

00721
297



**UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA
DE MÉXICO**

FACULTAD DE DERECHO

SEMINARIO DE DERECHO ADMINISTRATIVO

**EL ORDEN PUBLICO EN EL DERECHO
FAMILIAR**

T E S I S

QUE PARA OBTENER EL TITULO DE :
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A :
FUENTES MEDINA GERARDO

ASESOR: DR. JULIAN GÜITRON FUENTEVILLA





Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis esta protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.

PAGINACIÓN DISCONTINUA



**FACULTAD DE DERECHO
SEMINARIO DE DERECHO ADMINISTRATIVO**

Ciudad Universitaria, D.F., a 22 de septiembre 2003

**ING. LEOPOLDO SILVA GUTIERREZ
DIRECTOR GENERAL DE ADMINISTRACION ESCOLAR
P R E S E N T E**

El pasante de esta Facultad, FUENTES MEDINA GERARDO, con número de cuenta 9531693-2 ha elaborado la tesis denominada "EL ORDEN PUBLICO EN EL DERECHO FAMILIAR", bajo la dirección del Dr. Julián Güitrón Fuentesvilla y la cual a mi juicio cumple con los requisitos reglamentarios del caso.

Ruego a usted ordenar lo conducente para que se continúen los trámites inherentes para que dicho pasante presente el examen profesional correspondiente, en caso de no existir inconveniente para ello.

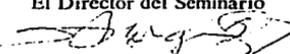
Transcribo acuerdo del Consejo de Directores de Seminarios, según circular SG/003/98, de la Secretaría General:

"El interesado deberá iniciar el trámite para su titulación dentro de seis meses siguientes (contados de día a día) a aquél en que le sea entregado el presente oficio, en el entendido de que transcurrido dicho lapso sin haberlo hecho, caducará la autorización que ahora se le concede para someter su tesis a examen profesional, misma autorización que no podrá otorgarse nuevamente sino en el caso de que el trabajo recepcional conserve su actualidad y siempre que la oportuna iniciación del trámite para la celebración del examen haya sido impedida por circunstancia grave, todo lo cual calificará la Secretaría General de la Facultad".

Reitero a usted las seguridades de mi consideración y respeto.

"POR MI RAZA HABLARA EL ESPÍRITU"

El Director del Seminario


**PEDRO NOGUERON CONSUEGRA
LICENCIADO EN DERECHO**



c.c.p.- Lic. Fernando Serrano Migallón.- Director de la Facultad de Derecho.- presente.

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**

b

México, Distrito Federal, a 11 de septiembre del 2003.

LIC. PEDRO NOGUERÓN CONSUEGRA
DIRECTOR DEL SEMINARIO DE DERECHO ADMINISTRATIVO
DE LA FACULTAD DE DERECHO DE LA U. N. A. M.
P R E S E N T E .

Muy distinguido señor Director:

Habiendo tenido el privilegio de que usted me designara asesor de la tesis del pasante en Derecho, Gerardo Fuentes Medina, quien ha realizado un trabajo denominado: "El Orden Público en el Derecho Familiar"; una vez que lo ha concluido y lo he revisado, me permito comunicarle los motivos y las razones por las que le otorgo mi voto aprobatorio, para que sea sometido a su consideración y de no existir inconveniente para ello, usted lo autorice para presentar el examen correspondiente, para obtener el título de licenciado en Derecho.

La investigación realizada por Gerardo Fuentes, tiene como características su originalidad y ser además, un tema de vanguardia. Lo ha dividido en cuatro capítulos, desarrollando con una sistemática adecuada, la aplicación de los métodos histórico, dialéctico, jurídico y gramatical. En el primero, revisa los antecedentes histórico-legislativos del orden público en el Derecho Familiar, desde Grecia hasta México.

Al referirse a los diversos conceptos y definiciones que existen de orden público, en el capítulo segundo, estudia desde sus orígenes etimológico, gramatical, sociológico, académico, jurídico y jurisprudencial.

Aplicando los métodos inductivo, deductivo y comparativo, analiza las diferencias y semejanzas entre orden público, interés público, general y social. Destaca la utilidad pública, la nacional y la social y termina refiriéndose al dominio público y al beneficio público y social.

En el capítulo tercero, revisa el orden público y las teorías que lo explican y lo justifican; entre otras, hace el estudio dogmático de esta figura; las teorías que definen su naturaleza jurídica, la clásica, las descriptivas, las conceptuales, las de elemento concreto, las de noción de orden público, las de la ley imperativa y las teorías de la suplantación; todas ellas referidas a la figura central de esta investigación que es el orden público en el Derecho Familiar.

Después, enumera en forma pormenorizada, los elementos del orden público, subrayando los generales y los específicos, así como las nociones de orden público, los fines que persigue y su naturaleza jurídica, dentro del sistema jurídico mexicano.

Termina la investigación, aplicando el orden público al Derecho Familiar. Diferencia, según los juristas más trascendentes en esta materia, los conceptos de Derecho Público, Privado y Familiar. Razona los criterios de distinción entre estas ramas jurídicas y fundamenta la autonomía del Derecho Familiar, en las tesis sustentadas por juristas como Antonio Cicu, Roberto de Ruggiero y las aportaciones que de manera modesta en esta materia, ha hecho el suscrito.

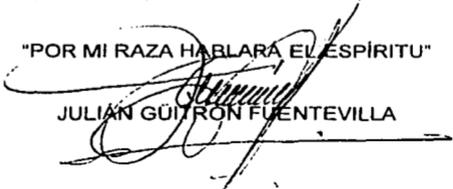
Revisa como ejemplos vivos, las normas familiares y el orden público, destacando que la familia es el núcleo fundamental de la sociedad, que aquél garantiza el cumplimiento de las normas vinculadas a la célula social y cita como ejemplo, las normas del nuevo Código Civil para el Distrito Federal, en vigor desde el 1 de junio del año 2000 en esta ciudad capital, haciendo además una prospección, al destacar respecto al Derecho Familiar, cuáles son los nuevos retos sociales que con base al orden público, debe satisfacer.

Su trabajo en los aspectos formales, lo ha sustentado en una bibliografía de sesenta y siete libros que incluyen monografías; tratados y ensayos generales; dieciséis cuerpos de leyes, entre las más importantes en orden público en Derecho Administrativo y en Derecho Constitucional; dieciocho Diccionarios y Enciclopedias, para terminar con una consulta hemerográfica, lo que desde nuestro punto de vista, le da un carácter científico y sistemático a la investigación realizada por el pasante Gerardo Fuentes Medina.

De manera especial, queremos subrayar la posición ideológica que sostiene el autor de este trabajo, con la cual demuestra, por medio de su investigación, que el orden público es ahora una realidad; no es simplemente una especulación doctrinaria, sino que es derecho positivo vigente, que como tal obliga y el Código Civil vigente en el Distrito Federal, es el primero en el mundo, que le da contenido de orden público a las normas fundamentales de la familia. Finalmente, en diecisiete conclusiones, resume el pasante Fuentes su trabajo con una sistemática y metodología adecuadas; lo cual nos permite otorgarle una calurosa felicitación, haciéndola extensiva a usted, como Director del Seminario de Derecho Administrativo, porque esta clase de trabajos recepcionales, del más elevado nivel académico, que se elaboran en su Seminario, le dan un gran sentido, proyección y justificación a nuestra "Alma Mater".

Aprovecho la oportunidad para reiterarle mi invariable afecto y leal amistad.

"POR MI RAZA HABLARA EL ESPÍRITU"


JULIAN GUTIÉRREZ FUENTEVILLA

d

A la Universidad Nacional
Autónoma de México, orgullo de
nuestra Nación, baluarte de la
cultura mexicana y eterno
productor de ilusiones.

**A mi madre, Señora María Refugio
Medina Portillo, por darme una
existencia a base de amor, confianza y
cariño. Gracias por todo mamá.**

F

A mi maestro, Dr. Julián Güitrón
Fuentevilla, guerrero ineluctable,
ejemplo de virtud, esfuerzo y
gallardía.

A todos mis maestros, porque con
sus enseñanzas, consejos y
correctivos, han hecho que mi
vida, la dedique a la justicia.

A mi tío, Pedro Medina Portillo, y su esposa, Elia Vincent López, por el apoyo a mi señora madre y demostrarme que en su familia, había cabida para un miembro más.

A mi tía, María Concepción Medina Portillo, por las horas de cuidado infantil.

A mi tía, Alejandrina Medina Portillo, que aunque no está con nosotros, la recuerdo con el cariño y respeto de siempre.

h

**A la Familia Medina
Vincent, por dejarme ser uno
más de ustedes.**

**A la señora Blanca Calva
Medina e hija, por el
apoyo y cariño brindado.**

**Al señor Julián Calva
Medina y familia, por
los momentos gratos
vividos.**

**A la familia Santos Calva,
gracias por el apoyo, la
comprensión y el cariño.**

**A mi querido primo,
Jorge, porque, aún sin
saberlo, formaste gran
parte de mí. Siempre
juntos.**

**A la familia Calva
Chalico, por los
momentos felices de
la vida que hemos
compartido.**

J

**A Selene Ruvalcaba
Hernández, porque tu
presencia es una inagotable
efigie inspiradora. Te quiero.**

**A mis amigos: José Luis,
Rosalba, Luis, Anel, Jonathan,
Rosa, Gabriela, Hugo, Jazmín,
Berenice, cómplices de sueños y
aventuras.**

A todos los que creen en mí.

k

INDICE.

Páginas.

Introducción. I

Capítulo Primero: Antecedentes históricos-legislativos del orden público en Derecho Familiar.

A) Grecia.	1.
B) Roma.	6.
C) España.	23.
D) Francia.	29.
E) Italia.	34.
F) México.	36.

Capítulo Segundo: Conceptos y definiciones de orden público.

I. Diversas definiciones de orden público en los siguientes ámbitos:

A) Etimológico.	51.
B) Gramatical.	52.
C) Sociológico.	54.
D) Académico.	58.
E) Jurídico.	70.
F) Jurisprudencial.	72.

II. Diferencias y semejanzas, entre el orden público y los siguientes conceptos:

A) Orden Público, Interés Público, General y Social.	79.
B) Utilidad Pública, Nacional y Social.	82.
C) Dominio Público.	87.
D) Beneficio Público y Social.	89.

L

Capítulo Tercero: Análisis jurídico del orden publico y diversas teorías que lo explican.

I. Estudio dogmático del orden público.

A) Teorías relativas a la naturaleza jurídica del orden público.	91.
1) Teoría Clásica.	91.
2) Teorías Descriptivas.	95.
3) Teorías Conceptuales.	95.
4) Teorías del Elemento Concreto.	97.
5) Teorías de la noción de orden público.	97.
6) Teoría de la Ley imperativa.	101.
7) Teorías de la Suplantación.	103.

B) Elementos del Orden Público.

1) Elementos Generales.	105.
2) Elementos Específicos.	108.

II. El orden público dentro del sistema jurídico mexicano.

A) Noción del orden público.	111.
B) El orden público y sus fines.	129.
C) Naturaleza Jurídica del Orden Público.	130.

M.

Capítulo Cuarto: Orden público y su aplicación en el Derecho Familiar.

I. Derecho Público, Derecho Privado y Derecho Familiar.

A) Distinción entre las ramas jurídicas mencionadas.	144.
1) Autonomía del Derecho Familiar.	148
a) Tesis de Antonio Cicú.	148.
b) Tesis de Roberto Ruggiero.	150.
c) Tesis de Julián Gutiérrez Fuentevilla.	154.
2) Sus características jurídicas.	156.
B) Las normas familiares y el orden público.	
1) La Familia como núcleo fundamental de la sociedad.	158.
2) El orden público como garante de las normas de derecho familiar.	163.
a) Código Civil para el Distrito Federal del año 2000.	164.
3) Derecho Familiar, orden público y los nuevos retos sociales.	167.
Conclusiones.	170.
Bibliografía.	180.

INTRODUCCIÓN.

El presente trabajo recepcional, tiene el objetivo de contribuir al desarrollo del Derecho. Éste, a lo largo de la historia, dinámico; objeto de estudio mutante reaccionario a distintos cambios sociales. El Derecho nació dentro de la sociedad, para regir y, en su caso, juzgar, los actos que entrañaran una posible vulneración de la misma; en sus valores, estructuras e instituciones. Esta íntima relación entre sociedad y derecho, puede ser observada con mayor nitidez en cuanto al orden público. Empero, esta figura, que en el mundo jurídico está investida de polémica, enfrenta graves inconvenientes, originados por la reticencia e ignorancia, en casi todos sus ámbitos: constantemente, los abogados, se cuestionan acerca del origen, naturaleza, requisitos, aplicación y efectos de esta figura jurídica, concluyendo, las menos de las veces, en postulados que por su generalidad, resultan inanes en el adoctrinamiento del orden público, sin embargo, otros terminan, la más de las veces, en argumentaciones que olvidan la esencia de éste. Ahí, está el significado de realizar un trabajo acerca del orden público; motivar y fundar qué es el orden público en Derecho, es lo que llevará al lector a las siguientes páginas.

En un principio, la interrogante parece fácil, sin embargo, en ello radica el desatino de algunos, al considerar al orden público, como una parte más del Derecho público. No hay razón para argüir tal cosa. El orden público es una figura jurídica, que en su análisis, presenta una rezago intelectual, en relación con otras instituciones jurídicas mayormente profundizadas en su conocimiento. Los doctrinarios, juristas, jueces y en general, los litigantes versados han dejado la investigación del orden público, para mejor momento. Ese instante ha llegado, así lo pide la sociedad. Ésta, de acuerdo a los tiempos álgidos, necesita mecanismos tendientes a proteger el interés colectivo y, por ende, protegerse a sí misma.

Parte de la vulnerabilidad social, está relacionada con la familia. El núcleo familiar es un instrumento social fundamental, lo que nos lleva a pensar las mejores formas de su protección. Preliminarmente, podríamos determinar al orden público, como égida de las relaciones familiares, si embargo, aquí es donde se concentra la mayor contrariedad, pues

existen quienes pretentan, que la familia y el orden público, en razón a su naturaleza, son inaplicables entre sí.

De esta manera, podemos sintetizar el contenido del presente trabajo, en dos interrogantes: qué es el orden público y si se puede aplicar a las disposiciones familiares. Tales pretensiones son complicadas de materializar, pero atendemos al sentido social imperante que nos impone la protección de la sociedad. Los estudiosos de la ciencia jurídica, no podemos postergar su análisis, ya que, el orden público, representa un fundamento básico para el desarrollo de una sociedad moderna.

La tesis se compone de cuatro capítulos. Cada uno analiza factores imprescindibles, para un adecuado entendimiento del orden público. Dentro del primero, el lector encontrará la evolución histórica de dos figuras; la familia y el orden público. Sólo así, se puede lograr concebir la trascendencia de aplicar el orden público, a las normas familiares, toda vez que éstas han sido vilipendiadas y protagonizadas por el hombre, dejando a los demás miembros del seno materno, en el desamparo que otorga la injusticia. Quién podría afirmar, que el deterioro de grandes civilizaciones, ejemplo romanos, egipcios, fenicios, no se debió, entre otras cosas, al deterioro de las relaciones familiares y con ello, a una pérdida de valores irreparables. Los ejemplos son claros. Conociendo las experiencias, narradas a través de la historia, podemos adelantarnos; prevenir futuras consecuencias fatales, que sin ser extremista, podrían cimbrar la estructura social hasta consumirla.

El segundo capítulo tiene un sentido más informativo; ya que, en él, se desglosa el significado del orden público, en varios aspectos: etimológico, gramatical, jurídico, académico y jurisprudencial. En ellos, el orden público ha dejado una estela de desconcierto, que aunado al conformismo del algún sector del Derecho, al consentir dogmas en torno a ciertas figuras jurídicas como el orden público, ha originado un desconocimiento lamentable al respecto. Cabe mencionar que también, de manera injustificada, algunos doctrinarios han dado al orden público, una sinonimia con: interés, beneficio, utilidad y dominio público.

En el tercer capítulo, acaso el más importante, el lector podrá encontrar repuestas a cuestiones medulares del orden público, entre ellas: ¿ cuál es su naturaleza jurídica?, ¿ cómo y cuántos son los elementos del orden público?, ¿ cuál su noción dentro del sistema jurídico nacional?, ¿ en qué materias se concibe su aplicación?. En la medida que el lector conozca las respuestas, en gran parte estará estudiando al orden público, como una figura jurídica en su totalidad.

Por último, el cuarto capítulo lo hemos reservado para sostener que el Derecho familiar y el orden público no solamente son compatibles, sino indispensables para la protección de la familia. Dada la jerarquía social de la familia, es una obligación del Estado, su protección. El binomio creado por el orden público y las disposiciones familiares, tiene que ser vislumbrado a luz de una nueva perspectiva del Derecho familiar, y el esclarecimiento del orden público, en tanto figura positiva, de nuestro sistema jurídico.

El autor.

Capítulo Primero

Antecedentes histórico-legislativos del orden público en Derecho Familiar.

A) Grecia.

Las civilizaciones humanas, a lo largo de la historia, en gran medida han contribuido a desarrollar el Derecho en su concepción general. Dichas aportaciones han dejado impregnada la idiosincrasia de sus autores. Por antonomasia, Grecia se caracterizó por su evolución en las ciencias humanistas; verbigracia la Filosofía, la Literatura, la Sociología, entre otras. Sin embargo, los progresos en la rama jurídica, fueron escasos parangonándolos con el impulso que otras civilizaciones otorgaron al Derecho.

No obstante, sería un terrible error ignorar las peculiaridades del sistema jurídico griego; so pena que el estudio en cuestión resulte lacónico. En este orden de ideas, resulta inútil analizar algunos otros sistemas jurídicos más complejos, sin investigar sus orígenes. Efectivamente, el Derecho griego significa, de alguna manera, una parte esencial de las instituciones que una vez codificadas consolidaron el Derecho romano.

Para algunos autores, el Derecho romano fue el primer sistema normativo que instituyó entre sus preceptos, la figura que hoy conocemos como orden público. Empero, esta tendencia de generalizar el inicio de varias instituciones legales desde el Derecho romano, ha causado inevitables vacíos en el estudio, de las referidas figuras jurídicas en otras civilizaciones. Bajo esta tesis, partimos, en la elaboración de este inciso para identificar los elementos, si existen, que permitan dilucidar la interrogante: ¿ En el Derecho

griego existió el orden público?. Para contestar correctamente, es menester formular una nueva pregunta: ¿Qué es el orden público?. Si pudiéramos contestar categóricamente en este momento, carecería de sentido seguir con la investigación en la tesis, ya que el presente documento cuenta, entre sus objetivos principales, explicar jurídicamente la noción de orden público. Podemos argüir que el orden público, en un sentido estricto y simple, es una limitante dentro de las relaciones familiares a la voluntad de las partes, en aras de salvaguardar el interés superior establecido por el Estado: la seguridad social.

En un inicio, la civilización aquea domino a los pueblos del Mediterráneo. Su estructura social dependía de los señoríos territoriales; grandes extensiones habitadas por un grupo de personas y gobernadas, cada una, por un rey, a las que se les llamó: *genos*. Esta figura tuvo una naturaleza plurifuncional; fue una unidad política, religiosa, y económica. En el ámbito legal, “se distingue entre un derecho familiar consuetudinario (‘themis’) y un derecho interfamiliar fundado sobre arbitrajes y decisiones judiciales (‘dike’)”¹. La fuente del derecho esencial, para cada *genos* era la costumbre. Ésta fue obligatoria solamente para los miembros del grupo donde estaba instaurada, ya que cada *genos* tenía sus propias costumbres. Obligando a que el orden normativo se amoldara a las costumbres de cada pueblo. Esta estructura impidió la generalización de las normas jurídicas, dejando la sistematización legal al arbitrio de los líderes tribales. La primera manifestación del orden público, como garante de la seguridad social, se dio en el derecho penal. “La perturbación de las costumbres, el atentado contra la seguridad y el orden del clan, constituyen delitos”.² Pese a la ausencia, característica de la época, de norma jurídicas formales los actos en contra de la seguridad y orden del clan eran sancionados. Por medio de la costumbre, los reyes de cada *genos* interpretando los designios de los dioses protegían la integridad de cada miembro, logrando en su conjunto mantener la seguridad civil esencia del orden público. Es prudente destacar, que esta noción de orden público estaba representada como un elemento de seguridad pública. Dentro del Derecho griego, en una primera fase, el orden público fue sinónimo de tranquilidad social, siendo inadaptable a las relaciones del orden familiar.

Con el movimiento comercial que se produjo en el siglo XVIII a. C, con el cual la

¹ ELLUL, Jaques. “*Historia de las Instituciones de la Antigüedad.*” Editorial Aguilar, España, 1970, p. 19

² Op cit. p. 19

sociedad adoptó el sistema feudal; las autoridades desarrollaron un gobierno basado en la autocracia. Sin embargo, las relaciones familiares estaban fuera de su poderío, "...nadie tenía derecho a sustituir al padre de familia para juzgar en el interior de su familia."³ Aunque históricamente sólo reconoce una voluntad soberana, la del gobernador o señor feudal, ésta tiene eficacia en el sector público, ya que en el ámbito privado específicamente en la familia, la voluntad del padre era autónoma. En otras palabras, dentro de la familia el orden público no existió, el Estado a través de sus representantes no reguló las relaciones familiares. Ante el liberalismo imperante la familia registró cambios importantes a saber; la situación de la mujer dentro de la Familia, y en general dentro de la sociedad, fue más restringida, quedando bajo la patria potestad del padre o del marido. Con la aplicación del orden público, como limitante de la voluntad individual, el Estado, en nuestro tiempo, puede impedir que se lesionen derechos fundamentales dentro de la familia sin embargo, bajo un sistema individualista, verbigracia el aqueo, constantemente quedan garantías sin salvaguardar.

Sobre el desarrollo homogéneo, la invasión doria durante la segunda mitad del siglo XI a C., produjo un efecto contradictorio. "El fraccionamiento que se produjo fue extremado; con los dorios no hubo ni unidad nacional, ni unidad religiosa o lingüística"⁴. Sin embargo, la estructura social en la sociedad doria fue muy parecida a la aquea. La ecúmene doria se agrupó en *heterías*, que estaban formadas por varias familias. La autoridad soberana dentro de las familias la ejercía el padre.

Esparta y Atenas, fueron las ciudades más representativas del mundo griego. Ambas se edificaron bajo la influencia de los dorios y marcan el inicio de las *polis*. Organizada en ciudades, la sociedad logró tener mayor influencia en la relaciones del Derecho privado. La sociedad con la anuencia del Rey (única autoridad), paulatinamente, intervino en el Derecho familiar y, posteriormente, en el mercantil. Las relaciones familiares empezaron a ser reguladas por el Estado, protección que resultó ambigua por la naturaleza del Derecho existente, "...el Derecho griego no era un Derecho relativamente unificado como el romano: cada polis tenía su propio derecho..."⁵ El orden público como regulador de las relaciones

³ Ibidem, p. 21.

⁴ Ibidem, p. 23

⁵ FLORIS MARGADANT, Guillermo. "Panorama de la Historia Universal del Derecho". 5ª ed., Editorial Porrúa, México, 1996, p. 60

familiares, tenía como principal limitante el territorio. El independentismo, característica de las polis, no sólo fue político, religioso y económico, sino que englobó al sistema legal impidiendo unificar al Derecho griego, por ello, la Familia solamente fue protegida por el Estado, en las polis en donde el sistema legal lo permitía.

En este orden de ideas, aunque el poder político lo detentaba el Rey, a lo largo de la historia griega existió, otro, que a pesar de ser más restringido, tenía el mismo resultado sobre quienes recaía. El Rey, por la naturaleza de su encargo, tenía la responsabilidad del bienestar, en sentido macro, del pueblo. Sin embargo, el jefe de familia, con una potestad absoluta, guiaba los destinos de los miembros en su núcleo. En todos los aspectos, el predominio del poder político sobre el familiar fue indiscutible, empero éste dejaba libertad de actuación, en la rama familiar, al segundo. Es verdad que en la historia griega, solamente estuvo reconocido, como superior, el poder que ejercía el Rey sobre sus súbditos. No obstante, *de facto*, dentro de la familia también existió una voluntad señera: la del jefe de familia, quien decidía sobre los más elementales derechos de su familia, incluso el de la vida. Todos los ciudadanos dentro de la polis, legalmente estaban obligados a respetar la autoridad real, y aquellos que pertenecían a una familia, aparte estaban obligados a someterse a la voluntad del jefe de familia. El predominio de éste en las relaciones familiares se transmitía bajo estrictas costumbres. Es posible que ante un griego, el poder sufriera una dicotomía; por una parte de forma externa el del Rey, e internamente el ejercido por el jefe de su familia. Esta situación representó una barrera para la aplicación del orden público. Hemos referido, que en Grecia el orden público significó un fundamento para la seguridad pública y un escudo para la permanencia del Estado, en otras palabras, su aplicación se abocó al sector público. Tomando en cuenta la división del poder, a la cual estuvieron sujetos los ciudadanos griegos y la inadaptabilidad del orden público, dentro del ámbito privado, el Estado no pudo controlar las situaciones familiares, condicionando la protección de los miembros de la familia, al arbitrio del líder de la misma.

Aunque la *genos* siguió operando, fuera de las ciudades, poco a poco perdieron importancia. Podemos afirmar que la situación familiar estaba regulada bajo dos preceptos distintos: bajo el régimen de las polis, el Estado tenía ingerencia en las relaciones familiares. Empero en la *genos*, "...el padre era el rey en su casa; el poder absoluto pasaba del jefe del

'genos' al jefe de la familia. Disponía, según el Derecho, de la vida y la libertad de los miembros de la familia. Podía repudiar a su mujer y exponer o vender a sus hijos; era juez en su casa".⁶

La monarquía, sistema de gobierno de varias ciudades, consiguió consolidar el poderío del Rey. Continuamente éste, por sus decisiones transformaba la monarquía en tiranía. Sin embargo, en el transcurso de los siglos IX y VIII a C., el cambio en los sistemas políticos fue radical. Con la participación de los líderes de las *genos*, la población mayoritariamente inconforme optó por la aristocracia como forma de gobierno. Podemos mencionar, que la aristocracia no se adoptó en todas las ciudades griegas; no obstante en la regulación jurídica de la familia no existieron reformas trascendentales, salvo el florecimiento de la cultura normativa, en ciernes, dentro del derecho griego.

La democracia, por naturaleza, es el sistema político que permite la participación de la comunidad en la resolución de la problemática social. Sin embargo, en ocasiones el sentido de la libertad, propio de las civilizaciones democráticas, impide a las autoridades controlar en su totalidad a la población. De hecho, el costo de la transformación política fue alto, desencadenando problemas sociales considerables. En el ámbito familiar, en algunas ciudades como Atenas, se observa una crisis. Esta ciudad al paso de los años, se había convertido en una polis próspera; su economía empezaba a atraer a la población rural. Con el crecimiento demográfico, además de convertirse en un problema, se registraron varios abandonos de recién nacidos. El relativo control estatal, logrado anteriormente, sobre la familia, fue inoperante ante el liberalismo cada vez más arraigado.

La costumbre, fuente primitiva del derecho griego, y el incipiente progreso normativo, permitieron regular algunos aspectos familiares. Por ejemplo, el matrimonio, el divorcio y la patria potestad. Los pensadores políticos, verbigracia Sócrates, Protágoras, contribuyeron a fomentar una nueva idea de la ley. Durante siglos, la ley había estado ligada a aspectos religiosos. Muchas veces, la voluntad de los dioses marcaba los destinos de sus súbditos. No obstante, los pensadores con su mística impoluta, impulsaron un cambio en la idiosincrasia griega. Sin dejar de lado enteramente su aspecto espiritual, la ley se empezó a

⁶ ELLUL, Op Cit, p. 36

relacionar más con la polis. Sin duda con esta tendencia, la naturaleza de la *nomos* (ley) desarrolló una tendencia antropocéntrica. El derrotero continuó en una constante evolución del sistema jurídico. "...la ley aparece esencialmente como la limitación del poder-ilimitado en sí mismo- de la autoridad. Las leyes son, pues, instrucciones dirigidas a los magistrados para proteger a los ciudadanos contra la arbitrariedad"⁷. Recordemos que inicialmente el orden público es determinante para salvaguardar los intereses de la sociedad.

La situación familiar no fue reglamentada bajo el orden público, por algunas situaciones. La naturaleza del derecho griego salvo determinadas excepciones, no tuvo una sistematización pertinente. En sus principios se basó en las costumbres propias de cada pueblo. Con la construcción de las polis, la población comenzó a agruparse dejando a las autoridades la protección de distintos aspectos de importancia para la colectividad, entre ellos la familia. Sin embargo, la regulación consistió en determinar lineamientos formales en el desarrollo de las relaciones familiares, sobreviviendo la autoridad absoluta de los jefes de cada familia, en el ejercicio de los derechos de sus miembros. La autoridad no pudo lograr controlar las relaciones internas dentro de la familia, se limitó por medio de la ley, a señalar derroteros generales.

B) Roma.

En la antigüedad es en Roma, donde el Derecho debe ser apreciado en su máxima expresión. La civilización romana estuvo asociada con un desarrollo intenso y continuo. Cada una de las civilizaciones que ha registrado la historia en sus anales, en distintos grados, han contribuido al impulso del conocimiento universal. Semejante canon, se refleja con mayor atingencia en el esplendor característico de la cultura itálica. La grandeza romana, se plasmó en muchas de las ramas del conocimiento. Sin embargo, en materia jurídica, el progreso fue trascendental. Tal mejora permitió la creación de un sistema jurídico, en el cual muchos países, en la actualidad, basan su ordenamiento legal.

El Derecho romano es el origen de muchas instituciones jurídicas, que gozan de positividad en sociedades modernas. Para consolidar su emporio, los romanos tácticamente

⁷ Idem

recurrieron a la colonización de otros pueblos. Lo que arrojó una transculturación, a la cual Roma se acogió obteniendo los mejores resultados. Con el desenvolvimiento intelectual de las culturas dominadas y su actitud innovadora, los romanos inscribieron una de las páginas más gloriosas de la historia del Derecho.

Para los efectos del presente trabajo, el Derecho romano reviste una importancia inusitada. Dentro de sus preceptos se fundamenta la primera Teoría del orden público, en la actualidad la más aceptada. No obstante, abocarnos solamente a esta conjetura nos provocaría inducirnos en un análisis, por los postulados del Derecho romano, finito, con la posibilidad de pasar por alto, argumentos sobre el tema central de la tesis. Por ello es necesario realizar un análisis sobre la historia del Derecho romano, haciendo hincapié en aquellos ordenamientos jurídicos de mayor importancia. De lo anterior, es vital determinar el objeto de nuestra búsqueda. Por principio de cuentas, es evidente que estaríamos en la actitud de localizar los preceptos de orden público; pero si tomamos como cierta la hipótesis, que asegura que el origen del orden público se encuentra en Roma tenemos dos concepciones de la institución referida. A priori, podemos determinar que dentro del Derecho romano existen dos nociones distintas del orden público. La primera, ligada a la seguridad pública del Estado, mientras que la segunda va dirigida a la protección de ciertas figuras sociales, fundadas en la potestad estatal, salvaguardando el interés general.

Para un completo estudio dentro de los postulados del Derecho romano es necesario seguir un sistema. Parte de la complejidad de estudiar sistemas jurídicos magnos, p.e el romano, es la extensión de los mismos. La forma más aceptada por reconocidos juristas es dividirlo por etapas. Son tres etapas que engloban la historia del Derecho Romano, que a continuación desarrollaremos.

- PRIMERA ETAPA.

Sería inútil inmiscuirnos en los recovecos de la civilización romana, sin que con anterioridad nos adentremos en sus orígenes. Las batallas bélicas marcaron los acontecimientos en la antigüedad. Por cada conflicto armado, se producían determinadas secuelas sociales. Una de ellas fue el constante movimiento humano en busca de lugares que

hicieran posible un desarrollo en condiciones pacíficas. En este orden de ideas, en esta época se registró un movimiento dinámico entre los pueblos hasta ese tiempo conocidos. Los inicios de la civilización romana, intrínsecamente, están relacionados con este fenómeno social.

Fue trascendental la injerencia que los primeros pobladores tuvieron sobre esta etapa del Derecho Romano. “Los pobladores latinos que, a partir del siglo VIII a. C, se van estableciendo en las siete colinas, son los Quirites, que van a dar su nombre al derecho más primitivo de Roma: *el Derecho Quirritiano*.”⁸ Como es de suponer, el derecho mantenido por estos pueblos carecía de normas jurídicas formales. La tradición consuetudinaria era la norma superior que se transmitía de generación en generación. De tal suerte, es factible observar un sistema jurídico, fundamentado en las costumbres de los pueblos quiritanos.

Después de grandes campañas bélicas, los etruscos terminaron por imponerse a los demás pueblos. Durante el dominio de esta civilización fueron dos los acontecimientos políticos que destacaron: “... la organización política en tribus, centurias y gentes y la aparición de la plebe”⁹ En otras palabras, fueron los etruscos quienes establecieron por vez primera, una sociedad que aunque era primitiva, con el tiempo se convertiría en las grandes ciudades romanas. La sociedad incipientemente constituida adolecía de una estabilidad social. Por ello, los Reyes etruscos para consolidar la organización política se basaron en las estructuras latinas en gens y familias. En el mundo jurídico, la aportación etrusca no fue menor. Anteriormente a esta civilización el sistema jurídico como tal, era prácticamente inexistente. Tenía a la costumbre como su fuente única, y ante la disparidad de las mismas, cada pueblo se regía por normas disformes. Los etruscos constituidos en gens, unidad política afianzada sobre los lazos de sangre, impulsaron normas de carácter general. A cada gens correspondía un territorio extenso, es decir el lugar en el cual sus normas jurídicas eran positivas. “Era un pequeño Estado...el conjunto de derechos que reconocía y garantizaba a sus miembros era el *ius gentitatis*”¹⁰

⁸ VILLORO TORANZO, Miguel. “*Del Derecho Hebreo al Derecho Soviético*.” Editorial Escuela Libre de Derecho, México, 1989, pp. 90-91.

⁹ Op cit, p., 91.

¹⁰ Idem.

Como toda unidad social hasta ese momento conocida, el *paterfamilias* era la máxima autoridad. En materia familiar destaca la realización, por parte del *paterfamilias*, del estatuto familiar. En dicho ordenamiento se decretaba el celibato de sus miembros, la exposición de niños, el matrimonio, entre otros. El *paterfamilias* dentro de su gens, no tenía limitantes judiciales. Evidentemente la intervención de las autoridades en las relaciones familiares no fue para proteger a la Familia. No se aplicaba el orden público.

En esta época prolifera la organización de bandas conjuntas por lazos de sangre y dirigidas por *paterfamilias* llamados *paterfamilias*. Estos grupos funcionan como *gentes* para grupos extraños, el *paterfamilias* protegía a los pueblos más débiles ante ellos éstos asumían su autoridad. En este sentido el poderío de los jefes de familia era absoluto, inclusive tenía la prerrogativa de dar muerte a cualquier miembro, limitándose solamente por aspectos costumbristas. El Derecho de Familia sigue reflejando los principios de carácter político.

El panorama anterior no cambió, sino con la aparición de las *civitates o urbes*. Dichos grupos humanos deben su origen a la cultura etrusca, pues con la invasión este pueblo trajo consigo un nuevo modelo de ciudad. “ El Derecho de esta nueva unidad política es el Derecho quirritario, mezcla de las viejas costumbres latinas con las decisiones que los reyes toman para dar solidez a la federación de familias en la unidad de la *urbs*. No es un derecho teórico sino un Derecho fundado en los hechos....”¹¹ El *ius connubi* y *ius commercii* fueron los órdenes legales que regían la voluntad de los ciudadanos en las *civitates*. No se trata de normas que regulen las relaciones privadas dentro de la familia, solamente establecen los lineamientos entre individuos pertenecientes a diversas familias de ciudadanos.

Sin una regulación interna, los miembros de la familia se encontraban en un estado de indefensión. El *paterfamilias* podía cometer toda clase de tropelías; a una vida paupérrima estaban destinados los miembros de la familia. Empero, pese a lo incongruente e injusto que pueda resultar este sistema, para beneficio del *paterfamilias* es prudente acotar que también esta forma de organización estaba moralmente aceptada. No obstante, con el objeto de brindar garantías jurídicas a los miembros familiares en la historia del Derecho romano,

¹¹ IGLESIAS, Juan. “*Derecho Romano*”. 10 ed., Editorial Ariel, España, 1958, p. 46.

aparecen las *legis action* y que significaban los procedimientos pacíficos para que los ciudadanos hicieran valer los derechos derivados por las costumbres. La regulación jurídica familiar, pendía de la aplicación exclusiva del *paterfamilias*, de las costumbres luego entonces, quienes se amparaban bajo la protección de las *legis action*, no encontraban mucha seguridad jurídica, ya que las costumbres imperantes marcaba, al *paterfamilias* como máxima autoridad dentro de la familia. La protección que se desprendía de las *legis action*, impedía que el *paterfamilias* pudiera realizar acto alguno, que no estuviera en las costumbres, aunque éstas por sí mismas, fueran un contrasentido para la evolución del orden público, en el Derecho familiar.

“ Podríamos decir que en esta fase predomina una noción voluntarista del Derecho”¹². Ad litteram, este aserto parece resumir la situación del Derecho romano: ante un orden jurídico formal en ciernes, la aplicación de las normas legales, sustentadas la mayoría en la costumbre, dependía de la voluntad del *paterfamilias*. Es también visible la influencia que la religión ejerció sobre el Derecho. Los romanos tenían en alta estima la voluntad de sus dioses, se creía que todas las cosas eran hechas a la voluntad de sus deidades. El carácter divino en la cultura romana alcanzó al Derecho arrojando como consecuencia su esencia sagrada. Los pontífices se convirtieron en improvisados exegetas del derecho, interpretando las normas jurídicas con una tendencia empírea. Con ello, los sacerdotes se convertirían durante mucho tiempo, en los juristas romanos.

Muy pronto los problemas de las *civitas* requerirían soluciones de fondo. Pero sería un conflicto interno, entre patricios y plebeyos, el que activaría la producción de normas jurídicas. Ante las injusticias reiterativas, los plebeyos, uniendo sus fuerzas confabularon una huelga general, y con dos huidas al Monte Sagrado, impulsaron la primera legislación del mundo antiguo, que marca el inicio de la segunda etapa del Derecho romano.

- SEGUNDA ETAPA.

Está caracterizada por la creación de una de las legislaciones de mayor trascendencia en la historia del Derecho romano. Anteriormente, los romanos habían adoptado la tendencia

¹² VILLORO TORANZO, Op Cit, p. 93.

griega. El derecho estaba basado en las costumbres de los pueblos, pero no se contaba con documentos jurídicos. "Extraordinaria importancia tuvo en la historia de Roma la Ley de las Doce Tablas (*lex duodecim tabularum*) que constituye el verdadero punto de partida del derecho romano escrito"¹³

Pese a la gran publicidad que obtuvo en su tiempo, la ley de las Doce Tablas tuvo un destino fatal. En el año 387 a. C., los galos incendiaron Roma; sin contar las pérdidas humanas, el patrimonio jurídico romano fue el más afectado, porque entre las llamas, se consumieron las tablillas que contenían el mencionado conjunto normativo. Mediante grandes esfuerzos, los tratadistas basándose en citas textuales -de juristas, historiadores, literatos connotados en la época- han logrado reproducir fragmentos del contenido de la Ley de las Doce Tablas, contiene normas jurídicas, cuyo objetivo principal, fue igualar la condición jurídica entre patricios y plebeyos. Por ello es factible localizar preceptos jurídicos innovadores de la cultura jurídica romana.

Como su nombre lo indica, son doce, las tablas que conforman el cuerpo normativo de la ley aludida. En cada una de ellas, se engloban reglas de diversas ramas jurídicas. La división de las tablas fue la siguiente: "De la I a la III se sancionaba el Derecho procesal, la IV contenía el Derecho de Familia, la V regulaba las Sucesiones, la VI las cosas, la VII el Derecho Agrario, la VIII el Derecho Penal, la IX el Derecho Público y la X el Derecho sacro. Las últimas dos tablas complementaban a las ya existentes"¹⁴

Para los efectos de este trabajo, es necesario analizar la Tabla IV con detenimiento. Con el título: "Los poderes del padre de Familia", el listado normativo contiene formulismos en relación a, las potestades del pater familias, la emancipación, el plazo de gestación; y que se representan en cuatro normas jurídicas.

"El hijo deforme o monstruoso, debe ser muerto inmediatamente", *ad litteram* establece la primera regla de la Tabla IV. Para el Derecho Romano, como para cualquiera que siga el modelo romano-germánico, existen sujetos y objetos de derecho. Con un

¹³ CHURRUGA, Juan. "Introducción Histórica al Derecho Romano". 6 ed., Editorial Universidad Deusto, España, 1992, p. 40.

¹⁴ HUBER OLEA, Francisco. "Diccionario de derecho Romano". Editorial Porrúa, México, p. 169.

razonamiento lógico, podríamos descartar, de antemano, a los objetos de Derecho. Sin embargo, en Roma, existieron personas físicas, que jurídicamente fueron consideradas objetos o bien cosas: nos referimos a los esclavos. No es menester determinar las causas de la esclavitud romana, basta con mencionar que ésta podía ser hereditaria, por cautividad de guerra, mientras que en materia civil, según la Ley de las Doce Tablas, se podía caer en esclavitud por la negativa a inscribirse en los registros del censo, falta al pago de los impuestos, no participar o desistirse del servicio militar, entre otras. Los sujetos de derecho se dividían en personas físicas y morales. A las segundas, al no congeniar su naturaleza con el sentido de la oración, las podemos descartar. Lo anterior centra nuestra atención en las físicas.

Para ser considerado persona jurídica, en el Derecho romano, se requerían ciertas condiciones; "Para la existencia de las personas físicas el derecho requiere que nazca viva, viable y con forma humana"¹⁵. Ahora estamos en posibilidad de comprender el precepto jurídico que nos atañe. Es decir, si para ser considerado persona se requería nacer vivo y viable, entendiendo por vivo en el Derecho romano cualquier movimiento de la persona y por viable que la persona naciera sin defectos, en otras palabras que no fuera monstruoso o deforme. Se puede entender que cuando una persona no reuniera los dos elementos, como no era considerado persona, no debiera vivir. No obstante, esta situación representa un retroceso para la figura del orden público. Anteriormente el Estado, como ente soberano, emitía disposiciones tanto estructurales como funcionales para su propia conformación. Ese era el orden público, figura que se aplicaba en derecho público. Para la familia y algunas otras instituciones de derecho privado la responsabilidad estatal se traspasaba a los jefes familiares. Es decir el Estado no intervenía, beneficiando o perjudicando, las relaciones familiares. Sin embargo con la regla en boga, establecida en la tabla IV, el Estado a través de la ley, perjudicó a la familia al formalizar en una norma jurídica, costumbres que tenían aplicación en ciertas zonas de la geografía romana. Al reglamentar la muerte de personas físicas, no obstante sus condiciones, el Estado laceró el Derecho Familiar; e incluso generalizó en el territorio romano, ésta aberrante práctica.

¿ Se estaba violando el orden público? Para contestar, es conveniente profundizar

¹⁵ BIALOSTOSKY, Sara. "Panorama del Derecho Romano". 3ª ed., Editorial UNAM, México, 1990, p. 52.

más en el tema. La noción de orden público en la antigüedad romana, dista en demasía, con la que en la actualidad contamos. Los romanos aplicaron normas jurídicas para la seguridad del Estado y sus instituciones, éstas se conocían como orden público, porque se impedían desmanes sociales, quedando intacto el orden público. Por ello podemos afirmar que la protección a las figuras jurídicas de Derecho Privado, verbigracia la familia, se constriñó a establecer normas formales, sin lograr el bienestar de los miembros de la familia. De ahí, que aunque las normas familiares establecidas en la Ley de las Doce Tablas fueran atroces, éstas no eran violatorias del orden público pues éste no se aplicaba en la relaciones familiares. No por ello dejan, los preceptos aludidos, de ser violatorios de los derechos humanos más fundamentales. A beneficio de los romanos, hay que considerar que la ley de un Estado, es el fiel reflejo de su sociedad; en el caso de los romanos, el que acribillaran a recién nacidos, se consideraba socialmente aceptado. Sólo así se puede entender una acción arbitraria e injusta.

La segunda y tercera reglas, de la tabla IV de la Ley en comento, están relacionadas. Su común denominador, es la autoridad absoluta que ejercía el pater familias, sobre cualquier miembro de la misma. Dice a la letra, la segunda: "Poder del pater sobre sus hijos: derecho a encerrarlos, a azotarlos, tenerlos encadenados en los trabajos rústicos, venderlos o matarlos, aún cuando desempeñen elevados cargos de la república"¹⁶. Ya habíamos hecho referencia al respeto que el Estado, o bien sus autoridades, profesaban por el núcleo familiar, dejando la aplicación del derecho a la conveniencia de su líder. Con la tabla IV esta situación se confirmó. El Estado estaba otorgando legitimidad al pater familias, para realizar los actos que creyera convenientes. En realidad, por la estructura política establecida, esta norma fue, aún en su tiempo obsoleta, ya que con autorización o sin ella, el pater familias tenía el dominio dentro de la familia. Lo que es importante destacar, es el arraigo de la civilización romana a sus costumbres. El vínculo familiar no se rompía los miembros de la Familia quedaba sometidos a la voluntad de su paterfamilias, en asuntos estrictamente familiares, incluso cuando éstos eran autosuficientes. Era tal la autoridad que sustentaba el paterfamilias, que decidía sobre la vida o muerte de sus familiares. Por último, el pensamiento de Gayo; jurista romano, que al referirse al derecho de vida o muerte del pater sostiene: "... este derecho no es absoluto, ya que únicamente puede darle muerte por una

¹⁶ MOJER, Mario. "Le ley de las Doce Tablas". Editorial Universidad Nacional de la Plata, Argentina, 1994, p.27

causa justa.”¹⁷

La tercera regla presenta una ambigüedad. Le otorga el derecho al paterfamilias de vender a sus familiares. No obstante, si lo usaba reiteradamente ese derecho le otorgaba al miembro su emancipación. “ Si el padre ha vendido tres veces a su hijo, que este quede libre de la patria potestad. La humillación tenía que ser aguantada en tres ocasiones; para que el vástago quedara libre del dominio de su padre. “La emancipación era el acto voluntario y solemne del padre de familia por el cual ponía fuera de su patria potestad a quien estaba a ella sometido”¹⁸ Con esta figura, se podía recuperar la libertad, saliendo de la patria potestad del pater familias, que como hemos acotado, solía ser muy estricta. Sin duda que se trata de una norma estatal protectora, para los miembros de la Familia; era un esbozo de la aplicación del orden público en materia familiar. Para que procediera, se necesitaba tres ocasiones, una acción inhumana pero representaba un avance. “En un principio este efecto tenía carácter sancionatorio para el padre que abusaba del derecho de vender a su hijo, convirtiéndose luego en emancipación”¹⁹

La última regla tiene otra naturaleza: “El término máximo de la gestación es de diez meses”²⁰. Esta norma se refiere a los hijos póstumos, es decir los nacidos después de la muerte del padre. En un promedio de 30 días por mes, por los nueve meses, descontando los meses que tuvieran más o menos días, tenemos 300 días. Conspicuamente se suponía que cualquier niño nacido fuera de este parámetro, no era hijo del supuesto padre y no estaba obligado a reconocerlo. Esta norma jurídica se aplicaba ante la presunta muerte del padre ya que ante la ausencia de la voluntad, de los ascendientes, la ley garantizaba los derechos del ausente. Si por el contrario, el padre estuviera vivo, en todo momento mantenía su derecho de reconocer a sus vástagos.

Otra de las intervenciones del Estado dentro de la familia, se refirió a la prohibición de matrimonio entre patricios y plebeyos. La Tabla XI- que junto con la XII, complemento

¹⁷ Op Cit. p. 29.

¹⁸ MEDELLÍN ALDANA, Carlos, et al. “*Lecciones de Derecho Romano*”. 14ª ED., Editorial TEMIS, Colombia, 2000, p. 57.

¹⁹ MOJER, Mario. Op Cit., p. 29.

²⁰ Ibidem, p.30.

de las diez primeras- regulaba; Prohibición de matrimonio entre patricios y plebeyos. El sentido jurídico de esta norma contrastaba con el objetivo de general de la Ley de las Doce Tablas a saber, una igualdad entre plebeyos y patricios. Dicha paridad legal, en su totalidad, no se cumplió, ya que hubo derechos reservados para la población patricia. Uno de ellos era el *ius connubium*; “...la prohibición surge de negarles a los plebeyos el *ius connubium*, la recíproca capacidad matrimonial...el *connubium* era la facultad de tomar esposa de acuerdo a derecho...tienen este derecho los ciudadanos romanos entre sí y con los latinos. No tienen este derecho los esclavos, pues su unión no constituye justas nupcias, sino simplemente *contubernio*”²¹

Como característica particular de esta etapa del Derecho romano, tenemos la secularización del derecho. “Principalmente es la aparición del proceso racional en las construcciones jurídicas”²² La interpretación de las normas jurídicas, la realizaron juristas desplazando a los sacerdotes de tan importante función. Los juristas romanos eran considerados como “...individuos de las nobilitas que, sintiéndose atraídos por los estudios jurídicos, quisieron ganar fama y popularidad aconsejando a los particulares...”²³ Las opiniones de estos juristas, no sacerdotes, a lo que conocemos como la *iusprudentia* romana. Este hecho representa un claro avance para la interpretación racional del derecho, situación que con el tiempo contribuirá a la aplicación del orden público en el derecho familiar. Con la *iusprudentia*, “la familia se configura en este ahora bajo los principios de la sociedad doméstica”²⁴

El ámbito de aplicación del Derecho Romano, hace que éste se sectorice. En primer lugar, el *ius civile romanorum*, es el derecho que se aplica en la ciudad de Roma, derecho positivo únicamente para los ciudadanos romanos. En segundo lugar, tenemos el *ius gentium*, este sistema jurídico es propio de los romanos y demás pueblos relacionados con ellos. El *ius civile* está integrado principalmente por el derecho quiritarario (consuetudinario), mientras que el segundo, además del contenido del *ius civile* se debe englobar las interpretaciones jurídicas, primero de los sacerdotes, y después de los juristas.

²¹ *Ibidem*, p. 65.

²² *Idem*.

²³ VILLORO TORANZO, Op Cit, p. 95.

²⁴ *Ibidem*, p. 97.

La noción de Estado en la cultura romana tenía dos vertientes; una parte buscaba la organización y liderazgo, en la otra el Estado contribuía a la protección. El derecho, en cierta medida, otorgó ambas.

• TERCERA ETAPA.

También conocida como fase del Derecho heleno-romano, va desde la muerte de Alejandro Severo- 235 de C.- hasta Justiniano, siglo VI d. C. El Corpus Iuris Civilis, compilado por órdenes de Justiniano, es un parteaguas en el Derecho romano, incluso en todos los ordenes jurídicos existentes.

En el devenir histórico de la legislación romana, son importantes dos obras jurídicas anteriores al derecho justinianeo. Los Códigos Gregoriano y Hermogeniano. "La primera realizada entre los años 291 y 292 d. C comprende constituciones coleccionadas y agrupadas cronológicamente; divididas en 15 libros y títulos, desde el año 196 hasta Dioclesiano..."²⁵ El Código Hermogeniano contenía escritos desde Dioclesiano hasta Valentiniano. Muchas disposiciones ante el paso del tiempo se han perdido, sin que se lograra un apógrafo que preservara el valor jurídico de las mismas. La situación de la familia dentro de las legislaciones referidas, no cambió en sus aspectos fundamentales.

Fueron varios los motivos que preceden a la creación del Corpus Iuris Civilis. Entre ellos, el exceso de normas jurídicas. Con el régimen pretoriano, el número de normas positivas aumentaba, sin un orden aparente. Ningún sistema regulaba su creación, por ello se podía encontrar reglas errabundas. Pese a lograr un sistema jurídico completo los romanos padecieron la vigencia de normas jurídicas diferentes, y originando una inseguridad jurídica. A veces, se podían aplicar a un mismo hecho, dos normas jurídicas con efectos contradictorios. La ordenación de los sistemas jurídicos, era una necesidad preponderante.

Si bien es cierto que desde la primera legislación formal (Ley de las Doce Tablas),

²⁵ BIALOSTOSKY, Sara. Op Cit, p. 41.

se perseguía una integración del derecho positivo, hecho que no se logró, la unificación del derecho se completó hasta la época de Justiniano. Pero, ¿cuáles fueron los motivos para que las legislaciones anteriores no cumplieran con su cometido?. Aquellos fueron tan diversos, como particulares. La Ley de las Doce Tablas en su origen buscaba una igualdad entre las clases sociales, es decir un objetivo político. Empero con la unificación que logró la ley fue momentánea, se rompió ésta, con la llegada del derecho pretoriano. La misma suerte corrió el Edicto de Adriano. En éste hay cierta unidad, que es menospreciada por la injerencia del emperador. “ Durante el siglo II, se dejó sentir...la necesidad de ordenar dos sectores del derecho positivo; la jurisprudencia y las constituciones”²⁶. Pero la misma naturaleza de las instituciones impidió su unificación. La jurisprudencia se constituía de las interpretaciones de juristas, por ello podían ser subjetivas. Las constituciones, en la antigüedad, eran disposiciones jurídicas que emanaban del emperador. Al no lograrse una hegemonía de algunos de ellos, sus interpretaciones concluían con su reinado, verbigracia los Códigos Gregoriano, Hermogeniano, y Teodosiano, por citar algunos.

El edicto de Teodorico era una pequeño código, con validez tanto para romanos cuanto para los bárbaros. Su aportación radicó en imponer el criterio de la territorialidad del derecho, en lugar del de la personalidad. En otras palabras, el sistema legal dejó de basar su vigencia en las características del sujeto, y extendió su aplicación, a un territorio determinado, regulando los actos de las personas que se encuentren en él. Este acontecimiento, sin duda importante, fue limitado; pues con la conquista de Italia, por la cultura bizantina, las únicas leyes positivas eran las avaladas por el emperador Justiniano.

El icono de la unificación del derecho romano, lo representa el Corpus Iuris Civilis. Este ordenamiento jurídico fue obra del emperador, Justiniano, quien subió al poder en el año 527 d. C. Su principal objetivo del monarca era restaurar e innovar el concepto de república romana. Sin embargo, para lograr su meta creó una estructura, social, política, económica, y jurídica al pueblo romano. Uno de los resultados fue la creación del Corpus Iuris Civilis. “ La labor legislativa justinianea se desarrolla gradualmente, su recopilación de leyes y ius recibe a partir del siglo XVI el nombre de Corpus Iuris Civile, y se divide en; Código, Digesto,

²⁶ MARGADANT FLORIS, Guillermo. “*Derecho Romano*” 20ª ed., Editorial Esfinge, México, 1997, p. 74.

Instituciones y Novelas”.²⁷

Por el tiempo transcurrido muchos de estos textos se han perdido. Particularmente la parte denominada Código, ha tenido muchas vicisitudes. Destacados juristas, por orden de Justiniano, tomando en cuenta las normas establecidas en los Códigos Gregorianos, Hermogeniano y Teodosiano, redactaron el Codex Vetus. Esta obra estuvo vigente en dos momentos; primero desde su creación a la fecha en que desapareció por movimientos políticos, y segundo desde el año 534, fecha de su reconstrucción, a la caída de Justiniano. Son doce libros, remembranza de la Ley de las Doce Tablas, los que lo conforman. Para nuestro objeto de estudio, los último tres libros se refieren al derecho administrativo, precursor del orden público. La materia familiar no cuenta con regulación en el Código.

El Digesto, está dividido en libros, títulos, leyes y fragmentos. De diversa naturaleza son las materias que abarca. Incluso para nuestro estudio es un pilar fundamental.

Una de las aportaciones de los romanos, a los sistemas jurídicos mundiales, fue la tradicional división del Derecho. Bifurcación teórica, pero trascendental. Esta clasificación se basa en el ámbito de aplicación del derecho. Los romanos trazaron una línea imaginaria, para identificar dos clases de Derecho; ius publicum y privatum. “El ius publicum comprende el gobierno del Estado; la organización de las magistraturas; y aquella parte referente al culto y sacerdocio. Finalmente, regula las relaciones de los ciudadanos con los poderes públicos.”²⁸ Mientras que corresponde regular al ius privatum, las relaciones entre los particulares.

Podemos explicar ambos desde varias perspectivas. Para ello tenemos que analizar brevemente las teorías sobre la división del Derecho. La teoría del interés en juego, separa al derecho desde el punto de vista del interés que protege. Las normas que revisten importancia colectiva, que son de interés general forman parte del Derecho público. En las que sólo participan particulares, corresponden al derecho privado. “El derecho público rige los poderes que se hallan directamente al servicio de todos; es decir del pueblo. En cambio los

²⁷ BIALOSTOSKY, Sara. *Op Cit*, p. 42.

²⁸ PETIT, Eugene. “*Tratado Elemental de Derecho Romano*”. Editorial Época, México, 1977, p. 20.

privados los tiene el interesado para sí antes que para nadie; hállanse en poder de su servicio, de su voluntad."²⁹ Otra de las teorías, para explicar la distinción, entre el público y el privado, en base en la naturaleza de sus relaciones, es la teoría de la naturaleza de la relación. Sus postulados, radican en que las relaciones que se dan en el derecho público, son de subordinación. En las cuales participan sujetos que no son jurídicamente como iguales, por ejemplo el Estado como entidad soberana y los particulares. En cambio las de Derecho privado se consideran de coordinación; en éstas, los participantes son jurídicamente iguales. Es decir, las relaciones se dan entre particulares. Aunque en la actualidad existen más propuestas que tratan de explicar la problemática, éstas son las más aceptadas.

Es un hecho que las doctrinas antes expuestas, fueron creadas muchos siglos después de que existiera la civilización romana. No obstante, entre los romanos, ambas ramas jurídicas, entrañaban naturalezas distintas, por ende construían efectos diversos. El Estado tenía mayor injerencia en los asuntos comunes. El Derecho público era positivo y eficaz. Por su parte en las relaciones de Derecho privado, destacó la voluntad de las partes limitando el control del Estado. El Derecho privado era positivo, pero muchas veces ineficaz. En las relaciones de Derecho público, siempre ha tenido la participación, por ello la protección, del Estado. No así en el Derecho privado, pues la participación estatal fue señalando principios generales, moldeando las relaciones entre los particulares; pero manteniendo a la voluntad de las partes, como elemento fundamental.

Habiendo establecido la diferencia entre ambas, es imperativo, adecuar la problemática de la dicotomía jurídica en nuestro tema, ya que de esa manera se entenderá con mayor precisión la aportación romana. El orden público, como figura jurídica es antigua. Sin embargo gracias a su evolución ha transmutado hasta casi configurarla de manera distinta. En la antigüedad, el orden público se sustentaba en la estructura del Estado. Había orden público, cuando la sociedad se encontraba en tranquilidad. La paz social era sinónimo de orden público. En otras palabras, el orden público era considerado como institución del derecho público. De esta manera, la familia, por las relaciones de subordinación, que a priori suceden dentro de ella, se engloba en el derecho privado. El tema de la tesis es: *El orden público en el Derecho Familiar*. Con lo explicado anteriormente, se podría argumentar que

²⁹ Op Cit, p. 28.

es una contradicción. ¿ Es qué partimos de supuestos incompatibles?, ¿ Su conjugación es imposible?, ¿ Es una aberración jurídica de un supuesto errabundo?. La contestación a estas interrogantes, se dilucidarán bajo los postulados del derecho romano.

Dentro de los preceptos del Digesto de Justiniano, se empieza a elaborar la institución del orden público. Hay dos máximas a analizar. La primera se establece en el Libro II, título 14, ley 38, intitulado De pactis que a la letra indica: "Jus publicum privatorum pactis mutari non potes." Es decir, los pactos de derecho privado no cambian los preceptos del derecho público. Esta máxima romana es inspiradora de la teoría clásica del orden público, que se estudiará con detenimiento en el capítulo tercero. En este momento comentaremos la evolución de esta norma. La importancia nace después de su vigencia. Ya ha quedado demostrado que la aplicación del orden público, estaba reservada para la organización del Estado. En la máxima referida se jerarquiza el derecho público sobre una parte del derecho privado, o sea los pactos entre particulares. Por ello, no bastaba que la norma permitiera una conducta determinada, ya que si en el ejercicio de ésta, los particulares mancillaban una prerrogativa superior; es decir una norma de Derecho público, el pacto resultaba ilícito. El orden público actualmente parte de ese supuesto; la familia es valorada como un interés superior, que el Estado debe proteger por medio del orden público. Es decir, el Estado interfiere en la voluntad de los particulares, en pro de la unidad familiar sin importar que la familia sea de Derecho privado y el orden público una figura de Derecho público. En nuestros días, los países tienen leyes familiares aceptables. La protección estatal, a la familia radica en la aplicación estricta de éstas, quitando preponderancia a la voluntad de las partes, dentro de la familia al hacerlo o no, con las normas familiares. Por ello, en la familia romana, la norma en comento no funciono. Suponiendo que los atentados a aquella provinieran de particulares, el Estado no contaba con normas positivas, para proteger a la familia. Hay que recordar que, Roma su vida basaba en su intrincado mundo jurídico, incluso hasta el Emperador debía, en teoría, adaptarse al derecho positivo existente. La familia y su regulación, se fundaba en el arbitrio de un hombre; el paterfamilias. Sin embargo, aunque el precepto del Digesto no contribuyó a la protección de la familia, permitió la posibilidad de proteger a la misma.

La segunda están en el Libro I, título 17, ley 45; "Privatorum conventio iure publico

non derogat". Es decir, los convenios de derecho privado, no derogan al derecho público. El derecho romano regulaba los convenios que podían celebrar los particulares. Siguiendo los derroteros marcados por las teorías anteriormente analizadas, los convenios sólo revisten interés para los particulares. Los cuales solamente le incumben a sus participantes, la voluntad de los mismos es la norma fundamental. Los particulares cumplían con la ley, siguiendo los preceptos esenciales; sin embargo había algunos que se dejaban de observar, por contraponerse al consentimiento de los participantes. El Estado se preocupaba muy poco por regular directamente a este sector del derecho. No obstante, los convenios pese a la libertad que las partes experimentaban, tenían como referencia las normas de derecho público. Ningún convenio podía derogar al Derecho público. En otras palabras, el orden público no podía ser trastocado por acuerdos entre particulares. Bajo esta perspectiva, las instituciones privadas, como la familia, estarían bajo la protección del orden público. El Estado para aplicar correctamente el orden público a las instituciones de derecho privado, necesita contar con un sistema jurídico, que así lo permita. Aquellos que no cuentan con las herramientas legales para intervenir en el derecho privado, y lo hacen, corren el peligro de que los clasifiquen como intervencionistas, contrariando el orden público. Ese fue el problema de Roma, la gran metrópoli no contaba con un sistema jurídico, que sustentará las dos máximas romanas estudiadas.

Las instituciones por su parte, tercera parte del Corpus Iuris Civilis, engloban las institutas de Gayo. Su contenido estaba plasmado en títulos repartidos en el siguiente orden: "El libro I trata de las personas. El libro II de las cosas, propiedad, derechos reales y el testamento. El libro III de la sucesión intestada, obligaciones nacidas del contrato y doctrina general de las obligaciones. El libro IV se ocupa de los delitos, proceso privado."³⁰ No se registran elementos familiares, importantes a considerar.

Por último están las novelas. En ellas se encuentran las constituciones, decisiones de Justiniano, que en su reinado tuvo a bien expedir. Esta obra es de carácter más político (cuestiones gubernamentales, fiscales y, administrativas,) que jurídico, sin embargo, podemos rescatar las siguientes normas referentes a la familia:

- La Constitución XXII se titula; De las nupcias. Se reconoce la disolución de las nupcias,

³⁰ BIALOSTOSKY, Sara. Op Cit, p. 43.

por diversas causas. Por ejemplo; el mutuo consentimiento, impotencia, la muerte de alguno de ellos, etc.

- Constitución LXXXII, llamada; Constitución que por las dignidades y el episcopado libra de la patria potestad al hijo. La patria potestad terminaba si la persona ocupaba ciertos cargos de importancia.
- Nueva Constitución CLIII, conocida; De los niños expósitos. Tenían una prerrogativa, por ejemplo, los niños expósitos eran libres en todo momento, incluso pertenecía, a alguna persona. Esta norma representa una gran avance para el derecho familiar. Hay que recordar que había niños, que por diversas razones, toda su vida serian esclavos. La ley, compensaba a éstos su abandono, permitiéndoles que por ese hecho quedaran libres.
- Constitución XCI, con el título: Que no sea lícito tener concubina. La autoría de esta norma le corresponde al emperador León Augusto, he aquí algunos fragmentos: “ Y tampoco deo de tomar con indiferencia la honestidad de aquella ley, que juzgó que a los que de ello no se avergüenzan debe permitírseles que se unan ignominiosamente concubinas. Así, pues, para no dejar que esa lenidad deshonre nuestra república....se prohíbe por nosotros, tal injuria contraria no sólo a la religión, sino también a la naturaleza.”³¹

Estas normas contienen un mayor interés de las autoridades sobre las cuestiones familiares. Empero son preceptos aislados entre un mundo jurídico indiferente. Por ello, no podemos hablar de orden público en la novelas de Justiniano, sin embargo cada vez la protección de la familia con cada legislación, se va robusteciendo. Es importante subrayar los derechos otorgados a los niños abandonados, ya que es un avance notable.

Ciertamente los tratadistas romanos han acertado en valorar la trascendencia del Corpus Iuris Civilis. Podemos ejemplificar el esquema, de la siguiente manera: jurídicamente hay un antes y un después de dicho ordenamiento. Anteriormente al Corpus, las normas jurídicas tenían objetivos varios. Con Justiniano y su legislación, Roma y después la humanidad, sistematizaron sus preceptos, otorgándoles la homogeneidad que necesitaba. Su vigencia fue perenne, en comparación con otras. Al caer el imperio Romano de Occidente, se dejaron de aplicar. Ya que los pueblos que los dominaron, introdujeron sus propias reglas.

³¹ Idem.

El Derecho Romano ha sido la base para muchos sistemas jurídicos. Incluso, teóricamente, por el número de países que lo sigue se infiere la escuela romano-germánica. Tiempo después, en un período de estabilización de la humanidad, los estudiosos difundieron las aportaciones legales de la cultura romana. Es necesario establecer que después del sistema jurídico romano, hubo tantos cuantos civilizaciones existentes. Para nuestro estudio, observaremos el desarrollo jurídico de los iconos más representativos, de nuestro orden legal.

C) España.

Dentro de los libros que aprisionan la historia del Derecho Español, algunos narran una injerencia directa en nuestro orden normativo. Es determinante adentrarnos en la historia del país ibérico, para alcanzar nuestro objetivo planteado antes de escribir este primer capítulo; que es recoger las normas de orden público a lo largo del tiempo. Conjugando estos elementos; la participación directa del Derecho español en el nacional y la riqueza normativa del Estado ibérico, muchas de ellas aplicadas en el territorio de la Nueva España durante la época colonial, originando una mezcla jurídica digna de estudiarse.

El Derecho español, tiene facetas perfectamente diferenciadas cada una de ellas. Éstas se basan en hechos históricos dentro de la península ibérica, que colateralmente variaron el derecho positivo de la época.

La península española, a lo largo de los años se convirtió en un lugar apetecible, a las necesidades del ser humano. Este territorio, empezó a ser poblado por grandes grupos de naturaleza celta. La organización social era en grupos o clanes. Cada uno de éstos, tuvieron su propio sistema jurídico, arrojando una mínima evolución del mismo. Al paso del tiempo los adelantos culturales se empezaron a registrar. Con la práctica de la escritura, la historia del derecho se benefició, ya que empezaron las normas escritas. Hecho que hizo titubear a los historiadores del Derecho español: "...en unos territorios predominaría un estado extremadamente rudimentario con una formulación poco desarrollada y no escrita, mientras que otros pueblos contarían con un auténtico sistema normativo en el que el antiguo Derecho

sería fijado por escrito”³²

Los lazos familiares eran el señero pilar, para la formación de grupos. La estructura social, dentro de estos grupos familiares, tenía a la cabeza a un líder. Con ello se creó un hermetismo absoluto, entre sus integrantes, cada uno era independiente entre sí, alejando la posibilidad de una unificación. La creación del Estado español, se encontraba muy lejana. Es posible que la desunión que experimentaban los pueblos ibéricos, fuera determinante para el dominio de los romanos. El predominio de la cultura romana, ocasionó el periodo denominado romanización; que en su aspecto jurídico, significó la infiltración de las normas jurídicas romanas, en territorio ibérico. El poderío absoluto de los romanos, sobre la península, sirvió de base para edificar la provincia de Hispania; territorio poblado por ibéricos, regido con costumbres y leyes latinas. En otras palabras, en el territorio hispánico, la dominación romana impidió la evolución del derecho local; eso no significó que este sitio adoleciera de orden jurídico, ya que desde Roma se crearon normas con el único objetivo de que se aplicaran en las provincias.

Cuando Roma sucumbió en manos de los bárbaros, especialmente germanos y visigodos, el mundo antiguo desapareció, y con él, el sistema jurídico de las provincias bajo su mando. Los cambios experimentados, dejaron legado de las costumbres de los pueblos germánicos. Un ejemplo lo tenemos en la institución de Derecho Privado denominado: *Munt o Mundium*. “...es la potestad jurídica (no propiedad) del señor de la casa (Fro) sobre todos los integrantes de la comunidad doméstica, por ejemplo esposa o señora de la casa o Frouwa, hijos, hermanas solteras y viudas, criados, extranjeros hospedados, personas sometidas a tutela, siervos incluso personas libres en la medida que lo aceptan...”³³ La naturaleza jurídica de la *munt*, como institución jurídica de Derecho Familiar, es una potestad tuitiva, sancionadora y directiva del líder del grupo para sus familiares, sólo la esposa a través de la *Sippe*, tenía una situación diferente. La *Sippe*, era la figura jurídica, por la cual, la familia originaria de la esposa, conservaba cierta protección sobre ella, de las posibles arbitrariedades de su esposo. Parece que la *munt* sigue la misma tesitura milenaria,

³² PEREZ BUSTAMANTE, Rogelio. “*Historia del Derecho Español*”. Editorial DYKINSON, España, 1997, p.

³²

³³ PEREZ-PRENDES MUÑOZ-ARRACO, José. *Historia del Derecho Español*. Tomo I Editorial Universidad Complutense de Madrid, España, p. 438.

que permite al hombre ser el jefe de las relaciones familiares, no obstante, siguiendo también sus costumbres, los germanos, adicionaron una forma de protección a la mujer.

Otra influencia en el Derecho Español es de origen árabe. El territorio español, a partir del año 711, fue invadido por musulmanes, quienes vilipendieron el sistema jurídico existente, hasta imponer el suyo. Característica de los pueblos árabe, ha sido su eterno e irrestricto apego a la religión. El sistema musulmán tuvo en el Corán, su principal fuente jurídica. Esto nos lleva a pensar en un sistema subjetivo, orientado a agradar a una deidad, siguiendo sus postulados. La aplicación de dicho sistema jurídico, en el territorio ibérico, no cambió en demasía. " Como tal derecho revelado de origen divino, destinado a toda la colectividad de creyentes, inspirado en el Corán y en la Sunna, pasa a la península."³⁴ De tal suerte conocemos que el Corán, libro sagrado de los musulmanes, en sus *Suras*, contiene normas prácticamente para todos los aspectos de la vida, en Medio Oriente. Comentar las *Suras*, que se refieren al derecho y que indirectamente recaen en el objeto de nuestra investigación, llenaría las páginas reservadas para toda la tesis. Es por ello, que basta con citar algunos *aleyas*, para ofrecer una visión panorámica del Corán. Verbigracia, la Sura IV, 38 indica: "Los hombres son superiores a las mujeres, a causa de las cualidades Dios ha elevado a éstos por encima de las mujeres. Las mujeres son virtuosas y sumisas, reprenderéis a aquellas cuya desobediencia temáis; las relegaréis en lechos aparte, las azotaréis..."³⁵ De sobra es conocida la vituperada condición de la mujer, en el mundo árabe. Es por ello que la familia, no encontró una alta estima dentro de los postulados religiosos. Sin embargo, existían otros miembros de la familia, con distinta regulación, por ejemplo la Sura IV, 3 establece: "Restituid a los huérfanos sus bienes, cuando lleguen a la mayoría de edad. No consumáis su herencia confundiéndola con la vuestro; esto es un crimen enorme."³⁶ Es importante mencionar que el Corán, como eje fundamental de los musulmanes no establece reglas para la familia. Más bien, indica normas religiosas y por lo tanto jurídicas, en un sistema fundamentalista, de los individuos que la integran. Como se indica, anteriormente en la escala jerárquica; el hombre ocupa el pináculo dejando a la mujer, y demás miembros familiares, relegada a éste. Agotando la posibilidad de la protección familiar, ya que contra la mujer, siempre se han cometido los peores atropellos. Por otro lado, la Sunna, segunda

³⁴ PEREZ BUSTAMANTE Op Cit. p. 75.

³⁵ MAHOMA, "El Corán". Editorial Edimat Libros, México, 1999, p. 67.

³⁶ Op Cit., p. 62.

fuerza del Derecho musulmán, recoge la conducta del Profeta Mahoma y las pondera como obligatorias para todo musulmán. Desde este punto, es también visible el sometimiento de la mujer, ante el hombre.

Conjuntamente con la consolidación de la colonización musulmana, la resistencia a la misma crecía, formando grupos que desde un territorio y con una ideología nacionalista, se proponían crear pequeños estados, con población ibérica. Ese fue el origen de los reinos en España. Creados como resistencia hacia una invasión, actualmente, éstos son verdaderas fuentes de idealismos regionalistas. Jurídicamente, los Reinos provocaron también la regionalización de las normas. La normatividad era expresada a través de los llamados Fueros; éstos eran conjuntos normativos que contenían distintas materias. Con ello, España comenzaba la época del Derecho local. Ante esta perspectiva, las normas jurídicas se atomizaron, originando una problemática regional. El orden público, era fijado por las autoridades de cada reino. Ello nos conduce a argumentar, que toda clase de reglas legales no guardaban sustento alguno. Las generalidades jurídicas de esta faceta, pueden resumirse en varios sentidos. La familia medieval, tenía dos supuestos jurídicos; podía surgir del matrimonio y de la barraganía. La diferencia entre ambas figuras, residía en los actos que les daban origen; la primera se constituía contractualmente y por raptó, mientras que la segunda, surgía por la unión libre, ya que su permanencia dependía de la voluntad de los convivientes. Se aceptaba la nulidad del matrimonio, regulaban la tutela, la filiación, y hay una importante normalización sobre el patrimonio familiar, entre otros aspectos jurídicos.

Dentro de este contexto fue como Alfonso X, el Sabio, otorgó a la historia legal del país ibérico, la primera legislación general. De hecho, el Fuero Real, fue redactado por el monarca, siendo la tercera de cuatro partes, la que reglamenta la materia civil, la familia y los contratos. Empero la obra más reconocida de Alfonso X, el Sabio, es el Código de las Siete Partidas, donde también la familia por su importancia ocupa una partida completa específicamente, la Cuarta. La partida correspondiente, brinda crasa importancia al matrimonio, como generador de la familia. Mantiene la noción de lo divino, en el aspecto jurídico, son normas espiritualmente destinadas a regular aspectos de la vida terrenal. El hombre tiene preponderancia sobre los integrantes de la familia, especialmente sobre la mujer, regulan; el domicilio conyugal, las obligaciones de los cónyuges y la tutela, entre

otras instituciones de Derecho familiar. Dejando a un lado el orden público.

Durante el reinado de los reyes católicos, se observan dos grandes principios: "...la tendencia a la estatización del Derecho y la absorción de la facultad legislativa por un poder soberano."³⁷ en materia de Derecho Privado, la contribución de los Reyes Católicos al derecho consistió en las Leyes de Toro. Durante esta etapa, el Derecho familiar experimenta un nuevo cambio. Una vez más, el Estado dicta las normas jurídicas y, por supuesto, también las familiares. Bajo el halo real, en una actitud megalómana, los Reyes crearon el mito del derecho divino, por el cual, ellos, tenían la autorización para gobernar a su súbditos. Ningún otro mortal, gozaría de ese derecho personalísimo, situación que permitiría suponer otra época negra, para el Derecho familiar. Pero los monarcas, generadores de las normas familiares, legislaron con una posición definida: "...interpretaron los pasajes de Pandectas y Justiniano no en el espíritu de sus antepasados romanos, sino en el del Derecho Canónico, especialmente en el Derecho de Familia..."³⁸ La Iglesia comenzaba a tener arraigo en los países europeos, eran las consecuencias de la Edad Media. La regulación de los esposales, las relaciones entre cónyuges, el parentesco, la filiación, y los alimentos tuvieron un sentido religioso.

Bajo esta concepción, el orden público -entendido en un sentido amplio- volcó sus esfuerzos en la protección de las figuras familiares. Podemos argumentar la subjetividad de las normas jurídicas durante esta época; sin embargo, parecen más acordes con nuestra concepción de justicia. En otras palabras, la Iglesia adaptó parte de los postulados católicos a la protección del ser humano en general. La familia se benefició del cambio jurídico, por ejemplo: "...los matrimonios hoy son regidos por el Derecho del cielo, no por el secular."³⁹ Por otra parte, es preciso comentar la tendencia humano-celestial del derecho procesal, en la misma faceta histórica.

Al contrario de lo que sucedía en otros países europeos, verbigracia Francia, en España el proceso de codificación, presentó problemas. Producto de la regionalización del poder en reinos, existían distintos órdenes jurídicos a saber; Derecho castellano, Derecho

³⁷ PEREZ-PRENDES MUÑOZ-ARRACO, Op cit. p. 1370.

³⁸ Op Cit. 1370.

³⁹ Ibidem, p. 1385.

catalán, Derecho aragonés, el balear y el navarro. Sin embargo, el país vecino, mostraba mayor dinámica jurídica. Nos referimos a Francia que, para 1804, había promulgado el Código Napoleón, conjunto normativo que influyó en la codificación de los países circunvecinos. De ahí que en los legisladores españoles, existiera un interés cada vez mayor.

Punto de partida para lograr la conjunción del Derecho español, lo constituyen las leyes especiales. Éstas eran ordenamientos normativos, que regulaban aspectos específicos de Derecho Civil. Por su contenido, debemos mencionar la Ley de Matrimonio Civil; disposición que siendo discutida en el año de 1870, fue puesta en vigor el día 18 de Junio del mismo año.

Después de encarnizadas discusiones, para determinar la conveniencia de realizar una legislación general en materia civil o bien de continuar bajo el régimen foral. Dicho régimen provocaba una barrera para la Codificación. Basados en la Fueros Reales, que otorgaron cierta autonomía a los Reinos, se creó una diversidad de legislaciones y de ordenamientos jurídicos de distintos territorios. Ésta pluralidad de sistemas jurídicos radicalizó la oposición a transformar el sistema existente, por el de la codificación del Derecho civil, por mencionar algunas materias jurídicas. En 1889 se promulgo el Código Civil Español. El Código ibérico tenía, en sus inicios, cierta injerencia del Código Napoleón. Es cierto que en algunas partes de España, en la actualidad conviven los dos sistemas. Éstos han sufrido cambios importantes, pero la dicotomía jurídica, es palpable. De ahí que en territorio ibérico, es posible contar con un sistema general y además, ordenamientos jurídicos de los distintos reinos en materia civil y familiar.

El Código Civil español vigente, no establece textualmente la categoría de orden público a sus normas familiares. Incluso, carece de una denominación legal de familia. La regulación jurídica, comienza con las normas del matrimonio, divorcio, filiación, adopción, sólo por mencionar algunos. Es preciso comentar la importancia de la familia, para las comunidades europeas modernas, por ello incluida la española. Sin embargo, la máxima protección de los integrantes del núcleo familiar, le corresponde al Estado, a través de un binomio; la creación de verdaderas leyes familiares y la categoría de éstas, de que pertenecen al orden público. Las normas familiares españolas, solamente comprenden la primera parte

del binomio.

D) Francia.

Parece ser que a la justicia, las tierras galas no le desagradan, pues constantemente en la historia de Francia, se citaron movimientos en su nombre. Esta noción de justicia, en muchas ocasiones ha envuelto la vida de los franceses, ensalzando a Francia, como uno de los países más innovadores en la historia del Derecho. Ejemplo de lo anterior es el Código Napoleón, que en la actualidad, después de ciento noventa y nueve años, indirectamente en varios países tiene vigencia. En realidad, por la importancia del ordenamiento jurídico, la historia del Derecho Francés, a analizar en este trabajo, estará enfocada en los orígenes y evolución del mismo. " El criterio más conveniente consiste en enfocar la Historia del Derecho francés con relación al Código Civil que constituye el punto de arranque de una nueva era y la fuente del actual Derecho Civil."⁴⁰

Por la trascendencia del Código Napoleón de 1804, la historia del Derecho Francés, se divide en tres etapas: el Derecho antiguo francés, el intermedio en donde aparece el Código Civil, y la etapa posterior al mencionado ordenamiento jurídico.

El antiguo Derecho Francés, está caracterizado por una gran diversidad, en cuanto a la forma en las normas jurídicas, que contenían las disposiciones del Derecho Civil. Las provincias galas estaban regidas por ordenes jurídicos muy dispares. Parte de la población estaba regida por normas escritas, herencia del Derecho Romano; sin embargo, producto de la transculturación con la población germana, el otro tanto de los franceses se regía por un derecho consuetudinario, donde se registra una pluralidad de costumbres. Otro aspecto de la problemática del Derecho Francés consistía en la existencia de distintos órdenes jurídicos; pero con vigencia en un mismo territorio. Este fenómeno, se extendió por gran parte de Francia, gracias a la continuas disputas por el poder, desde las cuales, los soberanos determinaban las leyes a su arbitrio. La desunión del un sistema legal francés, era evidente, y por ello, reinaba la inseguridad jurídica: "...el mismo ciudadano puede encontrarse sometido al Derecho Canónico por razón del vínculo matrimonial, a la costumbre local por razón del

⁴⁰ CARBONNIER, Jean. "Derecho Civil". Editorial Bosch, España, 1960, p. 57.

régimen matrimonial de bienes, al Derecho romano por razón de los contratos que celebra, a las Ordenanzas Reales por razón de la prueba que debe servirse.”⁴¹ No obstante, a la situación familiar correspondió otra realidad: “En este período, que convencionalmente puede fijarse como comprendido entre el siglo XVI y fines del XVIII, la familia muestra una enorme cohesión.”⁴² En palabras de este autor, la mujer depende personal y patrimonialmente del marido. Los principios de primogenitura y de masculinidad, se presentaban para las familias nobles. Ante tal panorama, la regulación jurídica de la familia en el Derecho Francés es difusa.

El Derecho y la Política, a lo largo del devenir histórico, siempre han estado unidos. De ahí que en el antiguo Derecho Francés, el sistema legal fuera el reflejo de la situación política del país. Era la época de la monarquía, la cual estaba en todo su esplendor, por ello se crea un Derecho Civil católico, basado en la aristocracia territorial. La familia era considerada como comunidad natural.

Al término de la monarquía, dos corrientes jurídicas se discutieron la directriz del sistema legal. La primera apoyaba la hegemonía del Derecho canónico, en las relaciones de derecho privado, mientras que basados en la Filosofía, el grupo opositor, enaltecía los derechos individuales y la igualdad entre todos los hombres. Con la Revolución de 1789, y el triunfo de la segunda corriente, comienza la segunda etapa de la historia del Derecho Francés, denominada individualista. Los principios sobre los cuales se sustentaba eran: la libertad de conciencia, igualdad de las personas y las propiedades y la libertad comercial.

Emblema de la civilización humana moderna, es la Declaración Universal de los Derechos del Hombre. El individualismo floreciente, compelió a aquellas injusticias provenientes de la desigualdad de los hombres, muy comunes en esa época. El texto de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre, está plasmada de los ideales más justos, dignos y arquetipo de los más altos derechos humanos. No obstante, que existen normas que por su contenido, resultan quimeras en su aplicación, la familia tiene algunas reservadas.

El numeral 12, considera a la familia como elemento indispensable en la vida privada

⁴¹ Op Cit, p. 58.

⁴² GUSTAVINO, Elías. “*Bien de Familia*”. 2ª ED., Editorial Rubial y Culzoni, Argentina, S/F, p. 204.

de las personas, y protege al individuo de posibles arbitrariedades, que afecten a la familia. El artículo 16 de la Declaración estipula: "Los hombres y las mujeres, a partir de la edad núbil, tienen derecho sin restricciones de ninguna clase...a casarse y fundar una familia." El mismo artículo en su segundo párrafo indica: "Sólo mediante libre y pleno consentimiento de los futuros esposos podrá contraerse el matrimonio". Pero el tercer párrafo del artículo 16 establece: "La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y el Estado". En otras palabras mundialmente la familia debe estar protegida por el Estado, a través del Derecho positivo. Con ello, se reglamenta la obligación del Estado, mediante el orden público, de salvaguardar los intereses familiares.

Los artículos 28 y 29 de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre merecen un análisis aparte. Anteriormente habíamos establecido que es un derecho para cualquier ser humano, cuando su edad así lo permite, formar una familia. Ante esa hipótesis, el Estado, como máxima autoridad, está obligado a crear un ambiente jurídico, que permita la aplicación efectiva de los ideales de la Declaración. Así lo establece el artículo 28 que a la letra dice: " Toda persona tiene derecho a que se establezca un orden social e internacional en el que los derechos y libertades proclamados en esta Declaración se hagan plenamente efectivos". No obstante el artículo 29 va más allá en su regulación: " En el ejercicio de sus derechos y en el disfrute de sus libertades, toda persona estará solamente sujeta a las limitaciones establecidas por la ley con el único fin de asegurar el reconocimiento y el respecto de los derechos y libertades de los demás, de satisfacer las justas exigencias de la moral, del orden público y del bienestar social..." Si agruparse en una familia, es considerado un derecho universal a esta prerrogativa, solamente se puede limitar, en beneficio de la misma.

Con el arribo de los revolucionarios al poder, el movimiento unificador, existente tiempo atrás, tomó forma. Se dictaron algunas leyes de carácter civil. Durante este tiempo existen proyectos codificadores importantes. Éstos se agrupan en el proyecto de Cambaceres, que expone criterios apropiados para la protección de la familia; "...el espíritu individualista e igualitario del momento como lo prueban la disolubilidad del matrimonio por voluntad unilateral, la plena capacidad de la mujer casada, la prohibición de hacer liberalidades que

rompan el principio de igualdad entre los herederos..."⁴³

El Código Civil Francés, es la obra más importante de la cultura jurídica contemporánea. El origen del Código, reviste una historia egregia. Con la llegada de Napoleón a la corona francesa, la transformación política estaba en marcha. Precisamente el Código Napoleón de 1804, fue una arista impulsora del cambio. Por orden de Napoleón, a la sazón emperador de Francia, se formó un grupo de juristas. Entre ellos se pueden contar: "...Tronchet, Presidente del Tribunal de Casación y antiguo defensor de Luis XVI ante la Convención, Portalis...abogado de Provenza llegado a la política en la época del Directorio... Bigot de Preamenau, antiguo abogado nombrado Comisario del Gobierno ante el Tribunal de Casación, y Maleville miembro de dicho Tribunal."⁴⁴ Después de innumerables peripécias legislativas, los trabajos de estos juristas fueron publicados en 1804 y se les denominó Código Napoleón, por la injerencia de este personaje.

El Código Napoleón, tuvo tres fuentes directas; el antiguo Derecho Francés, postulado de Derecho Romano y algunos atavismos consuetudinarios propios de la región. Producto de la revolución francesa, el Código Napoleón denota ideales de la misma. En varios de sus artículos, es posible detectar conceptos como la igualdad, libertad y la espiritualidad. Lo anterior, nos lleva a resumir que la visión del hombre, en el ordenamiento en mención, es inusitada e ignota hasta ese momento. La libertad de voluntad del hombre, rige las normas jurídicas dentro del Derecho Civil.

La familia, durante la Revolución, no era considerada como una unidad social. Sólo existía el individuo, como sujeto de derecho. "...éstos únicamente pueden ser agrupados bajo el nombre de Familia en virtud de un contrato de Derecho común rescindible a voluntad de las dos partes o de una de ellas"⁴⁵ En otras palabras, el individualismo imperante, marca al ser humano, como eje fundamental del Derecho Civil. La familia se constituye por consentimiento del hombre, imperando la voluntad de los sujetos en las relaciones de Derecho Privado. El hombre, como ser individual, está por encima de la familia, o bien la

⁴³ GUSTAVINO, Op Cit, p. 210.

⁴⁴ CARBONNIER, Op Cit, p. 62.

⁴⁵ BONNECASE, Julien. "*La Filosofía del Código Napoleón*". Editorial Unidad Pedagógica Iberoamericana, 1993, p. 107

voluntad del hombre rige sobre el orden público. Otro aspecto importante, fue la inclusión del divorcio, como figura jurídica del Derecho Familiar. Ninguna legislación precedente, había legislado la mencionada institución. El divorcio en la práctica y por principio de cuentas es el antónimo del matrimonio. Podría suponerse que sería un detonante para la desintegración de la familia, sin embargo las sociedades modernas han encontrado en el divorcio, un medio fundamental del Derecho. Pues es a través de la ruptura del vínculo matrimonial, se pueden evitar mayores trastornos, en el interior de la Familia.

Por otro lado, para algunos autores en materia familiar, el referido ordenamiento jurídico, es considerado como un retroceso importante; "... por lo menos tratándose del Derecho de Familia, mucho espíritu y de cordura le ha faltado al Código Civil, el cual en parte es sumamente reaccionario y en parte revolucionario, su pretendido carácter de ley de transacción consiste por el contrario en el dominio de la familia."⁴⁶ Siendo el Código Civil de 1804 la máxima representación de la revolución en sentido jurídico, tenía que reflejar los ideales de la misma. Pero la problemática surge al considerar la noción de la familia, dentro del movimiento armado. " ...la Revolución no reconocía a la familia como una unidad orgánica"⁴⁷ Efectivamente el Código Civil Francés de 1804, marcó el desarrollo jurídico de los órdenes civiles modernos. Por ello, aquellos que han seguido sus preceptos, han copiado tantos los aciertos como los errores. No obstante, la mayor pifia fue la consideración del ser humano por encima de toda institución jurídica, consolidando la libertad del hombre, sobre el mismo Derecho. La familia, quedó sojuzgada a la voluntad individual.

Después del Código Civil Francés de 1804, la evolución del orden público, en las normas del Derecho Familiar, fue evidente. Mientras que el legislador de 1804, había centrado sus esfuerzos en plasmar el sentido individualista de los sujetos jurídicos, posteriormente el legislador francés, otorgó mayor protección a ciertos miembros de la familia. Verbigracia, se sitúan los derechos de la mujer y de los infantes. En otras palabras, se buscaba la cohesión de la comunidad familiar.

⁴⁶ Op Cit, p. 107.

⁴⁷ Ibidem, p. 108

E) Italia.

Los antecedentes del Derecho Italiano, deben remontarse a los orígenes mismos del Derecho romano. La influencia de éste, en varios sistemas jurídicos es innegable, con mayor razón en Italia, lugar de procedencia de la civilización romana. El sistema jurídico romano, fue de los más desarrollados, que se hayan tenido conocimiento en el mundo antiguo. No pretendemos analizar, una vez más, la regulación de la familia dentro del Derecho romano, toda vez que este Derecho, fue objeto de estudio en inciso B) del presente capítulo.

El año 476 d. C, marcó la caída del imperio romano de occidente, a manos de los bárbaros. Con ello también terminó la hegemonía del sistema jurídico romano, tanto en la metrópoli cuanto sus colonias. Después de sangrientas batallas, Teodorico, rey de los godos, específicamente en el año 503, expidió el Edicto que lleva su nombre, el cual tenía vigencia para todos los súbditos del reino. Dicho ordenamiento jurídico, engloba una mezcla de normas romanas y germánicas. Se trata de la romanización del derecho germano. La familia, durante esta época, se encuentra en manos del jefe de la misma. El derecho no tiene la suficiente fuerza, para procurar una regulación adecuada.

Conforme se sucedieron las luchas por el poder, se produjeron edictos de los líderes triunfantes. Entre ellos, podemos mencionar el Edicto de Rotario, caracterizado por la competencia territorial restringida y plagada de costumbres romanas, longobardas y germanas. Tiempo después, con la injerencia del rey Grimaldo, se le adicionaron nueve capítulos al texto del Edicto. Pese a la importancia de la familia, fue nula la regulación que los legisladores le otorgaron, en las normas de los edictos.

“Otro importante elemento que contribuyó lenta pero persistentemente a la afirmación y mantenimiento del derecho romano en la Alta Edad Media italiana, fue la labor de la Iglesia...”⁴⁸ Efectivamente, el Derecho en la Edad Media, tuvo elementos basados en la religión. Mediante cánones y decisiones conciliares, con el derecho canónico se produjo una interinfluencia de dos legislaciones. La exégesis de las Sagradas Escrituras y los documentos

⁴⁸ BERNAL, Beatriz. “Historia del derecho romano y de los derechos neorromanos”. 2ª ed., Editorial Porrúa, México, 1983, p. 305.

atribuidos a los apóstoles, dejó como resultado, que el régimen familiar se beneficiara con el cambio. "...la creciente autoridad del Papa hacía posible que éste legislara cada vez más en materias que por entonces se consideraban completamente competencia de la Iglesia, tales como la usura, el matrimonio, los pactos, las herencias..."⁴⁹ Con esta relación entre la Iglesia y el Estado, la familia se reguló bajo los postulados católicos. El único medio para crear la familia, era el matrimonio, mientras que el divorcio no tenía ninguna eficacia jurídica. Cabe mencionar que durante la Edad Media, Europa se dividió en territorios, implantando el feudalismo. Este sistema jurídico, remarcó la autoridad del señor feudal, en las relaciones familiares. Es decir, las familias establecidas dentro del territorio feudal se regulaban mediante costumbres. Sin embargo, el señor feudal, bajo la noción de propiedad del terreno y lo que estuviera sobre él, tenía plena autoridad para intervenir en las relaciones de Derecho Privado.

Al término de la Edad Media, Italia estaba integrada por pequeños territorios denominados reinos. Con ello, se creó una dispersión del Derecho entre las diversas legislaciones. El tema central de dichos ordenamientos legales, lo estableció el comercio, actividad floreciente entre los pueblos. Con la caída del oscurantismo, la cultura general experimentó un avance notable. El renacimiento está caracterizado por la aparición de personajes, que mediante sus descubrimientos, transformaron la vida del hombre. Proliferaron algunos autores en materia jurídica, pero no así en Derecho familiar. Los intereses estatales, estaban reservados a lograr una bonhomía en materia económica, dejando el aspecto social en un segundo plano. La familia se mantuvo alejada de la protección de las autoridades.

Con las principales revoluciones mundiales, el pueblo pedía mayores garantías a sus autoridades. El monopolio legislativo dejaba a la voluntad de ciertas personas, para alojarse en los designios de todo un pueblo. De esta forma, mediante el proceso de codificación, los primeros ordenamientos aparecieron. En el caso de Italia, en principio no se logró una codificación, ya que el territorio italiano estaba ocupado por varios reinos. Sin duda, ante tal circunstancia, la protección que el Estado le debe a la familia, tuvo que esperar.

⁴⁹ Op Cit, p. 306.

La unificación de Italia se daría hasta 1861. Este hecho facilitó la realización de normas jurídicas de carácter civil. En un inicio, la influencia del Código Napoleón, fue palpable. Sería hasta la época de la Restauración, cuando el imperio de Piamonte, elaboró sendos Códigos jurídicos. El primero tiene en sus normas a la materia civil y estuvo vigente desde 1837, el segundo, fue el Código Civil Procesal de 1854. La familia, dentro de estos preceptos, fue regulada manteniendo los dogmas religiosos del derecho canónico. La protección jurídica de la familia, dentro del orden normativo, fue constante; pero orientada a satisfacer los postulados de dicho derecho, y no directamente de la familia.

Con la llegada de los Códigos Modernos a Europa, Italia erradicó la influencia del Código Napoleón. Así, el Código Civil en 1865, marca un seguimiento de los criterios romanos, hasta ese momentos olvidados. El Código Civil actual, mantiene la tendencia de basarse en el sistema romano. La familia, como casi todos los Códigos Europeos, se encuentra regulada dentro del Derecho Civil, es decir, en las disposiciones de carácter privado. Por ello, la protección del Derecho familiar, corresponde a la aplicación de la ley, pero no alcanza la categoría de orden público. Por supuesto que instituciones como el matrimonio, divorcio, filiación, patria potestad, por mencionar algunas, encuentran cabida en el mencionado ordenamiento, pero la familia, no tiene la protección jurídica correspondiente.

G) México.

Hemos decidido cerrar el estudio de la evolución histórica del orden público, en el Derecho Familiar en México, por dos motivos. Ambos son de carácter práctico. El primero es porque el sistema jurídico mexicano, representa, en sus principios, una amalgama de los datos históricos anteriormente proporcionados. Y el segundo, será con el Código Civil para el Distrito Federal, vigente desde el año 2000, con que cerraremos el presente capítulo. Este aserto es fundamental para nuestro objetivo, si consideramos a dicho ordenamiento como el máximo representante del orden público, aplicado a las normas familiares (Derecho Privado) para proteger los intereses superiores de una Nación.

Los orígenes en la historia del Derecho nacional, se remontan a tiempos inmemorables. El derecho positivo, es un producto cultural de las civilizaciones, que han

pisado el territorio nacional. Existen diversas teorías acerca de la aparición del hombre en el continente Americano; pero todas ellas, también establecen la necesidad que tuvieron los seres primitivos en agruparse. Lógicamente, estas vetustas comunidades, no tenían los elementos para la formación de un orden jurídico. Dada la naturaleza ácrona de la época, para los investigadores ha sido imposible determinar con claridad, algunos aspectos legales. Sin embargo, para determinar la evolución del sistema jurídico, es menester comprender el desarrollo de las civilizaciones más importantes.

De tal suerte, para iniciar el estudio sobre la evolución del Derecho Mexicano, partiremos de las civilizaciones autóctonas del nuevo continente. Es preciso determinar que estas culturas, son las agrupaciones más organizadas, hasta la llegada de los españoles, por ende, con un sistema jurídico más sólido. En Centro América, existieron varios pueblos que tuvieron un desarrollo diferente. Sin embargo, todos los pueblos dentro de su sistema, tenían la misma estructura; "...la prevalencia de un sistema legal preponderantemente costumbrista, limitaba la variedad de esas fuentes, a una serie de datos aislados y poco claros..."⁵⁰ Es por ello, que con la intención de no desviarnos del objetivo central de la presente investigación, analizaremos con mayor detalle, la cultura azteca; civilización más representativa del mundo prehispánico.

Los mexicas o aztecas, fueron la civilización dominante en el centro del territorio. El imperio azteca era vasto, dentro de sus límites, se contaban los valles de México, Cholula, la costa del golfo de México y la zona montañosa, de los territorios actuales del Estado de Puebla. Siendo una civilización dominante, la cultura azteca se exportó a los pueblos conquistados. " El derecho de los mexicas sólo puede explicarse en relación con la visión cosmogónica que tenían; el orden jurídico...descansaba en el orden cósmico, el cual los marcaba como pueblo elegido".⁵¹ Esta concepción astrológica, permitía a las autoridades tener gran influencia en la vida de los particulares. La noción jurídica azteca, giraba en los intereses de la colectividad. En cuanto a las principales fuentes del Derecho mexica, fueron mayormente la costumbre y las sentencias del Tlatoani y los jueces.

⁵⁰ DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, Jorge. "Derecho Civil". 5ª ed., Editorial Porrúa, México, 1996, p. 52.

⁵¹ REFUGIO GANZÁLEZ, María. "Panorama del Derecho Mexicano". Editorial Mc Graw Hill, México, 1998, p. 4.

La unidad social azteca, era un clan. Éste se conformaba por individuos, parientes entre sí. El parentesco no siempre significaba una relación de consanguinidad; también era posible establecer un vínculo, con objetos espiritualmente venerados. "Suponen descender de un antepasado común, el que puede ser un animal, una planta, un mineral y a veces, hasta un fenómeno de la naturaleza"⁵². Los Tótem, eran la imagen que identificaba a los miembros de cada grupo, de tal suerte se podía pertenecer al Tótem conejo o sol. El Tótem, era la esencia del clan, y alimento constante de la personalidad de los miembros del grupo. "No podían en un principio los varones del clan casarse con las mujeres del mismo; disminuirían el poder mágico del Tótem"⁵³. Dicha prohibición, con el paso del tiempo, se abolió, permitiendo el casamiento entre individuos del mismo clan. Sin embargo, existían maneras en que un individuo, podía inmiscuirse en las relaciones familiares de otro. La mujer jurídicamente, se consideraba objeto de apropiación, por ello, podía pasar a otro clan, por captura, en caso de guerra, o compra.

En la familia, se observa un régimen patriarcal. El matrimonio era la base de la familia, y por ello, se le tenía en muy alto concepto. Mientras que el matrimonio estaba fundado en la voluntad del padre. "El padre tenía potestad sobre los hijos; éstos eran sus herederos y tenía el derecho de casarlos. Sin embargo siempre se hacía sentir la influencia de la madre"⁵⁴. Dicha injerencia de la madre dentro de la familia, lleva a algunos juristas a igualar a la mujer con el hombre: "El hombre era el jefe de familia, pero en derecho, estaba en igualdad de circunstancias con la mujer. El hombre educaba y castigaba a los hijos varones y la mujer tenía a su cargo a las hembras"⁵⁵. Antonio de Ibarrola, opina en el mismo sentido; "La posición de la mujer nahua dentro del matrimonio nunca fue de inferioridad frente al varón. Si bien éste era el jefe de la familia, ella podía poseer bienes, celebrar contratos y acudir a los tribunales en solicitud de justicia, sin necesidad de autorización del cónyuge"⁵⁶. Basado el sistema jurídico azteca en las costumbres imperantes, parece imposible históricamente que la mujer haya alcanzado, tal grado en la sociedad

⁵² IBARROLA DE, Antonio. "Derecho de Familia". 3ª ed., Editorial Porrúa, México, 1984, p.106.

⁵³ Op Cit. p. 106.

⁵⁴ Idem.

⁵⁵ MENDIETA NUÑEZ, Lucio. "Apuntes para la Historia del Derecho Penal Mexicano". 3ª ed., Editorial Porrúa, México, 1931, p. 13.

⁵⁶ IBARROLA, Op Cit. p. 107.

La extensión del imperio, influyó en la imposibilidad del Estado, para controlar las relaciones privadas. Por ello, no parece extraño que en algunas provincias mexicas, existiera la costumbre de incluir a la mujer dentro de la masa hereditaria. Las mujeres del padre, le correspondían al hijo, excepto cuando ésta tuviera hijos del muerto, podía darse el caso, ante la ausencia del primogénito, las mujeres del muerto pasaban a uno de sus hermanos. Los datos históricos reflejan que también existía el matrimonio entre cuñados. Esta relación jurídica, no tenía como objetivo el procrear hijos, sino en caso de que el padre hubiera muerto y dejado descendencia. Para educar a sus parientes algunos de sus hermanos, tenían el derecho de contraer nupcias con la viuda.

Bajo un sistema jurídico, basado en sus costumbres, los aztecas aceptaron un matrimonio polígamo, específicamente en las clases socialmente acomodadas. Sin embargo, entre todas las esposas, había una que se consideraba la "principal", cuyo hijo gozaba de los derechos de preferencia. Solamente se disolvía el matrimonio, por fallo judicial, por ello aquel que abandonara a una mujer, sin la anuencia legal, recibía un enorme castigo consistente en chamuscarle el cabello. "Para castigar a los hijos, los padres podían usar la violencia, generalmente los herían con espigas de maguey. Cuando el hijo era tenido por incorregible, el padre con el permiso previo de las autoridades, podía venderlo como esclavo".⁵⁷ No obstante, ante las reglas consuetudinarias estrictas, el Estado estaba muy alejado de las relaciones familiares. Como en casi todas las civilizaciones arcaicas del mundo, el orden público existía, pero su noción, hay que dirigirla a la estabilidad político-social del propio Estado.

El mundo prehispánico, se caracterizó por sus sistemas jurídicos consuetudinarios. Sin embargo, aisladamente también existieron normas legales positivas. Las Leyes de Nezahualcoyotl, forman parte de ese disminuido grupo normativo. Pese a que no tenían como objetivo brindar prerrogativas a la familia, indirectamente podemos argüir que algunas normas, tuvieron ese efecto. La primera ordenanza establecía; "...si alguna mujer hacía adulterio a su marido, viéndolo el mismo marido, ella y el adúltero fuesen apedreados en el tianguis...y si el marido no lo viese, sino que por oídas los supiese, se fuese a quejar, y

⁵⁷ Ibidem, p. 210.

averiguándolo ser verdad, ella y el adúltero fuesen ahogados.”⁵⁸ En el mismo sentido la regla marcada con el numeral 17, señalaba; “Que si alguna persona fuese casado y la mujer se quejase del marido y quisiese descasarse, que en tal caso los hijos que tuviesen...el marido los tomase y los bienes fuesen partidos por partes iguales...”⁵⁹

A lo largo del territorio nacional, junto con las civilizaciones anteriores, habitaron otros pueblos. Entre ellos, se pueden entrever situaciones jurídicas peculiares. Por ejemplo, entre los toltecas, el orden público resanó algunas grietas culturales, que afectan a la familia, en otras palabras, en la cultura Tolteca, se practicaba la monogamia. Inclusive el mismo rey, estaba impedido a contraer matrimonio con dos mujeres. Ésta práctica fue frecuente, entre los chichimecas, otomíes, y mazatecas, por mencionar algunos.

Los mayas, situados en la península de Yucatán, lograron un aislamiento cultural. La cultura maya, estimaba al matrimonio, como fuente de la familia. Tenía al hombre, como jefe de la misma. La intervención del Estado es endeble, no obstante, a menudo se implementaban practicas, que aunque basadas en la religión ayudaban a la familia; “...cada familia recibía, con intervención de los sacerdotes, una parcela de 20 por 20 pies, para su uso personal”⁶⁰

Con la llegada de los españoles, en 1492, la organización política, jurídica y social de las civilizaciones prehispánicas, sufrió una transformación de fondo. No sólo la azteca, sino que gradualmente, todas sucumbieron ante el poderío militar de los ibéricos. Las civilizaciones prehispánicas, principalmente la mexicana, con la llegada de los españoles, pasaron de ser pueblos dominantes, a dominados. Consecuentemente, los españoles radicalizaron su política de colonización; que consistía en el exterminio de cualquier vestigio, de las culturas indígenas.

Por la diferencia cultural abismal, entre españoles e indígenas, la lid se inclinó, con cierta facilidad, a favor de los primeros. Con la conquista lograda, el dominio se extendió a

⁵⁸ DELGADO MOYA, Rubén. “Antología jurídica mexicana”. Editorial Graficas Unidas, México, 1993, p. 82

⁵⁹ Op Cit, p. 83.

⁶⁰ MARGADANT FLORIS, Guillermo. “Introducción a la Historia del Derecho Mexicano”. 14ª ED., Editorial Estíngue, México, 1997, p. 21.

todos los ámbitos. Política, social, religiosa y jurídicamente, los españoles implantaron su forma de vida, a los habitantes del nuevo mundo. Políticamente la Nueva España, era un reino bajo el yugo de la corona española. Social y religiosamente, la influencia fue mayor, se buscó que los indígenas profesaran la religión católica de los invasores. La contumelia más grave fue la jurídica. Lógicamente, la invasión produjo la instalación del orden jurídico español, en la Nueva España.

La historia del Derecho nacional contemporáneo, empieza en el sistema jurídico español. En apartados anteriores el tema de la evolución del Derecho Español, se trató ampliamente, por ello aquí no pretendemos profundizar en él. El sistema jurídico virreinal, en primer lugar fue integrado por las leyes de aplicación específica dentro de la Nueva España. El cuerpo legislativo, autor de las normas, estaba integrado por el virrey y los miembros de la Real Audiencia de México. Cabe destacar, que estas leyes, carecían de un contenido relacionado con el Derecho Civil, y por ende, con la familia.

El Derecho Indiano, es otro de los sistemas jurídicos positivos en la época. “Éste derecho es expedido por las autoridades españolas peninsulares o sus delegados u otros funcionarios y organismos en los territorios ultramarinos”⁶¹ Este derecho se complementaba, en lo relativo al Derecho Civil, por las normas indígenas siempre que éstas no contrarioran al sistema indiano. Es importante argumentar, que el derecho indiano, fue un régimen jurídico, con bastantes limitantes. Basta mencionar, la ausencia de elementos fundamentales de un sistema jurídico contemporáneo. Por ejemplo, “... cabe observar que la distinción entre derecho público y privado no es muy convincente por lo que se refiere a la Nueva España y a las Indias en general. Instituciones que tradicionalmente consideramos como pertenecientes al derecho privado tienen rasgos, que las colocan, en una zona gris entre los derechos público y privado”.⁶² Específicamente la familia, como institución, recibe una amalgama de disposiciones jurídicas. Con cédula real del 12 de julio de 1564, el derecho familiar se canoniza, pues dicho ordenamiento jurídico, disponía la orden de considerar a las del Concilio de Trento como “ley reino”. No obstante, el derecho indiano aporta sus propias normas, logrando una mayor adaptación de las leyes ibéricas, a la población indígena. Es

⁶¹ Op Cit, p. 53.

⁶² *Ibidem*, p. 133.

propio determinar que parte de la normas, que fueron vigentes, estaban cargadas de criterios racistas. Había la clara diferencia, entre españoles e indios. Parece ser, la prudente intervención de la Audiencia Real, especialmente la segunda, como máxima autoridad colegiada, otorgó ciertas perspectivas a la familia indígena; como la creación de normas para preservar su unidad.

Fueron muchos los aspectos que originaron la emancipación de México, de la Corona Española. En el interludio de la colonización y la independencia de México, el orden jurídico estuvo integrado, principalmente por las leyes indias. Sin embargo, con el cambio político, se fraguó una transformación jurídica. Con la culminación de la independencia en 1821, las normas jurídicas positivas, siguieron siendo las establecidas con anterioridad. "...todos los ordenamientos legales con fuerza obligatoria en el territorio nacional durante la colonia, continuaron vigentes al inicio de la época independiente, con las únicas salvedades naturales motivadas por la ruptura."⁶³ En realidad, jurídicamente la innovación obedeció a la satisfacción de las necesidades de la Nueva Nación. No es propósito de la presente investigación, realizar un análisis detallado de los documentos jurídicos, que dieron forma a esta faceta, de nuestro derecho. Por ello, es necesario determinar los aspectos generales en cuanto al Derecho Privado. "...en materia de Derecho Privado la República hizo suyo casi íntegramente el legado del Derecho Colonial"⁶⁴ En materia civil, la dependencia con el orden legal de la monarquía española, fue más abrumadora, llegando a fundamentarse en la legislación emanada de la Recopilación India. Con el paso del tiempo, éste sistema jurídico sufrió modificaciones menores, dejando la esencia del Derecho Colonial.

La Constitución Federal de los Estados Unidos Mexicanos de 1824, implantó el fundamento jurídico para la creación de disposiciones legales, de las entidades federativas. Así en su artículo 161, fracción II, se podía leer; "Cada Estado tiene obligación; II. De publicar por medio de sus gobernadores sus respectivas constituciones, leyes y decretos."⁶⁵ En otras palabras, los Estados, como entes soberanos, estaban facultados a expedir sus propias leyes. En materia civil, es importante hacer mención a los Códigos Civiles de

⁶³ DOMÍNGUEZ MARTINEZ, Op Cit. p. 59.

⁶⁴ Ibidem., p. 60.

⁶⁵ TENA RAMÍREZ, Felipe. "*Leyes Fundamentales de México*". 20ª ed., Editorial Porrúa, México, 1997, p. 191.

Zacatecas y Oaxaca.

El Código Civil de Oaxaca, fue el primer orden legal de derecho privado, vigente en territorio nacional. "Dicho ordenamiento reconoce como fuente inspiradora principal, al Código Napoleón. Ello marca el punto de partida del Derecho Civil Francés, como orientador del mexicano"⁶⁶ Para Ortiz Urquidi, el Código Francés de 1804, ha creado un modelo, al cual se acogen distintos ordenamientos mundiales. "Están encuadrados el código italiano de 1865, el uruguayo de 1868, reformado en 1893, el proyecto español de García Goyena de 1851, el filipino de 1949...Los mexicanos del Distrito Federal y Territorios de Baja California de 1870 y 1884, así como el vigente de 1928..."⁶⁷ El Código de Oaxaca, contiene normas dispares, que aventajan la posición de algunos miembros sobre otros, dentro de la familia.

Las disposiciones familiares se encuentran en el primer libro. En el artículo 78 del Código, se regula el matrimonio, el cual producirá todos sus efectos siempre y cuando se realice, de acuerdo a la Santa Madre Iglesia. Se establece la edad de catorce años y doce, para los hombres y mujeres respectivamente, para contraer nupcias. Los derechos entre los cónyuges están orientados a plasmar una diferencia entre ambos. De la cual, el hombre sale beneficiado. Las disposiciones familiares, son discriminatorias para la mujer, por ejemplo, según el artículo 103, dispone que la mujer necesita la autorización de su esposo, para participar en los procesos judiciales. Cabe mencionar, que el Código de Oaxaca, admitía dos tipos de divorcios; el perpetuo, con el cual se sancionaba el adulterio y el temporal, que podía suspenderse por el perdón y reconciliación de la pareja. Según el artículo 231: "...el hijo en toda edad debe honor y respeto a su padre y madre."⁶⁸ La mayoría de edad, estaba fijada a los veintiún años. Se especifica las disposiciones relativas a los Consejos de Familia, así como a la emancipación, la mayoría de edad y la adopción. Basten las líneas anteriores, para proporcionar una visión general del Código. La protección del Estado a la familia, repercutió en sancionar el primer Código de México, sin embargo, no existió ninguna disposición que expresamente hubiera considerado al orden público, como garante de los miembros de la familia.

⁶⁶ Op Cit, p. 61

⁶⁷ ORTIZ URQUIDI, Raúl. "Oaxaca, cuna de la codificación iberoamericana". Editorial Porrúa, México, 1974, p. 16.

⁶⁸ Op Cit, p. 149.

Sin embargo, para la capital de la república, la historia tenía reservadas otras páginas. El resultado de los procesos codificadores de juristas fue el Código Civil para el Distrito Federal y territorio de Baja California de 1870. Las fuentes de este ordenamientos civil, en términos de Domínguez Martínez, se pueden enumerar de la siguiente manera; "...es el proyecto de Justo Sierra el que a su vez, tuvo la influencia en primerísimo término al Código Napoleón, a los principios de Derecho Romano y a los Códigos de Cerdeña, Austria, Holanda y Portugal..."⁶⁹. Las relaciones familiares estaban reguladas en el libro primero, que comprende los artículos del 22 al 777. El matrimonio, la paternidad y filiación, la patria potestad, la tutela y curatela, entre otras instituciones, fueron reguladas en dicho ordenamiento. Cabe la mención de que la adopción no era regulada atinadamente. La regulación familiar en el Código, comienza con las normas relativas al matrimonio. El Código Civil de 1870, reconoce al matrimonio como la única fuente de la familia. Permite el matrimonio entre personas menores de edad, la edad para los hombres es de catorce años, mientras para las mujeres es de doce. Jurídicamente, se entreve una discriminación para la mujer, así lo estipula el artículo 206 que a la letra dice: "El marido es el representante de la mujer". Posteriormente, el ordenamiento jurídico, norma una serie de circunstancias para las cuales la mujer, necesitando o no una licencia de su marido.

El divorcio, según el conjunto normativo en comento, no disuelve el vínculo matrimonial, solamente suspende algunas causas de las obligaciones civiles, según el artículo 239. Es evidente la influencia que sobre este Código, tuvo el Francés de 1804. Son las normas para la sociedad francesa adaptadas, a una sociedad en formación. La familia está regulada bajo los rubros del derecho civil, por consecuencia, la protección que indiscutiblemente el Estado le debe, está relegada a la voluntad de las partes.

Catorce años después, el Código Civil para el Distrito Federal y Territorio de Baja California de 1870, fue objeto de revisión. El resultado de este análisis, detallado fue la creación de otro ordenamiento jurídico. Se le dio el nombre de Código Civil para el Distrito Federal y territorio de Baja California de 1884. "Este código es casi una reproducción del de

⁶⁹ Ibidem, p. 63.

1870, con ciertas reformas...⁷⁰ Ciertamente éste ordenamiento tiene la misma estructura que su antecesor, solamente registra cambios en materia de Derecho sucesorio. En materia familiar las disposiciones jurídicas son una calca de las correspondientes al Código Civil de 1870.

El año de 1917 marcó un giro en la regulación del Derecho Familiar. A partir de ese año, el Código Civil de 1884, quedó derogado en lo relativo a la familia para ser regulado por la Ley sobre Relaciones Familiares. Dicho ordenamiento consta de 555 artículos teniendo a la familia como principal objeto normativo. La Ley sobre Relaciones Familiares, carece de una regulación de la familia, como unidad social. No contiene ninguna norma, que autorice la aplicación del orden público. Las normas del matrimonio ocupan los primeros artículos del Código. Dentro de éstas, se registran normas que inspiran, la igualdad entre los cónyuges, por ejemplo el artículo 43 estipula: "El marido y la mujer tendrán en el hogar autoridad y consideraciones iguales; por lo mismo, de común acuerdo arreglarán todo lo relativo a la educación y establecimiento de los hijos." No obstante, el mismo ordenamiento, contiene disposiciones propias de la época, sin poder considerarlas, fuera del orden público, pero que afectan a la familia. Según el artículo 44, la mujer tiene la obligación de atender a los asuntos domésticos, y propone exclusivamente a la mujer como la encargada de los hijos, y el hogar. En este orden de ideas, el mismo artículo considera como indispensable, la autorización de marido para que la esposa puede prestar servicios personales a terceras personas. En otras palabras, la igualdad entre el hombre y la mujer, hay que entenderla considerando la idiosincrasia del pueblo mexicano.

En relación con los menores, las normas de la Ley sobre Relaciones Familiares, reconoce la obligación de los alimentos, para sus progenitores. Es causa de divorcio, según la presente ley, el adulterio con la siguiente novedad; para los hombres aparte del adulterio, se tienen que registrar circunstancias externas, como las siguientes: que el engaño se haya realizado en la casa común, que este hecho cause escándalo por mancillar la honra de la mujer legítima. Para la mujer, solamente se requiere que haya cometido el adulterio, sin ningún otro requisito. La minoría de edad es a los veintiún años. Aunque la Ley sobre Relaciones Familiares, promueve la igualdad entre los individuos de la familia, ésta nunca

⁷⁰ IBARROLA DE, Antonio. "Cosas y Sucesiones". Editorial Porrúa, México, 1997, p. 1052

fue absoluta más, otro lado dicha libertad, estuvo constreñida a las costumbres de la época. Verbigracia, el artículo 479, establece la obligación de las mujeres mayores de edad, pero menores de treinta, para abandonar el hogar familiar, sólo con la autorización del padre o la madre. No podemos dejar a un lado, la importancia jurídica que significó la Ley sobre Relaciones Familiares, al ser de los primeros ordenamientos en regular exclusivamente a la familia. Pero las mismas normas, no alcanzaron una protección real, de ahí que no se aplicó el orden público.

El Código Civil para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal de 1932, marcó una constante en la directriz normativa. Siguiendo la hegemonía legislativa del Código Francés, el nuevo ordenamiento reguló a la familia desde el artículo 139. La protección a la familia, por parte del Estado; manifiesta dos facetas a saber; la primera se registra con la creación de normas jurídicas, que tengan por objeto el bienestar de todos los miembros de la familia, y la segunda, es la aplicación irrestricta de las leyes familiares, aun en contra de la voluntad de los miembros de la familia. El Código Civil para el Distrito Federal de 1932, solamente alcanzó la primera etapa. Regula, siguiendo los postulados napoleónicos, los tópicos del Derecho Familiar, pero no otorga una protección global a la misma. Dentro de sus normas, es posible encontrar aquellas discriminatorias, por razones disímolas, que resultan en detrimento de los intereses familiares. Un ejemplo claro, es la norma que con el numeral 148, se encontraba en el Código de 1932: “ Para contraer matrimonio, el hombre necesita haber cumplido dieciséis años y la mujer catorce.” Es evidente que este tipo de normas jurídicas, carecen de fundamento social. Lógicamente una pareja que contraiga nupcias, a una edad temprana, casi por lo regular, está destinada al fracaso. Si consideramos al orden público, como la aplicación estricta de ley, bastaba que existieran dos sujetos, que consintieran en casarse, cumpliendo la edad señalada, para que el acto jurídico se realizara. Ante la aplicación estricta de la ley, el orden público lejos de beneficiar a la familia, la perjudicaba. Conscientemente, suponemos a priori, que las normas jurídicas por el hecho de ser el producto del proceso legislativo, contienen principios que contribuirán a mejorar la vida de los hombres en sociedad. No obstante, no siempre es así. Es por ello que la contribución del Código Civil de 1928, al orden público, dentro del Derecho Familiar, queda a la buena voluntad de los participantes, en las relaciones jurídicas.

En la segunda mitad del siglo XX, el orden público en el Derecho Familiar tuvo un impulso formidable. Se promulgaron algunas leyes, que contienen la regulación de la familia. La primera tiene el territorio del Estado de Hidalgo como límite de su aplicación. Mediante la autoría del Dr. Julián Güitrón Fuentevilla, el Código Familiar de Hidalgo provocó un cambio inusitado en las legislaciones en nuestro país. Nunca antes, en la historia legislativa de nuestro sistema jurídico, se había regulado a la familia, fuera de los preceptos del Derecho Civil. Cabe mencionar que en su estructura, este Código no comienza con la regulación de la materia correspondiente sino que las primeras normas, corresponden al capítulo de: "Disposiciones Generales". La instauración de un capítulo preliminar, es importante pues, en la mayoría de los casos, contiene las normas específicas a la familia. Curiosamente, todos los sistemas jurídicos reservan normas para regular a la familia, bien desde el Código Civil o en un orden jurídico independiente. Normalmente estos Códigos, carecen de un capítulo especial para la familia, se conforman con regular los actos que originan o que son consecuencia de la misma. Por ejemplo; el matrimonio, concubinato, esponsales, como causas que originan a la Familia; mientras que dentro de sus consecuencias tenemos; el divorcio, filiación, patria potestad, alimentos, patrimonio familiar. En otras palabras, hay Códigos que tienen como eje normativo a la familia, sin reparar en ella.

Los códigos Familiares modernos, tal es el caso del de Hidalgo, incluyen un capítulo exclusivo para la familia, como institución superior. Es por ello, que el artículo 1 de Código Familiar de Hidalgo define a la Familia como "...una institución social, permanente, compuesta por un conjunto de personas unidas por el vínculo jurídico del matrimonio o por el estado jurídico del concubinato, por el parentesco de consanguinidad, adopción o afinidad que habitan bajo el mismo techo". El Estado soberano de Hidalgo, reconoce a la familia como eje rector de la sociedad y esencia de la evolución del Estado, así lo determinan los artículos 2 y 6. Por último, es menester resaltar la obligación que el Código Familiar le impone al Estado de Hidalgo. En el artículo 3 establece que el Estado, "...garantiza la protección de la familia en su constitución y autoridad, como la base necesaria del orden social."

Siguiendo la misma ideología, el Código Familiar de Zacatecas de 1986, representa un ordenamiento innovador que no sigue la estructura de los Códigos Civiles precedentes.

Junto con el Código Familiar de Hidalgo, se trata de uno de los primeros ordenes normativos, que regulan exclusivamente a la familia. ¿Pero cuál es la trascendencia de dicho Código? Lejos de que se trata de un Código Familiar, regulando a la familia, como una institución de Derecho Privado, fuera del Derecho Civil, la importancia consistió en la evolución que sus normas registraron. En su contenido y forma el Código Familiar de Zacatecas, marcó un distanciamiento del Código Napoleón de 1804, que había servido de arquetipo para los ordenamientos nacionales. Dicho ordenamiento, contiene un capítulo único, dentro del libro primero, en donde se recalca la necesidad irrenunciable e impostergable, de que la familia sea la principal unidad social y solamente al Estado, le corresponde enaltecerla jurídicamente, y con ello, proteger a la familia. De tal forma, el primer artículo establece: “Las normas del derecho familiar son de carácter social y tutelares substancialmente de la mujer, de los menores, de los mayores incapacitados y de los ancianos” Tal norma, se complementa con el numeral cuarto: “El Estado garantiza y protege la constitución, organización, funcionamiento y autoridad de la familia como el mejor medio de lograr el orden y la paz sociales”. En este orden de ideas, el artículo 7 contiene el siguiente juicio normativo; “Las disposiciones de esta ley son de orden público e irrenunciables, y los derechos y obligaciones en ella consignados no pueden ser objeto de convenio...”. Con el orden público, las normas se vuelven irrenunciables.

Sin el ánimo de comentar el Código Familiar de Zacatecas, artículo por artículo, es prudente destacar que tanto el matrimonio y el concubinato, son generadores de la familia, las obligaciones, entre los cónyuges son recíprocos en la misma cantidad y cualidad. De ahí que las normas, tengan el objetivo de crear situaciones de igualdad entre los miembros de la familia. Regula el divorcio, parentesco, alimentos, paternidad, patrimonio de familia. La mayoría de edad, está marcada hasta los dieciocho años. Se registra una mayor protección a los menores de edad, así el artículo 604 considera: “Es de orden público la atención al ser humano durante la gestación, su nacimiento y minoría de edad.”

Hasta el año 2000 el nombre del Código Civil de 1932, era ciertamente ejemplificativo de su contenido. De acuerdo con el ámbito territorial de aplicación de la ley, dicho ordenamiento era vigente para el Distrito Federal, en la materia común y para toda la República en materia Federal. No se consideraban dos Códigos, sino que era un orden

normativo con distintos ámbitos de aplicación. Sin embargo, en el año 2000, se creó un nuevo Código Civil para el Distrito Federal, dejando el anterior, es decir el de 1932, para su aplicación en la República en la materia Federal. Empero el Código Civil para el Distrito Federal, desde su creación ha sido objeto de diversas críticas, todas carentes de fundamento, incluso en ocasiones se niega su propia existencia como ordenamiento normativo, argumentando que solamente son reformas al Código Civil de 1932.

Las treinta y dos entidades federativas, que conforma la Federación, de acuerdo con el artículo 40 Constitucional son libres y soberanas en su régimen interior. Parte de la soberanía, consiste en que los Estados tengan libertad para legislar sus propias leyes. El caso del Distrito Federal, aunque sui generis, sigue el mismo tratamiento. De esta forma, el artículo 122 inciso h), faculta a la Asamblea Legislativa a legislar en la materia civil. En este orden de ideas, en la Gaceta Oficial del Distrito Federal el día 25 de mayo de 2000, se publicaron las reformas al Código Civil para el Distrito Federal en materia común y en toda la República en materia federal, modificando lo relativo al Derecho Familiar, específicamente en los artículos 1º al 746- BIS. Solamente cuatro días después, el Congreso de la Unión, por decreto del 29 de mayo 2000, publicado en el Diario Oficial, decretaba la modificación del nombre del Código Civil de 1932. Referente a las reformas y adiciones del Código Civil para el Distrito Federal en materia común y para toda la República en materia federal, el artículo primero del decreto establece: "Se modifica la denominación del Código Civil para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal....para quedar como sigue: Código Civil Federal". De esta forma queda clara, la legítima procedencia del Código Civil para el Distrito Federal del año 2000.

La aportación del Código Civil para el Distrito Federal del año 2000 es incalculable. Jurídicamente es el único ordenamiento legal, que expresamente manifiesta la aplicación del orden público, en el Derecho familiar. Inusualmente el Código Civil en comento establece, antes de regular el matrimonio, un preámbulo jurídico. Para la investigación resulta trascendente el artículo 138-Ter: "Las disposiciones que se refieran a la familia son de orden público e interés social y tienen por objeto proteger su organización y el desarrollo integral de sus miembros, basados en el respeto a su dignidad". La protección del Estado, a la familia por primera vez en la historia del Derecho, comprendían dos facetas; la existencia de leyes

familiares y su aplicación irrestricta en beneficio de todos los integrantes de la familia. Es preciso determinar que el Código Civil para el Distrito Federal, derogó las normas perjudiciales para la familia.

Se podrán ocupar muchas páginas, detallando los cambios originados al Derecho Familiar con la vigencia del Código Civil para el Distrito Federal del año 2000, pero ninguno más importante, que el establecido por el artículo 138- Ter. El orden público, a lo largo de la historia había sido una institución que, al menos en el Derecho Privado, se había quedado solamente como referente del Derecho Público. No obstante, con la llegada del año 2000 el orden público, se aplicó a las disposiciones de Derecho Privado.

Capítulo Segundo.

Conceptos y Definiciones de Orden Público.

I. Diversas definiciones de orden público en los siguientes ámbitos:

A) Etimológico.

El término orden público, está compuesto por dos palabras que tienen, por separado, significados distintos. Por ello es oportuno estudiarlos de manera singular, para después analizarlos conjuntamente.

Para el latinista Julio Pimentel, el vocablo orden, encuentra en el latín su origen: "Orden: ordo inis, poner en orden."¹ También la palabra orden se puede asemejar con el término latino: dispositio, onis que significa poner en orden. Otro de los sinónimos en latín para el orden es: instructio, onis que tiene la noción de mandato. Para el objetivo del presente trabajo, la voz ordo engloba los sentidos de las otras dos enunciadas. Ya que, el orden otorga, per se, la noción de ordenar las cosas y, jurídicamente, al determinar orden de manera imperativa, se vincula con la noción de mandato. "La palabra ordo es latina, significa orden, colocación o distribución, incluso podría significar establecer policía"²

El término público por principio de cuentas, actúa como adjetivo calificativo. En este orden de ideas, éste vocablo deriva de los siguientes latinazgos: publicus, propatulus,

¹ PIMENTEL ALVAREZ, Julio. "Diccionario Latin- Español". Editorial Porrúa, México, 1999, p.647.

² BORJA, Rodrigo. "Enciclopedia de la Política." Editorial FCE, México, 1997, p. 748.

manifestus. Como sustantivo la dicción público puede asemejarse con populos o vulgus que significan: en público. Para analizar el término público en este trabajo, es menester de inicio determinar su función en la locución orden público. Gramaticalmente, por su posición, podemos argüir que se trata de un calificativo al término orden. Lo que descarta los vocablos populos y vulgus, que son sustantivos cuyo significado es pueblo. No podemos pasar por alto que ambos términos en algún momento, pudieran ser sinónimos de la voz público, cuando ésta fuere usada de manera individual, ya que lo relativo al pueblo por ende es público. Sin embargo, en nuestro término, la dicción público, siendo adjetivo calificativo, sólo puede ser concebida como publicus, propatulus o manifestus. Propatulus significa: “descubierto, público.”³ Este término es apropiado para calificar objetos, cosas que estando a la intemperie son comunes. Por ello es prudente descartarlo. Mientras que *manifestus* hace referencia a lo que es manifiesto, palpable o evidente, términos que se alejan de nuestra búsqueda. De ahí, que argumentamos que la voz público, como calificativo de orden, proviene del latinajo publicus que advierte una noción de común, general, genérico, entre otros.

Como epitome, el orden deriva del latín ordo, mientras que público a su vez se origina de publicus. Hay que recordar que el sistema jurídico griego, no incluyó al orden público dentro de sus postulados, empero fueron los romanos quienes establecieron por primera vez el término, situación que consolida el análisis de éste, en la lengua de sus creadores.

B) Gramatical.

Inicialmente, el Diccionario de la Lengua Española especifica el significado de orden en los siguientes términos: “ Colocación de las cosas en el lugar que les corresponde.”⁴ No obstante el anterior no es el único significado al respecto. La misma institución otorga una definición distinta: “ Serie o sucesión de cosas, relación o respecto de una cosa a otra.”⁵ Las anteriores definiciones, no otorgan una visión clara para los objetivos del presente trabajo.

³ Op Cit, p. 417.

⁴ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, “Diccionario de la Lengua Española.” 22ª ed., Editorial Espasa, México, 2001, p. 1627.

⁵ Op Cit, p. 1127.

Empero, también es posible establecer un significado más, desde la siguiente perspectiva: "Mandato que se debe obedecer, observar y ejecutar."⁶ Es un imperativo que no admite ningún pretexto para su realización. Esta última definición establece mayores rasgos a lo que jurídicamente significa orden público. Sin embargo, el orden además tiene la acepción de: "Paz, tranquilidad."⁷ En este orden de ideas, podemos agregar una variante al término en comento; orden es un mandato, establecido por un ser superior, para garantizar la paz y tranquilidad. Aquel que puede dictaminar un mandato, per se, mantiene una relación de subordinación con terceras personas. Jurídicamente, sólo el Estado puede establecer mandatos estipulados en los textos legales. Por ello las leyes contienen imperativos que los ciudadanos debemos realizar, so pena de accionar la coercitividad gubernamental.

Estas normas jurídicas tienen el objetivo principal de establecer las bases para una vida gregaria en sociedad. En otras palabras, los mandatos para garantizar la paz y tranquilidad, deben estar dirigidos a todos los sujetos de la comunidad. Deben ser generales, y por ende públicos. Esto nos lleva a atender el significado gramatical del vocablo en cuestión. De la retahíla conceptual del término público, instituida en el Diccionario de la Lengua Española, podemos citar las siguientes acepciones: "Se dice de la potestad, jurisdicción y autoridad para hacer algo, como contrapuesto a lo privado. Común del pueblo o ciudad."⁸ Ambas tienen cierto grado de adaptabilidad a nuestro objetivo. Por supuesto que lo que es público, por analogía, es contrario a aquello que es privado. En su significado simple, el vocablo "público" debe ser entendido como: lo que es ordinario a determinado grupo de personas. Si consideramos que aquello que es común a un pueblo, necesariamente deberá ser público, determinamos que este término calificando, a su vez, a la palabra orden, está referido a un criterio cuantitativo. Es decir, infiere que el orden debe ser acatado por el mayor número de personas dentro de una sociedad, para que sus efectos puedan ser considerados como públicos.

Para el jurista Palomar, "...hay orden cuando las cosas suceden de acuerdo a un principio o plan que las regula."⁹ Este criterio indica una secuencia cronológica como noción

⁶ Idem.

⁷ GARCIA-PELAYO Y GROSS, Ramón. *Diccionario Larousse*. Editorial Larousse, Buenos Aires, 1996, p.743.

⁸ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, Op Cit. p.1856.

⁹ PALOMAR MIGUEL DE, Juan. "Diccionario pura juristas." Tomo II, Editorial Porrúa, México, 2000, p.638.

de orden. En principio, para reconocer la sucesión de actos, es necesaria la existencia de un plan. Evidentemente tal significado, por analogía, no concuerda con el de orden público en materia familiar. Pero el orden público en Derecho administrativo, tiene otro sentido. Éste, en materia administrativa, puede parangonarse con el estado de paz pública. El Estado necesariamente desarrolla planes, a largo y mediano plazo, para garantizar la seguridad pública, mediante un régimen de policía. Por lo anterior, podemos argüir que el significado en análisis, tienen cabida en la noción de orden público en Derecho administrativo.

Con lo anterior, podemos argüir que el orden público gramaticalmente significa: el mandato establecido por el Estado que deberá ser acatado por la sociedad mediante ordenamientos jurídicos, que tienen el objetivo fundamental de garantizar la paz y tranquilidad dentro de la comunidad.

C) Sociológico.

Sin duda, otro aspecto a analizar de la figura en comento, es el impacto que ha tenido en la sociedad. Sin embargo, para desarrollar el inciso correctamente, es prudente idear algunos cambios al orden público. Hasta ahora, hemos estudiado esta figura desde una perspectiva esencialmente jurídica. Empero, como ya quedo explicado, el orden puede tener más significados. Uno de ellos es el de orden social. Por ello, es necesario, para este inciso, concebir al orden, no en su visión jurídica, sino en la social. Es correcto pensar que el orden público engloba al social, empero ambos tienen diversos resultados.

Para determinar el significado del orden social, tendremos que detenernos brevemente en su origen: la sociedad. Sin ánimo de polemizar en las teorías que determinan la creación de la sociedad, éstas se instituyen en beneficio del hombre. En la antigüedad, los primeros seres humanos pensantes tuvieron la necesidad de asociarse en busca de protección. Como cualquier especie animal, el hombre encontró en la convivencia con sus congéneres, la solución a problemas existenciales. Con el paso del tiempo, cada una de las personas que habitaban en grupos, se fueron haciendo más dependientes de éstos. Fueron diversos los motivos que crearon las sociedades antiguas; unidad de costumbres, identidad lingüística, consolidación de intereses y situación geográfica, entre otras. Al paso del tiempo, algunos de

estos grupos sólo pueden ser conocidos a través de la historia y, los menos, han cambiado tanto, que en la actualidad parecería que siguieron el mismo destino. Sin embargo, aquellos que lograron sobrevivir como sociedades, lo hicieron en gran medida por el grado de organización en sus instituciones, en otras palabras, por el orden social imperante dentro de éstas.

Pese a que establecimos la importancia que el orden social ha tenido, no lo hemos definido. Para ello, es necesario advertir que éste, en la evolución de las sociedades, ha sido alterado por cambios sociales, llegando incluso a transformarse entre las distintas etapas de la historia de la humanidad. De ahí, que proponemos basarnos en el prototipo de la sociedad moderna, para, posteriormente, vincularla con el orden social.

Siguiendo los lineamientos doctrinales, podemos definir a la sociedad como: "Conjunto de personas ligadas, bien por la comunidad de origen bien por la posición de un mismo idioma, bien por tener las mismas creencias, bien por la identidad de costumbres, o bien por sentir aspiración a realizar el propio destino."¹⁰ La complejidad resultante de la convivencia de intereses se puede aminorar por una organización social. Ésta puede revestir aspectos jurídicos, económicos, políticos y sociales.

Jurídicamente el orden social, está integrado en el objetivo de las mismas normas. En ese sentido para el jurista mexicano Ignacio Burgoa Orihuela, el orden social puede ser definido como: "...el arreglo sistematizado de todas las fuerzas o energías que en su seno de desarrollan, derivadas de elementos o factores de diversa índole que se dan dentro de la comunidad misma, y por lo que toca a las sociedades organizadas jurídicamente, es creado y reconocido por el derecho positivo, bien que se integre por leyes escritas o bien que se componga por normas consuetudinarias."¹¹ En este orden de ideas, la finalidad última de toda norma jurídica, es la estabilidad de la sociedad, es decir el orden social. De crasa importancia resulta, para la sociedad, el orden en la misma, ya que en caso contrario, al no aplicar las normas jurídicas, se generaría el caos social. En palabras del jurista referido, el orden público, por su naturaleza y fines, engloba al orden social al afirmar: " De ahí que el

¹⁰ PINA DE, Rafael. "Diccionario de Derecho". 27ª ed., Editorial Porrúa, México, 1999, p. 378.

¹¹ BURGOA ORIHUELA, Ignacio. "Diccionario de Derecho constitucional, garantías y amparo." 5ª ED., Editorial Porrúa, México, 1998, p. 323.

orden social, como contenido del orden jurídico, es decir, plasmado creativa y reconocitivamente en sus normas, se revele, en un momento histórico determinado y a propósito de una cierta sociedad...¹² Como corolario el orden social, desde el punto de vista estrictamente jurídico, se engloba en los fines del Derecho. La norma jurídica, per se, se instituye dentro de la sociedad para regular las relaciones de los miembros de una sociedad y, así que éstas se funden en valores legales.

Por su naturaleza, el hombre, a lo largo de su existencia, ha tenido la imperiosa necesidad de delinear sistemas de autocontrol. Fundamento de cualquier sociedad, que se precie de serlo, es su sistema jurídico. Éste tiene el objetivo de perpetuar los elementos que dan origen a la sociedad. Es por ello, que dentro de los objetivos de la norma jurídica se encuentran aquellos tendientes a evitar los desmanes públicos. Es decir, para garantizar el orden social, los particulares deben acatar normas legales aun cuando esto esté en contra de su misma libertad. "Se habla de un orden social, cuando el comportamiento intersubjetivo de los seres humanos se ajusta a un conjunto de principios, que garantizan un mínimo de condiciones necesarias para una convivencia normal"¹³ El orden social puede ser considerado como consecuencia del imperio de la ley en la comunidad. El estado de derecho, aspiración de cualquier sociedad moderna, es el reflejo inequívoco de la estricta aplicación de la ley y, por consecuencia, del mantenimiento del orden social.

Otra de las consecuencias del orden social, desde su aspecto jurídico, es fundamentar todas las instituciones gubernamentales. El orden social, en este sentido, se ve reflejado en la estructura gubernamental. De ahí, que es posible determinar al orden social de la siguiente manera: "Conjunto constituido por las instituciones con vigencia en cada sociedad humana, especialmente en su expresión nacional."¹⁴ Estas instituciones conforman la estructura gubernamental y dan cuerpo jurídico al Estado. Tomando el objetivo imperante del Estado, a la sazón satisfacer los principales intereses de la sociedad, toda su estructura sigue los mismos derroteros. Sin embargo, éstas son importantes para el mantenimiento del orden social.

¹² Op Cit, p. 323.

¹³ PALOMAR, Op Cit, p. 638.

¹⁴ BURGOA, Op Cit, p. 324.

Las ideas esbozadas con antelación proponen la conclusión de que, el orden social, jurídicamente, se encuentra dentro del orden público o bien es consecuencia de él. El orden jurídico representa los cimientos de la estructura social y sobre él se fundamentan tanto el político como el económico, dejando en la cima al orden social. Ya que éste indica la organización de la sociedad en todos sus aspectos. Es decir, para poder hablar de orden social, con anterioridad, deberán estar satisfechos los que lo producen; el jurídico, el económico y el político.

En una sociedad moderna, otro aspecto de importancia, es el político. Para que exista orden social, dentro del conglomerado humano, es preciso sistematizar el acceso al poder público. La estabilidad social, en su mayor parte, depende de una aceptada forma de gobierno y de quienes funjan como gobernantes. Independientemente de la forma de gobierno, la manera de acceder a ésta tendría que ser la democrática, en otros términos, la que indique la mayoría. De esta manera, los desórdenes provocados al respecto, siempre serán de minorías, incapaces por su número, de alterar el orden social. En caso contrario, cuando en el seno social se genera una minoría hegemónica, será cuestión de tiempo para que la mayoría degenera en desórdenes sociales, lacerando el aparente, orden social.

El orden social también es producido por sistemas económicos, que permitan el desarrollo íntegro de los ciudadanos. Aquellos que sólo benefician a quienes los imponen, o bien, a un grupo reducido, son contrarios, por sus efectos, al orden social. La historia, con su basta experiencia, nos ha demostrado que la mayoría de los desórdenes sociales, han sido generados por la acumulación de la riqueza, en muy pocas personas. A mayor número de pobres, más será la posibilidad de que se produzcan revueltas sociales de gran envergadura. Para que una sociedad pueda garantizar el orden social en sí misma, deberá practicar sistemas económicos equitativos y realistas a las condiciones de los sectores que la integran

La organización social se conforma de las analizadas. Sociológicamente los hombres se dividen en clases. Cada una de éstas se encuentra limitada por factores tan diversos como: el económico, el cultural y el social. Todas las sociedades se encuentran estructuradas en tres clases: alta, media y baja. Pese a que actualmente existen sociólogos que determinen que la

clase media está desapareciendo, radicalizándose las diferencias de las restantes, todas tienen roles definitorios dentro de la sociedad. Quizá esta clasificación sea la de menor importancia para el orden social, ya que en sentido macro, todas las sociedades funcionan a través de las mismas, mientras que individualmente ésta es muy dinámica.

Podemos concluir que en general, el concepto de orden social se refiere a la totalidad de las relaciones humanas, posibles dentro de la comunidad, y a la cultura en general, independientemente del área y tiempo en que se apliquen. "En sentido crítico se refiere a cierta cualidad, a saber, el funcionamiento sin roces, en el seno de una sociedad, de la acción recíproca de los individuos que por eso encarna valores de eficacia, coherente, lógica y moralidad."¹⁵

D) Académico.

Otros aspectos a destacar, son los criterios académicos que han definido la noción del orden público. Quizá, la aseveración anterior se puede juzgar de ilusoria, ya que aunque existen varias definiciones de orden público, en la actualidad, no hay unidad en su significado. Tal situación se origina por las siguientes razones: la primera surge de la multitud de disciplinas jurídicas que han regulado al orden público, dentro de sus postulados. Inicialmente, cualquier referencia al orden público está dirigida a garantizar la seguridad social. No obstante, en todas las materias jurídicas, esta figura encuentra distinto significado. Por ejemplo, en Derecho Administrativo, está orientada a sustentar la seguridad civil, evitando desórdenes sociales. En Derecho Internacional, especialmente en el ámbito privado, el orden público se aplica para prevenir el fraude a la ley en los conflictos de aplicación de normas. Por otro lado, para el Derecho Familiar, el orden público radica en la efectiva aplicación de las normas jurídicas, aun en contra de la voluntad de sus participantes, en beneficio de la familia. La segunda es el prurito creativo de juristas, que al no tener un modelo legal a seguir, han diseñado una serie de definiciones, que por lo dispares confunden más la naturaleza jurídica del orden público.

Tales prolegómenos son indicadores de las vertientes que han seguido los autores

¹⁵ Idem.

para definir el orden público. Sin embargo, aunque en las siguientes páginas analizaremos opiniones de distintas corrientes, al final habremos de destacar los elementos característicos del orden público, en las diversas ramas jurídicas.

Por su naturaleza, el Derecho administrativo ha sido catalogado dentro del Derecho Público. Según Acosta Romero, esta rama jurídica es el: "conjunto de normas de derecho que regulan la organización, estructura y actividad del Estado, que se identifica con la administración pública o Poder Ejecutivo."¹⁶ La estructura orgánica del Estado mexicano está conformada por tres órganos supremos. Cada uno con funciones perfectamente delimitadas. El Poder Legislativo crea las normas jurídicas sustentadoras del estado de derecho. El Judicial, resuelve las controversias entre los distintas instituciones públicas y, entre éstas y los particulares. Por último, el Poder Ejecutivo tiene funciones circunfusas, pero éstas se pueden resumir en dos; propiciar el bienestar y seguridad de los ciudadanos. Para evitar desórdenes públicos, el Estado realiza, fundamentado en los distintos ordenamientos legales, diversas actividades preventivas. Así se actúa para combatir cualquier situación que ponga en peligro la seguridad social, vulnerando el orden público.

En su sentido más elemental, el orden público en materia administrativa según Serra Rojas, "...se refiere al orden de una ciudad o del campo, evitando perturbaciones sociales que alteren la vida cotidiana de sus habitantes."¹⁷ Partiendo del Derecho Público, el jurista manifiesta la noción de protección como sinónimo de orden público. En una sociedad moderna a la autoridad, corresponde ejecutar acciones tendientes a lograr seguridad entre los ciudadanos. En otras palabras, es la autoridad la que tiene la obligación de evitar desmanes públicos. Pero, ¿cuáles son los instrumentos que tienen las autoridades para evitar desórdenes sociales?. En realidad toda la estructura estatal tiene ese propósito. Sin embargo, el principal instrumento para mantener la seguridad de los ciudadanos, son las leyes. Autoridades y leyes se conjugan entre sí, para lograr el mantenimiento de la tranquilidad pública. La primera se origina y actúa conforme lo marca la segunda, mientras que ésta sirve de molde a la sociedad en su vida cotidiana. El Estado para prevenir perturbaciones, indefectiblemente tiene que aplicar los ordenamientos jurídicos. A cada persona que realiza

¹⁶ ACOSTA ROMERO, Miguel. "Compendio de Derecho Administrativo" 2ª ED., Editorial Porrúa, México, 1998, p. 12.

¹⁷ SERRA ROJAS, Andrés. "Derecho Administrativo". 2ª ed., Editorial Porrúa, México, 1999, p. 593.

actos en contra de las leyes, le corresponde una sanción. Es con este silogismo jurídico, que las autoridades prevén la realización de actos que alteren la vida de los habitantes, dentro de una sociedad. Podemos concluir que el orden público, para Serra Rojas, es la tranquilidad social que permite el desarrollo armónico de los ciudadanos. Incluso el autor, definir el orden público, considera que es: "la tranquilidad pública, para eliminar ciertos hechos que son perturbadores del orden, que pueden provocar desgracias o calamidades públicas"¹⁸

En este orden de ideas, los juristas Pedro Nogueroń Consuegra y Rascón Gasca modificando el concepto de Paul Bernard, establecen el significado de orden público en los siguientes términos: "...el orden público es la disposición concertada y armoniosa de la tranquilidad, seguridad y salubridad públicas así como de la planeación demográfica y la alimentación integral del pueblo, a través de la educación con el fin de conservar la sociedad y sus instituciones, fomentando la evolución de la misma y la satisfacción de nuevas necesidades."¹⁹ Anteriormente, habíamos indicado que desde una perspectiva administrativa, el orden público tiene indicios de seguridad social. En este orden de ideas, esta definición establece seis elementos ha desarrollar por las autoridades para lograr instaurar el orden público en una sociedad. Los tres primeros están estrechamente interrelacionados. La seguridad y salubridad públicas, tienen como resultado la tranquilidad social. El principal problema de las sociedades modernas, es la inseguridad, de ahí que las autoridades instituyan programas para combatirla. Hasta ahora todos los esfuerzos han sido inútiles. Sin embargo, cuando los programas estatales cuenten con mayor efectividad, en esa medida se logrará la tranquilidad social. El término salubridad corresponde a los aspectos que permiten el desarrollo humano, en buenas condiciones de salud. En este sentido, el Estado debe centrar su esfuerzo en dos parámetros; el hombre y su entorno. En el primero, la tarea primordial es lograr que la atención médica beneficie a la mayoría de los ciudadanos y, posteriormente, aplicar las medidas tendientes a prevenir y combatir la contaminación ambiental. Cualquier anomalía en estos requisitos, sería propicia para generar intranquilidad social.

El cuarto y quinto elementos de la referida definición, también se pueden analizar en

¹⁸ Op Cit, p.593.

¹⁹ NOGUERÓN CONSUEGRA, Pedro et al. "*Reflexiones sobre el orden público, seguridad nacional, seguridad interior, y seguridad pública.*" Revista Jurídica Petróleos Mexicanos, Número 145-146, Julio-Agosto 2000, México, p. 41.

conjunto. Podríamos determinar que el aumento de uno, produce la falta del otro. Nos referimos al aumento de la población y la disminución de los alimentos. Desde la segunda mitad del siglo XX, la explosión demográfica ha sido considerada como un problema de resolución prioritaria. En respuesta, las autoridades han creado métodos de planeación demográfica. Por no ser esencia de la presente investigación no desarrollaremos cada uno de ellos, basta con mencionar su objetivo principal: evitar el crecimiento desmedido de la población y los problemas que esto genere. Del mismo modo, es de orden público la alimentación adecuada de la población. Quizá la falta de alimentos, es el mayor problema que puede enfrentar un Estado, considerándola como una necesidad vital. Una población famélica, es un peligro constante, ya que no titubeará por conseguir su sustento. El último elemento es la educación. Otrora derecho reservado para ciertas personas, hoy es una prerrogativa universal. El Estado, hasta ciertos niveles, es el obligado a garantizarla. Sin embargo, los beneficios son recíprocos; la sociedad eleva su nivel de vida y las autoridades gobiernan a civiles respetuosos de las leyes, instituciones y la comunidad misma.

Para Maurice Hauriou el orden público es: "el orden material y exterior considerando cual estado de hecho opuesto al desorden; el estado de paz opuesto al estado de perturbación."²⁰ Para el jurista francés, el orden público está ligado a la seguridad de los ciudadanos. Tomando el aspecto gramatical del término, habrá orden público, en aquel lugar en donde no exista el estado de perturbación. Se verifica el orden, en contraparte al desorden social.

En el mismo sentido, el orden público para José Alberto Garrone, debe conceptuarse desde la perspectiva del derecho administrativo, al determinar la siguiente definición: " es aquella situación de normalidad en que se mantiene y vive un Estado cuando se desarrollan las diversas actividades, individuales y colectivas, sin que se produzcan perturbaciones o conflictos."²¹ Las autoridades deben garantizar la tranquilidad pública para un desarrollo integral de la sociedad. El orden público es sinónimo de un deber, que se supone general para los súbditos, de no perturbar el buen orden de la cosa pública.

²⁰ CABANELLAS, Guillermo. "Diccionario Enciclopédico de Derecho usual." 20ª ED., Tomo V, Editorial Heliasta, Buenos Aires, 1981, p. 697.

²¹ Op Cit., p. 699

Poco clara resulta la siguiente manifestación de orden público: “En la actual axiología jurídica, el orden es considerado como el valor jurídico de menor jerarquía, pero por eso mismo resulta ser el más sólido y condicionante de todos los demás.”²² Interpretándolo el orden es el pilar axiológico, de todo valor jurídico. Evidentemente todo sistema jurídico está fundamentado en un orden. En este sentido, este autor manifiesta que es mediante el orden, como el Estado puede aspirar a la seguridad, cooperación y justicia social.

Hay doctrinarios que asemejan al orden público con la ley. En ese sentido el orden público es un: “conjunto de normas positivas vigentes relacionadas entre sí y escalonadas o jerarquizadas, que rigen en cada momento de la vida y las instituciones de toda clase dentro de una nación determinada.”²³ El orden público tiene que asemejarse a la ley. Es aquella normalidad basada en la libertad y la justicia en que vive un pueblo.

Conviene iniciar el análisis del orden público en materia familiar, con la siguiente definición: “Situación y estado de legalidad normal en que las autoridades ejercen sus atribuciones propias y los ciudadanos las respetan y obedecen sin protestar.”²⁴ Una de las atribuciones de la autoridad consiste en legislar. Todas las leyes positivas tienen dentro de sus características el ser coercitivas. Es decir, que su aplicación se realiza, aún en contra de la voluntad de los sujetos. Sin embargo, en materia civil esta regla presenta algunos cambios. La norma civil establece lineamientos que deben ser acatados, no obstante la voluntad de las partes es la norma suprema. No es que actúen ilegalmente, sino que la materia así lo permite. Empero el orden público en Derecho familiar, no sigue las mismas reglas, ya que por su importancia éstas deben de ser estrictamente obedecidas.

Otra de rama jurídica que utiliza al orden público, es el Derecho Internacional. Desde sus postulados, debe de definirse como: “...el conjunto de principios que inspiran un ordenamiento jurídico y que reflejan los valores esenciales, de índole económica, política o social, en un momento dado.”²⁵ Desde el primer capítulo, quedó establecido que el orden

²² PALOMAR, Op Cit, p. 638

²³ GARRONE, José Alberto. “*Diccionario Jurídico*”. Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1986, p. 1093.

²⁴ Op Cit. 1093.

²⁵ Enciclopedia Jurídica Básica. Vol. III, Editorial Civitas, Madrid, 1995, p. 4637.

público debe estar incluido en las leyes. En éstas, se establece tal calidad. No obstante, la situación es al revés. Son los principios jurídicos, que en su conjunto forman al orden público, los que generan un norma legal. Y cada artículo de éstas, contiene valores económicos, políticos y sociales.

Existen supuestos en los cuales el orden público, como figura legal, puede ser aplicada en dos ramas jurídicas. Tal es el caso de la definición establecida en la Enciclopedia Omeba, que a la letra indica: " Denominaremos orden público al conjunto de condiciones fundamentales de la vida social instituidas en una comunidad jurídica, las cuales, por afectar centralmente a la organización de ésta, no puede ser alteradas por voluntad de los individuos ni, en su caso, por la aplicación de normas extranjeras."²⁶ Determinar las condiciones de vida en una sociedad, es un procedimiento azaroso y complicado. Si las condiciones fundamentales, basándonos en la definición anterior, están dentro de las leyes, sería menester guiarnos por éstas. Todas las legislaciones tienen como objetivo primigenio, establecer reglas para garantizar la convivencia social. Éstas, por su propia naturaleza, no pueden ser alteradas por la voluntad de los individuos, clara alusión al Derecho civil, ni pueden contrariarse por normas jurídicas extranjeras, conflictos que son materia del Derecho internacional. Los mismos juristas añaden otra característica al orden público: "Es, sin duda, una realidad estimable a tenor de un sistema de valoraciones vigentes en determinado tiempo y lugar, pero a la vez, una categoría del conocimiento jurídico."²⁷ En este momento, solamente determinaremos el criterio temporal y territorial, como elementos del orden público. Posteriormente nos adentraremos en su adoctrinamiento.

En una opinión poco clara, Baudy-Lacantinerie indican: " El orden público es la organización considerada como imprescindible para el buen funcionamiento general de la sociedad."²⁸ Reconocemos que tal figura es indispensable para la sociedad. Sin embargo, resulta poco clara la alusión al orden público, como organización. Según el Diccionario de la Lengua Española, el término organización quiere decir: "asociación de personas regulada por un conjunto de normas en función de determinados fines"²⁹. La definición creada por los

²⁶ Enciclopedia Jurídica Omeba. Tomo XXI, Editorial Driskill, Buenos Aires, 1982, p.56

²⁷ Op Cit, p. 56.

²⁸ Idem.

²⁹ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, Op Cit., p. 1631.

juristas franceses, no especifica a qué tipo de organización se refiere. El orden público es incorpóreo, sólo adquiere forma mediante las normas que tienen tal calidad. No podemos determinar que el orden público, per se, es una organización de personas u objetos. En descargo a sus autores, podríamos argumentar en otro sentido. Otro de los significados, que el diccionario antes mencionado, establece para el vocablo organización es: “Disposición, arreglo, orden.”³⁰ Parece que los autores franceses se refieren en su concepto a la organización como sinónimo de orden. Una sociedad organizada, indiscutiblemente, buscará al orden como elemento fundamental de convivencia.

Aunque Marcel Planiol no elabora un concepto de orden público, lo menciona al referirse a las leyes de orden público, de la siguiente manera: “Son aquellas que manifiestan el interés general de la sociedad, por oposición a las que tienen la finalidad prevalente de defender el interés individual.”³¹ Considerando que las leyes tienen como una de sus características: la generalidad, en primera instancia, Planiol parte de un supuesto equivocado. ¿Habrá leyes cuyo objetivo sean los intereses particulares?. La respuesta categórica es no. Sin embargo, aunque todas las leyes son generales, hay algunas que por sus efectos se consideran de interés general y otras de interés individual. En las primeras, se engloban las que reglamentan las funciones del Estado, entre éste y sus instituciones, y entre éstas y los particulares. En las segundas sus efectos se producen exclusivamente en la esfera jurídica de los particulares. De ahí que, para Planiol el orden público se aplica en las leyes de interés general. Con lo argumentado hasta ahora, el jurista francés opina incorrectamente. Aunque inicialmente el orden público era exclusivo para las leyes públicas, con la transformación histórica de la figura jurídica, en la actualidad es posible que las normas privadas, sean de orden público, por ejemplo el derecho familiar.

Desde la perspectiva de Eduardo J. Couture, el orden público debe de estar sujeto a territorio y tiempo determinado. Conceptúa a la figura jurídica como: “El conjunto de valoraciones de carácter político, social, económico o moral, propias de una comunidad determinada, en un momento histórico determinado, que fundamenten su derecho positivo y

³⁰ Idem.

³¹ Planiol, Marcel. “*Tratado elemental de derecho civil*”. Editorial Cajica, México, 1988, p. 356.

que este tiende a titular.”³² Aparte de considerar al orden público, como valoración política, social, económica o moral, la verdadera aportación del autor es circunscribir a figura a dos parámetros: lugar y tiempo. El orden público es positivo, en el lugar donde se aplica la ley que lo crea, y es vigente durante el tiempo de aplicación de la misma. Lo anterior nos lleva a las siguientes reflexiones; el orden público cambia en relación al número de leyes existentes, en un lugar determinado. Así las disposiciones de orden público establecidas en el Código Civil para el Distrito Federal en materia común y para toda la República en materia Federal de 1931, ahora derogado, no son las mismas que establece el Código Civil para el Distrito Federal del año 2000. En este mismo orden de ideas, las disposiciones de orden público del Código Civil para el Distrito Federal del año 2000, sólo serán aplicables mientras tenga vigencia el propio ordenamiento.

Otros autores, como Henri Capitant, que define al orden público: “...como el conjunto de normas e instituciones cuyo objeto consiste en mantener en un país el buen funcionamiento de los servicios públicos, la seguridad y la moralidad de las relaciones entre los particulares, y de los cuales no pueden apartarse éstos, en principio, en sus convenciones.”³³ Para el autor en comento, el orden público existe en las leyes y, además, en los organismos estatales. Nosotros podemos determinar qué tanto el orden público cuanto los organismos estatales tienen su origen en los postulados jurídicos. El objetivo del orden público, es el buen funcionamiento de los servicios públicos, la seguridad y moralidad de las relaciones entre los particulares. Los dos primeros, se encuadran en los imperativos de la paz pública. Sin embargo, el tercero hace alusión al derecho privado. Es de suponer que todas las relaciones legales entre los particulares, por el sólo hecho de estar basadas en la ley, siguen lineamientos morales. Empero, el orden público es garante para la seguridad de las partes.

Otra definición de orden público, es la que establece el Instituto de Investigaciones Jurídicas en los siguientes términos: “...la dogmática jurídica con orden público se refiere al conjunto de instituciones jurídicas que identifican o distinguen el derecho de una comunidad; principios, normas e instituciones que no pueden ser alteradas ni por la voluntad

³² COUTURE J., Eduardo. “*Vocabulario Jurídico*”. 5ª ED., Editorial Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1993, p. 437.

³³ Enciclopedia Jurídica Básica. Op Cit, p. 4639.

de los individuos- no está bajo el imperio de la autonomía de la voluntad- ni por la aplicación del derecho extranjero.”³⁴ Cada sistema jurídico se elabora a partir de las necesidades sociales. Por ello, son claros ejemplos de la idiosincrasia jurídica de sus creadores. Con la definición en comento, el orden público es el sistema legal que una sociedad acepta, y al cuál se somete para garantizar la seguridad pública. Por último, el concepto establece la imposibilidad de modificar el orden público, situación que se desprende de la misma naturaleza jurídica de la figura en análisis. En otras palabras, “...podría decirse que el orden público se refiere, por decirlo así, a la cultura jurídica de una comunidad determinada, incluyendo sus tradiciones, ideales e incluso, dogmas y mitos sobre su derecho y su historia institucional.”³⁵

En este orden de ideas, también se puede conceptualar el orden público como “...una noción de contenido variable y elástico, a efecto de cristalizar en torno suyo las normas de interés político que exigen observancia incondicional e inderogable por parte de la actividad privada.”³⁶ Quizá el mayor problema de la figura estudiada sea, como elocuentemente se determina en la definición, la inconsistencia en su contenido. ¿Cuál es el contenido del orden público? Al determinar que éste es variable y elástico, el autor evade la responsabilidad de definirlo. Es conveniente especificar que cualquier noción de orden público debe de partir de su esencia, es decir de su contenido. No nos perderemos en analizar a qué se refiere el autor, basta con evocar que, como ya lo hemos establecido, la variabilidad corresponde a la multidisciplinariedad del orden público. El término elástico, es una cualidad de algunos cuerpos que pueden extenderse mediante una fuerza ajena. Es evidente que la multidisciplinariedad, como característica de esta figura, extiende sus alcances al orden público. Por el sentido de la definición, podríamos argüir el carácter acomodaticio de tal figura. Por otra parte, aunque el autor determina que el orden público se aplica a las normas de interés político, no deja claro cuáles son éstas. Si bien es cierto, que cada norma tiene un objetivo determinado en sus postulados, todas tienen un interés político. Ninguna norma jurídica, se genera sin algún objetivo político. Posteriormente se aplicarán, según su naturaleza, a intereses generales o particulares. Parece ser que el autor utiliza el término

³⁴ INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS. “*Diccionario Jurídico Mexicano*”. 2ª ED., Editorial UNAM, México, 1988, p. 2279.

³⁵ Op Cit, p. 2279

³⁶ Idem.

interés político como sinónimo de interés general. Por último se refiere a la observancia incondicional e inderogable por los particulares, cuestión que nos parece adecuada.

Para algunos otros, el orden público es una figura bifronte: "...el orden público presenta dos aspectos: uno negativo, que constituye la ausencia de trastornos o alteraciones y uno positivo, que exige no sólo la conservación de una existencia pacífica, sino un conjunto de acciones tendientes a mantenerlo y renovarlo para alcanzar el logro de sus objetivos."³⁷ Con esta doble naturaleza se obnubila el concepto. Coincidimos que la figura puede llegar a tener efectos positivos o negativos, empero éstos se desprenden de su aplicación en la sociedad, no de sí misma. Sin embargo, a nuestro parecer, la figura jurídica de orden público, per se, solamente tiene un aspecto: el positivo. El orden público se instituye en las leyes para garantizar que éstas se apliquen estrictamente en pro de la paz pública. El Estado al hacerlo está alejando la posibilidad de que ocurran desmanes sociales. El problema se origina, cuando por algún motivo las normas no se acatan. Ya que en la misma medida no se aplicaría el orden público. Ante esta situación, seguramente habría desorden público; pero como consecuencia de la inaplicación de la ley. Es decir, el orden público parte siempre de un aspecto positivo, ya que éste tiene el objetivo de evitar alteraciones sociales y en la medida que funciona, las autoridades están obligadas a mantenerlo y renovarlo. Esta hipótesis sólo da lugar al aspecto negativo, cuando el positivo es ineficaz. En otras palabras, el aspecto negativo del orden público, corresponde a la noción del vocablo desorden público, el positivo, por su parte, se identifica con el significado del término orden. Es conveniente recordar que el orden público, como la moral y las buenas costumbres, son variables de acuerdo con las circunstancias de tiempo, lugar y sociedad en un momento determinado.

Menos clara resulta la siguiente opinión: "Orden público es el conjunto de normas con trascendencia jurídica, absolutamente obligatorias e irrenunciables, que persiguen cierto grado de armonía social y de eficacia de derecho."³⁸ Son varios los comentarios que se pueden realizar: en principio el orden público no es un conjunto de normas, como se indica en la definición. Denominamos, generalmente, ley al conjunto de normas. Esto nos lleva a dilucidar la siguiente interrogante: ¿ Todas las leyes son de orden público?. Con lo

³⁷ Enciclopedia Jurídica Básica. Op Cit, p. 4682.

³⁸ Idem.

analizado, podemos determinar que no. Para que una ley sea de orden público, dentro de sus artículos expresamente lo debe mencionar. Por ello no podemos aceptar que el orden público, sea el conjunto de normas en sí, sin importar la trascendencia jurídica de éstas. Más bien es a las normas jurídicas, por su trascendencia en la sociedad, a las cuales se les da la categoría de orden público. Sus objetivos, según la definición en comentario, son dos: armonía social y eficacia del derecho. A toda luz, ambas son características de la ley. Toda norma jurídica mantiene armonía social, ya que para eso están ideadas. Ahora bien, si el derecho es, en sentido lato, el conjunto de normas jurídicas que regulan la convivencia en sociedad. Toda ley está englobada en el Derecho. Por ello, podemos determinar que en la definición anterior, el orden público es confundido con la ley.

Para algunos autores el orden público debe ser conceptualizado de una manera general. Para el jurista Rafael De Pina, es el: "...estado o situación social derivada del respeto a la legalidad establecida por el legislador."³⁹ Cuando se dice que tal o cual ley, es de orden público, se ignora o se olvida, que todas las leyes lo son, porque todas ellas tienen como fin principal, el mantenimiento de la paz con justicia, que persigue el derecho. De esta manera, el orden público se perturba cuando el derecho no es acatado. Ante la correcta aplicación del orden público, necesariamente, corresponde un estado de paz pública. Pues ésta es consecuencia del orden público.

Para el jurista Fernando Figueroa definir el orden público puede resultar veleidoso en razón a la misma naturaleza de éste. "Esta noción se deduce subjetivamente en virtud de las circunstancias de tiempo y lugar, políticas, filosóficas o morales punitivas en el momento en que la ley se ha expedido o se pretende aplicar."⁴⁰ La importancia del concepto redunda en la característica de subjetividad que Figueroa otorga al orden público. Efectivamente, el orden público es subjetivo en razón al tiempo y lugar, circunstancias políticas, filosóficas y morales. El tiempo y lugar, como elementos del orden público ya han sido analizados, por ello es menester abocarnos a los demás. Las circunstancias políticas son factor para determinar el orden público. Verbigracia el Código Civil para el Distrito Federal del año 2000 fue creación de los cambios políticos en el Distrito Federal. Después de una reñida

³⁹ PINA, Op Cit.p. 391.

⁴⁰ FIGUEROA, Fernando. "La noción del orden público en el derecho administrativo." 2ª ed., México, 1966, p.128.

contienda electoral, el Partido de la Revolución Democrático obtuvo mayoría en la Asamblea Legislativa del D.F. En virtud del dominio legislativo, dicho partido pudo imponer sus ideales en cuanto al Derecho familiar, quedando éste como de orden público. Sin embargo, en posteriores contiendas el partido político que obtenga mayoría podría cambiar, como lo hizo el PRD, el sistema jurídico establecido alterando el orden público. Para explicar las razones filosóficas y morales, nos adentraremos en la última. La moral cambia de acuerdo a la sociedad en que se idealice. Moralmente habrá actos que en nuestro país sean inmorales y que al mismo tiempo, en otros países sean morales. Por ejemplo, el matrimonio de personas del mismo sexo, que en países sajones no solamente es moralmente válido, sino que es permitido por la ley. Esa misma hipótesis, ha sido planteada en México. El Partido de la Revolución Democrática es el propulsor de una iniciativa legislativa, en la Asamblea Local, que permitiría el matrimonio entre personas del mismo sexo. Esto actualmente está prohibido por el orden público. Sin embargo, si por cualquier motivo esta iniciativa fuera aceptada, y se convirtiera en ley, el orden público consistiría en la estricta aplicación de la misma. Por ello coincidimos que el orden público es un concepto subjetivo, de acuerdo a la sociedad donde se requiera aplicar. “Como se observa, la idea de orden público no tiene una clara definición ni hay consenso general de cómo conceptualarlo, ya que dependiendo del país, autor y las circunstancias éste varía.”⁴¹

Se consideran de orden público, las normas no derogables por la autonomía de la voluntad. En este sentido, la noción se asienta en el principio básico de hacer prevalecer en estos casos, la voluntad del legislador, sobre cualquier otra fuente de Derecho. “Puede admitirse que cuando el orden público se interesa por las materias objeto de las leyes de suyo permisivas, se convierte en excepción y freno de la libertad creadora reconocida a la persona en Derecho privado”⁴²

Como hasta ahora podemos constatar, el concepto de orden público, tiene varias vertientes. No solamente por la materia jurídica a la cual se aplique, sino por el desconcierto que entre los juristas ha causado la figura jurídica. Ante la carencia de un prototipo legal, cada autor ha deseado otorgar al orden público un sello especial, dejando a su arbitrio

⁴¹ Op Cit, p. 129.

⁴² ARCO TORRES, Miguel Ángel. “*Diccionario de Derecho Civil.*” Editorial Comares, Granada, 1999,p.961.

identificar los elementos que dan origen al orden público. El concepto de orden público tiene de origen un significado circunfuso. Esto aunado al prohijamiento de muchos autores, han generado una figura jurídica aparentemente indefinible. Empero, no podemos recular a este criterio, mas bien debemos evitar otorgar conceptos *ad nítum* del orden público. Es por ello que el orden público debe ser conceptualizado en las leyes a las cuales apuntala, para guiar las opiniones de los juristas que intentan establecer los pilares para su estudio.

Por nuestra parte proponemos como concepto de orden público en derecho familiar el siguiente: el mandato estatal, de carácter imperativo, implícito en las normas familiares que le genera un deber jurídico a los particulares sustentado en la trascendencia social de la familia.

E) JURÍDICO.

Una de las situaciones que han generado la confusión jurídica, académica y jurisprudencial entorno al orden público, es la carencia, en casi todos los sistemas jurídicos que los implementan, de una definición legal. El legislador, por la intrincada naturaleza de la figura, ha evadido la imperante necesidad de conceptuar al orden público, en las diferentes disciplinas que lo reglamentan. Se regula, pero no se conceptúa. La solución jurídica idónea para estos casos, es que jurisprudencialmente se suplan las deficiencias de la ley, sin embargo, tal solución no ha beneficiado al orden público.

De tal forma, son los juristas quienes han tomado la responsabilidad de definirlo. Esta práctica no siempre será la mejor. Anteriormente, hemos establecido las dificultades que entraña la libertad académica, por falta de un prototipo legal, en la definición de figuras jurídicas complicadas. A lo anterior, habrá que agregarle la distinta concepción de la naturaleza jurídica, del orden público, según la materia en que se estudie. No profundizaremos en demasía en este punto, ya que, será analizado con exactitud en el capítulo correspondiente. No obstante, todos los obstáculos en este inciso mencionaremos las leyes que son consideradas de orden público, bajo el parámetro a considerar: nos ocuparemos de las normas jurídicas familiares, civiles y administrativas por ser estas las que

ocupan el sentido del presente trabajo.

En cuanto a la materia administrativa, tratándose ésta de Derecho público, por regla general todas sus disposiciones sea de orden público. Los ordenamientos administrativos por tratarse de las leyes estructurales del Estado, siempre deberán manifestar que pertenecen al orden público. Incluso, ante la falta de disposición expresa, las normas administrativas deben entenderse de orden público, por la importancia que revisten. Sería repetitivo y engorroso, citar cada una de las leyes de la administración pública, ya que todas siguen las reglas establecidas. Verbigracia, la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, que no establece disposición expresa alguna de que pertenezca al orden público. No obstante, se puede argumentar que ésta es de orden público, por la importancia que representa en la estructura jurídica estatal. Por otro lado, la Ley Federal de Procedimiento Administrativo en su primer artículo, establece que ésta es de orden e interés público.

Así, el orden público tiene que aplicarse en todas las leyes de la administración pública, mencionenlo o no. El problema se deriva cuando las figuras del Derecho público, inclúyase al orden público, se aplican en ramas del Derecho privado. En este caso, aquellas leyes, de Derecho privado, para ser consideradas de orden público, deben expresarlo en sus postulados. No se sigue la regla que priva para los ordenamientos públicos. En materia privada, por la naturaleza de sus relaciones, propiamente no se instituye el orden público, sino como excepción. Una de ellas se establece para el Derecho familiar, tomándolo como piedra fundamental de la sociedad, a la familia y por ello se considera de orden público.

En materia familiar, el análisis debe comenzar en el Código Civil para el Distrito Federal vigente, pues en su artículo 138-Ter ordena: "Las disposiciones que se refieran a la familia son de orden público e interés social y tienen por objeto proteger su organización y el desarrollo integral de sus miembros, basados en el respeto a su dignidad." Este artículo es ejemplificativo de las reformas a la materia familiar de principio de siglo XXI. La materia civil, también regulada en las disposiciones del mismo código, no establecen determinación alguna que refleje tal calidad. El orden público está reservado para la materia familiar, zanjando abismales diferencias entre ambas ramas jurídicas. Por otro lado, el Código Civil Federal vigente, sigue las misma reglas que fueron heredadas por la influencia francesa.

Los Códigos Familiares, por supuesto, deben ser considerados de orden público. Más allá de polémicas políticas, cada ordenamiento que regule aspectos familiares debe ser instituido como de orden público. Así los Códigos Familiares del país son de orden público. Por ejemplo el Código Familiar de Hidalgo hace lo conducente en su artículo 3º, mientras que el de Zacatecas realiza lo propio en su numeral 7º al establecer: "Las disposiciones de esta ley son de orden público e irrenunciables, y los derechos y obligaciones en ella consignados no pueden ser objeto de convenio, salvo las excepciones señaladas por la ley."

Internacionalmente la situación al respecto es precaria. Empero no podemos dejar de mencionar los esfuerzos aislados que se han producido. Por ejemplo en Argentina en el año de 1959, se expidió una ley especial en materia administrativa que definía al orden público como: "El normal funcionamiento de las instituciones públicas y privadas, el mantenimiento de la paz interior y el libre y pacífico ejercicio de los derechos individuales, políticos y sociales reconocidos en las leyes."⁴³

Por último, no podemos cerrar este inciso sin advertir la importancia que tener en nuestra legislación un concepto de orden público, ya que es menester para los legisladores esclarecer los puntos oscuros de nuestra legislación. De esta manera se estaría fundando una teoría del orden público.

F) JURISPRUDENCIAL.

Para determinar el concepto del orden público en el aspecto jurisprudencial es conveniente estipular algunos lineamientos sobre su origen. Podemos definir a la jurisprudencia, siguiendo la opinión De Pina, de la siguiente manera: "Interpretación que la autoridad judicial da ordinariamente a una ley, y así se opone la jurisprudencia a la doctrina como expresión de la ciencia." Ante las lagunas que todo sistema jurídico presenta, les corresponde a los jueces intentar resanarlas. Para ello, las autoridades judiciales competentes según las leyes correspondientes, fundándose en la práctica de las distintas ramas legales,

⁴³ CABANELLAS, Op Cit. p. 698.

determinan los criterios a seguir. La importancia de los criterios jurisprudenciales es, además de aclarar algunas figuras jurídicas, su carácter de obligatoriedad tanto para autoridades cuanto particulares. Hemos advertido que el orden público, se ejerce por medio de la estricta aplicación de las normas jurídicas. Sin embargo, dentro de éstas, el orden público se localiza, específicamente, en los numerales que determinan que tal ley es de orden público. Por ello, para conocer el criterio jurisprudencial de la figura en estudio, es menester analizarlo en las materias en donde se aplica.

La libertad a los jueces para concebir al orden público es concebible en la siguiente tesis jurisprudencial.

Instancia: Pleno

Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación

Parte : 61, Enero de 1993

Tesis: P. VII/93

Página: 59

ARRENDAMIENTO DE INMUEBLES PARA CASA HABITACION. SU ESTIMACION POR EL LEGISLADOR COMO RELACIONES CONTRACTUALES DE ORDEN PUBLICO, NO ES VIOLATORIA DE LA GARANTIA DE IGUALDAD PREVISTA POR EL ARTICULO 13 CONSTITUCIONAL. (CODIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES PARA EL DISTRITO FEDERAL).

Corresponde al legislador y no al particular la determinación de qué institutos o vínculos son de orden público, ya que a través de la función que le está encomendada dicta las leyes regulando las diversas relaciones que se presentan en la sociedad. Por ello la determinación del carácter de orden público que el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal otorga al arrendamiento de inmuebles destinados a habitación, no viola la garantía de igualdad prevista por el artículo 13 constitucional, toda vez que el legislador en ejercicio de su facultad que le es propia regula de forma abstracta y general una clase de relación sin determinar individualmente a una persona o grupo de personas.

Comúnmente los ordenamientos jurídicos solamente establecen si son o no de orden público. Ninguno de ellos establece un concepto de orden público. En este caso, el juzgador al momento de aplicar la ley, tiene que realizar una noción de lo que significa orden público. Esta situación no resulta la más idónea, ya que acrecenta la subjetividad del concepto. Ante la falta de estipulación legal, cada juez tiene la libertad para aplicar el orden público. Lo ideal sería que el mismo legislador determinara que se debe de entender por aquél. Lo anterior traería dos ventajas: disminuiría las interpretaciones de un concepto tan ambiguo, y otorgaría mayor seguridad jurídica a los ciudadanos. Coincidimos en la dificultad de crear un concepto

unívoco, sin embargo, es posible estructurarlo partiendo de sus elementos esenciales, los cuales se analizarán con detenimiento en el capítulo venidero. El legislador debe afrontar el problema, partiendo de los siguientes supuestos: primero, señalar a cuál de las múltiples disciplinas jurídicas que lo permiten, se aplicará el orden público. Ya que como lo hemos señalado, dependiendo de la rama jurídica, el orden público produce efectos diferentes. Como segundo paso, estaría la tarea determinante de indicar la naturaleza de la figura, y por último sujetarlo a tiempo y lugar determinado. Quizá, inmiscuidos dentro de un lógico orden normativo, el tercero representa mayores problemas ya que requeriría de constantes reformas para actualizarlo.

Una de las ramas que utiliza más al orden público, es el Juicio de Amparo. Innumerables resultan las jurisprudencias en la materia, sin embargo hemos citado, por ser propia a nuestro objetivo, la siguiente:

Instancia: Segunda Sala

Fuente: Semanario Judicial de la Federación

Parte : VIII-Diciembre

Tesis: 2a./J. 14/91

Página: 45

ORDEN PUBLICO E INTERES SOCIAL. SUSPENSION CONTRA ORDENAMIENTOS QUE ESTABLECEN REQUISITOS PARA EL DESARROLLO DE UNA ACTIVIDAD DE PARTICULARES (EXPLOTACION DE YACIMIENTOS PETREOS).

Si en un juicio de amparo se combate la constitucionalidad de un ordenamiento, debido a que sujeta al quejoso al cumplimiento de diversos requisitos para el desarrollo de una actividad, y se reclama también la aplicación de ese ordenamiento con sus consecuencias, para decidir sobre la suspensión debe el juzgador examinar el cumplimiento de los requisitos previstos por el artículo 124 de la Ley de Amparo. Ello es así, debido a que no basta la circunstancia de que se pida la paralización de los efectos de una ley, para negar la suspensión bajo el argumento de que ella responde al interés general y es de orden público, ya que todas las leyes (en sentido amplio) participan en mayor o menor medida de esas características. Pero tampoco es suficiente para conceder la medida el simple hecho de que en el mismo juicio de amparo se combata la constitucionalidad del ordenamiento, pues resulta imprescindible incluso para la conservación de la materia del juicio, analizar los diversos grados de afectación al interés social y al orden público, la distinta naturaleza del objeto específico de los ordenamientos y la causación al quejoso de daños y perjuicios de difícil reparación. Por ello, no es conveniente dar una regla general para establecer si debe o no concederse la suspensión respecto de las consecuencias derivadas de la aplicación de un ordenamiento cuya constitucionalidad se discute en el propio juicio de garantías y que impone a la quejosa requisitos para el ejercicio de una actividad, puesto que la decisión de paralizar o no los actos requiere

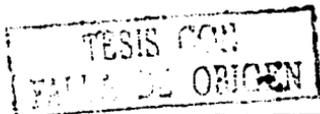
**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**

del estudio de la satisfacción de los supuestos establecidos por el artículo 124 de la Ley de Amparo, de una manera casuista, en tanto que son variables los elementos que intervienen en la apreciación correspondiente. De acuerdo con lo anterior, si se cuestiona la constitucionalidad de determinados ordenamientos, porque sujetan la actividad de la quejosa a la obtención previa de licencias de explotación de yacimientos pétreos y de uso de suelo, no es factible conceder la suspensión porque no se satisface el requisito previsto por la fracción II del artículo 124 de la Ley de Amparo, en tanto que los ordenamientos que rigen a esa actividad son de orden público, pues atienden a lograr la seguridad urbana y una adecuada calidad ambiental. Además de ello, con la suspensión se haría posible la explotación de una mina sin el análisis de los elementos técnicos necesarios para establecer si esa actividad afecta o no al interés social, pues de lo contrario el juzgador asumirla facultades que son propias de las autoridades administrativas.

En materia constitucional, el orden público es determinante para otorgar la suspensión, temporal o definitiva, del acto reclamado. El juzgador para otorgar la suspensión, debe observar el orden público e interés general. El análisis del segundo y la diferencia de éste con el orden público será objeto del presente capítulo. Por ello es determinante centrarnos en el estudio del primero. Ante la carencia de una definición de orden público en la ley de amparo, los jueces tienen una función esencial. Identificar, qué se puede considerar como orden público. En esa medida, se podrán dictar las suspensiones, sin contravenir esta figura. La suspensión en materia de amparo es el beneficio que tiene el quejoso, para evitar los efectos del acto que vulnera su esfera jurídica. En este orden de ideas, no es posible que el juez, por evitar perjuicios para el quejoso, los provoque, otorgando la suspensión, a la sociedad en general. De ahí, que el orden público debe ser considerado para otorgar o no la suspensión. Lógicamente, si con ésta se vulnera tal figura, la suspensión no podrá ser concedida y viceversa. Sin embargo, nos encontramos en el mismo escollo: qué es el orden público. Ante la falta de una respuesta certera, la obligación de definirlo corresponde a los jueces. Por último, la misma autoridad determina que todas las leyes, en mayor o menor medida, son de orden público. Tal afirmación encuentra sustento, de manera general, en el objetivo de la figura. Pues éste funciona como garante de la seguridad social, en todos sus aspectos, mediante la aplicación del sistema legal positivo.

Sin definir al orden público, y en el mismo sentido que las analizadas, la siguiente jurisprudencia determina:

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito



ORDEN PUBLICO, CONCEPTO DE. SU ALCANCE PARA EFECTOS DE LA SUSPENSION.

*EL criterio que informa el concepto de orden público para conceder la suspensión definitiva, debe fundarse en los bienes de la colectividad, tutelados en las leyes y no en que las mismas son de orden público, ya que todas ellas lo son en alguna medida.
SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA ADMINISTRATIVA DEL PRIMER CIRCUITO.*

Hemos establecido el sentido del orden público en materia de amparo. No obstante, lo novedoso de la tesis jurisprudencial, radica en que las leyes, por la naturaleza de la materias que regulan, pueden ser de orden público, pese a que éstas, no lo expresen. Según se infiere de la opinión jurisprudencial, partimos de que todas las leyes son de orden público. El grado de éste, en aquellas, a falta de disposición expresa, lo tienen que determinar los jueces. Empero, para ese objetivo, el análisis de éstos a la ley, no se centrará en determinar si existe norma expresa que invoque la figura jurídica en mención, sino en los objetos tutelados en las mismas. Si los valores a proteger en las normas son de interés colectivo, entonces, se tendrá la presunción de que son de orden público.

La siguiente tesis, demuestra una de las líneas teóricas que se ha seguido para explicar el orden público. La tendencia ha considerar al orden público como un concepto indeterminado adquiere mayores adeptos entre los juristas. Sin embargo, si adoptásemos esa postura ideológica, el problema venidero sería peor. El orden público es una figura jurídica indispensable para algunas ramas legales. De ahí, que quienes sostienen esta teoría, no propongan su desaparición. Solamente indican la imposibilidad de conceptuarlo. Mantener un mecanismo jurídico en la ley, y no conocer su naturaleza, alcances y efectos es altamente azaroso. Bastaría que cualquier ciudadano se acogiera a él, para convertirlo en una figura subjetiva. En tal situación, serían los jueces, quienes estableciendo los lineamientos generales para el orden público, para cada caso práctico, generarían una inseguridad jurídica. ¿Cómo se podría garantizar que los jueces mantuvieran criterios parecidos?. Seguramente cada uno de ellos otorgaría una interpretación personalizada, alejando una unificación de criterios en torno

a esta figura. La reticencia jurídica, en torno al orden público no contribuye a su entendimiento, al contrario, consolida más la confusión. No obstante, los prólegomenos mencionados, es prudente establecer el texto de la polémica tesis.

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito

Fuente: Semanario Judicial de la Federación

Parte : IV Segunda Parte-I

Tesis:

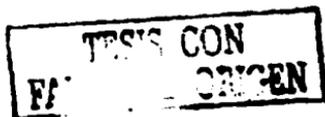
Página: 532

SUSPENSION, NOCIONES DE ORDEN PUBLICO Y DE INTERES SOCIAL PARA LOS EFECTOS DE LA.

De acuerdo con la fracción II del artículo 124 de la Ley de Amparo, que desarrolla los principios establecidos en el artículo 107, fracción X, de la Constitución Federal, la suspensión definitiva solicitada por la parte quejosa en un juicio de garantías sólo puede concederse cuando al hacerlo no se contravengan disposiciones de orden público ni se cause perjuicio al interés social. El orden público y el interés social, como bien se sabe, no constituyen nociones que puedan configurarse a partir de la declaración formal contenida en la ley en que se apoya el acto reclamado. Por el contrario, ha sido criterio constante de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, que corresponde al juez examinar la presencia de tales factores en cada caso concreto. El orden público y el interés social se perfilan como conceptos jurídicos indeterminados, de imposible definición, cuyo contenido sólo puede ser delineado por las circunstancias de modo, tiempo y lugar prevalecientes en el momento en que se realice la valoración. En todo caso, para darles significado, el juzgador debe tener presentes las condiciones esenciales para el desarrollo armónico de una comunidad, es decir, las reglas mínimas de convivencia social, a modo de evitar que con la suspensión se causen perjuicios mayores que los que se pretende evitar con esta institución, en el entendido de que la decisión a tomar en cada caso concreto no puede descansar en meras apreciaciones subjetivas del juzgador, sino en elementos objetivos que traduzcan las preocupaciones fundamentales de una sociedad. TERCER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA ADMINISTRATIVA DEL PRIMER CIRCUITO.

En descargo de las autoridades, diremos que, constituye un acierto limitar la naturaleza del orden público a los factores de modo tiempo y lugar prevalecientes, que han sido mencionados con detenimiento anteriormente.

La tendencia a que los juzgadores sean quienes determinen los principios por los cuales debe regirse el orden público, parece ser el sustento de la siguiente tesis jurisprudencial. Tomando como base el juicio de amparo, las autoridades judiciales



determinan que los jueces, en el ejercicio de sus funciones, deben determinar en que casos se está violentando el orden público. Efectivamente, los jueces juzgan las controversias basados en las disposiciones legales. Por la importancia de sus funciones, ellos, en el ejercicio de éstas, deben fundarse en las normas jurídicas. Sin embargo, mientras el orden público no sea regulado con mayor atingencia, dentro de las leyes correspondientes, los jueces no solamente juzgan, sino que interpretan. Los resultados no siempre son satisfactorios. En este orden de ideas, pasemos a considerar el texto jurisprudencial.

ORDEN PUBLICO. ALCANCE DEL CONCEPTO PARA EFECTOS DE LA SUSPENSION.

No es ajeno a la función de los juzgadores apreciar la existencia del orden público en los casos concretos que les someten para su resolución; de ahí que corresponda al juzgador, haciendo uso de la facultad que como tal está dotado, apreciar cada caso concreto que se le presente y determinar, tomando en consideración las circunstancias del mismo, si de concederse la suspensión se seguiría perjuicio al interés social y se contravendrían disposiciones de orden público, dado que no basta que el acto se funde formalmente en una ley de interés público, o que en forma expresa o implícita pretenda seguir una finalidad de interés social, para que la suspensión sea improcedente conforme al artículo 124 de la Ley de Amparo, sino que es menester que las autoridades responsables aporten al ánimo del juzgador elementos de convicción suficientes para que pueda razonablemente estimarse que, en el caso concreto que se plantee, la concesión de la suspensión causaría tales perjuicios al interés social o que implicaría una contravención directa e ineludible, por los efectos de la suspensión, a la disposición de orden público, no sólo para el apoyo formalmente buscado en dichas disposiciones, sino por las características materiales del acto mismo. TERCER TRIBUNAL COLEGIADO DEL SEXTO CIRCUITO.

II. Diferencias y semejanzas, entre los conceptos siguientes:

Resulta esencial para resolver los conflictos ideológicos referidos al orden público, establecer una base terminológica al respecto. Esto presenta dos obstáculos: en primer lugar la polémica en cuanto a su naturaleza, aplicación y efectos jurídicos, que lo en una idea difusa, compleja y polivalente. En segundo lugar, la continua sinonimia que equipara al orden público, con otros vocablos jurídicos. Por ello, en este inciso destacaremos las

diferencias y semejanzas entre los conceptos mencionados.

A) Orden Público, Interés Público, General y Social.

Algunos tratadistas al mencionar el orden público, se refieren al término interés, calificándolo de público, general o social indistinta y arbitrariamente. Al no contar con una norma jurídica, que sirva como prototipo, la errónea sinonimia es una constante. El término interés, dentro del sistema jurídico, es usado de múltiples formas. Dicho vocablo es apicado con regularidad en materia civil, administrativa, mercantil y fiscal, por mencionar algunas. Sin embargo, en cada una tiene un significado similar. ¿ Existe alguna relación de éste con el orden público?. Por principio, podríamos contestar tajantemente que no. Empero, con la finalidad de esclarecer la más mínima duda, procederemos a revisar los términos en comento.

Inicialmente, es prudente conocer el significado del término en su apariencia más simple. Gramaticalmente, quiere decir: " Provecho, utilidad o ganancia. Conveniencia o beneficio en el orden moral o material."⁴⁴ En cierta medida, ambas encuentran algún sentido en nuestro estudio. El interés, en su aspecto más general, es provecho o conveniencia. En este momento no nos adentraremos en determinar el objetivo de tales términos, basta con señalar su sentido general.

Hasta el momento, no existen indicios para sostener una relación entre el significado del interés y del orden público. Si tal semejanza no se encuentra en las raíces de los vocablos, ésta se debe de gestar en la ley. De tal suerte, podemos identificar jurídicamente al interés como una: "situación jurídica que se sustenta en relación con la actuación de otra persona y que conlleva la facultad de exigirle, a través de un procedimiento judicial o administrativo, un comportamiento ajustado a derecho."⁴⁵ Para De Pina, el interés debe ser considerado como: " Precio que se paga en el mutuo o préstamo, cuando se ha acordado, que puede ser legal o convencional."⁴⁶ Este es el sentido más común del interés, en materia jurídica. Funciona como un elemento del préstamo, ya que el prestamista otorga el uso

⁴⁴ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, Op Cit. p. 1290.

⁴⁵ Op Cit, p.1290.

⁴⁶ PINA DE, Rafael. Op Cit. p. 328.

temporal del dinero para que al momento de pago, le sea devuelta la cantidad adeudada más una adicional. En este orden de ideas, el vocablo interés tiene un sentido económico y por su naturaleza se conjuga con algunos actos jurídicos. Evidentemente se aleja de nuestro objeto de estudio.

No obstante, dentro del mundo jurídico, existen otros significados que se le pueden otorgar al interés. “Ventaja, material o moral, que se deriva a favor de una persona en virtud del ejercicio de un derecho cuya titularidad le corresponde.”⁴⁷ El interés es el derecho subjetivo de exigir que sea respetada la situación convenida. Lógicamente, si a alguien le asiste un derecho, en la misma proporción, a otro le corresponde cumplirlo. Pero aún no hemos encontrado los elementos en común, gracias a los cuales existe confusión en los conceptos en estudio. No obstante podríamos inferirlo. En sentido macro, el interés representa una pretensión jurídica, a favor de los ciudadanos. La máxima pretensión de éstos, es habitar una sociedad fundada en el estado de derecho. Un lugar donde se respeten las leyes. En este orden de ideas, cada ciudadano, al ser miembro de una sociedad, está legitimado para exigir al Estado, un contexto propicio para la aplicación de la ley. El Estado, en su carácter de autoridad, está obligado a crear los medios para responder a las pretensiones de los ciudadanos. Éstos muestran su interés, pretendiendo un modo de vida, y el Estado está obligado a acatar la voluntad de la mayoría. De ahí, que el interés público, sea erróneamente comparado, con el orden público. El interés de la sociedad, jurídicamente, es habitar una sociedad surgida del estado de derecho, mientras que el Estado utiliza al orden público para garantizarlo. Consideramos que ambos conceptos comparten elementos por igual, incluso, el mismo objetivo, pero de ninguna manera, deben ser usados como sinónimos.

Desde el inicio, advertimos que el interés es calificado como público, general y social. El público, por denominación, es el más usado por el de orden público. No obstante, que anteriormente diferenciamos estos conceptos, nos adentraremos en cada uno de los tipos de interés.

El interés público “es el conjunto de pretensiones relacionadas con las necesidades

⁴⁷ Op Cit. p. 328.

colectivas de los miembros de una comunidad y protegidas mediante la intervención directa y permanente del Estado.”⁴⁸ Tal definición no desentona con el sentido hasta ahora manifestado. Del carácter general del término interés, se desprende que las pretensiones deben tener la misma calidad. Según los autores en comento, éstas son compartidas por la sociedad en su conjunto. Su realización otorga beneficios para todos los ciudadanos, y solamente pueden satisfacerse por la aplicación de la ley, mediante el orden público. El interés público tiene preferencia, por su origen, sobre el interés privado.

Siguiendo los lineamientos establecidos por Del Arco Torres, dentro del interés público se engloba todo el sistema legal, ya que “...el interés público no se puede identificar con normas de Derecho público exclusivamente, porque hay normas de Derecho privado en el que está presente en gran medida.”⁴⁹

El interés público esta por encima del particular porque se basa en el bienestar social general. De tal manera, para Henry Pratt, todas las inferencias al interés público, deben fundarse en el aprovechamiento colectivo: “...las propuestas que se hacen en bien del interés público cuando significan realmente, o aparentan serlo, contribuciones al bienestar general y no al beneficio privado de clases, grupos o individuos privilegiados.”⁵⁰

Para Martínez Morales, el interés público es: “...la concreción material del deseo de la colectividad por un bien determinado.”⁵¹ Por ello, Estado a través del órgano legislativo, está obligado a emitir una norma protectora de dicho bien, para que el interés público, adquiera sentido jurídico.

El interés general, por su parte, habrá que analizarlo en relación a las pretensiones por satisfacer. Todo individuo las tiene de acuerdo a su esfera jurídica. Considerando que una sociedad está constituida por una multitud de individuos, aquellas, por consiguiente, serían diversas. Proponemos clasificarlas de la siguiente manera: Intereses individuales,

⁴⁸ INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS. Op Cit, p. 1779.

⁴⁹ ARCO TORRES, Op Cit, p. 743.

⁵⁰ PRATT FAIRCHILD, Henry. “*Diccionario de Sociología*.” Editorial FCE, México, 1949, p. 159.

⁵¹ MARTÍNEZ MORALES, Rafael. “*Diccionario Jurídico y Temático de Derecho administrativo*.” 2ª ED., Vol. III, Editorial Oxford University Press, México, 2001, p. 147.

generales y sociales. En la primera tienen cabida las que se desprenden de la esfera jurídica de los particulares. Verbigracia, la salud, la libertad, las creencias, la opinión, entre otras. Éstas deben limitarse para evitar problemas. En segundo lugar, las generales corresponden a las necesidades del Estado y, por ende, a la de todos los ciudadanos. La organización, planificación y desarrollo estatal, son intereses generales. En la tercera, encontramos los intereses sociales. Podemos determinar como principal, dentro de éstas el mantenimiento de la paz, la seguridad, el orden, el progreso, el bien común, por mencionar algunas. El interés general es la pretensión de las necesidades prioritarias para la sociedad. En esa medida, al ser ciudadanos, la mayoría saldría beneficiada. Sin embargo, no debe confundirse con el orden público, ya que éste es el medio para garantizar aquél.

Por último, el interés social es la pretensión, fundada en el conglomerado humano. Sin embargo, dentro de la sociedad existen innumerables grupos, todos con intereses diversos. Habrá que asociar el interés social, con el que provenga de la mayoría. En otras palabras, se tratan de las mismas peticiones, que son inherentes a la sociedad, para el funcionamiento de la misma. El orden público, como los otros tipos de interés, sirve de medio para garantizar el interés social.

B) Utilidad Pública, Nacional y Social.

Gramaticalmente a la voz utilidad significa: "Provecho, conveniencia, interés o fruto que se saca de algo."⁵² El concepto referido no establece una relación entre utilidad y orden. Mientras que aquella es el aprovechamiento máximo de algún objeto, el otro es su sistematización. No obstante, es común que se utilicen como sinónimos, alterando a ambas figuras. Por ser éstas jurídicas, dentro de la ley e incluso en la doctrina, sus efectos están identificados. De ahí, que para despejar dudas, es necesario estudiar el término utilidad. Posteriormente, por la misma naturaleza de las figuras, los elementos de cada una estarán a la vista impidiendo cualquier abigarramiento.

⁵² REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, Op Cit. p.2260.

Siguiendo los lineamientos de la Enciclopedia Jurídica Omeba tenemos que: “El término utilidad está referido a la calidad que tienen los bienes que los hacen aptos para satisfacer las necesidades.”⁵³ En otro sentido Gómez Granillo determina: “...por utilidad se entiende el provecho físico o moral que se obtiene de una cosa”⁵⁴. También utilidad es: “Forma en que se puede medir el valor, es la capacidad de un bien o servicio para satisfacer una necesidad.”⁵⁵ Toda utilidad está relacionada con bienes que, a su vez, califica como necesarios e innecesarios. El ser humano para su subsistencia requiere satisfacer necesidades primarias y, posteriormente, las secundarias. La utilidad es, el provecho obtenido de los bienes, una vez evaluados, para satisfacer necesidades. La economía determina el grado de aprovechamiento de los bienes. Evidentemente, todo tipo de utilidad, se basa en lo aspectos mencionados, sin embargo, los efectos de cada una de ellas, es diverso, según el adjetivo que las califique. Para aclarar el panorama del orden público, en las siguientes líneas, haremos un estudio de tres tipos de utilidad: pública, nacional y social.

Al desconocer la naturaleza jurídica de la utilidad pública, para algunos autores, es imposible definirla. “Dado el carácter evolutivo, contingente y eventual de la noción de la utilidad pública, la mayoría de los autores entienden que no es susceptible de definición.”⁵⁶ Nosotros, por nuestra parte, no estamos de acuerdo. Es innegable que existen figuras de difícil conceptualización, dados sus rasgos jurídicos especiales, empero por seguridad de los ciudadanos todas deben tener límites. Es por ello que, eminentes juristas han propuesto definiciones que, aunque subjetivas, están basadas en las características esenciales de la utilidad pública.

Para Bielsa la utilidad pública es: “...un concepto relativo, variable, sujeto a las condiciones económicas, políticas y sociales.”⁵⁷ Si consideramos a la utilidad como, la valoración de los bienes para garantizar la satisfacción de necesidades, ésta, necesariamente, será subjetiva. Cada sujeto puede valorar desde distintas perspectivas, un mismo bien. Sin embargo, para no crear inseguridad jurídica, proveniente de la interpretación individual del

⁵³ Enciclopedia Jurídica Omeba. Op Cit., p. 508.

⁵⁴ GÓMEZ GRANILLO, Moisés. “*Teoría Económica*.” 12ª ed., Editorial Esfinge, México, 1995, p. 31.

⁵⁵ ZORRILLA ARENA, Santiago. “*Diccionario de Economía*.” 2ª ed., Editorial Limusa, México, 2000, p. 234.

⁵⁶ Enciclopedia Jurídica Omeba. Op Cit., p. 509.

⁵⁷ BIELSA, Rafael. “*Derecho administrativo*”. Tomo IV, 5ª ed., Editorial Depalma, Buenos Aires, 1999, p. 210.

término utilidad pública, este autor propone que sean los jueces, quienes establezcan la estructura de esta figura, al análisis del examen circunstancial.

Una opinión más detallada de utilidad pública señala que es: "Un concepto elástico que comprende desde los principios supremos de la dirección de los pueblos, cuyos gobiernos cifran en el bien común o en el bienestar del pueblo sus fines políticos, hasta la mejora fragmentaria que se concreta en obras públicas."⁵⁸ La utilidad debe ser entendida como el provecho que se puede recibir de algún objeto. Empero, calificándola de pública, el provecho, que ésta implica, debe ser general. En este orden de ideas, el concepto arriba citado toma sentido. Las autoridades, en la dirección de los pueblos, deben fundamentarse en el bien común, y es éste el provecho que se registra para la sociedad. El que un individuo esté subordinado a un Estado, aceptando la potestad de las autoridades, le otorga el provecho de que las políticas instauradas por aquellas perseguirán el bien común. La noción de bien común, tiene que ser considerada respecto al bienestar de la mayoría de la sociedad. Sin embargo, éste también puede asistir a los particulares, ya que cuando se fragmenta, éstos lo perciben por medio de las obras públicas. Por ello, la utilidad pública representa el beneficio para los individuos al pertenecer a un Estado determinado.

El término de utilidad pública, debe ser considerado en dos aspectos: positivo y negativo. En el primero, aquella representa los beneficios que a la sociedad le corresponde por configurar un Estado. En otras palabras, las ganancias que esto le genera. El negativo coincide con los actos preventivos que las autoridades deben realizar para salvaguardarla. "El concepto de utilidad pública, es tan amplio que impulsa no sólo a la actividad destinada a la satisfacción material y espiritual de la comunidad social, sino también a los actos de gobierno que tienden a eliminar lo que se considere pernicioso para aquélla."⁵⁹ El aspecto positivo ha sido objeto de estudio, ya que coincide con la función de la utilidad pública. Caso contrario, el negativo, pues las autoridades no solamente están obligadas a crear los actos que la generan, sino en la misma medida, aquellos que la eviten. Anteriormente, hablamos advertido que la utilidad pública, persigue el la concretización del bien común. Todos aquellos actos, provenientes del Estado, que generen provecho sólo para un elite

⁵⁸ Enciclopedia Jurídica Omeba. Op Cit., p. 508.

⁵⁹ Op Cit, p.508.

social, necesariamente alteran la utilidad pública. En ese caso, ante la utilidad grupal, el Estado está obligado a evitarla, e incluso a sancionarla. En otras palabras, toda acción proveniente del Estado, en su calidad de autoridad, tendrá como objetivo la utilidad pública.

Lo anterior lo corrobora el jurista De Pina, al argumentar en torno a la utilidad pública: “Recibe la calificación de pública la utilidad que, directa o indirectamente, aprovecha a la generalidad de las personas que integran la colectividad nacional, sin que ninguna pueda ser privada de ella, en cuanto represente un bien común de naturaleza material o moral.”⁶⁰ La opinión no dista de los criterios analizados. Por ello, en palabras del autor citado, el bien común puede ser material o moral. Es decir, que el bien común puede ser corpóreo como obras públicas y en general infraestructura pública o moral, verbigracia la seguridad pública.

Según el artículo 27 Constitucional mexicano, párrafo 2º, los elementos de la expropiación son: la utilidad pública y la indemnización. No obstante, en el texto del artículo referido, no existe una definición de los mismos. Esta tarea ha sido encomendada a los legisladores.

Para Martínez Morales: “Habrá utilidad pública cuando un bien o servicio, material o cultural, común a una importante mayoría de la población, es considerado por el poder público de primordial importancia protegerlo o proporcionarlo.”⁶¹

Ahora bien, la utilidad nacional, aun teniendo el mismo origen que la anterior, debe estudiarse desde otra perspectiva. Es preciso determinar que el significado de utilidad, no se modifica, aun cuando cambie su calificación. Es por ello, que nos abocaremos a comprender a qué nos lleva el calificativo nacional. Para el celebre jurista, Ignacio Burgoa, la nación es un derivado del pueblo: “Como la población de cualquier Estado, la de México está obviamente compuesta por dos grupos generales, a saber el mayoritario, que es el nacional, y el minoritario integrado por los extranjeros.”⁶² También es un: “ Conjunto de personas,

⁶⁰ PINA, Op Cit p. 493.

⁶¹ MARTÍNEZ MORALES, Op Cit, p. 273.

⁶² BURGOA, Op Cit, p. 305.

ligadas, bien por la comunidad de origen, bien por la posesión de un mismo idioma, bien por tener las mismas creencias religiosas, bien por la identidad de las costumbres, bien, sencillamente, por sentir aspiración a realizar unidas el propio destino...⁶³ De esta manera, las utilidades pública y nacional, no precisamente son sinónimos. La primera se circunscribe a una sociedad determinada, y es pública en cuanto que aproveche al mayor número de ciudadanos. La segunda, manifiesta un dato cuantitativo mayor. Es decir, los provechos deben llegar a todos los miembros de un país, principalmente a los nacionales y colateralmente a los extranjeros. Como colofón es necesario indicar lo que la Constitución establece a este respecto. El artículo 3º ordena: "La Nación tiene una composición pluricultural sustentada originalmente en sus pueblos indígenas...". La utilidad nacional debe ser medida en el beneficio otorgado a todas las sociedades, independientemente de su origen, que se encuentren dentro del territorio nacional.

La utilidad social, por su parte, es sinónimo del calificativo público. No obstante, comúnmente es identificada con el orden público, concepto con el que no tiene ningún parámetro de igualdad. La utilidad social es el beneficio directo, que la sociedad, en su conjunto, percibe por constituirse como tal. Esa utilidad, está garantizada por el funcionamiento del Estado, que basado en un régimen de derecho, encuentra fundamento en las leyes instituidas por la misma multitud.

En este orden de ideas, si consideramos a la utilidad como el beneficio que se obtiene de un objeto, no encontramos elementos de ésta, comparables con la figura del orden público. Quedaría sin sentido incluir los calificativos que recibe la utilidad, pues éstos más bien determinan la aplicación de la misma, que elementos comparativos con el orden público.

Hasta lo argumentado, podemos concluir, que mediante el orden público, al aplicarse la ley, se garantiza la utilidad pública. No se puede hacer un símil de ambos conceptos, más bien uno nos lleva a otro.

⁶³ PINA, Op Cit p. 378.

C) Dominio Público.

Tal vez, éste sea el que contenga menor semejanza con el orden público. Sin embargo, para demostrar tal ambigüedad, es necesario remitirnos a la naturaleza, tanto gramática como jurídica, del dominio público.

Gramaticalmente el dominio puede ser considerado como: "Poder que alguien tiene de usar y disponer de lo suyo. Poder o ascendiente que se ejerce sobre otra u otras personas."⁶⁴ Como primer punto, podemos determinar que el dominio estatuye un poder sobre algo o alguien. Por el estudio en cuestión, es necesario descartar el poder que se ejerce sobre persona determinada, ya que éste se aplica en otras materias. El poder se ejerce sobre un bien. El dominio es "conjunto de las facultades que sobre la cosa en propiedad corresponden a su titular."⁶⁵

Lo anterior nos permite determinar qué debe entenderse por bien. Para De Pina es la "cosa material o inmaterial susceptible de producir algún beneficio de carácter patrimonial."⁶⁶ Mediante un criterio valorador, se puede determinar si un objeto es un bien. Todas aquellas cosas que tienen algún valor y, por ende, son susceptibles de formar parte del patrimonio, son considerados bienes. No obstante, no es suficiente para determinar la naturaleza del término en comento. Ahora, parece importante inmiscuirnos en el calificativo que acompaña a nuestro concepto. Hablar de público, como calificativo de cualquier sustantivo, nos lleva a pensar en el acceso que pueda tener la sociedad al objeto. Cuando la posibilidad de hacer uso del objeto es nula o escasa, estaríamos ante un bien privado, y cuando es mayoritariamente social, será público.

Aunque, por salir del objetivo del presente trabajo, no proporcionaremos la clasificación legal de los bienes, si indicamos que los bienes del dominio público pertenecen a ésta. Los bienes pueden dividirse en: los que son del dominio público y los de los particulares. Por pertenecer al mismo rango, definiendo uno de ellos, en gran medida

⁶⁴ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, Op Cit. p. 847.

⁶⁵ PINA, Op Cit p. 257.

⁶⁶ Ibidem. p. 126.

haremos referencia al otro. Según el artículo 765 del Código Civil para el Distrito Federal, los bienes que pertenecen a la Federación, al Distrito Federal, a los Estados o a los Municipios son del dominio del poder público. Éstos se dividen en: bienes de uso común, bienes destinados a un servicio público y, por último, bienes propios.

Los bienes de uso común pueden ser aprovechados por todos los ciudadanos con la limitaciones generales que marca la ley. Por otra parte, los destinados a un servicio público y los bienes propios, pertenecen a las autoridades locales, según los preceptos de los artículos 768 y 770 del Código Civil para el Distrito Federal. Específicamente, la Ley General de Bienes Nacionales es su artículo 16 establece: “Los bienes del dominio público son inalienables e imprescriptibles y no estarán sujetos, mientras no varíe su situación jurídica, a acción reivindicatoria o de posesión definitiva o provisional.” Sobre estos bienes las autoridades ejercen el poder, directo e inmediato. Solamente pueden ser usados o aprovechados por los particulares, mediante las autorizaciones que establezcan las mismas leyes.

La noción de dominio público, está referida a los bienes con esa cualidad, ya sea por el uso público al que estén reservados o por que su propiedad corresponde al Estado. Por su importancia en la estructuración del sistema jurídico, la ley les otorga prerrogativas, como su inalienabilidad e imprescriptibilidad, que no tienen los de los particulares.

El término dominio público, no encuentra ninguna semejanza con el del orden público. Recordemos que el orden público, aun su multiplicidad de usos, es la estricta aplicación de la ley. El dominio público representa un derecho instaurado a favor del Estado, por el cual éste puede apropiarse de los bienes necesarios para la administración pública. Podríamos, en términos generales, sostener que el dominio público al ser aplicado a los bienes genera una normatividad específica y que, en caso de no hacerlo se podría generar desorden público. Es un error que algunos juristas asemejen conceptos tan distintos, en todos sus aspectos.

D) Beneficio Público y Social.

Una vez más, nos encontramos en la disyuntiva de limitar el significado de un concepto que suele malinterpretarse, confundiéndose con el orden público. El término beneficio, encuentra sus orígenes en el latín *beneficium*, que significa ventaja o ganancia. De tal suerte, que este concepto se ha asociado con la economía. Desde el punto de ésta es la: "retribución del capital de una empresa, al beneficio también se le llama utilidad o ganancia."⁶⁷ Evidentemente, nuestro análisis se debe sustentar en la materia jurídica, sin embargo la opinión anterior, aun con origen económico, reviste gran utilidad. El vocablo beneficio necesariamente indica provecho o utilidad. Económicamente, es resultante de una relación de este tipo que es correlativo a los ingresos obtenidos. Mediante esa regla es, fácil determinar el beneficio de las partes. El capital invertido en algún negocio, más las ganancias, son las utilidades que le reportan al dueño del capital inicial. Ese superávit, es el beneficio resultante.

Sin embargo, cómo se podría calcular el beneficio en materia jurídica. Si nos centramos desde el ámbito privado, aquél se conoce, según el provecho de las partes. Empero, en tal situación se presuponen intereses definidos, ya que en la consecución de ellos, se tendrá o no, el beneficio. Con el acto jurídico, cualquiera de las partes tendrá el beneficio correspondiente. Por ejemplo, en una sentencia éste será para quien ratifique, judicialmente, sus pretensiones. En este orden de ideas, el beneficio actúa sobre el interés manifestado por las partes. Pero, en nuestro caso, no se puede aplicar esta regla, por analogía por dos razones; qué pretensiones tiene la generalidad y quién resulta beneficiado, en caso de que existiera un interés uniforme. Ya que sin estos dos elementos, no se conformaría el beneficio público.

No obstante, podríamos utilizar la misma regla, con algunas modificaciones. La figura del beneficio público, tiene dos sujetos, que inmiscuidos en una relación, persiguen intereses distintos. El primero es la sociedad. Pese a que ésta, esté formada por aglomerados humanos y, por ende, diversos intereses, persigue uno principal: la seguridad. El otro, es

⁶⁷ ZORRILLA ARENA, Op Cit, p. 17.

quien está obligado a proporcionarlo. Nos referimos al Estado, que debe su existencia únicamente a ese objetivo. De esta manera, una vez satisfecho el interés de la sociedad, todo lo que el Estado produzca en pro de ésta, se considerará como beneficio. Verbigracia, los servicios públicos, económicos y sociales. Toda sociedad que construye un Estado, lo hace en su provecho, con objetivos plenamente delineados a desarrollar, se verá beneficiada mediante la actuación del mismo, primero, en el acatamiento de los intereses socialmente vitales y, posteriormente, en aquellos que permitan una convivencia mejor.

Por los elementos establecidos, el beneficio social puede asemejarse al público. Al ser un ente jurídico el Estado, sus intereses, no son distintos a los de la propia sociedad. En otras palabras, el beneficio público tendrá tal calidad, cuando la función pública retribuya provechos a la mayoría de la sociedad. En este caso, el beneficio público también se puede considerar, como social.

Por último, si los términos orden y beneficio público, no son sinónimos, sí se les puede vincular. Hemos establecido que para visualizar el beneficio público, es menester conocer cuál es el interés o propósito que persiguen los sujetos participantes.

Capítulo Tercero.

Análisis jurídico del orden público y diversas teorías que lo explican.

I. Estudio dogmático del orden público.

A) Teorías relativas a la naturaleza jurídica del orden público.

Al analizar los distintos criterios doctrinales, preliminarmente debemos advertir que los mismos no guardan sistemática alguna. Son opiniones vertidas sobre una figura jurídica en alto grado subjetiva; eso genera una diversificación de concepciones que alteran más, ya de por sí su ambigua figura. Empero para los derroteros del presente trabajo, para llegar a conclusiones concretas, es fundamental su estudio. De tal suerte, tenemos opiniones que parte del Derecho romano, otras conceptúan al orden público resaltando su carácter teórico e incluso las que piden su extinción del vocabulario jurídico. Todas engrandecen el debate jurídico, de ahí su importancia.

1) Teoría Clásica.

Es conveniente aclarar el sentido de la denominación. Es clásica por dos motivos: en primer lugar ésta basa sus postulados en argumentos tomados del derecho romano y, en segundo, porque es el punto fundamental de la aplicación del orden público en materia de

derecho privado. Sin embargo, para desarrollar este criterio, es necesario recordar algunas consideraciones del sistema jurídico romano.

Dada la organización jurídica que alcanzó el Derecho romano, pudieron, evolucionar en cuestiones prácticas, y en la ciencia jurídica ideológica. Aunque los griegos tuvieron ciertos avances en materia jurídica, formalmente no concibieron las distintas clasificaciones del derecho. La historia jurídica le atribuye a los romanos, los más grandes progresos de una cultura antigua en la materia, al extremo que alcanzó para dividir el derecho, que hasta ese momento, se concebía como un todo, con ciertas características evidentes.

Entre las clasificaciones legales, las más importantes fueron: el *ius civile* y el *ius honorarium*, el *gentium* y el *naturale* y, en lo que respecta al caso concreto, *ius publicum* y *ius privatum*. Dividir el sistema jurídico, en dos partes totalmente contradictorias, tiene una razón válida: “Como el derecho es un fenómeno humano, y como el hombre tiene dos aspectos distintos, pues por una parte, es un individuo y, por la otra, forma parte de una comunidad, la bipartición del derecho en público y privado resulta lógica.”¹ Aunque en un inicio, la división no era clara, porque había materias, que hoy ubicamos en el Derecho público, en ese tiempo, pertenecían al ámbito privado como el penal y el procesal, cuyas características jurídicas habrían de variar el curso de la historia del derecho.

Ulpiano, distinguido jurisconsulto romano, afirmaba: “ *Publicum jus est quod ad statum rei romanae spectat, privatum quod ad singulorum utilitatem.*”², o lo que es lo mismo: el derecho público es el que atañe a la conservación de la cosa romana; el privado, el que concierne a la utilidad de los particulares. El derecho público se refiere a los poderes, que se hallan al servicio de todos, con ello, sus efectos atañen a la comunidad; por otra parte, el derecho privado regula los intereses particulares, por ello, la alteración o modificación de éstos, sólo corresponde a la esfera jurídica de los participantes. Independientemente de las teorías que refieren al criterio de distinción entre uno y otro, las diferencias legales son palpables. Si consideramos que el derecho, público regula los ordenamientos de interés general, como el derecho constitucional, el penal, el administrativo y el fiscal, entre otros,

¹ MARGADANT, Op cit., p. 102

² D.I.I.1.2.

demuestran mayor estrechez en su observación. El derecho privado, en cambio, al sistematizar las legislaciones, que entreven importancia solamente para los particulares, estatuyen mayor movilidad en la aplicación de las mismas.

Empero, el antiguo derecho romano, fue celosamente reservado en los intereses estatales. Recordemos que basaron su desarrollo político, económico y social, en la organización y estructuración de sus autoridades; en otras palabras en el enaltecimiento del Estado. Es por ello, que las normas de derecho público, encontraron más aceptación en los distintos sectores de la sociedad romana. Aquello que tenía vinculación con el Estado, o aún mas, los aspectos azarosos para las instituciones públicas, fueron normativamente manifestados en las legislaciones correspondientes. En la época romana el Estado se estaba por encima de cualquier intereses individuales o de grupo. Esta supremacía jurídica del Estado, en gran medida, es el fundamento para el orden público; figura que pese a haber sufrido transformaciones importantes en comparación a la concepción romana, en la actualidad, estima el mismo sostén ideológico que en aquella época: la supremacía del interés común o colectivo sobre el particular o individual.

En este sentido, en el Digesto de Justiniano, se reafirma este criterio en dos máximas jurídicas, que constituyen el inicio y fundamento del orden público. La primera está en el Libro II, título 14, ley 38, intitulado De pactis que a la letra indica: "Jus publicum privatorum pactis mutari non potest; es decir: los pactos de derecho privado no modifican los ordenamientos de orden público. Evidentemente, este tipo de normas reflejaban la importancia que para los romanos tuvo el interés colectivo. Mediante las normas de derecho público, las autoridades romanas imponían las que consideraban necesarias para garantizar su propia subsistencia; por ello, la voluntad particular no puede modificarlas. Ese mismo razonamiento funda el desarrollo del orden público, en el derecho familiar. La segunda está en el Libro I, título 17, ley 45; "Privatorum conventio iure publico non derogat", con lo cual, Los convenios de derecho privado no derogan las disposiciones de derecho público. Esta segunda máxima jurídica complementa la anteriormente citada. El derecho público tuvo supremacía sobre las disposiciones privadas.

En torno a la interpretación de estos principios, se han desarrollado dos direcciones

divergentes. Según Jean Marie Portalis, “la expresión *ius publicum* usada por los romanos tenía un significado equivalente a lo que en ese momento se entendía por Derecho público, a saber el conjunto de leyes que interesa más directamente a la sociedad que a los individuos en contraposición al Derecho privado, o sea conjunto de leyes que interesa más a los individuos que a la sociedad.”³ De esta manera, el orden público tiene el carácter de una norma suprema, fundamento de una sociedad organizada. De la manera contraria, es decir, anteponiendo la voluntad particular en contra de los efectos de la ley general, sería tanto como colocar la voluntad individual, sobre la de la sociedad. Tal fue el estado legal, en la cultura romana.

Sin embargo, Federico Carlos de Savigny, al analizar a fondo el derecho romano, determinó otra concepción que los romanos pudieron dar al *ius publicum*: “...éstos empleaban indistintamente las expresiones *jus publicum* y *jus commune* para referirse con ellas a las reglas necesarias e invariablemente imperativas, es decir, a las que prescriben de modo absoluto ciertos actos u omisiones sin admitir su eventual derogación por la voluntad privada.”⁴

Desde nuestro punto de vista, ambas opiniones guardan cierto orden con la figura en estudio. Los dos criterios, parten de la supremacía del Derecho público, en torno al privado. El orden público, debe ser considerado no como una norma superior, en cuanto un criterio estrictamente legislativo, es decir, coincidimos con la pirámide kelseniana, empero este tipo de leyes, por los valores que regulan, si son de interés general, por ende, corresponde al Estado, desarrollar los mecanismos para su cumplimiento. Ahora bien, no resulta del todo equivocado, el criterio del jurista alemán, al considerar que el derecho público, era superior al privado, por estimar al primero con la calidad de ley imperativa. Aunque este argumento, es razonado líneas más adelante, preliminarmente, podemos asegurar que esta opinión, en parte, se adecua a la regulación del orden público.

La teoría clásica, se formó en los postulados del derecho romano con el propósito de otorgar mayor fuerza jurídica al Estado en relación a los particulares, y con los estudiosos de

³ Omeba, Op Cit., p. 57

⁴ SAVIGNY, Federico Carlos de. “ Sistema de Derecho Romano Actual.” 2ª ed., Editorial Góngora, Madrid, S/F, p.94.

esa rama jurídica, esta teoría ha sido ampliamente publicitada. En realidad, la teoría clásica del orden público marcó, la pauta para establecer la superioridad del bienestar colectivo sobre particular.

2) Teoría Descriptiva.

Concibe al orden público, desde la descripción de su contenido, enumerando las instituciones a que principalmente se aplica. Sin embargo, este modelo no se amolda a las necesidades del orden público. Describir significa: “definir imperfectamente algo, no por sus predicados esenciales sino dando una idea general de sus partes o propiedades;”⁵ es decir, sólo se conocen sus características o elementos esenciales, situación que sería muy imprecisa para el orden público.

Estudiar el orden público, desde las instituciones en que se aplica, es quitar cierta preponderancia al mismo. Esta figura tiene que ser concebida con independencia de las ramas jurídicas, en las cuales tenga cabida, es decir; el orden público, per se, tiene elemento validamente aceptados, éste al ser aplicado a las materias legales, no se confunde, no pierde sustancia, por el contrario, ratifica la esencia de la misma.

Ante la falta de normatividad jurídica, determinar la descripción de los elementos del orden público, parece ser poco recomendable. “ El método enumerativo a nada conduce por no estar precedida la clasificación por un principio rector.”⁶ Aún más, a tal hipótesis habrá que sumar la concepción del orden público, según la materia en que se aplique. Sería repetitivo indicar en qué materias y de qué forma se aplica el orden público, no obstante, en cada una de ellas, la regulación de la figura, desempeña un papel diferente.

3) Teoría Conceptuales.

Esta ha sido seguida por la mayoría de los doctrinarios. De ahí que cada autor, adoctrinado bajo los preceptos del orden público ha diseñado un concepto personalista, con

⁵ REAL ACADEMIA, Op Cit., p. 774

⁶ NIETO BLANC, Ernesto. “Orden Público.” Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1976, p. 15

el cual pretenden fundarse para sistematizar el orden público.

Los autores analizados, han encontrado un problema fundamental: aclarar qué es el orden público. Para llegar a esa meta, pese a no contar con fundamentos jurídicos suficientes, algunos, sin seguir el rigor conceptual, han manifestado sus ideas en torno al orden público. Es prudente mencionar, el erróneo sentido, que con frecuencia, se le da a algunos términos, con el objetivo, seguramente involuntario, de asemejarlos al orden público. La terminología aludida, nada clarifica y, por el contrario, diversifica criterios

Esta postura, puede resultar ilimitada, si consideramos el número de doctrinarios, juristas y jueces, que se han avocado a emitir conceptos de la figura jurídica en estudio. Sin embargo: ¿ estos conceptos en realidad definen al orden público?. Positivamente el orden público podrá serlo por la ley, aspecto que corresponde a los legisladores, o bien por los jueces, mediante la jurisprudencia, empero no ha sido así, el vacío correspondiente, pretende ser satisfecho por la lista de conceptos creados por particulares, no obstante, objetivamente, ninguno tiene una aceptación total.

Partir de argumentaciones conceptuales, y no contar con una explícitamente jurídica y positiva, es teorizar al orden público individualmente, que al no ser generales, carecen de efectividad jurídica y académica. No obstante, la importancia de éstas, ha sido determinante, ya que en el intercambio de ideas, se fortalece la ciencia jurídica. Pero no debemos dejar de observar que la doctrina ha tenido la función de estudiar las fuentes del derecho, especialmente las normas positivas, y de esa manera, aportar opiniones fundadas. Es decir, primero la norma y después el análisis; con el orden público las cosas han sido completamente a la inversa.

En los conceptos señalados en el capítulo segundo, existen criterios encaminados a buscar la sistematización, regulación y generalización de los elementos del orden público. Prudente también, es advertir que, muchos de ellos, están diseñados partiendo de las materias en las cuales están especializados sus autores. Por lo cual, es poco conveniente evocar la naturaleza jurídica del orden público desde sus conceptos.

4) Teoría del Elemento Concreto.

Ernesto Nieto Blanc, ante la complejidad de la figura del orden público, observa una tendencia doctrinalmente distinta. "Algunos autores han intentado localizar un elemento concreto, práctico, que tuviese la jerarquía delimitativa del concepto de orden público, tan afanosamente buscada."⁷ De esta manera, Alglave, "...cree encontrar el factor determinante en la apreciación pecuniaria, carácter ordinario del derecho privado, que no tiene el derecho público, al que funde el orden público."⁸ Parece poco afortunado, referir al orden público, desde el punto de vista pecuniario. Es un hecho, que las disposiciones privadas entrañan una mayor movilidad de recursos económicos, en comparación al ámbito público, que ciertamente no tiene tal propósito. Sin embargo, concretizar el orden público, desde un sentido económico, sería dejar fuera de su protección, a las legislaciones que no se consideren de la calidad apuntada.

Por la constitución compleja del orden público esta teoría encuentra en su análisis, graves inconvenientes. Cabe mencionar que a lo largo del presente trabajo, hemos destacado que la misma figura jurídica, encuentra, en diversas materias legales, diferentes aplicaciones; es por ello, más sencillo, localizar el elemento concreto, que el orden público demuestra de manera general, en las materias en que está regulado. Por ejemplo, en el ámbito administrativo los elementos concretos serían dos: seguridad social y, por ende, paz pública; en derecho constitucional sería la organización y sistematización estatal, así como el respeto a las garantías individuales; en derecho internacional se manifiesta como restricción a la aplicación de la norma extranjera; por último en derecho familiar, el elemento fundamental del orden público, es la protección de la familia.

5) Teorías de la noción del orden público.

Quizá sean las más discordantes entre sí. La razón se gesta en los parámetros, en los cuales se basan estas teorías. Precisamente, al determinar la noción de orden público, se

⁷ NIETO BLANC, Op Cit., p. 17.

⁸ Idem.

inician las discusiones respecto al tema. Obtener una noción sobre el objeto de estudio, significa conocer sus rasgos característicos, para, llegar a un conocimiento general del mismo. En este orden de ideas, los objetos ha analizar, determinan su propia noción, es decir, objetivamente son innegables las características de un libro, un expediente o bien un código. Es decir, tales objetos por ser materiales, pueden contar con elementos visibles y, por ende, ser comunes de apreciación. Sin embargo, los objetos inmatrimales, que penden de ideas abstractas, presentan mayores dificultades, para delimitar sus elementos.

Las figuras jurídicas en su totalidad, han sido producto de la evolución de la sociedad. Los juristas, para resolver los principales problemas de su época, las han diseñado al paso del tiempo y bajo infinidad de debates, algunos hoy inconclusos, han tomado forma legal para ser relativamente aceptadas. Empero todas las idealizaciones abstractas, per se, han encontrado reticencias, máxime si aún no están completamente diseñadas.

La concepción de la figura en estudio, ha originado en los doctrinarios una reacción muy variada, en parte por la falta de una norma jurídica explícita, lo que ha generado un constante desorden en la materia, por ello, las propuestas de teorizar el orden público, dependiendo de su concepción, pueden resultar tan dispares como doctrinarios haya.

Por ejemplo, Miguel Acosta Romero, después de hacer un bosquejo histórico del orden público, y de algunas otras figuras que se confunden con éste, concluye que en la época actual, con esos elementos, es posible concebirlo como una especie del género interés público, asegurando que la utilidad pública y el beneficio social, son subespecie y residuo, respectivamente, del mismo género. Es por ello, que el referido jurista, vincula al orden público con la paz y tranquilidad pública. "Es pues el Orden Público, una misión que posee la autoridad (elemento del Estado) para mantener la tranquilidad y paz, pretendiendo el interés público de la sociedad."⁹ Para Acosta Romero, la autoridad, en la actividad gubernativa, realiza dos tareas: el gobierno de los hombres y la administración de las cosas, ambas se concretizan e institucionalizan en el Derecho.

Pese a que el orden público, en la concepción del autor en consulta, se asemeja con el

⁹ ACOSTA ROMERO, Miguel. "Segundo Curso de Derecho Administrativo." 2ª ed., Editorial Porrúa, México, 1992, p. 844.

Derecho público, éste mismo concluye en la diferencia entre éstos: "...el concepto de Orden Público no puede confundirse con la noción de Derecho Público. Ciertamente las normas de Derecho Público (Derecho Constitucional, Administrativo, Penal, Agrario, Fiscal, Internacional, del Trabajo) son normalmente disposiciones de orden público, sin embargo están lejos de comprender todo el Orden Público."¹⁰ Concordamos con este criterio toda vez que, por su naturaleza, todas las disposiciones de Derecho Público son de orden público, sin embargo éste no concluye ahí. Si no que sus efectos también abarcan materias de Derecho privado, verbigracia el derecho familiar.

Como colofón, para Acosta Romero el orden público es un mandato establecido por la autoridad, que, en la misma medida, les obliga: " La autoridad tienen una gran misión que cumplir: el orden público, lleva a individuos y grupos que forman la población del Estado a la realización del Bien Público temporal, o lo que es lo mismo: crear, mantener, fomentar y proteger un ambiente propicio para que todos los hombres que le estén encomendados alcance la perfección a que aspiran o pueden aspirar según su naturaleza racional."¹¹ En términos generales, coincidimos con el jurista mexicano, no obstante, nos parece inconveniente subordinar el orden a la utilidad pública. Como ha quedado apuntado, en el capítulo anterior, ambos conceptos deben ser considerados de manera autónoma, pues así lo sugieren sus elementos independientes.

Desde otro punto de vista, Quintín Alfonsín determina: " El orden público, como instituto de derecho y como concepto y la ciencia a que da lugar el lógico desarrollo de su conocimiento, se basan en principios y parten de axiomas que todos los autores reconocen aún cuando no los investigan y establezcan expresamente."¹² Estos axiomas son en primer lugar: que el orden público tiene una función única y específica con la cual se identifica conceptualmente. El segundo consiste en que esa función es excluir el derecho más general frente al derecho más especial. Para el autor este último criterio es la base para su teoría del orden público, pues de éstas resultan las consecuencias jurídicas de la institución. Es por ello que para Quintín Alfonsín para localizar a la figura en estudio es menester otear en el

¹⁰ Op Cit, p. 846.

¹¹ Idem.

¹² QUINTÍN, Alfonsín. "El Orden Público." Editorial Biblioteca de Publicaciones Oficiales de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de Montevideo, Montevideo, 1940, p. 1.

sistema especial de normas jurídicas o bien en el sistema que activamente excluye. El criterio citado no corresponde a los lineamientos del presente trabajo, sabemos que el orden público, como todas las normas jurídicas, deben basarse en axiomas y principios, empero, desestimamos que éstos se centren en la función de la misma figura.

Ahora bien, Fernando Figueroa, partiendo de la premisa que el orden público es una figura que, pese ser utilizada frecuentemente en ciertas materias de derecho, no tiene una concepción definitiva. Sin embargo, indica: " La noción orden público, se deduce atendiendo subjetivamente a las circunstancias de tiempo y lugar, o a situaciones políticas, filosóficas o morales privativas en el momento en que la ley se ha expedido o se pretende aplicar."¹³ Es decir, para Figueroa, el orden público es una figura subjetiva, que ante cambios, de época y lugar, así como situaciones políticas, sociales y jurídicas, debe ser reestructurada constantemente.

Parece más idóneo, el criterio sustentado por este autor, ya que el subjetivismo en la figura, radica, no en la apreciación doctrinal del orden público, sino en que éste debe ir evolucionando. En otras palabras, siendo el orden público el garante del bienestar público, éste no siempre ha sido considerado de la misma manera, por el contrario, en cada época, el bienestar social, ha sido tomado de distinta forma, es por ello, que el orden público, partiendo del subjetivismo debe ser un concepto dinámico.

Basten estos tres ejemplos, para conocer las distintas nociones que puede alcanzar, la figura del orden público. Esquematizar el orden público desde sus nociones, nos presenta las siguientes interrogantes: cuál debemos tomar por válida, existen nociones que sean más importantes que otras, cómo sabremos cuáles se apegan al concepto aludido. Desafortunadamente estas preguntas carecen de respuesta por la falta de una regulación jurídica adecuada. El análisis doctrinario debe ser siguiendo los parámetros legales, basarse en las normas jurídicas y explicarlas, sin embargo, en el caso concreto pretende ser al revés.

En esta situación estamos en relación al orden público, por eso las teorías que proponen tomar las nociones del orden público, carecen de efectividad lógica. Es decir, no se

¹³ FIGUEROA, Fernando. Op Cit., p. 2.

pueden construir, a partir de elementos vagos y ambiguos, postulados sólidos y inequívocos.

6) Teoría de la ley imperativa.

Debemos partir de la opinión de Arauz Catex, para quien: "... por principio, todas las leyes son imperativas; por excepción algunas (que hacen a la autonomía de la voluntad; a su extraterritorialidad o a su irretroactividad) pierden ese vigor compulsivo e irrefrenable."¹⁴ La regla es que todas las leyes son imperativas, pero se excepcionan las materias mencionadas. Para conocer si es conveniente asemejar el orden público, con la inoperatividad, empecemos por definir a ésta última.

La imperatividad para Ignacio Burgoa Orihuela, es: "...uno de los elementos esenciales del acto de autoridad derivado de la unilateralidad del mismo y causa de su coercitividad."¹⁵ Aquella se traduce en juicios que postulan deberes. Éstos se pueden dividir en categóricos e hipotéticos. Así, el jurista Eduardo García Maynez, determina al respecto: " Los primeros ordenan sin condición; los segundos condicionalmente."¹⁶ Los categóricos, a su vez, se dividen en positivos o negativos, o lo que es lo mismo, en mandatos o prohibiciones.

Es por ello, que consideramos que todas las leyes son imperativas; es decir, en sus normas se postulan mandatos y prohibiciones. Además, tienen en la coercitividad, el elemento obligatorio de aplicación, hacia los particulares. La teoría de la ley imperativa, asemeja estos elementos a los del orden público. Por razones obvias, no hay que descartar las prohibiciones que genera la ley imperativa, por carecer de puntos de encuentro con el orden público. Empero existen mayores argumentos para ligarlo al mandato, el cual es una: "orden dada en el ejercicio de un cargo de autoridad o en cumplimiento de uno de carácter particular legalmente justificada."¹⁷ Desde este punto de vista, el mandato, elemento positivo de la

¹⁴ BORDA, Guillermo. "Retroactividad de la ley y derechos adquiridos." 2ª ED., Editorial Perrot, Buenos Aires, 1991, p. 39.

¹⁵ BURGOA, Op Cit., p 222.

¹⁶ GARCÍA MAYNEZ, Eduardo. "Introducción al estudio del Derecho." 40ª ED., Editorial Porrúa, México, 1996, p. 9.

¹⁷ PINA, Op Cit., p. 365.

inoperatividad, encuentra mayores coincidencias con el orden público. En otras palabras, el Estado, envuelto en el consentimiento soberano, impone ciertas normas que los particulares acatan, en beneficio de la comunidad en su totalidad.

En cierta medida, cualquier norma jurídica entraña mandatos, sin embargo, si consideramos que éstos son una prerrogativa estatal, como medio de control y organización social, las leyes de carácter público son de trascendencia nacional. Podríamos argumentar la aplicación de éstos, en algunas normas del ámbito privado, verbigracia: la materia familiar, ya que aunque ahora el contenido de las materias jurídicas así lo determina.

El mandato, a su vez, impone de deberes jurídicos. Éstos son el reflejo práctico del mandato, en otras palabras, existen deberes, sustentados en mandatos. "Se entiende por deber jurídico la necesidad para aquellos a quienes va dirigida una norma de derecho positivo, de prestarle voluntario acatamiento, adaptando a ella su conducta, en obediencia a un mandato que en, el caso de incumplimiento puede ser hecho positivo mediante la coacción."¹⁸ Los mandatos y deberes jurídicos, actúan bajo un mismo objetivo; pero en puntos contrarios. El mandato es una facultad de la autoridad, que se impone. El deber, por su parte, obliga al particular a obedecer. Este mandato-deber estructuran los valores fundamentales de la sociedad. Cabe mencionar, que, aun cuando no está directamente vinculado, con el propósito de este trabajo, este binomio, en cualquier momento, se ejerce en beneficio de las autoridades; es decir, se parte de la hipótesis de que los valores con los mandatos, deberán estar acordes, con los que imperen en la vida cotidiana de la sociedad.

El orden público, es un mandato de la autoridad, referido al estricto cumplimiento normativo, de las leyes que lo regulan. De esa misma manera, todos los ciudadanos estamos constreñidos a una observación estricta de éstas; sin embargo, no podemos adelantar que el orden público es una norma imperativa, ya que tampoco coincide en todos los elementos de la misma. No obstante, la mancuerna mandato-deber, es la figura jurídica que ha servido como modelo, para idealizar al orden público, situación que no indica que necesariamente, deba ser igualada con las legislaciones imperativas.

¹⁸ Ibidem. p 214

7) Teorías de la suplantación.

Erróneamente éstas determinan que el orden público, por las consideraciones vertidas, es una figura antiteórica; es decir, no puede ser sistematizada y, mucho menos, organizada bajo los cánones de la ley. Ernesto Nieto Blanc, en cuanto al orden público indica: "...opinando ya drásticamente debe eliminarse la noción supliéndola con otras más concretas, por ser innecesaria en el derecho civil o hasta inexistente..."¹⁹

No podemos solucionar el problema del orden público, de esta forma. Los inconvenientes en torno a tal figura, corresponden al contenido de ésta y no a su denominación. No obstante, que cambiáramos la denominación de orden público por cualquier otra, los inconvenientes jurídicos, seguirán existiendo. El problema no está en el nombre de la figura, sino en su contenido. Por ello, convendría centrar nuestra atención en determinar la naturaleza, efectos y reglamentación jurídicos del orden público y no proponer soluciones de alcance limitado.

Ciertamente, de alguna manera, todas las leyes tienen manifestaciones de orden público, entendido éste en su aspecto más simple. Ahora bien, partiendo de la anterior premisa, su regulación en materia civil, puede originar contradicciones con el principio de autonomía de la voluntad, que rige tal materia. Por este principio jurídico, los individuos tienen libertad, en casi todos los aspectos del derecho civil. Entendámonos, dicha materia marca los lineamientos normativos y las sanciones aplicables en su incumplimiento. No obstante, como se refiere a actos jurídicos, que afectan sólo la esfera legal de quien forman parte de ello; es decir, sus efectos pueden ser considerados de circunscripción particular o individual, el mismo sistema legal faculta a los individuos a realizar actos, o bien optar por no realizarlos, situación que es contradictoria en otras ramas jurídicas, en donde, por disposición legal, se ordena el cumplimiento estricto de las normas. Por ejemplo, un particular puede o no, celebrar un contrato de compraventa, incluso, el comprador y el vendedor, pueden estipular las cláusulas, a las cuales se sujetarán, en cambio, ambos están obligados, a pagar los impuestos al Estado. En concreto, tanto el Derecho civil cuanto el

¹⁹ NIETO, Op Cit., p. 23.

fiscal, son normas jurídicas y, por tener esa calidad, son coercitivas. En la primera, la ley otorga al particular la garantía de decisión; es decir, marca derroteros para encaminar las actividades de los particulares, mientras que los demás ordenamientos, especialmente los de derecho público, imponen conductas a los particulares.

En este sentido, el orden público como conjunto de normas, impuesto por el Estado, en su regulación en la materia civil, encontraría serios inconvenientes. De ahí que la aplicación del orden público, en materia civil, debe ser entendido como en su aspecto más ínfimo, aquel que está reservado a todas las leyes y que significa, el cumplimiento irrestricto de la norma jurídica. Es decir, debemos respetar los principios del Derecho civil, entre ellos el de la autonomía de la voluntad, empero una vez que, por decisión de los particulares, resulten normas aplicables, éstas se deben de cumplir al pie de la letra, pues de esa manera se estará asegurando, el cumplimiento del orden público.

Situación diferente, es la que genera el orden público, en el Derecho familiar. Si bien es cierto que aún hoy, existe la polémica de que si la rama aludida pertenece o no al derecho civil, es menester aclarar que para nosotros ésta se trata de una rama autónoma. Ya que sólo así, es posible concebir la regulación del orden público en materia familiar; regulación que está consagrada en las disposiciones del Código Civil para el Distrito Federal del año 2000, actualmente vigente, al determinar a las normas de Derecho familiar, como de orden público. Según la idiosincrasia nacional, el Derecho familiar, para cumplir cabalmente con su cometido, debe ser de orden público, por ser un mandato impuesto por el Estado, para proteger el principio básico de la sociedad: la familia.

Por lo anterior, no debe desaparecer el orden público del mundo jurídico. Esta por : corresponder a un argumento de orden lógico, ya que la desaparición de la figura jurídica, sería del ámbito doctrinario no desde el legal. Pretender desaparecer al orden público del ámbito doctrinario y del jurídico positivo, resulta imposible e innecesario toda vez que esta figura, se ha convertido en elemento fundamental, para algunas materias jurídicas, entre ellas la familiar. Extinguir al orden público, sólo puede ser posible en la doctrina, mas no así, en la propia norma jurídica. Tal situación ocasionaría mayor incertidumbre en la materia, pues dejaría a la legislación que, actualmente la regula, carente de uniformidad de criterios.

B) Elementos del orden público

1) Elementos Generales.

Aunque podemos generalizar, en cuanto a los elementos del orden público, dentro de los sistemas jurídicos existentes, nos referiremos a los generales dentro del nuestro. Es decir, estamos en la posibilidad de argüir, que en todos los sistemas jurídicos estatuidos en el globo terráqueo, todos están sustentados, bajo reglas determinadas; en otras palabras, guardando un orden. Sin embargo, pese a que todos los sistemas jurídicos, por ejemplo, el romano-germánico, el anglosajón y los religiosos entre otros, se encuentran esquematizados bajo un orden, éste sólo puede ser entendido bajo la perspectiva cultural de la sociedad, a la que está dirigida. Por ello, en los países árabes se castiga con mutilaciones corporales, ciertas conductas delictivas, en la medida y desde esos parámetros sociales, se ejecuta la normatividad aplicable, y según el orden público imperante.

Ahora bien, ese no es nuestro objetivo. Los elementos generales, deben adaptarse al sistema jurídico mexicano. Habíamos concluido, que esta figura, tiene aplicación diversa en el derecho nacional, situación que origina una especialización del orden público y, por ende, de sus elementos. No obstante, la idea abstracta del orden público, nos permite considerar algunos elementos que son generales, en cuanto se establecen como fundamentales, para la existencia de dicha figura.

El orden público está constituido por elementos técnicos y prácticos. Los primeros se desprenden de su naturaleza jurídica y son: mandato y deber. Los segundos, por su parte, deben ser tomados de los objetivos o fines que persigue tal figura. Éstos son variables, en consideración a la adaptación en la materia que se aplique, es decir, los fines que pretende en áreas como la constitucional, administrativa, internacional y familiar.

Los elementos técnicos del orden público, deben ser ejemplificados, como una gran esfera bicolor; en dond^e en una mitad se encuentra el mandato y en la otra el deber. Imaginemos que esa esfera, no está unida, sino partida a la mitad, la parte llamada mandato,

le corresponde otorgarla a la autoridad, la otra con la denominación deber, sólo en la hipótesis de existencia de la primera, le corresponde a los particulares. Llamamos elementos prácticos al contenido de la naturaleza jurídica del orden público, por éstos, precisamente, los que le dan su esencia legal. El mandato es un imperativo positivo, que el Estado, legalmente autorizado según los artículos 39, 40 y 41 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, impone con determinado fin. Podríamos decir, que todas las normas, en realidad, constituyen mandatos gubernamentales, lo cual es correcto; pero el mandato encuentra mayor efectividad en las materias de derecho privado. Es por ello, que el derecho familiar, no es propiamente privado, la aplicación de este mandato, ha resultado tan polémica. La imposición de reglas familiares, aún en contra de la voluntad de los particulares, es una facultad estatal, en pro de la protección y consolidación de la familia misma.

El deber, el otro elemento técnico, le corresponde a los particulares y lo podemos aparejar con el término obedecer. El derecho soberano a la libre determinación del que, en teoría, somos propietarios todos los ciudadanos, está delegado al Estado. El Estado como sujeto soberano, tiene que acatar la voluntad de la mayoría de la sociedad, la cual se traduce en el interés colectivo. Sólo en este sentido, el Estado justifica su existencia. Lógicamente, el interés colectivo es el reflejo de la voluntad de la sociedad; es decir, seguramente, no habrá reticencias, en el cumplimiento de los ordenamientos jurídicos, en cuanto éstos sean el reflejo de la sociedad. Sin embargo, este procedimiento, no siempre se da. Es por ello, que el Estado recurre a imponer reglas, que deben ser observadas, con la conminación, de que en caso contrario se aplican las sanciones correspondientes. Los mandatos estatales, pueden ser para protección de las autoridades y su infraestructura o bien para la protección de los particulares. En el orden que sea, a cada mandato de la autoridad, corresponde un deber de cumplimiento del particular. Es decir, el orden público es un mandato estatal, que significa el cumplimiento estricto de la norma, en que se aplique, por ser un deber de los sujetos jurídicos.

De los elementos prácticos tenemos, por principio, que el orden público es sinónimo de seguridad, tanto jurídica cuanto social. Esta protección de los individuos mediante recursos jurídicos colectivos, tiene como finalidad, la prevención de accidentes y peligros,

que cotidianamente amenazan a la sociedad. Estos criterios, son los que estudiosos de la administración pública llaman de policía, comúnmente tienen un objeto diseminado en dos facetas: "La primera denominada policía de conservación tiene por objeto la conservación de las vías, como bienes de dominio público, la segunda interviene en la reglamentación del uso de las mismas."²⁰ El orden, en términos generales, origina la seguridad de quienes lo siguen. Cabe mencionar que en este sentido, el régimen de policía se vincula con la seguridad social, mientras que la seguridad jurídica, se representa en el irrestricto cumplimiento legal de las normas.

Otro de los elementos prácticos, corresponde a la tranquilidad social. Asociar la paz o tranquilidad, con el orden público, corresponde a que éstos, son fines del orden público. Preliminarmente el orden público, es en cierto sentido, la ausencia de desórdenes sociales. En otras palabras, cuando la aplicación del sistema jurídico, alcanza cierta efectividad, se habla de seguridad colectiva. La seguridad colectiva puede tener diversos grados, al respecto Kelsen asegura: "...en primera línea, dependen de la medida en que se centralicen los procedimientos en los cuales se establezcan, en casos concretos, la existencia de las condiciones a las cuales está enlazado el acto coactivo de la sanción...la seguridad colectiva logra su más elevado grado cuando el orden jurídico instaure, con ese fin, tribunales con jurisdicción obligatoria y órganos centrales de ejecución."²¹

La paz puede estar condicionada al orden público. Es decir, el Estado hace uso de la fuerza coactiva, para garantizar que cada individuo, respete los intereses ajenos, o lo que es lo mismo, la inhibición de intervenir violentamente, en la esfera de los intereses de los demás. "Los atentados a la paz pública o al buen orden provienen de inconformidades con un estado de hecho o de derecho, donde lo mismo se manifiestan por el descontento de una o varias personas."²² Es por ello, que la paz y tranquilidad públicas son un elemento del orden público.

Nosotros somos más reticentes, en aceptar a la salubridad pública, como elemento general del orden público. Ésta tiene por objeto, la higiene pública o la salvaguarda de la

²⁰ FIGUEROA, Op Cit., p. 27.

²¹ KELSEN, Hans. Teoría Pura del Derecho. 9ª, Editorial Porrúa, México, 1997, p. 51.

²² FIGUEROA, Op Cit., p. 26.

salud. Empero, ésta, puede ser considerada en la seguridad pública, ya que en caso de graves alteraciones de la salud de la mayoría de la población, se desestima que exista seguridad social.

2) Elementos Específicos.

Los elementos específicos, son derivados de los prácticos del orden público. Hemos considerados a los primeros como resultado de los fines del orden público, vebigracia: seguridad, tranquilidad y paz pública, empero, cuando el orden público se aplica en distintas ramas, sus fines, en tal medida, circunstancialmente cambian.

En derecho administrativo, el orden público se aplica, en términos generales, coincidentemente de acuerdo a los elementos generales prácticos; es decir, seguridad y tranquilidad públicas. En realidad, las materias de derecho público, persiguen dos objetivos: la organización, sistematización y estructuración del Estado y la protección de los ciudadanos. El derecho administrativo, al perseguir los mismos objetivos, que el derecho público, encuentra en la seguridad y tranquilidad social, dos elementos específicos del orden público en esta materia.

El mismo esquema, puede ser observado para el derecho constitucional y, otras materias del derecho público; el derecho constitucional es el estudio, detallado, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Las normas fundamentales de un Estado suelen dividirse en una parte orgánica y una dogmática, perteneciendo los órganos y sus relaciones entre los mismos a la primera, y la reglamentación de los derechos y libertades de los individuos, en particular o en conjunto, a la segunda. Escudriñando la normatividad de éstas, existe poco margen para la desorganización social; es decir, la constitución pretende edificar el criterio fundamental del sistema jurídico, que propiamente es el punto de inicio de todo orden público. La norma fundamental, considera sus disposiciones de orden público, en razón a la trascendencia de éstas; es por ello, que la finalidad de esta figura, dentro de la rama constitucional, implica el cumplimiento de las normas jurídicas, por estar diseñadas por el Estado, como representante de la sociedad en su conjunto.

En la rama internacional, el orden público versa como elemento prohibitivo, de la

aplicación de las normas extranjeras. De esta forma, la estructura jurídica, como reflejo de la cultura e idiosincrasia nacionales, ha de mantener el equilibrio social, impidiendo la aplicación legal de normas extranjeras, que por exóticas y estrambóticas, resulten nocivas para el sistema jurídico. Cuando estas normas, perjudican el conjunto de principios, valores y axiomas, que están reglados normativamente, su aplicación se hace imposible. El orden público, toma la constitución de una barrera infranqueable, es decir, en virtud de esta figura, se guarda la necesaria cohesión entre los ordenamientos positivos. Desde este punto de vista, el elemento específico del orden público es rechazar las normas jurídicas, que se consideren inaplicables.

Intencionalmente hemos dejado al final el estudio del derecho familiar por esta una de las materias que en mayor medida, se beneficia del orden público. Aquí, la finalidad consiste en la imposición que hace el Estado, para proteger a la familia. En otras palabras, la institución familiar, en nuestros días, ha tomado la figura del icono más importante de la sociedad. Es en la familia donde se registra el mayor desarrollo humano, es entre los parientes consanguíneos, el individuo se involucra de los valores, principios, e ideales que han de regir toda su existencia; en caso contrario, es decir, cuando el ámbito familiar es nulo o adaptado, los sujetos pueden presentar severas anomalías. Estas desviaciones conductuales, pueden tomar diversos caminos, lo que hace complicado su análisis y correlación, con los hechos cotidianos; pero los principales problemas sociales, provienen, en gran medida, de la desintegración familiar. El Estado, al rescatar la unidad familiar, de los avatares de la sociedad, en realidad está asegurando su propia existencia y, además, en todo momento, está obligado a ello.

Las normas de derecho familiar, tienen la finalidad de preservar los lazos consanguíneos, originados en el parentesco más cercano; sin embargo, por la naturaleza del derecho privado, rama que históricamente reguló sus normas aludidas carecer de efectividad, ante la voluntad particular. Esta incertidumbre legal, se extingue cuando el Estado, por medio del orden público, estatuye mandatos, que en orden de consecuencia, se consideran deberes jurídicos. Es por ello, que la finalidad del orden público, desde el punto de vista del derecho familiar, mantiene cierta afinidad con los elementos generales técnicos, del orden

público.

Cabe mencionar la importancia que para el orden público, corresponde delimitarlo y delinearlo, en torno a tiempo y espacio. "De ahí que, si bien es verdad que el orden público denota un concepto formal inalterable basado en la índole de tales objetos genéricos, desde el punto de vista de su contenido es esencialmente variable, sujeto, por tanto, a modalidades espaciales y temporales."²³ El orden público evidentemente, está sujeto a los cambios generacionales o, más aún, a las modificaciones ideológicas. A lo largo de la historia nacional, se han registrado innumerables modificaciones conductuales. La evolución legislativa en materia civil, es ejemplificativa al respecto: El Código Civil para el Distrito Federal y Territorio de Baja California de 1870, interpretó las reglas civiles, a la usanza francesa, privando al derecho mexicano de una personalidad jurídica en la materia, a este ordenamiento, le siguió el expedido en 1884, prácticamente una copia del anterior. El Código Civil para toda la República en materia Federal y para el Distrito Federal en materia Común de 1928, a parte de los derroteros marcados por los juristas franceses, está influido por los sistemas españoles y franceses; aunque con innovaciones, se trataba de las mismas reglas de años anteriores. El cambio radical, se estableció en el año 2000, cuando se dividió el ámbito de aplicación del Código de 1928, quedando uno para el Distrito Federal y otro en materia federal. Lo rescatable, fue la modificación de la materia familiar en el Código defenido, ya que marcó en ciertos puntos, una innovación ignota en la materia.

Indudablemente el cambio de ideología, que se produce dentro de una sociedad, al paso del tiempo, es inevitable y hasta necesario. El orden público, en la misma medida, tiende a ser una figura cambiante, empero, está modificación, es lenta, imperceptible, y se va gestando con el paso de las generaciones.

Este intrincado pensamiento, es más factible al estudiar las diametrales diferencias, en los modos de vida de los sujetos internacionales. Cada cultura es identificable, a base de criterios específicos y esenciales. Salvo grandes coincidencias, los países tienen sistematizadas sus instituciones de forma distinta; ello nos lleva a argumentar, que éstos no apliquen el orden público, es mas, lo hacen aún sin esa denominación. Es por ello que habrá

²³ BURGOA, Op Cit., p. 327.

que considerar el criterio espacial, para solventar las discrepancias que el orden público plante, en esos sitios.

II. El orden público dentro del sistema jurídico mexicano.

Por su naturaleza polivalente, sistematizar jurídicamente al orden público, parece ser una tarea harto confusa. Sin embargo, es impostergable. Es decir, como ha quedado establecido, en torno al orden público, gira una estela de opiniones confusas, contradictorias e insostenibles, no obstante, al ser positiva en varias ramas legales, su análisis resulta fundamental. Por ello, es obligatorio desentrañar los puntos jurídicos, en los cuales se basa esta figura. Con el propósito de aclarar la situación jurídica, del orden público, es momento, de inmiscuirnos en su regulación jurídica, dentro del sistema legal mexicano. Cabe mencionar, que es posible que, dentro de los postulados, que norman al orden público, encontremos sentidos distintos, hasta los ahora planteados, ya que como mencionamos, nuestra figura tiene diversos significados.

A) Noción del orden público.

Para comenzar, es preciso determinar, los alcances de la voz noción. Lo anterior no tiene otro objetivo, que indicar el punto en que partimos en el desarrollo de este tema. Al respecto, el Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua, establece como el significado del vocablo lo siguiente: "Conocimiento o idea que se tiene de algo. Conocimiento elemental."²⁴ Ante lo expuesto, parecería una contradicción, basar el estudio del orden público, desde su noción. Todo análisis, para obtener el aval de la ciencia jurídica, necesariamente debe ir más allá del conocimiento elemental, de la figura a tratar. Cualquier estudio jurídico, que no siguiera este método, por consecuencia, adolecería de efectividad, certidumbre y credibilidad. No se puede, construir bases sólidas, oteando fuera de los elementos básicos. No obstante, con el orden público, no siempre sucede así. Lógicamente, los grandes tratados jurídicos, tuvieron que basarse en ideas elementales. Obviamente, aunque el presente trabajo no pretende compararse con las egregias obras en la materia, si parte del mismo elemento inicial, a saber, determinar la noción, del objeto de estudio.

²⁴ REAL ACADEMIA, Op Cit, p. 1586.

Partir de la noción de orden público, en sí, es un problema. Seguramente, si preguntáramos dentro de la jerga jurídica, las ideas generales de figuras como: el contrato, delito, impuesto, entre otros, encontraríamos pequeñas alteraciones, en las respuestas; pero la mayoría seguiría el mismo derrotero. La razón sería que de las figuras jurídicas, se tiene un conocimiento elemental; es decir, los encuestados determinarían la noción de las mismas partiendo de elementos básicos. En cambio, si el ejercicio lo repitiéramos, preguntando acerca de la noción del orden público, el resultado sería evocador. Quizá, la mayoría contestaría; pero en diversos sentidos, y en algunos, su mente estaría *per istam*. No podríamos juzgar con severidad a los encuestados, tomando en cuenta que la noción del orden público es compleja, por no hablar de un concepto del mismo, que aun está en ciernes.

Atendiendo a lo anterior, es conveniente, aún cuando en páginas anteriores ha quedado establecido, determinar detalladamente la regulación del orden público en las distintas materia jurídicas. En este orden de ideas, no sabremos la noción del orden público, sin que antes nos instruyamos en las materias que lo aplican.

Por principio, el orden público, plasmado en normas jurídicas, es el resultado de los intereses colectivos, dentro de la sociedad. Aunque éstos pueden ser varios, habrá que tomar en cuenta como principal, a la seguridad en todos sus aspectos. Podemos identificar a la seguridad, como el estado libre o exento de daño, peligro o riesgo. Es menester aclarar, que la seguridad como ideal, resulta utópico. Todas las ciudades del orbe, en mayor o menor medida, presentan problemas de inseguridad. Seguridad e inseguridad, son conceptos que están íntimamente relacionados, con el orden público. Podemos decir, que ambos se presentan por la eficacia de la figura en comento. Cuando el orden público es correctamente aplicado, invariablemente tendrá que originar seguridad en la sociedad, pero también en la misma forma, ante la ausencia o la inaplicación de la figura, estaríamos frente a la inseguridad. Es por ello, que para entender la noción del orden público, necesariamente tendríamos que referir someramente a uno de sus fines prácticos, es decir, la seguridad. La seguridad puede ser clasificada de dos maneras: jurídica y social o civil. Ambas se originan y reglamentan, dentro de las normas jurídicas, pero pasemos a analizar cada una de ellas, con mayor detalle.

Los individuos en la sociedad, para garantizar su bienestar, deben pugnar porque todos sus actos, así como los de las autoridades, se engloben en un marco legal. En el mundo contemporáneo, es prácticamente imposible localizar una sociedad, que no esté basada en un régimen legal. Empero, no en todas las comunidades, esta situación arroja los mismos resultados. Evidentemente, el orden legal como creación humana, es imperfecto, sin embargo, cabe mencionar que el fin superior de éste, en todo momento, será en beneficio de los ciudadanos. No obstante, en la práctica, el régimen jurídico puede tener efectos bifrontes, polarizándolos en positivos o negativos. Será negativo, cuando éste actúe, en contra de la misma sociedad. En otras palabras, el orden legal, como manifestación supuesta de la soberanía popular, en ocasiones ha sido usado como medio represor, por las autoridades en contra de la ciudadanía, con resultados opresivos. Resta mencionar, por los argumentos expuestos, que el régimen legal, no trae consigo una seguridad jurídica.

Ahora bien, en su forma positiva, es decir cuando se aplica estrictamente en protección de la comunidad, éste actúa como guía para los particulares y como molde, para las autoridades, uno y otro, deben ceñir sus actividades, a la observancia de la ley, so pena de desequilibrar el orden jurídico. Esta sistematización de voluntades, a través de una norma jurídica, otorga ventajas a quienes conviven en una sociedad. Sin embargo, estaremos en posibilidades de calificarla como seguridad jurídica, sólo si, en primer lugar, logra igualar jurídicamente a los particulares, y después, a éstos, con las autoridades. En este sentido el jurista Rafael de Pina, arguye: "Garantía que representa la organización estatal en orden al mantenimiento del derecho y a la consiguiente protección del individuo, nacional o extranjero."²⁵ Una visión más completa nos ofrece Burgoa Orihuela, que al determinar el contenido de la seguridad jurídica, indica: "Implican el conjunto general de condiciones, requisitos, elementos o circunstancias previas a que debe sujetarse cierta actividad estatal autoritaria para generar una afectación válida de diferente índole en la esfera del gobernado, integrada por el *summum* de sus derechos subjetivos"²⁶ Dentro del régimen jurídico, se encuentran las disposiciones relativas a una seguridad jurídica, verbigracia, el primer capítulo de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos que en 29 artículos,

²⁵ DE PINA, Op Cit, p. 450.

²⁶ BURGOA ORIHUELA, Ignacio. "Las garantías individuales." 30ª ed., Editorial Porrúa, México, 1998, p. 502.

regula las garantías individuales. Lato sensu, cada una de ellas, es una manifestación de seguridad jurídica, no obstante, podemos indicar con mayor atinencia los artículos: 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22, y 23.

Una de las materias que regula la figura del orden público es el derecho internacional privado. Para determinar la función de aquel en la materia referida, parece prudente hacer un bosquejo de la misma. La consolidación de diversas sociedades en el orbe, ha generado graves inconvenientes. En el aspecto jurídico, se ha generado una multiplicidad de normas jurídicas. Tomando en cuenta que cada una de ellas, están circunscritas a aplicarse dentro de un territorio limitado, es decir, se harán según la competencia territorial a la que estén asignadas, jurídicamente no habría problema alguno. Sin embargo, constantemente, por las interrelaciones humanas internacionales, e inclusive nacionales, al caso concreto pueden aplicarse dos o más normas jurídicas vigentes generando dificultades legales. Para el internacionalista Carlos Arellano García: "La presencia de ciertas circunstancias de vinculación entre la hipótesis legal de la norma jurídica de un Estado y una situación de hecho que reúne los extremos fácticos previstos en esa regla jurídica pueden dar lugar a una extensión extraterritorial de la norma jurídica que le hará rebasar los límites territoriales del sistema a que pertenece y se aplicará en otro Estado."²⁷ En este orden de ideas, existe la posibilidad de aplicación extraterritorial de la norma jurídica.

Ante la posibilidad de aplicación extraterritorial de una norma jurídica, existen dos hipótesis: que por su objeto a regular, la norma penetre en el régimen jurídico de un Estado, con vigencia indiscutible, o cuando el mismo régimen, salvaguardando su soberanía, permite la intromisión de aquella en su sistema jurídico. Tal es la esencia del derecho internacional privado, ya que, será la rama jurídica la que determine, apegada a postulados dogmáticos y legales, la norma jurídica, vigentes en dos o más Estados, aplicable a una relación concreta.

Sin embargo, el mayor problema a que se enfrenta la ciencia jurídica, es determinar el contenido del orden público, enredo del que no es ajeno, el derecho internacional privado. Por esa razón, internacionalistas han optado por mencionar el contenido de la figura en comento: "Existen ocho categorías de leyes de orden público, dentro de las que se engloba a

²⁷ ARRELLANO GARCÍA, Carlos. "Derecho internacional privado." 14ª ed., Editorial Porrúa, México, 2001,

las constitucionales, las administrativas, las de nacionalidad, las de propiedad, las de crédito público, las fiscales, las procesales, las penales y las de responsabilidad civil.”²⁸ De manera azarosa el autor, considerando los fines del orden público, establece limitativamente las materias donde se aplica, a su parecer, dicha figura jurídica. No obstante, en la época contemporánea, es de explorado conocimiento, que se debe incluir la materia familiar en las que dan cabida al orden público. Por tal razón, la opinión en cita, resulta anacrónica.

Con mayor argumentación, el Instituto de Derecho Internacional, a principios del siglo XX, emitió una resolución en los siguientes términos: “El Instituto expresa el deseo de que, para evitar la incertidumbre a que se presta el arbitrio del Juez y el perjuicio que pudiera resultar para el perjuicio de los particulares, cada legislación determine con la mayor precisión posible, aquellas de sus disposiciones cuya aplicación no será nunca suspendida por la intervención de una ley extranjera.”²⁹ En otras palabras, se buscaba crear una uniformidad en las leyes que preveían el orden público, ya que, por su misma naturaleza éstas se consideraban impostergables. Los resultados del convenio, han sido prácticamente imperceptibles. Una razón que explicaría el fracaso, sería la connotación nacionalista del orden público. Si consideramos a esta figura como el reflejo de la cultura jurídica de una nación, donde son palpables sus costumbres, idiosincrasia, tradiciones, pero sobre todo, la identidad de los particulares con el régimen jurídico, tenemos una figura particular, amoldada a cada nación. De ahí, la dificultad de buscar un consenso a nivel internacional.

La confusión que genera la naturaleza del orden público, y aplicando la teorías dualistas internacionalistas, se puede establecer una dualidad en la figura jurídica, en relación con el ámbito de aplicación de la misma: “ La doctrina francesa divide el orden público en interno o relativo e internacional o absoluto. La regla del primero, impone a los nacionales solamente, no pudiendo éstos derogarla por convenio. Las reglas del segundo, en cambio, son obligatorias para todos los que habitan el territorio, sin distinción de nacionalidad, y no solamente anulan la voluntad de las partes sino que excluyen además el derecho extranjero.”³⁰ Somos reticentes a aceptar esta bifurcación ya que es contraria a

p.1

²⁸ NIBOYET, J. “Principios de Derecho Internacional Privado.” Editorial Nacional, México, 1981, pp. 395-399

²⁹ ARRELLANO, Op Cit, p. 911.

³⁰ Ibidem, p. 915.

nuestro régimen legal. Siguiendo las características de las normas jurídicas, podemos inferir que éstas son generales, es decir, se aplican a los ciudadanos sin distinción de ningún rango. Sería ilegal que una norma jurídica, regulara de manera particular, a un grupo determinado de personas, cabe aclarar que existen normas jurídicas encaminadas a regular a un grupo de personas, pero que esto no las convierte en leyes especiales. Es decir, el orden público en el sistema legal mexicano, surte sus efectos en los ciudadanos, sin discriminación alguna, y dependiendo la materia que se aplique, tendrá distinta connotación jurídica, verbigracia: en materia familiar, limitara la voluntad particular dentro del derecho privado y en la internacional, como ha quedado apuntado, funge como obstáculo de la norma extranjera, cuando ésta conculque los bienes legalmente tutelados del régimen jurídico que se trate.

Aunque determinar los efectos del orden público será materia de estudio más adelante, es preciso aclararlos someramente. En primer lugar, el orden público se invoca para impedir la aplicación de normas jurídicas extranjeras, que alteren el régimen jurídico nacional. Al ser el orden público, un impedimento, podría argüirse que se tiene un efecto negativo, no obstante, éste, a su vez, al impedir que se altere, las normas jurídicas, produce uno positivo en la práctica. Es decir, si una pareja de homosexuales holandeses, pretende contraer matrimonio en nuestro país, por el orden público, se verían impedidos para tal propósito, con ello se origina el efecto negativo. No obstante, si esta pareja de homosexuales, se unieran en matrimonio se estarían afectando los intereses colectivos de la ciudadanía, pero al evitar la vulneración de los intereses colectivos, plasmados en las normas jurídicas, en esa manera se consigue el sentido positivo.

Cabe mencionar el recurrente error, en que algunos tratadistas caen, al igualar al orden público, fraude a la ley y cláusula de reserva. Empero la naturaleza de éstas, no es la misma, pese a que en los efectos, puede encontrarse un simil. Habiéndonos avocado al estudio del orden público, es menester inmiscuirnos en las dos restantes. Para Adolfo Míaja la Muela, el fraude a la ley consiste: "...en la realización de un acto lícito para la consecución de un acto antijurídico."³¹ Para aclarar el panorama, acudimos a la opinión del Carlos Arellano García: "En Derecho Internacional Privado el fraude a la ley es un remedio que impide la aplicación de la norma jurídica extranjera competente, a la que el o los interesados

³¹ MIAJA MUELA LA, Adolfo. "Derecho Internacional Privado." 3ª ed., Editorial, Madrid, 1954, p. 320.

se han sometido voluntariamente por ser más conveniente a sus intereses, evadiendo artificiosamente la inoperatividad de la norma jurídica nacional.”³² En otras palabras, el fraude a la ley, implica una acción por parte de los sujetos jurídicos, que intentan evadir el sistema legal. La actividad fraudulenta, está encaminada a realizar actos, para los que inicialmente, los sujetos están impedidos, pero que son legales, en otros Estados. Sin embargo, el fraude a la ley, se da hasta el momento en que los sujetos impedidos legalmente, a la realización de ciertos actos en su país de origen, los realizan, amparados por leyes extranjeras y pretenden que los efectos legales de los mismos, surtan en el país en donde no están permitidos. Es por ello que la figura del fraude a la ley, también actúa como prohibición de estos actos ilegales. Aunque debemos aceptar, que tanto el orden público cuanto el fraude a la ley, tienen el mismo resultado, se diferencian por la naturaleza distinta, de las dos instituciones. El orden público, como ha quedado asentado, refiere al obstáculo de la norma jurídica extranjera, por su incompatibilidad con la nacional; el fraude a la ley, implica la realización de un acto lacerante, al régimen nacional. La incompatibilidad de normas internas, son el reflejo de idiosincrasias distintas, independientemente de la conducta de los sujetos que podrían salir beneficiados. Simplemente, son normas que tutelan intereses distintos. Empero en el fraude a la ley, para que éste actúe, como obstáculo a la norma extranjera, es imperante la realización de una conducta jurídicamente engañosa. En el mismo sentido Ruchelli determina: “...la operatividad del orden público comienza a desarrollarse cuando media una acción incompatible con el orden jurídico que tutela. En el caso del fraude a la ley, la ley extranjera no quebranta en modo alguno, el orden público de otro país, pero debido al manejo voluntario de los puntos de conexión, se aplica una ley que normalmente no debía ser aplicada, burlando de tal manera a la *lex fori* correspondiente.”³³

Por otro lado, la cláusula de reserva, se incluye en los tratados internacionales, materia del derecho internacional público. La naturaleza jurídica de éstos, nos lleva a determinar que se trata de actos jurídicos internacionales. Mediante la soberanía que les caracteriza, los Estados realizan compromisos jurídicos, que por su ámbito de aplicación y efectos legales, se les denominan tratados internacionales. Estos instrumentos mundiales, están integrados principalmente de obligaciones recíprocas, ya sean económicas, políticas,

³² ARRELLANO, Op Cit, 919.

³³ RUCHELLI, Humberto. “El orden público.” Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2001, p.15.

legales o sociales. La Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, define a la reserva en su artículo 2, párrafo 1, inciso d) de la siguiente forma: "Se entiende por 'reserva' una declaración unilateral, cualquiera que sea su enunciado o denominación, hecha por un Estado al firmar, ratificar, aceptar o aprobar un tratado o al adherirse a él, con el objeto de excluir o modificar los efectos jurídicos de ciertas disposiciones del tratado en su aplicación a ese Estado."³⁴ Evidentemente, la cláusula de la reserva también es una limitación a las normas jurídicas. Pero en distinto sentido. En primer lugar, en la reserva se limita la aplicación del tratado internacional, cualquiera de los Estados celebrantes pueden, por su soberanía, imponer barreras a disposiciones jurídicas contenidas en el instrumento internacional. En el orden público, se evidencia ante la coexistencia de normas jurídicas que se han gestado en territorios externos y que, por la dinámica social, se pretenden igual so pena de descomponer el orden legal. Otra de las diferencias radica, en la materia que rige a cada una de las figuras jurídicas, la reserva está regulada por el derecho internacional público, materia que analiza a los tratados internacionales, ahora bien, el orden público en materia internacional está reservado a los postulados del derecho internacional privado. De lo anterior, se desprende la disímula naturaleza jurídica de ambas figuras, pese a que la confusión se base, en los fines de las mismas.

Así lo determina el artículo 15 del Código Civil para el Distrito Federal, a la sazón primera reminiscencia legislativa del orden público, en el derecho internacional privado, que a la letra establece: "No se aplicará el derecho extranjero: II. Cuando las disposiciones del derecho extranjero o el resultado de su aplicación sean contrarios a principios o instituciones fundamentales del orden público mexicano." Como se puede apreciar, la referencia que se hace del orden público en el artículo en cita, es vaga y ambigua, siguiendo la tradición que el sistema jurídico nacional, le ha dado a esa figura. Sin precisar los límites del orden público, es factible que existan innumerables concepciones del mismo, ya que la norma, interpretándola, menciona que la figura en comento está constituida de principios e instituciones. ¿Pero cuáles?. Como hemos argumentado, legalmente, el orden público presenta graves fallas en su regulación. No obstante, nosotros a lo largo del trabajo, hemos satisfecho este tipo de curiosidades intelectuales. Es por ello, que estamos en la posibilidad de argüir que los principios, a que se refiere el artículo 15 del Código Civil para el Distrito

³⁴ ORTIZ AHLF, Loretta. "Derecho Internacional Público." 2ª ed., Editorial Oxford, México, 1998, p.19.

Federal, empezando por el de la seguridad, tanto jurídica como civil, son aquellos que permitan la estabilidad jurídica, basados en un estado de derecho, verbigracia: justicia, certidumbre, legalidad, por mencionar algunos. Mientras que las instituciones son las entidades públicas que hacen que los principios mencionados se apliquen a la realidad fáctica. Pero no podemos dejar de citar, que la regulación del orden público, en la materia internacional, como en las demás ramas jurídicas, está construida sobre opiniones dogmáticas, carentes de consenso legal. Es por ello, que el jurista Carlos Arellano, al proponer la noción de orden público, dentro de su materia, considera: "Se caracteriza porque habiendo resultado competente la norma jurídica extranjera, al decidirse el conflicto de leyes, no se aplica la norma jurídica extranjera. Se invocan altos intereses sociales, muchas veces imprecisos y de gran subjetividad, con el nombre de orden público para dejar de aplicar la norma jurídica extranjera que, de acuerdo con el Derecho Internacional Privado se ha determinado como competente."³⁵

Misma situación guarda la disposición relativa al orden público, establecida en el Código Civil Federal, ya que el numeral 15 es una copia de la norma jurídica del Código Civil para el Distrito Federal.

El orden público dentro del ámbito internacionalista, funciona "como un obstáculo que impide la solución uniforme de los conflictos de leyes."³⁶ Es un procedimiento, necesario, que sigue el juzgador para determinar si una norma extranjera, puede producir sus efectos en territorio de otro Estado. Podemos argüir, que el orden público, como parte integrante del sistema jurídico nacional, actúa como limitante, en todo momento, de los posibles efectos de la norma extranjera, cuando éstos son contrarios a la normatividad general. Alegóricamente, es como una pieza que no encaja en un rompecabezas, y qué si ésta se introdujera a la fuerza, causaría la alteración del conjunto de piezas restantes. Ahora bien, cabe resaltar que, como en todas las acepciones del orden público, el juzgador tiene un papel fundamental, ya que es éste quien interpreta, a falta de disposición expresa, el contenido, naturaleza y efectos de aquel en materia internacional. Es decir, el orden público tiene una función bien determinada, en la materia de derecho internacional privado, como lo

³⁵ *Ibidem*, p. 915.

³⁶ *Ibidem*, p. 901.

indican los argumentos dogmáticos y jurídicos, anotados, no obstante, es el juez quien al concretizar la norma general, al caso concreto no tiene más fundamento que su interpretación, en relación al orden público. Este es un vicio jurídico del orden público en general, independientemente de la materia en que se aplique.

Como colofón, podemos afirmar que el orden público en el Derecho internacional, es utilizado como barrera, que impide la intromisión de una norma jurídica extranjera competente, cuando ésta en su aplicación, perjudicaría los intereses de la colectividad.

Es preciso determinar que el orden público, tiene distinta regulación en las materias propias, de Derecho público. La aplicación del orden público, se ha vinculado eminentemente al Derecho público. Son varias las materias que engrosan tal rama jurídica, sin embargo, dado el objetivo del presente trabajo, limitaremos el análisis a dos; el Derecho Constitucional y Administrativo.

Podemos comenzar el estudio de las ramas jurídicas, desde elementos en común. Aquellos preceptos que rigen en general, en el ámbito público. Desde esta perspectiva, el orden público se ejemplifica, en términos generales, a través del derecho constitucional, mientras que, específicamente lo podemos encontrar en la administración pública. En otras palabras, si coincidimos que el fin del orden público es la seguridad social, es también posible determinar, que dicho fin se alcanza mediante sistema legal fundamentado en una norma básica; es decir una constitución. La norma jurídica básica, dentro de un sistema legal, tiene la función de fundamentar, los órdenes secundarios. Es basta la gama de tópicos que necesariamente debe regular una constitución, ahora bien, debemos elucubrar, que todos ellos sigan los mismos fines. Pero éstos se circunscriben a una problemática determinada, verbigracia; el Derecho administrativo. Ésta rama aplica el orden público, en función de la estabilidad gubernamental.

Hecha la salvedad anterior, es menester dedicar algunas reflexiones, a la materia constitucional. Ésta es la estructura normativa interna, de un Estado. Ésta, en la práctica, se convierte en el orden público. En otras palabras, el orden público es el esquema existencial de un Estado. Para Burgoa Orihuela, esta estructura se compone de los siguientes elementos:

“...se integra con tres tipos de normas de derecho generales, impersonales y abstractas que son: las constitucionales, las legales y las reglamentarias.”³⁷ Estas normas mantienen, como principio básico, una jerarquía legal. En primer lugar encontramos las leyes federales, las cuales tienen hegemonía sobre los ordenamientos secundarios, y éstas, a su vez, sobre los reglamentos cualquiera que sea su naturaleza jurídica. Tal afirmación no nos resulta ajena considerando que el orden público, toma volumen jurídico a través de la norma. Hemos argumentado que aunque en esencia todas pertenezcan implícitamente, para que una norma jurídica sea considerada de orden público debe partir de dos hipótesis: tratándose de la rama pública, debe considerarse con tal calidad, aún cuando en los preceptos legales no lo mencionen, por otro lado cuando el orden público deba aplicarse en normas de derecho privado necesariamente debe quedar estipulado en las normas legales.

Son tres los preceptos constitucionales que implican al orden público, pero como en todas las demás materias no lo regulan. El primero, encuentra su razón en el numeral 6º de la Carta Magna al ordenar: “ La manifestación de las ideas no será objeto de ninguna inquisición judicial o administrativa, sino en caso de ataque a la moral, los derechos de terceros, provoque algún delito o perturbe el orden público...”. Consagrada como una garantía individual, la libertad de expresión solo puede menoscabarse en los ataques a la moral, a los derechos de terceros, provocar algún delito o perturbar el orden público. La libertad, históricamente, ha sido el principal valor del hombre después de la vida. Es por ello, que toda legislación que se precie de ser contemporánea, debe garantizar la libertad de sus sujetos. Sin embargo, si una persona ejerce su libertad, ésta no debe causar perjuicio alguno. En nuestra Carta Magna, las restricciones a la libertad de expresión, resultan ambigüas y por ende peligrosas: “...ni la Constitución, ni la legislación secundaria, ni la jurisprudencia brindan un criterio seguro y fijo para establecer en qué casos la libre expresión del pensamiento ataca la moral, los derechos de terceros o perturba el orden público.”³⁸ Interpretando la opinión del jurista, la libertad de expresión está condicionada a los cuatro derroteros fundamentales, que marca el artículo constitucional, no obstante, en ningún caso establecen sus límites. Por ello, la concretización de la norma queda al arbitrio de las autoridades judiciales y administrativas.

³⁷ BURGOA ORIHUELA, Ignacio. “*Derecho Constitucional Mexicano.*” 11ª ED., Editorial Porrúa, México, 1997, p. 900.

³⁸ BURGOA ORIHUELA, Ignacio. “*Las Garantías Individuales.*” Op Cit., p. 351.

En este caso, la confusión existente en torno al orden público, provoca una laguna jurídica, que azarosamente es satisfecha por el juez. En este mismo sentido, Ignacio Burgoa comenta: "...dadas las consecuencias que podría traer consigo la limitación a la libertad de expresión de ideas y que significaría la nugatoriedad de ésta en muchos casos, estimamos que los tres criterios en que tal restricción se apoya sin ser excesivamente peligrosos, sobre todo sustentados por autoridades judiciales o administrativas deshonestas, incompetentes y de tendencias tiránicas."³⁹ En estas líneas, grandilocuentemente se marca la mayor problemática del orden público, una figura jurídica confusa, polémica, dispersa, pero positiva. Desgraciadamente las autoridades, tanto administrativas cuanto judiciales, han sorteado el dilema con opiniones reticentes. En tal sentido, estará prohibido manifestar las ideas, cuando éstas provoquen inseguridad social.

El artículo 20, en su fracción VI, también utiliza al orden público, como una limitante al derecho de expresión. El texto del numeral citado es el siguiente: "En todo caso serán juzgados por un jurado los delitos cometidos por medio de la prensa contra el orden público o la seguridad exterior o interior de la Nación." En términos generales, el artículo 20 constitucional, establece las garantías del inculcado, dentro del proceso penal. No obstante, la fracción en comento, no podría ser entendida sin los siguientes prolegómenos. La garantía individual, indica que el inculcado podrá ser juzgado en audiencia pública dirigida por un juez o jurado de ciudadanos, que sepan leer y escribir. Este jurado, tendrá que ser integrado por vecinos del lugar y partido, donde se cometiere el delito y, siempre que la sanción para el ilícito, sea mayor a un año. Sin embargo, cuando los delitos tienen como sujeto activo a la prensa y vulneran tres elementos vitales para el Estado, como: el orden público, la seguridad en sus dos ámbitos posibles: interna y externa, en este caso intervendrá indefectiblemente el jurado. No podemos dejar de mencionar, que esta práctica pertenece a las añoranzas de un sistema legal de otras épocas. La tradición del jurado, como parte del proceso penal, realmente encuentra esplendor en los sistemas jurídicos de otros países; en México, salvo casos específicos, ha sido una figura ineficaz. Por lo que respecta al sentido del presente estudio, una vez más, el legislador hace del orden público, una figura nebulosa, dejando a los jueces su apreciación jurídica. Situación que compromete la aplicación de esta garantía

³⁹ Op Cit., p. 352.

individual, a un concepto por demás azaroso en su realidad.

Otra de las disposiciones constitucionales, referente al orden público, es la contenida en el artículo 115, fracción VII que a la letra de la ley establece: “La policía preventiva municipal estará al mando del presidente Municipal, en los términos del reglamento correspondiente. Aquella acatará las órdenes que el Gobernador del Estado le transmita en aquellos casos que esté juzgado como de fuerza mayor o alteración grave del orden público.” Quizá la materia que regula el artículo 115 constitucional, nos aporte más elementos para comprender el sentido al que está dirigido, el orden público en la norma fundamental. El artículo 115 constitucional establece la estructura jurídico-política del municipio. Cabe señalar en este sentido, que el Municipio es considerado como el elemento fundamental de la administración pública. Al ser al más ínfimo de los niveles de gobierno, tiene dentro de sus funciones o servicios la seguridad pública, mediante la policía preventiva municipal y de tránsito, según lo dispone el artículo en comento en su fracción III, inciso h). Al respecto el artículo 21 quinto párrafo indica: “La seguridad pública es una función a cargo de la Federación, el Distrito Federal, los Estados y los Municipios, en las respectivas competencias que esta Constitución señala.” Es decir, el orden público, dentro de los lineamientos del artículo 115 constitucional, habrá que circunscribirlos al régimen de policía imperante.

Del análisis del 122 constitucional se desprende otra norma que regula el orden público. Dicha disposición en la letra F indica: “La Cámara de Senadores del Congreso de la Unión o en sus recesos, la Comisión Permanente, podrá remover al Jefe de Gobierno de Distrito Federal por causas graves que afecten las relaciones con los poderes de la Unión o el orden público en el Distrito Federal.” Del texto anterior hacemos algunas consideraciones: esta disposición soslaya la soberanía del Distrito Federal como entidad federativa y deniega la legitimidad representativa del Jefe de Gobierno, máxime si consideramos que la solicitud de remoción, deberá ser presentada por la mitad de los miembros de la Cámara de Senadores o de la Comisión Permanente. Es decir, podría suceder que la sanción se imponga por cuestiones políticas y de intereses privados, que por la seguridad común y los intereses mayoritarios. En lo que respecta al orden público, la norma establece que la misma figura será el parámetro para que la Cámara de Senadores o la Comisión Permanente, facultadas

para ello, puedan remover al Jefe de Gobierno del Distrito Federal. El orden público está ligado a la seguridad de los capitalinos, con ello se iguala a la concepción administrativa, de esta figura.

La última referencia constitucional en torno al orden público está en el párrafo segundo del artículo 130, el cual establece: "Corresponde exclusivamente al Congreso de la Unión legislar en materia de culto público y de iglesias y agrupaciones religiosas. La ley reglamentaria respectiva, que será de orden público, desarrollara y concretará las disposiciones siguientes..." La Carta Magna dentro del sistema jurídico es considerada como la norma fundamental. Por contener la estructura jurídico-política del Estado mexicano, y por fundamentar las legislaciones secundarias. Las disposiciones de los 136 artículos constitucionales, son argumento y esencia de las legislaciones complementarias. Una de ellas es la Ley de Culto Público y Asociaciones Religiosas, que complementa y reglamenta al artículo 130 constitucional en materia de libertad de creencia y agrupaciones religiosas. La regulación del orden público, en los términos del numeral en cita, es vaga, al indicar que la disposición complementaria, es de orden público.

A parte de las disposiciones constitucionales directas, existen las denominadas indirectas, las cuales infieren en su regulación al orden público, denominándolo de manera distinta. Un ejemplo claro, lo encontramos en el artículo 31 constitucional, que al establecer las obligaciones de los mexicanos ordena en la fracción III: "Alistarse y servir en la Guardia Nacional, conforme a la ley orgánica respectiva, para asegurar y defender la independencia, el territorio, el honor, los derechos e intereses de la patria, así como la tranquilidad y el orden interior." Por el contexto del ordenamiento jurídico, podemos arguir que, el orden interior, tiene similitud con el de orden público. Si el orden público es el fundamento jurídico de la seguridad pública, el orden interior, encaja en esta noción. En este orden de ideas, el orden interior, como vocablo jurídico, puede tener un significado amplio, ya que éste será el idóneo para garantizar el orden político, jurídico, económico y social; sin embargo, éstos pueden parangonarse con los del orden público.

Tal vez la materia del Derecho público, más representativa del orden público, sea el Derecho administrativo. Aunque existen diversas concepciones del orden público, dentro de

la materia administrativa, todas ellas coinciden en que éste, debe estar vinculado a la seguridad pública, por ende, a la paz social.

En buena medida, el derecho administrativo sistematiza y ordena la parte esencial del Estado. Al estructurar a las autoridades en sectores de la administración pública, en centralizada y paraestatal, aquel instituye un orden, en el sentido lato del término, en beneficio de los particulares y de las mismas autoridades. Aunque podríamos argumentar que este sentido de orden, tiene en gran medida tintes de público, la verdadera manifestación de la figura, se origina en los fines fundamentales de la administración pública.

El orden público en la materia administrativa, puede traducirse en el interés estatal de establecer paz y tranquilidad, por medio de los elementos legales. Las Secretarías de Estado, copan todos los elementos, posibles de vulnerar los términos aludidos; por ejemplo la de Gobernación, en resumen de sus atribuciones, destaca que es competente para coordinar las acciones tendientes a mantener la tranquilidad interna del Estado; la de Educación Pública, tiene a su cargo otra tarea imperante para el objetivo mencionado, con efectos al futuro; la Federal de Seguridad Pública, existe en virtud de la tranquilidad social; entre otras. Es evidente que cada uno de los elementos del Estado, siguen los derroteros de la paz y tranquilidad pública.

Con las Secretarías de Estado, se tienen las instituciones garantes de la paz y tranquilidad pública, empero éstas, están sustentadas y legitimadas, por normas que explícitamente se consideran de orden público. Verbigracia; La Ley General de Población en el artículo 1º establece: "Las disposiciones de esta ley son de orden público y de observancia general de en la República. Su objeto es regular los fenómenos que afecten a la población en cuanto a su volumen, estructura, dinámica y distribución en el territorio nacional, con el fin de lograr que participe justa y equitativamente de los beneficios del desarrollo económico y social." En el mismo sentido, el artículo 128º de la referida Ley se ordena: " Son de orden público, para todos los efectos legales, la expulsión de los extranjeros y las medidas que dicte la Secretaría de Gobernación para el aseguramiento de los extranjeros en estaciones migratorias o en lugares habitados para ello..." Así la Secretaría de Gobernación se encarga de ciertos parámetros, que persiguen la seguridad y paz social.

Otro ejemplo es la Ley Federal del Trabajo; en el artículo 5º se indica: “Las disposiciones de esta ley son de orden público...” El trabajo tiene una preponderancia invaluable en la estabilidad social; con ello se crea la tan necesaria dinámica económica y la distribución de la riqueza. Las escasas oportunidades de trabajo, en las sociedades modernas, por lo regular generan severos problemas sociales, que podrían desembocar en serios inconvenientes, a la tranquilidad pública.

Sirvan estos ejemplos, para evidenciar los objetivos de las Secretarías de Estado y demás entes público; así como las leyes generales y reglamentarias de la administración pública. El orden público es la aplicación de la normatividad jurídico-administrativa en pro de la seguridad pública, para lograr la paz y tranquilidad social.

Por último, el orden público tiene una función primordial, en materia familiar. Su aplicación, doctrinalmente, ha sido muy debatida, al parecer, por la incompatibilidad de la figura y la materia jurídica. Los que argumentan en este sentido, se basan en la división clásica del Derecho: en público y privado. Anteriormente, nos hemos referido a las teorías que postulan tal clasificación, por ello, ahora sólo recurriremos a la mayor diferencia entre ambas. El público regula las materias de interés común o colectivo mientras que el privado, rige para los intereses particulares. De esta manera, cada una de éstas, contienen materias que se delimitan por los mismo criterios.

Tal parece que la confusión, se origina en esta parte de la doctrina. Al denominarse como orden público, se tiene la impresión que solamente debe aplicarse al derecho público y las materias que comprende. Es decir, las normas privadas, son inaplicables con esta figura. Sin embargo, tal concepción está lejos de ser cierta. Hay que remitirnos a la importancia que tiene en una sociedad contemporánea, el orden público. Aunque más adelante, lo fundaremos, podemos determinar que la naturaleza jurídica del orden público radica en ser un mandato estatal, que se complementa, considerándolo como un deber jurídico para los particulares. Lo anterior es fundamental, ya que, el Estado, el sujeto soberano, que instituye el orden público, para salvaguardar los intereses estratégicos de la sociedad.

Ese es el fundamento del orden público. La arraigada concepción de que el orden público, por ser de derecho público, no se puede aplicar fuera de las normas que tengan esa calidad, ha venido a menos; en realidad, el orden público, pese a que su origen se encontrara dentro de ámbito público, no puede estar constreñido a éste, ya que, la importancia de los valores que regulan ciertas materias, permite su aplicación. Es por ello, que hoy, no sin reticencia, se acepta que esta figura, puede ser propia de ramas de derecho privado.

La esencia del derecho privado, es que sus efectos se circunscriben a la esfera jurídica de los particulares. Este criterio individualista se observa en las normas de derecho civil, materia que, por el mismo fundamento, se rige en relación con el principio de autonomía de la voluntad. Es por ello que el orden público, en cierta medida, es inoperante en el área civil, empero no en el Derecho familiar.

Debemos fijar el criterio para la aplicación del orden público: independientemente de la división del derecho, éste surge en materias que se consideren básicas para el bienestar de la sociedad, en otras palabras, se aplica por el contenido de las mismas. Es por ello, que el derecho familiar se amolda a la figura legal.

La familia es la base para edificar el Estado. Su importancia, es enorme, quizá sólo logremos calcularla, en virtud de los efectos de su desintegración. Varios de los problemas sociales actuales, tienen su origen en la falta o modificación de los valores familiares, lo cual nos conduce a dos situaciones, la sociedad, que se desenvuelve fuera de una familia genera problemas serios a la misma colectividad. Asaltantes, drogadictos, facinerosos, vagos han tenido como principio de sus desgracias, una ausencia familiar, o una alterada relación familiar. También el Estado, se enfrenta a un problema que tiene el mismo fin, con distinto procedimiento. Hay familias que aparentan ser eso, sin embargo, dentro de sus relaciones existen las mayores infamias sociales. Aunque el núcleo familiar, aparentemente, esté completo, si no funciona correctamente, los resultados serían igual que en la primera hipótesis. La desintegración familiar, se da cuando los miembros familiares toman rumbos distintos; la más lacerante, consiste en la unión familiar puramente de hecho, pero con un alejamiento entre sus miembros.

La solución para problemas de esta envergadura, la encontramos en las normas de derecho familiar. Aquí conviene hacer otra pausa. El derecho familiar, a lo largo de la historia jurídica, ha sido clasificado como parte del derecho privado, especialmente en derecho civil. En el siglo anterior, reconocidos juristas han generado opiniones doctrinales que contradicen lo expuesto durante mucho tiempo. Básicamente, aunque se han elaborado muchas teorías con postulados diversos al respecto, podemos resumirlas en una máxima jurídica: la autonomía del derecho familiar. Considerándolo desde esta perspectiva, y aunando la importancia de la familia, el derecho familiar y el orden público, son elementos insolubles de una sociedad conciente.

En México la evolución del derecho familiar, ha sido paulatina, pero lenta. El atavismo jurídico, consolida los criterios inopinados en contra de esta relación. Las normas de derecho familiar, en la práctica, todavía están reguladas dentro de los ordenamientos civiles, sin embargo, cabe mencionar que estados como Hidalgo y Zacatecas han logrado la autonomía de la materia, en sus respectivas ámbitos.

Por el alcance cuantitativo de su aplicación, el Código Civil para el Distrito Federal, debe una mención aparte. Conviene empezar con su origen. Hasta el año 2000, el nombre del Código Civil de 1932, tenía aplicación en materia federal, para toda la república y local, para el Distrito Federal. El distinto ámbito de aplicación, en el año 2000, se creó un nuevo Código Civil para el Distrito Federal, dejando el anterior, el de 1932, para su aplicación en la República, en la materia Federal.

Argumentaremos su legitimidad, con cuatro razonamientos. El primero, se desprende del artículo 40 Constitucional, al considerar a las entidades federativas como libres y soberanas. Éstas están reflejadas en la libertad para legislar sus propias leyes. En segundo lugar, el artículo 122 inciso h), faculta a la Asamblea Legislativa, a legislar en la materia civil. Tercero, el día 25 de mayo de 2000, en la Gaceta Oficial del Distrito Federal, se publicaron las reformas al Código Civil para el Distrito Federal en materia común y en toda la República en materia federal, modificando lo relativo al Derecho Familiar. Cuarto, el Congreso de la Unión, decretó el 29 de mayo de 2000, en el Diario Oficial, la modificación del nombre del Código Civil de 1932 en la siguiente forma: "Se modifica la denominación

del Código Civil para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal....para quedar como sigue: Código Civil Federal”.

El artículo 138-Ter del Código Civil para el Distrito Federal del año 2000 ordena: “Las disposiciones que se refieran a la familia son de orden público e interés social y tienen por objeto proteger su organización y el desarrollo integral de sus miembros, basados en el respeto a su dignidad”. La redacción elocuente de la norma jurídica consolida al derecho familiar y al orden público. Este mandato del Estado toma fuerza al regular la materia familiar y, por ende, debe ser estrictamente observado.

B) El orden público y sus fines.

Este tema está íntimamente ligado a los elementos del orden público; es decir, aquellos deben ser visualizados según su trascendencia y alcance. La palabra orden, sea público, social o jurídico, tiene la función de señalar una organización indistinta. Aquí encontramos el primer fin del orden público.

Cuando empezamos a calificarlo, especializamos esa organización a un área determinada, logramos encontrar los demás niveles. Cabe aclarar que éstos podrían ubicarse de manera distinta; sin embargo, aquí están considerados de acuerdo con la importancia social. Es por ello, que hay que tomar tanto al orden público cuanto al jurídico como pertenecientes al segundo nivel y el orden social, lo dejaremos para ocupar el tercer lugar.

Endeble es la diferencia entre el orden público y el jurídico. No obstante, ésta puede ser marcada con mayor atinencia, considerando al primero como el género y al segundo como la especie. La concepción de orden jurídico, está ligada al sistema legal que nos rige; todas las normas positivas, se encuentran en su contenido. Derecho público, privado y social, conjugados, corresponden al sistema jurídicamente vigente, o dicho de otra manera, a la organización jurídica. Como parte del orden jurídico, la figura pública se desarrolla bajo parámetros más específicos. Dejemos claro, el orden público, se aplica a las normas de acuerdo a la importancia, que representen para el Estado. No podemos dejar de señalar que el orden público, especialmente, tiene rasgos de organización que, sistematiza una parte del

mundo jurídico.

Por último, el tercer nivel está compuesto con el orden social. Este es la sistematización de la sociedad, en grupos de diversa índole. La organización social se refleja, en primera instancia, en la aquiescencia de las autoridades. por los particulares; su designación, funciones, duración y atribuciones, entre otras, inconscientemente permiten el orden social, tan necesario en la colectividad. También las clases sociales pueden, de alguna manera, inmiscuirse, dentro de una organización social. Aquel está presente en cada uno de los grupos políticos, económicos y, propiamente, sociales, que en su conjunto determinan la estructura de una sociedad.

C) Naturaleza jurídica del Orden Público.

Determinar la naturaleza jurídica del orden público, partiendo de su regulación legal, parece una misión imposible. Como hemos visto, es ahí, donde se genera el problema; la hasta y ambigua reglamentación del orden público, en diversas materias jurídicas, nos evocaría a nociones de distintas figuras, cuando en realidad nos estamos refiriendo a la misma. Es indispensable determinar, con elementos claros y precisos, cuál debe ser la naturaleza jurídica del orden público, dentro de nuestro sistema jurídico.

Se debe, determinar qué significa naturaleza jurídica, en el ámbito del derecho. Explorar cuestiones doctrinarias en la mayoría de los casos, puede generar discusiones polémicas, si el estudio no encuentra fundamentación lógica. Ese podría ser el panorama de la naturaleza jurídica. No obstante, hablar de naturaleza jurídica es ir implícitamente, a la esencia de las mismas. Es decir, las cosas por el hecho de existir, de ocupar un lugar en el espacio y el tiempo, tienen un fin que justifique su existencia. Así, por ejemplo, el Derecho existe para garantizar una convivencia gregaria en la sociedad, la política, por su parte, existe para administrar los recursos, humanos y pecuniarios, que conforman un Estado, la filosofía funda su existencia en la explicación cognoscitiva de tópicos humanos. Efectivamente, si quisiéramos llenaríamos más líneas con ejemplos perogrullescos. Evidentemente ese no es nuestro objetivo, sin embargo, con los supuestos citados podemos concluir que: todas las cosas existen en virtud de la utilidad manifestada al hombre.

En materia legal, la lógica sigue la misma regla ad litteram. Dentro del mundo jurídico, todas las figuras, por seguridad, deben ser clasificadas en razón a sus características, utilidad, efectos, elementos y rama jurídica en la cual, están reguladas. Dentro de éstas existen figuras, que por diversas circunstancias, su naturaleza, es decir el objeto de su existencia, está perfectamente delimitado. Es de estimar que la mayoría de nuestras figuras jurídicas forman este grupo. Verbigracia, el contrato que por antonomasia es reputado como un acto jurídico, que existe, pues representa un icono de las relaciones jurídicas particulares, otro de los ejemplos lo encontramos en la obligación que ha sido definida como el la relación jurídica que vincula a un acreedor con un deudor en relación con una prestación debida. Sin embargo, existen otras que, dada la innovación de sus preceptos, manifiestan cierta confusión en torno a su naturaleza jurídica, tal es el caso de orden público.

Con los antecedentes expuestos, es imperante reflexionar sobre la naturaleza jurídica en general. No obstante, de la noción de la misma, que ha quedado asentada en párrafos anteriores, podemos aclarar al respecto: " Naturaleza jurídica significa ubicar en la ciencia del Derecho, el acto jurídico, el contrato, la institución, la situación a la que nos estamos refiriendo. Naturaleza jurídica es lo primordial de cada institución. Es la esencia de cada figura jurídica."⁴⁰ En otras palabras, la naturaleza jurídica es la identidad jurídica de la figuras; el saber el objetivo de su existencia o bien determinar lo que la figura jurídica es en el derecho. De tal forma que la importancia científica de la naturaleza jurídica, en el ámbito del derecho, es palpable. No podríamos considerar una ciencia científica, como sin duda lo es el Derecho, sin que sus conceptos partan de un principio básico, la fundamentación teórica. La naturaleza jurídica, al determinar qué es cada figura en Derecho, representa la piedra angular de cualquier análisis teórico. Ubicar cada figura jurídica, de acuerdo a sus características, elementos y efectos, dentro del derecho, es fundamental para formar un esquema jurídico. Desde esa perspectiva, ramificar un sistema legal, que de lo contrario carecería de uniformidad y compatibilidad. Para el jurista Gutiérrez Fuentevilla, la naturaleza jurídica es imprescindible en razón de que; " Va a darnos elementos científicos,

⁴⁰ GUITRÓN FUENTEVILLA, Julián. "Naturaleza Jurídica y Autonomía del Derecho Familiar." en "Estudios jurídicos que en homenaje a Antonio de Ibarrola Aznar presenta el Colegio de Profesores de Derecho civil de la Universidad Nacional Autónoma de México." Editorial UNAM, México, 1994, p. 144.

intelectuales, juicios valorativos, para no hacer afirmaciones temerarias o audaces, sino razonadas, que nos permitan sostener con simpleza y sencillez, las respuestas que el mundo jurídico demanda."⁴¹

Ahora bien, así hemos fijado las bases para determinar la naturaleza jurídica del orden público. Empero, antes de adentrarnos en esta cuestión, conviene hacer la siguiente advertencia. Decíamos que todos los objetos materiales, ocupan un lugar en el tiempo y el espacio, y que, en tal medida, su propia constitución determina en buena parte su naturaleza. En la ciencia jurídica nos encontramos con objetos materiales e inmateriales; es decir en los primeros su contenido visible, determinar su estructura, características y elementos; en el segundo, de los casos se engloban las ideas plasmadas en normas jurídicas que necesitan un acto posterior para su concretización, en el mundo fáctico. En los primeros casos, donde los objetos son perceptibles, en la naturaleza de los mismos, hay una opinión mayoritariamente aceptada, en sentido alguno. Pero aquellos objetos que son inmateriales, representan un mayor problema; podría darse la hipótesis, que la perspectiva de la figura cambie dependiendo del sujeto que la interprete. En éstas, existe un vacío que se subsana con opiniones sin fundamento jurídico que en muchos de los casos, terminan por convertirse en criterios inopinados. Desde qué punto debemos de partir, cuáles son sus elementos, en qué se basan sus características, qué efectos jurídicamente produce, estas entre otras interrogantes, nos separan de diseñar correctamente la naturaleza jurídica de estas figuras inmateriales.

En tal situación está el orden público. Determinar su naturaleza jurídica, entendida como lo que es dentro del mundo del derecho, sería en gran medida dar respuesta a una interrogante aún mayor: qué es el orden público. No obstante, es un hecho que analizar la naturaleza jurídica del mismo, partiendo de postulados concretos, para llegar a conclusiones acertadas y reales, es una operación impostergable, por ser el principio para allanar el camino, en torno a la multicitada figura.

En este orden de ideas, es necesario iniciar desde fundamentos específicos, por ello centraremos nuestra atención en tres posibles hipótesis, en torno a la naturaleza del orden público: como un elemento de la ley, como obligación y como deber jurídico.

⁴¹ Op Cit, p. 145.

“El derecho puede definirse como un conjunto de normas bilaterales, externas, generalmente heterónomas y coercibles, que tienen por objeto regular la conducta humana en su interferencia intersubjetiva.”⁴² El derecho está constituido mediante un conjunto de normas jurídicas. Cada una tienen, características que la distinguen de otro tipo de normas como las morales, las religiosas o las sociales. Estas diferencias, parten de cuatro rubros, a saber: bilaterales, externas, heterónomas y coercibles. Cabe destacar que por cada una, en sentido negativo o contrario, existen otras cualidades normativas que se contraponen y complementan a las citadas, y son; unilaterales, internas, autónomas e incoercibles. Éstas no pertenecen a la norma jurídica, más bien son dependientes de las morales, religiosas y sociales.

Es objeto ajeno del presente trabajo hacer mención puntual de las características de las normas jurídicas, empero, la coercitividad arroja un estudio por separado, por tratarse de un elemento relacionado al orden público. Para explicar el carácter coercitivo de la norma, habrá que simplificar ésta, a su máximo nivel. Anteriormente habíamos establecido que las normas, dependiendo de determinadas aristas, podían tornarse como jurídicas, sociales, morales o religiosas. Es por ello que conviene analizar la norma, sin ninguna de sus clasificaciones; observarla como un mandato, que presupone un cumplimiento individual, el cual puede hacerse de manera espontánea, libre y voluntaria o, por el contrario, compeler un cumplimiento obligatorio, impuesto y, en la mayoría de los casos, inobjetable. Cuando los efectos del cumplimiento de la norma corresponden a los de la primera premisa, se denominan normas sociales, morales o religiosas; mientras que a la segunda se les da el nombre de normas jurídicas.

La característica coercitiva de las jurídicas, y en general, del derecho, como ciencia científica, impone un orden en la sociedad. Ya que la comunidad, tendrá que obedecer los dispositivos legales de manera obligatoria, incluso con aplicando la fuerza pública. Para García Maynez: “ El derecho tolera y en ocasiones incluso prescribe el empleo de la fuerza, como medio para conseguir la observancia de sus preceptos. Cuando éstos no son espontáneamente acatados, exige de determinadas autoridades que obtengan coactivamente

⁴² ROJINA VILLEGAS, Rafael. “Derecho Civil Mexicano.” 8ª ed., Tomo I, Editorial Porrúa, México, 1997, p. 71.

el cumplimiento.”⁴³ Ante la reticencia social de los individuos, al cumplimiento de la norma jurídica, la coercitividad mantiene estable el orden jurídico. Para esclarecer el término coercitividad recurrimos al jurista en comento: “Por coercitividad entendemos la posibilidad de que la norma sea cumplida en forma no espontánea, e incluso en contra de la voluntad del obligado.”⁴⁴

¿Es el orden público un reflejo de la coercitividad normativa?. ¿La naturaleza jurídica del orden público, pende de ésta característica de la ley?. Preliminarmente al aceptar esta condición, de la misma forma, estaríamos afirmando que el orden público, es un elemento de la norma jurídica. Situación polémica, si consideramos que existen normas jurídicas, que no están marcadas como de orden público.

El Derecho como ciencia jurídica, es objeto de diversas clasificaciones, dependiendo de distintos criterios; por ejemplo, el público y el privado. Estas dos ramas se dividen dependiendo de las relaciones jurídicas que regulan, así, en el ámbito privado se engloban las relaciones entre particulares mientras que en el público, se engrosan aquellas en donde participan los elementos estructurales del Estado o bien, éstos con los particulares. Sin embargo, aunque ambas ramas son harto distintas, se estructuran a base de normas jurídicas, ejemplificadas por medio ordenamientos legales.

En este orden de ideas, existen, en el ámbito legal, leyes positivas públicas o privadas. Cabe aclarar que tal denominación, parte de los efectos que las mismas regulan y no de su aplicación, ya que de antemano, todas las legislaciones son generales. Las leyes públicas, por la naturaleza de las disposiciones que contienen, deben ser consideradas de orden público. Por costumbre, éstas lo mencionan o no se consideran de tal calidad. Caso diverso a las legislaciones de la rama privada, ya que éstas por regla general están fuera del orden público. Es prudente hacer una serie de reflexiones al respecto. En primer lugar, la concepción de que el orden público es una figura jurídica, reservada para las materias ubicadas en el Derecho público, y alejado de las del privado, es un acerto superado. Lógicamente en el mundo jurídico, hoy, existen opiniones reticentes, derivadas de ataduras

⁴³ GARCÍA MAYNEZ, Op Cit., p. 21.

⁴⁴ Op. Cit., p.22.

transculturales. Pensar que los romanos, centraron el orden público, para el Derecho público es aceptable, en otras palabras el nivel alcanzado por ellos, aunque fue notorio, hoy, en muchas situaciones, resulta primitivo, pero quién podría argumentar que en el ámbito privado hay legislaciones que están adaptadas al orden público. De ahí que varias de las normas de Derecho Privado, en la actualidad, estén amparadas por la figura en estudio. Es decir, el orden público no debe ser considerado como elemento exclusivo de tal o cual rama jurídica, sino por el contrario debe ser proporcionado a todas ellas, máxime las que por los valores regulados, son fundamentales para la estructura social; verbigracia el Derecho Familiar.

Una vez establecida la ambigüedad del orden público, referente a las ramas pública y privada, es menester abordar el tema, propiamente de la naturaleza jurídica. El orden público, tiene por naturaleza jurídica, ser una característica de la norma. Habíamos determinado que aceptar tal oración sería tanto como considerar al orden público, dentro de los elementos de la norma, situación que no es así. El impedimento no radica la bifurcación del sistema jurídico, a saber en derecho público y derecho privado, ya que el orden público, como ha quedado anotado, puede pertenecer a ambas ramas. La coercitividad normativa, es consecuencia de la soberanía del Estado; facultad que nosotros atribuimos al Estado, para garantizar la coexistencia pacífica. En otras palabras, el Estado aplica la ley, aún en contra de la voluntad particular, porque nosotros nos subordinamos en cierta manera, a la colectividad. El orden público es también tiene como elemento principal, la coercitividad. Es decir, esta figura se proyecta a la norma jurídica, beneficiándose de las características de ésta. En otras palabras, la coercitividad fundamenta al orden público, dándole obligatoriedad legal.

Para encontrar la naturaleza jurídica habrá que investigar en otra parte. El orden público como ideal jurídico, debe ser materializado en un objeto determinado. De ahí que existen opiniones que lo vinculan, con las normas jurídicas, cuando en realidad solamente forma parte del contenido de éstas, sin inmiscuirse en la esencia y características de las mismas. Queda claro que la norma jurídica y la coercitividad de éstas, con el orden público, se visualizan como figuras legales, independientes, pero coadyuvantes en razón de un fin común; el estado de derecho.

La obligación como naturaleza jurídica del orden público, presenta algunos inconvenientes. Parafraseando a Justiniano, en su celebre definición de obligación en las *Institutas*, Martínez Alfaro indica: "La obligación es un vínculo jurídico que nos constriñe en la necesidad de pagar una cosa según el derecho de nuestra ciudad."⁴⁵ Obviamente, el concepto expresado en nuestros tiempos, resulta anacrónico, pero es de reconocer que con atingencia, incluye un elemento trascendental de la obligación; se trata de un vínculo jurídico. Tal aserto nos lleva a determinar, que se vincula a través de la obligación; así, Julien Bonnecase escribe: "El derecho personal crea, por tanto, una relación directa entre dos personas; esta relación, este lazo de derecho constituye la obligación; desde el punto de vista activo toma el nombre de crédito; desde el punto de vista pasivo, de deuda."⁴⁶

El criterio del jurista francés aporta mayores elementos a la concepción jurídica de la obligación. Conjuntado con lo anterior: la obligación es un vínculo jurídico que liga a dos sujetos en una relación legal. Sin embargo, aún no se aclara la situación. El meollo radica en determinar, qué tipo de relación origina el vínculo de la obligación. Según Bonnecase, ésta adquiere los tintes de crédito y deuda, es decir existe un acreedor y un deudor. Eminentemente esta opinión está alejada del sentido de la este tesis, pero por otro lado, también sirve para ejemplificar el distanciamiento de la obligación y la naturaleza jurídica del orden público.

Hablar de obligación, es referirse a un vínculo jurídico, que liga a dos sujetos; uno a exigir una conducta y, en la misma medida, otro a cumplir la conducta pactada. En la obligación una parte exige y otra cumple, regla que aleja al orden público de esta situación. En realidad, cualquier miembro de la familia, en este momento, tiene la posibilidad de pedir que se ejecuten las normas familiares, sin embargo, no podemos determinar que sea considerado como acreedor, porque el deudor sería el Estado. Quizá, por la naturaleza de la obligación, la misma contenga un elemento esencial del orden público, es decir, un mandato. Es por ello que la naturaleza jurídica del orden público, no corresponde a una obligación, toda vez que no se acreditan los supuestos de acreedor y deudor; de demandante y obligado.

⁴⁵ MARTINEZ ALFARO, Joaquín. "Teoría de las Obligaciones." 5ª ED., Editorial Porrúa, México, 1998, p. 1.

⁴⁶ BONNECASE, Julien. "Tratado elemental de Derecho civil." Editorial Pedagógica Iberoamericana, México, 2000, p. 649.

Ahora bien, para determinar si la naturaleza jurídica del orden público, se origina en el mandato, es inminente concretar posiciones, respecto de éste. "El deber jurídico se presenta, ante todo, como sujeción, esto es, como hecho de estar obligados a la observancia de la norma jurídica."⁴⁷ Esta observancia tiene que ser respecto a la norma, independientemente de la relación jurídica, de esta forma, se le denominará deber legal. En este sentido, para Messineo, debe ser entendido como carácter fundamental del ordenamiento jurídico, concurriendo con mayor frecuencia en el derecho público que en el privado.

Existe otra noción de deber jurídico, relacionada con derecho subjetivo. La diferencia parece ser muy endeble. Quizá la distinción, debemos empezarla a formularla partiendo de situaciones positivas o negativas de acuerdo con la actividad humana. Así el jurista Abelardo Rojas determina: "...la distinción entre estos dos objetos del conocimiento no podemos derivarla de la conducta humana, sino que la hemos formulado partiendo de la norma, de su observación y hemos dicho cuando la norma autoriza una conducta, otorga un derecho subjetivo, cuando prohíbe, impone un deber jurídico."⁴⁸

No obstante, para analizar de una manera más detenida, la distinción, conviene estudiar ambas figuras. Preliminarmente, el derecho subjetivo ha sido definido como: "...un interés jurídicamente protegido, como la potestad o señorío de la voluntad conferido por el ordenamiento jurídico."⁴⁹ Una opinión más articulada, indica: "...el derecho subjetivo no es la conducta facultada (un hecho o una omisión de hecho), como algunos juristas opinan, sino la aptitud jurídica de un sujeto, derivada de la autorización de su propia conducta o sobre la ajena, para hacer u omitir o para que otro haga u omita."⁵⁰ Los dos vocablos que integran el término en comento, podrían inferir su significado. Pero debemos empezar con el calificativo, ya que, en tal medida, lograríamos conocer el sentido que toma el sustantivo del cual califica. El adjetivo calificativo; subjetivo; antepone al sistema normativo la premisa de la existencia de normas, que regulan la conducta del ser humano; contrariamente al derecho

⁴⁷ MESSINEO, Francesco. "Manual de Derecho Civil y Comercial." Tomo II, Editorial Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1979, p. 80.

⁴⁸ ROJAS R, Abelardo. "El Derecho Subjetivo y el Deber Jurídico." Editorial UNAM, México, 1954, p. 103

⁴⁹ DE PINA, Op cit. 120.

⁵⁰ ROJAS R, Op cit. 39.

objetivo que estriba en la regulación, de los objetos jurídicos. Ahora bien, el derecho subjetivo otorga a los sujetos, dos tipos de preceptos jurídicos; los que facultan y los que limitan. Aquellos que facultan a los sujetos, para pedir las prerrogativas instituidas a su favor, son considerados como derechos subjetivos. Son las normas jurídicas que establecen derechos a favor de los sujetos.

El deber, al calificarlo como jurídico, también tiene su origen en las normas jurídicas. Sin embargo, las que prohíben o limitan la actividad humana, son los deberes jurídicos. Es decir, la diferencia entre derecho subjetivo y deber jurídico, radica no en el origen de los mismos, sino en los resultados que persiguen.

El deber jurídico puede subsistir autónomamente, como limitación legal a la conducta humana, o puede coexistir, además, con un derecho subjetivo creando la figura del derecho-deber. Ésta otorga a los sujetos jurídicos, las dos calidades; tanto pueden exigir una conducta legal, cuanto, en la misma medida, están obligados a ejecutarla, por ellos mismos. Ahora bien, cuando el derecho y deber, son conexos entre sí, el segundo por su importancia, es preeminente al primero. No obstante, ante la convergencia de los términos es conveniente situarlos como antitéticos. Es decir, mantienen naturalezas antagónicas, en uno se prohíbe y en otro se permite, pero en la práctica, es lícita su procedencia.

Aunque parece saldada la posible hesitación, en torno a las clases de deber existentes, es imperante afirmar que el deber, está implícito en cualquier norma. Si tal afirmación, es cierta, para explicarla, habrá que estudiar los tipos de normas. En un estudio magro, tenemos que las normas, según varios criterios, puede investir los siguientes ámbitos: religiosas, sociales y morales. Empero, a grandes rasgos, las diferencias entre éstas y la jurídica estriba en la obligatoriedad de aquellas, que están consagradas en las leyes positivas. En otras palabras, mientras las normas jurídicas son impero-coercitivas, porque imponen y obligan a determinadas conductas; las demás, sólo imponen, pero no cuentan con la fuerza para ser obligatorias. Su cumplimiento depende de la buena voluntad de los sujetos. El deber, también resulta modificado por estas razones. Preliminarmente, todas las normas, independientemente de su calificación, implican un deber de los sujetos a los cuales están dirigidas; sin embargo, en la medida que éste es coercitivo, será calificado como jurídico o

bien como deber en su significado simple.

Partiendo de los argumentos anteriores, la violación del deber, toma distintos caminos, según se trate de una norma jurídica o cualquiera de las demás. La alteración de los deberes, que se manifiestan dentro de las normas jurídicas, da lugar a la responsabilidad de quien las violenta. Tal responsabilidad, estará fijada en la misma legislación, dependiendo de la materia que regule y el grado de la misma. Verbigracia, si el deber se origina de en una ley en materia penal, por ejemplo el asesinato: quien altere la norma tendrá que responder con su integridad física en mayor medida, de quien violenta la norma parcialmente, ya que en este caso, se juzgará por intento de asesinato. Este ejemplo puede ser compatible, con cualquier materia. Es importante determinar, que ante el quebrantamiento de la ley, se altera el deber en dos niveles: en primer lugar, es innegable que todos los sujetos, tenemos el deber de respetar las normas, en términos generales, y en segundo, se encuentra el deber individual que pende, de cada norma jurídica. Es por ello, que la responsabilidad estrictamente exigible surge de la alteración del deber jurídico. El término deber en cuanto a las demás normas, tiene que ser tomado con cautela, por vincularse con el sentido gramatical del vocablo. Anteriormente habíamos determinado, que estas normas, también implican deberes, a quienes las acatan; pero que éstos, no contienen la característica de coercitibilidad, es decir, son obligatorios en la medida que los aceptan individualmente. La responsabilidad resultante de la alteración de las mismas, tiene la acepción de una sanción convencional. Este castigo, en ningún sentido, tiene repercusiones en el mundo jurídico, es decir; las sanciones se circunscriben a la actividad que corresponda y sólo si es aceptada por los particulares.

Las opiniones teóricas en torno al deber jurídico, han sido muchas y variadas. Aquí, aunque no es objetivo del presente trabajo, analizaremos las más aceptadas. Europa por su dinamismo intelectual, es el continente que ha generado algunos juristas, dedicados a la materia.

Para Hans Kelsen, las normas jurídicas otorgan dos acciones distintas; facultan u obligan. En términos kelsenianos, la diferencia radica: "En cuanto facultad, en un orden jurídico, significa tanto como otorgar una potestad jurídica, es decir, otorgar una capacidad para producir un derecho, sólo una acción positiva puede ser objeto de facultamiento, pero

no una omisión mientras que un mandamiento puede referirse tanto a una acción como a una omisión.⁵¹ Ambos términos, facultar y obligar, se benefician de otro: el de deber. En este contexto cuando el deber, es incluido en el cuerpo de las normas jurídicas, faculta u obliga determinadas conductas. “ Si el verbo ‘deber’ es utilizado para designar ese sentido que toda norma tiene, no sólo el que obliga a determinada conducta, sino también el que permite positivamente determinada conducta y el que faculta determinada conducta...”⁵² Para el jurista, el deber es el medio utilizado por los legisladores, para incluir dentro de la norma obligaciones o facultades a los particulares.

Desde esta perspectiva, el deber jurídico, carecería de valor propio. Suponiendo que aquel sea el conductor de las obligaciones y facultades legales, éste tendría las características de su contenido. Sin embargo, existe una respuesta para este óbice lógico. Kelsen compara análogamente la figura jurídica en comento, con el vocablo deber. Efectivamente la voz deber en su significado etimológico refiere como significado un mandato. Desde este punto de vistas, si es posible considerarlo como reflejo de una obligación o bien de acción facultada. Empero es menester determinar, que solamente así, desde su aspecto etimológico, el deber puede ser considerado vinculado a la obligación, o bien puede adentrarse en el criterio permisivo de la norma. No podemos dejar de considerar, que, por su naturaleza jurídica, la obligación y deber jurídico, presentan similitudes legales y doctrinarias, pero de la misma manera, es un criterio equivocado igualarlas.

Un ejemplo es la opinión vertida por Eduardo García Maynez quien al respecto indica: “Hemos definido los juicios normativos como regla de conducta que imponen deberes o conceden derechos. Ahora bien todo deber es deber de alguien. Este recibe el nombre de obligado. Obligado es, pues la persona que debe realizar (u omitir) la conducta ordenada (o prohibida) por el precepto.”⁵³ Del sentido textual de la cita, se concluye, que, para el jurista mexicano, el deber jurídico es, por igualdad de elementos, parte de la obligación. Considerando los elementos de la obligación a saber: una relación jurídica que vincula a un sujeto que tiene el derecho subjetivo de exigir una conducta determinada, a otro

⁵¹ KELSEN, Op Cit., p. 132.

⁵² Idem.

⁵³ GARCÍA MAYNEZ, Op Cti., p. 8.

que, a su vez, tiene el deber jurídico de cumplir con la conducta pactada. El sujeto pasivo, es decir, aquel que está obligado a cumplir con lo pactado, es evidente que su conducta es accionada por un deber jurídico. Ahora bien, aunque podríamos afirmar que este elemento de la obligación es homogéneo con los del deber jurídico sería un error considerarlos como una sola figura legal. La diferencia está determinada, en la relación jurídica que originan ambas instituciones. No podríamos hablar de una obligación si en ella no encontráramos, por lo menos, dos partes que, en condiciones de igualdad, consienten obligarse en tal sentido; mientras que el deber jurídico, referente al orden público, es determinado por un sujeto jerárquicamente superior, que es cumplido por un grupo de sujetos que, sin otorgar su consentimiento, tienen el deber de cumplirlo.

Para Luis Recasens Siches, las normas jurídicas, per se, intuyen deberes jurídicos, pudiendo ser válidos éstos, en la medida de la vigencia de las normas. También es importante del deber jurídico, la sanción que impone la ley ante su incumplimiento. En otras palabras, los individuos que actúen de manera contraria al sentido normativo de las leyes, consecuentemente tendrán que resarcir el daño causado. Para el autor español, la coacción es dependiente del deber jurídico, incluso, afirma: "...donde no sea posible, a tenor de lo que se desprende de la norma, el imponer una coacción inexorable al sujeto, es evidente que no hay un deber jurídico."⁵⁴ Sin embargo, ante la carencia de coacción de la norma, ésta pierde su carácter jurídico y el deber resultante de aquella, tiene que ser considerado como moral, social o religioso, pero de ninguna manera jurídico.

Según Rafael Rojina Villegas, se puede definir al deber jurídico: "dando un concepto correlativo al que formulamos respecto al derecho subjetivo, en cuyo caso diremos que consiste en un estado de subordinación por virtud del cual un sujeto debe sufrir la interferencia lícita de otro, en su esfera jurídica, o abstenerse de intervenir en una esfera jurídica ajena."⁵⁵ La subordinación, es, la que los sujetos particulares experimentamos hacia el Estado, en un régimen de derecho. Por ese hecho el Estado es: el ente facultado para imponer deberes jurídicos, por medio de las normas jurídicas, verbigracia el orden público. De tal suerte, propone una clasificación doctrinal de los deberes de la siguiente forma: "1.

⁵⁴ RECASENS SICHES, Luis. "Filosofía del Derecho." 12ª ed., Editorial Porrúa, México, 2001, p. 230.

⁵⁵ ROJINA, Op Cit., p. 184.

Deber de prestación (dar o hacer); 2. Deber de no interferencia; 3. Deber de tolerar la modificación de la esfera jurídica; 4. Deber de tolerancia del pretensor y 5. Deber de tolerancia del derecho de opción.⁵⁶ Para los efectos del presente trabajo, tal clasificación resulta pretenciosa, no obstante, todas se podrían sintetizar en la tercera.

Ahora bien, el deber jurídico en la concepción de Roberto de Ruggiero, "consiste en el deber de abstenerse de todo acto que perturbe o impida el ejercicio de la facultad del titular; de uno sólo o de varios y puede ser positivo o negativo, cuando alguno resulte particularmente obligado frente al titular a realizar determinados actos o abstenerse de realizarlos."⁵⁷ Una vez más podemos argumentar que el criterio anterior, sigue los derroteros establecidos con anterioridad. El Estado, como sujeto soberano, puede imponer deberes a los ciudadanos, en aras del orden público. En el caso Derecho familiar, el Estado impone ciertas reglas normativas para proteger, salvaguardar e impulsar a la familia y las relaciones de sus miembros.

La naturaleza jurídica del orden público, debe ligarse al deber jurídico, por parte de las particulares y por un mandato, esto es, el imperativo que impone el Estado, único detentador de la soberanía, para generar el sistema jurídico propicio de un estado de derecho. Lo anterior, podría asemejarse a las consecuencias resultantes de la aplicación de la norma jurídica y sus características. Pese a que ha quedado desvirtuada esta supuesta afinidad entre ambos conceptos, referente al orden público, en el derecho familiar, esta distinción es palpable, en cuanto a la naturaleza de la propia rama legal. Grosso modo, la polémica que asecha al Derecho familiar, parte de la ubicación del mismo. En primer lugar, dentro o fuera del Derecho Civil y, una vez saldada la cuestión, dentro de las materias del Derecho Privado e, incluso, fuera de éste. Por nuestra parte consideramos al Derecho familiar como una materia autónoma del Derecho civil; y es ahí donde el orden público, toma la naturaleza de deber jurídico. El Derecho civil, rige su contenido por la autonomía de la voluntad; es decir, los particulares encuentran libertad de actuación, siempre que no sea esté contraria a la misma ley. Empero esta libertad, deja a la voluntad de las partes, la aplicación de algunas de las normas civiles; incluyendo, preliminarmente, a las familiares dentro de éstas, esta libertad

⁵⁶ Idem.

⁵⁷ Idem.

causa agravios, para los miembros de la familia. Es por ello, que el Estado, ha regulado normas imparciales, que encuentran como mayor beneficiario a la familia, en su conjunto. De la misma manera, este tipo de legislación sólo, puede proteger a la familia, cuando es estrictamente aplicada.

Lo anterior causa un problema; la autonomía de la voluntad, imperante en materia civil, puede contraponerse con las normas familiares, dejando a sus miembros en un estado de desprotección. Es ahí donde el orden público, actúa a favor de la familia; en este mismo sentido, ahí Estado impone deberes jurídicos, para tal efecto. No podemos considerar al derecho civil, como imperfecto e injusto, en razón a la autonomía de la voluntad, simplemente esta característica engloba parte de su naturaleza jurídica. Es por ello, que las normas de Derecho familiar, al ser de orden público, salen de la materia civil, ya que propiamente no están reguladas por el principio de la autonomía de la voluntad, sino por deberes jurídicos, enroldados dentro del orden público.

Capítulo Cuarto.

El orden público y su aplicación en el derecho familiar.

I. Derecho público, derecho privado y derecho familiar.

A) Distinción entre las ramas jurídicas mencionadas.

La distinción entre el Derecho público y el privado, es producto del intelecto humano. De esta manera, se explica la imperfección de ésta. Cabe señalar, que para el mundo antiguo, el derecho fue considerado en su totalidad. Es decir, hasta antes de la cultura romana, la distinción del Derecho entre público y privado, no existía. Sin duda, ésta no fue la única clasificación que crearon los romanos, pero sí la más trascendental. Los romanistas han argumentado, que la división del Derecho está relacionada con el hombre y sus dos aspectos sociales; como individuo y como parte de la sociedad. Estos son el privado y el público, de un ser humano. Este paradigma ha sido conducido a la rama jurídica, creando un mundo jurídico ignoto hasta ese momento. Cabe mencionar que, nos avocaremos, en principio, a la disertación entre estas dos ramas jurídicas; el Derecho familiar será objeto de estudio posteriormente.

Antes de conjeturar los lineamientos que sirven como base de esta bipartición, conviene señalar que en la doctrina no existe avenencia en cuanto a un criterio base. En este

sentido Hans Kelsen determina: "Es sabido que hasta hoy no se ha logrado establecer una determinación plenamente satisfactoria de esa distinción."¹ No obstante, de poco nos serviría detenernos aquí. Conviene analizar, de manera lacónica, las principales teorías al respecto.

Siendo los romanos los iniciadores de la división jurídica, es factible comenzar con la tesis romana del Derecho público y del privado. Una vez más, la teoría clásica se sintetiza en la máxima jurídica de Ulpiano en los siguientes términos: "Publicum jus esta quod ad atatum rei romanae spectat; privatum quod ad singulorum utilitatem.", es decir, al público incumbe la cosa romana; el privado a la utilidad de los particulares. La diferencia estriba en la cosa romana, qué debemos entender por esto. Los romanos se referían, generalmente, con el término cosa a los bienes; esta acepción, al calificarla cómo romana, entraña un aspecto de generalidad, en otras palabras, los bienes que pertenecían a los romanos, por ende, se consideraban públicos, por lo que era, parte del Estado. El ámbito externo, de la personalidad humana, se condiciona por las normas jurídicas, aplicables a los bienes públicos-Derecho público- mientras que, el interno, por su parte, se relaciona con el interés particular de cada romano.

Esta teoría origina otra, más publicitada, con el nombre doctrinario, de teoría del interés en juego. En este momento, podemos ubicar, con cierta facilidad, dos tipos de intereses; los pertenecientes a los particulares y los de la colectividad. La teoría del interés en juego, delimita la línea abstracta del Derecho público y el Privado; se funda en conocer, mediante sus características, qué norma interesa solamente a los individuos y cuál a la sociedad en su conjunto. De esa forma, la distinción entre ambas ramas jurídicas, radicaría en el interés que detentan las normas para los humanos. Esta aseveración, aunque cierta, resulta arriesgada, ya que, ha sido el indicador para las principales críticas, en torno a esta teoría. García Maynez condensa la situación así: "Pensamos que el error más grave de la teoría estriba en proponer, como criterio de una clasificación que pretende valor objetivo, una noción esencialmente subjetiva."² En este orden de ideas, al dejar la distinción de las ramas legales, en la apreciación del interés que éstas profesan en los seres humanos; también estaríamos siendo asequibles con la subjetividad que pende de cada mente. Existe una

¹ KELSEN, Op Cit., p. 286.

² GARCIA MAYNEZ, Op Cit., p. 132.

imposibilidad de sostener, por medio de tal teoría, la distinción jurídica en estricto sentido material, abriendo el campo dogmático a la interpretación personal.

En contrapartida, la teoría de la naturaleza de la relación, argumenta que la distinción entre Derecho público y Derecho privado, debe ser señalada por el tipo de relación que engendran. Es decir, la naturaleza de las relaciones marca si éstas pertenecen al ámbito público o al privado. Desde tal perspectiva, existen relaciones de coordinación y subordinación, en las primeras, la relación jurídica se entiende desarrollada entre particulares en un plano de igualdad. La subordinación, genera que las relaciones jurídicas, se lleven entre sujetos legalmente desiguales. ¿Cuál es la distinción entre unas y otras?. Bajo un criterio personal, la distinción, entre las relaciones de coordinación y subordinación, es de criterio cuantitativo. Hemos dicho que las relaciones de coordinación, se hacen entre particulares; éstos pueden ser las partes que sean y no dejar de ser considerados, como sujetos individuales. Ahora bien, cuando se habla de las relaciones de subordinación, intrínsecamente, nos estamos refiriendo a una desigualdad, a un dominio. Al considerar como iguales, a todos los particulares, de dónde viene la desigualdad que caracteriza a las relaciones de subordinación. El Estado, como sujeto soberano, engloba, per se, un gran número de individuos; es la manifestación de la voluntad de la sociedad. Con tal rango, las relaciones que tiene el Estado, la sociedad, con los particulares, tienen primicia sobre las individuales.

En este orden de ideas, las relaciones de coordinación, se dan entre personas jurídicamente iguales, son de Derecho privado, y donde aparezca el Estado, por ser el representante de la voluntad social, como parte, en la relación jurídica, son de subordinación. El Estado, en un sistema de derecho, siempre tendrá preferencia en relación a los particulares. Cuando el Estado participa en las relaciones jurídicas, éstas se convierten en relaciones de subordinación, en razón del número de personas que integran el Estado; es la sociedad la que interactúa, por una parte, con los individuos. Esta peculiaridad cuantitativa, hace que las relaciones jurídicas se consideren entre sujetos desiguales; esta diferencia, consistirá en la superioridad estatal, haciendo de la subordinación, un elemento del Derecho público.

Huelga mencionar que a pesar que tales teorías son las más seguidas, por ser las más publicitadas; algunos doctrinarios han elaborado criterios aparte. Verbigracia, García Maynez, aclara que las teorías mencionadas, son confusas en razón a que será la voluntad estatal, la que determine el carácter de cada norma o conjuntos de normas. “ Si se acepta que el criterio válido es el del interés en juego, la división se deja al arbitrio del legislador o del juez, según los casos; si, en cambio, se admite la otra teoría, reconócese implícitamente que la determinación de la índole, privada o pública, de un precepto de derecho, depende de la autoridad del Estado.”³ En esta retahíla de elucubraciones, el insigne jurista mexicano, concluye, que la división del Derecho, en el ámbito propiamente jurídico, carece de razón de existir, y se genera por principios políticos. Como colofón, García Maynez acredita la imposibilidad de la división multialudida, diciendo: “ ...ningún fenómeno de la vida privada o pública es ajeno al Estado.”⁴ Esta cita la podríamos discernir en otro sentido; estamos ciertos que en un estado de derecho, ninguna relación jurídica, independientemente que se clasifique como pública o privada, debe estar al margen del Estado, así las relaciones familiares merecen la protección estatal.

Con el paso del tiempo, el devenir evolutivo de las ideas jurídicas, la tendencia doctrinaria ha marcado otro camino. Reconocemos, que el origen del Derecho familiar, por costumbre, ha sido el privado y dentro de éste, el civil ha resguardado las normas familiares. Pero con el mismo denuedo, advertimos, que el Derecho familiar, en la época actual, no debe estar sujeto a la rama civil. Doctrinalmente, la autonomía del Derecho familiar, ha dado para escribir numerosas obras al respecto, empero esa suerte no se ha plasmado por lo que toca a la ley. Aunque en algunas entidades federativas contemporáneas a la realidad social, los Códigos Familiares son una agradable realidad, en la mayoría de las normas jurídicas, las relaciones familiares comparten los artículos con las disposiciones de Derecho Civil. Creemos que la autonomía del Derecho familiar, arduamente sustentada en la doctrina, debería plasmarse en normas jurídicas independientes de la materia civil. Con tal propósito, con el fuste que marca la ocasión, expondremos las principales teorías, de la autonomía del Derecho familiar.

³ *Ibidem.*, p. 135.

⁴ *Idem.*

1) Autonomía del Derecho Familiar.

Tradicionalmente se ha considerado al Derecho familiar, dentro de la rama civil. Esta concepción se gestó desde las primeras apariciones del derecho escrito, empero fue en el Código Napoleón de 1804, cuando la dependencia del Derecho familiar en cuanto al civil se institucionalizó y legalizó. En virtud de un gregarismo jurídico, las normas civiles se estructuraron casi idénticamente a las normas francesas; con aciertos y errores. De ahí, que el Derecho familiar haya sido establecido dentro del civil. En épocas recientes, algunos juristas, interesados por el desarrollo de la familia y considerando al Derecho como eje rector de tal evolución, han creado teorías de la autonomía del Derecho familiar. En su conjunto, éstas intentan, basados en argumentos lógicos y jurídicos, demostrar la independencia del Derecho familiar, como materia jurídica. Aquí analizaremos las más publicitadas.

a) Tesis de Antonio Cicú.

Este autor ha sido considerado como precursor de la nueva situación del Derecho familiar. El dinamismo social, por sí mismo, ha generado la especialización de las normas jurídicas, con el objetivo de normar circunstancias sociales, la ciencia jurídica se ha dividido. En el orden familiar, el siglo XX fue la época de un severo análisis de la sociedad, hacia sus instituciones. De tal manera se remarcó la importancia de la familia, en el desarrollo de cada comunidad, y con ello comenzaron las inquietudes jurídicas de proteger al núcleo familiar. Aunque podríamos suponer, que el auge del Derecho familiar, fue solicitado expresamente por la misma sociedad, el verdadero mérito del autor italiano, fue romper con los esquemas arraigados a la tradición jurídica, que tachan de dislates, las opiniones innovadoras.

La teoría de Antonio Cicú, está basada en la demostración de que el Derecho familiar es una rama autónoma, no solamente del civil, sino también del privado y público. Por principio de cuentas concibe al Derecho familiar, como autónomo en razón a su esencia material, la familia. La estructura familiar crea una visión diferente en las relaciones jurídicas, respecto al individuo, a la sociedad y al propio Estado.

La familia tiene una mayor importancia que el propio Estado. "Nace antes que éste, se manifiesta como producto natural y necesario de la humanidad."⁵ En tal sentido, el Derecho familiar no pertenece ni al Derecho público, y mucho menos, al privado. El propósito del autor italiano, es dignificar la institución familiar, en el rol que desempeña en la sociedad, y que no será otro, que su fundamento. De la misma manera, rechaza la opción que el Derecho familiar pertenezca al Derecho social. La razón, es que considera, a todo el sistema jurídico, como Derecho social, en razón de que su objeto fundamental, es la conducta del hombre, cuando produzca consecuencias jurídicas. En palabras del autor, esto es: "...el derecho social no toma en cuenta la diversidad de la estructura de las relaciones de la estructura de las relaciones respectivas que es esencial para la distinción entre derecho individual y derecho social."⁶

A esta conclusión llega Cicú, al analizar la importancia de la familia para el hombre, la sociedad y el derecho. Parte de la noción de considerar a la familia, como un hecho social, ya que ésta: "...no se agota únicamente en la necesidad sexual y en la necesidad de la crianza de la prole. Indudablemente, aquellas necesidades operan como fuerza primaria y superior al arbitrio humano: pero no en su necesidad donde únicamente ni principalmente deben situarse la necesidad del agregado familiar."⁷

Aunque no pertenece el Derecho familiar, según Cicú, a ninguna de las ramas jurídicas, es decir al Derecho público y privado, es menester determinar que lo asemeja en mayor medida al primero. "...en el derecho público, lo mismo que en el Derecho de familia, el Estado interviene en todas las regulaciones jurídicas originadas entre los distintos sujetos interesados y además procura realizar directamente los fines superiores, bien sea de la comunidad política o del grupo familiar."⁸ No es que se aluda a la inclusión del Derecho familiar dentro del público, sino que la afinidad de éstos se da por la participación, que como suposición lógica, está reservada al Estado. El Derecho familiar es afín al público, pero

⁵ GUITRÓN FUENTEVEILLA, Julián. "Naturaleza y Autonomía del Derecho Familiar." Op Cit., p. 164.

⁶ Ibidem, p. 148.

⁷ GUITRÓN FUNTEVEILLA, Julián. "Derecho Familiar." 2ª ed., Editorial UNACH, México, 1988, p. 149.

⁸ Ibidem., p. 151.

difiere en algunos aspectos de éste.

La familia tiene una estructura que actúa como eje de cualquier sociedad. Por ello, el Derecho Familiar " ...representa y tutela un interés superior que limita el individual o personal, y por ello debe quedar claro, que no haya dudas que los atributos de la persona física jurídica, por ejemplo, son de Derecho civil. En cambio, cuando ésta pertenece a una familia, su actuar, su hacer, su conducta, debe regularse por el Derecho Familiar."⁹

Como colorario, según Antonio Cicú, el Derecho familiar debe ser tomado como el tercer género jurídico por la sustancia material que rige. La familia, por sí misma, origina que ésta no se pueda normar según los principios del Derecho civil, no obstante, aunque tampoco le son aplicables todos los fundamentos del Derecho público, en su vinculación con el Estado, encuentra con éste, mayor afinidad. Lo que nos lleva a afirmar categóricamente que, esta rama tiene su propia naturaleza jurídica, fuera de los ámbitos público y privados. "Es Familiar, porque tiene sus características en cuanto a sus instituciones, sus principios propios de estudio y su objeto de estudio, bien definidos."¹⁰

b) Tesis de Roberto Ruggiero.

El profesor de la Universidad de Nápoles, tomó a la familia como parte fundamental de su obra doctrinaria. Empero, en ello no radica la trascendencia del legado del autor italiano; su real importancia jurídica, estriba en la manera como concibió a la familia; mediante un ideal ignoto, logró ubicar a la familia, en el lugar que le corresponde.

La familia, para Ruggiero, es una institución social especial. Su especialidad radica en su contenido y en las relaciones jurídicas que de ella se originan. " Todo concurre a imprimirle esta especialidad; tanto, que parece que el derecho de familia se destaque y separe de las demás ramas del Derecho privado: su historia, el fundamento racional y social

⁹ Ibidem., p. 165.

¹⁰ Ibidem., p. 170.

de sus instituciones, el marcado carácter ético de sus normas, sus relaciones con el Derecho público, la estructura interna de sus relaciones.”¹¹ El derecho de familia tuvo su origen en los sistemas jurídicos de la antigüedad, sin embargo, los profundos cambios sociales que el devenir de los tiempos, han generado, ha traído la modificación de parte de la figuras instituidas en aquellas épocas. La prístina imagen que producía la familia, dista enormemente de la actual, luego entonces, su regulación legal ha seguido el mismo derrotero.

De la familia reducida a la voluntad, comúnmente arbitraria, de un jefe, donde los demás integrantes de la misma, eran simples individuos, sin derechos o prerrogativas, se pasó, con cambios éticos, religiosos, morales, consuetudinarios, jurídicos y sociales, a la familia como sustento de la sociedad, regulada exclusivamente por el Derecho. “ El Estado interviene para fortalecer los vínculos, para garantizar la seguridad de las relaciones, para disciplinar mejor el organismo familiar y dirigirle rectamente para la consecución de sus finalidades.”¹²

Tal situación, nos lleva a una combinación entre el ámbito privado y el público; de ahí que Ruggiero determina: “ Todo el derecho de familia es disciplina de estados y condiciones personales.”¹³ Esto es, en la rama del Derecho privado las normas están dirigidas a regular el interés particular a un fin concreto, individual y particular. Las disposiciones civiles, se ejercitan en función de la necesidad particular, es decir, están supeditadas a la libre voluntad del individuo. Es el interés individual, en oposición al colectivo. No obstante, regular el Derecho familiar, partiendo desde estos supuestos no refleja una verdadera protección a la familia. Es por ello, que el interés familiar, no encuentra cabida dentro del derecho civil; sus características no se amoldan a la rama civil. La familia representa un interés colectivo, por ende, superior al Estado, en comparación con el que pueda manifestar cualquier particular.

Para Ruggiero la diferencia de la familia, con las demás figuras que regula el derecho

¹¹ RUGGIERO DE, Roberto. “Instituciones de Derecho Civil.” Tomo II, Vol. 2°, 4° ed., Editorial Reus, Madrid, p.6.

¹² Op Cit. p. 7

¹³ Ibidem, p. 8.

civil, es el fin u objetivo que persiguen éstas. "...el fin de la familia no puede ser éste o aquél del individuo, ni un fin querido libremente por el particular, sino el fin superior de la comunidad social que ha de conseguirse necesariamente, no puede abandonarse tal consecución a la libre voluntad del particular que podría actuar contrariamente a la utilidad general, sino que debe confiarse al Estado, el cual lo conseguirá a toda costa."¹⁴ De esto, se deriva que las normas familiares, se consideren como únicas y uniformes; su cumplimiento debe ser custodiado por las autoridades estatales. Este aspecto del Derecho familiar, se contradice con la naturaleza del Derecho civil, es decir, en la rama familiar la libertad individual, principio de la materia civil, es nula, inoperante e inane. Lo que nos lleva a considerar a las normas familiares, como imperativas: mandatos impuestos por el Estado como señor sujeto soberano.

Esta limitación al principio de la autonomía de la voluntad, hace a reglas comunes del derecho privado, inaplicables a los derechos familiares. Verbigracia, Roberto de Ruggiero indica cuatro: el principio de representación, el término y la condición como elemento accidentales del acto jurídico, la renuncia y transmisión de derechos y la enorme intervención del Estado, en las relaciones familiares.

El principio de representación, en materia civil, se da cuando que el interesado, por voluntad propia, remite la actuación legal a una tercera persona que realizará los actos jurídicos a cuenta de éste. El artículo 1800 del Código Civil para el Distrito Federal determina: "El que es hábil para contratar, puede hacerlo por sí o por medio de otro legalmente autorizado." Ahora la pregunta es: ¿quién es hábil para contratar?. La interrogante se subsana, parcialmente, según lo consagrado en el artículo 1798 del Código citado, que dispone: " Son hábiles para contratar todas las personas no exceptuadas por la ley." La falta de técnica legislativa, oscurece la redacción y con ello, la comprensión. Sin embargo, para aclarar el panorama, podemos decir que, las personas exceptuadas por la ley para contratar, son las que carecen de capacidad en términos generales. Es decir, quien tenga capacidad de goce y además de ejercicio.

Ahora bien, una vez satisfecho el primer requisito, es conveniente esclarecer unas

¹⁴ Ibidem, p. 9.

cuestiones mas. Hemos considerado al artículo 1800 del Código Civil para el Distrito Federal, como el fundamento jurídico de la representación. Sin embargo, el mismo artículo reduce la representación a la contratación, es decir, al contrato que solamente es una parte de los actos jurídicos. Por convenir a nuestro objeto, tomaremos la representación en su aspecto más general, esto es, como figura aplicable a casi todos los actos jurídicos. No podemos hablar de la totalidad de éstos, pues los hay, como los derechos familiares, en donde no es posible actuar por representación. Estos actos personalísimos, por sus características, sólo admiten la participación directa del particular interesado. Pongamos unos ejemplos: cualquier persona, con capacidad de goce y ejercicio, puede otorgar un documento idóneo para legitimar a otra, como su representante en la celebración de un contrato de compraventa de un inmueble, no obstante esta regla se resquebraja al considerar la representación en los derechos familiares, "...no se permite el contraer matrimonio por mandato, reconocer al hijo natural, impugnar la paternidad y asumir o desempeñar la tutela valiéndose de la representación."¹⁵

También de manera general, no es posible aplicar a los derechos familiares, el término y la condición. Ambos son elementos accidentales del acto jurídico, en este orden de ideas, pueden existir o no, sin que afecte al acto jurídico. Empero ahí no radica su inaplicabilidad con los postulados del Derecho familiar. Debemos entender por término, el acontecimiento futuro de realización cierta, mientras que la condición es el acontecimiento futuro de realización incierta. En este sentido, chuscamente afirma Rugeiro: "No puede contraerse el matrimonio bajo condición suspensiva o resolutoria o sujetándolo a término inicial o final."¹⁶ Los actos generadores de estados personales, exigen certeza y duración, por ende, son extraños a estas modalidades.

En materia civil, es factible aplicar tanto la renuncia cuanto la transmisión de derechos. La renuncia es la "manifestación de la voluntad de un sujeto mediante la cual se desprende de un bien, derecho o cargo."¹⁷ Aunando a lo anterior, lo que indica el artículo 138-Quáter del Código Civil para el Distrito Federal del año 2000, nos lleva, a pensar que

¹⁵ Ibidem. p. 11.

¹⁶ Idem.

¹⁷ ROJINA, Op Cit. p. 440

existe una contradicción in adiecto, es decir una aberración jurídica. Esta disposición refiere: "Las relaciones jurídicas familiares constituyen el conjunto de deberes, derechos y obligaciones de las personas integrantes de la familia." Si pensamos que la familia, per se, genera derechos y obligaciones para sus miembros, sería erróneo pensar que cualquiera de éstos pudieran renunciar a uno de ellos. En términos generales, esta característica del Derecho familiar, se ratifica por el artículo 6° del Código Civil para el Distrito Federal: "Sólo pueden renunciarse los derechos privados que no afecten directamente el interés público, cuando la renuncia no perjudique derechos de terceros." Siendo los derechos familiares, prerrogativas públicas, se catalogan como irrenunciables. Otra diferencia con el Derecho privado. El mismo recorrido sirve a la transmisión de derechos, ya que, en virtud de este acto jurídico un particular puede transmitir una obligación, a la esfera jurídica de un tercero. Por lo cual no es posible en torno a los derechos familiares.

Fehacientemente los anteriores argumentos demuestran que existe una contradicción entre los lineamientos del Derecho Civil con los del familiar. Para Ruggiero: "Todas estas especialidades nos llevan a la conclusión de que el derecho de familia se destaca de las demás partes del Derecho privado y se aproxima al público."¹⁸ Es por ello que el autor italiano, es partidario de la autonomía del Derecho familiar.

c) Tesis de Julián Güitrón Fuentesvilla.

Otro de los impulsores de la autonomía del derecho familiar, ha sido el destacado jurista, a la sazón asesor de este trabajo, Julián Güitrón Fuentesvilla, quien con denuedo ha propiciado los mayores adelantos de la materia en nuestro sistema jurídico y a nivel internacional.

Para este autor, la autonomía de la rama jurídica, tiene que basarse en criterios científicos, con ello es posible argumentar la independencia del derecho familiar, primero, del derecho civil y, posteriormente, del privado. "Encontramos coincidencia con el punto sostenido por Cicú, en cuanto a considerar al Derecho Familiar formando un tercer genero,

¹⁸ RUGGIERO, Op Cit., p. 15.

al lado del derecho público y del derecho privado..."¹⁹

La familia debe ser considerada como la unidad generadora de la sociedad, de ahí su importancia. Ahora bien, para el autor en comento, la familia como institución social, está atravesando por una crisis, que amenaza con desaparecer a la misma. Sin embargo, aunque la solución parece estar en la intervención estatal, ésta en exceso, comúnmente es contraproducente. Es importante distinguir entre la intervención y la protección estatal, ya que la primera es nociva para el seno familiar, mientras que la segunda, es necesaria para ésta. En palabras del autor esto es: "...entiéndase bien, estamos de acuerdo con la protección estatal a la familia, pero no en su intervención; estamos concientes que el Estado, a través de sus órganos proteja los derechos familiares; y la mejor manera de hacerlo será elaborando un Código Familiar Federal, con Tribunales de Familia, con expertos en humanidades, psicólogos, trabajadoras sociales, psiquiatras, médicos, etc., todos ellos agrupados alrededor del juez para asuntos familiares con objeto de orientar y solucionar adecuadamente esos problemas..."²⁰ Opinión sostenida en los años sesenta por el autor en estudio.

Para este jurista mexicano la participación del Estado en la familia, es esencial. Tanto la sociedad cuanto las autoridades, deben ser coparticipes de las estructuras comunes, a la sociedad, so pena de debilitar y desequilibrar los iconos familiares. La protección estatal debe establecer normas jurídicas familiares, independientes de cualquier otra rama legal, y con fidelidad a los valores y principios, que rigen para la materia. Cabe mencionar que, por el denuedo de algunos juristas como el Doctor Gúitrón Fuentevilla, ahora es factible identificar normas familiares, pero sólo debe ser considerado como el principio.

Otros de los argumentos que sirve de base la teoría de la autonomía del Derecho familiar de este autor, parte de considerar a la familia, con un objeto de estudio en sí misma. Explorar las relaciones familiares a fondo, seguramente, nos proporcionaría un mayor entendimiento, en sus complejas estructuras. De ahí que Gúitrón Fuentevilla condense su teoría en los siguientes postulados: "...debe ordenarse un Código de Familia Federal, cátedras en la Universidad, Tribunales Familiares e investigaciones sociales para darle un

¹⁹ GÚITRÓN FUENTEVILLA, Julián. "Derecho Familiar." Op cit., p. 229.

²⁰ Op. Cit., p. 230.

criterio científico y humano a la disciplina tantas veces mencionada.²¹

2) Sus características jurídicas.

Las características jurídicas de la rama mencionada son tan evidentes, como particulares. Es conveniente comenzar con la naturaleza de las mismas, ya que, implícitamente, estaremos haciendo referencia a sus peculiaridades jurídicas.

Se dice, que el Derecho público "...es el derecho del Estado, es el conjunto de reglas que organizan su actividad y rigen las atribuciones, facultades y relaciones de los órganos del Estado entre sí y de éstos con los particulares..."²² Es la rama jurídica que moldea la estructura estatal, normando las relaciones entre sus propios órganos y cuando éstos interactúan con los particulares.

Mediante tres postulados: el derecho público como norma principal del Estado; como orden normativo regidor de las actividades donde participen el Estado y los particulares y como régimen estatal, delineador de las relaciones entre los mismos Estados, la doctrina clasifica las materias jurídicas que integran el ámbito privado. Las dos primeras, constituyen el Derecho público interno y dentro de éste, puede distinguirse las siguientes ramas legales: el Derecho constitucional, penal y administrativo. Éstas tienen por objeto, conducir la política estatal, en sus distintas ramas, dentro de las mismas dependencias gubernamentales y de éstas, con los particulares. Sin embargo, el Derecho público también tiene una parte externa; ésta reglamenta las relaciones entre los Estados, en cuanto entes soberanos. Como se puede inferir, ésta se consume en la materia de Derecho internacional, sea público o privado.

El Derecho público, como eje fundamental del sistema jurídico, tiene una remembranza de interés colectivo. Luego entonces, es prudente convenir que las materias que integran esta rama, son, por propia naturaleza, de orden público. Lo que nos lleva a argumentar que están por encima de la voluntad individual, la característica más importante

²¹ GÚITRÓN FUENTEVILLA, Op Cit, p. 231.

²² ROJINA VILLEGAS, Op Cit., p. 42.

del Derecho público. Ningún particular puede objetar este tipo de normas, más, todos tenemos que acatarlas, estrictamente; no hay libertad, o no como la presupone el Derecho privado. Para hablar de libertad en este caso, habría que remontarnos al libre albedrío, que tenemos los particulares en la estructura estatal, mediante el voto que rige a las autoridades en el poder.

Por lo que toca al Derecho privado, es la rama del derecho que tiene regula las relaciones jurídicas, gestadas entre los particulares. Éste se divide en dos materias: la civil y la mercantil. Por no adecuarse al objeto del trabajo, dejaremos al Derecho mercantil a un lado. Es preciso centrarnos en a lo que el derecho Civil se refiere.

Sí existe una materia ejemplificante del Derecho privado, esa es la civil. En ésta, la principal característica, es la autonomía de la voluntad. Las normas de Derecho civil, deben ser entendidas, como lineamientos conductuales, que solamente son obligatorios en el supuesto, que los particulares pretendan que rijan su conducta. Es decir, aquella persona que no desee los efectos de un contrato de compraventa, en esa medida, se abstendrá de celebrarlo. No obstante, aquella que así los desee, y una vez celebrado el acto jurídico, se regulara en primer lugar por las disposiciones jurídicas, correspondientes y posteriormente, se atenderá a las variantes que las partes, hayan concertado.

Los tópicos que se incluyen en la materia civil, son muy variados, entre ellos: el régimen de las personas, la regulación de los bienes, la normatividad de las obligaciones, especialmente los contratos, y anómalamente se incluye al Derecho familiar y al sucesorio. Hemos mencionado que esta clasificación, parte de una concepción eminentemente positiva, es decir, la reticencia conservadora de algunos, ha generado un abismo entre las normas jurídicas y la doctrina, ya que en ésta, la distinción entre las materias civil y familiar, es categórica.

Partiendo de esta perspectiva, el Derecho familiar hasta hace unos cuantos años, era una rama incluida en el civil. Contrastante resulta la importancia de esta rama del Derecho, con lo explorado científicamente; es decir, aunque existen doctrinarios que han aportado la

base para la autonomía familiar, aun hoy, la misma está en ciernes. Con lo anterior, no estamos desmeritando los avances de los autores en la materia, sin embargo, pensamos que la familia como objeto de estudio, en cierta forma, resulta inagotable.

La autonomía del Derecho familiar, esta fundada en la importancia, que para el Estado, representa la familia. Por ello, es innegable que ésta, junto con las relaciones que crea, debe ser considerada de orden público. Sin lugar a dudas, unas de las características más importantes del Derecho familiar, es el orden público aplicado a sus normas.

B) Las normas familiares y el orden público.

Con profundos razonamientos demostramos la dependencia existente entre estos conceptos. Ésta se ha reafirmado a lo largo de los cuatro capítulos, pues, éstas ideas son dependientes entre sí. Si el orden público, ha sido un instrumento estatal para consolidar la seguridad pública, social, política y económica, lo único que nos resta, es aportar los elementos para considerar a la familia, dentro de los elementos básicos, por ende, prioritarios para la existencia de cualquier sociedad.

1) La familia como núcleo fundamental de la sociedad.

Preliminarmente, parecería muy fácil argumentar posiciones en torno a la familia y su trascendencia en la sociedad; sin embargo, cuando las cosas son tan evidentes, por negligencia u olvido mental, éstas tienden a pasar desapercibidas. La devaluación familiar, dentro de la sociedad, es evidente; ésta se ha empezado a gestar en la idiosincrasia humana, para posteriormente reflejarse en sus comunidades. Tal situación en sí misma, puede observarse como el antídoto para la convivencia social, es decir, a contrario sensu, la familia es cimiento de toda sociedad.

Lo anterior tiene orígenes perfectamente visibles. El hombre, por su misma

naturaleza, ha sido un ser social, esto es, por diversas circunstancias, el ser humano necesariamente se ha concebido interrelacionado con sus congéneres. En las tres etapas de la evolución humana: salvajismo, barbarie y civilización, el hombre ha generado instituciones que encuentran vigencia en la actualidad. " Las principales instituciones del hombre se originaron en el salvajismo, se desarrollaron en la barbarie y maduraron en la civilización."²³ Es decir, la mayoría de las estructuras sociales, tuvieron su origen en tiempos inmemoriales, con objetivos específicos y resultados concretos. Actualmente, estas instituciones sociales existen, pero obviamente en la misma medida han cambiado. Los rasgos históricos han moldeado otros tipo de figuras sociales, sin embargo, no es posible negar el origen de éstas. De ahí, que la familia, pese a que actualmente no se asemeje a las de la antigüedad, tiene, en un sentido lato, el objetivo de preservar la especie humana. En este sentido, no es posible limitarnos a la procreación humana, en si la preservación humana va mucho mas allá. El hombre social, debe aplicar ciertos valores conductuales en la convivencia cotidiana, solo así, se asegura la preservación de la sociedad moderna.

Siendo la familia, el sustento de la sociedad, podríamos decir que, estudiando ésta estamos descubriendo la segunda. La sociedad está formada por numerosos núcleos familiares; todos tan diversos en su ámbito interno, como similares en el externo. Es decir, por las condiciones culturales, sociales e incluso económicas, la mayoría de las familias están regidas por los mismos factores. Por ello, es posible identificar este aspecto externo y asociarlo con la familia mexicana en general. Estas características, externas y generales, son la estructura de la sociedad misma. Sociedad y familia, por ende, no pueden ser consideradas de manera singular; ambas están intrínsecamente relacionadas, sus efectos están directamente aparejados y sus fines, persiguen el mismo objetivo. El binomio sociedad-familia, en gran medida, ha diseñado la evolución del ser humano. La evolución en las relaciones familiares, ha influido en la edificación de las diferentes sociedades y viceversa.

Para ratificar la hipótesis anterior conviene investigar en algunos antecedentes históricos. Posiblemente la sociabilidad del hombre primitivo, provenga del origen animal de la humanidad. Después de considerar las teorías más importantes acerca de la evolución humana, debemos afirmar que el hombre desciende de los animales, particularmente de los

²³ MORGAN, Lewis. "La sociedad primitiva." 2ª ed., Editorial Colofón, México, 2001, p. 24.

primates. La evolución humana, es precisamente, la independencia, fisiológica y conductual pero sobre todo, mental que el hombre ha creado, en relación con sus ancestros. Sin embargo, no podemos, so pena de conjeturar falazmente, determinar que la independencia a la que nos hemos referido, sea total. De ahí, que la supervivencia humana, en gran medida, se deba a algunos patrones conductuales, que el reino animal heredara a su especie más prodiga. Efectivamente, la sociabilidad fue la principal característica que el hombre obtuvo de sus ancestros, y de cuyo ejercicio se valió el ser humano, para dominar a los peligros en aquellos estadios.

Si bien estamos conscientes del carácter social del hombre primitivo, no hay que perder de vista, que no podemos hablar de una organización familiar, como tal. Las relaciones imperantes, significaron la primera aparición del comunismo; no había ningún sentido de apropiación.

Según Federico Engels, después de haber estudiado los progresos de Lewis Morgan en la materia, afirma que el primer estadio familiar, es el conocido como la familia consanguínea. Aquí las relaciones familiares, se sujetaban a las generaciones dentro del grupo familiar, por lo que: "Los grupos conyugales se separan aquí según las generaciones: todos los abuelos y abuelas, en los límites de la familia, son maridos y mujeres entre sí; lo mismo sucede con los hijos, es decir, los padres y las madres; los hijos de éstos, forman, a su vez, el tercer círculo de los cónyuges comunes, y sus hijos, es decir, los biznietos de los primeros, el cuarto. En esta forma de la familia, los ascendientes y los descendientes, los padres y los hijos, son los únicos que están excluidos entre sí de los derechos y los deberes del matrimonio. Hermanos y hermanas, primos y primas en primero, segundo y restantes grados más lejanos, son todos ellos entre sí hermanos y hermanas y por eso mismo todos ellos maridos y mujeres unos de otros."²⁴ En este tipo de relaciones, el ejercicio del comercio carnal tiene gran preponderancia.

La familia panalúa trajo consigo la evolución de las relaciones familiares. De manera atinada poco a poco se excluyó del comercio carnal, primero como casos aislados y después como regla general, a los hermanos y hermanas uterinos, llegando a prohibirse el matrimonio

²⁴ ENGELS, Federico. "Origen de la familia, la propiedad privada y el Estado." Editorial Editores Mexicanos Unidos, México, 2000, p. 40.

entre los hermanos colaterales. Huelga mencionar, que dentro de esta etapa familiar, se origina la gens, es decir, una serie de instituciones comunes, sociales y religiosas, que van otorgando mayor cohesión a la familia.

El tercer estadio evolutivo de la familia, es la sindiásmica, aquí encontramos el primer rasgo de la monogamia: "... el hombre tenía una mujer en jefe (no se puede decir que favorita) entre sus numerosas esposas, y era para ella el esposo principal de todos."²⁵ Sin embargo, siguen proliferando los matrimonios por grupos. La mujer empezaba a ser considerada como un producto valorado, de ahí que estaría cerca la aparición de la familia monogámica, como último escalafón de la historia familiar. Ésta como su nombre sugiere, se da cuando las relaciones conyugales son más duraderas, permanentes y estables. La noción de infidelidad, se empezaba a perfeccionar.

Con este bosquejo histórico, podemos entrever la importancia del núcleo, en la conformación de la sociedad. Desde un argumento certero, es conveniente precisar, que no solamente la familia, es el núcleo de la sociedad, sino su origen mismo. Esto es, mediante el funcionamiento familiar, con el conjunto de voluntades encaminadas hacia un mismo objetivo, se gestó la primera sociedad. Aún más, no solamente la sociedad fue origen de la familia, además el Estado mismo, fue creación de hombres organizados en, familias bien constituidas.

Determinando a la familia como origen de la sociedad, y después, del Estado, es posible sostener que, está relación, con el paso de los tiempos, no se ha borrado, al contrario se solidificó al grado, que sociedad y Estado, dependen de la familia. Las principales derrotas de las civilizaciones antiguas, no fueron por sus adversarios, sino por la corrupción familiar; pérdida de valores, desintegración familiar y alteración de las relaciones sociales, han generado crisis fatales.

Esta dependencia ha trascendido a una noción sociológica, en torno al bienestar familiar. Cometeríamos un grave error al considerar a la familia, como un producto natural, es decir, "...la familia constituye una institución creada y configurada por la cultura, para

²⁵ Op Cit., p. 51.

regular las conductas conectadas con la generación."²⁶ Este aspecto social de la familia, no puede ser descuidado. La interacción humana diaria, genera factores sociales que deben ser regulados, en otras palabras: "Los hechos del impulso sexual, de la procreación, del desvalimiento de los niños, del antagonismo de los sexos y también de las generaciones, en lugar de quedar librados al azar de los meros factores biológicos y psíquicos, por el contrario, merced a la institución de la familia son encauzados y regulados."²⁷ La configuración de la familia, en buena medida, está dictada por situaciones religiosas y morales, en torno a la moralidad de los individuos, intereses individuales, sean éstos espirituales o terrenales para lograr el objetivo primigenio de la familia: una buena constitución y funcionamiento de la misma.

Las culturas han generado la idiosincrasia de sus sociedades, empero, en casi todas ellas existe consenso en alegar que: "...la sociedad será como sean las familias. Si las familias están bien establecidas, bien ordenadas y funcionan bien, ellas serán la fuente de bienestar, grandeza y prosperidad sociales."²⁸ Socialmente, la familia está sustentada, entre otras cosas, como el modelo básico de educación. Las nuevas generaciones se forman en el seno familiar, es ahí donde reciben la instrucción más importante; los valores del ser humano. El respeto, la honradez, el amor, entre otros, hacia su país, sus semejantes, e incluso, hacia ellos mismos, deben ser dados en la familia.

En todos sentidos la familia debe ser considerada como la institución social fundamental, por ello, deben ser objeto de protección jurídica, mediante el orden público. Luis Recasens va más allá: "...la socialización del individuo comienza en la familia, y sigue desenvolviéndose bajo la influencia dominante de la familia durante los años infantiles..."²⁹ Basta con detenemos a pensar, qué pasaría con un sujeto que no alcanza a concretar su ciclo de socialización, tal vez los mejores ejemplos, los encontramos en las patologías que llevan a los individuos, a violentar la ley.

Otro de los preceptos que confirman la importancia de la familia, es su aspecto

²⁶ RECASENS SICHES, Luis. "Sociología." 25ª ed., Editorial Porrúa, México, 1996, p. 466.

²⁷ Op Cit., p. 466.

²⁸ Idem.

²⁹ Ibidem., p. 468.

universal. Cualquier sociedad, independientemente de su nacionalidad, está fundamentada en la familia. Quizá podríamos encontrar variantes en cuanto que las costumbres, son distintas, empero, siempre encontraríamos un núcleo familiar estable. El desenvolvimiento de la humanidad, en todas las épocas y lugares, ha tenido como eje fundamental, al núcleo familiar. Debido a los sacramentos religiosos, a la familia también se le considera como sagrada; así la familia se consagra a un rango de institucionalidad, en razón de cumplir con fines de alto valor y egregia consideración.

La importancia de la familia ha sido marcada, de manera somera y poco atinada, en la Carta Magna. El artículo 4º Constitucional indica en su primer párrafo: "El varón y la mujer son iguales ante la ley. Ésta protegerá la organización y desarrollo de la familia." Advertimos la escasa regulación constitucional al respecto, en relación a la importancia que la familia representa para el Estado. Se considera que el Estado organizará y desarrollará al núcleo familiar, situación que se concretiza con la aplicación del orden público, en las normas familiares.

Por último, habrá que considerar a la familia como una institución social universal y permanente; de trascendencia generacional y alcance mayor, que los mismos miembros de la familia.

2) El orden público como garante de las normas de derecho familiar.

Habíamos referido que la protección estatal a la familia, debe constar de dos etapas: la creación de normas familiares y la aplicación positiva de éstas. Lo primero se genera con la legislación de normas, que reciben la calificación de familiares, en cuanto protegen a la familia y con idéntica imparcialidad, a los miembros de ésta. En nuestra historia jurídica, encontramos normas familiares que no lograron este objetivo. La denominación de familiares correspondió a un criterio formal, más no material.

Al que una norma se le señale como familiar, no significa necesariamente que proteja a la familia. O bien que la protección que otorga no está acorde con los cambios y retos

sociales. Los ejemplos son variados, basta concretar con las disposiciones de los códigos civiles del siglo pasado, que aunque tenían como objetivo la protección familiar, sus normas era punto de partida para las vejaciones de sus miembros. Es por ello, que no basta con que las normas familiares, sean sólo de forma, los estudiosos del derecho, no debemos parar hasta que éstas sean familiares, en cuanto su contenido.

En la actualidad, algunas normas tienden a ser familiares, por su aspecto material. Aquí los ejemplos no son tantos; dos entidades federativas cuentan con Código Familiares; otro tanto, se puede decir de las disposiciones del Código Civil para el Distrito Federal, empero, en la capital, aunque las normas sean familiares por proteger a la familia, es decir, sean familiares materiales, todavía están en la materia civil.

El segundo aspecto de la protección estatal de la familia, consiste en la aplicación del orden público en dos sentido; primero, reconociendo la primacía que al Estado corresponde la familia, y segundo, la aplicación estricta de éstas, en virtud de su naturaleza jurídica, mandato estatal y deber particular. Al parecer, cada vez son más los argumentos a favor de una nueva concepción de la importancia de la familia, dentro de la sociedad. Lo mismo se podría afirmar del orden público y las normas familiares, empero, no es suficiente, si la voluntad es la protección íntegra de la familia.

El estudio del orden público, dentro de las normas familiares, por sí mismo, debería ser accesible, sólo con razonar el papel de la familia en la sociedad. Sin embargo, se ha empañado por cuestiones ajenas a la propia institución. Considerar que si la familia debe ser regulada por la materia civil, es estancarnos en diferencias, que deben ser superadas, mediante las propuestas jurídicas y el consenso de éstas.

a) Código Civil para el Distrito Federal del año 2000.

La resonancia de esta norma no radica en el contenido de sus disposiciones, más bien se encuentra, en la orientación jurídica que a cada uno de éstas se da. El Código Civil para el

Distrito Federal, ejemplifica la protección jurídica que el Estado está obligado a otorgar al seno familiar. Lo cual nos lleva a argumentar, que: en primer lugar, es menester convenir en la bifurcación normativa de este código. De los 3074 artículos, en teoría, se desprenden dos géneros de normas jurídicas; las de derecho familiar y las civiles. Las primeras se localizan de los artículos 138-Ter al 746-Bis, es decir disposiciones normativas relacionadas a la familia. Éstas, deben ser consideradas como leyes imperativas en sentido positivo o como mandatos estatales, con su correlativo deber jurídico por parte de las autoridades. Su cumplimiento, por ende, es improrrogable y estricto. Por otro lado, las normas civiles, que por exclusión son aquellas que no están dentro de las familiares, se rigen por el principio de autonomía de la voluntad. Lo que nos lleva a singularizar que éstas, dentro de los parámetros legales, permiten mayor displicencia en su cumplimiento. Entendámonos, no estamos diciendo que carezcan de obligatoriedad; solamente que deben ser consideradas como derroteros conductuales, que al estar referidos a intereses particulares, bajo los márgenes legales, se podrían soslayar.

En segundo lugar, hay que considerar la contrariedad lógica que plantea el Código Civil para el Distrito Federal. De hecho, el código en comento, determina tanto normas civiles cuanto familiares, podemos argumentar que la división entre estas dos ramas legales, está implícitamente hecha. En tal razón, convendría ser aquiescente en lo relativo al tema de los Códigos familiares, independientes de las disposiciones civiles.

Ahora bien, para iniciar el estudio del Código Civil para el Distrito Federal en lo referente al Derecho familiar y el orden público, es imperante ubicarnos en el Título Cuarto Bis, a la sazón parte reservada para la familia en su conjunto, ya que el artículo 138-Ter es buena medida justifica y motiva esta investigación. Según tal artículo, todas las normas que tengan por objeto a la familia, deben ser consideradas de orden público e interés social. Por el sentido de la tesis, el contenido de esta norma, es digno de remarcar, no obstante, no podemos ignorar la innovación que entrevé el artículo 138-Quintus al relacionar, con suma atingencia social, al matrimonio, parentesco y concubinato como generadores de derechos familiares.

Los esponsales desde el 25 de mayo de 2000, no tienen cabida en el ambiente

jurídico capitalino. Los artículos 146 y 147 del Código Civil para el Distrito Federal, muestran la función del orden público en la materia. El primero indica: “Matrimonio es la unión libre de un hombre y una mujer para realizar la comunidad de vida, en donde ambos se procuran respeto, igualdad y ayuda mutua con la posibilidad de procrear hijos de manera libre, responsable e informada.” La unión debe ser entre personas de distinto sexo, se relegan a las parejas del mismo género, ésta debe fundarse en la igualdad y solidaridad, con lo cual se rechaza el sobajamiento de cualquier miembro familiar. Lo anterior, es lo que manda el Estado para garantizar el equilibrio social, es decir, es de orden público. En virtud de lo anterior el segundo artículo mencionado ordena: “ Serán nulos los pactos que hagan los contrayentes, en contravención a lo señalado en el artículo anterior.” Así se ratifica, que los convenios particulares, de ninguna forma, pueden pactarse contra la voluntad general, plasmada en una ley; y si éstos existieran, solamente serían válidos cuando los mismos estuvieran en el mismo sentido, que marca el sistema jurídico.

La regulación de los alimentos en el Código Civil para el Distrito Federal, sugiere la aplicación del orden público en materia familiar. El artículo 321 del ordenamiento aludido a la letra determina: “ El derecho de recibir alimentos no es renunciable, ni puede ser objeto de transacción.” Según la disposición citada, el orden público obliga a otorgar al acreedor alimentista, en relación a su deudor, una pensión alimenticia o bien incorporarlo a su propia familia. Al ordenar que es irrenunciable, el Estado, compele a los deudores a aceptar los alimentos aún en contra de su propia voluntad. La autonomía de la voluntad no cuenta en comparación con el bienestar común. En este orden de ideas, la transacción como acto jurídico, permite a los particulares haciendo recíprocas concesiones, terminar alguna obligación o prevenir una futura. Aunque parezca incoherente, podría darse el caso que tanto acreedor cuanto deudor, mediante un arreglo particular, convengan terminar con la obligación alimenticia sin cumplirla o desarrollarla de manera ilegal. Sin embargo, tales anomalías sociales, están prohibidas en razón al orden público.

El artículo 723 del Código Civil para el Distrito Federal indica, que el patrimonio familiar es una institución de interés público. Realizando una interpretación bajo los postulados de la escuela exegetica, efectivamente, el patrimonio por su seguridad, es de interés público. No obstante, no se podría argumentar, por la falta de técnica legislativa, en

general, y por tratarse de la confusión terminológica acerca del orden público, en particular, que el patrimonio familiar es de orden público. El patrimonio familiar existe en virtud de un acto colectivo voluntario, es decir, a ninguna familia se le ordena constituirlo. Es por ello, que en primera instancia debe ser considerado de interés público. Empero una vez constituido, éste pasa a ser de orden público en razón de su importancia social.

Las disposiciones de derecho familiar establecidas en el Código Civil para el Distrito Federal, por su naturaleza, son de orden público, pero esta característica se hace más evidente en ciertas figuras como las analizadas. Es el orden público, por medio de la norma jurídica, el garante de la seguridad, social y jurídica, de la familia; con ello en la misma medida, se está garantizando la estabilidad de la sociedad, y del Estado mismo.

3) Derecho familiar, orden público y los nuevos retos sociales.

Hoy la asociación jurídica y doctrinaria, del orden público, con el Derecho familiar, debe estar más sólida que nunca. Más que nuevos retos, día a día se gestan nuevos inconvenientes para un desarrollo sano y estable de la familia. La historia no se equivoca. Nos marca que el declive de una sociedad comienza por el de su familia. Es tiempo para generar una estructura jurídica, para asegurar que el Estado protegerá a la familia y en tal medida, regular su propia existencia.

El dinamismo social, muchas veces favorable a la consolidación de la estructura social, ahora es el principal inconveniente de la misma. Tal vez esta apreciación, carezca de fundamento, desde nuestra percepción social, nos referimos a la concepción de una sociedad conservadora, para bien y para mal, que rechaza con severidad, los factores sociales vulnerables de la estabilidad social. Somos una sociedad arraigada en sus costumbres, con los bemoles que esto conlleva. Empero, en el globo terráqueo, existen sociedades más adelantadas, por ello más degeneradas.

Hay que pensar en el ejemplo que nos ofrece Estado Unidos de Norteamérica y en general Europa. En el país vecino, la familia atraviesa situaciones complicadas. Cada vez

son más las personas, que provienen de una estructura familiar fracturada; los jóvenes, desde tempranas edades, salen del seno familiar, en un estado vulnerable; éstos son presa confiables de la drogadicción y otros desenfrenos perniciosos para la salud humana. Sería aventurado pensar que todos los problemas de los norteamericanos, se originen por esta causa; pero sí, en la mayoría de ellos, directa o indirectamente, esta situación tiene preponderancia.

Lo mismo ocurre en algunos países europeos, por ejemplo Holanda, al permitir la unión de personas del mismo sexo. Esta anomalía, legalmente autorizada, lo que nos mueve a pensar, que tendrán graves e irreparables efectos en la estructura familiar. No es que demos cátedra de moral o convencionalismos sociales, menos nos declaramos puritanos, simplemente que tarde o temprano la familia se verá afectada.

Estos ejemplos son evidentes, del riesgo en que se encuentra la familia en general. En mayor o menor medida, cada una de las sociedades, por una supuesta evolución ideológica, rompen estereotipos generacionalmente aceptados y valorados; esta evolución innegablemente en muchos de los casos, ha sido favorable para el desarrollo de la sociedad; sin embargo, a la par, se registra una involución que parte de la supuesta libertad ideológica, pero cuyos resultados, dañan a la comunidad.

El dinamismo social es incontrolable. Rompe esquemas y enmienda situaciones extrañas. Es aquí donde adquirimos, nosotros los estudiosos del Derecho, importancia crasa, ya que, será por medio de las normas jurídicas, donde entendiendo las manifestaciones sociales, podremos encausar este dinamismo y mediante el sistema jurídico, regularlo. Específicamente en Derecho familiar, la misma sociedad puede alterar sustancialmente hasta que no se reconozca sus orígenes, fundamentos y objetivos.

El Estado debe ser entendido como ente soberano, en razón de ser la máxima expresión de la voluntad colectiva. En este sentido, las autoridades estatales, tienen la ineluctable obligación de localizar y atacar, lo que pueda mancillar los valores de esta voluntad colectiva. La familia debe ser considerada como un objeto de valoración política, social, económica y sobre todo jurídica; por ello debe ser resguardada como la institución

social fundamental, de toda sociedad. Entendemos que el orden público, es la herramienta para garantizar, en la medida de lo posible, la estabilidad y durabilidad de la familia.

Si apartamos del Derecho familiar, por cuestiones dogmáticas, la aplicación del orden público, estaríamos corriendo riesgos innecesarios. Jurídicamente, no existe ningún presupuesto que impida la misma, antes más, son muchos los expuestos en este trabajo, que afirman el binomio jurídico. En la actualidad no podríamos entender al Derecho familiar, sin que éste se considerara de orden público, la familia así lo exige y los tiempos que corren, así lo sugieren. No podemos permitir, que la sociedad rebase al Derecho, nuestra ciencia debe ir siempre un paso adelante, para regir el actuar de ésta. Es por ello, que ante lo impreciso de la naturaleza humana, la mejor solución es estar preparados.

En la actualidad, la sociedad demanda al Derecho, mayor efectividad en su aplicación. Continuamente la comunidad exige que las normas jurídicas, no solamente sean aplicadas, sino que en la realidad se plasme el sentido de las mismas. Eso que Montesquieu afirma como espíritu de las leyes, y lo que nosotros denominamos, los valores tutelados por las normas. El Derecho familiar, debe tener por único objetivo, proteger a la familia en su conjunto, incluso contra la voluntad de sus mismos partícipes. El Derecho familiar debe ser considerado de orden público por estos motivos; el interés superior representado por la familia debe estar por encima del privado.

CONCLUSIONES.

Primera.- El Derecho romano fue el primer sistema en concebir al orden público. La noción de la división del Derecho, para los romanos fue eje fundamental de sus sistema jurídico. A pesar de que dicha dicotomía es producto de interminables estudios por parte de los juristas romanos, es hasta el Corpus Iuris Civilis en donde se concreta. Desde entonces, el Derecho como sistema jurídico, se divide en derecho público y derecho privado. Considerando que en su aspecto inicial, el orden público pertenece al derecho público y cibe su aplicación a este sector, esta división resulta esencial. En otras palabras, el objetivo de la presente investigación es determinar la conveniencia, por no decir necesidad, de aplicar el orden público en las figuras pertenecientes al derecho privado. Para señalar la línea limítrofe entre ambos sectores, recurrimos la teoría del interés en juego; el interés general o colectivo del derecho público contrasta con el interés individual del privado. Dentro de las normas del Corpus Iuris Civilis, tenemos dos máximas jurídicas que dan origen, en cierta manera, al orden público en el ámbito del derecho privado. La primera a la letra señala: "Jus publicum privatorum pactis mutari non potest". En ésta se fundan los criterios de la Teoría Clásica del Orden Público. La segunda determina: "Privatorum conventio iure publico non derogat". Sin ánimo de transcribir el análisis realizado en el capítulo, es benéfico destacar los siguientes puntos: Ambos parten de la división del Derecho. Es por ello que jerárquicamente, regulan, la supremacía del derecho público sobre los pactos privados, es decir destacan el interés general por encima de la voluntad de los particulares. Al ser la Familia una figura del derecho privado quedaría fuera la ingerencia estatal. No obstante con el aporte del Derecho Romano, la Familia como unidad fundamental de la sociedad, y por ello estimada su importancia, es una institución de interés general, saliendo de la voluntad de los particulares (miembros de la Familia) y resultando determinante la intervención del Estado en las relaciones familiares. Es el primer criterio para que el orden público controle figuras del derecho privado, en beneficio de un interés superior. En este orden de ideas, en el Derecho Romano si existió el orden público.

Segunda.- El Código Civil francés de 1804 tuvo efectos contradictorios en torno al orden público y las normas familiares. Es importante concebir a éste como la obra más importante del Derecho galo; esto es, por ser el primer Código sistematizado de la época

moderna, si duda, es merecedor de esa calidad. Sin embargo, la tendencia ideológica en boga en aquellos tiempos, consagraron conceptos como la igualdad y la libertad en las normas del Derecho civil. En síntesis, se consideró a la libertad de la voluntad del hombre como suprema en los ordenamientos civiles. Lo que originó que las materias privadas, entre ellas erróneamente la familia, fueran consideradas como privadas, y dentro del ámbito civil, que éstas estuvieran regidas por la autonomía de la voluntad. La familia quedó sujeta a las disposiciones de carácter civil, y con ello, se sujetó a libre voluntad de los particulares. Todo lo contrario al orden público.

Tercera.- En México el siglo XX dio un giro a la perspectiva normativa de la familia. Con gran acierto se promulgaron Códigos que tenían como materia esencialmente las relaciones familiares. Sendos ejemplos son: el Código Familiar de Hidalgo y posteriormente el de Zacatecas. Es de considerarse que tales normas son pioneras de aparejar al orden público con las normas familiares. No obstante, el mejor ejemplo de este binomio lo constituye el Código Civil para el Distrito Federal del año 2000. Éste se desvinculó de la tradicional manera de concebir tanto al orden público y las disposiciones familiares. Según el artículo 138 Ter, las normas relativas a la familia son de orden público. Este Código no sólo derogó normas jurídicas del Código Civil de 1932, además, lo más importante, también derogó la ideología reicente que no concebía que las normas familiares fueran de orden público, impulsando una nueva y prepositiva aplicación del orden público.

Cuarta.- Para su análisis etimológico, la palabra orden público tiene que dividirse. El vocablo orden, funciona como sustantivo y deriva del latín ordo que significa orden. A su vez, el calificativo público se origina de publicus que se asemeja con la noción de común, general o genérico. Gramaticalmente, el término orden público, siguiendo los derroteros de la Real Academia de la Lengua, significa: mandato que se debe obedecer, observar y ejecutar. Estos es está asemejada a un imperativo. Para completar diremos que, éste término, también se puede asemejar con otros vocablos: paz y tranquilidad. Por lo que toca a la voz público, en su aspecto gramatical, refiere: lo que es común para el pueblo o bien la potestad de la autoridad en contraposición a lo que es privado.

Quinta.- Para delimitar la noción de orden público desde su aspecto académico, es prudente hacer algunas advertencias. Este rubro es el más polémico del orden público por dos sentidos: el primero una falta de precepto legal que pudiera marcar lineamientos a seguir, y la segunda, el prurito creativo de doctrinarios que han generado una retahíla de definiciones que por lo dispares que resultan pareciera que se están refiriendo a una multitud de figuras jurídicas. Huelga decir que, tales prolegómenos, en cierta forma, son causados por la naturaleza polimorfa del orden público, esto es: ésta figura se encuentra positiva en varias materias jurídicas. Entendámonos el orden público, en sentido lato, tiene el objetivo de propiciar un ambiente adecuado para el desarrollo humano mediante el orden social, empero, cuando éste se aplica a ramas legales específicas, sus efectos pueden variar. Para el Derecho administrativo, el orden público está referido a la tranquilidad pública, paz común, lo que nos lleva a argüir que habrá orden público en la medida que no haya desorden público. En cuanto al Derecho constitucional, ésta figura ejerce una herramienta para la aplicación del orden jurídico, o sea, la estricta observancia de un estado de derecho. El orden público, en materia de Derecho internacional privado se utiliza como égida del sistema jurídico nacional, en otras palabras, las normas jurídicas extranjeras que, en su aplicación, violenten las normas jurídicas positivas serán rechazadas en virtud del orden público. Por último, para el Derecho familiar, además que reafirma su autonomía, el orden público representa la irrestricta protección de la familia. El Estado por medio de mandatos, aspecto positivo de las leyes imperativas, indica la voluntad general para que se aplique en las instituciones de interés público. Por último, nos permitimos dar nuestra propia opinión al respecto. De tal manera, para nosotros, el orden público es: el mandato estatal, de carácter imperativo, implícito en las normas familiares que le genera un deber jurídico a los particulares sustentado en la trascendencia social de la familia.

Sexta.- Respecto al concepto jurídico, la conclusión habrá que iniciarla considerando la carencia existente de una definición en el sistema jurídico positivo. El legislador ha legislado al orden público, solamente, mencionándolo, es decir de un aspecto vago e impreciso. Por la intrincada naturaleza del orden público se ha evadido la imperante necesidad de conceptuar al orden público. Lo anterior genera dos tipos de problemas: en primer lugar hay que considerar la posición de los académicos al respecto que, al no tener un modelo jurídico, han generado criterios errabundos y, la segunda, ésta aún más importante, el

subjetivismo al que someten al orden público. Otro de los aspectos a resaltar, es la imprecisión que el orden público genera en su aplicación en cuanto a las normas de Derecho público y de Derecho privado. Como regla hay que considerar a las normas de carácter público como de orden público, lo establezcan o no. Sin embargo, el inconveniente surge con las normas de Derecho privado. Aquí, nosotros consideramos que algunas leyes privadas deben considerarse de orden público. Es decir, la división jurídica del Derecho en público y privado, de poco importa en la aplicación del orden público. El parámetro para su aplicación es: la materia que regule la norma; si ésta se dirige a regular una parte medular de la sociedad, en consecuencia, tiene que ser de orden público, independientemente de su calificación de pública o privada, como sucede en las de derecho familiar.

Séptima.- Al no contar con un concepto de orden público dentro del sistema jurídico positivo, la responsabilidad al respecto, recae sobre quienes tienen la imperiosa necesidad de aplicar la ley. De manera incongruente, los jueces, a través de la jurisprudencia, tampoco se han pronunciado al respecto de manera satisfactoria. En términos generales, jurisprudencialmente, el orden público debe ser determinado por el legislador e interpretado por el juzgador. Ni lo uno, ni lo otro. A quedado claro que el legislado no ha aportado su cuota, mientras que al interpretar una figura tan polémica, como lo es el orden público, los jueces lo hacen bajo criterios personales, y ante la falta de uniformidad en los mismos, la noción del orden público se obnubila mediante el subjetivismo. Éste genera al particular un estado de incertidumbre, pues, al considerar que esta figura se encuentra positivamente activa su aplicación resultará dispar. Por otro lado, el criterio jurisprudencial ha sido omiso de tal manera, que ha llegado a considerar al orden público como un concepto indeterminado de imposible definición.

Octava.- Dentro de las teorías que buscan desentrañar la naturaleza del orden público, tenemos la clásica. Ésta se considera como el pilar del orden público como actual y jurídicamente lo conocemos. Se basa en dos máximas legales: "Jus publicum privatorum pactis mutari non potest." y "Privatorum conventio iure publico non derogat." Ambas se localizan en el Digesto y son remembranza del sistema jurídico romano. Mediante la división del Derecho, en público y privado, se busca dar primacía al primero de acuerdo a dos rangos: trascendencia estatal y interés colectivo. Aquello que es de Derecho público

representa una parte trascendental para el Estado y su existencia y es la manifestación de la mayoría de la voluntad. El Estado, como representante de la voluntad general, establece su jerarquía hacia los particulares y su interés.

Novena.- En cuanto a la naturaleza del orden público existe otras teorías de menor aceptación, por ejemplo: una corriente que intenta concretizar la naturaleza del orden público partiendo desde su descripción como figura jurídica. No estamos de acuerdo en la inteligencia de que, esta figura parte de una idea abstracta, lo cual nos lleva a pensar cuan difícil sería lograr homogeneizar las descripciones dadas. Otros criterios igualmente desafortunados son aquellos que prefieren buscar la naturaleza jurídica del orden público en su concepto mismo. Existen de la misma manera, criterios que indican que la naturaleza jurídica del orden público puede ser localizada a través de un elemento concreto. La Teoría de la Ley imperativa a nuestro parecer es la más acertada para determinar la naturaleza jurídica del orden público. La ley imperativa, instituye mandatos y prohibiciones. El Estado determina mandatos en pro de cumplir con objetivos especialmente determinados, en este caso la protección de la familia. Para terminar las teorías relativas a la naturaleza jurídica del orden público, tenemos la corriente ideológica de la suplantación. Ésta, como su denominación alude, propone la desaparición del orden público del vocabulario jurídico.

Décima.- Una de las aportaciones del presente trabajo en cuanto a lo que el orden público se refiere, es la propuesta de sus elementos. Consideramos que éstos, en primer lugar, deben de dividirse en: generales y específicos. Los primeros se clasifican en: técnicos y prácticos. Los primeros se desprenden de su naturaleza jurídica y son: mandato y deber. Los prácticos, por su parte deben ser tomados de los objetivos o fines que persigue tal figura. Éstos son variables en consideración a la adaptación que han tenido en la materia que se aplique, es decir, los fines que pretende en áreas como la constitucional, administrativa, internacional y familiar.

Específicamente los elementos prácticos del orden público, en cuanto a sus propios fines son: la seguridad jurídica y social de los ciudadanos. En términos generales el orden genera seguridad a quienes lo siguen, ya que, el Estado está obligado a detectar y prevenir las situaciones que crearían inseguridad colectiva. El segundo elemento del orden público es

la tranquilidad social, pues, ésta es un fin primigenio de la figura jurídica en análisis. La tranquilidad social, es la ausencia de desordenes sociales, lo que nos lleva a argumentar que, la tranquilidad social es la antesala de la paz pública, tercer elemento práctico del orden público.

Por lo que toca a los elementos específicos, éstos se desprenden de los elementos generales prácticos. Hemos considerados éstos como los resultados de los fines del orden público, a saber: seguridad, tranquilidad y paz pública, empero cuando el orden público se aplica en distintas ramas, sus fines, en tal medida, circunstancialmente están cambian. Así, tenemos que por cada materia jurídica donde se aplique el orden público habrá fines concretos, es decir, elementos específicos. En derecho administrativo el orden público se aplica, en términos generales, coincidentemente de acuerdo a los elementos generales prácticos, es decir, seguridad y tranquilidad pública. En materia constitucional el elemento específico del orden público es la estricta aplicación de las normas superiores, ya que en esa medida, seguramente se estaría en un estado de derecho. En el Derecho internacional privado, el elemento específico del orden público es de carácter prohibitivo, en razón que impide la aplicación de la normatividad extranjera que pudiera socavar el interés colectivo establecido en el sistema jurídico nacional. La materia familiar aplica el orden público para darle la categoría de interés estatal a las normas de Derecho familiar. De esta manera la voluntad colectiva estaría en todo momento por encima de la voluntad particular, protegiendo a la familia mediante mandatos imperativos.

Como parte importante del orden público cabe mencionar al tiempo y el espacio. Es también oportuno que estos no se pueden clasificar como elementos específicos toda vez que no son fines en sí mismos. Empero es importante tenerlos en cuenta, en la medida, que el orden público está vigente mediante normas jurídicas, éstas se condicionan por el tiempo y el espacio de aplicación.

Décimo Primera.- El sistema jurídico mexicano regula al orden público en innumerables disposiciones legales, pero desde cuatro aspectos delimitados. De tal manera para el Derecho Internacional privado el orden público actúa como obstáculo para la aplicación de normas extranjeras que por incompatibilidad de valores no sea prudente aplicar

en nuestro sistema jurídico. Este se concretiza en el Código Civil para el Distrito Federal en el artículo 15. El orden público en Derecho constitucional debe ser considerado como un aspecto coactivo del estado de derecho. El orden público, al ser la manifestación social de la superioridad del interés colectivo, marca las instituciones que el Estado debe proteger por la importancia que éstas representan a la sociedad. En este orden de ideas, el orden jurídico, es decir el absoluto respeto a la normatividad vigente es el artífice de un estado de derecho. Sin embargo, aunque las disposiciones constitucionales, indiscutiblemente, son de orden público, éstas regulan someramente tal figura. Por ejemplo, los artículos 6º, 20 fracción IV, 15 fracción VII y 122, entre otros. La materia administrativa es la materia jurídica que se asemeja más a la noción de orden público. Ambas encuentran en la tranquilidad y seguridad pública sus máximos objetivos. La rama legal, por medio la administración pública en sus tres niveles de gobierno, intenta lograr tan encomiable objetivo. Será a través del orden público, como el derecho administrativo alcance sus objetivos. La aplicación del orden público dentro de la materia familiar ha sido la más polémica de todas. Mentalizando la división del Derecho en público y privado, existen doctrinarios reticentes a aceptar que el orden público, originario de la rama pública, pueda aplicarse a materias consideradas en el ámbito privado. Aunque, ésta no es la condición del Derecho familiar, pues éste no debe ser clasificado dentro del Derecho privado, ese ha sido el criterio para negar la relación entre orden público y las normas familiares. Empero, nada tan falso como lo anterior, ya que, el orden público es independiente a tal división jurídica permitiendo su aplicación, en cualquiera de éstas, solamente por la importancia de la materia que se regule en la norma jurídica. Es decir, la materia familiar es de orden público por sí misma, pues la trascendencia social de la familia es invaluable.

Décimo Segunda.- Concluimos que la naturaleza jurídica del orden público se compone por dos figuras: mandato y deber. La naturaleza jurídica de esta figura debe vislumbrarse, metafóricamente, como una esfera bicolor. Una parte de ésta esta reservada para el Estado que es el sujeto legitimado para imponer mandatos que se fundan en los valores e intereses colectivos y que, en esa medida, a la sociedad les interesa proteger. Cabe mencionar que la legitimación estatal parte de dos puntos; nos queda claro que el Estado, legalmente, como soberano en términos 39, 40 y 41 Constitucionales, sin embargo, para nuestro tema la legitimación, además, comprende la manifestación colectiva de los valores

que la sociedad solicita a las autoridades que protejan. Es decir, el Estado es el conjunto de la voluntad social y cuando establece mandatos, éstos necesariamente son ejemplificativos del interés común.

La otra parte de la esfera, alegoría de la naturaleza jurídica del orden público, tiene que ser ocupada por los particulares en razón de estar obligados a observar los mandatos estatales. Es decir, estos mandatos se convierten en deberes jurídicos para los particulares, de cumplimiento irrestricto, ya que, la voluntad general está por encima de la particular.

Décimo Tercera.- Tradicionalmente el Derecho se ha dividido en: derecho público y privado. Las teorías más aceptadas al respecto son dos: la del interés en juego y la de la naturaleza de la relación. La primera radica en conocer el interés que para la sociedad tiene determinados actos. Es decir, si el hecho tiene interés común, entonces, se considera de Derecho público, en caso contrario, será de Derecho privado. Al no tener demasiados adeptos esta corriente se propuso la teoría de la naturaleza de la relación. En ésta, se pueden dar dos tipos de relación jurídica de subordinación o de coordinación. La primera se da ante la interrelación jurídica del Estado y los particulares; cuando esto es así se considera de Derecho público, mientras que la relación de coordinación refiere a las que se generan entre particulares, por ende, serán de Derecho privado.

Décimo Cuarta.- Antonio Cicú determina que el Derecho familiar es una rama independiente de los géneros público y privado. Su teoría se funda desde la perspectiva de considerar a la familia más importante que el propio Estado. Por esta razón el Derecho familiar, es independiente de las ramas pública y privada, aunque manifiesta mayor afinidad con la pública, por ejemplo, el orden público. La familia tiene una estructura que actúa como eje de cualquier sociedad, de ahí, que Cicú lo considere como un tercer género en virtud de la importancia que la familia representa a la sociedad. La familia, por sí misma, origina que ésta no se pueda normar según los principios del Derechos civil, no obstante, aunque tampoco le son aplicables todos los fundamentos del Derecho público, en su vinculación con el Estado, encuentra con éste mayor afinidad. Otra de las teorías más aceptadas de la autonomía del Derecho familiar tiene la autoría de Roberto Ruggiero. Para el autor italiano la autonomía del Derecho familiar está basada en la inaplicación de los principios del

Derecho privado, especialmente de la materia civil, a la familia. Esta diferencia remite a la trascendencia de la familia en sociedad; al ser ésta altamente valorada, no puede estar regulada en disposiciones que tienen el objeto de normar relaciones entre particulares, es decir, la naturaleza pública de la familia impide que ésta sea regida por normas particulares en donde la autonomía de la voluntad es el eje rector. Este principio de autonomía de la voluntad, característico en materia civil, hace la diferencia en la regulación entre el Derecho civil y el familiar. La naturaleza de los mismos, los hace tan diferentes entre ellos que resulta objetable que en la actualidad haya tendencias a igualarlos. Verbigracia, el autor en comentario menciona tres: el principio de representación, el término y la condición como elementos accidentales del acto jurídico, la renuncia y transmisión de derechos.

Décimo Quinta.- El Doctor Julián Gúitrón Fuentevilla aporta su tesis para sostener que la autonomía del Derecho familiar es no sólo posible sino necesaria. Su concepción de la familia es invalorable dentro de la sociedad en que se aplique. La familia es considerada como la unidad generadora de la sociedad, de ahí su importancia. Para este autor, la autonomía del Derecho familiar corresponde a la naturaleza del mismo; ésta debe ser estudiada de manera científica, es decir, expertos en humanidades deben aplicar sus conocimientos en torno a las relaciones jurídicas que crea la familia, por ejemplo, psicólogos, trabajadoras sociales, psiquiatras, médicos, licenciados, políticos. La regulación y protección de la familia, corresponde tanto al Estado como a los particulares; las autoridades mediante el orden público y los individuos respetando a la misma. Ante la importancia social de la familia, el autor, propone Códigos estrictamente referidos a la familia. Estos Códigos Familiares regirán a la familia otorgando a sus miembros igualdad de derechos e imparcialidad en sus relaciones familiares. Cabe mencionar que, actualmente, existen normas exclusivamente familiares en estados como Hidalgo y Zacatecas, creados e impulsados por el mismo autor, sin embargo, con gran acierto el Doctor Julián Gúitrón Fuentevilla, nos establece otro reto: el Código Federal Familiar.

Décimo Sexta.- No obstante a que hemos tratado con gran amplitud la importancia social de la Familia, a guisa de conclusión diremos que ésta es el origen de la sociedad. La familia ancestralmente se generó antes que la sociedad, inclusive, ésta es parte de la

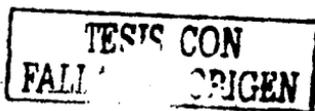
evolución familiar. El desarrollo de la familia como institución social se sintetiza en los siguientes estadios: familia panalúa, familia sindiásmica, y la familia monogama. Tomando a la familia como origen de la sociedad, y después, del Estado, es posible aunar que, esta relación con el paso de los tiempos no se ha borrado, al contrario se solidificó intensamente, a tal grado que la sociedad depende de la familia. En otras palabras, la sociedad es el fiel reflejo de la familia. De ahí que concluyamos que la familia es la institución social fundamental, luego entonces, debe necesariamente ser protegida por el Estado.

Décimo Séptima.- La protección de la familia se vincula a dos etapas de la injerencia estatal: por un lado la creación legislativa de normas familiares y, consecuentemente, su aplicación estricta en razón a su repercusión en el terreno social. En nuestro sistema, en términos generales, la protección estatal ha llegado solamente a la primera etapa, es decir, se han creado normas que, a base de ser sinceros, no representan una verdadera protección al respecto. Esta segunda etapa, es decir la aplicación del orden público en las disposiciones familiares se han logrado solamente en algunos Códigos, por ejemplo: el Código Familiar de Hidalgo, el de Zacatecas, y desde el año 2000, también , en el del Distrito Federal.

BIBLIOGRAFÍA.

A) Libros

- ACOSTA ROMERO, Miguel. "Compendio de Derecho Administrativo" 2ª ED., Editorial Porrúa, México, 1998.
- _____ "Segundo Curso de Derecho Administrativo." 2ª ed., Editorial Porrúa, México, 1992.
- _____ "Derecho Administrativo Especial" Tomo II, Editorial Porrúa, México, 1999.
- BERNAL LEDESMA, Beatriz. "Historia del Derecho Romano y de los Derechos Neorrománistas." 4ª ed., Editorial Porrúa, México, 1989.
- BIALOSTOSKY, Sara. "Panorama del Derecho Romano". 3ª ed., Editorial UNAM, México, 1990.
- BIELSA, Rafael. "Derecho Administrativo". 5ª ed., Editorial Depalma, Buenos Aires, 1999.
- BONNECASE, Julien. "Elementos de derecho civil." Editorial, Pedagógica Iberoamericana. México, 1995.
- _____ "La Filosofía del Código Napoleón". Editorial Unidad Pedagógica Iberoamericana, 1993.
- _____ "Tratado elemental de Derecho civil." Editorial Pedagógica Iberoamericana, México, 2000.
- BORDA, Guillermo. "Retroactividad de la ley y derechos adquiridos." 2ª ED., Editorial Perrot, Buenos Aires, 1991.
- BURGOA ORIHUELA, Ignacio. "Derecho Constitucional Mexicano." 11ª ED., Editorial Porrúa, México, 1997.
- _____ "Dos estudios jurídicos." Editorial Porrúa, México, 1953.
- _____ "Las garantías individuales." 30ª ed., Editorial Porrúa, México, 1998.
- CARBONNIER, Jean. "Derecho Civil". Editorial Bosch, España, 1960.
- CESAR BELLUSCIO, Augusto. "Manual del Derecho de Familia" 6ª ed., Editorial Depalma, Argentina, 1996.
- CHURRUGA, Juan. "Introducción Histórica al Derecho Romano". 6 ed., Editorial Universiáng Deusto, España, 1992.
- DOMÍNGUEZ MARTINEZ, Jorge. "Derecho Civil". 5ª ed., Editorial Porrúa, México, 1996.
- ELLUL, Jaques. "Historia de las Instituciones de la Antigüedad." Editorial Aguilar, España, 1970.
- ENGELS, Federico. "Origen de la familia, la propiedad privada y el Estado." Editorial Editores Mexicanos Unidos, México, 2000.
- ENNECCERUS, Ludwing. "Tratado de Derecho Civil". 2ª ed., Editorial Bosch, Barcelona, 1953.
- FERNANDEZ RODRIGUEZ, Tomás. "La doctrina de los vicios del orden público". Editorial Instituto de estudios de Administración local, Madrid, 1970.
- FERNANDEZ VALMAYOR, José Luis. "Sobre los conceptos de orden público,



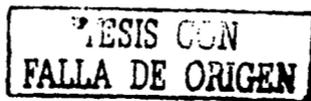
- seguridad ciudadana, seguridad pública.* Editorial Ministerio del Interior, Madrid, 1990.
- FIGUEROA, Fernando. *"La noción del Orden Público en el Derecho Administrativo"*. 2ª ed., México, 1996.
 - FLORENTINO MERCADO, Antonio. *"Libro de los Códigos"* Editorial Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, 1992.
 - GARCÍA MAYNEZ, Eduardo. *"Introducción al estudio del Derecho."* 40ª ED., Editorial Porrúa, México, 1996.
 - GÓMEZ GRANILLO, Moisés. *"Teoría Económica."* 12ª ed., Editorial Esfinge, México, 1995.
 - GONZÁLEZ REFUGIO, María. *"Panorama del Derecho Mexicano"*. Editorial Mc Graw Hill, México, 1998.
 - GÚTRÓN FUENTEVILLA, Julián. *"Naturaleza Jurídica y Autonomía del Derecho Familiar."* en "Estudios jurídicos que en homenaje a Antonio de Ibarrola Aznar presenta el Colegio de profesores de Derecho civil de la Universidad Nacional Autónoma de México." Editorial UNAM, México, 1994.
 - _____ *"Tesis"* Editorial Promociones Jurídicas y Culturales, México, 1991.
 - _____ *"Derecho Familiar."* 2ª ed., Editorial UNACH, México, 1988.
 - GUSTAVINO, Elías. *"Bien de Familia"*. 2ª ED., Editorial Rubial y Culzoni, Argentina, S/F.
 - IBARROLA DE, Antonio. *"Cosas y Sucesiones"*. Editorial Porrúa, México, 1997.
 - _____ *"Derecho de Familia"*. 3ª ed., Editorial Porrúa, México, 1984.
 - IGLESIAS, Juan. *"Derecho Romano"*. 10 ed., Editorial Ariel, España, 1958.
 - KELSEN, Hans. *"Teoría Pura del Derecho."* 9ª, Editorial Porrúa, México, 1997.
 - LEYVA, Gabriel. *"Código Civil para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal."* Editorial Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 1996
 - LOZADA, Alfredo. *"Orden Público y la Función Judicial."* Editorial La Plata, Argentina, 1958.
 - MAHOMA, *"El Corán"*. Editorial Edimat Libros, México, 1999.
 - MARGADANT F., Guillermo. *"Panorama de la Historia Universal del Derecho"*. 5ª ed., Editorial Porrúa, México, 1996.
 - _____ *"Derecho Romano."* 20ª ed., Editorial Esfinge, México, 1997.
 - _____ *"Introducción a la historia del derecho mexicano."* 14ª ed., Editorial Esfinge, México, 1997.
 - _____ *"Introducción a la Historia del Derecho Mexicano"*. 14ª ED., Editorial Esfinge, México, 1997.
 - MARTÍNEZ MORALES, Rafael. *"Derecho Administrativo. Primer Curso"* 2ª ed., Editorial Harla, México, 1994.
 - MEDELLIN ALDANA, Carlos, et al. *"Lecciones de Derecho Romano"*. 14ª ED., Editorial TEMIS, Colombia, 2000.
 - MENDIETA NUÑEZ, Lucio. *"Apuntes para la Historia del Derecho Penal Mexicano"*. 3ª ed., Editorial Porrúa, México, 1931.
 - MESSINEO, Francesco. *"Manuel de Derecho Civil y Comercial"* Tomo II, Editorial Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1979.
 - MIAJA MUELA LA, Adolfo. *"Derecho Internacional Privado."* 3ª ed., Editorial ,

TESIS CON
 FALLA DE ORIGEN

- Madrid, 1954.
- MOJER, Mario. "*Le ley de las Doce Tablas*". Editorial Universidad Nacional de la Plata, Argentina, 1994.
 - MORGAN, Lewis. "*La sociedad primitiva*." 2ª ed., Editorial Colofón, México, 2001.
 - NIBOYET, J. "*Principios de Derecho Internacional Privado*." Editorial Nacional, México, 1981.
 - NIETO BLANC, Ernesto. "*Orden Público*". Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1976.
 - ORTIZ AHLF, Lorreta. "*Derecho Internacional Público*." 2ª ed., Editorial Oxford, México, 1998.
 - ORTIZ URQUIDI, Raúl. "*Oaxaca, cuna de la codificación iberoamericana*". Editorial Porrúa, México, 1974.
 - PEREZ BUSTAMANTE, Rogelio. "*Historia del Derecho Español*". Editorial DYKINSON, España, 1997.
 - PEREZ-PRENDES MUÑOZ-ARRACO, José. *Historia del Derecho Español*. Tomo I Editorial Universidad Complutense de Madrid, España.
 - PETIT, Eugene. "*Tratado Elemental de Derecho Romano*". Editorial Época, México, 1977.
 - PLANIOL, Marcel. "*Tratado Elemental de Derecho Civil*." Editorial Cajica, México, 1988.
 - QUINTIN, Alfonsín. "*El Orden Público*". Editorial Pena y Compañía, Monte Video, 1940.
 - RECASENS SICHES, Luis. "*Sociología*." 25ª ed., Editorial Porrúa, México, 1996.
 - RETORTILLO BAQUER, Martín. "*La cláusula del orden público como límite del ejercicio de los derechos*." Editorial Civitas, Madrid, 1995.
 - ROJAS R, Abelardo. "*El Derecho Subjetivo y el Deber Jurídico*." Editorial UNAM, México, 1954.
 - ROJINA VILLEGAS, Rafael. "*Derecho Civil Mexicano*." 8ª ed., Tomo I, Editorial Porrúa, México, 1997.
 - RUCHELLI, Humberto. "*El Orden Público*". Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1999.
 - RUGGIERO DE, Roberto. "*Instituciones de Derecho Civil*." Tomo II, Vol. 2º, 4º ed., Editorial Reus, Madrid.
 - SAVIGNY, Federico Carlos. "*Sistema de Derecho Romano Actual*." 2ª ed., Editorial Góngora, Madrid, S/F.
 - SERRA ROJAS, Andrés. "*Derecho Administrativo*." 2ª ed., Editorial Porrúa, México, 1999.
 - TENA RAMIREZ, Felipe. "*Leyes Fundamentales de México*". 20ª ed., Editorial Porrúa, México, 1997.
 - VILLORO TORANZO, Miguel. "*Del Derecho Hebreo al Derecho Soviético*." Editorial Escuela Libre de Derecho, México, 1989.

B) Legislación Consultada.

- 1) Constituciones.
- Constitución Federal de los Estados Unidos Mexicanos de 1824.
- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917.



2) Códigos.

- Código Civil Francés de 1804.
- Código Civil para el Distrito Federal y Territorio de Baja California de 1870.
- Código Civil para el Distrito Federal y Territorio de Baja California de 1884.
- Código Civil para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal de 1932.
- Código Civil para el Distrito Federal del año 2000.
- Código Civil Federal del año 2000.

3) Leyes.

- Ley Orgánica de la Administración Pública Federal vigente.
- Ley General de Población vigente.
- Ley Federal del Trabajo vigente.
- Ley General de Bienes Nacionales vigente.
- Ley General de Educación vigente.
- Ley General de Salud vigente.

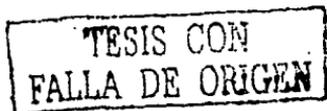
4) Otros.

- Declaración Universal de los Derechos del Hombre.

C) Diccionarios y Enciclopedias.

1) Diccionarios

- ARCO TORRES, Miguel Ángel. *"Diccionario de Derecho Civil"* Editorial Comares, Granada, 1999.
- BORJA, Rodrigo. *"Enciclopedia de la Política."* Editorial FCE, México, 1997.
- BURGOA ORIHUELA, Ignacio. *"Diccionario de Derecho Constitucional, Garantías y Amparo."* 5ª ed., Editorial Porrúa, México, 1997.
- CABANELLAS, Guillermo. *"Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual"* Tomo V, 20ª ed., Editorial Heliasa, Buenos Aires, 1981.
- COUTURE, Eduardo. *"Vocabulario Jurídico."* 5ª ed., Editorial Depalma, Buenos Aires, 1993.
- GARCIA-PELAYO Y GROSS, Ramón. *"Diccionario Larousse."* Editorial Larousse, Buenos Aires, 1996.
- GARRONE, José Alberto. *"Diccionario Jurídico."* Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1986.
- HUBER OLEA, Francisco. *"Diccionario de Derecho Romano."* Editorial Porrúa, México, 2000.
- INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS. *"Diccionario Jurídico Mexicano."* 2ª ed., México, 1988.
- JUAN PALOMAR, Miguel. *"Diccionario para Juristas."* Tomo II, Editorial Porrúa, México, 2000.
- MARTÍNEZ MORALES, Rafael. *"Diccionario Jurídico y Temático de Derecho Administrativo."* 2ª ED., Vol. III, Editorial Oxford University Press, México, 2001.
- PIMENTEL ALVAREZ, Julio. *"Diccionario Latín-Español."* Editorial Porrúa, México, 1999.



- PINA DE, Rafael. *"Diccionario de Derecho."* 27ª ed., Editorial Porrúa, México, 1999.
- PRATT FAIRCHILD, Henry. *"Diccionario de Sociología."* Editorial Fondo de Cultura Económica, México, 1992.
- REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *"Diccionario de la Lengua Española."* 22ª ed., Editorial Espasa, México, 2001.
- ZORRILLA ARENA, Santiago. *"Diccionario de Economía."* 2ª ed., Editorial Limusa, México, 2000.

2) Enciclopedias

Enciclopedia Jurídica Básica. Volumen III, Editorial Civitas, Madrid, 1995.

Enciclopedia Jurídica Omeba. Tomo XXI, Editorial Driskill; Buenos Aires, 1982.

D) Hemerografía.

NOGUERÓN CONSUEGRA, Pedro, et al. *"Reflexiones sobre Orden Público, Seguridad Nacional, Seguridad Interior y Seguridad Pública."* Revista Jurídica Petróleos Mexicanos Pemex Lex, Número 145-146, Julio- Agosto 2000, México.

TESIS CON
 FALLA DE ORIGEN