

# Orden público y autonomía de la voluntad

Jorge Alfredo Domínguez Martínez

## 1. PRESENTACIÓN CONJUNTA

Se trata de dos conceptos independientes; inclusive, puede considerarse que el contenido del primero lleva el sentido opuesto que el de la segunda, pero al mismo tiempo, como veremos, están y se muestran tan relacionados, que el de aquél se traduce en los límites de ésta. Por esa razón es que decidimos presentarlos en una misma exposición.

Simplemente aclaramos previamente que en todo caso, si al citar una disposición legal no mencionamos el ordenamiento del que forma parte, o bien sólo aludimos a que es del código, corresponde al Código Civil para el Distrito Federal. Cuando se trate de otro ordenamiento así lo indicaremos, sin necesidad de aclarar que son de la entidad, pues así lo entendemos. Las referencias a los códigos de 70 y 84, serán con alusión precisamente al año al que uno y otro correspondan.

## 2. CONCEPTO DE ORDEN PÚBLICO

Por orden público entendemos el conjunto de principios, normas y disposiciones legales en que se apoya el régimen jurídico para preservar los bienes y valores que requieren de su tutela, por corresponder éstos a los intereses generales de la sociedad, mediante la limitación de la autonomía de la voluntad, y hacer así prevalecer dichos intereses sobre los de los particulares.

## 3. CONCEPTO DE AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD

La autonomía de la voluntad se traduce que la libertad de los particulares de desplazarse en lo jurídico mediante su autorregulación, para tutelar, defender y organizar sus propios intereses, así como para intercambiar satisfactores en las relaciones jurídicas que se dan entre ellos.

#### 4. RELACIÓN ARMÓNICA

No obstante la diversidad habida de uno y otro de los campos en los que respectivamente se mueven el orden público y la autonomía de la voluntad, cabe advertir que no se observa confrontación alguna entre ambos; al contrario, en un orden jurídico equilibrado prevalece la armonía. Por una parte, la autonomía de la voluntad trae consigo el reconocimiento de la posibilidad del individuo de desplazarse en un radio de acción tan suficientemente razonable, que le permita plantearse, prever y resolver sus requerimientos personales y patrimoniales con una libertad legalmente garantizada tanto en su fuero interno para decidir, como en su decisión misma de vincularse o no vinculase, y en los términos y alcances decididos, pero en todo caso con autodeterminación, lo que le hace tener una participación protagónica en la vida jurídica activa, en la medida de sus alcances. Ello trae consigo dos bondades importantes para el desenvolvimiento del individuo en el mundo de los actos y de los negocios jurídicos; por una parte lo mantiene en un proceso de maduración constante, aguzando sus sentidos, con el logro de una auto-protección para superar el inconveniente castrante de estar siempre a expensas de paternalismo oficial, que mata la iniciativa de los particulares. Por otra parte, aparejado con lo anterior, es que el Estado, al delegar en el particular esa tarea, tiene oportunidad de atender otros aspectos de la administración pública de interés general.

Es precisamente en ese campo de autorregulación que el concepto del negocio jurídico encuentra su origen, es decir, cuando el intérprete se percata de la variación gradual habida entre los actos jurídicos en los que la autonomía de la voluntad ve limitada su libertad respecto del contenido que como consecuencias jurídicas trae aparejadas el acto de que se trate, y los actos en los que son los particulares quienes crean y modulan esas consecuencias. Ejemplo de los primeros son el reconocimiento de hijo y el matrimonio, cuya respectiva regulación construye a su o sus otorgantes a simplemente manifestar su voluntad con influencia en la creación del acto, sin mayor posibilidad de variar las consecuencias establecidas ya en el catálogo legal, ni más ni menos que por razones de orden público. Los segundos, por su parte, suelen ilustrarse con el testamento y el contrato, que en sus respectivas esferas, el particular es el creador de la normatividad, bien sea para con los demás en el caso del primero y con participación común en la figura contractual.

La preservación del interés social que el orden público trae consigo, es, según dijimos al inicio, mediante la limitación de la autonomía de la voluntad, lo que se traduce en el señalamiento de las fronteras divisorias entre lo lícito, que es el campo en el que ésta puede desplazarse, y lo ilícito, que son

las zonas en las que los particulares tienen vedado campear pues si lo hacen, al actuar en tales sitios lesionan el orden público.

En tales condiciones, los particulares pueden y suelen desplazarse en ese campo en el que tienen libertad de acción tanto para decidir el otorgamiento o no de un acto, como para en su caso, pactar el contenido del mismo, sin más límites que lo impuesto por el orden público, el que en ocasiones le impone lo primero y le circscribe su radio de acción en lo segundo. Así, hay un campo correspondiente a la autonomía de la voluntad, en el que bajo cualquier circunstancia los particulares proyectan su actividad con esa autorregulación en un mundo en que todos debemos velar por nosotros mismos y cuidarnos de no ser víctimas de abuso, lo que nos hace mantenernos alertas en nuestra actuación diaria, pero a propósito de lo cual, el orden legal da por bueno aquello a lo que nos hemos obligado o que aquello a lo que hayamos renunciado; pero además, hay otro campo que delimita al primero y que es ocupado por el orden público, en el que no cabe esa autorregulación sino que habrá que estar a lo que la ley establece al respecto, sin posibilidad de discusión alguna pues la ley no da oportunidad a esa autorregulación, y lo aplicable para el supuesto de que se trata se tiene por pactado en los términos legales y no admite modificación por la voluntad de los particulares.

## 5. LAS LEYES DE ORDEN PÚBLICO

### 5.1. MANIFESTACIONES

Son de orden público todas las disposiciones de Derecho Público que regulan la estructura y la organización del Estado; sus relaciones con otros Estados y con los particulares cuando interviene como ente soberano. También lo son las de Derecho Privado, por regular relaciones entre particulares y en las que el Estado participa pero en plano de igualdad con el particular, pero cuya razón de ser es proteger el interés general, de manera tal que su inobservancia traería consigo la lesión de ese interés, amén de la de los particulares intervenientes.

### 5.2. INSTRUMENTOS DE CONTROL

Son muchas las herramientas que lo jurídico ha ideado y tiene a su alcance para la preservación de orden público. Como tales cabe indicar el señalamiento expreso en ley de su prevalencia ante situaciones fácticas que pusieran en duda su fuerza obligatoria, lo mismo la adopción de una serie de principios de legalidad, para arrogarse en exclusiva la posibilidad de limi-

tar la libertad de los particulares; igualmente dejar constancia de su derogabilidad solamente por la propia ley y no así por convenciones entre particulares, al igual que dejar constancia, en consecuencia, de la irrenunciabilidad de derechos respecto de aquellos atribuidos por la ley para proteger no sólo los intereses del particular, sino también el interés general, y, en fin, todo aquello que en ley aparece como para preservar los intereses del individuo, en ocasiones aún contra su decisión concreta al efecto de rechazar tal protección, que también en aras del interés de toda la sociedad, por corresponder a situaciones que de no darse conforme están previstas, esa alteración trascendería aún en contra del desarrollo normal de la sociedad misma.

Ahora bien, lo cierto es que en mayor o menor medida, todos y cada uno de tales recursos aparecen tomados en cuenta en el Código Civil, lo mismo que en los ordenamientos civiles que le precedieron en el Distrito Federal. Nos ocuparemos de ellos en lo que sigue.

#### 5.2.1. INDEROGABILIDAD DE LA LEY POR ACTOS DE PARTICULARRES

Son varias los preceptos que en los primeros veintiún artículos del código correspondientes a sus disposiciones preliminares y en que se desarrolla la teoría de la ley, que ponen de manifiesto la supremacía y la prevalencia de su fuerza obligatoria, no obstante la realización de acciones de particulares que pudieran eventualmente hacer dudar de ella.

En primer lugar debemos estar a lo indicado en su artículo 9º conforme al cual, “la ley sólo queda abrogada o derogada por otra posterior que así lo declare expresamente, o que contenga disposiciones total o parcialmente incompatibles con la ley anterior”, de manera tal que es a la ley y únicamente a la ley a la que le corresponde dejar sin efecto lo dispuesto en la propia ley, sin la posibilidad de que otro acto, sea oficial o particular, le haga perder la fuerza obligatoria general que la caracteriza, pero independientemente de que en determinadas condiciones, por tratarse de intereses de alguien en lo personal, y sin que ello signifique la derogación en sí de lo previsto en la ley, un sujeto renuncie a los derechos que ésta le permita hacerlo, siempre y cuando no se lesione el orden público con tal renuncia.

De lo dicho se desprende que la ley sólo pierde fuerza obligatoria por que otra ley posterior se la desconozca. Congruente con lo anterior, “contra la observancia de la ley no puede alegarse desuso, costumbre o práctica en contrario” (artículo 10); es decir, ningún acto u omisión de particulares puede hacer perder vigencia a la ley, cuya fuerza obligatoria se verá inalterada a pesar de falta de positividad, de hábitos que inclusive se consideren conduc-

tas jurídicamente obligatorias, o simplemente que la conducta diaria sea al contrario de los mandamientos de la ley.

Así pues, del contenido de las disposiciones citadas se desprende la supremacía de la ley ante supuestos cuestionamientos que al respecto pudiera crear cualquier situación que apareciere contraria a sus lineamientos. Todo ello atiende al orden público, al hacerlo prevalecer sin salvedad alguna en cuanta ocasión tenga presencia, y dadas sus razones de ser, lo establecido en la ley como preservador de su sentido, no puede dejarse sin efecto por decisión particular, o al decir de la ley, “la voluntad de los particulares no puede eximir de la observancia de la ley, ni alterarla o modificarla” (primera parte del artículo 6º). En suma, por acto privado no puede derogarse lo dispuesto en una ley a la que corresponde atender al orden público.

Cabe considerar que en realidad, la ley en todo caso es la orden suprema y en sí misma tiene una finalidad y un interés social y general, de tal manera que el principio aplicable es su inderogabilidad por voluntad particular. La ley se dicta para ser observada; no es una opción cumplirla o no.

Con tal sólo la salvedad que pudieran traer consigo las situaciones fácticas de inercia por parte de los particulares, cabe destacar que la inderogabilidad de la ley que apuntala al orden público, se traduce en la irrenunciabilidad de los derechos que la disposición correspondiente genera, aún contra la voluntad del destinatario beneficiario de la dotación de tales derechos. Ello tiene lugar en ocasiones con referencia sólo a la categoría de las normas sin anuncio expreso pero aceptado en lo jurídico como principio general, como es el caso de las disposiciones en materia de familia (artículo 147 Bis), o lo es también en del catálogo dispositivo aplicable al régimen en condominio de inmuebles (artículo 1º de la nueva ley de la materia); en tanto que en otros supuestos con alusión directa a esa irrenunciabilidad, y hasta con señalamiento expreso de la declaración en ley de la nulidad para el acto que llegare a contrariarlo supuesto éste que se da en lo relativo al contrato de arrendamiento cuyo objeto sean inmuebles destinados a la habitación (artículo 2448).

Pero también, además de las disposiciones iniciales del código en las que se regula la dinámica de la ley, aparecen esparcidos en ordenamiento varios principios de legalidad que dejan bien clara su exclusividad para delinear ciertas situaciones de importancia especial en la participación jurídica de los particulares, tanto en lo que se refiere a su persona como en lo correspondiente a sus bienes, con exclusión de cualquier otra posibilidad de regulación, tal como pudiera ser la reglamentaria y no digamos la convencional.

Como ejemplos claros de lo anterior podemos señalar lo ordenado en el artículo 24 del código, conforme al cual, “el mayor de edad tiene la facultad de disponer libremente de su persona y de sus bienes, salvo las limitaciones

que establece la ley; igualmente es de apuntarse que según el artículo 830, “el propietario de una cosa puede gozarla y disponer de ella con las limitaciones y modalidades que fijen las leyes”; en tanto que el artículo 2964 ordena que “el deudor responde del cumplimiento de sus obligaciones con todos sus bienes, con excepción de aquellos que, conforme a la ley, son inalienables o no embargables”.

En tales condiciones, quien llega a la mayoría de edad, lo mismo puede contraer matrimonio que otorgar cualquier acto jurídico o celebrar cualquier contrato con la sola eventual limitación legal, lo que se confirma en cuanto a la libre posibilidad de disposición para el caso de que el objeto materia del acto o del contrato de que se trate son de su propiedad, amén de que en todo caso, cualquier bien de su propiedad será garantía para sus acreedores, salvo aquello que la ley excluya de esa susceptibilidad. Más aún, la plenitud observada en todas las manifestaciones indicadas es irrestricta, aún contra el querer del directamente afectado, sea unilateral o convencional, pues si por ejemplo, se obligare contractualmente a no disponer, su compromiso simplemente se tendría por no asumido y podría en todo caso revocarlo o bien, si en iguales términos pretendiere excluir bienes de esa garantía general que todos tenemos ante nuestros acreedores, tal exclusión se quedaría en mera pretensión frustrada por inoponible.

Así pues, el orden público que campea en los principios de legalidad es claro y contundente; la inderogabilidad de la ley es evidente y su procedencia opera aún contra el querer de cualquier sujeto, así sea de Derecho Público, pues sólo la ley misma puede dejarlo sin efecto. Inclusive, congruente con lo anterior, el objeto del contrato puede ser o la cosa que el obligado debe dar o el hecho que el obligado de hacer o no hacer (artículo 1824), más no hay un objeto que sea la cosa que el obligado “deba no dar”, precisamente porque las obligaciones son de dar (artículos 201 y siguientes) y de hacer o no hacer, (artículos 2027 y 2028), pero no de “no dar”.

Como fuere, según hemos visto, los derechos que el orden público confiere no son renunciables, aún cuando se quisiera lo contrario, pues cualquier manifestación de renuncia no afectaría en sentido alguno. Si alguien declina un derecho que el orden público le otorga, para efectos de ley es como si no lo hubiere hecho. No prosperará demandársele como si el derecho no hubiere existido ni oponérsele su declinación.

#### 5.2.2. RENUNCIA SÓLO DE DERECHOS PRIVADOS

Ahora bien, igualmente y en el mismo orden de ideas, el ya citado artículo 6º, pero en su parte complementaria que es ahora la que viene al caso,

establece que “sólo pueden renunciarse los derechos privados que no afecten directamente al interés público, cuando la renuncia no perjudique derechos de tercero”, lo que relacionado con la parte inicial del precepto, y dando por descartado cualquier cuestionamiento a la obligatoriedad de la ley sin excepción alguna, trae consigo por su parte considerar que renunciar no es derogar; es simplemente, optar por dejar de tener o por perder el derecho que se tiene.

Inclusive, la propia ley contiene algunos supuestos en los que puede tener lugar esa renuncia. Simplemente recordemos que en todos las previsiones de cláusulas naturales hay una renuncia de por medio. Así por ejemplo, tengamos presente que el deudor puede ceder sus bienes a los acreedores en pago de sus deudas; y esta cesión, *salvo pacto en contrario* sólo libera a aquél de la responsabilidad por el importe líquido de los bienes cedidos (artículo 2062); por regla general, el pago debe hacerse en el domicilio del deudor, *salvo que las partes convinieren otra cosa...*” (artículo 2082); *los contratantes pueden aumentar o disminuir convencionalmente* los efectos de la evicción y aún convenir que ésta no se preste en ningún caso (artículo 2121); los contratantes pagarán por mitad los gastos de escritura y registro, *salvo convenio en contrario* (artículo 2263); y los frutos del animal alquilado pertenecen al dueño, *salvo convenio en contrario* (artículo 2471).

En efecto, tanto las cláusulas que se refieren a la esencia de los contratos como las correspondientes a su naturaleza ordinaria, se tienen por puestas aunque no se expresen (artículo 1836), pero el sentido de estas últimas puede modificarse por la voluntad de las partes, lo que bajo cualquier circunstancia significa una renuncia, pues, en el primero supuesto de los apuntados en el párrafo que precede, puede ser que haga renunciar a los acreedores de cantidades que no sean líquidas; en el segundo una de las partes renunciará a los efectos definidos de la evicción; en el tercero, por renuncia, una de las partes pagará más y por el último supuesto, puede ser que el dueño del animal alquilado renuncie a lo que le pertenece, pero en todo caso, al permitir la ley tales renuncias, considera que sus respectivos objetos son derechos privados, los cuales, al tenor de coindicado por el artículo 6º congruentemente son renunciables.

Por su parte, las cláusulas que se refieren a la esencia del contrato se tienen igualmente por puestas, mas no existe la posibilidad legal de su modificación convencional, pues ello traería como consecuencia la nulidad por lo menos de lo pactado si no es que del contrato mismo, dado que ese contenido corresponde a una materia inmodificable por la voluntad de los particulares al no hacer el artículo 1835 salvedad alguna en contra, como sí lo hace respecto de las cláusulas naturales, al referirse éstas a derechos de carácter

privado, cuya renuncia no afecta el interés público y en ese sentido, se está a lo permitido por el artículo 6º. En cambio, de modificarse lo que no está permitido violaría en orden público y daría lugar a la sanción de nulidad mencionada en el artículo 8º.

### 5.2.3. PLURALIDAD DE PRESENTACIONES DE LA NULIDAD

La sanción de nulidad con la que se condena al acto por el que se contraría el orden público, reconoce su origen en la ilicitud en el objeto directo de dicho acto, pues precisamente las consecuencias jurídicas en las que el mismo consiste, contrarían el orden público. Encontramos, por una parte, todos aquellos casos en los que por la falta de su señalamiento concreto en la ley y bien sea la omisión de ésta o simplemente por mención genérica; deberá estarse a lo establecido en los artículos 1792, 1793, 1794, 1824, 1859, 2225, 2226 y relativos del Código Civil. En el otro extremo aparecen situaciones con un señalamiento expreso y directo en la ley, conforme a las cuales, el propio ordenamiento legal sanciona con la nulidad al acto, con alusión, por ejemplo, a que *no surtirá efecto legal alguno* (artículo 973 respecto del contrato por el que se venden derechos de copropiedad a un extraño sin respetar el derecho del tanto de un copropietario); a que *es nulo* (artículo 1292, respecto del mismo contrato traslativo sólo que de derechos hereditarios sin respetar el derecho del tanto de los coherederos); o inclusive *nulo de pleno derecho y por tanto no requiere declaración judicial* (lo actuado ante Juez incompetente en los términos de los artículos 154 y 155 del Código de Procedimientos Civiles); *se tendrá por no puesta* (trátese de condición, como son por ejemplo las impuestas al heredero de no dar o de no hacer indicadas en el artículo 1355, o bien, trátese de estipulación, según lo indica el artículo 2448, precisamente, según lo indica, a consecuencia de contrariar la irrenunciabilidad de los derechos que se contienen las disposiciones del capítulo del arrendamiento de fincas urbanas para casa habitación, que el propio precepto indica que son de orden público). Y así, con estas fórmulas y otras equivalentes, se pone de manifiesto la barrera infranqueable que el orden público opone a todo aquello que pretende desconocerlo.

## 6. EL CÓDIGO CIVIL DE 1884

La evolución paulatina que normalmente se observa en los cambios habidos de una legislación nueva en relación con la anterior, aparece congruente en los cambios que se han dado en el tema que nos ocupa, si bien en materia de familia se han disparado precipitadamente, sin ton ni son y como un mero medio de protagonismo político, tan nocivo a lo civil y a los destinata-

rios de la ley. Ahora resulta que cuanto ordenamiento se elabora e inicia vigencia, sus disposiciones son “de orden público e interés social”.

Constancia de esa evolución pausada, que trae consigo la permanencia de los principios cristalizados en ley y denota la buena calidad de lo otrora legislado, así como la seriedad y madurez de las disposiciones de lo civil, es que en el código de 84 se señaló a la propiedad como “el derecho de gozar y disponer de una cosa, sin más limitaciones que las que fijan las leyes” (artículo 729). “El mayor de edad –estableció el artículo 597 de dicho ordenamiento- dispone libremente de su persona y de sus bienes” tal como lo señalan los artículos 24 y 647 del código actual, pero estos agrega que sin más limitaciones que las establecidas en la ley, en tanto que el anterior obligaba a las mujeres entre los 21 y los 30 años a permanecer al lado de sus padres, con las salvedades indicadas en el propio precepto; restricciones que subsistieron en la Ley sobre relaciones Familiares (artículo 479), pero que se excluyeron del Código Civil.

En el mismo orden de ideas, tengamos en cuenta que el artículo 1310 del código de 84 es antecedente directo y modelo del 1839 del actual, pues uno y otro aluden tal cual a las cláusulas esenciales y naturales de los contratos y con igual tratamiento y salvedades. Por cierto, el artículo 6º vigente reconoce su origen en los artículos 6 y 15 del ordenamiento de anterior, en tanto que el artículo 8º de código actual proviene de 7º del ordenamiento que le precedió.