



# UNIVERSIDAD PANAMERICANA

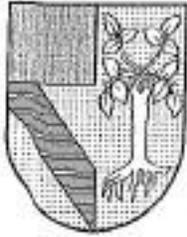
## CAMPUS GUADALAJARA

LUIS ANTONIO MARTÍNEZ GUZMÁN

NECESIDAD DEL CONCEPTO ADJETIVO DE ORDEN  
PÚBLICO EN EL PROCESO LEGISLATIVO

Tesis presentada para optar por el título de Licenciado en  
Derecho con Reconocimiento de Validez  
Oficial de Estudios de la SECRETARÍA DE EDUCACIÓN PÚBLICA,  
según acuerdo número 86809 con fecha 13-VIII-86.

Zapopan, Jalisco, Octubre de 2017.



**UNIVERSIDAD PANAMERICANA**  
CAMPUS GUADALAJARA

**DICTAMEN DEL TRABAJO DE TITULACIÓN**

**C. LUIS ANTONIO MARTÍNEZ GUZMÁN**  
Presente.

En mi calidad de Presidente de la Comisión de Exámenes Profesionales y después de haber analizado el trabajo de titulación en la opción TESIS titulado: "NECESIDAD DEL CONCEPTO ADJETIVO DE ORDEN PÚBLICO EN EL PROCESO LEGISLATIVO", presentado por Usted, le manifiesto que reúne los requisitos a que obligan los reglamentos para ser presentado ante el H. Jurado del Examen Profesional, por lo que deberá entregar siete ejemplares como parte de su expediente al solicitar el examen.

Atentamente

EL PRESIDENTE DE LA COMISIÓN

  
DR. EDUARDO ISAÍAS RIVERA RODRÍGUEZ

Mtra. Ma. Isabel Álvarez Peña.  
Directora de la Licenciatura en Derecho.

Por medio del presente hago de su conocimiento que el joven LUIS ANTONIO MARTÍNEZ GUZMÁN, quien cursó la Licenciatura en Derecho, ha concluido satisfactoriamente su trabajo de tesis titulado: "NECESIDAD DEL CONCEPTO ADJETIVO DE ORDEN PÚBLICO EN EL PROCESO LEGISLATIVO".

Manifiesto que después de haber sido dirigida y revisada por el suscrito, reúne los requisitos técnicos y académicos para solicitar fecha de Examen Profesional.

Agradezco de antemano la atención que puedan brindar al presente, reiterándome a sus órdenes.

Atentamente



Mtro. Gustavo Gómez Domínguez.  
Director de Tesis.

## DEDICATORIAS

A MI ESPOSA, JANETH, LA ALEGRÍA DE MI SER,  
Y A MI HIJA, MI HERMOSA JANETHSITA,  
QUIENES SON PARTE FUNDAMENTAL DE MI VIDA.

A MIS PADRES, A QUIENES DEBO TODO LO QUE SOY,  
Y QUIENES CON TANTO AMOR Y ESFUERZO  
ME HAN REGALADO LA VIDA, ME HAN GUIADO  
Y ME HAN ENSEÑADO A VIVIRLA.

## ÍNDICE

	Página
<b>INTRODUCCIÓN .....</b>	<b>7</b>
<b>1. Trascendencia de la Definición de Orden Público .....</b>	<b>11</b>
<b>CAPÍTULO I .....</b>	<b>14</b>
<b>I. TEORÍAS DEL ALCANCE DEL ORDEN PÚBLICO.....</b>	<b>14</b>
<b>6. Complejidad fenoménica del concepto de Orden Público.....</b>	<b>15</b>
<i>A. Planteamiento del problema .....</i>	<i>15</i>
<b>7. Algunas teorías del Orden Público .....</b>	<b>17</b>
<i>A. Teoría del Orden Público como Derecho Público. ....</i>	<i>17</i>
<i>B. Teoría de la organización social.....</i>	<i>19</i>
<i>C. Teoría del interés general. ....</i>	<i>20</i>
<i>D. Teoría del Orden Público institución. ....</i>	<i>21</i>
<i>E. Teoría internacionalista .....</i>	<i>22</i>
<i>F. Otras teorías.....</i>	<i>23</i>
<b>8. Elementos comunes a la definición de Orden Público desde distintas teorías y puntos de vista .....</b>	<b>28</b>
<i>A. Objeto del Orden Público .....</i>	<i>28</i>
<i>B. Materia del Orden Público.....</i>	<i>29</i>
<i>C. Forma del Orden Público .....</i>	<i>30</i>
<i>D. El Orden Público y las leyes imperativas.....</i>	<i>32</i>
<i>E. El Orden Público en el Derecho mexicano.....</i>	<i>33</i>
<i>F. Carácter Supremo del Orden Público.....</i>	<i>35</i>
<i>G. Características esenciales del Orden Público comunes a todas las teorías. ....</i>	<i>37</i>
<b>CAPÍTULO II .....</b>	<b>41</b>
<b>II. LA IRRENUNCIABILIDAD OBJETIVA DEL ORDEN PÚBLICO .....</b>	<b>41</b>
<b>1. Introducción .....</b>	<b>41</b>
<b>2. El problema legislativo y la mutabilidad del Orden Público .....</b>	<b>42</b>
<i>A. Generalidades del proceso legislativo.....</i>	<i>43</i>
<i>B. Manipulación legislativa del Orden Público.....</i>	<i>47</i>
<i>C. El Orden Público adjetivo como herramienta para la objetividad de la representación en el sistema legislativo .....</i>	<i>49</i>
<i>D. El Orden Público adjetivo como solución a la politización legislativa .....</i>	<i>53</i>
<b>3. El bien jurídico tutelado por el Orden Público. ....</b>	<b>57</b>
<i>A. Carácter público del bien jurídico tutelado.....</i>	<i>57</i>
<i>B. Efectos tutelares del Orden Público adjetivo.....</i>	<i>58</i>

<i>C. Efectos legislativos en la protección del objeto del Orden Público adjetivo .....</i>	<i>62</i>
<b>3. El Orden Público y el Libre Desarrollo de la Personalidad: Uno de los paradigmas del 2011 .....</b>	<b>66</b>
<b>CONCLUSIONES .....</b>	<b>90</b>
<b>PROPUESTAS.....</b>	<b>94</b>
<b>BIBLIOGRAFÍA.....</b>	<b>95</b>

## INTRODUCCIÓN

El conocimiento empírico es, invariablemente, relativo y aunque posee la sabiduría de lo popular y el color vivo de la experiencia personal, siempre será voluble e inexacto. En el caso del Orden Público, como objeto de análisis epistemológico, esta volubilidad e inexactitud se da no sólo en el ámbito empírico, sino que pareciera alcanzar también espacios de análisis doctrinal e incluso legal y jurisprudencial. Sin afán de profundizar en esta introducción en las causas que originan dicha etereidad en la definición y apreciación académica del Orden Público, -que hoy en día se agrava por la crisis por ausencia de verdades perennes, o la crisis de las instituciones-, debe saber el lector que el interés en el presente tema surgió de forma precisa, de la preocupación que una de estas causas, que es a la vez consecuencia, genera: el uso y abuso que el poder normante haría de un Orden Público relativo y voluble.

El *Gewaltmonopol* (Monopolio de la violencia), como define Max Weber al Estado<sup>1</sup>, implica la legitimidad de la fuerza superior, legitimada por la democracia; sin embargo, una vez legitimada esta, su monopolio deja de ser tal ante el principio constitucional de supremacía, esa piedra de toque que convierte nuestro *Gewaltmonopol* en un *Rechtsstaat*, esto es, en un Estado normado, cuya cúspide del poder no es el acto humano vigente y temporal, sino una ley suprema representante de un acto humano cristalizado en la voluntad de todo un pueblo. Es evidente pues, que tratándose de la *Res-pública*, hay y debe existir, un conjunto de elementos jurídico-políticos superiores a la voluntad normante temporal. Uno de ellos, y de vital importancia para el Estado, el Orden Público.

---

<sup>1</sup> "Hoy por el contrario, tendremos que decir, que Estado es aquella comunidad humana que, dentro de un determinado territorio, reclama para sí el monopolio de la violencia física legítima." WEBER, Max, *El Político y el Científico*, Ed. UNSAM, Argentina, 2001, p. 2.

Casi todas las teorías, sobre todo las más recientes, consideran que un efecto esencial de las leyes de orden público en relación al *iuscogens* es que no es permitido ningún menoscabo o disminución a esa norma (norme à laquelleaucunedérognationn'estpermise et quinepeut éter modifiée que par une nouvelle norme du droit... ... ayant le mêmemcaractère)<sup>2</sup>. Sin embargo, en la versión española de dicha convención, la traducción ofrece una variante notable: "... como norma que no admite acuerdo en contrario..." Así pues, no define, al contrario del texto inglés y el francés, la norma imperativa por su inderogabilidad, sino por el simple hecho de no admitir acuerdo en contrario.

Sin embargo, la protección de tales normas se genera a partir del momento en que los órganos autorizados (legisladores y jueces) determinan que una situación compromete los principios fundamentales o los intereses generales protegidos. La influencia y carácter de estas autoridades de hecho y de derecho en la eficacia de tales normas – o instrumentos de protección jurídica del orden público-objeto -, nos hace reflexionar en la necesidad de que estas normas sean garantizadas, no sólo ante la autonomía de la voluntad de los particulares, sino ante la facultad de *imperium* del estado, concepto mismo debido a este orden y consecuencia de él.

A pesar de que los estudios que han observado el concepto del orden público han concluido en muy diversas y a veces opuestas teorías acerca de su naturaleza y contenido, o acerca de su valor sustantivo o adjetivo, todas ellas coinciden de modo implícito en su objeto y en su aplicación. Desde la primera teoría pandectista hasta la más original concepción de La Fuente, nunca se ha puesto en duda que el papel del orden público en un sistema jurídico es el del aseguramiento de la eficacia de una

---

<sup>2</sup> Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, Art. 53.

norma que es considerada sustancial y por diversas razones, imprescindible. En su objeto, al orden público le es reconocido por todas las teorías, su carácter de poder objetivo frente a la autonomía de la voluntad. Asimismo todas las teorías coinciden en situar su aplicación en el ámbito normativo. Sin embargo, no existe este consenso respecto de su carácter de poder objetivo y necesario frente al mismo poder que le da origen. Entre otras, la concepción vigente en nuestro sistema jurídico establece como única limitante la autonomía de la voluntad, tal como afirma la teoría del interés social; pero desde esta perspectiva, ¿es posible sostener presupuestos tan esenciales como la equidad tributaria con tan sólo la voluntad privada? Más bien parece pensable que la sucesión pendular en el poder sea la que organice la miscelánea de las normas “indispensables” por negociación; o de otro modo, ¿sería posible un límite normativo al poder mismo normante? Es este el principal problema que motiva a explorar el tema del Orden Público, desde una óptica de la influencia que el planteamiento acerca de su concepto pueda tener en su aplicación, en concreto en el ámbito normante por excelencia: el legislativo. Esto supondrá el problema de la búsqueda del medio de aseguramiento adecuado de este carácter inderogable de las normas de orden público que, de lo contrario, podría suponer una vinculación facultativa o discrecional.

Por otro lado, es de suponerse la rigidez con que podría polarizarse un sistema normativo de dejarse al criterio discrecional de la autoridad la selección normativa del orden público, o se acercaría a la veleidad de intereses no esenciales de la necesidad política. Y he aquí que llegamos al umbral de la puerta de Babilonia, pues al delimitar de este modo la calidad de las normas que han de ser protegidas, buscando sólo aquellas que por la naturaleza de su objeto jurídico o por su pertenencia al orden de las garantías o estructura estatal debemos preguntarnos más que por un criterio específico, por un conjunto de elementos reveladores de esta pertenencia, y en definitiva, por los elementos significantes, epistemológicos y semánticos que ha de tener el concepto de orden público, pues es grave la

consideración de la falta no ya de consenso, sino de un acercamiento lejano al acuerdo, en este nuestro tema del presente estudio.

Es por todo lo anterior que me preocupó profundamente la rigidez, inderogabilidad y vigencia de dichos principios, a través de una instrumentación jurídica –ya se verá adelante por qué tendría que ser jurídica-, de carácter superior, que garantice al Estado de Derecho, la vigencia jurídica y la permanencia social de aquellos principios sustanciales del Derecho, y que compartan con este todas sus características y su objeto. A esta instrumentación jurídica es lo que doctrinistas como Horacio de la Fuente llaman ‘Orden Público-Institución’ u ‘Orden Público Instrumento’<sup>3</sup>, dotando así a este baluarte jurídico, de una concepción adjetiva, y no sustantiva, como se hace empíricamente o en teorías como la de Marcel Planiol<sup>4</sup>. Esta preocupación por el abuso que la subjetividad de las aproximaciones académicas permitía al legislador y en general al detentador del Monopolio de la Violencia –Estado- en turno, dio origen a esta tesis. En la misma, buscaré señalar, sabiendo de antemano que no sustraigo ni añado nada nuevo a la *ratio* que grandes juristas han aportado a la institución en comento, que este enfoque instrumental o adjetivo es el mejor enfoque, desde un punto de vista muy práctico, para evitar abusos de poder en el proceso legislativo concretamente.

Esta última delimitación, enfatizando el proceso legislativo tiene únicamente fines prácticos, buscando mayor concreción y aplicabilidad de la tesis a la realidad práctica. Sin duda que esta misma aproximación adjetiva al concepto podrá tener un sinfín de aplicaciones y ventajas en muchos lugares del espectro jurídico-político, pero he de ceñirme a este único aspecto, buscando una mayor claridad y especificidad en el presente documento.

---

<sup>3</sup> DE LA FUENTE, Horacio H., *Orden Público*, Astrea, Buenos Aires, 2003.

<sup>4</sup> PLANIOL, Marcel, *Tratado Elemental de Derecho Civil*, Editorial Cárdenas, México, 1991.

La hipótesis que se busca probar con el desarrollo de la presente investigación es si la inclusión de la rigidez como efecto esencial y constitutivo del concepto de orden público en su aspecto más formal o adjetivo, es indispensable para su correcta embalación en el sistema jurídico mexicano, y para dar eficacia jurídica a esta institución de suyo protectora, no sólo frente a particulares sino frente al Estado.

Para el desarrollo del trabajo y su investigación se aplicaron los siguientes métodos: Método Discursivo, para arribar a un análisis del concepto del orden público que considere lo ya abordado por los doctrinistas, sin partir de cero, y sobre todo para evidenciar los elementos comunes presentes en todas las teorías y definiciones. Método Sistemático, el orden público se enlaza directamente con un sistema coherente y más amplio. Como tal, se analizará el orden público dentro del orden orgánico al que pertenece, procurando ser congruente con su naturaleza y posicionamiento teórico. Método Deductivo, para lograr una proyección práctica de la función del orden público, partiremos de conceptos generales, como el principio de constitucionalidad, la ley, el interés público y su relación con el privado, que pertenecen a un orden de ideas más universal -o bien correlativo- que el propio Orden Público y, más evidentemente, el de su aplicación práctica. Método Histórico, en el campo del derecho, el conocimiento pleno de las instituciones sólo es posible si se conoce su evolución histórica. En el caso que nos compete, el orden público ha sido objeto de una incesante evolución y manipulación teórica y práctica, que han ido difuminando los trazos de los elementos que le dieron razón y existencia. Por tal motivo, consideramos conveniente hacer una sucinta consideración histórica del término, con la subsiguiente valoración de sus distintos momentos evolutivos. Método Científico, la Tesis, en su totalidad, debe de desarrollar un sistema científico que, a través del estudio de las cosas por sus causas, nos acerquen a un saber completo, coherente, verdadero y aceptable, que debe de coincidir con la comprobación de la hipótesis.

En un primer capítulo, expondré sumariísimamente algunas de las concepciones teóricas del Orden Público y sus elementos comunes, buscando dar pie al segundo capítulo, piedra de toque y a la vez pilar de esta tesis. En dicho capítulo se confronta el problema concreto del poder legislativo y su praxis, con el problema de la mutabilidad del Orden Público aplicado a la ley; de dicha confrontación se obtiene a manera de síntesis, claridad respecto a cuál es el objeto jurídico tutelado por la institución Orden Público. Esto permitirá demostrar además cómo el Orden Público y su objeto tutelado, aún siendo rígido por su naturaleza, son compatibles con la flexibilidad de la ley sin poner en riesgo el Estado de Derecho, ante un poder legislativo de ideología, doctrina y espectro socio-político cambiante.

Finalmente, en un tercer y último capítulo, buscaré mostrar un bosquejo de los lugares en el diagrama del proceso legislativo, en donde esta concepción adjetiva del Orden Público atraerá beneficios y donde servirá de dique contenedor de intereses politizados, finalizando con la propuesta práctica que permitirá la aplicación concreta de lo planteado por la presente tesis.

Espero, con este esfuerzo, que las presentes letras sirvan a manera de sal en la comida, de diente en el engranaje del reloj, redundando poco o mucho en un mejor México, en la construcción lenta pero sabia de un Estado de Derecho digno de nuestros queridos clásicos y de nuestro grandes héroes, populares y anónimos.

## 1. Trascendencia de la Definición de Orden Público

Se menciona al inicio de este estudio el carácter troncal del concepto estudiado para un Estado de Derecho, cuya orientación precisamente es el Orden Público, sustentado en la norma. Pues bien, este carácter troncal o clave, toma su relieve de la materia misma a la que el concepto pertenece, independientemente de la teoría que lo focalice o acoja. Al estudiar más adelante las distintas teorías se verá en concreto el alcance material del concepto; respecto del formal, nos limitaremos a analizar su aplicación en el ámbito legislativo, en donde precisamente se cometen mayores arbitrariedades a consecuencia de la falta de preparación de quienes se dedican a la estilización de las normas o en algunos casos a la politización y manejo lateralizado de los espacios que la norma jurídica ampara.

Es así entonces que, como se venía tratando, el derecho como todo orgánico preciso, del que depende un *mínimum* de organización social y de estabilidad comunitaria, requiere la precisión en conceptos tan esenciales como justicia, autoridad, garantía, norma, proceso, entre otros. A pesar de ser conceptos con connotación no pocas veces política, su inherencia, en este orden mínimo e irrenunciable, exige por sí sola no únicamente la huída de la ambigüedad, sino la búsqueda de una respuesta más satisfactoria a la realidad jurídica neta. El concepto de Orden Público entonces, no debería escapar, al menos teóricamente a esta necesidad de precisión.

En este orden de ideas, el concepto de Orden Público ha sido llevado y traído de una teoría operativa a una subjetiva, de una abstracta a una pragmática, muchas veces mutando de modo binario de una doctrina a otra. A pesar de que, como veremos, ciertos elementos constituyen una constante en cualquier teoría manejada,

estos elementos se entreveran entre una y otra pasando de una posición estructural a una coyuntura tangencial, o de un status sustantivo a un rictus adjetivo.<sup>5</sup>

La poca importancia que se le ha dado a la definición científica del concepto y algunas definiciones risiblemente resignadas, han hecho del Orden Público, y de las normas que bajo este carácter son promulgadas, una institución netamente arbitraria y discrecional del poder legislativo, en época de turno permanente. El principal riesgo de esto es que en la práctica se le olvide al legislador que *“el Estado no está sobre el Derecho, de suerte que puede librarse del Derecho mismo. Lo que depende de su poder, no es el saber si el Orden Público debe existir, sino el cómo ha de organizarse.”*<sup>6</sup>

En esta tesis de investigación, partiremos así del planteamiento del problema de un Orden Público sujeto a la interpretación libre de su usuario, llámese determinación particular o, los más de los casos, poder público. Partiremos de la necesidad de dar molde general, sin ambición mayor que las de los muchísimos teóricos que dieron origen a tantos miles de intentos, sino sólo con el interés meramente práctico de dar una pauta a los que realizan el encargo legislativo o reglamentario, para instrumentar las normas y reglamentos de Orden Público de modo adecuado a la certeza jurídica que esta misma institución protege. Se trata de un problema político, pero que parte para su solución, de la doctrina y, sobre todo, de la obligatoriedad de la norma jurídica misma. Esa será pues, nuestra propuesta.

---

<sup>5</sup> Esta riqueza de definiciones se ha nutrido también de la diversidad de ramas jurídicas, pues en cada rama el Orden Público se presenta con características especiales, y es por ello que cada jurista especializado puede llegar a verlo desde un punto de vista muy peculiar y diferente a otros especialistas del derecho en otra rama; no obstante, todos estos enfoques, más que dificultar el camino a una definición, debieran facilitarnos una mejor comprensión general del concepto, que sea capaz de incluir y acoger todas esas particularidades.

<sup>6</sup> TENA Ramírez, Felipe, *Derecho Constitucional Mexicano*, Ed. Porrúa, México 2005, p. 27



## CAPÍTULO I

### I. TEORÍAS DEL ALCANCE DEL ORDEN PÚBLICO

Como se verá en nuestra tesis, el límite y ordenamiento en este pódium jurídico supondrá **el problema de la búsqueda del medio de aseguramiento adecuado de este carácter inderogable de las normas de Orden Público que, de lo contrario, podría suponer una vinculación facultativa**. En esta búsqueda tomaremos en cuenta la estructuración orgánica de elementos que no han de ser obviados ni dejados de lado por parte de quienes legislan o reglamentan, con miras a encuadrar el Orden Público dentro de un Estado de Derecho que brinde certeza jurídica, no sólo respecto de la irrenunciabilidad normativa a los particulares, sino de la rigidez mínima que debe imponerse a la arbitrariedad del poder material normante, en constante sucesión.

Por medio del presente estudio, en un primer momento analizaremos las líneas generales del concepto de Orden Público, desde los principales puntos de vista actuales, centrándonos en sus coincidencias, mismas que nos servirán para establecer un eje de rotación al analizar la mutabilidad del Orden Público, que en el marco de la tarea legislativa – la segunda parte de nuestro estudio- desencadena una serie de praxis que nos llevarán a reparar en la necesidad de centrar la inderogabilidad –paralela al concepto ‘irrenunciabilidad’ aplicable a los particulares- del Orden Público en un plano más objetivo, que al aplicarlo a la técnica legislativa en nuestro tercer capítulo se traducirá en un concepto netamente instrumental y adjetivo del Orden Público.

## 1. Complejidad fenoménica del concepto de Orden Público.

### A. Planteamiento del problema

El Orden Público constituye una institución sin duda central dentro del Derecho en general y de un Estado de Derecho que se precie de brindar Justicia y Equidad a un Estado; no obstante ello, el punto de partida inevitable al tan solo mencionar este concepto, es la dialéctica de su comprensión; dialéctica tanto de la amplitud de causas y efectos que componen dicha institución jurídica, como de los elementos para desentrañar una teoría adecuada para su eficaz aplicación, sin collados ni colinas<sup>7</sup>.

Desde hace por lo menos dos siglos, el debate respecto a su significado ha tomado nuevos cursos, cada vez más focalizados y a la vez más distantes uno del otro. Focalizados, en cuanto al interés en la investigación de la naturaleza del concepto; distantes, paradójicamente, en cuanto a los resultados de su aplicación y concretización en un marco jurídico ejemplarmente adecuado al concepto obtenido y a la organización jerárquica y material de las normas o criterios jurídicos que su realización requiere.

---

<sup>7</sup> Cabe anotar, como bien advierte Horacio de la Fuente en la Introducción de su obra, *El Orden Público*, que el estudio del Orden Público “constituye uno de los temas más complicados y difíciles de la ciencia jurídica.” Esta tesis, pues, no será la ambiciosa pretensión de resolver un debate conceptual de varios siglos de antigüedad, sino brindar una opinión sobre uno de los aspectos que se beneficiarían al optar por una de las muchas definiciones que se han aportado, o dicho de otro modo, asomarnos al tema desde un punto de vista o enfoque concreto, desde el que se podrá ver mejor cómo debe ser hecha la elección del concepto más adecuado, bajo criterios de practicidad o utilidad, con independencia de los beneficios que para otros enfoques o aspectos del derecho pudiera tener otra determinada teoría conceptual del Orden Público.

La ambigüedad admitida en las ciencias sociales, muchas veces a causa de la naturaleza variable de su objeto o de la subjetividad de su apreciación, no así de su importancia y trascendencia, es en sí una situación necesaria. Sin embargo, algunas de estas ciencias sociales, como la psicología, la historia, el derecho y la literatura, entre otras, deben a su método de estudio un respeto a ciertos estándares cualitativos y cuantitativos muy precisos. Esto es, dicho de otro modo, que “aún las ciencias sociales requieren de precisión conceptual. Como dice González Uribe, “la Teoría del Estado no puede ni debe reducirse a una teoría o doctrina elaborada a partir de determinadas características ideológicas y gnoseológicas... es una disciplina científica cuya validez no depende de la corriente a la que esté adscrito el que la creó<sup>8</sup>.”

Es pues necesario considerar de entrada que aún las ciencias sociales, y de ellas el derecho, prominentemente desde el punto de vista arriba citado, exigen de manera intrínseca un orden orgánico en sus elementos troncales; cuanto más, asimismo, que el derecho, en su acepción principal, la objetiva, es la distribución esencial del *suus* individual, previamente dispuesto por una serie de relaciones personales y circunstanciales. Esta distribución “previa” supone un orden, y antes que un orden, una estructura cualitativa bastante precisa.

## **2. Algunas teorías del Orden Público<sup>9</sup>**

El estudio del concepto de Orden Público, si bien tiene poco más de dos siglos de progresión, ha sido de modo claro una inquietud jurídica y política desde los tiempos más antiguos, estando desde el inicio mismo de la política, implicado en la

---

<sup>8</sup> GONZÁLEZ Uribe, Héctor, *Teoría Política*, Ed. Porrúa, México 1972, p. 60

<sup>9</sup> DE LA FUENTE, Horacio, *op. cit.* pp. 10-25.

relación de convivencia entre el Estado y los particulares. A lo largo de esta búsqueda autores como Horacio de la Fuente<sup>10</sup>, Ignacio Burgoa Orihuela<sup>11</sup> o Fernando Figueroa<sup>12</sup>, entre otros, han acertado a dar con conclusiones que parcialmente han aportado elementos que brindan luz al conjunto material fenomenológico del concepto. Cada uno, desde su ángulo singular, han coincidido en varios matices, principios y caracteres de este concepto, que desarrollaremos con cuidado en la presente tesis, tales como su esencia fundamental o rol esencial en todo Sistema Jurídico, su carácter inderogable, su objetividad, etc.

#### *A. Teoría del Orden Público como Derecho Público.*

Basándose en el Derecho Romano, esta teoría entiende que las leyes de Orden Público son aquellas que se relacionan de una manera muy inmediata y directa con el Derecho Público. Tal relación se sustenta de origen en la máxima romana: *privatorum conventio iuri publico non derogat*<sup>13</sup>. Uno de los principales doctrinistas que sustentan esta teoría es Eduardo Busso<sup>14</sup>, quien afirmaba:

*En derecho positivo, Orden Público es un carácter especial que revisten ciertas leyes. Mas se trata entonces de una nota conceptual de esas normas legales, que de una entidad conceptual 'Orden Público'. El concepto que nos interesa es el de 'leyes de Orden Público'.*

---

<sup>10</sup> *Idem.*

<sup>11</sup> BURGOA Orihuela, Ignacio, *Las normas de Orden Público y el interés social*, Cultura T.G., México, 1953.

<sup>12</sup> FIGUEROA, Fernando, *Noción de Orden Público de Derecho administrativo*, Unión, México, 1966.

<sup>13</sup> Dig. 50, 17, 45, 1.

<sup>14</sup> BUSSO, Eduardo B., *Código Civil anotado*, t. I, Ed. Ediar, Buenos Aires, 1958, p. 189, no 18.

Dicho en otras palabras, el Orden Público por sí mismo no tiene representación conceptual en el juicio jurídico, sino sólo de forma contingente en la medida en que se expresa en las leyes de Orden Público. Recordemos que lo que caracteriza al Derecho Público es la desigualdad en las relaciones que rige, relaciones entre el Estado y los sujetos jurídicos sobre los que ejerce poder. Las consecuencias de esta relación, en materia de Orden Público, y por lo tanto las consecuencias de esta postura, serían:

- a) Estas leyes no pueden ser dejadas sin efecto por acuerdo de las partes en sus contratos, pues siempre son imperativas, al ser de Orden Público.
- b) El principio de que las leyes no tienen carácter retroactivo no juega en materia de estas leyes de Orden Público. No obstante lo cual una oportuna comprensión del Orden Público por parte del poder normante, supondría la invariabilidad de esta comprensión *a priori* de la justicia y el bienestar social. No tendría que existir el fenómeno de la retroactividad en las leyes que rigen los fundamentos o nexos necesarios del Estado para que sea tal.
- c) En el caso que los jueces deban aplicar una ley extranjera, estas leyes no deberán aplicarse si ello importa desplazar una ley nacional de Orden Público.

Esta teoría entiende que una cuestión se llama de Orden Público cuando responde al ámbito imperativo de la ley, propio del derecho público, opuesto a las cuestiones de orden privado, en las que sólo juega un interés particular. Por eso las leyes de Orden Público son irrenunciables, imperativas: por el contrario las de orden privado son renunciables, permisivas y confieren a los interesados la posibilidad de apartarse de sus disposiciones y sustituirlas por otras. El principio de orden, sobre el que se basa toda sociedad, toda convivencia humana, implica necesariamente limitaciones a la actividad objetiva del sujeto; por ende, éste estará impedido para desarrollar cualquier acto que engendre conflictos dentro de la vida social.

Tal teoría actualmente se encuentra desestimada, pues, como menciona Horacio de la Fuente, *Orden Público y derecho público, en el derecho moderno, son conceptos sustancialmente diferentes. Si bien no se discute que, en principio, el derecho público es de Orden Público, en el derecho privado existen numerosas disposiciones que también son de Orden Público, lo que demuestra la inconsistencia de dicha posición*<sup>15</sup>. Del mismo modo, la jurista española Elisa Pérez Vera<sup>16</sup>, en su obra *Derecho Internacional Privado*, de forma explícita distingue claramente los elementos confundidos en esta teoría: la ley de Orden Público y la norma imperativa en general. Desde luego tal distinción no escapa de la influencia específica del sistema jurisdiccional español. En efecto, en la obra mencionada establece:

*... la cláusula de Orden Público es preciso distinguirla de las llamadas normas imperativas o de aplicación inmediata. Éstas expresan también principios y valores fundamentales del ordenamiento, pero: 1) Operan en la fase de determinación del derecho aplicable, siendo de aplicación inmediata por su contenido material. 2) Al ser de aplicación inmediata, impiden la consulta y aplicación del derecho extranjero en el punto concreto que regulan, a diferencia de la excepción de Orden Público, que requiere la consulta previa del derecho designado por la norma del conflicto. 3) Son de orden legal, en tanto que la cláusula de Orden Público es activada por el juez en cada caso concreto.*

### *B. Teoría de la organización social*

Sus principales teóricos son Salvat, Llambías, Capitant, Díez Picazo y Baudry Lacantinerie. Este último considera que el Orden Público “es el conjunto de ideas sociales, políticas, morales, económicas, religiosas a veces, a cuya observancia cree

---

<sup>15</sup> DE LA FUENTE, Horacio, *op. cit.*, p. 10.

<sup>16</sup> PÉREZ VERA, Elisa et al., *Derecho Internacional Privado*, 2ªed., Ed. Colex, t. I, pp. 164 y ss.

*una sociedad ligada su existencia*<sup>17</sup>. Se destaca a veces el valor que tienen las normas constitucionales en el contenido de la institución, definiendo al Orden Público como *los principios generales de carácter constitucional que sirven de fundamento al orden social, industrial y político*<sup>18</sup>. Estas teorías suponen un *usus* de origen, pero que a más de ser considerado obligatorio es considerado esencial para la subsistencia de la comunidad en que se asiente el mismo. Es el concepto jurídico liberal-nacionalista del Orden Público<sup>19</sup>.

Esta teoría conlleva una muy clara confusión conceptual, mas por tratarse del mismo problema tanto en la teoría de la organización social como en la teoría del interés general, lo trataremos al hablar de esta última.

### C. Teoría del interés general.

Sus principales partidarios son Despagnet, Planiol y Borda. Esta teoría, la del Orden Público como interés general, es sumamente importante, sólo siendo superada en su aceptación por la de la organización social. El primero, Despagnet, considera a las leyes de Orden Público como el *conjunto de reglas que, dadas las ideas particulares admitidas, afectan los intereses esenciales de ese país*<sup>20</sup>. Tal y como afirma De la Fuente, *los sostenedores de esta posición... consideran la expresión orden público como sinónimo de interés general, interés colectivo, interés*

---

<sup>17</sup> Citado por BORDA, *Concepto de ley de Orden Público*, LL, 58-997. En términos similares se expresa también Malaurie, para quien "el Orden Público es el buen funcionamiento de las instituciones indispensables a la colectividad" citado por GHESTIN, Jacques, *Las Obligaciones*, Argentina, 1995, p.66.

<sup>18</sup> ORGAZ, *Los límites de la autonomía de la voluntad*, LL, 64-224.

<sup>19</sup> Esta teoría de Orden Público ha sido notablemente aceptada por autores de muchos países, como Salvat y Llambías en Argentina; Napoletano en Italia, Díez-Picazo en España y Lacantinerie, Capitant, Malaurie y Saleilles en Francia.

<sup>20</sup> Citado por BUSSO, *Código Civil anotado*, t. I, Ed. Ediar, Buenos Aires 1958, p.191, n°30.

*público, bien común, bienestar general, bienestar social y términos similares*<sup>21</sup>. Se trata pues de una visión subjetiva del concepto, diferenciándose de la teoría que identifica al Orden Público con las normas imperativas en que aquella atiende a un punto de vista más bien material.

Conforme a lo dicho arriba, tanto la teoría de la organización social como esta, la del interés general, *incurren en una evidente confusión al identificar el Orden Público con los ‘principios fundamentales’ o con el ‘interés general’, ya que no distinguen el bien jurídico protegido –esos principios o esos intereses- del medio o técnica que emplea el derecho para preservarlos*<sup>22</sup>. Como veremos a lo largo de la presente tesis, el Orden Público es por naturaleza una institución jurídica, y por el contrario, los principios fundamentales o los intereses generales no son ni podrían ser instituciones jurídicas, sino el contenido de las mismas, que son protegidas y garantizadas mediante un medio o técnica del ordenamiento jurídico, al que llamamos precisamente “Orden Público.”

#### *D. Teoría del Orden Público institución.*

El principal autor de esta teoría es el argentino Horacio H. de la Fuente. En esta teoría el Orden Público es considerado *medio o técnica de que se vale el ordenamiento jurídico para garantizar, limitando la autonomía de la voluntad, la vigencia irrestricta de aquellos “principios”, “estructuras” o “intereses”, que deben ser protegidos por encima de todo interés particular*<sup>23</sup>. En otros términos esta teoría distingue Orden Público-institución como instrumento que tutela un bien jurídico particular y el Orden Público-objeto, esto es, el bien tutelado en sí mismo, y que

---

<sup>21</sup> DE LA FUENTE, Horacio, *op. cit.*, p. 14

<sup>22</sup> *Ibidem*, p. 15

<sup>23</sup> *Idem*.

dependerá de la teoría de Orden Público que subsidiariamente acuda como materia del Orden Público-institución. Esta teoría es precisamente la que propondremos en nuestro estudio, como el medio adecuado de reforzamiento de la inderogabilidad de las normas de Orden Público, y que desarrollaremos más adelante.

### *E. Teoría internacionalista*

Una de sus principales doctrinistas en México es María Elena Mansilla y Mejía<sup>24</sup>. Esta teoría, siguiendo la línea casuística del método en la materia, se refiere al Orden Público como "una concepción propia según la cual los Estados... ..requieren la organización política de los mismos sobre la base del ejercicio efectivo de la democracia representativa" (Carta de la OEA, art. 3.d ); y los derechos del hombre, que *tienen como fundamento los atributos de la persona humana, deben ser objeto de protección internacional*<sup>25</sup>. Es decir, el Orden Público, en esta definición internacionalista, se compone por dos términos: soberanía (entendida como la capacidad de un Estado de determinar su destino en el ámbito exterior mediante su sufragio ante la comunidad internacional) y los derechos humanos<sup>26</sup>. A veces podría

---

<sup>24</sup> MANSILLA y MEJÍA, María Elena, *Naturaleza Jurídica del Orden Público en el Derecho Internacional Privado*, Anales de Jurisprudencia, Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, México, 2004, pp. 333-351.

<sup>25</sup> Convención Interamericana de Derechos Humanos, Considerandos, p. 2.

<sup>26</sup> Es posible entender el bien común, dentro del contexto de la Convención arriba citada, como un concepto referente a las condiciones de la vida social que permiten a los integrantes de la sociedad alcanzar el mayor grado de desarrollo personal y la mayor vigencia de los valores democráticos. En tal sentido, puede considerarse como un imperativo del bien común la organización de la vida social en forma que se fortalezca el funcionamiento de las instituciones democráticas y se preserve y promueva la plena realización de los derechos de la persona humana.

No obstante dicho ideal, -que entre otras cosas responde a un modelo de Estado y a un momento político determinado- no escapa a la Corte Interamericana la dificultad de precisar de modo unívoco los conceptos de "Orden Público" y "bien común", ni que ambos conceptos pueden ser usados tanto para afirmar los derechos de la persona frente al poder público, como para justificar limitaciones a esos derechos en nombre de los intereses colectivos. A este respecto debe subrayarse que, en el ámbito jurídico Internacional, de ninguna manera podrían invocarse el "Orden Público" o el "bien común" como medios para suprimir un derecho garantizado por la Convención o para desnaturalizarlo o privarlo de contenido real (ver el art. 29.a de la Convención).

Tal como dice la opinión consultiva OC-5/85 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, esos conceptos, en cuanto se invoquen como fundamento de limitaciones a los derechos humanos, deben ser objeto de una

confundirse el Orden Público con el *iuscogens en esta teoría*; pero como dice Eric Suy, *nada tiene que ver con la noción que hoy tenemos de iuscogens, sino que se limita a señalar el carácter esencial de un acto que igual puede ser voluntario que por obligación legal*<sup>27</sup>. Como bien sabemos un acto voluntario, como una donación, nada tendría que ver con el Orden Público. Una vez más en esta teoría observamos la confusión de términos entre el objeto del Orden Público y el Orden Público en sí, es decir, entre los principios protegidos y el instrumento de protección. Los principios protegidos en esta doctrina, la soberanía y los derechos humanos, son la materia del Orden Público, no el Orden Público en sí mismo. Por otro lado, incluso al confundir los términos mencionados, suponiendo sin conceder, que fuera una equiparación adecuada, un Orden Público-objeto constituido únicamente por estos dos elementos, se quedaría demasiado corto para cumplir con el fin al que por sí mismo el Orden Público-objeto aspira.

#### F. Otras teorías.

Cabe aclarar, asintiendo la aseveración de Horacio de la Fuente, que en esta enumeración de teorías, hemos dejado de lado algunas ya obsoletas, como aquella que identifica el Orden Público con cuestiones pragmáticas del servicio público u obligaciones administrativas del Estado, dado que hay fuera de lo administrativo numerosas disposiciones que también son de Orden Público<sup>28</sup>. El mismo autor, refiriendo otra teoría obsoleta, menciona la que identifica el Orden Público con la

---

interpretación estrictamente ceñida a las "justas exigencias" de "una sociedad democrática" que tenga en cuenta el equilibrio entre los distintos intereses en juego y la necesidad de preservar el objeto y fin de la Convención. Es así por ejemplo que en la sentencia de la Corte Internacional de Justicia del 28 de noviembre de 1958 identificada para el Caso Boll, Holanda demanda a Suecia en base a la Convención de 1902 (La Haya), acerca de la tutela de menores, en donde entre otras cosas dice que la ley Sueca, que tiene por objeto la garantía social, ha sido presentada por el gobierno sueco como ley de Orden Público... (por tanto)... no puede suscribirse por parte de ese país una interpretación de la Convención que provoque un obstáculo a este punto de progreso social. Una situación similar, encuadrada en el orden jurídico nacional de cualquier Estado podría dar una mejor idea del papel que cada norma y cada competencia jerárquica normativa juega en una institución protectora de un *mínimum* social irrestrictible su relación con las convenciones internacionales.

<sup>27</sup> SUY, Erik, *El concepto de iuscogens en el Derecho Internacional*, Ed. Porrúa, México, 1975, p. 18

<sup>28</sup> DE LA FUENTE, Horacio, *op. cit.*, p. 10.

voluntad del legislador, posición rechazada pues, si bien es cierto que la voluntad del legislador es, en principio, suficiente para acordar a una ley el carácter de Orden Público, deja sin explicar cuáles son los motivos o fundamentos determinantes de tal categorización, pues necesita conocerlos –el juez-, si la ley nada aclara al respecto, para decidir si le reconoce o no dicho carácter<sup>29</sup>. Del mismo modo, es de nuevo Horacio de la Fuente quien sugiere no se tomen tan en serio las teorías casuísticas o intuitivas, ya que no proporcionan un criterio general que ayude a precisar la configuración del Orden Público, sino únicamente una utilidad descriptiva y, en todo caso, didáctica<sup>30</sup>.

Para ilustrar de forma más práctica todo lo referente a las principales teorías, a continuación se presenta un cuadro comparativo:

Teoría	Contenido	Juristas	Objeción
Derecho público	Considera el Orden Público equivalente a leyes imperativas	Eduardo B. Busso	Si bien no se discute que, en principio, el derecho público es de Orden Público, en el derecho privado existen numerosas disposiciones que también son de Orden Público, lo que demuestra la

<sup>29</sup> *Idem.*

<sup>30</sup> *Ibidem*, p. 11

			inconsistencia de dicha posición
Organización social	<p>Equipara el Orden Público al conjunto de ideas y valores a los que está ligada una sociedad en lo referente a su concepto liberal-nacionalista. Particularmente considera los principios constitucionales. Es la teoría actual más importante.</p>	<p>Raymundo Salvat, Jorge Joaquín Llambías, Henri Capitant, Luis Díez Picazo y BaudryLacantinerie</p>	<p>Esta postura implica una evidente confusión al identificar el Orden Público con los 'principios fundamentales' o con el 'interés general', ya que no distinguen el bien jurídico protegido –esos principios o esos intereses- del medio o técnica que emplea el derecho para preservarlos.</p>
Interés general	<p>Identifica el Orden Público como un conjunto de reglas que garantizan el bien común, el bienestar general, el interés de la sociedad.</p>	<p>Jean D'Espagnet, Marcel Planiol y Guillermo Borda</p>	<p>Al igual que la anterior, estas teorías confunden Orden Público-objeto o materia del orden público, con el Orden Público en sí.</p>
Institución	<p>Distingue el Orden Público-objeto, del Orden Público-</p>	<p>Horacio H. de la Fuente</p>	<p>A pesar de considerarse por nuestro estudio la mejor definición, desde</p>

	<p>institución. Aquel es el Orden Público como organización social y como interés general; en cambio el segundo (Orden Público-institución), es la herramienta jurídica para garantizarlo. Se trata de una definición adjetiva, en contraposición a las dos anteriores, sustantivas.</p>	<p>el punto de vista de su aplicación, su existencia está ligada de forma esencial, al interés general y la organización social, pues son su nexo necesario o condición de existencia.</p>	
<p>Internacionalista</p>	<p>Relaciona el Orden Público con los dos elementos esenciales de una nación, de cara a los demás sujetos del derecho internacional: la soberanía y los derechos humanos. Sólo estos dos elementos, esenciales, son 'merecedores' de una protección de Orden Público para esta teoría. Algunas veces</p>	<p>María Elena Mansilla y Mejía</p>	<p>Esta postura implica, también, la confusión entre los 'principios fundamentales' o el 'interés general', con el Orden Público, sin considerar que este es más bien, un instrumento o institución jurídica para la protección de aquellos. Incluso, como Orden Público sustantivo – objeto-, se queda demasiado limitado.</p>

	<p>esta misma teoría confunde Orden Público con leyes imperativas, en el ámbito internacional privado.</p>	
OTRAS	<p>Teorías sin mayor importancia, como la que identifica el Orden Público con las obligaciones administrativas del Estado, o con la voluntad del legislador, o bien, en una postura derrotista, se limita a establecer casuísticas al más neto estilo empírico inglés.</p>	<p>Mourlon, Ana Bestard, Alberto Bianchi</p>
		<p>No pueden ser tomadas tan en serio estas teorías, también llamadas casuísticas o intuitivas, ya que no proporcionan un criterio general que ayude a precisar la configuración del Orden Público, sino únicamente una utilidad descriptiva y, en todo caso, didáctica.</p>

En nuestro código civil federal, en su artículo 6, el legislador mexicano adopta una teoría moderada, cercana a la teoría del interés general pero más cercana aún a la teoría de Orden Público equiparado a ley imperativa, donde el ámbito de validez es determinado sino por el interés social, pero desde un punto de vista más material que formal, expresándose así:

*La voluntad de los particulares no puede eximir de la observancia de la ley, ni alterarla o modificarla. Solo pueden renunciarse los derechos privados que no afecten directamente el interés público, cuando la renuncia no perjudique derechos de terceros<sup>31</sup>.*

Bajo esta óptica, para que puedan considerarse de Orden Público es preciso que los intereses colectivos sean de tal manera importantes que, no obstante la aquiescencia del particular, el acto pueda causar un daño a la colectividad, al Estado o a la Nación. Es decir, el sistema jurídico mexicano se postula como partidario de la teoría del interés general.

### **3. Elementos comunes a la definición de Orden Público desde distintas teorías y puntos de vista**

Al analizar estos elementos comunes, eligiendo el método aristotélico del hilemorfismo, podemos encontrar características muy particulares como su fin remoto, su carácter tutelar, su imperatividad, etc. Pero es precisamente de entre todas esas características o elementos, que nos encontramos con dos que son fundamentales, cuando se quiere aplicar el Orden Público desde la mirada del legislador: su adjetividad y su carácter instrumental. Son precisamente esas dos características las que se asentarán en el lente de nuestro microscopio y constituirán el núcleo de nuestra tesis, no tanto porque sean las más importantes, sino más bien por tratarse de las dos características que más certeramente permitirán fijar el Orden Público en el marco legal, de forma que los elementos sustanciales que constituyen su objeto permanezcan incólumes.

---

<sup>31</sup> Código Civil Federal de México, Disposiciones preliminares, art. 6º.

### A. Objeto del Orden Público

Con todo y el gran estertor de teorías del Orden Público, los fundamentos que giran en torno a la primera impresión conceptual constituyen una constante. Desde la primera teoría pandectista hasta la más original concepción de La Fuente, nunca se ha puesto en duda que el papel del Orden Público en un sistema jurídico es el del aseguramiento de la eficacia de un principio o valor que es considerado sustancial y por diversas razones, imprescindible y no negociable. Esta norma sustancial, está por encima incluso del derecho meramente positivo<sup>32</sup>. Como decía Savigny:

*... en cuanto al fin... queremos la fundación de un derecho no dudoso, seguro contra las usurpaciones de la arbitrariedad y los asaltos de la injusticia; este derecho ha de ser común para toda la nación y han de concentrarse en él todos los esfuerzos científicos<sup>33</sup>.*

En su objeto, al Orden Público le es reconocido por todas las teorías, su carácter superior frente a la autonomía de la voluntad. Tanto en los tratados internacionales, como en la mayoría de las legislaciones locales, las leyes de Orden Público son acompañadas por la **irrenunciabilidad** del particular a la norma. Esto se debe a la misma naturaleza relacional del derecho. Citando a Burgoa, el contenido de la norma jurídica deber radicar precisamente en la regulación de las relaciones entre los hombres, esto es, debe encausar aquel aspecto de su actividad que implique relaciones y juego de intereses recíprocos, bien de particulares entre sí o

---

<sup>32</sup> Ignacio Burgoa hace referencia, en su obra *Las garantías individuales*, al valor deontológico superior de normas que incluso en algún momento pueden llegar a ser omitidas por el sistema positivo de derecho. "Desde un punto de vista deontológico, la capacidad normativa del Derecho no es absoluta, esto es, el orden jurídico no está exento de barreras infranqueables al consignar las reglas de conducta humana que integran sus diversos ámbitos de normación... exigencias éticas que hacen que el derecho positivo no sea el *injustumjus* de los romanos." BURGOA, Ignacio, *Las Garantías Individuales*, Ed. Porrúa, México, 2004, p. 21.

<sup>33</sup> DE SAVIGNY, Federico Carlos, *De la vocación de nuestro siglo para la legislación y para la ciencia del derecho*, Ed. Atalaya, Argentina 1946, p. 66.

entre estos y los sociales y viceversa, para establecer el orden correspondiente, respetando siempre un *mínimum* de libertad humana<sup>34</sup>.

### *B. Materia del Orden Público*

Todas las teorías coinciden en situar su aplicación en el ámbito normativo, y subsidiariamente, en el jurisdiccional<sup>35</sup>; sin embargo, en la delimitación de nuestro estudio, nos polarizaremos por el fenómeno legislativo, netamente normativo.

Para algunos autores, como Busso, Malaurie u Orgaz<sup>36</sup>, el Orden Público ha sido un conjunto de principios que la norma (conjunto de disposiciones) debe proteger, mientras que para otros teóricos, como Horacio de la Fuente<sup>37</sup>, ha sido un conjunto de disposiciones que garantiza un conjunto de principios. En ambos

<sup>34</sup> BURGOA, Ignacio, *Las garantías individuales*, *op. cit.*, p. 21.

<sup>35</sup> **NORMAS JURÍDICAS. SI LA LEY NO DETERMINA EXPRESAMENTE QUE SEAN DE ORDEN PÚBLICO E IRRENUNCIABLES, CORRESPONDE AL JUZGADOR RESOLVER SOBRE EL PARTICULAR DE ACUERDO AL ANÁLISIS DE CIERTAS PREMISAS.**

El Orden Público ha sido entendido como el conjunto de reglas en que reposa el bienestar común y ante las cuales ceden los derechos los particulares, porque interesan a la sociedad colectivamente más que a los ciudadanos aisladamente considerados. Funciona, además, como un límite por medio del cual se restringe la facultad de los individuos sobre la realización de ciertos actos jurídicos válidos que tengan efectos dentro de un orden jurídico. El carácter de Orden Público de las normas adjetivas o sustantivas se determina de acuerdo al objeto de cada disposición y a su naturaleza. Así, el legislador puede declarar que una norma es de Orden Público y, en ese caso, el intérprete debe limitarse a aplicarla, a menos que se cuestione, desde el punto de vista constitucional, la facultad de hacer esa declaración. En defecto de una disposición expresa que establezca que una norma es de Orden Público e irrenunciable, la determinación de si tiene ese carácter queda librada al criterio judicial y para llegar a ello, el Juez debe tener en cuenta dos elementos de juicio: el primero, la intervención del Estado, que sólo es de carácter subsidiario en la composición de los conflictos privados, caso en el que las normas están dirigidas a proteger un interés privado, por lo que ante la duda debe considerarse que no afectan al Orden Público, debido a que es de suponer que si así fuese, el legislador lo habría previsto; y el segundo, que los principios que informan el concepto de Orden Público tienen su fuente en la Constitución General de la República y que, por consiguiente, se le viola cuando se desconocen algunas de las garantías que ella consagra. De ahí que para determinar cuándo es posible apartarse de las normas sustantivas o del procedimiento debe establecerse si se halla o no comprometido el Orden Público en cada caso, es decir, distinguir las normas de Orden Público de las que solamente afectan los intereses privados de los particulares.

TERCER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO.  
Amparo en revisión 1543/2003. 20 de marzo de 2003. Unanimidad de votos. Ponente: Armando Cortés Galván. Secretario: José Álvaro Vargas Ornelas.

<sup>36</sup> DE LA FUENTE, Horacio, *op. cit.*, p. 15.

<sup>37</sup> *Idem*.

supuestos, la constante material –no así la formal- constitutiva del Orden Público está presente. El elemento material y el formal, determinan la relación sustantiva o adjetiva con que se expresen, y constituyen el hilemorfismo del Orden Público.

### C. Forma del Orden Público

Aludiendo a la afamada definición de Rafael De Pina, ley es “la norma jurídica obligatoria y general dictada por legítimo poder para regular la conducta de los hombres o para establecer los órganos necesarios para el cumplimiento de sus fines<sup>38</sup>”. No sólo son ley, en sentido amplio, las normas que emanan del Poder Legislativo, sino también la Constitución, los decretos, los reglamentos municipales. En sí la sustancia normativa del Orden Público será *lato sensu*, aquellos principios, estructuras o intereses que deban ser protegidos con preponderancia frente a otros intereses, estructuras o principios dentro de un estado de derecho orgánico y sistémico. Desde el punto de vista estricto, la materia del Orden Público dependerá de la teoría desde la que sea contemplado, conservando siempre su *genus*, esto es, el carácter supremo del objeto, –sustancia o materia *lato sensu*-, de protección, sea cual sea su papel estructural en el sistema jurídico –forma-.

*Lamorfé* del Orden Público es la expresión normativa legítima que de forma esencial, concisa e integral regule el objeto de protección de nuestra institución en comento. Por tanto, la forma de este Orden Público es la ley misma, desde el punto de vista formal de la misma, y por tanto, en la medida en que esta es sancionada por el legislativo.

---

<sup>38</sup> DE PINA, Rafael, Diccionario de Derecho, Porrúa, México, 1977, p. 265.

Uno de los autores institucionalistas del Orden Público, Julio de Rea, expresa lo anterior del siguiente modo:

*Lo que resulta inconvencible del Orden Público, más allá de las diferencias axiológicas que puedan contener las distintas regulaciones, es su naturaleza jurídica, su carácter distintivo que se le fija como la fuerza directora y reguladora del Derecho Positivo, en cuya autoridad se cobijan los intereses que han de considerarse y en cuyo nombre se imponen las reglas jurídicas necesarias al mantenimiento de la armonía social<sup>39</sup>.*

Por su parte el Derecho Argentino, en letra de Ricardo Dalla Vía, lo considera como el *conjunto de normas positivas absolutamente obligatorias, donde no cabe transigencia ni tolerancia, por afectar a los principios generales de una sociedad o a las garantías precisas de su existencia<sup>40</sup>.*

#### *D. El Orden Público y las leyes imperativas*

En muchas ocasiones, sin afán de generalizar, cualesquiera variaciones tangenciales en la conceptualización del Orden Público, responden más bien a los pruritos intelectuales de los juristas, que a las necesidades de unidad del Derecho en un mundo cambiante y complejo cuyo objeto final sigue siendo la constante y perpetua voluntad de dar a cada uno lo suyo. En muchas ocasiones ese afán ha culminado en resignación existencialista respecto del fin del estudio del Orden Público.

---

<sup>39</sup> DE REA, Julio, *Del Orden Público en el Derecho Positivo*, Ed. J. Menéndez, Argentina, 1926, p. 27.

<sup>40</sup> DALLA Vía, Alberto Ricardo, *Relevancia del Orden Público en la afirmación de la autonomía personal*, Universidad de Buenos Aires, Argentina, 2005, p. 2.

No obstante lo anterior, casi todas las concepciones del Orden Público lo identifican con la posición positivista de Kelsen o Hart, en una lectura más actualizada, donde el Orden Público es homologado con el derecho positivo como expresión de la voluntad estatal toda vez que una característica de la norma jurídica es su carácter imperativo. Es así que se suele confundir el Orden Público con las normas imperativas. Sin embargo, una anotación cabe aquí con importancia singular, ya que si bien el Orden Público responde a una manifestación de la voluntad estatal, como veremos más adelante esta manifestación sólo tiene sentido desde un aspecto formal, ya que **no es la voluntad estatal el objeto del Orden Público, sino la protección de un estándar, de un *mínimum* de convivencia y respeto no sólo a la sociedad o nación, sino al sujeto de derecho en su ámbito personal.** La voluntad estatal en el caso del Orden Público es tan sólo una expresión, formalizada en el poder correspondiente, para estructurar el Estado de Derecho. No deberá desviarse por lo tanto de la inderogabilidad de los principios que rigen un estado de realización de aquellas condiciones sociales y particulares que deben ser encarnadas en los ciudadanos y en la sociedad en comento. Citando a Burgoa, por lo general, ni la Ley Fundamental ni las leyes orgánicas de garantía indican en qué casos se está en presencia de un interés social, estatal, público, general, etc.; en la mayoría de las veces se concretan los ordenamientos jurídicos a mencionar simplemente el interés del Estado o de la sociedad como dique a la libertad humana en sus distintas y correspondientes manifestaciones<sup>41</sup>. Cuando alguna norma olvida hacer mención de tales intereses, o incluso cuando la mención va dirigida expresamente a ellos, tal condición no tiene nada que ver con su carácter de Orden Público, pues este no puede quedar al arbitrio de los errores, intencionales o no, del legislador.

Es así pues, que el Orden Público está asociado a un conjunto de elementos, no siempre idénticos en su prelación, pero sí análogos en sus funciones, que han

---

<sup>41</sup> BURGOA, Ignacio, Las Garantías Individuales, *op. cit.*, p. 306.

permanecido invariables al paso de las teorías. Conceptos tales como la norma obligatoria, los principios sociales, la autonomía de la voluntad, la autoridad competente, interés general y particular, la irrenunciabilidad e inderogabilidad, etc. Por otro lado, entre todas las distintas clasificaciones a que la disposición de estos elementos han dado lugar, se pueden distinguir sumariamente dos tipos principales de definiciones: las sustantivas y las adjetivas.

### *E. El Orden Público en el Derecho mexicano*

Nuestra constitución social, que tan sólo incluye 5 veces en su texto el concepto (arts. 6, 16, 94, 115 fr. VII, 122 F y 130), no repara en la definición del mismo. Por su parte se han emitido criterios jurisprudenciales casi siempre en el mismo sentido, sustentando la indeterminabilidad e historicidad del concepto y por lo tanto su relatividad, situación que nos llama la atención al considerar que tales criterios jurisprudenciales, al mismo tiempo que basan la definición del concepto en cuestiones de tiempo, lugar y circunstancias, insisten en la necesidad de criterios objetivos en su determinación. Estos criterios objetivos, o filtros precedentes por los que han de pasar el tiempo, lugar y circunstancias, es lo que en el presente estudio situamos como la sustancia u objeto del orden social, y lo que la Suprema Corte atribuye a los jueces al interpretar el Orden Público, es lo que debiera estar mayormente protegido por la forma o adjetivación del Orden Público, no ya en el ámbito jurisdiccional sino desde el ámbito de creación normativa incluso. He aquí algunas jurisprudencias en cuestión:

#### ***SUSPENSION, NOCIONES DE ORDEN PÚBLICO Y DE INTERES SOCIAL PARA LOS EFECTOS DE LA.***

*... 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 prevaletientes 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.

Amparo en revisión 1033/89. *Minerales Submarinos Mexicanos, S.A* (Recurrente: Secretario de Programación y Presupuesto y otras). 8 de agosto de 1989. Unanimidad de votos. Ponente: Genaro David Góngora Pimentel. Secretaria: Adriana Leticia Campuzano Gallegos.

Y ocho años después:

**ORDEN PÚBLICO. ES UN CONCEPTO JURÍDICO INDETERMINADO QUE SE ACTUALIZA EN CADA CASO CONCRETO, ATENDIENDO A LAS REGLAS MÍNIMAS DE CONVIVENCIA SOCIAL.**

**El Orden Público no constituye una noción que pueda configurarse a partir de la declaración formal contenida en una ley. Por el contrario, ha sido criterio constante de la Suprema Corte de Justicia de la Nación que corresponde al juzgador examinar su presencia en cada caso concreto, de tal suerte que se perfila como un concepto jurídico indeterminado de imposible definición cuyo contenido sólo puede ser delineado por las circunstancias de modo, tiempo y lugar que prevaletzan en el momento en que se realice la valoración.** En todo caso, para darle significado, el juzgador debe tener presentes las condiciones esenciales para el desarrollo armónico de la comunidad, es decir, las reglas mínimas de convivencia social; en la inteligencia de que la decisión que se tome en el caso específico no puede descansar en meras apreciaciones subjetivas, sino en elementos objetivos que traduzcan las preocupaciones fundamentales de la sociedad, **siempre buscando no obstaculizar la eficacia de los derechos de tercero.**

CUARTO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA ADMINISTRATIVA DEL PRIMER CIRCUITO.

Amparo directo 312/2004. *Alberto Salmerón Pineda*. 12 de enero de 2005. Unanimidad de votos. Ponente: Jesús Antonio Nazar Sevilla. Secretario: Ernesto González González.

Y también la siguiente:

**SUSPENSIÓN EN EL AMPARO. ALCANCE Y VALORACIÓN DE LOS CONCEPTOS "INTERÉS SOCIAL" Y "ORDEN PÚBLICO", PARA EFECTOS DE SU CONCESIÓN.**

*El vocablo "interés" implica nociones como bien, beneficio, utilidad, valor de algo, importancia, conveniencia y trascendencia. Cuando se ubica en el ámbito social, debe tratarse de un beneficio, utilidad, valor, importancia, conveniencia o trascendencia o bien para la comunidad o sociedad. Asimismo, el vocablo "orden" hace referencia a la idea de un mandato que debe ser obedecido. En el contexto de lo público, es decir, de Orden Público, puede entenderse como un deber de los gobernados de no alterar la organización del cuerpo social. Tales nociones, en materia de suspensión del acto reclamado, deben plantearse en función de elementos objetivos mínimos que reflejen preocupaciones fundamentales y trascendentes para la sociedad, como las establecidas en el artículo 124 de la Ley de Amparo (funcionamiento de centros de vicio, comercio de drogas, continuación de delitos, alza de precios de artículos de primera necesidad, peligro de epidemias graves, entre otras). Por tanto, para distinguir si una disposición es de Orden Público y si afecta al interés social - nociones que, por cierto, guardan un estrecho vínculo entre sí- debe atenderse a su finalidad directa e inmediata en relación con la colectividad.*

PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA ADMINISTRATIVA DEL SEGUNDO CIRCUITO.

*Queja 8/2005. Manuel López López. 20 de enero de 2005. Unanimidad de votos. Ponente: Salvador Mondragón Reyes. Secretaria: Sonia Rojas Castro.*

*F. Carácter Supremo del Orden Público*

En medio de esta volatilidad del concepto, habremos de asirnos a un criterio inicial, básico y fundamental, a través del cual podamos tamizar cualquier factor enmarcándolo en un organicismo jurídico; una categoría *a posteriori*, bajo la que sólo pueda ser vista aquella intuición de Orden Público que realmente lleve de la mano la realidad social a la que se aspira y protege. Tal criterio, en tratándose de una institución constituyente de un Estado de Derecho, ha de seguir de la mano el principio de supremacía Constitucional, en el caso Mexicano, por lo mencionado arriba, en este mismo capítulo. Es así que el concepto de Orden Público supremo se

ha de identificar con la Constitución en su carácter de supra estructura jurídica y condición de validez de las restantes normas del ordenamiento, y de la misma manera, toda norma fundante **suprema**, deberá estar contenida en ella.

Es bien sabido que las normas Constitucionales tienen una preponderancia por sobre el acuerdo de voluntades particulares; ahora bien, esta preponderancia y fuerza de la norma Constitucional debe su carácter supremo, antes que al contenido material de la misma, a la posición suprema que formalmente constituye a la Carta Fundatoria del ordenamiento jurídico como Suprema Ley de una Nación. Como dice Ranelletti:

*... cuando decimos que el Derecho no puede ser límite de la potestad del Estado, entendemos hablar de cada norma jurídica en un determinado ordenamiento positivo, no del derecho o del ordenamiento jurídico en su totalidad. El Estado puede siempre modificar o abrogar cada una de las normas jurídicas vigentes, sustituir un orden jurídico nuevo al existente, pero no puede nunca suprimir el Derecho, hacer cesar el orden jurídico, porque con esto se negaría a sí mismo<sup>42</sup>.*

Por lo anterior, el Orden Público, como criterio amplísimo e incluyente de su objeto, a saber, la existencia y desarrollo de la sociedad sobre la que rige, debe ser un garante de la existencia misma del derecho, un instrumento jurídico para la protección de lo jurídico, e incluso de la existencia misma de los principios constitucionales del sistema jurídico. Por ello es que hemos elegido de entre todas las teorías, la que lo sugiere como un concepto adjetivo, de modo que el Orden Público, para efectos de esta tesis, será en adelante, **un elemento jurídico instrumental, de naturaleza normativa impositiva y tutelar, cuyo objeto es**

---

<sup>42</sup> RANELLETTI, Oreste, Instituciones de Derecho Público, Parte I, Porrúa, Milán, 1960, p. 36

**garantizar la vigencia y eficacia de los principios fundamentales que constituyen la sociedad, los intereses sociales más propios de la esencia del derecho y de la esencia del ser humano y los derechos mínimos de convivencia y seguridad.**

*G. Características esenciales del Orden Público comunes a todas las teorías.*

Esta primera conclusión, derivada de las teorías analizadas, incluye varios elementos:

- *Adjetividad del concepto:* se trata de una **institución** instrumental, contingente y complementaria, cuyo elemento material es a la vez su objeto, sin el cual dejaría de tener lugar y desaparecería. En este sentido, el Orden Público es el **medio** por el que se da protección a aquellos principios, estructuras e intereses que debieran ser prioritariamente protegidos. Estos son precisamente el objeto del cual pende la contingencia del Orden Público. La constitución, el fenómeno legislativo y la protección jurisdiccional subsidiaria conforman en sí el Orden Público instrumental del que hablamos, en un sentido estricto.
- *Carácter instrumental:* derivado de lo anterior, el Orden Público no es el conjunto de elementos esenciales de bien común, sino el medio con el que estos son protegidos y garantizados, un conjunto de normas imperativas que no pueden ser eludidas, no por su justificación formal, sino por el valor de su objeto a proteger, dentro de la estructura axiológica-social.
- *Carácter normativo:* el medio adecuado de expresión de esta protección es la norma jurídica, la ley, dado el carácter supremo del que se deriva su objeto *servando*. De este modo, el instrumento jurídico del que tratamos puede ser expresado tanto por un reglamento municipal, como

por una ley estatal, o federal, en la medida en que se adecúan a la Ley Suprema.

- *Carácter impositivo*: éstas normas prevalecen sobre cualquier acuerdo de la voluntad de particulares; deben ser cumplidas con independencia de los acuerdos y convenios tomados por las partes para sus negocios. Pueden ser mandatos o prohibiciones, pero nunca pueden ser dejadas sin efecto. A veces el carácter imperativo de alguna norma está en duda, por oscuridad de la ley; entonces, como veremos más adelante, debe considerarse si la norma atiende intereses sociales o públicos o si la norma se refiere únicamente a intereses de dichas partes. Es precisamente la delimitación de este carácter por parte del técnico reglamentario uno de los cometidos de nuestro estudio.
- *Carácter tutelar*: basado en su objeto, la **protección y garantía** de los principios fundamentales e intereses sociales del ordenamiento jurídico.
- *Fin remoto u objeto lato sensu*: así se trate de teorías sustantivas o adjetivas del Orden Público, el objeto de este es garantizar y dar eficacia operativa a los principios esenciales que constituyen la armonía y la convivencia social.

Este concepto incluye los elementos que han estado presentes de un modo u otro en las diversas teorías del Orden Público. Sin embargo, bajo el criterio planteado arriba, para enmarcar estos diversos elementos en una definición coherente de Orden Público, brota del razonamiento mismo la necesidad de partir de la norma normante que de forma objetiva instrumentaría el organicismo jurídico del que hablamos: la Constitución; la protección de su carácter de poder objetivo y necesario frente al mismo poder que le da origen.

Hasta aquí entonces, y con la finalidad de delinear la conclusión de este primer capítulo del presente trabajo, hemos ido esbozando la complejidad que encierra en su definición el Orden Público; la misma complejidad que ha aventurado a valiosos doctrinistas a estudiar, integrar, evaluar y arrojar nuevas definiciones o a estructurar las existentes en teorías con troncos comunes, desde distintas perspectivas. Estas teorías, como vimos en el capítulo, más que desmejorar la posibilidad de un consenso o el resquebrajamiento de la objetividad del concepto, han permitido, como por razonamiento inductivo, una aproximación lógica certera, casi matemática, a las líneas del bosquejo que describen lo esencial del concepto: sus elementos comunes.

En resumen, de forma aislada, cada teoría aporta una perspectiva rica y distinta; no obstante, la masa común de las teorías del Orden Público, evidencia la existencia de una serie de elementos comunes, indispensables a la doctrina del Orden Público. El primero de estos elementos, común a todas las teorías, es la irrenunciabilidad de las normas de Orden Público, en contraste con las obligaciones derivadas de la autonomía de la voluntad. El segundo elemento esencial de la doctrina del Orden Público lo constituye su hilemorfismo: la esencia, sus principios fundamentales; su forma, las disposiciones normativas que protegen dichos principios. Un tercer elemento es el conjunto de principios que forman su esencia: todos ellos cuentan con un carácter supremo, irrenunciable, invariable y rígido, que comparten con la institución misma de la que hablamos. Finalmente, otras de las principales notas compartidas que encontramos en las teorías analizadas son: su carácter normativo e impositivo, su carácter tutelar, y, como ya anotábamos, el carácter supremo de su objeto o bien jurídico tutelado.

Sentado lo anterior, en el siguiente capítulo abordaremos una parte total de esta tesis: la irrenunciabilidad objetiva del Orden Público, o dicho de otro modo, de

qué modo el carácter instrumental y adjetivo del Orden Público, permiten a dicho concepto, sobrevivir al péndulo y al arbitrio del poder fáctico y de la autoridad en turno. Para ello, tendremos que echar un breve vistazo al fenómeno legislativo, encuadrando el problema de su ductibilidad, para luego sustentar la adjetividad como solución a dicho problema y finalmente abundar un poco en la sustancia de dicha protección: valores sociales, jurídicos y políticos que constituyen el objeto de nuestro concepto.

## CAPÍTULO II

### II. LA IRRENUNCIABILIDAD OBJETIVA DEL ORDEN PÚBLICO

#### 1. Introducción

Al abordar este importante capítulo de nuestra tesis, será necesario hacer una breve pausa para enlazar lo concluido en el capítulo anterior, con lo que plantearemos para el presente apartado. Una vez visto, en el capítulo anterior, que el Orden Público, abordado desde las más diversas teorías, tendrá siempre características perennes a través de todas ellas, valdrá la pena en el presente capítulo, por tratarse del núcleo de la presente tesis, hacer espacio para abordar con fuerza, las características que ubican a nuestro concepto en el plano adjetivo e instrumental más práctico para efectos legislativos. Para ello, será indispensable en primer lugar, abordar el problema de la mutabilidad legislativa, para más fácilmente visualizar el hueco que en el sistema jurídico integral, en el que el orden jurídico está vocacionado a ser engarzado.

Primero pondremos sobre la mesa el problema y la preocupación que dan origen a nuestra necesidad, de forma implícita el lector podrá ver precisamente esa necesidad, que aún sin ponerle un título, tendría que tener las características necesarias para solucionar un problema que a su vez tiene características muy específicas.

Sin afán simplista, y recabando las ideas hasta el momento sembradas, se trata de un problema de raíz política, a saber, la manipulación del derecho, y en concreto la elaboración formal de las leyes, dando como resultado la consideración

arbitraria del Orden Público hecha a la medida de los intereses del legislador, grupo político o partido en el poder. Por lo tanto, la correcta solución no puede ser otra sino la capacidad del derecho para hacerle frente y no ser manipulado; ser lo suficientemente rígido en la definición misma de rigidez. La influencia ideológica, política y jurídica que tendría este simple cambio sintáctico y semántico, en el término "*Orden Público*", (de ser tradicionalmente un término sustantivo, a convertirse en nuestra propuesta en un término adjetivo), tiene por objeto simplificar el trabajo legislativo, y dar como resultado en el otro término del silogismo, la defensa de los principios constitucionales, no sólo ante los enemigos de la nación o del orden mismo, sino ante quienes deberían velar en primer lugar por ellos: los legisladores.

Entremos pues, al núcleo de esta apasionante cuestión, empezando por la descripción del problema mismo y sus características propias, que como bien dijimos arriba, determinarán las características que a su vez tendrá nuestra solución.

## **2. El problema legislativo y la mutabilidad del Orden Público**

A continuación, analizaremos en este apartado, la forma en que la técnica legislativa, en sus dos aspectos, el estrictamente técnico y su aspecto político, repercute directamente y con fuerza en la manipulación del Orden Público, y por supuesto, tocaremos una proposición toral en nuestra exposición, basada en la afirmación, acerca de nuestro concepto Orden Público, como medio de objetividad y balance jurídico-político, no sólo para la técnica legislativa misma, sino para sí mismo, para la protección conceptual de su mismo nexo necesario, sin el cual dejaría de ser Orden Público, frente a la subjetividad y la ideologización del medio. Iniciaremos pues, por analizar la influencia que puede llegar a tener esta técnica legislativa en el concepto y en un segundo momento a manera más bien descriptiva,

analizaremos características que hacen del Orden Público un “objeto” jurídico invaluable para su uso y abuso a favor de intereses particulares, generalmente de orden político. Tras esto será conveniente exponer algunos argumentos que hacen precisamente de la deconstrucción y fortalecimiento del Orden Público como herramienta legislativa y no como contenido doctrinal o axiológico, un gran punto a favor del fortalecimiento, no sólo de la objetividad de la técnica legislativa, sino sobre todo y también, del concepto mismo.

#### *A. Generalidades del proceso legislativo*

Empecemos por afirmar, junto con Rafael De Pina, que *la función legislativa es una actividad creadora de Derecho subordinada al orden jurídico, y consiste en expedir las normas que regulan la conducta de los individuos y la organización social y política. El Poder Legislativo es el órgano del Estado que tiene a su cargo formalmente la función de legislar*<sup>43</sup>.

La Ley se reconoce como la expresión de la voluntad general y como mandato a obedecer. El Derecho Legislativo, como una rama específica del Derecho Parlamentario, es la disciplina que regula esta importante función del Estado; para ello hay un método, una competencia y una técnica para legislar.

Tal como la define Francisco Berlín, debemos entender como Técnica Legislativa a *la parte del Derecho Parlamentario, que tiene como objeto el estudio y el conocimiento de los pasos que se adoptan para la elaboración y adecuada*

---

<sup>43</sup> DE PINA, Rafael, *op. cit.*, p. 307

*redacción de las leyes en general y de las disposiciones normativas particulares, así como para sus reformas o enmiendas*<sup>44</sup>.

Ahora bien, el Catedrático Miguel Carbonell, acerca del proceso de creación de la Ley afirma que se pueden distinguir dos ámbitos, a saber: el técnico y el político. En su opinión, es evidente que la iniciativa, la discusión, la aprobación y la publicación de una norma jurídica, tienen carices tanto de carácter político como de carácter técnico. Continúa diciendo que en ocasiones, no es sencillo distinguir entre lo político y lo técnico; por ejemplo, la claridad con la que se redacta una norma es de carácter técnico; sin embargo, aprobar una norma con redacción oscura, con el propósito de no hacerla aplicable, implica que lo técnico sea a la vez político<sup>45</sup>.

Siguiendo esta misma teoría de Carbonell respecto a la distinción entre lo político y lo técnico, lo estrictamente político es lo que contiene las posiciones ideológicas de los partidos políticos y grupos de interés. Lo técnico se refiere a las características formales que debe tener un texto normativo, como son: el uso del lenguaje, su estructura lógica, brevedad, claridad y la inserción armónica dentro del sistema jurídico; es decir, de su cumplimiento con las reglas de reconocimiento, constitucionalidad y de legalidad<sup>46</sup>.

En esta distinción aparentemente teórica y obvia, resulta caro para el presupuesto social del pueblo elector el hecho de que los criterios axiológicos, sociales, jerárquicos o conceptuales se vean alterados. Un claro ejemplo de esto es

---

<sup>44</sup> BERLÍN Valenzuela, Francisco, *Prólogo a la obra El Dictamen Legislativo*, de Miguel Ángel Camposeco Cadena, CDDHCU, México, 1997.

<sup>45</sup> CARBONELL, Miguel et al., *Elementos de técnica legislativa*, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie "Doctrina Jurídica", Núm. 44, p. 40.

<sup>46</sup> *Ibidem*, p. 40.

la definición de familia dada en la exposición de motivos del dictamen del 12 de noviembre de 1974, de la reforma al artículo 4º constitucional<sup>47</sup>. Es peculiar de este modo saber que ni siquiera lo evidente puede seguirlo siendo una vez procesado en el tamiz de las negociaciones parlamentarias. Y no sólo las parlamentarias sino las administrativas, de las que también emanarán actos materialmente legislativos.

La importancia de la distinción hecha arriba radica en que precisamente el ámbito político *stricto sensu* es el que representa y contiene todos aquellos intereses particulares de grupos de poder, grupos partidistas o representaciones ideológicas. Para nuestro tema de estudio, es este ámbito el fluido a depositar en el dique del Orden Público rígido y supremo, a fin de posicionar el bien común por encima del faccionario. El ámbito técnico ayudará mucho a ello, pues por medio de la técnica legislativa se hace posible la constitucionalidad y legalidad de las normas dictadas, a través de la morfología, la sintaxis, el lenguaje, la lógica, la precisión y la correcta inclusión de la nueva norma en la estructura del cuerpo jurídico. Construyendo así una norma o disposición, de forma técnicamente cuidada, estaremos poniendo a la técnica como refuerzo del Orden Público, y no como instrumento del interés político particular. De un adecuado desempeño técnico del legislador, depende nada más y nada menos que la aplicabilidad, eficacia y cumplimiento de la norma, y sobre todo, por tratarse del campo de estudio que nos ocupa, su adecuada inserción o exclusión, en el espectro de principios fundamentales que debieran ser protegidos por la institución del Orden Público. Cabe afirmar, junto con Francisco Berlín, que no es casualidad que a este ámbito aparentemente secundario, de la creación de la norma, pertenezcan cuestiones tan esenciales como la redacción de fundamentos, los antecedentes, la motivación, la justificación de los fenómenos políticos y sociales, la viabilidad y su adecuación jurídica y el análisis del dispositivo encaminado a asegurar la producción de un acto legislativo oportuno y conveniente, que resulte de la

---

<sup>47</sup> "La entidad familiar, cada vez en mayor medida, se compone por el padre, la madre y pocos hijos." Diario Oficial de la Federación, 31 de diciembre de 1974.

aplicación efectiva y refleje la realidad social, económica, cultural o política que se pretenda describir<sup>48</sup>.

En este mismo orden de ideas, tampoco es casualidad que, el manual de técnica legislativa del Congreso del Estado de Jalisco, encuadre el aún más que en ámbito de lo político, en el ámbito técnico la responsabilidad del legislador de dotar al texto legislativo con las siguientes características:

1. Integridad,
2. Irreductibilidad,
3. Coherencia,
4. Correspondencia.

Citando de forma literal el manual de técnica legislativa del Congreso de Jalisco:

*Integridad es el acto legislativo completo, que contiene todas las normas pertinentes, que no presenten lagunas técnicas que requieran de otros actos legislativos.*

*Irreductibilidad es que no ha de expresar más de lo necesario evitando reiteraciones y excesos legislativos, de tal modo, que no pueda seguir existiendo sin alguna de sus partes inherentes, ya que cada una de ellas es esencial en el todo.*

*Coherencia es que no debe presentar contradicciones o inarmonías o soluciones diferentes para iguales supuestos.*

---

<sup>48</sup> BERLÍN Valenzuela, Francisco; MORENO Collado, Jorge, Diccionario Universal de Términos Parlamentarios, Ed. Porrúa, México 1995, p. 720.

*Correspondencia se entiende como el acto legislativo que debe tomar en cuenta otras normas vigentes. Esta no debe ignorar el resto del ordenamiento jurídico, expresándose con claridad las derogaciones y la correcta inserción de la nueva norma*<sup>49</sup>.

Es pues, por todo lo anterior, el ámbito técnico en el proceso legislativo, un aspecto clave para la institución del Orden Público como instrumento para garantizar y cualificar jurídicamente principios fundamentales no sólo para el derecho sino para el sujeto mismo del Derecho, el ser humano.

Por otro lado, retomando el Manual arriba citado, y valorado el impacto de la Técnica Legislativa en el diseño de un proyecto de ley, es necesario el estudio de la lógica interna de las normas, en el análisis preliminar de su posible viabilidad y operatividad; los eventuales costos sociales, gubernamentales, políticos, jurídicos y económicos que puedan derivarse de la puesta en vigencia de las normas, incluyendo la revisión cuidadosa de las complejas conexiones dentro del sistema jurídico<sup>50</sup>.

Y respecto a esto último, la cuidadosa inserción en la compleja red de conexiones lógicas del sistema jurídico, esta impactará también en la competencia, constitucionalidad –y por lo tanto adecuación al Orden Público como lo estamos entendiendo- y limpieza de la ley en su historial jurisdiccional.

Es así entonces que en el ámbito de una pulida técnica legislativa, la correspondencia de la nueva norma es el elemento en el que se encuadra el análisis que el legislador debe hacer respecto del Orden Público en su nuevo proyecto. En

---

<sup>49</sup> Cámara de Diputados, sitio web, consultado en línea, <http://www.camaradediputados.gov.do/masterlex/mlx/docs/30/1e9/1F4.pdf>, el 31 de mayo de 2016, p. 37

<sup>50</sup> *Ibidem*, p. 38

efecto, la correcta advertencia, no sólo del carácter jerárquico de la norma, sino de su preeminencia frente a la voluntad particular o al poder normante mismo, es el elemento de forma *sine qua non* del Orden Público para el legislador. El fondo será la materia que sustente esta adecuada advertencia. Precisamente de esta adecuada apreciación por parte del legislador, dependerá la legitimidad de esta nueva *nomos*.

### *B. Manipulación legislativa del Orden Público*

En este orden de ideas, precisamente la consideración de una ley en orden a clasificarla como Ley de Orden Público, a criterio del legislador o el órgano administrativo, no se excluye de este tamiz político-jurídico del que venimos hablando. Se trata de la llave de una compuerta de presa, y presa gigante. Se trata de dos palabras que, de colocarlas o no, tácita o explícitamente en la norma, se seguirán una serie de protecciones y primacías jurídicas que asegurarán su cumplimiento. Todo lo que se habló arriba sobre las características esenciales e inmutables, que residen en la sustancia del concepto que tratamos, quedaría comprometido.

Al regular las libertades garantizadas en la Constitución y los límites impuestos bajo la insignia del “bien común” o del “interés general”, generalmente se cercenando tal manera los derechos reconocidos, que lo normal es que se vean afectados. El legislador muchas veces confunde el cambio social dándole un elemento historicista que más bien sirve de justificación de una determinada posición política o ideológica, generalmente progresista e indefectiblemente temporal.

Las leyes de Orden Público, a raíz de la naturaleza de este, como ya lo anotamos en el primer capítulo de nuestro estudio, exhiben algunas características que les son propias, de fundamental importancia para el funcionamiento del derecho. Estas mismas características inherentes son las que sirven de objeto al interés del partido en turno, cuando es confundida una consigna política con un principio fundamental que debiera ser protegido por medio de esta institución adjetiva e instrumental llamada Orden Público. Y respecto a este contenido u objeto material del Orden Público, considero necesario transcribir textualmente un fragmento de una Conferencia de la jurista Lucía María Aseff:

*...unas leyes de Orden Público así politizadas protegerán intereses pasajeros y parcializadores del suusexpresado positivamente, pasando por encima de otros derechos esenciales. Tales leyes, en adelante tendrán la protección propia de las leyes de Orden Público:*

- *No pueden ser derogadas por las partes por acuerdo de voluntades*
- *Impiden la aplicación de la ley extranjera no obstante cualquier norma legal que así lo disponga*
- *Pueden y a veces deben aplicarse retroactivamente ya que no se pueden invocar a su respecto derechos adquiridos*
- *No se puede alegar válidamente el error de derecho si ha recaído sobre esta clase de normas<sup>51</sup>.*

Es pues un problema a considerar ampliamente, y con especial énfasis dentro de nuestro estudio, la facilidad con que un legislador etiqueta de Orden Público un ordenamiento muchas veces de mero trámite o por lo menos carente de fundamento

---

<sup>51</sup> ASEFF, Lucía María. Conferencia "La Noción de Orden Público: Entre la Tópica Jurídica y el Análisis Crítico del Discurso, dada durante las XVII Jornadas de filosofía Jurídica y Social de la Asociación Argentina de filosofía de Derecho, en la ciudad de Córdoba, del 30 de octubre al 1º de noviembre de 2003.

propio de su objeto. Desde luego que estos intentos de emplear un medio 'legal' para realizar modificaciones sustanciales en la legislación en *pro* de intereses particulares, con justificaciones de toda índole a nombre del Orden Público, además de ser intentos impedidos por la semántica del concepto que proponemos, tendrán que ser sometidos a un tamiz posterior, que será el remedio judicial correspondiente.

*C. El Orden Público adjetivo como herramienta para la objetividad de la representación en el sistema legislativo*

Urge pues, como ya se había comentado, instrumentar la aplicación de un criterio que integre la irreductibilidad, la integridad, la coherencia y la correspondencia de todo acto legislativo, esta última en relación con la correcta inserción de la nueva ley en la locación exacta que le corresponde del marco normativo; todo esto, concretamente, respecto de las leyes de Orden Público. Si aceptamos la concepción del Orden Público como la sustancia jurídica que debe ser protegida, y no como un mero instrumento legal de protección de dicha sustancia, será pues tan amplio y volátil como la concepción misma del poder y del gobierno, aludiendo a lo que afirmaba análogamente Aseff sobre la norma<sup>52</sup>. Es el Orden Público-sustantivo un modelo conceptual ejemplar y válido; sin embargo, en el ámbito legislativo no será el más útil.

En el ámbito del derecho civil son de Orden Público gran cantidad de normas relacionadas con el derecho de propiedad y los contratos, siendo interesante destacar, además, que existen ramas como el derecho de familia o más

---

<sup>52</sup> En este sentido hay coincidencia casi generalizada en que la mayoría de las normas del derecho público son de Orden Público aunque no todas las de Orden Público pertenecen al derecho público. ASEFF, Lucía María, **La noción de Orden Público: entre la tónica jurídica y el análisis crítico del discurso**, XVII Jornadas de filosofía jurídica y social, Asociación Argentina de filosofía del derecho, Córdoba, Argentina, 30 de octubre de 2003.

particularmente el derecho de menores de edad, donde se ha llegado a sostener que allí todo es de Orden Público por el especial interés que el Estado tiene en su protección. Sin embargo, al mismo tiempo que los civilistas sostenían estas premisas en otros países, principalmente en Europa occidental, y actualmente ya en nuestro país, se estaban legalizando las uniones entre personas del mismo sexo, al calor de una nueva concepción de familia distante del modelo tradicionalmente vigente. No es pues el tema o bien jurídico a proteger, lo que dota de carácter de “Orden Público” a una disposición legal, pues incluso los temas o conceptos, al ser doctrinales y por tanto progresivos, no tienen el suficiente soporte de estabilidad que requiere el Orden Público. Sin afán empiricista, ni actitud negativa ante la posibilidad de consensos respecto a lo que es importante para una Nación, hemos de reconocer que la naturaleza de una Constitución es lo único que da suficiente rigidez y validez al Orden Público, y que por tanto, no es el tema en cuestión –por más importante que sea- sino la rigidez que en un Estado de Derecho posee la Constitución, lo que dotará al Orden Público de la irrenunciabilidad que proponemos. **El Orden Público será, solamente, un instrumento de protección de lo Constitucional.** La sustancia es la Constitución; el predicable de lo Constitucional – y por tanto, contingente- el Orden Público. Pero ojo, la causa eficiente de esa contingencia solo podrá serlo la Constitución de nuestra Nación, y no un legislador o poder alguno en turno.

Es de suponerse la poca rigidez con que podría polarizarse un sistema normativo de dejarse al criterio discrecional de la autoridad la estructuración normativa del Orden Público de forma ajena al instrumento que comparte con nuestro tema esta necesidad de rigidez: nuestra constitución; todo el sistema normativo se nutriría de la veleidad de intereses no esenciales de la necesidad política. Y he aquí que al delimitar de este modo la calidad de los principios que han de ser protegidos por la institución del Orden Público, debemos preguntarnos más que por una enumeración o listado, deberemos buscar un sistema de criterios que

independientemente de la naturaleza ideológica o axiológica de turno en gobierno, permita el análisis adjetivo de elementos reveladores que hagan de la institución en comento objeto de protección por medio del Orden Público-instrumento.

La concepción vigente del Orden Público en nuestro sistema jurídico establece como única limitante la autonomía de la voluntad frente al bien de terceros, tal como afirma la teoría del interés social; pero desde esta perspectiva, ¿es posible sostener presupuestos tan esenciales como la certeza jurídica en la equidad tributaria, por citar un ejemplo, con tan sólo la voluntad privada, siendo que esta carece en absoluto de la facultad impositiva? Más bien parece pensable que la sucesión pendular en el poder sea la que organice la miscelánea de las normas “indispensables” por negociación sin este elemento objetivo y esencial, sin ningún miramiento a terceros precisamente.

¿Sería posible un límite normativo al poder mismo normante? Como se ha visto en este capítulo, esto supone el problema y la necesidad de la búsqueda del medio de aseguramiento de la irrenunciabilidad y la rigidez del Orden Público en un plano más objetivo, en una concepción de Orden Público adecuada a las exigencias de su naturaleza primaria dentro de la estructura de un Estado de Derecho, de lo contrario, podría suponer un instrumento político vinculado facultativa o discrecionalmente al orden particular de quien norma.

Casi todas las teorías, sobre todo las más recientes, consideran que un efecto esencial de las leyes de Orden Público en relación al *iuscogens* es que no es

permitido ningún menoscabo o disminución a esa norma, como se muestra en la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados<sup>53</sup>:

*...norme à laquelleaucunedérogationn'estpermise et quinepeut éter modifiée que par une nouvelle norme du droit... .. ayant le mêmecaractère.*<sup>54</sup>

Sin embargo, en la versión española de dicha Convención, la traducción ofrece una variante notable: *como norma que no admite acuerdo en contrario*. Así pues, no define, al contrario del texto inglés y el francés, la norma imperativa por su rigidez e inderogabilidad, sino por su efecto sobre la autonomía de la voluntad.

Sin embargo, tal como afirma Horacio H. de la Fuente, *la protección de tales normas se genera a partir del momento en que los órganos autorizados (legisladores y jueces) determinan que una situación compromete los principios fundamentales o los intereses generales protegidos. La influencia y carácter de estas autoridades de hecho y de derecho en la eficacia de tales normas – o instrumentos de protección jurídica del Orden Público-objeto nos hace reflexionar en la necesidad de que estas normas sean garantizadas, no sólo ante la autonomía de la voluntad de los particulares, sino ante la facultad de imperium del estado, concepto mismo debido a este orden y consecuencia de él. Pero también nos hace llamar la atención sobre el hecho de que la intervención de la autoridad judicial para interpretar y proteger el Orden Público-objeto, supone la derrota del Orden Público-adjetivo en el poder*

---

<sup>53</sup> Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, U.N. Doc A/CONF.39/27 (1969), 1155 U.N.T.S. 331, entrada en vigor el 27, 1980. Viena, 23 de mayo de 1969

<sup>54</sup> "...La norma cuya derogación no es permitida y tampoco ser modificada sino por una nueva norma de derecho... .. que tenga el mismo carácter".

*legislativo, pues tal como dice Huntington, 'la vigencia de la autoridad es previa a su limitación'<sup>55</sup>, así como el Orden Público, presupuesto de la libertad legislativa<sup>56</sup>.*

La inderogabilidad del Orden Público, por tanto, está tremendamente ligada a la rigidez y a la inderogabilidad misma de la Constitución a la que protege.

#### *D. El Orden Público adjetivo como solución a la politización legislativa*

Otro peligro del problema de la politización del Orden Público es la integración de los poderes en la garantía del mismo. Tal como afirma Lucía Aseff:

*Desde este punto de vista es el Orden Público un concepto ligado a aquello que el Estado, o quienes lo administran en función del sistema representativo de gobierno que nos rige, quiera preservar como zona infranqueable cuya articulación se reserva a sí mismo, y para lo cual, en función de esta reserva, pretende la exclusividad tratando de que los otros poderes que lo integran actúen en consonancia con él en la elaboración, sanción y aplicación de las leyes<sup>57</sup>.*

Un sistema, pues, donde las leyes y su prelación se rigen atendiendo a intereses partidistas, encontrará en el mismo nacimiento de estas leyes, un foco de arbitrariedad, politización y muchísimas veces inconstitucionalidad.

---

<sup>55</sup> HUNGTINTON, Samuel, *Orden Político y Sociedades en Cambio*, Comp. Esteban Crevari, consultado en [www.pais-global.com.ar](http://www.pais-global.com.ar), el 30 de julio de 2012.

<sup>56</sup> DE LA FUENTE, Horacio, *op. cit.*, p. 95.

<sup>57</sup> ASEFF, Lucía María, *op. cit.*

Así, la noción de *Orden Público*, más allá de sus numerosas y diversas definiciones, *debería constituir una barrera o límite que no pueda ser traspasado bajo pena de invalidar una argumentación, una creación normativa, una justificación de procederes y consecuencias e, incluso, una sentencia judicial.*<sup>58</sup>

No falta quien no sólo no repare en esta situación de invasión normativa por parte de la política, sino que además la justifique conceptualmente<sup>59</sup>.

Sin embargo, si en su objeto y en su disposición normativa, coinciden el concepto de Orden Público y la Supremacía Constitucional, suena estridente que el primero deba ser objeto de la mutabilidad política o tan sólo no deba ser partícipe de la rigidez normativa propia de la segunda, cuyos principios le corresponde tutelar.

A este respecto, y sobre la problemática legislativa acerca del Orden Público y el bien común, la Corte Interamericana expresaba:

*Puede considerarse como un imperativo del bien común la organización de la vida social en forma que se fortalezca el funcionamiento de las instituciones democráticas y se preserve y promueva la plena realización de los derechos de la persona humana... ..No escapa a la Corte, sin embargo, la dificultad de precisar de modo unívoco los conceptos de "Orden Público" y "bien común", ni que ambos conceptos pueden ser usados tanto*

---

<sup>58</sup> *Idem.*

<sup>59</sup> Tal es el caso de María Lucía Aseff, quien afirma que Orden Público es "un término estratégico de todo orden jurídico positivo, perteneciente en primer lugar por legitimidad de origen al ámbito de la política jurídica, pero también, en una instancia posterior pero no de inferior jerarquía, al ámbito de la política estatal propiamente dicha." (ASEFF, María Lucía, *op. cit.* p. 3). En este caso Aseff olvida que la calificación de una institución jurídica no se da en orden a su legitimidad de origen sino a su naturaleza y al bien jurídico tutelado por la misma.

*para afirmar los derechos de la persona frente al poder público, como para justificar limitaciones a esos derechos en nombre de los intereses colectivos*<sup>60</sup>.

Hay políticos, legisladores, gobernantes y, ¿por qué no?, asesores, que hábilmente hacen de la praxis política del Orden Público, un término instrumental de la política jurídica, una estrategia de posicionamiento de consignas ideológicas. Sin embargo, para R. Vigo<sup>61</sup>, el Orden Público es anterior al derecho positivo, y por lo tanto perteneciente al derecho objetivo natural. Es un ejemplo pues de un partidario del Orden Público como objeto, según veíamos arriba en esta tesis. Considerando ambas posiciones, una nueva visión, la que propongo en el presente trabajo, es la concepción del Orden Público como estrategia, pero no política, sino jurídica; un instrumento adjetivo para el aseguramiento de un *mínimum* que algunos han representado en el Orden Público objetivo.

El carácter inmutable ha de estar pues, en la naturaleza operativa de la protección, ***la forma essendi con que esta institución protege aquello que puede ser protegido con antelación a cualquier otra norma.***

Alf Ross, Danés, filósofo del derecho, en el Capítulo XV de su libro “*Sobre el Derecho y la Justicia*” se refiere al Orden Público como perteneciente al ámbito de la filosofía política<sup>62</sup>. Conviene aquí su mención y referencia, pues es uno de los principales exponentes del pragmatismo positivista de Dinamarca, principal corriente que identifica al puro estilo empirista del Italiano consejero de Lorenzo de Medicis, el Orden Público con la experiencia política. Ross toma como punto de partida una

---

<sup>60</sup> Opinión Consultiva OC-5-85 del 13 de noviembre de 1985. Serie A no. 5, parr. 66 y 67.

<sup>61</sup> VIGO, R., Artículo denominado “*Orden Público y Orden Público Jurídico*”, publicado en “Interpretación Jurídica”, Rubinzal Culzoni Editores, Santa Fe, 1999.

<sup>62</sup> ROSS, Alf N.C., *Sobre el Derecho y la Justicia*, Ed. Universitaria de Buenos Aires, 1994. pp. 303 y ss.

definición errónea del derecho, considerándolo como un proceso de mejoramiento de la idea de justicia, cuando no se trata de la idea sino de la facultad personal de cada individuo sujeto de la *ius-ticia*, elemento objetivo del derecho. Desde el punto de vista, una vez más, de Aseff, la política jurídica deberá ser entendida como la doctrina que estudia la consecución de esa justicia personal y social. De este modo, muy al contrario de lo que dice Ross, la idea específica del derecho contiene un valor absoluto por sí mismo, y no se trata sólo de una técnica social o un instrumento para alcanzar objetivos sociales de distinto tipo (económicos, culturales y políticos), de modo que en consecuencia la política jurídica estará determinada por un objetivo específico y, como toda ciencia, con estándares y métodos propios, pero nunca superpuesta al derecho sino supeditada a este: abarcaría entonces todos los problemas prácticos que origina el uso de la técnica del derecho, en particular de la legislación; pero tanto en su papel de guía para el legislador como también para las autoridades que administran el derecho, en particular los jueces<sup>63</sup>. Estas premisas han de ser buscadas en el nivel que corresponde a una teoría objetiva de Orden Público, basada en la primacía constitucional y con un método instrumental, que protegerá no un cuerpo de ideas compartidas relativamente permanentes, sino sólo aquellas instituciones que sean reveladoras de primacía en la estructura jurídica de un Estado de Derecho. De este modo, respecto a la conceptualización del derecho desde la crítica jurídica, - práctica social específica de naturaleza discursiva de fuerte intervención en todo lo que hace al control social –este se valdrá de una política jurídica sólo en cuanto esta se supedita a los principios de objetividad de la sustancia protegida por el Orden Público; y esta sustancia protegida, este bien jurídico, como ya hemos dicho, no puede ser otro sino la Supremacía Constitucional. Analicemos ahora este bien jurídico, objeto de la protección del Orden Público.

---

<sup>63</sup> ASEFF, Lucía María. Conferencia, *op. cit.*

### 3. El bien jurídico tutelado por el Orden Público.

#### A. *Carácter público del bien jurídico tutelado*

La existencia misma del ser humano y su naturaleza (ley natural) antropológica y social, detona el origen y fin mismo del derecho: la justicia. De esta ley natural y derecho objetivo, anterior a las construcciones sociológicas –incluso las jurídicas- se sigue la naturaleza del Estado y del Derecho positivo. El Estado es una creación humana racional, al igual que el derecho positivo, buscando ambos la misma finalidad: la convivencia armónica del hombre en sociedad, condición indispensable para que pueda existir el desarrollo integral del hombre y de manera solidaria el de la sociedad.

El Estado no podría existir sin el derecho, esto sería imposible. Al expresar Rousseau que *en ocasiones es necesario obligar a algunos hombres a ser libres*,<sup>64</sup> estaba tomando en cuenta la primacía de las leyes y el bien público sobre cualquier interés individual. La reivindicación de la voluntad general y el bien común llevan a subordinar cuando es necesario, aquellas libertades individuales que no coinciden con los intereses públicos. Sin embargo, estos intereses públicos solo pueden ser expresados por quien tiene la representación de la soberanía, es decir, por la autoridad legítima, a través de los procesos establecidos por la Ley Suprema. Estos intereses, hasta que son plasmados en disposiciones positivas, representan la voluntad general y en teoría buscan el bien común. El Estado es el responsable de garantizar la protección de la cosa pública, del interés público. Esto implica garantizar el Orden Público.

---

<sup>64</sup> ROUSSEAU, Jean Jacques, *Contrato Social*, Tr. F. de los Ríos, Espasa Calpe, Madrid, 1993, 7a, I, 7, p. 51-52.

De este modo, en este orden son garantizadas las instituciones, los poderes públicos, la autoridad, los derechos fundamentales de los ciudadanos, la paz social y la tranquilidad pública.

La existencia de esta condición supone la convivencia intrínseca y operativa de distintos principios sociales y políticos, tales como: Democracia, Soberanía, Unidad Social, Integridad del Patrimonio Nacional, Estado de Derecho y Desarrollo. Podríamos comenzar a pensar, de modo anticipado, que el carácter general, integrador, basal y unitivo de estos principios, podría suponer en ellos los indicadores que las distintas teorías atribuían a géneros como “interés social”, “interés colectivo”, “principios rectores”, “elementos de armonía social”, sin con esta afirmación querer ser exhaustivo en la especie.

#### *B. Efectos tutelares del Orden Público adjetivo*

Desde este punto de vista, la noción legislativa de Orden Público, instrumentada de forma correcta, viene a impermeabilizar la organicidad y cohesión de un Estado de Derecho. La complementariedad de las relaciones privadas y las estructuras públicas, así como la simple concepción de orden social, expresada comúnmente en la indivisibilidad del derecho público-derecho privado, se ve perfectamente concretada en una reglamentación o legislación consciente y precisa del concepto adjetivo del Orden Público, que además es el menos invasivo, pues la restricción a la autonomía particular es equivalente a la restricción que la Constitución por sí misma, exista o no el orden público como concepto, podría generar.

Entre diversos autores, como Podetti o Pla Rodríguez, se plantea la necesidad de definir los alcances de normas –a veces poco claras- desde un punto de vista del derecho del trabajo. Tal es el caso de Podetti, por ejemplo<sup>65</sup>. La irrenunciabilidad de los derechos del ciudadano, cómo está ubicada en las distintas normas la voluntad del legislador, y qué relaciones entre otras normas la complementan en el mundo de las relaciones jurídicas, son planteamientos de una tarea precisa, dificultosa y compleja, no sólo en el ámbito laboral<sup>66</sup>, sino en el constitucional de raíz, que aun cuando son emanadas de un momento histórico y social preciso, son parte ejemplar primera de esta necesidad de irrelatividad y rigidez de la legislación de Orden Público. Al Orden Público no le tocará proteger la duración de la jornada de trabajo

---

<sup>65</sup> Cfr. PODETTI, Humberto, *Los Principios del Derecho del Trabajo*, Editores Siglo XXI, México 2004, p. 141.

<sup>66</sup> En el caso del Derecho Laboral Mexicano, el Orden Público se identifica plenamente, en materia y forma, con el artículo 5 de la Ley Federal del Trabajo, que a la letra dice:

Artículo 5o.- Las disposiciones de esta Ley son de Orden Público por lo que no producirá efecto legal, ni impedirá el goce y el ejercicio de los derechos, sea escrita o verbal, la estipulación que establezca:

- I. Trabajos para niños menores de catorce años;
  - II. Una jornada mayor que la permitida por esta Ley;
  - III. Una jornada inhumana por lo notoriamente excesiva, dada la índole del trabajo, a juicio de la Junta de Conciliación y Arbitraje;
  - IV. Horas extraordinarias de trabajo para los menores de dieciséis años
  - V. Un salario inferior al mínimo;
  - VI. Un salario que no sea remunerador, a juicio de la Junta de Conciliación y Arbitraje;
  - VII. Un plazo mayor de una semana para el pago de los salarios a los obreros y a los trabajadores del campo;
  - VIII. Un lugar de recreo, fonda, cantina, café, taberna o tienda, para efectuar el pago de los salarios, siempre que no se trate de trabajadores de esos establecimientos;
  - IX. La obligación directa o indirecta para obtener artículos de consumo en tienda o lugar determinado;
  - X. La facultad del patrón de retener el salario por concepto de multa;
  - XI. Un salario menor que el que se pague a otro trabajador en la misma empresa o establecimiento por trabajo de igual eficiencia, en la misma clase de trabajo o igual jornada, por consideración de edad, sexo o nacionalidad;
  - XII. Trabajo nocturno industrial o el trabajo después de las veintidós horas, para menores de dieciséis años; y
  - XIII. Renuncia por parte del trabajador de cualquiera de los derechos o prerrogativas consignados en las normas de trabajo.
- En todos estos casos se entenderá que rigen la Ley o las normas supletorias en lugar de las cláusulas nulas.

En este artículo está clarísimamente nuestra teoría: el Orden Público es este artículo en sí mismo, es decir, un instrumento, a veces legal o a veces jurisdiccional, mediante el que es protegida su materia –los principios y el interés general- a través de la ley. Los principios aquí protegidos son el interés social del trabajador y sus derechos humanos, en específico laborales; esa es la materia del Orden Público. En cuanto a su forma, esta se expresa en el último párrafo: “... se entenderá que rigen la Ley o las normas supletorias...” Tal Ley –la laboral por supuesto- y las normas supletorias, constituyen la forma o el modo en que se materializa el Orden Público instrumento o la realidad esencial que captamos con la definición adjetiva de Orden Público.

durante 48 horas semanales, sino únicamente la disposición general y primaria (suprema) de la existencia de un límite legal a dicha jornada.

En breve interpretación, como lo explica Pla Rodríguez, *la distinción entre normas imperativas y normas dispositivas corresponde a la división procedente del derecho romano entre juscogens y jusdispositivum. El juscogens está integrado por las normas que deben cumplirse, cualquiera que sea la voluntad de las partes. El jusdispositivum está compuesto por aquellas normas que han de cumplirse sólo cuando las partes no hayan establecido otra cosa.*<sup>67</sup> Sin embargo, como ya habíamos anotado, esta noción clásica, queda rebasada por la necesidad de inderogabilidad y rigidez del Orden Público. En efecto, la obligatoriedad del *iuscogens*, no debería depender del objeto de protección que dicha norma represente, sino de la protección misma que a dicha norma de forma irreductible obliga. Es una cuestión de instrumentación formal, que desde luego responde a valores de fondo, pero el papel sustancial de estos es totalmente independiente del papel instrumental del *iuscogens*.

Como puede apreciarse, la vigencia de esta propuesta de aplicación reglamentaria del Orden Público adjetivo, producirá también importantes efectos preventivos: el legislador deberá revisar con más cuidado su propuesta, o por lo menos la pensará dos veces, ya que podrá ser revisada por el Poder Judicial en su carácter de Orden Público (revisión sin duda sobre la Constitucionalidad de su norma).

---

<sup>67</sup> RODRIGUEZ, Pla, *Los Principios del Derecho del Trabajo*, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1978, p. 9

Sólo el Derecho o interés público es la manifestación del interés social, desde el punto de vista en que el grupo social está interesado en que todas las normas se cumplan. Desde este punto de vista, las leyes de Orden Público tienen una fuerza imperativa absoluta, son irrevocables por voluntad de los particulares; sin embargo, el interés social no es su objeto, ya que en adelante se trataría del derecho de mayorías, y estas sólo son *humus* del haber político, en cuanto a democracia se refiere: el haber jurídico de la democracia se encuentra, precisamente, en la defensa, *per se*, de la irrenunciabilidad e inderogabilidad de los preceptos de Orden Público, como instrumento de contención y defensa del Estado de Derecho, o más específicamente, de la permanencia de la sociedad jurídicamente organizada. Como dice Jorge Mosset, *se imponen a los destinatarios de la norma por encima de la voluntad de estos e incluso del legislador, prohibiendo u ordenando, sólo aquello que debe ser prohibido y ordenado, en todo tiempo, ante cualquier persona*<sup>68</sup>.

El concepto de Orden Público como se entiende muchas veces connota la protección de la organización social. Se limita la voluntad de los particulares respecto de otros particulares supeditándola a dicha organización. El objeto de esos límites a la autonomía personal es la protección misma, por encima de la organización social. Dicha organización, junto con los principios esenciales, la estructura de gobierno o como se le quiera nombrar, según el estudio que venimos haciendo, no forma parte del concepto netamente esencialista e instrumental llamado "Orden Público"; en todo caso, sería una mera exigencia de interés social o la parte axiológica, objeto o fin último de nuestra institución en estudio.

Esta protección objeto del Orden Público contiene, entre otros principios: la irrenunciabilidad y la inderogabilidad de la norma. La primera se refiere a la voz

---

<sup>68</sup> MOSSET I., Jorge, *El Orden Público y la tutela del consumidor y usuario*, Revista Latinoamericana de Derecho, Año V, núm. 9-10, enero-diciembre de 2008, p. 223.

derivada del latín *renuntiare*, derivado de *renuntio* (anunciar que se abandona un cargo). Significa pues, según su derivación etimológica y acepción más corriente, *hacer dejación voluntaria... de alguna cosa que se tiene o del derecho y acción que se puede tener*.<sup>69</sup>

El principio de renunciabilidad permite la renuncia de los derechos a los particulares. El titular de forma válida hace esa dejación de la que hablábamos, es decir, abdica de su ejercicio por voluntad propia. Aún en este caso, siempre se tendrá una limitante clarísima, que es el interés público. Generalmente esta renunciabilidad aplica cuando se trata de una ley permisiva; es entonces cuando el particular renunciará a ejercer tal derecho previsto<sup>70</sup>.

Las normas preceptivas y prohibitivas no admiten esta posibilidad. Es importante advertir que aún tratándose de leyes permisivas, no se renuncia a su aplicación, sino que su naturaleza permite renunciar al ejercicio de los derechos que ella establece como de posible ejercicio.

Con todo, y como ya se dijo arriba, no es la irrenunciabilidad sino la inderogabilidad, lo que más peligrará al no utilizar adecuadamente el Legislador el concepto Orden Público, y lo que viene a solucionar esta visión del concepto, apreciado adjetivamente.

---

<sup>69</sup> Diccionario de la Real Academia Española.

<sup>70</sup> SUÁREZ, Francisco, *De legibus*, lib. 1, cap. 14. A este respecto, el autor, escolástico, da a las leyes permisivas un carácter además impositivo, pues afirma que dichas leyes implícitamente contienen preceptos sin los cuales no podría entenderse la permisión como especialmente otorgada por la ley.

### *C. Efectos legislativos en la protección del objeto del Orden Público adjetivo*

Si bien, como ya veremos, nuestra propuesta será de una inserción en el marco Constitucional, el Código Civil de nuestro estado habla explícitamente de la renunciabilidad, estableciendo su legitimidad y a la vez condicionando sus efectos a dos premisas: que efectivamente dichos derechos tengan conforme a la ley dicho carácter de renunciabilidad, pero sobre todo que la renuncia sea hecha de forma expresa, precisa y clara, no dejando lugar a duda acerca de a qué derecho se está renunciando<sup>71</sup>. Se obvia por supuesto que el renunciante deberá además llenar los requisitos de validez propios de todo acto jurídico, como es la personalidad, capacidad, consentimiento libre de vicios de la voluntad, licitud y en algunos casos formalidad<sup>72</sup>.

Algunos artículos del Código Civil de Jalisco que contienen casos de derechos no renunciables:

*Artículo 6º. El derecho personalísimo es la protestad individual inherente a la persona humana con motivo de sus relaciones sociales. Es irrenunciable, intransferible e indelegable.*

*Artículo 8º. La voluntad de los particulares no puede eximir de la observancia de la ley, ni alterarla o modificarla. Sólo pueden renunciarse los derechos privados que no afecten directamente al interés público y siempre que la renuncia no perjudique derechos de terceros.*

---

<sup>71</sup> Código Civil del Estado de Jalisco Vigente, Artículos 8 y 9.

<sup>72</sup> Ejemplos de renunciabilidad expresa en la ley los podemos ver en los artículos 1097 fracc. VI, 1309, 1624, 1623 fracc. I, 2425, 2427 y 2433 del Código Civil de Jalisco.

*Artículo 26º. Los derechos de personalidad son: Esenciales, Personalísimos, Originarios, Innatos, Sin contenido patrimonial, Absolutos, Inalienables, Intransmisibles, Imprescriptibles e Irrenunciables.*

*Artículo 452º. El derecho de recibir alimentos es de Orden Público y no puede ser objeto de transacción; es irrenunciable e intransmisible<sup>73</sup>.*

### Algunos artículos renunciables:

*Artículo 1097: que habla sobre la extinción del usufructo, y en su fracción VI, menciona como una de las causas 'la renuncia expresa del usufructuario, salvo lo dispuesto respecto de las renunciaciones hechas en fraude de los acreedores'.*

*Artículo 1309º: Los contratantes pueden pactar las cláusulas que crean convenientes; pero las que se refieran a requisitos esenciales del contrato, o sean consecuencia de su naturaleza ordinaria, se tendrán por puestas aunque no se expresen. Las cláusulas que sean accidentales a la naturaleza del contrato, son renunciables, pero la renuncia deberá constar expresa y claramente.*

*Artículo 1626º: Cuando el adquirente ha renunciado el derecho al saneamiento para el caso de dicción, llegado que sea este, debe el que enajena entregar únicamente el precio del bien, conforme a lo dispuesto en los artículos 1629 y 1630, pero aún de esta obligación quedará libre, si el que adquirió lo hizo con conocimiento de los riesgos de evicción y sometiéndose a sus consecuencias.*

*Artículo 1643: En su fracción II, en relación con el 1626, al igual que el 1624.*

*Artículo 1716º: Cualquiera puede renunciar su derecho y remitir, en todo o en parte, las prestaciones que le son debidas, excepto en aquellos casos en que la ley lo prohíbe.*

*Artículo 2433º. Cuando el fiador haya renunciado al beneficio de orden, el acreedor puede perseguir en un mismo juicio al fiado y al fiador; más este conservará el beneficio de excusión aún cuando se dé sentencia contra los dos<sup>74</sup>.*

---

<sup>73</sup> Código Civil del Estado de Jalisco.

<sup>74</sup> *Idem*.

Por otro lado, la inderogabilidad se refiere a la rigidez que el legislador debe observar al considerar la aplicación del Orden Público en las disposiciones generales de un nuevo proyecto, ya que debido a su naturaleza adjetiva, y por lo tanto independiente de caracteres de fondo, debe su vigencia representar un garante de la certeza jurídica de nuestra institución.

Es por ello que el principio del que hablábamos, la renunciabilidad, tiene límites muy claros en instituciones claves para el funcionamiento del Estado de Derecho, como la personalidad jurídica y los derechos que implica, el derecho a recibir alimentos<sup>75</sup>, y otros que cumplan con los elementos enumerados en el artículo 6 del Código Civil de Jalisco<sup>76</sup>. Es importante además, hacer la anotación acerca del derecho privado y el derecho público, para no confundir este último, con el Orden Público. Pueden existir normas de derecho privado, que tienen como objeto principios o valores socio-jurídicos protegibles por el Orden Público y por tanto, pertenecientes a la vez al ámbito del interés general.

Las leyes que adecuadamente se ordenen conforme al criterio adjetivo instrumental de Orden Público tendrán por lo tanto un objeto de protección superior no sólo al interés particular, sino a cualquier interés sea general o particular, que no constituya un principio fundamental para la sociedad, los intereses más propios del derecho y del ser humano y los derechos mínimos de convivencia y seguridad. Es por esto que su obligatoriedad escapa a la autonomía de la voluntad en cualquier caso y es por esto que escapan también a la renunciabilidad de derechos; pero sobre todo, y he aquí la esencia de esta tesis, esta superioridad en la obligatoriedad de las leyes de Orden Público y su consecuente irrenunciabilidad, se traduce así en la inderogabilidad de su objeto –y de su instrumentación-, recayendo esta en quienes

---

<sup>75</sup> Código Civil del Estado de Jalisco, Artículos 26 fracc. X y 452 respectivamente.

<sup>76</sup> Artículo 6.- El derecho personalísimo es la potestad individual inherente a la persona humana con motivo de sus relaciones sociales. Es irrenunciable, intransferible e indelegable. (Código Civil de Jalisco).

legítimamente están facultados para expedir normas generales y abstractas, limitándolos en la posibilidad de derogar las normas de Orden Público por meras razones axiológicas, políticas o de orden ajeno a su objeto, que venimos desarrollando. La protección de esta inderogabilidad recaería por su propio peso en el Poder Legislativo, en primera instancia, y posteriormente en la Suprema Corte, cuya facultad y competencia no nos detendremos a analizar en este estudio, al igual que tampoco en la posibilidad del control difuso<sup>77</sup>. No obstante será importante hacer notar que el Poder Legislativo, en la instrumentación de esta protección, sólo tendrá el carácter de “copista” pues por el carácter que ya hemos descrito del Orden Público, su labor se limitará a indicar en las leyes que proponga, cuáles de estas reciben de la Constitución el carácter de Orden Público, sin añadirlo donde no existía ni descartarlo donde ya se encontraba.

### **3. El Orden Público y el Libre Desarrollo de la Personalidad: Uno de los paradigmas del 2011**

Conforme a todo lo anteriormente dicho, esta naturaleza inderogable, adjetiva e instrumental con la que hemos descrito al término “orden público,” se encuentra en tiempos presentes con un reto tremendo: el crisol del nuevo sistema constitucional mexicano de derechos humanos, a partir de la Reforma del 10 de junio de 2011. Si bien tal Reforma es una veta ingentísima de doctrina, estudio, análisis, teoremas, hipótesis, nueva construcción jurídica, conceptual y filosófica incluso, de la que en su momento podríamos disertar, en un nuevo –y amplio- documento, para fines de la presente tesis, es conveniente limitarse a analizar, en este numeral y en esta

---

<sup>77</sup> No obstante, sí es necesario mencionar que, en relación a las facultades de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, derivadas de las fracciones I y II del Artículo 105 Constitucional, nos encontramos ante una facultad muy poco estudiada a la fecha, pues su incidencia en el Sistema Jurídico Mexicano ha sido poca, y que consiste en la atribución de “legislador negativo” dada a dicho tribunal Supremo. En efecto, si bien tal institución jamás podría emitir fórmula legislativa alguna, bajo ninguna circunstancia, sin embargo, los alcances de una Sentencia de Acción de Inconstitucionalidad y de una Controversia Constitucional, sí podrían derogar una fórmula legal, declarada inconstitucional, tal y como lo expresa la Acción de Inconstitucionalidad 37/2001.

ocasión, bajo el método del “caso” –más exactamente, del concepto como caso-, la relación entre esta propuesta instrumental del Orden Público y la consideración judicial con enfoque de derechos humanos –antes garantista-; la consideración de la incidencia y dinamismo que esta “legislación judicial negativa” pudiera tener en este Orden superior, y por último, el papel que precisamente este Orden Público instrumental jugará en torno a este nuevo sistema “*neo-iusnaturalista*”, tan necesitado de brújula y rigidez, son pena de constituirse –este nuevo sistema de derechos supra-positivos- en el inicio de la debacle de la objetividad jurídica bajo el conceptualismo internacionalista y la imposición del mismo por vía judicial.

En fin, en vista de que la relación entre el Orden Público y dicha reforma, vira más bien hacia el espectro judicial, y encierra en dicho poder sus principales riesgos, nos limitaremos en este apartado a ejemplificar cómo uno de sus conceptos “producto” de este sistema, EL LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD, se podría relacionar, legislativamente, con el concepto instrumental que en la presente obra propongo.

La configuración de la identidad de toda persona humana, se forja desde la primera infancia<sup>78</sup>, en la familia.

Lo anterior, aun en su brevedad, implica varias realidades sustantivas del orden público –como protección, instrumental, de dichas realidades-, dentro del marco jurídico del Estado mexicano. Persona, personalidad, primera infancia, patria potestad -tutela, curatela-, interés superior del niño, familia, etc. Estas realidades, por demás referenciadas como pilares del derecho público, constituyen también

---

<sup>78</sup> UNICEF, *El desarrollo del niño en la primera infancia y la discapacidad: un documento de debate*, Organización Mundial de la Salud, p. 5.

piedras clave y vigas principales de la construcción de la sociedad. Su adecuada referencia y vinculación interpretativa entre los Tratados Internacionales y nuestro orden jurídico, así como su adecuada configuración constitucional y reglamentaria, no son temas menores. Con todo, varios doctrinistas<sup>79</sup> y estudiosos del derecho, han coincidido actualmente, en que nuestro sistema jurídico ha sido superfluo e incluso quizá omiso, en dicha vinculación y configuración.

Para el Derecho, el término “persona”, es la base de toda atribución de derechos. Más allá de solamente incluir en él a todo ser humano en lo individual, se refiere más bien a una ficción jurídica -individual o colectiva- con la que se nombra a todo sujeto de derechos y obligaciones<sup>80</sup>. Está por demás mencionar en este sentido, que por la naturaleza misma del concepto, sólo el ser humano, en lo individual o en asociación, podría ser dicho sujeto de derechos y obligaciones, al ser capaz de emitir de forma libre y consciente la manifestación de su voluntad, fuente de toda obligación.

Ahora bien, esta calidad de ser “sujeto” de derecho, en contraste con el derecho objetivo, atribuible a dicho sujeto, es la generadora de las condiciones, o mejor dicho, aptitudes, que hacen posible que dicho sujeto, tenga “personalidad” jurídica. Ser apto o capaz para exigir y reclamar el “*suus*” en justicia, así como al mismo tiempo responder a obligaciones derivadas de lo justo objetivo del otro, es lo que llamamos personalidad jurídica, y es inseparable de la persona jurídica. No existe una sin la otra.

---

<sup>79</sup> DE LA PARRA T., Eduardo, Derechos de la personalidad: Teoría general y su distinción con los derechos humanos y las garantías individuales, Obra separata del libro del mismo autor, El daño moral por la divulgación de la Información Genética, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, 2004, p. 139.

<sup>80</sup> GALINDO GARFIAS, Derecho Civil, Decimocuarta ed., Porrúa, México, 1995, p. 303.

Por otro lado, todo ser humano en lo individual, está sujeto, desde el desarrollo prenatal, a procesos moleculares, biológicos, psicológicos, sociales, contextuales, anatómicos, fisiológicos, ambientales, históricos, etc., que lo configuran paulatinamente, en forma continua y sin pausas, con interacciones objetivas y subjetivas, externas e internas, determinando cada una de las dimensiones de su ser individual, incluyendo la capacidad de relacionarse con la otredad. Todo lo anterior determina otra concepción del término equívoco “personalidad”, entendiéndolo como el resultado de dichos procesos en dos sentidos: la diferencia individual que constituye a cada persona y la distingue de otra, y el conjunto de cualidades que constituyen a todo sujeto inteligente<sup>81</sup>.

Conforme a lo anterior, la personalidad como diferencia individual que constituye a cada persona y la distingue de la otra, al ser un resultado de la personalidad como conjunto de cualidades del sujeto, no puede ser garantizada por el Estado, sino indirectamente. Son los procesos de desarrollo evolutivo y madurez, así como los procesos biológicos, sociales, ambientales, etc. los que pueden ser envueltos por el escudo legal de protección del Estado. Protegidos estos, en consecuencia, la personalidad como producto o resultado, configurada de tal forma que *per se*, jamás una persona podría ser igual a otra, también en automático llegará a feliz término. El objeto de protección del Estado no podría ser al revés.

Caso muy distinto es el de la protección del Poder Público a la dignidad humana. Al ser esta inherente<sup>82</sup> a la definición esencial del ser humano, no puede ser definida por el Estado, de la misma manera en que nadie osaría definir al ser humano constitucionalmente, encasillando en un artículo lo que no le corresponde al

---

<sup>81</sup> Diccionario de la Lengua Española, Real Academia Española, Madrid 2016.

<sup>82</sup> De alguna manera el regreso al iusnaturalismo por parte del Constitucionalismo mexicano y latinoamericano, presenta consecuencias en el reconocimiento de la dignidad humana y por tanto los derechos humanos, así como también los derechos de la personalidad, como elementos intrínsecos de la definición esencial de ser humano, y en concreto de persona jurídica.

Derecho. La dignidad del ser humano, como concepto iusnaturalista y jurídicamente relacionada con la doctrina internacionalista clásica de los derechos humanos, no puede ser definida ni por los Tratados mismos -como de hecho no lo hacen- ni por nuestra Constitución. Mucho menos por Ley alguna. De una manera análoga a la personalidad, la dignidad humana no puede ser garantizada por el Estado, sino indirectamente. Esta simplemente es, esencialmente completa, existe, y son los procesos de relaciones individuales y colectivas, sociales y jurídicas, las que el Estado debe regular, a fin de que estas sean las que se adecúen con la dignidad del ser humano. La relación entre la dignidad humana y el derecho, es tremendamente análoga, como se puede ir develando, a la relación entre el orden público instrumental, y el contenido, objeto de su protección.

De esta manera, la existencia del derecho a la dignidad humana, constituye un enfoque erróneo del tema. No es exigible lo que se posee. Tener derecho a la dignidad humana sería tan innecesario como tener derecho a ser persona. Simplemente se es. La protección del Estado a la dignidad humana, es pues una obligación que se expresa en las diversas manifestaciones jurídicas en que el Estado, mediante sus poderes, deberá velar porque el ser humano sea respetado en su condición (iusnaturalista) y por tanto merecedor de lo que le corresponde, debido y proporcionadamente a dicha condición<sup>83</sup>.

Bajo estas premisas, es totalmente posible equiparar el concepto “dignidad humana”, incluso desde la ciencia jurídica, al término “persona”, pues aquella es la fuente y ésta el centro o núcleo de los derechos y obligaciones -aquí sí cabría la excepción en esta equiparación, en el caso de las personas morales-. De la dignidad humana se deriva pues, lo que cada ser humano “merece” o puede exigir en justicia,

---

<sup>83</sup> La Real Academia Española define “digno” (dignidad, calidad de digno), como merecedor de algo, correspondiente y proporcionado al mérito y condición de alguien o algo.

de otras personas, de la sociedad y del Estado mismo, así como también se deriva lo que también por derecho objetivo, tiene obligación de entregar a quien corresponda. La dignidad humana, inherente entonces al ser humano, es origen de todos los derechos<sup>84</sup>, y estos a su vez, proporcionados a aquella y en ella definitorios de toda obligación con todo ser humano, de forma que definir ser humano es definir sus derechos y obligaciones.

Con todo, la interpretación otorgada al desarrollo de este importante concepto, la personalidad, se ha centrado de forma reduccionista -afirmándolo así explícitamente-<sup>85</sup> en la teoría Kantiana, particularmente en su definición del ser humano. Esta, si bien contiene predicables esenciales, es parcial, y a fin de cuentas limitada en la consideración del concepto. Definir al ser humano como un ser autónomo, que expresa su autonomía a través de la razón y la libertad, es dar a la voluntad humana potencia autónoma, razón suficiente para todo orden moral y al ser humano -en lo más individual del término- considerarlo el principio y centro de toda acción, origen de todo principio, conducta, razón o moral, de forma independiente de cualquier valor compartido socialmente, independiente de cualquier principio de conducta que no haya tenido su origen en la voluntad individual (ética, principios generales, el derecho mismo).

Tal concepción conlleva una innumerable cantidad de contradicciones. La primera de todas, considerar el absurdo de que el mismo Kant se contradecía al afirmar que el ser humano era solamente un conjunto de fenómenos sometidos a categorías puramente formales y apriorísticas<sup>86</sup>, cuestión totalmente contraria a la

---

<sup>84</sup> BIDART Campos, Germán J., Teoría general de los derechos humanos, Instituto de Investigaciones jurídicas de la UNAM, México, 1989, p. 73

<sup>85</sup> Cfr. el artículo de Pilar J. Monroy Guevara, publicado por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en su página [https://www.scjn.gob.mx/Transparencia/Lists/Becarios/Attachments/38/Becarios\\_038.pdf](https://www.scjn.gob.mx/Transparencia/Lists/Becarios/Attachments/38/Becarios_038.pdf), consultado al 2 de marzo de 2016.

<sup>86</sup> KANT, Emmanuel, Principios metafísicos del Derecho, Ed. Espuela de Plata, México 2004, p. 72

afirmación del hombre como centro de sí mismo y a la libertad como concepto absoluto, pues no escapa a las categorías. La segunda contradicción consiste en que afirmar que toda verdad (metafísica) se deriva de la verdad moral, entendida como independiente, individual y autónoma, y luego afirmar que existen “principios metafísicos del derecho o de la moral” es un total absurdo.

Lo anterior es particularmente importante, pues volviendo a la consideración del derecho y su protección a la dignidad humana y a los derechos de la personalidad, el mismo derecho, bajo la óptica comentada arriba y de forma absurda, se convierte en sí mismo en una violación al libre desarrollo del ser humano y por tanto de su personalidad, pues constituye una moral (entendida como reglas de actuación, lato sensu), impuesta de forma exterior a la libertad individual. De la misma manera, cualquier consideración de valor (la misma tipificación penal es en sí una consideración de valor, así como cualquier sanción legal), bajo la óptica con la que se ha fundamentado el derecho a la personalidad, desde diversas jurisprudencias recientes, podría ser contradictoria, al ser impuesta con un fin distinto al propio de esta definición Kantiana.

Una última mención de las contradicciones de esta teoría que sustenta nuestro actual derecho al libre desarrollo de la personalidad, consiste en que el mismo Kant basaba la libre determinación no sólo en la libertad, sino también en la razón; por tanto, en congruencia él mismo situaba la “ciencia” como elemento esencial en las decisiones acerca de la personalidad y de la moral en general. Por el contrario, nuestro actual sistema, de origen no legal, sino judicial, de protección al desarrollo de la personalidad, sitúa a la libertad como criterio absoluto de individualización y autodeterminación, incluso por encima de la razón científica, como fue el caso de la sentencia 237/2014 de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en donde, al mismo tiempo que se afirmaba: *vale la pena destacar que la evidencia disponible*

*muestra que efectivamente el consumo de genera daños o afectaciones de distinto tipo...* se afirmaba también que su prohibición por parte del legislador *afecta severamente el libre desarrollo de la personalidad*. La definición de la personalidad y dignidad humana, en el contexto de la moral independiente kantiana y la autonomía absoluta de la libertad individual, conllevan afirmaciones tan graves como la contenida en dicha sentencia:

*Así, este Alto Tribunal considera que pertenece al estricto ámbito de la autonomía individual protegido por el derecho al libre desarrollo de la personalidad la posibilidad de decidir responsablemente si desea experimentar los efectos de esa sustancia a pesar de los daños que esta actividad puede generarle a una persona.<sup>87</sup>*

Y como este caso, otros muchos, dan cuenta de la debilidad del concepto “libre desarrollo de la personalidad”<sup>88</sup>, cuando trata de protegerse el resultado, el producto, y no la causa, los procesos, de dicho desarrollo y de dicha personalidad, y máxime cuando para el objeto de dicha protección es un interés subjetivo, variable e insuficiente para configurar un bien jurídico que se encuentre por encima del bien común, de los principios e instituciones de orden público e interés social, como el matrimonio, la adopción, la salud, la identidad, etc.

---

<sup>87</sup> Sentencia del Amparo en revisión 237/2014, p. 79.

<sup>88</sup> Al respecto, la Tesis aislada P. LXVI/2009, Derecho al libre desarrollo de la Personalidad: aspectos que comprende, define la misma conforme a su texto: De la dignidad humana, como derecho fundamental superior reconocido por el orden jurídico mexicano, deriva, entre otros derechos personalísimos, el de todo individuo a elegir en forma libre y autónoma su proyecto de vida. Así, acorde a la doctrina y jurisprudencia comparadas, tal derecho es el reconocimiento del Estado sobre la facultad natural de toda persona a ser individualmente como quiere ser, sin coacción ni controles injustificados, con el fin de cumplir las metas u objetivos que se ha fijado, de acuerdo con sus valores, ideas, expectativas, gustos, etcétera. Por tanto, el libre desarrollo de la personalidad comprende, entre otras expresiones, la libertad de contraer matrimonio o no hacerlo; de procrear hijos y cuántos, o bien, decidir no tenerlos; de escoger su apariencia personal; su profesión o actividad laboral, así como la libre opción sexual, en tanto que todos estos aspectos son parte de la forma en que una persona desea proyectarse y vivir su vida y que, por tanto, sólo a ella corresponde decidir autónomamente. Amparo directo 6/2008. 6 de enero de 2009. Once votos. Ponente: Sergio A. Valls Hernández. Secretaria: Laura García Velasco.

Cuando al desarrollo de la personalidad y su configuración, se le añade la nota característica que lo adjetiva en la jurisprudencia arriba citada, pero además se coloca como fundamento, algo tan absoluto como la dignidad misma del ser humano, no es de extrañar, que un interés particular, de individualización o autonomía en cuestiones de “mores” o conductas ajenas incluso al derecho, estas mismas sean colocadas por encima de la institución del matrimonio<sup>89</sup>, de la identidad propia<sup>90</sup> y de la salud como responsabilidad del Estado.

Particularísima mención merece, para ilustrar aún más lo dicho anteriormente, la Tesis aislada P. LXXI/2009, titulada:

“REASIGNACIÓN SEXUAL. PREEMINENCIA DEL SEXO PSICOSOCIAL FRENTE AL MORFOLÓGICO PARA RESPETAR A PLENITUD LOS DERECHOS DE IDENTIDAD SEXUAL Y DE GÉNERO DE UNA PERSONA TRANSEXUAL,” misma que establece:

*Ante los factores objetivos y subjetivos que definen a una persona, se advierte que tratándose de su identidad sexual y de género, se presenta en la realidad una prelación o preeminencia del factor subjetivo (sentimientos, proyecciones, ideales), sobre sus caracteres físicos o morfológicos (factor objetivo), de manera que derivado de la compleja naturaleza humana, que lleva a cada individuo a desarrollar su propia personalidad con base en la visión particular que respecto de sí mismo tenga, debe darse un carácter preeminente al sexo psicosocial frente al morfológico, a fin de respetar plenamente los derechos de identidad sexual y de género de una persona transexual, al*

---

<sup>89</sup> Divorcio sin expresión de causa. Constituye una forma de ejercer el derecho al libre desarrollo de la personalidad. Décima Época, Registro: 2008492, Instancia: Primera Sala, Tipo de Tesis: Aislada, Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Libro 15, Febrero de 2015, Tomo II, Materia(s): Constitucional, Tesis: 1a. LIX/2015 (10a.), Página: 1392.

<sup>90</sup> Cfr. Tesis aislada P. LXIX/2009, Reasignación sexual. Es una decisión que forma parte de los derechos (sic) al libre desarrollo de la personalidad. Partiendo de que el derecho al libre desarrollo de la personalidad implica necesariamente el reconocimiento a los derechos a la identidad personal, sexual y de género, pues a partir de éstos el individuo se proyecta frente a sí mismo y dentro de una sociedad, se concluye que la reasignación sexual que decida una persona transexual para adecuar su estado psicosocial a su físico y de ahí, vivir en el sexo con el que se identifica plenamente y ser reconocido como tal por los demás, constituye una decisión que forma parte del libre desarrollo de la personalidad, en tanto es una expresión de la individualidad de la persona, respecto de su percepción sexual y de género ante sí mismo, que influye decisivamente en su proyecto de vida y en todas sus relaciones dentro de la sociedad. Amparo directo 6/2008. 6 de enero de 2009. Once votos. Ponente: Sergio A. Valls Hernández. Secretaria: Laura García Velasco. Así como también las Tesis aisladas LXIV/2009, LXIX/2009, LXXI/2009, LXXII/2009, LXXIII/2009 y LXXIV/2009.

*ser aspectos que, en mayor medida, definen tanto la visión que la persona tiene frente a sí misma como su proyección ante la sociedad.*<sup>91</sup>

Conforme a dicha jurisprudencia, el derecho deja de ser pues el ideal Ulpiano de impronta milenaria, “*suum cuique tribuere*”<sup>92</sup>, que expresa la objetividad de la justicia y por tanto la raíz del derecho asentada en la realidad misma – y no en la libre determinación- de las cosas. Acorde con esta misma concepción de la justicia, estaban Platón, Aristóteles, Tomás de Aquino, etc. Si precisamente, en este mismo orden de ideas, *el derecho público no puede ser cambiado por pacto de particulares*<sup>93</sup>, es evidente que dicho derecho público -no necesariamente identificado con el objetivo, mas sí con las instituciones comentadas- mucho menos podría ser cambiado por expresiones unilaterales e individuales de la voluntad. El derecho como lo justo objetivo, al amparo de esta definición de desarrollo de la personalidad, se convierte en un empoderamiento de pareceres, creencias, ideas, opiniones y preferencias sobre lo que para cada quien es el derecho que le corresponde, convirtiéndose en el fin último, incluso del derecho mismo, la individualización de la persona, y no el orden público y el bien común, escenario y marco precisamente de la realización de la persona y, como *zoon politikon* que es, la configuración misma de su personalidad.

Sin afán de abundar de más en el tema, baste como un ejemplo más de la subjetividad o arbitrariedad de este enfoque, la argumentación presentada por los miembros de la parte actora en el amparo en revisión 237/2014:

*Partiendo de lo anterior, los recurrentes alegaron que contrario a lo establecido por el Juez de Distrito, la normativa impugnada sí impone modelos y estándares de vida ajenos*

---

<sup>91</sup> Amparo directo 6/2008. 6 de enero de 2009. Once votos. Ponente: Sergio A. Valls Hernández. Secretaria: Laura García Velasco.

<sup>92</sup> “Dar a cada quien lo suyo”, ULPiano, Digestum 1, 1, 10.

<sup>93</sup> *Ibidem*, 50, 8, 2, 8. *Iusreipublicae pacto mutari no potest.*

*a los particulares, pues sólo se respeta la identidad de cada sujeto si se le permite actuar en consecuencia a sus propios rasgos, cosmovisiones, concepciones de la vida buena y elementos que a su juicio lo definen y singularizan. En este sentido, los recurrentes sostuvieron que ellos se singularizarían y lograrían tales objetivos mediante el consumo de marihuana, de la misma forma que otras personas lo logran a partir de los deportes que practican, sus pasatiempos, la comida que les gusta y la compañía que guardan, sin que le esté permitido al Estado estigmatizar y prohibir dichas conductas...*

Por demás está, de paso, hacer referencia a la calidad de la argumentación jurídica presentada en dicho Amparo.

Ahora bien, no nos es desconocido, que la definición aquí cuestionada del derecho al libre desarrollo de la personalidad, tiene como su único límite, los derechos de terceros. Cabe anotar que dicha limitación no es afirmada de forma explícita por la Suprema Corte en ninguna jurisprudencia, sino por referencias a la argumentación de la parte actora en el Amparo en revisión 237/2014; es decir, se trata de la argumentación de un particular, ratificada tácitamente por el proyectista de la resolución de dicho amparo –si bien, atraído por la SCJN-, quien refiere dicho límite<sup>94</sup>. No hay más sobre este asunto en todo el orden jurídico mexicano; sin embargo, aún establecida dicha muralla al derecho al libre desarrollo de la personalidad, constatamos que ella es insuficiente para proteger la “juridicidad” el supuesto derecho que dicho amparo define, pues tal excepción ignora por completo el carácter dual del derecho. En efecto, partiendo de Ulpiano nuevamente, a cada atribución de derecho subjetivo, le corresponde una obligación de derecho objetivo. Cuando exijo un derecho mío, otro individuo -el Estado o un tercero- estará obligado a otorgarlo, permitirlo y protegerlo. De la misma manera, en el momento en que otro

---

<sup>94</sup> Citado por el Amparo en revisión 237/2014, NINO, Carlos, *Ética y Derechos Humanos: un ensayo de fundamentación*, Astrea, Buenos Aires 1989, p. 223. “El bien más genérico que se requiere para garantizar la autonomía de las personas es precisamente la libertad de realizar cualquier conducta que no perjudique a terceros.”

considere un objeto de derecho como suyo en justicia, será esa misma acción la concatenante de mi obligación a otorgarlo<sup>95</sup>.

De esta manera, y conforme a la naturaleza misma del derecho, siempre dual, siempre realizando la homeostasis o sinergia de los derechos y obligaciones, el ideal del derecho al libre desarrollo de la personalidad, se vuelve una sub-realidad utópica, una mezcla entre la concepción estoica y la kantiana del ser humano y sus acciones, que mira más en retrospectiva más que hacia el desarrollo, simulando una ficción no sólo jurídica, sino existencial, donde el ser humano no es un ser primordialmente social, sino un ser autónomo e independiente, es decir aislado<sup>96</sup>. A fin de cuentas, ficción. Ya lo afirmaba Antonio Viñas:

*La humanitas supone una dignificación que proporciona autoestima y, a la vez, exige respeto y comportamientos impregnados de gestos intercambiables y recíprocos. Los otros, los semejantes tienen la misma personalidad, lo que impide anular o desconocer su existencia. Los actos del ser humano, sometidos al control del derecho, son, precisamente, aquellos que le afectan como ser social. Cualesquiera otros actos humanos, internos o externos que discurran al margen de las exigencias impuestas por la relación social no forman parte del ámbito jurídico<sup>97</sup>.*

---

<sup>95</sup> ULPiano, op. cit., 3, 3, 40, 2. *Nam cum iudicatur rem meamesse, simuliudicatur illius non esse*. Pues cuando se ha juzgado que el objeto es mío, al mismo tiempo se ha juzgado que no es de otro.

<sup>96</sup> Es particularmente interesante el enfoque de la resolución del Amparo en revisión 237/2014, que en su página 31, menciona la necesidad derivada del derecho al libre desarrollo de la personalidad, de imponer límites negativos dirigidos a los poderes públicos y a terceros, pues estos imponen prohibiciones de intervenir u obstaculizar las acciones permitidas por el derecho en cuestión. Bajo este enfoque, no es el individuo mismo, sino el Estado y los “otros”, quienes podrían generar obstáculos para un proyecto de vida personal. El desarrollo de la personalidad, conjunto complejísimo de procesos de toda índole, que reclaman del individuo en desarrollo, todas sus facultades al servicio de este desarrollo, deja de correr el riesgo de ser impedido u obstaculizado por el sujeto mismo, quedando este exento de error, autoengaño, inmadurez, patologías, etc. y todo ello pasa a llamarse en adelante “autodeterminación.” Implica esto además, una oposición ficticia e inducida, entre el individuo y la unidad sociedad-estado, generando una dialéctica entre el yo y los otros, entre mi autodeterminación y la autoridad del Estado, que lo único que acabará generando es voluntarismo individualista, similar al del siglo XIX, pero sin el positivismo propio de esa época.

<sup>97</sup> VIÑAS, Antonio, *Teoría del Derecho y experiencia jurídica romana*, Dykinson, Madrid 2002, p. 59.

Los actos del ser humano, pues, desde el punto de vista jurídico, y para efectos de interés únicamente jurídico, son siempre y sin excepción, sociales, duales, intercambiables y recíprocos. Las exigencias de la relación social lo impregnan y sobre todo, siempre sin excepción, afectarán a terceros.

Por otro lado, el problema aquí planteado de la obscuridad del concepto<sup>98</sup> y la incapacidad técnica de su planteamiento judicial, más que constitucional, se complica aún más. En efecto, el cuidado y responsabilidad en grado máximo que el Estado ha de tener en la definición del derecho al desarrollo de la personalidad, se agrava por dos cuestiones:

1. La desprotección que genera, en temas como educación y salud (lato sensu), para el titular de dicho derecho, particularmente cuando este es un menor de edad; y
2. La desproporcionada valoración penal que le da el artículo 19 de la Constitución Política de nuestro país.

Sobre el primer punto, baste traer a colación, la afirmación categórica de la resolución del amparo principal en este tema: *la intimidad no sólo incluye el derecho a no revelar información, sino también el derecho a disponer de la persona y cuerpo en el ámbito privado*<sup>99</sup>. Tal afirmación, considerando que se trata de un supuesto derecho humano, aplicada a un niño de 11 años, tendría consecuencias muy claras: la violación del derecho de los padres a la educación de sus hijos, consagrada en el artículo 12.4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Considerar el

---

<sup>98</sup> Es necesario insistir en la incapacidad del Derecho para proteger el derecho a la personalidad como un resultado, sin proteger previamente y arropar, los procesos que generan, desarrollan y configuran, precisamente, dicha personalidad.

<sup>99</sup> Amparo en revisión 237/2014, p. 11.

desarrollo de la personalidad como un resultado consistente únicamente en la libertad con que se exprese, y no en el derecho a su configuración progresiva -y por tanto gradual- y adecuada, a través de la tutela de sus procesos, sería lo mismo que afirmar en la práctica que tal niño de 11 años tiene derecho a disponer de su persona y cuerpo en el ámbito privado, individualmente o con terceros, sin que el Estado o los particulares – sus padres- puedan obstaculizar dicho “derecho.” El multicitado amparo 237/2014, relaciona dichas “obstaculizaciones” con un paternalismo, estatal o parental – en el caso del niño-*que cree saber mejor que las personas lo que conviene a estas y lo que deben hacer con sus vidas*<sup>100</sup>. La cuestión es que dicha resolución “patina” al evidenciar que el hipotético derecho al libre desarrollo de la personalidad supone la *proclamación constitucional, de que siempre que se respeten los derechos de los demás, cada ser humano es el mejor juez de sus propios intereses*. En otras palabras, está sustentado en el aire, pues tal ‘proclamación constitucional’ es inexistente y, en todo caso, al citarlo la resolución, citaban la constitución que regía al autor español, Luis Díez-Picazo.

El punto anterior reviste singular importancia, pues fundamentar un derecho al libre desarrollo de la personalidad en el supuesto de que el Estado asume que el individuo no tiene capacidad racional para disponer de su cuerpo, mente y persona - en definitiva de responder por sus decisiones-, además de significar una epistemología poco ortodoxa, por subjetiva y “culpablemente suspicaz”, discrimina de dicho derecho – o bien lo asigna irresponsablemente- a los menores de edad, quienes, efectivamente, no cuentan con la capacidad racional suficiente para disponer de su cuerpo, mente y persona, de forma autónoma e independiente – como tampoco de su patrimonio-.

---

<sup>100</sup> *Ibidem*, p. 31

Adelantando las conclusiones, el derecho al “libre desarrollo de la personalidad”, en el marco jurídico y sobre todo constitucional vigente, es insuficiente, pues o bien reconoce capacidad de ejercicio donde no existe, o bien llega tarde llamando desarrollo a lo que ya se encuentra desarrollado. El libre desarrollo de la personalidad no protege al niño en tanto no reconoce su derecho expresado en el artículo 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y tampoco reconoce su derecho conexo, derivado de la interpretación correlativa del artículo 12.4 de la misma Convención, que otorga a los niños el derecho a recibir una educación que esté de acuerdo con las convicciones de los padres. Conforme a ambos artículos, el niño tiene derecho a medidas de protección por parte de su familia, de la sociedad y del Estado, con base en su condición de sujeto de derechos plenos, pero con facultades en desarrollo. Tales medidas de protección por supuesto, al contrario de ser consideradas obstáculos a su desarrollo de la personalidad, son protección especial, derechos adicionales y no violación a los ya habidos. Pareciera entonces que el derecho al libre desarrollo de la personalidad fuera diseñado para sujetos distintos a los mencionados en el artículo 19 de la CADH; sin embargo, en tal supuesto, la personalidad, ya configurada, no está en desarrollo y, por tanto, es ineficaz tal “derecho”<sup>101</sup>.

En el primer caso, de los menores de edad, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, tras establecer que dichas medidas de protección serán establecidas interpretándolas conforme a los distintos tratados internacionales, analizando cada caso concreto<sup>102</sup>, coloca como las dos principales la educación y la salud<sup>103</sup>. Pues bien, considerando la educación conforme al artículo 12.4 de la CADH y a la salud conforme nuestra Suprema Corte la definió -acorde con la OMS- en su tesis aislada P. LXVIII/2009, de nuevo nos encontramos con la incapacidad del

---

<sup>101</sup> Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo 19: Todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren (sic) por parte de su familia, de la sociedad y del Estado.

<sup>102</sup> GELMAN v. Uruguay, Fondo, Reparaciones, Sentencia, Corte Interamericana de Derechos Humanos (ser. C) N° 221, 24 de febrero de 2011.

<sup>103</sup> Comunidad Indígena XákmokKásek v. Paraguay, Fondo, Reparaciones y Costas, Corte Interamericana de Derechos Humanos, N° 214, 258 24 de agosto de 2010.

término “libre desarrollo de la personalidad” para proteger al niño. En la educación, al plantearla la Corte como una medida de protección, un derecho enfatizado en el niño, deja de ser “libre” en el sentido de autodeterminación absoluta, para convertirse en el trabajo *plusquamperfecto* del artículo 3.2 de la Convención sobre los Derechos del Niño y que es precisamente la definición del “interés superior del niño,” principio de derecho esencial en todo este punto de la reflexión:

*Los Estados Partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas<sup>104</sup>.*

En el caso del derecho a la salud, como medida de protección por parte del Estado, la familia y la sociedad, para el desarrollo de la personalidad del menor de edad, es necesario acudir a la definición que tanto la OMS como nuestra Corte Suprema han establecido para dicho derecho:

*Novena Época  
Registro: 165826  
Instancia: Pleno  
Tesis Aislada  
Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta  
Tomo XXX, Diciembre de 2009  
Materia(s): Constitucional  
Tesis: P. LXVIII/2009  
Página: 6*

**DERECHO A LA SALUD. NO SE LIMITA AL ASPECTO FÍSICO, SINO QUE SE TRADUCE EN LA OBTENCIÓN DE UN DETERMINADO BIENESTAR GENERAL.**

---

<sup>104</sup> Convención sobre los Derechos del Niño, art. 3.2

*El referido derecho, contenido en el artículo 4o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y reconocido en diversos tratados internacionales suscritos por México, no se limita a la salud física del individuo, es decir, a no padecer, o bien, a prevenir y tratar una enfermedad, sino que atento a la propia naturaleza humana, va más allá, en tanto comprende aspectos externos e internos, como el buen estado mental y emocional del individuo. De ahí que el derecho a la salud se traduzca en la obtención de un determinado bienestar general integrado por el estado físico, mental, emocional y social de la persona, del que deriva un derecho fundamental más, consistente en el derecho a la integridad físico-psicológica<sup>105</sup>.*

Dicho lo anterior por la Corte, la salud, entendida como el derecho a la integridad físico-psicológica, imponga como obligación al Estado, a la familia y a la sociedad, la correcta configuración de los elementos de la personalidad del niño, así como la protección de sus procesos. De una inadecuada configuración de la personalidad durante la infancia, se sigue en consecuencia la fragmentación y daño precisamente en los elementos físicos y psicológicos de su salud, así como estado mental y emocional. Por tanto, **el aseguramiento del derecho a la salud del niño, así como su protección integral y, en definitiva, su interés superior, regulado en el artículo 3.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño, requieren no un libre desarrollo de la personalidad, sino una adecuada protección de los procesos de desarrollo evolutivo y una correcta configuración de la personalidad como resultado.** De hecho, conforme al principio 6 la Declaración de los Derechos del Niño, emitida por la resolución 1386 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, el término más adecuado sería “Derecho al pleno y armonioso desarrollo de su personalidad.”

Por ello, reorientar el término en cuestión, para dar fin a su carácter discriminatorio respecto de los niños, implicará reforzar el marco jurídico y la

---

<sup>105</sup> Amparo directo 6/2008. 6 de enero de 2009. Once votos. Ponente: Sergio A. Valls Hernández. Secretaria: Laura García Velasco.

constitucionalidad del interés superior del niño, tal y como lo define la Convención sobre los Derechos del Niño, sin manipulaciones de ningún espectro político<sup>106</sup>.

Sobre este mismo interés superior, del que se deriva el derecho del niño al pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, la Convención es clara:

### *Artículo 3*

1. *En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una **consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.***

2. *Los Estados Partes se comprometen a **asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas***<sup>107</sup>.

A su vez, la Declaración de los Derechos del Niño, documento de derecho internacional vinculante, al ser un resolutivo de la Asamblea General de las Naciones Unidas, es sumamente clara al referirse al interés superior del Niño:

### *Principio 2*

*El niño gozará de una protección especial y dispondrá de oportunidades y servicios, dispensado todo ello por la ley y por otros medios, para que pueda desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente en forma saludable y normal, así como en*

---

<sup>106</sup> Citando a la Lic. Martha Isabel Villar Torres, del Estado de Guanajuato, en su artículo publicado en la página del poder judicial de dicho Estado, en la liga <http://www.poderjudicial-gto.gob.mx/pdfs/255.pdf> consultada al día 3 de marzo de 2016, interés jurídico, “es la ventaja protegida por la ley mediante los órganos jurisdiccionales del Estado, de modo que sin la intervención de estos, sufriría un daño el titular del derecho.” El interés superior del niño entonces, como interés jurídico, supone un derecho, protegido o no por la ley, que genera obligaciones del estado, la familia y la sociedad, jerarquizado por encima de otro interés jurídico en conflicto.

<sup>107</sup> Convención sobre los Derechos del Niño, artículo 3.1 y 3.2

*condiciones de libertad y dignidad. Al promulgar leyes con este fin, la consideración fundamental a que se atenderá será el interés superior del niño.*

*Principio 6*

*El niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, necesita amor y comprensión. Siempre que sea posible, deberá crecer al amparo y bajo la responsabilidad de sus padres y, en todo caso, en un ambiente de afecto y de seguridad moral y material; salvo circunstancias excepcionales, no deberá separarse al niño de corta edad de su madre...*

*Principio 7*

...

*El interés superior del niño debe ser el principio rector de quienes tienen la responsabilidad de su educación y orientación; dicha responsabilidad incumbe, en primer término, a sus padres.<sup>108</sup>*

Y es precisamente en el sentido del Principio 7, recién citado, que en la Convención también podemos referenciar el derecho y deber de los padres a dirigir y orientar los procesos de desarrollo evolutivo del menor de edad, hacia el más pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, pero a la vez también encontramos respaldada la obligación del Estado de proteger a la familia para que esta ejerza su función natural de guiar el desarrollo del nuevo ser humano, de inicio a fin, por encima de cualquier otro interés jurídico. El artículo 5 de dicha Convención mandata:

*Los Estados Partes respetarán las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres... de los tutores u otras personas encargadas legalmente del niño de impartirle, en consonancia con la evolución de sus facultades, dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente Convención.*

---

<sup>108</sup> Declaración de los Derechos del Niño, A.G. res.. 1386 (XIV), 14 U.N. GAOR Supp. (No. 16) p. 19, ONU Doc. A/4354

Conforme a esto, en ocasiones los padres, en el ejercicio de su derecho y bajo una adecuada corresponsabilidad, depositan en instituciones educativas, públicas o privadas obligaciones derivadas y parciales respecto a la educación de sus hijos. No obstante, dichas instituciones deberán conducirse con responsabilidad y cumplimiento de lo establecido en la Convención sobre los Derechos del Niño:

#### **Artículo 14**

*2. Los Estados Partes respetarán los derechos y deberes de los padres y, en su caso, de los representantes legales, de guiar al niño en el ejercicio de su derecho de modo conforme a la evolución de sus facultades.*

#### **Artículo 29**

*1. Los Estados Partes convienen en que la educación del niño deberá estar encaminada a:*

*a) Desarrollar la personalidad, las aptitudes y la capacidad mental y física del niño hasta el máximo de sus posibilidades;*

*b) Inculcar al niño el respeto de los derechos humanos y las libertades fundamentales y de los principios consagrados en la Carta de las Naciones Unidas;*

*c) Inculcar al niño el respeto de sus padres, de su propia identidad cultural, de su idioma y sus valores, de los valores nacionales del país en que vive, del país de que sea originario y de las civilizaciones distintas de la suya;*

*d) Preparar al niño para asumir una vida responsable en una sociedad libre, con espíritu de comprensión, paz, tolerancia, igualdad de los sexos y amistad entre todos los pueblos, grupos étnicos, nacionales y religiosos y personas de origen indígena;*

*e) Inculcar al niño el respeto del medio ambiente natural.*

Como se puede ver, si bien de forma sumarásima, estamos aún al inicio del camino de la configuración correcta de los pilares de orden público que deben regir el desarrollo armonioso de los niños. La respuesta modesta por parte de esta tesis se centra en la definición instrumental de protección de los elementos que permitan seguir avanzando en este camino, de una manera responsable, no cediendo en otros lo que, como Estado, familia y sociedad, nos corresponde, ahora en el marco del nuevo sistema de Derechos de nuestra Constitución.

Buscando en ese mismo sentido, brindar algunas conclusiones respecto a los retos del Orden Público instrumental y su relación con este nuevo derecho constitucional derivado de la Reforma de Derechos Humanos del 2011, y aterrizando todo lo anterior al tema general que nos ocupa en esta tesis, -el orden público- encontramos que el nuevo derecho constitucional mexicano, un sistema de derechos, más allá del texto “garantizante” de la ley, impone una interrogante crucial para nuestro trabajo: apela a una solución que convierte este estudio en cada vez más oportuno, conforme pasan los años; ante un derecho ‘abierto’ que tutela la interpretación más amplia y favorable de los derechos humanos, ¿quién define lo que estos tales sean, lo que abarquen y lo que impliquen? ¿quién podría objetivamente determinar hasta dónde se amplían sin pisotear su misma definición o sus efectos conexos? ¿qué sistema de procesamiento o creación de derecho hemos de abrazar, ante el espaldarazo de este nuevo derecho al positivismo? ¿es el derecho natural o el convencionalismo internacionalista quien dictará –para efectos-, desde afuera de cualquier constituyente, lo que diga o no diga nuestra constitución, particularmente en materia de derechos humanos? Porque este tema, el de la definición de los derechos humanos, era ya de por sí el principal quid del “asunto” internacional, aún antes de esta Reforma del 2011; más aún, ahora que nuestro sistema da preponderancia a los derechos humanos, aún cuando no estén reconocidos en la ley, es necesario el fortalecimiento del orden público como medio para proteger el derecho vigente de la convencionalidad arbitraria del nuevo derecho.

Todo lo anterior concuerda perfectamente con el inicio de este trabajo: ¿quién gobierna a quien gobierna? ¿Cómo no abusar de las leyes cuando se es creador de la misma, con cierta independencia de procesos democráticos? La teoría del anclaje internacional pareciera insuficiente, cuando se observa que, los Comités Interpretativos de los Tratados Internacionales, están infestados -literalmente- por activistas, con agenda predictada, sin conocimientos profundos de derecho, y sin interés alguno en la conservación de las tradiciones y valores de cada nación y su Sistema. Siendo ellos quienes definirán los alcances de cada artículo sobre derechos humanos, de cada tratado sobre derechos humanos, y siendo que dicha interpretación se convertirá prácticamente en texto constitucional en nuestro país, ¿no será necesario replantear, no el sistema de reconocimiento y protección de derechos, sino la fuente de definición de los mismos, más aún cuando su ampliación podría ser judicial y no solo legislativa? Una vez más, hasta que esto no sea resuelto, ¿no necesitaríamos una “etiqueta”, un instrumento de protección jurídica para normas generales, que imprima en la norma “etiquetada” un carácter “ininterpretable”, inderogable y no sometida a dichos Comités –es más, vedada dicha ampliación al poder judicial-, sino únicamente a una protección constitucional interna en su carácter de Orden Público –y como tal soberano-?

Definitivamente que dicha Reforma, la de Derechos Humanos, del 2011, la más grande en la materia, probablemente desde la promulgación de la Constitución misma, generará un sin fin de retos al sistema judicial, legislativo y en general a toda la concepción del Estado de Derecho Constitucional, como lo hemos conocido. Lo que es cien por ciento previsible, es que este sistema de protección del contenido esencial del Estado y la Nación, centrado en un instrumento adjetivo llamado “Orden Público”, nunca pudo haber sido más oportuno que en este momento: el momento de los convencionalismos internacionalistas acerca de lo más importante para nosotros: los derechos humanos fundamentales.

La relación entre este enfoque adjetivo del Orden Público y la nueva perspectiva de derechos, con todo y sus principios generales y su constitucionalidad, ha de ser una relación inteligente: el lugar preciso de intersección entre ambas será en el fenómeno de la “ampliación de derechos”, concepto mismo que deberá ser puesto en el crisol del carácter sustantivo y público de los derechos humanos. La razón por la que dicho fenómeno ha de ser vigilado y acompañado por nuestra herramienta de protección de elementos esenciales de derechos, es que es ahí donde precisamente la objetividad de la letra de los Tratados y por tanto de la consideración del alcance de los derechos contenidos en ellos, pasa al ámbito de la subjetividad interpretativa de una aspiración válida de iusnaturalismo, pero mal enfocada y aplicada por una racionalidad judicial, donde además, se dan enfoques desafortunados, no cribados por el fenómeno democrático.

Por otro lado, la consideración de la incidencia y dinamismo que esta nueva facultad legislativa de la Suprema Corte de Justicia pudiera tener en el objeto de protección de este orden público adjetivo, ha de llevarnos a concluir que, de no tener diques sólidos y claros sobre lo que debe estar protegido, vedado y no interpretable, podemos caer en absurdos no sólo jurídicos sino filosóficos, como el del engaño de la autodeterminación, el aislamiento antisocial utópico e irreal o la suspensión de derechos individuales a la merced de un supuesto desarrollo sustentable.

Por último, el papel que precisamente este Orden Público instrumental jugará en torno a este nuevo sistema “neo-iusnaturalista”, es de una importancia tremendísima. Como se menciona arriba, es un éxito clarísimo el retorno de nuestro sistema jurídico a los elementos propios de un derecho que revaloriza la naturaleza de su fuente u origen, dando cuenta de nuevo, de la incapacidad del

Iuspositivismo para explicar el derecho tan sólo en causas formales de formación de la ley; sin embargo, como hemos podido observar en este capítulo, no basta dejar el positivismo, para saber que hemos retornado al iusnaturalismo. Hay algo más peligroso aún que el positivismo y algo esencialmente más injusto que el Kelsenismo: la arbitrariedad de un derecho judicialista, internacional o doméstico, que se coloca por encima de cualquier estructura democrática, legislativa, e incluso, en muchos tristes casos, -e irónicos- constitucional. Haberle restado valor material al formalismo de la ley – que al menos pasaba por un proceso legislativo democrático y lleno de balances de poder-, para otorgarle todo ese receptáculo de legitimidad constitucional, al dicho de 5 personas de la sala de la Suprema Corte, es pasar de un Estado de Derecho Constitucional, a un Estado de Derecho personal –es decir, subjetivo y por ende dictatorial-. Es precisamente un dique supra jurisdiccional, y si se me permite, supra-constitucional (es un instrumento insertado en la constitución misma, así que dicha superioridad es meramente didáctica del presente estudio) el que otorgará límites a esa capacidad interpretativa de un nuevo legislador negativo constitucional con nuevas –y al parecer por el momento ilimitadas- facultades interpretativas de la ley.

Tras lo anterior, habiendo disertado con prisa por vías que se adentran con profundidad en este nuevo sistema constitucional, relacionándolo con esta concepción adjetiva de Orden Público que proponemos, es momento de enumerar, para concluir, lo que en el presente capítulo hemos considerado: hemos navegado por el Orden Público, desde sus antecedentes, a través de la complejidad de su concepción, pasando por las diversas teorías, sus elementos comunes y finalmente, en el capítulo que está aquí por terminar, la aplicación de esos elementos a la hipótesis principal del presente estudio: el carácter adjetivo e instrumental del Orden Público, como enfoque *sine qua non* que deberá aprender el legislador a manejar, al tener ante su pluma al Orden Público, y

particularmente ante los retos que la Reforma de Derechos Humanos del 2011, y el nuevo Sistema Constitucional que de ella se sigue, presentan para el legislador, no se diga para un Constituyente, como el de la Ciudad de México.

Finalmente, tras nuestras conclusiones, haremos una propuesta de configuración al marco jurídico vigente, permitiendo que, de forma general y abstracta, así como funcional y estable, el orden jurídico comience a adquirir la inderogabilidad objetiva que le es debida desde el orden jurídico mismo.

## CONCLUSIONES

**PRIMERA.-** El panorama abigarrado y numeroso de teorías sobre la Institución que nos ocupa, si bien nos deja aún una sensación de ambigüedad y falta de precisión, aminora considerablemente la parte subjetiva de esa ambigüedad en el ámbito legislativo, y presenta un reto a la doctrina jurídica y a la ciencia misma del derecho. El concepto del Orden Público es complejo; lo es en causas y consecuencias, en sustancia y forma, en apreciación y en aplicación, alcances y elementos. Ante esta pluralidad y variedad de enfoques, el jurista está llamado por la vocación objetiva del derecho mismo a aportar una respuesta basada en estándares cualitativos muy precisos. Estándares que entarimen ese *mínimum* de orden que el derecho aporta a la sociedad como objeto teleológico: la justicia, la igualdad, la norma jurídica, la propiedad, los derechos humanos, etc. Sin lo anterior, el Orden Público se convierte en un peligro en manos del poder legítimo, el peligro del poder sin el derecho. A la volatilidad del poder y su correspondiente gama de intereses, se le opone una vinculación no facultativa derivada de una herramienta netamente jurídica –y en este trabajo específicamente legal- modestamente definida de forma adjetiva o instrumental. Un accidente, no un ‘subsistente’, jurídico.

**SEGUNDA.-** Han sido numerosos los juristas que se han acercado a la esencia del concepto “Orden Público”, desde sus distintas teorías, con enfoques sustantivos o adjetivos, historicistas o científicistas, iuspositivistas o iusnaturalistas. Teorías como la clásica han identificado el Orden Público con aquellos principios y leyes fundamentales y básicos que forman el núcleo sobre el que está estructurada la organización social; otras han equiparado este orden superior a las leyes imperativas, en razón de que buscan un interés general, colectivo, y por tanto son irrenunciables; otras teorías, a su modo, han llamado Orden Público al conjunto de principios casi siempre constitucionales que responden a una idea liberal-nacionalista

de organización social, un *usus* de origen. Por su parte la teoría internacionalista encuadra en el término en comento dos conceptos principales: soberanía y derechos humanos, a diferencia de la teoría pragmática, que se basa principalmente en considerar como Orden Público aquellas normas que sirvan para el buen funcionamiento del país. Finalmente, está la teoría del Orden Público-Institución, que es el *quid* del presente estudio, entendiéndolo como medio o técnica del derecho para garantizar esos “intereses”, “fundamentos” o “estructuras”, que las demás teorías señalan. Es una teoría formal, que a manera de instrumento jurídico protege la sustancia expresada alguna de las otras teorías, bajo ciertas condiciones semánticas.

**TERCERA.-** En lo individual, cada teoría, cada autor, han aportado un enfoque riquísimo y aparentemente distinto; sin embargo, en su conjunto, cada una de las teorías ha confirmado con su aportación para la totalidad del análisis, que existe una serie de elementos comunes, un *sine qua non* de la doctrina del Orden Público. La irrenunciabilidad, la dualidad o hilemorfismo, la supremacía y por tanto constitucionalidad como elemento esencial o nexo necesario, son elementos constantes a cualquier teoría; es el esqueleto esencial que resulta de cualquier radiografía del Orden Público, sea cual sea el cuerpo teórico que lo revista. No obstante, tales elementos no definen por sí mismos al Orden Público, sino sólo una parte de él. Como dijimos arriba, la misma Suprema Corte de Justicia, ha urgido y enfatizado la necesidad de estos elementos claros y objetivos, no sólo en su definición sino en su contenido. Coincidimos pues con ella, en que la definición instrumental, debe proteger contenidos o objetivos, inmutables, supremos, pues de lo contrario, la rigidez que buscamos sólo añadiría teoría inerte y vacía de eficacia a la historia del Orden Público. Si la herramienta establece disposiciones *non plus ultra*, el contenido de dichas disposiciones no podría ser menor, so pena de ser absurdo. Con todo ello, será necesario que el Orden Público no sea el objeto en sí de una protección superior, sino que sea él, el concepto en cuestión, quien sea el

garante o instrumento de protección de lo que es realmente supremo para el derecho y de la existencia misma de este, incluso. Orden Público, para efectos legislativos vistos en esta tesis y resumidos abajo, es pues, **un elemento jurídico instrumental, de naturaleza normativa impositiva y tutelar, cuyo objeto es garantizar la vigencia y eficacia de los principios fundamentales que forman parte de la Constitución o Ley Fundamental de un Estado.** Sus principales características son: su adjetividad, su instrumentalidad, su carácter normativo e impositivo, su carácter tutelar, y el carácter supremo de su objeto o bien jurídico tutelado.

**CUARTA.-** La institución jurídica que nos ocupa, el Orden Público, sostiene su gran importancia en que de su solidez pende el grado de gobernabilidad de un Estado desde el punto de vista legislativo. El rápido cambio de la sociedad y de la veloz movilización política de nuevos grupos, junto con el lento desarrollo de las Instituciones políticas, ha de ir siempre acompañado de un concepto de Orden Público sólido, conforme con la naturaleza tanto del derecho como del ser humano mismo; un concepto a la vez lo suficientemente general para sustentar el orden aún en el cambio de un sistema a otro, pero lo suficientemente rígido para orientar cualquier variación al sistema jurídico, permaneciendo aquel invariable ante los embates de los intereses políticos, ideologizados y particulares. El resultado de no contar con un sustento de instrumentación del Orden Público como el mencionado es la inestabilidad y el desorden; el estancamiento y la inmovilidad, irónicamente. El problema principal no es la evolución de los sistemas, sino la creación de un Orden Público legítimo que los catalice, que los filtre usando sólo lo jurídica y humanamente válido de cada sistema y en concreto de cada propuesta legislativa, y una vez constituido este, la protección del mismo de los intereses políticos. En el ámbito legislativo, y en concreto, el proceso de creación de leyes, es un espacio privilegiado de uso y abuso de esta institución, pues al insertar una ley en el sistema jurídico ha de colocarse esta en el rango y clasificación adecuados, incluyendo su alcance de protección conforme a la naturaleza de los intereses que constituyen su objeto. Es

por ello que, con humildad académica, el presente trabajo ha buscado aportar una orientación práctica en el enfoque del concepto, específicamente en el ámbito legislativo, sugiriendo que de entre todas las teorías existentes y los conceptos generados por las mismas, uno de ellos –sin inventar otro, ni ostentar añadir elementos a ninguno-, es el más útil y oportuno para la metodología epistémica del legislador o del especialista en técnica legislativa. Sólo de este modo será más práctica y viable la solución para limitar normativamente al poder normante, dotar de objetividad y supremacía, lo que trasciende más allá de intereses políticos de moda en turno.

**QUINTA.-** En el marco del proceso legislativo, esta tesis busca sugerir que tal concepción instrumental es precisamente la que puede de una forma clara ‘calificar’ una ley o un ordenamiento, dándole una calidad superior bajo los criterios que ya hemos mencionado. Este calificativo, que encerraría expresiones como “esta ley protege intereses generales”, “esta norma acarrea su imperatividad”, “esta disposición es inderogable”, “este ordenamiento crea efectos de nulidad en los actos contrarios”, etc., es el ideal para que un legislador pueda con mucha más precisión que la utilizada en la práctica común vigente, posicionar e insertar su iniciativa en el sistema jurídico. Es por ello que a este concepto o enfoque del Orden Público, también le he llamado “concepto adjetivo”, tanto por su capacidad de calificar principios jurídicos conforme a su calidad particular o general, fundamental o no fundamental, para el sistema jurídico del que se trate. Para el legislador, lo más interesante, al utilizar esta institución adjetiva será que, al legislar, teniendo en mente el bien jurídico a proteger, ya el Orden Público no será un concepto jurídico indeterminado y arbitrario, sino un modelo de protección con herramientas concretas ante la autonomía de la voluntad pero también ante el poder político y las ideologías sociales, adjetivo que sólo podrían poseer intereses superiores a cualquier arbitrariedad, tanto particular como estatal. Herramientas como la imperatividad, la irrenunciabilidad, la nulidad, la inderogabilidad, serán en adelante adverbios

derivados de la acción protectora del Orden Público, elementos que apelarán tremendamente a la responsabilidad del legislador, la inderogabilidad de la norma y el cumplimiento, entre los pueblos y los gobiernos, del Estado de Derecho y del bien común. Ante la caída y herida de muerte, del sistema Kelseniano, y el retorno de un ordenamiento supra-positivo, -esperemos- de origen en la Ley Natural, no podría ser más oportuno este modesto sistema adjetivo que oriente el ropaje y la envoltura que los Derechos Humanos Fundamentales y el Estado de Derecho revestirán, independientemente de si el Derecho Positivo los enuncie o los olvide.

## PROPUESTAS

Considerando entonces la necesidad y urgencia de establecer en el ámbito legislativo, una definición adjetiva del Orden Público, para efectos de evitar la manipulación de dicho concepto, y considerando también que tal definición adjetiva servirá de instrumento jurídico o herramienta legislativa de protección del Orden Público institución, es decir de todos aquellos principios constitucionales que corresponden a la esencia material del Orden Público clásicamente concebido, y que se nutre de verdades socio-jurídicas perennes e invariables, proponemos la siguiente reforma constitucional:

**ÚNICA.** Se propone reformar el artículo 73 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, bien sea adicionando una fracción XXXI o bien, reformando la derogada fracción IV, colocando el siguiente texto:

**Art. 73.[...]**

**I. a III. [...]**

**IV.** Para proteger mediante el mismo procedimiento de Reforma Constitucional, establecido en el artículo 136 de la presente constitución, aquellos principios, estructuras e intereses que deriven su primacía directamente de los Derechos Humanos Fundamentales, reconocidos en la Declaración Universal de Derechos Humanos, por encima de todo interés legal, social, ideológico, particular o económico.

**V. a XXX. [...]**

## BIBLIOGRAFÍA

Aseff, Lucía M., Conferencia La Noción de Orden Público: Entre la Tópica Jurídica y el Análisis Crítico del Discurso, XVII Jornadas de filosofía Jurídica y Social de la Asociación Argentina de filosofía de Derecho, Córdoba, 30 de octubre de 2003.

Berlín Valenzuela, Francisco; MORENO Collado, Jorge, Diccionario Universal de Términos Parlamentarios, Editorial Porrúa, México 1995.

Bidart Campos, Germán J., Teoría general de los derechos humanos, Instituto de Investigaciones jurídicas de la UNAM, México 1989

Burgoa Orihuela, Ignacio, Las normas de Orden Público y el interés social, Cultura T.G., México, 1953.

-----Las Garantías Individuales, Editorial Porrúa, México 2004.

Busso, Eduardo B., Código Civil anotado, t. I, EditorialEdiar, Buenos Aires, 1958, no 18.

Carbonell, Miguel *et al.*, Elementos de técnica legislativa, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie "Doctrina Jurídica", Núm. 44.

Cardini, Eugenio, Orden Público, Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires, Argentina, 1959.

DallaVia, Alberto Ricardo, Relevancia del Orden Público en la afirmación de la autonomía personal, Universidad de Buenos Aires, Argentina, 2005.

De laFuente, Horacio H., Orden Público, Astrea, Buenos Aires, 2003.

De la Parra T., Eduardo, Derechos de la personalidad: Teoría general y su distinción con los derechos humanos y las garantías individuales, Obra separata del libro del mismo autor, El daño moral por la divulgación de la Información Genética, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México 2004.

De Pina, Rafael, Diccionario de Derecho, Porrúa, México 1977.

De Rea, Julio, Del Orden Público en el Derecho Positivo, Editorial J. Menéndez, Argentina 1926.

De Savigny, Federico Carlos, De la vocación de nuestro siglo para la legislación y para la ciencia del derecho, Editorial Atalaya, Argentina 1946.

D'ors, Àlvaro, Digesto, Editorial Aranzadi, Pamplona, 1968.

Figuroa, Fernando, Noción de Orden Público de derecho administrativo, Editorial Unión, México 1966.

Galindo Garfias, Derecho Civil, Decimocuarta edición, Porrúa, México 1995.

Ghestin, Jacques, Las Obligaciones, Editorial Universidad de Buenos Aires, Argentina 1995.

González Uribe, Héctor, Teoría Política, Editorial Porrúa, México 1972.

Kant, Emmanuel, Principios metafísicos del Derecho, Ed. Espuela de Plata, México 2004

Mansilla y Mejía, María Elena, Naturaleza Jurídica del Orden Público en el Derecho Internacional Privado, Anales de Jurisprudencia, Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, México 2004.

Mosset I., Jorge, El Orden Público y la tutela del consumidor y usuario, Revista Latinoamericana de Derecho, Año V, núm. 9-10, enero-diciembre de 2008.

Narváez G., José Ignacio, Derecho Mercantil Colombiano, *Teoría General De Las Sociedades*, Editorial Legis, Bogotá 1993.

Nino, Carlos, Ética y Derechos Humanos: un ensayo de fundamentación, Astrea, Buenos Aires 1989.

Orgaz, Alfredo, Los límites de la autonomía de la voluntad, Editorial La Ley, Argentina 1974.

Pérez Vera, Elisa et al., Derecho Internacional Privado, Editorial Colex, Madrid 2001.

Planiol, Marcel, Tratado Elemental de Derecho Civil, Editorial Cárdenas, México 1991.

Monroy Guevara, Pilar J., publicado por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en su página [https://www.scjn.gob.mx/Transparencia/Lists/Becarios/Attachments/38/Becarios\\_038.pdf](https://www.scjn.gob.mx/Transparencia/Lists/Becarios/Attachments/38/Becarios_038.pdf), consultado al 2 de marzo de 2016.

Podetti, Humberto, Los Principios del Derecho del Trabajo, Editores Siglo XXI, México 2004.

Ranelletti, Oreste, Instituciones de Derecho Público, Parte I, Porrúa, Milán 1960.

Real Academia Española, Diccionario de la Lengua Española, Madrid 2016.

Rodríguez, Pla, Los Principios del Derecho del Trabajo, Ediciones Depalma, Buenos Aires 1978.

Rousseau, Jean Jacques, Contrato Social, Tr. F. de los Ríos, Espasa Calpe, Madrid 1993.

Ruchelli, Humberto y FERRER, Horacio C., El Orden Público, Editorial Abeledo-Perrot, Argentina 1991.

Suárez, Francisco, De legibus, lib. 1, Editorial C.S.I.C., España 1974.

Suy, Erik, El concepto de iuscogens en el Derecho Internacional, Editorial Porrúa, México 1975.

Tena Ramírez, Felipe, Derecho Constitucional Mexicano, Editorial Porrúa, México 2005.

UNICEF, El desarrollo del niño en la primera infancia y la discapacidad: un documento de debate, Organización Mundial de la Salud, 2013

Viñas, Antonio, Teoría del Derecho y experiencia jurídica romana, Dykinson, Madrid 2002

Weber, Max, El Político y el Científico, Editorial UNSAM, Argentina 2001.

## **Legislografía**

Código Civil Federal.

Constitución Mexicana de los Estados Unidos Mexicanos.

Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Convención sobre los Derechos del Niño.

Ley de Amparo, Reglamentaria de los artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Ley Federal del Trabajo.

Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Declaración de los Derechos del Niño.