

Se ha dado ya la definición de tales funciones y procede ahora entrar a examinar cada una de ellas. Con respecto a la Función Constituyente, sin embargo, aclararemos que se entregarán sólo algunas nociones generales, pues su estudio pormenorizado corresponde a la Teoría de la Constitución, tema que es ajeno a este volumen⁵⁷.

35. Criterios Orgánico, Formal y Sustantivo

Necesario es decir que las funciones estatales pueden ser consideradas desde los tres puntos de vista siguientes: Orgánico o estructural, formal o procesal y sustantivo o material. Esos ángulos pueden combinarse, como ocurre a menudo en la realidad, resultando una visión técnico-jurídica completa, cabal y estricta de cada función estatal.

Ocurre en la práctica, empero, que no coinciden las tres dimensiones o que concurren sólo una o dos de ellas. Surge así el problema consistente en saber si se ha cumplido o no la función respectiva al tenor del Principio de Separación de las Funciones que, rectamente entendido y aplicado, exige la triple concurrencia de los requisitos orgánico, procesal y sustantivo.

Cuando no se cumple aquella triple exigencia, se habla entonces de una función estatal sólo orgánica, o únicamente formal o nada más que sustantivamente considerada, dependiendo de cuál sea el elemento que ha sido satisfecho. Es decir, la función queda referida a uno o más aspectos que, sin ser los tres aludidos, concurren en el caso concreto que se examina. Obviamente, esta es una anomalía y, por ello, tampoco constituye una situación ajustada a las exigencias del Estado de

⁵⁷ El punto de vista del autor en el tópico se halla desarrollado en "Revisión de la Teoría Constitucional", III y IV Revista de Derecho de la Universidad Austral de Chile (1993 y 1994) pp. 79 a 96 y 102 a 120, respectivamente.

Derecho. Lo jurídica y políticamente correcto es que coincidan los criterios orgánico, formal y sustantivo de la función estatal respectiva⁵⁸.

36. Definiciones

Orgánicamente, una función estatal debe ser desempeñada sólo por el órgano al cual le ha sido confiada, en virtud de texto previo y expreso de la Constitución o las leyes. Cada función, en otras palabras, es ejercida por un órgano **determinado**, **distinto** de los demás, **independiente** y **separado** de ellos.

Realce merece señalar que la indicación o precisión de cuál es el órgano titular de la función es una atribución que incumbe ejercer nada más que al **Poder Constituyente** en la **Carta Fundamental**, o también al **legislador**, pero sólo cuando aquella se remite a las leyes. He aquí, entonces, un aspecto del principio de reserva constitucional o legal. Igualmente importante es observar que esa determinación del órgano tiene que constar de un texto normativo, es decir, de un principio o precepto jurídico escrito, el cual debe hallarse vigente con anterioridad a su aplicación y señalar el titular del desempeño de la función, sus atribuciones y el control a que se halla sometido su ejercicio, todo en términos expresos y no meramente implícitos o tácitos. El respeto de la **certeza o seguridad jurídica** cobra aquí, por ende, importancia decisiva para pronunciarse acerca de la validez o nulidad de lo obrado.

Formalmente, en segundo lugar, una función estatal ha de cumplirse siguiendo el **procedimiento** trazado al efecto por la Constitución y las leyes. Cada función, por lo tanto, se lleva a efecto con sujeción a iniciativas, trámites, formalidades, publicidad, transparencia, métodos o procedimientos específicos de ella, instancias de control y otros requisitos que son distintos de los que rigen respecto de las demás funciones estatales. Una función, entonces, se cumple con sujeción a un **orden preestablecido**, cada uno de cuyos elementos, trámites u órganos participantes tiene el carácter de esencial o ineludible.

Útil es hacer hincapié en la importancia de este requisito, el cual es con frecuencia menospreciado diciendo que se trata de algo adjetivo o secundario. En efecto, la formalidad es una exigencia de alta trascendencia, pues -siguiendo lo demostrado por Luhmann⁵⁹- en el Derecho las formas cumplen un rol legitimante de las normas jurídicas, rol que es irremplazable. Y de tales formas, las denominadas **formalidades** y **solemnidades** son especies, cuya trascendencia es indiscutible en ligamen con el imperativo de acatamiento, cumplimiento, ejecución, fiscal-

⁵⁸ Véase Rolando Pantoja Bauzá: *La Organización Administrativa del Estado* (Santiago, Ed. Jurídica de Chile, 1998) pp. 108 ff.

⁵⁹ Niklas Luhmann: *Legitimación por Procedimiento* (Sao Paulo, Universidad de Sao Paulo, 1980) pp. 37 ff. Véase también Martín Krieger: *Teoría del Estado* (Buenos Aires, Ed. Depalma, 1987) pp. 41 y 65.

lización, aplicación de sanciones, disfrute de los derechos subjetivos y eficacia de los deberes correlativos, es decir, de todos aquellos elementos, valores o circunstancias que infunden **legitimidad** a un sistema jurídico. El tan reclamado requisito de **transparencia** de los actos de autoridad se cumple, principalmente, en la medida que son respetadas las formalidades correspondientes.

Por eso, y recordando nuevamente lo escrito por Luhmann, debe ser reconocido que hay **procedimientos o métodos de actuación**, consistentes en una serie ordenada de trámites, ritualidades o formalidades que generan efectos o resultados **sustantivamente legítimos**. Esta última cualidad, material o de fondo, de ciertos principios y normas jurídicas depende, entonces y en alta medida, de las formalidades seguidas por el órgano para cumplir la función que le ha sido confiada. Piénsese, por ejemplo, en las reglas del proceso debido y su nexo con sentencias justas; o bien, en el procedimiento nomogénico de la ley y la regulación adecuada, eficaz y legítima de la convivencia; o, en fin, en los trámites a que se halla sometido el ejercicio de la potestad reglamentaria del Presidente de la República, entre los cuales sobresale la toma de razón por la Contraloría General.

Por último, **sustantiva o materialmente** hablando, una función estatal tiene que realizarse reuniendo cualidades de contenido determinado y para las finalidades también previstas en el ordenamiento jurídico. Cada función, en consecuencia, posee características esenciales o inherentes a ella, las cuales emanan de la sustancia, materia o contenido de los asuntos que trata, es decir, de los derechos, deberes y garantías que establece o regula para concretar objetivos político-jurídicos preasignados por la Carta Fundamental o las leyes.

Interesante es reiterar que esas dos categorías de normas jurídicas son las únicas que pueden crear y asignar **competencias**, esto es, la medida exacta de atribuciones o facultades con que se dota por la Constitución o las leyes a cada órgano público. Claro queda, entonces, que la potestad reglamentaria u otra especie de actos administrativos, los autoacordados de los Tribunales Superiores o los acuerdos de los entes constitucionales autónomos (Banco Central, Consejo de Seguridad Nacional, etc.) no pueden generar ni otorgar tal habilitación o potestad.

El **sentido completo** -podría llamárselo **perfecto**- de cada función estatal, en resumen, consiste en reunir, simultáneamente, las exigencias orgánica, procesal y sustantiva antes descritas. Si cualquiera de ellas falta, entonces el concepto técnico-jurídico estricto no se satisface, resultando una función estatal sólo orgánica, procesal o sustantivamente realizada, con los reparos y consecuencias ya descritos. En la práctica, sin embargo, esto último no es un caso raro, pues el Principio de Separación de Funciones con Frenos y Contrapesos tampoco resulta un axioma absoluto en el Estado Contemporáneo.

En definitiva, junto con insistir en que a ese Principio ya nadie le adjudica carácter rígido y absoluto, lo cierto es que tampoco es concebible terminar en el extremo opuesto. Admitir esto último sería incurrir en la confusión de funciones,

el desorden en su ejercicio, la usurpación por unos órganos de aquellas funciones consubstanciales a otro órgano o, peor todavía, caer en el desconocimiento de tan claro y beneficioso postulado político-constitucional con el perjuicio que ello acarrearía a la libertad dentro del orden por medio del Derecho.

Las funciones del Estado Contemporáneo se hallan, en consecuencia, **preponderantemente** adjudicadas, en términos de **competencias**, a ciertos órganos. Estos las llevan a cabo de manera cada vez **más compartida y menos excluyente y exclusiva**, porque así lo exige no únicamente el Principio nombrado, sino que la complejidad científico-tecnológica de las políticas y decisiones en el Estado Nación de nuestro tiempo y del futuro.

En el marco de las consideraciones expuestas revisaremos a continuación el significado de las principales funciones gubernativas. Comenzaremos por la más importante de ellas para seguir una secuencia de relevancia decreciente, calificable así al menos desde el ángulo de los principios del Constitucionalismo.

CAPÍTULO VI

Función Constituyente

Indispensable es recordar que este libro trata de la Teoría Democrática del Gobierno y no de las dictaduras ni los autoritarismos. Por eso, tampoco merece la denominación de función constituyente la usurpada a raíz de cuartelazos, motines o golpes armados, pese a que con la violencia se impongan, por un tiempo, normas sustantivas de esa jerarquía.

Más difícil es pronunciarse sobre tal función en los casos de **revoluciones**. Empero, si éstas triunfan e imponen un nuevo régimen constitucional, cabe reconocer que, pese a haber sido desempeñada inicialmente **de facto**, en relación con el ordenamiento precedente y fenecido, la función constituyente tiene que ser reconocida como legítima en la medida que respete los principios y técnicas sustantivas del Constitucionalismo⁶⁰.

37. Definiciones

Aplicando el triple punto de vista ya descrito, necesario es distinguir los sentidos orgánico, procesal y material de tal función.

a) **Sentido Orgánico.** Desde este ángulo, la función constituyente es la que desempeña el órgano constituyente. Este puede ser **natural, originario o primigenio** como el Pueblo o la Nación; o bien, **instituido o derivado**, como ocurre con el órgano complejo formado por el Jefe de Estado, el Parlamento y el Cuerpo Electoral que, en conjunto y obrando uno tras otro, ejercen la función constituyente de acuerdo a lo señalado en la Carta Fundamental vigente.

Útil es agregar que el órgano constituyente puede ser **de iure o de facto**, según sea ejercido o no con sujeción a la Constitución y las leyes vigentes.

⁶⁰ Véase Antonio Negri: *El Poder Constituyente. Ensayo sobre las Alternativas de la Modernidad* (Madrid, Ed. Libertarias/Prodhufi, 1994) pp. 17 a 46; Francisco Cumplido Cereceda y Humberto Nogueira Alcalá: *Teoría de la Constitución* (Santiago, Ed. Universidad Nacional Andrés Bello, 1990) pp. 109 ff; y Jorge R. Vanossi: *Teoría Constitucional* (Buenos Aires, Ed. Depalma, 1975) pp. 123 ff.