

IGUALDAD, NO DISCRIMINACIÓN (Y POLÍTICAS PÚBLICAS);*
A PROPÓSITO DE LA CONSTITUCIONALIDAD O NO
DEL ARTÍCULO 68 DE LA LEY GENERAL DE POBLACIÓN

Imer B. FLORES**

All animals are equal, but some animals
are more equal than others.

George ORWELL, *Animal Farm*, 1944, X.

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Igualdad*. III. *No discriminación*.
IV. *Políticas públicas*. V. *Conclusión*.

I. INTRODUCCIÓN

Tomar la igualdad seriamente resulta ser uno de los lemas de las luchas por el Estado constitucional y democrático de derecho, así como por la promoción y protección de los derechos fundamentales. Lo anterior implica no sólo defender la igualdad y combatir la discriminación sino también adoptar las políticas públicas necesarias para cumplir con tal fin. Para ello es esencial aprender a discriminar la discriminación en un doble sentido: 1) al diferenciar o distinguir la discriminación negativa e injustificada de

* Versión revisada de “Igualdad, no discriminación y políticas públicas. A propósito de la constitucionalidad o no del artículo 68 de la Ley General de Población”, Documento de Trabajo, núm. 76, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2005.

** El autor agradece a Nuria González Martín y a Sonia Rodríguez Jiménez por sus comentarios de “primera mano” como extranjeras casadas con nacionales; a Diego Eduardo López Medina por su crítica; a Manuel Gutiérrez de Velasco, Miguel Rábago Dorbecker, Juan M. Vega Gómez y Enrique Rodríguez Trujano por sus observaciones y sugerencias; a María José Franco Rodríguez y Antonio Rodrigo Mortera Díaz por su apoyo y ayuda para la preparación de la conferencia que dio origen a este texto; y a Rodrigo Ortiz Toticaguena y Carlos de la Torre Martínez, así como a los asistentes a un diplomado por su reacción a dicha conferencia.

la positiva y justificada; y 2) al discriminar la primera para proscribirla definitivamente de nuestro ordenamiento jurídico.

Cabe adelantar que ante la imposibilidad de que la igualdad sea en todo y para todos, comenzaremos por cuestionar igualdad de qué y entre quiénes para constatar que al menos la única que es —y debe ser— garantizada para todos por igual es la igualdad jurídica: *ante* la ley y *en* la ley. En seguida, continuaremos con un análisis de la discriminación para discriminar los dos sentidos: uno negativo e injustificado, para el cual conservamos el uso de la palabra “discriminación”; y, otro positivo y justificado, a la que denominaremos “diferenciación” o “distinción”. Una vez realizadas estas precisiones, estaremos en condiciones de evaluar la importancia del reconocimiento expreso de la prohibición a la discriminación en el artículo 1o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, así como identificar algunos de los postulados que deben orientarnos en la adopción de políticas públicas:

- a) Prohibir toda discriminación negativa e injustificada;
- b) Permitir toda diferenciación o distinción positiva y justificada;
- c) Requerir diferenciaciones o distinciones positivas y justificadas en el futuro para remediar las discriminaciones negativas e injustificadas del pasado; y
- d) Cumplir con las obligaciones de no introducir regulaciones discriminatorias, de eliminar las regulaciones de carácter discriminatorio y de combatir las prácticas discriminatorias.

Finalmente, contrastamos las consideraciones anteriores a la luz del *Amparo en revisión 543/2003*, en el cual la Suprema Corte de Justicia de la Nación se pronunció acerca de la constitucionalidad del artículo 68 de la Ley General de Población, mismo que fue cuestionado por estimarse violatorio del artículo 1o. de nuestra carta magna, al exigir que los extranjeros que pretendan contraer matrimonio con nacionales deberán contar con “autorización” de la Secretaria de Gobernación.

Si bien, coincidimos con la mayoría de cinco votos contra cuatro en que el artículo es constitucional en la parte impugnada al existir una diferenciación o distinción justificada, consideramos necesario analizar los argumentos de la minoría para comprender mejor lo que es una discriminación injustificada al no cumplir con los criterios de objetividad, racionalidad y proporcionalidad, así como entender el tipo de políticas públicas que hay que permitir, prohibir e inclusive requerir.

II. IGUALDAD

Es ya un lugar común decir que la igualdad es una fórmula tan vacía (y por eso mismo celebrada), como la que define a la justicia como “la constante y perpetua voluntad de dar a cada quien lo suyo”, al definirla como “el deber de tratar igualmente a los iguales”.¹ Para reforzar este punto baste recordar que la palabra *igualdad* anota “calidad de igual” e *igual* “que no difiere de otro o que tiene la misma clase, condición, etcétera”. De igual forma, el término *desigualdad* connota “calidad de desigual” y *desigual* “que no es igual, diferente”.

Por su parte, Amartya Sen afirma que la cuestión central en el análisis y valoración de la igualdad es preguntar: ¿igualdad de *qué*? Así, advierte que no hay un concepto unívoco de igualdad porque de una u otra forma todas las corrientes filosóficas-teóricas o posturas ético-normativas postulan igualdad de *algo*: “igualdad de *x*”.² Al grado que no sólo los igualitaristas demandan igualdad, ya sea de beneficios, ingresos y riquezas,³ o bien de capacidades,⁴ de oportunidades,⁵ de recursos⁶ sino también los liberales, los libertarios (puros) y hasta los utilitaristas exigen libertad igual e igualdad en la distribución de los “bienes primarios”,⁷ trato como iguales e igual consideración o preocupación,⁸ igual-

¹ Guibourg, Ricardo A., “Igualdad y discriminación”, *Doxa*, núm. 19, 1996, p. 89. Véase Peter Westen, “The Empty Idea of Equality”, *Harvard Law Review*, vol. 95, núm. 3, enero, 1982, pp. 537-596; y *Speaking Equality*, Princeton, Princeton University Press, 1990.

² Sen, Amartya, *Inequality reexamined*, Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press, 1992, pp. xi y 12.

³ Dworkin, Ronald, “Equality of Welfare”, *Sovereign Virtue. The Theory and Practice of Equality*, Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press, 2000, pp. 11-64. (Publicación original: “What is Equality? Part 1: Equality of Welfare”, *Philosophy and Public Affairs*, vol. 10, verano, 1981, pp. 185-246).

⁴ Sen, Amartya *op. cit.*, nota 2, pp. xi y 4-11.

⁵ Roemer, John E., *Equality of Opportunity*, Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press, 1998, p. 1.

⁶ Dworkin, Ronald, *op. cit.*, nota 3, Part 2: “Equality of Resources”, pp. 65-119, pp. 283-345.

⁷ Rawls, John, *A Theory of Justice*, Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press, 1971. (Hay edición revisada: 1999; y versión en español: *Teoría de la justicia*, trad. de María Dolores González, México, Fondo de Cultura Económica, 1979).

⁸ Dworkin, Ronald, “*The Place of Liberty*”, *op. cit.*, nota 3, pp. 120-183. Part 3: The Place of Liberty”, *Iowa Law Review*, vol. 73, 1987. Amartya Sen, *Inequality reexamined*, *op. cit.*, nota 2, pp. ix, 17 y 18.

dad de derechos y libertades,⁹ igual peso a los intereses iguales de todas las partes,¹⁰ y el mismo peso a todos los intereses individuales.¹¹

De esta manera, todas las corrientes son igualitarias en algún sentido. Por lo mismo, el problema es que el ser igualitario, *i.e.* demandar igualdad de una de las variables, implica forzosamente ser no-igualitario con respecto a otra. Con lo cual cada concepción al buscar alguna *igualdad central* acepta algún tipo de *desigualdad periférica*. En otras palabras, admite algún tipo de igualitarismo al mismo tiempo que rechaza otro.¹²

En este orden de ideas, claro está —como lo sentenció Douglas Rae— que no hay una igualdad sino muchas igualdades y que, en consecuencia, no hay una desigualdad sino muchas desigualdades.¹³ En este mismo sentido, está claro —como lo señaló Michael Walzer— que no se trata de una “igualdad simple” sino de una “igualdad compleja” que involucra una pluralidad de criterios distributivos, a saber: libre intercambio, mérito y necesidad, los cuales han dado lugar a lo que conocemos como las esferas de la justicia.¹⁴

Por su parte, Sen recuerda que —además de la diversidad y/o pluralidad de variables a partir de las cuales se pueda dar respuesta a la pregunta igualdad de qué— los seres humanos son bastante heterogéneos entre sí. Al respecto, baste aludir al hecho de que cada uno tiene infinidad de características externas e internas o personales,¹⁵ y traer a colación el *Discurso sobre el origen de la desigualdad* de Jean Jacques Rousseau, publicado hace exactamente doscientos cincuenta años:¹⁶

⁹ Nozick, Robert, *Anarchy, State and Utopia*, Nueva York, Basic Books, 1974. (Hay versión en español: *Anarquía, Estado y utopía*, trad. de Rolando Tamayo y Salmorán, México, Fondo de Cultura Económica, 1988).

¹⁰ Hare, R. M., “Ethical Theory and Utilitarianism”, en Amartya Sen y Bernard Williams (eds.), *Utilitarianism and Beyond*, Cambridge, Cambridge University Press, 1982, p. 26.

¹¹ J. C. Harsanyi, “Morality and the Theory of Rational Behaviour” en Amartya Sen y Bernard Williams (eds.), *op. cit.*, nota 10, p. 47.

¹² Sen, Amartya, *Inequality reexamined*, *op. cit.*, nota 2, pp. ix-x, y 19.

¹³ Rae, Douglas, *Equalities*, Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press, 1981.

¹⁴ Walzer, Michael, *Spheres of Justice. A Defense of Pluralism and Equality*, New York, Basic Books, 1983, pp. 17 y 21. (Hay versión en español: *Las esferas de la justicia. Una defensa del pluralismo y la igualdad*, Trad. de Heriberto Rubio, México, Fondo de Cultura Económica, 1993). Véase Miller, David y Walter, Michael (eds.), *Pluralism, Justice and Equality*, Oxford, Oxford University Press, 1995.

¹⁵ Sen, Amartya, *Inequality reexamined*, *op. cit.*, nota 2, pp. ix-x, y 19.

¹⁶ Rousseau, Jean Jacques, *Discurso sobre el origen de la desigualdad*, Bogotá, Ediciones Universales, s.f., p. 26. (Publicación original: 1755).

Concibo en la especie humana dos clases de desigualdades: la una que considero natural o física, porque es establecida por la naturaleza y que consiste en la diferencia de edades, de salud, de fuerzas corporales y de las cualidades del espíritu o del alma, y la otra que puede llamarse desigualdad moral o política, porque depende de una especie de convención y porque está establecida o al menos autorizada, por el consentimiento de los hombres. Esta consiste en los diferentes privilegios de que gozan algunos en perjuicio de otros, como el de ser más ricos, más respetados, más poderosos o de hacerse obedecer.

Para responder a estas desigualdades, pero sobre todo a las del segundo tipo,¹⁷ se ha tratado de garantizar diferentes tipos de igualdad desde la económica,¹⁸ la política,¹⁹ e inclusive la social²⁰ hasta la jurídica. Ahora bien, esta última puede adoptar dos formas distintas: 1) igualdad *ante* la ley; y 2) igualdad *en* la ley. La primera como —igualdad formal— garantiza que todos serán tratados de la misma manera con imparcialidad como destinatarios de las normas jurídicas; y la segunda como —igualdad material— autoriza que el contenido de la ley sea ajustado para que todos puedan gozar de ella en igualdad de condiciones.

¹⁷ Si bien es cierto que todos —i.e. los seres humanos como especie del género seres animales— estamos sometidos por igual a las leyes de la naturaleza nuestra igualdad natural es limitada. Así, podemos no sólo afirmar coloquialmente que “el sol sale para todos” sino también asegurar necesariamente que todos por igual nacimos un día y que moriremos algún otro. Véase Pufendorf, Samuel von, “On Recognition of the Natural Equality of Men”, *On The Duty of Man and Citizen According to the Natural Law*, book I, chapter 7. (Título y publicación original: *De Officio Hominis et Civis prout ipsi praescribuntur lege naturali*, 1673).

¹⁸ Nagel, Thomas, “Equality”, *Mortal Questions*, Cambridge, Cambridge University Press, 1979, pp. 106-127.

¹⁹ Buchanan, James, *The Limits of Liberty: Between Anarchy and Leviathan*, Chicago, University of Chicago Press, 1975. (Hay versión en español: *Los límites de la libertad: entre la anarquía y leviatán*, trad. de Carlos Millet, México, Premia Editora, 1981). Véase Buchanan, James y Tullock, Gordon, *The Calculus of Consent. Logical Foundations of Constitutional Democracy*, Ann Arbor, Michigan, University of Michigan Press, 1962. (Hay versión en español: *El cálculo del consenso. Fundamentos lógicos de la democracia constitucional*, trad. de Javier Salinas Sánchez, Barcelona, Planeta-Agostini, 1993).

²⁰ Roemer, John E., “Equality of opportunity” en K. Arrow *et al.* (eds), *Meritocracy and Economic Inequality*, Princeton, New Jersey, Princeton University Press, 2000; y “Equality of opportunity. A progress report”, *Social Choice and Welfare*, vol. 19, núm. 2, 2002, pp. 455-471.

Así mismo las leyes deben ser generales no sólo en su creación sino también en su aplicación, es decir las normas deben ser las mismas para todos por igual: ateos y creyentes, heterosexuales y homosexuales, hombres y mujeres, indígenas y no indígenas, nacionales y extranjeros, patrones y trabajadores, pobres y ricos... Este principio —como igualdad *ante* la ley— es conocido como *isonomía*. Del mismo modo, la igualdad de respecto —como igualdad *en* la ley— es equiparada con *isotimia*. Por último, sobre todo en las llamadas democracias, la igualdad de los derechos políticos o libertades públicas, en general, y del derecho o libertad de expresión, en particular, es identificada con *isegoría*, *i.e.* igualdad en el ágora.

En un Estado constitucional y democrático de derecho la igualdad debe ser entre *todos*. No obstante, está clarísimo que los seres humanos no somos iguales. Por lo cual el enunciado “todos somos iguales” no puede ser considerado como descriptivo —para que la descripción fuera verdadera tendría que decir “todos somos desiguales”— sino más bien como prescriptivo “Todos debemos ser iguales” o mejor dicho “Todos debemos ser considerados o tratados como iguales”. Así que cuando la *Declaración Universal de los Derechos Humanos* de las Naciones Unidas, afirma en su artículo 1o. “Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos” debemos entender que al menos debemos considerarlos o tratarlos jurídicamente *como si* así fuera.

En otras palabras, la igualdad jurídica impone que “Todos debemos ser considerados o tratados como iguales *ante* y *en* la ley”, así como gozar en igualdad de los derechos políticos o libertades públicas, en general, y del derecho o libertad de expresión, en particular. Al respecto, el ahora primer párrafo del artículo 4o. de nuestra Constitución federal asienta “El varón y la mujer son iguales ante la ley”.

Sin embargo, no basta con preguntarnos por igualdad... de qué y entre quiénes sino que además hay que preguntar por otras cuestiones: cuándo, dónde y, por supuesto, cómo protegemos y promovemos el principio de igualdad. Para poder proteger y promover la igualdad en dignidad y derechos o libertades —como género— es imperativo prohibir —como especies— la esclavitud, los títulos nobiliarios y, por supuesto, la discriminación.

III. NO DISCRIMINACIÓN

Es innegable que los conceptos de *igualdad* y de *discriminación* están estrechamente entrelazados entre sí. De hecho, como hemos visto, afirmar la igualdad en un sentido implica negarla en otro al admitir algún tipo de desigualdad e incluso de discriminación. Cabe recordar que Dworkin —al comienzo de su *Sovereign Virtue. The Theory and Practice of Equality*— asegura “La igualdad es la especie en peligro de extinción de los ideales políticos”.²¹ Y un poco más adelante asevera:²²

Nadie... propondría seriamente este como un ideal político: la igualdad plana e indiscriminada [i.e. igualdad en todo y para todos] no solamente es un valor político débil, o uno que puede ser fácilmente anulado por otros valores. No es un valor del todo: no hay nada que se pueda decir en favor de un mundo en que quienes escogen el ocio, aunque podrían trabajar, sean recompensados con la producción de los industriosos.

No obstante, el propósito de su libro era precisamente el de salvar a la igualdad y para ello había que tomarla seriamente.²³ Al respecto asevera “La igualdad es un concepto contradicho: la gente que la aprecia y que la desprecia está en desacuerdo acerca de qué aprecian y desprecian”.²⁴ En este sentido, ante la imposibilidad de proponer una igualdad en todo y para todos, había que discriminar la igualdad que apreciamos de la que despreciamos: igualdad de qué y entre quiénes. Así, al menos la única igualdad que puede ser garantizada para todos por igual es precisamente la igualdad *ante y en la ley*, equiparada como vimos con los términos *isonomia* e *isotimia*, respectivamente.

²¹ Dworkin, Ronald, *Sovereign Virtue, op. cit.*, nota 3, p. 1, “Equality is the endangered species of political ideals”. (La traducción es nuestra).

²² *Ibidem.*, p. 2 “But no one, I think, would seriously propose this as a political ideal: flat, indiscriminate equality is not just a weak political value, or one that is easily overriden by other values. It is no value at all: there is nothing to be said for a world in which those who choose leisure, though they could work, are rewarded with the produce of the industrious”. (La traducción es nuestra).

²³ Véase Flores, Imer B., “Reseña bibliográfica: Ronald Dworkin, *Sovereign Virtue. The Theory and Practice of Equality*”, *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, núm. 3, julio-diciembre, 2000, pp. 283-291.

²⁴ Dworkin, Ronald, *Sovereign Virtue, op. cit.*, nota 3, p. 2, “Equality is a contested concept: people who praise or disparage it disagree about what it is they are praising or disparaging” (la traducción es nuestra).

A continuación procedemos a discriminar la discriminación que apreciamos porque es positiva y está justificada de la que despreciamos porque simplemente es negativa y no está justificada. Así, en primerísimo lugar denunciamos que una mala interpretación del pensamiento de Aristóteles, en concreto de su noción de justicia, *i.e.* “Tratar igual a los iguales y desigual a los desiguales”, ha dado lugar a una paradójica concepción de la igualdad desigual que ciertamente no es igualitaria y que acaba por justificar todo tipo de discriminaciones subjetivas, desproporcionadas e irrazonables, mismas que resultan ser negativas e injustificadas.

Este claroscuro es correctamente diagnosticado por Eric Arthur Blair, bajo el pseudónimo de George Orwell, en su fábula anti-utópica *Rebelión en la Granja*: donde denuncia con su celebérrima antilogía o endiádis que la gran idealidad “Todos los animales son iguales” ha dado lugar a una cruda realidad “... pero algunos animales son más iguales que otros”.

Al respecto, habría que aclarar dos cosas: primero, el origen de la noción aristotélica de la justicia; y, segundo, la culpa no es propiamente de esta noción sino del contexto en el cual el filósofo estagirita consideró que la esclavitud estaba justificada. De un lado, la referencia a “Tratar igual a los iguales y desigual a los desiguales” atribuida al fundador del Liceo no está explícita en la *Ética nicomaquea* sino que es la conclusión implícita de un postulado y de dos premisas:²⁵ “*Si las personas no son iguales, no tendrán cosas iguales. De aquí los pleitos y las reclamaciones cuando los iguales tienen y reciben porciones no iguales, o los no iguales porciones iguales*”.

Del otro, no debemos olvidar que el preceptor de Alejandro Magno vivía en una sociedad esclavista donde los iguales eran las personas libres o amos y los desiguales sus esclavos. La desigualdad entre las personas libres o amos y los esclavos estaba justificada según él en una ley natural tanto descriptiva como prescriptiva: “unos nacieron para mandar y otros para obedecer”.²⁶ “*Mandar y ser mandados no sólo son hechos, sino también convenientes, y pronto, desde su nacimiento, algunos están dirigidos a ser mandados y otros a mandar*”.

²⁵ Aristóteles, *Ética nicomaquea*, trad. de Antonio Gómez Robledo, México, Universidad Nacional Autónoma de México, libro V, capítulo III, 1983, p. 110.

²⁶ Aristóteles, *Política*, trad. de Carlos García Gual y Aurelio Pérez Jiménez, Barcelona, Altaya, 1993, libro primero, capítulo V, 1254^a, p. 47.

Y un poco más adelante²⁷ “*Está claro que, por naturaleza, unos son libres y los otros esclavos. Y que a éstos les conviene la esclavitud, y es justa*”.

De esta manera justifica la esclavitud y con ella un trato discriminatorio en beneficio de unos —los iguales, es decir las personas libres o amos— y en perjuicio de los otros —los desiguales, esto es los esclavos—. Si bien esta noción de justicia permite tratar igual a los iguales y desigual a los desiguales, al dar lugar a dos concepciones de la justicia —una conmutativa y otra distributiva— ello no justifica la desigualdad ni mucho menos la discriminación.

Cabe traer a colación que en los Estados Unidos de América han pasado muchos años sin que el preámbulo de la *Declaración de Independencia* “Todos los hombres fueron creados iguales” se haya realizado, a pesar de la abolición de la esclavitud, de la guerra civil o de secesión, y la adopción de la décimo cuarta enmienda, en primera instancia, y de lo que conocemos como el movimiento de los derechos civiles, y de la celebrísima decisión por parte de la Corte Warren del caso *Brown vs. Board of Education*, donde se puso fin no sólo a la segregación racial en las escuelas públicas sino también a la era “separados, pero iguales” emblemática desde *Plessy vs. Ferguson*.

El vocablo *discriminación* está afectado por la ambigüedad proceso-resultado y como tal denota “acción y efecto de discriminar” y *discriminar* tiene dos acepciones: 1) “separar, distinguir, diferenciar una cosa de otra”; y 2) “dar trato de inferioridad a una persona o colectividad, generalmente por motivos raciales, religiosos, políticos o económicos”. En este orden de ideas, hay al menos dos sentidos de la palabra *discriminación*, uno positivo y justificado que implica “separar, distinguir, diferenciar una cosa de otra” y otro negativo e injustificado que indica “dar un trato de inferioridad a una persona o colectividad...”. Así que la discriminación no es buena ni mala por sí sola. En pocas palabras, lo que se prohíbe no es la discriminación *per se* sino aquella discriminación que da un trato de inferioridad a una persona o colectividad por motivos raciales, religiosos, políticos, económicos, o cualesquiera otros fundados en meros prejuicios.

Lo que está en el fondo de la discusión es una cuestión de discriminar, *i.e.* cuando la discriminación es objetiva, razonable y proporcional, es

²⁷ *Ibidem.*, 1255a, p. 49.

decir relevante, y cuando no lo es al ser subjetiva, irrazonable y desproporcionada, esto es irrelevante. O bien, cuando es positiva y justificada y cuando es negativa e injustificada. De hecho, parece ser que una de las mejores formas de combatir la discriminación en su sentido negativo e injustificado al tratar de revertir sus efectos perniciosos requiere de alguna forma de discriminación en su sentido positivo y justificado, como lo propuso Rawls con su “principio de la diferencia”.²⁸

Dando por establecido el marco de las instituciones requeridas por la libertad igual y la justa igualdad de oportunidades, las expectativas más elevadas de quienes están mejor situados son justas si y solo si funcionan como parte de un esquema que mejora las expectativas de los miembros menos favorecidos de la sociedad. La idea intuitiva es que el orden social no ha de establecer y asegurar las perspectivas más atractivas de los mejor situados a menos que el hacerlo sea en beneficio de aquellos menos afortunados.

De este modo, a la discriminación negativa e injustificada podemos contraponer la positiva y justificada, como lo es la llamada *discriminación inversa* a través de los programas de acción afirmativa.²⁹ Es más, en la doctrina y en los foros internacionales muchas veces se utiliza la palabra *discriminación* para referirse al sentido negativo e injustificado y los vocablos *diferenciación* o *distinción* para referirse al sentido positivo y justificado. Baste aludir a la Opinión Consultiva 83/03 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la cual en su párrafo 84 dice a la letra:³⁰

En la presente Opinión Consultiva se hará una diferenciación al utilizar los términos distinción y discriminación. El término distinción se empleará para lo admisible, en virtud de ser razonable, proporcional y objetivo. La discriminación se utilizará para hacer referencia a lo inadmisibles, por violar los derechos humanos. Por tanto, se utilizará el término discriminación para hacer referencia a toda exclusión, restricción o privilegio que no sea objetivo y razonable, que redunde en detrimento de los derechos humanos.

²⁸ Rawls, John, *A Theory of Justice*, op. cit., nota 7, párrafo 13, p. 75, (pp. 65 y 97).

²⁹ Dworkin, Ronald, “Reverse Discrimination”, *Taking Rights Seriously*, Cambridge Massachusetts, Harvard University Press, 1978, pp. 223-239. (Hay versión en español: *Los derechos en serio*, Trad. de Marta Guastavino, Barcelona Ariel, 1984). *A Matter of Principle*, Cambridge Massachusetts, Harvard University Press, 1985, pp. 291-331.

³⁰ OC-18/03 del 17 de septiembre de 2003, “Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados”, serie A, núm. 18. (El énfasis es original).

En este sentido podemos afirmar sin temor a equivocarnos que hoy por hoy, los Estados constitucionales y democráticos de derecho, por un lado, prohíben —o tratan de prohibir— las formas negativas e injustificadas de discriminación y, por el otro, permiten las formas positivas y justificadas de discriminación, a las que llamamos diferenciación o distinción, e inclusive requieren a veces de éstas para nivelar el terreno al tratar de corregir desigualdades existentes.³¹

En el caso de México, no fue sino hasta que en el marco de la reforma constitucional en materia indígena del año 2001 que se incluyó expresamente la prohibición a la discriminación. Al respecto habría que decir que hoy en día, el artículo 1o. de nuestra Constitución Política tiene una mejor sistematización al contar junto a su original párrafo único referido al *principio de igualdad* —ahora primer párrafo— con dos cláusulas formales de igualdad: una vieja —el otrora único párrafo del artículo 2o. constitucional— referente al *principio de prohibición de la esclavitud*; y, otra nueva relativa al *principio de prohibición de la discriminación*.

De esta forma, en un mismo artículo están incluidos tres principios igualitarios: uno en el párrafo primero a partir de la prescripción de que “*todo individuo gozará de las garantías que otorga esta Constitución*” y los otros dos *contrario sensu* de la prohibición tanto de la esclavitud en el párrafo segundo como de la discriminación en el tercero. Ahora bien, esta última proscripción novedosa establece:

Queda prohibida toda discriminación motivada por origen étnico o nacional, el género, la edad, las capacidades diferentes, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias, 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.

Sin duda alguna, la adopción expresa de esta cláusula formal de igualdad —contenida típicamente en las convenciones, declaraciones o tratados en materia de derechos humanos— al prohibir toda discriminación representa por sí sola un gran avance al beneficiar no solamente a las etnias o pueblos indígenas sino a todos por igual: ateos y religiosos, heterosexuales y homosexuales, hombres y mujeres, menores y mayores, nacionales y extranjeros, pobres y ricos...

³¹ Roemer, John E., *Equality of Opportunity*, op. cit., nota 5, p. 1.

Asimismo, no es suficiente con promover la igualdad formal sino que es necesario además crear las condiciones para la realización de la igualdad material.³² En este sentido, destaca el párrafo primero del apartado B del nuevo artículo 2o. constitucional:³³

La Federación, los estados y los municipios, para promover la igualdad de oportunidades de los indígenas y eliminar cualquier práctica discriminatoria, establecerán las instituciones y determinarán las políticas necesarias para garantizar la vigencia de los derechos de los indígenas y el desarrollo integral de sus pueblos y comunidades, las cuales deberán ser diseñadas y operadas conjuntamente con ellos.

IV. POLÍTICAS PÚBLICAS

Antes de proseguir, conviene recapitular un par de cosas: 1) ante la imposibilidad de que la igualdad sea en todo y para todos fue menester discriminar: a) igualdad de qué y b) igualdad para quiénes; y, 2) ante la incapacidad de prohibir toda discriminación fue necesario discriminar también: a) discriminación negativa e injustificada y b) discriminación positiva y justificada. Cabe aclarar que como aquélla es considerada propiamente como una discriminación y ésta impropriamente como tal, reservamos el uso de la palabra *discriminación* para aquélla y los vocablos *diferenciación* y *distinción* para ésta.

Es más en el contexto de los tratados internacionales en materia de derechos humanos, México ha adquirido “la obligación de no introducir en su ordenamiento jurídico regulaciones discriminatorias, de eliminar de dicho ordenamiento las regulaciones de carácter discriminatorio y de combatir las prácticas discriminatorias”,³⁴ pero no por ello están prohibidas

³² Véase Carbonell, Miguel, “La reforma constitucional en materia indígena. Un primer acercamiento”, *Documento de trabajo*, núm. 15, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2001, p. 4; González Martín, Nuria, “La reforma constitucional en materia indígena: el principio de igualdad, la prohibición de discriminación y las acciones positivas”, *Documento de trabajo*, núm. 16, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2001, p. 2; y Kurczyn Villalobos, Patricia, “Reflexiones sociojurídicas acerca de las reformas constitucionales en «materia indígena»”, *Documento de Trabajo*, núm. 20, enero, 2002. Véase también Carbonell, Miguel, “El derecho a no ser discriminado en la Constitución mexicana: análisis y propuesta de reforma”, *Documento de trabajo*, núm. 77, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2005.

³³ El énfasis es nuestro.

³⁴ OC-18/03 del 17 de septiembre de 2003, “Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados”, *op. cit.*, nota 30, párrafo 88.

las diferenciaciones o distinciones, siempre y cuando sean positivas y justificadas, es decir admisibles y relevantes, en virtud de ser objetivas, razonables y proporcionales.³⁵ De hecho, hay veces que la única forma de revertir una discriminación vieja es precisamente a partir de una discriminación nueva, una diferenciación o distinción, pero ésta debe tener una justificación objetiva, razonable y proporcional.³⁶

Debemos aprender, en primera instancia, a discriminar la discriminación como algo negativo e injustificado de la diferenciación o distinción como algo positivo y justificado; y, en segundo lugar, a discriminar la primera como algo prohibido de la segunda como algo no solamente permitido sino además requerido para nivelar el terreno. Así, hay que discriminar cuándo estamos ante una discriminación negativa e injustificada y cuándo ante una diferenciación o distinción positiva y justificada. Imaginemos el caso de un equipo de fútbol en el cual no dejan jugar a una persona por su origen étnico y/o nacional, o bien por su orientación o preferencia sexual y a otra por su falta de habilidad. La primera podría alegar que ha sido discriminada negativa e injustificadamente, en cambio la segunda no podría argumentar tal cosa porque la diferenciación o distinción positiva y justificada entre los que juegan radica precisamente en la mayor habilidad de unos en detrimento de otros.

De lo anterior derivan al menos dos grandes lineamientos para la adopción de políticas públicas en materia de discriminación: a) *Prohibir toda discriminación negativa e injustificada*; y b) *Permitir toda diferenciación o distinción positiva y justificada*.

En este orden de ideas, la cuestión es saber discriminar cuándo estamos ante algo negativo e injustificado —discriminación— y cuándo ante algo positivo y justificado —diferenciación o distinción— y para ello es imprescindible determinar si la causa es objetiva, razonable y proporcional o no lo es. Así, un restaurante abierto al público en general no se puede negar a dar un servicio a un comensal por su origen étnico o racial, en tanto que un club privado que solamente admite a sus miembros e invitados de éstos —o el mismo restaurante alquilado para una fiesta particular— sí se lo puede negar: cierto es que no por su origen sino por no ser miembro o invitado.

De igual forma, un patrón puede contratar a sus trabajadores y requerirles cumplir con ciertos requisitos pero éstos deben ser esenciales para la

³⁵ *Ibidem*, párrafo 84.

³⁶ *Ibidem*, párrafo 105.

función que van a desempeñar y no meramente superficiales para que la diferenciación o distinción sea positiva y esté justificada. Así, por ejemplo, el dueño de un restaurante japonés que quiere reforzar el ambiente oriental del mismo puede, en igualdad de circunstancias, preferir contratar personal de origen asiático, pero no por ello podría negarle el empleo a una persona no-asiática calificada y sí dárselo a una asiática no-calificada. La misma razón le permite al productor de un espectáculo de éstos que son “sólo para mujeres” o “sólo para hombres” a contratar personas de un género u otro con ciertos atributos físicos, sin que a nadie se le ocurriera que debería contratar a personas del otro género.

Así mismo, de la conjunción de los dos lineamientos anteriores —a) y b)— se desprende una tercera línea de acción: c) *Requerir diferenciaciones o distinciones positivas y justificadas en el futuro para remediar las discriminaciones negativas e injustificadas del pasado.*

Entonces, la pregunta esencial es saber discriminar cuándo la diferenciación o distinción positiva y justificada es requerida para remediar una discriminación negativa e injustificada y para ello es indispensable discernir si el efecto de la misma no sólo es el deseado sino también racional, *i.e.* eficaz para cumplir con este objetivo e incluso efectivo y eficiente.³⁷ Así, por ejemplo, los programas de acción afirmativa, también conocidos como de discriminación inversa o positiva, parten de la presunción de que hay veces que la única forma de revertir una discriminación vieja es precisamente a partir de una discriminación nueva. Sin embargo, esta diferenciación o distinción para ser positiva y justificada debe beneficiar a los miembros más desaventajados o que históricamente han sido discriminados, porque de lo contrario daría lugar a una nueva forma de discriminación negativa e injustificada.

Aunque el análisis de los programas de acción afirmativa sobrepasa los propósitos de esta contribución, solamente hay que enfatizar que éstos no eliminan la desigualdad sino que por el contrario la acentúan al presuponerla e incluso requerirla. La cuestión es discriminar cuándo los programas constituyen una nueva discriminación negativa e injustificada y cuándo no es así por tratarse de una diferenciación o distinción positiva y justificada. Por consiguiente, algunos programas de acción afirmativa que imponen “cuotas” tienen el problema de que en el afán de remediar una

³⁷ Dworkin, Ronald, “Affirmative Action: Does it Work?” y “Affirmative Action: is it Fair?”, *Sovereign Virtue*, *op. cit.*, nota 3, pp. 386-408, y 409-426.

discriminación pasada que propiciaba la exclusión de un tipo de persona o grupo introducen una nueva discriminación para propiciar la inclusión de éstos, pero en aras de hacerlo acaban por ser una nueva fuente de discriminación negativa e injustificada porque pueden llegar a admitir personas no-calificadas en detrimento de las que sí están calificadas.

Antes de concluir este apartado, habría que aludir a una cuarta pauta de acción d) *Cumplir con las obligaciones de no introducir regulaciones discriminatorias, de eliminar las regulaciones de carácter discriminatorio y de combatir las prácticas discriminatorias*. Para ello, habría que mencionar, aunque sea brevemente, algunas de las cuestiones ya resueltas y por resolver desde la reforma constitucional en materia indígena, en la cual se incorporó el tercer párrafo del artículo 1o. de la Constitución.

De esta manera, entre las políticas públicas adoptadas —o por adoptar— en materia de no discriminación destacan:

Origen étnico: la reforma constitucional en materia indígena del 2001 incluyó, en el párrafo primero del apartado B del nuevo artículo 2o. de la Constitución, no sólo la promoción de la “igualdad de oportunidades de los indígenas” sino también la eliminación de “cualquier práctica discriminatoria”. Para tales efectos se constituyó la Comisión Nacional de los Pueblos Indígenas, a partir de la publicación en el *Diario Oficial de la Federación*, el 21 de mayo de 2003, de la *Ley de la Comisión Nacional para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas*, en vigor desde el 5 de julio de ese mismo año.

Origen nacional: desde hace muchos años los jueces de distrito y magistrados de circuito conceden la protección de la justicia federal a los extranjeros que se amparan en contra de la *Ley Reglamentaria del artículo 5o. constitucional, relativo al ejercicio de las profesiones en el Distrito Federal*, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 26 de mayo de 1945 y en vigor desde el día siguiente, por violar las garantía genérica de igualdad y la libertad de profesión contenidas en los numerales 1o. y 5o. de la Constitución.³⁸

Género: en reformas recientes a la *Ley del Instituto de Seguridad Social para las Fuerzas Armadas*, a la *Ley del Instituto de Seguridad y Ser-*

³⁸ En una de las sesiones recientes del Consejo Universitario de la Universidad Nacional Autónoma de México, a saber la del 5 de julio de 2005, éste aprobó una serie de modificaciones a la legislación universitaria para garantizar que los extranjeros puedan acceder a ciertos cargos y puestos en igualdad de condiciones con los nacionales sin ser discriminados por su origen.

vicios Sociales de los Trabajadores del Estado y a la *Ley del Seguro Social* se ha reconocido expresamente que los beneficiarios o familiares derechohabientes pueden ser entre otros tanto la esposa o el esposo como la concubina o el concubinario —artículos 4o., 24, y 5o. A, respectivamente—. Sin embargo, en la fracción V del artículo 5o. de la Ley del ISSSTE subsiste un caso de discriminación que habría que reformar: al definir los familiares derechohabientes se reconoce como tales a la esposa y a la concubina del trabajador o pensionista sin ninguna otra condición mientras que al esposo o concubinario de la trabajadora o pensionista se le requiere ser “mayor a 55 años de edad; o esté incapacitado física o psíquicamente y dependa económicamente de ella”.³⁹

Edad: si bien para ser ciudadano y poder votar en las elecciones se debe haber cumplido 18 años, o para ser electo o nombrado para ciertos cargos o puestos se debe tener determinada edad, hay muchas otras condiciones que requieren haber cumplido o no una cierta edad que resultan ser muy cuestionables. Por ejemplo, cuando el ingreso a programas educativos y becas está condicionado a haber o no cumplido una edad determinada. Tampoco sería difícil imaginar que personas son discriminadas laboralmente por razones de su edad. Ciertamente, en México, a nivel federal, la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, la Procuraduría Federal de la Defensa del Trabajo, y el Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación tendrían atribuciones para velar por los intereses de los trabajadores para que no sean discriminadas laboralmente por razones de su edad.

Capacidades diferentes: no es complicado imaginar situaciones en que las personas con capacidades diferentes son discriminadas laboralmente, al no querer emplearlas o una vez empleadas pretender pagarles menos por el mismo trabajo realizado. De hecho, las citadas Comisión Nacional de los Derechos Humanos, Procuraduría Federal de la Defensa del Trabajo, y Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación tendrían atribuciones también para velar por los intereses de estas personas para que no sean discriminadas en su lugar de trabajo.

³⁹ En una de las sesiones recientes del Consejo Universitario de la Universidad Nacional Autónoma de México, a la sazón la del 31 de marzo de 2005, éste aprobó una serie de modificaciones a la legislación universitaria para garantizar que las mujeres puedan acceder también a ciertos cargos y puestos en igualdad de condiciones con los hombres sin ser discriminadas por su género.

Condición social: la Suprema Corte de Justicia de la Nación al conocer de las Acciones de Inconstitucionalidad 14/2004, y sus acumuladas 15/2004 y 16/2004, consideró por una mayoría de seis votos contra cuatro que lo operante era declarar la invalidez de la fracción I del artículo 28 de la Ley Electoral de Quintana Roo por ser contraria a la fracción II del artículo 116 de la Constitución Federal, al requerir que al establecer los distritos electorales se tomaran en cuenta además del criterio poblacional, *i.e.* la densidad de población, “... las condiciones geográficas y las circunstancias socio-económicas prevaecientes de las distintas regiones de la entidad”.⁴⁰

Condiciones de salud: tampoco sería un problema pensar que personas enfermas —*v. gr.* de VIH-SIDA— sean discriminadas laboralmente, ya sea al no ser contratadas, ni promovidas, o bien al ser despedidas injustificadamente, y peor aún al negarles el acceso a servicios de salud. Además de las ya citadas Comisión Nacional de los Derechos Humanos, Procuraduría Federal de la Defensa del Trabajo, y Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación que tienen atribuciones para velar por los intereses de las personas enfermas para que no sean discriminadas en su lugar de trabajo, en México, a nivel federal, el Instituto Nacional de Salud Pública actualmente desarrolla acciones para garantizar su acceso a los servicios de salud.

Religión: si bien la carta magna garantiza en su artículo 24 la libertad de creencias religiosas, subsiste la posibilidad de que las personas sean discriminadas por su religión ya sea en la comunidad, la escuela o en el trabajo. De hecho, hace poco, en un diario, apareció una nota periodística intitulada “Encierran en sus casas a cuatro familias de Oaxaca”. Si de por sí estar encerrado con candado y cadenas en sus propios domicilios —por orden de la autoridad municipal del poblado indígena de San Juan Bosco Chuxnaban, demarcación localizada en el corazón de la región Mixe, a casi más de 230 kilómetros de la ciudad de Oaxaca— ya es una

⁴⁰ Como la declaración de invalidez no alcanzó la votación calificada de ocho votos, a que se refiere el artículo 72 de la Ley Reglamentaria de las fracciones I y II del artículo 105 Constitucional, se desestimó la acción de inconstitucionalidad. No obstante, uno de los ministros hizo una atenta exhortación a los legisladores del Estado de Quintana Roo “para que se abstengan de aplicar los artículos 53 de la Constitución Política de ese Estado, y 28, fracción I, de la Ley Electoral de Quintana Roo... por ser contrarios al artículo 116, fracción II de la Constitución Federal” y aunque no se dice nada al respecto se podría razonar que dichos numerales son además contrarios al artículo 1o. de la Constitución Federal.

cosa muy grave, todavía lo es más porque se trataba de familias que profesan una religión distinta a la católica y porque el encierro fue ordenado por la asamblea comunitaria como sanción ante la actitud de rebeldía de estas familias hacia la comunidad.⁴¹

Opiniones: también la ley suprema garantiza en su artículo 60. la libertad de expresión, *i.e.* la manifestación de las ideas, subsiste la posibilidad de que las personas sean discriminadas por sus opiniones o que sean discriminados para emitirlos. Aunque el propio artículo 33 constitucional establece que los extranjeros “Tienen derecho a las garantías que otorga el capítulo I, título primero, de la presente Constitución”, además estipula que “Los extranjeros no podrán de ninguna manera inmiscuirse en los asuntos políticos del país” con lo cual más que ser discriminados por sus opiniones, de plano no se les permite formularlas en materia política.

Preferencias: no es difícil presuponer que por sus preferencias sexuales las personas sean discriminadas laboralmente, ya sea al no ser contratadas, ni promovidas, o bien al ser despedidas injustificadamente, o discriminadas en cualquier otro ámbito, por ejemplo, al solicitar un préstamo o en la adjudicación de una vivienda. Es más, recientemente, el 10 de mayo de 2005, una persona presentó ante el Juzgado Trigésimo Civil en el Distrito Federal una demanda por daño moral en contra de la compañía de refrescos más importante en el país por haber sido discriminado y despedido por su orientación homosexual.⁴²

Estado civil: tampoco sería problemático suponer que por su estado civil, ya sea por estar casado(a) o soltero(a) las personas sean discriminadas laboralmente, ya sea al no ser contratadas, ni promovidas, o al ser despedidas injustificadamente, o bien discriminadas en cualquier otro ámbito, por ejemplo, al solicitar un préstamo o en la adjudicación de una vivienda.

Cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas: el listado anterior es ilustrativo e indicativo de los posibles tipos de discriminación, pero no limitativo. Por ello, hay que estar atentos a las nuevas formas de discriminación que pudieran aparecer que atenten contra la dignidad humana o tengan por objeto menoscabar los derechos y la liber-

⁴¹ “Encierran en sus casas a cuatro familias de Oaxaca”, *Milenio. Diario*, 27 de octubre de 2005, p. 20. Véase en línea <http://www.milenio.com/mexico/nota.asp?id=47279>.

⁴² Véase en línea <http://saiverdayari.blogspot.com/2005/09/gay-mexicano-demanda-coca-cola-por.html>; y <http://www.eluniversal.com.mx/grafico/41305.html>.

tades de las personas, como sería el caso de utilizar la información genética de una persona para discriminarla laboralmente o bien para negarle un seguro precisamente para aquellas enfermedades para las cuales tiene una mayor propensión.⁴³

Constitucionalidad o no del artículo 68 de la Ley General de Población: Amparo en revisión 543/2003.

1. *Antecedentes*

Un nacional y una extranjera —a los que llamaremos *Patrius* y *Peregrina*, respectivamente— interpusieron una demanda de amparo el 24 de julio de 2002 en contra de las *autoridades responsables* de la aprobación, sanción, promulgación, publicación, y refrendo de la Ley General de Población y más concretamente de los artículos 67 y 68, así como de la resolución fechada el 3 de julio de ese mismo año, la cual constituye el primer acto de aplicación de la misma en su perjuicio como *leyes o actos reclamados*. De igual forma, invocaron como garantía violada la consagrada en el artículo 1o. de la Constitución, porque el Juez del Registro Civil se negó a celebrar el matrimonio porque los solicitantes no exhibieron la “autorización” que para tal efecto debe otorgar la Secretaría de Gobernación, por conducto del Instituto Nacional de Migración, de acuerdo con la Ley General de Población.

Antes de continuar es conveniente reproducir los artículos impugnados:

Artículo 67. Las autoridades de la República, sean federales, locales o municipales, así como los notarios públicos, los que sustituyan a éstos o hagan sus veces y los corredores de comercio, están obligados a exigir a los extranjeros que tramiten ante ellos asuntos de su competencia, que previamente les comprueben su legal estancia en el país, y que en los casos que establezca el reglamento, acrediten que su condición y calidad migratoria les permiten realizar el acto o contrato de que se trate, o en su defecto, el permiso especial de la Secretaría de Gobernación. En los casos que señale el reglamento, darán aviso a la expresada Secretaría en un plazo no mayor de quince días, a partir del acto o contrato celebrado ante ellas.

⁴³ Flores, Imer B., “Derecho y genética: Algunas consideraciones éticas y jurídicas sobre el proyecto del genoma humano”, AA.VV., *Memoria del Primer Congreso Nacional de Bioética*, México, Comisión Nacional de Bioética y Academia Nacional Mexicana de Bioética, 1998, pp. 278-290.

Artículo 68. Los jueces u oficiales del Registro Civil no celebrarán ningún acto en que intervenga algún extranjero, sin la comprobación previa, por parte de éste, de su legal estancia en el país, excepto los registros de nacimiento en tiempo, y de defunción, en los términos que establezca el Reglamento de esta Ley. Tratándose de matrimonios de extranjeros con mexicanos, deberán exigir además la autorización de la Secretaría de Gobernación.

En todos los casos deberán asentarse las comprobaciones a que se refiere este artículo y darse aviso a la Secretaría de Gobernación del acto celebrado.

Los matrimonios y divorcios entre mexicanos y extranjeros se inscribirán en el Registro Nacional de Extranjeros, dentro de los treinta días siguientes a su realización.

Ahora bien, el juez cuarto de distrito en materia administrativa en el Distrito Federal, a quien por razón de turno le tocó conocer el asunto: primero, admitió la demanda el 26 de julio de 2002; después, en la audiencia constitucional del 9 de septiembre de dicho año dictó sentencia de amparo; y, finalmente, la engrosó el 22 de octubre, misma que concluye con un punto resolutivo único en la negación del amparo y de la protección de la justicia federal a *Patrius* y *Peregrina* por lo expuesto en su considerando cuarto, como veremos en el próximo apartado.

Los quejosos —*Patrius* y *Peregrina*— inconformes con la sentencia dictada interpusieron el recurso de revisión. El Sexto Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito, al cual por turno le tocó conocer el caso: admitió el recurso de revisión y lo registro como R. A. 409/2002; ordenó correr traslado al Ministerio Público Federal; y, resolvió el 5 de marzo de 2003: primero, sobreseer el juicio de garantías por lo que hace al presidente de la República; y segundo, dejar a salvo la jurisdicción de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, y remitir los autos a ésta.

La Suprema Corte de Justicia, primero, asumió el 19 de marzo de 2003 la competencia originaria para conocer del recurso interpuesto, el cual fue registrado como amparo en revisión 543/2003; después, ordenó el 10 de abril de ese mismo año turnar el asunto;⁴⁴ luego, previo dictamen del mi-

⁴⁴ En el ínterin el Agente del Ministerio Público de la adscripción formuló pedimento número VI-38/2003, en el sentido de considerar inoperantes e infundados los agravios y confirmar la sentencia recurrida.

nistro ponente, ordenó el 26 de agosto radicar el caso en la Primer Sala; más adelante, el asunto fue listado para su discusión y resolución en las sesiones del 24 de septiembre de 2003 y del 7 de enero de 2004, en esta última fecha se acordó su retiro para remitirlo al Tribunal Pleno. Finalmente, en la sesión del 20 de abril de ese mismo año, por una mayoría de cinco votos contra cuatro, al encontrarse un ministro de licencia y otro ausente, la Suprema Corte resolvió: primero, modificar la sentencia recurrida; segundo, sobreseer el juicio respecto del artículo 67 de la Ley General de Población; y, tercero, negar el amparo y la protección de la Justicia Federal en contra del artículo 68 de la Ley citada.

2. Argumentos del juez cuarto de distrito en materia administrativa

El juez cuarto de distrito al no advertir diversa causal de improcedencia que se actualizara ni que las partes hicieran valer procedió al análisis de los conceptos de violación. Al respecto, en su considerando cuarto, recuerda que los solicitantes de amparo aducen básicamente que los artículos 67 y 68 de la Ley General de Población son transgresores del principio de igualdad consagrado en el artículo 1o. de la Constitución federal al establecer que los extranjeros para contraer matrimonio deberán contar con “autorización” de la Secretaría de Gobernación, lo cual no sucede en el caso de los nacionales.

Después de transcribir los artículos impugnados, así como el primer párrafo del artículo 1o. constitucional, advierte que para poder atender el concepto de inconstitucionalidad era necesario aludir a una tesis de la Primera Sala de la Suprema Corte:⁴⁵

IGUALDAD. LÍMITES A ESTE PRINCIPIO. La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establece que todos los hombres son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacionalidad, raza, sexo, religión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social, de manera que los poderes públicos han de tener en cuenta que los particulares que se encuentren en la misma situación deben ser tratados igualmente, sin privilegio ni favor. Así, el principio de igualdad se configura como uno de los valores superiores del orden jurídico, lo que significa que ha de servir de criterio básico para la produc-

⁴⁵ *Seminario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 1a. C/2001, México, diciembre, 2001, 9a., t. XIV, 192. (El énfasis es original).

ción normativa y su posterior interpretación y aplicación, y si bien es cierto que el verdadero sentido de la igualdad es colocar a los particulares en condiciones de poder acceder a derechos reconocidos constitucionalmente, lo que implica eliminar situaciones de desigualdad manifiesta, ello no significa que todos los individuos deban ser iguales en todo, ya que si la propia Constitución protege la propiedad privada, la libertad económica y otros derechos patrimoniales, está aceptando implícitamente la existencia de desigualdades materiales y económicas; es decir, el principio de igualdad no implica que todos los sujetos de la norma se encuentren siempre, en todo momento y ante cualquier circunstancia, en condiciones de absoluta igualdad, sino que dicho principio se refiere a la igualdad jurídica, que debe traducirse en la seguridad de no tener que soportar un perjuicio (o privarse de un beneficio) desigual e injustificado. En estas condiciones, el valor superior que persigue este principio consiste en evitar que existan normas que, llamadas a proyectarse sobre situaciones de igualdad de hecho, produzcan como efecto de su aplicación la ruptura de esa igualdad al generar un trato discriminatorio entre situaciones análogas, o bien, propicien efectos semejantes sobre personas que se encuentran en situaciones dispares, lo que se traduce en desigualdad jurídica.

Amparo en revisión 1174/99. Embarcadero Ixtapa, S.A. de C.V. 17 de abril de 2001. Cinco votos. Ponente: Juan N. Silva Meza. Secretario: Pedro Arroyo Soto.

Así, el juez cuarto, con base en este criterio, afirma que la finalidad del concepto de igualdad jurídica es que todos aquellos sujetos que se encuentren en circunstancias idénticas ante la norma no tengan que soportar un perjuicio desigual e injustificado. De lo anterior resulta, que todos aquellos gobernados que satisfacen con absoluta igualdad las condiciones que la propia ley señala, serán iguales ante ésta, lo que se traduce en el derecho de todos los gobernados de recibir el mismo trato que quienes se ubican en similar situación de hecho.

A continuación alude al hecho de que los quejosos aducían como inconstitucional la condición establecida en los artículos impugnados, la cual exige a los extranjeros que pretenden contraer matrimonio con un nacional obtener la “autorización” que al efecto debe otorgar la Secretaría de Gobernación, a fin de corroborar que el extranjero puede celebrar tal acto, toda vez que la consideraban como violatoria de la garantía de igualdad prevista en la Constitución federal, al no requerir la misma condición a los nacionales que pretenden contraer matrimonio entre sí.

Un poco más adelante alega que la condición no es violatoria de la garantía de igualdad porque el extranjero que quiere contraer matrimonio con un nacional no se encuentra en una circunstancia idéntica a la de los nacionales que pretenden hacerlo y para ello cita primero el artículo 33 constitucional:

Son extranjeros los que no posean las calidades determinadas en el artículo 30. Tienen derecho a las garantías que otorga el capítulo I, título primero, de la presente Constitución; pero el Ejecutivo de la Unión tendrá la facultad exclusiva de hacer abandonar el territorio nacional, inmediatamente y sin necesidad de juicio previo, a todo extranjero cuya permanencia juzgue inconveniente.

Los extranjeros no podrán de ninguna manera inmiscuirse en los asuntos políticos del país.

Y, después el artículo 30:

La nacionalidad mexicana se adquiere por nacimiento o por naturalización.

A) Son mexicanos por nacimiento:

I. Los que nazcan en territorio de la República, sea cual fuere la nacionalidad de sus padres.

II. Los que nazcan en el extranjero, hijos de padres mexicanos nacidos en territorio nacional, de padre mexicano nacido en territorio nacional, o de madre mexicana nacida en territorio nacional;

III. Los que nazcan en el extranjero, hijos de padres mexicanos por naturalización, de padre mexicano por naturalización, o de madre mexicana por naturalización; y,

IV. Los que nazcan a bordo de embarcaciones o aeronaves mexicanas, sean de guerra o mercantes.

B). Son mexicanos por naturalización:

I. Los extranjeros que obtengan de la Secretaría de Relaciones carta de naturalización.

II. La mujer o el varón extranjeros que contraigan matrimonio con varón o con mujer mexicanos, que tengan o establezcan su domicilio dentro del territorio nacional y cumplan con los demás requisitos que al efecto señale la ley.

Al punto que el Juez de Distrito argumenta que no existe igualdad de condiciones entre los dos nacionales que pretenden contraer matrimonio

y el extranjero que pretende hacerlo con un nacional, pues la misma condición de extranjería de aquél lo sujeta a reglas que implican:

El sometimiento al control y vigilancia por parte del Estado, la cual aceptaron al introducirse en el territorio nacional, situación que de ninguna forma implica una violación al derecho que dicha persona tienen de gozar de las garantías individuales que goza un nacional, sino que constituye el sometimiento a una regulación distinta, pero con respeto a dichas garantías.

De lo anterior resulta que existe una diferencia entre el matrimonio que se pretende celebrar por los quejosos y aquel que se celebra entre nacionales, dada la calidad migratoria de los primeros, por lo que la condición que se establece en la ley reclamada para la celebración del matrimonio con un extranjero no es transgresora del principio de igualdad, en comparación con los nacionales, en mérito de que se trata de situaciones distintas.

Es más, asegura que al celebrar el matrimonio no solamente se cambia el estado civil de una persona sino que en el caso de un extranjero además se puede provocar un cambio en su calidad migratoria. Por esta razón considera que si el “Estado tienen la facultad de conceder o negar la entrada al país de los extranjeros y por ende es quien otorga las calidades migratorias de que éstos gozan”, para que se pueda alterar dicha calidad migratoria —con motivo de un matrimonio— es necesario tener la “avenencia de la autoridad migratoria, ya que fue ella la misma quien permitió su internación al territorio nacional y otorgó (al extranjero) la calidad de inmigrante”.

Por ello, concluye “no se estima contraria al Pacto Federal, la condición que establecen los artículos que se impugnan”. No obstante, para reforzar el punto asevera “la referida autorización de ninguna forma constituye una prohibición para realizar el acto jurídico que se pretende, en este caso el matrimonio, sino es una medida de control en materia migratoria, específicamente relacionada con la estancia de los extranjeros”. Así, apunta:

No existe trasgresión a la garantía de igualdad a que alude el quejoso, en cuanto a que los artículos impugnados establecen que para contraer matrimonio un extranjero con nacional se deba recabar la constancia de la autoridad correspondiente, lo que no sucede en caso de nacionales, pues evidentemente se esta (*sic*) ante supuestos distintos y además porque la celebración del matrimonio puede influir en un cambio en la calidad migratoria del

gobernado, situación que constitucionalmente le compete determinar a la propia autoridad.

Así mismo, asienta “tampoco existe trasgresión a la garantía de igualdad... en cuanto a que al no establecer la propia Constitución que los extranjeros para contraer matrimonio con nacional deben contar con la autorización” a que se refieren los artículos impugnados de la Ley General de Población, puesto que la misma Constitución, en su artículo 30, estipula que mediante el matrimonio de un extranjero con un nacional, aquél puede adquirir la nacionalidad mexicana por naturalización al cumplir “con los demás requisitos que al efecto señale la ley”.

En consecuencia, el juez cuarto de distrito resuelve:

al ser infundados los conceptos de violación aducidos por la parte quejosa, procede negar el amparo y protección de la Justicia Federal solicitados, respecto de los artículos 67 y 68 de la Ley General de Población, mismo que se hace extensivo a los actos de aplicación, al no impugnarse por vicios propios.

3. *Contraargumentos de los recurrentes: Patrius y Peregrina*

A partir de los agravios y de la síntesis que de los mismos realizó el ministro ponente podemos afirmar que los contraargumentos de los recurrentes relevantes para el fondo del asunto son básicamente dos:

a) Aplicación indebida de los artículos 67 y 68 de la Ley General de Población, a partir de una incorrecta interpretación del artículo 33 constitucional, por parte del juez de distrito y, con anterioridad, del juez del Registro Civil, la cual no sólo conculca en su perjuicio la garantía genérica de igualdad contenida en el artículo 1o. de la Constitución Federal sino también es discriminatoria, al requerir que los extranjeros para contraer matrimonio con los nacionales deban contar con la “autorización” previa de la Secretaría de Gobernación, lo cual no sucede en el caso de los matrimonios entre nacionales o entre extranjeros; y

b) Regulación excesiva de la vida privada hasta el extremo de que sea la autoridad la que determine si hay “autorización” o no para celebrar un negocio jurídico de la naturaleza del matrimonio, con lo cual se podría llegar al absurdo de que la voluntad de los contrayentes se viera frustrada por una negativa de la autoridad migratoria, para realizar un acto de naturaleza eminentemente personal y privada.

4. *Considerandos y resolutivos de la Suprema Corte de Justicia de la Nación*

El Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en sus considerandos: primero, se declaró competente para conocer del recurso de revisión; segundo, reprodujo los agravios expresados por el quejoso; tercero, reseñó los antecedentes del acto reclamado y sintetizó los agravios; cuarto, precisó, después de citar los dos artículos impugnados, que en realidad se impugna la constitucionalidad del segundo, a saber el 68 de la Ley General de Población; y, quinto, procedió a analizar la constitucionalidad del mismo.

Por una parte, en el considerando cuarto, la Suprema Corte anota que el artículo 67 impugnado establece el *requisito genérico* de contar con el *permiso especial* de la Secretaría de Gobernación, para realizar algún acto o contrato ante cualquier autoridad del país, cuando los extranjeros no acrediten que su condición y calidad migratoria les permite celebrar el acto o contrato de que se trate. En cambio, el artículo 68 reclamado estipula el *requisito específico* de contar con la *autorización* de la Secretaría de Gobernación para el caso de matrimonio de extranjeros con mexicanos.

En el caso concreto lo que es tildado de inconstitucional es el requisito específico, es decir la “autorización” para celebrar un matrimonio, y no el requisito genérico, esto es el permiso especial para realizar algún acto o contrato. En consecuencia, se actualiza la causa de improcedencia prevista en la fracción V del artículo 73 de la Ley de Amparo, respecto al artículo 67 de la Ley General de Población, ya que tal precepto aunque fue citado en la resolución del Juez del Registro Civil que contienen la negativa a celebrar el matrimonio no fue aplicado ni afecta el interés jurídico de los quejosos. Por lo cual, sobre este punto, procede sobreseer con fundamento en la fracción III del artículo 74 de la Ley de Amparo, y en apoyo a lo anterior cita la tesis “LEYES HETEROAPLICATIVAS, AMPARO CONTRA. PARA QUE SE DEMUESTRE QUE SE APLICARON NO BASTA QUE SE CITEN LAS NORMAS RECLAMADAS, SINO QUE ES NECESARIO QUE SE ACTUALICEN LOS SUPUESTOS PREVISTOS EN ELLAS”.⁴⁶

Por otra parte, en el considerando quinto, la Corte apunta, al analizar la constitucionalidad del artículo 68 de la Ley General de Población, que

⁴⁶ *Seminario Judicial de la Federación y su Gaceta*, p. LXVII/96, México, mayo, 1996, 9a., t. III, p. 113.

los jueces u oficiales del Registro Civil para poder celebrar actos en los que intervengan extranjeros deberán exigir de éstos: 1) la *comprobación* previa de su legal estancia en el país, con excepción de los registros de nacimiento en tiempo y de defunción; y 2) la *autorización* de la Secretaría de Gobernación, en el caso de matrimonios con mexicanos.

Es este último requisito el que los quejosos impugnan de inconstitucional por estimar que viola el principio de igualdad consagrado en el artículo 1o. de la Constitución federal. Al respecto argumentan que la disposición reclamada no trata igual a los iguales y exige requisitos mayores de los previstos en el Código Civil para el Distrito Federal, que establece como únicos requisitos el consentimiento y la edad núbil.

Por un lado, después de invocar el artículo 1o. de la Constitución Federal y la tesis, ya citada IGUALDAD. LÍMITES A ESTE PRINCIPIO,⁴⁷ donde la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha determinado el alcance de la garantía de igualdad contenida en dicho precepto constitucional, señala que se debe poner de manifiesto que:

El principio de igualdad es uno de los valores superiores del ordenamiento jurídico mexicano, que sirve de criterio básico para la producción normativa a cargo del legislador y de la posterior interpretación y aplicación de las disposiciones legales, para que con base en dicho principio, los poderes públicos tengan en cuenta que los particulares que se encuentren en igual situación de hecho, deben ser tratados de la misma manera, lo que a su vez implica que quienes se encuentren en una situación jurídica distinta, no pueden ser tratados de igual modo.

Por lo tanto, debe entenderse que el principio de igualdad busca colocar a los particulares en condiciones de tener acceso a los derechos constitucionalmente protegidos, pero ello no significa que todos los individuos deban ser iguales en todo, ya que si la propia Constitución Federal protege la propiedad privada, la libertad económica y otros derechos patrimoniales, al mismo tiempo está reconociendo la existencia de desigualdades económicas, materiales o de otra índole, que conducen a aceptar que no puede ser absoluta e ilimitada.

En pocas palabras, el principio de igualdad no implica que todos los sujetos de la norma se encuentren siempre, en todo momento y ante cualquier circunstancia, en condiciones de absoluta igualdad, sino que debe entenderse que dicho principio se refiere a la igualdad jurídica, la cual

⁴⁷ *Supra* IV. 2. B.

“debe traducirse en la seguridad de no tener que soportar un perjuicio o privarse de un beneficio, sin una justificación objetiva y razonable”.

Por lo tanto, debe concluirse que no toda desigualdad de trato ante la ley, implica vulnerar la garantía de igualdad, ya que ésta exige que a iguales supuestos de hecho se asignen iguales consecuencias jurídicas, pero no prohíbe al legislador establecer una desigualdad de trato, sino sólo aquellas desigualdades que resulten artificiosas o injustificadas.

Por otro lado, respecto a lo que debemos entender por la “autorización”, a la que alude el precepto reclamado, para la Corte es un acto de autoridad que tiene por objeto levantar o remover un obstáculo jurídico establecido por el legislador en la norma legal, por razones de interés público, para poder ejercer el derecho correspondiente.⁴⁸ No obstante, los quejosos aducen que dicha “autorización” viola la garantía de igualdad al establecer un requisito más para el extranjero que pretende contraer matrimonio con un nacional. En pocas palabras:

El principio de igualdad no implica que todos los sujetos de la norma se encuentren siempre, en todo momento y ante cualquier circunstancia, en condiciones de absoluta igualdad, sino que dicho principio se refiere a la igualdad jurídica, que debe traducirse en la seguridad de no tener que soportar un perjuicio o privarse de un beneficio, sin una justificación razonable y objetiva; por lo que no toda desigualdad de trato ante la ley, implica vulnerar la garantía de igualdad, ya que ésta exige que a iguales supuestos de hecho se asignen iguales consecuencias jurídicas, pero no prohíbe al legislador establecer una desigualdad de trato, sino sólo aquellas que resulten artificiosas e injustificadas, es decir, que a situaciones jurídicas diversas deberá corresponder un tratamiento diferente.

Después de transcribir los artículos 30 y 33 constitucionales, concluye que el propio Constituyente estableció el distingo al determinar de un lado la calidad de mexicano y del otro la de extranjero “Por lo tanto, si la igualdad consiste en que a igual situación de hecho debe corresponder igual trato, y viceversa, a situaciones dispares debe corresponder un trato diferente, se concluye que en el caso a estudio no existe violación a la garantía de igualdad”. Al respecto, concluye:

⁴⁸ Sobre la naturaleza de la “autorización”, nos pronunciaremos un poco más adelante: *Infra* IV, 2. F.

Aunque es cierto que el artículo reclamado introduce un trato diferenciado para los extranjeros, ello obedece a que la norma está llamada a proyectarse sobre situaciones jurídicas desiguales de hecho, pues desde el punto de vista jurídico existe diferencia entre un nacional y un extranjero, por ende es lógico que ante una diversa situación jurídica corresponda un diferente tratamiento; es decir, si uno de los sujetos a quien está dirigida la norma no cuenta con la calidad de mexicano, no es jurídicamente factible que se le trate como tal.

Lo anterior es así pues si se colocara en pie de absoluta igualdad a los extranjeros y a los nacionales, la distinción prevista en los artículos 30 y 33 no tendría razón de ser, de donde se sigue que la desigualdad de trato establecida por el artículo 68 de la Ley General de Población, no es artificiosa ni arbitraria, pues esa diferencia proviene directamente del texto constitucional.

Una vez realizadas todas estas consideraciones, la Suprema Corte por una mayoría de cinco votos contra cuatro resolvió que dicho artículo no vulnera la garantía de igualdad y que consecuentemente resultan infundados los agravios de los recurrentes. Así, en sus resolutivos: primero, modifica la sentencia recurrida; segundo, sobresee el juicio respecto del artículo 67 de la Ley General de Población; y, tercero, no ampara ni protege a los recurrentes respecto de los actos y autoridades, consistentes en la expedición y aplicación del artículo 68 de la Ley General de Población.

5. *Voto de la minoría*⁴⁹

El voto de la minoría de los cuatro ministros cuenta con un párrafo, el cual sirve de preámbulo para adelantar que discrepan con el “sentido de la sentencia aprobada con los votos de la mayoría, y de los argumentos en los que se fundamenta” porque en su opinión al Pleno “le correspondía... conceder el amparo a los quejosos contra la aplicación del artículo 68 de la Ley General de Población”,⁵⁰ y seis apartados donde exponen sus consideraciones.

En el primero, insisten que “el principio de igualdad se configura en nuestra Constitución Federal como uno de los principios estructurales del

⁴⁹ El voto de la minoría apareció publicado como: Sergio Salvador Aguirre Anguiano *et al.*, “Igualdad y discriminación en México. Un análisis constitucional”, *Este País*, núm. 163, octubre, 2004, pp. 36-44.

⁵⁰ *Ibidem.*, p. 36.

orden jurídico”. Después de mencionar algunas de las referencias al principio de igualdad en nuestro ordenamiento jurídico, así como de aclarar que la enumeración no es exhaustiva sino ejemplificativa, concluye:⁵¹

La igualdad es un principio complejo que otorga a las personas no solamente la garantía de que serán iguales ante la ley —esto es, en su condición de destinatarios de las normas y de usuarios del sistema de administración de justicia— sino también en la ley —esto es, en relación con el contenido de la ley—, la cual tendrá que ajustarse a las disposiciones constitucionales sobre igualdad para ser constitucional.

Aun cuando caen en el error de entender el principio de igualdad como el “principio que exige tratar igual a los iguales y desigual a los desiguales”, el cual corresponde como ya vimos más bien al principio aristotélico de justicia, afirman que a pesar de estar prohibida la discriminación, no toda diferenciación o distinción es negativa e injustificada. De hecho, “en algunas ocasiones hacer distinciones estará vedado, pero en otras estará permitido, o incluso constitucionalmente exigido”.⁵²

En el segundo, asientan que es necesario explicitar con base en qué criterios y con qué fines debe considerarse iguales o desiguales dos o más situaciones, para precisar la diferencia entre las distinciones que son constitucionalmente legítimas y las ilegítimas que caen dentro de la prohibición de discriminación. Para ello, es necesario analizar si la distinción descansa en una base objetiva y razonable o si, por el contrario, constituye una discriminación.

Por ende, debemos examinar: en primera instancia, “si la distinción introducida por el legislador obedece a una *finalidad objetiva y constitucionalmente válida*”; en segundo lugar, “la *racionalidad o adecuación* de la distinción introducida por el legislador”, es decir que la distinción “constituya un medio apto para conducir al fin u objetivo que el legislador quiere alcanzar”; y, en tercer término, “debe cumplirse el requisito de la *proporcionalidad* de la medida legislativa”, esto es que el legislador “debe cuidar que exista un adecuado balance entre el trato desigual que se otorga y la finalidad perseguida”.⁵³ En otras palabras, el hecho de que esté prohibida la discriminación no implica que al legislador le esté vedado

⁵¹ *Idem.*

⁵² *Idem.*

⁵³ *Ibidem*, p. 37. (El énfasis es original).

formular distinciones, siempre y cuando cuente con una justificación objetiva y razonable.

En el tercero, aseveran que la pregunta a resolver era:

¿tiene o no un fundamento objetivo y razonable que la Ley General de Población exija la autorización previa de la Secretaría de Gobernación en el caso de los matrimonios entre un ciudadano mexicano y una persona extranjera, misma que no se exige cuando los contrayentes gozan los dos de nacionalidad mexicana o de nacionalidad extranjera?⁵⁴

Cabe adelantar que para ellos la respuesta es negativa y, en consecuencia, que el artículo en cuestión es inconstitucional y que se debería haber amparado a los dolientes: *Patrius y Peregrina*.

En el cuarto, alegan que el artículo 68 establece una distinción entre dos grupos de matrimonios: aquellos en los cuales los contrayentes son ambos mexicanos o ambos extranjeros, por un lado, y los matrimonios en los que uno de los contrayentes es mexicano y el otro extranjero, por el otro. Es más, los funcionarios del Registro Civil tienen el deber de exigir, al último grupo de matrimonios, la “autorización” de la Secretaría de Gobernación como requisito previo a la celebración del matrimonio “requisito que no se exige cuando los contrayentes son ambos mexicanos o ambos extranjeros, y que se adiciona a la obligación de dichos funcionarios de comprobar la legal estancia en el país de las personas extranjeras”.⁵⁵

Aunado a lo anterior, argumentan que si bien la Constitución no reconoce de manera explícita el derecho a casarse como un derecho fundamental, si lo hace de modo implícito al afirmar en el artículo 4o. “El varón y la mujer son iguales ante la ley. Ésta protegerá la organización y el desarrollo de la familia”. En pocas palabras, además de que la diferenciación legislativa está basada en uno de los motivos prohibidos de la discriminación, a saber el origen nacional, violenta un ámbito estrechamente vinculado con la dignidad humana al afectar la esfera de la más íntima individualidad de las personas.

En el quinto, analizan si la distinción está justificada al examinar uno a uno los criterios de objetividad, racionalidad y proporcionalidad:

a) Para contestar cuál era la finalidad objetiva recurrieron a la exposición de motivos para concluir que la “autorización” tiene por objeto “im-

⁵⁴ *Ibidem*, p. 38.

⁵⁵ *Ibidem*, p. 39.

pedir que personas de mala voluntad o, simplemente, personas no movidas por el deseo de contribuir al esfuerzo por el desarrollo del país y deseosas de compartir experiencias, instituciones y propósitos con los mexicanos, utilicen el matrimonio con un mexicano como medio para adquirir la nacionalidad mexicana”.⁵⁶ No convencidos se cuestionaron si este era un objetivo constitucionalmente importante al grado de permitir la restricción de un derecho fundamental, pero al final de cuentas admitieron:⁵⁷

El interés del Estado por monitorear de algún modo a las personas que adquieran la nacionalidad mexicana, la cual les permitirá, entre otras cosas, ejercer derechos políticos, ocupar ciertos cargos reservados por la Constitución y las leyes a los mexicanos y salir del ámbito de aplicación de las medidas que pueden adoptarse contra los extranjeros perniciosos, es constitucionalmente válido. Las medidas gubernamentales encaminadas a impedir que personas no movidas por el deseo de contribuir al desarrollo del país y de compartir experiencias y propósitos con los mexicanos, adquieran la nacionalidad mexicana por la vía del matrimonio es, a la luz de lo dispuesto en los artículos citados, un objetivo que goza de apoyo constitucional.

b) Al responder a la pregunta de si la distinción está racionalmente vinculada con los fines constitucionalmente válidos, consideran que tal conexión no se produce. En primerísimo lugar, advierten que el matrimonio con mexicano no es una condición necesaria ni suficiente para adquirir la nacionalidad mexicana, pues ésta puede adquirirse por otros medios que no tienen nada que ver con el matrimonio con un ciudadano mexicano. Además, sostienen que la introducción de este requisito no garantiza que se cumpla con tales fines, al grado que su efectividad es muy dudosa, sobre todo si se toma en consideración que la distinción es sospechosa de por sí y aún más al incidir “en el ejercicio de derechos vitales para las personas”.⁵⁸

c) Si de por sí, la falta de adecuación o eficacia les parece suficiente, estudian la proporcionalidad y concluyen que ésta también falta: en primera instancia, se impone una limitación muy grave a un derecho fundamental pero dicha restricción es irrelevante para el fin apetecido, porque “muchas

⁵⁶ *Ibidem*, p. 40.

⁵⁷ *Ibidem*, p. 42.

⁵⁸ *Ibidem*, p. 43.

personas se casan con mexicanos, pero no solicitan en ningún momento la nacionalidad mexicana”; en segundo lugar, existen otras “alternativas menos gravosas” como sería aplicar todo tipo de controles en el momento de procesar las solicitudes de naturalización; y, finalmente, en tercer término, porque no se incluye ningún tipo de previsiones que podrían suavizar la limitación, porque la ley guarda silencio al respecto y deja la “autorización” a la entera discreción de la autoridad competente.⁵⁹

En el sexto, para concluir, solamente precisa que al declarar la inconstitucional el artículo 68 de la Ley General de Población, no se tendría porque declarar “inconstitucionales todos aquellos preceptos que prevén autorizaciones de la Secretaría de Gobernación” o de cualquier otra institución pública cuando los extranjeros desean realizar cierto tipo de actos o actividades.⁶⁰

6. *Análisis crítico de la sentencia*

Estamos de acuerdo con el razonamiento de la mayoría, como mencionamos antes, no solamente en el sentido de que no se impugna el requisito *genérico* establecido en el artículo 67 sino el *específico* estipulado en el numeral 68 de la Ley General de Población, en la parte que requiere de la “autorización” de la Secretaría de Gobernación, sino que además —al no vulnerar éste la garantía de igualdad prevista en el artículo 1o. de la Constitución— los agravios de los recurrentes resultan ser infundados.

Así, coincidimos por completo con la técnica jurídica reflejada en los tres puntos resolutivos: primero, modificar la sentencia recurrida, porque no se niega el amparo y la protección de la justicia federal contra los dos artículos sino sólo contra el último por ser el aplicable al caso concreto; segundo, sobreseer el juicio respecto del artículo 67, por no ser aplicable al caso concreto; y, tercero, no amparar ni proteger a los recurrentes —*Patrius* y *Peregrina*— respecto de los actos y autoridades, consistentes en la expedición y aplicación del artículo 68 de la Ley General de Población, en la parte relativa a requerir la “autorización” de la Secretaría de Gobernación, para poder celebrar un matrimonio entre un nacional y un extranjero.

⁵⁹ *Ibidem*, pp. 43 y 44.

⁶⁰ *Ibidem*, p. 44.

Huelga decir que la palabra *autorización* no es del todo afortunada —además de estar afectada por la ambigüedad proceso-resultado— parece sugerir que la autoridad puede aprobar o no la celebración del matrimonio. Al grado tal que para la Corte:

La autorización administrativa a que alude el precepto reclamado es un acto de autoridad que tiene por objeto levantar o remover un obstáculo jurídico establecido por el legislador en la norma legal, por razones de interés público, a fin de que el particular pueda ejercer su derecho sin restricciones.

De esta suerte, el objeto de la autorización es remover el obstáculo jurídico que impide el ejercicio de un derecho preexistente, que se encontraba limitado o condicionado, por razones de interés público, pero que una vez cubiertos los requisitos marcados en la propia ley, el particular obtiene la autorización para realizar el acto jurídico de mérito, ya sin ninguna restricción.

Sin embargo, consideramos que no se trata de levantar o remover un “obstáculo jurídico”, porque en ningún lado se hace referencia al mismo ni mucho menos se trata de una prohibición expresa, como sería en el caso de los títulos nobiliarios, los cuales según lo previsto por el artículo 12 de la Constitución Federal están en principio prohibidos “En los Estados Unidos Mexicanos no se concederán títulos de nobleza, ni prerrogativas y honores hereditarios, ni se dará efecto alguno a los otorgados por cualquier otro país”.

No obstante, estos últimos, *i.e.* los otorgados por otro país, podrán ser aceptados previa *autorización* del Senado de la República, siempre y cuando no impliquen ningún tipo de subordinación al otro país. Más bien, en el caso de la antedicha “autorización” se trata de reconocer el derecho que tienen por cumplir con ciertas condiciones o reunir determinadas características y no caer en ninguna de las prohibiciones establecidas.

Entonces la pregunta obligada es cuál sería la naturaleza de esta “autorización”. Por sus posibles consecuencias o efectos está clarísimo que no se trata de un *aviso*, como sería el caso del aviso de cambio de domicilio, sino más bien de un *permiso*, como sería el caso del permiso para portar armas o para cazar, mismo que la autoridad debe conceder a quienes lo soliciten y cumplan con ciertas condiciones o reúnan determinadas características y no caigan en alguna de las prohibiciones establecidas.

Para reforzar lo dicho, aunque la Ley General de Población, en su artículo 68, y su Reglamento, en el numeral 157, se refieren a la “autorización”, ésta se encuentra enlistada en la página del Instituto Nacional de Migración —entre los servicios migratorios ordinarios por los cuales se deben pagar derechos— como “Permiso para contraer matrimonio con un nacional”.⁶¹ Al respecto, consideramos más que oportuno reproducir el artículo 157 del Reglamento de la Ley General de Población:

La autorización para que los extranjeros y extranjeras puedan contraer matrimonio con mexicana o mexicano, a que se refiere el artículo 68 de la Ley, quedará sujeta a las siguientes disposiciones:

I. Deberán solicitarla a las autoridades migratorias por escrito, el extranjero o su representante, debiendo presentar la documentación migratoria para acreditar su legal estancia en el país. Los matrimonios que se realicen por poder, estarán sujetos a la expedición del permiso previo de la Secretaría;

II. La petición deberá ser apoyada por el presunto contrayente mexicano o mexicana, quien deberá acreditar su nacionalidad, y

III. La autorización se otorgará por una validez hasta de treinta días a partir de su expedición, pero no podrá rebasar la temporalidad indicada en el documento migratorio, para permanecer en el país.

Consideramos que como actos de aplicación la negativa de dicha “autorización” por parte de la Secretaría de Gobernación si podría dar lugar a una discriminación. Supongamos que se les concede a los extranjeros que son nacionales de unos países y se les niega a los de otros, sin apelar a ningún criterio más allá de su origen nacional, lo cual no sería cierta-

⁶¹ Si bien es entendible que bajo el concepto de derechos por estudio y trámite el Estado mexicano pueda cobrar una cierta cantidad: \$2,131.73 pesos por el “Permiso para contraer matrimonio con un nacional”, y \$4,213.25 pesos por el “Certificado para realizar trámites judiciales o administrativos con propósitos de divorcio o de nulidad de matrimonio con nacional mexicano”. No es explicable ni se justifica cobrar más y hasta casi el doble por los derechos relacionados por el certificado previo a la tramitación judicial o administrativa de un divorcio o de la nulidad de matrimonio, en comparación con los del matrimonio mismo. Fuente <http://www.inm.gob.mx/paginas/241300.htm> (página consultada el 31 de enero de 2006). Por supuesto que la diferencia entre ambos da lugar a sospechas, habría que cuestionar si no es inconstitucional y como tal violatoria del artículo 1o. de la Constitución, así como del numeral 17 al condicionar el acceso a la justicia a la adquisición de esta certificación, pero eso ya es harina de otro costal. (Le agradezco este último punto sobre el acceso a la justicia a Miguel Rábago Dorbecker).

mente un criterio objetivo y razonable sino un mero prejuicio subjetivo e irrazonable. Cosa muy diferente sería negar dicha “autorización” a un extranjero —sin importar su nacionalidad— cuando éste es, por ejemplo, considerado como un delincuente en su país y hay una solicitud de extradición en su contra, o bien por tratarse de un extranjero pernicioso o *non grato*.

De igual forma la “autorización” se debe otorgar por treinta días, salvo que en el ínterin se cumpla la temporalidad indicada en el documento migratorio para permanecer legalmente en el país, de lo contrario podría dar lugar también a un trato discriminatorio. Así mismo, tanto la no respuesta como la demora o tardanza en la formulación de la misma sería violatoria del derecho de petición consagrado en el artículo 8o. de la Constitución. Al respecto, cabe traer a colación un criterio reciente del Primer Tribunal Colegiado en materias penal y administrativa del Vigésimo Primer Circuito, con número de registro 177,628 derivado del Amparo en revisión 225/2005, donde sistematiza varias tesis aisladas en la materia:⁶²

DERECHO DE PETICIÓN, SUS ELEMENTOS. El denominado “derecho de petición”, acorde con los criterios de los Tribunales del Poder Judicial de la Federación, es la garantía individual consagrada en el artículo 8o. constitucional, en función de la cual cualquier gobernado que presente una petición ante una autoridad, tiene derecho a recibir una respuesta. Su ejercicio por el particular y la correlativa obligación de la autoridad de producir una respuesta, se caracterizan por los elementos que enseguida se enlistan: A. La petición: debe formularse de manera pacífica y respetuosa; ser dirigida a una autoridad, y recabarse la constancia de que fue entregada; además de que el peticionario ha de proporcionar el domicilio para recibir la respuesta. B. La respuesta: la autoridad debe emitir un acuerdo en breve término, entendiéndose por éste el que racionalmente se requiera para estudiar la petición y acordarla; tendrá que ser congruente con la petición; la autoridad debe notificar el acuerdo recaído a la petición en forma personal al gobernado en el domicilio que señaló para tales efectos; no existe obligación de resolver en determinado sentido, esto es, el ejercicio del derecho de petición no constriñe a la autoridad ante quien se formuló, a que provea necesariamente de conformidad lo solicitado por el promovente, sino que está en libertad de resolver de conformidad con los ordenamientos legales que resulten aplicables al caso; y, la respuesta o trámite que se

⁶² *Seminario Judicial de la Federación y su Gaceta*, XXI, 1o., p. A. 36 A, México, agosto, 2005, 9a., t. XXII, 1897.

dé a la petición debe ser comunicado precisamente por la autoridad ante quien se ejercitó el derecho, y no por autoridad diversa, sin que sea jurídicamente válido considerar que la notificación de la respuesta a que se refiere el segundo párrafo del artículo 8o. constitucional se tenga por hecha a partir de las notificaciones o de la vista que se practiquen con motivo del juicio de amparo.

En relación con la expresión “breve término” y su interpretación, es menester destacar que a pesar de adoptar una estrategia casuística, no para cada caso concreto sino para cada tipo de petición específica, al entender “por éste (*i.e.* breve término) el que racionalmente se requiera para estudiar la petición y acordarla”, hay un plazo genérico de cuatro meses que en ninguna circunstancia podría excederse:⁶³

PETICIÓN. TERMINO PARA EMITIR EL ACUERDO. La tesis jurisprudencial número 767 del Apéndice de 1965 al Semanario Judicial de la Federación, expresa “Atento lo dispuesto en el artículo 8o. de la Constitución, que ordena que a toda petición debe recaer el acuerdo respectivo, es indudable que si pasan más de cuatro meses desde que una persona presenta un ocurso y ningún acuerdo recae a él, se viola la garantía que consagra el citado artículo constitucional”. De los términos de esta tesis no se desprende que deban pasar más de cuatro meses sin contestación a una petición para que se considere transgredido el artículo 8o. de la Constitución Federal, y sobre la observancia del derecho de petición debe estarse siempre a los términos en que está concebido el repetido precepto.

En pocas palabras —respecto al tema que nos ocupa— en tanto que no haya un criterio *específico* para saber cuál es el “breve término” aplicable a la “autorización”, bastaría con apelar al *genérico* de cuatro meses como límite.

En otro orden de ideas, estimamos que el artículo 68 —al igual que el 67— podría ser discriminatorio, pero en una parte diferente a la impug-

⁶³ *Apéndice 1917-1995*, tesis 132, 2a. Sala, t. III, primera parte, 90. (Esta misma tesis aparece también bajo el rubro “Derecho de petición”). Véase “Breve Termino” a que se refiere el artículo 8o. constitucional, que debe entenderse por”, *Seminario Judicial de la Federación y su Gaceta*, México, julio, 1993, 8a., t. XII, 167; “Petición, derecho de. Termino”, *Seminario Judicial de la Federación y su Gaceta*, México, marzo, 1993, 8a., t. XI, 331; y, “Derecho de petición. Que debe entenderse por breve término y cual es aquel en que la autoridad debe dictar el acuerdo respectivo y darlo a conocer al peticionario”, *Seminario Judicial de la Federación y su Gaceta*, México, octubre, 1992, 8a., t. X, p. 318.

nada, a saber: al requerir además la *comprobación* previa de la legal estancia del extranjero en el país, en general, y para poder celebrar algún acto ante los jueces del Registro Civil, con excepción de los registros de nacimiento en tiempo y de defunción, en particular. El problema es que la ley parece presumir que los extranjeros, a diferencia de los nacionales, están ilegalmente en el país, lo cual ciertamente constituiría *prima facie* un trato discriminatorio. Lo único que faltaría sería confirmar que ese trato no está justificado al cumplir con los criterios de objetividad, racionalidad y proporcionalidad.

De tal suerte, se podría alegar que el juez del Registro Civil al pretender comprobar la estancia legal en el país también violentaría la libertad de tránsito consagrada en el artículo 11 de la Constitución, para “viajar por su territorio... sin necesidad de carta de seguridad, pasaporte, salvoconducto u otros requisitos semejantes”. No obstante, ese mismo numeral contempla que el ejercicio de dicha libertad “estará subordinado a las facultades... de la autoridad administrativa, por lo que toca a las limitaciones que impongan las leyes sobre emigración, inmigración y salubridad general de la República, o sobre extranjeros perniciosos residentes en el país”.

Al respecto habría al menos dos posibilidades: por un lado, saber si requerir la comprobación de la legal estancia es violatorio —o no— de la libertad de tránsito; y, por el otro, saber si ésta sería una limitación legítima cuando la realiza ya no la autoridad migratoria sino el juez del Registro Civil. Independientemente de cual(es)quiera que sea(n) la(s) respuesta(s) a la(s) pregunta(s) y sin prejuzgar sobre si este último es —o no— una autoridad administrativa, consideramos que el trato por sí sólo resulta ser discriminatorio y como tal injustificado, al no cumplir cabalmente —como veremos un poco más adelante— con los criterios de objetividad, racionalidad y proporcionalidad.

Con relación al voto de minoría, estamos de acuerdo con casi todo lo que dice en las dos primeras partes. No sólo acerca del principio de igualdad y la prohibición de la discriminación, así como que no toda diferenciación o distinción está prohibida *per se* sino que algunas están permitidas e inclusive algunas requeridas sino también sobre la metodología aplicada para poder identificar una diferenciación o distinción legítima de una discriminación ilegítima, a partir de tres criterios: *objetividad*, al configurar una finalidad objetiva y constitucionalmente válida; *racionalidad*, al constituir un medio adecuado para conseguir el fin u objetivo perse-

guido; y, *proporcionalidad*, al cuidar que exista un balance adecuado entre el trato desigual, de un lado, y el fin y sus medios, del otro.

Sin embargo, diferimos respecto a que la diferenciación o distinción introducida por el artículo 68 al requerir la “autorización” sí tiene un fundamento objetivo, racional y proporcional, cuando para la minoría de los ministros solamente cumple con el primero de los requisitos pero no con los otros dos. Antes de proseguir, conviene recalcar el hecho de que la diferenciación o distinción entre matrimonios celebrados por nacionales entre sí o por extranjeros entre sí, y por nacionales y extranjeros, deriva lógicamente de la diferenciación o distinción entre nacionales, *i.e.* mexicanos, y extranjeros. Por lo anterior, resulta que no es artificiosa ni injustificada porque además ésta está consagrada en el propio texto constitucional, en sus artículos 30 y 33.

Si bien la Constitución afirma en su artículo 1o. “En los Estados Unidos Mexicanos todo individuo —sin hacer distinción entre nacionales y extranjeros— gozará de las garantías que otorga esta Constitución, las cuales no podrán restringirse ni suspenderse, sino en los casos y con las condiciones que ella misma establece”. En su artículo 30 define quienes son mexicanos, ya sea por nacimiento o por naturalización, en tanto que en la primera línea del artículo 33 precisa “Son extranjeros los que no posean las calidades determinadas en el artículo 30”. A la sazón: la de ser mexicanos por nacimiento o por naturalización.

A continuación explícitamente reconoce: “Tienen derecho a las garantías que otorga el capítulo I, título primero, de la presente Constitución”. No obstante, también expresamente señala “el Ejecutivo de la Unión tendrá la facultad exclusiva de hacer abandonar el territorio nacional, inmediatamente y sin necesidad de juicio previo, a todo extranjero cuya permanencia juzgue inconveniente”.

Con independencia de que esta medida y las demás relacionadas con los extranjeros pueden resultar ser bastante iliberales y hasta aplicadas de forma arbitraria o hasta autoritaria, al estar consagradas en nuestra carta magna y manifestadas las reservas correspondientes a los tratados internacionales celebrados por México, resulta que estas medidas son un ejercicio legítimo del imperio del Estado mexicano en aras del interés público, en general, y de la defensa de la seguridad nacional, en particular, al menos en tanto que no sea reformada la Constitución o retirada la reserva.

Aun cuando, los extranjeros tienen derecho a las garantías que reconoce la Constitución, ella misma instituye en qué casos y bajo qué condi-

ciones éstas podrán restringirse, tales como el no requerir juicio previo para hacer abandonar del país a un extranjero pernicioso. O bien, la restricción genérica contemplada en el segundo párrafo del artículo 33 constitucional “Los extranjeros no podrán de ninguna manera inmiscuirse en los asuntos políticos del país”. Esta restricción explica —aunque no justifica— por qué solamente los ciudadanos de la república pueden ejercer el derecho de petición y el derecho de asociación o reunión para asuntos políticos del país, tal como lo consagran los artículos 8o. y 9o. constitucionales, respectivamente.

Ahora bien, habíamos adelantado que la minoría concede: a) la *objetividad* de la diferenciación o distinción para monitorear a las personas que podrán adquirir la nacionalidad mexicana y para impedir que personas no movidas por el deseo de contribuir al desarrollo del país y de compartir experiencias y propósitos con los mexicanos, adquieran la nacionalidad mexicana a la larga por la vía del matrimonio.⁶⁴

No obsta lo anterior, en su opinión, para negar: b) la *racionalidad* de la misma. Al advertir que el matrimonio con mexicano no es una condición necesaria ni suficiente para adquirir la nacionalidad mexicana, pues ésta no es la única forma de adquirirla. Así mismo, al sostener que la introducción de este requisito no garantiza que se cumpla con los fines de monitorear a las personas que podrán adquirir la nacionalidad mexicana ni de impedir que algunas personas la adquieran, en especial, toda vez que la diferenciación o distinción incide en el ejercicio de un derecho fundamental.⁶⁵

Por otra parte, rechaza que se cumpla con: c) la *proporcionalidad*, al concluir que se impone una limitación muy grave a un derecho fundamental y que dicha restricción es irrelevante para el fin apetecido, porque muchas personas que se casan con mexicanos no solicitan en ningún momento la nacionalidad mexicana. Asimismo, porque existen otras alternativas “menos gravosas” como sería aplicar todo tipo de controles pero en el momento de procesar las solicitudes de naturalización; y, porque no se incluye ningún tipo de previsiones para suavizar la limitación, al dejar la “autorización” a la entera discreción de la autoridad competente.⁶⁶

⁶⁴ Aguirre Anguiano, Sergio Salvador, *et al.*, “Igualdad y discriminación en México. Un análisis constitucional”, *op. cit.*, nota 48, pp. 40-42.

⁶⁵ *Ibidem*, pp. 42 y 43.

⁶⁶ *Ibidem*, pp. 43 y 44.

Al respecto, ofrecemos dos comentarios como contraargumentos de lo sostenido en el voto de minoría en lo relativo a los incisos b) y c): Primero, el hecho de que el matrimonio con un mexicano no sea condición necesaria ni suficiente para adquirir la nacionalidad mexicana ni mucho menos la única vía para hacerlo no quiere decir que sea irracional requerir dicha “autorización” para aquellos casos en que el matrimonio con un nacional pueda abrir la puerta para que un extranjero adquiera la nacionalidad mexicana por naturalización, sobre todo porque los fines de monitorear a las personas que podrán adquirirla y, en su caso, impedir que algunas la adquieran son considerados como objetivamente justificados. Además, el hecho de que la “autorización” incida en el ejercicio de un derecho fundamental —al conceder que el varón y la mujer tienen un derecho a fundar una familia y, en consecuencia, a casarse— no implica que dicho derecho sea anulado o cancelado, como tampoco sucede al tener que cumplir con los demás requisitos.

Segundo, el hecho de que se introduzca una limitación y que ésta sea aparentemente irrelevante para impedir que algunos extranjeros adquieran la nacionalidad mexicana, porque el matrimonio con nacional no es la única vía para adquirirla, no quiere decir que la restricción no sea del todo relevante. Baste recordar que la propia minoría concedió el interés legítimo del Estado para monitorear a las personas que podrán adquirir la nacionalidad mexicana como constitucionalmente objetivo, no por la adquisición en sí sino porque ésta les permitirá... “ejercer derechos políticos, ocupar ciertos cargos reservados por la Constitución y las leyes a los mexicanos y *salir del ámbito de aplicación de las medidas que pueden adoptarse contra los extranjeros perniciosos*”.⁶⁷

Es más, la idea de aplicar todo tipo de controles al momento de procesar las solicitudes de naturalización podría ser violatoria de la garantía de igualdad porque se podría dar el mismo trato a dos casos diferentes, al de un extranjero y al de un extranjero casado con un nacional, cuando la distinción entre ambos supuestos está consagrada en la propia Constitución, en el artículo 30, en el inciso B), fracciones I y II, respectivamente.

De igual forma, el hecho de que la “autorización” parezca quedar a la discreción de la autoridad administrativa no quiere decir que esta pueda actuar de forma arbitraria, porque su resolución deberá obedecer a criterios objetivos y razonables, no a meros prejuicios subjetivos e irrazona-

⁶⁷ *Ibidem*, p. 42. (El énfasis es nuestro).

bles para no ser discriminatoria como ya referimos. Así mismo, debe resolverse, en tanto que no se establezca un criterio específico, en un plazo no mayor de cuatro meses conforme al precedente genérico para no ser violatoria del derecho de petición consagrado en el artículo 8o. constitucional.

Por lo tanto, resulta que la “autorización” requerida por el artículo 68 de la Ley General de Población es constitucional al constituir una diferenciación o distinción justificada —y no una discriminación injustificada— al cumplir con los criterios de objetividad, racionalidad, y proporcionalidad. Así, la diferenciación o distinción es:

a) *Objetiva* para monitorear a las personas que podrán adquirir la nacionalidad mexicana y, en su caso, impedir que algunas puedan adquirir la nacionalidad a la larga por la vía del matrimonio;

b) *Racional* para cumplir con tales fines a pesar de que el matrimonio con un nacional no es la única forma de adquirir la nacionalidad mexicana y que la “autorización” incide en el ejercicio de un derecho pero ciertamente no lo anula ni cancela, ni mucho menos deja en estado de indefensión a los ciudadanos en espera indefinidamente de la misma; y,

c) *Proporcional* para mantener un balance entre el trato desigual y la finalidad perseguida y sus medios, en especial, puesto que no está en juego nada más la adquisición de la nacionalidad mexicana sino que el hecho de adquirirla le permitirá al extranjero ejercer derechos políticos reservados a los ciudadanos mexicanos, pero sobre todo sustraerse de la aplicación de las medidas que pueden adoptarse contra los extranjeros perniciosos.

Por último, en lo referente a exigir la *comprobación* previa de la legal estancia del extranjero en el país para los casos que requieren la “autorización”, ya habíamos adelantado que constituye no una mera redundancia sino un verdadero trato discriminatorio injustificado por sí mismo, porque no cumple con los tres criterios de objetividad, racionalidad y proporcionalidad, al no observar cabalmente los dos últimos.

En el supuesto sin conceder que la diferenciación o distinción de trato que exige tal comprobación sea *objetiva*, al configurar una finalidad válida, *i.e.* requerir que los extranjeros comprueben previamente estar legalmente en el país para que puedan celebrar algún acto ante los jueces u oficiales del Registro Civil, con excepción de los registros de nacimiento

en tiempo y de defunción, habría que preguntarse si está diferenciación o distinción es racional y proporcional para los casos en que se requiere la “autorización” de la Secretaría de Gobernación, por conducto del Instituto Nacional de Migración.

De un lado, es *irracional* al no constituir un medio adecuado para conseguir el fin u objetivo perseguido: ¿Serán los jueces u oficiales del Registro Civil los indicados para comprobar la legal estancia del extranjero en el país? ¿No sería mejor que fueran las autoridades migratorias las que lo hicieran: en especial, cuando en el caso de la “autorización” para contraer matrimonio se requiere de la participación de éstas, ante las cuales el extranjero o su representante debe acreditar su legal estancia en el país? Baste recordar que la fracción I, del ya citado artículo 157 del Reglamento de la Ley General de Población, contempla que para solicitar la “autorización” se debe “presentar la documentación migratoria para acreditar su legal estancia en el país”.

Del otro, es *desproporcionada* al no existir un balance adecuado entre el trato desigual, y el fin y sus medios, sobre todo porque la misma Ley establece dos excepciones: para los registros de nacimiento en tiempo y de defunción. Claro está que las dos excepciones al ser consecuencia de hechos jurídicos —nacimiento y muerte— no implican la celebración de ningún acto jurídico y como tales no requieren de la comprobación de la legal estancia en el país del extranjero para poder celebrarse. De tal suerte que la comprobación tiene la función de verificar no tanto la legal estancia en el país como la capacidad jurídica para realizar ciertos actos. De lo contrario, si comprobar la legal estancia fuera una razón por sí sola no habría ninguna excepción.

Lo anterior sugiere que la objetividad de la diferenciación o distinción está en comprobar si los extranjeros, al igual que los nacionales, pueden celebrar el acto en cuestión más que si están legalmente en el país. Con lo cual el requerir la comprobación previa de la legal estancia pasa a un segundo término y, por ello, resulta desproporcionada. Especialmente, cuando bastaría con requerir la comprobación previa de su capacidad para realizar el acto en cuestión, requisito genérico que tendrían que cumplir tanto nacionales como extranjeros, e incluso la “autorización”, misma que presupone —como vimos— la acreditación de la legal estancia en el país conforme a lo dispuesto por la fracción I del artículo 157 del Reglamento de la Ley General de Población.

V. CONCLUSIÓN

Para tomar la igualdad seriamente es imperativo discriminar no sólo la igualdad de qué y entre quiénes para constatar que al menos la igualdad jurídica *ante* y *en* la ley, así como la igualdad en derechos políticos o libertades públicas, se puede y debe garantizar a todos por igual sino también la discriminación al diferenciar o distinguir la negativa e injustificada de la positiva y justificada, así como al prohibir la primera como una discriminación injustificada y al permitir la segunda como una diferenciación o distinción justificada e inclusive requerir de éstas para remediar los excesos de aquéllas.

Así mismo, no basta con consagrar el principio de la prohibición de la discriminación a nivel constitucional sino que además es necesario hacer una revisión exhaustiva de todo el ordenamiento jurídico, incluida la materia migratoria, para cumplir con las obligaciones de no introducir regulaciones discriminatorias, eliminar las regulaciones de carácter discriminatorio y combatir las prácticas discriminatorias.

Sin embargo, para tal efecto también es forzoso desarrollar criterios interpretativos que permitan identificar cuándo estamos ante una discriminación injustificada y cuándo ante una diferenciación o distinción justificada, así como ponerlos a prueba constantemente. En este orden de ideas, a partir del amparo en revisión 543/2003, en el cual la mayoría de la Suprema Corte de Justicia de la Nación resolvió que el artículo 68 de la Ley General de Población era constitucional, recordamos que la minoría procedió a desenrollar un triple criterio que deben reunir las diferenciaciones o distinciones para no ser violatorias de la garantía genérica de igualdad ni de la prohibición específica de no discriminar: 1) objetividad; 2) racionalidad; y 3) proporcionalidad.

Si bien, la minoría consideraba que en el caso concreto no se cumplía con los dos últimos criterios, estimamos que la parte impugnada no era discriminatoria y por ende no era inconstitucional. No obstante, había otra parte de ese mismo artículo, una que no fue impugnada y que por lo mismo no fue analizada que cuando es requerida, al menos para los casos de la “autorización”, no cumple cabalmente con los tres criterios establecidos por el voto de la minoría.