

# EL RECONOCIMIENTO DE LOS MATRIMONIOS HOMOSEXUALES EXTRANJEROS EN MÉXICO Y LA LEY DE SOCIEDAD DE CONVIVENCIA DEL DISTRITO FEDERAL: UN CAMBIO EN EL ORDEN PÚBLICO INTERNO

Elí Rodríguez Mtz.\*

## 1. Introducción

El pasado 16 de noviembre de 2006 se publicó en la Gaceta Oficial del Distrito Federal la Ley de Sociedad de Convivencia del Distrito Federal, la cual fue considerada como una reivindicación por la comunidad lésbico-gay del Distrito Federal al lograr el reconocimiento *de iure* de una realidad: las uniones *de facto* entre personas del mismo sexo.

Sin embargo, la citada Ley no sólo reconoce las uniones gay, sino también aquellas uniones de hecho, del mismo o de diferente sexo, que por diversas situaciones o motivos han decidido compartir un mismo techo y patrimonio.

Así, el artículo 2º de la Ley señala que: “La Sociedad de Convivencia es un acto jurídico bilateral que se constituye, cuando dos personas físicas de diferente o del mismo sexo, mayores de edad y con capacidad jurídica plena, establecen un hogar común, con voluntad de permanencia y de ayuda mutua”.

Por lo anterior, si bien las uniones lésbico-gay entran dentro de la definición de sociedad de convivencia, no todas las sociedades de convivencia son uniones lésbico-gay. Y aunque la presente Ley es un avance legal, lo cierto es que fue hecha con buenas intenciones pero con poca reflexión en las consecuencias jurídicas que traería.

---

\* Académico de tiempo completo, en el Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana (UIA) Ciudad de México.

## 2. La Ley de Sociedad de Convivencia del Distrito Federal

En términos generales la Ley de Sociedad de Convivencia dispone lo siguiente:

- a) La sociedad de convivencia es una relación bilateral entre dos personas físicas:
  - i) Con capacidad plena, es decir, entre personas mayores de edad y sin ninguna de las incapacidades legales señaladas por el Código Civil del Distrito Federal (artículo 1798).
  - ii) Del mismo o diferente sexo, por tanto, no es limitativa a las uniones lésbico-gay.
- b) La sociedad de convivencia se constituye con la finalidad de establecer un hogar común, con voluntad de permanencia y ayuda mutua; por tanto, no es indispensable que sea una unión de carácter afectiva.
- c) No pueden constituir una sociedad de convivencia:
  - i) Personas con una relación anteriormente constituida, bien sea de matrimonio, concubinato u otra sociedad de convivencia
  - ii) Los parientes consanguíneos en línea recta sin límite de grado o colaterales hasta el cuarto grado.
- d) A fin de que pueda surtir efectos frente a terceros, es necesario que se haga constar por escrito, ratificada y registrada ante la Dirección General Jurídica y de Gobierno del Órgano Político-Administrativo, es decir, de la Delegación Metropolitana correspondiente, del domicilio común (arts. 3 y 6).

La ratificación y registro son actos personalísimos, pues deberán concurrir los interesados (los convivientes) personalmente con la presencia de testigos (art. 8).

- e) La sociedad de convivencia no es un matrimonio ni concubinato; sin embargo, las relaciones personales se regirán, en lo que fuera aplicable, por las disposiciones del Código Civil respecto al concubinato (art. 5).
- f) La sociedad de convivencia genera los siguientes derechos:
  - i) Alimentos. La sociedad genera la obligación de proporcionarse mutuamente alimentos entre los convivientes; para ello se estará a lo dispuesto en el Código Civil para el Distrito Federal por lo que respecta a los alimentos (art. 13).

En el caso de terminación de la Sociedad de Convivencia, el conviviente que carezca de ingresos y bienes suficientes para su sostenimiento, tendrá derecho a una pensión alimenticia sólo por la mitad del tiempo al que haya durado la So-

ciudad de Convivencia, siempre que no viva en concubinato, contraiga matrimonio o suscriba otra Sociedad de Convivencia (art. 21).

- ii) Derechos sucesorios. En tal caso se aplicará lo dispuesto por el Código Civil para el Distrito Federal por lo que respecta a la sucesión legítima (art. 14).
- iii) Ejercer la tutela legítima, conforme a lo dispuesto por el Código Civil para el Distrito Federal, cuando el otro de los convivientes haya caído en estado de interdicción, siempre que hayan vivido juntos por un periodo inmediato anterior a dos años a partir de que la Sociedad de Convivencia se haya constituido (art. 15).

- g) Las relaciones patrimoniales de la sociedad pueden regirse mediante acuerdo expreso de los convivientes, mismo que también será ratificado y registrado ante la autoridad registradora (art. 9).

Asimismo, las relaciones patrimoniales que surjan entre los convivientes, se registrarán en los términos que para el acto señalen las leyes correspondientes (art. 18).

- h) La sociedad de convivencia terminará por alguna de las siguientes causas (art. 20):
  - i) Por voluntad de ambos o de cualquiera de las o los convivientes.
  - ii) Por abandono del hogar común de uno de los convivientes por más de tres meses, sin que medie causa justificada.
  - iii) Porque alguno de los convivientes contraiga matrimonio o establezca una relación de concubinato.
  - iv) Porque alguno de las o los convivientes haya actuado dolosamente al suscribir la Sociedad de Convivencia.
  - v) Por la defunción de alguno de los convivientes.

### **3. Derecho Comparado**

Leyes similares se han aprobado en diferentes países que reconocen legalmente las uniones entre personas del mismo sexo.

Hoy por hoy, el reconocimiento legal a las uniones entre personas del mismo sexo puede hacerse mediante las siguientes maneras:

- a) Reconociendo legalmente el “matrimonio” entre personas del mismo sexo. En tal caso, al ser reconocidas como “matrimonio” de pleno derecho, se les aplicará la regulación relativa a dicha institución; donde al reconocérseles como matrimonio se les reconoce el derecho a adoptar menores.

Tal es el caso de Canadá,<sup>1</sup> España,<sup>2</sup> Países Bajos,<sup>3</sup> Sudáfrica<sup>4</sup> y Estados Unidos.<sup>5</sup>

- b) Haciendo extensiva regulación del matrimonio a dichas uniones (independientemente de la denominación que se les dé); por tanto, se les aplicará, en lo conducente y con las limitaciones que establezca la ley, los efectos que la ley reconoce al matrimonio.

Estas leyes otorgan a las partes muchos de los derechos y obligaciones que supone el matrimonio entre personas heterosexuales, aunque no las equiparan totalmente. Este es el caso, entre otros, de Alemania, Andorra, Australia, Austria, Colombia, Brasil (en algunos estados), Dinamarca, Finlandia, Francia,<sup>6</sup> Hungría, Islandia, Luxemburgo, Noruega, Nueva Zelandia, Portugal, Reino Unido, República Checa, Suecia y Suiza.<sup>7</sup>

Así por ejemplo en la Ley de Unión Civil<sup>8</sup> de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Argentina, dispone en su artículo 1º, inciso a), que: “A los efectos de esta ley, se entiende por Unión Civil... A la unión conformada libremente por dos personas con independencia de su sexo u orientación sexual”. Asimismo, el

1 La Civil Marriage Act aprobada el 20 de julio de 2005, define al matrimonio como “*lawful union of two persons*”, asimismo, dispone que “*a marriage is not void or voidable by reason only that the spouses are of the same sex*” (Traducción: Un matrimonio no es nulo o anulable por la razón que los contrayentes sean del mismo sexo). Puede consultar la ley en <http://www2.parl.gc.ca/HousePublications/Publication.aspx?pub=bill&doc=C-38&parl=38&ses=1&language=E&File=29>

2 El artículo 44, 2º párrafo, del Código Civil dispone que: “El matrimonio tendrá los mismos requisitos y efectos cuando ambos contrayentes sean del mismo o de diferente sexo”, según Decreto de reforma (Ley 13/2005) publicado en el Boletín Oficial Español (BOE) el 2 de julio de 2005.

3 Mediante reforma al Código Civil aprobada el 19 de diciembre de 2000, el artículo 1:30 de dicho ordenamiento dispone: “*Een huwelijk kan worden aangegaan door twee personen van verschillend of van gelijk geslacht*” (traducción: “Pueden contraer matrimonio dos personas de distinto o del mismo sexo”). Países Bajos fue el primer país del mundo en reconocer el matrimonio a las parejas homosexuales. Para mayor información ver: [http://es.wikipedia.org/wiki/Matrimonio\\_entre\\_personas\\_del\\_mismo\\_sexo\\_en\\_los\\_Pa%C3%ADses\\_Bajos](http://es.wikipedia.org/wiki/Matrimonio_entre_personas_del_mismo_sexo_en_los_Pa%C3%ADses_Bajos)

4 La Ley Nacional sobre Matrimonio de Sudáfrica fue enmendada después de que el Tribunal Constitucional, en diciembre de 2005, la declarara como inconstitucional y diera un plazo de 12 meses al Parlamento para enmendar la ley de modo que las parejas del mismo sexo puedan acceder a la Ley Nacional sobre Matrimonio. Dicha ley, en su artículo 1, dispone que se entenderá como “*civil partnership*” “*the voluntary union of two adult persons of the same sex*”. Puede consultar el texto de la ley en <http://www.info.gov.za/gazette/bills/2006/b26-06.pdf>

5 En el estado de Massachusetts, el matrimonio entre personas del mismo sexo fue consecuencia de una decisión del Tribunal Supremo de Justicia de dicho estado (sentencia de 18 de noviembre de 2003, en el caso *Goodridge v. Department of Public Health*), en la que dicho Tribunal declaró discriminatorio el requisito de que ambos cónyuges fueran de distinto sexo. Así, el tribunal declaró que: “*Marriage is a vital social institution. The exclusive commitment of two individuals to each other nurtures love and mutual support; it brings stability to our society. For those who choose to marry, and for their children, marriage provides an abundance of legal, financial, and social benefits. In return it imposes weighty legal, financial, and social obligations. The question before us is whether, consistent with the Massachusetts Constitution, the Commonwealth may deny the protections, benefits, and obligations conferred by civil marriage to two individuals of the same sex who wish to marry. We conclude that it may not. The Massachusetts Constitution affirms the dignity and equality of all individuals. It forbids the creation of second-class citizens. In reaching our conclusion we have given full deference to the arguments made by the Commonwealth. But it has failed to identify any constitutionally adequate reason for denying civil marriage to same-sex couples*”. Ver: <http://www.masslaw.com/signup/opinion.cfm?page=ma/opin/sup/1017603.htm>

6 El artículo 515-1 del Código Civil dispone que: “Un pacto civil de solidaridad es un contrato celebrado por dos personas físicas mayores de edad de sexo diferente o del mismo sexo, para organizar su vida en común”. El artículo 515-4 señala que: “Los compañeros vinculados por un pacto civil de solidaridad se aportarán una ayuda mutua y material. Las modalidades de esta ayuda serán establecidas por el pacto”; aunque la regulación es primordialmente de carácter contractual, la ley señala derechos similares a los del matrimonio. Ver: <http://195.83.177.9/code/liste.phtml?lang=esp&c=41&r=1722>

7 Ver [http://es.wikipedia.org/wiki/Matrimonio\\_entre\\_personas\\_del\\_mismo\\_sexo](http://es.wikipedia.org/wiki/Matrimonio_entre_personas_del_mismo_sexo)

8 Aprobada el 13 de diciembre de 2002. Ver texto de la ley en: [http://www.thegully.com/espanol/articulos/argentina/021219\\_ley\\_union\\_civil\\_gay.html](http://www.thegully.com/espanol/articulos/argentina/021219_ley_union_civil_gay.html)

artículo 4° señala que: “Para el ejercicio de los derechos, obligaciones y beneficios que emanan de toda la normativa dictada por la Ciudad, los integrantes de la unión civil tendrán un tratamiento similar al de los cónyuges” [*el subrayado es mío*], asemejando dicha figura a la de matrimonio.

Caso especial es el de Israel, donde el matrimonio entre personas del mismo sexo es raro ya que todos los matrimonios realizados son matrimonios religiosos. El Consejo Rabínico de Israel y sus organismos paralelos para cristianos y musulmanes, que controlan las leyes sobre matrimonio y divorcio en Israel, se oponen a dicha forma de matrimonio. Sin embargo, el 21 de noviembre de 2006, la Corte Suprema de Israel instó al gobierno a reconocer los matrimonios entre personas del mismo sexo realizados en el extranjero. Aunque teóricamente el reconocimiento es sólo a efectos de registro, lo que autoriza a las parejas para una serie de derechos; sin embargo, es a efectos prácticos un reconocimiento total.<sup>9</sup>

- c) Creando instituciones especiales, muy diferentes en cada país y comunidad, con denominaciones diversas tales como "parejas de hecho", "uniones civiles" o "concubinatos" (entre otras denominaciones), cada cual con una naturaleza, requisitos y efectos *ad hoc*, según la realidad social, histórica, sociológica, jurídica y aun política de cada sociedad.<sup>10</sup>

Tal es el caso del estado mexicano de Coahuila que aprobó una reforma al Código Civil estatal para incorporar la figura del “pacto civil de solidaridad”.<sup>11</sup> De esta manera, el artículo 385-1 de dicho código dispone que:

El Pacto Civil de Solidaridad es un contrato celebrado por dos personas físicas, mayores de edad, de igual o distinto sexo, para organizar su vida en común. Quienes lo celebran se considerarán *compañeros civiles*.

Los *compañeros civiles*, se deben ayuda y asistencia mutua, consideración y respeto, así como deber de gratitud recíprocos y tendrán obligación de actuar en interés común; de igual manera tendrán derecho a alimentos entre sí.

Respecto a los efectos del pacto civil de solidaridad, el artículo 385-4 señala que:

Desde la celebración del pacto civil de solidaridad, los contratantes asumen el estado civil inherente en forma personal y exclusiva, sin que importe vínculos de parentesco de ninguna clase, línea o grado con las familias de ambos, salvo en el caso de descendencia común.

...

El estado adquirido como *compañeros civiles*, legitima a los interesados para reclamar las prestaciones que, bajo las modalidades de pensiones, disposiciones testamentarias especiales o beneficios o provechos por prestaciones sociales u otros análogos, contemplan las leyes.

9 Ver [http://es.wikipedia.org/wiki/Matrimonio\\_entre\\_personas\\_del\\_mismosexo\\_en\\_Israel](http://es.wikipedia.org/wiki/Matrimonio_entre_personas_del_mismosexo_en_Israel)

10 Ver [http://es.wikipedia.org/wiki/Matrimonio\\_entre\\_personas\\_del\\_mismosexo](http://es.wikipedia.org/wiki/Matrimonio_entre_personas_del_mismosexo)

11 Ver el texto de la reforma en: <http://sgob.sfpcoahuila.gob.mx/admin/uploads/Documentos/modulo3/PactoCivilSolidaridad.pdf>

Dicha figura no es matrimonio, ni concubinato, es una figura especial, a diferencia del la "unión civil" argentina que es equiparada en efectos al matrimonio.

Al "pacto civil de solidaridad" se les aplica las disposiciones que expresamente señala la ley con algunas limitaciones, como la de adoptar menores, así lo señala el artículo 385-7 que dispone que: "Los compañeros civiles del mismo sexo no podrán realizar adopciones en forma conjunta ni individual...".

Otro caso dentro de este rubro es la Ley de Sociedad de Convivencia del Distrito Federal, arriba analizada, que equipara esta figura en cuanto a sus efectos al concubinato al señalar (art. 5) que:

Para los efectos de los demás ordenamientos jurídicos, la Sociedad de Convivencia se regirá, en lo que fuere aplicable, en los términos del concubinato y las relaciones jurídicas que se derivan de este último, se producirán entre los convivientes.

#### 4. El orden público en el Derecho Internacional Privado

De conformidad con el derecho internacional privado, todo acto jurídico celebrado válidamente en el extranjero debe ser reconocido en México. Así lo dispone el artículo 13, Fr. I del Código Civil Federal<sup>12</sup> al disponer que

las situaciones jurídicas válidamente creadas en las entidades de la República o en un Estado extranjero conforme a su derecho, deberán ser reconocidas.

A fin de dar validez jurídica a todo acto celebrado en el extranjero—"situación jurídica" en los términos del Código- el juez nacional deberá revisar que dicho acto fue creado conforme a la ley del lugar de su celebración, tanto en fondo como en forma. Una vez hecha esta operación, el juzgador deberá "reconocer", es decir, dar validez jurídica al acto en cuestión.

Por lo anterior, todos los matrimonios celebrados en el extranjero deben ser reconocidos en México; bajo esta misma lógica, en principio, todas las uniones civiles homosexuales realizadas válidamente en el extranjero deberían ser reconocidas en México. Sin embargo, el reconocimiento a dichas uniones fue por mucho tiempo denegado por razones de orden público.

Como consecuencia de la aprobación de la Ley de Sociedad de Convivencia en el Distrito Federal surge la cuestión de saber si con dicha ley es posible el reconocimiento de los matrimonios homosexuales realizados en el extranjero por jueces del Distrito Federal.

En otras palabras, la cuestión a determinar es si el reconocimiento de matrimonios homosexuales es contrario al orden público mexicano.

<sup>12</sup> El Código Civil para el Distrito Federal, en una redacción poco afortunada, dispone en su artículo 13, Fr. I que: "En el Distrito Federal serán reconocidas las situaciones jurídicas válidamente creadas en otras entidades de la República", con lo anterior, desconoce la validez de los actos jurídicos celebrados en Estados extranjeros.

Para ello es necesario distinguir:

- i) Entre las normas de orden público y el orden público en el derecho internacional privado; y
- ii) Entre el orden público y las normas de aplicación inmediata.

### ***a) Normas de orden público y la excepción de orden público***

#### **i) Normas de orden público.**

Es común confundir entre el orden público en el derecho interno (denominado “normas de orden público”) y el orden público en el derecho internacional privado (denominado “excepción de orden público”).

El orden público interno puede ser definido como “el conjunto de principios que inspiran un ordenamiento jurídico y que reflejan los valores esenciales de una sociedad en un momento dado”<sup>13</sup>, es por tanto, “el conjunto de instituciones jurídicas que identifican o distinguen el derecho de una comunidad; principios normas e instituciones que no pueden ser alterados ni por la voluntad de los individuos ni por la aplicación del derecho extranjero”<sup>14</sup>.

Las “normas de orden público”, no se refieren necesariamente al derecho público, como opuesto al derecho privado, sino que existen normas de orden público que regulan instituciones del derecho privado, las cuales son instituciones sociales fundamentales de un país (v. gr. las disposiciones que se refieren a la familia<sup>15</sup> y las relativas al arrendamiento de casa habitación<sup>16</sup>; etc.). Así, “... para que el orden público esté interesado, es preciso que los intereses (involucrados) sean de tal manera importantes que, no obstante ... la aquiescencia del interesado, el acto prohibido pueda causar un daño a la colectividad, al Estado o a la Nación” (Semanao Judicial de la Federación, XXXVIII, p. 1334).<sup>17</sup>

La doctrina contemporánea, siguiendo la tradición romanística, señala que el orden público es el dominio de las leyes imperativas, por oposición a las leyes dispositivas o supletorias.<sup>18</sup>

Por lo anterior, el orden público interno constituye una limitación a la autonomía de la voluntad, es decir, no puede pactarse disposición en contrario. Lo anterior lo dispone

13 Fernández Rozas, José Carlos y Sánchez Lorenzo. *Sexto. Derecho Internacional Privado*. 3ª Ed; Madrid: Civitas, 1996, p. 381.

14 *Diccionario Jurídico Mexicano*. I-O. 10ª Ed; México: Instituto de Investigaciones Jurídicas. UNAM. 1997, p. 2279.

15 **Artículo 138 Ter CCDF.**- Las disposiciones que se refieran a la familia son de orden público e interés social y tienen por objeto proteger su organización y el desarrollo integral de sus miembros, basados en el respeto a su dignidad.

16 **Artículo 2448 CCDF.**- Las disposiciones contenidas en este capítulo son de orden público e interés social, por tanto son irrenunciables y en consecuencia cualquier estipulación en contrario se tendrá por no puesta.

17 Citado por Pereznieto Castro, Leonel. *Derecho Internacional Privado. Parte General*. 7ª Ed; México: Oxford University Press. 1998, p. 158.

18 *Diccionario Jurídico Mexicano. Op. cit.*, p. 2280.

el artículo 6° del Código Civil Federal (CCF) –cuyo texto es el mismo que el artículo 6° del Código Civil para el Distrito Federal (CCDF)– al señalar que:

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 el interés público, cuando la renuncia no perjudique derechos de terceros.

La consecuencia de la violación a las normas de orden público es la ilicitud del acto (art. 1830 tanto del CCF como del CCDF)<sup>19</sup> y, en consecuencia, la nulidad del mismo. En el caso de los contratos, se tendrá por inválida, y por tanto, por no puesta, toda cláusula que las contravenga (art. 1831 tanto del CCF como del CCDF)<sup>20</sup>.

Es preciso mencionar que, en algunas ocasiones son las propias leyes las que se autodeclaran expresamente como de orden público; en otras, corresponde a los tribunales determinar si en determinadas circunstancias, un acto es contrario al orden público nacional.<sup>21</sup>

## ii) Excepción de orden público

En el derecho internacional privado, la aplicación de las normas de conflicto para la aplicación del derecho extranjero, en palabras de Friedrich K. Juenger, “...abre la puerta a normas extranjeras indeseables. Para prevenir errores judiciales, el mecanismo requiere que las más objetables de éstas sean rechazadas...”.<sup>22</sup> Así, “los autores han reconocido a través de los siglos que como las normas clásicas para la selección del derecho son susceptibles de invocar normas extranjeras nocivas, la *lex fori* debe servir como un correctivo de último recurso”.<sup>23</sup>

Por lo anterior, la excepción de orden público es un instrumento que permite llevar a cabo correcciones del resultado que se produce de un fría aplicación de la normas de conflicto debido a razones de justicia y de equidad<sup>24</sup>; es decir, es un correctivo funcional frente a la norma de conflicto y por tanto, funge como un mecanismo de protección del sistema jurídico nacional.

Así el artículo 15, tanto del CCF como del CCDF, señala que:

No se aplicará el derecho extranjero:

Fr. II. Cuando las disposiciones del derecho extranjero o el resultado de su aplicación sean contrarios a principios o instituciones fundamentales del orden público mexicano.

19 Artículo 1830. Es ilícito el hecho que es contrario a las leyes de orden público o a las buenas costumbres.

20 Artículo 1831. El fin o motivo determinante de la voluntad de los que contratan, tampoco debe ser contrario a las leyes de orden público ni a las buenas costumbres.

21 Diccionario Jurídico Mexicano. *Op. cit.*, p. 2280.

22 Juenger, Friedrich K. Derecho internacional privado y justicia material. Trad. México: Porrúa, 2006, p. 87.

23 *Loc. cit.*

24 Rojas Amandi, Victor Manuel. “El sistema conflictual mexicano”. *Jurídica. Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*. México. No. 34, 2004, p. 192.

El orden público tiene las siguientes características:

- a) Es temporal. El orden público está afectado por el factor tiempo, es decir, se actualiza y cambia con el tiempo<sup>25</sup>, de tal manera que, lo que en un momento determinado puede ser violatorio del orden público puede que después llegue a no serlo.
- b) Es variable. Por cuanto el orden público cambia de un país a otro, lo que puede ser una institución fundamental en un Estado puede no serlo en otro.
- c) Constituye un mecanismo de protección del orden jurídico nacional. Es un medio del que se vale el juez para evitar la aplicación del derecho extranjero.

La aplicación de la excepción de orden público debe presentar las siguientes características:

1. El derecho extranjero aplicable conforme a la norma de conflicto debe violentar los principios o instituciones fundamentales del orden jurídico interno; no basta que viole el derecho nacional. Por tanto, una violación cualquiera al derecho nacional no justifica la aplicación de la excepción de orden público.
2. La aplicación de la excepción de orden público implica el rechazo de la aplicación del derecho extranjero.  
Sin embargo, el rechazo a la aplicación del derecho extranjero puede ser parcial si únicamente se desconocen o exceptúan normas relativas a aspectos parciales de la situación litigiosa, en cuyo caso, sólo respecto de aquéllas se suscita la imposibilidad material de aplicar el derecho extranjero.<sup>26</sup>
3. A su vez, el rechazo en la aplicación del derecho extranjero conlleva a la aplicación del derecho nacional: *lex fori*.

### ***b) La excepción de orden público y las normas de aplicación inmediata***

Es muy común confundir entre la excepción de orden público con las normas de aplicación inmediata (también conocidas como “normas de policía”).

Normalmente se ha concebido la aplicación del derecho internacional privado como la aplicación de normas de derecho privado extranjeras, excluyendo la aplicación del derecho público pues se ha considerado que, permitir la aplicación del Derecho público extranjero equivaldría a mermar seriamente la soberanía estatal del foro; por tanto, el Derecho Internacional Privado es referido como el conflicto de leyes en el espacio que surgen entre disposiciones de Derecho privado.

Hoy día se reconoce la aplicación de normas de Derecho público extranjero.

---

25 Así, por ejemplo, en España con anterioridad a 1977, el divorcio se encontraba prohibido por la Ley del Divorcio de 1932 y, por tanto, los divorcios extranjeros no eran reconocidos por considerarse contradictorios al orden público. Sin embargo, tras la promulgación de la nueva Constitución española y al reconocer ésta legalmente el divorcio, la prohibición del divorcio sería contrario al orden público. Para más información ver Fernández Rozas y Sánchez Lorenzo, *op. cit.*, p. 384.

26 Fernández Rozas y Sánchez Lorenzo, *op. cit.*, p.387.

Las normas de aplicación inmediata o “normas de policía”, son todas aquellas “normas que debe ser aplicadas obligatoriamente y evitando, por tanto, cualquier otro método de aplicación de derecho extranjero”.<sup>27</sup>

Estas normas excluyen la aplicación del derecho extranjero, pues se consideran que su aplicación puede afectar o poner en riesgo la organización estatal.

Este tipo de normas tiende a proteger la organización estatal o intereses públicos del Estado, tales como la organización financiera, protección al consumidor, el mercado común europeo (para aquellos países que lo conforman), etc.

Un ejemplo de este tipo de normas lo podemos encontrar en el artículo 8° de la Ley Monetaria de los Estados Unidos Mexicanos<sup>28</sup> que dispone que:

La moneda extranjera no tendrá curso legal en la República, salvo en los casos en que la Ley expresamente determine otra cosa. Las obligaciones de pago en moneda extranjera contraídas dentro o fuera de la República para ser cumplidas en ésta, se solventarán entregando el equivalente en moneda nacional, al tipo de cambio vigente en el lugar y fecha en que deba hacerse el pago.

Por tanto, un contrato internacional, por ejemplo, un contrato de compraventa internacional de mercaderías en el que se acuerda el pago en moneda extranjera dentro de territorio nacional, se deberá cumplimentar en moneda nacional.

Otro ejemplo lo podemos encontrar en la Ley Federal de Protección al Consumidor, la cual dispone en su artículo 1° que:

La presente ley es de orden público e interés social [el subrayado es mio] y de observancia en toda la República. Sus disposiciones son irrenunciables y contra su observancia no podrán alegarse costumbres, usos, prácticas, convenios o estipulaciones en contrario.

El objeto de esta ley es promover y proteger los derechos y cultura del consumidor y procurar la equidad, certeza y seguridad jurídica en las relaciones entre proveedores y consumidores.

Son principios básicos en las relaciones de consumo:

III. La información adecuada y clara sobre los diferentes productos y servicios, con especificación correcta de cantidad, características, composición, calidad y precio, así como sobre los riesgos que representen.

Debido a lo anterior, en un contrato de compraventa internacional de mercaderías que haya de ejecutarse en México, deberá cumplir con la disposición anterior.

Las normas de aplicación inmediata (o “normas de policía”) se encuentran previstos en algunas convenciones internacionales, tal como el Convenio de Roma sobre la Ley Aplicable a las Obligaciones Contractuales<sup>29</sup>, cuyo artículo 5 señala que

27 Perezniato, *op. cit.*, p. 171.

28 Publicada en el Diario Oficial de la Federación (DOF) el 27 de julio de 1931.

29 Adoptado en Roma, el 19 de junio de 1980.

1. El presente artículo se aplicará a los contratos que tengan por objeto el suministro de bienes muebles corporales o de servicios a una persona, el consumidor, para un uso que pueda ser considerado como ajeno a su actividad profesional, así como a los contratos destinados a la financiación de tales suministros.
2. Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 3, la elección por las partes de la ley aplicable no podrá producir el resultado de privar al consumidor de la protección que le aseguren las disposiciones imperativas de la ley del país en que tenga su residencia habitual [el subrayado es mio]...

Mas adelante, la misma convención en su artículo 7 señala lo siguiente

1. Al aplicar, en virtud del presente Convenio, la ley de un país determinado, podrá darse efecto a las disposiciones imperativas de la ley de otro país con el que la situación presente en vínculo estrecho, si y en la medida en que, tales disposiciones, según el derecho de este último país, son aplicables cualquiera que sea la ley que rijan el contrato. Para decidir si se debe dar efecto a estas disposiciones imperativas, se tendrá en cuenta su naturaleza y su objeto, así como las consecuencias que se derivarían de su aplicación o de su inaplicación.
2. Las disposiciones del presente Convenio no podrán afectar a la aplicación de las normas de la ley del país del juez que rijan imperativamente la situación, cualquiera que sea la ley aplicable al contrato.

Asimismo, la Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales<sup>30</sup> dispone en su artículo 11 que

No obstante lo previsto en los artículos anteriores, se aplicarán necesariamente las disposiciones del derecho del foro cuando tengan carácter imperativo.  
Será discreción del foro, cuando lo considere pertinente, aplicar las disposiciones imperativas del derecho de otro Estado con el cual el contrato tenga vínculos estrechos.

Al igual que el orden público el efecto de la aplicación de las normas de aplicación inmediata o “normas de policía” es la exclusión de la aplicación de la norma extranjera.

La diferencia entre el orden público y las normas de aplicación inmediata o “normas de policía” son:

1. Las normas de aplicación inmediata son normas de carácter imperativo y por tanto, de aplicación obligatoria; en tanto, que las normas de orden público si bien no son imperativas son aplicables por ser conveniente.
2. El orden público busca proteger instituciones sociales, en tanto que, las normas de aplicación inmediata buscan proteger la organización estatal.

---

<sup>30</sup> Adoptada en la Ciudad de México, el 17 de marzo de 1994. Ratificada por el Gobierno de México el 15 de noviembre de 1996 y publicada en el Diario Oficial de la Federación (DOF) el 1° de junio de 1998.

3. El orden público implica la aplicación de normas de carácter privado, en tanto que, las normas de aplicación inmediata conllevan a la aplicación de normas de derecho público.
4. Las normas de orden público nunca pueden aplicarse extraterritorialmente, en tanto que, las normas de aplicación inmediata sí pueden aplicarse extraterritorialmente, es decir, de ser el caso, existe la obligación de aplicar las normas de policía del derecho extranjero.<sup>31</sup>

La diferencia entre las normas de aplicación inmediata (o normas de policía) con las normas de conflicto consiste en que, mientras ésta última, la norma de conflicto, da una solución indirecta al caso remitiendo al derecho extranjero, la norma de aplicación inmediata (o norma de policía) da una solución inmediata al caso, en el derecho material (sustancial) nacional.<sup>32</sup>

## 5. La figura de “la institución desconocida”

Puede suceder que el juez del foro al aplicar la norma de conflicto, ésta remita a la aplicación de un derecho extranjero y de una institución jurídica no contemplada en el derecho del juez del foro.

En estos casos se abre un abanico de posibilidades para el juez del foro:

1. Desconocer y, por tanto, no reconocer dicha institución en el derecho nacional;
2. Reconocer de pleno derecho dicha institución, con el riesgo de poder afectar el propio orden jurídico nacional; o
3. Asemejar dicha institución a la institución del derecho nacional mas parecida (por ejemplo, la figura del *trust* en el derecho anglosajón es parecida pero no idéntica al fideicomiso).

La última posibilidad está prevista tanto en el artículo 14 del CCDF como en el 14 del CCF al señalar que:

III. No será impedimento para la aplicación del derecho extranjero, que el derecho mexicano no prevea instituciones o procedimientos esenciales a la institución extranjera aplicable, si existen instituciones o procedimientos análogos.

Así, por ejemplo, en algunas sociedades no se considera aceptable que los niños vivan con cuidadores que no sean sus parientes. Esto no tiene por qué excluir necesariamente un programa de acogida, aunque las normas culturales deben ser tomadas en consideración. En otras sociedades habrá una fuerte tradición de responsabilidades de la

---

31 Ver artículo 7 del Convenio de Roma sobre la Ley Aplicable a las Obligaciones Contractuales y 11 de la Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales.

32 Boggiano, Antonio. Curso de Derecho Internacional Privado. 4ª edición; Buenos Aires: Lexis Nexis, 2004, p. 283.

comunidad para con los niños, esto no significa que a los niños acogidos se les conceda el mismo nivel de custodia que a los nacidos en la familia. En las sociedades islámicas, el *Kafalah* es una forma de cuidado que permite al niño que no es pariente recibir cuidado, educación y herencia, pero sin estatus de parentesco.<sup>33</sup> En muchas sociedades no existe una clara línea divisoria entre acogida y adopción, aunque la última no esté a menudo formalizada por procedimientos judiciales.<sup>34</sup> Por tanto, la institución de la adopción es la más similar a la del *Kafalah*, por tanto, el *kafalah* se equipararía en nuestro derecho a la adopción.

La única limitación a la aplicación de “la institución desconocida” es el orden público; por tanto, una institución desconocida no puede ser reconocida en nuestro ordenamiento jurídico cuando ésta contravenga normas de orden público.

## **6. ¿Es posible reconocer las uniones homosexuales extranjeras en nuestro ordenamiento jurídico interno?**

Los matrimonios, como todos los actos jurídicos, se han de realizar conforme al Derecho del lugar de su celebración (*lex loci celebrationis*). Así el artículo 13, Fr. IV del CCF dispone que:

La forma de los actos jurídicos se regirá por el derecho del lugar en que se celebren. Sin embargo, podrán sujetarse a las formas prescritas en este Código cuando el acto haya de tener efectos en el Distrito Federal o en la República tratándose de materia federal.

Asimismo, de conformidad con el artículo 13, Fr. I, del CCF

Las situaciones jurídicas válidamente creadas en las entidades de la República o en un Estado extranjero conforme a su derecho, deberán ser reconocidas.

Por tanto, en principio, todos los matrimonios celebrados en el extranjero, cuando éstos se hayan sujetado en fondo y forma al Derecho del lugar de su celebración, deberán ser reconocidos en México; salvo que, por cuestiones de orden público convenga no otorgarles validez jurídica.<sup>35</sup>

33 La filiación adoptiva no es reconocida en el derecho islámico. Charles, Raymond. *Le Droit Musulman*. París: Presses Universitaires de France, 1960, p. 60.

34 “Niños, niñas y adolescentes separados”. Acciones por los Derechos del Niño. Publicado por la organización *Save the Children* el 25 de enero de 2004, p. 57.

35 Así, una tesis aislada de la Suprema Corte de Justicia dispone que: “El hecho de que el tercer párrafo del artículo 130 constitucional establezca que el matrimonio en México es un contrato civil que sólo puede celebrarse ante la autoridad competente del orden civil, no quiere decir que el matrimonio canónico celebrado en España, entre españoles que después se vengán a radicar a México, no tenga validez aquí, ya que en esta materia es unánimemente aceptada la regla de derecho internacional privado “*locus regit actum*”, cuando hay conflicto de leyes entre dos naciones, o sea, que la ley aplicable en cuanto a la forma es la del lugar donde se celebra el acto, y la “*lex patriae*” o ley de los nacionales, en lo que concierne al fondo del matrimonio de dos extranjeros. Esto se admite así por razones prácticas y lógicas, ya que no sería posible que el matrimonio invariablemente se celebrara conforme a las formas y leyes de todos los países de la tierra para que tuviera validez en todo el orbe, o que la condición de casados de dos extranjeros sólo tuviera validez en el país donde se casaron o

De conformidad con las reglas antes citadas, no es posible la celebración de matrimonios homosexuales en México, toda vez que, en nuestro ordenamiento jurídico dicha posibilidad no está contemplada en ninguno de los códigos civiles de las entidades federativas; aunque la ley personal de alguno de los contrayentes —en el caso de que uno de ellos sea extranjero— reconozca el matrimonio entre personas del mismo sexo.

Sin embargo, es posible constituir una sociedad de convivencia según se ha comentado.

En la opinión personal de quien escribe las presentes líneas, la prohibición de matrimonios entre personas del mismo sexo —o la negativa en su reconocimiento— es anti-constitucional, toda vez que, de conformidad con el párrafo tercero del artículo 1° de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos

Queda prohibida toda discriminación motivada por origen étnico o nacional, el género, la edad, las discapacidades, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias [*el subrayado es mio*], el estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas.

Por lo anterior, cabe la posibilidad de interponer amparo en violación a dicho precepto constitucional.

Sin embargo, el verdadero problema que aquí nos hemos planteado consiste en determinar si un matrimonio entre personas del mismo sexo celebrado en el extranjero —cuando dicho matrimonio fue celebrado en fondo y forma conforme a su Derecho y los contrayentes tenían la capacidad jurídica para celebrar dicho acto— puede ser reconocido como válido en nuestro ordenamiento.

### ***a) Antes de la aprobación de la Ley de Sociedad de Convivencia***

Prevía a la aprobación, y su respectiva publicación, de la Ley de Sociedad de Convivencia en el Distrito Federal los matrimonios entre personas del mismo sexo no eran reconocidos por considerarlos contrarios al orden público mexicano.

Así, diversas ejecutorias del Poder Judicial Federal disponen que:

“Son elementos esenciales del contrato de matrimonio: el consentimiento de los cónyuges, la diferencia de sexos [*el subrayado es mio*] y las solemnidades requeridas por la ley...”. Amparo civil directo 8660/48. Nieto Francisco. 10 de agosto de 1950. Unanimidad de cuatro votos. Tercera Sala, Quinta Época. p. 1305.

---

bien que se fuera celebrando el acto en cada país en que se encontraran. Por tanto, en lo referente a sus límites de aplicación, la ley, en cuanto al origen o nacimiento del acto, es extraterritorial, porque el estatuto personal de los casados les sigue a todas partes; de aquí que el párrafo tercero del artículo 130 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos sólo se refiera a la calificación de los matrimonios celebrados en México”. Amparo directo 5649/67. Juan Gari Pallares y coagraviado. 14 de febrero de 1968. Cinco votos. Ponente: Mariano Azuela.

El artículo 182 del Código Civil del Estado de Nuevo León establece que "son nulos los pactos que los esposos hicieron contra las leyes o los naturales fines del matrimonio" [*el subrayado es mio*]; y el artículo 147 del mismo código previene que "cualquiera condición contraria a la perpetuación de la especie o a la ayuda mutua que se deben los cónyuges se tendrá por no puesta". Ahora bien, como la ley impone a los consortes la obligación de hacer vida común, contribuyendo cada uno a los fines del matrimonio (artículo 162), y además establece que la mujer debe vivir al lado de su marido [*el subrayado es mio*] (artículo 163), es indiscutible que un convenio en el cual se pacte por los esposos que harán vida separada de manera indefinida, es contrario a los fines del matrimonio y, por tanto, nulo". Tercera Sala, Quinta Época. P. 226.

Asimismo, la jurisprudencia reconoce al matrimonio como una institución de orden público al señalar que

"El matrimonio es un instituto de orden público, porque el interés que en él se tutela no es el particular o individual de quienes lo forman, sino un interés superior: el de la familia; [el subrayado es mio] siendo ésta la célula de la sociedad, el matrimonio es también de orden y trascendencia social y ya no meramente privado. Por ello, la sociedad está interesada en que se mantenga perdurable el instituto matrimonial y, sólo por excepción, la ley permite su disolución *inter vivos*, siendo menester, en estos casos, que quien demande acredite plenamente sus afirmaciones sobre los hechos que integran la causal de divorcio y que ésta se ejercite oportunamente, esto es, antes de su caducidad". Segundo Tribunal Colegiado del Décimo Tercer Circuito. Octava Época. Noviembre de 1993. p. 377

Por lo anterior, los matrimonios homosexuales celebrados en el extranjero no eran reconocidos en México por considerarse contrarios al orden público mexicano.

### ***b) Después de la aprobación de la Ley de Sociedad de Convivencia***

Con la aprobación de la Ley de Sociedad de Convivencia en el Distrito Federal, y la incorporación del pacto civil de solidaridad en el Código Civil de Coahuila, considero que, hoy día, es poco factible desconocer la validez y/o los efectos de los matrimonios homosexuales celebrados en el extranjero por contravención al orden público mexicano.

Como se ha comentado líneas arriba, el orden público es un concepto cambiante, que varía con el tiempo, y lo que hoy puede considerarse como contrario al orden público nacional puede no serlo en el futuro. En lo personal creo que éste es el caso de los matrimonios homosexuales, toda vez que, no es posible considerarlos hoy día como contrarios al orden público mexicano cuando en dos entidades federativas de la república existen figuras jurídicas que pretenden dar reconocimiento jurídico a situaciones de hecho muy comunes en la sociedad actual y que por mucho tiempo carecieron de reconocimiento oficial por ser mal vistas. De igual manera se sabe que esfuerzos similares se hacen en otras entidades federativas.

Lo anterior, presupone que las uniones homosexuales que antes eran mal vistas hoy día no lo son, de lo contrario no se entendería el motivo que tuvo el legislador de darles

un cierto reconocimiento jurídico y, con ello, brindarles un cierto grado de protección jurídica que por mucho tiempo les fue negada.

De igual manera, al disponer el artículo 1° constitucional que “queda prohibida toda discriminación motivada por... las preferencias... que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas” no es posible desconocer los matrimonios homosexuales en el extranjero, toda vez que, ello implicara menoscabar sus derechos por el mero hecho de sus preferencias.

Siendo la anterior disposición de orden constitucional, contrario al orden público sería desconocer la validez de dichas uniones, tal como se ha presentado en España.<sup>36</sup>

Asimismo, es necesario comentar que la Ley Federal para Prevenir y Eliminar la Discriminación,<sup>37</sup> en su artículo 4, dispone que:

Para los efectos de esta Ley se entenderá por discriminación toda distinción, exclusión o restricción que, basada en el origen étnico o nacional, sexo, edad, discapacidad, condición social o económica, condiciones de salud, embarazo, lengua, religión, opiniones, preferencias sexuales [*el subrayado es mio*], estado civil o cualquier otra, tenga por efecto impedir o anular el reconocimiento o el ejercicio de los derechos y la igualdad real de oportunidades de las personas.<sup>38</sup>

La misma Ley en su artículo 9 señala que:

Queda prohibida toda práctica discriminatoria que tenga por objeto impedir o anular el reconocimiento o ejercicio de los derechos y la igualdad real de oportunidades.

A efecto de lo anterior, se consideran como conductas discriminatorias:

**Fr. XIV.** Impedir la libre elección de cónyuge o pareja.

Es preciso señalar que el artículo 1° de la Ley dispone expresamente que

Las disposiciones de esta Ley son de orden público y de interés social [*el subrayado es mio*]. El objeto de la misma es prevenir y eliminar todas las formas de discriminación que se ejerzan contra cualquier persona en los términos del Artículo 1 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, así como promover la igualdad de oportunidades y de trato.

De la lectura de las disposiciones anteriores se puede inferir que existe un cambio en el orden público mexicano, y contrario al orden público mexicano sería desconocer la validez de dichas uniones.

---

36 Álvarez González, Santiago. “El impacto de la admisión del matrimonio entre personas del mismo sexo en el derecho español: Perspectiva internacional”. Matrimonio homosexual y adopción. Madrid: Díaz-Bastien & Truan, 2006, p. 60.

37 Publicada en el Diario Oficial de la Federación (DOF) el 11 de junio de 2003.

38 En los mismos términos es reproducido por el artículo 5 de la Ley para Prevenir y Erradicar la Discriminación en el Distrito Federal, publicada en la Gaceta Oficial del Distrito Federal el 19 de julio de 2006.

Ahora bien, si decimos que es posible reconocer la validez jurídica de los matrimonios homosexuales celebrados en el extranjero, cabe preguntarse el grado de reconocimiento que habrá de dárseles.

No olvidemos que en México la institución del matrimonio entre personas del mismo sexo no existe, por tanto, al tratar de reconocer un matrimonio homosexual celebrado en el extranjero nos encontramos frente a la “institución desconocida” del derecho internacional privado.

A fin de entender mejor las implicaciones del reconocimiento de un matrimonio homosexual celebrado en el extranjero planteamos un caso: supongamos que una pareja de varones españoles contrae válidamente matrimonio en España, de conformidad con su legislación interna y, dicha pareja adopta a un menor de edad (de conformidad con el Código Civil español la adopción es plena). La pareja traslada su domicilio a la Ciudad de México y tiempo después uno de los cónyuges fallece sin testar. Debido a lo anterior, el cónyuge superviviente promueve el juicio sucesorio correspondiente ante el juez de lo familiar del Distrito Federal. El juez de lo familiar, en cuestión previa, deberá decidir sobre la validez del matrimonio a fin de determinar si el supuesto cónyuge superviviente y el menor son legítimos herederos.

A tal respecto existe el siguiente abanico de posibilidades:

1. Reconocerlos como matrimonio, con todos los derechos y obligaciones inherentes a esta institución.

Este sería el supuesto ideal, de manera que se le otorguen a los contrayentes todos los derechos y obligaciones que tienen los cónyuges dentro de un matrimonio “heterosexual”; sin embargo, en virtud de que en nuestro ordenamiento jurídico el matrimonio está limitado a personas de diferente sexo,<sup>39</sup> dicha posibilidad es poco viable aunque deseable.

Cabe también señalar que, si se reconoce dicha unión como “matrimonio” se estará haciendo indirectamente un acto de discriminación, toda vez que, se reconocerán jurídicamente los matrimonios de personas del mismo sexo celebrados en el extranjero en tanto que se prohíben, y por tanto se desconocen, los matrimonios homosexuales en territorio nacional.

Si el juez nacional adoptare esta postura tanto el cónyuge superviviente como el menor serán reconocidos como herederos legítimos de pleno derecho.

2. Reconocerlos como sociedad de convivencia, y por tanto, asemejarlos al concubinato en términos de la Ley de Sociedad de Convivencia (art. 5).

---

39 El artículo 146 del CCDF dispone que: “Matrimonio es la unión libre de un hombre y una mujer [el subrayado es mío] para realizar la comunidad de vida, en donde ambos se procuran respeto, igualdad y ayuda mutua con la posibilidad de procrear hijos de manera libre, responsable e informada. Debe celebrarse ante el Juez del Registro Civil y con las formalidades que esta ley exige”. Asimismo, el artículo 147 dispone que: “Serán nulos los pactos que hagan los contrayentes, en contravención a lo señalado en el artículo anterior”.

Este tal vez sea el supuesto con mas posibilidades, pues ante la dificultad de reconocer las uniones homosexuales extranjeras como matrimonio se les puede reconocer como sociedad en convivencia (en el Distrito Federal) o como pacto civil de solidaridad (en Coahuila),<sup>40</sup> aunque sus derechos, personales o patrimoniales pudieran quedar limitados (v. gr. no se les permite la adopción).

Adoptar esta postura por parte del juez nacional implicaría reconocer derechos sucesorios al cónyuge supérstite, pero desconocer al menor como hijo del *de cuius* y, por tanto, como legítimo heredero.

### 3. Reconocerlos como sociedad de convivencia pero con efectos de matrimonio.

Esta es una posibilidad intermedia y ecléctica, y aunque no se les reconozca la validez como matrimonio, sí se podría admitir los efectos jurídicos de esa unión, esto es lo que en doctrina se conoce como “efecto reflejo” o “efecto atenuado” del orden público; es decir, no se reconoce la institución por considerarse contraria a los valores y la cultura locales pero en justicia se aceptan sus efectos.<sup>41</sup>

En tal caso, el juez nacional desconocería la unión como matrimonio, reconociéndola como sociedad de convivencia, pero le daría efectos de matrimonio, de tal manera que el menor sí podría ser considerado legítimo heredero.

En mi opinión personal considero que el juzgador debería de asumir la primera posibilidad, es decir, dar un reconocimiento pleno al matrimonio entre personas del mismo sexo celebrado en el extranjero.

## 7. El reconocimiento de las uniones de hecho no registradas extranjeras en nuestro ordenamiento jurídico interno<sup>42</sup>

Distintos términos se ha empleado para designar a las uniones de hecho no registradas: “pareja no casada”, “unión libre”, matrimonio de hecho”, “*amizade colorida*”, “matrimonio de hecho”, pero quizá el término mas usual es el de “concubinato”.

El párrafo primero del artículo 291 Bis del CCDF señala que

La concubina y el concubinario [el subrayado es mio] tienen derechos y obligaciones recíprocos, siempre que sin impedimentos legales para contraer matrimonio, han vivido en común en forma

40 Esta es la solución adoptada en el derecho suizo, ver Pichonnaz, Pascal. “Uniones de hecho registradas y no registradas en el derecho suizo”. Matrimonio homosexual y adopción. Madrid: Díaz-Bastien & Truan, 2006, p. 96.

41 Perezniето Castro, Leonel y Silva Silva, Jorge. Derecho Internacional Privado. Parte Especial. México: Oxford University Press, 2000, p. 84.

42 Para mayor información ver: Rodríguez Martínez, Elí. “Los conflictos de leyes originados por los flujos migratorios. ¿Un tema para la CIDIP-VII?”. Ponencia presentada durante el XXVIII Seminario Nacional de Derecho Internacional Privado y Comparado, celebrado en Pachuca, Hidalgo, del 8 al 11 de noviembre de 2004.

constante y permanente por un período mínimo de dos años que precedan inmediatamente a la generación de derechos y obligaciones a los que alude este capítulo.

Por tanto, el concubinato debe entenderse, al igual que en el matrimonio, como la unión de un hombre y una mujer, pero a diferencia de aquél, éste no requiere de las formalidades que aquél exige.

El matrimonio produce dos efectos: personales y patrimoniales. Los efectos personales se producen exclusivamente entre los cónyuges y se refieren a la obligación que ambos tienen de guardarse fidelidad mutua. Respecto de los efectos patrimoniales entre los cónyuges estos consisten principalmente en los alimentos que mutuamente se deben. En el concubinato, no hay relaciones personales pero sí patrimoniales.

En los países de tradición romanista, el concubinato es considerado como un matrimonio de hecho, pues se les reconocen prácticamente los mismos efectos; lo cual nos lleva concluir que, el concubinato puede ser tratado dentro del estatuto personal.<sup>43</sup>

Sin embargo, en los países con tradición anglosajona, como Estados Unidos y Canadá, el concubinato no tiene ningún efecto. Por lo que un concubinato mexicano, en un país donde no se reconozcan efectos a la unión, no surtirá efectos entre las partes, aun cuando en México las reformas tienden materialmente a reconocerlo como una forma de estado civil y asimilarlo en lo más posible al matrimonio; en tanto que, en México, los concubinos extranjeros, cuando establecen su residencia en México adquieren los derechos que les otorga el sistema jurídico mexicano (seguridad social, pensión alimenticia, presunción de legitimidad de los hijos, entre otros).

Es importante tener presente que, la tendencia legislativa es equiparar el concubinato o unión de hecho al matrimonio, lo cual resulta benéfico para poder determinar el derecho aplicable a las relaciones personales y patrimoniales.

Si bien, salvo el caso de la Ley Yugoslava de Derecho Internacional Privado, de 15 de julio de 1982, que es la única bajo el conocimiento del autor de estas notas, que regula el concubinato en el derecho internacional privado, existe una absoluta laguna jurídica en esta materia.

### ***a) Relaciones patrimoniales***

La Ley Yugoslava de Derecho Internacional Privado sólo regula las relaciones patrimoniales del concubinato, puesto que no se establecen relaciones personales, por lo menos, no jurídicamente. Dicha ley señala las siguientes reglas:

1. Las relaciones patrimoniales de las personas que viven en unión libre se regirán por el derecho del Estado del cual ambas sean nacionales,
2. Si las personas no tienen nacionalidad común, se regirán por el derecho del Estado donde tengan su domicilio común.

---

43 Pereznieto y Silva. *Op. cit.*, pag. 109.

3. En las relaciones patrimoniales contractuales, éstas se regirán por el derecho del Estado que, al momento de la celebración del contrato, resulte aplicable a dichas relaciones.

La Ley Italiana de Derecho Internacional Privado<sup>44</sup>, en su artículo 30.1, de las relaciones patrimoniales entre cónyuges señala que:

Las relaciones patrimoniales entre cónyuges [entendiéndolas aplicables a las uniones de hecho] se rigen por la ley aplicable a sus relaciones personales. Sin embargo, los cónyuges pueden convenir por escrito que sus relaciones patrimoniales sean regidas por la ley del Estado del cual uno de ellos, al menos, es nacional, o en aquel donde, al menos, uno de ellos tiene su residencia.

La Ley italiana da el mismo tratamiento a las relaciones patrimoniales y personales del matrimonio. Misma solución es empleada por la Ley Venezolana de Derecho Internacional Privado (art. 22)<sup>45</sup>.

### ***b) Relaciones personales***

Respecto al derecho aplicable a las relaciones personales, el artículo 29 de la Ley Italiana de Derecho Internacional Privado dispone que:

1. Las relaciones personales entre cónyuges se rigen por la ley nacional común.
2. Las relaciones personales entre cónyuges que tienen nacionalidades diferentes, o más de una nacionalidad en común, se rigen por la ley del Estado en el cual la vida conyugal se localiza de manera preponderante.

Semejante solución da la Ley Venezolana de Derecho Internacional Privado al disponer en su artículo 22 que:

Los efectos personales y patrimoniales del matrimonio se rigen por el derecho del domicilio común de los cónyuges. Si tuvieran domicilios distintos, se aplicará el Derecho del último domicilio común.

Por último, respecto a la cuestión planteada sobre la diferencia de tradiciones jurídicas en las que, la tradición romanista reconoce al concubinato los mismos efectos que el matrimonio, efectos que no reconoce la tradición anglosajona, podemos emplear la doctrina de los “derechos adquiridos”<sup>46</sup>, de manera que, una unión de hecho formada en un país

---

44 Ley No. 218, del 31 de mayo de 1995.

45 Dicho artículo señala: “Los efectos personales y patrimoniales del matrimonio se rigen por el derecho del domicilio común de los cónyuges. Si tuvieran domicilios distintos, se aplicará el Derecho del último domicilio común”.

46 Así el artículo 13, Fr. 1 del Código Civil Federal señala que: “las situaciones jurídicas válidamente creadas en... un Estado extranjero conforme a su derecho, deberán ser reconocidas”.

donde si se les reconocen efectos puedan seguir disfrutando de dichos efectos, aunque cuando cambien su residencia a un país cuyo sistema legal les desconozca tales efectos.

Lo anterior, no será aplicable cuando dicha unión contravenga normas del orden público interno del Estado, tal es el caso de las uniones poligámicas, aunque se les reconozca ciertos efectos, tales como el reconocimiento de paternidad de los hijos nacidos de dichas uniones.

Las uniones de hecho (no registradas) entre personas del mismo sexo formada por extranjeros residentes en el extranjero deberán ser reconocidas en el Distrito Federal, a mi parecer personal, como “sociedad de convivencia”.

## **8. Conclusiones**

Tras todo lo anteriormente expuesto creo que podemos concluir lo siguiente:

- a) Si bien, en nuestro ordenamiento jurídico no se permite expresamente la posibilidad de celebrar matrimonios entre personas del mismo sexo, considero que prohibir tal posibilidad es contraria al artículo 1° de la Constitución y, por tanto, es posible interponer amparo contra los actos de autoridad que así lo impidan.
- b) El orden público mexicano ha cambiado por lo que respecta a las uniones homosexuales, lo anterior lo confirma la promulgación de la Ley de Sociedad de Convivencia en el Distrito Federal y la reforma al Código Civil de Coahuila para la incorporación del pacto civil de solidaridad y proyectos similares que se pretenden adoptar en otras entidades de la república.
- c) Respecto al reconocimiento de matrimonios homosexuales celebrados en el extranjero, considero que no existe impedimento alguno para que sean reconocidos como tales, como matrimonios, toda vez que es la institución nacional más parecida a dicha figura.
- d) Respecto a las uniones extranjeras entre personas del mismo sexo no registradas, éstas deberán ser reconocidas como sociedad de convivencia en el Distrito Federal, como pacto civil de solidaridad en Coahuila, o como concubinato en las demás entidades federativas de la república.

Si bien, a un parecer personal, la Ley de Sociedad de Convivencia no es perfecta, sí es perfectible, y constituye un paso importante en la sociedad mexicana al reconocer legalmente una situación de hecho muy común en la sociedad, las uniones *de facto* entre personas del mismo sexo, brindando con ello una protección que antes carecían.

Considero que el siguiente paso a dar en un futuro próximo es el reconocimiento de pleno derecho de los matrimonios homosexuales en México.

operación inicial de proyectos eléctricos, entre otros, son financiados por instituciones financieras internacionales hasta que el proyecto logre su fecha de operación comercial, y demuestre su capacidad, produzca o preste el servicio para el cual fue contratado por la paraestatal involucrada.

Es justamente de la nomenclatura de dichos esquemas de financiamiento que pudiera surgir la duda respecto a su naturaleza jurídica administrativa, motivo por el cual, consideramos es necesario aclarar en el presente ensayo.

Más aún, si bien los proyectos son financiados por recursos privados, es claro que el sector eléctrico un área regulada por el Estado por su cada día mas aparente natural escasez, su creciente demanda o dificultad de generación.<sup>3</sup> Ello nos conlleva a señalar que, si bien las sociedades privadas involucradas no pueden juzgar como suyos los bienes públicos, y solo éstos, no pueden juzgar los privados, por que se tiene el objeto de la rama administrativa-, por un lado, y a la infraestructura eléctrica que conlleva en fin último la relación con el Estado por el otro lado, asuntos que no deben implicarse en esquemas PPP's, pues ambas partes se encuentran confundidas, porque aquéllos no se hallan comprendidas en éstos.

Así, debemos por empezar a distinguir la naturaleza de los bienes involucrados para determinar si dichos esquemas afectan bienes públicos. Empezaremos por señalar que el conjunto de bienes materiales, que de modo directo o indirecto sirven al Estado para realizar sus atribuciones, constituye el dominio o patrimonio del propio Estado, dividiéndose este a su vez en bienes de dominio público de la Federación y bienes de dominio privado de la Federación.<sup>4</sup>

Para efectos del presente estudio –Gabino Fraga–, nos indica que dentro de los primeros se incluyen a los inmuebles destinados por la Federación a un servicio público, motivo por el cual es menester identificar la naturaleza del servicio público bajo el Derecho Administrativo mexicano. Así, -es el mismo Gabino Fraga- quien nos señala que “*lo que distingue al servicio público es que la satisfacción del interés general constituye el fin exclusivo de su creación*”.<sup>5</sup> Así, en base al principio doctrinal arriba señalado, la construcción de infraestructura eléctrica en nuestro país pudiera considerarse un servicio público.

Finalmente, para responder a esta pregunta entonces, tenemos que analizar a continuación la naturaleza de los esquemas PPP's y cual es el espacio de clasificación que el sistema jurídico les debe otorgar o les ha otorgado.

---

el flujo de efectivo generado por tales proyectos debe ser al menos suficiente para cubrir las amortizaciones de capital y el pago de intereses (en la jerga hacendaria, los gastos financieros se conocen como gastos no programables) que generen estos créditos, así como los gastos de operación y mantenimiento (gastos programables) que dichos proyectos generen durante su vida útil. Para los conocedores de estructuras financieras, los proyectos PIDIREGAS siguen el mismo principio que el mecanismo de project finance , financiamiento de proyectos que se pagan solos. (fide GARCIA DE LA VEGA, Victor Manuel, *Pidiregas; Situación Actual y Perspectivas*, Revista Energía en Debate, México, D.F., octubre 2005)

3 TOMAIN, Joseph, *Energy Law*, Ed. West, Minneapolis, 2002, p. 65

4 FRAGA, Gabino, *Derecho Administrativo*, Ed. Porrúa, México, D.F. 1999, p. 342.

5 LAUBADÉRE, *Droit Administratif*, 4ª Edición, pag. 538. fide FRAGA, *op. cit.*, p. 243.

## II. Participación pública y privada en proyectos de infraestructura energética

Un estudio de la calificadora internacional Fitch Ratings<sup>6</sup>, señala que los gobiernos locales, en asociación con bancos de desarrollo y agencias de ayuda internacional, han descubierto lentamente que, al conjuntar los riesgos de crédito (“*credit risks*”) del proyecto a través de la banca de infraestructura y al añadir capas de capacidad crediticia (pagos iniciales o deuda del proyecto a cargo de usuarios mediante cuotas o impuestos, seguidos por la habilidad de interceptar apoyo gubernamental, fondos de reserva y garantías parciales de riesgo de crédito de fuentes externas), es posible captar capital privado para proyectos energéticos.

Así, al proporcionar esquemas de crecimiento a su rol respecto a su capital, la coalición público – lo privado es capaz de obtener fondos de forma más ágil, mientras que los inversionistas privados se beneficiarían de una diversificación gradual de sus portafolios de inversión.

En esta nueva generación de PPP’s, el rol del sector privado se enfoca a los ingenieros financieros que trabajan en conjunción con las autoridades gubernamentales, así como con bancos multilaterales y de desarrollo para crear vehículos de inversión que se vuelvan atractivos para el capital privado. En efecto, para la canalización de la inversión, existen un sinnúmero de figuras contractuales que pueden y son usadas por la comunidad financiera a efecto de establecer y estructurar sus vínculos con otras firmas, sea esto a nivel nacional o transnacional.

Es claro que, en la actualidad, el mercado mundial energético convierte al esquema de cooperación internacional en un elemento esencial en la búsqueda de estructuras que permitan cumplir con las necesidades que impone el sector. Por ello, toda compañía incorporada a un mercado mundial, necesariamente tendrá que afrontar de manera permanente el problema del crecimiento y necesidades de infraestructura, para lo cual, requerirá de fomentar su presencia doméstica e internacional.

No obstante su creciente importancia, las nueva generación de PPP’s parecieran ser un tema reservado a las grandes transnacionales y esto no puede estar más lejos de la realidad. Así, la instrumentación de los negocios energéticos, si bien complejos por la multitud de aspectos que se tienen que cuidar, son más claros de lo que se cree y por supuesto, más flexibles de lo que pretenden las legislaciones proteccionistas y nacionalistas.

Para ello, primero se tiene que entender la atmósfera administrativa, burocrática, económica y de aspectos públicos que giran en torno a los PPP’s. En consecuencia, si existen restricciones a la inversión, control de cambios, inestabilidad fiscal, judicial, política o económica, o inclusive, si existen sentimientos nacionalistas o regionalistas en el área geográfica donde se instrumentará un negocio transnacional, los recursos que requiere la infraestructura pudieran verse entorpecidos, por lo cual, dichos factores tendrán que ser valorados, primero, y mitigados después (“*risk mitigation*”).

6 Fitch Ratings, Special Report, *Public-Private Partnerships: the Next Generation of Infrastructure Finance*, 2004. p. 2, disponible en línea en [www.fitchratings.com](http://www.fitchratings.com)

Entre los factores que sirven para apoyar una decisión de tal o cual mecanismo de contratación, participación, asociación o inversión, se cuentan la importancia relativa de dirección administrativa, costo de mano de obra, facilidad y disponibilidad de los canales de distribución y sobre todo, de la trascendencia del ahorro de tiempo para penetrar en un mercado extranjero o de adelantarse a otras empresas e implementar innovaciones técnicas.<sup>7</sup>

Otra elección racional, “*se refiere en parte de las capacidades y necesidades de la corporación transnacional; cuando tales empresas consideran que sus propias capacidades de organización son limitadas y que la rapidez es importante.*”<sup>8</sup> Es justamente este escenario el que impera en el sector energético en nuestro país, ya que es claro que las propias capacidades de las paraestatales a cargo han sido ya rebasadas por sus propias necesidades, por lo que esta consideración de servicio público, debería ser un elemento de decisión adicional a ser tomado en cuenta por la entidad en estudio para admitir nuevos mecanismos de contratación, participación, asociación o inversión.

Por otro lado, la globalización de las estructuras de negocios energéticos y los cambios en las conductas competitivas han creado la necesidad de nuevos acercamientos y estrategias para la mayoría de las empresas multinacionales del sector.

De hecho, al desencadenar un veloz y completo proceso de reingeniería operativa, logística, técnica y accionaria, las nuevas estrategias de racionalización organizativa, decisoria y productiva han llevado a las empresas energéticas a promover con amplitud transnacional un sinnúmero de asociaciones de unidades productivas hasta entonces autónomas, por medio de un ambicioso proceso de incorporaciones, fusiones, adquisiciones, transferencias de activos, formación de “*joint ventures*”, creación de “*holdings*” y constitución de grupos de sociedades, las cuáles fueron especialmente diseñadas para asegurar y maximizar la sinergia financiera, patrimonial, económica, tecnológica, industrial y comercial.<sup>9</sup>

Todo esquema de participación pública o privada en el sector energético entonces deberá considerar como requisito *sine qua non* para su existencia y factibilidad, diversos factores legales, sociales y económicos, dentro de los cuales se destacan los siguientes:

7 ROBINSON, Richard D., *International Management*, Ed. MIT Press, Cambridge, 1966., p. 71.

8 BOLAÑOS LINARES, Rigel, *Inversión Extranjera*, Ed. Porrúa, México, D.F., 2002, p. 113.

9 FARIA, José Eduardo, *El Derecho en la Economía Globalizada*, Ed. Trotta, Madrid, 1999, pp. 57-58. Así las cosas, las formas que puede adoptar una empresa tiende a reflejar la estrategia de mercado tomadas para ello de acuerdo con la tesis de “*estrategia y estructura*” de Alfred Chandler (Cfr con CHANDLER, A.D., *Strategy and Structure: Chapters in the History of the American Industrial Enterprise*, Ed. MIT Press, Massachusetts, 1962. También, para un análisis de los procesos de toma de decisión respecto del tipo de estructura a utilizar para canalizar la inversión de las empresas multinacionales se sugiere CHANNON, D. & JALLAND, M., *Multinational Strategic Planning*, Ed. MacMillan Press, Nueva York, 1978; ROBOCK, S. & SIMMONS, K., *International Business and Multinational Enterprises*, Ed. Irwin, 1989; DUNNING, J.H., *Multinational Enterprises and the Global Economy*, Ed. Addison Wesley, 1992; AUGUST, Ray, *International Business Law*, Ed. Prentice Hall, Nueva Jersey, 2000; PORTER, Michael, *Competition in Global Industries*, Ed. Harvard Business School Press, Boston, 1986).

- a. El grado de control ejercido<sup>10</sup>
- b. Grado de elasticidad de la organización pública
- c. Aspectos fiscales y efectividad de costos.
- d. Facilidad para contratar empréstitos y regulación financiera local
- e. Efectos de la reglamentación de controles de cambio
- f. Facilidad para proteger derechos de propiedad industrial de la entidad privada
- g. Restricciones locales sectoriales (energéticos)
- h. Facilidades para la liquidación y fusiones.
- i. Facilidades de repatriación de utilidades
- j. Ubicación de las personas autorizadas para la toma de decisiones
- k. Regulación relativa a gobierno corporativo
- l. Grado de riesgo a que se exponen los activos
- m. Grado de vulnerabilidad respecto de las leyes antimonopolios.
- n. Bases para determinar la nacionalidad y por consiguiente jurisdicción aplicable.

Como vemos de la lista arriba señalada, los factores de factibilidad de un proyecto PPP involucra tanto al sector público y privado pues, así como existen elementos que competen clara y únicamente a los tres poderes en sus tres niveles de gobierno, existen factores que se derivan de factores de mercado, mercantiles y económicos privados como pudiera ser la regulación sobre gobierno corporativo (“*corporate governance*”), riesgo y exposición de los activos y competencia.

### III. ¿Derecho público o privado?

Recapitulando entonces. En los esquemas PPPs, la participación privada y pública forma un todo lo que nos conllevó a analizar e identificar su naturaleza. Si tomamos en cuenta que; (i) el financiamiento se canaliza generalmente para la construcción de infraestructura que formará parte de bienes del dominio público de la nación, (ii) el sector energético, en adición, se encuentra restringido (salvo algunas excepciones que analizaremos mas adelante) a la inversión privada, pudiéramos considerar que dichas actividades forman parte en efecto, del sector público.

<sup>10</sup> El control puede ser definido como el conjunto de relaciones y dispositivos creados para cerciorarse de que los funcionarios autorizados son los que toman decisiones de índole estratégica (o relativas a la política de la empresa); y de que las decisiones de índole táctica (o de operación) se amoldan a las medidas estratégicas elegidas” (fide ROBINSON, Robert, *op. cit.*, p. 203) La cuestión de quién controla a una corporación y con que finalidad, es un punto importante para todas las naciones industrializadas, y los mecanismos en que puede ser contestada ha servido tradicionalmente para distinguir dos estilos muy distintos de capitalismo. “Uno es el estilo Anglo-Sajón de los Estados Unidos e Inglaterra que ven a la corporación como una institución del mercado, controlado por fuerzas del mercado externas y cuya principal obligación es frente a los “dueños” o accionistas. El otro es el estilo dominante en Alemania y Japón (“*keiretsu*”) y en la mayoría de los países Europeos continentales. A pesar de importantes variantes en el control y gobierno corporativo, este sistema en donde el sistema de capitalismo es ejercido por un control interno o directamente, por un grupo dominante de accionistas o accionista y las obligaciones de la corporación se deben frente a un grupo mucho mas grande que solamente los accionistas”. (fide WHITMAN, Marina, *op. cit.*, p. 101; *cf.* con MICKLETHWAIT, John & WOOLDRIDGE, Adrian, *The Company: A Short History of a Revolution*, Ed. Weidenfeld & Nicolson, Londres, 2003, p. 161 y ss).

No obstante lo anterior, si consideramos que el financiamiento proviene de instituciones privadas y que, inclusive el proceso de construcción lo ejecutan entidades del sector privado bajo diversos mecanismos de contratación, pudiéramos señalar que el derecho de la infraestructura energética, conlleva necesariamente al derecho privado.

Pero, ¿tiene alguna utilidad ésta clasificación paralela a la meramente académica? La práctica de esta disciplina nos dicta que sí.

Veamos. Frente a la intrincada red de contratos, partes relacionadas, indirectas, subcontratistas, partes financieras, acreedores, deudores y el propio Estado, el Derecho de la infraestructura eléctrica requiere de una clara distinción dentro de dicha red entre lo que es público y lo que es privado a efecto de determinar, entre otros factores, las vías de solución de controversia y la legislación aplicable en supletoriedad. Pongamos el siguiente caso que por obvias razones, omite las denominaciones verídicas:

- a. La “Comisión Federal de Electricidad” decide contratar un esquema de Productor Independiente de Energía al amparo de la Ley del Servicio Público de Energía Eléctrica y bajo el esquema de PIDIREGAS.
- b. Para ello emite unas bases de Licitación Pública Internacional al amparo de la Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas y su Reglamento.
- c. Seguido el proceso, el contrato es adjudicado a “Energía Inglesa, S.A.” una entidad filial mexicana de un grupo empresarial británico con amplia experiencia en el sector de generación.
- d. Las bases exigen que el licitante ganador deberá de constituir una sociedad de objeto específico (“SOE”) quien será la administradora del contrato y responsable de toda su ejecución, incluyendo la construcción y operación del proyecto.
- e. Energía Inglesa, S.A. acude a esquemas de financiamientos de proyectos (“*Project Finance*”) para tener los fondos suficientes para cumplir con las bases de licitación y construir y operar la planta.
- f. En base a ello, Energía Inglesa, S.A., constituye a “Energía Inglesa del Pacífico, S.A.” quien será considerada la SOE. En base a la Ley del Servicio Público de Energía Eléctrica, se exige que sea Energía Inglesa del Pacífico, S.A., la que, como Productor Independiente de Energía, celebre el Contrato de Compromiso de Capacidad y Compraventa de Energía Eléctrica Asociada (comúnmente conocidos como PPA)<sup>11</sup> con la Comisión Federal de Electricidad.
- g. A su vez, Energía Inglesa del Pacífico, S.A. contrata a una empresa constructora mexicana para llevar a cabo la construcción del proyecto de infraestructura energética. La llamaremos “Construcciones de Infraestructura Mexicana, S.A.” La modalidad de contratación entre ambas empresas se denomina EPC (siglas en inglés de Ingeniería, Aprovechamiento y Construcción o “*Engineering, Procurement and Construction*”) y que, en esencia, es un contrato de obra.

11 Siglas en inglés de “*Power Purchase Agreement*” por virtud del cual la entidad privada produce energía eléctrica a través de un proyecto de infraestructura propio y vende su capacidad de generación y la energía eléctrica asociada a la empresa pública (“*utility*”) encargada de la distribución y comercialización de la electricidad.

- h. En el proceso de ejecución del contrato Construcciones de Infraestructura Mexicana, S.A., contrata a un sub-contratista para ciertos hitos constructivos, a la cual denominaremos “Subcontratista del Norte, S.A.”
- i. Derivado de ciertas diferencias, Subcontratista del Norte, S.A. demanda ciertas prestaciones por la vía ordinaria mercantil a Construcciones de Infraestructura Mexicana, S.A., utilizando como argumentos de supletoriedad de la ley, a la Ley del Servicio Público de Energía Eléctrica y a la Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas, aduciendo que, toda vez que el origen de su contratación, según el actor, proviene de dichas disposiciones, pues las bases de licitación (público) solicitan que la SOE lleve a cabo la construcción y operación del proyecto, entonces dichas legislaciones administrativas son aplicables al caso.
- j. Más aún, Subcontratista del Norte, S.A. alega que sus prestaciones deben valorarse bajo la óptica del principio de “orden público”, lo cual implica que no quedaba al arbitrio del demandado Construcciones de Infraestructura Mexicana, S.A., el determinar la procedencia o no de sus reclamos durante la fase de construcción, pues por encima de ellos y de la posición contractual de las partes, se encontraba un bien superior (disponibilidad y oportunidad de infraestructura energética nacional).

No obstante a lo anterior, es claro que las conclusiones de Subcontratista del Norte, S.A., son erróneas y la demanda incoada tiene únicamente un carácter meramente privado-mercantil, a pesar de que el origen de toda la “cadena de contrataciones”, tenga como origen a un proceso licitatorio de contratación pública. Así, es imprescindible determinar la naturaleza de este esquema de infraestructura, pues de ello depende, entre otros temas, la procedencia de la vía, las excepciones procesales y la procedencia de la supletoriedad de las leyes aplicables al caso.

Primero, es importante tener en cuenta el principio contractual “*res inter alios acta*” por virtud del cual las relaciones contractuales creadas entre dos partes, obligan y vinculan únicamente a esas partes y no a terceras ajenas a dicha relación. En consecuencia de dicho principio fundamental, es claro que el EPC entre Construcciones de Infraestructura Mexicana, S.A. y Subcontratista del Norte, S.A. (aún suponiendo que no exista cláusula de ley aplicable), es regida por el Código de Comercio por celebrarse entre dos comerciantes constituidos al amparo de la Ley General de Sociedades Mercantiles y por referirse a actos de comercio en términos de la fracción VI del artículo 75 del Código de Comercio. De forma supletoria, claro, aplicaría la legislación común.<sup>12</sup>

A su vez, la relación jurídica creada entre Energía Inglesa del Pacífico, S.A. y Construcciones de Infraestructura Mexicana, S.A., (aún suponiendo también que no exista tampoco una cláusula de ley aplicable), es regulada también por el Código de Comercio y, en supletoriedad por la legislación común.

---

<sup>12</sup> Existe un caso internacional que contraría a esta posición, sin embargo, dicho caso involucraba una cláusula arbitral que expresamente señalaba que dicha cláusula arbitral no se encontraba limitada a las partes del contrato lo cual implica, naturalmente, una renuncia expresa a la aplicación del principio “*res inter alios acta*”. (Abbott Chemicals, Inc., v. ASEA AB, Civ. No. 86-1305 (RLA) (D.P.R. Feb 19, 1988, *vide* HOFFMAN, Scott, *The Law and Business of International Project Finance*, Ed. Kluwer Law International, Minneapolis, 2002, p. 640).

Por su parte, la relación entre Energía Inglesa del Pacífico, S.A. y la Comisión Federal de Electricidad se rige por la Ley del Servicio Público de Energía Eléctrica, debiéndose señalar, y no obstante la naturaleza del servicio público ya analizada, que en el caso de estudio, dicha ley señala expresamente en su artículo tercero que no se considera servicio público a las actividades de los Productores Independientes de Energía y, por lo tanto, esta clara exclusión limita el hecho de que puedan interponerse argumentos de “orden público”, “interés público” o cualquier otro concepto administrativo análogo, que pudieran confundir al juzgador respecto de la naturaleza real de la litis.

Veamos;

*“Artículo 3.- No se considera servicio público*

*I.- La generación de energía eléctrica para autoabastecimiento, cogeneración o pequeña producción;*

*II.- La generación de energía eléctrica que realicen los productores independientes para su venta a la Comisión Federal de Electricidad;*

*III.- La generación de energía eléctrica para su exportación, derivada de cogeneración, producción independiente y pequeña producción;*

*IV.- La importación de energía eléctrica por parte de personas físicas o morales, destinada exclusivamente al abastecimiento para usos propios; y;*

*V.- La generación de energía eléctrica destinada al uso en emergencias derivadas de interrupciones en el servicio público de energía eléctrica”.*

Así, bajo este ejemplo ilustrativo podemos señalar que si bien lo público y lo privado en el Derecho de la Infraestructura Energética se encuentran interrelacionados de forma por demás estrecha, es claro e identificable el punto donde empieza uno y termina el otro. Por ello, como señalamos, tal delimitación es importante en este caso, pues de ello depende el éxito que cada una de las partes en litigio busca.

Ello no debe confundirse con los esquemas de contratación pública bajo los esquemas de Obra Pública Financiada a Precio Alzado donde la relación entre lo público y lo privado es mas estrecha pues a diferencia de los esquemas de contratación de PPA, la infraestructura construida por la entidad privada, sí que formará parte de los inmuebles de una paraestatal para la prestación de un servicio público o, dicho de otra forma, formará parte de los bienes de dominio público de la Federación. Ello en adición a que la fracción III del artículo cuarto de la Ley del Servicio Público de Energía Eléctrica sí hace una distinción respecto a este tipo de contratación al señalar lo siguiente:

*“Artículo 4.- Para los efectos de esta Ley, la prestación del servicio público de energía eléctrica comprende:*

*I.- La planeación del sistema eléctrico nacional;*

*II.- La generación, conducción, transformación y venta de energía eléctrica y;*

*III.- La realización de todas las obras, instalaciones y trabajos que requieran la planeación, ejecución, operación y mantenimiento del sistema eléctrico nacional”*

De hecho, -como nos explica García de la Vega-, es en virtud de lo anterior por el cual existen dos tipos de PIDIREGAS. Los primeros son denominados “PIDIRE-

GAS de inversión indirecta o condicionada” y los segundos “PIDIREGAS de inversión directa”.<sup>13</sup> Como el nombre y esquema administrativo descrito lo explican, los primeros se denominan así ya que el flujo del gasto público al productor, está condicionado a lograr la fecha de operación comercial del proyecto, mientras que los segundos, implican una contratación directa de la entidad pública para la construcción de su infraestructura y los valores de obra se van descontando conforme el proceso constructivo de obra pública financiada, así se vaya ejecutando por el particular.

No obstante, lo explicado en esta segunda categoría, donde la permeabilidad de lo público es mucho mas clara, no debe implicar, nuevamente, que las relaciones jurídicas válidamente creadas entre la entidad privada encargada de la construcción y sus sub-contratistas, se rijan por disposiciones del orden público, ya que nuevamente se estaría violentando el principio contractual citado anteriormente.

#### IV. Conclusiones

Empezaremos por señalar bajo el punto de vista académico, –como lo señala Dávalos Mejía–, “*que la centenaria clasificación del Derecho público y privado en todas las áreas, en la que todavía se insiste en México y otros países, lejos de auxiliar obstaculiza el desarrollo de la materia*”. Dicho doctrinario añade que esta distinción básica se ha convertido en el nivel docente en un deficiente fundamento académico y doctrinal, y en el nivel profesional en un arma ruinosa e inútil que provoca confusión,<sup>14</sup> distinción que arranca en el Derecho Romano, del famoso fragmento de Ulpiano (“*Huius studii duae sunt positionem publicum et privatum*”)<sup>15</sup>

Es entre los autores modernos, –Hans Kelsen– el que formula la crítica más directa de esta clasificación, considerándola “imprecisa y funesta”, al mismo tiempo que destruye la unidad esencial del Derecho.<sup>16</sup> De hecho, –como lo señala por su parte Ledesma–, “*de la concepción romana no se infiere que el Derecho público no interese a los particulares o que el privado no atañe a la comunidad*”, señalando que son “*sólo posiciones posibles para su estudio que de ninguna manera son opuestas, sino que resultan ser expresiones diversas de un mismo todo*”.<sup>17</sup>

No obstante tales aseveraciones académicas, y aún cuando Dávalos Mejía considera a la distinción “*a nivel profesional en un arma ruinosa e inútil que provoca confusión*”, con el caso expuesto, se deja en claro que tal distinción sí que es importante para efectos prácticos ya que, frente a una diversidad de vías, principios, excepciones, legislación supletoria y otras incidencias procesales, el identificar la verdadera naturaleza de una

13 GARCÍA DE LA VEGA. *op. cit.*

14 DÁVALOS MEJÍA, Carlos F., *Títulos de Crédito*, Ed. Harla, México, D.F., 2000, p. 25

15 RODRÍGUEZ Y RODRÍGUEZ, Joaquín, *Derecho Mercantil*, Ed. Porrúa, México, D.F., p. 14

16 SERRA ROJAS, Andrés, *Derecho Económico*, Ed. Porrúa, México, D.F., 2002, p. 7

17 BERNAL, Beatriz y LEDESMA, José de Jesús, *Historia del Derecho Romano y de los Derechos Neorromanas*, Ed. Porrúa, México, D.F., 1989, p. 40

operación típica de Derecho de infraestructura eléctrica es no sólo valioso sino de imperiosa necesidad a efecto de lograr una resolución veraz y justa.

Respondiendo a la pregunta toral de este estudio, respecto a si el Derecho de la infraestructura eléctrica es Derecho Público o Privado, debemos de concluir que en realidad es ambos pues se complementan a la perfección y nunca existe un elemento de oposición, o –como bien lo describe el Dr. José de Jesus Ledesma Uribe–, “*de ninguna manera son opuestos sino resultan ser expresiones diversos de un mismo todo*”, más la práctica nos impone la obligación de distinguirlos para y delimitarlos a efecto de que la justicia fluya correctamente.

Finalmente, debemos dejar clara la distinción que, dentro del Derecho de la infraestructura eléctrica, existe entre aquella ejecutada para fines de constituir la infraestructura de un Productor Independiente de Energía y aquella directamente contratada por la Comisión Federal de Electricidad bajo esquemas de Obra Pública Financiada para la construcción de su propia infraestructura.

En efecto, a diferencia de la primera, el carácter de “servicio público” sí que está presente en la segunda, lo cual no debe implicar sin embargo, que toda la red de contrataciones privadas que se derivan entre el contratista de la Comisión Federal de Electricidad por un lado y los sub-contratistas del primero, por el otro, se encuentren reguladas por el derecho público.

### ***Bibliografía***

- AUGUST, Ray, *International Business Law*, Ed. Prentice Hall, Nueva Jersey, 2000.
- BERNAL, Beatriz y LEDESMA, José de Jesús, *Historia del Derecho Romano y de los Derechos Neorromanos*, Ed. Porrúa, México, D.F., 1989.
- BOLAÑOS LINARES, Rigel, *Inversión Extranjera*, Ed. Porrúa, México, D.F., 2002.
- CHANDLER, A.D., *Strategy and Structure: Chapters in the History of the American Industrial Enterprise*, Ed. MIT Press, Massachusetts, 1962.
- DÁVALOS MEJÍA, Carlos F., *Titulos de Crédito*, Ed. Harla, México, D.F., 2000.
- FARIA, José Eduardo, *El Derecho en la Economía Globalizada*, Ed. Trotta, Madrid, 1999.
- FRAGA, Gabino, *Derecho Administrativo*, Ed. Porrúa, México, D.F. 1999.
- HOFFMAN, Scott, *The Law and Business of International Project Finance*, Ed. Kluwer Law International, Minneapolis, 2002.
- MICKLETHWAIT, John & WOOLDRIDGE, Adrian, *The Company; A Short History of a Revolution*, Ed. Weidenfeld & Nicolson, Londres, 2003.
- PORTER, Michael, *Competition in Global Industries*, Ed. Harvard Business School Press, Boston, 1986.
- ROBINSON, Richard D., *International Management*, Ed. MIT Press, Cambridge, 1966.
- RODRÍGUEZ Y RODRÍGUEZ, Joaquín, *Derecho Mercantil*, Ed. Porrúa, México, D.F., 1989.
- SERRA ROJAS, Andrés, *Derecho Económico*, Ed. Porrúa, México, D.F., 2002.
- TOMAIN, Joseph, *Energy Law*, Ed. West, Minneapolis, 2002.