

FORMALISMO Y SUSTANCIALISMO

Carlos Alberto Burgoa Toledo*

SUMARIO

1. La sintaxis del formalismo y sustancialismo 2. Actos informales y actos formales
3. Forma y Sustancia 3.1. La esfera de lo decidible y esfera de lo indecidible 3.2.
Disposiciones deónticas y disposiciones constitutivas 3.3. Legalidad formal y
legalidad sustancial 3.4. Vicios de forma y vicios sustanciales 4. Estado Legislativo
de Derecho y Estado Constitucional de Derecho 4. Bibliografía

1. *La sintaxis del formalismo y sustancialismo*

La diferencia entre formalismo y sustancialismo es una conquista conceptual que ha surgido durante los últimos años para la teoría del Derecho, cuya utilidad ha dejado en claro la importancia de diferenciar la forma y la sustancia (o significado) de las decisiones, instituciones y textos normativos, ya que la trascendencia de su buen o mal desempeño en la práctica diaria genera consecuencias diametralmente opuestas.

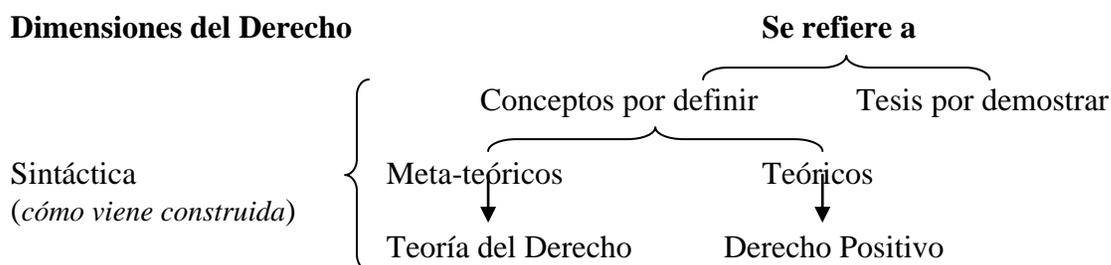
Esta diferencia definitivamente conlleva a un concepto *meta-teórico*, propio de la teoría del Derecho, al igual que lo es, por ejemplo, la diferencia entre normativismo y realismo. La diferencia entre formalismo y sustancialismo no es un concepto *teórico* del Derecho Positivo, dado que en las leyes no se plasma expresamente qué es la forma y qué es la sustancia de todos los elementos y situaciones que allí se norman, simplemente es una concepción apriorística que sirve para llevar a cabo las actuaciones y decisiones que, con base en las disposiciones y predisposiciones legales, se pueden y/o deben –o no deben- realizar.

* Doctor en Derecho por la UNAM, Coordinador del Posgrado en Derecho de la FES Acatlán UNAM, Profesor de la Universidad Panamericana y de la Facultad de Contaduría y Administración de la UNAM.

Para dejar en claro esto, es importante recordar que el Derecho se desenvuelve en tres dimensiones: sintética, semántica y pragmática, relacionadas con *cómo viene construido* el Derecho, *de qué cosa habla* y *a qué cosa/a quién sirve*, respectivamente. La primera de ellas (sintáctica), que es la importante para esta breve explicación, se refiere a los *conceptos por definir* a través de *reglas de formación* y a las *tesis por demostrar* a través de *reglas de transformación*. Mientras que las otras dos (semántica y pragmática) se refieren a la efectividad, a la validez y a la justicia del Derecho, que corresponden al punto de vista sociológico, normativo y ético-político, respectivamente. Por lo tanto, es en esta primera dimensión (sintáctica) en donde ubicaremos el concepto (no tesis) de formalismo y sustancialismo.

Para ello, es importante aclarar que existen conceptos propios de la teoría del Derecho y conceptos propios del Derecho Positivo. Por ejemplo, conceptos tales como “norma”, “expectativa”, “conformidad”, “coherencia” y muchos otros similares, son conceptos propios de la teoría del Derecho que, como tales, no se encuentran en las normas de Derecho Positivo, ya que constituyen la base conceptual doctrinaria para el desempeño y aplicación del Derecho Positivo. Por el contrario, conceptos tales como “comerciante”, “pagaré”, “costo de lo vendido”, “ingreso acumulable”, “indemnización constitucional”, entre muchos otros, son conceptos normativos con los cuales se desempeña propiamente en la práctica el Derecho Positivo.

Todo lo anterior, puede ser expuesto de la siguiente manera:



Semántica (<i>de qué cosa habla</i>)	{ Efectividad (punto de vista sociológico) Validez (punto de vista normativo) Justicia (punto de vista ético-político)
Pragmática (<i>a qué cosa/quién sirve</i>)	{ Efectividad (punto de vista sociológico) Validez (punto de vista normativo) Justicia (punto de vista ético-político)

De esta manera, podemos observar que la diferencia entre formalismo y sustancialismo se ubica dentro de la dimensión sintáctica del Derecho y se refiere a un concepto meta-teórico de la teoría del Derecho.

2. Actos informales y actos formales

Para identificar con claridad a qué se refiere la diferencia entre la *forma* y la *sustancia* de un acto, de una ley, de una decisión, de una sentencia, de una figura o institución jurídica y de cualquier otro elemento normado por el Derecho (esto es, la dimensión semántica de ambos conceptos), es importante identificar primeramente que existen dos tipos de actos (para denominar así a todos los antes referidos –leyes, decisiones, sentencias, etc.-): actos informales y actos formales.

Los *actos informales* se refiere a aquéllos que no contemplan, jurídicamente hablando, una forma determinada en las leyes. Por ejemplo, el pago, ya sea público o privado no se encuentra regulado -por cuanto a forma respecta- para fines normativos, así como tampoco sucede con el delito ni con el incumplimiento de obligaciones. Estos es, la ley no dice que para el pago de impuestos el contribuyente debe ingresar primeramente a Internet, para con posterioridad seleccionar la acción de pagos provisionales y después seleccionar la cuenta de origen, etc., así como tampoco la ley dice que para la comisión de un delito primeramente se debe desenfundar el arma pulso-cortante o de fuego y

posteriormente apuntarla directamente a la víctima, etc., así como tampoco para el incumplimiento de una obligación la ley señala que primeramente debe existir ignorancia del obligado a las peticiones del acreedor ni que posteriormente deben existir tres llamadas telefónicas o tres telegramas, etc. Nada de eso. Los actos informales son simplemente actos por ser conductas humanas, que solamente surgen sin forma alguna predeterminada por la ley, cuyas consecuencias se sancionan normativamente, tanto en manera positiva como negativa, entendiéndose por *sanciones positivas* la atribución de ventajas y privación de desventajas, y por *sanciones negativas* la atribución de desventajas y privación de ventajas.¹

Los *actos formales* a su vez, se refiere a aquéllos de los cuales se contempla, jurídicamente hablando, de una forma determinada en las leyes. Por ejemplo, el acto administrativo, en México se encuentra regulado por el artículo 3 de la Ley Federal de Procedimiento Administrativo² así como por el artículo 38 del Código

¹ “Come il male del castigo può consistere tanto nell’attribuzione di uno svantaggio quanto nella privazione di un vantaggio, così il bene del premio può consistere tanto nell’attribuzione di un vantaggio quanto nella privazione di uno svantaggio. Da questo punto di vista tanto le sanzioni negative quanto le positive possono essere o *attributive* o *privative*.” Bobbio, Norberto, *Dalla struttura alla funzione*, Roma-Bari, Editori Laterza, 2007, pp. 22-23.

² “Artículo 3.- Son elementos y requisitos del acto administrativo:

- I. Ser expedido por órgano competente, a través de servidor público, y en caso de que dicho órgano fuere colegiado, reúna las formalidades de la ley o decreto para emitirlo;
- II. Tener objeto que pueda ser materia del mismo; determinado o determinable; preciso en cuanto a las circunstancias de tiempo y lugar, y previsto por la ley;
- III. Cumplir con la finalidad de interés público regulado por las normas en que se concreta, sin que puedan perseguirse otros fines distintos;
- IV. Hacer constar por escrito y con la firma autógrafa de la autoridad que lo expida, salvo en aquellos casos en que la ley autorice otra forma de expedición;
- V. Estar fundado y motivado;
- VI.- (Se deroga)
- VII. Ser expedido sujetándose a las disposiciones relativas al procedimiento administrativo previstas en esta Ley;
- VIII. Ser expedido sin que medie error sobre el objeto, causa o motivo, o sobre el fin del acto;
- IX. Ser expedido sin que medie dolo o violencia en su emisión;
- X. Mencionar el órgano del cual emana;
- XI.- (Se deroga)
- XII. Ser expedido sin que medie error respecto a la referencia específica de identificación del expediente, documentos o nombre completo de las personas;
- XIII. Ser expedido señalando lugar y fecha de emisión;
- XIV. Tratándose de actos administrativos deban notificarse deberá hacerse mención de la oficina en que se encuentra y puede ser consultado el expediente respectivo;
- XV. Tratándose de actos administrativos recurribles deberá hacerse mención de los recursos que procedan, y
- XVI. Ser expedido decidiendo expresamente todos los puntos propuestos por las partes o establecidos por la ley.”

Fiscal de la Federación,³ artículos que señalan todos los requisitos que debe contener un acto de autoridad administrativa-fiscal para que solamente así, el acto emitido sea válido, tales como: ser por escrito, emitido por autoridad competente, que funde y motive el propósito u objeto del acto, que se dicte durante determinado número de días, entre muchos otros requisitos más.

Dicho en pocas palabras, para los actos informales no existe, por decirlo burdamente, un “instructivo”, forma o requisitos que deben cumplir, mientras que para los actos formales si existe dicha formalidad. Es por ello que a los *actos informales* se les llama *actos naturales* porque así se presentan en el mundo fáctico, mientras que a los *actos formales* se les llama *actos artificiales* porque no se presentan espontáneamente en el mundo normativo, sino que tienen determinadas exigencias para considerarse siquiera como existente en Derecho. Lo cual quiere decir que para que un acto exista en Derecho, debe contener *todos* los requisitos que las leyes establecen para reputarse apenas como presuntamente válidos,⁴ lo cual constituye sólo el primer paso del acto formal (requisitos de forma), pues como segundo paso –o filtro- se encuentra sujetos a su contenido (requisitos de fondo), ya que en caso de incumplirse cualquiera de ellos, dicha inobservancia conllevará su nulidad.

³ “Artículo 38.- Los actos administrativos que se deban notificar deberán tener, por lo menos, los siguientes requisitos:

I. Constar por escrito en documento impreso o digital...

II. Señalar la autoridad que lo emite.

III. Señalar lugar y fecha de emisión.

IV. Estar fundado, motivado y expresar la resolución, objeto o propósito de que se trate.

V. Ostentar la firma del funcionario competente y, en su caso, el nombre o nombres de las personas a las que vaya dirigido... En el caso de resoluciones administrativas que consten en documentos digitales, deberán contener la firma electrónica avanzada del funcionario competente, la que tendrá el mismo valor que la firma autógrafa.”

⁴ Presunción establecida por el artículo 8 de la Ley Federal de Procedimiento Administrativo en México así como el artículo 68 del Código Fiscal de la Federación, respectivamente:

“Artículo 8.- El acto administrativo será válido hasta en tanto su invalidez no haya sido declarada por autoridad administrativa o jurisdiccional, según sea el caso.”

“Artículo 68.- Los actos y resoluciones de las autoridades fiscales se presumirán legales. Sin embargo, dichas autoridades deberán probar los hechos que motiven los actos o resoluciones cuando el afectado los niegue lisa y llanamente, a menos, que la negativa implique la afirmación de otro hecho.”

Doctrinariamente a los actos informales los podemos ubicar dentro de la *universal exclusión*, porque la ley no les asigna forma; mientras que a los actos formales los podemos ubicar dentro de la *universal inclusión*,⁵ dada la forma que la ley les asigna.

Acto informal —————> acto natural, universal exclusión
Acto formal —————> acto artificial, universal inclusión

Que existan actos informales, no quiere decir que no estén dispuestos, previstos por la ley o que no sean regulados a través de la misma. Simplemente quiere decir que la ley no les asigna una forma determinada para su reconocimiento y existencia jurídica.⁶ No obstante, sus consecuencias y efectos están encontrados contemplados –y sancionados- por ley.

3. *Forma y sustancia*

Con lo antes dicho podemos entrar al estudio de la forma y sustancia en Derecho, para lo cual basta decir que la forma se refiere a “quién” y al “cómo”. Este último

⁵ “Ese derecho ideología constituye un sistema de “universal inclusión” cerrado, que sólo se ve a sí mismo en sus reglas y dogmas de construcción. Por lo tanto, es cierto hacia afuera, porque no ve otra realidad diversa a la construida por sí mismo. El derecho -ideología quisiera prever jurídicamente todo, pero como ello no es posible, porque el derecho no puede abarcar todo, ni todas las actividades humanas, entonces ese mismo derecho genera, a la vez, un mundo de “universal exclusión”. Es decir, genera violencia sobre el mundo de lo concreto o el mundo del lenguaje que no está previsto o sujetado por la norma jurídica. Es la violencia legitimada por sí misma, que requiere ser y expresarse para defenderse y permanecer, porque no es legítima. Lo otro, lo que queda afuera de la “universal inclusión”, se convierte como consecuencia, en “universal exclusión”, esto es, en lo que no es posible y no existe, para la inclusión aunque esté ahí... El sistema ideológico de universal inclusión se construye con base en la creación de diferencias y de distinciones, a partir de considerarse a sí misma como la única realidad, como la racionalidad del sistema, y esto implica que se excluya la racionalidad de cada uno de los individuos que integran el sistema. Por lo tanto, la “razón del sistema” sobre lo que se considera “realidad”, construye a todo lo demás ajeno, como “no realidad”; la razón de su “moral” construye a todo lo demás como inmoral”; la razón de lo que considera “derecho, construye a todo lo demás, como “ilícito.” Sánchez Sandoval, Augusto, *Sistemas ideológicos y control social*, México, UNAM, 2005, pp. 22-23.

⁶ Tal y como sucede en México, por ejemplo, con el artículo 1832 del Código Civil Federal y el artículo 76 del Código de Comercio, al decir respectivamente:

“Artículo 1832.- En los contratos civiles cada uno se obliga en la manera y términos que aparezca que quiso obligarse, sin que para la validez del contrato se requieran formalidades determinadas, fuera de los casos expresamente designados por la ley.”

“Artículo 78.- En las convenciones mercantiles cada uno se obliga en la manera y términos que aparezca que quiso obligarse, sin que la validez del acto comercial dependa de la observancia de formalidades o requisitos determinados.”

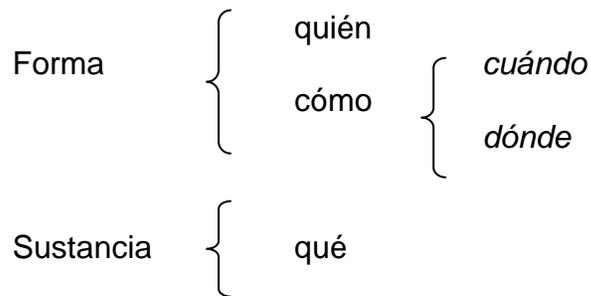
dividido a su vez en “cuándo” y “dónde”, mientras que la segunda se refiere al “qué” del acto o institución jurídica de que se habla (dimensión semántica de ambos conceptos).

Vemos así que los cuatro ámbitos de validez del Derecho se encuentran presentes aquí:

- i) El ámbito personal, referido a “quién”;
- ii) El ámbito material, referido a “qué”;
- iii) El ámbito espacial, referido a “dónde”; y
- iv) El ámbito temporal, referido a “cuándo”.

De los cuatro ámbitos antes referidos, el ámbito material representa la *sustancia* de todo acto, de toda decisión o de toda institución jurídica, mientras que los demás ámbitos representan la *forma* de los mismos.

Para dejar en claro esto, tomemos un ejemplo cotidiano del Derecho. Es garantía individual de todo individuo en todo país tener derecho a la impartición de justicia (denominado garantía de audiencia, derecho de defensa, entre muchas otras acepciones), lo cual constituye el elemento material pues se refiere a “qué” es –o en *qué* consiste- la garantía de audiencia, lo que denota su *sustancia-objetiva*. Dicha garantía se puede llevar a cabo por tribunales administrativos, penales, civiles o laborales, dependiendo de cada caso, los cuales estarán suscritos a determinada entidad federativa denotando a “quién” y “dónde” se llevará a cabo dicha garantía que es propiamente su parte *metodológica* (personal y *locativa*); asimismo, la impartición de justicia deberá llevarse a cabo con una serie de pasos concatenados unos con otros para diacrónicamente desarrollar el procedimiento y se refiere a “cuándo”, que es propiamente la parte *cronológica*, lo que lleva a concluir que tanto la parte metodológica como la parte cronológica implican el “cómo” de los actos y las decisiones, develando así en conjunto su *forma subjetiva-modal-locativa* y que en resumen se puede mostrar como sigue:



De lo antes referido, discurren varios puntos que ayudarán a robustecer los conceptos de formalismo y sustancialismo y la importancia que presentan tanto en la teoría general del Derecho como en el Derecho Positivo y su práctica real: la esfera de lo decidible la esfera de lo indecidible; las disposiciones deónticas y las disposiciones constitutivas, la legalidad formal y la legalidad sustancial, los vicios formales y los vicios sustanciales así como el Estado Legislativo de Derecho y el Estado Constitucional de Derecho.

3.1. *La esfera de lo decidible y la esfera de lo indecidible*

Dado que la parte formal se refiere a “quién” y a “cómo”, es claro que nos encontramos frente a una parte móvil o, como lo llamaría Kelsen, nomodinámica, dado que si por efectos presupuestales es necesario fusionar a los tribunales administrativos con los tribunales civiles (como es común en el Estado de México, por ejemplo), tenemos que sólo se modifica “quién” tomará las decisiones para el caso de la garantía de audiencia que hemos tomado como ejemplo. Asimismo, si los juicios requieren ser, para mayor rapidez en su resolución, juicios sumarios en lugar de juicios ordinarios, o si el legislador decide que es mejor que ciertos juicios se lleven por Internet en lugar de la forma tradicional (como ha sucedido ya con el “juicio de nulidad en línea” acorde a la Ley Federal de Procedimiento Contencioso Administrativo), es evidentemente que se modifica el “cómo”, más ello en nada afecta la sustancia de la garantía de audiencia, pues el “qué” se va a hacer sigue siendo un estándar férreo de difícil modificación o eliminación en sí mismo. Esto

es la garantía en sí misma no dejará de existir por cuanto a su esencia o contenido, aunque las reglas para llevarla a cabo si.

Es por ello que a la forma se le denomina la parte nomodinámica, dado su constancia cambio en ley mientras que a la sustancia se le denomina la parte nomoestática, dada su fijeza en la ley.

Derivado de lo anterior, a la fase nomodinámica o forma se le identifica con la *esfera de lo decidible*, puesto que son tópicos que, como su propio nombre lo indica, el legislador fácilmente puede *decidir* cambiar o modificar sin ninguna complicación, mientras que a la fase nomoestática o sustancial se le identifica con la *esfera de lo indecidible* porque se trata de tópicos que, como su propio nombre lo indica, el legislador no puede *decidir* cambiar ni modificar de forma sencilla, dado que son tópicos que fueron abordados y sentados por el legislador constituyente, allende que cualquier modificación podría traer el castigo político de deslegitimación.^{7 8}

En efecto, existen cuestiones que de las cuales no se puede decidir hacer o dejar de hacer a libre voluntad del legislador ordinario. Por ejemplo, el legislador no puede modificar una ley para decir que de ahora en adelante el domicilio de las personas ya no estará garantizado de libre invasión o violación arbitraria ya que en estos casos el legislador constituyente fue muy claro en sentar que la violación del domicilio es algo que no se puede hacer libremente y a voluntad sencilla de

⁷ También llamado “coto vedado” por Ernesto Garzón Váldez, así como también “terreno inviolable” por Norberto Bobbio.

⁸ "*Esfera de lo indecidible* es una noción simétrica y complementaria de la de *esfera de lo decidible*... la esfera de lo decidible es la esfera de competencia de las funciones políticas de gobierno, las cuales incluyen, además de las funciones de gobierno propiamente dichas, las funciones legislativas igualmente legitimadas por la representación política obviamente respetando la constitución. Por el contrario, la esfera de lo indecidible pertenece a la competencia y está regida por las funciones y las instituciones de garantía, en las cuales se incluyen, además de las funciones y las instituciones judiciales, también las administrativas de garantía, igualmente legitimadas por la aplicación sustancial y no por el simple respeto de la ley. Los poderes públicos investidos de funciones de gobierno son de hecho *poderes de disposiciones* y de producción e innovación jurídicas, legitimados en cuanto tales por el consenso popular. Los que están investidos de funciones de garantía son por el contrario *poderes de cognición*, legitimados en cuanto tales por la aplicación de la ley, o sea, por la observancia de los presupuestos legales de las decisiones, ya sean judiciales o administrativas." Ferrajoli, Luigi, *Democracia y garantismo*, Madrid, Ed. Trotta, 2008, pp. 104,107.

cualquier autoridad, lo que implica un “no hacer” o garantía individual y por tanto, es algo *indecidible*. Pero asimismo, el legislador constituyente estableció que la educación debe ser brindada por el Estado lo que implica un “hacer” o garantía social y por tanto, es algo que no se puede cambiar con posterioridad y a libre voluntad de las autoridades estatales, dado lo cual es algo *indecidible que no*.

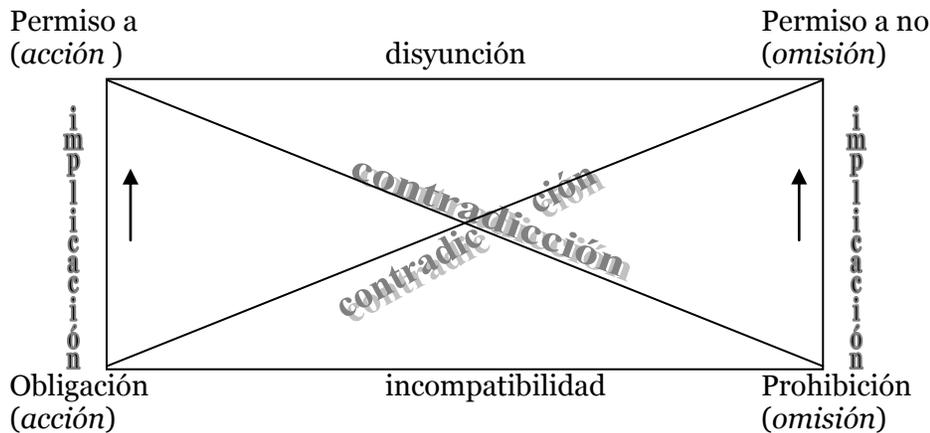
Es por ello que la esfera de lo decidible se le identifica por la porción política de los actos y las decisiones mientras que a la esfera de lo indecidible se le identifica con la porción jurídica de los actos y las decisiones.

3.2. *Disposiciones deónticas y disposiciones constitutivas*

Tomando en consideración los conceptos anteriores, advertimos fácilmente que dentro de la forma se ubica el “quién” y el “cómo”, de los cuáles, éste último se refiere a la manera en que deben ser realizadas las decisiones y actuaciones de las instituciones jurídicas, para lo cual surgen las modalidades deónticas.

La deóntica jurídica se compone de cuatro elementos: “permiso a”, “permiso a no”, “obligación” y “prohibición”. Los dos primeros denotan la libertad de las personas sobre determinada conducta y la optatividad de su realización o no, mientras que los dos segundos denotan la restricción de la libertad de las personas y su forzosa –no optativa- realización (para el caso de obligación) o abstención (para el caso de prohibición) de determinadas conductas. Estas conductas son de cuatro tipos que conllevan una acción o una omisión, una realización o una abstención.

El “permiso a” implica una realización o acción, al igual que lo es la “obligación”, mientras que el “permiso a no” implica una abstención o una omisión, al igual que lo es la “prohibición”. No obstante, pese a que existe igual signo para unos y otros (positivo y negativo, respectivamente) los “permisos” son optativos mientras que las obligaciones y las prohibiciones son “forzosas”, todo lo cual puede mostrarse con una equivalencia deóntica mediante el siguiente cuadro:

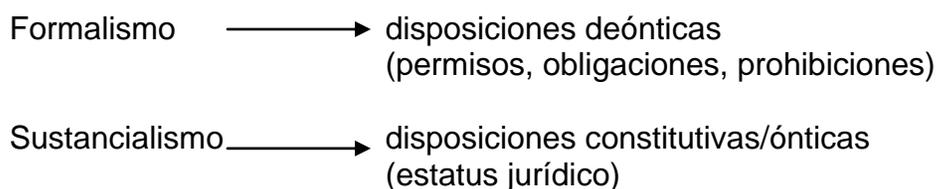


Los pares horizontales superiores (“permiso a” y permiso a no”) son optativos, mientras que los pares horizontales inferiores (“obligación” y “prohibición”) son forzosos. Asimismo, los pares verticales de la izquierda comparte el mismo comportamiento positivo (de acción), mientras que los pares verticales de la derecha comparten el mismo comportamiento negativo (de omisión).

Dichas cuatro conductas son, precisamente, el “cómo” se llevarán a cabo los actos y decisiones de las instituciones jurídicas. Se refiere a la parte en cómo se debe obrar, ya sea a través de una acción o a través de una omisión, que bien puede ser optativa para el Estado y para las personas por ser discrecional o vinculativa para el Estado y las personas por ser forzosa. Por ejemplo, estudiar una carrera técnica o profesional es una opción para la persona pues bien puede estudiar o no estudiar ninguna de ambas y quedarse con la educación básica (“permiso a” y “permiso a no”), lo que no sucede con el pago de alimentos a los hijos pues lejos de ser una opción es una “obligación” así como tampoco es optativo para las personas asesinar a otra más o no, pues constituye una “prohibición” vinculante a todas las personas. Asimismo, el Estado puede auditar a un contribuyente o no (“permiso a” y “permiso a no”) y en tales circunstancias se convierte en una opción que denota una facultad discrecional, lo que no sucede con los servicios de salud, que lejos de ser una opción son una verdadera “obligación” y por tanto, vinculantes con el Estado.

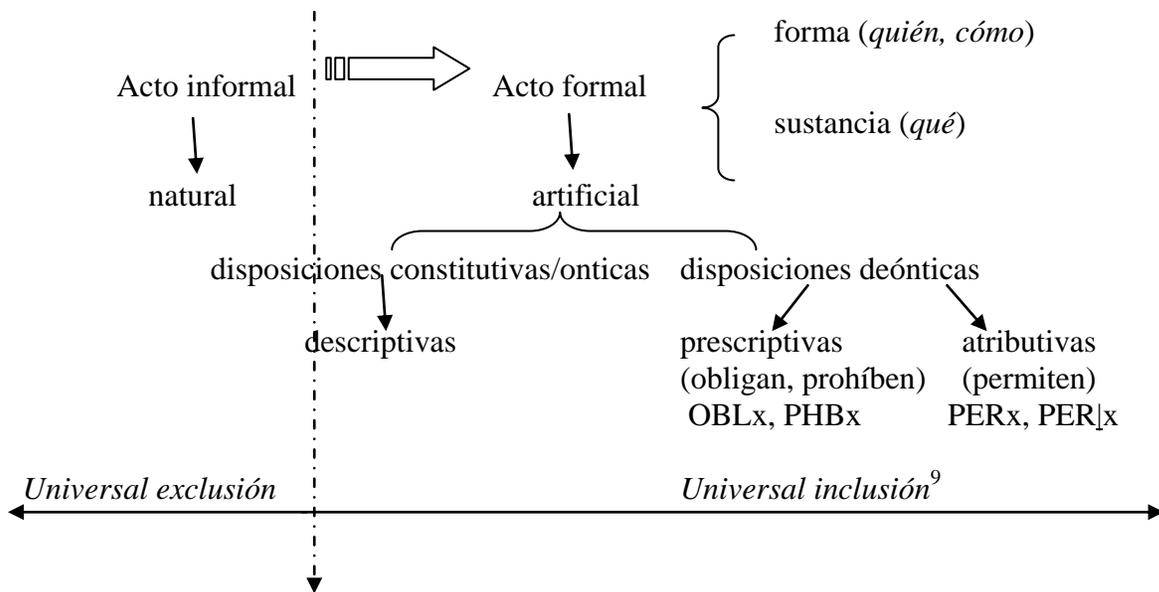
Contrario a ello, la impartición de justicia, el derecho a la salud, el derecho a la educación y muchos otros más son elementos e instituciones jurídicas férreas que no conllevan una actuación sino una esencia misma, por lo que en estos caso no arriba a disposiciones de conductas-deónticas sino a disposiciones constitutivas, de derechos u obligaciones dependiendo de que punto de vista los redacte el legislador. En estos casos no esta en pugna la conducta sino la esencia misma de las instituciones jurídicas. Es aquí en donde encontramos a la parte nomoestática que se denota por la sustancia como el “qué”.

En conclusión a ello, podemos afirmar que la forma se regula a través de disposiciones deónticas (permisos, obligaciones o prohibiciones).



En el entendido de que mientras las disposiciones deónticas regulan la situación jurídica de las personas, las disposiciones constitutivas regulan el estatus jurídico de las personas y cosas, por lo que también podría denominársele a las disposiciones constitutivas como disposiciones ónticas del Derecho.

Con los conceptos anteriores, es posible elaborar el siguiente esquema:



3.3. Legalidad formal y legalidad sustancial

Derivado igualmente de todos los conceptos anteriores, es posible arribar ahora a la conclusión de que existen requisitos de forma y requisitos de fondo –o sustanciales- de los actos y decisiones de las instituciones jurídicas.

Los requisitos más comunes de forma del acto de autoridad es que esté por escrito, que sea emitido por autoridad competente, que contenga la firma del funcionario que lo emite y que identifique al destinatario del acto, mientras que dentro de los requisitos de fondo está, sin duda el más importante, que el acto este fundado y motivado, lo que implica las razones de hecho y de Derecho que se tuvieron en cuenta para la emisión del acto y la decisión en él contenido.

De esta manera, podemos hablar de una *legalidad simple, mera legalidad o legalidad formal* cuando en el acto o decisión se cumplen solamente los requisitos de forma, en tanto que podemos hablar de una *legalidad compleja, estricta legalidad o legalidad sustancial* cuando el acto o la decisión contienen no sólo los requisitos de forma sino también los requisitos de fondo –o sustanciales-.

⁹ Burgoa Toledo, Carlos Alberto, *La interpretación de las disposiciones fiscales*, México, Ed. Dofiscal, 2011, p. 405.

Sin embargo, hoy en día es común que determinados actos sólo cumplan requisitos de forma cuando se trata, principalmente, de simples actos de gestión, de trámite o instrumentales, como sucede con las notificaciones, invitaciones o demás actos no determinantes. En dichos casos, no es posible exigir una sustancia puesto que la naturaleza jurídica misma del acto no la requiere. Sin embargo, en los actos decisionales (de gravamen) y definitivos sí se requiere de una sustancia dado que generarán consecuencias jurídicas en la esfera jurídica de sus destinatarios.

Actos instrumentales/de gestión	—————→	legalidad formal
Actos definitivos o decisionales	—————→	legalidad formal/sustancial

Lo que en sí mismo conlleva a una *aplicación formal* o *aplicación sustancial* de la ley.

Un ejemplo de *aplicación formal* de la ley es el matrimonio, porque un juez del registro civil no realiza un análisis sustancial de los papeles que se le presentan para celebrarlo pues solamente aplica la ley (siempre que se cubran los requisitos que la ley pide). Por lo tanto, si una pareja desea contraer matrimonio y cumple todos los requisitos, el juez del registro civil no puede argumentar algo más allá de la ley para negarlo, no puede argumentar que duda que el varón sea de buena reputación o de que vaya a ser buen esposo, simplemente los casa y emite el acta de matrimonio. Igualmente sucede con el registro de un recién nacido. El juez del registro civil no puede argumentar que duda de que el varón en verdad sea padre del menor o de que vaya a ser buen padre a futuro, simplemente -cumpliendo los requisitos de forma de ley- lo registra y emite el acta de nacimiento. La notificación es otro buen ejemplo de una aplicación formal.

En cambio, el ejemplo típico de *aplicación sustancial* es la emisión de sentencias en juicio. Son actos que desarrollan un estudio y análisis al fondo de los asuntos puestos

a estudio en donde la respuesta para las partes sí puede derivar en un “sí” o en un “no”. En estos casos, el juez sí puede argumentar la verdad o falsedad de los hechos y también la legalidad o ilegalidad (licitud-ilicitud) de los mismos.¹⁰

Es por tanto que el formalismo y el sustancialismo adquieren nuevos tintes, no sólo en la parte descriptiva o interpretativa del Derecho, sino también en su parte prescriptiva y aplicativa que trasciende más allá de la teoría (estudio *in abstracto*) a la realidad misma (estudio *in concreto*).

3.4. *Vicios formales y vicios sustanciales*

Con lo antes dicho, es también posible mostrar que un acto o decisión puede estar viciado por cuanto a la forma o por cuanto a su sustancia, partiendo de que son actos formales. Es por ello, que se habla de vicios formales, cuando se incumplen los requisitos de forma y de vicios sustanciales, cuando se incumplen requisitos de fondo.

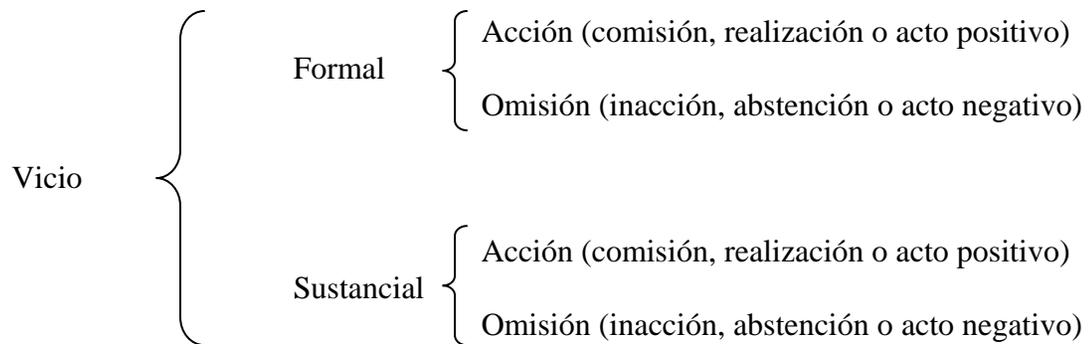
Los vicios de forma se refiere al incumplimiento o inobservancia de las disposiciones formales (como lo sería la firma del funcionario, la identificación del contribuyente, etc.), mientras que los vicios de fondo se refiere al incumplimiento o inobservancia de las disposiciones sustanciales (la deducciones de ciertas erogaciones y su correlativo acreditamiento, principalmente). Lo importante a conocer de estos dos tipos de vicio es qué conducta predomina ¿una acción o una omisión? En ambos tipos de vicio es posible que se presenten conductas positivas (de acción) o negativas (de omisión).

En los vicios formales generalmente predomina la omisión (por ejemplo, la ausencia de firma en un documento de autoridad o la falta de fundamentación y motivación –ausencia de razones y/o cita de preceptos legales- respecto de la competencia del autor del acto o de la decisión), mientras que en los vicios sustanciales predomina la comisión o acción (por ejemplo, la indebida

¹⁰ *Ibidem*, p. 37-38.

fundamentación y motivación, en donde sí se citan razones de hechos y preceptos legales, pero no son acordes a la realidad).

Lo antes dicho puede mostrarse de la siguiente manera:



Así, cuando se habla de indebida fundamentación y motivación de un acto o de una decisión, es porque sí se utilizaron artículos de ley pero éstos en nada se relacionan con los hechos o con la real finalidad de la ley, y se refieren al fondo del asunto y por lo tanto es un *vicio sustancial*. Sin embargo, cuando se habla de falta de fundamentación y motivación, se trata de la ausencia de dichos elementos, por lo que al no saberse siquiera a qué hechos o a qué significados de la ley se refiere el acto o decisión de autoridad, se convierte en un *vicio formal*.

Para dichos efectos, es importante dejar en claro que para que un acto sea *formalmente legal*, debe cubrir todos y cada uno de los requisitos de forma (fecha, firma del funcionario, identificación correcta del contribuyente, etc.), mientras que para que sea *sustancialmente legal* debe cubrir por lo menos alguno de los significados aceptados o sentados por jurisprudencia o criterios que emitan los Tribunales respecto de la ley (lo que en la tradición romano-canónica se conoce como *jurisprudencia* y en la tradición del *common law* como “*court cases*”).

Lo anterior, se puede representar de la siguiente manera:

Acto o decisión de autoridad



Requisitos formales

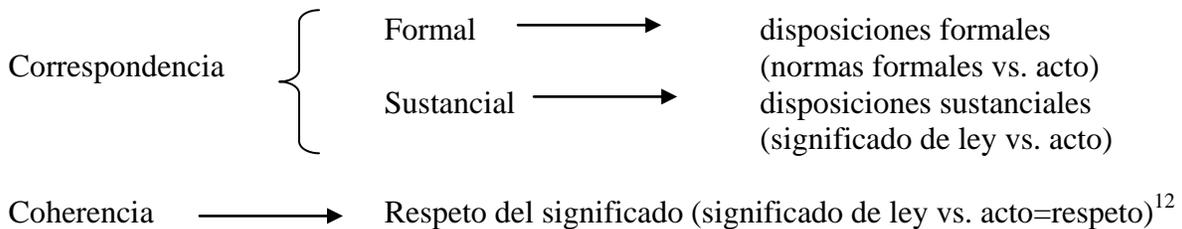
- Firma de la autoridad
- Identificación del domicilio del destinatario
- Competencia de la autoridad
- Identificación del destinatario
- normas de procedimiento

Requisitos sustanciales

- Fundamentación y motivación
- Propósito u objeto del acto

Es por ello que debemos afirmar que un acto o decisión puede revestir *correspondencia* la cual deriva en dos sentidos:

- Correspondencia formal* o conformidad si se ajusta a la forma que le exige la ley, esto es, a disposiciones formales; y
- Correspondencia sustancial* o *subsunción* si se ajusta a la sustancia; y
- Coherencia*, si el acto o la decisión si su contenido respeta el significado de la ley.¹¹ Todo lo cual nos lleva al siguiente esquema:



¹¹ “Abbiamo così altri quattro termini... a) la ‘*corrispondenza*’ tra norme sulla produzione e forme o significati degli atti prodotti, correlativa ad ‘applicazione’ ed equivalente alla somma logica di ‘conformità e di ‘sussunzione’; b) la ‘*conformità*’ o ‘*corrispondenza formale*’ tra la forma di un atto formale e questo quel requisito di forma previsto dalle norme formali, correlativa ad ‘applicazione formale’; c) la ‘*sussunzione*’ o ‘*corrispondenza sostanziale*’ dei significati di una decisione sostanziale; d) la ‘*coerenza*’, infine, tra i significati di una decisione e le norme sostanziali sulla sua produzione, correlativa a ‘rispetto’ e nei riguardi della quale la sussunzione, come l’applicazione sostanziale nei riguardi del rispetto, è chiaramente una sotto-classe.” Ferrajoli, Luigi, *Principia iuris, Teoria del diritto e della democrazia, 1. Teoria del diritto*, Roma, Editori Laterza, 2007, p. 562.

¹² Burgoa Toledo, Carlos Alberto, *op. cit.*, p. 506.

Por lo que al hablar de “conformidad” nos referimos, como su nombre lo indica, solamente a la *forma*, mientras que hablar de “coherencia” nos referimos a su significado, *sustancia* o fondo.

3.5. Estado Legislativo de Derecho y Estado Constitucional de Derecho

Dicho todo lo anterior, finalmente es posible culminar diciendo que un Estado de Derecho se denomina así por la existencia de reglas o normas; no obstante, dicho concepto puede ser entendido de manera *débil* o *fuerte*. Es débil el concepto de Estado de Derecho cuando se trata sólo de la existencia de un conjunto de leyes, independientemente de su contenido, esto es, adherido sólo a su *forma*, lo que en nuestros días implica la representación política a través del Congreso o Parlamento, lo que implica que las leyes *por* decidir se realicen de acuerdo a las leyes *para* decidir. No obstante, el concepto de Estado de Derecho es fuerte cuando se trata de la existencia de leyes cuyo contenido se adecua a los principios y valores Constitucionales, esto es, adherido además de a su forma, también a su sustancia o fondo, lo que respectivamente se conoce como Estado Legislativo de Derecho y Estado Constitucional de Derecho.¹³ Lo que a su vez denota la existencia de una democracia formal y de una democracia sustancial. La democracia formal se requiere al “quién” y al “cómo” de las decisiones legislativas,

¹³ “Con la expresión <<Estado de Derecho>> se entienden, habitualmente, en el uso corriente, dos cosas diferentes que es oportuno distinguir con rigor. En sentido lato, débil o formal, <<Estado de Derecho>> designa cualquier ordenamiento en el que los poderes públicos son conferidos por la ley y ejercitados en las *formas* y con los procedimientos legalmente establecidos... En segundo sentido, fuerte o sustancial <<Estado de Derecho>> designa, en cambio, sólo aquellos ordenamientos en los que los poderes públicos están, además sujetos a la ley (y, por tanto, limitados o vinculados por ella), no sólo en lo relativo a las formas, sino también en los *contenidos*... La tesis que pretendo sostener es que estos dos significados corresponden a dos modelos normativos diferentes: el modelo paleo-iuspositiva del *Estado legislativo de Derecho* (o Estado legal), que surge con el nacimiento del Estado moderno como monopolio de la producción jurídica, y el modelo neo-iuspositiva del *Estado constitucional de Derecho* (o *Estado Constitucional*), producto, a su vez, de la difusión en Europa, tras la Segunda Guerra mundial, de las Constituciones rígidas y del control de constitucionalidad de las leyes ordinarias.” Ferrajoli, Luigi, “Pasado y futuro del estado de derecho” en Carbonell, Miguel (comp.), *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid, Ed. Trotta, 2006, pp. 13-14.

mientras que la democracia sustancial se refiere al “qué” de las decisiones legislativas.¹⁴

Es por todo ello que el formalismo y el sustancialismo se confirman como elementos políticos y normativos, respectivamente, de las decisiones y acciones correspondientes a todas las instituciones (incluyendo aquí las garantías) de Derecho.

4. Bibliografía

BOBBIO, Norberto, *Dalla struttura alla funzione*, Roma-Bari, Editori Laterza, 2007.

BURGOA TOLEDO, Carlos Alberto, *La interpretación de las disposiciones fiscales*, México, Ed. Dofiscal, 2011.

CARBONELL, Miguel (comp.), *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid, Ed. Trotta, 2006.

FERRAJOLI, Luigi, *Democracia y garantismo*, Madrid, Ed. Trotta, 2008.

_____, *Principia iuris, Teoria del diritto e della democrazia, 1. Teoria del diritto*, Roma, Editori Laterza, 2007.

SÁNCHEZ SANDOVAL, Augusto, *Sistemas ideológicos y control social*, México, UNAM, 2005.

¹⁴ “En cuanto forma de gobierno, ésta es definida por un conjunto de reglas que tiene que ver, para usar el lenguaje simplificador y clarificador de Bobbio, con el *quién* y el *cómo* de las decisiones políticas –a quién corresponde decidir, y basándose en qué procedimientos–, no con el *qué cosa*, con el contenido de esas decisiones.” Bovero, Michelangelo, *Una gramática de la democracia*, Madrid, Ed. Trotta, 2002, p. 45.