

CAPÍTULO VII
CLAROSCUROS DE LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL
SOBRE DERECHOS HUMANOS: A PROPÓSITO
DE UN CASO DE (DES)IGUALDAD
Y PROPORCIONALIDAD EN MÉXICO

Imer B. FLORES*

SUMARIO: I. *Prólogo*. II. *Igualdad y discriminación*. III. *Amparo en revisión 543/2003*. IV. *Análisis crítico de la resolución y del principio de proporcionalidad*. V. *Epílogo*.

I. PRÓLOGO

Aportar un granito de arena a este merecido homenaje a la querida colega y amiga me ofrece la ocasión propicia para revisar —y hasta actualizar— un texto¹ cuyo argumento central fue enriquecido por sus comentarios de “primera mano” y en “primera persona”. Lo anterior dada sus calidades y capacidades no solamente como experta en los temas de derecho internacional “privado” y de derechos humanos sino además como extranjera casada con un nacional.

Cabe advertir que la jurisprudencia constitucional en materia de derechos humanos en México está llena de claroscuros. Como dicen que para muestra basta un botón, me permito apuntar al hecho de que hasta hace muy pocos años el debate sustantivo sobre la constitucionalidad, en general, y los derechos humanos, en particular, había sido prácticamente inexistente.

* Investigador en el Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM; profesor de la Facultad de Derecho, UNAM; Tutor del Posgrado en Derecho, UNAM; miembro del Sistema Nacional de Investigadores, nivel III. Correo electrónico: *imer@unam.mx*. Twitter: *@imerbflores*.

¹ Véase Flores, Imer B., “Igualdad, no discriminación (y políticas públicas): a propósito de la constitucionalidad o no del artículo 68 de la Ley General de Población”, en Torre Martínez, Carlos de la (coord.), *El derecho a la no discriminación*, México, UNAM, 2006, pp. 263-306.

La cuestión era que los artículos 14 y 16 de la Constitución general de la República, mismos que encarnan los principios de legalidad y de audiencia, y que como tales representan aspectos más de forma que de fondo, funcionaban —conforme a una afortunada metáfora de Héctor Fix-Fierro— como una especie de “hoyos negros” que atrapaban todo y no dejaban escapar ni salir nada o casi nada. En palabras del mismo Fix-Fierro: “Seguramente muchas cuestiones de constitucionalidad no fueron planteadas por los litigantes, ni resueltas por los jueces, porque existía siempre la posibilidad de plantearlas y examinarlas en términos de los artículos 14 y 16 constitucionales, es decir de las garantías de audiencia y legalidad”.²

Así, a nadie le debe sorprender que la jurisprudencia constitucional en materia de derechos humanos en México esté todavía en procesos de construcción y que tenga tanto debilidades como fortalezas. Al grado tal que un mismo asunto —aunque pueda parecer contradictorio y hasta paradójico— sirva para ilustrar unas y otras, tal y como sucede con el caso de comento, *i.e.* el amparo en revisión 543/2003.³ En este caso, una mayoría de tan solo cinco ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de los nueve que participaron en la sesión, al encontrarse un ministro de licencia y otro ausente, se pronunciaron por la constitucionalidad del entonces artículo 68 de la Ley General de Población, mismo que especificaba que los jueces u oficiales del Registro Civil deberían exigir la “autorización” de la Secretaría de Gobernación, por conducto del Instituto Nacional de Migración, para que los extranjeros puedan contraer matrimonio con nacionales.

Es conveniente destacar que dicho artículo, entre muchos otros más, fue derogado por el Decreto por el que se expidió la Ley de Migración y se reformó, derogó y adicionó diversas disposiciones de la Ley General de Población, entre otros ordenamientos, publicado en el *Diario Oficial de la Federa-*

² Véase Fix-Fierro, Héctor, “Capítulo V. Poder Judicial”, en González, María del Refugio y López Ayllón, Sergio, *Transiciones y diseños institucionales*, México, UNAM, 2000, p. 178. Véase también su ponencia intitulada “¿Intereses o derechos? Interpretación constitucional y activismo judicial en México” presentada en el Congreso Internacional de Derecho Constitucional y IV Congreso Nacional de Derecho Constitucional, organizado por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, en la ciudad de México, el miércoles 8 de febrero de 2006.

³ Véase, por ejemplo, Courtis, Christian, “Legislación y políticas antidiscriminatorias en México: el inicio de un largo camino”, en Torre Martínez (coord.), *loc. cit.* en la nota 1, México, UNAM, 2006, pp. 231-262 (en especial, pp. 249-262), y Flores, “Igualdad, no discriminación (y políticas públicas...)”, *cit.* en la nota 1, pp. 263-306 (en especial, pp. 281-305).

ción del 25 de mayo de 2011.⁴ Al respecto, la derogación de este artículo, con o sin razón, viene a zanjar la discusión a favor de quienes les “Parece obvio que el establecimiento del requisito de pedir permiso a la Secretaría de Gobernación para casarse cuando uno de los contrayentes es extranjero significa un menoscabo de la libertad de casarse establecida sobre la base de su origen nacional”.⁵

En mi opinión, el hecho de requerir tal autorización, permiso o como se le quiera categorizar, no es inconstitucional por sí misma, pero sí lo sería si la autoridad lo llega a negar fundado exclusivamente en la nacionalidad del extranjero en cuestión, como veremos más adelante. No obsta lo anterior para sugerir que ese artículo —en otra porción normativa— y otros de la misma Ley General de Población, así como de otros ordenamientos, son —o eran— de dudosa constitucionalidad pues parecen suponer que los extranjeros están ilegalmente en el país o bien que su presencia podía ser considerada como inconveniente —y hasta pernicioso— para el país, al grado de que podrían ser expulsados sin necesidad de respetar los principios de garantía de audiencia y de legalidad.

II. IGUALDAD Y DISCRIMINACIÓN

Es ya un lugar común afirmar que la igualdad es una fórmula tan vacía (y por eso mismo celebrada), como la que concibe a la justicia como “la constante y perpetua voluntad de dar a cada quien lo suyo”, al definirla a partir de la noción aristotélica de justicia como “el deber de tratar igualmente a los iguales” y “desigualmente a los desiguales”.⁶ 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, sino 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

⁴ El Decreto está disponible en: http://dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5190774&fecha=25/05/2011 (página consultada el 13 de noviembre de 2013).

⁵ Courtis, “Legislación y políticas antidiscriminatorias en México...”, *cit.* en la nota 2, p. 254.

⁶ Véase Aristóteles, *Ética nicomaquea*, trad. de Antonio Gómez Robledo, México, UNAM, 1983, libro V, capítulo III, p. 110. Véase también Guibourg, Ricardo A., “Igualdad y discriminación”, *Doxa*, núm. 19, 1996, p. 89; Westen, Peter, “The Empty Idea of Equality”, *Harvard Law Review*, vol. 95, núm. 3, enero de 1982, pp. 537-596, y *Speaking Equality*, Princeton, Princeton University Press, 1990.

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 ’.⁷ De esta manera, si bien todas las corrientes son igualitarias en algún sentido, el problema es que por el mismo hecho el ser igualitario al demandar igualdad de una de las variables, implica forzosamente el 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.⁸

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.⁹ 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.¹⁰

Por su parte, Sen recuerda que —a pesar 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;¹¹ y traer a colación el *Discurso sobre el origen de la desigualdad* de Jean Jacques Rousseau:¹²

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

⁷ Sen, Amartya, *Inequality reexamined*, Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press, 1992, pp. xi y 12.

⁸ *Ibidem*, pp. ix-x, y 19.

⁹ Véase Douglas Rae, *Equalities*, Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press, 1981.

¹⁰ Véase Walzer, Michael, *Spheres of Justice. A Defense of Pluralism and Equality*, Nueva 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 también Miller, David y Walzer, Michael (eds.), *Pluralism, Justice and Equality*, Oxford, Oxford University Press, 1995.

¹¹ Sen, Amartya, *Inequality reexamined*, cit. en la nota 7, pp. ix-x, y 19.

¹² Rousseau, Jean Jacques, *Discurso sobre el origen de la desigualdad*, Bogotá, Ediciones Universales, s.f., p. 26 (publicación original: 1755)

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, *i.e.* a las morales o políticas, se ha tratado de garantizar diferentes tipos de igualdad desde la económica, la política, e inclusive la social hasta la jurídica. Ahora bien, ante la imposibilidad de que la igualdad sea absoluta en *todo* y para *todos*, en un Estado constitucional y democrático de derecho la igualdad que es y debe ser garantizada para todos por igual es esta última, la cual 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 (*isonomía*); 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, *i.e.* igualdad de oportunidades y/o de respeto (*isotimía*). Ahora bien, en un Estado constitucional y democrático de derecho es importante garantizar además la igualdad, en general, en los derechos políticos o libertades públicas (*isopoliteia*) y, en particular, en el derecho o libertad de expresión (*isegoria*).

Ahora bien, 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. En este sentido, aquellas desigualdades que derivan de una diferenciación o distinción justificada son y deben ser admitidas y aquellas que deriven de una diferenciación o distinción injustificada son y deben ser rechazadas. Para estas últimas reservamos el uso de la palabra “discriminación”.

El problema es que la noción aristotélica 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 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 celeberrima 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”.

De igual forma, el vocablo “discriminación” está afectado por la ambigüedad proceso-resultado y como tal denota “acción y efecto de discrimi-

nar” 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 diferenciación o distinción *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 —válgase la expresión— de discriminar, *i.e.* cuando la discriminación es objetiva, razonable y proporcional, es decir relevante, y cuando no lo es al ser subjetiva, irrazonable y desproporcional, 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, *i.e.* diferenciación o distinción, como lo propuso John Rawls con su “principio de la diferencia”:¹³

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 o positiva.¹⁴ Es más,

¹³ 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), § 13, p. 75 (pp. 65 y 97).

¹⁴ Véase 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. Véase también Gonzá-

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:¹⁵

84. 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 *inadmisible*, 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.

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.

En el caso de México no fue sino hasta que en el marco del Decreto de reforma a la Constitución en materia indígena, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* del 14 de agosto del 2001, en la cual se incluyó expresamente la prohibición a la discriminación.¹⁶ Al respecto habría que decir que a partir de dicha reforma el artículo 1o. de la Constitución general de la República contó con una mejor sistematización al incluir junto a su original párrafo único referido al *principio de igualdad* 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 aquel entonces en un mismo artículo quedaron 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*”, *i.e.* igualdad de garantías y de derechos, y los otros dos *contra-*

lez Martín, Nuria, “Acciones positivas: orígenes, conceptualización y perspectivas”, en Torre Martínez (coord.), *loc. cit.* en la nota 1, pp. 307-367.

¹⁵ OC-18/03 del 17 de septiembre de 2003, “Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados”, Serie A, No. 18 (el énfasis es original).

¹⁶ El Decreto está disponible en: <http://www.juridicas.unam.mx/infjur/leg/constmex/pdf/rc151.pdf> (página consultada el 13 de noviembre de 2013).

rio sensu de la prohibición tanto de la esclavitud en el párrafo segundo como de la discriminación en el tercero. Ahora bien, esta última proscripción estableció:

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... Ahora bien, dicha cláusula fue modificada con posterioridad en dos ocasiones por sendos decretos de reformas a la Constitución, publicados en el *Diario Oficial de la Federación* del 4 de diciembre de 2006, para evitar *ex profeso* la expresión equívoca de “capacidades diferentes” al reemplazarla por la de “discapacidades”,¹⁷ y del 10 de junio de 2011 —en el marco de la reforma a la Constitución en materia de derechos humanos— para explicitar con todas sus letras que las “preferencias” eran las “preferencias sexuales”.¹⁸ Por cierto, en el marco de esta última reforma, la cual además de modificar los párrafos primeros y tercero, al añadir dos párrafos, ahora segundo y tercero, recorrió el orden de los ya existentes. Con lo cual el párrafo en cuestión pasó a ser el quinto párrafo:

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

¹⁷ El Decreto está disponible en: <http://www.juridicas.unam.mx/infjur/leg/constmex/pdf/04122006B.pdf> (página consultada el 13 de noviembre de 2013).

¹⁸ El Decreto está disponible en: <http://www.juridicas.unam.mx/infjur/leg/constmex/pdf/10062011r.pdf> (página consultada el 13 de noviembre de 2013).

III. AMPARO EN REVISIÓN 543/2003

1. *Antecedentes*

Un nacional y una extranjera —a los que llamamos *Patrius* y *Peregrina*— 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 constituyó 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 otrora tercer párrafo —ahora quinto— del 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 debía otorgar la Secretaría de Gobernación, por conducto del Instituto Nacional de Migración, de acuerdo con lo previsto en aquel entonces por la Ley General de Población.

Antes de continuar es conveniente reproducir los artículos impugnados tal y como estaban en vigor:

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.

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.

2. Argumentos del juez cuarto de distrito en materia administrativa

El juez cuarto de distrito en materia administrativa en el Distrito Federal, a quien por razón de turno le tocó conocer el asunto, concluyó en un punto resolutivo único que lo conducente era negar el amparo y la protección de la justicia federal a *Patrius* y *Peregrina* por lo expuesto en su considerando cuarto. En sus consideraciones comenzó por recordar que los solicitantes del amparo aducían básicamente que los artículos 67 y 68 de la Ley General de Población eran inconstitucionales al violar el principio de igualdad consagrado en el artículo 1o. de la Constitución general de la República al establecer que los extranjeros para contraer matrimonio deberían contar con “autorización” de la Secretaría de Gobernación, lo cual no sucedía en el caso de los nacionales, y en consecuencia violentaba el principio de no discriminación.

Después de transcribir los artículos impugnados, así como el primer párrafo del artículo 1o. constitucional, el juez advirtió que para poder atender el concepto de inconstitucionalidad era necesario aludir a una tesis de la Primera Sala de la Suprema Corte:¹⁹

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 producción 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 bene-

¹⁹ *Seminario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 1a. C./2001, México, diciembre, 2001, Novena Época t. XIV, 192 (el énfasis es original).

ficio) 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, afirmó 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 aludió al hecho de que los quejosos aducían como inconstitucional la condición establecida en los artículos impugnados, la cual exigía a los extranjeros que pretendían contraer matrimonio con un nacional obtener la “autorización” que al efecto debería otorgar la Secretaría de Gobernación, a fin de corroborar que el extranjero podía celebrar tal acto, toda vez que la consideraban como violatoria de la garantía de igualdad prevista en la Constitución general, al no requerir la misma condición a los nacionales que pretendían contraer matrimonio entre sí.

Un poco más adelante alegó que la condición no es violatoria de la garantía de igualdad porque el extranjero que quiere contraer matrimonio con un nacional no se encontraba en una circunstancia idéntica a la de los nacionales que pretenden hacerlo entre sí y para ello citó en primerísima instancia el artículo 33 constitucional en sus términos originales:²⁰

²⁰ Como es sabido este artículo fue modificado por primera y única vez en el marco de la reforma a la Constitución en materia de derechos humanos, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* del 10 de junio de 2011, ya citada, para reconocer de manera explícita el principio de garantía de audiencia de los extranjeros y de modo implícito el principio de legalidad:

“Artículo 33. Son personas extranjeras las que no posean las calidades determinadas en el artículo 30 constitucional y gozarán de los derechos humanos y garantías que reconoce esta Constitución”.

Artículo 33. 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.

Después el artículo 30:

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 argumentó que no existía 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 Ejecutivo de la Unión, previa audiencia, podrá expulsar del territorio nacional a personas extranjeras con fundamento en la ley, la cual regulará el procedimiento administrativo, así como el lugar y tiempo que dure la detención.

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

[E]l 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, aseguró 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 consideró 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, concluyó: “no se estima contraria al Pacto Federal, la condición que establecen los artículos que se impugnan”. No obstante, para reforzar el punto aseveró: “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, apuntó:

[N]o existe transgresión 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.

Asimismo, asentó: “tampoco existe transgresión 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 resolvió: “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*

Los quejosos —*Patrius* y *Peregrina*— inconformes con la sentencia dictada interpusieron el recurso de revisión, en el cual básicamente contra-argumentaron dos cosas:

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 general 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 sucedía 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*²¹

El Sexto Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito, al cual por turno le tocó conocer el caso, admitió el recurso de revi-

²¹ Hay un extracto de los Considerandos cuarto y quinto en *Los Derechos Humanos en la actividad jurisdiccional de la Suprema Corte de Justicia de la Nación*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2010, t. I, pp. 153-156, y está disponible en: http://hchr.org.mx/files/doctos/Libros/2010/DH%20en%20actiVéasead%20de%20la%20SCJN_1.pdf (página consultada el 13 de noviembre de 2013).

sión y lo registró 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.

Así, 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 y, finalmente, en la sesión del 20 de abril de 2004, por una mayoría de cinco votos contra cuatro, 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.

El Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en su Considerando cuarto precisó, después de citar los dos artículos impugnados, que en realidad solamente se impugna la constitucionalidad del segundo, a saber el 68 de la Ley General de Población y, en su Considerando quinto, procedió a analizar la constitucionalidad del mismo.

Por una parte, en el Considerando cuarto la Suprema Corte anotó 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 fue tildado de inconstitucional era 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 actualizó la causa de improcedencia prevista en ese momento por 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, procedió 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”.²²

Por otra parte, en el Considerando quinto la Corte apuntó, al analizar la constitucionalidad del artículo 68 de la Ley General de Población, que los jueces u oficiales del Registro Civil para poder celebrar actos en los que intervengan extranjeros deberían 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 violaba el principio de igualdad consagrado en el artículo 1o. de la Constitución general. Al respecto argumentaron 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 general y la tesis, ya citada “IGUALDAD. LÍMITES A ESTE PRINCIPIO”, en la cual la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación determinó el alcance de la garantía de igualdad contenida en dicho precepto constitucional, la Corte señaló que se debe poner de manifiesto que:

[E]l 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.

²² *Seminario Judicial de la Federación y su Gaceta*, P. LXVII/96, México, mayo de 1996, Novena Época, t. III, 113.

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

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, la Corte consideró que se trataba de 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.²³ 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:

[E]l 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, concluyó 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 tra-

²³ Sobre la naturaleza jurídica de la “autorización”, nos pronunciaremos un poco más adelante. Véase *infra* IV.1.

to, 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, en sus propias palabras:

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 como ya adelantamos por una mayoría de cinco votos contra cuatro resolvió que dicho artículo no vulneraba la garantía de igualdad y que consecuentemente resultan infundados los agravios de los recurrentes. Así, en sus resolutivos: primero, modificó la sentencia recurrida; segundo, sobreseyó el juicio respecto del artículo 67 de la Ley General de Población, y tercero, no amparó ni protegió 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*²⁴

El voto de la minoría de los cuatro ministros contó con un párrafo, el cual sirvió de preámbulo para adelantar que discrepaban 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

²⁴ El voto de la minoría apareció publicado como: Aguirre Anguiano, Sergio Salvador *et al.*, “Igualdad y discriminación en México. Un análisis constitucional”, *Este país*, núm. 163, octubre de 2004, pp. 36-44, y está disponible en: http://estepais.com/inicio/historicos/163/3_ensayo_1_igualdad%20y%20discriminacion_aguirre.pdf (página consultada el 13 de noviembre de 2013).

Ley General de Población”,²⁵ y seis apartados donde expusieron sus consideraciones.

En el primero insistieron que “el principio de igualdad se configura en nuestra Constitución Federal como uno de los principios estructurales del 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, concluyeron:²⁶

[L]a 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, afirmaron 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”.²⁷

En el segundo asentaron 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 descansaba en una base objetiva y razonable o si, por el contrario, constituía 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 persegui-

²⁵ *Ibidem*, p. 36.

²⁶ *Idem*.

²⁷ *Idem*.

da”.²⁸ En otras palabras, el hecho de que esté prohibida la discriminación no implica que al legislador le esté vedado formular distinciones, siempre y cuando cuente con una justificación objetiva y razonable.

En el tercero aseveraron 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?”.²⁹ Cabe adelantar que para ellos la respuesta es negativa y, en consecuencia, que el artículo en cuestión era inconstitucional y que se debería amparar a los dolientes: *Patrius* y *Peregrina*.

En el cuarto alegaron que el artículo 68 establece una distinción entre dos grupos de matrimonios: aquéllos 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”.³⁰ Aunado a lo anterior, argumentaron 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 analizaron 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: “impedir que personas de mala voluntad o, simplemente, personas no movidas por el deseo de contribuir al esfuerzo por el desarrollo del país y deseosos de compartir experiencias, instituciones y propósitos con los mexicanos, utilicen el

²⁸ *Ibidem*, p. 37 (el énfasis es original).

²⁹ *Ibidem*, p. 38.

³⁰ *Ibidem*, p. 39.

matrimonio con un mexicano como medio para adquirir la nacionalidad mexicana”.³¹ No convencidos se cuestionaron si éste era un objetivo constitucionalmente importante al grado de permitir la restricción de un derecho fundamental, pero al final de cuentas admitieron:³²

[E]l 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, consideraron que tal conexión no se produce. En primerísimo lugar advirtieron 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, sostuvieron 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”.³³

c) Si de por sí la falta de adecuación o eficacia les parece suficiente, estudiaron la proporcionalidad y concluyeron 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 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 provisiones que podrían suavi-

³¹ *Ibidem*, p. 40.

³² *Ibidem*, p. 42.

³³ *Ibidem*, p. 43.

zar la limitación, porque la ley guarda silencio al respecto y deja la “autorización” a la entera discreción de la autoridad competente.³⁴

En el sexto, para concluir, solamente precisaron que al declarar la inconstitucionalidad 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.³⁵

IV. ANÁLISIS CRÍTICO DE LA RESOLUCIÓN Y DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD

Estamos de acuerdo con el razonamiento de la mayoría, como mencionamos antes, no solamente en el sentido de que no se impugnaba 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.

1. *Naturaleza jurídica de la “autorización”*

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:

³⁴ *Ibidem*, pp. 43 y 44.

³⁵ *Ibidem*, p. 44.

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 trataba 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 general están en principio prohibidos:

Artículo 12. 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 jurídica de la “autorización” en este caso. 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 referían a la “autorización”, ésta estaba enlistada en la página del Instituto Nacional de Migración —entre los servicios migratorios ordinarios por los cuales se debían pagar derechos— primero como “Permiso para contraer matrimonio con

un nacional”³⁶ y luego dentro de los “Permisos y certificaciones” como “Autorización para que un extranjero pueda contraer matrimonio con mexicano”.³⁷ Al respecto, consideramos más que oportuno reproducir el texto entonces vigente del artículo 157 del Reglamento de la Ley General de Población:³⁸

Artículo 157. 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.

³⁶ Véase Flores, “Igualdad, no discriminación y políticas públicas...”, *cit.* en la nota 1, p. 297 y, en especial, np. 61.

Si bien es entendible que bajo el concepto de derechos por estudio y trámite el Estado mexicano pueda cobrar una cierta cantidad: \$2,980.00 pesos por la “Autorización para que un extranjero pueda contraer matrimonio con mexicano”, y \$5,889.00 pesos por el “Certificado para tramitar ante autoridad judicial o administrativa el divorcio o nulidad de matrimonio”. 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/static/tramites/Estancia/Permisos_y_Certificaciones/AutorizacionparacontraerMatrimonio.pdf http://www.inm.gob.mx/static/tramites/Estancia/Permisos_y_Certificaciones/CertificacionDivorcioNulidadMatrimonio.pdf (páginas consultadas 13/11/13). 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.

³⁷ Véase http://www.inm.gob.mx/static/tramites/Estancia/Permisos_y_Certificaciones/AutorizacionparacontraerMatrimonio.pdf (página consultada el 13 de noviembre de 2013).

³⁸ Cabe enfatizar que este artículo, entre muchos otros más, fue derogado por el Decreto que expide el Reglamento de la Ley de Migración y se reforman, derogan y adicionan diversas disposiciones del Reglamento de la Ley General de Población y del Reglamento de la Ley de Asociaciones Religiosas y Culto Público, publicado en el *Diario Oficial de la Federación* del 28 de septiembre de 2012. Véase http://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5270615&fecha=28/09/2012 y http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/regley/Reg_LGP.pdf (páginas consultadas el 13 de noviembre de 2013).

Consideramos que como actos de aplicación la negativa de dicha “autorización” por parte de la Secretaría de Gobernación sí 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 ciertamente 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, por ejemplo, fuera considerado como un delincuente en su país y haya una solicitud de extradición en su contra, o bien ya estuviera casado.

De igual forma la “autorización” se debía otorgar por treinta días, salvo que en el ínterin se cumpliera la temporalidad indicada en el documento migratorio para permanecer legalmente en el país, de lo contrario podría dar lugar también a un trato discriminatorio. Asimismo, 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 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:³⁹

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 confor-

³⁹ *Seminario Judicial de la Federación y su Gaceta*, XXI.1o.P.A.36 A, México, agosto de 2005, Novena Época, t. XXII, 1897.

midad 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 dé a la petición debe ser comunicado precisamente por la autoridad ante quien se ejerció 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:⁴⁰

PETICIÓN. TÉRMINO 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.

⁴⁰ *Apéndice 1917-1995*, Tesis 132, 2a. Sala, T. III, Primera Parte, 90 (esta misma tesis aparece también bajo el rubro “DERECHO DE PETICIÓN”). *Cfr.* ““BREVE TÉRMINO” A QUE SE REFIERE EL ARTÍCULO 8o. CONSTITUCIONAL, QUE DEBE ENTENDERSE POR”, *Seminario Judicial de la Federación y su Gaceta*, México, julio, 1993, 8^a, T. XII, 167; “PETICIÓN, DERECHO DE TÉRMINO”, *Seminario Judicial de la Federación y su Gaceta*, México, marzo, 1993, 8a., t. XI, 331, y “DERECHO DE PETICIÓN. QUE DEBE ENTENDERSE POR BREVE TERMINO 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, 318.

2. *Inconstitucionalidad de la comprobación previa de la legal estancia en el país*

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 impugnada, 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.

En lo referente 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 perseguido, 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 en aquel momento afirmaba 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 reconocía: “Tienen derecho a las garantías que otorga el Capítulo I, Título Primero, de la presente Constitución”. No obstante, también expresamente señalaba: “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 fuera reformada la Constitución o retirada la reserva.

Aun cuando los extranjeros tienen derecho a las garantías que reconoce la Constitución, ella misma instituía en qué casos y bajo qué condiciones éstas podrían restringirse, tales como el no requerir juicio previo para hacer abandonar del país a un extranjero cuya presencia se considerara inconve-

niente. O bien, la restricción genérica contemplada en el otrora segundo párrafo ahora tercero 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.⁴¹

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. Asimismo, 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.⁴²

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.⁴³

Al respecto, ofrecemos dos comentarios como contra-argumentos de lo sostenido en el voto de minoría:

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 re-

⁴¹ Aguirre Anguiano *et al.*, “Igualdad y discriminación en México...”, *cit.* en la nota 24, pp. 40-42.

⁴² *Ibidem*, pp. 42-43.

⁴³ *Ibidem*, pp. 43-44

querir dicha “autorización” para aquellos casos en que el matrimonio con un nacional pueda abrir la puerta para que un extranjero adquiriera la nacionalidad mexicana por naturalización, sobre todo porque los fines de monitorear a las personas que podrían 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*”.⁴⁴

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 ésta pueda actuar de forma arbitraria, porque su resolución en cualquier caso debe obedecer a criterios objetivos y razonables, no a meros prejuicios subjetivos e irrazonables para no ser discriminatoria como ya referimos. Asimismo, 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 diferencia-

⁴⁴ *Ibidem*, p. 42 (el énfasis es nuestro.)

ción 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 ex-

tranjero 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, contemplaba que para solicitar la “autorización” se debía “presentar la documentación migratoria para acreditar su legal estancia en el país”.

Del otro, es *desproporcional* 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 o no. Con lo cual el requerir la comprobación previa de la legal estancia pasa a un segundo término y, por ello, resulta desproporcional. 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 disponía la fracción I del artículo 157 del Reglamento de la Ley General de Población.

V. EPÍLOGO

Para concluir solamente me gustaría advertir que no bastaba con consagrar el principio de la prohibición de la discriminación a nivel constitucional sino que además era imperativo 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. Asimismo, era indispensable 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 desarrollar 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 era constitucional. 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 cumplía cabalmente con los tres criterios establecidos por el voto de la minoría. Con independencia del resultado, lo relevante del caso fue el reconocimiento del principio de proporcionalidad y la utilidad de su prueba, misma que permite el balanceo entre dos derechos y principios, así como entre un derecho o principio y una limitación o restricción.