



FACULTAD DE DERECHO
PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE CHILE

CEREMONIA DE INAUGURACIÓN DEL AÑO ACADÉMICO 2017 DE LA FACULTAD DE DERECHO

INVITADO DE HONOR
JAN WOUTERS

JUEVES 20 DE ABRIL DE 2017



FACULTAD DE DERECHO
PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE CHILE

CEREMONIA DE INAUGURACIÓN
DEL AÑO ACADÉMICO 2017
DE LA FACULTAD DE DERECHO

INVITADO DE HONOR
JAN WOUTERS

JUEVES 20 DE ABRIL DE 2017

Programa de la ceremonia:

- Himno Nacional
- Palabras del Decano
- Presentación del profesor de Derecho Internacional de la Universidad Católica de Lovaina, Jan Wouters: *Nuestra vida en tiempos interesantes: el triángulo entre el derecho internacional, la creación jurídica informal y la gobernanza global*
- Coro de la Facultad de Derecho UC
- Premiación de Profesores
- Premiación de Alumnos
- Himno de la Pontificia Universidad Católica de Chile



Jan Wouters

Jan Wouters es profesor de derecho internacional y de las organizaciones internacionales y catedrático Jean Monnet *ad personam* de la Universidad Católica de Lovaina. Es también director fundador del Instituto de Derecho Internacional y del Centro para el Estudio de la Gobernanza Global de esta misma universidad.

Se licenció en filosofía y derecho en la Universidad de Amberes, y más tarde obtuvo un magíster en derecho en la Universidad de Yale y un doctorado en derecho en la Universidad Católica de Lovaina. Fue investigador visitante en la Universidad Harvard. Como profesor visitante de Sciences Po (París), la Universidad Luiss (Roma) y el Colegio de Europa (Brujas), enseña derecho de las relaciones exteriores de la UE. Como profesor adjunto de la Universidad de Columbia, enseña perspectivas comparadas EU/EUUU sobre el derecho internacional de los derechos humanos.

Es miembro de la Academia Real de Bélgica para las Ciencias y las Artes, presidente de la Asociación de Flandes de las Naciones Unidas, editor de la Enciclopedia Internacional de Organizaciones Intergubernamentales, director adjunto de la Revista Belga de Derecho Internacional, miembro del consejo editorial de otras diez revistas internacionales, y autor de numerosos libros y artículos de su especialidad. Entre sus más recientes publicaciones se incluyen *National Human Rights Institutions in Europe* (2013), *The Law of EU External Relations* (2a ed. 2015), *China, the EU and the Developing World* (2015), *Global Governance of Labour Rights* (2015), *The Contribution of International and Supranational Courts to the Rule of Law* (2015), *Global Governance and Democracy: A Multidisciplinary Analysis* (2015), *Armed Conflicts and the Law* (2016), *Judicial Decisions on the Law of International Organizations* (2016) and *Internationaal Recht in Kort Bestek* (2a ed. 2016). Es además profesor visitante de la Pontificia Universidad Católica de Chile.

Our Life in Interesting Times: the Triangle of International Law, Informal Lawmaking and Global Governance

Prof. Dr. Jan Wouters¹

*“Le droit n’est point fait pour les besoins de l’esprit
mais pour les réalités sociales”²*

I. Introduction

The acceleration and intensification of international exchanges in these times of ongoing globalization are a fact of life. One is often tempted to regard globalization mainly in its economic dimensions and to focus on the enormous increases of cross-border trade in goods and services, and the unprecedented mobility of capital, investments and ideas across the globe that it generates.³ This is of course what catches our attention the most, when we are walking through supermarkets, seeing the spread of brands and business firms the world over, reading the latest financial news, and listening to the latest global musical hits. But there is a less visible side to globalization, which has to do with its impacts upon our culture, language and thinking, social behavior and ethics⁴. Still less visible but more subtle is the interaction between

1 This text builds on a number of earlier publications, in particular J. Wouters and L. Hamid, ‘Custom and Informal International Lawmaking’, in C.A. Bradley (ed.), *Custom’s Future. International Law in a Changing World*, Cambridge University Press, 2016, 332-359.

2 R. Demogue, *Les Notions Fondamentales du Droit Privé. Essai Critique pour servir d’Introduction à l’Etude des Obligations*, Rousseau, 1911.

3 A useful tool for measuring the three main dimensions of globalization (economic, social and political) is the Kof Globalization Index (<http://globalization.kof.ethz.ch/>). In addition to these three indices, an overall index of globalization is available as well as sub-indices.

4 For this more comprehensive view of globalization, going critically beyond internationalization, liberalization, universalization and westernization, see J.A. Scholte, *Globalization: A Critical Introduction*, Palgrave MacMillan, 2005, 2nd ed.

Nuestra vida en tiempos interesantes: el triángulo entre el derecho internacional, la creación jurídica informal y la gobernanza global

Prof. Dr. Jan Wouters¹

“No se hace el derecho para las necesidades del espíritu, sino para las realidades sociales”²

I. Introducción

En estos tiempos de continua globalización, la aceleración e intensificación de los intercambios internacionales constituye un hecho de la vida. Frecuentemente, uno se ve tentado a considerar la globalización principalmente desde su dimensión económica, y a concentrar la atención en el enorme incremento del comercio transfronterizo de bienes y servicios y en la inédita movilidad de capital, inversiones e ideas a través del mundo, que esto acarrea³. Esto es, por cierto, lo que más atrae nuestra atención cuando nos desplazamos por el interior de un supermercado, al ver la cantidad de marcas y empresas en el mundo, al leer las últimas noticias financieras, y al escuchar los últimos éxitos musicales de impacto global. Pero hay un aspecto menos visible de la globalización, que tiene que ver con su impacto en nuestra cultura, lenguaje y pensamiento, comportamiento social y ética⁴. Menos visible

1 Este texto se construye sobre un número de publicaciones anteriores, en particular J. Wouters y L. Hamid, ‘Custom and Informal International Lawmaking’, en C.A. Bradley (ed.) *Custom’s Future. International Law in a Changing World*. Cambridge: University Press, 2016, 332-359.

2 R. Demogue, *Les notions Fondamentales du Droit privé. Essai Critique pour servir d’Introduction à l’Etude des Obligations*. Rousseau, 1911.

3 Un instrumento útil para medir las tres dimensiones principales de la globalización (económica, social y política) es el Índice Kof de Globalización (<http://globalization.kof.ethz.ch>). Además de estos tres índices, existe un índice general de globalización, así como también sub-índices.

4 Para una visión más comprehensiva de la globalización, que va críticamente más allá de la internacionalización, liberalización, universalización y occidentalización, ver J.A. Scholte, *Globalization: A Critical Introduction*, Palgrave MacMillan, 2005, 2ª ed.

ween globalization and the evolution of our domestic, transnational and international legal cultures and systems. Legal scholarship is only slowly picking this up.⁵

The present contribution focuses on the impact of globalization on public international law. It will be submitted that traditional public international law has not (yet) been able to capture all new transnational regulatory actors and normative dynamics (section II), and that this helps to explain the rise of ‘informal international lawmaking’ (section III) and ‘global governance’ (section VI). Moreover, traditional international lawmaking, like treaties and customary international law, are currently going through a challenging period (sections IV and V). The conclusion (section VII) is that public international law will have to continue to adapt to the realities of globalization, if it is to remain relevant in regulating international life in the 21st century.

II. Traditional public international law and its shortcomings

When we teach our students public international law, two of the main mandatory issue areas are the ‘sources’ and the ‘subjects’ of international law. In the 20 years I have been teaching international law classes, the tensions between these traditional doctrines and the realities of international life have become ever more striking. Jan Klabbers has observed, not without foundation, that “globalisation seems to have bypassed the discipline of international law completely”.⁶

⁵ See for instance E. Benvenisti, *The Law of Global Governance*, Nijhoff Publishers, 2014; M. Delmas-Marty, *Global Law: A Triple Challenge*, Transnational Publishers, 2003; Id., ‘L’internationalisation du droit : pathologie ou métamorphose de l’ordre juridique ?’, in A.J. Cicco Filho, A.F. Penna Velloso and M.E. Guimarães Teixeira Rocha (eds.), *Direito Internacional na Constituição : estudos em homenagem a Francisco Rezek*, Saraiva, 2014, 499-501 ; J. Klabbers and M. Sellers (eds.), *The Internationalization of Law and Legal Education*, Springer, 2008; R. Michaels, ‘Global Legal Pluralism’, *Annual Review of Law and Social Science* 2009, 243-262; D. Mockle (ed.), *Mondialisation et état de droit*, Bruylant, 2000 ; C.-A. Morand (ed.), *Le droit saisi par la mondialisation*, Bruylant, 2001 ; G. Rabu, ‘La mondialisation et le droit : éléments macrojuridiques de convergence des régimes juridiques’, *22 Revue Internationale de Droit Economique* 2008, 335-356.

⁶ J. Klabbers, ‘The Idea(s) of International Law’, in S. Muller, S. Zouridis, M. Fishman and L. Kistemaker (eds.), *The Law of the Future and the Future of Law*, Torkel Opsahl Academic EPublisher (TOAEP), 2011, 69, at 71.

todavía, pero mucho más sutil, es la interacción entre la globalización y la evolución de nuestras culturas y sistemas jurídicos domésticos, transnacional e internacional. La doctrina recién está tomando, lentamente, conciencia de esto.⁵

La presente contribución se centra en el impacto de la globalización en el derecho internacional público. Se sostendrá que el derecho internacional público tradicional no ha (todavía) sido capaz de incluir a todos los nuevos actores regulatorios transnacionales y las normativas dinámicas (sección II); y que esto explica el surgimiento de una ‘creación jurídica informal internacional’ (sección III) y de una ‘gobernanza global’ (sección VI). Más aún, las formas tradicionales de crear el derecho internacional, como los tratados y la costumbre internacional, están enfrentando actualmente un período desafiante (secciones IV y V). La conclusión (sección VII) es que el derecho internacional público va a tener que seguir adaptándose a las realidades de la globalización si ha de mantener su relevancia en la regulación de la vida internacional en el siglo XXI.

II. Derecho internacional público tradicional y sus deficiencias

Quando le enseñamos derecho internacional público a nuestros alumnos, tenemos que abordar las materias de ‘fuentes’ y ‘sujetos’ del derecho internacional. En los veinte años que llevo dando clases de derecho internacional, se han hecho cada vez más evidentes las tensiones que hay entre estas doctrinas tradicionales y la realidad de la vida internacional. Jan Klabbers ha observado, no sin fundamento, que “la globalización parece haber dejado totalmente de lado a la disciplina del derecho internacional”.⁶

⁵ Ver por ejemplo E. Benvenisti, *The Law of Global Governance*, Nijhoff Publishers, 2014; M. Delmas-Marty, *Global Law: A Triple Challenge*, Transnational Publishers, 2003; Id., ‘L’internationalisation du droit : pathologie ou métamorphose de l’ordre juridique?’, en A.J. Cicco Filho, A.F. Penna Velloso y M.E. Guimarães Teixeira Rocha (eds.) *Direito Internacional na Constituição: studios em homenagem a Francisco Rezek*, Saraiva, 2014, 499-501; J. Klabbers y M. Sellers (eds) *The Internationalization of Law and Legal Education*, Springer, 2008; R. Michaels, ‘Global Legal Pluralism’, *Annual Review of Law and Social Science* 2009, 243-262; D. Mockle (ed.) *Mondialisation et état de droit*, Bruylant, 2000; C.-A. Morand (ed.) *Le droit saisi par la mondialisation*, Bruylant, 2001; G. Rabu, ‘La mondialisation et le droit: elements macrojuridiques de convergence des régimes juridiques’, *22 Revue Internationale de Droit Economique* 2008, 335-356.

⁶ J. Klabbers “The Idea (s) of International Law”, en S. Muller, S. Zouridis, M. Fishman y L. Kistemaker (eds.), *The Law of the Future and the Future of the Law*, Torkel Opsahl Academic EPublisher (TOAEP), 2011, 69, en 71.

A. The sources of international law

As is known, in public international law, the term ‘sources’ can refer either to substantive sources (e.g. particular provisions of treaties or norms of customary international law) or to formal sources, i.e. the methods for establishing norms in the international legal system or, in other words, the processes of international lawmaking. The most authoritative statement regarding the formal sources of international law, so we teach our students, can still be found in Article 38 of the Statute of the International Court of Justice (ICJ Statute):

1. The Court, whose function is to decide in accordance with international law such disputes as are submitted to it, shall apply:
 - (a) international conventions, whether general or particular, establishing rules expressly recognized by the contesting States;
 - (b) international custom, as evidence of a general practice accepted as law;
 - (c) the general principles of law recognised by civilised nations;
 - (d) subject to the provisions of Article 59, judicial decisions and the teachings of the most highly qualified publicists of the various nations, as subsidiary means for the determination of rules of law.

2. This provision shall not prejudice the power of the Court to decide a case *ex aequo et bono*, if the parties agree thereto.

However, this provision is highly imperfect. It dates from the early 1920s, as it also appeared in the Statute of the International Court of Justice’s (ICJ) predecessor, the Permanent Court of International Justice (PCIJ).⁷

⁷ As is known, the PCIJ Statute resulted from the work of an Advisory Committee of Jurists presided by Baron Edouard Eugène François Descamps (1847-1933), a far predecessor teaching international law at the Catholic University of Leuven from 1876 to 1932.

A. Las fuentes del derecho internacional

Como se sabe, el término ‘fuentes’ en derecho internacional puede referirse a las fuentes sustantivas (e.g. disposiciones particulares de tratados o normas de derecho internacional consuetudinario), o a las fuentes formales, i.e. los métodos para establecer normas en el sistema jurídico internacional: en otras palabras, los procesos de creación jurídica internacional. Según le enseñamos a nuestros alumnos, la más reconocida declaración relativa a las fuentes formales del derecho internacional todavía puede encontrarse en el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia (Estatuto de la CIJ):

1. La Corte, cuya función es decidir, conforme al derecho internacional, las disputas que le sean sometidas, deberá aplicar:
 - (a) las convenciones internacionales, sean generales o particulares, que establecen reglas expresamente reconocidas por los Estados litigantes;
 - (b) la costumbre internacional como prueba de una práctica general aceptada como derecho;
 - (c) los principios generales del derecho reconocidos por las naciones civilizadas;
 - (d) las decisiones judiciales y las doctrinas de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones, como medio auxiliar para la determinación de las reglas de derecho, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 59.
2. La presente disposición no restringe la facultad de la Corte para decidir un litigio *ex aequo et bono*, si las partes así lo convinieren.

Con todo, esta disposición es altamente imperfecta. Proviene de comienzos de la década de 1920, tal como que ya aparecía en el Estatuto de la antecesora de la Corte Internacional de Justicia (CIJ), la Corte Permanente de Justicia Internacional (CPJI).⁷

⁷ Como se sabe, el Estatuto de la CPJI fue el resultado del trabajo de un Comité Asesor de Juristas presidido por el Barón Edouard Eugène François Descamps (1847-1933), un antiguo predecesor nuestro en la docencia en derecho internacional en la Universidad Católica de Lovaina entre 1876 y 1932.

While it still constitutes a useful starting point for teaching the ABC of international lawmaking processes, Article 38 is nowadays very incomplete and has even some rather troublesome parts. Admittedly, it is still correct to list treaties ('international conventions') and customary international law ('international custom') as the two main sources of public international law, although their pre-eminence is somewhat undermined by recent developments to which I will return to below (*infra*, sections IV and V). The reference to general principles of law is more problematic. It refers, in an anachronistic and nowadays politically incorrect manner, to "civilized nations" and does not spell out whether these principles constitute national or international principles of law. A similar ambiguity rests with "judicial decisions". It is highly questionable whether, in the twenty-first century, "teachings of the most highly qualified publicists of the various nations" should be seen as a – admittedly, only subsidiary – means for the determination of rules of law. In a world of mass academic literature production, who can say which publicists these are, and what their legitimacy is to give normative orientations for today's international community? More importantly still, Article 38 is incomplete. It does not include equity as a source of international law (apart from a limited reference in paragraph two), nor does it make reference to unilateral legal acts, decisions of international organizations, norms of *jus cogens*, or to soft law. Apart from its outmodedness and incompleteness, there is another issue with Article 38. It does not take into account at all the question of (lack of) democratic legitimacy of the way in which international norms come about. It is written for a largely anarchic international society. Does this still fit the needs and reflect the realities of international lawmaking in the twenty-first century?

As will be seen below (*infra*, sections IV and V), traditional lawmaking processes under international law are currently facing considerable challenges. States have been progressively turning to informal cooperative fora.

Aunque todavía constituye un punto de partida útil para la enseñanza del ABC de los procesos de creación jurídica internacional, el artículo 38 es actualmente muy incompleto y contiene algunas partes más bien engorrosas. Es cierto que todavía es correcto enumerar a los tratados ('convenciones internacionales') y al derecho internacional consuetudinario ('costumbre internacional') como las dos fuentes principales del derecho internacional público, aun cuando su preeminencia se haya visto disminuida por desarrollos recientes a los que haré alusión más abajo (*infra*, secciones IV y V). La referencia a los principios generales del derecho es más problemática. Alude, de un modo anacrónico y hoy políticamente incorrecto, a las "naciones civilizadas" y no explica si estos principios constituyen principios de derecho nacional o internacional. Una ambigüedad similar existe con las "decisiones judiciales". Es muy cuestionable que las "doctrinas de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones" puedan ser vistas en el siglo XXI como un medio para la determinación de las reglas de derecho –si bien, sólo subsidiaria. En un mundo de producción masiva de literatura académica, ¿quién puede decir qué publicistas son éstos, y cuál es su legitimidad para dar orientaciones normativas a la comunidad internacional contemporánea? Más importante aún, el artículo 38 es incompleto. No incluye a la equidad como fuente de derecho internacional (con la excepción de una limitada referencia en el párrafo dos), ni hace una referencia a los actos jurídicos unilaterales, las decisiones de las organizaciones internacionales, las normas de *ius cogens*, o al 'derecho blando' o *soft law*. Aparte de su carácter anticuado e incompleto, hay otro problema con el artículo 38. No toma para nada en consideración la cuestión de la legitimidad democrática (o la falta de ella) en la forma en que las normas internacionales surgen. Fue escrito para una sociedad internacional en gran medida anárquica. ¿Se ajusta todavía a las necesidades y refleja las realidades de la creación jurídica internacional en el siglo XXI?

Como se verá más abajo (*infra*, secciones IV y V), los procesos tradicionales de creación jurídica conforme al derecho internacional enfrentan importantes desafíos en la actualidad. Los Estados se han ido volcando cada vez más hacia foros cooperativos informales.

B. The subjects of international law

Public international law is only slightly less archaic when it comes to identifying the subjects, i.e. the actors, of the international legal system. States are still seen as the main subjects of international law. It is States which enjoy the fullest set of international rights and obligations and have the most complete toolkit at their disposal to implement and enforce such entitlements and duties. Originally, other entities were mere 'objects' of international law: they could be the ultimate beneficiaries of certain arrangements agreed to between States, but did not enjoy rights in their own capacity and did not otherwise play a meaningful role in international law.⁸

When there is slightly more openness of public international law in this area, we owe it in the first place to a landmark case of the ICJ: *Reparation for Injuries*. In this advisory opinion of 1949, the ICJ affirmed:

The subjects of law in any legal system are not necessarily identical in their nature or in the extent of their rights, and their nature depends upon the needs of the community. Throughout its history, the development of international law has been influenced by the requirements of international life, and the progressive increase in the collective activities of States has already given rise to instances of action upon the international plane by certain entities which are not States.⁹

This functional approach was highly innovative in times where it was not even accepted that the United Nations enjoyed international legal personality. The ICJ broke through the monolithic approach to international legal personality and subjectivity and, thereby, breached the monopoly of States as subjects of international law. It allowed the post-World War II international legal system to gra-

⁸ See J. Wouters, C. Ryngaert, T. Ruys and G. De Baere, *International Law: a European Perspective*, Hart Publishing, forthcoming 2018, Chapter 5 on States. See, for critical reflections, J. d'Aspremont, 'Subjects and Actors in International Lawmaking: The Paradigmatic Divides in the Cognition of International Norm-Generating Processes', in C. Brölmann and Y. Radi (eds.), *Research Handbook on the Theory and Practice of International Lawmaking*, Edward Elgar Publishing, 2016, 32-55.

⁹ ICJ, *Reparation for injuries suffered in the service of the United Nations*, Advisory Opinion of 11 April 1949, 1949 ICJ Rep. 174, at 178.

B. Los sujetos del derecho internacional

El derecho internacional público es apenas un poco menos arcaico cuando se trata de identificar los sujetos, i.e. los actores, del sistema jurídico internacional. Los Estados son todavía considerados los principales sujetos del derecho internacional. Son ellos quienes gozan del más amplio conjunto de derechos y obligaciones internacionales, y tienen a su disposición el instrumental más completo para implementar y hacer cumplir tales derechos y deberes. Originalmente, otras entidades eran meros 'objetos' del derecho internacional: podían ser los beneficiarios últimos de ciertos acuerdos entre los Estados, pero no gozaban por sí mismos de derechos ni jugaban de otra manera un rol significativo en el derecho internacional.⁸

En este ámbito, hay una apertura levemente mayor del derecho internacional, que le debemos ante todo a un caso señero de la CIJ: *Reparación de daños*. En esta opinión consultiva de 1949, la CIJ sostuvo que:

Los sujetos del derecho en cualquier sistema jurídico no son necesariamente idénticos en su naturaleza o en la extensión de sus derechos, y su naturaleza depende de las necesidades de la comunidad. A lo largo de su historia, el desarrollo del derecho internacional se ha visto influenciado por las exigencias de la vida internacional, y el progresivo aumento de las actividades colectivas de los Estados ya ha dado origen a instancias de acción sobre el ámbito internacional por ciertas entidades que no son Estados.⁹

Este enfoque funcionalista fue sumamente innovador en una época en que no se aceptaba que las Naciones Unidas tuvieran personalidad jurídica internacional. La CIJ rompió el enfoque monolítico de la personalidad jurídica y de la subjetividad y, por ende, destruyó el monopolio de los Estados como sujetos del derecho internacional. Esto permitió al sistema jurídico internacional posterior a la Segunda Guerra Mun-

⁸ Ver J. Wouters, C. Ryngaert, T. Ruys y G. De Baere, *International Law: a European Perspective*, Hart Publishing, a publicarse el 2018, capítulo 5 sobre los estados. Ver, para reflexiones críticas, J. d'Aspremont 'Subjects and Actors in International Lawmaking: The Paradigmatic Divides in the Cognition of International Norm-Generating Processes', en C. Brölmann y Y. Radj (eds.) *Research Handbook on the Theory and Practice of International Lawmaking*, Edward Elgar Publishing, 2016, 32-55.

⁹ CIJ, *Reparación de los daños sufridos al servicio de las Naciones Unidas*, opinión consultiva de 11 de abril de 1949, ICJ Rep. 174, en 178.

dually open up to non-State actors: in the first place international organizations, but also a variety of other non-traditional players, such as the Holy See, the International Committee of the Red Cross, and liberation movements. Subsequent dynamics in sub-branches of international law, in particular human rights law and international criminal law¹⁰, have also brought the individual to the international level, as a subject of rights and obligations – but always under the assumption that the States at hand had, in their sovereign wisdom, ratified the human rights instrument in question and/or had consented to the jurisdiction of the international criminal tribunal involved. A similar development has taken place in international economic law, where numerous bilateral investment treaties make it possible for foreign investors to initiate arbitral proceedings, e.g. in case of unlawful expropriation, against the State in which they operate.

Still, even today, States are seen as the ‘primary’ subjects of international law with original and full international legal personality. All other subjects are regarded as by necessity ‘secondary’ to States, in that they are only recognized as actors by the mercy of the latter. States continue to protect their pre-eminence in a particularly vigilant manner. How else can one explain that only States enjoy ‘plenary powers’ and that international organizations only have ‘conferred powers’? That only (“peace loving”) States can become a member of the United Nations (Article 4(1) UN Charter) and most international organizations, leaving other international actors little more than a modest observer status? And that only States are able to bring claims and be sued before the ICJ (Article 34 ICJ Statute)?

In other words, in today’s public international law, entities other than States still only have a limited and ‘derived’ international legal personality. Here too, we will see that today’s international regulatory realities show new dynamics which can hardly be fully understood by reference to the traditional doctrine of the subjects in international law.

10 See e.g. A.-L. Vauris-Chaumette, *Les sujets du droit international pénal: vers une nouvelle définition de la personnalité juridique internationale?*, Paris, Pedone, 2009.

dial abrirse gradualmente a otros actores que no eran Estados: en primer lugar, a las organizaciones internacionales, pero también a una variedad de otros actores no tradicionales, como la Santa Sede, el Comité Internacional de la Cruz Roja, y los movimientos de liberación. Dinámicas posteriores en algunas sub-ramas del derecho internacional, en particular del derecho internacional de los derechos humanos y del derecho penal internacional¹⁰, también han traído al individuo al ámbito internacional, como sujeto de derechos y obligaciones –pero siempre bajo el supuesto de que los Estados en cuestión hayan, en su sabiduría soberana, ratificado el respectivo instrumento de derechos humanos y/o hayan consentido a la jurisdicción del tribunal penal internacional involucrado. Un desarrollo similar ha tenido lugar en el derecho económico internacional, donde numerosos tratados bilaterales de inversión hacen posible a los inversionistas extranjeros iniciar procedimientos arbitrales, e.g. en caso de expropiaciones ilegales, en contra del Estado en donde operan.

Con todo, aun hoy en día los Estados son considerados como el sujeto ‘primario’ del derecho internacional, con una personalidad jurídica internacional originaria y plena. Todos los demás sujetos son considerados ‘secundarios’ en relación con los Estados, en el sentido de que sólo son reconocidos como actores gracias a éstos. Los Estados siguen protegiendo su preeminencia con especial cuidado. ¿De qué otra manera puede uno explicarse que sólo los Estados disfruten de ‘plenos poderes’ y que las organizaciones internacionales tengan sólo ‘poderes otorgados’? ¿Que sólo los Estados (“amantes de la paz”) puedan llegar a ser miembros de las Naciones Unidas (artículo 4 (1) de la Carta de la ONU) y de la mayor parte de las organizaciones internacionales, dejando a los demás actores internacionales poco más que un modesto estatus de observadores? ¿Y que sólo los Estados sean capaces de interponer demandas o de ser demandados ante la CIJ (artículo 34 del Estatuto de la CIJ)?

En otras palabras, en el derecho internacional actual las entidades que no son Estados todavía tienen únicamente una personalidad jurídica limitada y ‘derivada’. Aquí también veremos que las realidades reguladoras internacionales actuales exhiben nuevas dinámicas que a duras penas pueden entenderse cabalmente a la luz de la doctrina tradicional de los sujetos del derecho internacional.

10 Ver e.g. A.-L. Vauris-Chaumette, *Les sujets du droit international pénal: vers une nouvelle définition de la personnalité juridique internationale?*, Paris, Pedone, 2009.

III. The rise of informal international lawmaking

The ever-changing demands of international society have brought into the limelight new, non-traditional approaches to international lawmaking. Recent academic literature has shown that international law is not only stagnating in terms of both quantity and quality, but it is also increasingly complemented by ‘informal international lawmaking’, a phenomenon involving new outputs, processes and actors. A fairly rich tapestry of novel forms of international cooperation, ostensibly outside the confines of the traditional frameworks of international law as described above, is booming. The nomenclature used is increasingly diverse and departs from the formal labels of custom, treaty, or international organizations.¹¹ We have seen the rise of informal international lawmaking through a great variety of international processes, such as: the International *Conference* on Harmonization (in respect of pharmaceuticals), the Kimberly *Scheme* on Conflict Diamonds, the Proliferation Security *Initiative*, the Copenhagen Accord on Climate Change, the International Organization for Standardization’s 26000 Standard on Corporate Social Responsibility, the Ruggie *Guiding Principles* on Business and Human Rights, the Financial Stability *Board*, the Internet Engineering *Task Force*, or the World Health Organization’s *Global Strategy* on Diet.¹²

The concept of ‘informal international lawmaking’ was introduced by Joost Pauwelyn, Ramses A. Wessel and myself in the context of a research project conducted by the Graduate Institute in Geneva, the Leuven Centre for Global Governance Studies, the University of Twente, and the Hague Institute for the Internationalisation of Law. The main objective of this research project was to draw attention to a phenomenon that is omnipresent in global governance, yet largely neglected by international lawyers. We defined ‘informal international lawmaking’ as follows:

¹¹ See J. Pauwelyn, R.A. Wessel and J. Wouters, ‘Informal International Lawmaking: An Assessment and Template to Keep it Both Effective and Accountable’, in J. Pauwelyn, R.A. Wessel and J. Wouters (eds.), *Informal International Lawmaking*, Oxford University Press, 2012, 500, at 501.

¹² See the many case-studies conducted in J. Pauwelyn, R.A. Wessel, J. Wouters, A. Berman and S. Duquet (eds.), *Informal International Lawmaking: Case Studies*, TOAEP, 2013.

III. El surgimiento de la creación jurídica informal internacional

Las siempre cambiantes exigencias de la sociedad internacional han traído a la luz enfoques nuevos, no tradicionales, sobre la creación jurídica internacional. La literatura académica reciente ha demostrado que el derecho internacional no solo se está estancando en términos de cantidad y calidad, sino que además se está complementando progresivamente con una ‘creación jurídica informal internacional’, un fenómeno que incluye nuevos resultados, procesos y actores. Florece hoy un rico campo de nuevas formas de cooperación internacional, que yacen ostensiblemente fuera de los confines de los marcos tradicionales del derecho internacional antes descrito. La nomenclatura utilizada es crecientemente diversa y se aparta de las categorías formales de costumbre, tratado, u organizaciones internacionales.¹¹ Hemos visto el surgimiento de la creación jurídica informal internacional a través de una gran variedad de procesos internacionales, como: la *Conferencia* Internacional sobre Armonización (respecto de los productos farmacéuticos), el *Esquema* Kimberley sobre Diamantes Conflictivos, la *Iniciativa* de Seguridad contra la Proliferación, el *Acuerdo* de Copenhague sobre el Cambio Climático, la Organización Internacional para la Estandarización del *Estándar* 26000 sobre Responsabilidad Social de las Empresas, los *Principios Guías* Ruggie sobre Empresas y Derechos Humanos, la *Junta* de Estabilidad Financiera, la *Fuerza de Trabajo* de Ingeniería de Internet, o la *Estrategia Global* de Dietas de la Organización Mundial de la Salud.¹²

El concepto de ‘creación jurídica informal internacional’ fue propuesto por Joost Pauwelyn, Ramses A. Wessel y el suscrito en el contexto de un proyecto de investigación llevado a cabo por el Instituto de Graduados de Ginebra, el Centro para el Estudio de la Gobernanza Global de Lovaina, la Universidad de Twente y el Instituto de La Haya para la Internacionalización del Derecho. El principal objetivo de este proyecto de investigación fue llamar la atención hacia un fenómeno que es omnipresente en la gobernanza global, que ha sido en gran medida desatendido por los abogados internacionales. Definimos la ‘creación jurídica informal internacional’ del siguiente modo:

¹¹ Ver J. Pauwelyn, R.A. Wessel y J. Wouters, ‘Informal International Lawmaking: An Assessment and Template to Keep it Both Effective and Accountable’, en J. Pauwelyn, R.A. Wessel y J. Wouters (eds) *Informal International Lawmaking*, Oxford University Press, 2012, 500, en 501.

¹² Ver los muchos estudios de caso llevados a cabo en J. Pauwelyn, R.A. Wessel, J. Wouters, A. Berman y S. Duquet (eds.) *Informal International Lawmaking: Case Studies*, TOAEP, 2013.

Cross-border cooperation between public authorities, with or without the participation of private actors and/or international organizations, in a forum other than a traditional international organization (process informality), and/or as between actors other than traditional diplomatic actors (such as regulators or agencies) (actor informality), and/or which does not result in a formal treaty or traditional source of international law (output informality).¹³

The term ‘informal international lawmaking’ is used in opposition to ‘traditional international lawmaking’, as it dispenses with certain formalities traditionally linked to international law. This circumvention of formalities generally occurs in relation to three dimensions: output, process, and actors involved.

First, in terms of output, international cooperation is informal in the sense that it does not normally lead to a formal treaty or any other source of traditional international law, but rather to a guideline, standard, declaration, or even informal policy coordination or exchange. *Second*, in terms of process, international cooperation is considered informal when it takes place in a loosely organized network or forum, rather than traditional, treaty-based international organizations.¹⁴ Forum informality does not, however, prevent the existence of detailed procedural rules, permanent staff, or physical headquarters. Even more importantly, process informality does not exclude informal international lawmaking in the context or under the broader auspices of a more formal organization.¹⁵ *Third*, in terms of actors involved, international cooperation is seen as informal because it does not engage traditional diplomatic actors (heads of State, foreign ministers or ambassadors) or traditional subjects of international law, but rather other public authorities, such as ministries, domestic regulators, agencies, sub-federal entities, the legis-

¹³ See J. Pauwelyn, ‘Informal International Lawmaking: Framing the Concept and Research Questions’, in J. Pauwelyn, R.A. Wessel and J. Wouters (eds.), *Informal International Lawmaking*, at 13.

¹⁴ Examples in the area of financial regulation, for instance, would include the Basel Committee on Banking Supervision, or the Financial Action Task Force.

¹⁵ See J. Pauwelyn, *supra* note 13, at 17, who points for instance to the OECD as an international organization within which a lot of informal international lawmaking takes place.

Cooperación transfronteriza entre autoridades públicas, con o sin la participación de actores privados y/o organizaciones internacionales, en un foro distinto a una organización internacional tradicional (informalidad del proceso), y/o entre actores diferentes a los tradicionales actores diplomáticos (como los reguladores o agencias) (informalidad del actor), y/o que no resulta en un tratado internacional o en una fuente tradicional del derecho internacional (informalidad del resultado).¹³

Se usa el término ‘creación jurídica informal internacional’ en oposición a ‘creación jurídica tradicional internacional’, en cuanto prescinde de ciertas formalidades tradicionalmente vinculadas con el derecho internacional. Este soslayar las formalidades generalmente se produce en tres dimensiones: resultado, proceso, y actores involucrados.

Primero, en cuanto al resultado, la cooperación internacional es informal en el sentido de que no conduce normalmente a un tratado formal o a otra fuente tradicional del derecho internacional, sino que a un guía, estándar, declaración, o incluso coordinación informal de políticas públicas o intercambios. *Segundo*, en cuanto al proceso, se considera informal a la cooperación internacional cuando tiene lugar en una red o foro vagamente organizado, más que en organizaciones internacionales tradicionales basadas en tratados.¹⁴ La informalidad del foro no impide, sin embargo, la existencia de reglas procesales detalladas, un personal permanente o una sede física. Más importante todavía, la informalidad del proceso no excluye la creación jurídica informal internacional en el contexto o bajo los auspicios de una organización formal¹⁵. *Tercero*, en cuanto a los actores involucrados, la cooperación internacional es considerada informal porque no involucra a actores diplomáticos tradicionales (jefes de Estado, ministros de relaciones exteriores o embajadores) o a sujetos tradicionales del derecho internacional, sino a otras autoridades públicas, como ministerios, reguladores domésticos, agencias, entidades sub-federales, el poder legislativo o judicial, o incluso

¹³ Ver J. Pauwelyn, ‘Informal International Lawmaking: Framing the Concept and Research Questions’, en J. Pauwelyn, R.A. Wessel y J. Wouters (eds) *Informal International Lawmaking*, en 13.

¹⁴ Ejemplos en el área de la regulación financiera incluirían al Comité de Supervisión Bancaria de Basilea, o la Fuerza de Trabajo para la Acción Financiera.

¹⁵ Ver J. Pauwelyn, *supra* nota 13, en 17, quien apunta por ejemplo a la OCDE como una organización internacional dentro de la cual tiene lugar un amplio proceso de creación jurídica informal.

lative and judicial branch, or even private actors alongside public actors or international organizations, all cooperating across national boundaries.

Many of these developments, considered in isolation, are not unprecedented, and have accrued, with ups and downs, over time. Alternative forms of output — other than custom and treaty — such as standards, guidelines, and non-binding recommendations of international organizations, are not new. Indeed, debates on international ‘soft law’ have simmered since the 1970s, when newly independent States sought to instrumentalize, in particular, United Nations General Assembly (UNGA) resolutions.¹⁶

Ever since Anthony Aust, nearly three decades ago, defined an informal international instrument as “an instrument which is not a treaty because the parties to it do not intend it to be legally binding”¹⁷, one cannot help but wonder to what extent informal international lawmaking differs from the concept of ‘soft law’, which, from a lawmaking perspective, is similarly defined as “a convenient description for a variety of non-legally binding instruments used in contemporary international relations”.¹⁸ Soft law, much in the same vein as informal international lawmaking, is seen by its proponents as an almost ubiquitous phenomenon that comes in an endless variety of forms, such as: treaties with imprecise, subjective, or indeterminate language; inter-state conference declarations such as the 1972 Stockholm Declaration on the Human Environment, or the 1992 Rio Declaration on Environment and Development; various UNGA resolutions dealing with issues as diverse as disarmament, outer space, or decolonization; codes of conduct, guidelines or recommendations of international organizations; and finally, some possibly controversial claimants to soft law status, such as common international standards adopted by transnational networks of national regulatory bodies, NGOs, expert groups, professional and indus-

16 A. Boyle and C. Chinkin, *The Making of International Law*, Oxford University Press, 2007, at 211.

17 A. Aust, ‘The Theory and Practice of Informal International Instruments’, 35 *International & Comparative Law Quarterly*, 1986

18 A. Boyle and C. Chinkin, *supra* note 16, at 212.

actores privados junto a los públicos u organizaciones internacionales, todos cooperando a través de las fronteras nacionales.

Muchos de estos desarrollos, considerados individualmente, no carecen de precedentes y han ido incrementándose, con altos y bajos, a lo largo del tiempo. Formas alternativas de resultado —diferentes a la costumbre y el tratado— como estándares, guías, y recomendaciones no vinculantes de organizaciones internacionales, no son nuevas. De hecho, debates sobre el ‘derecho blando’ internacional han venido teniendo lugar desde la década de 1970, cuando los Estados recientemente independizados trataron de instrumentalizar, en particular, las resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas (AGNU).¹⁶

Desde que Anthony Aust, hace casi tres décadas, definiera a un instrumento internacional informal como “un instrumento que no es un tratado porque sus partes no tienen la intención que sea obligatorio”¹⁷, uno no puede sino preguntarse hasta qué punto la creación jurídica informal internacional difiere del concepto de ‘derecho blando’, el cual, desde el punto de vista de la creación jurídica, es definido de modo similar como “una conveniente descripción de una variedad de instrumentos no jurídicamente vinculantes, usados en las relaciones internacionales contemporáneas”.¹⁸ El derecho blando, de una manera muy parecida a la creación jurídica informal internacional, es visto por quienes lo proponen como un fenómeno casi ubicuo que viene en una infinidad de formas, tales como: tratados con lenguaje impreciso, subjetivo o indeterminado; declaraciones de conferencias inter-estatales como la Declaración de Estocolmo sobre el Medio Humano de 1972, o la Declaración de Río sobre el Medioambiente y el Desarrollo de 1992; distintas resoluciones de la AGNU sobre temas tan diversos como el desarme, espacio exterior, o descolonización; códigos de conducta, guías o recomendaciones de las organizaciones internacionales; y finalmente, algunos aspirantes controvertidos a ‘derecho blando’, como estándares internacionales comunes adoptados por redes transnacionales de entidades nacionales de regulación, ONGs, grupos de expertos, asociaciones profesionales e industriales, u otros instrumentos que no emanan

16 A. Boyle y C. Chinkin, *The Making of International Law*, Oxford University Press, 2007, en 211.

17 A. Aust, ‘The Theory and Practice of Informal International Instruments’, 35 *International & Comparative Law Quarterly*, 1986, en 787.

18 A. Boyle y C. Chinkin, *supra* nota 16, en 212.

try associations, or other instruments that do not emanate directly from States.¹⁹ In this last case, it is argued, the use of a non-legally binding form is dictated not by the intent not to be bound, but by their makers' lack of formal lawmaking capacity.²⁰ These types of agreements, which some are leery to include in the 'soft law' category²¹, roughly correspond with the phenomenon of informal international lawmaking.

The rise of informal international lawmaking goes well beyond soft law. To begin with, as indicated by Joost Pauwelyn, the definition of informal international lawmaking does not necessarily equate output informality with the lack of legal 'bindingness'.²² Indeed, while informal international lawmaking may be informal, that is, take the form of a press communiqué or agreed statement, rather than a formal treaty, it can still be construed as legally binding under traditional international law.²³ It should also be pointed out that there is nothing 'soft' — that is, vague, aspirational, or deeply contested (as with the effect of UNGA resolutions) — about most informal lawmaking, such as the standards relating to the internet, medical devices, or financial norms developed in the past few years.²⁴ What characterizes informal international lawmaking is not so much that it is non-binding under international law (the hallmark of soft law), but that it generally seems to fall outside traditional public international law altogether. The reason, arguably, lies in the fact that informal international lawmaking actors, be they governmental agencies, ministries, business associations or NGOs, lack the legal capacity to make international law. Jean d'Aspremont goes as far as stating that "whatever the influence of these non-state actors may be, States

19 C. Chinkin, 'Normative Development in the International Legal System', in D. Shelton (ed.), *Commitment and Compliance: the Role of Non-Binding Norms in the International Legal System*, Oxford University Press, 2000, 21, at 29.

20 *Ibid.*

21 See A. Boyle and C. Chinkin, *supra* note 16, at 213.

22 J. Pauwelyn, *supra* note 13, at 15.

23 *Aegean Sea Continental Shelf* (Greece v. Turkey) (Judgment) [1978] ICJ Rep 3, para 96: "On the question of form, the Court need only observe that it knows of no rule of international law which might preclude a joint communiqué from constituting an international agreement [...]"

24 J. Pauwelyn, R.A. Wessel and J. Wouters, *supra* note 9, at 506.

directamente de los Estados.¹⁹ En este último caso, se alega que el uso de formas no jurídicamente vinculantes no resulta de la intención de no ser obligatorias, sino de la falta de facultad normativa formal de sus autores.²⁰ Estos tipos de acuerdos, que algunos se resisten a incluir en la categoría 'derecho blando'²¹, corresponden en términos generales al fenómeno de la creación jurídica informal internacional.

El surgimiento de la creación jurídica informal internacional va mucho allá que el 'derecho blando'. Por de pronto, como lo indica Joost Pauwelyn, la definición de creación jurídica informal internacional no identifica necesariamente la informalidad del resultado con la falta de 'obligatoriedad' jurídica.²² De hecho, si bien la creación jurídica informal internacional puede ser informal, esto es, puede tomar la forma de un comunicado de prensa o de una declaración conjunta, en vez de un tratado formal, puede sin embargo ser considerado como jurídicamente vinculante según el derecho internacional tradicional.²³ Hay que señalar, además, que no hay nada de 'blando' —es decir, vago, aspiracional, o claramente discutido (como el efecto de las resoluciones de la AGNU)— en la mayor parte de la creación jurídica informal, como estándares relativos a internet, dispositivos médicos, o normas financieras desarrolladas en los últimos años.²⁴ Lo que caracteriza a la creación jurídica informal internacional no es tanto el hecho de no ser vinculante según el derecho internacional (principal rasgo del 'derecho blando'), sino el que generalmente parece caer totalmente fuera del derecho internacional público tradicional. Se puede decir que la razón de esto radica en el hecho de que los actores de la creación jurídica informal internacional, sean agencias gubernamentales, ministerios, asociaciones empresariales u ONGs, carecen de la capacidad jurídica para crear derecho internacional. Jean d'Aspremont ha llegado a decir que "cualquiera sea la influencia de estos actores no estatales, los Estados y las organiza-

19 C. Chinkin, 'Normative Development in the International Legal System', in D. Shelton (ed.) *Commitment and Compliance: the Role of Non-Binding Norms in the International Legal System*, Oxford University Press 2000, 21, en 29.

20 *Ibid.*

21 Ver A. Boyle y C. Chinkin, *supra* nota 16, en 213.

22 J. Pauwelyn, *supra* nota 13, en 15.

23 *Plataforma Continental en el Mar Egeo* (Grecia c. Turquía) (Sentencia) [1978] ICJ Rep. 3, para 96: "Sobre la cuestión de forma, la Corte sólo necesita observar que no conoce regla alguna del derecho internacional que pudiera impedir que un comunicado conjunto sea un acuerdo internacional [...]"

24 J. Pauwelyn, R.A. Wessel y J. Wouters, *supra* nota 9, en 506.

and international organizations remain the exclusive international law-makers”.²⁵

IV. The slowdown in traditional international lawmaking and its causes

A. The decline in multilateral treaty-making

In a context of ongoing globalization, public international law is not only challenged by the rise in informal international lawmaking, but also by the relative decline in the making of traditional international law. Evidence shows that there has been a decline in the generation of new treaties since the early 2000s. Since the 1950s, for each decade, the number of new multilateral treaties deposited with the UN Secretary General was around 35. In the ten years between 2000 and 2010, this number declined to 20, while in the preceding five decades, it had never been below 34. Between 2005 and 2010, only nine new multilateral treaties were deposited, whereas in 2011, 2012 and 2013, not a single one was.²⁶ The broader UN Treaty Series database confirms this downward trend as of the 2000s, both for bilateral, as well as multilateral, treaties.²⁷

25 J. d’Aspremont, ‘Non-State Actors from the Perspective of Legal Positivism’, in J. d’Aspremont (ed.), *Participants in the International Legal System: Multiple Perspectives on Non-State Actors in International Law*, Routledge, 2011, 23, at 25.

26 For a more comprehensive review, see J. Pauwelyn, R.A. Wessel and J. Wouters, ‘When Structures Become Shackles: Stagnation And Dynamics In International Lawmaking’, 25 *European Journal of International Law*, 2014, 733, at 734-737.

27 See UN Treaty Series, available at <http://treaties.un.org/pages/UNTSONline.aspx?id=1>. Multilateral treaties in this database include closed multilateral treaties, multilateral treaties deposited with the UN Secretary General, multilateral not deposited with the UN Secretary General, and open multilateral treaties.

ciones internacionales siguen siendo los únicos creadores de derecho internacional”.²⁵

IV. La desaceleración en la creación jurídica tradicional internacional y sus causas

A. La declinación en la creación por tratados multilaterales

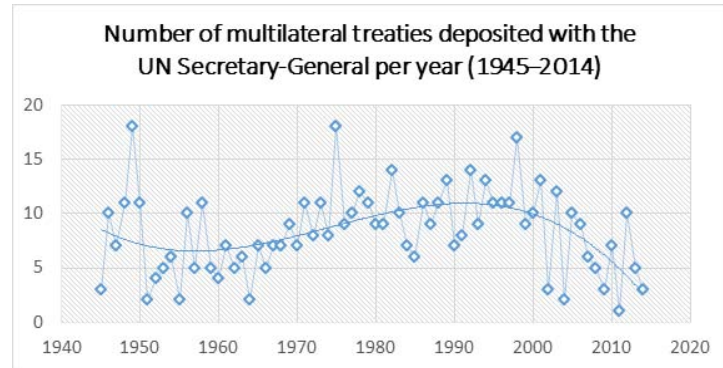
En un contexto de globalización constante, el derecho internacional público no sólo se ve desafiado por el surgimiento de la creación jurídica informal internacional, sino también por el relativo declive en la creación jurídica tradicional internacional. La evidencia muestra una declinación en la generación de nuevos tratados desde los primeros años del siglo XXI. A partir de la década de 1950, el número de nuevos tratados multilaterales depositados en la Secretaría General de la ONU fue de alrededor de 30 por década. En los diez años transcurridos entre 2000 y 2010, este número descendió a 20, mientras que en las cinco décadas anteriores nunca fue menos de 34. Entre 2005 y 2010 se depositaron sólo nueve nuevos tratados multilaterales, en tanto que en 2011, 2012 y 2013 no se depositó ni uno solo.²⁶ El amplio banco de datos de la Colección de Tratados de la ONU confirma esta tendencia a la baja en la década del 2000, tanto respecto de los tratados bilaterales como de los multilaterales.²⁷

25 J. d’Aspremont, ‘Non-State Actors from the Perspective of Legal Positivism’, en J. d’Aspremont (ed.) *Participants in the International Legal System: Multiple Perspectives on Non-State Actors in International Law*, Routledge, 2011, 23, en 25.

26 Para una revisión más completa, ver J. Pauwelyn, R.A. Wessel y J. Wouters, ‘When Structures Become Shackles: Stagnation and Dynamics in International Lawmaking’, 25 *European Journal of International Law*, 2014, 733, en 734-737.

27 Ver la Colección de Tratados de la ONU, disponible en <http://treaties.un.org/pages/UNTSONline.aspx?id=1> Esta base de datos incluye los tratados multilaterales celebrados, los tratados multilaterales depositados en la Secretaría de la ONU, los tratados multilaterales no depositados en ésta, y los tratados multilaterales abiertos.

Another indicator that States are increasingly shifting away from traditional international lawmaking, is the follow-up given to draft texts prepared by the International Law Commission (ILC). Indeed, whereas the ILC's work previously resulted in new multilateral treaties, the most recent time this has happened was more than a decade ago, in 2004.²⁸

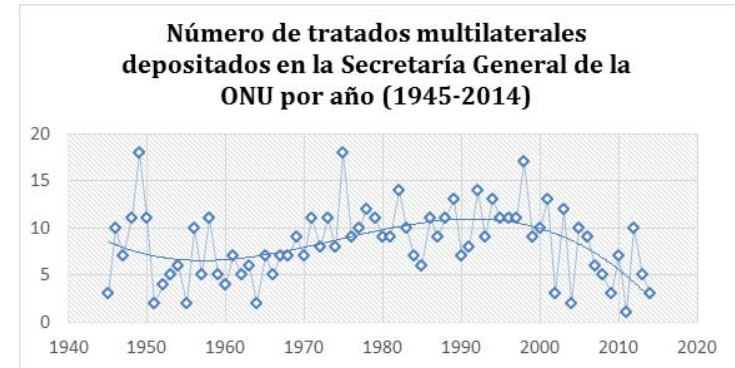


Some may object that the picture described above fails to take into consideration various other dynamics of international law, such as the continuing evolution of custom, or the activity of international organizations. Although I agree that intensified international cooperation may lead to a more rapid formation of customary rules in specific instances²⁹, today's preference of States for informal cooperation undoubtedly affects customary international law as well, as the essence of its *opinio juris* component relates precisely to the legally binding character of an obligation. Additionally, with fewer multilateral treaties generated, it is becoming increasingly hard to find

28 This was the United Nations Convention on Jurisdictional Immunities of States and their Property, following the ILC's 1991 draft articles on this matter. Until today, the Convention has not yet entered into force due to insufficient ratifications.

29 See e.g. with an emphasis on the significance of certain UNGA resolutions during times of fundamental change, M.P. Scharf, 'Seizing the "Grotian Moment": Accelerated Formation of Customary International Law in Times of Fundamental Change', 43 *Cornell International Law Journal*, 2011, 439.

Otro indicador de que los Estados se están alejando cada vez más de la creación jurídica tradicional internacional, es el análisis diacrónico de los proyectos preparados por la Comisión de Derecho Internacional (CDI). De hecho, mientras que el trabajo anterior de la CDI había dado origen a nuevos tratados multilaterales, la última vez que esto tuvo lugar fue hace más de una década, en 2004.²⁸



Algunos podrían objetar que el gráfico de más arriba no toma en consideración varias otras dinámicas del derecho internacional, como la ininterrumpida evolución de la costumbre, o la actividad de las organizaciones internacionales. Aunque estoy de acuerdo con que una cooperación internacional más intensa puede conducir a una más rápida formación de reglas consuetudinarias en casos específicos²⁹, la actual preferencia de los Estados por la cooperación informal indudablemente afecta también al derecho internacional consuetudinario, puesto que la esencia de su *opinio juris* se refiere precisamente al carácter vinculante de una obligación. Adicionalmente, con menos tratados multilaterales

28 Esta fue la Convención de las Naciones Unidas sobre las Inmunidades Jurisdiccionales de los Estados y de sus Bienes, que recogió los artículos propuestos en esta materia en 1991 por CDI. Hasta hoy, la Convención no ha entrado en vigencia debido a la insuficiente cantidad de ratificaciones.

29 Ver e.g., con un énfasis en la importancia de ciertas resoluciones de la AGNU en tiempos de cambios fundamentales, M.P. Scharf, 'Seizing the "Grotian Moment": Accelerated Formation of Customary International Law in Times of Fundamental Change', 43 *Cornell International Law Journal*, 2011, 439.

evidence of *opinio juris* confirmed by sufficiently concordant State practice.³⁰ As to the output of international organizations, while they continue to function and produce plenty of resolutions, statements and decisions, many, if not the majority, of normative instruments produced by international organizations are not meant to generate legally binding obligations and may therefore not be conducive to detecting an *opinio juris* either.³¹ Moreover, there is a crisis of multilateralism: a great number of international organizations (both at global and regional level) currently face serious challenges, ranging from profound divisions at the UN Security Council, to an almost paralyzed WTO, to severe budget cuts and membership dropout, as well as extraordinarily difficult reform processes.

Whether measured by the decline in treaties, or the rise in informal cooperation in many issue areas, informal international lawmaking is rapidly overtaking – though not replacing - traditional, ‘hard’ forms of international law, that is, custom and treaties. Multiple factors, many issue-specific or country-specific, may explain this trend. I will try to deal with them below. First of all, the shift from traditional to informal international lawmaking can partly be explained by the saturation with the existing treaties and changed policy preferences of States. However, at a more fundamental level, the multiple case studies conducted by us, within the informal international lawmaking project³², converge around deep societal changes that are not unique to international law, but partly result from globalization and affect both international and national legal systems, in particular: the transition toward a diverse network society and an increasingly complex knowledge society.

30 See J. Pauwelyn, R.A. Wessel and J. Wouters, *supra* note 26, at 736.

31 Moreover, one must continue to be aware of the distinction between State practice and the practice of an international organization: see these and other related reflections with J. Wouters and Ph. De Man, ‘International Organizations as Law-Makers’, in J. Klabbers and Å. Wallendahl (eds.), *Research Handbook on International Organizations Law: Between Functionalism and Constitutionalism*, Edward Elgar Publishing, 2011, 190-224. See further on ‘institutional’ lawmaking, R.A. Wessel, ‘Institutional Lawmaking: The Emergence of a Global Normative Web’, in C. Brölmann and Y. Radi (eds.), *supra* note 9, 179, at 181-183.

32 See J. Pauwelyn, R.A. Wessel, J. Wouters, A. Berman and S. Duquet (eds.), *supra* note 12.

generados, se hace cada vez más difícil encontrar evidencia de *opinio iuris* que sea confirmada por una práctica suficientemente concordante de los Estados.³⁰ En lo que se refiere al resultado del trabajo de las organizaciones internacionales, aunque éstas siguen funcionando y producen una gran cantidad de resoluciones, declaraciones y decisiones, muchos, si no la mayoría, de los instrumentos normativos producidos por las organizaciones internacionales no tienen el propósito de generar obligaciones jurídicamente vinculantes, por lo que puede que no permitan detectar aquí tampoco la *opinio iuris*.³¹ Más aún, hay una crisis del multilateralismo: un gran número de organizaciones internacionales (tanto a nivel global como regional) enfrentan hoy serios desafíos, que van desde las profundas divisiones en el Consejo de Seguridad de la ONU, a una casi paralizada OMC, a severas reducciones presupuestarias y al descenso de la membresía, como a procesos de reforma extraordinariamente difíciles.

Ya sea que se lo mida por la declinación de los tratados, o por el aumento de la cooperación informal en muchas áreas, la creación jurídica informal internacional está rápidamente dejando atrás –aunque no reemplazando- a formas tradicionales o ‘duras’ del derecho internacional, esto es, la costumbre y los tratados. Múltiples factores, muchos de ellos propios de ciertos temas o de ciertos países, pueden explicar esta tendencia. Trataré de analizarlos más abajo. En primer lugar, el giro de la creación jurídica tradicional internacional hacia la informal puede en parte explicarse por la saturación de tratados existentes y el cambio de preferencias de política pública de los Estados. Sin embargo, en un plano más fundamental, los múltiples estudios de caso que hemos realizado, dentro del proyecto sobre creación jurídica informal internacional³², convergen en torno a profundos cambios sociales que no son exclusivos del derecho internacional, sino que son en parte resultado de la globalización y afectan en particular tanto a los sistemas jurídicos internacional y nacionales: la transición hacia una diversificada sociedad de redes y hacia una sociedad del conocimiento cada vez más compleja.

30 Ver J. Pauwelyn, R.A. Wessel y J. Wouters, *supra* nota 26, en 736.

31 Además, uno debe seguir teniendo presente la distinción entre la práctica de los Estados y la práctica de las organizaciones internacionales: ver esto y otras reflexiones relacionadas en J. Wouters y Ph. De Man, ‘International Organizations as Law-Makers’, en J. Klabbers y A. Wallendahl (eds.) *Research Handbook on International Organizations Law: Between Functionalism and Constitutionalism*, Edward Elgar Publishing, 2011, 190-224. Ver también sobre la creación jurídica ‘institucional’ R.A. Wessel, ‘Institutional Lawmaking: The Emergence of a Global Normative Web’, en C. Brölmann y Y. Radi (eds.), *supra* nota 9, 179, en 181-183.

32 Ver J. Pauwelyn, R.A. Wessel, J. Wouters, A. Berman y S. Duquet (eds.), *supra* nota 12.

B. Saturation and changed policy preferences of States

Some of the slowdown, especially in treaty-making, can be explained by the fact that multilateral treaties now exist on most major subject-matters of international law. A certain saturation, or treaty fatigue, has descended upon States. At first glance, the adoption of the Paris Agreement on Climate Change in December 2015 seems to contradict this, but the enormous flexibility of the agreement, especially regarding mitigation, rather corroborates the thesis that States nowadays prefer to avoid hard legal obligations.³³

Policy preferences expressed by a number of States also confirm the stagnation hypothesis. The US and other countries have even formally signaled a growing preference for informal rather than traditional international commitments.³⁴ In this regard, the 2010 U.S. National Security Strategy refers to the “shortcomings of international institutions that were developed to deal with the challenges of an earlier time” and calls on US authorities to “spur and harness a new diversity of instruments, alliances, and institutions”.³⁵

The saturation thesis can further be supported by the following findings. To begin with, many multilateral treaties have created their own governance regimes in which non-binding rule-making takes place through Conferences of the Parties (‘CoPs’), Meetings of the Parties (‘MoPs’), or other committees or working groups.³⁶ Within the area of multilateral environmental agreements, particularly, such bodies are very active in developing non-binding rules. To give but a few telling examples, the CoPs of the Biodiversity Convention and the UN Framework Convention on Climate Change (UNFCCC), have literally produced hundreds of decisions and recommendations, and the MoPs of the 1987 Montreal Protocol on

33 See e.g. D. Bodansky ‘The Paris Climate Change Agreement: A New Hope?’, 110 *American Journal of International Law*, 2016, 288-319.

34 See J. Pauwelyn, R.A. Wessel and J. Wouters, *supra* note 26, at 739, with further references to current policy in Germany and Canada.

35 US National Security Strategy, 27 May 2010, <http://nssarchive.us/NSSR/2010.pdf>

36 J. Pauwelyn, R.A. Wessel and J. Wouters, *supra* note 26, at 740.

B. La saturación y el cambio en las preferencias de política pública de los Estados

Algo de la desaceleración, especialmente en lo relativo a la creación por tratados, se puede explicar por el hecho de que hoy ya existen tratados multilaterales en la mayor parte de los temas más importantes del derecho internacional. Una cierta saturación, o fatiga de tratados, se ha producido en los Estados. A primera vista, la adopción del Acuerdo de París sobre el Cambio Climático en diciembre de 2015 pareciera contradecir esto, pero la enorme flexibilidad del Acuerdo, especialmente en lo relativo a mitigaciones, más bien corrobora la tesis de que hoy los Estados prefieren evitar obligaciones jurídicas duras.³³

Las preferencias de política pública expresadas por un número de Estados también confirman la hipótesis del estancamiento. EE.UU. y otros países incluso han formalmente dado signos de una creciente preferencia por los compromisos informales, por sobre los tradicionales.³⁴ Al respecto, la Estrategia de Seguridad Nacional de EE.UU. de 2010 hace referencia a las “deficiencias de las instituciones internacionales que fueron desarrolladas para enfrentar los desafíos de tiempos pasados”, y llama a las autoridades de EE.UU. a “fomentar y estructurar una nueva variedad de instrumentos, alianzas e instituciones.”³⁵

La tesis de la saturación también se puede apoyar en los siguientes datos. Para empezar, muchos tratados multilaterales han creado sus propios regímenes de gobernanza, en los que la creación de normas no vinculantes tiene lugar por medio de Conferencias de las Partes (‘CdPs’), Encuentros de las Partes (‘EdPs’) u otros comités o grupos de trabajo.³⁶ Especialmente en el ámbito de los acuerdos multilaterales ambientales, dichas entidades están muy activas en el desarrollo de normas no vinculantes. Para dar unos pocos ejemplos elocuentes, los CdPs de la Convención sobre Biodiversidad y la Convención Marco de la ONU sobre el Cambio Climático (CMNUCC) han producido literalmente cientos

33 Ver e.g. D. Bodansky ‘The Paris Climate Change Agreement: A New Hope?’, 110 *American Journal of International Law*, 2016, 288-319.

34 Ver J. Pauwelyn, R.A. Wessel y J. Wouters, *supra* nota 26, en 739, con más referencias a la política actual en Alemania y Canadá.

35 Estrategia de Seguridad Nacional de EE.UU., 27 de mayo de 2010, <http://nssarchive.us/NSSR/2010.pdf>.

36 J. Pauwelyn, R.A. Wessel y J. Wouters, *supra* nota 26, en 740.

Substances that Deplete the Ozone Layer have taken hundreds of decisions on policy, legal, non-compliance, science, technology, and technical issues.³⁷ The tremendous level of detail and technicality of the norms concerned, as well as the constant need for adjusting, expanding, and updating them, make traditional/formal international lawmaking a *de facto* less appealing option.³⁸

C. Emergence of a transnational network/knowledge society

The shift from traditional international law, to informal international lawmaking, can also be explained by deep societal changes that are not unique to international law, but are partly driven by technological developments and further stimulated by globalization. They affect both national and international legal systems. In essence, it is about the emergence of a transnational network/knowledge society.

We are witnessing a shift from societies of individuals (national level) and a society of territorial States (international level), to a transnational society of networks.³⁹ These networks both disaggregate and transcend the State, thereby multiplying the types of actors and processes involved in cross-border cooperation. The State remains a pivotal entity of interest, aggregation, legitimation, and control. However, it is supplemented, assisted, corrected, and continuously challenged by a variety of new actors, such as regulators, national and international agencies, transnational corporations, or NGOs.

37 The decisions and recommendations of these CoPs and MoPs are available at <http://www.cbd.int/decisions/>, <http://unfccc.int/documentation/documents/items/3595.php>, and http://ozone.unep.org/new_site/en/index.php

38 See e.g. J.B. Wiener, 'Global Environmental Regulation: Instrument Choice in Legal Context', 108 *Yale Law Journal* 1999, 677.

39 See inter alia T. Börzel, 'Networks: Reified Metaphor or Governance Panacea', 89 *Public Administration*, 2011, 49-63; M. Eilstrup-Sangiovanni, 'Global Governance Networks', in J.N. Victor, A.H. Montgomery and M. Lubell (eds.), *The Oxford Handbook of Political Networks*, Oxford University Press, 2016; M. Khaler (ed.), *Networked Politics: Agency, Power and Governance*, Cornell University Press, 2009; K. Provan and P. Kenis, 'Modes of Network Governance: Structure, Management and Effectiveness', 18 *Journal of Public Administration Research and Theory*, 2007, 229-252; A.M. Slaughter, *A New World Order*, Princeton University Press, 2004; J. Torfing, 'Governance Networks', in D. Levi-Faur (ed.) *The Oxford Handbook of Governance*, Oxford University Press, 2012.

de decisiones y recomendaciones, y los EdPs del Protocolo de Montreal de 1987 relativo a las Sustancias que Agotan la Capa de Ozono han tomado cientos de decisiones en materia de política pública, y temas legales, de no cumplimiento, científicos, tecnológicos y técnicos.³⁷ El altísimo nivel de detalles y tecnicismos de las normas en cuestión, así como la necesidad de constante ajuste, expansión y puesta al día de ellas, hace de la creación jurídica formal/tradicional internacional una opción *de facto* mucho menos atractiva.³⁸

C. El surgimiento de la sociedad transnacional de redes/conocimiento

El giro de la creación jurídica tradicional Internacional hacia la informal, también puede explicarse por los profundos cambios sociales que no son exclusivos del derecho internacional, sino que son en parte producidos por los desarrollos tecnológicos y adicionalmente alentados por la globalización. Estos cambios afectan tanto a los sistemas jurídicos nacionales como al internacional. En esencia, se trata de la emergencia de una sociedad transnacional de redes/conocimiento.

Estamos siendo testigos de un movimiento desde sociedades de individuos (nivel nacional) y de Estados territoriales (nivel internacional), hacia una sociedad transnacional de redes.³⁹ Estas redes desagregan al Estado y lo trascienden, multiplicando de este modo los tipos de actores y procesos involucrados en la cooperación transfronteriza. El Estado sigue siendo la entidad fundamental de intereses, agregación, legitimación y control. No obstante, está complementado, asistido, corregido y continuamente desafiado por una diversidad de nuevos actores, como

37 Las decisiones y recomendaciones de estos CdPs y EdPs están disponibles en <http://www.cbd.int/decisions/>, <http://unfccc.int/documentation/documents/items/3595.php>, http://ozone.unep.org/new_site/en/index.php

38 Ver e.g. J.B. Wiener, 'Global Environmental Regulation: Instrument Choice in Legal Context', 108 *Yale Law Journal*, 1999, 677.

39 Ver inter alia T. Börzel, 'Networks: Reified Metaphor or Governance Panacea', 89 *Public Administration*, 2011, 49-63; M. Eilstrup-Sangiovanni, 'Global Governance Networks', en J.N. Victor, A.H. Montgomery y M. Lubell (eds.) *The Oxford Handbook of Political Networks*, Oxford University Press, 2016; M. Khaler (ed.) *Networked Politics: Agency, Power and Governance*, Cornell University Press, 2009; K. Provan y P. Kenis, 'Modes of Network Governance: Structure, Management and Effectiveness', 18 *Journal of Public Administration Research and Theory*, 2007, 229-252; A.M. Slaughter, *A New World Order*, Princeton University Press, 2004; J. Torfing, 'Governance Networks', en D. Levi-Faur (ed.) *The Oxford Handbook of Governance*, Oxford University Press, 2012.

Seemingly outside the traditional framework of international law, these new actors are unable to legally conclude a treaty or join international organizations. Therefore, they are continuously pushing international lawmaking from the formal to the informal arena.⁴⁰

Besides the new actors and processes driving these interactions, the output or type of cooperation emerging has completely changed and diversified. It used to consist of carefully negotiated treaties consented to by States, or resolutions adopted by international organizations set up by those same States. However, in an increasingly complex society, at levels ranging from the political to the technological (scientific or regulatory), authority flows from other sources too, both public and private⁴¹ — in particular expertise, knowledge, or acceptance by affected stakeholders.⁴² In addition, complexity and the resulting uncertainty and rapid change that come with it, require more flexible norms or guidelines, grounded in practical experience and expertise, which may be continuously adapted and corrected to take account of new developments and learning.

In sum, the emergence of an increasingly diverse and complex network/knowledge society is transforming the actors, processes, and outputs at work or required to deliver international cooperation. The actors (central State authorities), processes (formal lawmaking in international organizations), and outputs (rigid treaties or decisions of international organizations) recognized within the traditional international law framework are not adapted to such developments. This is what explains the rise in informal international lawmaking. In many cases, these new forms of transnational cooperation arise out of technical necessity, because the actors involved are unable, legally or technically, to conclude a treaty, or because traditional international lawmaking would simply not be appropriate to the cir-

40 J. Pauwelyn, R.A. Wessel and J. Wouters, *supra* note 26, at 742.

41 See *inter alia* A. Marx, J. Swinnen, M. Maertens, and J. Wouters (eds), *Private Standards and Global Governance*, Edward Elgar Publishing, 2012; H. Schepel, *The Constitution of Private Governance: Product Standards in the Regulation of Integrating Markets*, Hart Publishing, 2005.

42 H. Willke, *Smart Governance, Governing the Global Knowledge Society*, University of Chicago Press, 2007.

reguladores, agencias nacionales e internacionales, empresas transnacionales y ONGs. Aparentemente al margen del marco tradicional del derecho internacional, estos nuevos actores no pueden legalmente celebrar tratados o incorporarse a organizaciones internacionales. Por lo tanto, están continuamente llevando la creación jurídica internacional desde el terreno formal al informal.⁴⁰

Además de los nuevos actores y procesos que conducen estas interacciones, el resultado o tipo de cooperación que emerge ha cambiado y se ha diversificado completamente. Solía consistir en tratados cuidadosamente negociados acordados por los Estados, o en resoluciones adoptadas por organizaciones internacionales establecidas por esos mismos Estados. Sin embargo, en una sociedad cada vez más compleja, a niveles que van desde lo político hasta lo tecnológico (científico o regulatorio), la autoridad emana también de otras fuentes, tanto públicas como privadas⁴¹ — especialmente la pericia, el conocimiento o la aceptación de los interesados que se ven afectados.⁴² Además, la complejidad y la consiguiente incertidumbre y rapidez de los cambios que vienen con ésta, requieren de normas y guías más flexibles, basados en la experiencia práctica y la pericia, que puedan ser continuamente adaptados y corregidos para tomar en cuenta los nuevos desarrollos y conocimientos.

En suma, la emergencia de una sociedad cada vez más compleja de redes/conocimiento está transformando a los actores, procesos y resultados producidos o requeridos para lograr la cooperación internacional. Los actores (autoridades del Estado central), los procesos (creación jurídica formal en organizaciones internacionales), y los resultados (tratados rígidos o decisiones de las organizaciones internacionales) reconocidos dentro del marco tradicional del derecho internacional, no se adaptan a estos desarrollos. Esto es lo que explica el incremento en la creación jurídica informal internacional. En muchos casos, estas nuevas formas de cooperación transnacional provienen de la necesidad técnica, puesto que los actores involucrados no pueden, legal o técnicamente, celebrar un tratado, o debido a que la creación jurídica tradicional internacional sería simplemente inadecuada para las circunstancias

40 J. Pauwelyn, R.A. Wessel y J. Wouters, *supra* nota 26, en 742.

41 Ver *inter alia* A. Marx, J. Swinnen, M. Maertens y J. Wouters (eds.) *Private Standards and Global Governance*, Edward Elgar Publishing, 2012; H. Schepel, *The Constitution of Private Governance: Product Standards in the Regulation of Integrating Markets*, Hart Publishing, 2005.

42 H. Willke, *Smart Governance, Governing the Global Knowledge Society*, University of Chicago Press, 2007.

cumstances of a rapidly changing field with a lot of uncertainty, where adaptable, practice-based norms are needed.

V. Customary international law in an age of informality

Customary international law, while being the historically oldest source of international law, also faces some consequences of the turn to informality by States and public authorities. One could submit that customary international law is marred by both doctrinal and practical limitations that make it ill-equipped to address the modern challenges of international cooperation.

A. Custom in crisis?

Almost a decade ago, Andrew Guzman wrote that custom, one of the two main sources of international law, is “in trouble” and “under attack from all sides”.⁴³ This is as valid today as it was then, if not even more so. While some scholars complain that custom is “wrapped in mystery and illogic,”⁴⁴ others assert that it has become “increasingly obsolete”⁴⁵, and most, if not all, agree that the traditional doctrine of customary international law is, for lack of a better

43 A.T. Guzman, ‘Saving Customary International Law’, 27 *Michigan Journal of International Law*, 2005, 115, at 116. A similar point of view was taken by D.J. Bederman (‘Acquiescence, Objection and the Death of Customary International Law’, 21 *Duke Journal of Comparative & International Law* 2010, 31, at 43), who noted that this is “a time when customary international law is coming under attack by both extreme positivists [who suggest that its processes are illegitimate and non-transparent] and those of a naturalist bent [who regard CIL as merely pandering to State interests]”.

44 A. D’Amato, *The Concept of Custom in International Law*, Cornell University Press, 1971, 4.

45 J.P. Trachtman, ‘The Growing Obsolescence of Customary International Law’, in C.A. Bradley (ed.), *Custom’s Future. International Law in a Changing World*, 172-204. Earlier Joel Trachtman wrote about customary international law being under attack “as behaviorally epiphenomenal and doctrinally incoherent” (G. Normann and J.P. Trachtman, ‘The Customary International Law Game’, 99 *American Journal of International Law*, 2005, 541) and about the “increasing marginalization” of customary international law: J.P. Trachtman, ‘Persistent Objectors, Cooperation, and the Utility of Customary International Law’, 21 *Duke Journal of Comparative & International Law*, 2010, 221, at 232.

de un área rápidamente cambiante rodeada de gran incertidumbre, para la cual se necesita normas basadas en la práctica.

V. El derecho internacional consuetudinario en la era de la informalidad

Aunque el derecho internacional consuetudinario es la fuente históricamente más antigua del derecho internacional, también enfrenta hoy algunas consecuencias del giro a la informalidad de los Estados y autoridades públicas. Uno podría plantear que el derecho internacional consuetudinario se debate entre limitaciones tanto doctrinales como prácticas que lo hacen estar mal preparado para enfrentar los desafíos modernos de la cooperación internacional.

A. ¿Costumbre en crisis?

Hace aproximadamente una década, Andrew Guzman escribió que la costumbre, una de las dos principales fuentes del derecho internacional, estaba “en problemas” y “bajo ataque desde todos los lados”.⁴³ Esto es tan válido hoy como lo fue entonces, si no lo es más. Mientras algunos académicos se quejan de que la costumbre está “envuelta en el misterio y la falta de lógica”⁴⁴, otros afirman que se ha vuelto “cada vez más obsoleta”⁴⁵ y la mayoría, si no todos, concuerdan en que la doctrina

43 A.T. Guzman, ‘Saving Customary International Law’, 27 *Michigan Journal of International Law*. 2005, 115 en 116. Un punto de vista parecido fue adoptado por D.J. Bederman (‘Acquiescence, Objection and the Death of Customary International Law’, 21 *Duke Journal of Comparative & International Law*, 2010, en 43), quien observó que esta es “una época en que el derecho internacional consuetudinario está siendo atacado tanto por los positivistas extremos [que sugieren que sus procesos son ilegítimos y no transparentes] como por los de tendencia naturalista [que consideran que la CIL simplemente está al servicio del interés de los Estados]”.

44 A. D’Amato, *The Concept of Custom in International Law*, Cornell University Press, 1971, 4.

45 J.P. Trachtman, ‘The Growing Obsolescens of Customary International Law’, en C.A. Bradley (ed.) *Custom’s Future. International Law in a Changing World*, 172-204. Anteriormente Joel Trachtman había escrito sobre el derecho internacional consuetudinario bajo ataque “como conductualmente epifenoménico y doctrinalmente incoherente” (G. Normann y J.P. Trachtman, ‘The Customary International Law Game’, 99 *American Journal of International Law*, 2005, 541), y acerca de la “creciente marginalización” del derecho internacional consuetudinario: J.P. Trachtman, ‘Persistent Objectors, Cooperation, and the Utility of Customary International Law’, 21 *Duke Journal of Comparative & International Law*, 2010, 221, en 232.

word, “a mess”.⁴⁶ In line with the ICJ Statute’s definition of custom as “evidence of a general practice accepted as law” (*supra*, section II), customary international law is said to have two elements: state practice and *opinio juris*. State practice refers to general and consistent practice by States, while *opinio juris* requires that the practice be followed out of a sense of legal obligation.⁴⁷ But custom, albeit seemingly simple to define, comes with a laundry list of problems. A brief overview is useful in order to understand why custom finds itself in crisis.

According to Anthony D’Amato, one of the most vexing problems with customary international law is the inherent circularity in the requirement that States must act out of a legal sense of obligation in order to create that obligation⁴⁸ Moreover, in light of the lack of clarity on what constitutes State practice⁴⁹, custom has been characterized as a highly imprecise and vague source of international law.⁵⁰ As Louis Henkin famously noted, the State practice that produces customary international law is “informal, haphazard, not deliberate, even partly unintentional and fortuitous [...] unstructured and slow”.⁵¹

46 See e.g. J.P. Kelly, ‘The Twilight of Customary International Law’, 40 *Virginia Journal of International Law*, 2000, 449, at 450.

47 On the definition of custom and its elements, see First Report on Formation and Evidence of Customary International Law by Michael Wood, Special Rapporteur, UN Doc. A/CN. 4.663, 17 May 2013.

48 A D’Amato, *supra* note 44, at 53.

49 See *inter alia* A. D’Amato, *supra* note 44, at 58; A.T. Guzman, *supra* note 43, at 125;

50 K. Wolfke, *Custom in Present International Law*, Springer, 1993, at xiii.

51 L. Henkin, *How Nations Behave: Law and Foreign Policy*, Columbia University Press, 1979, at 34.

tradicional del derecho internacional consuetudinario es, a falta de una expresión mejor, “un enredo”.⁴⁶ En línea con la definición de costumbre del Estatuto de la CIJ como “prueba de una práctica general aceptada como derecho” (*supra*, sección II), se dice que el derecho internacional consuetudinario tiene dos elementos: la práctica de los Estados y la *opinio iuris*. La práctica de los Estados se refiere a la práctica general y consistente de los Estados, en tanto que la *opinio iuris* requiere que ésta sea ejecutada con una convicción de obligatoriedad jurídica.⁴⁷ Pero la costumbre, aunque aparentemente sencilla de definir, viene acompañada de una larga lista de problemas. Un breve recuento es útil para entender por qué la costumbre está en crisis.

Según Anthony D’Amato, uno de los problemas más difíciles del derecho internacional consuetudinario es la circularidad inherente del requisito de que los Estados deben actuar con una convicción de obligatoriedad jurídica a fin de crear dicha obligación.⁴⁸ Más aún, en vista de la falta de claridad sobre qué constituye práctica del Estado⁴⁹, se ha caracterizado a la costumbre como una fuente sumamente imprecisa y vaga del derecho internacional.⁵⁰ Como Louis Henkin célebremente señaló, la práctica del Estado que produce derecho internacional consuetudinario es “informal, meramente probable, no deliberada, incluso parcialmente no intencional y fortuita [...] no estructurada y lenta”.⁵¹

46 Ver e.g. J.P. Kelly, ‘The Twilight of Customary International Law’, 40 *Virginia Journal of International Law*, 2000, 449, en 450.

47 Acerca de la definición de costumbre y sus elementos, ver el Primer Informe sobre la Formación y Prueba del Derecho Internacional Consuetudinario de por Michael Wood, Relator Especial, Doc. ONU A/C. 4.663, 17 de mayo de 2013.

48 A. D’Amato, *supra* nota 44, en 53.

49 Ver *inter alia* A. D’Amato, *supra* nota 44, en 58; A.T. Guzman, *supra* nota 43, en 125.

50 K. Wolfke, *Custom in Present International Law*, Springer, 1993, en xiii.

51 L. Henkin, *How Nations Behave: Law and Foreign Policy*, Columbia University Press, 1979, en 34.

Finally, Trachtman has pointed to the democratic legitimacy deficit of customary international law, as it privileges the role of the executive and is not dependent on parliamentary approval.⁵² Moreover, as Steven Wheatley indicates, since customary international law is, by definition, unwritten, the task of identifying, interpreting, and applying customary rules is more often than not left to non-state actors, judges, or even academics.⁵³

Notwithstanding the vigorous criticism exposed above, custom has also been widely recognized in the literature as a fundamental source of international law, and defended as having a prominent and indisputable role in international lawmaking. Sir Michael Wood, in his first report to the ILC, correctly observed:

It is sometimes suggested that treaties are now a more important source of international law than customary international law. Such generalizations are neither particularly illuminating nor necessarily accurate. Even in fields where there are widely accepted “codification” conventions, the rules of customary international law continue to govern questions not regulated by the conventions and continue to apply between non-parties. Rules of customary international law may also fill possible lacunae in treaties, and assist in their interpretation. An international court may also decide that it may apply customary international law where a particular treaty cannot be applied because of limits on its jurisdiction.⁵⁴

B. Contrasting custom and informal international law-making

In spite of the aforementioned shortcomings, customary international law has some features that may be considered attractive. First, it is flexible in content, which may allow it to be more responsive

52 J.P. Trachtman, *supra* note 45, at 187.

53 S. Wheatley, *The Democratic Legitimacy of International Law*, Hart Publishing, 2010, at 150. J.P. Trachtman (*supra* note 45, at 188-189) too observes that customary international law provides excessive discretion to international judges.

54 First Report on Formation and Evidence of Customary International Law, *supra* note 47, para. 35.

Finalmente, Trachtman ha destacado el déficit de legitimidad democrática del derecho internacional consuetudinario, que privilegia el papel del ejecutivo y no requiere de aprobación parlamentaria.⁵² Además, como indica Steven Wheatley, puesto que el derecho internacional consuetudinario es, por definición, no escrito, la tarea de identificar, interpretar y aplicar las reglas consuetudinarias queda generalmente entregada a los actores no estatales, a los jueces o incluso a los académicos.⁵³

A pesar de la vigorosa crítica expuesta más arriba, la costumbre también ha sido ampliamente reconocida en la literatura como una fuente fundamental del derecho internacional, y se la ha defendido atribuyéndole un rol prominente e indiscutible en la creación jurídica internacional. Michael Wood, en su primer informe a la CDI, ha indicado correctamente:

Se sugiere a veces que los tratados son hoy una fuente del derecho internacional más importante que el derecho internacional consuetudinario. Tales generalizaciones no son ni particularmente iluminadoras ni necesariamente acertadas. Incluso en ámbitos donde hay convenciones “de codificación” ampliamente aceptadas, las reglas del derecho internacional consuetudinario siguen gobernando asuntos no regulados por las convenciones y continúa aplicándose entre no-partes. Las reglas del derecho internacional consuetudinario pueden también llenar posibles lagunas en tratados, y ayudar a su interpretación. Una corte internacional puede asimismo decidir aplicar el derecho internacional consuetudinario cuando no se puede aplicar un tratado a causa de los límites de su jurisdicción.⁵⁴

B. Comparando la costumbre y la creación jurídica informal internacional

A pesar de las deficiencias antes mencionadas, el derecho internacional consuetudinario posee ciertos rasgos que puede ser considerados atractivos. Primero, es flexible en su contenido, lo que puede permitirle responder mejor a los cambios. Segundo, es creado de forma descentra-

52 J.P. Trachtman, *supra* nota 45, en 187.

53 S. Wheatley, *The Democratic Legitimacy of International Law*, Hart Publishing, 2010, en 150; J.P. Trachtman (*supra* nota 45, en 188-189) también observa que el derecho internacional consuetudinario concede una discrecionalidad excesiva a los jueces internacionales.

54 Primer Informe sobre la Formación y Prueba del Derecho Internacional Consuetudinario, *supra* nota 47, para. 35.

to change. Second, it is formed in a decentralized manner, and therefore unconstrained by procedural requirements and bureaucracy. Third, lack of national parliamentary control might make it attractive to States that, for various reasons, prefer not to engage in lengthy domestic ratification processes. Fourth, since it is formed in ways not entirely consistent with State consent, it may further be useful in solving certain types of international cooperation problems, especially by being binding upon subsequently created States.⁵⁵

Viewed from this perspective, customary international law, it seems, is not that different from informal international lawmaking. However, as opposed to informal law, the attributes of custom also come with a host of deficiencies. First, even though it is described as flexible, its vagueness and lack of precision reduce custom's ability to shape expectations of future behavior.⁵⁶ Second, despite being formed in a decentralized manner that would arguably allow it to respond quickly to new challenges, customary international law in fact changes too slowly, since it needs consistent, general practice, that must further be supplemented by evidence of *opinio juris*.⁵⁷ Therefore, customary international law cannot be formed in a coordinated manner in advance. Third, custom does not allow for withdrawal. Therefore, when a State's interests change, it cannot opt out of custom. Fourth, since custom is binding hard law, the costs of violation rise significantly.⁵⁸ Consequently, despite their similarities, informal international lawmaking comes to light as a more attractive alternative in addressing modern challenges.

Although similar in certain respects, customary international law and informal international lawmaking are also fundamentally different in others. These differences, Helfer and Wuerth argue, are precisely the features that might open the way forward for custom and preserve its relevance in a world of increasing informality.⁵⁹ First,

55 J.P. Trachtman, *supra* note 45, at 193-194.

56 L.R. Helfer and I. Wuerth, 'Custom in the Age of Soft Law', <http://www.iilj.org/wp-content/uploads/2016/07/WuerthIILJColloq2014.pdf>, at 18.

57 H.G. Cohen, 'Finding International Law: Rethinking the Doctrine of Sources', 93 *Iowa Law Review*, 2008, 65, at 77.

58 L.R. Helfer and I. Wuerth, *supra* note 56, at 17-18.

59 *Id.* at 4

lizada, y por lo tanto no está constreñido por requisitos procesales o por la burocracia. Tercero, la ausencia de control parlamentario nacional podría hacerlo atractivo a los Estados que, por diversas razones, prefieren no comprometerse con largos procesos domésticos de ratificación. Cuarto, debido a que se forma por vías no enteramente consistentes con el consentimiento de los Estados, puede ser además útil para resolver ciertos tipos de problemas de cooperación internacional, en especial por ser obligatorio para los Estados que se creen con posterioridad.⁵⁵

Mirado desde este punto de vista, el derecho internacional consuetudinario aparentemente no es tan diferente de la creación jurídica informal internacional. No obstante, en oposición al derecho informal, los atributos de la costumbre también tienen un número de deficiencias. Primero, aun cuando se la puede describir como flexible, su vaguedad y falta de precisión reduce la capacidad de la costumbre para crear expectativas de comportamiento futuro.⁵⁶ Segundo, a pesar de estar formado de una manera descentralizada que debiera permitirle responder rápidamente a los nuevos desafíos, el derecho internacional consuetudinario cambia demasiado lentamente en los hechos, puesto que necesita una práctica general consistente, que debe ser complementada además con una evidencia de *opinio iuris*.⁵⁷ Por lo tanto, el derecho internacional consuetudinario no puede ser formado de un modo coordinado, por anticipado. Tercero, la costumbre no permite su retiro. Por esto, cuando los intereses de un Estado cambian, éste no puede eximirse de ella. Cuarto, debido a que la costumbre es derecho duro vinculante, los costos de violarla aumentan significativamente.⁵⁸ En consecuencia, a pesar de sus similitudes, la creación jurídica informal internacional se presenta como una alternativa más atractiva para enfrentar los desafíos modernos.

Aunque parecidos en ciertos aspectos, el derecho internacional consuetudinario y la creación jurídica informal internacional son fundamentalmente distintos en otros. Estas diferencias, según Helfer y Wuerth, son precisamente las características que pueden abrir camino a la costumbre para mantener su relevancia en un mundo de creciente informalidad.⁵⁹ Primero, la costumbre es universal, en el sentido de que una vez

55 J.P. Trachtman, *supra* nota 45, en 193-194.

56 L.R. Helfer y I. Wuerth, 'Custom in the Age of Soft Law', <http://www.iilj.org/wp-content/uploads/2016/07/WuerthIILJColloq2014.pdf>, en 18.

57 H.G. Cohen, 'Finding International Law: Rethinking the Theory of Sources', 93 *Iowa Law Review*, 2008, 65, en 77.

58 L.R. Helfer y I. Wuerth, *supra* nota 56, en 17-18.

59 *Id.* en 4

custom is universal, in the sense that once formed, it is universally binding upon all States (except, of course, persistent objectors objecting to its formation, and in case of a regional or local custom). On the other hand, informal international lawmaking, in the same vein as treaties, applies only between the parties that participated to its negotiation. Second, customary international law is normally produced through a non-negotiated process, whereas the manner in which treaties or informal instruments are developed is highly negotiated.⁶⁰ Third, custom, as opposed to treaties and informal international lawmaking, is, by its very nature, an unwritten source of international law.⁶¹ Fourth, custom also differs from treaties and informal law in terms of entrenchment, in the sense that, as indicated above, it does not permit exit.

The foregoing attributes distinguish customary international law from both treaties and informal international lawmaking. Therefore, they bolster custom's uniqueness and help explain why custom remains a valuable tool for generating international law, at least in areas of state-to-state interaction where distributional or other substantive differences are low, such as *jus in bello*, the interpretation and application of treaties, sovereign and diplomatic immunities, the rules on State responsibility, and the international law of the sea. Moreover, the entrenchment features of custom—that is, it does not permit exit, it often binds States without their consent, some rules have attained the status of *jus cogens* norms—may be useful to States in the same way that constitutions are useful domestically. In this respect, Anthea Roberts argues that customary international law may be understood as framing “the ground rules for the international system”.⁶²

The limited view of custom advanced above indicates that there is a domain for both informal law, as well as custom. However, it also remains true that, in an age of increasing informality, custom's domain is quite limited. Nonetheless, it should not be underestimated.

60 See J. Pauwelyn, R.A. Wessel and J. Wouters, *supra* note 11, at 506.

61 First Report on Formation and Evidence of Customary International Law, *supra* note 47, para. 21.

62 A. Roberts, ‘Who Killed Article 38 (1) (b)? A Reply to Bradley and Gulati’, 21 *Duke Journal of International and Comparative Law* 2010, 173.

formada, es universalmente vinculante para todos los Estados (excepto, por cierto, de los objetores persistentes que se opongan a su formación, y en el caso de la costumbre regional o local). Por otro lado, la creación jurídica informal internacional, al igual que los tratados, se aplica sólo entre las partes que participaron de su negociación. Segundo, el derecho internacional consuetudinario es normalmente producido mediante un proceso no negociado, en tanto que el modo en que se desarrollan los tratados o los instrumentos informales es altamente negociado.⁶⁰ Tercero, la costumbre, al revés de los tratados y de la creación jurídica informal internacional, es por su naturaleza una fuente no escrita del derecho internacional.⁶¹ Cuarto, la costumbre se diferencia también de los tratados y del derecho informal en términos de su afianzamiento, en el sentido, como se indicó más arriba, de que no permite salirse de ella.

Los atributos ya mencionados distinguen al derecho internacional consuetudinario tanto de los tratados como de la creación jurídica informal internacional. En consecuencia, refuerzan el carácter único de la costumbre y ayudan a explicar por qué la costumbre sigue siendo un instrumento valioso para la generación del derecho internacional, al menos en áreas de interacción Estado a Estado, donde las diferencias distributivas u otras sustantivas son menores, como en el *ius in bello*, la interpretación y aplicación de los tratados, las inmunidades soberanas y diplomáticas, las reglas sobre responsabilidad del Estado, y el derecho internacional del mar. Más aún, las características de afianzamiento de la costumbre—esto es, que no permite salirse de ella, que a menudo obliga a los Estados sin su consentimiento, que algunas reglas hayan alcanzado el estatus de normas de *ius cogens*—puede ser útil para los Estados de la misma manera que las constituciones son internamente útiles. En este respecto, Anthea Roberts sostiene que el derecho internacional consuetudinario puede ser entendido como estructurando “las reglas fundamentales del sistema internacional”.⁶²

La visión limitada de la costumbre expuesta arriba indica que hay un lugar tanto para el derecho informal como para la costumbre. Sin embargo, sigue siendo cierto que, en una época de creciente informalidad, el lugar de la costumbre es bastante limitado. A pesar de esto, no debiera ser subestimado. De hecho, al proporcionar reglas básicas para la

60 Ver J. Pauwelyn, R.A. Wessel y J. Wouters, *supra* nota 11, en 506.

61 Primer Informe sobre la Formación y Prueba del Derecho Internacional Consuetudinario, *supra* nota 47, para.21

62 A. Roberts, ‘Who Killed Article 38 (1) (b)? A Reply to Bradley and Gulati’, 21 *Duke Journal of International and Comparative Law*, 2010, 173.

ted. Indeed, providing basic rules for State-to-State interaction, not only improves stability and predictability, but also opens the way for more extensive cooperation. In a fragmented, multipolar world, these well-established values of custom may continue to play an, albeit limited, but important role.

VI. Global governance

In 2007, I founded together with a number of colleagues the Leuven Centre for Global Governance Studies at my home university. It is an interdisciplinary research centre – meanwhile both recognized by my university as a KU Leuven centre of excellence and by the European Commission as a Jean Monnet Centre of Excellence – which carries out and supports interdisciplinary research on topics related to globalization, global governance processes and multilateralism, with a particular focus on the role of the European Union in global governance; human rights, democracy and rule of law; trade and sustainable development; peace and security; emerging powers; federalism and multi-level governance; global commons and outer space; and the role of non-state actors. In full recognition of the complex issues involved, the Centre approaches global governance from a multi-level and multi-actor perspective.⁶³

One may wonder what brings a professor of international law to establish and become the founding director – now for over 10 years – of a research centre that focuses, in an interdisciplinary manner, on global governance. Apart from the intellectual curiosity in how other disciplines cope with globalization and global governance processes, the shortcomings of public international law, as identified above (*supra*, section II), were a decisive reason to do this. It is interesting to see how the very concept and discipline of ‘global governance’ itself originated, from the social sciences, out of a similar sense of frustration. As Thomas Weiss describes:

63 See www.globalgovernancestudies.eu

interacción de Estado a Estado, no sólo mejora la estabilidad y predictibilidad, sino que también abre camino para una cooperación extensa. En un mundo fragmentado y multipolar, estos bien establecidos valores de la costumbre pueden seguir teniendo un rol importante, aunque limitado.

VI. La gobernanza global

En 2007 fundé, junto con algunos colegas, el Centro para el Estudio de la Gobernanza Global de Lovaina en la universidad a la que pertenezco. Es un centro de investigación interdisciplinaria –reconocido tanto por mi universidad como un centro de excelencia UC Lovaina, como por la Comisión Europea como un Centro Jean Monnet de Excelencia– que lleva a cabo y apoya a la investigación interdisciplinaria en temas relacionados con la globalización, los procesos de gobernanza global y el multilateralismo, con un especial foco en el rol de la Unión Europea en la gobernanza global; los derechos humanos; la democracia y el estado de derecho; el comercio y el desarrollo sustentable; la paz y la seguridad; las potencias emergentes; el federalismo y la gobernanza multi-nivel; los espacios globales comunes y el espacio exterior; y el rol de los actores no estatales. En pleno reconocimiento de la complejidad de los temas involucrados, el Centro se aproxima a la gobernanza global desde una perspectiva multi-nivel y multi-actor.⁶³

Uno podría preguntarse qué es lo que lleva a un profesor de derecho internacional a establecer y ser el director fundador –ya por más de diez años– de un centro de investigación que se focaliza, de un modo interdisciplinario, en la gobernanza global. Aparte de la curiosidad intelectual sobre cómo otras disciplinas abordan la globalización y los procesos de gobernanza global, las deficiencias del derecho internacional público, tal como se las identificó más arriba (*supra*, sección II), fueron un motivo decisivo para hacer esto. Es interesante ver que el concepto y disciplina mismos de ‘gobernanza global’ se originaron en las ciencias sociales, fruto de una similar sensación de frustración. Como Thomas Weiss describe:

63 Ver www.globalgovernancestudies.eu

“Global governance” can be traced to a growing dissatisfaction among students of international relations with the realist and liberal-institutionalist theories that dominated the study of international organization in the 1970s and 1980s. In particular, these failed to capture adequately the vast increase, in both numbers and influence, of non-state actors and the implications of technology in an age of globalization.⁶⁴

In other words, on the side of the social sciences there was a comparable unease with the traditional approaches to international relations as being too strongly based on the nation State as the basic unit of analysis⁶⁵ Many scholars found that these approaches did not sufficiently reflect the rise of other, non-state actors, and the multilevel interactions between various levels of policymaking.

As one can imagine, there is not one standard definition of ‘global governance’. Many descriptions and conceptualizations circulate. It is interesting to revisit the oldest known definition of global governance in a seminal article that James Rosenau published in 1995:

Global governance is conceived to include systems of rule at all levels of human activity—from the family to the international organization—in which the pursuit of goals through the exercise of control has transnational repercussions.⁶⁶

This definition is extremely broad. What strikes the reader is that it expands considerably the conceptual toolkit of the social scientist, in order to better capture and analyze the global transformations of the end of the 20th century, characterized by the rise of, and exercise of authority, by a great variety of non-state actors.

La “gobernanza global” puede encontrarse en la creciente insatisfacción entre quienes estudian las relaciones internacionales con las teorías realistas y liberal-institucionales que dominaron el estudio de la organización internacional en las décadas de 1970 y 1980. En particular, éstas no lograron aprehender adecuadamente el gran aumento, tanto en número como en influencia, de los actores no estatales y de las implicancias de la tecnología en una era de globalización.⁶⁴

En otras palabras, por el lado de las ciencias sociales había un malestar parecido con las aproximaciones tradicionales a las relaciones internacionales, al estar basadas demasiado fuertemente en el Estado-nación como unidad básica de análisis.⁶⁵ Muchos académicos encontraron que estos enfoques no reflejan suficientemente el surgimiento de otros actores, no estatales, ni las interacciones multi-nivel entre los distintos ámbitos de toma de decisión en las políticas públicas.

Como podemos imaginar, no hay una sola definición estándar de ‘gobernanza global’. Circulan muchas descripciones y conceptualizaciones. Resulta interesante volver a la definición más antigua conocida de gobernanza global, en el fundamental artículo que James Rosenau publicó en 1995:

Se entiende que la gobernanza global incluye los sistemas de reglas en todos los niveles de la actividad humana –desde la familia a la organización internacional- en que la búsqueda de metas mediante el control tiene repercusiones transnacionales.⁶⁶

Esta definición es extremadamente amplia. Lo que impresiona a quien la lee es que ella expande considerablemente el instrumental conceptual del cientista social, a fin de captar y analizar mejor las transformaciones globales de fines del siglo XX, caracterizadas por el surgimiento de, y el ejercicio de autoridad de, una gran variedad de actores no estatales.

64 T.G. Weiss, ‘Governance, Good Governance and Global Governance: Conceptual and Actual Challenges’, 21 *Third World Quarterly*, 2000, 295, at 796.

65 See K. Dingwerth and P. Pattberg, ‘Global Governance as a Perspective on World Politics’, 12 *Global Governance*, 2006, 185, at 191, with reference to K.D. Wolf and G. Hellmann, ‘Die Zukunft der Internationalen Beziehungen in Deutschland’, in G. Hellmann, K.D. Wolf and M. Zürn (eds.), *Die Neuen Internationalen Beziehungen: Forschungsstand und Perspektiven in Deutschland*, Nomos, 2003, at 588.

66 J.N. Rosenau, ‘Governance in the Twenty-First Century’, 1 *Global Governance* 1995, 13.

64 T.G. Weiss, ‘Governance, Good Governance and Global Governance: Conceptual and Actual Challenges’, 21 *Third World Quarterly*, 2000, 295, en 796.

65 Ver K. Dingwerth y P. Pattberg, ‘Global Governance as a Perspective on World Politics’, 12 *Global Governance*, 2006, 185, en 191, con referencia a K.D. Wolf y G. Hellmann, ‘Die Zukunft der Internationalen Beziehungen in Deutschland’, en G. Hellmann, K.D. Wolf y M. Zürn (eds.) *Die Neuen Internationalen Beziehungen: Forschungsstand und Perspektiven in Deutschland*, Nomos, 2003, en 588.

66 J.N. Rosenau, ‘Governance in the Twenty-First Century’, 1 *Global Governance*, 1995, 13.

Thomas Weiss has defined global governance as

the sum of laws, norms, policies, and institutions that define, constitute, and mediate trans-border relations between states, cultures, citizens, intergovernmental and nongovernmental organizations, and the market. It embraces the totality of institutions, policies, rules, practices, norms, procedures, and initiatives by which states and their citizens (indeed, humanity as a whole) try to bring more predictability, stability, and order to their responses to transnational challenges—such as climate change and environmental degradation, nuclear proliferation, and terrorism—which go beyond the capacity of a single state to solve.⁶⁷

The attractiveness of this definition, from the viewpoint of an international law scholar, is that it gives a central role to institutions, laws, norms, policies and rules, and that it recognizes a broad set of actors relevant for cross-border interactions, without confining them to the traditional categories of public international law. Global governance does not only liberate us from the shackles of too rigidly defined sources and subjects of the international legal order. It also opens up our eyes to the many multi-level interactions between global, regional (at macro level), national, subnational and local levels of rule- and policymaking. It makes it possible to broaden up our legal scholarly horizon by studying the interplay between a great variety of norms, not just between different layers of rule-making⁶⁸, but also between public and private law norms⁶⁹, and

67 T.G. Weiss, 'The UN's Role in Global Governance', *UN Intellectual History Project. Briefing Note Nr 15*, August 2009, 1-2.

68 See e.g. our book on multi-level regulation: A. Follesdal, R. Wessel and J. Wouters (eds.), *Multilevel Regulation and the EU. The Interplay between Global, European and National Normative Processes*, Martinus Nijhoff Publishers, 2008. For a short introduction, see J. Wouters and R.A. Wessel, 'The Phenomenon of Multilevel Regulation: Interactions between Global, EU and National Regulatory Spheres', 4 *International Organizations Law Review* 2007, 169-201.

69 See e.g. J. Wouters and J. Odermatt, 'International Banking Standards, Private Law, and the European Union', in M. Cremona and H. Micklitz (eds.), *Private Law in the External Relations of the EU*, Oxford University Press, 2016, 171-191; J. Wouters, 'Private Law, Global Governance and the European Union', in A.L.M. Keirse and M.B.M. Loos (eds.), *Alternative Ways to a New Ius Commune*, Intersentia, 2012, 21-32.

Thomas Weiss ha definido la gobernanza global como:

la suma de las leyes, normas, políticas públicas e instituciones que definen, constituyen y median las relaciones transfronterizas entre los Estados, las culturas, los ciudadanos, las organizaciones intergubernamentales y no gubernamentales y el mercado. Incluye la totalidad de las instituciones, políticas públicas, reglas, prácticas, normas, procedimientos, e iniciativas mediante las cuales los Estados y sus ciudadanos (en realidad, la humanidad entera) procuran dar mayor predictibilidad, estabilidad y orden a sus respuestas a los desafíos transnacionales –tales como el cambio climático y el deterioro del medioambiente, la proliferación nuclear, y el terrorismo- que en su solución van más allá de la capacidad de un solo Estado nacional.⁶⁷

El atractivo de esta definición, desde el punto de vista de quien estudia el derecho internacional, está en que otorga un rol central a las instituciones, leyes, normas, políticas públicas y reglas, y en que reconoce un amplio conjunto de actores relevantes para las interacciones transfronterizas, sin restringirlos a las categorías tradicionales del derecho internacional público. La gobernanza global no sólo nos libera de las trabas que constituyen las fuentes y los sujetos del orden jurídico internacional definidos en forma demasiado rígida. También nos abre los ojos ante las muchas interacciones multi-nivel entre los ámbitos de regulación global, regional (a nivel macro), nacional, subnacional y local, y la fijación de políticas públicas. Asimismo, hace posible ensanchar nuestro horizonte de estudios jurídicos al analizar el juego entre una gran variedad de normas, no sólo entre diferentes estratos de la creación jurídica⁶⁸, sino también entre normas de derecho público y privado⁶⁹ y entre nor-

67 T.G. Weiss, 'The UN's Role in Global Governance', *UN Intellectual History Project. Briefing Note Nr 15*, Agosto 2009, 1-2.

68 Ver e.g. nuestro libro sobre regulación multi-nivel: A. Follesdal, R. Wessel y J. Wouters (eds.) *Multilevel Regulation and the EU. The Interplay between Global, European and National Normative Processes*, Martinus Nijhoff Publishers, 2008. Para una breve introducción, ver J. Wouters y R.A. Wessel, 'The Phenomenon of Multilevel Regulation: Interactions between Global, EU and National Regulatory Spheres', 4 *International Organizations Law Review*, 2007, 169-201.

69 Ver e.g. J. Wouters y J. Odermatt, 'International Banking Standards, Private Law, and the European Union', en M. Cremona y H. Micklitz (eds.) *Private Law in the External Relations of the EU*, Oxford University Press, 2016, 171-191; J. Wouters, 'Private Law, Global Governance and the European Union', en A.L.M. Keirse y M.B.M. Loos (eds.) *Alternative Ways to a New Ius Commune*, Intersentia, 2012, 21-32.

between formal and informal norms and institutions.⁷⁰ The study of public international law, informal international lawmaking and global governance is therefore not to be seen in isolation from each other, but on the contrary, as a continuum where multiple intra and interdisciplinary perspectives enrich each other.

VII. Conclusion: bringing public international law into the 21st century

We have seen that globalization has far-reaching implications, not just in the economic, social and political spheres, but also in the legal sphere. Still, public international law has not (yet) been able to adjust to these dynamics. Especially its limited responsiveness in terms of the doctrine of the sources and the subjects makes for a huge deficit in capturing the variety of today's cross-border regulatory actors and normative processes. We have contrasted this with the fascinating dynamics of informal international lawmaking, while also pointing to the challenges which traditional lawmaking mechanisms like treaty law and customary international law are currently facing.

Informal international lawmaking can be seen as both an alternative, as well as a part in the process of traditional international lawmaking. In this regard, John Kirton and Michael Trebilcock rightly argue that soft law is not a replacement for hard international law,

70 A very important new 'informal' global governance actor is the G20, which constantly interacts with formal institutions: see inter alia J. Wouters and I. Willemyns, 'The Interplay between the G20 and the World Trade Organization: Informal Law-making in Action', in J. Chaisse and T.-Y. Lin (eds.), *International Economic Law and Governance: Essays in Honour of Mitsuo Mitsushita*, Oxford University Press, 2016, 183-200; J. Wouters, S. Van Kerckhoven and J. Odermatt, 'The EU at the G20 and the G20's Impact on the EU', in B. Van Vooren, S. Blockmans and J. Wouters (eds.), *The EU's Role in Global Governance: The Legal Dimension*, Oxford University Press, 2013, 259-271; J. Wouters and D. Geraets, 'The G20 and Informal International Lawmaking', in J. Pauwelyn, R.A. Wessel, J. Wouters, A. Berman and S. Duquet (eds.), *supra* note 12, 19-54; J. Wouters and T. Ramopoulos, 'The G20 and Global Economic Governance: Lessons from Multilevel European Governance?' 15 *Journal of International Economic Law*, 2012, 751-775; J. Wouters and S. Van Kerckhoven, 'The OECD and the G20: An Ever Closer Relationship?', 43 *George Washington International Law Review*, 2011, 345-374.

mas e instituciones formales e informales.⁷⁰ El estudio del derecho público internacional, de la creación jurídica informal internacional y de la gobernanza global no deben, por tanto, ser mirados aisladamente el uno del otro, sino que por el contrario, como un continuo donde múltiples perspectivas intra e interdisciplinarias se enriquecen mutuamente.

VII. Conclusión: trayendo el derecho internacional público al siglo XXI

Hemos visto que la globalización tiene implicancias de largo alcance no sólo en las esferas económica, social y política, sino también en la jurídica. Sin embargo, el derecho internacional público no ha sido (todavía) capaz de ajustarse a estas dinámicas. Especialmente, su limitada capacidad de respuesta en términos de doctrina de las fuentes y de los sujetos, constituye un enorme déficit en la aprehensión de la actual variedad de actores reguladores transfronterizos y de procesos normativos. Hemos contrastado esto con las fascinantes dinámicas de la creación jurídica informal internacional, señalando al mismo tiempo los desafíos que están enfrentando los mecanismos tradicionales de creación jurídica, como el derecho de los tratados y el derecho internacional consuetudinario.

La creación jurídica informal internacional puede ser considerada tanto como una alternativa, como una parte del proceso tradicional de creación jurídica. En este aspecto, John Kirton y Michael Trebilcock argumentan correctamente que el derecho blando no es un reemplazo del derecho internacional duro, sino "[en] el mejor de los casos, su

70 Un muy importante nuevo actor 'informal' de la gobernanza global es el G20, que constantemente interactúa con las instituciones formales: ver inter alia J. Wouters y I. Willemyns, 'The Interplay between the G 20 and the World Trade Organization: Informal Law-Making in Action', en J. Chaisse y T.-Y. Lin (eds.) *International Economic Law and Governance: Essays in Honour of Mitsuo Mitsushita*, Oxford University Press, 2016, 183-200; J. Wouters, S. Van Kerckhoven y J. Odermatt, 'The EU at the G20 and the G20's Impact on the EU', in B. Van Vooren, S. Blockmans y J. Wouters (eds.) *The EU's Role in Global Governance: The Legal Dimension*, Oxford University Press, 2013, 259-271; J. Wouters y D. Geraets, 'The G20 and Informal International Lawmaking', J. Pauwelyn, R.A. Wessel, J. Wouters, A. Berman y S. Duquet (eds.), *supra* nota 12, 19-54; J. Wouters y T. Ramopoulos, 'The G20 and Global Economic Governance: Lessons from Multilevel European Governance?', 15 *Journal of International Economic Law*, 2012, 751-775; J. Wouters y S. Van Kerckhoven, 'The OECD and the G20: An Ever Closer Relationship?', 43 *George Washington International Law Review*, 2011, 345-374.

but “[a]t best, it is a complement”.⁷¹ Traditional/formal international lawmaking and informal international lawmaking can interact in a complementary, even harmonious manner. *First*, informal international lawmaking can lead the way to more formal law and lawmaking. To give but one example, Kenneth Abbott and Duncan Snidal have identified a range of “pathways to cooperation”, some of which explicitly involve the hardening of soft law.⁷² They observe, first, how States may sometimes start with a framework convention that over time deepens in the precision of its coverage. They also note that the use of an informal or soft law instrument can subsequently lead to binding legal commitments. Christine Chinkin also contends that soft law can be both elaborative of hard law—by providing guidance in its interpretation—and be subsequently accepted as “emergent hard law”, facilitating the building of custom.⁷³ In the same vein, David Trubek and others argue that soft law instruments “can eventually harden into binding rules once uncertainties are reduced and a higher degree of consensus ensues”.⁷⁴ *Second*, where a body of hard law already exists, informal lawmaking processes may provide an avenue to flexibly elaborate and fill in any gaps that form when pre-existing hard law encounters unexpected circumstances. In this respect, traditional/formal and informal international lawmaking processes serve as complements in dynamic mechanisms of legalization, arguably leading to the progressive development of international law.⁷⁵

71 J.J. Kirton and M.J. Trebilcock, ‘Introduction: Hard Choices and Soft Law in Sustainable Global Governance’, in J.J. Kirton and M.J. Trebilcock (eds.), *Hard Choices. Soft Law: Voluntary standards in Global Trade, Environment, and Social Governance*, Routledge, 2004, 3.

72 K.W. Abbott and D. Snidal, ‘Pathways to Cooperation’, in E. Benvenisti and M. Hirsch (eds.), *The Impact of International Law on International Cooperation: Theoretical Perspectives*, Cambridge University Press, 2004, 50, at 54.

73 C. Chinkin, *supra* note 19, at 30-31.

74 D.M. Trubek, M.P. Cottrell and M. Nance, ‘Soft Law, Hard Law, and European Integration: Toward a Theory of Hybridity’, in G. de Búrca and J. Scott (eds.), *New Governance and Constitutionalism in Europe and the US*, Hart Publishing, 2006, 65, at 89.

75 See more generally C. Chinkin, ‘The Challenge of Soft Law: Development and Change in International Law’, 38 *International and Comparative Law Quarterly*, 1989, 850-866.

complemento”.⁷¹ La creación jurídica tradicional/formal internacional y la creación jurídica informal internacional pueden interactuar de un modo complementario, e incluso armónico. *Primero*, la creación jurídica informal internacional puede llevar a la creación jurídica más formal. Por dar un ejemplo entre otros, Kenneth Abbott y Duncan Snidal han identificado un espectro de “vías de cooperación”, algunas de las cuales involucran explícitamente el endurecimiento del derecho blando.⁷² Ellos observan, primero, como los Estados pueden a veces empezar con una convención marco que con el tiempo se va profundizando en la precisión de su cobertura. Ellos también notan que el uso de un instrumento informal o de derecho blando puede posteriormente llevar a compromisos jurídicamente vinculantes. Christine Chinkin, sostiene asimismo que el derecho blando puede ser creador de derecho duro—al proporcionar guías para su interpretación—, y ser aceptado posteriormente como derecho duro emergente, facilitando el establecimiento de una costumbre.⁷³ En la misma línea, David Trubek y otros señalan que los instrumentos de derecho blando pueden “eventualmente endurecerse en reglas vinculantes una vez que las incertidumbres son reducidas y se sigue un mayor grado de consenso”.⁷⁴ *Segundo*, donde un cuerpo de derecho duro ya existe, los procesos de creación jurídica informal pueden proporcionar una vía para elaborar y llenar cualquier vacío que se forma cuando el derecho duro preexistente se encuentra con circunstancias imprevistas. En este respecto, los procesos tradicional/formal e informal de creación jurídica internacional sirven de complementos en mecanismos dinámicos de legalización, que presumiblemente conducen al desarrollo progresivo del derecho internacional.⁷⁵

71 J.J. Kirton y M.J. Trebilcock, ‘Introduction: Hard Choices and Soft Law in Sustainable Global Governance’, en J.J. Kirton y M.J. Trebilcock (eds.) *Hard Choices. Soft Law: Voluntary Standards in Global Trade, Environment, and Social Governance*, Routledge, 2004, 3.

72 K.W. Abbott y D. Snidal, ‘Pathways to Cooperation’, en E. Benvenisti y M. Hirsch (eds.) *The Impact of International Law on International Cooperation: Theoretical Perspectives*, Cambridge University Press, 2004, 50, en 54.

73 C. Chinkin, *supra* nota 19, en 30-31.

74 D.M. Trubek, M.P. Cottrell y M. Nance, ‘Soft Law, Hard Law, and European Integration: Toward a Theory of Hybridity’, en G. de Búrca y J. Scotts (eds.) *New Governance and Constitutionalism in Europe and the US*, Hart Publishing, 2006, 65, en 89.

75 Ver en general C. Chinkin, ‘The Challenge of Soft Law: Development and Change in International Law’, 38 *International and Comparative Law Quarterly*, 1989, 850-866.

Where does all of this lead us to with regard to future options for public international law? In my view, there are two possibilities.⁷⁶ The first is that public international law adapts and gradually incorporates (at least part) of the processes of informal international lawmaking. As Andrea Bianchi observes:

The huge discrepancy between traditional international law theory and the social practice of [informal international lawmaking] is leading to the marginalization of international law as such. Hence, any effort aimed at reducing the gap might contribute to revive international law and increase its relevance to and practical impact on international relations.⁷⁷

The second possibility is that public international law entrenches itself and sticks to its traditional typologies, acknowledging that it is increasingly just one form of international cooperation (mainly for States) within a broader ‘legal universe’ or ‘legal menu’ of options from which actors can choose.⁷⁸ This entrenchment option does not need to mean the disappearance of public international law. Existing treaties, international organizations, and courts and tribunals will continue to play pivotal roles and new treaties will be created, albeit at a slower pace and especially in traditional areas of international law. The core question here is how exactly public international law will interact with the other parts of the ‘legal menu’.

Admittedly, the first possibility sketched above would require a radical transformation of public international law, both procedurally and substantively. Sudden and deliberate change is unlikely. Since the system is largely controlled by States, it is unlikely that these same States will formally agree to end their quasi-monopoly. At the same time, the international legal system has shown in the past – cf.

⁷⁶ See J. Pauwelyn, R.A. Wessel and J. Wouters, *supra* note 11, at 506-507.

⁷⁷ A. Bianchi, ‘Reflexive Butterfly Catching: Insights from a Situated Catcher’, in J. Pauwelyn, R.A. Wessel and J. Wouters (eds.), *Informal International Lawmaking*, 200, at 209.

⁷⁸ For an early realisation of this, see M. Virally, ‘La distinction entre textes internationaux de portée juridique et textes internationaux dépourvus de portée juridique (à l’exception des textes émanant des organisations internationales)’, 60 *Annuaire de l’Institut de Droit International* 1983, I, 166-257.

¿A dónde nos conduce todo esto en relación con las futuras opciones para el derecho internacional público? A mi juicio, hay dos posibilidades.⁷⁶ La primera es que el derecho internacional público se adapte e incorpore gradualmente (al menos parte de) los procesos de creación jurídica informal internacional. Como observa Andrea Bianchi:

La enorme discrepancia entre la teoría del derecho internacional tradicional y la práctica social de [la creación jurídica informal internacional] está llevando a la marginalización del derecho internacional como tal. De ahí que todo esfuerzo destinado a reducir la separación podría contribuir a revivir el derecho internacional e incrementar su relevancia y su impacto práctico en las relaciones internacionales.⁷⁷

La segunda posibilidad es que el derecho internacional público se atrinchiere y apegue a sus tipologías tradicionales, reconociendo que es crecientemente sólo una de las formas de cooperación internacional (principalmente para los Estados) dentro de un ‘universo jurídico’ más amplio o ‘menú jurídico’ de opciones entre las cuales los actores pueden escoger.⁷⁸ Esta opción del atrincheramiento no significa necesariamente la desaparición del derecho internacional público. Los tratados, las organizaciones internacionales y las cortes y tribunales existentes continuarán desempeñando roles fundamentales, y nuevos tratados serán creados, aunque a un ritmo menor y especialmente en áreas tradicionales del derecho internacional. La cuestión de fondo aquí es cómo, exactamente, el derecho internacional público habrá de interactuar con los otras partes del ‘menú jurídico’.

Ciertamente, la primera posibilidad esbozada arriba requeriría una transformación radical del derecho internacional público, tanto procesal como sustantivamente. El cambio súbito y deliberado es poco probable. Puesto que el sistema está controlado en gran medida por los Estados, es improbable que estos mismos Estados acuerden formalmente poner término a su cuasi-monopolio. Al mismo tiempo, el sistema jurídico

⁷⁶ Ver J. Pauwelyn, R.A. Wessel y J. Wouters, *supra* nota 11, en 506-507.

⁷⁷ A. Bianchi, ‘Reflexive Butterfly Catching: Insights from a Situated Catcher’, en J. Pauwelyn, R.A. Wessel y J. Wouters (eds.) *Informal International Lawmaking*, 200, en 209.

⁷⁸ Para una temprana constatación de esto, ver M. Virally, ‘La distinction entre textes internationaux de portée juridique et textes internationaux dépourvus de portée juridique (à l’exception des textes émanant des organisations internationales)’, 60 *Annuaire de l’Institut de Droit International*, 1983, I, 166-257.

the ICJ's *Reparation for Injuries* advisory opinion discussed above (*supra*, section II) – that it can adapt to organic change in order to reflect new social realities. In terms of actors, although States are currently still the principal subjects and creators of international law, there is no fixed list of subjects of international law that is set in stone. Based on practice and recognition, new subjects and creators of law may and have emerged or disappeared.⁷⁹

In terms of output, we have seen (*supra*, section II) that Article 38 of the ICJ Statute does not offer an exhaustive list of the sources of international law, but that this has not stood in the way of the emergence and recognition of new sources and law-making processes, such as unilateral acts and decisions of international organizations. Even though it is hard to imagine that Article 38 be formally amended, no such amendment is required for international law to evolve.

Whether or not States like it, or explicitly allow for it, new actors, processes, and outputs are and will continue to play an increasingly important role. The first battleground may become – and has partly already been⁸⁰ – cases before international (and domestic) courts and tribunals. It is there that the line and interaction between traditional international law and new forms of cooperation will be tested and contested. Some will undoubtedly close their eyes to new developments, others will engage. Yet, also courts and tribunals will be unable to stop change. After all, whether new modes of cooperation will have an impact or persist will play out not so much at the UN or WTO, or before courts or tribunals, but in foreign ministries, national parliaments and regulatory bodies, standard-setting organizations, NGOs, corporate board rooms of multinational enterprises, the media and individual citizen/consumer decisions.

79 Cf. H. Lauterpacht, who has pointed out that ‘it is important ... to bear in mind that the range of subjects of international law is not rigidly and immutably circumscribed by any definition of the nature of international law but is capable of modification and development in accordance with the will of States and the requirements of international intercourse’: H. Lauterpacht, ‘The Subjects of International Law’, in E. Lauterpacht (ed.), *International Law, The Collected Papers of Hersch Lauterpacht, Volume I: The General Works*, Cambridge University Press, 1970, 48.

80 See the examples mentioned by J. Pauwelyn, R.A. Wessel and J. Wouters, *supra* note 11, at 508.

internacional ha mostrado en el pasado –cf. la opinión consultiva de la CIJ sobre *Reparación de daños*, analizada más arriba (*supra*, sección II)- que puede adaptarse al cambio orgánico a fin de reflejar las nuevas realidades sociales. En cuanto a los actores, aunque los Estados son hoy todavía los principales sujetos y creadores del derecho internacional, no existe una lista inamovible de sujetos del derecho internacional escrita en piedra. Basados en la práctica y el reconocimiento, nuevos sujetos y creadores del derecho pueden surgir y han surgido o desaparecido.⁷⁹

En términos de resultado, hemos visto (*supra*, sección II) que el artículo 38 del Estatuto de la CIJ no ofrece una lista exhaustiva de las fuentes del derecho internacional, lo que no ha sido obstáculo para el surgimiento y reconocimiento de nuevas fuentes y procesos de creación jurídica, como los actos unilaterales y las decisiones de las organizaciones internacionales. Aunque es difícil imaginar que se pueda enmendar formalmente el artículo 38, no se requiere dicha enmienda para que el derecho internacional evolucione.

Sea que le guste o no a los Estados, o que lo permitan explícitamente, los nuevos actores, procesos y resultados son y seguirán jugando un rol cada vez más importante. El primer campo de batalla puede llegar a ser –y en parte ya lo ha sido⁸⁰ – los casos ante las cortes y los tribunales internacionales (y nacionales). Es ahí donde se someterá a prueba y se discutirá la línea e interacción entre el derecho internacional tradicional y las nuevas formas de cooperación. Sin duda, algunos cerrarán sus ojos a los nuevos desarrollos, mientras otros se ocuparán de ellos. Ciertamente, las cortes y tribunales tampoco serán capaces de detener el cambio. Después de todo, el que los nuevos modos de cooperación tengan un impacto o persistan se dilucidará no tanto en la ONU o la OMC, ni en las cortes o tribunales, sino en los ministerios de relaciones exteriores, parlamentos nacionales y organismos regulatorios, organizaciones que establecen estándares, ONGs, directorios corporativos de empresas multinacionales, medios de comunicación y decisiones de los ciudadanos/consumidores.

79 Cf. H. Lauterpacht, quien ha señalado que “es importante... tener presente que el rango de los sujetos del derecho internacional no está circunscrito rígida e inmutablemente por ninguna definición de la naturaleza del derecho internacional, sino que puede modificarse y desarrollarse conforme a la voluntad de los Estados y los requerimientos de los intercambios internacionales”: H. Lauterpacht, ‘The Subjects of International Law’, en E. Lauterpacht (ed.) *International Law, The Collected Papers of Hersch Lauterpacht, Volume I: The General Works*, Cambridge University Press, 1970, 48.

80 Ver los ejemplos mencionados por J. Pauwelyn, R.A. Wessel y J. Wouters, *supra* nota 11, en 508.

So, in the end, as the ancient Greeks already acknowledged: πάντα ῥεῖ καὶ οὐδὲν μένει - all flows, and nothing remains the same. If public international law is to remain relevant for all of us, students, scholars, practitioners and professors, it will have to adapt itself continuously to the realities of globalization and international life. For us too, this implies a constant need to adapt ourselves in our teachings, our writings, and our practice.

Así pues, al final, como ya lo habían reconocido los antiguos griegos: πάντα ῥεῖ καὶ οὐδὲν μένει – todo fluye, y nada permanece igual. Si el derecho internacional público ha de seguir siendo relevante para nosotros, estudiantes, académicos, practicantes y profesores, tendrá que adaptarse continuamente a las realidades de la globalización y la vida internacional. También para nosotros, esto implica una necesidad constante de adaptarnos en nuestra docencia, nuestros escritos y nuestra práctica.



FACULTAD DE DERECHO
PONTIFICIA UNIVERSIDAD
CATÓLICA DE CHILE