. No obstante, resaltan que el método a través del cual se realicen las actividades de espionaje, puede resultar en la violación de alguna otra obligación de derecho internacional.⁷⁰

Los autores que defienden que el espionaje es contrario al derecho internacional, argumentan que cuando un Estado lleva a cabo esta actividad, vulnera: a) la integridad territorial e independencia política de los Estados, b) la prohibición de la amenaza o uso de la fuerza, c) el principio del ámbito reservado de los Estados, d) la soberanía territorial, e) el derecho de paso inocente dentro del marco jurídico regulatorio del mar, f) privilegios e inmunidades de los individuos y el Estado a la luz del derecho diplomático y consular, g) abusos dentro del régimen de derechos

Núremberg”, 8 de agosto de 1945, Londres, Reino Unido, artículo 6, disponible en: www.cruzroja.es.

⁶⁹ Cfr. “Convención de las Naciones Unidas Contra La Delincuencia Organizada Transnacional”, Palermo, Italia, 15 de noviembre del 2000, D.O.F 11 de abril del 2003, artículo 3.

⁷⁰ Cfr. SCHMITT, Michael. N., Tallin Manual 2.0 on the International Law applicable to Cyber operations, Op. Cit., págs. 168-174.

humanos como la violación de la privacidad, y h) abusos a los derechos de propiedad del Estado cuando se trata de propiedad intelectual.⁷¹

a) Integridad territorial e independencia política

La protección de la integridad territorial e independencia política de un Estado se encuentra codificada en el artículo 2 (4) de la “Carta de las Naciones Unidas”, a través de la prohibición del uso de la fuerza, y la prohibición de la intervención.⁷²

Otra forma de entender la integridad territorial es la inviolabilidad de la que goza el territorio de un Estado soberano. En ese sentido, impone una obligación a los Estados de respetar la integridad territorial e independencia política los demás Estados soberanos.⁷³

La Corte Internacional de Justicia destacó que la prohibición del uso de la fuerza y la no intervención, están directamente relacionados con el principio de

⁷¹ Cfr. LUBIN Asaf, en Minárik, T., y Jakschis, R. (eds.), “*Cyber Law and Espionage Law as communicating vessels*”, NATO Cooperative Cyber Defence Centre of Excellence Publications (CCDCOE), Tallin, Estonia, 18 de enero del 2018, pág. 212; ZIOLKOWSKI, Katharina (ed.), *Peacetime Regime for State Activities in Cyberspace. International Law, International Relations and Diplomacy*, Op. Cit., págs. 432-436.

⁷² Cfr. “Carta de las Naciones Unidas”, San Francisco, Estados Unidos de América, 25 de junio de 1945, D.O.F. 17 de octubre de 1945, Artículo, 2 (4); CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, “*Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*”, (Opinión Consultiva), 9 de julio de 2004, pág. 171.

⁷³ Cfr. CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, “*Case Concerning Military and Paramilitary Activities in and Against Nicaragua*”, (Nicaragua c. Estados Unidos de América), (Fondo), 27 de junio de 1986, pág. 99; Cfr. CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, “*Accordance with International Law of The Unilateral Declaration of Independence in respect of Kosovo*” (Opinión Consultiva), 22 de julio de 2010, pág. 437. SCHMITT, Michael. N., Tallin Manual 2.0 on the International Law applicable to Cyber operations, Op. Cit., págs. 11, 17-29.

protección de la integridad territorial e independencia política, así como del respeto a la soberanía.⁷⁴

Es entonces necesario analizar si el espionaje vulnera la prohibición del uso de la fuerza en primer término y en un segundo momento, si viola la prohibición de la intervención.

b) Prohibición de la amenaza y uso de la fuerza

Todo Estado tiene el deber de abstenerse en sus relaciones internacionales de recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza contra la integridad territorial o la independencia política de cualquier Estado, o en cualquier otra forma incompatible con los propósitos de las naciones Unidas. Tal amenaza o uso de la fuerza constituye una violación del Derecho Internacional y de la “Carta de las Naciones Unidas” y no se empleará nunca como medio para resolver cuestiones internacionales.⁷⁵

En ese sentido, por regla general un Estado viola la prohibición del uso de la fuerza, cuando realiza un ataque armado o acto de agresión en contra de

⁷⁴ Cfr. CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, “*Case Concerning Military and Paramilitary Activities in and Against Nicaragua*”, (Nicaragua c. Estados Unidos de América), (Fondo) 27 de junio de 1986, pág. 128, para. 251: “...*The effects of the principle of respect for territorial sovereignty inevitably overlap with those of the principles of the prohibition of the use of force and of non-intervention...*”

⁷⁵ Cfr. ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS, Resolución 2625 (XXV) de la Asamblea General de Naciones Unidas, “*Declaración Relativa a Los Principios de Derecho Internacional referentes a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas*” 24 de octubre de 1970, disponible en www.dipublico.org/3971/resolucion-2625-xxv-de-la-asamblea-general-de-naciones-unidas-de-24-de-octubre-de-1970-que-contiene-la-declaracion-relativa-a-los-principios-de-derecho-internacional-referentes-a-las-relaciones-de/, pág.130; “Carta de las Naciones Unidas”, San Francisco, Estados Unidos de América, 25 de junio de 1945, D.O.F. 17 de octubre de 1945, artículo 2 (4).

otro Estado.⁷⁶ No obstante, existen otros medios de menor gravedad a través de los que se puede vulnerar el principio citado.⁷⁷

Podemos entender un ataque armado o acto de agresión como:

“... a) La invasión o el ataque por las fuerzas armadas de un Estado del territorio de otro Estado, o toda ocupación militar, aun temporal, que resulte de dicha invasión o ataque, o toda anexión, mediante el uso de” la fuerza, del territorio de otro Estado o de parte de él;

b) El bombardeo, por las fuerzas armadas de un Estado, del territorio de otro Estado, o el empleo de cualesquiera armas por un Estado contra el territorio de otro Estado;

c) El Moqueo de los puertos o de las costas de un Estado por las fuerzas armadas de otro Estado;

d) El ataque por las fuerzas armadas de un Estado contra las fuerzas armadas terrestres, navales o aéreas de otro Estado, o contra su flota mercante o aérea;

g) La utilización de fuerzas armadas de un Estado, que se encuentran en el territorio de otro Estado con el acuerdo del Estado receptor, en violación de las condiciones establecidas en el acuerdo o toda prolongación de su presencia en dicho territorio después de terminado el acuerdo;

⁷⁶ Cfr. ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS, Resolución 3314 (XXIX) de la Asamblea General, “Definición de Agresión”, 14 de diciembre de 1974, disponible en: [www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/3314\(XXIX\)](http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/3314(XXIX)), pág.143.

⁷⁷ Cfr. CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, “Case Concerning Military and Paramilitary Activities in and Against Nicaragua”, (Nicaragua c. Estados Unidos de América), (Fondo), 27 de junio de 1986, pág. 101, para. 191.

f) La acción de un Estado que permite que su territorio, que ha puesto a disposición de otro Estado, sea utilizado por ese otro Estado para perpetrar un acto de agresión contra un tercer Estado;

g) El envío por un Estado, o en su nombre, de bandas armadas, grupos irregulares o mercenarios que lleven a cabo actos de fuerza armada contra otro Estado de tal gravedad que sean equiparables a los actos antes enumerados, o su sustancial participación en dichos actos...”.⁷⁸

En el caso del espionaje, claramente no se cubre con el estándar que exige la regla general debido a que en ningún punto la recopilación de información encuadra en alguno de los supuestos mencionados en la resolución 3314 de la Asamblea General de las Naciones Unidas que incluyen las formas graves y menos graves del uso de la fuerza.

A pesar de esto, se argumenta que debido al tipo de información que puede ser recopilada, un Estado podría llevar a cabo un ataque armado en contra del Estado que realizó el espionaje. Sin embargo, en ese punto, ya no se hace referencia al espionaje, sino a los efectos colaterales de los métodos y medios empleados para recopilar tal información.

Por lo que, las actividades de espionaje escapan al supuesto y por lo tanto no podrían equipararse a una amenaza o uso de la fuerza de un Estado en contra de otro.

⁷⁸ Cfr. ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS, Resolución 3314 (XXIX) de la Asamblea General, “*Definición de Agresión*”, Op. Cit., págs. 143-144.

c) Principio del ámbito reservado de los Estados –Prohibición de la Intervención–

El principio de no intervención se encuentra codificado en la “Carta de las Naciones Unidas”, su contenido y alcance se ha delimitado a partir de distintos instrumentos que reflejan costumbre internacional como la resolución 2625 de la Asamblea General de las Naciones Unidas y diversos casos de la Corte Internacional de Justicia.⁷⁹

En el caso de Actividades Militares y Paramilitares en y en contra de Nicaragua de 1986, la Corte Internacional de Justicia destacó que este principio prohíbe a todos los Estados o grupos de Estados intervenir directamente o indirectamente en asuntos internos o externos de otros Estados. Al mismo tiempo, ilustró que el elemento crucial de esta prohibición es la presencia del elemento coercitivo que busca modificar las decisiones soberanas e independientes de un Estado.⁸⁰

⁷⁹ Cfr. “Carta de las Naciones Unidas”, San Francisco, Estados Unidos de América, 25 de junio de 1945, D.O.F. 17 de octubre de 1945, artículo 2 (4); CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, “*The Corfu Channel Case*”, (Reino Unido c. Albania), (Fondo), 9 de abril de 1949, pág. 35; CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, “*Medio Ambiente y Derechos Humanos*”, (Opinión Consultiva Oc-23/17 solicitada por Colombia), 15 de noviembre de 2017, pág. 41, para. 90.

⁸⁰ Cfr. CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, “*Case Concerning Military and Paramilitary Activities in and Against Nicaragua*”, (Nicaragua c. Estados Unidos de América), (Fondo), 27 de junio de 1986, pág. 107, para. 205: “...A prohibited intervention must accordingly be one bearing on matters in which each State is permitted, by the principle of State sovereignty, to decide freely. One of these is the choice of a political, economic, social and cultural system, and the formulation of foreign policy. Intervention is wrongful when it uses methods of coercion in regard to such choices, which must remain free ones. The element of coercion, which defines, and indeed forms the very essence of, prohibited intervention, is particularly obvious in the case of an intervention which uses force, either in the direct form of military action, or in the indirect form of support for subversive or terrorist armed activities within another State...”.

En suma, el principio de no intervención se vulnera cuando de forma directa o indirecta, un Estado interfiere en la política interna o externa de otro Estado mediante actos coercitivos.

Una corriente de doctrinarios sostiene que las actividades de espionaje se llevan a cabo mediante operaciones encubiertas y eso vulnera el principio de no intervención. Como ha sido mencionado, una operación encubierta involucra más acciones que la mera recopilación de información.⁸¹

En ese sentido, la conducta a la que hacen referencia estos autores no es propiamente espionaje. Así también lo considero la Corte Internacional de Justicia en el caso citado anteriormente, donde tuvo la oportunidad de pronunciarse sobre la legalidad del espionaje. Por el contrario, hizo énfasis en que la ilegalidad de las operaciones militares encubiertas que Estados Unidos llevó a cabo en Nicaragua a través de agentes no estatales y por sí mismo, se debían al financiamiento, apoyo logístico, entrenamiento, abastecimiento de armas y actividades de inteligencia.⁸² Lo cual claramente va más allá del espionaje.

La mera recopilación de información de forma clandestina, no cumple con el estándar de la norma consuetudinaria, ya que si bien podría considerarse una

⁸¹ Cfr. WRIGHT, Quincy, *et al.*, *Essays on Espionage and International Law*, Op. Cit., págs. 4-28; REISMAN, Michael, *Covert action*, *Yale Journal of International Law*, Washington D.C., Vol. 20, No. 2, 29 de marzo de 1995, págs. 419 – 425; TURNER, Robert, *Coercive Covert Action and the Law*, *Yale Journal of International Law*, Washington D.C., Vol. 20, No. 2, 29 de marzo de 1995, págs. 448 – 449.

⁸² Cfr. CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, “*Case Concerning Military and Paramilitary Activities in and Against Nicaragua*”, (Nicaragua c. Estados Unidos de América), (Fondo) 27 de junio de 1986, págs. 118 -119.

interferencia en los asuntos internos, la recopilación de información no involucra un acto coercitivo que lacere la soberanía por parte de un Estado a otro.

Por lo anterior, se podría vulnerar el principio de no intervención si la información recopilada se utilizara para llevar a cabo una operación encubierta que constituyera una medida coercitiva que atentara contra la política interna o externa de un Estado. No obstante, el hecho que ocasionaría la vulneración de la obligación, no sería *per se* el espionaje.

Podemos concluir que el simple acto de espionaje no vulnera el principio de no intervención.

d) Soberanía territorial

La soberanía es una expresión de la facultad exclusiva para ejercer autoridad completa de un Estado sobre su territorio, que en las relaciones internacionales significa independencia.⁸³

El concepto básico de soberanía territorial como regla consuetudinaria de derecho internacional codificada en el Artículo 2(1) de la Carta de Naciones Unidas comprende: el territorio nacional, aguas interiores, mar territorial de cada Estado, así como el espacio aéreo sobre su territorio.⁸⁴

⁸³ Cfr. CORTE PERMANENTE DE ARBITRAJE, “*Island of Palmas case*”, (Países Bajos c. Estados Unidos de América), UNRIIA Vol. II, 4 de abril de 1928, pág. 838; CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, “*The Corfu Channel Case*”, (Reino Unido c. Albania), (Fondo), 9 de abril de 1949, pág. 35; TSAGOURIAS Nicholas *et al.*, *The legal status of cyberspace*, en *research handbook on international law and cyber space*, Edward Elgar, Reino Unido, 2015, pág. 17.

⁸⁴ Cfr. CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, “*Case Concerning Military and Paramilitary Activities in and Against Nicaragua*”, (Nicaragua c. Estados Unidos de América), (Fondo), 27 de junio de 1986, pág. 219: “...As to superjacent air space, the 1944 Chicago Convention on International Civil Aviation (Art. 1) reproduces the

En esta línea de ideas, por regla general se vulnera el principio de soberanía territorial cuando existe una intrusión ilegal que causa daño al territorio de un Estado por parte de otro.⁸⁵ No obstante, no existe consenso sobre el carácter ilegal del supuesto en el cual únicamente se da una intrusión no autorizada en el territorio de un Estado por parte de otro, sin causar daño.⁸⁶

Algunos autores sostienen que cualquier tipo de intrusión en el territorio de un Estado por parte de agentes de otro representa la violación a la regla de derecho internacional de respeto a la soberanía territorial.⁸⁷

El espionaje conducido por un Estado sobre otro, dentro del territorio del segundo, esto es superficie territorial, aguas interiores, mar territorial, espacio aéreo, plataforma continental, necesariamente se tiene que entender como una intrusión ilegal no autorizada por parte del otro Estado, siempre y cuando sea cometido por sus órganos, agentes, buque, submarino, satélite, etc. y se pueda comprobar que causa un daño físico.

established principle of the complete and exclusive sovereignty of a State over the air space above its territory. That convention, in conjunction with the 1958 Geneva Convention on the Territorial Sea, further specifies that the sovereignty of the coastal State extends to the territorial sea and to the air space above it, as does the United Nations Convention on the Law of the Sea adopted on 10 December 1982. The Court has no doubt that these prescriptions of treaty-law merely respond to firmly established and longstanding tenets of customary international law...”.

⁸⁵ Cfr. CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, “Case Concerning Military and Paramilitary Activities in and Against Nicaragua”, (Nicaragua c. Estados Unidos de América), (Fondo), 27 de junio de 1986, pág. 128.

⁸⁶ Cfr. SCHMITT, Michael. N., Tallin Manual 2.0 on the International Law applicable to Cyber operations, Op. Cit., págs. 19 – 19.

⁸⁷ Cfr. WRIGHT, Quincy, *et al.*, Essays on Espionage and International Law, Op. Cit., págs. 19-25; VON HEINEGG, Wolff Heintschel, Territorial Sovereignty and Neutrality in Cyberspace, International Law Studies, U.S. Naval War College, Vol. 89, No. 123, 2013, pág.125.

No obstante, al ser actividades de naturaleza clandestina, difícilmente se pueden atribuir al Estado.⁸⁸ Cuando se trata de actividades de inteligencia humana – HUMINT–, el espía nunca es un agente oficial del Estado. Cuando se hace referencia a otro tipo de actividades de inteligencia –INT’s–, como inteligencia de señales –SIGINT–, es decir, por medios electrónicos remotos que intervienen comunicaciones o espionaje cibernético conducido desde direcciones IP, sistemas de computación remotos, difícilmente se puede probar la que un agente del Estado realizó dichas actividades.

La cuestión del daño en caso del espionaje a través de inteligencia de señales, es posible cuando por medios electrónicos se borran bases de datos, se libera un malware, o se dañan instalaciones del Estado. Sin embargo, esa hipótesis no es una de espionaje cibernético, es una hipótesis de ataque cibernético, operación que goza de una regulación distinta dentro del derecho internacional.⁸⁹

En el caso de las actividades de espionaje mediante inteligencia humana – HUMINT–, es posible que el espía cause un daño físico a las instalaciones del Estado. Únicamente en ese caso si el espía es un agente acreditado del Estado, se podría hablar de una violación a la soberanía territorial del Estado víctima del espionaje.⁹⁰

⁸⁸ Cfr. OPPENHEIM Lassa, *International Law, a treatise*, S.N.E., Longmans, Green, and Co., Londres, 1905, pág. 196; SCHMITT, Michael. N., *Tallin Manual 2.0 on the International Law applicable to Cyber operations*, *Op. Cit.*, págs. 95-99.

⁸⁹Cfr. LUBIN Asaf, en Minárik, T., y Jakschis, R. (eds.), *“Cyber Law and Espionage Law as communicating vessels”*, *Op. Cit.*, pág. 205; SCHMITT, Michael. N., *Tallin Manual 2.0 on the International Law applicable to Cyber operations*, *Op. Cit.*, pág. 168.

⁹⁰ *Ibidem*, pág. 217.

e) Derecho de paso inocente

Es un principio consuetudinario establecido en el derecho internacional.⁹¹ La “Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar de 1982”, codifica este principio en su artículo 17.⁹²

La libertad de navegación se da en alta mar y es la regla general. A forma de *lex specialis* el paso inocente es el derecho que tienen los buques cuando transitan por el mar territorial de un Estado. Se tiene que dar rápido e ininterrumpido enarbolando la bandera y navegando sobre la superficie. Se considera inocente siempre y cuando no sea perjudicial para la paz, el buen orden o la seguridad del Estado ribereño.⁹³

La “Convención de Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar de 1982” prevé la imposibilidad de recopilar cualquier tipo de información, por cuestiones de seguridad del Estado ribereño, hipótesis que transformaría la naturaleza del paso y no sería inocente⁹⁴. En sentido estricto, cualquier forma en que se realice el paso que no se apegue a lo descrito y cubra con tales elementos, cambia la naturaleza del paso inocente.

⁹¹ Cfr. KAYE, Stuart, Freedom of Navigation, Surveillance and Security: Legal Issues Surrounding the Collection of intelligence from Beyond the Littoral, Australian Yearbook of International Law, Australia, Vol. 24, No. 93, 8 de marzo de 2005, pág. 3; CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, “*The Corfu Channel Case*”, (Reino Unido c. Albania), (Fondo), 9 de abril de 1949, pág. 28.

⁹² Cfr. KITTICHAISAREE, Kriangsak, Public International Law of Cyberspace, Op. Cit., pág. 248.

⁹³ Cfr. “Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar”, Montego Bay, Jamaica, 10 de diciembre de 1982, D.O.F., 1 de junio de 1983, Artículos. 17 y 19.

⁹⁴ *Ibidem.*, Artículo 19.

No obstante, el Estado ribereño, no puede detener al buque si no escoltarlo a que se retire de su mar territorial.⁹⁵

Respecto a las actividades de inteligencia que se pueden dar en alta mar, no existe una restricción para que los Estados puedan llevarlas a cabo,⁹⁶ en el caso específico del paso inocente no es que la recopilación de información en sí atente contra la seguridad. La restricción se da al considerar los posibles actos que pueden realizarse con tal información, por la ubicación específica.

Es menester reiterar que el carácter de esta regla es puramente convencional y no consuetudinaria. En ese sentido, llevar a cabo actividades de inteligencia durante el ejercicio de paso inocente, transformaría la naturaleza del mismo y da lugar a que el Estado ribereño solicite al buque abandonar su mar territorial.

f) Obligaciones de derecho diplomático y consular

El espionaje es un sello característico de la función diplomática. Si bien los agentes diplomáticos y consulares se encuentran acreditados en el Estado receptor para fortalecer las relaciones internacionales, de igual forma realizan reportes sobre la situación político-social y cultural del Estado. Para ello deben recopilar información a través de actividades de inteligencia.

La Corte Internacional de Justicia en el caso de *"Hostages in Tehran"*, reconoció que el derecho diplomático al ser un régimen autónomo dentro del derecho

⁹⁵ Cfr. TRIBUNAL INTERNACIONAL DE DERECHO DEL MAR, *"MV Saiga case"*, (San Vicente y las granadinas c. Guinea), (Fondo), 1 de julio de 1999, págs. 52 – 53; EVANS, Malcolm D, *International Law*, 4ª ed., Oxford University Press, Reino Unido, 2014, págs. 644 – 652.

⁹⁶ Cfr. KAYE, Stuart, *Freedom of Navigation, Surveillance and Security: Legal Issues Surrounding the Collection of intelligence from Beyond the Littoral*, Op. Cit., pág. 6.

internacional tiene sus propias consecuencias por incumplir alguna de las obligaciones sustantivas que impone a los Estados.⁹⁷

La “Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas de 1961” y la “Convención de Viena sobre Relaciones Consulares de 1963”, codifican los privilegios e inmunidades, así como la inviolabilidad de locales y de archivos de las Embajadas y Consulados.⁹⁸

En ambas convenciones se establece que las funciones diplomáticas o consulares se deben realizar de forma legal sin que puedan ser entorpecidas.⁹⁹ La Comisión de Derecho Internacional en sus comentarios explicó que la frase “por todos los medios lícitos” significa que estas actividades tienen que desarrollarse conforme al derecho internacional.¹⁰⁰

El artículo 41 (1) de la “Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas” codifica la obligación de respetar el derecho interno del Estado receptor y la obligación de no intervenir en los asuntos internos. Asimismo, el artículo 41(3) prohíbe el uso de los locales de la misión diplomática en una forma incompatible con las funciones para las que se encuentra establecida.

⁹⁷ Cfr. CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, “*United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran*”, (Estados Unidos de América c. Irán), (Fondo), 24 de mayo de 1980, pág. 40, para. 86.

⁹⁸ Cfr. “Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas”, Viena, Austria, 18 de abril de 1961, D.O.F. 20 de febrero de 1965, Artículos 27 – 42; “Convención de Viena Sobre Relaciones Consulares”, Viena, Austria, 24 de abril de 1963, D.O.F. 20 de febrero de 1965, Artículos 15, 17, 28, 45.

⁹⁹ *Ibidem*, Artículo 5 (1) (c).

¹⁰⁰ Cfr. ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS, Comisión de Derecho Internacional, “Commentary to draft article 3 (1) (d) of Draft Articles on Diplomatic Intercourse and Immunities”, Anuario de la Comisión de Derecho Internacional, Vol. II, 1958, disponible en: http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9_1_1958.pdf, pág. 90.

La inviolabilidad, se traduce como la prohibición de intrusión física no autorizada, protege los archivos, comunicaciones y locales.¹⁰¹ Por lo que el Estado receptor se encuentra imposibilitado para irrumpir en los locales de la misión o llevar a cabo cualquier tipo de acto administrativo en la misma.¹⁰² La inviolabilidad tiene dos excepciones validas i) la legítima defensa del Estado receptor, y ii) la responsabilidad de proteger la integridad de la nación y locales de la misión, así como el consentimiento del Titular de la misión para ingresar.

En ese contexto, si el Estado receptor lleva a cabo actividades de espionaje sobre los archivos de la misión diplomática se estaría vulnerando la inviolabilidad y por lo tanto el derecho internacional.

Sin embargo, cuando los funcionarios diplomáticos o consulares, que es la práctica recurrente, llevan a cabo actividades de espionaje, únicamente se les puede expulsar del país declarándolos *persona non grata*.¹⁰³

La declaración de *persona non grata* no necesariamente se da por la violación de una disposición internacional, por el contrario, es común que se dé cuando hay un incumplimiento de la legislación nacional.¹⁰⁴ En ese contexto, como se analizó previamente, el espionaje si bien no se encuentra prohibido en derecho internacional, se encuentra tipificado como delito en las jurisdicciones internas.

¹⁰¹ Cfr. “Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas”, Viena, Austria, 18 de abril de 1961, D.O.F. 20 de febrero de 1965, Artículos 22, 27, 30, y 45.

¹⁰² Cfr. DENZA, Eileen, *Diplomatic Law Commentary on the Vienna Convention on Diplomatic Relations*, 4o ed., Oxford University Press, Londres, 2016, págs. 127-148.

¹⁰³ *Ibidem*, págs. 61 – 66.

¹⁰⁴ Cfr. LUBIN Asaf, en Minárik, T., y Jakschis, R. (eds.), “*Cyber Law and Espionage Law as communicating vessels*”, Op. Cit., págs. 217-218.

Por lo que, si un diplomático es sorprendido en la comisión de actividades de espionaje, se da la declaración de *persona non grata* como consecuencia dentro del régimen autónomo que constituye el derecho diplomático, que a su vez se da por inobservancia del derecho interno y no por violación al derecho internacional.

g) Privacidad

En relación con los posibles abusos a derechos humanos por la recopilación de información y en específico datos personales, algunos doctrinarios argumentan que es una clara transgresión a la privacidad.

El espionaje a civiles puede darse de tres formas de un Estado a sus ciudadanos, de un Estado a los ciudadanos de otro Estado y de agentes no estatales a los ciudadanos.¹⁰⁵ Al considerar el alcance del presente trabajo, nos centraremos en el análisis del espionaje que se lleva a cabo de un Estado a los ciudadanos de otro Estado, es decir espionaje extraterritorial.

Existe una práctica reiterada de espionaje/vigilancia masiva por parte de los Estados a sus ciudadanos y a los ciudadanos de otros Estados,¹⁰⁶ la cuestión a responder es si esto implica que dichas actividades son ilegales *per se*.

El artículo 17 del “Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos”, garantiza el respeto a la privacidad de las personas, estableciendo que esta se vulnera cuando existe una injerencia arbitraria o ilegal.¹⁰⁷

¹⁰⁵ Cfr. ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS, Report of the U.N. Office of the High Commissioner for Human Rights, Right to Privacy in the Digital Age, A/HRC/27/37, 2014, <https://www.ohchr.org/EN/Issues/DigitalAge/Pages/ReportDigitalAge.aspx>, pág. 2.

¹⁰⁶ Cfr. ZIOLKOWSKI, Katharina (ed.), Peacetime Regime for State Activities in Cyberspace. International Law, International Relations and Diplomacy, Op. Cit. pág. 426.

¹⁰⁷ Cfr. “Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos”, Nueva York, Estados Unidos de América, 16 de diciembre de 1966, D.O.F. 9 de enero de 1981, artículo 17: “1. *Nadie*

En ese sentido, el tratado reconoce que este derecho es susceptible de ser limitado o derogado, siempre y cuando se establezca por ley, exista la necesidad, se realice de forma proporcional y garantice un mínimo de respeto y protección al derecho derogado o limitado.¹⁰⁸

Establecido por ley significa que dentro del sistema legal interno de cada Estado, existen supuestos específicos en los cuales se puede llevar a cabo una interferencia de datos, comunicaciones, llamadas etc. en circunstancias determinadas con un fin establecido como puede ser la prevención del terrorismo.¹⁰⁹

La necesidad de limitar o derogar ciertos derechos, es una cuestión interna de cada Estado. Sin embargo, esta tiene que ser compatible con los estándares internacionales que prevé el “Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos”, o el tratado en cuestión que se invoque, es decir tiene que justificarse por una necesidad legítima, i.e. seguridad nacional, amenaza al orden público, prevención de crímenes graves, etc.¹¹⁰

será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y reputación.

2. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques”; ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS, Comité de Derechos Humanos “CCPR General Comment No. 16: Article 17 (Right to Privacy), *The Right to Respect of Privacy, Family, Home and Correspondence, and Protection of Honour and Reputation*,” 8 de abril de 1988, disponible en: <https://www.refworld.org/docid/453883f922.html>.

¹⁰⁸ Cfr. JOSEPH, Sarah *et al.*, *The International Covenant on Civil and Political Rights, cases, materials, and a commentary*, 2a edición, Oxford University Press, Nueva York, 2004, págs. 480 – 500.

¹⁰⁹ Cfr. MILANOVIC, Marko, *Human Rights Treaties and Foreign Surveillance: Privacy in the Digital Age*, Op. Cit., pág. 133; “Ley Federal de Telecomunicaciones y Radiodifusión”, D.O.F. 14 de julio de 2014, Artículo 64.

¹¹⁰ *Ibidem*, pág. 136.

Para el análisis de la proporcionalidad se tienen que considerar diversos factores, y balancear los intereses en juego o justificación de la necesidad del Estado con las medidas que van a tomarse para cumplir tal objetivo. No obstante, no puede suspenderse el derecho por completo, el Estado tiene que garantizar un mínimo de respeto y protección al derecho en cuestión a través de la implementación de medidas adecuadas y efectivas para dar la mayor certeza posible y evitar arbitrariedades.

Las medidas adecuadas y efectivas se traducen en definir el alcance de la limitación o derogación del derecho, la duración, la justificación, los recursos, la autoridad competente que autorizó, que supervisa y en cualquier situación la reparación y recursos efectivos a los que se puede acceder en caso de que no se cumpla cualquiera de los elementos mencionados.¹¹¹

En consecuencia, se puede alegar que se vulneró el derecho a la privacidad cuando existe una interferencia no autorizada por el usuario a sus datos personales o comunicaciones que constituyen su esfera privada, ilegal si no está regulada por ley y/o arbitraria si no cumple con alguno de los requisitos mencionados del test cumulativo.¹¹²

Por lo anterior, la conducción de actividades de espionaje de un Estado a sus ciudadanos o a los ciudadanos de otro Estado no es ilegal, siempre y cuando no sea de forma arbitraria. No obstante, de serlo, ésta vulneraría derechos humanos

¹¹¹ Cfr. TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, "*Liberty vs. The United Kingdom*" (Fondo), App. No. 58243/00, 1 de julio de 2008, para. 69.

¹¹² Cfr. TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, "*Weber and Saravia v. Germany*", (Admisibilidad), App. No. 54934/00, 29 de junio de 2006, para. 106.

y obligaciones convencionales de proteger la privacidad de las personas conforme a los tratados suscritos de la materia, en este caso el “Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos”. Esto no significa que el régimen de derecho internacional de los derechos humanos imponga una prohibición general a las actividades de espionaje o vigilancia masiva, por el contrario, reconoce y regula su práctica.

h) Propiedad intelectual del Estado/ espionaje económico

Otra posible violación que algunos doctrinarios alegan por la perpetración de actividades de inteligencia secreta de Estado a Estado, es el abuso sobre ciertos derechos de propiedad del Estado, en específico por el robo de propiedad intelectual.¹¹³

Es necesario distinguir, para efectos del análisis de esta obligación, entre el espionaje industrial o corporativo y el espionaje económico. El primero es el que se da entre empresas privadas, mientras que el espionaje económico es aquel que un Estado realiza sobre las empresas estatales o privadas de otro Estado.¹¹⁴

El objetivo de este tipo de espionaje es fortalecer en el mercado a una empresa nacional o privada del Estado que realiza la recopilación de información. Práctica que se da con frecuencia actualmente.¹¹⁵

¹¹³ Cfr. LOTRIONTE, Catherine, Countering State-Sponsored Cyber Economic Espionage Under International Law, North Carolina Journal of International Law and Commercial Regulation, Vol. 40, No. 2, 2014, pág. 471.

¹¹⁴ *Ibidem*, pág. 469.

¹¹⁵ Cfr. BUCHAN, Russel, Economic Espionage under International Law, Eji! Talk!, 16 de enero de 2019, www.ejiltalk.org/economic-espionage-under-international-law.

El “Convenio de París para la Protección de la Propiedad Industrial de 1883” regula el registro y protección de marcas y patentes a nivel internacional. El artículo 10 bis (1) obliga a los Estados a proteger la competencia desleal.¹¹⁶ De igual forma, el “Acuerdo de la Ronda Uruguay”: Aspectos de los derechos de propiedad intelectual relacionados con el comercio en el artículo 39 (1) impone una obligación a los Estados Parte de proteger la información no divulgada contra la competencia desleal.¹¹⁷

Ambos instrumentos internacionales hablan de protección de información contra la competencia desleal, no obstante, en ninguno se prohíbe expresamente el espionaje.

A pesar de la ausencia de una prohibición de espionaje, algunos autores sostienen que el espionaje económico es ilegal dado cuatro motivos que le diferencian de

¹¹⁶ Cfr. “Convenio de París para la Protección de la Propiedad Industrial”, París, Francia, 20 de marzo de 1883, D.O.F. 5 de marzo de 1976, Artículo 10 bis: “*Competencia desleal*
1) *Los países de la Unión están obligados a asegurar a los nacionales de los países de la Unión una protección eficaz contra la competencia desleal.*
2) *Constituye acto de competencia desleal todo acto de competencia contrario a los usos honestos en materia industrial o comercial.*
3) *En particular deberán prohibirse:*
i) *cualquier acto capaz de crear una confusión, por cualquier medio que sea, respecto del establecimiento, los productos o la actividad industrial o comercial de un competidor;*
ii) *las aseveraciones falsas, en el ejercicio del comercio, capaces de desacreditar el establecimiento, los productos o la actividad industrial o comercial de un competidor;*
iii) *las indicaciones o aseveraciones cuyo empleo, en el ejercicio del comercio, pudieren inducir al público a error sobre la naturaleza, el modo de fabricación, las características, la aptitud en el empleo o la cantidad de los productos.”*

¹¹⁷ Acuerdo de la Ronda Uruguay: ADPIC: Aspectos de los derechos de propiedad intelectual relacionados con el comercio, art 39.

las actividades de espionaje convencional: el objetivo que persigue, el ámbito de aplicación, el método, y las consecuencias.¹¹⁸

Podría configurarse una controversia interestatal si el Estado afectado reclama abusos a su propiedad¹¹⁹ o vía protección diplomática de su empresa.¹²⁰ Sin embargo, la discusión se centraría en la constitución de un acto de competencia desleal y un acto hostil no amistoso, y no en si el espionaje por sí mismo vulnera la obligación particular o el derecho internacional.

Lejos de reflejar la existencia de una prohibición general, se tendría que analizar cada elemento circunstancial para probar la violación a una disposición convencional, lo que refuerza una posible hipótesis de legalidad si se interpreta *contrario sensu*.

Por lo anterior, tras el análisis de las posibles violaciones de derecho internacional que podría cometer un Estado por llevar a cabo actividades de espionaje, se concluye que no se vulnera ninguna de las obligaciones mencionadas por cometer espionaje en sí, sin embargo, algunas pueden verse vulneradas por los métodos y medios empleados o por el uso posterior que se le dé a esa información, lo que cambiaría la naturaleza de la operación.

¹¹⁸ Cfr. LOTRIONTE, Catherine, Countering State-Sponsored Cyber Economic Espionage Under International Law, Op. Cit., pág. 470; Cfr. ZIOLKOWSKI, Katharina (ed.), Peacetime Regime for State Activities in Cyberspace. International Law, International Relations and Diplomacy, Op. Cit. pág. 436.

¹¹⁹Cfr. “Convenio de París para la Protección de la Propiedad Industrial”, París, Francia, 20 de marzo de 1883, D.O.F. 5 de marzo de 1976, artículo 10 bis (1).

¹²⁰ Cfr. CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, “*Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited*,” (Belgica c. España), (Segunda Fase), 1970, pág. 32.

1.3.3 Legalidad del espionaje en tiempos de paz

La tercera perspectiva hace referencia a la legalidad del espionaje en tiempos de paz. De conformidad con la teoría funcional del derecho internacional, el espionaje refuerza la coexistencia y cooperación pacífica de los Estados y las relaciones internacionales.¹²¹ Esto encuentra respaldo en la práctica de muchos Estados y la tolerancia o aquiescencia de otros.

Por lo anterior, el desarrollo de este apartado se divide de la siguiente forma: la práctica consistente y generalizada del espionaje, su función y rol en el orden público internacional, su importancia para la seguridad nacional y derecho de defensa legítima y finalmente se analizará si existe un derecho consuetudinario de los Estados a conducir actividades de espionaje por cuestiones de seguridad nacional.

a) Práctica generalizada del espionaje (Estados y organismos internacionales)

Existe una práctica generalizada y sistemática de espionaje en tiempos de paz por parte de los Estados sobre sus homólogos. Doctrinarios han defendido la legalidad de estas actividades al hacer evidente que se da desde tiempos inmemoriales.

Asimismo, el argumento central se basa en la existencia de oficinas gubernamentales en cada Estado que han institucionalizado las actividades de inteligencia secreta y la ausencia de reclamos oficiales sobre la ilegalidad de estos actos.

¹²¹ Cfr. BAKER, Christopher D., Tolerance of International Espionage: A functional Approach, American University International Law Review, Estados Unidos de América, Vol. 19, No. 5, 2003, pág.1092.

Si bien, existe cierta crítica a esta postura, se tiene que analizar si la práctica del espionaje en tiempos de paz cubre los requisitos que establece el derecho internacional para ser considerado costumbre internacional a la luz del artículo 38 (1) b del “Estatuto de la Corte”: práctica estatal y *opinio iuris sive necessitatis*.¹²² La práctica estatal debe ser general, consistente y uniforme. Por otro lado, la *opinio iuris* es el elemento subjetivo de la norma, el cual refleja la creencia de que tal práctica es vinculante y por lo tanto una norma positiva de derecho internacional.¹²³ En ese orden de ideas, las siguientes situaciones son ejemplos de la práctica reiterada de espionaje por parte de los Estados:

En 1960, el avión espía *Lockheed U-2 Dragon Lady* de Estados Unidos pilotado por Francis Gary Powers fue derribado sobre territorio de la Unión Soviética. Powers, por órdenes de la CIA, sobrevoló territorio soviético con el objetivo de tomar fotografías de silos de misiles intercontinentales y otras instalaciones estratégicas, una planta de procesamiento de plutonio para armamento nuclear. La Unión Soviética derribó la aeronave y argumentó legítima defensa.¹²⁴ Estados Unidos admitió que cometió espionaje y lo defendió tras la protesta oficial de la Unión Soviética.¹²⁵

¹²² Cfr. CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, “*Continental Shelf*” (Libia c. Malta) (Fondo), 3 de junio de 1985, págs. 29-30.

¹²³ Cfr. CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, “*North Sea Continental Shelf Cases*”, (Alemania c. Dinamarca; Alemania c. Países Bajos), (Fondo), 20 de febrero de 1969, págs. 42- 43.

¹²⁴ Cfr. LERNER, K. Lee, *et al.*, Encyclopedia of Espionage, Intelligence, and Security, Op. Cit., págs. 179 – 182 : “*U-2 Incident*”.

¹²⁵ Cfr. Department of State Bulletin, 23 de mayo de 1960, disponible en: www.avalon.law.yale.edu, págs. 818-819.

En 1968, el USS Pueblo, buque espía estadounidense fue capturado por Corea del Norte. El buque se encontraba en una misión para determinar las ubicaciones de puestos radar en tierra y evaluar la capacidad naval bélica de Corea del Norte, así como seguir el movimiento de las unidades navales soviéticas en aguas coreanas. Si bien, Estados Unidos, admitió de forma escrita, la comisión de espionaje en contra de Corea del Norte, esto no significó una protesta oficial de Corea del Norte sobre la legalidad o ilegalidad del espionaje.¹²⁶

En 2013, el New York Times, reveló que la Agencia de Seguridad Nacional de Estados Unidos de América había intervenido sistemas de cómputo de la policía y cárteles de la droga en México con equipo de radiofrecuencia instalado en sus propias computadoras, mediante el programa llamado 'Quantum', que también fue utilizado para penetrar sistemas militares rusos, al ejército chino, instituciones de comercio de la Unión Europea, Pakistán, India y Arabia Saudita.¹²⁷

En 2019, China acusó a un ex diplomático canadiense de haber cometido espionaje y obtener información de Estado y datos de inteligencia desde 2017.¹²⁸

Si bien, existe práctica internacional del espionaje en tiempos de paz, el problema yace en probar que los Estados lo consideran un derecho y lo defienden. Es decir,

¹²⁶ Cfr. LERNER, K. Lee, *et al.*, Encyclopedia of Espionage, Intelligence, and Security, S.N.E. Thompson Gale, Estados Unidos de América, Vol. 2, 2004, págs. 456 – 458, “*USS-Pueblo Incident*”.

¹²⁷ Cfr. “La NSA implantó programas de vigilancia en 100.000 ordenadores de todo el mundo. China, Rusia y México, principales objetivos de 'Quantum'”, RTVE.es, 15 de enero de 2014, disponible en: www.rtve.es/noticias/20140115/nsa-implanto-programas-vigilancia-100000-ordenadores-todo-mundo/849300.shtml.

¹²⁸ Cfr. “Informan de la detención en China de un ex diplomático canadiense en plena tensión por el caso Huawei”, BBC News Mundo, 11 de diciembre de 2018, disponible en: www.bbc.com/mundo/noticias-internacional-46529872.

el problema legal es evidenciar la existencia de una *opinio iuris*, ya que por lo general cuando se descubre la comisión de actividades de espionaje, las declaraciones oficiales de los Estados son condenatorias.¹²⁹ En ese sentido, se puede inferir que existe cierta contradicción entre la práctica general del espionaje y la concepción de que esto sea legal y por lo tanto un derecho u obligación de derecho internacional.

Por lo anterior, no se puede concluir que exista una norma general consuetudinaria que permita que se conduzcan actividades de todo tipo de espionaje basado en la práctica de los Estados.

No obstante, la inexistencia de una norma general que admita el espionaje entre Estados, permite reflexionar sobre la función y el rol que tienen las actividades de inteligencia secreta para el desarrollo de las relaciones internacionales.

b) Función y rol de las actividades de inteligencia en el orden público internacional

Como se menciona en el primer apartado de este capítulo, la función principal de la inteligencia de forma general, es la toma de decisiones estratégicas a partir del conocimiento. En ese sentido, la inteligencia es necesaria para llevar a cabo una planeación adecuada de políticas y cooperación internacional en aras de fortalecer un orden público internacional.

No existe una noción universal y aceptada de orden público, sin embargo, el jurista H. Lautherpacht en su voto particular concurrente del caso *Concerning the*

¹²⁹ Cfr. "President Obama's Full NSA Speech", 17 de enero de 2014, disponible en: www.youtube.com/watch?v=p4MKm2uFqVQ; "Brazilian president: US surveillance a 'breach of international law'", The Guardian, 24 de septiembre de 2013, disponible en: www.theguardian.com/world/2013/sep/24/brazil-president-un-speech-nsa-surveillance.

Application of the Convention of 1902 Governing the Guardianship of Infant, lo definió de esta forma:

*“La noción de **orden público** generalmente es utilizada en dos sentidos: aplicada en relación con esferas específicas del Derecho, como son leyes relacionadas con el territorio, leyes penales, ley policial, legislación relativa al bienestar, salud y seguridad, y similares; desde esta perspectiva, el desarrollo infantil claramente caería en la definición de orden público. Por otra parte, se recurre al término en referencia a, de forma más general, concepciones nacionales básicas de derecho, moral y decencia...”*¹³⁰

En ese sentido, siempre que se alude a la noción de orden público, en realidad es por una cuestión del derecho interno de cada Estado y no de derecho internacional o derecho extranjero.

La definición de orden público internacional escapa al presente trabajo, no obstante, cuando se emplea el término se tiene que considerar que este encuentra respaldo en los conceptos jurídicos fundamentales y los principios base del sistema internacional: consentimiento, buena fe y reciprocidad.¹³¹

¹³⁰ Cfr. CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, “*Case Concerning the Application of the Convention of 1902 Governing the Guardianship of Infant*”, (Países Bajos c. Suecia), (Fondo), Voto particular concurrente Juez Sir Hersch Lauterpacht, 28 de noviembre de 1958 pág. 91: “... *The notion of **ordre public** is generally used in two meanings: It is either applied as referring to specific spheres of the law, such as territorial laws, criminal laws, police laws, laws relating to national welfare, health and security, and the like; from this point of view, protective upbringing clearly comes within the notion of **ordre public**. Secondly, it is resorted to as embracing, more generally, fundamental national conceptions of law, decency and morality. ...”.*

¹³¹ Cfr. HIGGINS, Rosalyn, *Problems and Process: International Law and How We Use It*, S.N.E., Oxford University Press, Nueva York, 1994, pág. 2.

En otras palabras, se puede decir que el orden público internacional descansa en la facilidad y fluidez de las relaciones internacionales. Para que esto pueda darse, se necesita que los Estados actúen de buena fe, cooperen de forma recíproca y se garantice la seguridad internacional.

Por ello es fundamental el rol de la inteligencia para la toma de decisiones conjuntas que garanticen la seguridad internacional y el funcionamiento del sistema en sí.¹³²

Desde la perspectiva internacional, el orden jurídico interno de cada Estado se mantiene intacto en tanto no vea amenazada su soberanía. Es decir, integridad territorial, independencia política y seguridad nacional.

c) Seguridad nacional y derecho de defensa legítima

Uno de los argumentos de la legalidad del espionaje es que ésta deriva del derecho al ejercicio de legítima defensa, ya que, mediante la información recopilada, un Estado puede prevenir un ataque armado o amenaza inminente en determinadas circunstancias en aras de proteger su seguridad nacional.¹³³ Bajo esta lógica, el espionaje es considerado una técnica jurídica necesaria que permite salvaguardar las fronteras nacionales.¹³⁴

Los Estados tienen derecho al uso de la fuerza como medio de legítima defensa siempre y cuando sea en respuesta a un ataque armado y esta sea necesaria y

¹³² Cfr. MCDUGAL, Myres S., *et al.*, *The Intelligence Function and World Public Order*, Op. Cit., pág. 365- 370.

¹³³ Cfr. BAKER, Christopher D., *Tolerance of International Espionage: A functional Approach*, Op. Cit., pág. 1095.

¹³⁴ *Idem.*

proporcional al ataque recibido.¹³⁵ Bajo este riguroso esquema, el elemento que detonaría el ejercicio del derecho a la legítima defensa es el ataque armado.

No obstante, algunos mandatarios han justificado ataques armados, ocupación y diversas maniobras militares, así como políticas disuasivas, con base en las doctrinas de legítima defensa preventiva y legítima defensa anticipada. Esto respaldado por doctrinarios.

El espionaje es relevante para el ejercicio de legítima defensa, ya sea con una interpretación restrictiva o con base en una interpretación amplia, donde se dota de sentido a ambas doctrinas mencionadas. Ya que, para llevar a cabo una respuesta proporcional al ataque sufrido, se necesita información estratégica, clasificada, que únicamente se obtiene por actividades de inteligencia secreta. Por otro lado, llevar a cabo un ataque que prevenga una amenaza inminente, se necesita completamente de información detallada y específica para justificar la necesidad y proporcionalidad de los actos.

El artículo 51 de la Carta, impone a los Estado un elemento extra para ejercer la defensa legítima, esto es dar aviso al Consejo de Seguridad, que el Estado hará uso de su derecho de legítima defensa.

Conforme a la Carta, corresponde al Consejo de Seguridad clasificar un suceso como amenaza a la paz y seguridad internacional. En ese sentido, el Consejo de

¹³⁵ Cfr. "Carta de las Naciones Unidas", San Francisco, Estados Unidos de América, 25 de junio de 1945, D.O.F. 17 de octubre de 1945, Artículo 51; CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, "*Case Concerning Military and Paramilitary Activities in and Against Nicaragua*", (Nicaragua c. Estados Unidos de América), (Fondo) 27 de junio de 1986, pág.86, para 194; CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, "*Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*", (Opinion Consultiva), 9 de julio de 2004, pág 194, para. 139.

Seguridad necesita evidencia e información para poder llevar a cabo su principal función y que se obtiene a través de inteligencia.

En su resolución 2396 del 21 de diciembre de 2017, el Consejo de Seguridad instó a los Estados Miembros de Naciones Unidas a intercambiar y modernizar sistemas de inteligencia que les permitan combatir las posibles amenazas terroristas, reconoció que las actividades de inteligencia secreta se llevan a cabo, y sugiere que dichas actividades están permitidas y deben ser implementadas con un sentido específico.¹³⁶

En ese sentido, se observa que Estados respaldados por el Consejo de Seguridad con la finalidad de salvaguardar su seguridad nacional, llevan a cabo actividades de espionaje que no son ilegales *per se*, por el contrario pueden derivarse su legalidad de esta finalidad y del derecho de legítima defensa.

d) Derecho consuetudinario a espiar por cuestiones de seguridad nacional

Finalmente, resta analizar si esta práctica recurrente que encuentra fundamento en dos posibles bases jurídicas, puede configurarse como un derecho y cuál sería su naturaleza jurídica.

Los Estados llevan a cabo actividades de espionaje en tiempos de paz sobre otros Estados, el objetivo de estas actividades es la salvaguarda de su seguridad nacional.

¹³⁶ Cfr. ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS, Consejo de Seguridad, Resolución 2396 “*Threats to international peace and security caused by terrorist acts – foreign terrorist fighters*,” S/RES/2396, 22 de diciembre de 2017, disponible en: [https://undocs.org/es/S/RES/2396\(2017\)](https://undocs.org/es/S/RES/2396(2017)), págs. 1 – 15.

En ese sentido, los Estados tienen un derecho soberano a espiar o realizar actividades de inteligencia secreta que deriva de su derecho consuetudinario a sobrevivir, con la finalidad de salvaguardar su seguridad e integridad, derecho que se ve expresado en el ejercicio de su legítima defensa.¹³⁷ Esto encuentra respaldo en las posturas oficiales de los Estados, su legislación interna y justificación cuando son cuestionados por la implementación de estas actividades.¹³⁸

Para ejemplificar lo anterior, en el año 2013 tras las protestas de ciudadanos norteamericanos por el programa de vigilancia masiva “PRISM”, el ex presidente de los Estados Unidos Barack Obama, aseguró que la finalidad del citado programa era la prevención de posibles amenazas a la seguridad nacional, tras una breve semblanza histórica de la importancia de la inteligencia secreta en la historia de ese país.¹³⁹

Por lo anterior, podemos concluir que si bien no hay un derecho consuetudinario general al espionaje y que derivado de los medios y métodos empleados este podría vulnerar el derecho internacional, existe de forma consuetudinaria un derecho a espiar por cuestiones de seguridad nacional reconocido por los Estados.

¹³⁷ Cfr. CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, “*Legality of The Threat or Use of Nuclear Weapons*”, (Opinión Consultiva), 8 de julio de 1996, para. 236.

¹³⁸ Cfr. Intelligence Services Act 2001, No. 152, 2001, Compilation No. 29, Australia, 11 May 2018, disponible: <https://www.legislation.gov.au/Details/C2018C00160>; National Intelligence Law of the People's Republic of China, China, 27 de abril de 2018, disponible: http://www.pkulaw.cn/fulltext_form.aspx?Db=chl&Gid=313975.

¹³⁹ Cfr. New York Times, Obama’s Speech on N.S.A. Phone Surveillance: <https://nyti.ms/2x9jGL3>.

1.4 Conclusiones

Primera. El espionaje es la recopilación de datos de forma secreta

Segunda. El espionaje es una práctica reiterada de los Estados

Tercera. No existe una prohibición expresa del espionaje

Cuarta. El espionaje *per se* no viola el derecho internacional

Quinta. El espionaje en tiempos de guerra se encuentra regulado

Sexta. El espionaje en tiempos de paz no está regulado

Séptima. El espionaje es un acto no amistoso entre las naciones, pero tolerado

Octava. La comunidad internacional no se ha pronunciado en contra de estas actividades

Novena. Las cortes internacionales no han emitido fallos respecto de la legalidad o ilegalidad del espionaje

Décima. El espionaje es un derecho consuetudinario de los Estados que proviene del derecho a la seguridad nacional, que a su vez deriva del derecho a sobrevivir.

Capítulo 2

Derecho de los Tratados

*“...who, where expelled
from the academies for crazy...”
A.Ginsberg.*

El derecho de los tratados o derecho convencional y el derecho consuetudinario son los pilares del derecho internacional general. El primero encuentra su origen en la máxima *pacta sunt servanda*, norma imperativa de derecho internacional.¹⁴⁰

Si bien, el derecho consuetudinario precede en existencia al derecho convencional, la importancia del derecho de los tratados yace en la certeza jurídica, flexibilidad, velocidad, participación y en el consentimiento ostensible de los Estados o sujetos que aceptan y se vinculan a las obligaciones que emanan de esos instrumentos.

Los redactores de la “Convención de Viena Sobre el Derecho de los Tratados de 1969” intentaron recopilar la mayor parte de las reglas consuetudinarias del derecho de los tratados para que esta se erigiera como un instrumento universal único, producto del fenómeno codificadorio.¹⁴¹

¹⁴⁰ Cfr. GUTIÉRREZ BAYLÓN, Juan de Dios, *Derecho de los Tratados*, 1ª ed. Porrúa, México, 2010, pág.1; KOLB, Robert, *The Law of Treaties an Introduction*, S.N.E., E. Elgar, Reino Unido, 2016, pág. 2; VILLIGER, Mark E., *Commentary on the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties*, S.N.E., Martinus Nijhoff, Leiden, 2009, pág. 362; McNAIR, Lord, *The Law of Treaties*, S.N.E., Oxford University Press, Reino Unido, 1961, pág. 35.

¹⁴¹ Cfr. ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS, COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL, *Draft Articles on the Law of Treaties with commentaries*, Doc. A/CN.4/187, adoptado en la 18ª sesión 1966. http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/draft_articles/1_1_1966.pdf.

No obstante, no tuvo el éxito que se esperaba, por lo que el referido instrumento es insuficiente para regular el régimen del derecho de los tratados. Estableciendo un sistema de normas que funcionan en ocasiones como *lex specialis* y en otras circunstancias como un sistema de normas residual.

En ese sentido, en el presente capítulo se abordarán las características generales del derecho de los tratados.

2.1 Concepto y características propias del Tratado

Bajo el derecho internacional general un acuerdo internacional es un consenso de voluntades expreso o tácito entre dos o más sujetos de derecho internacional. El término tratado se encuentra reservado a los instrumentos de forma escrita.¹⁴²

El elemento legal más importante es el consentimiento de las partes que expresa su voluntad para vincularse de forma recíproca. Esto es en sí, una expresión de soberanía.¹⁴³

El consentimiento puede ser tácito o expreso. El segundo se expresa en un instrumento escrito, intercambio de notas o incluso de manera verbal, contrario a lo anterior, cuando se habla de consentimiento tácito se hace referencia al principio *actas concludentes* o aquiescencia,¹⁴⁴ que se entiende como la inacción o el silencio de una de las partes que involucra aceptación.

¹⁴² Cfr. KOLB, Robert, *The Law of Treaties an Introduction*, Op. Cit., pág. 16.

¹⁴³ Cfr. CORTE PERMANENTE DE JUSTICIA INTERNACIONAL, “*Case of the S.S. Wimbledon*,” (Reino Unido, Francia, Italia y Japon c. Alemania, (Fondo), Serie A, No. 1, 1923, pág 25; McNAIR, Lord, *The Law of Treaties*, Op. Cit., pág. 206.

¹⁴⁴ Cfr. CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, “*Case Concerning Temple of Preah Vihear*,” (Camboya c. Tailandia), (Fondo), 15 de junio de 1962, pág. 23; CORTE

En el caso de *Eastern Greenland* de la Corte Permanente de Justicia Internacional, el Juez Anzilotti argumentó la existencia de una aceptación tácita de la soberanía danesa por parte del Ministro de Relaciones Exteriores Noruego, cuando este aseguró no interponer algún tipo de dificultad en la solución de la controversia.¹⁴⁵ Es decir por un acto/inacción del Estado.

Otro elemento a considerar, es que un tratado internacional únicamente puede celebrarse por los sujetos que tengan la capacidad de realizarlo bajo el derecho internacional.

En esa línea de ideas, los tratados internacionales producen efectos legales, es decir derechos y obligaciones de derecho internacional. Es importante destacar que no es lo mismo un contrato internacional y un tratado internacional.¹⁴⁶ Un contrato internacional, únicamente posee cláusulas de elección de foro, pero en sí su contenido no es regulatorio o sujeto del derecho internacional.

INTERNACIONAL DE JUSTICIA, “*Case Concerning Delimitation of the Maritime Boundary in the Gulf of Maine Area*”, (Canadá/Estados Unidos de América), (Fondo), 12 de octubre de 1984, pág. 305, para. 130.

¹⁴⁵ Cfr. CORTE PERMANENTE DE JUSTICIA INTERNACIONAL, “*Legal Status of Eastern Greenland*”, (Dinamarca c. Noruega), (Fondo), Serie A/B. No. 53, Voto particular Disidente del juez Anzilotti, 5 de abril de 1933, pág. 88.

¹⁴⁶ Cfr. GUTIÉRREZ BAYLÓN, Juan de Dios, Derecho de los Tratados, Op. Cit., pág 3; TRIBUNAL ARBITRAL AD-HOC, “*Texaco Overseas Petroleum Company v. The Government of the Libyan Arab Republic*”, (Fondo), 19 de enero de 1977, pág. 182: “...arbitrator made it clear that international law governing contractual relations between a State and a foreign private party means neither that the latter is assimilated to a State nor that the contract is assimilated to a treaty. It only means that 'for the purposes of interpretation and performance of the contract, it should be recognized that a private contracting party has specific international capacities...”.

Por el contrario, un tratado debe estar regulado por derecho internacional, esto es que el ámbito de aplicación y efectos legales dependan y corresponden a ese sistema. Asimismo, son reconocidos como una fuente del derecho internacional de conformidad con el artículo 38 (1) (a) del “Estatuto de la Corte Internacional de Justicia.”¹⁴⁷

El derecho de los tratados es un régimen específico dentro del derecho internacional.¹⁴⁸ Es decir, al contar con un acuerdo de voluntades en donde se manifiesta la intención de vincularse a cierto grupo de obligaciones sobre un tema o varios en específico, en ocasiones facilita la determinación del derecho aplicable en ciertas circunstancias. Funciona como *lex specialis*.¹⁴⁹

La “Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados” en su artículo 2, codifica la definición consuetudinaria de tratado: “... *acuerdo internacional celebrado por escrito entre Estados y regido por el*

¹⁴⁷ Cfr. PELLET, Alain, “Article 38” en ZIMMERMANN, Andrea *et al.*, (editores), *The Statute of the International Court of Justice: A Commentary*, Op. Cit., pág. 736; CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, “*Case Concerning Avena and Other Mexican Nationals*”, (Mexico c. Estados Unidos de América), (Fondo), 31 de marzo de 2004, pág. 38.

¹⁴⁸ Cfr. CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, “*Case Concerning The Gabčíkovo-Nagymaros Project*”, (Hungría/Eslovaquia), (Fondo), 25 de septiembre de 1997, pág. 38; ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS, COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL, “*Fragmentación del Derecho Internacional: Dificultades derivadas de la diversificación y expansión del derecho internacional*”, Op. Cit., .págs. 81-83.

¹⁴⁹ Cfr. CORTE PERMANENTE DE JUSTICIA INTERNACIONAL, “*The case of the S.S. Lotus*” (Francia c. Turquía), (Fondo), Series A, No. 10, 1927, pág.19; “*Tratado sobre la No Proliferación de las Armas Nucleares*, Londres, Moscú y Washington, 1º de julio de 1968, D.O.F. 7 de diciembre de 1968, artículo VII.

*derecho internacional, ya conste en un instrumento único o en dos o más instrumentos conexos y cualquiera que sea su denominación particular...*¹⁵⁰

Esta definición circunscribe el ámbito de aplicación de la Convención y excluye los acuerdos internacionales que no se apeguen a la misma. Se destacan dos elementos de la definición: a) que se pueden celebrar únicamente entre Estados y b) tienen que ser acuerdos por escrito.

De igual forma, la “Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados entre Estados y Organizaciones Internacionales o entre Organizaciones Internacionales de 1986”, en el artículo 2 define un tratado de la siguiente forma:

“...acuerdo internacional regido por el derecho internacional y celebrado por escrito:

- i) entre uno o varios Estados y una o varias organizaciones internacionales; o*
- ii) entre organizaciones internacionales, ya conste ese acuerdo en un instrumento único o en dos o más instrumentos conexos y cualquiera que sea su denominación particular...*¹⁵¹

Lo único que varía en la definición de esta Convención comparada con la “Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969”, son los sujetos

¹⁵⁰ Cfr. “Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados”, Viena, Austria, 23 de mayo de 1969, D.O.F 14 de febrero de 1975, art. 2 (1) a; CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, “Case concerning Maritime Delimitation in the Indian Ocean”, (Somalia c. Kenia), (Excepciones Preliminares), 2 de febrero de 2017, pág. 19, para. 42.

¹⁵¹ Cfr. “Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados entre Estados Y Organizaciones Internacionales o entre Organizaciones Internacionales”, Viena, Austria, 21 de marzo 1986, D.O.F 28 de abril de 1988, art. 1 (a).

que pueden celebrar un tratado internacional, el requisito de que el acuerdo se manifieste por escrito subsiste.

Por lo anterior, se observa que de conformidad con ambas convenciones, únicamente pueden celebrar tratados internacionales los Estados y los organismos internacionales, siempre y cuando sea por escrito.

Es decir, si se llevara a cabo un acuerdo verbal entre dos Estados que genere derechos y obligaciones recíprocas, a la luz de la Convención de Viena de 1969 no sería un tratado internacional. Por lo que se vuelve aplicable e indispensable el derecho consuetudinario en la materia.

Acerca de la terminología que un tratado internacional utilice es indistinto, siempre y cuando colme los demás requisitos; puede ser nombrado: acuerdo, convención, pacto, intercambio de notas, carta, protocolo, minuta acordada, estatuto, etc.¹⁵²

Por último, es importante destacar que el derecho internacional no exige formalismos en este régimen.¹⁵³ Es decir, si bien en el derecho interno se requiere de un procedimiento específico riguroso para validar el consentimiento para vincularse a un tratado, como un mecanismo de control de poderes, el derecho internacional solo requiere de la firma y ratificación del instrumento, o alguna de

¹⁵² Cfr. CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, “*South West Africa cases*”, (Etiopia c. Sudafrica/ Liberia c. Sudafrica), (Excepciones Preliminares), 21 de diciembre de 1962, pág. 331; CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, “*Fisheries Jurisdiction case*”, (Reino Unido c. Islandia), (Competencia), 2 de febrero de 1973, pág.11.

¹⁵³ Cfr. CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, “*Maritime Delimitation and Territorial Questions between Qatar and Bahrain*”, (Qatar c. Bahrain), (Competencia), 1 de Julio de 1994, pág. 120, para. 23.

las formas prescritas en el instrumento mediante el cual se perfeccione el consentimiento. No obstante, esto se abordará en el siguiente punto.

Por lo anterior, para efectos del presente trabajo un tratado internacional es: el acuerdo basado en el consentimiento expreso o tácito de dos o más sujetos de derecho internacional gobernado por el mismo sistema.

2.2 Conclusión de un tratado

La conclusión de un tratado puede variar según los Estados contratantes. En el caso de los tratados bilaterales, las reglas las fijan las partes, es decir, los Estados acuerdan y conducen negociaciones por todos los medios y fijan los plazos, incluso se puede firmar y ratificar en un mismo acto.

En el caso de los tratados multilaterales el proceso es distinto debido al número de participantes involucrados, que regularmente se divide de la siguiente manera: negociación, adopción, firma, ratificación o adhesión, entrada en vigor e implementación.

La primera etapa es la negociación.¹⁵⁴ Esta puede llevarse a cabo en foros de organismos internacionales o en una conferencia especializada sobre el tema.

La conferencia o reunión es convocada por una secretaría establecida por los Estados involucrados o la secretaría del organismo internacional que convoca.

Es menester destacar que resulta indispensable definir las características de los sujetos que pueden participar en este proceso así como su rol y la mayoría a

¹⁵⁴ Cfr. KOLB, Robert, *The Law of Treaties an Introduction*, Op. Cit., pág. 37.

través de la cual será adoptado el texto del instrumento. Por mayoría calificada – dos terceras partes de los Estados presentes y votantes–, por mayoría simple o por consenso – sin votación –.

La negociación tiene que ser de lo más flexible posible. Es una cuestión de confrontar opciones, puntos de vista y posturas, agotar dudas para evitar abusos; esta tiene que ser abierta y pública para los Estados negociantes y de buena fe.¹⁵⁵

Uno de los puntos más importantes es quién puede negociar y tomar decisiones a nombre del Estado.

El derecho consuetudinario establece que en el organigrama jerárquico de un Estado tres individuos pueden llevar a cabo actos a nombre del Estado en todo momento ya que gozan de poderes plenos para hacerlo: el Jefe de Gobierno, el Jefe de Estado y el Ministro de Relaciones Exteriores;¹⁵⁶ quienes son llamados plenipotenciarios.

De conformidad con la “Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969” se entiende por plenos poderes “...*un documento que emana de la autoridad competente de un Estado y por el que se designa a una o varias personas para representar al Estado en la negociación, la adopción o la*

¹⁵⁵ Cfr. KOLB, Robert, *Good Faith in International Law*, S.N.E., Hart publishing, Oxford, Portland y Oregon, 2017, pág. 580.

¹⁵⁶ Cfr. CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, “*Case concerning Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide*”, (Bosnia-Herzegovina c. Yugoslavia), (Excepciones Preliminares), 11 de julio de 1996, pág. 622, para. 44; CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, “*Case concerning Maritime Delimitation in the Indian Ocean*”, (Somalia c. Kenia), (Excepciones Preliminares), 2 de febrero de 2017, pág. 19, para. 43.

*autenticación del texto de un tratado, para expresar el consentimiento del Estado en obligarse por un tratado, o para ejecutar cualquier otro acto con respecto a un tratado...*¹⁵⁷

En ese sentido, cualquier agente estatal que ostente una posición distinta a los tres mencionados necesita un instrumento que le otorgue plenos poderes para celebrar actos a nombre del Estado.

La adopción se da al momento en el que se acepta el texto del instrumento, tras una negociación fructífera conforme a las reglas establecidas en la conferencia o de manera residual conforme a las reglas generales del derecho de los tratados.¹⁵⁸

La adopción es la terminación de la negociación, lo cual significa que el texto no puede ser modificado y el tratado se dispone a firma de los Estados negociantes.

La firma de un tratado, contrario a lo que se piensa, por regla general no significa que el Estado otorga su consentimiento para vincularse al instrumento. No obstante, en muchos tratados bilaterales esta es la forma de expresión del consentimiento para vincularse al mismo.¹⁵⁹ Es decir, en un solo acto.

En ese sentido, únicamente cuando lo determinan las Partes, la firma expresa consentimiento y vinculación en un solo acto. Sin embargo, por regla general la firma tiene efectos legales distintos.

¹⁵⁷ Cfr. "Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados", Viena, Austria, 23 de mayo de 1969, D.O.F 14 de febrero de 1975, Artículo 2 (1) c.

¹⁵⁸ Cfr. KOLB, Robert, *The Law of Treaties an Introduction*, Op. Cit., pág 41.

¹⁵⁹ Cfr. CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, "*Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria*", (Camerún c. Nigeria: Guinea Ecuatorial interviniendo), (Fondo), 10 de octubre de 2002, pág. 429, para. 264.

El primero es la obligación del Estado signatario de no frustrar el objeto y fin del tratado.¹⁶⁰ El segundo es la entrada en vigor de cláusulas transitorias si así lo prevé el tratado.

La ratificación es la manifestación expresa del consentimiento para vincularse al tratado.¹⁶¹ En este momento, el Estado signatario se convierte en Estado contratante, es decir, un Estado Parte del tratado.

Consiste en enviar una carta por parte del plenipotenciario al depositario, quien es el guardián de los instrumentos de ratificación de los Estados Parte. Únicamente los Estados signatarios pueden ratificar el tratado, es indispensable que el Estado haya firmado previamente el tratado, sin embargo, firma y ratificación pueden realizarse en un solo acto.

En sentido estricto, solo los Estados negociantes pueden ratificar el tratado, los Estados que quieren ser parte del tratado una vez que éste ha entrado en vigor, se vinculan al instrumento mediante adhesión.

La adhesión, de conformidad con el artículo 15 de la “Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969”, concierne a terceros Estados del proceso de creación del instrumento.¹⁶²

¹⁶⁰ Cfr. CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, “*Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide*” (Opinion Consultiva,) 28 de mayo de 1951, pág. 21.

¹⁶¹ Cfr. CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, “*North Sea Continental Shelf Cases*”, (Alemania c. Dinamarca; Alemania c. Países Bajos), (Fondo), 20 de febrero de 1969, pág. 25, para. 26.

¹⁶² Cfr. GUTIÉRREZ BAYLÓN, Juan de Dios, Derecho de los Tratados, Op. Cit., pág. 91.

Finalmente, la conclusión de un tratado se da cuando este entra en vigor. Esto es, la fecha designada a partir de la cual el tratado empieza a surtir efectos legales, o en su defecto el número de Estados Partes necesarios. En suma, la entrada en vigor es el momento a partir del cual todos los derechos y obligaciones del tratado son derecho aplicable a los Estados contratantes.

Por regla general el clausulado del tratado contempla los requisitos para su entrada en vigor. No obstante, de no contemplarlo la “Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados” en el artículo 24 (2) codifica la regla residual para la entrada en vigor. Esta establece que un tratado entrará en vigor cuando todo el número de Estados negociantes ratificaron el instrumento.

De conformidad con la “Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados”, la aplicación provisional de un tratado puede darse cuando: *“...a) si el propio tratado así lo dispone: o b) si los Estados negociadores han convenido en ello de otro modo...”*.

En ese sentido, la aplicación provisional de un tratado se da con base en una cláusula del tratado o en un acuerdo colateral entre la totalidad o algunos Estados parte del instrumento. El tratado puede ser aplicado de forma provisional en su totalidad o en parte, las especificidades dependen de la cláusula o acuerdo colateral celebrados.

2.2.1 Reservas

Las reservas son actos unilaterales de los Estados al firmar, ratificar, aceptar o aprobar un tratado o al adherirse a él, con objeto de excluir o modificar los efectos

jurídicos de ciertas disposiciones del tratado en su aplicación a ese Estado.¹⁶³ Su régimen se encuentra comprendido del artículo 19 al 23 de la “Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados”.

En otras palabras, actos unilaterales mediante los que el Estado pretende excluir o modificar la aplicación de alguna de las cláusulas del tratado. No obstante, no todas las cláusulas son reservables, tampoco se puede presumir una reserva, por lo que se necesita atender caso por caso.¹⁶⁴

La Corte Internacional de Justicia en su opinión consultiva *Reservations to the Genocide Convention* de 1951, destacó que las reservas al clausulado de una convención tienen que ser analizadas a la luz del objeto y fin del tratado.¹⁶⁵

De igual forma, los Estados Partes pueden objetar o formular reservas a las reservas realizadas por otros Estados, lo cual obligaría a los Estados en cuestión a negociar de forma bilateral el punto.

Las declaraciones interpretativas son un tipo de reservas mediante las que un Estado dota de sentido una cláusula del tratado para efectos de su ordenamiento interno.¹⁶⁶ Es decir, es una interpretación propia del Estado que no busca modificar u objetar la cláusula del tratado frente a los demás Estados parte.

¹⁶³ Cfr. KOLB, Robert, *The Law of Treaties an Introduction*, Op. Cit., pág. 65; “Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados”, Viena, Austria, 23 de mayo de 1969, D.O.F 14 de febrero de 1975, artículo 2 (1) d.

¹⁶⁴ Cfr. CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, “*Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide*”, (Opinión Consultiva), 28 de mayo de 1951, pág. 22.

¹⁶⁵ *Ibidem*. págs. 26-27.

¹⁶⁶ Cfr. GUTIÉRREZ BAYLÓN, Juan de Dios, *Derecho de los Tratados*, Op. Cit., pág. 89.

La validez de las reservas a un tratado es un tema sinuoso en el derecho internacional.

De conformidad con la “Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969”, cuando no se cumpla con alguno de los requisitos establecidos en artículo 20 párrafo 2 ó 3, la reserva será nula o inválida.

En el caso de las reservas formuladas en contra de una cláusula expresa del tratado, éstas no tendrán efectos legales salvo que sean aceptadas por todas las Partes contratantes del tratado.¹⁶⁷

Por último, cuando se formula una reserva contraria al objeto y fin del tratado, se tiene que recurrir a las reglas de interpretación general y subsidiaria para dar con tal objeto y fin, y de resultar contraria la reserva al mismo, ésta sería nula.

Se destaca que en tratados bilaterales no hay posibilidad de formular reservas, ya que si una de las Partes no está conforme con alguna cláusula se tiene que negociar su contenido.

2.2 Interpretación de los Tratados

La interpretación es la actividad por antonomasia del jurista. Es el corazón de la profesión del estudioso del derecho que se encuentra más cerca de ser arte que ciencia.¹⁶⁸

¹⁶⁷ Cfr. “Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados”, Viena, Austria, 23 de mayo de 1969, D.O.F 14 de febrero de 1975, artículo 20.

¹⁶⁸ Cfr. ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS, COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL, ‘*Draft Articles on the Law of Treaties with commentaries*’, Op. Cit., pág. 218, para. 4.

Podemos definir interpretación como la actividad intelectual mediante la cual se descubre el significado de un precepto jurídico.¹⁶⁹

La regla general de interpretación de los tratados es un principio de derecho internacional consuetudinario.¹⁷⁰ Tiene su origen en la máxima jurídica *ut res magis valeat quam pereat*.¹⁷¹ La cual hace referencia a la efectividad de la interpretación de la norma, es decir se debe dotar de sentido, sin que este contravenga el espíritu de la convención u objeto y fin del mismo.

El artículo 31 de la “Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969” codifica la regla general de interpretación de los tratados:

“31. Regla general de interpretación. I. Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin. ”

La regla cuenta con cuatro elementos que conforme al proceso interpretativo constituye una norma flexible que da un lugar importante al consentimiento de las partes, considerando el contexto en el que lo otorgaron y la intención de las Partes negociantes de tal Convención.

¹⁶⁹ Cfr. GARNER, Brian A., Black’s Law Dictionary, Op. Cit., pág 954.

¹⁷⁰ Cfr. CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, “Case Concerning Avena and Other Mexican Nationals”, (México c. Estados Unidos de América), (Fondo), 31 de marzo de 2004, pág. 48, para. 83.

¹⁷¹ Cfr. ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS, COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL, ‘Draft Articles on the Law of Treaties with commentaries’, Op. Cit., pág. 219; CORTE PERMANENTE DE JUSTICIA INTERNACIONAL, “Case of the Free Zones of Upper Savoy and the District of Gex”, (Francia/Suiza), (Orden), Serie A, No. 22, 19 de agosto de 1929, pág. 13.

El primer elemento es el de buena fe, que se encuentra íntimamente relacionado con el principio *pacta sunt servanda*, base del derecho internacional convencional. Establece que se debe realizar una interpretación razonable de los términos, para evitar interpretaciones abusivas.¹⁷²

En esta línea de ideas, el elemento de buena fe que obliga a realizar una interpretación razonable, refuerza al segundo elemento: el sentido corriente de los términos del tratado.

Por sentido corriente de los términos del tratado, se entiende la interpretación literal del texto. Es la primera vía para descubrir la intención de las Partes. Esto conforme al sentido común, que va de acuerdo con las circunstancias razonables, *usus loquendi*, y la citada buena fe.¹⁷³

Se hace notar que, para tener una interpretación literal razonable de los términos del tratado, ésta se debe realizar de acuerdo a los dos últimos elementos de la regla: el contexto y el objeto y fin del tratado.

Para interpretar el contexto, el mismo artículo 31 en el párrafo 2 menciona que se debe de tomar en cuenta lo siguiente: “...*además del texto, incluidos su preámbulo y anexos*”:

¹⁷² Cfr. CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, “*Case Concerning Rights of Nationals of the United States of America in Morocco*”, (Francia c. Estados Unidos de América), (Fondo), 1952, pág 212; KOLB, Robert, *Good Faith in International Law*, Op. Cit., pág. 260.

¹⁷³ Cfr. ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS, COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL, ‘*Draft Articles on the Law of Treaties with commentaries*’, Op. Cit., pág. 221; KOLB, Robert, *The Law of Treaties an Introduction*, Op. Cit., pág.136.

a) todo acuerdo que se refiera al tratado y haya sido concertado entre todas las partes con motivo de la celebración del tratado:

b) todo instrumento formulado por una o más partes con motivo de la celebración del tratado y aceptado por las demás como instrumento referente al tratado;

3. Juntamente con el contexto, habrá de tenerse en cuenta:

a) todo acuerdo ulterior entre las partes acerca de la interpretación del tratado o de la aplicación de sus disposiciones:

b) toda práctica ulteriormente seguida en la aplicación del tratado por la cual conste el acuerdo de las partes acerca de la interpretación del tratado:

c) toda forma pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes...”

Por lo anterior, un documento unilateral no puede formar parte del contexto, no obstante, si se trata de un acuerdo posterior suscrito por los Estados Parte del tratado principal, para dar luz a alguna de las cláusulas, se debe entender que ese acuerdo es parte del contexto y por lo tanto parte del tratado principal.¹⁷⁴

¹⁷⁴ Cfr. CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, “*Ambatielos Case*”, (Grecia c. Reino Unido), (Excepciones Preliminares), 1 de julio de 1952, pág. 44.

De igual forma, se debe considerar la práctica subsecuente de los Estados Partes, ya que ésta es evidencia objetiva de la interpretación que las Partes le dan al instrumento.¹⁷⁵

Dentro de ese contexto es menester mencionar que las Partes deben observar el derecho internacional aplicable al momento en el que se circunscribe el tratado.¹⁷⁶

Es decir, el sistema de normas convencionales o consuetudinarias que vinculan a los Estados Parte, así como las reglas de observancia general que son la base del orden público internacional.¹⁷⁷

Por último, un tratado debe de ser interpretado conforme a su objeto y fin.¹⁷⁸ Este elemento de la regla general, hace referencia a la esencia de las normas contenidas en el clausulado, *ratio legis*, a la naturaleza jurídica de la convención y a la intención de las Partes.¹⁷⁹

¹⁷⁵ Cfr. CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, “*The Corfu Channel Case*”, (Reino Unido c. Albania), (Fondo), 9 de abril de 1949, pág. 25, KOLB, Robert, *The Law of Treaties an Introduction*, Op. Cit., pág. 143.

¹⁷⁶ Cfr. CORTE PERMANENTE DE ARBITRAJE, “*Island of Palmas case*”, (Países Bajos c. Estados Unidos de América), UNRIAA Vol. II, 4 de abril de 1928, pág. 845.

¹⁷⁷ Cfr. CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, “*Case Concerning the Application of the Convention of 1902 Governing the Guardianship of Infant*”, (Países Bajos c. Suecia), (Fondo), Voto particular concurrente Juez Sir Hersch Lauterpacht, 28 de noviembre de 1958, págs. 92-93.

¹⁷⁸ Cfr. CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, “*Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia, (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970)*”, (Opinion Consultiva), 21 de junio de 1971 pág. 30, para. 50.

¹⁷⁹ Cfr. KOLB, Robert, *The Law of Treaties an Introduction*, Op. Cit., pág.145.

El objeto y fin de un tratado puede derivarse del título, del preámbulo, e incluso del clausulado del instrumento en cuestión.¹⁸⁰ La obligación consiste en no hacer una interpretación contraria al mismo, puesto que supondría un fraude a la ley.

La “Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969”, en el artículo 32, contempla medios complementarios de interpretación que son: los trabajos preparatorios, *travaux préparatoires* y las circunstancias de la celebración del tratado.¹⁸¹

Las Partes o el juzgador se pueden apoyar en los medios complementarios citados para confirmar la interpretación realizada conforme a la regla general o cuando la aplicación del artículo 31: “...a) *deje ambiguo u oscuro el sentido; o b) conduzca a un resultado manifiestamente absurdo o irrazonable...*”¹⁸².

En el caso Avena de 2004, la Corte Internacional de Justicia, utilizó los trabajos preparatorios de la “Convención de Viena sobre Relaciones Consulares de 1963”,

¹⁸⁰ Cfr. CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, “*Question of the Delimitation of the Continental Shelf between Nicaragua and Colombia beyond 200 nautical miles from the Nicaraguan Coast*”, (Nicaragua c. Colombia), (Excepciones Preliminares), 17 de marzo de 2016, pág. 118, para. 39; CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, “*Certain Norwegian Loans*”, (Francia c. Noruega), (Excepciones Preliminares), 6 de julio de 1957, pág. 24; CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, “*Maritime Delimitation in the Indian Ocean*”, (Somalia c. Kenia), (Excepciones Preliminares), 2 de febrero de 2017, pág. 19, para. 70.

¹⁸¹ Cfr. “Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados”, Viena, Austria, 23 de mayo de 1969, D.O.F 14 de febrero de 1975, Artículo, 32.

¹⁸² *Idem*; CORTE PERMANENTE DE JUSTICIA INTERNACIONAL, “*Interpretation of the Convention of 1919 Concerning Employment of Women during the Night*”, (Opinion Consultiva), Serie A/B, No. 50, 15 de noviembre de 1932, pág. 380; CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, “*Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide*” (Opinion Consultiva,) 28 de mayo de 1951, págs. 25-26.

para interpretar el alcance y significado de la frase “*sin retraso alguno*” contemplado en el artículo 36 (1) b, para identificar la posible violación de la Convención y por ende determinar la responsabilidad internacional de Estados Unidos.¹⁸³

En ese sentido, se observa que la interpretación del significado o alcance de un término de la cláusula de un tratado es crucial para cumplir o no con las obligaciones que derivan de él.

2.3 Terminación y Suspensión de la aplicación de un Tratado Presente

La terminación de un tratado incluye la extinción del tratado como un todo, es decir, extingue las obligaciones que de él se derivan. Por otro lado, la suspensión de la aplicación del tratado da lugar a la extinción de las obligaciones para los Estados involucrados en cuestión, más no la extinción objetiva del instrumento.¹⁸⁴

El punto en común es que ambas situaciones dan lugar a la extinción de las obligaciones derivadas del tratado.

El problema legal en la mayoría de escenarios sobre terminación, suspensión o la denuncia de un tratado se debe a actos unilaterales de los Estados Parte. Por lo que se vuelve complicado codificar todos los supuestos que dan lugar a la extinción de las obligaciones.¹⁸⁵

¹⁸³ Cfr. CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, “*Case Concerning Avena and Other Mexican Nationals*”, (México c. Estados Unidos de América), (Fondo), 31 de marzo de 2004, pág. 48, para. 83.

¹⁸⁴ Cfr. REUTER, Paul, *Introducción al derecho de los Tratados*, 1º ed., Fondo de Cultura Económica, Ciudad de México, Trad. Eduardo L. Suárez, 1999, pág. 164.

¹⁸⁵ Cfr. KOLB, Robert, *The Law of Treaties an Introduction*, *Op. Cit.*, pág. 208.

Sin embargo, la “Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969”, contiene un apartado que enlista las causales de terminación o suspensión de la aplicación de un tratado. Cabe resaltar que es un sistema de aplicación residual, sin embargo, algunos de los supuestos ahí mencionados son derecho consuetudinario.¹⁸⁶

Para efectos del presente trabajo, solo se analizarán las causales de terminación que son costumbre internacional.

Por regla general, un tratado internacional puede darse por terminado por el consentimiento de las Partes.¹⁸⁷ El cual puede expresarse de diversas formas, por ejemplo: la inclusión de una cláusula de terminación después de cierto tiempo, cuando se da el cumplimiento del objeto del tratado, la conclusión de un acuerdo ulterior, etc.

No obstante, es común que el tratado sea omiso sobre su terminación. En ese sentido, la “Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados” prevé el procedimiento de denuncia que un Estado Parte debe seguir para terminar un tratado o en caso de un tratado multilateral desvincularse de las obligaciones adquiridas.¹⁸⁸

¹⁸⁶ Cfr. “Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados”, Viena, Austria, 23 de mayo de 1969, D.O.F 14 de febrero de 1975. Artículos 54 – 64.

¹⁸⁷ Cfr. REUTER, Paul, Introducción al derecho de los Tratados, Op. Cit., pág. 164.

¹⁸⁸ Cfr. “Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados”, Viena, Austria, 23 de mayo de 1969, D.O.F 14 de febrero de 1975. Artículo 65.

Existen otras causales de terminación de un tratado cuando se da por cuestiones distintas al consentimiento de las Partes o por su silencio sobre la terminación del mismo.

En el caso *Gabčíkovo-Nagymaros Project* de 1996, la Corte Internacional de Justicia analizó tres causales de terminación del tratado, independientes del consentimiento de los Estados Partes, y determinó que son derecho consuetudinario: a) terminación de un tratado o suspensión de su aplicación como consecuencia de su violación, b) imposibilidad subsiguiente de cumplimiento y c) cambio fundamental en las circunstancias.

a) Terminación de un tratado o suspensión de su aplicación como consecuencia de su violación

El artículo 60 de la “Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969” establece que en caso de que una de las Partes del Tratado cometa una violación grave al mismo, otorga la posibilidad a los otros Estados contratantes de terminar o suspender la aplicación del tratado.

Esta causal únicamente es aplicable si se prueba una violación sustancial del tratado cometida un Estado Parte, lo que le da derecho a la otra Parte a invocar tal violación como un motivo para rescindir el tratado.

La violación de otras reglas del tratado o de las normas del derecho internacional general puede justificar la adopción de ciertas medidas, incluidas las

contramedidas, por parte del Estado lesionado, pero no constituye un motivo de rescisión en virtud del derecho de los tratados.¹⁸⁹

Es decir, si existe una violación al tratado de cualquier naturaleza, detona efectos legales en el régimen de responsabilidad internacional, incluyendo la posibilidad de solicitar una reparación, pero únicamente las violaciones sustanciales al tratado dan pauta a reclamar su terminación.

b) Imposibilidad subsiguiente de cumplimiento

Ad impossibilia nemo tenetur, es el principio detrás de este supuesto de terminación de un tratado. La “Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969” en el artículo 61 codifica esta norma consuetudinaria.

En esencia, si un objeto indispensable para dar cumplimiento al tratado desaparece o se destruye de forma definitiva, se puede demandar la terminación del tratado.

En el citado caso *Gabčíkovo-Nagymaros Project*, la Corte Internacional de Justicia desestimó la aplicación del supuesto, debido a que existían los medios necesarios en el tratado para renegociar los términos y dar cumplimiento a las obligaciones de las Partes.

¹⁸⁹ Cfr. CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, “*Case Concerning The Gabčíkovo-Nagymaros Project*”, (Hungría/Eslovaquia), (Fondo), 25 de septiembre de 1997, pág. 65, para. 106.

De igual forma, estableció que una Parte no puede invocar la causal de imposibilidad subsiguiente de cumplimiento si es el resultado de una violación unilateral o conjunta al tratado que se pretende terminar.¹⁹⁰

c) Cambio fundamental en las circunstancias (*rebus sic stantibus*)

Todos los tratados se negocian y circunscriben considerando ciertas circunstancias de hecho. El artículo 62 de la “Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969”, codifica este principio general.

En ese sentido, para invocar un cambio fundamental de circunstancias como causal de terminación del tratado: debe ser imprevisto, y que la existencia de las circunstancias en el momento de la celebración del tratado debe haber constituido una base esencial del consentimiento de las Partes en obligarse por el mismo. La redacción negativa y condicional del artículo 62 de la “Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados” es una clara indicación de que la estabilidad de las relaciones de los tratados requiere que el motivo de cambio fundamental de las circunstancias se aplique solo en casos excepcionales.¹⁹¹

2.4 Validez y Nulidad

Como se analiza en el capítulo I del presente trabajo, en el derecho internacional es evidente que existen muchos temas que carecen de una regulación clara.

¹⁹⁰ Cfr. CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, “*Case Concerning The Gabčíkovo-Nagymaros Project*”, (Hungría/Eslovaquia), (Fondo), 25 de septiembre de 1997, pág. 66

¹⁹¹ Cfr. CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, “*Case Concerning The Gabčíkovo-Nagymaros Project*”, (Hungría/Eslovaquia), (Fondo), 25 de septiembre de 1997, pág. 65, para. 104; GUTIERREZ BAYLÓN, Juan de Dios, Derecho de los Tratados, Op. Cit., pág 185.

Dentro del derecho de los tratados, un tema poco abordado y relativamente nuevo, son las causales de nulidad, debido a que por mucho tiempo fue un tema inexplorado y subdesarrollado.¹⁹²

Esto es consecuencia del cambio de regulación y enfoque del uso de la fuerza desde 1945. Es decir, muchos tratados de paz anteriores a ese año tenían sustento en la coerción de un Estado o varios sobre otro, por lo cual esta coerción no podía argumentarse como una causa de nulidad del tratado.

En ese sentido, los grandes tratados de paz que forjan la historia de las relaciones internacionales son prototipos de tratados coaccionados.¹⁹³

La Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas, advirtió este problema y desarrolló un capítulo entero sobre nulidad de los tratados que sería incluido en la “Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969”.¹⁹⁴

Esta Convención en su apartado V, que comprende del artículo 42 al 72 establece los supuestos de nulidad, terminación y suspensión de la aplicación de los tratados.

En específico del artículo 46 al 53 se establece las causales de nulidad de un tratado internacional; el cual busca una estabilidad de las relaciones convencionales en el derecho internacional.

¹⁹² *Ibidem*, pág. 148.

¹⁹³ Cfr. KOLB, Robert, *The Law of Treaties an Introduction*, Op. Cit., pág. 89.

¹⁹⁴ Cfr. ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS, COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL, “*Draft Articles on the Law of Treaties with commentaries*”, Op. Cit., págs. 240 – 249.

No obstante, esta regulación tiene que abordarse desde una perspectiva restrictiva, ya que, al invocar alguno de los supuestos comprendidos de manera muy sencilla se puede caer en unilateralismo, lo que amenaza la esencia bilateral/multilateral del régimen convencional que establece el derecho de los tratados.

Por lo anterior, la lista de supuestos de nulidad que contiene la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969 del artículo 46 al 53 es exhaustiva en primera instancia.

2.4.1 Supuestos de nulidad

Ratificación irregular: El artículo 46 de la “Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados”, establece que, si un tratado se ratifica y este acto es contrario a una norma fundamental del derecho interno, se puede invocar la nulidad del tratado.¹⁹⁵

El artículo 46 únicamente hace referencia a la competencia o facultad para concluir tratados. No abarca la compatibilidad material del tratado con el derecho interno de cada Estado.

En ese sentido, establece un test cumulativo que consta de dos elementos: a) que la norma de derecho interno sea fundamental para el mismo, y b) que la violación a ésta sea manifiesta.

¹⁹⁵Cfr. KOLB, Robert, The Law of Treaties an Introduction, Op. Cit., pág. 91.

La primera cuestión es una de proporcionalidad. Ya que únicamente podría analizarse la aplicabilidad del supuesto si la norma en cuestión es intrínseca y fundamental para el orden jurídico interno.

El segundo elemento es la forma en la que se da la violación, debe ser manifiesta. Que se puede entender desde un punto de vista objetivo y un punto de vista subjetivo.

Desde una perspectiva objetiva, una violación manifiesta es aquella que se da cuando el acto celebrado es contrario a los procedimientos de derecho interno de carácter típico, fundamental y son generalmente conocidos o corresponden a la práctica habitual del Estado.¹⁹⁶

Desde el punto de vista subjetivo, algunos procedimientos de derecho interno son más importantes que otros. Por lo que pueden ser menos conocidos, sin embargo, lo relevante sería que el Estado negociante al tener conocimiento que se vulneraría el ordenamiento interno del otro Estado aun así celebre el acto jurídico.¹⁹⁷

Existen varios casos en los que se ha invocado la aplicación del artículo 46 de la “Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969”, no obstante,

¹⁹⁶ *Ibidem*, pág. 95.

¹⁹⁷ Cfr. GUTIÉRREZ BAYLÓN, Juan de Dios, Derecho de los Tratados, Op. Cit., pág 149.

en ninguno de éstos el tribunal ha aceptado los argumentos, ni reconocido la nulidad del tratado por la violación a tal disposición.¹⁹⁸

Restricción específica: En el artículo 47 de la “Convención de Viena de 1969” se establece que:

*“...Restricción específica de los poderes para manifestar el consentimiento de un Estado. Si los poderes de un representante para manifestar el consentimiento de un Estado en obligarse por un tratado determinado han sido objeto de una restricción específica, la inobservancia de esa restricción por tal representante no podrá alegarse como vicio del consentimiento manifestado por él, a menos que la restricción haya sido notificada con anterioridad a la manifestación de ese consentimiento, a los demás Estados negociadores...”*¹⁹⁹

En ese sentido, la restricción específica debe realizarse y hacerse del conocimiento de los Estados negociantes para que ésta sea tomada en cuenta en todo momento. Es una cuestión jurídica de buena fe.

Aunado a lo anterior, el ámbito de aplicación del supuesto del artículo 47 circunscribe a los tratados en los que firma y ratificación se dan en el mismo acto.

¹⁹⁸ Cfr. TRIBUNAL ARBITRAL AD- HOC, “*Case concerning the delimitation of maritime boundary between Guinea-Bissau and Senegal*”, (Guinea-Bissau c. Senegal), (Fondo), UN RIAA, Vol. XX, 31 de julio de 1989, pág. 142; CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, “*Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria*”, (Camerún c. Nigeria: Guinea Ecuatorial interviniendo), (Fondo), 10 de octubre de 2002, pág. 430.

¹⁹⁹ Cfr. “Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados”, Viena, Austria, 23 de mayo de 1969, D.O.F 14 de febrero de 1975. Artículo 47.

Error: la “Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados” establece que se actualiza este supuesto cuando un Estado otorga su consentimiento para vincularse al tratado con base en una incorrecta apreciación de la realidad. Siempre y cuando no tuviera forma de darse cuenta del error o estuviese consiente de su falsa apreciación del hecho base del consentimiento.²⁰⁰

Este supuesto se encuentra influenciado por el *ius civile* romano.²⁰¹ Por lo que el error vicia el objeto del tratado y la sustancia del mismo.

En ese sentido, únicamente se puede alegar un error grave como vicio del consentimiento y el artículo 48 establece un test cumulativo de dos elementos para que éste pueda ser invocado: a) la apreciación falsa de la existencia de ciertas circunstancias al momento de celebración del tratado y b) que esta falsa apreciación se erigiese como elemento *sine qua non* para el otorgamiento del consentimiento por parte del Estado que comete el error.²⁰²

Las excepciones a esta regla son dos con base en el principio *ex injuria ius non oritur*: i) si el Estado contribuyó a la comisión del error, y/o ii) si el Estado tenía forma de darse cuenta del error o lo advirtió y no hizo nada al respecto.²⁰³

²⁰⁰ Cfr. ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS, COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL, ‘Draft Articles on the Law of Treaties with commentaries’, Op. Cit., pág. 243.

²⁰¹ Cfr. KOLB, Robert, The Law of Treaties an Introduction, Op. Cit., pág. 98

²⁰² Cfr. “Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados”, Viena, Austria, 23 de mayo de 1969, D.O.F 14 de febrero de 1975. Artículo 48.

²⁰³ Cfr. CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, “Case concerning the Temple of Preah Vihear” (Camboya c. Tailandia), (Fondo), 15 de junio de 1962, pág. 26.

Dolo: de conformidad con el artículo 49 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, si un Estado induce a otro Estado negociador a celebrar un tratado mediante conducta fraudulenta. Se puede alegar dolo como vicio del consentimiento.²⁰⁴

El dolo consiste en declaraciones falsas que se realizan de forma deliberada, falsas representaciones u otras expresiones engañosas por las cuales un Estado es inducido a otorgar su consentimiento. La prohibición del dolo proviene de la buena fe.²⁰⁵

Corrupción: el artículo 50 de la “Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969” establece que:

“...Si la manifestación del consentimiento de un Estado en obligarse por un tratado ha sido obtenida mediante la corrupción de su representante, efectuada directa o indirectamente por otro Estado negociador, aquel Estado podrá alegar esa corrupción como vicio de su consentimiento en obligarse por el tratado...”²⁰⁶

No hay casos en los que se haya invalidado el tratado con base en este supuesto, no obstante, corrupción en el sentido del supuesto son los actos planeados para

²⁰⁴ Cfr. ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS, COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL, ‘Draft Articles on the Law of Treaties with commentaries’, Op. Cit., pág. 244.

²⁰⁵ Cfr. VILLIGER, Mark E., Commentary on the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties, Op. Cit., pág. 615.

²⁰⁶ Cfr. “Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados”, Viena, Austria, 23 de mayo de 1969, D.O.F 14 de febrero de 1975. Artículo 50.

ejercer una influencia sustancial en la disposición del representante para concluir el tratado.

Sin embargo, es difícil que se dé el caso, ya que si el representante se ve corrompido en una fase posterior el Estado signatario puede negarse a ratificar el tratado, lo cual limita el ámbito de aplicación a casos en donde firma y ratificación se expresen en un solo acto.

Coacción sobre el representante de un Estado: de conformidad con el artículo 51 de “Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados”, si el consentimiento de un Estado se obtiene mediante la coacción de su representante, por amenazas o actos dirigidos contra el mismo, el consentimiento carecerá de efectos jurídicos.²⁰⁷

La cuestión entonces versa sobre los actos que un Estado puede llevar a cabo sobre el representante para obligarlo a firmar y ratificar mediante distintas amenazas sobre él como individuo o su familia.

Coacción sobre un Estado: el artículo 52 de la “Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados” establece que si el consentimiento del Estado se obtiene por la amenaza o uso de la fuerza por parte de otro Estado, tal tratado es nulo.²⁰⁸

Este artículo, se encuentra directamente relacionado con la regulación del uso de la fuerza establecido por la “Carta de las Naciones Unidas de 1945”, prohibición

²⁰⁷ Cfr. GUTIÉRREZ BAYLÓN, Juan de Dios, Derecho de los Tratados, Op. Cit., pág. 155.

²⁰⁸ *Idem.*

que hoy en día tiene un carácter consuetudinario y es uno de los principios fundamentales del derecho internacional moderno.²⁰⁹

Por el contrario, existen varios tratados que encuentran su base en la coacción de un Estado sobre otro, puesto que el uso de la fuerza no estaba proscrito en el derecho internacional clásico.

En ese sentido, en el derecho internacional moderno, no son válidos los tratados que encuentran como base del consentimiento la coacción de un Estado a otro mediante la amenaza y/o uso de la fuerza ya que esto contravendría el orden jurídico internacional.

Normas imperativas de derecho internacional *–ius cogens–*: el artículo 53 de la “Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados” establece que, si se celebra un tratado, que sea contrario a una norma *ius cogens*, los efectos legales del mismo serán nulos.²¹⁰

De igual forma define *ius cogens* como: “...una norma imperativa de derecho internacional general es una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter.”²¹¹

²⁰⁹ Cfr. KOLB, Robert, *The Law of Treaties an Introduction*, Op. Cit., pág. 101.

²¹⁰ Cfr. ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS, COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL, ‘*Draft Articles on the Law of Treaties with commentaries*’, Op. Cit., págs. 247 – 249.

²¹¹ Cfr. “Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados”, Viena, Austria, 23 de mayo de 1969, D.O.F 14 de febrero de 1975. Artículo 53.

Al respecto el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, en el caso *Furundzija*, hizo hincapié en la naturaleza jurídica de las normas *ius cogens*. Estableció que derivado de los bienes jurídicos que tutela una norma puede acceder al carácter de *ius cogens*, que constituye una norma de mayor jerarquía dentro del sistema jurídico internacional comparado con las normas de derecho convencional o normas “ordinarias” de derecho consuetudinario. Siendo su principal característica que estas normas no pueden ser derogadas por un tratado a forma de *lex specialis* ni por costumbre internacional ya sea particular o general que no cuenten con el mismo carácter normativo.²¹²

En ese sentido, no se puede celebrar un tratado internacional que contravenga alguna de las normas *ius cogens*, que se entiende constituyen normas de orden público, y de hacerlo tal tratado sería nulo.

No obstante, son muy pocas las normas imperativas generales aceptadas por la comunidad internacional en su conjunto,²¹³ ya que el concepto en sí es un debate abierto que escapa al objeto de estudio del presente trabajo.

²¹² Cfr. TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA LA ANTIGUA YUGOSLAVIA, “*Prosecutor v Anto Furundzija*”, (Fondo), Caso No. IT-95-17/1-T, 10 de diciembre de 1998, págs. 58-59, para 153; “...*Because of the importance of the values it protects, this principle has evolved into a peremptory norm or jus cogens, that is a norm that enjoys a higher rank in the international hierarchy than treaty law and even “ordinary” customary rules. The most conspicuous consequence of this higher rank is that the principle at issue cannot be derogated from by States through international treaties or local or special customs or even general customary rules not endowed with the same normative force...*”.

²¹³ Cfr. ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS, COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL, “*Fragmentación del Derecho Internacional: Dificultades derivadas de la diversificación y expansión del derecho internacional*” Informe del Grupo de Estudio de la Comisión de Derecho Internacional elaborado por Martti Koskenniemi, Op. Cit., pág. 205.

2.5 Nulidad relativa y nulidad absoluta.

Existen dos tipos de nulidad: absoluta y relativa. Nulidad absoluta es cuando el tratado nace con vicios *–ab initio–*, y por lo tanto no produce efectos legales. Es decir, no hay necesidad de invocar la nulidad del mismo.²¹⁴

Nulidad relativa es cuando el tratado se puede invalidar a solicitud del Estado agraviado. Si no existe tal demanda, el tratado subsiste con efectos legales.

El primer tipo de nulidad se da cuando los intereses colectivos del orden jurídico se ven afectados. Es decir, cuando es contrario a los intereses de la comunidad internacional en su conjunto, por lo que la nulidad es automática.

El segundo tipo de nulidad es aplicable cuando los intereses particulares de los Estados Parte del tratado se ven afectados por la causa de invalidez. Por lo que corresponde al Estado afectado invocar la nulidad del tratado.²¹⁵

De conformidad con la “Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados”, los supuestos de los artículos 46 al 49 son causales de nulidad relativa.²¹⁶

En ese orden de ideas, los supuestos de los artículos 51 al 53 acarrean nulidad absoluta. Es decir, son inválidos desde el momento de su conclusión, tienen un efecto *ex nunc*, por lo que se retrotraen los efectos y la relación entre las Partes al momento en el que no existía el tratado.

²¹⁴ Cfr. KOLB, Robert, *The Law of Treaties an Introduction*, Op. Cit., pág. 108.

²¹⁵ *Idem*.

²¹⁶ Cfr. “Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados”, Viena, Austria, 23 de mayo de 1969, D.O.F 14 de febrero de 1975. Artículos 46 – 49.

No obstante, en caso de que la causal de nulidad sea coacción, no aplica ningún tipo de restitución.

Por último, cabe mencionar que de conformidad con la “Convención de Viena”, únicamente las Partes del tratado o el Estado directamente afectado pueden invocar la causal de nulidad. Sin embargo, en el caso del artículo 53, las obligaciones que se generan son *erga omnes* y por lo tanto escapan incluso al procedimiento común establecido por la misma Convención.²¹⁷

2.5.1 Separación de las cláusulas viciadas

De manera frecuente, la causal de nulidad va dirigida a una sola parte del tratado y no al instrumento en su totalidad. Es decir, únicamente se busca invalidar algunas cláusulas de la Convención.

En ese sentido, en un tratado compuesto puede cometerse un error fundamental, sobre una cláusula en específico, mientras que el resto del clausulado no presenta problema alguno.

Como regla general, son los principios de buena fe, *pacta sunt servanda* y proporcionalidad los que delimitan el ámbito de aplicación de la nulidad, y restringen la posibilidad de separar cláusulas con vicios y tratarlas como entes separados del tratado.²¹⁸

²¹⁷ Cfr. ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS, COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL, ‘*Draft Articles on the Law of Treaties with commentaries*’, Op. Cit., pág. 248; CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, “*Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite*”, (Belgica c. Senegal), (Fondo), 20 de julio de 2012, pág. 449.

²¹⁸ Cfr. KOLB, Robert, *The Law of Treaties an Introduction*, Op. Cit., pág.110.

Esto se ve reflejado en el artículo 44 (2) de la “Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969”.

El cual establece que al momento de invocar una causal de invalidez, se invoca la nulidad del tratado en su totalidad. Esto en coherencia con la interdependencia de las cláusulas del tratado que dan equilibrio al tratado como consecuencia directa del pastoso proceso de negociación.²¹⁹

Por lo anterior, la presunción razonable es que la intención de las Partes se centra en que el tratado sea integral y si existe una causal de que pueda acarrear su nulidad, sea de todo el instrumento y de ser el caso en que las Partes quisieran salvar algunas cláusulas tendrían que celebrar un nuevo acuerdo.

En el caso de los tratados multilaterales, la nulidad del consentimiento de uno de los Estados parte no invalida el tratado en su totalidad, pero sí la relación entre ese Estado y las demás Partes del tratado.

El principio de integridad tiene una excepción.²²⁰ De conformidad con el mismo artículo 44 párrafo 3, se puede dar el caso de invocar la nulidad de algunas cláusulas del tratado sin afectar la totalidad del mismo, si se cumple con el siguiente test:

²¹⁹ Cfr. “Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados”, Viena, Austria, 23 de mayo de 1969, D.O.F 14 de febrero de 1975. Artículo 44.

²²⁰ Cfr. CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, “*Fisheries Jurisdiction case*”, (Reino Unido c. Islandia), (Competencia), 2 de febrero de 1973, pág. 20, para.40.

- La cláusula que se pretende invalidar tenga un grado de autonomía del resto del clausulado, tal que si es separada del mismo no afecte la aplicación y efectos jurídicos del tratado.
- Se derive del tratado que la aceptación de las cláusulas en controversia no constituye la base del consentimiento de las Partes para vincularse al instrumento en su totalidad. Elemento central del test.
- Por último, que la continuidad de la validez y existencia del tratado no afecte la equidad de las Partes.

Aunado a lo anterior, cuando la causal de nulidad es coacción o por contravenir una norma *ius cogens*, no se puede separar una cláusula del resto.²²¹ En este caso no opera la excepción mencionada ya que de subsistir ese tratado afectaría el orden público internacional.

2.5.2 Pérdida de derecho para demandar nulidad relativa

Una vez que un Estado tiene conocimiento de la existencia de una causal de nulidad, tiene dos alternativas: decidir en un tiempo razonable invocar la nulidad del tratado en un plazo razonable, o puede no tomar medida al respecto y convalidar tal causal, por lo que el tratado seguiría su existencia y aplicación con normalidad.²²²

²²¹ Cfr. KOLB, Robert, *The Law of Treaties an Introduction*, Op. Cit., pág.111.

²²² Cfr. KOLB, Robert, *Good Faith in International Law*, Op. Cit., pág. 258.

Lo que no puede hacer es tomar ventaja del conocimiento de esa causal de nulidad para invocarla a su conveniencia, ya que es contrario a la buena fe y el principio de estabilidad de los tratados.

En ese sentido, el artículo 45 de la “Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969” establece que: *“Un Estado no podrá ya alegar una causa para anular un tratado..., después de haber tenido conocimiento de los hechos, ese Estado: a) ha convenido expresamente en que el tratado es válido, permanece en vigor o continúa en aplicación, según el caso; o b) se ha comportado de tal manera que debe considerarse que ha dado su aquiescencia a la validez del tratado o a su continuación en vigor o en aplicación...”*²²³

La cuestión jurídica se vuelve entonces la aceptación, ya sea expresa, por aquiescencia o por conducta subsecuente.

De conformidad con el principio de buena fe, cuando el Estado sigue aplicando el tratado con conocimiento de la existencia de la causal de nulidad, se considera que ha renunciado a la posibilidad de invocar la invalidez del instrumento.²²⁴

Hay que resaltar que no hay un plazo determinado ni un término fatal para invocar la nulidad. Debe ser un periodo razonable que empezará a tomarse en cuenta una vez que el Estado es consciente de la causal.

²²³ Cfr. “Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados”, Viena, Austria, 23 de mayo de 1969, D.O.F 14 de febrero de 1975. Artículo 45.

²²⁴ Cfr. KOLB, Robert, The Law of Treaties an Introduction, Op. Cit., pág.112.

El reclamo formal normalmente se hace por canales diplomáticos, es en este momento donde se cristaliza la evidencia de que los Estados tienen conocimiento de la causal de nulidad.²²⁵

La aquiescencia como una forma de convalidar los vicios del consentimiento en un tratado ha sido aplicada en derecho internacional desde antes de su codificación en el citado artículo 45.²²⁶

En el caso de la Corte Internacional de Justicia *Territorial and Maritime Dispute* entre Nicaragua y Colombia –excepciones preliminares–, se impugnó la validez de un tratado bajo la causal de violación grave al derecho interno al momento de su conclusión y también se alegó coacción. La Corte resolvió que Nicaragua al ser un Estado Parte del tratado desde 1928, es decir por más de 50 años, convalidó la validez del tratado.²²⁷

2.6 Conclusiones

Primera. Un tratado internacional es el acuerdo de voluntades entre dos sujetos de derecho internacional oral o escrito que impone obligaciones y consecuencias, sin importar su denominación y siempre gobernado por el derecho internacional.

²²⁵ Cfr. CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, “*Anglo-Norwegian Fisheries case*”, (Reino Unido c. Noruega), (Fondo), 18 de diciembre de 1951, pág. 138, para. 9.

²²⁶ Cfr. KOLB, Robert, *The Law of Treaties an Introduction*, Op. Cit., pág. 113.

²²⁷ Cfr. CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, “*Case Concerning The Territorial and Maritime Dispute*”, (Nicaragua c. Colombia), (Excepciones Preliminares), 13 de diciembre de 2007, pág. 861.

Segunda. La “Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969” es un intento de codificación muy limitado que excluye muchos supuestos que tienen sustento en la práctica e incorpora otros supuestos que jamás se han actualizado.

Tercera. La “Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969” únicamente abarca el derecho aplicable a los tratados escritos y celebrados entre Estados, ignora los demás acuerdos válidos. En consecuencia, el derecho consuetudinario sobre el derecho de los tratados es el que en su mayoría resuelve las cuestiones relativas a esta rama del derecho internacional

Cuarta. Las causales de nulidad incluidas en la “Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969” son una lista exhaustiva que no esclarece las dudas ni remotamente codifica ni desarrolla los supuestos aplicables a este régimen

Quinta. La nulidad de los tratados internacionales es un tema en desarrollo que tiene que apoyarse en otras disciplinas para tener supuestos aplicables y no letra muerta.

Sexta. La mayoría de la doctrina sobre el derecho de los tratados toma como punto de partida la “Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969”, siendo que debería de ser un mecanismo residual y que gran parte de su clausulado nunca ha sido aplicado.

Capítulo 3

Nulidad de un tratado internacional por actos de espionaje

*“la ignorancia es la fuerza, la guerra es la paz,
...una mirada, una palabra y los sueños que han despertado,
me han robado el corazón”
G. Orwell*

En el presente capítulo, en primer lugar, se aborda la relación del principio de buena fe y la negociación. La existencia y carácter consuetudinario de la obligación de negociar de buena fe, sus características e implicaciones.

En un segundo momento, con base en la situación de la controversia surgida en 2014 entre *Timor del Este y Australia* frente a la Corte Permanente de Arbitraje y Corte Internacional de Justicia respectivamente, se realiza un análisis para dar respuesta a la siguiente cuestión jurídica: ¿puede un Estado demandar la nulidad de un tratado por la violación de la obligación de negociar de buena fe invocando como causal el espionaje?

3.1 Obligación de negociar de buena fe

El principio de buena fe es uno de los pilares del derecho internacional.²²⁸ Se puede abordar desde tres enfoques distintos: el subjetivo, el objetivo, y como principio general de derecho.²²⁹

Cuando se analiza desde la perspectiva subjetiva, se hace referencia a hechos, por lo que no impone ni contiene obligación alguna para los sujetos involucrados.

²²⁸ Cfr. HIGGINS, Rosalyn, *Problems and Process: International Law and How We Use It*, Op. Cit., págs. 1- 16; CHENG, Bin, *General Principles of Law as applied by International Courts and Tribunals*, Op. Cit., pág. 105.

²²⁹ Cfr. KOLB, Robert, *Good Faith in International Law*, Op. Cit., pág. 14.

Desde el punto de vista objetivo, se establece un estándar normativo mediante el cual la buena fe se entiende como una norma jurídica que está directamente relacionada con diversas obligaciones de derecho internacional.

Como principio general del derecho, se entiende una máxima jurídica de la cual emanan otras obligaciones, y que sirve para dar luz a los sujetos sobre como cumplir sus obligaciones y guiar su conducta frente a sus similares. No es tan distinto al enfoque objetivo, sin embargo, al ser un principio, se analiza desde un plano axiológico y otro jerárquico, que puede o no según el contexto, constituir un estándar normativo

En ese sentido, en el caso *Nuclear Tests* de 1974, la Corte Internacional de Justicia, identificó que la buena fe es un principio de derecho internacional aplicable entre los Estados y se encuentra directamente relacionado con otras obligaciones internacionales convencionales o consuetudinarias; i.e. las declaraciones unilaterales de los Estados, interpretación y aplicación de los tratados, mecanismos de solución de controversias, jurisdicción y procedimiento, etc.²³⁰

No obstante lo anterior, en afán de definir el grado de normatividad del principio de buena fe, distintas cortes internacionales, así como tribunales arbitrales han establecido que el bien jurídico tutelado primordialmente es el de la protección de expectativas legítimas que crean los sujetos involucrados en la celebración del

²³⁰ Cfr. CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, "*Nuclear Tests Case*", (Australia c. Francia), (Competencia), 20 de diciembre de 1974, pág. 268.

acto jurídico,²³¹ así como la prohibición del abuso de derechos y prohibición de beneficio por un acto ilícito, *ex injuria ius non oritur*.

3.1.1 Naturaleza, contenido y alcance de la obligación de negociar de buena fe

La negociación emana del principio de derecho internacional de solución pacífica de controversias que se encuentra estrechamente relacionado con los principios de buena fe, consentimiento y cooperación.

La Corte Internacional de Justicia, en los casos *North Sea Continental Shelf cases* de 1969, reconoció que los Estados tienen una obligación de negociar y puntualizó que el objetivo de ésta es que las partes tengan una intención real de llegar a un acuerdo, e incluso considerar ceder en su postura y no únicamente someterse a un proceso formal que agote el mecanismo.²³² Es decir, las negociaciones se deben conducir de buena fe y no para agotar un requisito.

El desarrollo de la obligación consuetudinaria de negociar de buena fe se ha dado a través de la práctica de los Estados y se hace evidente en diversos precedentes judiciales que interpretan tal práctica.²³³ Que dan luz y contenido a la obligación

²³¹ Cfr. CHENG, Bin, *General Principles of Law as applied by International Courts and Tribunals*, Op. Cit., pág. 112; KOLB, Robert, *Good Faith in International Law*, Op. Cit., págs. 26 – 31; CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, “*Case concerning the Temple of Preah Vihear*” (Camboya c. Tailandia), (Excepciones Preliminares), 26 de mayo de 1961, pág. 31.

²³² Cfr. CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, “*North Sea Continental Shelf Cases*”, (Alemania c. Dinamarca; Alemania c. Países Bajos), (Fondo), 20 de febrero de 1969, pág. 47, para. 85.

²³³ Cfr. CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, “*Obligation to Negotiate Access to the Pacific Ocean*” (Bolivia c. Chile), (Fondo), 1 de octubre de 2018, pág. 31, paras. 86, 87; CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, “*Case Concerning The Gabčíkovo-Nagymaros*

que en suma busca agilizar el proceso para llegar a un acuerdo considerando siempre en un plano de igualdad los intereses de la contraparte, esto no significa que la obligación de negociar implique la obligación de llegar a un acuerdo.²³⁴

3.1.2 Elementos que constituyen la obligación de negociar de buena fe

La obligación de negociar de buena fe consta de tres elementos que constituyen un test cumulativo: a) respetar y no frustrar el objeto y fin de las negociaciones, b) la prohibición del abuso del derecho y c) la protección de las expectativas legítimas de las partes.²³⁵ Es decir se compone de tres obligaciones de 'no hacer' durante el proceso.

a) Respetar el objeto y fin de las negociaciones

Project", (Hungría/Eslovaquia), (Fondo), 25 de septiembre de 1997, pág. 143; CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, "Application Of The Interim Accord of 13 September 1995" (Antigua República Yugoslava de Macedonia c. Grecia), (Fondo), 5 de diciembre de 2011, pág. 132.

²³⁴ Cfr. CORTE PERMANENTE DE JUSTICIA INTERNACIONAL "Case of Railway Traffic between Lithuania and Poland", (Opinion Consultiva), Serie A/B, No. 42, 15 de octubre de 1931, pág. 113; CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, "Pulp Mills on the River Uruguay", (Argentina c. Uruguay), (Fondo), 20 de abril de 2010, pág. 68, para. 150.

²³⁵ Cfr. KOLB, Robert, Good Faith in International Law, Op. Cit., pág. 199; CORTE PERMANENTE DE ARBITRAJE, "Delimitation of the maritime boundary between Guyana and Suriname", (Guyana c. Suriname), (Fondo), UNRIIA Vol. XXX, 17 de septiembre de 2007, para. 453; TRIBUNAL ARBITRAL AD-HOC, "Award In The Matter of an Arbitration Between Kuwait and The American Independent Oil Company (AMINOIL)", (Kuwait c. The American Independent Oil Company), (Fondo), 24 de marzo de 1982, pág. 1014: "...(i) A scrutiny of the negotiations fails to reveal any conduct on either side that would constitute a shortcoming in respect of Article 9 of the 1961 Supplemental Agreement, or of the general principles that ought to be observed in carrying out an obligation to negotiate, - that is to say, good faith as properly to be understood; sustained upkeep of the negotiations over a period appropriate to the circumstances; awareness of the interests of the other party; and a persevering quest for an acceptable compromise...".

Esta obligación es similar a la codificada en el artículo 18 de la “Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969”.²³⁶ En ambos supuestos se establece que no se debe frustrar el objeto y fin, en caso del derecho de los tratados: el objeto y fin del tratado, y en el supuesto en comento, el proceso de la negociación para llegar a un acuerdo.²³⁷

No obstante, existen dos objetos en el proceso de una negociación: uno general y otro particular. El primero hace referencia a todas las medidas que deben adoptar y conductas que no deben realizar los Estados para garantizar que la negociación sea válida y fructífera.²³⁸

El segundo es la sustancia particular sobre la cual se da la negociación;²³⁹ por ejemplo, la explotación de recursos compartidos de una especie migratoria.

En ese sentido, al ser una obligación análoga a la del artículo 18 citado, el objeto y fin de las negociaciones se garantiza siempre y cuando una de las partes no lleve a cabo actos contrarios al proceso o a la sustancia principal de la negociación.

²³⁶ Cfr. “Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados”, Viena, Austria, 23 de mayo de 1969, D.O.F 14 de febrero de 1975. Artículo 18.

²³⁷ Cfr. TRIBUNAL ARBITRAL AD-HOC, “*Tacna-Arica question*”, (Chile c. Peru), (Fondo), RIAA, VOL. II, 4 de marzo 1925, págs. 929-930.

²³⁸ Cfr. CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, “*Obligation to Negotiate Access to the Pacific Ocean*” (Bolivia c. Chile), (Fondo), 1 de octubre de 2018, pág. 32, para. 91.

²³⁹ Cfr. KOLB, Robert, *Good Faith in International Law*, Op. Cit., pág. 199.

b) Prohibición del abuso del derecho

La prohibición del abuso del derecho emana del principio de buena fe.²⁴⁰ Si bien algunos autores argumentan que se trata únicamente de una doctrina y que por lo tanto no es una regla aplicable al derecho internacional, la práctica de los Estados y la existencia de una *opinio iuris*, ambas reflejadas en los ordenamientos jurídicos domésticos,²⁴¹ argumentos presentados frente a tribunales internacionales,²⁴² diversas resoluciones internacionales²⁴³ y convenciones²⁴⁴ evidencian el carácter consuetudinario de la norma.

²⁴⁰ Cfr. CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, “*Nuclear Tests Case*”, (Australia c. Francia), (Competencia), 20 de diciembre de 1974, pág. 246, para 46; CHENG, Bin, *General Principles of Law as applied by International Courts and Tribunals*, *Op. Cit.*, pág.121; CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, “*Case Concerning The Gabčíkovo-Nagymaros Project*”, (Hungría/Eslovaquia), (Fondo), 25 de septiembre de 1997, pág. 79.

²⁴¹ Cfr. Código Civil Federal, D.O.F 26 de mayo de 1928, artículo 17, disponible en : www.diputados.gob.mx; Código Civil Francés, 23 de marzo de 2013, Artículo. 1382: “*Tout fait quelconque de l'homme, qui cause A autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé, de le réparer.*” Art. 1383 C. civ.: “*Chacun est responsable du dommage qu'il a causé non seulement par son fait, mais encore par sa négligence ou par son imprudence?*”, disponible en: www.legifrance.gouv.fr.

²⁴² Cfr. CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA “*Nottebohm case*”, (Liechtenstein c. Guatemala), “*Memorial Submitted by the Government of the Principality of Liechtenstein*” 26 de enero de 1952, para. 51; “*Fisheries Jurisdiction case*”, (Reino Unido c. Islandia), “*Memorial of the Merits of the Dispute Submitted by the Government of the United Kingdom*”, 14 de abril 1972, paras. 153-54; “*Case Concerning the Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited*”, (Belgica c. España), (Segunda fase), 5 de febrero de 1970, págs. 13 – 17.

²⁴³ Cfr. CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, “*Anglo-Norwegian Fisheries Case*”, (United Kingdom v. Norway), (Fondo), 18 de diciembre de 1951, pág.142; CORTE PERMANENTE DE ARBITRAJE, “*Award in the Arbitration regarding the Chagos Marine Protected Area between Mauritius and the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland*”, (Mauricio c. Reino Unido), (Fondo), UNRIAA, Vol. XXXI, 18 de marzo de 2015, pág. 114, para. 293.

²⁴⁴ Cfr. “Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar”, Montego Bay, Jamaica, 10 de diciembre de 1982, D.O.F 1 de junio de 1983, Artículo 300.

El punto central de esta prohibición yace en la existencia de un derecho subjetivo o facultad que se ejerce de una forma tal que perjudica a otros sujetos de derecho o en general al orden jurídico.

La buena fe establece que un derecho subjetivo o una facultad que deben ejercerse conforme al propósito de cada supuesto, que es el límite a tal derecho o facultad; por lo que el abuso de ambos constituye un acto de mala fe.

El abuso de un derecho se puede dar de varias formas: i) causar un daño intencional, ii) el *détournement de pouvoir*, mal uso de las facultades por parte de la autoridad, iii) la desproporcionalidad manifiesta de intereses, y iv) acción arbitraria, conducta irracional o fraudulenta, dolo.

i) Causar un daño intencional.

La prohibición de los actos cuya intención es causar un daño al ejercer un derecho, es la idea central de la prohibición del abuso del derecho. En este tipo de abuso del derecho es fundamental probar la existencia de un daño que tenga un nexo causal con el mal ejercicio del derecho.

En el arbitraje *Behring Sea Fur Seal* de 1892, relativo al derecho de los Estados Unidos para reclamar la caza de lobos marinos por parte de pescadores británicos en el mar de Bering, el agente británico reconoció que de probar que

el ejercicio del derecho constituye un acto hostil, esto da pauta a un posible reclamo internacional.²⁴⁵

En ese sentido, el ejercicio de un derecho con propósito de causar un daño se encuentra prohibido.

- ii) El *détournement de pouvoir*, mal uso de las facultades por parte de la autoridad.

Este tipo de abuso de derechos parte de la jurisprudencia administrativa francesa. Hace referencia a las facultades de la autoridad dentro del derecho público y no a los derechos de particulares dentro del ámbito privado.²⁴⁶

El punto central de este supuesto jurídico es que el uso de tales facultades o competencias por parte de la autoridad es destinado a un objetivo distinto para el que fueron diseñadas. En esa línea de ideas, se puede hablar de un abuso de autoridad o un mal uso de las facultades.

Existen varios ejemplos sobre la aplicabilidad de este supuesto en el plano internacional.²⁴⁷

²⁴⁵ Cfr. CHENG, Bin, *General Principles of Law as applied by International Courts and Tribunals*, Op. Cit., pág.121; KOLB, Robert, *Good Faith in International Law*, Op. Cit., pág. 142.

²⁴⁶ Cfr. TAYLOR, G., *The Content of the Rule against Abuse of Rights in International Law*, Hein Online, *British Year Book of International Law*, Vol. 46, No. 1, 1972, págs. 324- 326.

²⁴⁷ Cfr. CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, "*Case Concerning Right of Passage Over Indian Territory*", (Portugal c. India), (Fondo), 12 de abril de 1960, pág. 38; CORTE PERMANENTE DE JUSTICIA INTERNACIONAL; "*The Electricity Company of Sofia and Bulgaria*", (Bélgica c. Bulgaria), (Excepciones preliminares), Voto particular disidente del Juez Anzilotti, 4 de abril de 1939, págs. 97-98; CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA,

En el caso *Oscar Chinn* entre Bélgica y Reino Unido, al amparo de un tratado Bélgica era el encargado de administrar el río Congo con la finalidad de preservar la igualdad comercial entre los usuarios. El gobierno belga otorgó importantes subsidios a una empresa belga, que era competencia directa del señor Chinn. Con la gran depresión Bélgica, ordenó la reducción de los cargos de su compañía a niveles poco rentables, lo que causó la quiebra de Chinn. La Corte Permanente de Justicia Internacional declaró que no existió abuso de autoridad que vulnerara la igualdad comercial debido a que Bélgica no fue beneficiario de los efectos que causaron las medidas tomadas bajo su autoridad.

Esta manifestación de abuso de derechos goza de un rol fundamental en la práctica creciente de los organismos internacionales frente a los Estados. La jurisprudencia del tribunal administrativo de la Organización Internacional del Trabajo es vasta.²⁴⁸

Por lo anterior, se observa que el abuso del derecho derivado del uso inadecuado de las facultades o competencias por parte de la autoridad tiene un vasto desarrollo en derecho interno, así como en el derecho internacional. Sin embargo,

“South West Africa cases”, (Etiopia / Liberia c. Sudáfrica), (Excepciones Preliminares), 21 de diciembre de 1962, pág.336.

²⁴⁸ Cfr. TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE LA ORGANIZACION INTERNACIONAL DEL TRABAJO, *“Judgment No. 18”*, (David N. Leff c. the United Nations Educational, Scientific and Cultural Organisation), (Fondo), 5 de febrero de 1955, para. 7; TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE LAS NACIONES UNIDAS, *“Judgment No. 18. Case No. 26,”* (Crawford c. The Secretary General of the United Nations), (Fondo), AT/Dec/18, 21 de Agosto de 1953, pág. 68.

por la naturaleza de la relación jurídica en la que se da este supuesto, difícilmente se invoca en un diferendo entre Estados.

iii) La desproporcionalidad manifiesta en el balance de intereses.

El tercer supuesto es relativo al ejercicio de un derecho del Estado de una forma abusiva, sobre su territorio, recursos naturales compartidos, contaminación ambiental, espacios comunes como alta mar o el espacio ultraterrestre, la zona, etc.

En ese sentido, para evitar el abuso del derecho se debe encontrar el equilibrio entre dos principios *neminem laedit qui suo jure utitur* y el *sic utere tuo ut alienum non laedas*.²⁴⁹ Es decir, existe un abuso de derechos cada vez que el interés de la comunidad internacional se ve afectado como resultado del sacrificio de un interés para la protección de otro. Por ejemplo, el daño colateral excesivo durante un conflicto armado, se vuelve un mal uso de la incorrecta aplicación del principio de necesidad militar.

El principio de evitar que se dé un mal uso al territorio tal que cause un daño o vulnere los derechos de otro Estado,²⁵⁰ es el más ilustrativo de este supuesto.

En el *Shrimp-Turtle case* de 1998, Estados Unidos invocó el Artículo XX del “Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio”–GATT– e impuso una prohibición a la importación de camarón y productos derivados debido a las prácticas indebidas de pesca que afectaban a la tortuga marina por parte de India,

²⁴⁹ Cfr. KOLB, Robert, *Good Faith in International Law*, Op. Cit., pág. 144.

Malasia, Pakistán y Tailandia. El Órgano de Apelación de la Organización Mundial del Comercio, si bien determinó que en principio el Artículo XX del –GATT– era aplicable como justificación provisional. En un segundo momento, determinó que tal medida por la forma en que se realizó no cumplía con los requisitos del preámbulo del Artículo XX al ser excesiva y discriminatoria.

En su fallo estableció la existencia de un abuso del derecho, y por lo tanto un acto contrario a la buena fe, cuando un Estado miembro toma medidas unilaterales excesivas, contrarias al cumplimiento de sus obligaciones convencionales contraídas.²⁵¹

Este caso responde a la lógica del supuesto de balance de intereses como abuso del derecho.

iv) Acción arbitraria, conducta irracional o fraudulenta, dolo.

El último supuesto normativo y una de las formas más usuales del abuso de derechos, corresponde a los actos que buscan una evasión del derecho o de

²⁵¹ Cfr. ÓRGANO DE APELACIÓN DE LA ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO, “*United States-Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products*” (India; Malasia; Pakistán; Tailandia c. Estados Unidos), (Reporte de apelación), WTO Doc. WT/DS58/AB/R, 12 de octubre de 1998, pág.61, para.158: “...The chapeau of Article XX is, in fact, but one expression of the principle of good faith. This principle, at once a general principle of law and a general principle of international law, controls the exercise of rights by states. One application of this general principle, the application widely known as the doctrine of *abus de droit*, prohibits the abusive exercise of a state's rights and enjoins that whenever the assertion of a right “*impinges on the field covered by a treaty obligation, it must be exercised bona fide, that is to say, reasonably.*” An abusive exercise by a Member of its own treaty right thus results in a breach of the treaty rights of the other Members and, as well, a violation of the treaty obligation of the Member so acting...”.

obligaciones contraídas por parte de un sujeto.²⁵² Estos actos pueden ser: arbitrarios, irracionales y fraudulentos.

Los actos arbitrarios son aquellos que son injustificables de forma manifiesta respecto de los hechos, pueden llegar a ser incluso discriminatorios. Los actos irracionales son aquellos que se encuentran fuera de los límites de una justificación entendible. Finalmente los actos fraudulentos son aquellos que buscan eludir una prohibición legal al recurrir a construcciones formales sutiles.²⁵³

En el caso *Free zones of Upper Savoy and the District of Gex*, la Corte Permanente de Justicia Internacional sugirió que si un Estado intentaba evitar cumplir con sus obligaciones contractuales al invocar medidas que tuvieran el mismo efecto que los actos específicamente prohibidos, eso se traduciría en un abuso de derechos.²⁵⁴

En ese sentido, cuando los Estados o demás sujetos de derecho internacional, justifican su actuar en un derecho subjetivo, que produce efectos tales como un fraude a la ley o evasión de otras obligaciones se configura este supuesto del abuso del derecho.

²⁵² Cfr. CHENG, Bin, *General Principles of Law as applied by International Courts and Tribunals*, Op. Cit., pág. 122.

²⁵³ Cfr. KOLB, Robert, *Good Faith in International Law*, Op. Cit., pág 145.

²⁵⁴ Cfr. CORTE PERMANENTE DE JUSTICIA INTERNACIONAL, "*Free zones of Upper Savoy and the District of Gex*", (Francia c. Suiza), (Fondo), Serie. A/B, No. 46, 7 de junio de 1932, pág. 167: "...A reservation must be made as regards the case of abuses of a right, since it is certain that France must not evade the obligation to maintain the zones by erecting a customs barrier under the guise of a control cordon. But an abuse cannot be presumed by the Court...".

Con esto, se explica un poco sobre la cuestión de si el daño constituye un elemento *sine que non* en el supuesto de abuso de derechos. Sin embargo, es menester hacer una breve explicación.

El rol del daño en la prohibición del abuso del derecho, en algunos supuestos como la desproporcionalidad manifiesta en el balance de intereses, juega un rol fundamental ya que en si lo que busca la norma es la prohibición de cierta conducta o garantizar una reparación adecuada cuando se comete un perjuicio a otro sujeto.²⁵⁵

Contrario sensu, existen otros supuestos de abuso de derechos que no contemplan un daño *per se*, *i.e. détournement de pouvoir*, o un acto fraudulento.²⁵⁶

En esa inteligencia, todo depende de lo que se busque con la demanda de una situación de abuso de derechos. Si se busca una reparación pecuniaria, el daño debe ser probado y entonces se convierte en un elemento toral. No obstante, si lo que se busca es la nulidad del acto jurídico por abuso del derecho, no se debe probar el daño.

Por lo anterior, se concluye que la prohibición del abuso del derecho es un elemento crucial para cumplir con la buena fe.

²⁵⁵ Cfr. KOLB, Robert, Good Faith in International Law, Op. Cit., pág. 146.

²⁵⁶ Cfr. CORTE PERMANENTE DE JUSTICIA INTERNACIONAL, “*Certain German Interests in Polish Upper Silesia*” (Alemania c Polonia), (Fondo), Serie A. No 7, 25 de mayo de 1926, pág. 30.

c) Protección de las expectativas legítimas de las partes.

El tercer y último elemento de la obligación de negociar de buena fe es la protección de las expectativas legítimas de las partes. Esto debido a que se debe desarrollar confianza mutua y tener un mínimo de certeza jurídica entre los involucrados.²⁵⁷

En ese sentido, las negociaciones deben ser flexibles ya que en caso de negociar un tratado estas sirven como medio de interpretación subsidiaria; es decir, son los trabajos preparatorios a los que acuden en caso de tener duda sobre la intención de las partes.

No obstante, el desarrollo del estándar principalmente se ha dado en el ámbito comercial internacional y en el ámbito de la inversión extranjera.²⁵⁸ En consecuencia, ningún Estado, empresa o individuo se aventura a realizar una transacción comercial o invertir sin tener garantías mínimas que protejan sus intereses.

Los paneles del “Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1947” introdujeron el concepto de protección de expectativas legítimas para

²⁵⁷ Cfr. KOLB, Robert, *Good Faith in International Law*, Op. Cit., pág. 201.

²⁵⁸ Cfr. TRIBUNAL ARBITRAL AD-HOC, “*Award In The Matter of an Arbitration between Kuwait and the American Independent Oil Company (AMINOIL)*”, (Kuwait c. The American Independent Oil Company), (Fondo), 24 de marzo de 1982, pág. 1034.

garantizar las condiciones mínimas de competencia. Se considera la expresión de buena fe más antigua y específica de la Organización Mundial del Comercio.²⁵⁹

En ese sentido, el estándar principalmente se aplica en casos de ‘nulidad o ‘menoscabo’, en donde los Estados pueden reclamar la nulidad de los beneficios comerciales de otro Estado independientemente de que exista una violación formal a un acuerdo. Es decir, se da cuando existen ventajas competitivas que derivan de actos unilaterales contrario a expectativas razonables i.e. actos de mala fe, abuso de derechos.²⁶⁰

En consecuencia, cuando se comete un abuso del derecho o se frustra el objeto de las negociaciones se vulnera la protección de expectativas legítimas y por ende la obligación de negociar de buena fe.

3.2 Análisis del caso Timor del Este vs Australia

3.2.1 Antecedentes

El 20 de mayo de 2002, Timor Oriental se convirtió en una nación independiente. Este Estado fue una colonia portuguesa desde 1512 hasta 1975, después sufrió

²⁵⁹ Cfr. PANIZZON Marion, *Good Faith in the Jurisprudence of the WTO, The Protection of Legitimate Expectations, Good Faith Interpretation and Fair Dispute Settlement*, Hart Publishing, S.N.E, 2006, pág. 126.

²⁶⁰ Cfr. KOLB, Robert, *Good Faith in International Law*, Op. Cit., pág. 178 nota a pie 114; ÓRGANO DE APELACIÓN DE LA ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO, “*Japan Taxes on Alcoholic Beverage*”s, (Canadá, Estados Unidos, Comunidades Europeas c. Japón), (Reporte de Apelación), WTO AB-1996-2, 4 de octubre de 1996, págs. 14 – 20.

una ocupación por parte de Indonesia durante veinticuatro años y posteriormente, una transición tutelada por las Naciones Unidas.²⁶¹

El mar de Timor ha sido objeto de varios tratados,²⁶² ya que es del interés particular de los Estados de la región: Australia, Indonesia y por mucho tiempo Portugal, debido a que es rico en hidrocarburos. Hay yacimientos de petróleo y gas natural.²⁶³

El 12 de enero de 2006, Timor Oriental y Australia suscribieron el “Tratado relativo a Ciertos Arreglos Marítimos en el Mar de Timor”, durante las negociaciones el equipo de Timor Oriental fue supuestamente espiado por los servicios de inteligencia australianos.²⁶⁴

El espionaje sufrido llevó a Timor Oriental a considerar que el “Tratado relativo a Ciertos Arreglos Marítimos en el Mar de Timor” era nulo, argumentando que Australia actuó de mala fe.

²⁶¹ Cfr. JIMÉNEZ, Angeles, *The Delimitation Agreement Between Timor-leste and Australia as a result of the compulsory conciliation*, Revista Electrónica de Estudios Internacionales, Número 36, Vol. 11, 9 de octubre de 2018, págs. 2- 23.

²⁶² Cfr. “Tratado entre la República Democrática de Timor Oriental y Australia estableciendo sus límites marítimos en el mar de Timor”, hecho en Nueva York el 6 de marzo de 2018. Accesible en: <https://pcacases.com/web/sendAttach/2356>; “Tratado entre el Gobierno de la Mancomunidad de Naciones de Australia y la República de Indonesia por el que se establecen ciertos límites marítimos”, hecho en Canberra el 18 de mayo de 1971; “Tratado entre el Gobierno de la Mancomunidad de Naciones de Australia y la República de Indonesia”, hecho en Yakarta el 9 de octubre de 1972, disponibles en: <https://www.un.org/Depts/los/LEGISLATIONANDTREATIES/STATEFILES/AUS.htm> .

²⁶³ Cfr. JIMÉNEZ, Angeles, *The Delimitation Agreement Between Timor-leste and Australia as a result of the compulsory conciliation*, Op. Cit., pág. 3.

²⁶⁴ Cfr. “Treaty Between Australia and The Democratic Republic of Timor-Leste Establishing Their Maritime Boundaries In The Timor Sea”, Sydney, Australia, 12 enero de 2006, disponible en: <https://dfat.gov.au/geo/timor-leste/Pages/australias-maritime-arrangements-with-timor-leste.aspx>.

En 2013, Timor Oriental inicio un procedimiento arbitral ante la Corte Permanente de Arbitraje con el objetivo de obtener la nulidad del Tratado relativo a Ciertos Arreglos Marítimos en el Mar de Timor con arreglo al artículo 23. Si se invalidaba el tratado, los cambios introducidos quedarían privados de efecto. Finalmente, el caso fue sobreseído en 2017 cuando ambos Estados decidieron volver a las negociaciones.²⁶⁵

Mientras el caso se encontraba sometido a arbitraje, nuevos actos de espionaje llevaron a Timor Oriental a solicitar medidas cautelares ante la Corte Internacional de Justicia. Agentes australianos incautaron documentos y datos entre los que se encontraba correspondencia entre el Gobierno timorense y sus asesores jurídicos en relación con el caso de arbitraje. Timor Oriental reclamó la devolución de los documentos y la destrucción de posibles copias. En 2014 la Corte Internacional de Justicia emitió una orden de medidas provisionales en la que reconoció el derecho de Timor Oriental a la confidencialidad de las comunicaciones con sus abogados y ordenó a Australia precintar los documentos y datos confiscados y mantenerlos en sobres sellados hasta la decisión final de la Corte.²⁶⁶

En 2015 Australia devolvió los documentos a Timor Oriental, quien solicitó a la Corte que el caso se retirara. El 11 de abril de 2016, Timor Oriental acudió al

²⁶⁵ Cfr. CORTE PERMANENTE DE ARBITRAJE, “*Arbitration under the Timor Sea Treaty*”, (Timor-Leste c. Australia), (Orden de Terminación), 20 de marzo de 2017.

²⁶⁶ Cfr. CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, “*Questions relating to the Seizure and Detention of Certain Documents and Data*”, (Timor-Leste c. Australia), (Orden de medidas provisionales), 3 de marzo 2014.

mecanismo de conciliación obligatoria previsto en el marco de la “Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar.”²⁶⁷

El 6 de marzo de 2018, Timor Oriental y Australia firmaron el tratado de delimitación de su frontera marítima.²⁶⁸

3.2.2 Espionaje comercial como violación a la obligación de negociar de buena fe

En el capítulo I del presente trabajo, se probó que las actividades de inteligencia secreta o espionaje que llevan a cabo los Estados se configuran como un derecho a la seguridad nacional que deriva del derecho a sobrevivir relacionado con el principio de dominio reservado de los Estados.²⁶⁹ Si bien, esta práctica se realiza, es tolerada y para efectos del presente trabajo legal, es independiente de las medidas que pueden tomar los Estados que sufren espionaje, i.e. actividades de contrainteligencia, tipificar la conducta como delito en el plano local, tener una ley de seguridad cibernética y como se desarrolló previamente, en el plano diplomático la declaración de *persona non grata*.²⁷⁰

²⁶⁷ Cfr. CORTE PERMANENTE DE ARBITRAJE, “*Conciliation between The Democratic Republic of Timor-Leste and The Commonwealth of Australia*”, (Australia/Timor-Leste), (Excepciones preliminares sobre la competencia), 19 de septiembre de 2016.

²⁶⁸ Cfr. “Treaty Between Australia and The Democratic Republic of Timor-Leste Establishing Their Maritime Boundaries In The Timor Sea”, Sydney, Australia, 12 enero de 2006, disponible en: <https://dfat.gov.au/geo/timor-leste/Pages/australias-maritime-arrangements-with-timor-leste.aspx>.

²⁶⁹ Cfr. LUBIN, Asaf, Espionage as a Sovereign Right under International Law and its Limits, ILSA Quarterly, Vol. 24, No. 3, 16 de mayo de 2016, pág. 23; TZENG, Peter, The State’s Right to Property Under International Law, The Yale Law Journal, Vol. 125, No. 6, abril 2016, pág. 1816.

²⁷⁰ Cfr. LUBIN, Asaf, The Liberty to Spy, Harvard International Law Journal, Vol. 61, No. 1, 21 de febrero de 2019, pág. 42.

No obstante, el derecho a cometer espionaje tiene límites que de no respetarse, podrían actualizar el test de abuso del derecho.

Como se desarrolla en la primera parte de este capítulo, se puede dar un abuso del derecho de cuatro formas. Para efectos del presente análisis nos centraremos en el supuesto de acción arbitraria, conducta irracional o fraudulenta.

En ese sentido, el espionaje que realizan los Estados debe de cumplir con el objeto de salvaguardar su seguridad nacional. Si se realiza espionaje con objeto de beneficiar comercialmente a una corporación o tener una ventaja económica, espionaje industrial; o si se realiza en afán de reforzar la comisión de un hecho internacionalmente ilícito, el Estado estaría abusando de su derecho soberano a espiar a otro, y por lo tanto es un intento de evadir sus obligaciones.

Es necesario recordar que no existe una presunción del abuso de derechos, por lo que se debe probar que el ejercicio del derecho es excesivo y con fin de evadir el derecho y/o las obligaciones.²⁷¹

En la situación de *Timor-este v. Australia*, el “Tratado relativo a Ciertos Arreglos Marítimos en el Mar de Timor de 2006” contenía una parte de delimitación marítima y de la plataforma continental y otra de explotación de gas, petróleo y diversos recursos naturales; es decir su naturaleza es también comercial.

²⁷¹ Cfr. CORTE PERMANENTE DE JUSTICIA INTERNACIONAL, “*Certain German Interests in Polish Upper Silesia*”, (Alemania c. Polonia), (Fondo), Serie A. No. 7, 25 de mayo de 1926, pág. 30.

En esta línea de ideas, Timor-leste argumentó actos de competencia desleal, derivados del espionaje de las negociaciones sobre la parte comercial del tratado.

En específico, tras la declaración del testigo K, presunto espía australiano, la situación era aún más delicada. El testigo K, declaró haber sido parte de las actividades de inteligencia secreta mediante las que se instalaron micrófonos y un cable para escuchar de cuarto a cuarto, los datos y detalles sobre la reserva de gas y petróleo de Timor-Leste.

El espionaje económico, es aquel que se da de un Estado a una empresa o corporación de otro; el espionaje industrial es aquel que se da de una corporación a otra, es decir entre entes privados.

En ese sentido, ambos supuestos serían inaplicables al caso, puesto que el tipo de espionaje que se suscita en el caso es espionaje interestatal sobre un acuerdo comercial. En consecuencia, el análisis del abuso del derecho será con base en la definición general de espionaje interestatal.

Es esencial que, al ejercer un derecho sea de forma razonable y de buena fe. Para esto se debe considerar los intereses que el derecho pretende proteger; al mismo tiempo se debe considerar que el ejercicio sea justo y equitativo entre las partes, de lo contrario su ejercicio podría generar una ventaja injusta sobre la contraparte.²⁷²

²⁷² Cfr. CHENG, Bin, *General Principles of Law as applied by International Courts and Tribunals*, Op. Cit., pág. 125:” ... *A reasonable and bona fide exercise of a right in such a case is one which is appropriate and necessary for the purpose of the right (i.e., in furtherance of the interests which the right is intended to protect). It should at the same*

En el caso en cuestión, Australia empleó espionaje con fines distintos a la protección de su seguridad nacional o la cooperación internacional, por el contrario, fue un acto consciente para obtener ventaja sobre las negociaciones en la parte de explotación comercial de recursos naturales.

Al haber cometido espionaje para obtener ventaja injusta, abuso del derecho, vulnerando la confianza de la contraparte, por ende, las expectativas legítimas frustrando el objeto y fin de las negociaciones.

Por lo anterior, Australia vulneró la obligación de negociar de buena fe al abusar del derecho a espiar.

3.2.3 Consecuencias de la comisión de espionaje durante las negociaciones: ¿acarrea la nulidad del tratado?

Como se advirtió en el capítulo II de este trabajo, la lista de causales de nulidad previstas en la “Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969”, es en principio exhaustiva. No obstante, hay que tener en consideración que tal

time be fair and equitable as between the parties and not one which is calculated to procure for one of them an unfair advantage in the light of the obligation assumed. A reasonable exercise of the right is regarded as compatible with the obligation. But the exercise of the right in such a manner as to prejudice the interests of the other contracting party arising out of the treaty is unreasonable and is considered as inconsistent with the bona fide execution of the treaty obligation, and a breach of the treaty...”; CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, “Anglo-Norwegian Fisheries case”, (Reino Unido c. Noruega), (Fondo), 18 de diciembre de 1951, pág.142; CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, “Border and Transborder Armed Actions Case” (Nicaragua c. Honduras), (Competencia y admisibilidad), 20 de diciembre de 1988, pág.105.

convención no codifica todos los posibles supuestos de nulidad debido a que es una rama del derecho en desarrollo.²⁷³

En ese sentido, se tiene que realizar un análisis de las consecuencias legales que se derivan de la violación de la obligación primaria y después argumentar si este supuesto es aplicable al caso en cuestión.

La consecuencia directa de la violación de la obligación de negociar de buena fe es la nulidad del acto.²⁷⁴

La nulidad “*consiste essentiellement à priver l’acte des effets de droit recherchés par son auteur*”.²⁷⁵ Para reparar un abuso del derecho que busca evadir las obligaciones se tiene que dejar sin efecto el acto.

Como se desarrolla en el capítulo II, existen dos tipos de nulidad: la relativa que es parcial y se da cuando hay un vicio del consentimiento que puede ser solventado, y la nulidad absoluta que se da cuando el tratado nace con vicios por

²⁷³ Cfr. GUTIÉRREZ BAYLÓN, Juan de Dios, Codificación Contrafactual de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969 (Conmemoración Crítica a cuarenta años de su adopción), Revista de la Facultad de Derecho, México, Vol. 59, No. 252, 2009, págs. 133 – 135.

²⁷⁴ Cfr. CHENG, Bin, General Principles of Law as applied by International Courts and Tribunals, *Op. Cit.*, págs. 158 – 160; McNAIR, Lord, The Law of Treaties, *Op. Cit.*, págs. 553–554; DONALD K., Anton, The Timor Sea Treaty Arbitration: Timor-Leste Challenges Australian Espionage and Seizure of Documents, ASIL, Vol. 18, No. 6, 26 de febrero de 2014: www.asil.org.

²⁷⁵ Cfr. REISMAN, Michael *et al*; Nullity in International Law, Max Planck Encyclopedia of Public International Law, septiembre 2006, para. 1: “...*Consiste esencialmente en privar al acto de los efectos legales buscados por su autor...*”, traducción propia, disponible en: www.opil.ouplaw.com/view/10.1093/law:epil/9780199231690/law-9780199231690e1446.

lo que los efectos legales que produce serian nulos desde el principio y se tendrían que retrotraer los efectos legales al momento previo a la celebración del tratado.

En el caso *Yukos Universal Limited (Isle of Man) v. The Russian Federation*, la Corte Permanente de Arbitraje determinó que Rusia había violado el Tratado sobre la Carta de la Energía y otros derechos del inversionista, al haber expropiado de forma irregular bienes de la empresa, así como cobrar impuestos y multas excesivas abusando de su autoridad. Las medidas discrecionales fueron implementadas de forma inequitativa y discriminatoria al vulnerar la protección de las expectativas legítimas. En consecuencia, fue condenado a reparar a la empresa petrolera.²⁷⁶

Si bien, en una etapa posterior se declaró la nulidad del laudo por cuestiones procesales, el análisis del fondo de este caso nos da luz sobre las consecuencias de los actos derivados del abuso del derecho.

La clara violación a la obligación de negociar de buena fe justifica el reclamo de Timor-leste de nulidad del tratado.²⁷⁷ Ya que la violación es a la obligación de negociar de buena fe, es decir durante la etapa de formulación del tratado se puede concluir que el instrumento nació con vicios de consentimiento, lo que acarrearía la nulidad absoluta del mismo.

²⁷⁶ Cfr. CORTE PERMANENTE DE ARBITRAJE, “*Yukos Universal Limited (Isle of Man) v. The Russian Federation*”, (Yukos Universal Limited, (Isle of Man) c. Federación de Rusia), (Laudo final), UNCITRAL, 18 de julio de 2014, págs. 108- 124.

²⁷⁷ Cfr. MITCHELL, Katie, Espionage & Good Faith in Treaty Negotiations: East Timor v Australia, *ejiltalk*, 20 de enero de 2014, disponible en: www.ejiltalk.org.

En consecuencia, la violación de la obligación de negociar de buena fe acarrea nulidad absoluta del tratado.

3.3 Conclusiones

Primera. Existe una obligación consuetudinaria de negociar de buena fe, la cual tiene tres elementos: el objeto y fin de las negociaciones, la protección de expectativas legítimas de las partes y la prohibición del abuso del derecho. Esto para dar confianza y certeza jurídica a las partes negociantes.

Segunda. La prohibición del abuso del derecho se puede cometer de cuatro formas: causar un daño intencional mediante el excesivo ejercicio del derecho, un mal uso de las facultades o del poder, mal balance de intereses y por medio de una conducta arbitraria o dolo que busca evadir el derecho.

Tercera. En el caso de *Timor-Leste v. Australia*, el espionaje cometido por el segundo Estado sobre la parte comercial del tratado configura un abuso del derecho que viola la obligación de negociar de buena fe.

Cuarta. La consecuencia de vulnerar la obligación de negociar de buena fe es la nulidad absoluta del tratado, ya que nace viciado en sí, por la obtención de una ventaja injusta.

Capítulo 4

Reflexión final. ¿Hacia una regulación del espionaje?

*“casi nunca nos damos cuenta que podemos suprimir cualquier cosa de nuestras vidas en cualquier momento y abandonarla”
Viaje a Ixtlán*

Después del extenso análisis sobre la legalidad del espionaje, el derecho de los tratados y concluir que el ejercicio del espionaje el caso de *Timor-Leste v. Australia* se realizó de forma abusiva y en consecuencia vulneró la obligación de negociar de buena fe, es necesario hacer una reflexión en torno a estos fenómenos o prácticas que por lo general se encuentran en estado de inter-legalidad ya que los Estados por razones políticas, deliberadamente ignoran su regulación.

4.1 Derecho y política

La relación entre el derecho y política es innegable, no obstante, el debate abierto es que tan implicados se encuentran. La respuesta a esa pregunta escapa al objetivo y estudio del presente trabajo.

Sin embargo, es necesario advertir que, en ciertos temas, las posiciones de los Estados, organizaciones internacionales, empresas, e incluso fallos internacionales se encuentran más politizados que otros.

Por ejemplo, el tema que por antonomasia es más político que jurídico es: el desarme nuclear. Esto limita mucho su estudio y los intentos de regulación existentes comúnmente son reglas inaplicables o que no vinculan a los Estados directamente interesados; es decir, es una regulación sin fuerza coercitiva o que plantea supuestos que nunca se actualizarán.

Es ilusorio pensar que en el estudio de estos temas se pueden hacer a un lado las cuestiones políticas. Por el contrario, muchas veces el aspecto legal es contingente.

En ese sentido, la Dra. Rosalyn Higgins menciona que cuando un órgano autorizado o una persona con facultades para decir, interpretar y aplicar el derecho lo hace, esto involucra todo un proceso que va más allá de la mera aplicación de las reglas de forma imparcial que sienten un precedente. Esto debido a que los impartidores de justicia dentro del derecho internacional como sistema normativo tienen que considerar todos los aspectos del mismo, desde la fuente, validez de la norma y contexto entre otros aspectos.²⁷⁸

Este ejercicio es un proceso complejo, '*decision-making process*' y pretende que el derecho intente acoplarse a la realidad social cambiante para que sea útil a los sujetos y una vía de solución a los problemas y procesos que se suscitan.

En ese sentido, el derecho internacional debe considerar la política internacional, porque son cuestiones que van de la mano, disciplinas paralelas que si bien no deben mezclarse, tienen implicaciones mutuas.

Las implicaciones de la política en el derecho, pueden resultar evidentes. Por ejemplo, la condena de ciertas situaciones y clasificación como terrorismo en algunas partes del mundo. Sin embargo, no se encuentran definidas, ni exploradas. Hoy en día, la comunidad internacional se encuentra en serios apuros

²⁷⁸ Cfr. HIGGINS, Rosalyn, Problems and Process: International Law and How We Use It, Op. Cit., pág. 3.

ya que debido a los impactos de la globalización en las relaciones y actores internacionales los conceptos de derecho internacional clásico tienen que cuestionarse, por lo que se encuentran forzados a cambiar o caer en *desuetudo*.

Por lo anterior, se hace una aproximación de las pocas o nulas alternativas de una posible regulación del espionaje interestatal.

4.2 Teoría funcionalista vs realismo en las relaciones internacionales

a) Funcionalismo

El funcionalismo como teoría nació después de la segunda guerra mundial, esencialmente describe y explica la cooperación internacional como un fenómeno esencial relacionado con el poder e intereses de los Estados. En ese sentido, algunos autores mencionan que es la doctrina base del derecho internacional institucional.²⁷⁹

Es decir, es un modelo de convivencia que combina la necesidad de resolver problemas a nivel global y el cambio de la concepción centralista de la soberanía estatal en las relaciones internacionales.²⁸⁰

El funcionalismo tiene dos pilares: uno sustantivo y otro metodológico. El sustantivo yace en la colaboración de los Estados y las organizaciones

²⁷⁹ Cfr. KLABBERS, Jan, The Emergence of Functionalism in International Institutional Law: Colonial Inspirations, Oxford University Press, The European Journal of International Law, Vol. 25, No. 3, mayo de 2014, págs. 674 – 648.

²⁸⁰ Cfr. BAKER, Christopher D., Tolerance of International Espionage: A functional Approach, Op. Cit., pág. 1098.

internacionales en aras de facilitar la cooperación entre los actores a partir de la institucionalización de políticas, medidas, programas y convenios.

Por otra parte, el aspecto metodológico hace referencia a la comparación de las organizaciones, debido a que los organismos internacionales tienen un punto en común, absolutamente todos se basan en una función, por lo que siempre cabe la comparación de resultados, procesos, y políticas.

El funcionalismo entonces tiene como elemento central de supervivencia y relación entre la comunidad internacional: la cooperación.

La cooperación además de ser el pilar de la teoría funcionalista, es un principio de derecho internacional que se encuentra codificado en la “Carta de las Naciones Unidas”²⁸¹ y como se mencionó en el capítulo III, va de la mano con el principio de buena fe.²⁸²

El funcionalismo puede tener varios objetivos, el principal al igual que la “Carta de San Francisco”, el mantenimiento de la paz y seguridad internacional. En ese sentido, esta teoría se amolda perfecto a cuestiones de seguridad internacional y nacional. No obstante, recordando la idea central de esta reflexión final, el aparato institucional puede servir a intereses políticos de determinada ideología u objetivo.

²⁸¹ Cfr. “Carta de las Naciones Unidas”, San Francisco, Estados Unidos de América, 25 de junio de 1945, D.O.F. 17 de octubre de 1945, Preámbulo.

²⁸² Cfr. CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, “*Nuclear Tests Case*”, (Australia c. Francia), (Competencia), 20 de diciembre de 1974, pág. 268, para. 46.

b) Realismo

El realismo se ha erguido como la doctrina dominante en la forma de entender las relaciones internacionales hoy en día. Sustenta que los Estados trabajan para hacerse poderosos respecto de otros Estados; ya que según esta teoría, el objetivo último del Estado como actor central de las relaciones internacionales es el poder.²⁸³

Este poder se ve reflejado en el aparato militar para sobrevivir y protegerse. Es una noción distinta sobre la seguridad internacional que se impone por los Estados más poderosos militarmente hablando.²⁸⁴

Así mismo, la corriente considera que las organizaciones internacionales y el derecho internacional en sí, carecen de fuerza coercitiva y poder para imponer obligaciones reales a los Estados, por ende, su existencia es una consecuencia de la aceptación y reconocimiento de un grupo de Estados selectos, que son los que concentran el poder en la toma de decisiones y creación de estándares legales.²⁸⁵

En ese sentido, la teoría realista supone que el espionaje es una herramienta que el Estado puede utilizar para allegarse de poder sobre otros Estados. Por el

²⁸³ BAKER, Christopher D., *Tolerance of International Espionage: A functional Approach*, Op. Cit., pág. 1101.

²⁸⁴ KRASNER, Stephen D., *Realist Views of International Law*, American Society of International Law, Vol. 96, 2002, págs. 265-268.

²⁸⁵ Cfr. SHIRLEY, Scott, *International Law as Ideology: Theorizing the Relationship between International Law and International Politics*, European Journal of International Law, Vol. 5, No.1, 1994, págs. 314 – 318.

contrario, la tesis funcionalista busca que el espionaje se regule dentro de ciertos límites definidos y el eje rector sea la cooperación internacional para salvaguardar la seguridad internacional.²⁸⁶

4.3 ¿Instrumentos que regulan el espionaje?

Como se desarrolla en el presente trabajo, las actividades de inteligencia secreta para la recopilación de datos, es decir espionaje es una actividad que se conoce, practica, se ha desarrollado, y tiene técnicas sofisticadas, sin embargo, deliberadamente se ha ignorado su regulación en el plano internacional.

Es en ese sentido, que en el primer capítulo se prueba que su estatus en el derecho internacional es una cuestión tabú, más que una laguna, puesto que no hay prohibición expresa y el espionaje en sí no vulnera ninguna obligación internacional. No obstante, se tienen que analizar los métodos y medios empleados caso por caso.

En el caso que se presenta en el capítulo III sobre Timor Oriental, la cuestión es si el espionaje por cuestiones de seguridad nacional, ejercido durante las negociaciones de un tratado comercial se puede justificar como un derecho que encuentra respaldo en la práctica. La respuesta es 'no', ya que vulnera la obligación de negociar de buena fe por abuso del derecho y por lo tanto, tras el análisis de los posibles efectos se concluyó que tal tratado tiene que ser declarado inválido.

²⁸⁶ Cfr. BAKER, Christopher D., Tolerance of International Espionage: A functional Approach, Op. Cit., págs. 1101-112.

En consecuencia, se abre la puerta en el presente capítulo al estudio de la posible regulación del fenómeno internacional a la luz de la teoría funcionalista que contravendría la teoría realista de las relaciones internacionales.

Desde la perspectiva realista es un mecanismo más para ganar terreno en el plano político, desde la perspectiva funcionalista podría ser una herramienta de cooperación para salvaguardar la seguridad internacional.

En este punto del trabajo expuesto, se expondrán de forma ilustrativa algunos ejemplos de intentos de regulación de estas actividades y de proyectos funcionales, que sin tener la clasificación de realizar espionaje, lo hacen. Se busca entonces que el lector saque una conclusión propia sobre si es adecuado o no regular el espionaje internacional y si serviría de algo.

El profesor Simon Chesterman explica que las actividades de inteligencia se encuentran en una penumbra jurídica, al margen de distintos regímenes legales y en la frontera de la legitimidad internacional, de igual forma menciona que sin importar la relevancia del espionaje en la conducción de las políticas y relaciones internacionales, existen pocos instrumentos internacionales que lo abordan de manera directa.²⁸⁷

El Manual de Tallin 2.0, es un intento de codificación, no reconocida, del derecho aplicable a las operaciones cibernéticas durante los tiempos de paz. El ciber-espionaje es una operación cibernética de baja intensidad y en ese sentido, poco

²⁸⁷ Cfr. CHESTERMAN, Simon, *The Spy Who Came in From the Cold War: Intelligence and International Law*, Op. Cit., pág. 1071, LUBIN Asaf, en Minárik, T., y Jakschis, R. (eds.), *Cyber Law and Espionage Law as communicating vessels*, Op. Cit., pág. 205.

o casi nada habla sobre la regulación del espionaje en sí, ya que su clasificación es de actividades no *per se* reguladas por el derecho internacional.²⁸⁸

No obstante, se ha advertido la existencia de programas cooperación entre Estados y algunas corporaciones privadas que han incentivado programas de vigilancia masiva para evitar el '*hackeo*' de sus bases de datos, ataques cibernéticos y posible delincuencia cibernética.²⁸⁹

En 2013, Brasil y Alemania presentaron un proyecto de resolución ante la Asamblea General de Naciones Unidas en la cual exigían un reporte del Alto Comisionado de Derechos Humanos en donde se delimitará el marco regulatorio de las actividades de vigilancia masiva territorial, extraterritorial, interferencia de comunicaciones, recopilación de datos personales y el alcance del derecho a la privacidad con observaciones y recomendaciones a los miembros de Naciones Unidas. Esto con el objetivo de fijar estándares, identificar principios y prácticas en la relación con actividades de vigilancia masiva y el régimen de protección a los derechos humanos.²⁹⁰

En 1998 el Parlamento Europeo publicó un reporte, '*research paper*', sobre la existencia de un programa de espionaje llamado 'ECHELON' implementado por los Estados Unidos de América y Reino Unido, consistente en la interceptación de

²⁸⁸ Cfr. SCHMITT, Michael. N., Tallin Manual 2.0 on the International Law applicable to Cyber operations, Op. Cit., Regla 32.

²⁸⁹ Cfr. ZIOLKOWSKI, Katharina (ed.), Peacetime Regime for State Activities in Cyberspace. International Law, International Relations and Diplomacy, Op. Cit. pág. 426.

²⁹⁰ Cfr. ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS, Report of the U.N. Office of the High Commissioner for Human Rights, Right to Privacy in the Digital Age, Op. Cit.

comunicaciones de todo tipo destinadas a una base de datos, clasificadas por comandos y palabras clave y sin ser estrictamente para fines militares.²⁹¹

No obstante, no existió una reacción enérgica o condenatoria al programa por parte de los Estados miembros de la Unión Europea o de la comunidad internacional.

Finalmente, existen algunos tratados en donde se permite llevar a cabo actividades de inteligencia. Estos tratados son destinados a establecer un régimen sobre espacios comunes, sin embargo, no se trata de inteligencia secreta, regularmente son actividades que se dan a conocer.²⁹²

En ese sentido, los ejemplos anteriores son distintas fuentes de derecho internacional que si bien, no pueden tomarse como regulación ni como base para desarrollarla, son evidencia de que los Estados son conscientes de la falta de la misma y que deliberadamente ignoran el tema. Sin embargo, como se ha demostrado en este trabajo, las actividades de espionaje tienen efectos legales en distintos regímenes dentro del derecho internacional y en el derecho internacional general.

²⁹¹ Cfr. PARLAMENTO EUROPEO, Reporte sobre la existencia de un sistema mundial de interceptación de comunicaciones privadas y económicas (sistema de interceptación ECHELON), Op. Cit.

²⁹² Cfr. ZIOLKOWSKI, Katharina (ed.), Peacetime Regime for State Activities in Cyberspace. International Law, International Relations and Diplomacy, Op. Cit. pág. 442.

4.4 Conclusiones

- Primera. Existen diversos ordenamientos jurídicos donde se hace referencia a las actividades de inteligencia sin buscar ser o acercarse a ser una regulación del tema.
- Segunda. Los intereses políticos de las relaciones internacionales son inseparables de las cuestiones jurídicas en temas que no tienen un estatus definido en el sistema normativo.
- Tercera. El espionaje es un tema tabú en el derecho internacional
- Cuarta. Desde una perspectiva realista el espionaje, es una herramienta que sirve a los Estados para conseguir poder.
- Quinta. Desde una perspectiva funcionalista el espionaje puede servir como canal de cooperación para diversas cuestiones, principalmente el mantenimiento de la paz y seguridad internacionales.

Conclusiones generales

Primera. El espionaje es la recopilación de datos de forma secreta.

Segunda. El espionaje es una práctica reiterada de los Estados.

Tercera. No existe una prohibición expresa del espionaje en el derecho internacional.

Cuarta. El espionaje *per se* no viola el derecho internacional.

Quinta. El espionaje en tiempos de guerra se encuentra regulado.

Sexta. El espionaje en tiempos de paz no está regulado.

Séptima. El espionaje es un acto no amistoso entre las naciones, pero tolerado.

Octava. La comunidad internacional no se ha pronunciado en contra de estas actividades.

Novena. Las cortes internacionales no han emitido fallos respecto de la legalidad o ilegalidad del espionaje.

Décima. El espionaje es un derecho consuetudinario de los Estados que proviene del derecho a la seguridad nacional, que a su vez deriva del derecho a sobrevivir.

Undécima. Un tratado internacional es el acuerdo de voluntades entre dos sujetos de derecho internacional oral o escrito que impone obligaciones y consecuencias, sin importar su denominación y siempre gobernado por el derecho internacional.

Duodécima. La Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969 es un intento de codificación muy limitado, que excluye muchos supuestos que tienen sustento en la práctica e incorpora otros supuestos que jamás se han actualizado.

Decimotercera. La Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969 únicamente abarca el derecho aplicable a los tratados escritos y celebrados entre Estados, ignora los demás acuerdos válidos. En consecuencia, el derecho consuetudinario sobre el derecho de los tratados es el que en su mayoría resuelve las cuestiones relativas a esta rama del derecho internacional.

Decimocuarta. Las causales de nulidad incluidas en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, son una lista exhaustiva que no esclarece las dudas ni remotamente codifica ni desarrolla los supuestos aplicables a este régimen.

Decimoquinta. La nulidad de los tratados internacionales es un tema en desarrollo que tiene que apoyarse en otras disciplinas para tener supuestos aplicables y no letra muerta.

Decimosexta. La mayoría de la doctrina sobre el derecho de los tratados toma como punto de partida la “Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969”, que debería de ser un mecanismo residual ya que gran parte de su clausulado nunca ha sido aplicado.

Decimoséptima. Existe una obligación consuetudinaria de negociar de buena fe, la cual tiene tres elementos: el objeto y fin de las negociaciones, la protección de expectativas legítimas de las partes y la prohibición del abuso del derecho. Esto para dar confianza y certeza jurídica a las partes negociantes.

Decimoctava. La prohibición del abuso del derecho se puede cometer de cuatro formas: causando un daño intencional mediante el excesivo ejercicio del derecho,

un mal uso de las facultades o del poder, mal balance de intereses y cuando por una conducta arbitraria o dolo se busca evadir el derecho.

Decimonovena. En el caso de *Timor-Leste v. Australia*, el espionaje cometido por el segundo Estado sobre la parte comercial del tratado configura un abuso del derecho que viola la obligación de negociar de buena fe.

Vigésima. La consecuencia de vulnerar la obligación de negociar de buena fe es la nulidad absoluta del tratado ya que nace viciado en si por la obtención de una ventaja injusta.

Vigesimoprimera. Existen diversos ordenamientos jurídicos donde se hace referencia a actividades de inteligencia sin buscar ser o acercarse a ser una regulación del tema

Vigesimosegunda. Los intereses políticos de las relaciones internacionales son inseparables de las cuestiones jurídicas en temas que no tienen un estatus definido en el sistema normativo.

Vigesimotercera. El espionaje es un tema tabú en el derecho internacional

Vigesimocuarta. Desde una perspectiva realista el espionaje, es una herramienta que sirve a los Estados para conseguir poder.

Vigesimoquinta. Desde una perspectiva funcionalista el espionaje puede servir como canal de cooperación para diversas cuestiones, principalmente el mantenimiento de la paz y seguridad internacionales.

El espionaje es una práctica tolerada por los Estados que no goza de una regulación dentro del Derecho Internacional en tiempos de paz. Sin embargo, puede erigirse como un derecho por cuestiones de seguridad nacional.

El Derecho de los Tratados abarca más que la Convención de Viena de 1969 y en particular el derecho de la nulidad, no se encuentra plenamente desarrollado. Los supuestos de nulidad establecidos en la Convención nunca han sido aplicados.

El caso de Timor Oriental contra Australia es un ejemplo de un abuso del derecho a espiar. Lo que vulnera la obligación consuetudinaria de negociar de buena fe.

Si bien no existe un daño tangible para que el Estado pudiese reclamar una lesión, la consecuencia por la violación es la renegociación de las cláusulas viciadas.

La regulación del espionaje no es cercana en el marco internacional. Desde una perspectiva funcionalista el espionaje puede servir como canal de cooperación para diversas cuestiones, principalmente el mantenimiento de la paz y seguridad internacionales. Sin embargo, desde un enfoque realista sirve a los Estados para tener poder sobre otros.

Bibliografía

LIBROS

- BOARDMAN, John, *et al.*, Oxford History of the Classical World, Nueva York, Oxford University Press, 1 de Julio de 1986.
- CHENG, Bin, General Principles of Law as applied by International Courts and Tribunals, S.N.E., Cambridge University Press, Reino Unido, 1994.
- DENZA, Eileen, Diplomatic Law Commentary on the Vienna Convention on Diplomatic Relations, 4o ed., Oxford University Press, Londres, 2016.
- EVANS, Malcolm D, International Law, 4ª ed., Oxford University Press, Reino Unido, 2014.
- GARNER, Brian A., Black's Law Dictionary, 7th ed, West Group, Estados Unidos de América, 1999.
- GROTIUS, Hugo, On the Law of War and Peace translated from the original Latin De Jure Belli ac Pacis, Batoche Books Kitchener, trad. A.C. Campbell, Canada, 2001.
- GUTIÉRREZ BAYLÓN, Juan de Dios, Derecho de los Tratados, 1ª ed. Porrúa, México, 2010.
- HERMAN, Michael, Intelligence Power in peace and war, S. N. E., Cambridge University Press, Nueva York, 1996.
- HERRERA, Juan Carlos, Breve Historia del Espionaje, S.N.E., Tombooktu México, México, 2013.
- HIGGINS, Rosalyn, Problems and Process: International Law and How We Use It, S.N.E., Oxford University Press, Nueva York, 1994.
- JOSEPH, Sarah *et al.*, The International Covenant on Civil and Political Rights, cases, materials, and a commentary, 2a edición, Oxford University Press, Nueva York, 2004.
- KELSEN, Hans, Principles of International Law, S.N.E, Rinehart & Company Inc. New York, Estados Unidos de América, 1959.

- KITTICHAISAREE, Kriangsak, Public International Law of Cyberspace, S.N.E., Springer, Suiza, 2017.
- KOLB, Robert, Good Faith in International Law, S.N.E., Hart publishing, Oxford, Portland y Oregon, 2017.
- KOLB, Robert, The Law of Treaties an Introduction, S.N.E., E. Elgar, Reino Unido, 2016.
- LERNER, K. Lee, *et al.*, Encyclopedia of Espionage, Intelligence, and Security, S.N.E. Thompson Gale, Estados Unidos de América, Vol. 1, 2004.
- LERNER, K. Lee, *et al.*, Encyclopedia of Espionage, Intelligence, and Security, S.N.E. Thompson Gale, Estados Unidos de América, Vol. 3, 2004.
- McNAIR, Lord, The Law of Treaties, S.N.E., Oxford University Press, Reino Unido, 1961.
- OPPENHEIM Lassa, International Law, a treatise, S.N.E., Longmans, Green, and Co., Londres, 1905.
- PANIZZON Marion, *Good Faith in the Jurisprudence of the WTO, The Protection of Legitimate Expectations, Good Faith Interpretation and Fair Dispute Settlement*, Hart Publishing, S.N.E, 2006.
- PELLET, Alain, "Article 38" en ZIMMERMANN, Andrea *et al.*, (editores), The Statute of the International Court of Justice: A Commentary, S.N.E., Oxford University Press, Nueva York, 2006.
- REUTER, Paul, Introducción al derecho de los Tratados, 1º ed., Fondo de Cultura Económica, Ciudad de México, Trad. Eduardo L. Suárez, 1999.
- SCHMITT, Michael. N., Tallin Manual 2.0 on the International Law applicable to Cyber operations, 2ª ed., Cambridge University Press, Reino Unido, 2017.
- SOCIEDAD BIBLICA INTERNACIONAL, Santa Biblia, Nueva versión Internacional, S.N.E., Vida, Florida, 1999.
- TSAGOURIAS Nicholas *et al.*, The legal status of cyberspace, en research handbook on international law and cyber space, Edward Elgar, Reino Unido, 2015.
- TZU, Sun, El arte de la Guerra, S.N.E., Biblioteca Virtual Universal, 2003.

- VILLIGER, Mark E., Commentary on the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties, S.N.E., Martinus Nijhoff, Leiden, 2009.
- WRIGHT, Quincy, *et al.*, Essays on Espionage and International Law, S. N. E. Ohio State University Press, California, 1962.
- ZWEIG, Stefan, Fouché, retrato de un político, 7ma ed., Época, S. A., México, 1975.

HEMEROGRAFÍA

- BAKER, Christopher D., Tolerance of International Espionage: A functional Approach, American University International Law Review, Estados Unidos de América, Vol. 19, No. 5, 2003.
- BASSIOUNI, M. Cherif, A Functional Approach to "General Principles of International Law", Michigan Journal of International Law, Michigan, Vol.11, No. 3, 1990.
- BUCHAN, Russell, en Osula, A.-M. and Rõigas, H., (eds.), The International Legal Regulation of State-Sponsored Cyber Espionage, International Cyber Norms: Legal, Policy & Industry Perspectives, NATO CCD COE Publications, Tallinn, Estonia, 2016.
- CHESTERMAN, Simon, The Spy Who Came in From the Cold War: Intelligence and International Law, Michigan Journal of International Law, Nueva York, Vol. 27, N.4, 2006.
- DEEKS, Ashley, An International Legal Framework for Surveillance, Virginia Journal of International Law, Virginia Public Law and Legal Theory Research Paper Series, Vol. 55, No. 53, 2014.
- DERMAREST, Geoffrey, Espionage in International Law, Denver Journal of International Law & Policy, Lexis Nexis, Vol. 24 N. 321,1996.
- DONALD K., Anton, The Timor Sea Treaty Arbitration: Timor-Leste Challenges Australian Espionage and Seizure of Documents, ASIL, Vol. 18, No. 6, 26 de febrero de 2014: www.asil.org.
- FORCESE, Craig, Spies without Borders: International Law and Intelligence Collection, Journal of National Security Law & Policy, Canada, Vol. 5, No.179, 2011.

- GUTIÉRREZ BAYLÓN, Juan de Dios, Codificación Contrafactual de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969 (Conmemoración Crítica a cuarenta años de su adopción), *Revista de la Facultad de Derecho, México*, Vol. 59, No. 252, 2009.
- HEINTSCHEL VON HEINEGG, Wolff, Territorial Sovereignty and Neutrality in Cyberspace, *International Law Studies*, Vol. 89 No.123, 22 de diciembre de 2013.
- JIMÉNEZ, Angeles, *The Delimitation Agreement Between Timor-leste and Australia as a result of the compulsory conciliation*, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, Número 36, Vol. 11, 9 de octubre de 2018.
- KAYE, Stuart, Freedom of Navigation, Surveillance and Security: Legal Issues Surrounding the Collection of intelligence from Beyond the Littoral, *Australian Yearbook of International Law, Australia*, Vol. 24 No. 93, 8 de marzo de 2005.
- KLABBERS, Jan, *The Emergence of Functionalism in International Institutional Law: Colonial Inspirations*, Oxford University Press, *The European Journal of International Law*, Vol. 25, No. 3, mayo de 2014.
- KRASNER, Stephen D., *Realist Views of International Law*, *American Society of International Law*, Vol. 96, 2002.
- LOTRIONTE, Catherine, *Countering State-Sponsored Cyber Economic Espionage Under International Law*, *North Carolina Journal of International Law and Commercial Regulation*, Vol. 40, No. 2, 2014.
- LUBIN Asaf, en Minárik, T., y Jakschis, R. (eds.), *“Cyber Law and Espionage Law as communicating vessels”*, NATO Cooperative Cyber Defence Centre of Excellence Publications (CCDCOE), Tallin, Estonia, 18 de enero del 2018.
- LUBIN, Asaf, 'We Only Spy on Foreigners': The Myth of a Universal Right to Privacy and the Practice of Foreign Mass Surveillance, *Chicago Journal of International Law*, Vol. 18, No. 2, 2018.
- LUBIN, Asaf, *Espionage as a Sovereign Right under International Law and its Limits*, *ILSA Quarterly*, Vol. 24, No. 3, 16 de mayo de 2016.
- LUBIN, Asaf, *The Liberty to Spy*, *Harvard International Law Journal*, Vol. 61, No. 1, 21 de febrero de 2019.

- MCDOUGAL, Myres S., *et al.*, The Intelligence Function and World Public Order, Yale Law School Faculty Scholarship Series, Hein Online, Vol. 46, N. 3, 1973.
- MILANOVIC, Marko, Human Rights Treaties and Foreign Surveillance: Privacy in the Digital Age, Harvard International Law Journal, Vol. 56, No.1, 2015.
- RADSAN, John, The Unresolved Equation of Espionage and International Law, Michigan Journal of International Law, Vol.28 N.3, 2007.
- REISMAN, Michael *et al*; Nullity in International Law, Max Planck Encyclopedia of Public International Law, septiembre 2006, disponible en: www.opil.ouplaw.com/view/10.1093/law:epil/9780199231690/law-9780199231690e1446.
- REISMAN, Michael, Covert action, Yale Journal of International Law, Washington D.C., Vol. 20, No. 2, 29 de marzo de 1995.
- SHIRLEY, Scott, International Law as Ideology: Theorizing the Relationship between International Law and International Politics, European Journal of International Law, Vol. 5, No.1, 1994.
- SIMMA, Bruno, *et al*, “*Of Planets and the Universe: Self-contained Regimes in International Law*”, European Journal of International Law, Nueva York, Vol. 17, N. 3, 2006.
- TAYLOR, G., The Content of the Rule against Abuse of Rights in International Law, Hein Online, British Year Book of International Law, Vol. 46, No. 1, 1972.
- TURNER, Robert, Coercive Covert Action and the Law, Yale Journal of International Law, Washington D.C., Vol. 20, No. 2, 29 de marzo de 1995.
- TZENG, Peter, The State’s Right to Property Under International Law, The Yale Law Journal, Vol. 125, No. 6, abril 2016.
- VON HEINEGG, Wolff Heintschel, Territorial Sovereignty and Neutrality in Cyberspace, International Law Studies, U.S. Naval War College, Vol. 89, No. 123, 2013.
- ZIOLKOWSKI, Katharina (ed.), Peacetime Regime for State Activities in Cyberspace. International Law, International Relations and Diplomacy, S.N.E.,

NATO CCD COE Cooperative Cyber Defence Centre of Excellence
Publication, Tallinn, 2013.

JURISPRUDENCIA INTERNACIONAL

Corte Permanente de Justicia Internacional

- CORTE PERMANENTE DE JUSTICIA INTERNACIONAL, “*The Electricity Company of Sofia and Bulgaria*”, (Belgica c. Bulgaria), (Excepciones preliminares), Voto particular disidente del Juez Anzilotti, 4 de abril de 1939.
- CORTE PERMANENTE DE JUSTICIA INTERNACIONAL “*Case of Railway Traffic between Lithuania and Poland*”, (Opinion Consultiva), Serie A/B, No. 42, 15 de octubre de 1931.
- CORTE PERMANENTE DE JUSTICIA INTERNACIONAL, “*Case Concerning The Factory at Chorzow*”, (Alemania c. Polonia), (Competencia), Serie A, No. 9, 26 de julio de 1927.
- CORTE PERMANENTE DE JUSTICIA INTERNACIONAL, “*Case of the Free Zones of Upper Savoy and the District of Gex*”, (Francia/Suiza), (Orden), Serie A, No. 22, 19 de agosto de 1929.
- CORTE PERMANENTE DE JUSTICIA INTERNACIONAL, “*Case of the S.S. “Wimbledon,”* (Reino Unido, Francia, Italia y Japon c. Alemania, (Fondo), Serie A, No. 1, 1923.
- CORTE PERMANENTE DE JUSTICIA INTERNACIONAL, “*Certain German Interests in Polish Upper Silesia*” (Alemania c Polonia), (Fondo), Serie A. No 7, 25 de mayo de 1926.
- CORTE PERMANENTE DE JUSTICIA INTERNACIONAL, “*Free zones of Upper Savoy and the District of Gex*”, (Francia c. Suiza), (Fondo), Serie. A/B, No. 46, 7 de junio de 1932.
- CORTE PERMANENTE DE JUSTICIA INTERNACIONAL, “*Interpretation of the Convention of 1919 Concerning Employment of Women during the Night*”, (Opinion Consultiva), Serie A/B, No. 50, 15 de noviembre de 1932.

- CORTE PERMANENTE DE JUSTICIA INTERNACIONAL, “*Legal Status of Eastern Greenland*”, (Dinamarca c. Noruega), (Fondo), Serie A/B. No. 53, Voto particular Disidente del juez *Anzilotti*, 5 de abril de 1933.
- CORTE PERMANENTE DE JUSTICIA INTERNACIONAL, “*The case of the S.S. Lotus*” (Francia c. Turquía), (Fondo), Series A, No. 10, 1927.

Corte Internacional de Justicia

- CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, “*Accordance with International Law of The Unilateral Declaration of Independence in respect of Kosovo*” (Opinion Consultiva), 22 de julio de 2010.
- CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, “*Ambatielos Case*”, (Grecia c. Reino Unido), (Excepciones Preliminares), 1 de julio de 1952.
- CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, “*Anglo-Norwegian Fisheries case*”, (Reino Unido c. Noruega), (Fondo), 18 de diciembre de 1951.
- CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, “*Applicability of the Obligation to Arbitrate Under Section 21 of the United Nations Headquarters Agreement of 26 June 1947*”, (Opinion Consultiva), 2 de marzo de 1988.
- CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, “*Application Of The Interim Accord of 13 September 1995*” (Antigua República Yugoslava de Macedonia c. Grecia), (Fondo), 5 de diciembre de 2011.
- CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, “*Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited,*” (Belgica c. España), (Segunda Fase), 5 de febrero de 1970.
- CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, “*Border and Transborder Armed Actions Case*” (Nicaragua c. Honduras), (Competencia y admisibilidad), 20 de diciembre de 1988.
- CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, “*Case concerning Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide*”, (Bosnia-Herzegovina c. Yugoslavia), (Excepciones Preliminares), 11 de julio de 1996.

- CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, “*Case Concerning Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide*,” (Bosnia y Herzegovina c. Serbia y Montenegro), (Fondo), 26 de febrero de 2007.
- CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, “*Case Concerning Avena and Other Mexican Nationals*”, (Mexico c. Estados Unidos de América), (Fondo), 31 de marzo de 2004.
- CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, “*Case Concerning Delimitation of the Maritime Boundary in the Gulf of Maine Area*”, (Canadá/Estados Unidos de América), (Fondo), 12 de octubre de 1984.
- CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, “*Case concerning Maritime Delimitation in the Indian Ocean*”, (Somalia c. Kenia), (Excepciones Preliminares), 2 de febrero de 2017.
- CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, “*Case Concerning Military and Paramilitary Activities in and Against Nicaragua*”, (Nicaragua c. Estados Unidos de América), (Fondo), 27 de junio de 1986.
- CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, “*Case Concerning Right of Passage Over Indian Territory*”, (Portugal c. India), (Fondo), 12 de abril de 1960.
- CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, “*Case Concerning Rights of Nationals of the United States of America in Morocco*”, (Francia c. Estados Unidos de América), (Fondo), 1952.
- CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, “*Case Concerning Temple of Preah Vihear*”, (Camboya c. Tailandia), (Fondo), 15 de junio de 1962.
- CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, “*Case Concerning the Application of the Convention of 1902 Governing the Guardianship of Infant*”, (Países Bajos c. Suecia), (Fondo), 28 de noviembre de 1958, Voto particular concurrente Juez Sir Hersch Lauterpacht.
- CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, “*Case Concerning The Gabčíkovo-Nagymaros Project*”, (Hungría/Eslovaquia), (Fondo), 25 de septiembre de 1997.

- CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, “*Case concerning the Temple of Preah Vihear*” (Camboya c. Tailandia), (Excepciones Preliminares), 26 de mayo de 1961.
- CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, “*Case concerning the Temple of Preah Vihear*” (Camboya c. Tailandia), (Fondo), 15 de junio de 1962.
- CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, “*Case Concerning The Territorial and Maritime Dispute*”, (Nicaragua c. Colombia), (Excepciones Preliminares), 13 de diciembre de 2007.
- CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, “*Certain Norwegian Loans*”, (Francia c. Noruega), (Excepciones Preliminares), 6 de julio de 1957.
- CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, “*Continental Shelf*” (Libia c. Malta) (Fondo), 3 de junio de 1985.
- CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, “*Fisheries Jurisdiction case*”, (Reino Unido c. Islandia), “*Memorial of the Merits of the Dispute Submitted by the Government of the United Kingdom*”, 14 de abril 1972.
- CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, “*Fisheries Jurisdiction case*”, (Reino Unido c. Islandia), (Competencia), 2 de febrero de 1973.
- CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, “*Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria*”, (Camerún c. Nigeria: Guinea Ecuatorial interviniendo), (Fondo), 10 de octubre de 2002.
- CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, “*Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia, (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970)*”, (Opinión Consultiva), 21 de junio de 1971.
- CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, “*Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*”, (Opinión Consultiva), 9 de julio de 2004.
- CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, “*Legality of The Threat or Use of Nuclear Weapons*”, (Opinión Consultiva), 8 de julio de 1996.

- CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, “*Legality of The Threat or Use of Nuclear Weapons*”, (Opinión Consultiva), 8 de julio de 1996, Voto particular disidente del Juez Weeramantry.
- CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, “*Legality of The Threat or Use of Nuclear Weapons*”, (Opinión Consultiva), 8 de julio de 1996, Voto particular disidente de la Juez R. Higgins.
- CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, “*Maritime Delimitation and Territorial Questions between Qatar and Bahrain*”, (Qatar c. Bahrain), (Competencia), 1 de Julio de 1994.
- CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, “*Maritime Delimitation in the Indian Ocean*”, (Somalia c. Kenia), (Excepciones Preliminares), 2 de febrero de 2017.
- CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, “*North Sea Continental Shelf Cases*”, (Alemania c. Dinamarca; Alemania c. Países Bajos), (Fondo), 20 de febrero de 1969.
- CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, “*Nottebohm case*”, (Liechtenstein c. Guatemala), “*Memorial Submitted by the Government of the Principality of Liechtenstein*” 26 de enero de 1952.
- CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, “*Nuclear Tests Case*”, (Australia c. Francia), (Competencia), 20 de diciembre de 1974.
- CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, “*Obligation to Negotiate Access to the Pacific Ocean*” (Bolivia c. Chile), (Fondo), 1 de octubre de 2018.
- CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, “*Pulp Mills on the River Uruguay*”, (Argentina c. Uruguay), (Fondo), 20 de abril de 2010.
- CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, “*Pulp Mills on the River Uruguay*”, (Argentina c. Uruguay), (Fondo), 20 de abril de 2010, Voto particular concurrente del Juez Cançado Trindade.
- CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, “*Question of the Delimitation of the Continental Shelf between Nicaragua and Colombia beyond 200 nautical miles from the Nicaraguan Coast*”, (Nicaragua c. Colombia), (Excepciones Preliminares), 17 de marzo de 2016.

- CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, “*Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite*”, (Belgica c. Senegal), (Fondo), 20 de julio de 2012.
- CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, “*Questions relating to the Seizure and Detention of Certain Documents and Data*”, (Timor-Leste c. Australia), (Orden de medidas provisionales), 3 de marzo 2014.
- CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, “*Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide*”, (Opinión Consultiva), 28 de mayo de 1951.
- CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, “*South West Africa cases*”, (Etiopia c. Sudafrica/ Liberia c. Sudafrica), (Excepciones Preliminares), 21 de diciembre de 1962.
- CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, “*South West Africa Cases*”, (Etiopia/Liberia c. Sudáfrica), (Excepciones Preliminares), 21 de diciembre de 1962, Voto particular concurrente Juez Philip. C. Jessup.
- CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, “*The Corfu Channel Case*”, (Reino Unido c. Albania), (Fondo), 9 de abril de 1949.
- CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, “*United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran*”, (Estados Unidos de América c. Irán), (Fondo), 24 de mayo de 1980.

Corte Permanente de Arbitraje

- CORTE PERMANENTE DE ARBITRAJE, “*Island of Palmas case*”, (Países Bajos c. Estados Unidos de América), UNRIAA Vol. II, 4 de abril de 1928.
- CORTE PERMANENTE DE ARBITRAJE, “*Arbitration under the Timor Sea Treaty*”, (Timor-Leste c. Australia), (Orden de Terminación), 20 de marzo de 2017.
- CORTE PERMANENTE DE ARBITRAJE, “*Conciliation between The Democratic Republic of Timor-Leste and The Commonwealth of Australia*”, (Australia/Timor-Leste), (Excepciones preliminares sobre la competencia), 19 de septiembre de 2016.

- CORTE PERMANENTE DE ARBITRAJE, “*Yukos Universal Limited (Isle of Man) v. The Russian Federation*”, (Yukos Universal Limited, (Isle of Man) c. Federación de Rusia), (Laudo final), UNCITRAL, 18 de julio de 2014.
- CORTE PERMANENTE DE ARBITRAJE, “*Award in the Arbitration regarding the Chagos Marine Protected Area between Mauritius and the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland*”, (Mauricio c. Reino Unido), (Fondo), UNRIAA, Vol. XXXI, 18 de marzo de 2015.
- CORTE PERMANENTE DE ARBITRAJE, “*Delimitation of the maritime boundary between Guyana and Suriname*”, (Guyana c. Suriname), (Fondo), UNRIAA Vol. XXX, 17 de septiembre de 2007.

Tribunal Internacional de Derecho del Mar

- TRIBUNAL INTERNACIONAL DE DERECHO DEL MAR, “*MV Saiga case*”, (San Vicente y las granadinas c. Guinea), (Fondo), 1 de julio de 1999.

Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia

- TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA LA ANTIGUA YUGOSLAVIA, “*The Prosecutor vs. Dusko Tadic*”, (Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction), Caso No. IT-94-1-A, 2 de octubre de 1995.
- TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA LA ANTIGUA YUGOSLAVIA, “*Prosecutor v Anto Furundzija*”, (Fondo), Caso No. IT-95-17/1-T, 10 de diciembre de 1998.

Tribunal Penal Internacional para Ruanda

- TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA RUANDA, “*El fiscal c Jean-Paul Akayesu*”, (Fondo), Caso ICTR-96-4, 2001.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos

- TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, “*Liberty vs. The United Kingdom*” (Fondo), App.No. 58243/00, 1 de julio de 2008.
- TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, “*Weber and Saravia v. Germany*”, (Admisibilidad), App. No. 54934/00, 29 de junio de 2006.

Corte Interamericana de Derechos Humanos

- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, “*Medio Ambiente y Derechos Humanos*”, (Opinión Consultiva Oc-23/17 solicitada por Colombia), 15 de noviembre de 2017.

Tribunales arbitrales ad-hoc

- TRIBUNAL ARBITRAL AD- HOC, “*Case concerning the delimitation of maritime boundary between Guinea-Bissau and Senegal*”, (Guinea-Bissau c. Senegal), (Fondo), UN RIAA, Vol. XX, 31 de julio de 1989.
- TRIBUNAL ARBITRAL AD-HOC, “*Award In The Matter of an Arbitration Between Kuwait and The American Independent Oil Company (AMINOIL)*”, (Kuwait c. The American Independent Oil Company), (Fondo), 24 de marzo de 1982.
- TRIBUNAL ARBITRAL AD-HOC, “*Tacna-Arica question*”, (Chile c. Peru), (Fondo), RIAA, VOL. II, 4 de marzo 1925.
- TRIBUNAL ARBITRAL AD-HOC, “*Texaco Overseas Petroleum Company v. The Government of the Libyan Arab Republic*”, (Fondo), 19 de enero de 1977.

Órgano de Apelación de la Organización Mundial del Comercio

- ÓRGANO DE APELACIÓN DE LA ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO, “*United States-Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products*” (India; Malasia; Pakistán; Tailandia c. Estados Unidos), (Reporte de apelación), WTO Doc. WT/DS58/AB/R, 12 de octubre de 1998.

- ÓRGANO DE APELACIÓN DE LA ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO, “*Japan Taxes on Alcoholic Beverage*”s, (Canadá, Estados Unidos, Comunidades Europeas c. Japón), (Reporte de Apelación), WTO AB-1996-2, 4 de octubre de 1996.

Tribunal Administrativo de la Organización de Naciones Unidas

- TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE LAS NACIONES UNIDAS, “*Judgment No. 18. Case No. 26,*” (Crawford c. The Secretary General of the United Nations), (Fondo), AT/Dec/18, 21 de Agosto de 1953.

Tribunal Administrativo de la Organización Internacional del Trabajo

- TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE LA ORGANIZACION INTERNACIONAL DEL TRABAJO, “*Judgment No. 18*”, (David N. Leff c. the United Nations Educational, Scientific and Cultural Organisation), (Fondo), 5 de febrero de 1955.

JURISPRUDENCIA NACIONAL

- CORTE SUPREMA DE ISRAEL “Criminal Appeal 336/61”, (Israel c. Eichmann), (Apelación), 1962.

Cibergrafía

TRATADOS E INSTRUMENTOS INTERNACIONALES

Tratados Internacionales

- “Carta de las Naciones Unidas”, San Francisco, Estados Unidos de América, 25 de junio de 1945, D.O.F. 17 de octubre de 1945.
- “Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar”, Montego Bay, Jamaica, 10 de diciembre de 1982, D.O.F., 1 de junio de 1983.
- “Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados”, Viena, Austria, 23 de mayo de 1969, D.O.F 14 de febrero de 1975.
- “Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas”, Viena, Austria, 18 de abril de 1961, D.O.F. 20 de febrero de 1965.

- “Convencion de Viena Sobre Relaciones Consulares”, Viena, Austria, 24 de abril de 1963, D.O.F. 20 de febrero de 1965.
- “Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos”, Nueva York, Estados Unidos de América, 16 de diciembre de 1966, D.O.F. 9 de enero de 1981.
- “Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados entre Estados y Organizaciones Internacionales o entre Organizaciones Internacionales”, Viena, Austria, 21 de marzo 1986, D.O.F 28 de abril de 1988.
- “Convenio de París para la Protección de la Propiedad Industrial”, París, Francia, 20 de marzo de 1883, D.O.F. 5 de marzo de 1976.
- “Tratado de la No Proliferación de las Armas Nucleares, Londres, Moscú y Washington, 1º de julio de 1968, D.O.F. 7 de diciembre de 1968.
- “Estatuto de Roma que crea la Corte Penal Internacional”, Roma, Italia, 17 de julio de 1998, D. O. F., 21 de junio de 2005.
- “Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Núremberg”, 8 de agosto de 1945, Londres, Reino Unido, disponible en: www.cruzroja.es.
- “Convención de las Naciones Unidas Contra La Delincuencia Organizada Transnacional”, Palermo, Italia, 15 de noviembre del 2000, D.O.F 11 de abril del 2003.
- ‘Convención relativa a las leyes y costumbres de la guerra terrestre’, La Haya, 1907. disponible en: www.icrc.org/es.
- ‘Convención II de La Haya de 1899 Relativa a las Leyes y Usos de la Guerra Terrestre y Reglamento Anexo’. La Haya, 1899, disponible en: www.cruzroja.es.
- ‘IV. Convenio de Ginebra relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra’, 1949, Ginebra, disponible en: www.icrc.org/es.
- Protocolo I adicional a los Convenios de Ginebra de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales’, Ginebra, 1977, disponible en: www.icrc.org/es.
- ‘Project of an International Declaration concerning the Laws and Customs of War’, Brussels, 1874., disponible en: <https://ihl-databases.icrc.org/ihl/INTRO/135>.

- “Tratado entre la República Democrática de Timor Oriental y Australia estableciendo sus límites marítimos en el mar de Timor”, hecho en Nueva York el 6 de marzo de 2018. Accesible en: <https://pcacases.com/web/sendAttach/2356>.
- “Tratado entre el Gobierno de la Mancomunidad de Naciones de Australia y la República de Indonesia por el que se establecen ciertos límites marítimos”, hecho en Canberra el 18 de mayo de 1971.
- “Tratado entre el Gobierno de la Mancomunidad de Naciones de Australia y la República de Indonesia”, hecho en Yakarta el 9 de octubre de 1972, disponibles en: <https://www.un.org/Depts/los/LEGISLATIONANDTREATIES/STATEFILES/AUS.htm>
- “Treaty Between Australia and The Democratic Republic of Timor-Leste Establishing Their Maritime Boundaries In The Timor Sea”, Sydney, Australia, 12 enero de 2006, disponible en: <https://dfat.gov.au/geo/timor-leste/Pages/australias-maritime-arrangements-with-timor-leste.aspx>.
- “Treaty Between Australia and The Democratic Republic of Timor-Leste Establishing Their Maritime Boundaries In The Timor Sea”, Sydney, Australia, 12 enero de 2006, disponible en: <https://dfat.gov.au/geo/timor-leste/Pages/australias-maritime-arrangements-with-timor-leste.aspx>.

Documentos de Naciones Unidas

- ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS, COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL, ‘*Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts with commentaries*’ Doc A/56/10 adoptado en la 53ra sesión (23 abril-1 junio, 2 junio-10 agosto 2001), www.legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9_6_2001.pdf.
- ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS, COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL, “*Third Report on State responsibility, by Mr. Roberto Ago, Special Rapporteur, the internationally wrongful act of the State, source of*

international responsibility”, 1971, disponible en:
http://legal.un.org/ilc/documentation/english/a_cn4_246.pdf.

- ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS, COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL, “*Fragmentación del Derecho Internacional: Dificultades derivadas de la diversificación y expansión del derecho internacional*” Informe del Grupo de Estudio de la Comisión de Derecho Internacional elaborado por Martti Koskenniemi, A/CN.4/L.684, 13 de abril de 2006, disponible en:
www.legal.un.org/ilc/documentation/spanish/a_cn4_l682.pdf.
- ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS, COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL, ‘*Draft Articles on the Law of Treaties with commentaries*’, Doc. A/CN.4/187, adoptado en la 18^o sesión 1966.
http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/draft_articles/1_1_1966.pdf.
- ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS, Comité de Derechos Humanos “*CCPR General Comment No. 16: Article 17 (Right to Privacy), The Right to Respect of Privacy, Family, Home and Correspondence, and Protection of Honour and Reputation*,” 8 de abril de 1988, disponible en:
<https://www.refworld.org/docid/453883f922.html>.
- ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS, Consejo de Seguridad, Resolución 2396 “*Threats to international peace and security caused by terrorist acts – foreign terrorist fighters*,” S/RES/2396, 22 de diciembre de 2017, disponible en: [https://undocs.org/es/S/RES/2396\(2017\)](https://undocs.org/es/S/RES/2396(2017)).
- ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS, Report of the U.N. Office of the High Commissioner for Human Rights, Right to Privacy in the Digital Age, A/HRC/27/37, 2014,
<https://www.ohchr.org/EN/Issues/DigitalAge/Pages/ReportDigitalAge.aspx>.
- ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS, Resolución 2625 (XXV) de la Asamblea General de Naciones Unidas, “*Declaración Relativa a Los Principios de Derecho Internacional referentes a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas*” 24 de octubre de 1970, disponible en
www.dipublico.org/3971/resolucion-2625-xxv-de-la-asamblea-general-de-

[naciones-unidas-de-24-de-octubre-de-1970-que-contiene-la-declaracion-relativa-a-los-principios-de-derecho-internacional-referentes-a-las-relaciones-de/.](#)

- ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS, Resolución 3314 (XXIX) de la Asamblea General, “*Definición de Agresión*”, 14 de diciembre de 1974, disponible en: [www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/3314\(XXIX\).](http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/3314(XXIX).)
- ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS, Comisión de Derecho Internacional, “Commentary to draft article 3 (1) (d) of Draft Articles on Diplomatic Intercourse and Immunities”, Anuario de la Comisión de Derecho Internacional, Vol. II, 1958, disponible en: [http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9_1_1958.pdf.](http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9_1_1958.pdf)

Parlamento Europeo

- PARLAMENTO EUROPEO, *Reporte sobre la existencia de un sistema mundial de interceptación de comunicaciones privadas y económicas (sistema de interceptación ECHELON)*, (2001/2098(INI)), A5-0264/22001, 11 de julio de 2001, disponible en: [www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//NONSGML+REPORT+A5-2001-0264+0+DOC+PDF+V0//ES.](http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//NONSGML+REPORT+A5-2001-0264+0+DOC+PDF+V0//ES)

LEGISLACIÓN

- “Código Penal Federal (CPF)”, Diario Oficial de la Federación, 14 de agosto de 1931.
- “Ley Federal de Telecomunicaciones y Radiodifusión”, D.O.F. 14 de julio de 2014.
- “Código Civil Federal”, D.O.F 26 de mayo de 1928, artículo 17, disponible en: [www.diputados.gob.mx.](http://www.diputados.gob.mx)
- “Código Civil Francés”, 23 de marzo de 2013, Artículo. 1382, disponible en: [www.legifrance.gouv.fr.](http://www.legifrance.gouv.fr)
- “Intelligence Services Act 2001”, No. 152, 2001, Compilation No. 29, Australia, 11 May 2018, disponible: [https://www.legislation.gov.au/Details/C2018C00160.](https://www.legislation.gov.au/Details/C2018C00160)

- “National Intelligence Law of the People's Republic of China”, China, 27 de abril de 2018, disponible: http://www.pkulaw.cn/fulltext_form.aspx?Db=chl&Gid=313975.
- “Criminal Law of The People's Republic of China”, 1 de julio de 1979 promulgada por la Orden Presidencial No.83 del 14 de marzo de 1997, disponible en: <https://www.ilo.org/dyn/natlex/docs/ELECTRONIC/5375/108071/F78796243/CHN5375%20Eng3.pdf>.
- “The Criminal Code of The Russian Federation”, No. 63-Fz del 13 de junio de 1996, disponible en: <http://www.legal-tools.org/doc/8eed35/pdf/>.
- “Canadian Security Intelligence Service Act”, R.S.C., 1985, c. C-23, disponible en: <https://laws-lois.justice.gc.ca/eng/acts/c-23/page-1.html>.
- “LII U.S. Code, Title 18. Crimes and Criminal Procedure Part I. CRIMES, Chapter 90, PROTECTION OF TRADE SECRETS, Section 1831. Economic espionaje” (18 U.S. Code § 1831).
- “General Orders No. 100: Lieber Code, Instructions for The Government of Armies of The United States in The Field”, The Avalon Project, Documents of Law, History and Diplomacy, Washington, 1898, disponible en: http://avalon.law.yale.edu/19th_century/lieber.asp.
- Department of State Bulletin, 23 de mayo de 1960, disponible en: www.avalon.law.yale.edu.
- HEADQUARTERS, Field Manual 2-22.3 (34-52): Human Intelligence Collector Operations, S.N.E., Department of The Army, Washington D.C., 2006, disponible en www.us.army.mil.

OBRAS/ ARTÍCULOS

- • Encyclopedia Britannica, Espionage, versión en línea: www.britannica.com/search?query=espionage.
- BUCHAN, Russel, Economic Espionage under International Law, Eji! Talk!, 16 de enero de 2019, www.ejiltalk.org/economic-espionage-under-international-law.

- CORERA, Gordon, Las máquinas que facilitaron el espionaje de Estados Unidos y Reino Unido durante la Guerra Fría, BBC, 15 agosto 2015: www.bbc.com/mundo/noticias/2015/08/150729_maquinas_rusia_eeuu_espiar_on_finde_ac.
- LERNER, Adrienne "Espionage and Intelligence, Early Historical Foundations." Encyclopedia of Espionage, Intelligence, and Security, Thompson Gale, Encyclopedia.com. 2004, disponible en: <https://www.encyclopedia.com>.
- MITCHELL, Katie, Espionage & Good Faith in Treaty Negotiations: East Timor v Australia, ejiltalk, 20 de enero de 2014, disponible en: www.ejiltalk.org.

NOTICIAS

- "Brazilian president: US surveillance a 'breach of international law'", The Guardian, 24 de septiembre de 2013, disponible en: www.theguardian.com/world/2013/sep/24/brazil-president-un-speech-nsa-surveillance.
- "Informan de la detención en China de un ex diplomático canadiense en plena tensión por el caso Huawei", BBC News Mundo, 11 de diciembre de 2018, disponible en: www.bbc.com/mundo/noticias-internacional-46529872.
- "La NSA implantó programas de vigilancia en 100.000 ordenadores de todo el mundo. China, Rusia y México, principales objetivos de 'Quantum'", RTVE.es, 15 de enero de 2014, disponible en: www.rtve.es/noticias/20140115/nsa-implanto-programas-vigilancia-100000-ordenadores-todo-mundo/849300.shtml.
- "President Obama's Full NSA Speech", 17 de enero de 2014, disponible en: www.youtube.com/watch?v=p4MKm2uFqVQ.
- BORGES, Julian, *Brazilian President: US Surveillance a 'Breach of International Law'*, The Guardian, 24 de septiembre de 2013, disponible en: www.theguardian.com/world/2013/sep/24/brazil-president-un-speech-nsa-surveillance.

- Cronología del 'caso Snowden', el joven que reveló el espionaje masivo de Estados Unidos, 20 MINUTOS, 07, julio de 2013, disponible en: www.20minutos.es/noticia/1850380/0/caso-snowden/cronologia/espionaje-ee-uu/.
- FANTZ, Ashley, El caso Snowden, ¿la segunda parte del caso de Bradley Manning?, CNN en Español, 21 de agosto de 2013, disponible en: <https://cnnespanol.cnn.com/2013/08/21/el-caso-snowden-la-segunda-parte-del-caso-de-bradley-manning-2/>.
- New York Times, Obama's Speech on N.S.A. Phone Surveillance: <https://nyti.ms/2x9jGL3>.
- SMALE, Alison, *Anger Growing Among Allies on U.S. Spying*, New York Times, 23 de octubre de 2013, disponible en: www.nytimes.com/2013/10/24/world/europe/united-states-disputes-reports-of-wiretapping-in-Europe.html.