

V. VOTOS

1. VOTO DE MINORÍA

Los Ministros Mariano Azuela Güitrón, Sergio Salvador Aguirre Anguiano y Genaro David Góngora Pimentel, no compartieron el criterio de la mayoría del Tribunal en Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, por lo que expresaron su disidencia sobre los siguientes puntos:

a) *La imposibilidad legal para resolver el recurso de revisión en el juicio de amparo indirecto considerando pruebas u opiniones científicas o técnicas no aportadas ante el Juez de Distrito.*

Los Ministros que suscribieron el voto de minoría expresaron que no era válido resolver el recurso de revisión de amparo en consideraciones derivadas de opiniones médicas que no se aportaron ante el Juez de Distrito.

Estimaron que, en este caso, debió aplicarse lo dispuesto en el artículo 91, fracción II, de la Ley de Amparo, por ser la norma específica que regula lo relativo a las pruebas que deben valorarse en el recurso de revisión de amparo y que establece una regla general que deberán observar el Pleno y las Salas de este Alto Tribunal, así como los Tribunales Colegiados de Circuito, en el sentido de que al resolver los juicios de amparo en revisión de su competencia, sólo se tomarán en consideración las pruebas que se hubiesen rendido ante el Juez de Distrito o la autoridad que haya conocido del juicio de amparo. En este caso, no tenía cabida la aplicación supletoria del Código de Procedimientos Civiles invocada por la mayoría en la sentencia.

Estimaron incorrecto que al resolver el recurso de revisión, se tomara en consideración un documento con las respuestas de científicos, a un cuestionario que de manera personal formuló un Ministro y que obviamente no fue materia de estudio en la sentencia recurrida y que tampoco fue conocido por las partes, las que quedaron sin ser escuchadas y sin posibilidad de participar en el desahogo de esa peculiar probanza.⁵⁷

La opinión científica con la que los médicos dan respuesta a diversas interrogantes, sobre la diferencia entre tener el virus o tener el síndrome de la inmunodeficiencia humana, o si una persona seropositiva puede desempeñar un trabajo y, en su caso, qué limitaciones existen, entre otras cuestiones, no reúne las características necesarias para constituir lo que

⁵⁷ Al respecto, tiene aplicación las tesis de rubro y datos de identificación siguientes: "REVISIÓN, PRUEBAS EN LA", *Semanario...*, op. cit., Sexta Época, Tercera Parte, LX, p. 143; IUS: 266899; "AMPARO, PRUEBAS EN LA REVISIÓN", *Semanario...*, op. cit., LIII, p. 15; IUS: 267179.

jurídicamente se denomina un hecho notorio,⁵⁸ puesto que la información proporcionada no puede considerarse cierta e indiscutible, ni existe la posibilidad de que toda persona esté en condiciones de conocerla; ni es del dominio público. Muy por el contrario, se trata de conocimientos que sólo están al alcance de médicos especialistas en la materia abordada.

En cambio, esa información sí se aproxima a la naturaleza de un dictamen pericial, al que se recurre para observar o examinar el hecho que se trata de demostrar, para el que se requieren conocimientos científicos, o bien, la experiencia de la práctica cotidiana de un oficio.

En el juicio de amparo, el desahogo de la prueba de peritos está sujeta a reglas especiales, señaladas en el artículo 151 de la ley de la materia, que la distinguen del resto de las pruebas, como la que exige el anuncio de su desahogo antes de cinco días hábiles del señalado para la celebración de la audiencia constitucional y la exhibición de la copia de los interrogatorios o del cuestionario respectivo, con la finalidad de entregarla a la parte contraria para que ejerza su derecho a la defensa y pueda repreguntar, o la posibilidad de que el Juez de Distrito designe a un perito o los que estime convenientes, para la práctica de la diligencia, sin perjuicio de que cada parte pueda designar uno, a fin de alcanzar la verdad en relación con un punto de la ciencia ajeno al campo del derecho.

Por otra parte, el recurso de revisión en el juicio de amparo tiene por objeto examinar la legalidad de la decisión del Juez

⁵⁸ Sobre el particular, ver la jurisprudencia P/J. 74/2006, publicada en el *Semanario...*, op. cit., Novena Época, Tomo XXIII, junio de 2006, p. 963, de rubro: 'HECHOS NOTORIOS. CONCEPTOS GENERAL Y JURÍDICO'; IUS: 174899.

a quo, de ahí que el artículo 91 de la ley de la materia disponga que sólo deberán tomarse en cuenta las pruebas aportadas ante el Juez de Distrito o la autoridad que conoció del juicio, dado que no sería jurídico revocar una sentencia por no haber valorado un medio de convicción que no se aportó en la primera instancia.⁵⁹

Expresaron también que no era justificable, que al resolver un recurso de revisión el Alto Tribunal tomara en consideración pruebas o dictámenes que no se ofrecieron en la tramitación del juicio de amparo ante el Juez de Distrito, más aún cuando el quejoso estuvo en aptitud de ofrecer la prueba pericial para acreditar si su estado de salud le permitía realizar las actividades propias de los miembros del Ejército, como es el caso.

b) La constitucionalidad del artículo 226, Segunda Categoría, fracción 45, de la Ley del ISSFAM.

Los Ministros autores del voto de minoría consideraron que es la misma Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en su artículo 89, fracción VI, la que pone de relieve la importancia de las funciones del Ejército Mexicano, como son la obligación de enfrentar los conflictos armados, además de las tareas que tiene encomendadas en tiempos de paz, entre ellas la de garantizar la seguridad interior del país y coadyuvar para superar las situaciones de emergencia que se presenten en casos de desastre.

⁵⁹ Ver la tesis XII/90, publicada en Semanario..., op. cit., Octava Época, Tomo V, Primera Parte, enero a junio de 1990, p. 189, de rubro: "REVISIÓN. AL RESOLVERSE ESTE RECURSO NO PUEDEN CONSIDERARSE LOS DOCUMENTOS QUE SE ANEXAN AL ESCRITO RELATIVO PARA ACREDITAR EL CARÁCTER CON EL QUE SE PROMOVÍÓ EL AMPARO"; IUS: 207187.

Para garantizar la eficacia del Ejército, en el cumplimiento de tales tareas, los Ministros autores del voto consideraron que constitucional y legalmente se justificaba requerir a sus miembros, el cumplimiento de diversos requisitos para permanecer en activo al servicio de las armas.

Uno de estos requisitos es precisamente gozar de un estado de salud que permita considerar a los militares como aptos para desarrollar cualquier tarea.

Lo anterior se refuerza con lo señalado en el artículo 35, fracción IV de la propia Constitución, el cual consagra la facultad de los ciudadanos para tomar las armas en el Ejército o Guardia Nacional, para la defensa de la República y de sus instituciones, y en su última parte señala que su ejercicio se realizará "... en los términos que prescriben las leyes...". Por tanto, el legislador está facultado para emitir leyes que regulen el ejercicio de esa prerrogativa, lo cual incluye condicionar el ingreso y permanencia en las Fuerzas Armadas, al cumplimiento de diversos requisitos.

Por otra parte, el artículo 123, Apartado B constitucional, establece respecto de la totalidad de los servidores públicos, entre los que se encuentran los miembros del Ejército, que conservarán el derecho al trabajo en caso de enfermedad o accidente por el tiempo que determine la ley. Por tanto, el legislador puede fijar el tiempo que considere apropiado para el re establecimiento del estado de salud y si la enfermedad o secuelas del accidente se prolongan por un lapso mayor que el fijado por el legislador, es razón suficiente para concluir la relación que existe entre el servidor público y el Estado.

Por otra parte, debe tomarse en cuenta el contenido del artículo 123, Apartado B, fracción XIII, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que a la letra establece:

Artículo 123. Toda persona tiene derecho al trabajo digno y socialmente útil; al efecto, se promoverán la creación de empleos y la organización social para el trabajo, conforme a la Ley.

El Congreso de la Unión, sin contravenir a las bases siguientes deberá expedir leyes sobre el trabajo, las cuales regirán:

...

B. Entre los Poderes de la Unión, el Gobierno del Distrito Federal y sus trabajadores:

...

XIII. Los militares, marinos, personal del servicio exterior, agentes del Ministerio Público y los miembros de las instituciones policiales, se regirán por sus propias leyes.

El Estado proporcionará a los miembros en el activo del Ejército, Fuerza Aérea y Armada, las prestaciones a que se refiere el inciso f) de la fracción XI de este Apartado, en términos similares y a través del organismo encargado de la seguridad social de los componentes de dichas instituciones...

Con base en los argumentos expuestos, los Ministros autores del voto concluyeron que los requisitos de ingreso o permanencia para el desempeño del servicio de las armas no debían

considerarse como una práctica discriminatoria, violatoria del artículo 1o. constitucional, porque si bien las conductas de esa naturaleza eran deleznables en cualquiera de sus manifestaciones, la sociedad en general estaba interesada en que los servicios públicos que presta el Estado sean eficaces, pues tienden a alcanzar el bien común y, además, son los propios integrantes de la sociedad quienes contribuyen a sufragarlos.

Así, la posibilidad de restringir o limitar el ingreso o permanencia de alguien para desempeñar un servicio público, cobra un matiz diferente tratándose de los integrantes del Ejército Mexicano, pues como ya se ha dicho, realizan funciones en las que puede comprometerse la seguridad nacional; y que son eminentemente físicas, de tal suerte que es menester que los militares que las realizan sean individuos sanos física y mentalmente, lo cual les permita estar en disponibilidad de realizar cualquier labor en defensa de la nación.

Incluso la Ley Federal para Prevenir y Eliminar la Discriminación, que proscribe cualquier clase de distinción, restricción o exclusión motivada, entre otras causas, por razones de salud, también señala que no constituyen conductas de discriminación los requisitos de ingreso o permanencia para el desempeño del servicio público.

Además, como las normas generales emitidas por el Poder Legislativo y los actos concretos de autoridad gozan de una presunción de constitucionalidad,⁶⁰ corresponde a quien inste

⁶⁰ La presunción de constitucionalidad deriva del hecho de que, en términos de lo previsto en el artículo 128 de la Constitución General de la República, todos los funcionarios públicos, antes de tomar posesión de su encargo protestan guardar la Constitución y las leyes que de ella emanen, con lo cual se obligan a circunscribir a ellas todos sus actos, lo que da sustento a la presunción de constitucionalidad, sin que sea necesaria la emisión de una declaración en ese sentido por parte de los órganos de control constitucional.

el juicio de garantías acreditar que los actos reclamados contravienen la Constitución Federal.⁶¹ En este caso, el peticionario del amparo no ofreció prueba alguna para demostrar la inconstitucionalidad del precepto reclamado y los actos concretos de aplicación; no acreditó, que con independencia de la existencia del padecimiento mencionado se encontraba apto para realizar las labores propias de un militar.

En cambio, entre las pruebas aportadas por las autoridades responsables, estaba el certificado expedido por médicos especialistas en medicina legal e infectología, en el cual hicieron constar el estado de salud del militar y, por ende, determinaron su inutilidad para el servicio de las armas. Además, el propio solicitante del amparo reconoció estar infectado por VIH y que su condición de salud no era óptima; tan es así, que una de sus pretensiones en el juicio constitucional fue precisamente que el ISSFAM le prestara la asistencia médica que requería para afrontar dicho padecimiento, por lo que se debió negar la protección constitucional solicitada, habida cuenta que el quejoso no demostró, a través de los elementos de prueba idóneos, que los actos reclamados eran inconstitucionales.

Sobre otro argumento, los Ministros disidentes expresaron que la norma impugnada no establece que el infectado por el VIH carece de las aptitudes necesarias para realizar cual-

⁶¹ Al respecto son ilustrativas las tesis de rubro y datos de identificación siguientes: "INFORME JUSTIFICADO, DEBEN APORTARSE PRUEBAS PARA DEMOSTRAR LA INCONSTITUCIONALIDAD DEL ACTO QUE SE RECLAME, AUNQUE FALTE EL^o". *Semanario...*, op. cit., Séptima Época, Volumen 181-186 Primera Parte, p. 114; IUS: 232330; "ACTO RECLAMADO. CUANDO LA AUTORIDAD RESPONSABLE NO DEFIENDE SU JUSTIFICACIÓN, SI EL ACTO EN SI MISMO NO ES VIOLATORIO DE GARANTÍAS, QUEDA AL QUEJOSO PROBAR SU INCONSTITUCIONALIDAD". *Semanario...*, op. cit., Sexta Época, Tercera Parte, CXXVIII, p. 11; IUS: 265165; "LEYES. LA EXPRESIÓN DE LA CAUSA DE PEDIR NO BASTA PARA DESVIRTUAR LA PRESUNCIÓN DE SU CONSTITUCIONALIDAD". *Semanario...*, op. cit., Novena Época, Tomo XXII, septiembre de 2005, p. 143, tesis 1a./J. 121/2005; IUS: 177264.

quier tipo de labor en instituciones públicas, sino únicamente que éste se ubicaba en una causa de inutilidad para realizar la actividad específica de prestar el servicio de las armas; y expresaron que, contrariamente a lo que se sostiene en el criterio mayoritario respecto de considerar que entre el momento en que se produce la infección por VIH y el momento en que se manifiesta sintomatología del SIDA, puede transcurrir un sinnúmero de años, en los cuales el militar puede continuar prestando sus servicios al Ejército, la minoría estimó que la sola infección por VIH produce diversos trastornos en el individuo que la padece, que lo imposibilitan para seguir prestando sus servicios a las Fuerzas Armadas.

Señalan además que sus argumentos se apoyan en las aportaciones de la ciencia médica, recogidas en diversas regulaciones difundidas a través del *Diario Oficial de la Federación*, como la Norma Oficial Mexicana aplicable, así como la Guía para la Atención Médica de Pacientes con Infección por VIH/SIDA en Consulta Externa y Hospitales, emitida por la Secretaría de Salud, documentos que constituyen un hecho notorio para el juzgador, al constar en una publicación oficial.⁶²

La Norma Oficial Mexicana NOM-010-SSA2-1993, referente a la Prevención y Control de la Infección por Virus de Inmunodeficiencia Humana, elaborada por la Secretaría de Salud, de observancia obligatoria en todo el territorio nacional y para todo el personal que labore en las unidades de servicios

⁶² Ver la jurisprudencia 2a./J. 65/2000, sustentada por la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, que aparece publicada en el *Apéndice al Semanario Judicial de la Federación* 1917-2000 (actualización 2001), Novena Época, Tomo VI, Común, Jurisprudencia SCJN, p. 73, tesis 56, de rubro: 'PRUEBA. CARGA DE LA MISMA RESPECTO DE LEYES, REGLAMENTOS, DECRETOS Y ACUERDOS DE INTERÉS GENERAL PUBLICADOS EN EL DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACIÓN'; IUS: 920726.

de salud de los sectores público, social y privado del Sistema Nacional de Salud, considera paciente tanto a la persona asintomática como a la enferma de SIDA y establece que la sola notificación de un resultado positivo de la presencia de la enfermedad, es susceptible de provocar en el sujeto un impacto de tal magnitud que requiere la asistencia de profesionales que le brinden el apoyo emocional necesario, con lo cual la propia Secretaría de Salud reconoce que ese solo hecho provoca un cambio de condición del sujeto infectado.

La "Guía para la Atención Médica de Pacientes con Infección por VIH/SIDA en Consulta Externa y Hospitales", emitida por la propia Secretaría de Salud, con la participación del Consejo Nacional para la Prevención y Control del SIDA, afirma que el individuo infectado por el VIH no permanece asintomático hasta en tanto no se presenta el SIDA; por el contrario, señala que a partir de que se produce la infección se generan diversos trastornos en su organismo, que traen consigo una sintomatología que generalmente se presenta de dos a cuatro semanas después de la adquisición de la infección, sin embargo, el periodo de incubación puede ser de hasta diez meses.

Incluso, una vez que se detecta que un individuo ha sido infectado por el VIH, dentro de las medidas que deben tomarse para retrasar el desarrollo de la enfermedad, se encuentra evitar contacto con pacientes enfermos con padecimientos contagiosos, o con ciertos animales; contacto que, tratándose de los integrantes del Ejército en activo, es prácticamente imposible evitar, dado que entre los servicios que prestan, se encuentran aquellos que realizan en favor de la población civil en casos de desastre, situación que los sujeta a convivir con epidemias y focos de infección, entre otros múltiples

factores que pueden detonar el desarrollo de enfermedades asociadas a la infección por VIH.

Además, el tratamiento recomendado para evitar el desarrollo de ésta enfermedad trae a su vez distintos efectos secundarios, tales como anemia, cefalea, diarrea, nausea, vómito, dolor abdominal, entre otros, los cuales ponen en evidencia la indisponibilidad del individuo infectado por el VIH para prestar sus servicios al Ejército Mexicano.

Por otra parte, aun cuando el contacto casual y las vías respiratorias han dejado de considerarse como causas de posible contagio del virus de inmunodeficiencia humana, debe protegerse, en aras del interés público, que un militar, mediante el servicio público que desempeña, no sea un instrumento de contagio ni para sus compañeros de servicio ni para la población civil en general, ya que corresponde al Estado salvaguardar el derecho a la salud y la vida de la población.

Por tanto, concluyeron los Ministros autores del voto de minoría, que el infectado por el VIH no sólo carece de salud sino, además, su estado le impide realizar las actividades propias de un militar, aún aquellas administrativas o que no involucren esfuerzo físico, lo cual es una causa de inutilidad razonable que impide a las personas infectadas por dicho virus permanecer en el Ejército.

Los Ministros enfatizaron que no cuestionan la posibilidad de que los portadores del VIH puedan realizar cualquier otra actividad, propósito al que se encaminaron los argumentos sustentados en el criterio de mayoría, sino a determinar si los portadores de dicho virus pueden realizar las funciones

encomendadas a los miembros de las fuerzas armadas, los cuales, como ya quedó demostrado, están incapacitados para realizar, so pena de exponerlos a diversos agentes que pueden propiciar el desarrollo de la enfermedad.

Todo lo anterior los llevó a reconocer que las personas que están infectadas por el VIH, o padecen el Síndrome de Inmunodeficiencia Adquirida, como cualquier ser humano, merecen ser tratadas con dignidad, incluso, dadas las condiciones de salud y atendiendo a la solidaridad que debe regir no sólo en las instituciones públicas sino entre los seres humanos en general, tales personas deben recibir una mayor atención con el propósito de mejorar su calidad de vida. Sin embargo, de lo anterior no se puede concluir que son inconstitucionales tanto el precepto reclamado como sus actos concretos de aplicación, puesto que debe distinguirse entre la obligación a cargo del Estado de prestar los servicios de salud necesarios, a través de la Secretaría de Salud, y los requisitos que deben cumplirse para prestar el servicio de las armas conforme a la regulación prevista en la Ley del Instituto de Seguridad Social para las Fuerzas Armadas Mexicanas.

2. VOTO CONCURRENTE

El Ministro José Ramón Cossío Díaz, en el amparo en revisión 307/2007, expresó que compartía la opinión y conclusiones del Pleno de la Corte en el sentido, que las normas que consideraban inútil para el Ejército a una persona con VIH eran discriminatorias, por no ser adecuadas ni proporcionales a la luz del objetivo legal de garantizar la eficacia de las fuerzas armadas y proteger la integridad de sus miembros y de la ciudadanía; sin embargo, estimaba necesario desarrollar con

mayor detalle algunas de las vertientes de dicha argumentación y reflexionar, especialmente, sobre la legitimidad del uso de elementos de juicio provenientes de la ciencia y de otras disciplinas especializadas a la hora de determinar la constitucionalidad o inconstitucionalidad de las leyes, por ser éste un tema que polarizó la discusión.

En primer término, manifestó no compartir el argumento expresado por la mayoría de quienes afirman que la *litis* obligaba a ponderar dos principios constitucionales: el de "eficacia de las fuerzas armadas y protección de la integridad de sus miembros", por un lado, y el de "igualdad y no discriminación por razón de salud", por el otro. Reconoció que este método de ponderación es muy útil en ciertos casos, pero en esta ocasión no lo era porque los parámetros que condujeron correctamente al Pleno a la médula de la cuestión planteada, fueron los que en derecho constitucional comparado se denomina el "juicio de razonabilidad o proporcionalidad".⁶³

Aun cuando a las acepciones "principio" o "principio jurídico" se les han atribuido múltiples significados,⁶⁴ el Ministro las definió como "aquellas normas jurídicas cuyas condiciones de aplicación están configuradas de modo abierto y pueden verse cumplidas en diferentes grados según las circunstancias fácticas o jurídicas que concurren en cada caso".

⁶³ Sobre esto, el señor Ministro aclaró que aunque la resolución hace referencia a los principios de 'razonabilidad y proporcionalidad jurídica', estimó más correcto utilizar la conjunción 'o' que la conjunción 'y', puesto que en el constitucionalismo comparado contemporáneo las dos expresiones se usan indistintamente para denominar una matriz analítica funcionalmente equivalente.

⁶⁴ Como es sabido, la elaboración del concepto de 'principio' ha dado pie a algunos de los desarrollos más relevantes de la teoría del derecho contemporáneo, y protagoniza uno de sus episodios centrales: 'el debate Hart-Dworkin' (véase por ejemplo, de César Rodríguez, el estudio preliminar incluido en *La decisión judicial: El debate Hart-Dworkin*, Siglo del Hombre Editores y Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes, Bogotá, 1997).

A diferencia de las reglas, que son normas de "todo o nada", que son cumplidas o incumplidas, los principios son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible; se ha dicho que son "mandatos de optimización", cuyo cumplimiento se medirá por su peso y por el que deba ser concedido en cada caso concreto a reglas y principios opuestos.⁶⁵

Las diferencias estructurales entre las reglas y los principios hacen que los conflictos entre éstos no se salden, como en el caso de las reglas, con la selección de una de ellas que abroga o invalida la otra, sino con la determinación de cuál de los principios prevalece sobre el otro, en el caso concreto, sin que ello conlleve la invalidez del que no prevalece; por el contrario, en un caso en el que las circunstancias fácticas sean distintas, y lo sean también los elementos jurídicos relevantes para la resolución del caso, la ponderación puede llevar a la conclusión opuesta.

Con base en los conceptos expresados y en el contexto del presente asunto, el Ministro opinó que las previsiones sobre el Ejército contenidas en las diferentes normas constitucionales son demasiado heterogéneas como para ser adecuadamente englobadas y referidas a un mismo "principio".

Para él, resulta más complicado que clarificador sostener, que del conjunto de los artículos 4o., 13, 31, 32, 123, Apar-

⁶⁵ Para un acercamiento a las principales vertientes de un tema que evoca el señor Ministro en términos excesivamente simplificados, consúltese: ATIENZA, Manuel y RUIZ MANERO, Juan, *Las piezas del derecho* (2a. ed. actualizada, Ariel, Barcelona, 2004); DWORKIN, Ronald, *Los derechos en serio* (Ariel, Barcelona, 1984). ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales* (Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997) y SCHAUER, Frederick, *Playing by the Rules* (Clarendon Press, Oxford, 1991).

tado B, fracción XIII y 129 de la Constitución, se extrae el "principio de protección y salvaguarda de la eficacia del Ejército", que "requiere la conservación de la disciplina militar y la posibilidad de que las autoridades en dicho ámbito puedan establecer ciertas medidas de seguridad, exigir ciertas condiciones físicas, mentales y de salud a los integrantes del Ejército", y al que habría que contraponer el principio de igualdad y no discriminación.

Por ejemplo, las previsiones sobre igualdad de los artículos constitucionales 1o. ó 31, fracción IV, si pueden leerse como concreciones de un mismo principio, son conceptualmente referibles porque significan esencialmente lo mismo y proyectan sobre los casos idénticas exigencias jurídicas. Sin embargo, no ocurre lo mismo con los artículos que contienen disposiciones sobre el Ejército, tan variadas como las siguientes: una protege el derecho a la salud; otra prevé la subsistencia del fuero militar y delimita la competencia de los tribunales militares y los civiles; también está la que incluye entre las obligaciones de los mexicanos la de alistarse en la Guardia Nacional; la que establece que en tiempos de paz ningún extranjero puede servir en el Ejército y que sólo los mexicanos por nacimiento pueden estar en el activo y desempeñar cargos y comisiones en el mismo, en la Armada o en la Fuerza Aérea; la que dispone que, en lo que atañe al trabajo y la previsión social, los militares y marinos se regirán por sus propias leyes, o la que delimita las competencias de las autoridades militares en tiempos de paz.

Lo que estos preceptos evidencian es que el Ejército es una institución prevista en la Constitución Federal, la cual prefigura las partes importantes de su regulación legal en

diferentes normas que, ni en lo individual y menos en conjunto, conforman principios jurídicos en sentido estricto o estructural, sólo que se utilice el término "principio" en un sentido amplísimo que lo volviera más descriptivo que normativo, distinto a los principios cuya aplicación puede exigir la aplicación del método de la ponderación.

El Ministro expresó que en un alegato de discriminación, —como en este caso sucede—, el Alto Tribunal podía muy bien utilizar "la ponderación" en el análisis constitucional por haber llegado a la conclusión de que el contenido de la norma impugnada gozaba de un objetivo legítimo, y resultaba instrumentalmente adecuada y necesaria para alcanzarlo.

Pero el análisis general que hizo el Pleno de la Corte, no se concentró en la "ponderación entre principios" sino al contrario, éste se concentró de manera adecuada a determinar si la garantía de igualdad y no discriminación había sido respetada en la norma impugnada, para lo cual recurrió a los principios de razonabilidad y proporcionalidad que facilitan un marco de análisis que no sólo sirve para resolver "conflictos entre principios", sino que también ayudan a determinar la legitimidad de conflictos entre bienes y derechos constitucionalmente protegidos, como el que se planteaba en este caso.

Por otra parte, el Ministro abundó en el tema fuertemente debatido por el Pleno de la Corte, en torno a la legitimidad de recurrir a dictámenes de especialistas para determinar si una ley resulta o no constitucional; rebatió el argumento expresado por algunos Ministros, según el cual los juzgadores de amparo no pueden allegarse legalmente de elementos que no hayan sido planteados por las partes u ofrecidos como

pruebas por ellas para ilustrar su criterio, por lo que resultaba improcedente tomar en cuenta lo que otros profesionistas tengan que decir sobre el tema de su especialidad.

El Ministro puntualizó que el documento elaborado por los especialistas, en este caso, no constituye un medio de prueba, ya que únicamente aporta elementos para que el Juez atribuya significados a las normas y determine si una norma respeta a otra. Agregó que incluso, cuando de verdad se trata de incorporar nuevos medios probatorios necesarios para el esclarecimiento de la verdad, el ordenamiento jurídico otorga dicha posibilidad a los Jueces de constitucionalidad en términos bastante amplios.

Los artículos 79 y 80 del Código Federal de Procedimientos Civiles —de aplicación supletoria en el juicio de garantías, en términos del artículo 2o. de la Ley de Amparo— facultan a los tribunales para realizar cualquier diligencia o valerse de cualquier persona, cosa o documento para conocer la verdad, sin limitación temporal alguna, con la sola restricción de no practicar diligencias u ordenar pruebas que sean contrarias a la ley, ni lesionar su derecho a la igualdad.

Existe además una amplia línea de precedentes —de la Quinta Época a la Novena— que confirman la aplicabilidad de estas previsiones al juicio de amparo y que puntualizan que la prohibición del artículo 91, fracción II, de la Ley de Amparo, según la cual, en la revisión de un amparo el Pleno sólo tomará en consideración las pruebas rendidas ante la autoridad que hubiera conocido del mismo, prohíbe la admisión de nuevas pruebas aportadas por los recurrentes, pero no que

los juzgadores se vean limitados en su facultad de allegarse de información adicional necesaria para formar su criterio.⁶⁶

En cualquier caso, lo esencial —en opinión del Ministro Cossío—, es la segunda parte del artículo 79, según la cual "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". Señala que los juzgadores de amparo pueden de oficio hacerse de los datos que necesiten para una adecuada impartición de la justicia y sería absurdo que, en los casos en los que la operación de contraste entre la norma legal enjuiciada y la disposición constitucional relevante no pudiera hacerse sin el entendimiento cabal de cuestiones técnicas y los Jueces no estuvieran facultados para obtenerlo.

Al aceptar la información proporcionada por los especialistas, la Suprema Corte de Justicia de la Nación no delega en ellos la decisión sobre la constitucionalidad de la norma, ya que ellos sólo le informan sobre cuestiones fácticas, de hechos,

⁶⁶ Las tesis de la Novena Época sostienen que, respecto de instituciones contempladas en la Ley de Amparo que no tengan reglamentación o que teniéndola sea insuficiente, procede la supletoriedad, con la única limitación de que las disposiciones del Código Federal de Procedimientos Civiles que se apliquen supletoriamente no estén en contradicción con el conjunto de normas que debe suplirse. Véase la tesis plenaria de rubro: 'ACLARACIÓN OFICIOSA DE SENTENCIA EN MATERIA DE AMPARO. PROcede EN APLICACIÓN SUPLETORIA DEL CÓDIGO FEDERAL DE PROCEDIMIENTOS CIVILES, SIEMPRE QUE NO SE ALTERE LA SUSTANCIA DE LO DECIDIDO' (Unanimidad de nueve votos, bajo la Ponencia del Ministro Azuela); la tesis de la Primera Sala de rubro: 'PRUEBA PERICIAL EN EL JUICIO DE AMPARO. PROcede LA APLICACIÓN SUPLETORIA DEL CÓDIGO FEDERAL DE PROCEDIMIENTOS CIVILES PARA OTORGAR A LA CONTRAPARTE DEL OFERENTE EL DERECHO A ADICIONAR EL CUESTIONARIO QUE ÉSTE EXHIBIÓ'; y la de la Segunda Sala de rubro: 'AMPARO. SUPLETORIEDAD DEL CÓDIGO FEDERAL DE PROCEDIMIENTOS CIVILES'; las cuales fueron aprobadas por unanimidad de cinco votos en los dos casos.

y son los juzgadores los que determinan el derecho aplicable al caso.

Así como los científicos no podrían realizar el trabajo de los Jueces, éstos no pueden arrogarse la facultad de construir por sí solos todas las premisas del razonamiento en los casos en que el derecho remite a áreas del conocimiento en la que no son expertos.⁶⁷ En este caso, el autor del voto concurrente consideró que los Ministros de la Corte no estaban obligados a saber la información médica mundialmente aceptada en materia de VIH, pero cuando el respeto a los derechos de las personas depende de que una ley no establezca al respecto determinaciones arbitrarias, es su obligación informarse.

Por ello, el Ministro Cossío contactó al presidente de la Academia Mexicana de Ciencias, a través del cual se localizaron dos investigadores con la máxima calificación que dieron respuesta puntual a las preguntas sobre la enfermedad y aportaron elementos que resultaron esenciales para centrar la discusión del Pleno, con lo que contribuyeron, a la postre, a fundamentar la posición de todos los Ministros que integraron la mayoría.

En el documento elaborado por los citados especialistas, se afirma que ser portador del VIH y tener el síndrome de inmu-

⁶⁷ En el año 1993, la Suprema Corte de los Estados Unidos emitió una resolución en la que sienta criterio sobre esta importante cuestión: *William Daubert et al. v. Merrell Dow Pharmaceuticals, Inc.*, 509 US 579 (1993). La Corte sostuvo en este caso que los Jueces federales pueden admitir evidencia científica proporcionada por expertos cuando lo mismo pueda ser calificada de "conocimiento científico" y el testimonio al respecto es científicamente "confiable y válido". Para un panorama del amplio espectro de cuestiones que se han debatido en ese país en relación al uso de conocimientos científicos por los juristas, véase, de Kenneth Foster y Peter Huber: *Judging Science. Scientific knowledge and the Federal Courts* (The MIT Press, Cambridge, Massachusetts, 1999) y de Steven Goldberg, *Culture Clash. Law and Science in America* (New York University Press, New York, 1994).

nodeficiencia humana (SIDA) son "dos estadios de la historia natural de un mismo proceso infeccioso". Afirman también que al diagnóstico del VIH lo precede la detección de anticuerpos contra el virus en suero, razón por la que al individuo que los presenta se le denomina seropositivo, quien puede continuar asintomático por 7 ó 10 años en promedio, hasta que le aparezcan neoplasias o enfermedades infecciosas tales como la tuberculosis, el sarcoma de Kaposi, la neumonía u otras manifestaciones clínicas como la diarrea o la pérdida de peso; o hasta que el conteo de sus linfocitos (células de defensa del cuerpo) sean menores de 200 células/ml. Estas dos condiciones, la previa seropositividad y la enfermedad posterior, son las que definen al SIDA.

Agregaron, que si bien cuando apareció la enfermedad los individuos afectados fatalmente morían en poco tiempo, en los 10 últimos años se han desarrollado tratamientos que evitan el avance o progresión al desarrollo del SIDA, por tiempos prolongados aunque no definidos; esto ha cambiado la repercusión que presenta en cada individuo afectado.

Los especialistas destacan que para los portadores del VIH asintomáticos, la atención médica y farmacológica resulta esencial, porque les permite estabilizarse en esa etapa y posponer por muchísimos años la aparición del SIDA y vivir probablemente más de 20 años con una excelente calidad de vida. Si bien no dieron respuestas precisas y puntuales sobre su capacidad de trabajo, en su argumentación afirmaron que aquellos que se encuentran en la etapa asintomática y reciben el tratamiento médico adecuado, no tienen afectación alguna de sus capacidades físicas y mentales que los limite para la realización de actividades familiares, laborales, etcétera; conside-

ran que tampoco puede afirmarse que ocasione inutilidad para cualquier trabajo, ni siquiera respecto de actividades físicas extenuantes tales como fisioculturismo, maratón, natación, etc. A estos individuos tampoco se les debe excluir de ninguna actividad laboral ni social. Específicamente son capaces de realizar cualquier trabajo de los más exigentes de un miembro de tropa de las fuerzas armadas.⁶⁸

Es más, estiman que ni siquiera en las personas que están ya en la etapa sintomática, y que pueden considerarse enfermos del SIDA, podría detectarse una afectación a la capacidad de desempeñar un trabajo. Como destacan los especialistas, en presencia de una infección activa, o sea, no controlada y en resolución, sí existen limitaciones como las provocadas por cualquier otra enfermedad; pero a largo plazo, en la mayor parte de los casos y en especial con tratamiento antiviral, la capacidad física se puede recuperar completamente.

Con respaldo de los criterios médicos, el Ministro afirmó que la causa de retiro prevista en la fracción 45 de la Segunda Categoría del artículo 226 de la Ley del ISSFAM no se corresponde con el fin que la justifica, ya que lo desborda ampliamente, al afectar desproporcionada e innecesariamente los derechos al trabajo, a la salud y a la seguridad social de un grupo de personas que son, así, discriminadas.

Asimismo, afirmó que era inaceptable el argumento expuesto por algunos Ministros sobre que está justificado retirar del Ejército a los portadores del VIH, porque todos ellos, sin

⁶⁸ Véase el punto b) dentro del apartado de "consideraciones relevantes" del mismo documento.

importar su estado de salud, representan un riesgo de contagio para sus compañeros y para la población en general; sin embargo, esta postura no encuentra sustento en ninguno de los datos y conclusiones que los especialistas médicos aportaron sobre esta cuestión.

En el documento remitido por la Academia Mexicana de Ciencias, señalaron que las vías de contagio del VIH son básicamente tres: la sexual, la inoculación sanguínea y la de madre a hijo. A esto agregaron, que todo aquel trabajo en el que no esté implicada alguna de estas vías de transmisión no existe ningún riesgo para contagiar a otras personas.

De tal manera que el riesgo de contagio en el Ejército no es mayor que en otros ámbitos profesionales, lo que no ha ocasionado que en estos últimos se hayan tomado medidas especiales, como sería el caso de los despidos masivos.

En el contexto militar, el desarrollo de la inmensa mayoría de actividades y funciones del Ejército en tiempos de paz es ajeno a las vías de transmisión del VIH. Considerar jurídica-mente relevante el riesgo de que los militares se contagien durante su tiempo libre, exigiría extender tal juicio a cualquier ámbito profesional, lo cual propiciaría un ambiente de inquisición y persecución generalizada que haría trizas la idea de una sociedad formada por individuos libres.

Si se llegara excepcionalmente a detectar puestos en el Ejército en los que la probabilidad de contagio sea superior a la ordinaria, puede resultar justificada la reubicación del militar dentro de la estructura institucional, pero en ningún caso la baja del activo.

La mayor parte de opiniones sobre el supuesto "peligro" de contagio que los seropositivos representan para los demás, se fundamentan en falsos prejuicios y proveen uno de los ejemplos más claros del tipo de estigmatización social que el artículo 1o. de la Constitución está orientado a combatir.