

IV. AMPARO EN REVISIÓN 307/2007

1. ANTECEDENTES

El 26 de octubre de 2004, se presentó en la Oficina de Correspondencia Común de los Juzgados de Distrito en Materia Administrativa en el Distrito Federal, demanda de amparo en la cual un integrante de las Fuerzas Armadas Mexicanas solicitó la protección de la Justicia Federal en contra del Congreso de la Unión y el Presidente Constitucional de los Estados Unidos Mexicanos por la aprobación, expedición, promulgación y publicación de la Ley del Instituto de Seguridad Social para las Fuerzas Armadas Mexicanas (ISSFAM),²⁷ en específico respecto de los artículos 24, fracción IV y 226, fracción 45, de la Segunda Categoría.

²⁷ Publicada en el Diario Oficial de la Federación el 9 de julio de 2003.

También solicitó el amparo en contra de los actos de diversas autoridades militares de la Secretaría de la Defensa Nacional, consistentes en la expedición de los oficios en los que se declaró la procedencia definitiva de retiro por inutilidad en actos fuera del servicio; el acuerdo para iniciar el trámite de dicho retiro; las declaraciones provisionales y definitivas de procedencia de dicho retiro; el dictamen y la resolución de la Junta Directiva del Instituto de Seguridad Social para las Fuerzas Armadas; la abstención de cubrirles los haberes y respetarles los niveles a que tenían derecho; el impedimento de seguir prestando sus servicios al Ejército Mexicano, y la negativa de proporcionarles tanto el tratamiento médico como los medicamentos que les eran esenciales para una adecuada atención a la infección causada por el VIH, que fue el motivo por el cual se emitieron todos los anteriores actos.

En dicha demanda, el quejoso estimó violadas en su perjuicio las garantías consagradas en los artículos 1o., párrafos primero y tercero, 4o., párrafo tercero, 14, párrafos primero y segundo y 16, párrafo primero, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

La demanda la conoció el Juzgado Quinto de Distrito en Materia Administrativa en el Distrito Federal, el cual la admitió a trámite y ordenó registrarla con el número 1757/2004.

Llevados a cabo los trámites de ley, el Juez celebró la audiencia constitucional y dictó la resolución, el 17 de abril siguiente, en la que sobreseyó en el juicio.

Contra esa sentencia el quejoso interpuso recurso de revisión y la autoridad responsable el de revisión adhesiva, los

cuales fueron tramitados ante el Octavo Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito quien los admitió a trámite y ordenó su registro bajo el número de expediente 305/2006, y el 26 de marzo de 2007 dictó sentencia.

En el texto de la sentencia, el Tribunal declaró firme el sobreseimiento decretado por el Juez de Distrito sobre la inexistencia de los actos reclamados, consistentes en la aprobación, expedición y publicación de la mencionada ley en virtud de que el quejoso no expresó agravios en su contra.

Por la misma razón dejó firme el sobreseimiento respecto de diferentes actos de ejecución reclamados a las autoridades militares como el Acuerdo por el cual el Secretario de la Defensa Nacional determinó que el quejoso recurrente, causaba baja en la institución y se le daba de alta en situación de retiro y la ejecución de dichos actos reclamados.

Por otra parte, el Tribunal Colegiado de Circuito declaró fundados los agravios expresados por el quejoso recurrente, y juzgó incorrecta la determinación del Juez de Distrito de decretar el sobreseimiento en el juicio respecto de los preceptos legales reclamados y de la resolución sobre la declaración de procedencia de retiro por inutilidad, sobre la base de que en dicha resolución se actualizaron los mismos supuestos normativos que se aplicaron en la declaración provisional de procedencia de retiro por inutilidad conforme a la abrogada Ley del Instituto de Seguridad Social para las Fuerzas Armadas Mexicanas ya que aun en el evento de que se tratara de las mismas hipótesis normativas, ello no sería impedimento para que el juicio de amparo resultara procedente, toda vez que por ser un nuevo acto legislativo, era posible su impugnación.

El Tribunal declaró inexacta la determinación del Juez de Distrito, en el sentido de sobreseer en el juicio de amparo respecto del acto reclamado consistente en el oficio por el que se declaró la procedencia definitiva de retiro del activo del quejoso, por inutilidad en actos fuera del servicio, pues en el caso se considera que el juicio resulta procedente, de conformidad con lo previsto en la fracción IV del artículo 114, de la Ley de Amparo, al reclamarse actos que tienen sobre el quejoso una ejecución de imposible reparación.

El Tribunal declaró ineficaces los agravios de la revisión adhesiva, por haber resultado fundados los agravios de la revisión principal y calificó de infundados los restantes porque en este caso operaba en favor del quejoso la excepción al principio de definitividad que prevé el artículo 73, fracción XII, de la Ley de Amparo, al establecer que cuando contra el primer acto de aplicación proceda algún recurso o medio de defensa legal, por virtud del cual pueda ser modificado, revo- cado o nulificado, será optativo para el interesado agotar el medio ordinario de defensa o bien, acudir directamente al juicio de garantías.

El Tribunal Colegiado de Circuito estableció que el oficio mediante el cual se resolvió el recurso de inconformidad interpuesto por el quejoso y se declaró la procedencia definitiva de retiro del activo, contrario a lo sostenido por la autoridad recurrente adhesiva, sí tenía una ejecución de imposible repa- ración, pues afectaba de modo directo e inmediato sus dere- chos sustantivos, ya que ese acto no volvería a ser analizado en las demás etapas que integran el procedimiento de retiro, incluyendo aquella con la que se da fin. Bajo estos argumen-

tos, determinó modificar la sentencia recurrida y remitir los autos a la Suprema Corte de Justicia de la Nación.²⁸

2. TRÁMITE ANTE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN

Por auto de 19 de abril de 2007, del Presidente en funciones de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, ésta asumió su competencia originaria para conocer del recurso de revisión interpuesto,²⁹ el cual fue registrado con el número 307/2007; se ordenó dar vista al procurador general de la República para que si lo estimaba conveniente, formulara el pedimento respectivo, quien se abstuvo de realizar manifestación alguna y se ordenó que en su oportunidad se turnaran los autos al señor Ministro Juan N. Silva Meza, para la elaboración del proyecto de resolución correspondiente.

La Suprema Corte expresó que en virtud de que el Juez a quo sobreseyó en el juicio y, por tanto, dejó de analizar los conceptos de violación relativos al tema de inconstitucionalidad planteado por el quejoso,³⁰ procedería al estudio de éstos

²⁸ Lo anterior al no advertirse configurada alguna hipótesis de competencia delegada establecida en el Acuerdo General 5/2001, del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, por lo que corresponde a la competencia originaria de la Suprema Corte de Justicia de la Nación conocer del asunto, respecto de los preceptos legales cuya inconstitucionalidad planteó el quejoso, además de no existir jurisprudencia de la propia Suprema Corte sobre el punto en cuestión.

²⁹ De conformidad con lo previsto en los artículos 107, fracción VIII, inciso a), de la Constitución General de la República; cuarto transitorio del Decreto de Reformas a ésta, de 10 de junio de 1999; 84, fracción I, inciso a) de la Ley de Amparo y 10, fracción II, inciso a) de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, en relación con lo dispuesto en el Punto Tercero, fracción II, del Acuerdo General Plenario 5/2001, del 21 de junio de 2001, en virtud de que se interpuso en contra de una sentencia dictada por un Juez de Distrito en la audiencia constitucional de un juicio de amparo, en donde se reclamó la inconstitucionalidad de los artículos 21, 22, fracción I, 24, fracción IV, 35, 36, 142, 145 y 226, segunda categoría, fracción 45, de la Ley del Instituto de Seguridad Social para las Fuerzas Armadas Mexicanas, en vigor a partir del 8 de agosto de 2003.

³⁰ Con fundamento en el artículo 91, fracción I, de la Ley de Amparo.

en lo relativo a los artículos 24, fracción IV, y 226, Segunda Categoría, fracción 45, de la Ley del Instituto de Seguridad Social para las Fuerzas Armadas Mexicanas.

En sus conceptos de violación, el quejoso argumentó que los anteriores preceptos eran violatorios de las garantías de igualdad, de no discriminación, de protección de la salud y de audiencia que tutelan los artículos 1o., párrafos primero y tercero; 4o., párrafo tercero; así como 14, párrafo segundo, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Por lo que respecta al artículo 24, fracción IV, de la Ley del ISSFAM el quejoso manifestó que viola su garantía de audiencia, ya que no especifica lo que significan las expresiones "inutilización" y "quedar inutilizado" que se emplean en dicho precepto como supuesto de procedencia del retiro, y no hace referencia a un estado de salud determinado, al omitir citar en forma precisa en qué casos y bajo qué condiciones debe considerarse que un militar queda inutilizado para seguir prestando sus servicios en las fuerzas armadas.

La norma mencionada en el párrafo anterior, únicamente remite a las tablas de enfermedades previstas como causas de retiro de las fuerzas armadas mexicanas, ya que el artículo 226, Segunda Categoría, fracción 45 señala, como una de ellas, el hecho de que los militares posean seropositividad a los anticuerpos contra los virus de la inmunodeficiencia humana, y que este hecho esté confirmado con pruebas suplementarias, ello sin tomar en cuenta la evidencia empírica y científica que acredita que entre este momento y aquel en que se manifiesta la sintomatología del SIDA, puede transcurrir un sinnúmero número de años; y que, para que se haga una distinción entre

los que están infectados y los que no lo están, la norma en cuestión no hace referencia a un estado de salud cierto y determinado; esto es, no define expresamente cuáles son los diversos grados de afectación a la salud que permitan concluir en qué casos y bajo qué condiciones debe considerarse que un militar queda inutilizado para seguir prestando sus servicios a las fuerzas armadas, por lo que tienen que tomarse en cuenta las condiciones de salud específicas y concretas para cada caso. El no hacer esta distinción se traduce en un trato discriminatorio entre los militares con VIH y los que no lo tienen.

Sobre este argumento, el Alto Tribunal manifestó que este concepto de violación era infundado, porque si se hace una interpretación sistemática de la ley se concluye que sí están contemplados tales grados de afectación en la misma norma a estudio.

Por último, el quejoso expresó que el procedimiento de retiro por causa forzosa contravenía la garantía de audiencia en virtud de que los actos privativos de derechos debían ser precedidos de un juicio en el que se respeten las formalidades esenciales del procedimiento, dentro de las cuales se encuentra la oportunidad de desahogar pruebas.

Al respecto, el Pleno de la Suprema Corte de Justicia advirtió que la ley contempla un procedimiento administrativo para determinar si existe o no una causal de retiro de un militar, que es la que en principio reviste el carácter de provisional, y que puede ser impugnada por el militar afectado, al manifestar su inconformidad con el correlativo derecho de ofrecer pruebas, ya que el numeral 188 establece que cuando la Secretaría de la Defensa Nacional o la de Marina, según se trate,

declaren fundada y motivadamente la procedencia o la improcedencia del retiro, deberán notificar al militar, dándole a conocer, en su caso, el cómputo de sus servicios y el grado con el que será retirado, para que dentro de un plazo de quince días, manifieste su conformidad o formule su inconformidad —expresando objeciones—, y que con posterioridad dicha Secretaría emitirá la declaración definitiva, en la cual tiene el deber de resolver las objeciones formuladas por el militar, aceptándolas o negándolas, y valorando las pruebas y cuestiones alegadas.

Por lo anterior, el gobernado siempre estará en aptitud de demostrar los diversos supuestos que le permitan modificar la resolución preliminar, como pueden ser: que no está inutilizado, o bien, que su inutilización fue en actos de servicio y no en actos fuera de servicio, entre otros; por lo que se respetan las formalidades esenciales del procedimiento para no dejar al gobernado en estado de indefensión.³¹

Además, la obligación de la autoridad legislativa es prever en sus leyes los procedimientos necesarios para que se oiga a los interesados y se les dé oportunidad de defensa en aquellos casos en que resulten afectados sus derechos, pero no está obligada a oír a los posibles afectados por una ley antes de que ésta se expida.³²

Por último y en lo que respecta al argumento de que la ley no especifica qué debe entenderse por "inutilizado", la Suprema

³¹ Semanario..., op. cit., Novena Época, Tomo II, diciembre de 1995, p. 133, tesis P/J. 47/95, de rubro: "FORMALIDADES ESENCIALES DEL PROCEDIMIENTO. SON LAS QUE GARANTIZAN UNA ADECUADA Y OPORTUNA DEFENSA PREVIA AL ACTO PRIVATIVO"; IUS: 200234.

³² Informe 1982, Séptima Época, Parte I, p. 333, tesis 1, de rubro: "AUDIENCIA, GARANTIA DE OBLIGACIONES DEL PODER LEGISLATIVO FRENTE A LOS PARTICULARS"; IUS: 815131.

Corte de Justicia ha determinado que si bien la claridad de las leyes constituye un imperativo para evitar su ambigüedad, confusión o contradicción, lo cierto es que ningún precepto de la Constitución exige que el legislador defina los vocablos o las locuciones que utilizan las leyes, por lo que la inconstitucionalidad de una norma de carácter general no puede derivar de la deficiencia en la definición o la irregularidad en su redacción.³³

Asimismo, que la palabra "inutilizado" no es ambigua, confusa o contradictoria, pues conforme al diccionario la palabra "inútil" tiene un sentido castrense:

Inútil: (Del lat. *Inutilis*).

1. adj. No útil. Apl. a pers., U.t.c.s.
2. adj. Dicho de una persona: Que no puede trabajar o moverse por impedimento físico. U.t.c.s.
3. adj. Dicho de una persona: Que no es apta para el servicio militar. U.t.c.s.³⁴

Por tanto, el adjetivo "inútil" tiene un sentido específico en materia militar que no genera inseguridad jurídica para los quejoso, a pesar de que la definición no está contenida en la propia ley.

En consecuencia, el Máximo Tribunal del país consideró fundado y suficiente para declarar la inconstitucionalidad de

³³ Semanario..., op. cit., Novena Época, Tomo XXII, agosto de 2005, p. 310, tesis 2a./J. 92/2005; IUS: 177584; Tomo XX, octubre de 2004, p. 170, tesis 1a./J. 83/2004; IUS: 180326.

³⁴ Diccionario de la Lengua Española, Real Academia Española, tomo II, 21a. ed., Ed. Espasa Calpe, Madrid, 1992, p. 1184.

dicho numeral el argumento esgrimido por el quejoso consistente en que el artículo 226, Segunda Categoría, fracción 45, de la Ley del ISSFAM,³⁵ es violatorio de las garantías individuales de igualdad y de no discriminación por razón de salud, previstas en el artículo 1o., en relación con el artículo 4o., constitucional; partió para ello del análisis de las normas involucradas, las cuales en lo conducente disponen:

Art. 1o. En los Estados Unidos Mexicanos todo individuo 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.

...

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

Art. 4o. ...

Toda persona tiene derecho a la protección de la salud. La Ley definirá las bases y modalidades para el acceso a los servicios de salud y establecerá la concurrencia de la Federación y las entidades federativas en materia de salubridad general, conforme a lo que dispone la fracción XVI del artículo 73 de esta Constitución.

....

³⁵ Publicada en el Diario Oficial de la Federación el 9 de julio de 2003.

3. ARTÍCULOS IMPUGNADOS DE LA LEY DEL INSTITUTO DE SEGURIDAD SOCIAL PARA LAS FUERZAS ARMADAS MEXICANAS

Los preceptos legales de la Ley del ISSFAM relevantes para la resolución del presente asunto, son los siguientes:

Artículo 21. Retiro es la facultad que tiene el Estado y que ejerce por conducto de las Secretarías de la Defensa Nacional y de Marina para separar del activo a los militares al ocurrir alguna de las causales previstas en esta ley.

Situación de retiro es aquella en que son colocados, mediante órdenes expresas, los militares con la suma de derechos y obligaciones que fija esta ley, al ejercer el Estado la facultad que señala el párrafo anterior. Los militares con licencia ilimitada para ser retirados deberán presentar su solicitud ante las Secretarías de la Defensa Nacional o de Marina, en su caso.

Haber de retiro es la prestación económica vitalicia a que tienen derecho los militares retirados en los casos y condiciones que fija esta ley. Una vez integrado el haber de retiro en los términos del artículo 31 de la presente ley, será considerado como un solo concepto para todos los efectos legales.

El sobrehaber promedio se conforma con el resultante entre el sobrehaber mínimo y el máximo imperante en la República, aplicado al porcentaje que correspondió a su retiro.

Pensión es la prestación económica vitalicia a que tienen derecho los familiares de los militares en los casos y condiciones que fije esta ley.

Compensación es la prestación económica a que tienen derecho los militares retirados, en una sola exhibición, cada vez que el militar sea puesto en situación de retiro, en los casos y condiciones que fija esta Ley.

Artículo 22. Tienen derecho a las prestaciones que establece el presente capítulo, únicamente en los casos y condiciones que se especifican:

...

IV. Quedar inutilizado en actos fuera del servicio; ...

Artículo 35. Los militares que hayan llegado a la edad límite que fija el artículo 25 de esta ley; los que se hayan inutilizado fuera de actos del servicio, los imposibilitados para el desempeño de las obligaciones militares a causa de enfermedad que dure más de seis meses y los que soliciten su retiro voluntariamente, siempre que en todos los casos anteriores se les computen cuando menos 20 años de servicios, tienen derecho a un haber de retiro, en cuya cuota se tomarán en cuenta los años de servicios en la forma siguiente:

Años de Servicios	Tanto por Ciento
20	60%
21	62%
22	65%
23	68%
24	71%
25	75%
26	80%
27	85%
28	90%
29	95%

Los militares con padecimientos catalogados en la tercera categoría o con trastornos funcionales de menos del 20% que ameriten cambio de arma, cuerpo o servicio podrán ser cambiados del que pertenezcan, a juicio de la Secretaría de la Defensa Nacional o de Marina, en su caso, de la siguiente manera:

- I. Para el personal del activo del Ejército y Fuerza Aérea, se estará a lo dispuesto en el artículo 164 de la Ley Orgánica del Ejército y Fuerza Aérea Mexicanos;
- II. El personal del activo de la Armada podrá ser cambiado de un cuerpo a un servicio, de un servicio a otro, de una escala y especialidad a otra, debiendo recibir un curso de capacitación. Su nueva patente o nombramiento se expedirá con la antigüedad que tenga el interesado en su empleo.

Cuando se trate de padecimientos señalados en la tercera categoría y la Secretaría correspondiente opte por retirar del activo al militar, el cálculo de su haber de retiro se hará con base en lo dispuesto para los de segunda categoría de inutilización.

Artículo 36. Tienen derecho a compensación los militares que tengan cinco o más años de servicio, sin llegar a veinte, que se encuentren comprendidos en los siguientes casos:

- I. Haber llegado a la edad límite que fija el artículo 25 de esta ley;
- II. Haberse inutilizado en actos fuera de servicio;
- III. Estar en el caso previsto por la fracción V del artículo 24 de esta ley;

IV. Haber causado baja en el activo y alta en la reserva los soldados, marineros y cabos que no hayan sido reenganchados, y

V. El personal de la milicia auxiliar que haya sido separado del activo por órdenes expresas de la Secretaría de origen por no ser necesarios sus servicios.

Artículo 142. La atención médica quirúrgica es el sistema por el cual se trata de conservar la salud de las personas, entendiéndose por este concepto no sólo la ausencia de enfermedad, sino también el bienestar físico y mental.

La atención médico-quirúrgica a los militares con haber de retiro y a los familiares de los militares que perciban haberes y haber de retiro, se prestará por el Instituto en sus propias instalaciones o como servicio subrogado, con base en la aportación del Gobierno Federal especificada en el artículo 221 de esta ley.

También tendrán derecho al servicio médico integral en los términos señalados en el párrafo que antecede, los derechohabientes del militar sentenciado a cumplir una pena privativa de libertad, que no haya sido destituido de su empleo.

Los familiares de militares que tienen derecho a esta prestación son:

I. El cónyuge o en su defecto la concubina o concubinario siempre y cuando el militar haya hecho la designación de dicha persona en los términos del artículo 160 de esta ley;

- II. Los hijos solteros menores de 18 años;
- III. Los hijos mayores de edad que se encuentren estudiando en planteles oficiales incorporados, con límite hasta de 25 años, excepcionalmente y a juicio del Instituto, podrá extenderse este beneficio hasta los 30 años de edad, si además de cubrir los requisitos mencionados, están realizando estudios a nivel licenciatura o superiores y demuestran su dependencia económica;
- IV. Los hijos incapacitados o imposibilitados para trabajar en forma total y permanente, y
- V. El padre y la madre.

Artículo 145. La atención médico-quirúrgica incluye además, la asistencia hospitalaria y farmacéutica necesaria y, en su caso, obstetricia, prótesis y ortopedia y rehabilitación de los incapacitados, así como la medicina preventiva y social y la educación higiénica.

Artículo 226. Para la determinación de las categorías y grados de accidentes o enfermedades que den origen a retiro por inutilidad se aplicarán las siguientes tablas:

...

Segunda Categoría

...

45. La seropositividad a los anticuerpos contra los virus de la inmunodeficiencia humana confirmada con pruebas complementarias.

4. PREMISAS QUE SIRVIERON DE BASE PARA RESOLVER

a) *Suficiencia del planteamiento de inconstitucionalidad para abordar el estudio de fondo del asunto*

El Alto Tribunal consideró suficiente el planteamiento genérico del quejoso, en su demanda, respecto de la violación de las garantías contenidas en el artículo 1o., relacionado con el numeral 4o. de la Constitución Federal, para abordar el estudio propuesto, en virtud de que la garantía de igualdad contemplada en la Constitución, y en especial respecto de la no discriminación por razón de salud hacia las personas, limita al legislador para hacer diferencias entre los individuos en las normas que emita y, el Juez constitucional debe, además, tomar en cuenta la protección de la dignidad del ser humano, que es uno de los fines de todo orden jurídico conforme el principio *pro homine*, en virtud del cual la interpretación jurídica siempre debe buscar el mayor beneficio para el hombre; es decir, debe acudirse a una interpretación extensiva cuando se trata de reconocer derechos protegidos.

b) *Reconocimiento constitucional de un régimen de excepción en las fuerzas armadas*

Las Fuerzas Armadas Mexicanas se encuentran bajo un régimen de excepción, de conformidad con los artículos 13, 31, 32, 123, Apartado B, fracción XIII y 129 de la Constitución dada la importancia que tienen para la sociedad mexicana y su eficaz funcionamiento; asimismo, el ejercicio de las garantías individuales, por parte de sus integrantes, tiene un tratamiento particular por estar comprendidas dentro de lo que

la doctrina denomina "relaciones de sujeción especial".³⁶ Éstas actúan como sustento legitimador para limitar —en cierta medida— las garantías constitucionales de ciertos individuos que forman parte del Estado, en razón de sus funciones, por ejemplo servidores públicos,³⁷ militares, reclusos, etcétera.

c) Aplicabilidad de las garantías individuales de igualdad y no discriminación por razón de salud, para el legislador en materia castrense

La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha sostenido el criterio de que los militares gozan de las garantías individuales consagradas en la Constitución;³⁸ por tanto, la legislación en materia castrense no constituye un ámbito externo o superior a la Norma Máxima y está condicionada en su validez. Las garantías de igualdad y de no discriminación están contenidas en el artículo 1o., párrafo tercero de la Constitución General, por lo que dichas garantías son vinculantes para todos los poderes públicos, incluido el legislativo, respecto a la regulación de las relaciones entre la institución militar y los individuos que la integran.

³⁶ Semanario..., op. cit., Novena Época, Tomo II, octubre de 1995, p. 240, tesis 2a./J. 56/95, de rubro: 'ÓRDENES MILITARES PARA DETERMINAR SI LA SUSPENSIÓN ES PROCEDENTE DEBE ATENDERSE A SU CONTENIDO'; IUS: 200703; Tomo XX, octubre de 2004, tesis 2a./J. 153/2004, p. 373 de rubro: "ARRESTOS POR FALTAS CONTRA LA DISCIPLINA MILITAR. NO ES APLICABLE EL LÍMITE TEMPORAL DE TREINTA Y SEIS HORAS QUE PARA LOS ARRESTOS POR INFRACCIONES A LOS REGLAMENTOS GUBERNATIVOS Y DE POLICÍA PREVÉ EL ARTÍCULO 21 DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL"; Tomo XXIV, agosto de 2006, p. 261, tesis 1a. CXL/2006, de rubro: 'INSTITUTO DE SEGURIDAD SOCIAL PARA LAS FUERZAS ARMADAS MEXICANAS. EL ARTÍCULO 29, DE LA LEY RELATIVA, NO ES VIOLATORIO DE LA GARANTÍA DE IGUALDAD'; IUS: 174442.

³⁷ A este respecto conviene mencionar, por ejemplo, la imparcialidad o naturalidad valorativa que preside la actuación y comportamiento del funcionario judicial limita su libertad de expresión —en cierta medida— en función de las garantías institucionales de imparcialidad y objetividad.

³⁸ Semanario..., op. cit., Quinta Época, Tomo I, p. 442, tesis de rubro: 'GARANTIAS INDIVIDUALES'; IUS: 292225; Tomo CXII, p. 295, tesis de rubro: 'PETICIÓN, DERECHO DE (MILITARES)'; IUS: 317282; Tomo XLI, p. 2465, tesis de rubro: "BAJA EN EL EJÉRCITO"; IUS: 312998.

Ahora bien, no obstante que los militares son objeto de las ya mencionadas garantías, frente al legislador, por el régimen de excepción al cual pertenecen, se justifica una distinta intensidad del ejercicio de tales derechos constitucionales, por lo que el problema radica en determinar hasta qué punto el órgano elaborador de las leyes está autorizado para establecer diferenciaciones por razón de salud, en función de garantizar la eficacia de las fuerzas armadas, así como la protección e integridad de sus miembros y de terceras personas.

El derecho a la igualdad y a la no discriminación, establecido en la Constitución, no significa que el legislador en materia castrense tenga que colocar a todos en las mismas posiciones jurídicas, ni que tenga que procurar que todos presenten las mismas propiedades naturales y se encuentren en las mismas situaciones de hecho. Sin embargo, el principio de igualdad no puede limitarse a una práctica universalista de decisión, ya que el legislador podría llevar a cabo cualquier discriminación sin violarlo, siempre que la presentara bajo la forma de norma universal, algo que siempre es posible.

Por tanto, la garantía de igualdad se viola cuando para la diferenciación legal o para el tratamiento legal —según el caso— no es posible encontrar una razón suficiente que surja de la naturaleza de la materia regulada o que, de alguna otra forma, sea concretamente comprensible. Es decir, cuando la diferenciación sea desproporcionada, injustificada o arbitraria, lo que es aplicable incluso a la legislación emitida para regular lo relativo a las fuerzas armadas. En consecuencia, corresponde al Juez constitucional el análisis de la existencia de dicha razón como problema valorativo.

d) *Tratamiento del asunto como colisión entre principios constitucionales*

En el presente asunto, y por los intereses constitucionales invocados por las partes, se apreció una colisión de principios, ya que por un lado el principio de protección y salvaguarda de la eficacia del Ejército requiere la conservación de la disciplina militar y la posibilidad de que las autoridades en dicho ámbito puedan establecer ciertas medidas de seguridad, así como exigir determinadas condiciones físicas, mentales y de salud a los integrantes del Ejército. Por otro lado, las garantías de igualdad y de no discriminación por razón de salud exigen que todos los gobernados —incluyendo a los miembros del Ejército—, se encuentren protegidos frente a medidas que impliquen tratamientos diferenciados, desproporcionados, arbitrarios y/o injustificados.

Ahora bien, en caso de que una ley genere un conflicto entre uno o varios principios constitucionales, debe elegirse uno de ellos y dejar de aplicar el otro; lo anterior, porque una norma constitucional no puede dejar sin efectos el contenido de otra ya que, en primer lugar, ambas tienen la misma jerarquía y, en segundo, porque el principio de unidad de la Constitución exige que los valores y principios que contiene se interpreten de manera sistemática en relación con la totalidad de la Norma Suprema. Por ello cuando dos o más normas constitucionales interpretadas literal y aisladamente se contradicen, es necesario armonizar y balancear ambas disposiciones, con el fin de que todas ellas tengan eficacia, en alguna medida.³⁹

³⁹ *Semanario,...* op. cit., Octava Época, Tomo V, Primera Parte, tesis XXXIX/90, p. 17, de rubro: 'CONSTITUCIÓN, TODAS SUS NORMAS TIENEN LA MISMA JERARQUÍA Y NINGUNA DE ELLAS PUEDE DECLARARSE INCONSTITUCIONAL'; IUS: 205882.

En la ley reclamada, el legislador reguló el tema relativo a las causales de retiro por inutilidad de los miembros del Ejército, por razones de salud, e intentó establecer un balance entre los principios constitucionales en conflicto. Asimismo, estimó válida la posibilidad de considerar inútil a un militar y retirarlo por el simple hecho de tener VIH, por lo que, para el legislador, debe privilegiarse —de manera absoluta y plena— el interés constitucional de eficacia de las fuerzas armadas y proteger la integridad de sus miembros y de terceros, frente al interés del militar diagnosticado con VIH; ello inclusive al grado de hacer posible el retiro definitivo de éste, la consequente eliminación de sus percepciones y la sustracción de los beneficios de seguridad social que ordinariamente le corresponderían en activo. Sin embargo, también el legislador nos establece que el afectado está respaldado por las garantías de igualdad y no discriminación por razón de salud.

e) Criterios para la solución de conflictos entre principios constitucionales: aplicabilidad de los principios de proporcionalidad y razonabilidad jurídica

Las garantías individuales encuentran su límite, en ocasiones, en el interés público, y en la protección a las garantías constitucionales de terceros; sin embargo, ese hecho no conduce a determinar que las garantías individuales siempre deban ceder —en todo momento y en todo su contenido— frente a los anteriores.

El Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación se ha pronunciado en el sentido de que si la Constitución admite

restricciones de una garantía individual, por medio de la ley, el legislador —en su carácter de poder constituido— debe dejar intacto su núcleo. Lo anterior en virtud de que si se partiera de la premisa de que el legislador estuviera facultado para disponer absolutamente del contenido y eficacia de las garantías individuales, ello conduciría a la posibilidad de que pudiera colocarse por arriba del contenido axiológico y material de la Constitución Federal. Lo anterior, aunado a que uno de los caracteres esenciales de las garantías individuales es su capacidad de operar como límite a las decisiones mayoritarias, con independencia de que se le denomine interés público o de derechos constitucionales de terceros.

Para la solución de conflictos entre normas constitucionales y para establecer los límites del desarrollo y reglamentación legislativa de las garantías individuales, las nociones de contenido esencial y proporcionalidad constitucional —que se derivan como exigencia del principio de legalidad— son relevantes, ya que implican la idea de que el legislador puede limitar las garantías individuales siempre que lo haga de manera justificada, estableciendo una relación de proporcionalidad entre los medios y fines que pretende alcanzar a través de la medida de intervención respectiva.

La Constitución, al mismo tiempo que permite la restricción legislativa de las garantías constitucionales para salvaguardar otros bienes constitucionales, también posibilita el control judicial de las leyes; por tanto, la Norma Suprema, por una parte, impide al legislador que se exceda en sus facultades respecto

al desarrollo de tales garantías y, por otra, reconoce en todas ellas un contenido esencial, inherente, que no puede aniquilar poder constituido alguno, incluido el del legislativo.

Algunos tribunales del Estado mexicano,⁴⁰ y recientemente y con mayor claridad en algunos votos particulares, han comenzado a introducirse las nociones de contenido esencial de las garantías constitucionales y de proporcionalidad, en orden a racionalizar y hacer transparente el método de resolución de conflictos entre principios constitucionales.

Existen diversos criterios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación que, de una u otra forma, han venido reconociendo que el principio de proporcionalidad opera como límite de las garantías individuales,⁴¹ lo que pone de manifiesto que el legislador está autorizado para desarrollar los límites constitucionales de las garantías individuales y para reglamentar sus posibles conflictos. Sin embargo, dicha actividad está condicionada por los principios de razonabilidad y proporcionalidad jurídica, tomando en cuenta que existe la imposibilidad de que una ley secundaria nulifique injustificadamente el contenido de cualquiera de las garantías constitucionales en pugna, máxime que éstas son de superior entidad y jerarquía normativa.

⁴⁰ De manera ilustrativa, puede citarse el siguiente criterio: "DERECHOS CONSTITUCIONALES. LA VINCULACIÓN DE SUS LÍMITES EN EL ANÁLISIS DE LA CONSTITUCIONALIDAD DE UNA NORMA SECUNDARIA." *Semanario...*, op. cit., Novena Época, Tomo XVIII, noviembre de 2003, tesis I.1 o.A.100 A, p. 955; IUS: 182852.

⁴¹ *Semanario...*, op. cit., Quinta Época, Tomo LVII, p. 2498; IUS: 310334; Séptima Época, Volumen 181-186 Tercera Parte, p. 55; IUS: 237419; Novena Época, Tomo XVIII, agosto de 2003, tesis P.IX/2003, p. 54; IUS: 183374; y Tomo XIX, mayo de 2004, tesis 1a. LIII/2004, p. 513; IUS: 181552.

En ese orden de ideas, el Pleno de la Suprema Corte estableció que tratándose de la reglamentación de los conflictos entre normas constitucionales, el legislador debe actuar de manera acorde a los principios de razonabilidad y proporcionalidad jurídica.

De la jurisprudencia del Máximo Tribunal del país, entendida desde un punto de vista integral, se desprende que el cumplimiento de los principios constitucionales de razonabilidad y proporcionalidad jurídica, implican que la limitación de una garantía constitucional, por parte del legislador, requiere: a) perseguir una finalidad constitucionalmente legítima; b) ser adecuada, idónea, apta, susceptible de alcanzar la finalidad constitucional perseguida por el legislador a través de la limitación respectiva; c) ser necesaria, es decir, suficiente para alcanzar la finalidad constitucionalmente legítima, de tal forma que no implique una carga desmedida e injustificada para el gobernado respectivo, y d) ser razonable, de tal forma que cuanto más intenso sea el límite de la garantía individual, mayor debe ser el peso o jerarquía de las razones constitucionales que justifiquen dicha intervención.

Lo anterior ha sido abordado en diversas tesis del Alto Tribunal, al establecer que el Estado puede limitar la libertad que cada individuo, en la medida necesaria para asegurar la libertad de todos;⁴² que el legislador puede yedar el ejercicio de ciertas actividades, pero en una forma racional y legítima, obligado por exigencias sociales de carácter urgente

⁴² Semanario..., op. cit., Quinta Época, Tomo XL, p. 3630, de rubro: 'GARANTÍAS INDIVIDUALES ; IUS: 286719.

e inaplazable,⁴³ que el legislador, al establecer distinciones, lo debe hacer con una finalidad objetiva y constitucionalmente válida, es decir, sin introducir tratos desiguales de manera arbitraria, con racionalidad o adecuación de la distinción hecha por el legislador, lo que se traduce en que la introducción de una distinción constituya un medio apto para conducir al fin u objetivo que el legislador quiere alcanzar; la proporcionalidad, que significa que el legislador no puede tratar de alcanzar objetivos constitucionalmente legítimos de un modo abiertamente desproporcional, de manera que el juzgador debe determinar si la distinción legislativa se encuentra dentro del abanico de tratamientos que pueden considerarse proporcionales, habida cuenta de la situación de hecho, la finalidad de la ley y los bienes y derechos constitucionales afectados por ella.⁴⁴

Asimismo, el principio de proporcionalidad ha sido aplicado por la mayoría de los integrantes del Tribunal en Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación,⁴⁵ quienes determinan la inconstitucionalidad de un acto expropiatorio, decretado sin previa audiencia de los afectados, y consideran que la ley autorizaba a aplicar medidas alternativas proporcionales (menos gravosas para el derecho de propiedad y audiencia previa de los gobernados), suficientes para atender las necesidades públicas y sociales que, en su caso, justificaran dicha medida.⁴⁶ También tal principio en forma reciente fue aplicado

⁴³ *Ibid.*, Tomo LXI, p. 4026, de rubro: "LIBERTAD DE TRABAJO"; IUS: 330132.

⁴⁴ Semanario..., op. cit., Novena Época, Tomo XXIV, septiembre de 2006, p. 75, tesis 1a./J. 55/2006, de rubro: "IGUALDAD. CRITERIOS PARA DETERMINAR SI EL LEGISLADOR RESPETA ESE PRINCIPIO CONSTITUCIONAL"; IUS: 174247.

⁴⁵ Al resolver el amparo en revisión 1133/2004 promovido por Fomento Azucarero del Golfo, sociedad anónima de capital variable, en su sesión de 16 de enero de 2006.

⁴⁶ Dicha determinación generó la interrupción del criterio sustentado en la tesis jurisprudencial número 65/95 de rubro: "EXPROPIACIÓN. LA GARANTÍA DE PREVIA AUDIENCIA NO RIGE EN MATERIA DE".

por la Segunda Sala de la Suprema Corte, al examinarse planteamientos relacionados con la constitucionalidad del impuesto al valor agregado.⁴⁷

f) Examen de la constitucionalidad de la causa legal de retiro por inutilidad basada en la seropositividad a los anticuerpos contra el virus de la inmunodeficiencia humana (VIH)

El Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación estableció que la ciencia médica se ha pronunciado en el sentido de que no supone algún beneficio para la salud pública, aislar a una persona que tiene el VIH o SIDA, simplemente por estar infectado, ya que ese padecimiento no puede transmitirse mediante el contacto casual o por vía respiratoria, y que lo anterior también se ha visto reflejado en distintas normas nacionales e internacionales.

Esa interpretación jurídica estuvo respaldada no sólo por la información médica de que se allegó el Máximo Tribunal del país, con base en el artículo 79 del Código Federal de Procedimientos Civiles,⁴⁸ de aplicación supletoria a la Ley

⁴⁷ Amparo en revisión 1160/2006 (Universidad Regiomontana, asociación civil), 1342/2006 (Multasistencia, sociedad anónima de capital variable), 1383/2006 (Maquinaria Diesel, sociedad anónima de capital variable), 278/2006 (Casa Mexicana del Pacífico, sociedad de responsabilidad limitada de capital variable) y 1416/2006 (Inmobiliaria Nacional Mexicana, sociedad de responsabilidad limitada de capital variable), resueltos en sesión pública de 21 de febrero de 2007.

⁴⁸ Código Federal de Procedimientos Civiles, Artículo 79. Para conocer la verdad, puede el juzgador valerse de cualquier persona, sea parte o tercero, y de cualquier cosa o documento, ya sea que pertenezca a las partes o a un tercero, sin más limitaciones que las de que las pruebas estén reconocidas por la ley y tengan relación inmediata con los hechos controvertidos. Los tribunales no tienen límites temporales para ordenar la aportación de las pruebas que juzguen indispensables para formar su convicción respecto del contenido de la litis, ni rigen para ellos las limitaciones y prohibiciones, en materia de prueba, establecidas en relación con las partes'.

de Amparo, sino también por las siguientes directrices nacionales e internacionales de carácter especializado:

Los numerales 4 y 6.3 de la Norma Oficial Mexicana NOM-010-SSA2-1993, para la Prevención y Control de la Infección por Virus de la Inmunodeficiencia Humana,⁴⁹ que establecen:

4. Disposiciones generales

4.1 La infección por Virus de la Inmunodeficiencia Humana (VIH) es causada por los Retrovirus VIH-1 y VIH-2, y se transmite de la manera siguiente:

4.1.1 por contacto sexual con persona infectada por el VIH;

4.1.2 por transfusión de sangre contaminada y sus componentes;

4.1.3 por el uso de agujas y otros instrumentos punzocortantes contaminados;

4.1.4 de una madre infectada a su hijo, durante el período perinatal por vía transplacentaria, por contacto con sangre o secreciones en el canal del parto o a través de la leche materna, y

4.1.5 por trasplante de órganos y tejidos contaminados.

4.2 Los grupos de población con mayor probabilidad de adquirir la infección por VIH son los siguientes:

4.2.1 aquéllos que realizan prácticas sexuales de alto riesgo:

a) hombres y mujeres que tienen varios compañeros sexuales, independientemente de su preferencia sexual;

b) hombres y mujeres que padecen alguna enfermedad de transmisión sexual; y

⁴⁹ Publicada en el Diario Oficial de la Federación el 17 de enero de 1995.

c) compañeros sexuales de:

- personas con VIH/SIDA;
- personas que a su vez tienen varios compañeros sexuales;
- transfundidos entre 1980 a 1987;
- usuarios de drogas intravenosas; y
- hemofílicos.

4.2.2 usuarios de drogas que utilizan la vía intravenosa y comparten agujas o jeringas contaminadas.

4.2.3 aquéllos expuestos a condiciones de alto riesgo:

a) hemofílicos y transfundidos entre los años de 1980 y 1987.

b) personas transfundidas después de 1987 con sangre o hemoderivados que no hayan sido sometidos a la prueba de detección del VIH.

c) hijos nacidos de mujeres ya infectadas con VIH/SIDA.

4.2.4 quienes se encuentran expuestos a condiciones de bajo riesgo: a) personal de salud o personas que atienden a pacientes y que presentan cortaduras, punciones accidentales con agujas contaminadas, o salpicadura de sangre o secreciones.

b) personas que tengan punción con agujas potencialmente contaminadas por sangre, como las usadas en acupuntura y tatuajes.

...

6.3 Toda detección del VIH/SIDA se regirá por los siguientes criterios:

6.3.1 Será considerada como cualquier otro recurso auxiliar para el diagnóstico;

6.3.2 No se utilizará para fines ajenos a los de protección de la salud sin menoscabo de la orden judicial la cual deberá acatarse en todo momento;

6.3.3 No se solicitará como requisito para el ingreso a actividades, el acceso a bienes y servicios, contraer matrimonio, obtener empleo, formar parte de instituciones educativas, o para recibir atención médica;

6.3.4 No deberá ser considerada como causal para la rescisión de un contrato laboral, la expulsión de una escuela, la evacuación de una vivienda, la salida del país o ingreso al mismo, tanto de nacionales como de extranjeros. En el caso de estos últimos, no será causal para negar residencia ni podrá ser utilizada para la deportación.

6.3.5 Se regirá por los criterios de consentimiento informado y confidencialidad; es decir, que quien se somete a análisis, deberá hacerlo con conocimiento suficiente, en forma voluntaria y seguro de que se respetará su derecho a la privacidad y la confidencialidad del expediente clínico.

Asimismo, los artículos 33, 34 y 35 de la Declaración de Derechos y Humanidad sobre el Virus de Inmunodeficiencia Humana (VIH) y el Síndrome de Inmunodeficiencia Adquirida (SIDA)⁵⁰ establecen:

Artículo 33. No supone ningún beneficio para la salud pública el aislar a una persona de la que se crea que tiene el VIH o el SIDA simplemente por razón de la infección con VIH, puesto que este virus no puede transmitirse mediante el contacto casual o por vía respiratoria. Además, la discriminación y estigmatización de personas con VIH y SIDA o de personas consideradas como expuestas a la infección plantea amenazas a la salud y el bienestar públicos. El temor de la discriminación y la estigmatización puede hacer que quienes piensan que pueden estarlo tomen medidas para evitar el contacto con autoridades sanitarias y otras autoridades públicas. A consecuencia de ello podría resultar difícil llegar a las personas más necesitadas de información,

⁵⁰ Dada a conocer en 1992 como anexo al documento E/CN.4/1992/82 de la Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas.

formación y asesoramiento, dificultando así los esfuerzos para impedir la propagación del VIH.

Artículo 34. Las medidas coercitivas como el aislamiento por razón de la sospecha de infección con VIH o de infec-
ción real no sólo violan los derechos de las personas directa-
mente interesadas sino que también son contrarias a la
obligación de los Estados de proteger la salud pública.

Artículo 35. El deber de proteger la salud pública requiere
que los Estados introduzcan medidas para proteger a perso-
nas con VIH y SIDA de la discriminación y el estigma social.
Los Estados deben examinar de nuevo sus leyes y regla-
mentos de salud pública y derogar o revisar cualesquiera
leyes o prácticas que sean injustificablemente coercitivas
o perjudiciales para el desarrollo de un medio ambiente
favorable para las personas con mala salud.

Lineamientos que se relacionan con la Declaración de
compromiso en la lucha contra el VIH/SIDA (A/S-26/L.2),⁵¹
en cuyo punto 58 se prevé:

58. Para 2003, promulgar, fortalecer o hacer cumplir,
según proceda, leyes, reglamentos y otras medidas a fin
de eliminar todas las formas de discriminación contra las
personas que viven con VIH/SIDA y los miembros de grupos
vulnerables, y asegurarles el pleno disfrute de todos sus dere-
chos humanos y libertades fundamentales; en particular,
darles acceso a, entre otras cosas, educación, derecho de
sucesión, empleo, atención de la salud, servicios sociales
y de salud, prevención, apoyo, tratamiento, información y

⁵¹ Del 2 de agosto de 2001, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas.

protección jurídica, respetando al mismo tiempo su intimidad y la confidencialidad; y elaborar estrategias para combatir el estigma y la exclusión social asociados a la epidemia ...

Si bien los instrumentos antes transcritos no constituyen un parámetro autónomo para calificar la validez de las normas nacionales, su importancia radica en que otorgan elementos para establecer o determinar si es adecuado el ordenamiento jurídico, además de justificar objetivamente las decisiones sobre las garantías de igualdad y de no discriminación por razón de salud, a fin de cumplir con la garantía constitucional de motivación adecuada de las sentencias constitucionales.

La diferencia entre tener VIH o padecer SIDA es cuestión de tiempo, ya que el primero con el paso del tiempo da lugar al segundo, y el desarrollo de dicho proceso no necesariamente tiene como consecuencia que las personas que lo padecen sean —per se— agentes de contagio directo o individuos ineficaces para desempeñar las funciones requeridas dentro del Ejército.

En ese orden de ideas, se puede apreciar que el legislador no tomó en cuenta lo anterior y que puede llegar a transcurrir un número importante de años, antes de que el militar afectado no esté ya en condiciones de continuar prestando sus servicios dentro de las fuerzas armadas, sobre todo porque con los medicamentos de que se dispone actualmente, la expectativa de vida puede llegar a prolongarse por un periodo considerable de tiempo.

De igual forma, si lo que se busca con esas disposiciones es proteger la salud de los demás miembros del Ejército y de

la sociedad, debe decirse que el legislador está en la posibilidad de establecer las previsiones necesarias para que la institución castrense complemente las medidas preventivas y los mecanismos objetivos, razonables y no excesivos dirigidos a evitar riesgos de contagio, sin afectar las garantías individuales.

Además, es posible el traslado del afectado a un área distinta que sea acorde a las aptitudes físicas que va presentando durante el desarrollo del padecimiento, tal como sucede con diversas enfermedades incurables, lo que sería una alternativa menos gravosa para el individuo en relación con el goce y ejercicio de sus garantías individuales. De lo contrario y si en automático, por tener VIH, se le retira del servicio, sería una medida desproporcionada contraria a los principios de igualdad y de no discriminación por razón de salud, reconocidos constitucionalmente.

La anterior posibilidad ha sido considerada acorde a la Constitución y admitida, en consecuencia, por la Segunda Sala de este Alto Tribunal, según puede apreciarse del siguiente criterio:

EJÉRCITO Y FUERZA AÉREA MEXICANOS. PROCEDE CONCEDER LA SUSPENSIÓN EN EL JUICIO DE AMPARO PROMOVIDO CONTRA LA DECLARATORIA DE PROCEDENCIA DE RETIRO POR ENFERMEDAD DE SUS MIEMBROS (INICIO DEL 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.⁵²

Relacionado con lo anterior, cabe hacer mención que conforme a la Ley Orgánica del Ejército y Fuerza Aérea Mexicanos, los militares en el Ejército y Fuerza Aérea, atendiendo a la clase de servicios que desempeñan, se clasifican en: "I. De Arma; II. De Servicio; y III. Auxiliares".⁵³

También el Pleno del Máximo Tribunal se pronunció en el sentido de que incluso el argumento de protección de la salud de los demás miembros del Ejército y de la sociedad, en este caso, sería insuficiente para justificar, cuando menos, la supresión de los derechos de seguridad social que en activo corresponden al militar afectado.

Por lo anterior, el concepto de inutilidad contenido en la ley reclamada, y su equiparación con la existencia de enferme-

⁵² Semanario..., op. cit., Novena Época, Tomo XXIII, febrero de 2006, tesis 2a./J. 2/2006, p. 660; IUS: 175950.

⁵³ Los artículos 134, 135 y 136 de la ley citada proporcionan las definiciones de las clasificaciones de los militares, al siguiente tenor: "Artículo 134. Son Militares de Arma, los que técnicamente se educan para el mando, adiestramiento y conducción de Unidades de Combate; su carrera es profesional y permanente. Para los efectos de esta Ley, en la Fuerza Aérea, los Pilotos Aviadores pertenecen a esta clase". "Artículo 135. Son Militares de Servicio, los que técnicamente se educan para el mando, adiestramiento y conducción de las Unidades de los Servicios y para el Desempeño exclusivo de las actividades técnicas y profesionales, que corresponde llevar a cabo al Servicio al que pertenezcan; su carrera es profesional y permanente". "Artículo 136. Son Militares Auxiliares, los que desempeñan actividades técnicas y profesionales exclusivamente en los servicios del Ejército y Fuerza Aérea; mientras pertenezcan a esta clase, su permanencia en las Fuerzas Armadas, será fijada en el contrato respectivo".

dad o padecimiento —en el sentido indicado—, produce la inconstitucionalidad del artículo 226, Segunda Categoría, fracción 45, de la Ley del ISSFAM, porque sólo la causa constitucional admitida como justificante de baja, puede ser la incapacidad del militar de continuar ejerciendo funciones dentro de las fuerzas armadas, y no el mero padecimiento de una enfermedad, ni padecer el VIH.

Cabe hacer la comparación con el ámbito civil, en el que la sola presencia de un padecimiento o enfermedad, no impide necesariamente que un individuo se desempeñe con eficiencia en su trabajo, sino que dependerá del grado de afectación que tenga y del tipo de actividad que realice, para determinar la dimensión del daño o limitaciones que tenga para realizarlo.

Por tanto, establecer en la ley que la sola existencia de un diagnóstico positivo de contagio, conduce invariablemente a la imposibilidad absoluta de cumplir en forma adecuada con todo tipo de actividad laboral en una institución pública, constituye una decisión legislativa que se aparta de toda lógica y de la razón, pues bajo ese argumento habría múltiples casos en los que la identificación clínica de una enfermedad permitiría justificar la separación inmediata del trabajador, sin previamente analizar si sus efectos le impiden o no realizar sus actividades, ya que no es la ausencia de salud lo que faculta al empleador para separar de sus funciones al subordinado, sino la incapacidad de éste para poder llevar a cabo las tareas encomendadas, que es lo que debe tomarse en cuenta para retirar a una persona de sus labores. Esto en virtud de que es un hecho notorio⁵⁴ que las enfermedades son muy variadas y

⁵⁴ Semanario..., op. cit., Novena Época, Tomo XXIII, junio de 2006, tesis P.J. 74/2006, p. 963, de rubro: "HECHOS NOTORIOS. CONCEPTOS GENERAL Y JURÍDICO". Conforme al

se toleran o desarrollan de forma diferente, por lo que tener cualquier tipo de padecimiento no constituye motivo alguno que automáticamente haga prescindir de los servicios de quien lo sufre, sino únicamente en aquellos supuestos en los que por sus características, imposibiliten la realización del trabajo o que exista alto riesgo de contagio.

Para el caso específico que se analiza, la vida militar exige individuos aptos para las armas, lo que implica gozar de buena salud para enfrentar los riesgos de esa función, pero ello no significa que si se llega a enfermar invariablemente se le retire, ya que el padecimiento puede no llegar a inutilizarlo para el servicio, cuando apenas comienza o cuando ha sido controlado con las medicinas que le debe proporcionar el instituto armado, pudiendo, en su caso, mantenerse en activo, lo que no acontecería cuando a pesar de ser reubicados —de acuerdo a su grado y especialidad— no puedan continuar prestando sus servicios.

Lo anterior no significa que el Ejército no está facultado para retirar por inutilidad a uno de sus elementos, sino que debe hacerlo conforme a los dictámenes clínicos necesarios en los que se demuestre que está física o mentalmente incapacitado para llevar a cabo cualquier actividad en la unidad o dependencia del Ejército en la que se encuentre, conforme

artículo 88 del Código Federal de Procedimientos Civiles los tribunales pueden invocar hechos notorios aunque no hayan sido alegados ni probados por las partes. Por hechos notorios deben entenderse, en general, aquellos que por el conocimiento humano se consideran ciertos e indiscutibles, ya sea que pertenezcan a la historia, a la ciencia, a la naturaleza, a los viciosidades de la vida pública actual o a circunstancias comúnmente conocidas en un determinado lugar, de modo que toda persona de ese medio esté en condiciones de saberlo; y desde el punto de vista jurídico, hecho notorio es cualquier acontecimiento de dominio público conocido por todos o casi todos los miembros de un círculo social en el momento en que va a pronunciarse la decisión judicial, respecto del cual no hay duda ni discusión; de manera que al ser notorio la ley exime de su prueba, por ser del conocimiento público en el medio social donde ocurrió o donde se tramita el procedimiento. IUS: 174899.

al grado y especialidad que le corresponda, sin dejar de tomar en cuenta que por las probabilidades de contagio impidan regresarlos a sus actividades.

En el presente caso no ocurrió así, ya que basta con el solo hecho de que un militar sea diagnosticado con VIH, y sin mayores exámenes adicionales sobre sus aptitudes físicas o mentales, para que se le coloque en situación de retiro por absoluta inutilidad, sin considerar el grado de avance de la dolencia ni el dictamen médico respecto de su salud y, menos aún, la obligación de pormenorizar, de acuerdo con la descripción de las funciones del soldado, si existe peligro de contagio.

También resulta indispensable para declarar la inutilidad, el que se le haya dado la oportunidad de someterse, sin éxito, a los tratamientos necesarios para recuperar sus aptitudes, o de su reubicación cuando exista la alternativa para ello, de acuerdo al grado y especialidad obtenida durante su carrera.

Cabe mencionar que la declaración de inutilidad, sólo por tener VIH, constituye una forma de propiciar el aislamiento social de este tipo de pacientes y, en consecuencia, no se fomenta una cultura de no discriminación por razones de salud, cuando es un hecho notorio que esta enfermedad se ha considerado como una epidemia mundial, cuyos portadores no deben ser tratados con prejuicios, ni con designio anticipado, sino con absoluto respeto a su dignidad humana, principio y fin de todo orden jurídico.

5. SENTIDO DE LA RESOLUCIÓN

Con base en los anteriores razonamientos, el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación determinó que:

1. Es cierto que la diferenciación legal prevista en el artículo 226, Segunda Categoría, fracción 45, de la Ley del ISSFAM, persigue, en principio, una finalidad constitucionalmente legítima, que se traduce en garantizar la eficacia de las fuerzas armadas, así como la protección de la integridad de sus miembros y de terceras personas. Sin embargo, la diferenciación legal es inadecuada para alcanzar dicha finalidad constitucional legítima, porque la ciencia médica, reflejada en distintas normas nacionales y directrices internacionales, ha demostrado la inexactitud de la decisión —cuando se pretende que en automático y desde la ley— de que los militares son inútiles y están incapacitados *per se* para formar parte del Ejército, por el simple hecho de tener seropositividad a los anticuerpos contra el virus de la inmunodeficiencia humana —VIH— confirmada con pruebas suplementarias.

2. La diferenciación legal combatida es desproporcional, porque es innecesaria para alcanzar la finalidad legítima perseguida, en razón de que existen alternativas a disposición del legislador para limitar, en todo caso, en menor grado (sin nulificar) las garantías de igualdad y de no discriminación por razón de salud, lo que evidencia el carácter injustificado de la decisión legislativa reclamada.

3. Finalmente, la diferenciación legislativa reclamada carece de razonabilidad jurídica, en virtud de que no existen bases para justificar la equiparación que ha hecho el legislador del concepto de inutilidad con el de enfermedad o, en este caso, con la seropositividad a los anticuerpos contra el virus de la inmunodeficiencia humana, en virtud de que, como se ha dicho, este último padecimiento no necesariamente

implica incapacidad o peligro de contagio del individuo respectivo en el ejercicio de las distintas funciones de las fuerzas armadas.

Con base en todo lo anterior el Alto Tribunal, por mayoría de ocho votos, declaró la inconstitucionalidad del artículo 226, Segunda Categoría, fracción 45, de la Ley del ISSFAM, por ser contrario a las garantías de igualdad y de no discriminación por razón de salud, y concedió el amparo al quejoso respecto de la procedencia definitiva de retiro por inutilidad en actos fuera del servicio, emitida por el Director General de Justicia Militar de la Secretaría de la Defensa Nacional, así como respecto de las consecuencias legales derivadas de dicho acto.

Los Ministros Sergio Salvador Aguirre Anguiano, Genaro David Góngora Pimentel y Mariano Azuela Güitrón disintieron del criterio mayoritario y emitieron voto de minoría.

Por su parte, el Ministro José Ramón Cossío Díaz formuló voto concurrente.

6. TESIS DERIVADAS DE LA RESOLUCIÓN

SEGURIDAD SOCIAL PARA LAS FUERZAS ARMADAS MEXICANAS. EL ARTÍCULO 226, SEGUNDA CATEGORÍA, FRACCIÓN 45, DE LA LEY DEL INSTITUTO RELATIVO, QUE PREVÉ LA CAUSA LEGAL DE RETIRO POR INUTILIDAD BASADA EN LA SEROPPOSITIVIDAD A LOS ANTICUERPOS CONTRA EL VIRUS DE LA INMUNODEFICIENCIA HUMANA (VIH), VIOLA EL ARTÍCULO 1º. DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL.—El legislador a través de dicha causa legal de retiro persigue, como finalidad constitucionalmente válida, la efí-

cacia de las fuerzas armadas, así como la protección de la integridad de sus miembros y de terceros; sin embargo, dicha regulación implica una distinción legal entre los integrantes de las Fuerzas Armadas Mexicanas violatoria de las garantías de igualdad y de no discriminación por razón de salud contenidas en el artículo 1o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que carece de proporcionalidad y razonabilidad jurídica, toda vez que: 1) es inadecuada para alcanzar la finalidad mencionada, porque la ciencia médica, reflejada en distintas directrices nacionales e internacionales, ha demostrado la inexactitud de que quienes porten dichos virus sean —per se— agentes de contagio directo y en consecuencia, individuos ineficaces para desempeñar las funciones requeridas dentro del Ejército; 2) es desproporcional, porque el legislador, para alcanzar el mencionado objetivo, tenía a su disposición alternativas menos gravosas para el militar implicado, considerando que la legislación castrense hace posible su traslado a un área distinta, acorde a las aptitudes físicas que va presentando durante el desarrollo del padecimiento, como sucede con diversas enfermedades incurables; y, 3) carece de razonabilidad jurídica, en virtud de que no existen bases para justificar la equiparación que ha hecho el legislador del concepto de inutilidad con el de enfermedad o, en este caso, con la seropositividad a los anticuerpos contra el virus de la inmunodeficiencia humana (VIH), pues bajo esa concepción habría múltiples casos en los que la merma en la salud permitiría justificar la separación inmediata del trabajo y la sustracción a los servicios de salud respectivos, sin analizar previamente si los efectos del mal le permiten o no desplegar con solvencia la actividad para la cual hubiera sido contratado, nombrado o reclutado.⁵⁵

⁵⁵ Semanario..., Novena Época, Tomo XXVI, diciembre de 2007, p. 12, tesis P/J. 131/2007; IUS: 170590.

GARANTÍAS INDIVIDUALES. EL DESARROLLO DE SUS LÍMITES Y LA REGULACIÓN DE SUS POSIBLES CONFLICTOS POR PARTE DEL LEGISLADOR DEBE RESPETAR LOS PRINCIPIOS DE RAZONABILIDAD Y PROPORCIONALIDAD JURÍDICA.—De los criterios emitidos por la Suprema Corte de Justicia de la Nación se advierte que el cumplimiento de los principios de razonabilidad y proporcionalidad implica que al fijar el alcance de una garantía individual por parte del legislador debe: a) perseguir una finalidad constitucionalmente legítima; b) ser adecuada, idónea, apta y susceptible de alcanzar el fin perseguido; c) ser necesaria, es decir, suficiente para lograr dicha finalidad, de tal forma que no implique una carga desmedida, excesiva o injustificada para el gobernado; y, d) estar justificada en razones constitucionales. Lo anterior conforme al principio de legalidad, de acuerdo con el cual el legislador no puede actuar en exceso de poder ni arbitrariamente en perjuicio de los gobernados.⁵⁶

⁵⁶ *Ibid.*, p. 8, tesis P/J. 130/2007; IUS: 170740.