

LA ACTIVIDAD AUTORREGULATORIA DE LOS PARTICULARES Y LA LEX MERCATORIA. CONSIDERACIONES DESDE LOS APORTES DE LA TEORIAS SOCIOLOGICAS SISTÉMICAS.

Autor: Jenner Alonso Tobar Torres*

Resumen:

Los procesos contemporáneos de producción normativa pueden ser adecuadamente interpretados y analizados a partir de los aportes que en la sociología y el derecho se han realizado desde la denominada teoría sistémica de la sociedad. Este trabajo presenta de manera general las propuestas de Niklas Luhmann y principalmente de Gunther Teubner respecto a las relaciones y acoplamientos entre el sistema jurídico y los demás sistemas sociales, que derivan en la aparición de auténticos regímenes normativos privados, siendo uno de ellos la lex mercatoria.

1. Consideraciones sobre el análisis sistémico de la sociedad y del sistema jurídico.

La complejidad de la sociedad moderna no es algo que haya pasado desapercibido para la sociología, campo desde donde se han construido numerosas propuestas para su entendimiento y comprensión.

La teoría de los sistemas aparece como una propuesta que busca dar respuesta a la complejidad y a la contingencia existentes en la sociedad moderna, apartándose de varias premisas que hasta ese momento los sociólogos defendían en todo o en parte, explícita o implícitamente, tales como que i) la sociedad está compuesta de seres humanos y las relaciones que surgen entre ellos, ii) la sociedad está constituida, o al menos integrada, por consensos entre los seres humanos, metas y objetivos comunes, iii) las sociedades son unidades regional y territorialmente delimitadas, y que iv) las sociedades pueden ser observadas desde el exterior como un grupo de personas o territorios¹.

Aunque la teoría de los sistemas sociales no es la única que emprendió este cometido, si es una de las más elaboradas y sin duda de las más influyentes en la sociología contemporánea. Niklas Luhmann, su principal exponente, intentó crear una “sociología primera” de los social, delimitando lo que entendemos por sociedad. *“Desde una perspectiva formal Luhmann pretende que la sociología (la ciencia que se aboca al fenómeno social) averigüe: 1) Los principios primeros y supremos del orden social; 2) Que la sociología analice la operación constitutiva de la socialidad; 3) Que la sociología estudie la comunicación -que es la sustancia de la socialidad y 4) que la*

* Candidato a Doctor en Derecho, Universidad de Buenos Aires. Se ha desempeñado como docente de la Universidad Nacional de Colombia, Universidad Antonio Nariño (Bogotá, Colombia), entre otras universidades colombianas. Ponencia avalada por la Dra. Lidia Garrido Cordobera, profesora adjunta, Universidad de Buenos Aires.

¹ LUHMANN, Niklas, *La sociedad de la sociedad*, Herder, México D.F, 2006, p 11.

*sociología investigue la sociedad que es el fenómeno omniabarcador de todo lo que se designa como social. La sociología, pues, de Luhmann se presenta en primer lugar como la búsqueda de los principios primeros y supremos del orden social*².

El objetivo de Luhmann es elaborar una teoría que sirva para entender el funcionamiento de todos los sistemas sociales, especialmente uno de ellos: la sociedad. Para comprender la propuesta de Niklas Luhmann es indispensable partir de un cuestionamiento básico ¿Qué es la sociedad? y la respuesta puede ser tan sencilla como compleja: la sociedad es un proceso de atribuciones sociales, atribuciones de comunicación. La sociedad como sistema social es la suma de todas las comunicaciones. Luhmann plantea un concepto de sociedad mundial o sociedad del mundo el cual no está delimitado por fronteras regionales o nacionales sino que sus límites están definidas – al igual que los otros sistemas- por el sentido³.

Considerando la sociedad un compuesto de comunicaciones y no de personas, las fronteras regionales se difuminan ante la amplia capacidad de penetración de los eventos comunicativos de la actualidad, *“Si se parte de la comunicación como la operación elemental cuya reproducción constituye a la sociedad, entonces en cualquiera comunicación se implica obviamente a la sociedad del mundo –y esto independientemente de la temática concreta y de la distancia espacial entre los participantes. Siempre se suponen posibilidades de comunicación más amplias y siempre se utilizan medios simbólicos –los cuales no pueden restringirse a los límites regionales”*⁴.

Esto necesariamente hace cambiar la comprensión del mundo, pues al describir la sociedad como un sistema de comunicación operativamente clausurado que se expande o se contrae según cuanto se comunique, le corresponde un mundo que tiene exactamente las mismas características de esa sociedad: un mundo que se expande o se contrae según lo que acontece. Se trata de considerar la sociedad moderna como una sociedad mundial, como una unidad inaprensible que puede observarse de distintas maneras pero no ser descompuesta en partes⁵.

Ahora bien, si Luhmann fue el creador de una teoría que pretendió dar una explicación consistente del funcionamiento de la sociedad, analizando, entre otros escenarios, el derecho como sistema jurídico autopoiético, Gunther Teubner es actualmente el máximo exponente de la aplicación de la teoría de los sistemas sociales autopoiéticos al sistema jurídico.

A partir de las principales corrientes jurídicas contemporáneas, en especial de la teoría de sistema de Luhmann y la corriente constructivista, Teubner ha desarrollado una lectura propia de la realidad jurídica moderna, entendido el derecho en términos Luhmanianos como un sistema autopoiético, clausurado operativamente, resaltando las constantes irritaciones entre el derecho y su ambiente que dan como resultado una especial imagen de la sociedad, el derecho y los otros sistemas sociales, en la cual se considera el derecho como una institución que procesa información de manera autónoma respecto a las mentes de sus miembros.

² NAFARRATE, Javier Torres, “La sociología de Luhmann como “sociología primera””, en *Iberóforum. Revista de Ciencias Sociales de la Universidad Iberoamericana*, volumen 1, número 1, 2006, p. 2.

³ RODRIGUEZ MANSILLA, Darío, TORRES NAFARRETE, Javier, *Introducción a la teoría de la sociedad de Niklas Luhmann*, Herder, México D.F, 2007, p. 25.

⁴ LUHMANN, Niklas, *La sociedad de la sociedad*, Herder, México D.F, 2006, p. 112.

⁵ *Ibidem*, p. 117.

Para Teubner los elementos básicos del sistema jurídico son en términos generales los mismos que ya Luhmann había identificado en teoría de sistemas sociales. Teubner considera que el derecho es un sistema autopoiético, es decir, una red de operaciones elementales que recursivamente reproduce operaciones elementales, cuyo elemento básico de operación son las comunicaciones, no las normas ni las personas. El derecho es una red comunicativa que produce comunicaciones.

El derecho es un sistema social autopoiético esto es “*como una red de operaciones elementales que recursivamente reproducen operaciones elementales. Los elementos básicos de este sistema son comunicaciones no normas. (...) El Derecho como sistema social autopoiético no está compuesto ni por normas ni por legisladores, sino por comunicaciones jurídicas, definidas como la síntesis de tres selecciones de sentido: participación, información y comprensión. Dichas comunicaciones están interrelacionadas entre sí en una red de comunicaciones que no produce otra cosa que comunicaciones. Esto es lo que se pretende señalar con la autopoiesis: la auto-reproducción de una red de operaciones comunicativas mediante la aplicación recursiva de comunicaciones a los resultados de comunicaciones anteriores. El Derecho es una red comunicativa que produce comunicaciones jurídicas*”⁶.

Que el derecho esté compuesto de comunicaciones jurídicas que se reproducen al interior del propio sistema no significa que aquel esté aislado de su ambiente. Aunque el derecho cambia reaccionado solo a sus propios impulsos, los cambios externos no son ignorados pero tampoco directamente reflejados dentro del sistema bajo un modelo de estímulo-respuesta, sino que son selectivamente filtrados por las estructuras legales y adaptados siguiendo la lógica interna del sistema jurídico, esto significa que el cambio legal refleja una dinámica interna del derecho que es influida por estímulos externos y que su vez influye en su entorno⁷.

Sin embargo, Teubner considera que en este punto yace una de las principales debilidades en la propuesta de Luhmann, a saber la cuestión de cómo tratar las interrelaciones entre los diferentes sistemas autónomos, sus conflictos, sus interferencias⁸.

El derecho construye su propia realidad social, es un sistema autónomo tanto normativa como cognitivamente. Es autónomo normativamente porque las operaciones normativas se desarrollan al interior del sistema de manera independiente de otros sistemas como la moral o la política, pero la autonomía del derecho también se refiere a las operaciones cognitivas, “*bajo la presión de las operaciones normativas, las operaciones cognitivas construyen imágenes propias de la realidad y las desplazan lejos de las construcciones del mundo de la vida cotidiana y de las del discurso científico. (...) El discurso jurídico modifica cada vez más el significado de las construcciones cotidianas del mundo, y en caso de conflictos las sustituye por constructos jurídicos*”⁹.

2. Globalización, composición heterárquica del derecho y regímenes privados autónomos.

⁶ TEUBNER, Gunther, “El Derecho como sujeto epistémico: Hacia una epistemología constructivista del Derecho”. En *DOXA. Cuadernos de Filosofía del Derecho*. N°25, 2002, p. 551-552.

⁷ TEUBNER, Gunther, “Elementos materiales y reflexivos en el derecho moderno”, en BORDIEU, Pierre, TEUBNER, Gunther, *La fuerza del derecho*, Siglo del Hombre Editores, Bogotá, 2000, pp. 97-98.

⁸ TEUBNER, Gunther, *El derecho como sistema autopoiético de la sociedad global*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2005, p. 39.

⁹ *Ibidem*, pp. 46- 47.

La teoría sistémica ofrece una particular visión de la composición de la sociedad. A partir de la identificación de varios sistemas y subsistemas autónomos, autopoieticos, clausurados operativamente, que manejan sus propios discursos, racionalidad, y operaciones, y que están en continuo acoplamiento estructural entre ellos, es inevitable cuestionarse el rol que asume el derecho en este contexto.

La fragmentación de la sociedad global en una multiplicidad de racionalidades, o mejor, la realización a escala mundial de la diferenciación funcional, ha sido entendido como globalización. El término “globalización” junto con el concepto de “sociedad mundial” son dos elementos claves en cualquier análisis que se pretenda efectuar sobre la sociedad moderna. En términos de Beck:

“En la expresión “sociedad mundial”, “mundial” significa según esto diferencia, pluralidad; y “sociedad” significa estado de no-integración, de manera que la sociedad mundial se puede comprender como una pluralidad sin unidad. (...) Por su parte globalización significa los procesos en virtud de los cuales los Estados nacionales soberanos se entremezclan e imbrican mediante actores transnacionales y sus respectivas probabilidades de poder, orientaciones, identidades y entramados varios”¹⁰.

Lejos de ser un proceso unitario y uniforme, los procesos globalizadores son procesos fragmentados que con relativa independencia del sistema político, actúan impulsados por los diferentes sistemas de la sociedad en velocidades distintas y de forma asimétrica.

Los efectos de la globalización en el derecho son múltiples, aunque no se debe malinterpretar la globalización del derecho como una tendencia hacia un sistema legal unificado, *“It is more appropriate to speak of a worldwide legal system form the movement when legal communication takes place on a global scale. National legal orders in their turn are not autonomous legal systems; rather, they are forms of territorial differentiation of worldwide legal communication”¹¹.*

El motor central de la globalización es precisamente la continua y creciente diferenciación de la sociedad en múltiples subsistemas sociales con su propia racionalidad y autonomía. En este panorama la tradicional diferenciación jerárquica del derecho en cuanto a legislación y adjudicación debe ser remplazada por una heterárquica multitud de órdenes legales conectados estructuralmente a otros discursos, ya no fundado estructuralmente en una composición jerárquica, sino fundamentado procedimentalmente en las diversas conexiones de las comunicaciones jurídicas¹².

La realidad nos muestra que el derecho global se fragmenta en múltiples regímenes legales de carácter no estatal. El nuevo pluralismo jurídico solo puede ser entendido adecuadamente si se renuncia a la premisa que el derecho adquiere exclusivamente su validez a través de los procesos de legislación y sanción estatal, recordemos que desde la propuesta de Luhmann la sanción no es considerada como el elemento definitorio de la norma y más bien se le otorga un papel de apoyo simbólico a la norma.

Esta situación lleva a Teubner a plantear que el derecho mundial no se desarrolla en el centro de las instituciones de los Estados- Nación o de las instituciones internacionales,

¹⁰ BECK, Ulrich, *¿Qué es la globalización? Falacias del globalismo respuestas a la globalización*, Paidós, Barcelona, 2008, p. 34.

¹¹ TEUBNER, Ghunter, “The king’s many bodies: the self-deconstruction of law’s hierarchy”, en *Law and Society Review*, Volumen 31, número 4, 1997, p. 769.

¹² *Ibíd.*, p. 777.

sino que la creación del derecho mundial tiene lugar en las periferias sociales a partir de zonas de contacto con los otros sistemas sociales¹³.

En efecto, la economía, la ciencia, los medios de comunicación, la educación, el transporte y tantos otros campos sociales están desarrollando una gran necesidad de normas que es satisfecha no solo a través de instituciones estatales e interestatales, sino mediante su intervención directa en la producción normativa con la aparición de regímenes globales privados que desde la periferia del derecho (en los límites del sistema jurídico con otros sistemas sociales) participan exitosamente en la competencia regional con los centros tradicionales de creación normativa¹⁴.

La globalización ha modificado completamente el tradicional acoplamiento estructural entre derecho y política el cual estaba basado bajo la existencia de una constitución. El derecho deja de ser producido a través de discursos políticos y democráticos que influyen el funcionamiento interno del sistema jurídico, y de esta forma la figura del Estado-Nación pierde el monopolio de la producción jurídica cuando aparecen nuevos regímenes jurídicos privados de carácter autónomo.

La aparición de regímenes autónomos no estatales necesariamente produce un colapso de la clásica jerarquía normativa, lo cual es ocupado por la división centro/periferia propia del derecho global. Mientras que el centro del sistema jurídico está ocupado por los tribunales y su aplicación del derecho nacional/internacional, estos regímenes se establecen así mismo en las periferias del derecho, y cuentan con una multiplicidad de mecanismos legislativos como los contratos estandarizados, los acuerdos de asociaciones profesionales, la estandarización técnica y científica, entre otros¹⁵.

El producto normativo de los regímenes privados autónomos es una mezcla de procesos espontáneos en la medida que no existe ningún órgano político que institucionalice dicha creación normativa, sino que a partir de la racionalización de las subesferas sociales se efectúa una selectividad específica para la creación normativa de acuerdo a los requerimientos de cada subsistema¹⁶.

De este modo, Teubner resalta que cualquier aspiración a una unidad doctrinal y organizativa del derecho es una utopía. Tras el colapso de las estructuras jerárquicas jurídicas la única opción realista es desarrollar formas heterárquicas del derecho a través de las cuales sea posible efectuar conexiones entre los diversos fragmentos del derecho global. Tres principios guían el proceso para la comprensión de esas formas heterárquicas del derecho: i) una compatibilidad normativa simple en lugar de la unidad jerárquica del derecho, ii) la creación de normas jurídicas a través de la irritación, la observación y la reflexión mutua entre sistemas jurídicos, y iii) los modos descentralizados de adaptarse a los conflictos entre derechos como método jurídico¹⁷.

¹³ TEUBNER, Gunther, "A Bukowina Global sobre a Emergência de um Pluralismo Jurídico Transnacional. The global bukowina on the emergence of a transnational legal pluralism", en *Impulso*, Universidad Metodista de Piracicaba, 14(33), Sao Paulo, 2004, p. 12.

¹⁴ TEUBNER, Gunther, "Regímenes globales privados: ¿derecho neoespontáneo y constitución dual de sectores autónomos?", en TEUBNER, Gunther, SASSEN, Saskia, KRASNER, Stephen, *Estado, soberanía y globalización*, Siglo del Hombre Editores, Bogotá, 2010, pp. 71-73

¹⁵ TEUBNER, Gunther, *El derecho como sistema autopoiético de la sociedad global*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2005, p. 122.

¹⁶ SALDIVIA, Laura, "El derecho y la soberanía en la globalización", en TEUBNER, Gunther, SASSEN, Saskia, KRASNER, Stephen, *Estado, soberanía y globalización*, Siglo del Hombre Editores, Bogotá, 2010, p. 42

¹⁷ *Ibidem*, p. 125.

La fragmentación de la sociedad mundial propicia la aparición de estas nuevas formas heterárquicas de derecho en varios sectores de la sociedad entre las que se pueden mencionar entre otros, las normas de copyright internacional, el derecho laboral internacional donde las empresas y sindicatos crean normas por excelencia, la estandarización técnica y la autorregulación profesional entre otros, la llamadas *lex digitalis*, *lex constructionis*, *lex sportiva*, *lex mercatoria*, entre otras, cada uno de ellos con diferentes racionalidades y dinámicas de contacto entre nodos de los diferentes sistemas.

3. La autorregulación, *lex mercatoria* y la fragmentación del derecho global.

Es innegable que bajo el fenómeno globalizador los procesos y relaciones entre el Estado y los particulares han sido crucialmente afectados por el surgimiento de nuevas identidades, tecnologías, redes de comunicación, y relaciones de poder, de tal forma que “*el control estatal sobre el espacio y el tiempo se ve superado cada vez más por los flujos globales de capital, bienes, servicios tecnología, comunicación y poder*”¹⁸.

Bajo una lectura sencilla del fenómeno, la regulación podría ser considerada como la facultad del Estado para crear normas tendientes a intervenir y disciplinar el ejercicio de ciertas actividades comerciales o un modo especial de acceso a ciertos bienes, siendo el concepto de regulación el opuesto de la noción de mano invisible del mercado¹⁹. De esta forma, la autorregulación presupone el establecimiento de reglas por parte de grupos económicos-profesionales dirigidas a orientar o condicionar a los miembros del grupo, quienes se someten a dichas reglas de forma voluntaria y con efecto vinculante sobre su conducta como miembro del grupo.

La autorregulación tiene como una de sus notas definitorias que es una forma de regulación no estatal, cuyo desarrollo está en cabeza de los propios agentes regulados, lo cual no implica la ausencia del Estado en todas las manifestaciones del fenómeno. Así pues, la autorregulación “*implica a formulação de normas e sua implementação, de modo a influenciar, condicionar, proibir, ou constringer a actividade dos agentes económicos. A diferenca está em que ele compete aos próprios agentes económicos, colectivamente organizados, que desse modo são, simultâneamente, autores e destinatarios da regulação*”²⁰.

En torno al fenómeno de la autorregulación, lo público y lo privado se cruzan constantemente formando una espesa red de tensiones y distensiones que se puede observar cuando las instancias públicas se remiten o se ven obligadas a remitirse a la autorregulación, o cuando ejercicios de autorregulación generan tal credibilidad que se logran elevar hasta la órbita pública que los hace ser considerados por las autoridades estatales²¹.

Por ende, la regulación y la autorregulación son fenómenos que deben ser analizados bajo una lectura dúctil de la distinción público/privado que considere las relaciones de interdependencia y continuidades entre uno y otro. Esto puede ser explicado a partir de abordajes sistémicos. La premisa de partida es que los procesos de creación normativa

¹⁸ CASTELLS, Manuel, *La era de la información. El poder de la identidad*, Vol II, Siglo XXI editores, México D.F, 2001, p 271.

¹⁹ SALDANHA SANCHES, Jose Luis, “A regulação: historia breve de um conceito”, en *Revista da ordem dos advogados*, Ordem dos advogados portugueses, año 60, 2000, p. 5.

²⁰ MOREIRA, Vital, *Auto-regulação profissional e administração pública*, Livraria Almedina, Coimbra, 1997, p. 53.

²¹ ESTEVE PARDO, José, *Autorregulación génesis y efectos*, Editorial Arazandi, Navarra, 2002, p. 160.

desbordan las fronteras del subsistema político para tener lugar en las periferias o límites del derecho con los demás subsistemas sociales.

En este sentido, los procesos de creación normativa y de constitucionalización no están restringidos a las organizaciones de derecho internacional público. Por el contrario, se pueden encontrar varios ejemplos de entidades no estatales que desarrollan procesos de autocreación normativa sobre las cuales las normas del derecho internacional público no aplican, en principio, sobre ellas.

Algunos ejemplos de ello son la agencia de regulación de internet ICANN (Internet Corporation for Assigned Names and Numbers), donde se han desarrollado estándares de derechos fundamentales propios a ser aplicados en las materias que regula, la aparición de códigos de conducta empresariales que están funcionando como el equivalente empresarial de una constitución, los estándares técnicos producidos por la ISO (International Organization for Standardization) donde se producen normas para la representación de órganos nacionales, expertos y grupos de interés que han funcionado como auténticas reglas de decisión de conflictos, la actividad de algunas ONG'S como la SAI (Social Accountability International) que representa múltiples intereses y ha desarrollado, entre otros, estándares laborales, o incluso entidades como The Caux Round Table (CRT) una red internacional de líderes empresariales que trabajan por promover un capitalismo moral²².

Pero quizá el ejemplo más paradigmático de este proceso dentro del derecho comercial internacional es el de la *lex mercatoria* que Teubner caracteriza como “*the self-generated law governing the global economy, has developed an internal hierarchy of legal norms, at the top of which stand constitutional norms, principles, procedural rules, and fundamental rights, all under the umbrella term ‘ordre public d’arbitrage international*”²³.

Específicamente en lo que concierne a la *lex mercatoria*, varios autores, entre ellos Gunter Teubner, han planteado modelos que en calve de pluralismo jurídico buscan dar respuestas coherentes a los procesos de producción normativa transnacional que se observan y que se identifican con la *lex mercatoria*.

Teubner caracteriza a la *lex mercatoria* como “un derecho global sin Estado”, lo cual rompe con dos premisas de la producción normativa tradicional: i) los acuerdos privados no pueden producir leyes, y ii) las leyes no pueden existir y no se aplican más allá de los ámbitos nacionales. Así, se quiebra la idea de que el derecho solo puede producirse al interior del Estado- Nación pues la sociedad transnacional genera una demanda de normas reguladoras que no pueden ser satisfechas por las instituciones estatales ni por las internacionales, por lo cual diversas instituciones privadas están creando un regímenes privados autónomos con pretensiones de validez global, siendo uno de ellos la *lex mercatoria*.²⁴

Tratándose del derecho económico global, este surge dentro de un proceso extremadamente asimétrico, en el cual existe un centro subdesarrollado, pero al mismo tiempo una periferia altamente desarrollada; es un derecho cuyo centro fue creado por las periferias y permanece dependiente de ellas. La *lex mercatoria* representa aquella parte del derecho económico global que opera en la periferia del sistema jurídico, un

²² TEUBNER, Ghunter, *Constitutional Fragments*, Oxford University Press, Oxford, 2012, p. 56.

²³ *Ibidem*, p. 57.

²⁴ LOPEZ RUIZ, Francisco, “Notas sobre la nueva *lex mercatoria*”, en *Revista del Derecho del Mercado Financiero*, Diciembre, 2007, p. 12.

“acoplamiento estructural” con las empresas y los procesos económicos globales, es un ordenamiento jurídico paralegal creado al margen del derecho, bajo procesos económicos y sociales.

Dentro de esta teoría de pluralismo conceptos claves de la sociología jurídica como norma, sanción, y control social pasan a un segundo plano y deben ser remplazados por conceptos como actos de habla, *énoncés* (en francés, declaraciones), codificación, gramática, transformación de diferencias, y paradojas.

Para Teubner, la sanción ha perdido su papel central dentro de la definición de derecho y la delimitación de las esferas jurídica y social; el criticar la *lex mercatoria* por carecer de sanciones jurídicas autónomas y depender de las sanciones impuestas por los tribunales es sobrestimar la relevancia de las sanciones. Es de gran importancia como el discurso jurídico comunica su pretensión de vigencia: si la *lex mercatoria*, como discurso jurídico especializado, reivindica una validez mundial resulta irrelevante si el apoyo simbólico de esta pretensión de validez proviene de sanciones de instituciones locales, regionales o nacionales²⁵.

Así mismo, las normas han dejado de desarrollar un papel clave dentro del derecho. En el transcurso de transformación de “estructura” en “proceso” los elementos centrales son, en lugar de reglas jurídicas, *énoncés*, eventos comunicativos y actos jurídicos. La *lex mercatoria* ha sido atacada por el hecho de su relativa indeterminación de reglas, ante ello Teubner considera que la existencia de un cuerpo bien elaborado de reglas no es decisiva dentro de un sistema jurídico, a lo que se le debe dar importancia es al proceso de auto-organización de constitución recíproca entre actos y estructuras jurídicas.

Teubner se cuestiona cómo es posible que un sistema jurídico global que predica su propia validez pueda existir sin la presencia de un derecho nacional, y su respuesta es que el derecho económico global moderno está constituido de forma paradójal, en tanto fundamenta su validez en la paradoja de autovalidación del contrato. Si fuera posible explicitar dicha paradoja de auto-referencialidad contractual, un derecho económico global podría ser colocado exitosamente en marcha²⁶.

Si bien Luhmann consideraba el contrato como una herramienta de acoplamiento estructural entre el derecho y los demás subsistemas sociales, Teubner analiza esta figura a la luz del derecho global y le da al contrato la calidad de fuente de derecho en grado jerárquico semejante al derecho que emana de los órganos legislativos y judiciales²⁷.

Los contratos globales cran para sí mismos su fundamentos de validez disolviendo la susodicha paradoja mediante la jerarquización de reglas y la externalización. El contrato internacional excede la simple relación de intercambio económico en tanto crea un ordenamiento jurídico privado autónomo con pretensión de validez universal, junto con las cuales simultáneamente remiten la solución de conflictos a una corte arbitral.

El contrato contiene una jerarquía interna de reglas contractuales, incluyendo no solamente reglas primarias, sino reglas secundarias a través de las cuales se asegura el procedimiento de identificación de reglas primarias, controla su interpretación y los

²⁵ TEUBNER, Gunther, “A Bukowina Global sobre a Emergência de um Pluralismo Jurídico Transnacional. The global bukowina on the emergence of a transnational legal pluralism”, en *Impulso*, Universidad Metodista de Piracicaba, 14(33), Sao Paulo, 2004, p. 19.

²⁶ *Ibíd.* p. 21

²⁷ *Ibíd.* p. 24.

procedimientos de solución de conflictos. Esto implica que “reglas de reconocimiento” no necesariamente deben ser producidas de modo heteroreferencial por un ordenamiento jurídico independiente²⁸.

Pero quizá la principal forma de disolución de la paradoja se encuentra en la externalización. El contrato externaliza la inevitable autovalidación del contrato a instituciones externas no contractuales, que sin embargo son “contractuales” en tanto son productos internos del propio contrato. Una de esas instituciones son los tribunales de arbitraje a los cuales compete el juzgamiento de validez de los contratos a pesar que su propia legitimación deriva justamente en los mismos contratos cuya validez ellos deben juzgar. De esta forma, en la relación circular entre los polos institucionales del contrato y de la corte arbitral se forman mecanismos reflexivos como base de un sistema jurídico autónomo.

La paradoja se encuentra en que es el mismo contrato, cuya validez se disputa, el que establece la manera como se determinará su validez mediante la inclusión de la cláusula arbitral. Para eliminar esta paradoja se debe introducir una nueva: el árbitro puede decidir sobre su propia competencia, si decide que no tiene competencia el caso pasa a la jurisdicción estatal, si decide que sí, la paradoja se mantiene, cerrando así el círculo de autovalidación mediante la externalización²⁹

Como se observa, las nuevas dinámicas globales de producción legal responden a complejos factores de producción normativa, y en consecuencia estas dinámicas difícilmente pueden ser analizadas bajo tradicionales parámetros con los que se examinan los procesos nacionales de producción normativa. En este sentido, los aportes de la teoría sistémica pueden ser una útil herramienta para el análisis e interpretación de los procesos actuales de producción normativa anacionales.

²⁸ *Ibíd.*, p. 22, 24.

²⁹ LOPEZ RUIZ, Francisco, *Ob. Cit.*, p. 12.