

EL DERECHO INTERNACIONAL OCURRE (LE GUSTE O NO LE GUSTE AL PODER EJECUTIVO)

Janet Koven Levit*

El derecho internacional es una baja premeditada de las exhortaciones más publicitadas de la administración Bush. La seriedad intelectual detrás de semejante decisión del ejecutivo es un grupo de académicos conservadores estadounidenses (algunos de los cuales también han servido en puestos de alto nivel durante la administración de Bush) quienes creen que la globalización ha empujado la ‘soberanía’ a una puja de suma cero con los regímenes internacionales. Estos académicos temen que las potentes instituciones y el derecho internacional mellen la “soberanía”, usualmente utilizada como forma de referirse al poder y autonomía del ejecutivo. La elección, a su modo de ver, es entre Poder Ejecutivo *o* derecho internacional, pero no ambos. Por supuesto, el modo en que se presenta esta elección preordena la conclusión. Y en apoyo de una conclusión que mantiene la preeminencia del “soberano”, estos académicos han dado a la administración Bush un marco teórico que eviscera al derecho internacional, reconceptualizándolo como una mera herramienta de un Ejecutivo fuerte.

En respuesta, otros académicos, incluyendo aquellos en este panel, reformulan la pregunta subyacente como derecho internacional y poder ejecutivo, antes que derecho internacional *o* poder ejecutivo. Estos académicos evitan deliberadamente una mirada de suma cero de un mundo globalizado y ven un gran potencial para el “soberano” en una era de derecho internacional. Argumentan que las leyes e instituciones internacionales pueden efectivamente

* Associate Professor of Law, University of Tulsa College of Law; Yale Law School (J.D., 1994); Yale University (M.A., 1994); Princeton University (A.B., 1990). I thank Robert Ahdieh, Paul Schiff Berman, Kenneth Levit, Tamara Piety, and Melissa Waters for their invaluable comments on this draft. I would also like to thank the SELA 2006 organizing committee for inviting me to participate on the “Globalization and Executive Power” panel.

reforzar al poder ejecutivo, generalmente, a través del cambio de su textura, composición y relación con los actores supranacionales.

Pienso que nosotros nos fijamos exageradamente sobre la relación—ya tensa o sinérgica—entre el derecho internacional y el poder ejecutivo. La globalización torna al ejecutivo menos hegemónico en la producción del derecho internacional, marcando las preguntas sobre el poder ejecutivo *vis à vis* el derecho internacional en muchos sentidos. En la práctica, gran parte del derecho internacional se despliega en planos separados y removidos del ejecutivo. Con todo, el debate actual de modo miope ignora estos mundos. En este ensayo, presento preguntas sobre derecho internacional versus poder ejecutivo sobre una topografía de producción del derecho internacional más rica y vasta que disminuye, pero de ningún modo elimina, su significación.

En la parte I de este ensayo voy a explorar la creciente crítica conservadora del derecho internacional, enfocándome particularmente en el nuevo libro de Eric Posner y Jack Goldschmidt, *Los Límites del Derecho Internacional*¹. Mientras que estos académicos de modo explícito forjan su crítica en términos de “soberanía” en procura de intereses del estado, su noción de “intereses del estado” es tan frecuentemente coincidente con las decisiones del ejecutivo que la crítica deviene inextricablemente entrelazada con preguntas sobre el poder ejecutivo. Con todo, las historias de derecho internacional que las críticas conservadores cuentan en apoyo de su teoría nacen de una concepción artificialmente inadecuada de lo que el derecho internacional es y cómo es producido. En la parte II, yuxtapongo ejemplos de “producción

¹ JACK L. GOLDSMITH AND ERIC A. POSNER, *THE LIMITS OF INTERNATIONAL LAW* 13 (2005) [hereinafter *THE LIMITS OF INTERNATIONAL LAW*].

transnacional de derecho de-abajo-hacia-arriba” [en adelante, como en el original, *bottom-up*] a fin de ilustrar cómo la producción del derecho internacional en la práctica a menudo presenta poca similitud con las historias de-arriba-hacia-abajo [en adelante, como en el original, *top-down*] que están en el centro de la crítica conservadora. En la parte III, disecciono estas historias *bottom-up* a fin de exponer las falsas asunciones que están en la raíz de la explicación centrada en la soberanía: 1) el ejecutivo como el principal productor de derecho; 2) los tratados como derecho internacional; y 3) la producción de derecho internacional como un proceso “de confección” [*off the shelf*] que el ejecutivo deliberadamente orchestra. En una era de globalización, el universo de producción internacional de derecho es desagregado en múltiples comunidades, a veces yuxtapuestas, de producción de derecho, y ni el Presidente, ni otros “líderes políticos” son el centro de muchas de estas comunidades. Algunos pueden sentir rechazo frente a esta realidad; en cambio, yo celebro este momento como uno de posibilidad y promesa, como una oportunidad de “invitar nuevos mundos”².

I. LA CRÍTICA NACIONALISTA DEL DERECHO INTERNACIONAL

En los Estados Unidos un grupo de jóvenes académicos inclinados hacia la derecha han lanzado un fuerte ataque, aunque con reminiscencias, sobre la eficacia y utilidad del derecho internacional³. Mientras que estos académicos (que llamaré—como han hecho otros—

² Robert M. Cover, *Nomos and Narrative*, 97 HARV. L. REV. 4, 67 (1983)

³ In this group, I include Jack L. Goldsmith (Henry Shattuck Professor, Harvard Law School); Eric A. Posner (Kirkland & Ellis Professor, University of Chicago Law School); and John C. Yoo (Professor, University of California Berkeley Law School). In this brief essay, I necessarily translate their ideas without the nuance that they deserve. They are all admirably prolific scholars; their work is too numerous to cite in this footnote – it would perhaps occupy the entire 25 pages. In this piece, I will focus solely on THE LIMITS OF INTERNATIONAL LAW, *supra* note 1.

“nacionalistas”⁴) hoy conceden que el derecho internacional existe⁵, sostienen que el “derecho internacional emerge de la búsqueda de los estados de políticas auto-interesadas en la escena internacional”⁶. Los nacionalistas entonces conciben el derecho internacional como un mero *instrumento* del estado y en modo alguno como una *limitación* sobre la búsqueda de sus propios intereses. Los nacionalistas generalmente emplean un estilo economicista, simplificando las asunciones desde las cuales construyen un modelo de *game-theory* inspirado en elecciones racionales de interacciones estatales. El derecho internacional simplemente es una herramienta para asistir a los estados auto-interesados en alcanzar resultados óptimos en un juego bilateral en particular; por ejemplo, un estado puede negociar un tratado a fin de reducir los costos de transacción de la interacción interestatal, superando acciones colectivas y problemas de *timing*, y focalizar la atención de las partes y sus energías sobre información similar para hacer progresar procesos de toma de decisión auto-interesado y racionales. El derecho internacional, de acuerdo con la explicación nacionalista, no tiene ninguna tracción normativa independiente y de tal forma no se interpone en el camino de un estado determinado a perseguir su agenda.

Para los nacionalistas, el “interés del estado” es coincidente con las “preferencias del liderazgo político del estado”⁷. Mientras que los nacionalistas presumiblemente incluyen legisladores elegidos dentro de este “liderazgo político”, tienden a elevar y privilegiar las decisiones del ejecutivo en la definición de los “intereses del estado”⁸. En primer lugar, en el desarrollo de su teoría del derecho internacional basada en el interés del estado, los nacionalistas eligen los ejemplos que reducen la importancia del rol del Congreso, fijando en cambio la

⁴ See e.g., Harold Hongju Koh, *The Ninth Annual John W. Hager Lecture, The 2004 Term: The Supreme Court Meets International Law*, 12 TULSA J. COMP. & INT'L L. 1, 7 (2004)

⁵ In contrast, the realists of the 1960s and 70s who denied that international law exists.

⁶ THE LIMITS OF INTERNATIONAL LAW, *supra* note 1 at 13.

⁷ *Id.* at 6.

⁸ See e.g., *id.* at 218-19.

atención en la diplomacia dirigida por el ejecutivo en un universo *Westphaliano*⁹. Al discutir el papel de la legislatura en el proceso internacional de producción de derecho, por ejemplo, en la ratificación por el Senado de “acuerdos internacionales legalizados”, los nacionalistas usualmente presentan al Congreso como un instrumento o extensión del poder ejecutivo¹⁰. En segundo lugar, y tal como otros han notado de modo elocuente¹¹, los nacionalistas consideran que el “interés del estado” es unitario. Entre aquellos que conforman el “liderazgo político”, el Presidente—jefe del Ejecutivo—es *el* actor “unitario” y así deviene el catalizador más sencillo para definir y llevar adelante un “interés unitario”. Finalmente, en otro escrito, los mismos nacionalistas privilegian el rol del Presidente en asuntos externos, argumentando, en general desde una posición demasiado elogiada en la administración Bush, que el rol constitucionalmente asignado al Presidente como comandante en jefe recibe un poder irrestricto, sin controles y autónomo (particularmente en tiempos de guerra)¹². Por todas estas razones, he

⁹ There are very few discussions of Congress in *THE LIMITS OF INTERNATIONAL LAW*, a function primarily of the examples that the nationalists choose. Consider, for example, the discussion of customary international law. By definition, the legislature has very little, if any, role, in the consolidation of customary international law norms. Thus, in all of Posner and Goldsmith’s customary international law examples (treatment of neutral ships in belligerent (or blockaded) waters; diplomatic immunity, the breadth of the territorial sea), Congress is relegated to an invisible or back seat role. (See *THE LIMITS OF INTERNATIONAL LAW*, supra note 1, at Ch. 2, Customary International Law: Case Studies). Furthermore, in their discussion of human rights treaties, Posner and Goldsmith belittle the ratification (the legislative) process as meaningless and costless, derivatively anointing the executive as the primary decision maker. *Id.* at 127. Furthermore, in an effort to demonstrate that international law wields no independent pull on state action, the nationalists highlight the “compliance” moment, a moment in which the state pursues its “interests” in a manner that may, or may not, be coincident with international norms. Thus the nationalist story is not predominantly one of lawmaking, in which the legislative branch might have a more natural role (*vis-à-vis* treaties), but rather one of enforcement and implementation (or lack thereof), fundamentally executive functions.

¹⁰ For instance, Posner and Goldsmith argue that the President calculates whether to employ a “legalized” agreement (which requires Senate ratification) or a non-legalized agreement (which requires no legislative imprimatur) depending on whether the President believes: 1) the Senate will signal important information to a treaty partner; 2) the Senate ratification process will send a “credible signal about the president’s degree of commitment to a treaty”; and/or 3) a legislative, in addition to a presidential, commitment to a treaty lessens, in the view of the treaty partner, the probability that a successor president would renege or change course. *THE LIMITS OF INTERNATIONAL LAW*, supra note 1, at 92-93.

¹¹ Paul Schiff Berman, *Review Essay: Seeing beyond the Limits of International Law*, 84 *TEXAS L. REV.* ____ (2006, forthcoming)

¹² For nationalists, the executive branch has extensive power in foreign affairs. See, Memorandum for Alberto R. Gonzales, Counsel to the President, from Jay S. Bybee, Asst. Attorney General, *Standards of Conduct for Interrogation under U.S.C. §§2340-2340A*, Aug. 1, 2002 (particularly section V, The President’s Commander-in-Chief Power, (written by John C. Yoo)). See also, Curtis A. Bradley & Jack L. Goldsmith, *Congressional Authorization for the War on Terrorism*, 118 *HARV. L. REV.* 2047, 2102 (2005) (arguing that the general, post-September 11 Congressional Authorization for Use of Military Force grants the President broad authority and power to make decisions “incident” of war, such as detaining enemy combatants and further arguing that such Congressional authorizations do not require a “tight fit” with the powers exercised by the executive); Curtis A. Bradley & Jack L. Goldsmith, *Rejoinder: the War on terrorism: International Law, Clear Statement Requirements, and Constitutional Design*, 118 *HARV. L. REV.* 2683 (2005); John C. Yoo, *Transferring Terrorists*, 79 *NOTRE DAME L. REV.* 1183, 1192-1204 (2004); John C. Yoo & Robert J. Delahunty, *The President’s Constitutional Authority to Conduct Military Operations*

llegado a ver una defensa del ejecutivo como un subtexto importante o una posición subyacente en la crítica nacionalista del derecho internacional. Para los nacionalistas el “estado” y el Ejecutivo son usualmente uno en el mismo, y los mismos “intereses del estado” que el derecho internacional no puede invadir, no invade ni invadirá son de hecho, predominantemente intereses del ejecutivo.

De tal forma, la crítica nacionalista se reduce en gran parte en lo siguiente: el derecho internacional es una serie de reglas que simplemente reflejan o coinciden con los intereses del *ejecutivo*¹³; cuando una norma internacional de otro modo obstruiría o constreñiría la búsqueda del *ejecutivo* de sus intereses, el ejecutivo simplemente evade o ignora la norma. Para los nacionalistas, el derecho internacional es un instrumento que facilita, pero en modo alguno limita, el ejercicio por parte del ejecutivo de sus amplios poderes en búsqueda del “interés nacional”. Así, la crítica nacionalista del derecho internacional es, en su lado más vulnerable, una celebración de un ejecutivo autónomo relativamente irrestricto. Y el control ejecutivo sobre el derecho internacional es una cualidad del poder ejecutivo.

Against Terrorist Organizations and the Nations that Harbor or Support Them, 25 HARV. J.L. & PUB. POL’Y 488 (2002) (arguing that the “Constitution vests the President with the plenary authority, as Commander in Chief and the sole organ of the nation in its foreign relations, to use military force abroad, especially in response to grave national emergencies created by sudden, unforeseen attacks on the people and territory of the United States”); John C. Yoo, *War and the Constitutional Text*, 69 U. CHI. L. REV. 1639 (2002). These same nationalists paraded similar arguments in defense of broad executive/presidential powers in the context of the Bush administration’s use of domestic wiretapping/spying in the name of national security. See Eric Lichtblau & Adam Liptak, *Bush and His Senior Aides Press On in Legal Defense for Wiretapping Program*, N.Y. TIMES, January 28, 2006, at A13.

¹³ The “executive” is of course a term that can have multiple meanings – some use it as shorthand for the President, others use it to encompass the entire administrative state. In this paper, unless otherwise stated, I use the term “executive,” as the nationalists do, to mean the “political leadership” within the federal government’s executive branch. While the President and Vice-President are the only political leaders who the public directly elects, I consider the top layer of political appointees (i.e., cabinet members) to also be among the executive’s political leadership.

II. CREACIÓN TRANSNACIONAL DEL DERECHO *BOTTOM-UP*: HISTORIAS DEL DERECHO INTERNACIONAL EN PRÁCTICA

La explicación nacionalista, sin embargo, no se compeadece con las realidades cotidianas, sobre el terreno, del derecho internacional. Los nacionalistas fundan su teoría en una mirada sobre-simplificada y obtusa acerca de qué es el derecho internacional y de cómo es producido. Si desenvolvemos la tesis nacionalista —el ejecutivo *controla* el derecho internacional, creándolo y usándolo instrumentalmente para avanzar el interés nacional— quedamos frente a tres bloques de construcción independientes: 1) los estados, y el ejecutivo en particular, como creadores del derecho internacional; 2) los tratados como la forma principal del derecho internacional; y 3) el derecho internacional como un proceso *deliberado* que el ejecutivo cuidadosamente orquesta *top-down*. Con todo, como las partes II y III ilustran, estas asunciones, fundamentalmente en el núcleo del proyecto nacionalista, simplemente no se compeaden con las dinámicas de la creación del derecho internacional en una era de globalización. Yo propongo las siguientes tres viñetas —subsidijs a exportaciones, regulación del cambio climático y derechos humanos— como una puerta hacia una explicación alternativa del proceso de creación del derecho internacional, una explicación que he identificado como “creación transnacional del derecho internacional *botton-up*”¹⁴.

Comercio Internacional y Subsidijs a las Exportaciones

¹⁴ See generally Janet Koven, *A Bottom-Up Approach to International Lawmaking: The Tale of Three Trade Finance Instruments*, 30 YALE J. INT'L L. 125 (2005)

En tanto las exportaciones y los mercados extranjeros son de manera creciente un motor para el crecimiento económico y la prosperidad nacional, los estados en un momento u otro, consideran si y cómo apoyar e incluso subsidiar a la comunidad exportadora local. En la explicación nacionalista, el liderazgo político con el presidente en su control, decide, con cierta sensibilidad frente a los grupos [*constituencies*] locales políticamente poderosos, si subsidiar intereses de los Estados Unidos¹⁵. Si el Presidente concluye que los subsidios son demasiado expansivos o económicamente ineficientes, entonces él/ella se inclina por el derecho internacional sólo en la medida en que ello hace avanzar los intereses de los EEUU. En el caso de subsidios a las exportaciones, un tratado presumiblemente ayudaría a resolver los problemas endémicos de cooperación, coordinación y *free riding* de crear un “terreno de juego equitativo” para los exportadores de los EEUU¹⁶. De modo ostensible, los Acuerdos de la OMC sobre Subsidios y Medidas Compensatorias [de aquí en adelante Acuerdos sobre Subsidios] dan cuerpo a esos esfuerzos.¹⁷

La explicación nacionalista, sin embargo, no describe adecuadamente la génesis de algunas de las reglas internacionales en materia de subsidios a exportaciones. Mi historia no se origina, ni culmina, en el Salón Oval; comienza en 1934, mucho antes de la fundación del GATT o de la OMC; se focaliza en el mundo más bien arcano y técnico del crédito oficial a las

¹⁵ Although one might expect the nationalists to highlight Congressional politics in arriving at a “state interest” vis-à-vis support for exports – presumably a discussion that would highlight debates between those states and regions with a significant exporting community against those states with businesses who produce primarily for the domestic market, such discussions are conspicuously absent from much nationalist writing on the subject. Even when Posner and Goldsmith’s discuss international trade agreements, the GATT and WTO, they focus solely on the diplomatic negotiating process (one that would be led by the executive branch) and the decision of whether to comply with a WTO dispute settlement decision, a decision driven by the executive. There is no discussion of Congressional politics. See THE LIMITS OF INTERNATIONAL LAW, supra note 1, at 135-62 (chapter on International Trade).

¹⁶ If a treaty is already in place, the President decides whether to abide by the rules (presumably negotiated by a previous President) or defect, balancing the state’s interest against any costs that the treaty regime would credibly impose.

¹⁷ AGREEMENT ON SUBSIDIES AND COUNTERVEILING MEASURES, Apr. 15, 1994, 1867 U.N.T.S. 155, 33 I.L.M. 1144

exportaciones.¹⁸ El crédito a las exportaciones como un subsidio a las exportaciones cada vez que el gobierno artificialmente reduce el costo de financiamiento (tasas de interés, premios, etc.) o cuando existe apoyo gubernamental, o “plena fe y crédito,” crea oportunidades financieras que el mercado de otro modo no crearía. Por cierto, la mayoría de los países industrializados otorgan crédito a las exportaciones de sus nacionales a través de una entidad gubernamental, conocida como agencia de crédito a las exportaciones o ECA [por sus siglas en inglés].

Los seguros sobre créditos para exportaciones, una forma de crédito a las exportaciones oficialmente apoyada, funcionan como un seguro de automotor, excepto que el bien que la compañía de seguros protege no es un auto, sino un crédito comercial¹⁹. Compañías de seguro privadas, tales como Chubb, AIG, FCIA, y ECAs, como Ex-Im Bank (la ECA estadounidense), expiden pólizas de seguro de crédito. La participación de ECA en la industria del seguro de créditos de exportación la identifica como un terreno potencial para la producción de subsidios, así como un blanco posible de algún tipo de coordinación y regulación transnacional.

De hecho, esto es lo que ocurrió, aunque no comenzó con recursos ministeriales; o con el apoyo de una institución importante como del tipo de la OMC. En cambio, empezó en 1934 en un bar en Berna, Suiza, entre amigos y sobre unos tragos, cuando un pequeño grupo de aseguradores de crédito a las exportaciones europeo decidió reunir información sobre experiencias en materia de reclamos y recuperos a la luz de las prácticas mejor fundadas; este

¹⁸ I was Assistant General Counsel of Ex-Im Bank from 1998-2000, and I not only observed but also participated in the very lawmaking process that I now recount. For a more extensive treatment of this lawmaking story, see Levit, *Bottom-Up Approach to International Lawmaking*, supra note 14, at 144-57.

¹⁹ With the backing of an insurer, an exporter may extend credit to an importer without incurring risk of buyer default – the risk instead is of insurance company default. Where liquidity is an issue, the backing of an export credit insurer enhances the exporter’s ability to monetize the receivable, either by selling it or borrowing against it. Export credit insurance, therefore, is one solution to a recurring exporter problem – how to extend credit to a buyer who might be thousands of miles away without choking the seller’s working capital and ability to continue producing and engaging in trade transactions.

encuentro informal dio nacimiento a la Unión de Berna²⁰. Luego de la Segunda Guerra Mundial, cuando las ECAs gubernamentales comenzaron a usar seguros de créditos a las exportaciones como una alternativa agresiva a los subsidios a las exportaciones, los miembros de la Unión de Berna —aseguradores privados y tecnócratas gubernamentales— decidieron transformar a la Unión de Berna de una mera asociación de comercio en un ente regulador dirigido contra las prácticas de subsidio abusivas y agresivas.

Así, a lo largo de los años, los miembros han usado las reuniones semi-anales de la Unión de Berna como un punto focal para reunir y compartir sus prácticas y enfoques sobre una variedad de cuestiones regulatorias y las han codificado en un documento viviente llamado el “Acuerdo General”²¹. El Acuerdo General esencialmente divide el universo de bienes y servicios asegurables en siete clases. En cada categoría el Acuerdo General prescribe reglas técnicas específicas, a veces oscuras, a fin de estandarizar el tipo de productos de seguros que los miembros pueden ofrecer y circunscribe los términos que esas pólizas deben contener²². Así, el Acuerdo General es una matriz regulatoria comprensiva para la industria del seguro de crédito a las exportaciones, esencialmente trasladando las experiencias sobre el terreno de los aseguradores a un conjunto de reglas técnicas designadas para calibrar las transacciones, disciplinar las prácticas consecuentes y de tal modo prevenir que una póliza de seguro de crédito a las exportaciones enmascare un subsidio a las exportaciones predatorio.

²⁰ Today, the Berne Union has 52 members; including both the private companies and the public ECAs. BERNE UNION Y.B. 158 (2005).

²¹ International Union of Credit and Investment Insurers, The Berne Union Agreements, Understandings and Obligations in the Export Credit Insurance Field: General Understanding (2001) (on file with author).

²² These rules are particularly focused on limiting the “length” of the outstanding credit. On the theory that “time is money,” an insurance policy that will cover a receivable for a year is certainly more valuable than an insurance policy that will cover the same receivable for only three or six months. The General Understanding, among other things, sets maximum coverage periods for each basket of goods. For instance, if an exporter approaches a Berne Union member to insure the export of consumer goods, the General Understanding rules prohibit the member from supporting repayment terms in excess of six months, with the “repayment clock” starting to tick on the date that the buyer accepts the goods. If the export had been of consumer durables, or parts and components, the Berne Union member would face different limitations on the repayment terms that it could support, with a different “starting point” triggering the transaction’s “repayment clock.”

Si bien el Acuerdo General no es técnicamente derecho internacional,²³ esas reglas funcionan de todos modos como si fueran derecho —son autoritativa y efectivamente obligatorias—. Mi investigación demuestra que casi todos los miembros de la Unión de Berna siguen las normas del Acuerdo General, incorporándolas en sus pólizas de seguro y diseñando programas y productos en sintonía con las reglas. Más aún, en la medida en que las reglas de la Unión de Berna han facilitado de manera consistente más de medio-trillón de comercio anual y han reducido y nivelado dramáticamente los subsidios de crédito a las exportaciones,²⁴ no es sorprendente que otras instituciones de creación del derecho más formales —de modo notable la OECD, la OMC y la Unión Europea— tomen prestado del Acuerdo General en el desarrollo de sus propios acercamientos a los subsidios a los créditos para las exportaciones. El Acuerdo sobre Subsidios, por ejemplo, considera que cualquier póliza de seguro de crédito a las exportaciones es un subsidio a la exportación prohibido a menos que cumpla con las reglas de la Unión de Berna.²⁵ Así, muchas de las reglas de la Unión de Berna, incluso para un formalista, han consolidado en derecho internacional que remedia [el efecto] de los subsidios en el mundo del seguro de crédito a las exportaciones.

²³ In a formal sense, “international law” includes: 1) a treaty or other international agreement, as defined in the Vienna Convention on the Law of Treaties, 1155 U.N.T.S. 331, art. 2, U.N. Doc. A/CONF.39/27 (1969), 8 I.L.M. 679 (1969) (“Treaty” means an international agreement concluded between states in written form and governed by international law); 2) customary international law (“a general and consistent practice *of states* followed by them from a sense of legal obligation [*opinio juris*]”); and 3) general principles of law. THIRD RESTATEMENT OF FOREIGN RELATIONS LAW § 102 (1987); Statute of the International Court of Justice, June 26, 1945, art. 38, Stat. 1055, 33 U.N.T.S. 993. The General Understanding is self-purportedly not a binding treaty or other “international agreement”. While it is built on practice, the General Understanding is also not customary international law under this definition: is not the “practice of states” nor is it “general.”

²⁴ BERNE UNION Y.B. 118.

²⁵ In reality, the relationship between the General Understanding and the Agreement on Subsidies is more attenuated. The General Understanding rules have been incorporated into the Arrangement on Officially Supported Export Credit [the Arrangement] which is self referentially a “Gentleman’s Agreement,” drafted and managed by the Participants Group, an informal “club” of ECA export credit insurers that is loosely affiliated with the Export Credit Group of the OECD. The Agreement on Subsidies creates a safe harbor for ECAs that comply with the Arrangement. See Agreement on Subsidies, *supra* note 17, at annex I(k). For a more detailed discussion of the relationship between the Berne Union rules, the Arrangement, and the Agreement on Subsidies, see Levit, *Bottom-Up Approach to International Lawmaking*, *supra* note 14, at 156-67; see also Janet Koven Levit, *The Dynamics of International Trade Finance Regulation: The Arrangement on Officially Supported Export Credits*, 45 HARV. INT’L L. J. 65, 125-26 (2004).

Regulación del Cambio Climático

A primera vista, la decisión de la Administración de Bush de no suscribir el Protocolo de Kyoto²⁶ prueba la teoría nacionalista; es un ejemplo de un ejecutivo determinado a proteger los negocios de EEUU a pesar de, y en detrimento de, un incipiente régimen regulatorio internacional. Con todo, la explicación nacionalista separa e ignora un proceso paralelo transnacional de creación de derecho que abiertamente, y de modo incremental e imperfecto, está logrando objetivos similares a los de Kyoto.

Las multinacionales estadounidenses operando en los países signatarios de Kyoto están sujetas a regulaciones locales e impuestos relacionados con los límites de emisión de Kyoto, forzando a esas compañías a re-actualizar sus políticas y prácticas en el exterior, lo que de modo discernible impacta en las prácticas en los EEUU también²⁷. Las ONG's no sólo reúnen información sobre las prácticas ambientales, sino que también se han asociado con organizaciones de comercio, organizaciones inter-gubernamentales y fondos de inversión a fin de crear incentivos para las corporaciones para reducir emisiones de gas que producen el efecto invernadero²⁸. El Foro Económico Mundial ha empezado a otorgar credenciales y a monitorear compañías por prácticas relativas al cambio climático²⁹. Los intercambios climáticos hoy

²⁶ Kyoto Protocol to the United Nations Framework Convention on Climate Change (1997), 37 ILM 22 (1998). The Protocol sets binding targets for developed countries to reduce greenhouse gas emissions on average 5.2 percent below 1990 levels, in order to address global warming.

²⁷ Pew Center on Global Climate Change, Implications for U.S. Companies of Kyoto's Entry into Force without the United States, available at <http://www.pewclimate.org/docUploads/Kyoto-USBusiness.pdf> (last visited on March 27, 2006); Phone Interview, Miles Tolbert, Secretary of Energy and Environment, State of Oklahoma (March 24, 2006).

²⁸ Of particular interest is Ceres, Inc., a U.S.-based coalition of institutional investors, environmental groups, and public interest organizations who have developed scoring system to assess the "job that corporate executives and board members are doing to enact well-functioning governance systems in the face of climate change." See e.g., Douglas G. Cogan, Corporate Governance and Climate Change: Making the Connection (March 2006), available at http://www.ceres.org/pub/docs/Ceres_corp_gov_and_climate_change_sr_0306.pdf (last visited on March 27, 2006). Interestingly, Ceres also directs the Investor Network on Climate Risk, a group of 50 institutional investors, with over \$3 trillion in assets under management, who promote better understanding of the risk of climate change.

²⁹ The World Economic Forum, in conjunction with the International Emissions Trading Association, the Pew Center on Global Climate Change, the World Business Council for Sustainable Development, the World Energy Council, the World Resources Institute, the World Wildlife Fund and Deloitte Touche Tohmatsu, has launched a new global greenhouse gas registry to stimulate the disclosure and management by companies of their worldwide climate emissions. Pew Center on Global Climate

permiten a los miembros negociar créditos por emisión en tanto los miembros acuerden en llevar en etapas reducciones generales en los niveles de emisión³⁰. Numerosos estados en los EEUU han o bien legislado estándares de emisión de gas y/o fijado metas, o han emprendido iniciativas (algunas voluntarias otras obligatorias) diseñadas para mejorar la transparencia corporativa y la información en el área ambiental³¹.

Si bien una explicación comprehensiva de las iniciativas sobre cambio climático está más allá del alcance de este ensayo, hay que destacar que algunos de esos esfuerzos están cambiando las prácticas corporativas³². No sostengo que este pequeño número de iniciativas en materia de cambio climático sea tan efectivo, eficiente y ampliamente arraigado como los esfuerzos *top-down* basados en tratados. Tampoco sostengo que los actores corporativos hayan repentinamente devenido ambientalistas altruistas; indudablemente, la motivación por los beneficios económicos en el largo plazo permanece en el centro de sus decisiones (aunque el mero hecho de que sus decisiones sean motivadas por auto-interés no niega, por sí, su impacto normativo)³³. Mi modesta proposición es que esos esfuerzos normativos de comunidades paralelas creadoras de derecho pueden en última instancia sobrepasar, o parcialmente sobrepasar, la elección del Presidente de no adherir a Kyoto.

Change, World Economic Forum Global GHG Registry, available at http://www.pewclimate.org/we_forum.cfm (last visited on March 23, 2006). Any company that joins the registry agrees to certain greenhouse gas targets and agrees to disclose greenhouse gas-related information, conduct their finances in a transparent way, and submit itself to third-party monitoring.

³⁰ The Chicago Climate Exchange (CCX), a greenhouse gas (GHG) emission registry, reduction and trading system for all six greenhouse gases. CCX is a self-regulatory, rules based exchange designed and governed by CCX Members. Members make a voluntary but legally binding commitment to reduce GHG emissions. By the end of Phase I (December, 2006) all Members will have reduced direct emissions 4% below a baseline period of 1998-2001. Chicago Climate Exchange, About CCX, available at <http://www.chicagoclimatex.com/about/> (last visited on March 23, 2006)

³¹ Pew Center on Global Climate Change, Climate Change Activities in the United States: 2004 Update, available at www.pewclimate.org.

³² See e.g., Cogan, Corporate Governance and Climate Change, *supra* note 28, at 17-29; Lord Browne of Madingly, Group Chief Executive, BP, *The Path of Enlightened Self Interest*, WORLD PETROLEUM (article on file with author); Miguel Bustillo, *A Shift to Green*, L.A. TIMES, June 12, 2005.

³³ Peter Spiro eloquently argues that corporate self-interest is driving international normative activity and further argues that this is these motivations do not drain this activity of normative content. Peter J. Spiro, *Disaggregating U.S. Interests in International Law*, 67 LAW & CONTEMP. PROBS. 101, 102 (2004).

Responsabilidad Social Corporativa y Derechos Humanos

En el mejor de los casos, los EEUU es relativamente más lento en suscribir y ratificar tratados multilaterales de derechos humanos. Cuando el Presidente remite tratados de derechos humanos al Senado para su ratificación, también envía restricciones, “Reservas, Aclaraciones, Declaraciones” o RUDs [por sus siglas en inglés], modelando excepciones frente a leyes inconsistentes de EEUU y proclamando que tales tratados no son “operativos”, queriendo decir con ello que no son exigibles judicialmente en los EEUU. El relato que los nacionalistas cuentan acerca de estos tratados de derechos humanos es que son innecesarios (por ejemplo, porque los EEUU es un país que respeta las libertades civiles); no obstante, la ratificación puede ser una herramienta para las relaciones públicas de utilidad creciente para el Presidente, quien puede con poco costo aislar los intereses de los EEUU a través de RUDs que, en lo esencial, transforman tales tratados en documentos con aspiraciones inexigibles³⁴.

Con todo, las normas de derechos humanos evolucionan fuera del proceso formal de formación de los tratados. Consideremos, por ejemplo, la respuesta multifacética a las altamente publicitadas acusaciones por prácticas laborales y de empleo multinacionales aborrecibles, incluyendo los reclamos por trabajo forzado y tortura³⁵. Algunas cortes de los EEUU, usando la *Alien Tort Claim Statute*,³⁶ hoy encuentran a las corporaciones multinacionales responsables [*accountable and liable*] aun cuando las normas subyacentes de derechos humanos están contenidas en tratados de derechos humanos que no son técnicamente exigibles en las cortes de

³⁴ This paragraph is essentially a summary of the human rights chapter in THE LIMITS OF INTERNATIONAL LAW, supra note 1, at 107-134.

³⁵ See e.g., Linda Baker, *The Goal: 'Sweatshop Free.' The Problem: Defining It*, N.Y. TIMES, Dec. 14, 2003, at 34; David Gonzalez, *Latin Sweatshops Pressed by U.S. Campus Power*, N.Y. TIMES, April 4, 2003, at A3; Steven Greenhouse, *Labor Abuses in El Salvador are Detailed in Document*, N.Y. TIMES, May 10, 2001, at A12.

³⁶ 28 U.S.C. § 1350.

EEUU³⁷. Además, a través del Pacto Mundial [*Global Compact*], las NU directamente (no a través de sus miembros gubernamentales) requiere que las compañías privadas den apoyo a diez principios de derechos humanos,³⁸ y pongan “en marcha cambios en la operación de los negocios” de modo tal que esos principios “sean parte de la estrategia, cultura y operaciones cotidianas” y publiquen en sus informes anuales una descripción de las vías a través de las cuales están implementando esos principios³⁹. Más de 2.000 compañías de más de 80 países han firmado el Pacto Mundial con 83 de los EEUU, incluyendo *Nike* y *The Gap*, dos compañías que habían recibido particularmente mala publicidad por sus prácticas laborales. Además del esquema del Pacto Mundial, boicots liderados por consumidores, en algunas instancias, han impulsado la adopción de códigos de conducta y declaraciones de responsabilidad social por parte de corporaciones⁴⁰. En otras instancias, las ONGs urgen por códigos específicos para ciertos sectores, incluyendo monitoreo y mecanismos de informes; esos códigos han recibido particular impulso en la industria textil⁴¹.

³⁷ These treaties are not directly enforceable in U.S. courts because 1) the U.S. has not ratified the treaty; or 2) the treaty, while ratified, is non self-executing and Congress has not passed any implementing legislation. For an example of Alien Tort Claims Act litigation, see e.g., *Doe v. Unocal Corp.*, 395 F.3d 932 (9th Cir. 2002) (claims of forced labor, murder, rape and torture), reh'g en banc granted, 395 F.3d 978 (9th Cir. 2003). Of course, the U.S. Supreme Court has choked, but not closed, this path in *Sosa v. Alvarez-Machain*, 542 U.S. 692 (2004). For a more general discussion of courts' use of non-ratified or non-self-executing treaties in constitutional interpretation, see Melissa Waters, *Creeping Monism in the World's Common Law Courts*, January 2005 (unpublished manuscript on file with author).

³⁸ These human rights principles are inspired by various international instruments, including most prominently including the Universal Declaration on Human Rights, G.A. res. 217A (III), U.N. Doc A/810 (Dec. 10, 1948), (U.S. has not ratified); the ILO Declaration on Fundamental Principles and Rights at Work, 37 I.L.M. 1233 (1998) (U.S. has not ratified), the Rio Declaration on Environment and Development, 31 I.L.M. 874 (1992) (U.S. has not ratified), and the UN Convention Against Corruption, available at http://www.unodc.org/pdf/crime/convention_corruption/signing/Convention-e.pdf (last visited on March 28, 2006) (U.S. ratified with non-self-executing declaration).

³⁹ The Global Compact, How to Participate in the Global Compact, available at <http://www.unglobalcompact.org/HowToParticipate/index.html> (last visited on March 23, 2006).

⁴⁰ See Sprio, *Disaggregating U.S. Interests in International Law*, supra note 33, at 114 n. 41 (listing several corporate practice altering consumer boycotts).

⁴¹ See e.g., Apparel Industry Partnership Agreement, signed April 14, 1997, between NGOs and multinational clothing manufacturers; International Labour Office, *Promoting Fair Globalization in Textiles and Clothing in a Post-MFA Environment*, TMTC-PMFA/2005, 2005. For an excellent description of the relationship between NGOs and sector-specific codes and norms, see Gary Gereffi, Ronie Garcia-Johnson, and Erika Sasser, *The NGO-Industrial Complex*, FOR. POL'Y, July-Aug., 2001.

Reconozco que estos son “pasos de bebé” pero son pasos al fin⁴². No creo que el Pacto Mundial o que los grupos que establecen estándares específicos por industria hayan transformado milagrosamente a los “participantes” en corporaciones ciudadanas con conciencia social. Con todo, las normas de derechos humanos son resistentes, con sus propios momentos de impulso, y poco a poco, aun de modo imperfecto, están encontrando su camino hacia la conciencia corporativa y formando el comportamiento a pesar de los esfuerzos liderados por el ejecutivo para limitar su alcance.

Formación Transnacional del Derecho Bottom-Up

El proceso de formación del derecho descrito en esta parte II no es fácilmente visible como una empresa *top-down* conducida por liderazgo político del poder ejecutivo. En cambio, las interacciones relativamente espontáneas e improvisadas, entre partes privadas, burócratas de niveles medios, y ONGs de modo aparentemente inadvertido genera un proceso que en última instancia produce “derecho”. Al clasificar este proceso como “*formación transnacional del derecho bottom-up*”, dirijo mi atención sobre dos características distintivas. Primero, el proceso está basado en quienes ponen en práctica acciones [*practitioners*], públicos y privados, incluyendo aquéllos motivados por altruismo y aquellos motivados por interés económico, que se asocian junto a otros ubicados en una situación similar para unir esfuerzos de *advocacy* (aunque usualmente bastante lejanos), para compartir experiencias y estandarizar prácticas hacia objetivos comunes. Algunos podrían cuestionar mi uso de la expresión “quienes ponen en

⁴² There is evidence that these initiatives are shifting corporate outlook and incrementally molding behavior. See e.g., id. at 56 (noting that Starbucks announced that it would buy coffee from importers who pay above market prices to farmers and DeBeers is avoiding investments in Africa to distance from “blood diamond” controversy); Press Release: Nike Issues FY04 Corporate Responsibility Report Highlighting Multi-Stakeholder Engagement and New Levels of Transparency, April 13, 2005, available at <http://www.nike.com/nikebiz/news/pressrelease.jhtml?year=2005&month=04&letter=a> (last visited on March 28, 2006);

práctica” [*practitioner*] para describir algunas de las ONG y de las actividades de interés público relacionadas descritas aquí. Sin embargo, uso el término de un modo general para describir aquellos que, sobre el terreno, provistos con un íntimo conocimiento de su nicho de negociación y/o áreas de interés, conforman las normas fundamentales, los particulares tecnicismos de sus negocio, antes que en las corrientes de la geopolítica y la diplomacia. Segundo, mientras que en la formación del derecho *top-down* el derecho es un en que el derecho es internalizado como práctica, en el proceso *bottom-up* las prácticas y los comportamientos son exteriorizados como derecho. A continuación, la parte III va a defender este modelo de formación del derecho *bottom-up* en relación con las asunciones que están en el centro de la mirada nacionalista.

III. LOS MITOS DE LA FORMACIÓN DEL DERECHO EN UN MUNDO NACIONALISTA

La proliferación de las normas internacional es ciertamente uno de los subproductos de la globalización. Sin embargo, un fenómeno igualmente importante, aunque menos discutido y apreciado, es el de la proliferación de procesos transnacionales de creación del derecho, un crecimiento exponencial de las rutas del derecho internacional. Por cierto, la explicación de este ensayo del proceso de formación del derecho *bottom-up* es emblemática de sólo uno de los muchos procesos transnacionales descentralizados de formación del derecho que constituye (y continuamente reconstituye) un ensamble colorido y multidimensional de normas internacionales y regímenes legales. Mientras que la formación del derecho *bottom-up* nunca será (y tampoco querría yo que fuera) un proceso hegemónico, lo destaco aquí porque su ritmo y cadencia desafía la integridad y trascendencia de los relatos nacionalistas sobre la formación del derecho

internacional, exponiendo los mitos sobre-simplificados que usualmente transforman su pretendido relato de no-ficción en un cuento de hadas.

Primer Mito: Los estados como creadores del derecho

Tal como los ejemplos *bottom-up* de este ensayo ilustran, el proceso internacional de formación del derecho en una era de globalización no es sólo el reino de las elites diplomáticas de los estados; es también el dominio de las corporaciones, de las compañías de seguro, ONGs, organizaciones inter-gubernamentales; entidades sub-nacionales; ciudades; jueces; burócratas; tecnócratas, los medios de comunicación; e individuos⁴³. Al resaltar el papel de los actores no-estatales, sub-estatales y la sociedad civil, estas historias sobre la formación del derecho exponen el primer mito nacionalista, de acuerdo con el cual las elites políticas del estado, y el ejecutivo en particular, tienen el monopolio de la creación del derecho. Sin dudas, el ejecutivo retiene un papel como creador del derecho internacional. Con todo, en la medida en que otros formadores del derecho emergen en la escena transnacional, en particular actores privados y actores sub-estatales, el rol del ejecutivo disminuye en términos cuantitativos y cualitativos.

Los académicos han reconocido hace tiempo que los actores no estatales, particularmente las organizaciones no gubernamentales, influyen en el proceso de formación del derecho internacional⁴⁴. Con todo, los académicos del derecho internacional han sido más reticentes en apreciar que los actores privados, no sólo las ONGs sino también las corporaciones e individuos particulares, no ejercen meramente influencia sobre los procesos de formación del derecho liderados por el estado, sino que, de hecho, constituyen tales procesos y ellos mismos producen

⁴³ Of course this well-worn observation has deep roots in the Yale Law School, starting with Myres McDougal and W. Michael Reisman of the New Haven school and followed, more recently, with Harold Hongju Koh and the transnational legal process school.

⁴⁴ MARGARET E. KECK AND KATHRYN SIKKINK, *ACTIVISTS BEYOND BORDERS: ADVOCACY NETWORKS IN INTERNATIONAL POLITICS* 35 (Cornell Univ. Press 1998).

derecho en un modo, en ciertos aspectos similar a la de los rancheros en Shasta County o los comerciantes de diamantes en la calle 47⁴⁵. Tal como hemos apreciado la privatización en algunos casos de creación del derecho nacional,⁴⁶ también somos testigos de la privatización de algunas áreas de la creación del derecho internacional⁴⁷. Un subproducto, por supuesto, es que el derecho emerge más allá de la jurisdicción del estado (incluyendo al ejecutivo).

De modo similar, los académicos tradicionalmente han subestimado el papel de los actores sub-estatales en la formación del derecho internacional. En otro lugar, he atribuido esta negación a: 1) la falta de atención, en general, sobre las cortes estatales y el derecho estatal en la educación legal de los EEUU; y 2) el hecho de que el papel de los actores sub-estatales en el proceso de formación del derecho internacional está perdido “en los vientos cruzados de varios de los más arduos debates académicos del derecho internacional”⁴⁸. Sin embargo, frente a la validación e implementación por parte de la Corte Criminal de Apelaciones de Oklahoma de una decisión de la CIJ respecto de la notificación consular prevista en la Convención de Viena, o la imposición conjunta por parte del gobernador de New England y del Premier de Eastern Canadian de estándares sobre emisiones y cambio climático similares a los de Kyoto,⁴⁹ es

⁴⁵ This is a reference to ROBERT ELLICKSON, ORDER WITHOUT LAW (1991) (Shasta County ranchers) and Lisa Bernstein, *Opting Out of the Legal System*, 21 J. LEG. ST. 115 (1992) (New York Diamond Dealers Club), two seminal studies of "private 'closely knit' homogenous micro-societies" that "create their own norms that at times trump state law and at other times fill lacunae in state regulation, but nonetheless operate autonomously." Levit, *Bottom-Up Approach to International Lawmaking*, supra note 14, at 184.

⁴⁶ See David S. Snyder, *Private Lawmaking*, 64 OHIO ST. L. J. 371 (2003)

⁴⁷ Professor Laura Dickinson has eloquently noted that the state itself has ceded quintessential roles in foreign affairs to private actors, discussing foreign aid and military functions. Laura A. Dickinson, *Government for Hire: Privatizing Foreign Affairs and the Problem of Accountability Under International Law*, 47 WILLIAM & MARY L. REV. 135 (2005)

⁴⁸ Janet Koven Levit, *A Tale of International Law in the Heartland: Torres and the Role of State Courts in Transnational Legal Conversation*, 12 TULSA J. COMP. & INT'L L. 163, 183 (2004). Cities and municipalities are also becoming transnational actors, and U.S. legal education neglects municipal law more blatantly than state law. See e.g., the UN Global Compact is focusing on the role of cities in a 2006 conference, UN Global Compact Cities Programme 1st International Conference "Resolving urban issues through cross-sector partnerships"

<http://www.unglobalcompact.org/ParticipantsAndStakeholders/cities.html> (last visited on March 19, 2006).

⁴⁹ Pew Center on Global Climate Change, Learning from State Action on Climate Change, available at <http://www.pewclimate.org/docUploads/UpdatePewStatesBriefMarch2006%2Epdf> (last visited on March 21, 2006). C

patente que los actores sub-estatales hacen derecho internacional y al hacerlo, reducen un poco más la pretendida hegemonía del ejecutivo en esos asuntos⁵⁰.

El estado, sin embargo, no es un hacedor del derecho internacional “moribundo”; y el poder ejecutivo sigue jugando un papel indispensable en muchas áreas del derecho internacional. Con todo, el ejecutivo no es unitario y no persigue intereses unitarios prolijamente agrupados, tal como los nacionalistas presuponen⁵¹. A este respecto, no toda la creación del derecho internacional liderada por el poder ejecutivo ocurre bajo el comando del Presidente y sus funcionarios políticos. El “ejecutivo” en sí mismo se está desagregando y trabajando en conexión con contrapartes transnacionales⁵². Así, los burócratas de nivel intermedio o los tecnócratas están asumiendo un papel aún más importante en el proceso de formación del derecho internacional. Por ejemplo, aquellos que activamente participan en las reuniones de la Unión de Berna y su trabajo, generalmente no son funcionarios de las ECA de alto nivel político, sino más bien burócratas de carrera que día a día lidian con los tecnicismos de su nicho de industria. Estos reguladores de carrera ocupan un espacio burocrático relativamente apolítico, y sus decisiones son de manera creciente, inmunes a los cambios de políticas liderados por la administración. Así, justo como al inicio del estado administrativo los EEUU crearon una

⁵⁰ Peter J. Spiro, *Globalization and the (foreign affairs) Constitution*, 63 OHIO ST. L.J. 649, 672 (2002); Peter J. Spiro, *Foreign Relations Federalism*, 70 U. COLO. L. REV. 1223, 1227 (1999) (arguing that states are like “demi-sovereigns”). For additional discussions of the role of sub-national actors in international lawmaking see Hari M. Osofsky, *The Geography of Climate Change Litigation: Implications for Transnational Regulatory Governance*, 83 WASH. U. LAW Q. ____ (spring 2006, forthcoming) (discussing state-based climate change litigation as a forum for exploring supra-national climate change issues); see also Hari M. Osofsky, *Local Approaches to Transnational Corporate Responsibility: Mapping the Role of Sub-National Climate Change Litigation* (Draft for University of Pacific McGeorge School of Law, Conference on the Business of Climate Change, Feb. 24-25, 2006) (on file with author).

⁵¹ This insight is developed quite eloquently in Berman, *Seeing Beyond the Limits of International Law*, supra note 11.

⁵² This insight is at the core of the transgovernmental network theory of international law. These scholars concede that that much international lawmaking occurs without the imprimatur of the classic diplomat but argue that the state nonetheless retains a crucial role in international lawmaking through transgovernmental networks of similarly-situated technocrats. ANNE-MARIE SLAUGHTER, *A NEW WORLD ORDER* (2004); Anne-Marie Slaughter, *Global Government Networks, Global Information Agencies, and Disaggregated Democracy*, 24 MICH. J. INT'L L. 1041 (2003); Anne-Marie Slaughter, *The Real New World Order*, FOREIGN AFF., Sept.-Oct. 1997; Anne-Marie Slaughter, *Government Networks: The Heart of the Liberal Democratic Order*, in DEMOCRATIC GOVERNANCE AND INTERNATIONAL LAW 199 (Gregory H. Fox & Brad R. Roth eds., 2000); Anne-Marie Slaughter, *Governing the Global Economy Through Government Networks*, in THE ROLE OF LAW IN INTERNATIONAL POLITICS: ESSAYS IN INTERNATIONAL RELATIONS AND INTERNATIONAL LAW 177 (Michael Byers ed., 2000); see also Kal Raustiala, *The Architecture of International Cooperation: Transgovernmental Networks and the Future of International Law*, 43 VA. J. INT'L L. 1 (2002).

burocracia en alguna medida aislada de la administración a cargo, también el nacimiento de redes transnacionales de regulación crean un cuadro de hacedores de derecho en el ejecutivo distintos (y en ocasiones independientes) del Presidente. Este desarrollo puede muy bien anclar el derecho internacional y los compromisos de derecho internacional de un modo que los nacionalistas simplemente no imaginan.

Segundo Mito: El derecho internacional como tratados y costumbre

El segundo mito nacionalista es que los tratados y (de manera secundaria) la costumbre aceptada por los estados constituyen el universo del derecho internacional⁵³. Por supuesto, este mito deriva del primero —si uno considera que el Presidente o las elites diplomáticas se ubican confortablemente en la vanguardia de la formación del derecho internacional, entonces los tratados son el mecanismo lógico para contratar con las contrapartes globales—. Con todo, otra vez, la realidad desmiente al mito. En los ejemplos de este ensayo actores transnacionales de diverso tipo hacen desfilar múltiples formas normativas, incluyendo aclaraciones, acuerdos informales “de caballeros”, pactos, códigos, y otras decisiones de las cortes. En lenguaje de derecho internacional, éstos son ejemplos de “*soft law*”, definidos de manera algo tautológica como todo lo que no es derecho internacional duro (es decir, tratados y costumbre aceptada por los estados)⁵⁴.

⁵³ See supra note 23 the formal sources of international law.

⁵⁴ Soft law is not a precise legal term. It includes a myriad of international instruments or, more inclusively, communications ranging from informal understandings or conversations to more formalized memoranda of understanding, diplomatic letters, protocols, codes of conduct, or informal agreements that have the feel of more formal treaties. See Christine Chinkin, *Normative Development in the International Legal System*, in COMMITMENT AND COMPLIANCE: THE ROLE OF NON-BINDING NORMS IN THE INTERNATIONAL LEGAL SYSTEM 21, 25-31 (Dinah Shelton ed., 2000) (discussing different soft law forms, including memoranda of understanding, communiqués, minutes, “soft commitments” embedded in formal treaties, declarations, and agendas, and proposing a classification scheme for soft law instruments). See also Edith Brown Weiss, *Introduction*, in INTERNATIONAL COMPLIANCE WITH NONBINDING ACCORDS (Edith Brown Weiss ed., 1997) (discussing nonbinding norms); *A Hard Look at Soft Law*, 82 ASIL PROC. 371 (1988) (scholarly discussion of the nature of soft law); Joseph Gold, *Strengthening the Soft International Law of Exchange Agreements*, 77 AM. J. INT’L L. 443 (1983).

Pero, ¿el “*soft law*” es derecho? ¿Las escenas de este ensayo han sido adecuadamente presentadas como “creación del derecho”? En algunos casos, las respuestas no son ambiguas. Mientras que instrumentos como el Pacto Mundial son reconocidamente “*soft law*” su impacto puede ser “duro”. En la medida en que las corporaciones no cumplan con sus propios códigos de conducta inspirados en el Pacto Mundial o en sus presentaciones públicas relativas sus políticas e iniciativas “verdes”, podrían estar exponiéndose ellos mismos a ser considerados engañosos y a reclamos por prácticas comerciales no equitativas⁵⁵. Del mismo modo, si las multinacionales incluyen responsabilidad social y estándares o informes ambientales en las presentaciones ante *Securities and Exchange Commission*, podrían enfrentar sanciones regulatorias por engaños en sus declaraciones⁵⁶.

Consideremos también la discusión en este ensayo de la discusión sobre el Acuerdo General, que es un instrumento legal blando; sin embargo, una vez que el Acuerdo sobre Subsidios de la OMC adecue sus reglas, tales reglas van a estar consagradas en un tratado y devendrán derecho duro. En un artículo reciente, he investigado la trayectoria del Acuerdo General, marcando momentos en los cuales las reglas cruzaron la línea mágica entre el derecho blando y duro; sin causar sorpresa, ese momento ocurrió como un episodio sin importancia práctica o funcional y sin impacto discernible sobre el cumplimiento general con las reglas de la Unión de Berna⁵⁷.

¿Por qué, entonces, los académicos del derecho internacional han dividido tradicionalmente el universo del derecho internacional de acuerdo con las categorías y

⁵⁵ These types of claims were at issue in the case that the Court decided not to decide, *Nike, Inc. v. Kasky*, 539 U.S. 654 (2003). For an excellent treatment of the issues in this case, see Tamara R. Piety, *Grounding Nike: Exposing Nike's Quest for a Constitutional Right to Lie*, 78 *TEMPLE L. REV.* 151 (2005).

⁵⁶ These types of disclosures would certainly benefit from non-financial disclosure rules. See *Corporate Storytelling: Non-financial Reporting*, *THE ECONOMIST*, Nov. 6, 2004, at 13-14.

⁵⁷ Levit, *Bottom-Up Approach to International Lawmaking*, supra note 14, at 156-57.

clasificaciones formales, segregando y elevando a los tratados y a la costumbre internacional aceptada por el estado por encima de cualquier otra cosa? En un tiempo, ese eje sin dudas ayudó a organizar la disciplina, aportando contrapeso metodológico al ataque realista sobre la existencia misma del derecho internacional. Hoy, en un momento en el cual el derecho internacional llegó aquí para quedarse, no puedo ofrecer una respuesta basada en principios. Sin embargo, si las líneas que hemos trazado son imperfectas o ilógicas, ello sólo nos dirige a la siguiente pregunta: ¿cómo y dónde deberíamos trazar las líneas entre el derecho internacional y todo lo demás? Algunos académicos argumentan que no hay necesidad de trazar una línea entre la práctica, las normas y el derecho —en esta mirada, todo es derecho⁵⁸—. Sin embargo, adoptar este enfoque es ceder el valor normativo del “derecho” como tal, y yo no estoy dispuesta a ello. Me siento atraída de modo creciente hacia aquellas teorías que sobre-imponen un pátina funcional al “derecho” mirando cómo las reglas realmente operan en la práctica y preguntando si las reglas son autoritativas y efectivamente obligatorias⁵⁹. En la medida en que tales preguntas tocan inevitablemente la más fundamental de todas las preguntas en la jurisprudencia —¿qué es el derecho?— este ensayo no podría más que simplemente presentarlas para futuros trabajos.

Tercer Mito: El derecho internacional como elección deliberativa

Los nacionalistas quieren controlar todo [son *control freaks*]⁶⁰. La explicación nacionalista no está basada sólo en el ejecutivo como un creador del derecho en jefe sino que está fundamentalmente basada en la premisa del control por parte del ejecutivo del derecho internacional. Con todo, el derecho internacional usualmente ocurre con la voluntad del

⁵⁸ Robert M. Cover, *The Folktales of Justice: Tales of Jurisdiction*, 14 *CAP. U. L. REV.* 179, 181 (1985) (“The status of such ‘official’ behavior and ‘official’ norms is not denied the dignity of ‘law.’ But it must share the dignity with thousands of other social understandings. In each case the question of what is law and for whom is a question of fact about what certain communities believe and with what commitments to those beliefs.”).

⁵⁹ See generally Andrew T. Guzman, *A Compliance-Based Theory of International Law*, 90 *CAL. L. REV.* 1823 (2002).

⁶⁰ A term frequently applied to me in my household.

Presidente o sin ella y, en muchos casos aun cuando al Presidente le guste o no. El derecho internacional no es siempre una “cuestión de elección”⁶¹. Bastante antes de la fundación de la OMC o de la redacción de los borradores del Acuerdo sobre Subsidios, la industria del seguro de crédito a las exportaciones, corporaciones privadas y tecnócratas públicos de ECAs, crearon un régimen regulatorio que esencialmente eliminaba los subsidios predatorios a las exportaciones de las pólizas de seguro de crédito a las exportaciones. Mientras que el Presidente ha decidido que EEUU no adherirá al Protocolo de Kyoto, estados, ciudades, compañías privadas, ONGs, y las Naciones Unidas toman decisiones e implementan políticas que, aun de modo imperfecto, restringen la decisión del Presidente. Si bien el Presidente duda sobre si tomar compromisos significativos frente a tratados multilaterales de derechos humanos numerosas compañías de los EEUU, frente al ungimiento de las Naciones Unidas, ONGs, asociaciones de comercio, consumidores y cortes, adoptan códigos de conducta y declaraciones de responsabilidad social que reflejan esas mismas normas. La creación del derecho internacional no es siempre un proceso deliberativo y premeditado; muchas veces es espontáneo, improvisado y auto-propulsado.

Algunos académicos, entre ellos más visiblemente Harold Hongju Koh, definen a este fenómeno como “proceso legal transnacional”⁶². Otros ubican estos procesos bajo el nombre “derecho y globalización”⁶³. Y, como ya fue observado, yo he descrito este proceso como “formación transnacional del derecho *bottom-up*”. Cualquiera sea la etiqueta, estos trabajos académicos colectivamente celebran el derecho internacional como desordenado, orgánico, e

⁶¹ Peter Spiro, *Disaggregating US Interests in International Law*, supra note 33 at 106 (arguing further that as globalization ensues, “choice may become increasingly constrained”).

⁶² See Harold Hongju Koh, *Why Do Nations Obey International Law?*, 106 YALE L.J. 2599 (1997) (reviewing ABRAM CHAYES & ANTONIA HANDLER CHAYES, *THE NEW SOVEREIGNTY: COMPLIANCE WITH INTERNATIONAL REGULATORY AGREEMENTS* (Cambridge: Harvard University Press 1995)); Harold Hongju Koh, *Transnational Legal Process*, 75 NEB. L. REV. 181 (1996).

⁶³ See Paul Schiff Berman, *From International Law to Law and Globalization*, 43 COLUM. J. TRANSNAT'L L. 485 (2005); see also generally Paul Schiff Berman, *Globalization of Jurisdiction*, 151 U. PA. L. REV. 311 (2002).

improvisado, generalmente tomando a los sujetos de derecho como creadores del derecho y del tal forma anclando al derecho sobre el terreno de la práctica. Y estos procesos no siempre ofrecen frutos en modos directos y palpables sino que más bien trabajan de un modo sutil, silencioso e indirecto, a través de la formación de la conciencia legal a un nivel individual.

Si aceptamos que estos procesos son rutas hacia el “derecho”, entonces deberíamos al menos contemplar si son rutas legítimas. Consideremos de nuevo la Unión de Berna; no publica sus reglas en ningún lugar. Mi búsqueda para encontrar el Acuerdo General fue una moderna búsqueda del tesoro, a lo largo de varios frustrantes meses. Después de ver un borrador del artículo, en el cual yo discutía las reglas de la Unión de Berna y criticaba su predilección por la creación secreta de derecho, el Secretario General sostuvo, y continúa sosteniendo, una amenaza legal en mi contra y contra la revista jurídica. Ofrezco esta única anécdota aislada no sólo como emblemática respecto de aquellos procesos de formación del derecho que son secretos, opacos y con aspecto de club, también porque tal explicación implica los fundamentos democráticos del proceso de formación del derecho que procede más bien sin obstáculos y que sin embargo finalmente hace derecho.

Algunos aducen que los procesos como los que se discuten en este ensayo son en verdad más democráticos que la versión nacionalista; argumentan que el elevado número y variedad de los actores transnacionales que juegan un papel realmente fortalecen la democracia en un sentido participativo⁶⁴. ¿Qué promueve una participación más amplia de los interesados, el Presidente enviando diplomáticos del Departamento de Estado a Japón para negociar un tratado de cambio climático o las compañías, la sociedad civil, las entidades sub-nacionales, las organizaciones

⁶⁴ W. Michael Reisman, *The Democratization of Contemporary International Law-Making Processes and the Differentiation of Their Application*, in DEVELOPMENTS OF INTERNATIONAL LAW IN TREATY MAKING (Herausgegeben von Rüdiger & Volker Rüben, eds., 2005).

inter-gubernamentales, y los emprendedores sociales creando, aunque caóticamente y con problemas, una comunidad reunida de modo flexible para dar forma a soluciones para el cambio climático? Sin embargo, esta respuesta a la cuestión democrática es de poco solaz para aquellos que están excluidos de tales comunidades, por ejemplo importadores y consumidores de países en desarrollo que ahora deben comerciar en un campo de juego “sin subsidios”, “nivelado” por aseguradores de créditos a las exportaciones en países industrializados que son miembros del más bien elitista club de la Unión de Berna.

Entonces, ¿es la solución al problema del “déficit democrático” mejorar la participación simplemente haciendo el proceso más abierto frente a las inquietudes de los interesados? En teoría, quizá. Sin embargo, esta solución presupone un modelo nacionalista de formación del derecho más clásico, en el cual la formación del derecho es predeterminada y lineal, provista de momentos identificables y productivos durante los cuales los *outsiders* pueden ejercer presión e influenciar el curso del derecho; en los ejemplos de este ensayo, la formación del derecho internacional no siempre ofrece esos momentos tan claros. Más aún, en la medida en que estos momentos de producción de derecho están enraizados en la experiencia técnica de comunidades encapsuladas, tal era el caso en el ejemplo de la Unión de Berna, un mundo de participación irrestricta puede contraproducentemente abrir las compuertas para la presión externa, escrutinios y demandas, presagiando la desintegración del mismo proceso de formación del derecho *bottom-up* basado en la práctica que ha facilitado el crecimiento exponencial del comercio internacional..

Los fundamentos democráticos de la democracia sin dudas permanecen como un punto de acalorados debates académicos y filosóficos (generalmente en el centro de las discusiones del

SELA)⁶⁵. Con todo, un fundamento común es la responsabilidad del encargado de tomar las decisiones⁶⁶. La participación en el proceso de formación democrática es un mecanismo para asegurar la responsabilidad aun indirectamente, a través del voto o directamente a través de la transformación de los interesados en consultores o formadores de derecho. Sin embargo, si la participación presenta problemas irremontables frente a estos procesos orgánicos de formación del derecho, ¿hay mecanismo de responsabilidad alternativos? Algunos académicos sostienen que esos procesos democráticos —*inputs*—no son el único árbitro de la legitimidad del derecho; sino que antes bien, *outputs* reales—normas, reglas o derecho—pueden también ofrecer legitimación democrática al derecho⁶⁷. La realidad es que algunos de estas comunidades formadoras de derecho *bottom-up* demuestran mucho ingenio; en los ejemplos de este ensayo, la Unión de Berna en particular efectivamente logra y facilita un volumen significativo de negocios. No obstante, ¿de qué modo instituciones como la Unión de Berna ofrece su habilidad y creatividad detrás de sus elevados y casi impenetrables muros de hoy? La Transparencia, en consecuencia, es esencial si de la “eficacia de los resultados” va a devenir un mecanismo de

⁶⁵ For some, democracy is participation; for others, democracy is deliberation; yet for others, democracy has independent, normative weight. For a sampling of democratic theory, see CARLOS SANTIAGO NINO, CONSTITUTION OF DELIBERATIVE DEMOCRACY (1998); ROBERT POST, CONSTITUTIONAL DOMAINS: DEMOCRACY, COMMUNITY, MANAGEMENT (1995); NORBERTO BOBBIO, DEMOCRACY AND DICTATORSHIP (1984); HANS KELSEN, GENERAL THEORY OF LAW AND STATE (1961); ROBERT DAHL, A PREFACE TO DEMOCRATIC THEORY (1956). For an overview of these competing theories, especially as they relate to accountability in international politics, see Andrew Moravcsik, *Is there a 'Democratic Deficit' in World Politics? A Framework for Analysis*, 39 GOV'T & OPPOSIT'N 336, 338-343 (2004) (discussing libertarian, pluralist, social democratic and deliberative notions of democracy).

⁶⁶ David Held & Mathias Koenig-Archibugi, *Introduction to Special Issue of Miliband Conference on Global Governance and Public Accountability*, London School of Economics and Political Science, May 17-18, 2002, reprinted in 39 GOV'T & OPPOSIT'N 125 (2004) (“[T]here is agreement among democrats that wherever power is exercised there should be mechanisms of accountability”). Accountability means simply that those governed may make demands on the governors. *Id.* at 127 (“Accountability refers to the fact that decision-makers do not enjoy unlimited autonomy but have to justify their actions vis-à-vis affected parties, that is, stakeholders”). In fact, Justice Anthony Kennedy recently noted that “accountability is the essence of democracy.” Associate Justice Anthony Kennedy, Plenary Address, American Society of International Law Annual Meeting, March 30, 2006, Washington, D.C.

⁶⁷ See Robert O. Keohane & Joseph S. Nye, *The Club Model of Multilateral Cooperation and Problems of Democratic Legitimacy*, in Efficiency, Equity, and Legitimacy: The Multilateral Trading System at the Millennium 264, 285-87 (noting that “[t]he legitimacy of governments is not determined solely by the procedures on the input side. Substantive outputs also matter.”); Anne-Marie Slaughter, *Government Networks*, supra note 52 at 234 (stating that “[o]n the other hand, legitimacy may be conferred or attained independent of mechanisms of direct accountability—performance may be measured by outcomes as much as process. Courts, and even central banks, can earn the trust and respect of voters without being ‘accountable’ in any direct sense.”); Anne-Marie Slaughter, *Governing the Global Economy Through Government Networks*, supra note 52 at 195.

responsabilidad (y, por supuesto, la transparencia en sí misma puede efectivamente conducir mejores oportunidades de participación). El desafío, por supuesto, es cómo agregar transparencia a procesos con características de improvisación y falta de planeamiento⁶⁸.

* * *

La formación del derecho *bottom-up* desafía las proposiciones en el corazón de la explicación nacionalista —diplomáticos como creadores del derecho, tratados y costumbre aceptada por el estado como derecho, y creación del derecho como una elección del ejecutivo deliberada—. Así, el poder ejecutivo en la formación del derecho transnacional se encuentra limitada, en este caso, no por las estructuras de la Constitución ni por la sustancia del derecho internacional, sino por la realidad de los múltiples procesos de creación del derecho desenvolviéndose más allá del mando del ejecutivo.

CONCLUSIÓN: FORMACIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL Y PLURALISMO TRANSNACIONAL

Un aire de arrogancia y de inseguridad reside en el corazón de la visión nacionalista. Por un lado, los nacionalistas creen que han encontrado el camino correcto, que conocen el único camino posible hacia el derecho internacional —un “soberano” fuerte (por ej., el ejecutivo) elige si concluir tratados con otras naciones soberanas (o si no hacerlo). Por otro lado, la globalización emite constantes recordatorios de derecho internacional, instituciones trascendentes, y de regímenes fuertemente establecidos usualmente más allá del alcance del

⁶⁸ Here, I believe scholars like myself play a critical role – doing a bit of digging or investigative reporting so that those outside the relatively closed lawmaking communities at least know what the law is, how it works, and how to pressure for change (or become their own alternative lawmaking community) if the legal outcomes are less than desirable. I take some solace that during my ordeal with the Berne Union, it, for the first time, posted on its website a press release acknowledging the importance of transparency to Berne Union values; and recently the Berne Union has revamped the web site to enhance transparency a bit.

ejecutivo. Los *Límites del Derecho Internacional* es un esfuerzo nostálgico de retener una era que ha concluido.

Hay múltiples rutas hacia el derecho internacional, sólo algunas de las cuales se centran en el poder ejecutivo e implican cuestiones sobre el poder ejecutivo. La globalización simplemente remarca que habitamos un mundo de múltiples comunidades generadoras de normas. Por cierto, no soy la primera en reconocer al derecho internacional como un “proceso policéntrico”⁶⁹ generador de derecho a través de “procesos múltiples y en escenarios múltiples”⁷⁰. De hecho, la afirmación de Robert Cover de acuerdo con la cual “habitamos un *nomos* – un universo normativo” no es menos relevante para el espacio transnacional que lo que es para el nacional.⁷¹ La explicación nacionalista es *jurispathic* en su negación de esta posibilidad. Yo presento la formación del derecho *bottom-up* no sólo porque en ella misma es *jurisgenerative*, sino porque nos desafía a imaginar la promesa de “futuros alternativos” en la creación del derecho internacional⁷².

⁶⁹ Spiro, *Disaggregating U.S. Interests in International Law*, supra note 33 at 110.

⁷⁰ Reisman, *The Democratization of Contemporary International Law-Making Processes*, supra note 64.

⁷¹ Robert M. Cover, *Nomos and Narrative*, 97 HARV. L. REV at 4.

⁷² Id. at 9.