

Por consiguiente, las leyes civiles de orden público son, por su misma definición, leyes excepcionales.

“Es incontestable que, conforme á nuestras ideas actuales, el legislador no es el verdadero autor de los derechos del individuo, sino simplemente su garante, pues estos derechos resultan del solo hecho de la existencia del hombre y de sus facultades. Mientras se ha podido sostener que el derecho era una concesión graciosa del soberano, se pudo pensar también que la consideración del orden público era la base general de los derechos individuales: hoy que la opinión contraria prevalece, la libertad humana es la regla; y las limitaciones puestas á esta libertad en nombre del orden público, no se justifican sino en tanto que se reducen á lo estrictamente necesario, y confinadas á su papel de excepciones” (1)

Luego para que una ley sea de orden público, es preciso no solo que sea conforme al orden público, sino indispensable á su conservación, esto es, que su desaparición pusiese en peligro la existencia misma del orden público. En efecto, supuesto que la ley de orden público es una traba á la libertad de las partes, ella no puede ser dictada sino en cuanto es necesaria esa limitación para asegurar el respeto del orden público. (2)

Tenemos ya, gracias á las esplicaciones precedentes, un medio para determinar cuales son las leyes de orden público: en efecto, poseemos dos fórmulas cuya combinación nos dará la solución buscada:

1°. No todas las leyes imperativas son de orden público;

2°. Para que una ley sea de orden público, se necesita que sea indispensable para la conservación del Estado.

Así, aplicando estas dos fórmulas á todas las disposiciones superiores á la voluntad de las partes, podemos

du ministere public, et, théorie des droits d'ordre public en matiere civile, tomo primero

(1) Pillet op. cit. p. 18

(2) Pillet, *ibid.*

determinar su caracter. Pondremos cada uno de nuestros principios en uno de los platillos de la balanza, y según que se incline á un lado ú otro, según que la ley sea una ley de conservación social ó de protección de intereses privados, diremos que es ó no de orden público.

Recorramos rápidamente las diferentes materias del Código, para hacer aplicación de esos principios:

Desde luego, es preciso no vacilar en reconocer el carácter de orden público en las leyes que tienen por objeto asegurar el respeto al orden material é impedir que una persona no cause injustamente perjuicio á otra.

A las disposiciones de la ley penal que castigan ciertas infracciones contra las personas ó contra la propiedad, corresponde un principio de derecho civil mas lato, mas extenso, concebido en estos términos: Todo hecho del hombre que causa un perjuicio á otro, obliga á aquel por cuya falta se ha causado á repararlo (1); principio de justicia, de equidad que es la salvaguardia del derecho del individuo. Este principio es ciertamente de orden público; porque si su aplicación pudiese ser desviada, desconocida, la seguridad, la justicia estarían amenazadas.

En el derecho de la familia, parece que todas las disposiciones de la ley son de orden público, supuesto que según una frase vulgar á fuerza de repetirse, la familia es la base de la sociedad. La organización de las relaciones de familia, las obligaciones que de ella nacen, los derechos de potestad que establece entre ciertas personas, ¿se consideran de orden público? Una respuesta afirmativa sería exagerada: todas estas disposiciones tienen sin duda un carácter moral, todas tienen por objeto asegurar el desenvolvimiento social; pero entre ellas hay muchas que no son necesarias, sino simplemente útiles; que no consagran principios esenciales para la conservación de las costumbres nacionales, que dan simplemente reglas propias para establecer entre las

(1) Art. 1382 civ.

personas relaciones jurídicas conformes á lo que la conciencia nos presenta como más moral." (1) Bajo este punto de vista, importa hacer una distinción entre el derecho de la familia puro y el derecho patrimonial de la familia. En el derecho de la familia puro, se trata exclusivamente de relaciones morales de los miembros de la familia, y es preciso reconocer que esas relaciones tienen una importancia de primer orden; derechos y deberes entre esposos, y entre padres é hijos, poder marital, potestad paterna, modos de prueba de la filiación, prohibición de la investigación de la paternidad, prohibición de hacer constar una filiación adulterina ó incestuosa; todas las reglas relativas á estas disposiciones son de orden público, á no dudarlas. (2)

(1) Pillet op cit, p. 21.

(2) Los autores dicen ordinariamente que las leyes que arreglan la capacidad ó incapacidad y el estado de las personas, son de orden público. Laurent Droit civil 2ª edic. I. p. 83.; Aubry et Rau I § 36; Demante, 2ª edic. I n° 12 bis 3; Demolombe 6ª edic. I núm. 16 y sig; Beudant Droit civil, Introducción, n° 120; Honques Fourcade y Baudry Lacantinerie. *Des personnes* I n° 269; pero esta afirmación es criticable en nuestro concepto, y proviene de la confusión tan frecuentemente hecha entre las leyes imperativas y las leyes de orden público: de que no se puede derogar las leyes concernientes al estado y capacidad de las personas, se ha deducido que ellas son de orden público.

Por lo que ve á las leyes relativas al estado de las personas, es exacto decir que son de orden público, porque veremos más adelante, que el estado es la reunión de las diversas cualidades que asignan al hombre un lugar determinado en sus relaciones con sus semejantes, cualidad de padre, de hijo, de esposo, de nacional, etc. Estas leyes son de orden público, por que es indispensable al buen orden que la situación de cada individuo, los derechos y deberes que de ella resultan, estén exacta y uniformemente fijados. Pero no se puede decir lo mismo de las leyes concernientes á la capacidad. Estas leyes se han dado en favor de aquellos que el legislador considera que merecen una protección particular, y son ante todo, leyes de protección. Es cierto que el principio mismo de la protección debida á los incapaces es un principio de orden público, como lo hemos dicho antes: el orden público sería gravemente perturbado si esas personas fuesen abandonadas sin defensa á las asechanzas y á las maquinaciones de terceros poco escrupulosos en aprovecharse de su menor edad ó de sus enfermedades morales. Así, toda estipulación que tuviese por objeto privar

El derecho patrimonial de la familia interesa de una manera menos directa al orden público, y las reglas que determinan las relaciones pecuniarias que el derecho de familia hace nacer entre sus miembros, no son todas leyes de conservación social. La supresión ó modificación de varias de ellas podrá ser inoportuna, pero no afectaría á la organización misma de la familia. Así pueda ser útil que el padre y la madre tengan un derecho de usufructo en los bienes de sus hijos, pero esto no es necesario. Por el contrario, las disposiciones relativas á la reserva de los descendientes y ascendientes, son reglas de orden público cuya desaparición alteraría profundamente los rasgos característicos de la familia. (1)

al incapaz del derecho de invocar las medidas de protección dadas en su favor, estaría herida de inexistencia como violatoria del orden público. Pero las reglas especiales dadas por la ley para proteger al incapaz, son ante todo medidas de protección, de interés privado; y la prueba de ello es que su inobservancia está sancionada con una nulidad relativa (art. 1125 Civ.) establecida solo en favor de los incapaces y que estos pueden renunciar á prevalerse de ella el día en que cese su incapacidad. Luego las disposiciones establecidas en su favor son reglas de protección de intereses privados, como las disposiciones que protegen á la persona que en un acto jurídico ha sido víctima de un error, de un dolo, de una violencia ó también de una lesión.

(1) M. Pillet, op. cit., p. 52, declara, por el contrario, que las leyes sobre la reserva, no se consideran de orden público. La idea de reserva, dice, no se explica actualmente por la necesidad enteramente política de la conservación de los bienes en las familias, porque entonces el legislador no habría debido dejar á los herederos sin garantía contra las enagenaciones á título oneroso de su causante; ella se justifica mucho mejor por una idea de protección, por la necesidad de garantizar al moribundo contra las debilidades de su voluntad, de salvarle de las tentativas de captación que pudieran dirigirse contra él, si la ley no velase á su lado.

Esta observación no deja dudas; la reserva se liga directamente á la organización de la familia; basta para darse cuenta de ello, recordar los argumentos invocados por Le Play y sus discípulos quienes, queriendo hacer más real el poder del padre de familia, más eficaz, reclamaban precisamente la supresión de la reserva (*).

(*) En la legislación de Michoacán no existe. (N. del T.)

En el derecho del patrimonio las leyes de orden público serán mucho más raras, porque ese derecho está destinado ante todo, á arreglar los intereses privados de los individuos; y la mayor parte de las disposiciones imperativas que en él se encuentran, se han establecido con un fin de protección á ciertas personas más bien que por una razón de conservación social. Sin embargo, la enumeración de los diferentes derechos que el hombre puede tener sobre las cosas, la organización de la propiedad, del crédito predial y mueble, la publicidad de las transmisiones de inmuebles (1.) y de la cesión

Para ellos la libertad testamentaria (*) debe ser una de las bases de la reforma social y marcar el renacimiento de las verdaderas tradiciones de la familia. Reprochan á la reserva haber destruido la autoridad paterna.

(1) Las leyes que subordinan la eficacia de ciertos actos á la publicidad, como las que indicamos en el texto, las leyes que organizan la publicidad de los privilegios é hipotecas, la publicidad de las enajenaciones de inmuebles, etc, son leyes de protección en el sentido de que tienen por objeto hacer conocer tales actos á todas las personas á las que podrían ser posteriormente oponentes; pero al mismo tiempo son leyes de orden público, porque sus disposiciones están destinadas á dar mayor garantía, más seguridad á los cambios de la propiedad y á afirmar así el crédito de los propietarios permitiéndoles establecer su derecho en la cosa de una manera cierta é incontestable. Estas leyes interesan, pues, á la organización social, supuesto que su supresión traería una perturbación profunda en el régimen de la propiedad y tendría por consecuencia inmediata una disminución del provecho que cada individuo puede obtener de las cosas que posee.

Esta observación nos patentiza que ciertas leyes son á la vez leyes de protección y leyes de orden público, y sucede así con todas las leyes de publicidad: publicidad del contrato de matrimonio, notificación de la cesión de créditos, etc. La mayor parte de los autores, partiendo de este punto de vista, dicen que es preciso considerar como de orden público, todas las leyes cuyo objeto es garantizar el interés de los terceros, porque éste se comprende con el interés general. Laurent *Droit civil*, I n.º 63; Beudant, *Droit civil*, introducción, n.º 120. Esta conclusión es lógica. Las medidas dictadas en el interés de los terceros, se hallan destinadas á impedir el desorden, la incertidumbre que llevaría á las relaciones jurídicas el hecho de poder oponer las cláusulas de ciertos actos á personas que

(*) Establecida en la legislación del Distrito Federal y en la de Michoacán. (N. del T.)

de los créditos, el derecho de enajenar los bienes propios, la prohibición de permanecer de la indivisión etc; he aquí otras tantas cuestiones cuya solución interesa en primer término á la sociedad, y que con este título se comprenden en el orden público.

En fin, por lo que toca al derecho de las sucesiones el orden público no intervendrá tampoco, sino á título excepcional. En efecto, encontramos una prueba de ello en el principio que sirve de fundamento á la devolución legal de las sucesiones. El legislador toma por base del sistema sucesoral, la idea de la afección presunta del difunto; y las disposiciones que establece son esencialmente supletivas de la voluntad de éste. No afectan pues al orden público, y solo ciertas prohibiciones tienen un carácter de interés general; tal es la prohibición de las sustituciones, que indudablemente es de orden público; tales son también, en nuestro concepto, las reglas sobre la reserva hereditaria, como lo hemos dicho antes.

Es preciso contentarse con estas indicaciones generales, porque el principio que hemos desenvuelto no suprime todas las dificultades; y la cuestión de saber si tal ó cual regla es de orden público, no dejará de ser á menudo demasiado delicada. Es únicamente al juez á quien corresponde resolverla, inspirándose en el principio antes establecido, para determinar cual es el verdadero carácter de la ley. Si la duda no es ya posible en la mayoría de los casos, sucede de otro modo todas las veces que se llega á la zona en que concluye el dominio del orden público; los contornos, aquí, como en todas partes, son vagos, indecisos, y es preciso, para determinarlos con cuidado mucha atención y prudencia.

no han sido parte en ellos. Esta turbación, esta incertidumbre favorecerían la mala fé y harían nacer un gran número de juicios, y por lo mismo, ocasionarían un peligro para el buen orden y seguridad de las transacciones. Luego las leyes que tienen por objeto proteger á los terceros, son leyes de orden público. Se puede dar como ejemplo de ello, fuera de las leyes citadas precedentemente, el art. 1395 del Código civil, que decide que las convenciones matri-

Buenas Costumbres.—La noción de buenas costumbres se une estrechamente á la de orden público (1); todo atentado á las buenas costumbres compromete el orden social por la turbación que causa, por el peligro de la imitación; y, por tanto, debe ser cuidadosamente reprimido. Las leyes que conciernen á las buenas costumbres presentan, pues, los mismos caracteres que las leyes de orden público. La cuestión de saber cual es su dominio exacto es una cuestión de apreciación que el Juez decidirá inspirándose en lo que se ha llamado justamente la moral consuetudinaria, es decir, las reglas de conducta que acepta la conciencia general de un país (2)

Nos falta ahora determinar cual es la fuerza obligatoria de las leyes, imperativas ó supletivas, poco importa; es decir, bajo qué condiciones y en qué medida se impone la ley á la voluntad de los individuos. Para ello, podemos formular cuatro proposiciones:

1.º Las leyes deben publicarse;

2.º Ellas no son retroactivas, es decir que no se aplican al pasado y no disponen sino para el porvenir.

3.º Son territoriales ó personales, es decir, que se aplican ya á todas las personas que habitan el territorio, ya únicamente á los nacionales, pero hecha abstracción del país en que se encuentran.

4.º En fin, las leyes tienen fuerza obligatoria en tanto que no son abrogadas.

1.º *Publicación de las leyes.*—El principio de la división de los poderes se ha considerado siempre, desde 1789, como una regla esencial de gobierno. Consiste en confiar á manos diferentes el poder de hacer la ley, el poder de hacerla ejecutar y el poder de aplicarla.

moniales no pueden sufrir ningún cambio después de la celebración del matrimonio. Esta disposición tiene por fin principal proteger á los terceros que contraten con los esposos durante el matrimonio. Véase Loaré. *Legislation*, t. XIII p. 277 n.º 8 y p. 453, n.º 15.

(1) Alglave, *op. cit.*, p. 592.

(2) Boudant, *Droit civil*, Introducción, n.º 125.

“Cuando la ley es votada por las dos Cámaras, el poder ejecutivo debe promulgarla en cierto plazo (art. 7 de la ley constitucional de 16 de Julio de 1875). La promulgación, es, como se ha dicho (1) el acta de nacimiento de la ley. “Ella hace su existencia cierta, auténtica, incontestable y le da la fuerza coercitiva que no tenía antes.” La ley promulgada es ejecutoria, pero falta todavía llevarla al conocimiento efectivo de los interesados para hacerla obligatoria. Este es el objeto de la publicación. Se reputa que nadie ignora la ley, *nemo censetur ignorare legem*, lo que significa, “que nadie es admitido á invocar su ignorancia para exculsarse de la inobservancia de la ley y para hacerse librar de las consecuencias de esta inobservancia.” (2) Resulta necesariamente de este principio que la ley debe ser notificada á todo el mundo; y siendo notoriamente imposible una notificación individual, es preciso encontrar un modo de publicación colectiva tan eficaz como posible. (3)

2.º *No retroactividad de las leyes.*—El artículo 2 del Código civil declara que la ley no dispone sino para el porvenir y no tiene efecto retroactivo (*).

La no retroactividad constituye un principio de justicia que se puede considerar hoy como definitivamente adquirido. En efecto, él está conforme con el fundamento filosófico del derecho. Este tiene su origen en el individuo y no en una concesión benevola del Estado; reside en el hombre mismo y es inviolable, superior á la ley misma, porque no es más que la manifestación de la libertad del individuo.

Cuando la ley viene á poner una nueva limitación á

[1] Baudry—Lacantinerie, *Précis de droit civil*, I 432, 6.º edic.

[2] Aubry et Rau I, § 28.

[3] Créo inútil entrar en los detalles de la publicación de la ley; se les encontrará en todas las obras elementales: Baudry—Lacantinerie, *Vigie* 6.º edic. t. I núms. 33 y sig; 2.º edic. I núms. 44 y sig.

(*) Art. 24 constitucional y art. 5 del Cod. civ. de Michoacán. [N. del T.]

la libertad del hombre (1), en el interés general ó en su interés particular no debe, no puede aniquilar en el pasado los actos contrarios á su texto que, en el momento en que han sido ejecutados, no estaban todavía prohibidos. Esta invasión á la libertad del individuo sería contraria al fundamento del derecho. Además sería también contrario á la justicia el hecho de un individuo de quitar á otro por la fuerza la cosa de que es propietario.

Sin embargo el legislador ha expedido leyes retroactivas; el ejemplo más notable es el del decreto del 17 nivioso año II, relativo á las donaciones y sucesiones, pues anulaba todas las donaciones y arreglaba de nuevo el modo de deferir todas las sucesiones abiertas después del 14 de Julio de 1789. Esta medida causó tal perturbación social que fué preciso derogarla pronto.

[2] La aplicación del principio de la no retroactividad da lugar á las más graves dificultades, mas no las queremos abordar al principio de esta obra; no es el lugar que le conviene, porque no poseemos los elementos necesarios de discusión para llegar á resolverlas; contentémonos con mostrar cómo nacen:

Hemos dicho que la ley nueva se aplica al porvenir y no al pasado. No hay pues dificultades para las relaciones de derecho que se han formado y que se extinguen antes de la nueva ley. Ejemplo: Supongamos que una ley lleva hasta los veinticinco años la mayor edad fijada hoy por el Código en los veintiun años. Una persona de edad de veintidos años ha celebrado un contrato de venta con un tercero antes de esa ley. Es in-

(1) Toda ley es una limitación de la libertad, porque la ley "no puede tener por objeto mas que arreglar el uso de los derechos y arreglar el uso de un derecho es inevitablemente limitarlo." Beudant. *Le droit individuel. et l'Etat*. I. edic. pág. 148.

[2] El principio de la no retroactividad no obliga al legislador (*); no se halla establecido sino para servir de regla obligatoria á jueces en la solución de las contiendas llevadas ante ellos.

(*) Lo contrario dispone el art. 14 de la Constitución federal. [N. del T.]

dudable que no podrá pedir en seguida la anulación de ese contrato por causa de incapacidad.

No hay tampoco dificultad para las relaciones de derecho que han nacido después de la promulgación de la ley. Supongamos, para conservar el ejemplo citado, que después de la promulgación de la ley que retarda hasta los veinticinco años la mayor edad, una persona de edad de veintidos años hace un contrato sin conformarse con las reglas prescritas por la ley para los actos ejecutados por los menores: es indudable que esa persona podrá pedir la anulación de tal contrato.

Mas no es tan precisa la línea de separación entre el porvenir y el pasado. Hay una gran serie de relaciones de derecho que, aunque habiéndose formado antes de la promulgación de la ley, subsistirán todavía en el momento de esa promulgación y continuarán produciendo sus efectos bajo el imperio de la nueva ley. Ejemplo: la ley de 3 de Septiembre de 1807 ha fijado la tasa del interés convencional en 5% en materia civil, por derogación al Código civil que permitía á las partes contratantes estipular el interés que quisiesen. Los contratos de préstamo celebrados anteriormente á esta ley y estableciendo un interés superior al 5% ¿deberían caer bajo la aplicación de la nueva regla?

Este ejemplo basta para mostrar cuan delicadas cuestiones suscita la aplicación del principio de no—retroactividad.

3°. Las leyes son territoriales ó personales. Las leyes territoriales se aplican á todas las personas que habitan el territorio del Estado, cualesquiera que sea su nacionalidad. Las leyes personales solo se aplican á los nacionales, y ellas los siguen á cualquier país en que residan.

Al derecho internacional privado es al que pertenece sentar el criterio que permita colocar todas las leyes en una ú otra de estas categorías.

4°. En fin, las leyes tienen fuerza obligatoria en tanto que no son abrogadas. En nuestra legislación las le-

yes no se extinguen por desuso, por simple falta de uso; solo una nueva ley que abroga la precedente puede detener su aplicación. Por lo demás, la abrogación puede ser expresa ó tácita. (1)

(1) Art. 3 Civ.

CAPITULO II.

Noción y división de los Derechos civiles. (1)

Las relaciones del hombre con sus semejantes son la consecuencia necesaria y forzosa de la sociedad: *Ubi societas, ibi jus*, y se puede decir que ellas hacen nacer el derecho, que lo crean. En efecto "para que las criaturas libres, colocadas frente á frente puedan ayudarse mutuamente y no embarazarse jamás en el desenvolvimiento de su actividad, es preciso que una línea de demarcación invisible circunscriba los límites dentro de los cuales el desenvolvimiento paralelo de los individuos encuentre independencia y seguridad." (2)

No todas las relaciones de hombre á hombre tienen necesidad de ser reglamentadas por el derecho: unas dependen solamente de la moral, otras están exclusivamente dominadas por el derecho, y otras en fin, solo están en parte en su dominio. Como ejemplo de estos tres diferentes casos se puede citar, la amistad, la propiedad, el matrimonio. (3)

Las relaciones de los hombres que se hallan determinadas y arregladas por el derecho, se llaman relaciones de derecho. La relación de derecho es «una relación de persona á persona, determinada por una regla de derecho, y esta regla determinante asigna á cada indivi-

[1] Consúltese: Goudsmit, op. cit., § 17, 18; Windscheid, op. cit., I § 37 y sig; Unger op. cit. § 58 y sig; Savigny, op. cit., I § 52 y sig; Aubry y Rau, Droit civil, 4ª edic., II § 172 p. 49; Demolombe, De la distinction des biens, I § 462 v sig 6ª edic; Baudry Lacautinerie et Chavean, Des biens, Paris, 1896, núms. 2 á 9, y los demás comentadores del Código civil.

[2] Savigny, op. cit., trad. Genoux I, p. 326.

[3] Savigny, I, 328, trad. Guénoux