

Diferenciación Funcional de la sociedad como marco para el constitucionalismo societal

Presupuesto al constitucionalismo evolutivo*

Joaquín Andrés Gallego Marín*

Resumen

La consistencia del constitucionalismo societal desde la teoría de sistema (I), El constitucionalismo societal como instrumento de conjunción de la diferenciación de la sociedad (II), y la vinculación en el constitucionalismo societal la observación de la constitución como integradora de principios que conforman la convivencia colectiva y expectativas normativas (III) de la diferenciación social; para finalmente constituir las conclusiones de la constitución como instrumento de orden jurídico y orden social funcionalmente estructurada a la política o económica en los Estados modernos.

Palabras clave: Diferenciación social, inclusión/exclusión, constitucionalismo societal.

Abstract

The consistency of the societal constitutionalism, view from the theory of the system (1). Plus, Social constitutionalism view as a tool of a conjunction of the difference that are found in society (2).

Furthermore, the inclusion in the societal constitutionalism of the constitution, as an element who integrates the values that allow a collective coexistence and expected norms of social differentiation (3). At last, all of this is to constitute the conclusions of the constitution, as a juridical instrument of social order and juridical order in the modern nations.

Keywords: Societal constitutionalism, found in society.

Recepción del Artículo: 4 de agosto de 2014

Aprobación del Artículo: 15 de septiembre de 2014

** Estudiante de doctorado en Derecho la Universidad Libre Seccional Bogotá, docente investigador de la universidad Libre seccional Pereira, director de la línea de investigación *Derecho y Globalización*, perteneciente al grupo de investigación *Derecho, Sociedad y Estado*. Correo electrónico: jgallegomarin@unilibrepereira.edu.co, dirección: Calle 40 # 7 – 30, Piso 4: centro de investigaciones socio jurídicas, PBX: (6) 315 5600. Fax: (6) 314 7503, Pereira, Risaralda Colombia.

Introducción

La reflexión de la constitución en la circunstancia de la sociedad moderna como un constitucionalismo societal es un planteamiento considerado en línea diferencial y alterno al derecho, de un origen sociológico, que se ha apartado a las cuestiones relativas al derecho –naturaleza y establecimiento de las normas- en el marco de la concepción de los Estados-nación, pero desde la postura de la teoría de los sistemas, en Luhmann, el papel de la constitución se vuelve en marco normativo-institucional que asegura la multiplicidad de la diferenciación social frente a las tendencias de dominación y segmentación social.

En tal caso, la teoría del derecho siempre se ha generado la necesidad de conversar sobre el constitucionalismo de los Estados, en perspectivas muy disimiles y hasta puntos de contradicción o estimación diferencial sobre dicha perspectiva, tanto aún que dicha discusión se ha hecho muy dependiente a los giros de concepción que las escuela italianas, alemanas inglesas, norteamericanas han avanzado desde el modelo del common law. Si bien es posible generar un punto de referencia más claro en cuanto al ámbito de observar la constitución como un objeto particular de estudio desde Carl Schmitt, Karl Loewenstein o Hans Kelsen mediante su construcciones teóricas en torno al valor de la constitución dentro de los estados modernos, generalmente esta concepción permite observar la orientación político-constitucional rígida, como la indica Zagrebelsky (2009), existiendo un pluralismo de contenidos y desarrollos jurídicos, como de elementos conformantes del ámbito constitucional, con los que la dogmática constitucional no ha podido abordar efectivamente.

Entre muchos, pero se selecciona esencialmente para la discusión de este trabajo es el origen de una dogmática jurídica constitucional desde el constitucionalismo societal propuesto por G. Teubner, con fuertes raíces en la teoría de sistema de Niklas Luhmann, con los cuales es posible abordar el estudio constitucional como un fenómeno constructivo y de integración de las redes de valores y procedimientos comunicativos que se dan en el seno de la sociedad como un sistema construido por comunicaciones, con vinculaciones de elementos o esquemas de orden normativo que se acoplan estructuralmente.

Por ello la posibilidad de abordar el constitucionalismo societal aboga en la necesidad de pensar que el papel histórico de la constitución no se agota en someter a normas la organización estatal y en proteger posiciones jurídicas individuales de orden liberal, sino que consiste primariamente en asegurar multiplicidad de procesos sociales emergentes desde la diferenciación social frente a las tendencias constituidas mediante la política o la economía en búsqueda de la justicia desde la convivencia jurídicamente constituida en el Estado.

I. El constitucionalismo societal

El contenido y papel de las constituciones ha tenido diversidad de abordajes y direcciones interpretativas en cuanto a la importancia de dicho instrumentos jurídico en el proceso de transformación de los sistemas jurídicos, políticos, sociales, económicos de los Estados, y la manera o efectos que han tenido en la estimación de los marcos de expectativa normativa y cognitiva en cuanto a derechos de colectivos sociales, que por sus prácticas, cogniciones, simbolizaciones, significaciones

ante los otros, se convierten en colectivos sociales de atribución diversa.

En el contexto de los Estados modernos la constitución ha rebasado el límite de atribución conceptual marcado sobre ésta aproximadamente desde 1789, a partir la Declaración de los derechos del hombre y el ciudadano, creándose policontexturaciones y multiplicidad de significados mediante los marcos de estudio que la teoría constitucional y política constitucional han generado de la constitución en el marco de los Estados-nación, Estados de Derecho, Estados constitucionales, Estados de bienestar, o en Estados globales.

En el término básico de la constitución, se puede retomar el término de Bobbio (2005) y Guastini (2001), la constitución como instrumentos que limitan el poder político del Estado con la finalidad de generar un garantía del acceso a los medios de poder y justicia que pequeñas identidades colectivas tienen para acceder a la idea de poder democrático en manos de un Estado constitucional, con el deber de garantizar los derechos de los ciudadanos en sus relaciones con el Estado de bienestar. Sin embargo en el ámbito de la reflexión propuesta por la sociología contemporánea en su punto de observación de la sociedad moderna, existe el planteamiento de Niklas Luhmann en abordar el problema de la sociedad, el derecho, la política interpretados mediante una diferenciación segmentaria y estructural, a una observación y comprensión desde la diferenciación social constituida epistémicamente por la diferenciación funcional de los sistemas; con lo anterior, nada diferente se estima también en cuanto a la constitución de los Estados modernos en la medida que es una norma específica de expectativa fáctica, la cual puede

ser observada desde los individuos o mediante las semánticas y referencias que se indican de éstas mediante lo que se comunica.

Con Luhmann se es posible concebir que el término constitución tiene fuerte relación con las actividades de comunicación que se desarrolla de ésta, y con la instrumentación de acoplamiento en expectativas normativas que se producen mediante los códigos del derecho –legal/ilegal, derecho/no derecho- en donde se logra acoplar los elementos, factores o materialidades de otros sistemas que son vinculados o no por el derecho, y por ende, por sus propios códigos y programas del derecho, la constitución formaliza de manera positiva como expectativa fáctica dichos elementos, materialidades o factores del sistema social.

Generalmente el concepto de constitución societal o social es vinculado a Gunther Teubner (2005 a, b), aunque éste autor se referencia en David Sciulli para poder conceptualizar de manera precisa la noción de constitucionalismo societal como un ejercicio sistémico de poder colectivo dentro de una sociedad civil que puede abonar la posibilidad de un orden social no autoritario bajo condiciones modernas.

“Desde su punto de vista, lo decisivo es la institucionalización social de los procedimientos de creación de normas no racionales (en el sentido del rational choice), que en el plano empírico cabe identificar en collegial formations, es decir, en las formas específicas de organización de las profesiones y de otras instituciones sociales productoras de normas y deliberativas, «habitualmente se encuentra no sólo en institutos públicos y privados de investigación, en redes artísticas e intelectuales, y Universidades, sino también en parlamentos, tribunales de justicia y comisiones, asociaciones profesionales, y, a

estos efectos, en los departamentos de investigación de compañías públicas y privadas, los cuerpos que crean normas en organizaciones sin ánimo de lucro, e incluso las direcciones de compañías públicas y privadas” (Sciulli citado por Teubner, 2005a)

Lo que en término de Sciulli citado por Teubner poner en existencia la codecisión y otras formas de democratización de segmentos sociales que ponen a las organizaciones políticas o sectoriales –formales- bajo un presión de constitucionalización de su esferas y ambientes, lo que normalmente en la teoría rawlsiana se considera como la deliberación democrática o desde la perspectiva de la teoría de los sistemas se considera como diferenciación de la sociedad¹.

“Desde la perspectiva de la teoría de los sistemas, el papel histórico de la constitución, y especialmente de sus derechos fundamentales, no se agota en someter a normas la organización estatal y en proteger posiciones jurídicas individuales, sino que consiste primariamente en asegurar la multiplicidad de la diferenciación social frente a tendencias de dominación.” (Teubner, 2005a)

Sin embargo, retomando de nuevo el concepto de constitucionalismo societal, Teubner lo presenta como *“un proceso de liberación del potencial de dinámicas altamente especializadas mediante su institucionalización social, (...) también se trata de institucionalizar mecanismo autorrestictivos frente a su expansión al conjunto de la sociedad, que en última instancia se dirige contra la propia diferenciación funcional”* (2005a); la caracterización de Teubner en

cuanto a este tipo de constituciones es por el fortalecimiento de la autonomía de esferas de acción como movimiento contrario a tendencias de dominación, *“las Constituciones se generan como contra efecto de la emergencia de esferas de acción autónomas que es típica de sociedades modernas”*. (2005a)

Ahora bien, Hernández (2014) tomando la concepción teórica de Teubner define el constitucionalismo societal como *“un conjunto de fragmentos constitucionales que regulan las actividades de los sujetos constitucionales (públicos y privados) mediante normas constitucionales entre las cuales, dada su enorme variedad, pueden surgir frecuentes conflictos interconstitucionales.”* (pág. 7): este aspecto que es tocado por Hernández es reflexionando la misma posición de Teubner en cuanto a los grandes cambios que se han generado en torno de los Estados, en especial, las tipologías y formas de vinculación e influencia de los operadores privados nacionales e internacionales, que plantean nuevas circunstancias y términos a la “cuestión constitucional” (Teubner, 2005a), u otro tipo de agentes sociales que se pueden considerar como sujetos constitucionales. Esta perspectiva es lo que ha permitido generar en el lenguaje de la filosofía política y del derecho la consideración a la existencia de otra forma de observar la cuestión constitucional, más en relación desde la sociología, la teoría social y teoría socio jurídica, como apunta Hernández: *“El debate sobre el constitucionalismo ha dejado de ser un terreno exclusivo de la Filosofía Política, de la Teoría de las Relaciones Internacionales o del Derecho para ser objeto también de la Teoría Social por medio de una nueva perspectiva de análisis y de otras herramientas analíticas.”* (2014, pág. 8).

¹ Este aspecto será abordado propiamente en el próximo apartado.

El trazado conceptualizado de Teubner en cuanto a dicho a la constitución social y la constitucionalización de las materialidades construidas por el sistema social bajo la perspectiva epistémica de la diferenciación social es lo que interesaría como metodología de orden constitucional a fin de generar el proceso de inclusión/exclusión propias del derecho a fin de confirmar dichas materialidades sociales en normas positivas de orden constitucional o de inclusión constitucional como norma de expectativa fáctica.

Pero, ¿cómo se desarrolla el proceso de constitucionalización social en un Estado moderno?, ¿cómo es posible metodológicamente incluir/excluir por parte del derecho los elementos, materialidades o factores producidos por el sistema social?

Irrenunciablemente es necesario considerar que dichas preguntas se solucionan al abordar el giro epistémico propuesto por Luhmann en cuanto a observar, estudiar y comprender la sociedad desde la diferenciación de la sociedad, la cual también se exige, desde la perspectiva de Teubner (2005 a y b) para el proceso de constitucionalización societal.

II. La diferenciación de la sociedad

La diferenciación de la sociedad, propuesta por Luhmann es un medio de observar la sociedad, más allá de la estratificación y fragmentación social que surgió para fundamentar el Estado-nación desde el siglo XV y posteriormente como mecanismo o medio de separación de los grupos sociales por condiciones políticas y económicas. La idea de Luhmann de la sociedad actual está basada sobre una diferenciación de tipo

funcional como base para la comprensión de la sociedad como un sistema² autopoietico, por el acoplamiento estructural, en donde la sociedad se produce y actúa por funciones, al igual que los demás sistemas y sus propias producciones, elementos o factores. A término de Luhmann la diferenciación de la sociedad se debe de comprender como el desarrollo actual de la sociedad moderna que ésta formada por niveles de sistemas internos –subsistemas- y por relaciones con otros

² Este concepto es importante y de giro proporcional de la comprensión de la sociedad y sus composiciones, como el derecho, la política, economía, entre otros. Para lo cual es importante definir desde Luhmann que *sistemas* “no se compone nunca de cosas (personas) sino de estados de cosa (personas) y de sus posibilidades de variación. (...) La formación del sistema trasciende a los seres humanos en la medida que se subsume al sujeto actuante en una subjetividad y, al mismo tiempo aprehende su concreción.” Luhmann, N. (2010) los derechos fundamentales como institución, aportaciones a la sociología política. Editorial Universidad iberoamericana de México. Pues desde Luhmann es posible constituir que el sistema –en su sentido y estabilidad- se da en la medida que se reconoce y existe coetáneamente el entorno, lo que constantemente se constituye la relación-diferenciación sistema/entorno: “La diferencia sistema/entorno es el punto de partida del planteamiento de la teoría de los sistemas de Luhmann. Un sistema no puede darse independientemente de su entorno, en cuanto que se constituye precisamente al trazar, mediante sus operaciones, un límite que lo distingue de lo que como ambiente, no le pertenece. Ningún sistema puede operar fuera de sus límites sin un entorno del cual distinguirse no sería posible identificar un sistema, un ámbito autónomo en el que rigen condiciones específicas, que se sustrae a una coincidencia punto por punto con los estados del entorno.” Corsi, G. (1996) Glosario sobre la teoría social de Niklas Luhmann. Editorial Universidad Iberoamericana de México e ITESCO.

sistemas -sistema/entorno- de inclusión/exclusión.

La diferenciación de la sociedad tiene su origen en la necesidad del cambio de paradigma propuesto por Luhmann en cuanto a observar, analizar o estudiar la sociedad como sistema funcionalmente diferenciado, lo que en una precisión de Nafarrate (2008) se puede considerar como la sociedad estructurada por funciones específicas o por problemas que sirve para catalizar la formación de sistemas parciales de la sociedad independiente o alejada a la concepción de asignación de similitudes y rangos, estratificación, o diferencia entre centro y periferia. Lo que enmarca Luhmann es explicar que la manera más clara de enmarcar la sociedad moderna está en entender que ésta no se da por la participación o no que tenga los seres humanos dentro de un sistema determinado, sino porque éstos constituyen un sistema autorreferente independiente a otros sistemas –social, político, religioso, económico, derecho-, y por lo tanto, la sociedad como sistema se convierte en entorno de éstos –viceversa-, con lo cual se es posible considerar que la sociedad como sistema traza los *límites* entre esto y los otros como entornos al interior de la sociedad.

“Las formas de la diferenciación se distinguen del modo en el que se trazan los límites entre sistemas parciales y sus entornos al interior de la sociedad. Son el resultado de la combinación de dos diferencias fundamentales: a) la diferencia sistema/entorno; b) la diferencia igualdad/desigualdad, relativa a la relación entre los sistemas parciales y con referencia al principio de su formación. En el curso de la evolución de la sociedad, cuatro formas de la diferenciación han desarrollado la función de estructura: la diferenciación en sistemas parciales similares (segmentación);

diferenciación centro/periferia; diferenciación jerárquica de estratos; diferenciación funcional.” (Corsi, 1996, p. 59)

Según esto, en los sistemas el trazo de *límite* que estos generan ante el entorno, que también se presentan entre los propios sub sistemas del sistema, en los cuales hay complejidades reducibles por el observador del sistema³ quien es el que logra postular un

³ La referencia a observador del sistema, para Luhmann, no se reduce a una persona – investigador, político, juez o legislador- sino que se extiende a los propios sistemas que utilizan el observar como operación recursiva para constituir distinciones e indicaciones de las operaciones que se hacen al interior de éste, otros sistemas y, entornos. Lo que pretende Luhmann es superar la condición mostrada por la epistemología clásica de los sujetos en la relación sujeto/objeto como esquema de la concepción del observado. Este autor, lo que pretende presentar es que el sistema de conocimiento en la relación sujeto/objeto se debe de transformar, pues mediante la pregunta ¿Por qué el observador tiene que ser necesariamente un sujeto?, Luhmann epistémicamente posee desde la teoría de los sistemas sociales que el observador es también un sistema que también tiene la capacidad de observar a otros sistemas, subsistemas y entorno pues porque los sistemas tiene la capacidad de ubicación reflexible al mismo nivel de los otros sistemas y de hacer distinción e indicación desde la propias operaciones observadas de los otros sistemas. El observador atribuye las selecciones al interior o exterior de un sistema (a su entorno). En ambos casos, el sistema que observa atribuye la selección al sistema observado: en el primer caso como su actuar, y en el segundo caso como su vivencia de selecciones del entorno. La diferencia está en el hecho de que el sentido experimentado se toma como constituido de manera externa, en el entorno del sistema observado, mientras el sentido de la acción se toma como reducción de complejidad por parte del sistema observado. Este aspecto de Observador/observación la pueden complementar en los siguientes libros

punto de vista sobre el problema válido para cada uno de los subsistemas de la sociedad por los lazos comunicativos, es lo que permite y posibilita la función de inclusión/exclusión - input/output- de los elementos u operaciones que constituyen las diferencias son sus entornos y subsistemas según la orientación observacional que genera el sistema. Esta nueva construcción epistémica de la sociedad es dependiente de la epistémica que igualmente constituye Luhmann, en cuanto a la diferenciación funcional.

Parte importante de la diferenciación social es la diferenciación funcional o primaria, denominada así por Luhmann y Corsi (1996) con la se genera aproximaciones a la estructuración de la sociedad moderna.

“Por diferenciación primaria de la sociedad se entiende la formación de un primer nivel de sistemas parciales y de relaciones sistema/entorno. La forma de la diferenciación primaria constituye la estructura de la sociedad.

La forma de la diferenciación establece el modo en el que en el sistema global se realiza la relación entre los sistemas parciales: tiene relación con la diferencia entre sistemas que son unos en el entorno de los otros. La forma de la diferenciación constituye la estructura de la sociedad porque establece un orden de relaciones entre los sistemas parciales, orden que preselecciona las posibilidades de comunicación. De tal manera establece los límites

de Niklas Luhmann: La ciencia de la sociedad, Universidad Iberoamericana e ITESO; ¿Cómo se pueden observar estructuras latentes? Teoría de los sistemas sociales II (artículos), Chile: Universidad Iberoamericana/Universidad de Los Lagos/Iteso; Introducción a la teoría de sistemas (Vol. 11). Universidad iberoamericana; como también en Complejidad y modernidad. Madrid: Trotta.

que pueden alcanzarse por la complejidad de la sociedad.” (p. 58)

Entonces La diferenciación de la sociedad al recaudar los aspectos importantes de la diferenciación funcional, permite ordenar que la sociedad o en el presupuesto de ordenación de la sociedad se da en subsistemas en una multiplicidad de esferas sociales que no se da por jerárquicas o por estratos, sino por el sistema comunicativo del actuar -de la acción- con sentido por ser medio de indicar las funciones –roles- propios de cada sistema social, ya que mediante de ello se puede observar y limitar los sentidos construidos de la sociedad que actúan de manera diversa, pero que desde allí se las expectativas de comportamiento, “*esto significa que la coordinación necesaria no se alcanza en el plano de la acción, sino en el plano de la expectativa diferenciada y generalizada de los contextos de acción*” (Luhmann, 2010, pág. 178)

“En esta sociedad diferenciada por funciones (o por diferenciaciones funcionales), los sistemas parciales son desiguales por la función que cada uno de ellos desarrolla. Todo sistema parcial se diferencia y se define con base a la función específica que desarrolla en la sociedad: los principales son el sistema político, el sistema económico, el sistema de la ciencia, el sistema de la educación, el sistema jurídico, las familias, la religión, el sistema de salud, el sistema del arte. La comunicación fundamental en la sociedad está por tanto estructurada alrededor de estas funciones.

Toda función se desarrolla de modo autónomo por un sistema parcial. Todo sistema parcial hipostatiza el primado de su propia función, que determina la orientación de la misma: en otras palabras, todo sistema parcial observa la sociedad a partir de la propia función. Tal orientación se estructura

por una distinción binaria, que no admite interferencias externas en la ejecución de la función. En cada uno de los sistemas parciales el código conlleva un rechazo a las distinciones de los demás sistemas, así como una aceptación de su validez en la sociedad.” (Corsi, 1996, pág. 61)

Para poner ello en contexto, normalmente se constituye el concepto de política deliberativa como una “*red de discursos y negociaciones que posibilitan la solución racional de cuestiones paradigmáticas, morales y éticas*”, según Habermas, (2000, pág. 398); ahora bien, hay que comprender que la base de dicha construcción del autor alemán enmarca dicha construcción para un estado de regulación jurídica a fin de vincular las interacciones anómicas entre extraños, cuestión que según Mascareño (2010) se constituye o se soportan en la base de culturas políticas liberales *maduras* –desarrolladas– que promueven la tolerancia y el procesamiento por medio de valores compartidos, de identidades y formas de vida en conflicto, que promueven la integración de contingencias. Entonces, ¿qué pasa con la sociedad latinoamericana o colombiana en que se han generado dinámicas políticas y de poder altamente concéntricas? Funcionalmente el concepto de política deliberativa es diferencial a la europea que a la latinoamericana, observables mediante la comprensión de los sentidos construidos, mediante los actos de comunicación, entre lo político, lo social, lo jurídico, lo económico, etc. O como ejemplifica Corsi: el sistema económico rechaza en su interior la orientación de la ciencia, pero acepta la relevancia de ésta en la sociedad. (1996, pág. 61)

“En la sociedad diferenciada por funciones, los sistemas parciales no observan al mundo de modo uniforme (como en la sociedad segmentaria) o dogmático (como en las

sociedades estratificadas). La diferencia sistema/entorno tiene un significado diferente según el sistema parcial de referencia. Cada uno de los sistemas de funciones produce selecciones según sus propias distinciones y tolera un entorno muy complejo, con base en el único presupuesto de que también las otras funciones se desarrollen” (Corsi, 1996, p. 61)

La diferenciación de la sociedad es entonces una manera de observar sistemas, como el de la sociedad, el derecho o la política como objetos de construcción de sus propias e interdependientes actos y acciones de comunicación con las que es posible estabilizarse y establecerse como sistemas de inclusión/exclusión funcional de la expectativas constituidas por el sistema psíquico de comunicación conformado por personas⁴.

El ambiente de estudio de la sociedad y su producción como lo propone Luhmann, estima la necesidad específica de la diferenciación como posibilidad de dinamismo de la sociedad ante sus problemas de conformación interna y externa en que pueden tener diferentes alternativas de solución, entonces, ¿cómo se convierte la diferenciación de la sociedad como medio funcional para elevarse a una expectativa normativa denominada constitución? EL paso siguiente para la respuesta de la pregunta se cimienta en la inclusión/exclusión.

⁴ Con Luhmann el concepto de persona se debe de comprender como estructura social que permite a la sociedad encontrar una dirección para la producción de las comunicaciones por ser mecanismo de comunicación de esta y los demás sistemas, sin reducir la concepción de persona exclusivamente a un nivel de conciencia o de cuerpo de los individuos. La explicación del concepto de persona se puede apreciar en el libro de Niklas Luhman, Introducción a la teoría de los sistemas sociales, Edición universidad iberoamericana de México, 1996.

III. La Constitución Política, herramientas de expectativas normativas de inclusión/exclusión del sistema social.

La sociedad diferenciada por su orden funcional es el criterio primario cuya base la sociedad moderna se reproduce y en el cual cualquiera puede participar de la vida social, no es aquel discriminatorio y jerárquico que caracterizaba los antiguos órdenes sociales, sino en el orden de la acción y entendimiento comunicativo, en donde todos participan como sistema y no en posición individual; pero el paso de desarrollo de la dinámica del sistema social radica en la existencia de la inclusión/exclusión.

Como indica Zamorano (2007)

“la inclusión y la exclusión social” siempre han existido, pero solamente con la modernidad éstas se transforman en problema: desigualdad, pobreza, falta de oportunidades, a las cuales, se une un desorden generalizado que conduce a la fragmentación social, constatando las dramáticas condiciones de vida de un significativo porcentaje de la población mundial. Evidentemente se trata de un problema típico de esta época histórica. Entre los tantos efectos evolutivos que ha tenido la estructuración operativa de esta forma de diferenciación, de hecho, existe también un modo del todo diverso de observar y evaluar las diferencias territoriales y sociales.”

La concepción de la inclusión/exclusión existe desde hace mucho tiempo, pero lo que Luhmann establece de ella es una re significación de su desarrollo en los sistemas sociales, este autor constituye esta figura para superar el problema de las divisiones, segmentaciones, estratificaciones de la sociedad y ponerla como presupuesto de la sociedad en que

todos pueden participar en todas las formas de comunicación que se desarrollan al interior de los sistemas, y por ende, ello es lo que permite que los sistemas generen inclusiones/exclusiones de orden físico y simbólico.

El factor de cambio de la inclusión/exclusión en los sistemas sociales nace de la modernidad como estructura social y semántica (Luhmann, 1997), más allá del orden de la sociedad capitalista, globalizada o constituida en la lo cultural o la autodeterminación del individuo,

“Para una teoría que parta de las operaciones formadoras de sistemas resulta evidente que la noción de inclusión no puede significar que en los sistemas sociales estén contenidas todas aquellas operaciones que dan continuidad a la vida (orgánica) o que reproducen la conciencia (operaciones psíquicas). Inclusión (y análogamente exclusión) puede referirse sólo al modo y manera de indicar en el contexto comunicativo a los seres humanos, o sea, de tenerlos por relevantes. Conectando con un significado tradicional del término, puede decirse también que se trata del modo y manera en que los seres humanos son tratados como «personas»” (Luhmann, 1996, pág. 123)

La concepción de inclusión/exclusión en los sistemas sociales es posible comprender en la medida que son correlacionados y presentes en la sociedad y en cualquier otro sistema funcional, como en el caso del Derecho. En consecuencia, la existencia de esta dualidad es la muestra de la existencia contemporánea de los procesos de integración que se dan en la sociedad en el contexto moderno en que no solo es la circunstancia de pertenencia o no a una estamento o implicación económica, política, social, cultural, religiosa; sino la inclusión o exclusión en la órbita de la

posibilidad de auto descripción de la sociedad mediante los criterios de acceso a la comunicación que esta establece, ya que inclusión describe las condiciones y las posibilidades de participación en la comunicación y así estimula atenciones y consideraciones, mientras que la exclusión indica lo que falta y que constriñe a la sociedad a reflexionar sobre sí misma.

En el contexto del derecho, la significación de inclusión /exclusión se regulan conforme a los criterios internos que maneja el derecho como sistema, pues ésta relación inmersa en lo sistema es configura como un meta-código con el que se constituye el proceder jurídico en la vía de igual/desigual y derecho/no derecho, en que las modalidades de conducta quedan adaptadas, interpretadas, tratadas a expectativas normativas que antes eran situaciones fácticas.

Por ende, el sentido de la constitucionalización en el ámbito del derecho como sistema, se presenta como medio normativo de reducir la contingencia de la utilización de las normas que fueron producto de las consecuencias sociales que se elevan a expectativas de normas que son llevadas al reconocimiento en el plano comunicativo social y no individual, como lo explica Luhmann (2010), puesto que, al final de la acción de la persona está es a partir del modo en que una sociedad le permite ser o no ser persona en la media que participa o no en el acto de comunicación que se desarrollan en la sociedad. En el fondo de la trama discursiva de la estructura teórica de los sistemas sociales, en la pretensión para el derecho, es necesario comprender que bajo la concepción de la modernidad es necesario comprender que la inclusión/exclusión es un criterio bi-relacional que significa que la

es posible participar dentro de los sistema y subsistemas –organizaciones, instituciones- pero no se hace parte integral de ellos en su totalidad, y por ello, se hace irrelevante la persona en éste u otro.

“La distinción entre inclusión y exclusión tiene una relevancia decisiva en la auto descripción de la sociedad, precisamente porque con base en ella se establece el criterio de acceso a la comunicación: el primer lado describe las condiciones y las posibilidades de participación en la comunicación y así estimula atenciones y consideraciones, mientras que el segundo indícalo que falta y que constriñe a la sociedad a reflexionar sobre sí misma. Esto es visible hoy en la importancia que han tomado por un lado las carreras y la orientación hacia la prestación, y por otro lado las situaciones en las cuales tienen validez criterios opuestos, como por ejemplo los ghettos suburbanos, la indigencia, las emergencias generadas por la carestía y la sobrepoblación, etcétera.” (Corsi, 1996, pág. 94)

Así en el ámbito del derecho, el derecho constitucional como sub sistema, se puede encontrar que la conformación, mecanismo de constituir las constituciones modernas que surgen mediante procesos y mecanismo constitucionales que limiten o generan apertura del sistema social y los demás sistemas con sus configuraciones semánticas que se cola en el marco de expectativa normativa superior que la Constitución como instancia normativa superior centra.

Ahora bien, el aspecto a tener presente en la construcción de una Constitución en el ámbito que se discute en el argumento teórico y conceptual que se ha venido tratando es el carácter de la Constitución Política en el Estado moderno, en especial, el contexto global de los Estados Democráticos que se

asumen ahora para Latinoamérica y Colombia ante los procesos de reconocimiento y justiciabilidad constitucional reales ante las formales.

Entonces, ¿el reconocimiento por sentencia judicial que generan los jueces constitucionales y la corte constitucional permite estimar la concepción de la constitucionalización societal? O ¿las captaciones que hacen los representantes de los partidos políticos en el congreso de la república, mediante los proyectos de ley, permiten estimar que generan inclusión total de los segmentos sociales no reconocidos en el texto constitucional, siendo esto por ende la constitucionalización societal?

Hay que comprender desde la perspectiva interpretativa que se ha venido proponiendo, que los mecanismo de reconocimiento social, elevados a ordenes normativos, no son los únicos para construir una Constitución de inclusión y de orden social, ya que la constitucionalización societal no parte de un orden estructural de la sociedad, sino funcional. Entonces, considerar que el “pueblo” es el llamado a hacer discusión y decisión sobre los asuntos constitucionales, no es el orden de discusión y consideración como herramienta para la construcción constitucional para el presente ensayo, pues aunque se formen espacios de convergencia ciudadana, de opinión, participación o decisión política del “pueblo”, la teoría de los sistemas sociales llama la atención a las formas comunicativas que se desarrollan en los sistemas sociales como sistemas autorreferenciales desde los cuales también se construyen procesos de constitucionalización.

En el sistema del derecho es posible observar que, los canales de participación tanto

formales⁵ -acciones populares, participación ciudadana, sistema electoral, la huelga, mecanismos de protección constitucional, de ejercicio de control social, etc.- , como las generadas por interpretes constitucionales que generan cargas inversa o complementarias al sistema político del Estado colombiano

⁵ En general se pueden considerar las que normativamente se constituyen como de uso de los deberes y derechos que goza el ciudadano, por ejemplo en Colombia se puede catalogar el siguiente grupos de normas de orden jurídico que pretende estimar los actos de participación ciudadana ante el orden constitucional: Constitución Política de 1991, Ley 734 de 2002, Nuevo Código Único Disciplinario, Ley 962 de 2005, Ley Antitrámites, Ley 850 de 2003, por medio de la cual se reglamentan las Veedurías Ciudadanas, Ley 689 de 2001, por la cual se modifica parcialmente la ley 142 de 1994, ley de Servicios Públicos Domiciliarios. Ley 489 de 1998, Sistema de Desarrollo Administrativo, Ley 472 de 1998, sobre las Acciones Populares y de Grupos, Ley 393 de 1997, Acción de Cumplimiento, Ley 80 de 1993, sobre Contratación, Ley 1150 de 2007, modifica la ley 80 de 1993 – contratación estatal. Ley 134 de 1994, por la cual se dictan normas sobre Mecanismos de Participación Ciudadana, Ley 142 de 1994, ley de Servicios Públicos Domiciliarios, Ley 152 de 1994, ley Orgánica del Plan de Desarrollo ley de Planeación Participativa, Ley 87 de 1993, de Control Interno, Ley 190 de 1995, Estatuto Anticorrupción, Decreto 2232 de 1995, reglamentario de la ley 190 de 1995, Decreto 1429 de 1995, reglamentario de la ley 142 de 1994, Decreto 2591 de 1991, por medio del cual se desarrolla el artículo 86 de la Constitución Política sobre la Acción de Tutela, Decreto 306 de 1992, por medio del cual se desarrolla el artículo 86 de la Constitución Política sobre la Acción de Tutela, Decreto 1382 de 2000, por medio del cual se desarrolla el artículo 86 de la Constitución Política sobre la Acción de Tutela, Directiva Presidencial No. 10 de 2002, para que la comunidad en general realice una eficiente participación y control social a la gestión administrativa.

en cabeza del congreso de la república, para ello se observa que los jueces constitucionales y la corte constitucional han venido generando dicha función, pues como indica Arango, las sentencias generadas por dichos jueces, caso especial de la corte constitucional, *“han dado fuerza a movimiento civiles y organizaciones no gubernamentales en el agenciamiento de derecho en el ámbito de la política nacional e internacional”* (2010, pág. 11); igualmente, estos actos de orden jurídico también han permitido la inclusión al derecho de una diversidad de derechos individuales, colectivos, sociales, ambientales, tecnológicos y científicos que se han gestado por vía de la los actos de participación formal y no formales – el veto social, las marchas sociales, las protestas- que se construyen en el seno del sistema social que son elevados a expectativas normativas constitucionales mediante sentencias que aprecian los hechos sociales en conflicto.

A la par de lo anterior, las transformaciones constitucionales que se han dado en Latinoamérica desde 1990 a la actualidad han venido estableciendo el reconocimiento e influencia de la sociedad en los grupos, organizaciones s instrucciones políticas en cada Estado, los cuales, mediante sus diferentes parlamentos han vinculado iniciativas de los grupos sociales del interés de inclusión de sus diferenciaciones como bases de formación normativa dentro de las constituciones o vinculando derechos –individuales o sociales- que se han dinamizado y expresado desde el orden social, ampliando el marco dogmático de derechos de la Constitución Política.

También hay que reconstituir el alcance que los medios de comunicación, mediante el denominado “golpe de opinión”, ante la

circunstancia de ser un subsistema del social que genera acciones y procesamiento comunicativos independientes de otros sistemas, como el jurídico, económico, social o político, en el que se construyen propias informaciones generadoras de expectativas e imaginarios sociales que son o no incluidos en el derecho y por ende la institución de la Constitución Política, pero sin embargo modulan o generan construcción normativa y constitucional a intereses de los medios de comunicación y sus propietarios o patrocinadores.

“los medios de comunicación han tratado de influir en el quehacer estatal, no siempre en beneficio del bien común y de la libertad de expresión como a veces se ha querido entender, sino en su propio interés y conforme a procedimientos bien lejanos de la libertad de información de los usuarios: “muchos medios de comunicación -sostiene Gregorio Peces-Barba- sirven a los intereses de sus propietarios, promueven las campañas que política, económica y culturalmente interesan a quienes pagan.” (Carbonell, 1998, pág. 45)

Ahora bien, que pasa con aquellas acciones sociales que no son puestas a un nivel de entendimiento del derecho y por ende pasan al plano de exclusión constitucional o relación constitucional, es decir que no se integran al plano del orden constitucional, pese a los actos comunicativos generados en la sociedad en una determinada temporalidad, no implica básicamente que se pierdan, olvidan o entrarían en desuso, pues éstos desde el ámbito comunicativo que se construye en la sociedad en sus diferenciaciones, permitirá hacia adelante un mejor entendimiento comunicativo para constituir las como expectativa normativa dentro de la estructura constitucional.

Entonces la constitución no es simplemente el acto de límite al poder, de establecimiento de órdenes políticos determinados, y de estructuración básica y funcional del Estado, a partir de Luhmann es posible concebir que la Constitución Política de un Estado como expectativa que anticipan normativamente lo que es normativamente de esperarse, a fin de resolver la complejidad y la contingencia del mundo.

La constitucionalización de la constitución en el marco de la sociedad moderna exige que se comprenda el punto de observación desde la diferencia funcional de la sociedad concéntrica o policéntrica en donde se generan diferenciaciones en número, variedad, o estructura interna de la sociedad en donde es necesario hacer observación integrativa de la diferenciación de la sociedad. El socio centrismo propondría una manera diferente de construcción teórica de los modelos constitucionales, e igualmente en cuanto a las herramientas de construcción constitucional desde el ámbito social, independiente del antropocentrismo jurídico.

Conclusiones

A este punto, este texto no amerita conclusiones pues realmente es parte de la necesidad de seguir explorando en el contexto de la sociedad moderna como se configura la constitución social mediante la constitucionalización societal por las acciones y entendimientos comunicativos que se gestan en los sistemas sociales; por ello lo que se genera en éste punto son simples intensiones conceptuales de conclusión.

En cuanto a la necesidad de realizar otro tipo de observaciones del derecho constitucional, en especial desde la constitucionalización

societal, es significativo comprender que esta perspectiva posee puntos de abordaje diferencial, unos construidos desde el ámbito de la justicia distributiva, justicia compensatoria y la construcción autorreferente de justicia desde la convivencia jurídicamente constituida en el Estado.

Por lo cual, la construcción de la perspectiva interpretativa de la constitución en sus herramientas de conformación, como lo es el constitucionalismo societal, se propone desde el socio centrismo que propone Luhmann mediante su teoría de los sistemas sociales, pues desde ésta se pueden observar otros medios, como los comunicativos, con los cuales se observa el proceso de constitucionalización presente en donde sistemas como los de comunicación, políticos, económicos, también han entrado a construir desde sus propios esquemas la vinculación al derecho constitucional.

Finalmente, la posibilidad de constituir desde la diferenciación de la sociedad mediante su base primaria, la diferenciación funcional, la orientación investigativa de la constitucionalización societal en número, variedad, o estructura interna de la sociedad en donde se constituyen acciones y entendimiento comunicativos que hacia el futuro, en el análisis del presente, se poseionan como expectativas normativas constitucionales.

Referencias bibliográficas

Aguilar Novoa, O. (2011). Diferenciación y contingencia en América Latina: Aldo Mascareño (2010).

Arango, R. (2010). Constitucionalismo social latinoamericano. AV Bogdandy, E. Ferrer E, E. Morales, eds., La Justicia Constitucional y su internacionalización. ¿Hacia un

IUS Constitutionale Commune en América Latina, 3-24?

Bobbio, N., Matteucci, N., & Pasquino, G. (Eds.). (2007). *Diccionario de política*. Siglo XXI.

Carbonell, M. (1998). *Constitución, reforma constitucional y fuentes del derecho de México*. Universidad Nacional Autónoma de México, INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS. México.

Corsi, G., Esposito, E., Baraldi, C., & Luhmann, N. (1996). *Glosario sobre la teoría social de Niklas Luhmann* (Vol. 9). Universidad Iberoamericana.

Ferrajoli, L. (2003). *Más allá de la soberanía y la ciudadanía: un constitucionalismo global*. CARBONELL, Miguel y VÁZQUEZ, Rodolfo (comps.), *Estado constitucional y globalización*, 2a. ed., México, Porrúa-UNAM.

Guastini, R. (1999). *Sobre el concepto de Constitución*. *Cuestiones constitucionales: revista mexicana de derecho constitucional*, (1), 161-176.

Guastini, R. (2001). *Estudios de teoría constitucional*. M. Carbonell (Ed.). Universidad Nacional Autónoma de México.

Hernández, A. J. R. (2014). *El pluralismo radical del constitucionalismo societal: La fragmentación constitucional*. *Revista electrónica de estudios internacionales*, (27), 9-16.

Luhmann, N. (1996). *La ciencia de la sociedad*. Universidad Iberoamericana.

Luhmann, N. (1996). *Introducción a la teoría de sistemas* (Vol. 11). Universidad iberoamericana.

Luhmann, N. (1997). *Observaciones de la modernidad: racionalidad y contingencia en la sociedad moderna*.

Luhmann, N. (1998). *Complejidad y modernidad*. Madrid: Trotta.

Luhmann, N. (1999). *¿Cómo se pueden observar estructuras latentes? Teoría de los sistemas sociales II* (artículos). Chile: Universidad Iberoamericana/Universidad de Los Lagos/Iteso.

Mascareño, A. (2010). *Diferenciación y contingencia en América Latina*. Universidad Alberto Hurtado.

Nafarrate, J. T. (2008). *Introducción a la teoría de la sociedad de Niklas Luhmann*. Universidad Iberoamericana.

Teubner, G. (2005a). *Globalización y constitucionalismo social: alternativas a la teoría constitucional centrada en el Estado*. trad. de M. Cancio Meliá, en Bacigalupo, S. y Cancio Meliá, M. (coord.): *Derecho penal y política transnacional*. Barcelona: Atelier.

Teubner, G. (2005b); Carlos Gómez-Jara Diez (Ed.). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Zamorano, R. (2007). *Modernidad, sociedad y constitucionalismo en América Latina*. *Revista Enfoques: Ciencia Política y Administración Pública*, (7), 109-145.

Zagrebelky, G. (2009). *El derecho dúctil: ley, derechos, justicia*. Barcelona. Editoril Trotta