

III. CONTRADICCIÓN DE TESIS 166/2005-SS

1. ANTECEDENTES

El 12 de septiembre de 2005 se recibió en la Oficina de Certificación Judicial y Correspondencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, la denuncia de una posible contradicción de tesis entre los criterios sustentados por los Tribunales Colegiados Primero, Quinto, Séptimo y Octavo en Materia Administrativa del Primer Circuito.

Por auto de 29 de septiembre de 2005, se ordenó formar y registrar con el número CT 166/2005-SS el expediente respectivo, y se giraron oficios a los Presidentes de los referidos Tribunales Colegiados, para que remitieran a este Alto Tribunal las copias certificadas y los disquetes que contuvieran los archivos de las resoluciones dictadas en sus respectivos expedientes, materia de la posible contradicción denunciada.

El 17 de octubre de 2005, el Presidente en funciones de la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, turnó los autos para su estudio a la señora Ministra Margarita Beatriz Luna Ramos, a quien le fueron devueltos luego de que el Presidente de la Sala tuvo por cumplimentados los requerimientos hechos a los Tribunales Colegiados.

Por su parte, el agente del Ministerio Público de la Federación formuló pedimento en el sentido de que se declarara la inexistencia de la contradicción.

La Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación se declaró competente para conocer de la referida denuncia y determinó que ésta provenía de parte legítima, por lo que era procedente su estudio y resolución.

2. CRITERIOS EN CONTRADICCIÓN

a) Criterio sustentado por el Primer Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito

El 11 de agosto de 2000, el Primer Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito resolvió, por unanimidad de votos, el incidente en revisión RA-551/2000, donde manifestó que, contrariamente a lo sostenido por la Juez del conocimiento, el otorgamiento de la suspensión definitiva en contra de la orden de baja o retiro del Ejército del recurrente hecha mediante oficio número SGB-I-40786 de 22 de octubre de 1999, bajo el argumento de que se encuentra infectado por el virus de inmunodeficiencia humana (VIH), no afecta el

interés social, ni contraviene disposiciones de orden público y que, por el contrario, la negativa de la suspensión del acto reclamado le causa daños y perjuicios de difícil reparación, ya que se le niega el derecho a formar parte de esa institución armada y a recibir los beneficios de seguridad social derivados de tal carácter.

Este Tribunal expresó que el personal del Ejército y Fuerza Aérea Mexicana, tiene como función primordial proteger la integridad, independencia y soberanía de la nación y, en algunos casos, auxiliar a la población civil. Al ser todas estas funciones de gran importancia, los miembros del instituto armado no deben negarse a cumplir las órdenes tendientes a proporcionar esta protección, ya que hacerlo motivaría su baja, y contra este acto no cabría la suspensión del acto reclamado; sin embargo, cuando la baja obedece a otro motivo, como en este caso es el padecimiento por encontrarse infectado por el VIH, con independencia de que haya sido o no contraído fuera del servicio, era indudable que el conceder la medida de suspensión no podía contravenir lo dispuesto en la fracción II del artículo 124 de la Ley de Amparo, la cual exige que al otorgarla no se vean afectados el orden público y el interés social, lo que no sucedió en este caso, pues el quejoso no había incurrido en el incumplimiento de una orden militar, y no se advertía que se encontrara imposibilitado para cumplir las funciones que se le encomendaran, con mayor razón cuando el recurrente ostentaba el grado de Sargento Primero Auxiliar —dibujante—, de lo que se desprendía que no realizaba ninguna actividad que pudiera considerarse como esencial para el instituto armado.

b) Criterio sustentado por el Quinto Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito

El 30 de octubre de 2002, el Quinto Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito, al resolver por unanimidad de votos el incidente en revisión RI-274/2002, estimó procedente conceder la suspensión definitiva en favor del quejoso, para que no surtiera efectos el oficio de retiro como miembro del Ejército Mexicano, por haber adquirido el VIH y se le permitiera continuar en el desempeño de las labores propias de su cargo, así como la obtención del beneficio económico derivado del mismo.²⁵ Ordenó también que se mantuvieran las cosas en el estado en que se encontraban, hasta en tanto se emitiera la resolución definitiva que resolviera el fondo del asunto.

Dicho órgano jurisdiccional argumentó que las autoridades responsables no aportaron suficientes elementos de convicción para que pudiera estimarse que la concesión de la suspensión causaría graves perjuicios al interés social, o que implicaría una contravención directa e ineludible a disposiciones de orden público, ya que para considerar que esos dos rubros se pudieran ver afectados, era necesario acreditar que se privaba a la colectividad de un beneficio otorgado por las leyes o que se le causaba un daño, que de otra manera no lo resentiría, lo cual no ocurre en este caso y, por tanto, se cumplía con el requisito previsto en el artículo 124, fracción II, de la Ley de Amparo.

²⁵ *Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-1995, Séptima Época, Tomo VI, Parte SCJN, p. 343, tesis 522, de rubro: 'SUSPENSIÓN DEL ACTO RECLAMADO, CONCEPTO DE ORDEN PÚBLICO PARA LOS EFECTOS DE LA'; IUS: 394478.*

El Tribunal consideró que por las características materiales del acto reclamado, no estaba en juego el interés público, sino el de un particular, ya que, si el acto reclamado consistía en la declaración de la procedencia definitiva de retiro, motivada porque el quejoso resultó positivo en la prueba ELISA para la detección de anticuerpos del VIH, no encontraba que este hecho le impidiera desempeñarse en sus labores de Capitán Primero de Caballería, Diplomado del Estado Mayor, y en caso de llegarse a ejecutar el acto reclamado, el particular podría resultar más dañado que el interés colectivo.

c) Criterio sustentado por el Séptimo Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito

El Séptimo Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito, resolvió el 18 de septiembre de 2002 el recurso de queja Q.A. 317/2002(X), interpuesto contra la determinación de la Juez de origen de negar la suspensión provisional respecto del oficio mediante el cual se declaraba la procedencia del retiro del quejoso por inutilidad contraída en actos fuera del servicio, y en la sentencia respectiva confirmó la determinación de la Juez de Distrito y estableció que la baja o cese de un servidor público es un acto de interés social en contra del cual no procede otorgar la suspensión.

El mismo Tribunal, en sesión del 2 de abril de 2003, por unanimidad de votos resolvió el incidente de suspensión en revisión RI-847/2003 sobre la suspensión definitiva y determinó que resultaba improcedente su concesión bajo el argumento de que la sociedad tiene interés en que los funcionarios públicos se conduzcan durante su encargo de acuerdo con

los principios de legalidad, honradez, lealtad, imparcialidad y eficiencia y, por tanto, el tribunal de amparo debe permitir que la orden de baja o retiro de un servidor público, decretada por la autoridad administrativa, siga surtiendo sus efectos en tanto no determine la ilegalidad de la misma; pues al proceder de manera contraria, provocaría la reinstalación de una persona que, posiblemente, no cumpliera con los estándares exigidos para el desempeño de las funciones del Estado.

Con estos razonamientos, consideró correcta la determinación de la Juez de negar la medida cautelar en relación con los efectos de la orden de baja o retiro, con fundamento en la fracción II del artículo 124 de la Ley de Amparo, en virtud de que su concesión ocasionaría un perjuicio al interés social.²⁶

d) Criterio sustentado por el Octavo Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito

El Octavo Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito, al resolver el 5 de agosto del 2003 el recurso de queja Q.A. 97/2003, interpuesto por el quejoso en contra de la determinación del Juez de Distrito de negar la medida provisional solicitada, contra la orden de baja o retiro, determinó revocar dicha resolución y concedió la suspensión de los actos reclamados consistentes en dicha orden y, por ende, contra la falta de pago de los haberes correspondientes, al estimar que en la hipótesis de que si tuviera dicha enfer-

²⁶ El criterio contenido en la ejecutoria dio lugar a la tesis de rubro: 'SUSPENSIÓN. ES IMPROCEDENTE EN CONTRA DE LA ORDEN DE BAJA O RETIRO DE UN MILITAR', publicada en el *Semanario...*, op. cit., Novena Época, Tomo XVII, abril de 2003, p. 1144, tesis I.7o.A.214 A; IUS: 184387.

medad, con la sola manifestación no ocasionaba una afectación al orden público y al interés social.

Por otra parte, el 9 de noviembre de 2004, el mismo Tribunal Colegiado resolvió por unanimidad de votos el incidente en revisión R.A. 446/2004, donde negó al quejoso la suspensión solicitada sobre los actos reclamados, contenidos en el oficio número SAMT-626 de fecha 14 de enero de 2002, notificó el impedimento para prestar sus servicios en el Ejército Mexicano, y como consecuencia, para percibir los haberes correspondientes; y, por otro lado, concedió la suspensión para el solo efecto de que no se le prive del servicio médico, hospitalización y medicamentos esenciales para el adecuado tratamiento de la infección causada por el VIH, del cual es portador.

Sobre la suspensión, a efecto de que el quejoso siguiera prestando sus servicios, ésta se negó porque no estaba en condiciones de desempeñar las funciones propias de su jerarquía y especialidad por haber adquirido el VIH, y no concedió la medida cautelar para que continuara percibiendo sus haberes, al considerar que los miembros del Ejército al servicio del Estado, para percibir emolumentos, deben prestar puntualmente los servicios inherentes a su cargo y que en el caso específico las atribuciones primordiales del Ejército Mexicano se rigen por disposiciones de orden público y, sobre su cumplimiento tiene interés la sociedad en general, por tanto al padecer una enfermedad que le impide desempeñar sus atribuciones, debe negársele la suspensión definitiva en contra de los actos reclamados, pues de actuar de forma contraria, se transgrediría lo dispuesto en el artículo 124, fracción II, de la Ley de Amparo.

e) Criterios desechados y de los cuales no se entra a su estudio en la contradicción de tesis

La Segunda Sala del Alto Tribunal consideró que no participaba en la presente contradicción de tesis el criterio sustentado por el Séptimo Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito, al resolver por unanimidad de votos en sesión de fecha 18 de septiembre de 2002 el recurso de queja 317/2002(X), porque el órgano colegiado no hizo un pronunciamiento respecto a la procedencia de la suspensión contra la orden de retiro de un militar del Ejército por haber adquirido el VIH.

Igualmente lo determinó por cuanto hace al criterio sustentado por el Octavo Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito, en el recurso de queja Q.A. 97/2003; y a los criterios señalados por el Primer Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito al resolver el incidente en revisión número RA-551/2000, por considerar que los puntos jurídicos tratados en esos asuntos no fueron motivo de pronunciamiento por los demás Tribunales Colegiados que participan en la contradicción.

A excepción de los asuntos anteriores, el Alto Tribunal, al analizar las posiciones interpretativas de los restantes Tribunales Colegiados de Circuito, encontró que sí existía entre ellos contradicción de criterios respecto a conceder o no la suspensión del acto reclamado, el cual en todos los asuntos consistió en el oficio de declaración de la procedencia de retiro de un miembro del Ejército Mexicano, por haber contraído el VIH, en la medida en que tal decisión se apege o no al artículo 124, fracción II, de la Ley de Amparo.

3. INTERPRETACIÓN DEL REQUISITO PREVISTO EN LA FRACCIÓN II DEL ARTÍCULO 124 DE LA LEY DE AMPARO, PARA CONCEDER LA SUSPENSIÓN DEL ACTO RECLAMADO

La Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia expresó que el punto a dilucidar en la contradicción de tesis, motivo de la presente publicación, era determinar si procedía la suspensión contra el acto reclamado consistente en el oficio que declara la procedencia definitiva de retiro de un miembro del Ejército Mexicano por haber adquirido el VIH, y si con dicha concesión se contravenían disposiciones de orden público y se causaba perjuicio al interés social, transgrediéndose con ello el contenido del artículo 124, fracción II de la Ley de Amparo, en vista de que dos Tribunales Colegiados concedieron la suspensión y otros dos la negaron.

Sobre el tema, la Sala resolvió acogerse al criterio sostenido en la resolución de la contradicción de tesis número 122/2005, del 24 de agosto de 2005, bajo la ponencia de la señora Ministra Margarita Beatriz Luna Ramos, en el sentido de que la interpretación de la fracción II del artículo 124 de la Ley de Amparo debía realizarse a partir del contexto constitucional de las medidas cautelares, porque su aplicación tiende a evitar que el propio proceso instituido para la defensa de derechos fundamentales, termine por resultar inútil a esos efectos, ya que sin la posibilidad de eludir la consumación de los actos de autoridad combatidos, el solo transcurso del tiempo puede llegar a violar la esfera jurídica de un individuo de modo irreversible, lo cual afecta el derecho a una justicia efectiva y completa, prevista en el artículo 17 constitucional.

La Segunda Sala del Alto Tribunal, al hacer una interpretación armónica de lo previsto en los artículos 122 a 130 de la

Ley de Amparo, con relación a la fracción X del artículo 107 constitucional, determinó que la suspensión del acto reclamado procedía, en primer lugar, en los casos previstos en el artículo 123, el cual señala textualmente:

ARTÍCULO 123. Procede la suspensión de oficio:

I. Cuando se trate de actos que importen peligro de privación de la vida, deportación o destierro o alguno de los prohibidos por el artículo 22 de la Constitución Federal;

II. Cuando se trate de algún otro acto, que, si llegare (sic) a consumarse, haría físicamente imposible restituir al quejoso en el goce de la garantía individual reclamada.

III. (Derogada).

La suspensión a que se refiere este artículo se decretará de plano en el mismo auto en que el juez admita la demanda, comunicándose sin demora a la autoridad responsable, para su inmediato cumplimiento, haciendo uso de la vía telegráfica, en los términos del párrafo tercero del artículo 23 de esta ley.

Los efectos de la suspensión de oficio únicamente consistirán en ordenar que cesen los actos que directamente pongan en peligro la vida, permitan la deportación o el destierro del quejoso o la ejecución de alguno de los actos prohibidos por el artículo 22 constitucional; y tratándose de los previstos en la fracción II de este artículo, serán los de ordenar que las cosas se mantengan en el estado que guarden, tomando el juez las medidas pertinentes para evitar la consumación de los actos reclamados.

En segundo lugar, que la válida paralización de los actos reclamados en el juicio de amparo se encontraba condicionada a la integración de todos los presupuestos jurídicos siguientes:

a) Solicitud de parte agraviada (artículo 124, fracción I, de la Ley de Amparo).

b) Certeza de los actos reclamados.

c) Que los actos reclamados sean susceptibles de ser paralizados.

d) Que se reúnan las condiciones previstas en las fracciones II y III del artículo 124 de la Ley de Amparo.

e) Que el quejoso exhiba la garantía correspondiente, cuando el otorgamiento de la suspensión pueda ocasionar daño o perjuicio a tercero, con el objeto de repararlos, en su caso (Requisito de efectividad).

4. LA SUSPENSIÓN DE LA DECLARATORIA DE PROCEDENCIA DE RETIRO DE UN MIEMBRO DEL EJÉRCITO MEXICANO POR HABER ADQUIRIDO EL VIH Y SU RELACIÓN CON EL ARTÍCULO 124, FRACCIÓN II, DE LA LEY DE AMPARO

La Segunda Sala identificó como punto relevante a dilucidar, en la contradicción de tesis 166/2005, el relativo a determinar si el otorgamiento de la suspensión podía ocasionar perjuicio al interés social o contravenir disposiciones de orden público.

La Sala precisó que los quejosos en las demandas de amparo que originaron los cuadernos incidentales en los que

se dictaron las resoluciones sujetas a revisión por los órganos colegiados, cuyos criterios son motivo de debate en esta contradicción de tesis, señalaron como acto reclamado en general, el consistente en la declaratoria de procedencia de retiro de un miembro del Ejército Mexicano por haber contraído el VIH.

Que en el capítulo relativo a la suspensión del acto reclamado, precisaban que ésta se solicitaba para efecto de que las autoridades responsables se abstuvieran de dejar de cubrirle al quejoso los haberes y el nivel a que tenía derecho, así como para que no le impidieran seguir prestando sus servicios en el Ejército Mexicano; es decir, para que se le permitiera continuar en activo en dicha institución.

Ahora bien, el artículo 124, fracción II, de la Ley de Amparo establece:

Artículo 124. Fuera de los casos a que se refiere el artículo anterior, la suspensión se decretará cuando concurren los requisitos siguientes:

I. ...

II. Que no se siga perjuicio al interés social, ni se contravengan disposiciones de orden público.

Se considera, entre otros casos, que sí se siguen esos perjuicios o se realizan esas contravenciones, cuando de concederse la suspensión:

a) Se continúe el funcionamiento de centros de vicio, de lenocinios, la producción y el comercio de drogas enervantes;

b) Se permita la consumación o continuación de delitos o de sus efectos;

c) Se permita el alza de precios con relación a artículos de primera necesidad o bien de consumo necesario;

d) Se impida la ejecución de medidas para combatir epidemias de carácter grave, el peligro de invasión de enfermedades exóticas en el país, o la campaña contra el alcoholismo y la venta de sustancias que envenenen al individuo o degeneren la raza;

e) Se permita el incumplimiento de las órdenes militares; ...

Conforme al texto anterior, la Segunda Sala del Alto Tribunal consideró que en el presente asunto no se cumplen los supuestos trascritos, ya que no se sigue perjuicio al interés social ni se contravienen disposiciones de orden público.

En este caso, se solicitó la suspensión de la declaratoria de procedencia del retiro para permitirle al quejoso continuar en activo en el Ejército Mexicano, hasta en tanto se dictara la resolución correspondiente derivada de esa declaratoria, con lo cual no se impide a la sociedad obtener un beneficio ni se permite alterar la organización de una colectividad.

La Segunda Sala agregó que el hecho de que un miembro del Ejército Mexicano padezca el VIH no evidencia, salvo en casos graves, que se encuentre imposibilitado físicamente para desempeñar las funciones propias de su puesto o que las desarrolle indebidamente; por tanto, bien puede cumplir con los principios de legalidad, honradez, lealtad, imparcialidad, eficiencia, disciplina y organización que rigen a los servidores de la administración pública.

Por otra parte, afirmó que el hecho de que el quejoso continuara en el desempeño de sus labores, no constituye un peligro real e inminente en perjuicio de los demás servidores o de la sociedad, pues tal enfermedad no se contagia por la sola convivencia con un enfermo infectado por el VIH.

Declaró también que procedía conceder la suspensión de la declaratoria de procedencia definitiva de retiro del Ejército y Fuerza Aérea Mexicanos por enfermedad, para el único efecto de que el militar quejoso continuara prestando sus servicios como miembro activo de la referida institución en el cargo que desempeñaba, percibiendo los haberes correspondientes y la atención médica que requiriera él y su familia, incluyendo medicamentos, consultas, hospitalización y todo lo que fuera necesario para el tratamiento de su enfermedad, en el entendido de que el procedimiento de retiro debería continuar hasta el dictado de la resolución correspondiente y sin perjuicio de que los mandos militares competentes lo reubicaran en un diverso lugar acorde a su estado de salud.

5. TESIS DERIVADA DE LA RESOLUCIÓN

La Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación determinó el criterio a prevalecer, publicado en el *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Tomo XXIII, febrero de 2006, p. 660, tesis 2a./J. 2/2006, con el rubro y texto siguientes:

EJÉRCITO Y FUERZA AÉREA MEXICANOS. PROCEDE CONCEDER LA SUSPENSIÓN EN EL JUICIO DE AMPARO PROMOVIDO CONTRA LA DECLATORIA DE PROCEDENCIA DE RETIRO POR ENFERMEDAD DE SUS MIEMBROS (INICIO DE PROCEDIMIENTO DE BAJA).—

De conformidad con lo previsto en los artículos 124, fracción II y 138 de la Ley de Amparo, procede otorgar la suspensión del citado acto reclamado, para el único efecto de que el militar quejoso continúe prestando sus servicios como miembro activo del Ejército Mexicano, percibiendo los haberes correspondientes y la atención médica que requieren él y su familia, incluyendo medicamentos, consultas, hospitalización y todo lo que resulte necesario para su tratamiento médico, en el entendido de que el procedimiento de retiro respectivo deberá continuar hasta el dictado de la resolución correspondiente y sin perjuicio de que los mandos militares competentes lo reubiquen acorde a su estado de salud.