

ÍNDICE

CONTENIDO DE LA VERSIÓN TAQUIGRÁFICA DE LA SESIÓN PÚBLICA ORDINARIA DEL PLENO DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, CELEBRADA EL JUEVES 22 DE FEBRERO DE DOS MIL SIETE.

SECRETARÍA GENERAL DE ACUERDOS

1

NÚMERO	ASUNTO	IDENTIFICACIÓN DEBATE, Y RESOLUCIÓN. PÁGINAS.
510/2004	<p data-bbox="407 701 1230 790">LISTA OFICIAL ORDINARIA VEINTIDÓS DE 2006.</p> <p data-bbox="386 881 1252 1252">AMPARO EN REVISIÓN promovido contra actos del Congreso de la Unión y otras autoridades, consistentes en la expedición y aplicación de los artículos 19, 20, fracción I, 22, fracción IV, 33, 34, 152 y 155, de la Ley del Instituto de Seguridad Social para las Fuerzas Armadas Mexicanas, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 29 de junio de 1976.</p> <p data-bbox="386 1346 1252 1435">(PONENCIA DE LA SEÑORA MINISTRA OLGA SÁNCHEZ CORDERO DE GARCÍA VILLEGAS)</p>	<p data-bbox="1312 881 1446 924">3 A 61.</p> <p data-bbox="1279 978 1479 1016">EN LISTA.</p>

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN

TRIBUNAL EN PLENO

SESIÓN PÚBLICA ORDINARIA DEL PLENO DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, CELEBRADA EL JUEVES VEINTIDÓS DE FEBRERO DE DOS MIL SIETE.

A S I S T E N C I A:

PRESIDENTE: SEÑOR MINISTRO:

GUILLERMO I. ORTIZ MAYAGOITIA

SEÑORES MINISTROS:

**SERGIO SALVADOR AGUIRRE ANGUIANO
JOSÉ RAMÓN COSSÍO DÍAZ
MARGARITA BEATRIZ LUNA RAMOS
JOSÉ FERNANDO FRANCO GONZÁLEZ SALAS
GENARO DAVID GÓNGORA PIMENTEL
JOSÉ DE JESÚS GUDIÑO PELAYO
MARIANO AZUELA GÜITRÓN
SERGIO ARMANDO VALLS HERNÁNDEZ.
OLGA MA. DEL CARMEN SÁNCHEZ CORDERO
JUAN N. SILVA MEZA**

(SE INICIÓ LA SESIÓN A LAS 11:10 HORAS.)

SEÑOR MINISTRO PRESIDENTE: Se abre la sesión. Señor secretario, sírvase dar cuenta con el primer punto del orden del día.

SECRETARIO GENERAL DE ACUERDOS, LIC. AGUILAR DOMÍNGUEZ: Sí señor, con mucho gusto. Se somete a la consideración de los señores ministros el proyecto del acta relativa a la sesión pública número veintiuno ordinaria, celebrada el martes veinte de febrero en curso.

SEÑOR MINISTRO PRESIDENTE: Está a la consideración de los señores ministros el acta con la que se ha dado cuenta y que

previamente les fue repartida. Si no hay comentarios, les consulto si se aprueba en votación económica.

(VOTACIÓN FAVORABLE)

QUEDA APROBADA EL ACTA, SEÑOR SECRETARIO.

Señores ministros, recibí una comunicación del director general de CENSIDA, exhortando a este Honorable Pleno de la Suprema Corte, para que no sean mencionados los nombres de los quejosos o agraviados en el delicado tema que estamos tratando.

Estimo que es correcta esta exhortación y, en consecuencia, creo que podemos seguir discutiendo el temario de estos asuntos sin hacer referencia personal a los promoventes. ¿Les parece bien?

(VOTACIÓN FAVORABLE).

SEÑOR MINISTRO GUDIÑO PELAYO: Incluso podría darse cuenta únicamente mencionando el número del amparo.

SEÑOR MINISTRO PRESIDENTE: Sí, señor ministro.

Estiman necesario que se repita la cuenta, porque venimos discutiéndolo ya desde hace dos sesiones.

Recuerdo a los señores ministros que estamos en este momento discutiendo la constitucionalidad del artículo 246, fracción XLV de la Ley vigente a partir del año dos mil tres, en el que se prevé como causa de baja del ejército, padecer la inmunodeficiencia, el VIH; este solo hecho, por sí solo, es causa de baja en el ejército.

Sigue abierto el tema a discusión.

Señor ministro Gudiño Pelayo.

SEÑOR MINISTRO GUDIÑO PELAYO: Gracias señor presidente. En relación a las objeciones e inquietudes expresadas por algunos de los miembros de este Honorable Pleno, en torno a la facultad que pudiera

asistirnos para documentarnos de motu proprio sobre la naturaleza y efectos del padecimiento de los quejosos VIH, el cual motivó su baja en el ejército, quisiera compartir con ustedes algunas reflexiones que me persuaden a insistir en la necesidad de apoyar nuestra resolución, en el material científico aportado por los proyectos, así como por algunos de los señores ministros.

Primero. El tema a probandum, es el conjunto de hechos materiales o psíquicos en sentido amplio, que sirven de presupuesto a las normas jurídicas aplicables en cada proceso y que la Ley exige probar por medios autorizados.

Así, están excluidos de prueba, los hechos que no interesan para aplicar la solución de derecho en el respectivo proceso y aquellos que, no obstante formar parte del presupuesto de hechos de ese proceso, el juez debe considerar ciertos, sin necesidad de prueba por gozar de presunción o notoriedad o por ser indefinidos, o cuya prueba es imposible o está prohibida por la Ley.

Las reglas generales de la Ley de Amparo y el Código Federal de Procedimientos Civiles sobre este aspecto, son las siguientes: "a).- En el amparo indirecto debe admitirse cualquier medio de prueba que sea idóneo y esté reconocido por la Ley, a excepción de la confesional y de las que fueren contrarias a la moral o al derecho: b).- El juzgador tiene facultad de valerse de cualquier medio de prueba reconocido por la Ley, para conocer la verdad de los hechos controvertidos; c).- Los tribunales no tienen límites temporales para ordenar la aportación de pruebas, ni rigen para ello las limitaciones y prohibiciones establecidas con relación a las partes en materia probatoria. d). El juez puede recabar oficiosamente pruebas que, rendidas ante la responsable, no obren en autos y sean necesarias para la resolución. e). Las partes tienen la obligación de probar sus pretensiones. f). No deben admitirse ni considerarse pruebas que no se hubiesen rendido ante la responsable, para comprobar los hechos que motivaron, o fueron objeto del acto reclamado. g). El acto reclamado debe apreciarse tal y como aparece probado ante la responsable.

Por otro lado, en términos del artículo 143 del Código Federal de Procedimientos Civiles, el dictamen pericial procede en los negocios relativos a una ciencia o arte. Así, de la interpretación armónica de lo anterior, y de manera acorde con la naturaleza de la prueba pericial, ésta se dirige a la prueba de hechos litigiosos que, por su naturaleza se requiere de un conocimiento especializado para demostrar si éstos ocurrieron o no, o bajo qué condiciones. El dictamen pericial entonces, tiene la finalidad de que el juez adquiriera elementos de juicio, sobre los hechos controvertidos que conforman la litis, que no podrían obtener sino por virtud del auxilio de una ciencia o arte especializado; esto, sin embargo, no riñe con la facultad de los tribunales de allegarse por sí mismos de elementos provenientes de cualquier ciencia para formar su convicción, en el caso concreto, no referidos propiamente a los hechos litigiosos, sino a reglas generales de orden técnico, o teorías científicas que permitan construir las premisas fácticas de sus razonamientos. Esta facultad es expresa en el caso del procedimiento de amparo, al tenor de lo dispuesto en el artículo 79 del Código Procesal Federal, aplicable en forma supletoria al juicio de amparo. El artículo 79, dispone textualmente: “ 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 que las prueba estén reconocidas por la ley, y tengan relación inmediata con los hechos controvertidos. Los tribunales -es muy importante esto- no tienen límites temporales para ordenar la aportación de las pruebas que juzguen indispensables para formar su convicción respecto del contenido de la litis, y rigen para ello las limitaciones y prohibiciones en materia de prueba, establecidas en relación con las partes”.

Normas de este talante, permiten a los tribunales, y sobre todo a los de carácter constitucional, formarse convicción sobre puntos que no necesariamente compete probar a las partes. En Colombia, por ejemplo, únicamente con el carácter de ilustración, existe una disposición de este tenor, del decreto que rige los procedimientos ante

la Corte Constitucional. El artículo 13, dice: “El magistrado sustanciador podrá invitar a entidades públicas, a organizaciones privadas, y a expertos en materia relacionadas con el tema del proceso, a presentar por escrito, que será público, su concepto sobre puntos relevantes para la reelaboración del proyecto del fallo. La Corte podrá, por mayoría de sus asistentes, citarlos a la audiencia de que trata el artículo anterior. El plazo que señale el magistrado sustanciador a los destinatarios de la invitación, no interrumpen los términos fijados en este decreto. El invitado deberá, al presentar un concepto, manifestar si se encuentra en conflicto de intereses”. Se habla en estos supuestos, más bien de reglas o máximas de experiencia, que orientan directamente el criterio del juzgador, cuando son del conocimiento general, y no requieren, por tanto, que se les explique, ni que se dictamine si tienen aplicación en el caso concreto, o indirectamente a través de explicaciones que les den los expertos o peritos que valoran los hechos del proceso; y en materia de derechos humanos, como los involucrados en los asuntos que nos ocupan, resulta ilustrativo el contenido del artículo 45.3 del Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que dispone lo siguiente: Artículo 45.- En cualquier estado de la causa, la Corte podrá: procurar de oficio toda prueba que considere útil, en particular podrá oír en calidad de testigo, peritos o por otro título a cualquier persona cuyo testimonio, declaración y, u opinión estime pertinente.

Tercero.- Solicitar a cualquier entidad, oficina, órgano o autoridad de su elección, que obtenga información que exprese una opinión o que haga un informe o dictamen sobre un punto determinado, mientras la Corte no lo autorice, los documentos respectivos no serán publicados. Segundo.- Quisiera continuar con algunas palabras de Francisco Carnelutti, plasmadas en la obra “DERECHO Y PROCESO”, que reflejan la necesidad de que el juzgador conozca, lo mejor posible la naturaleza de los hechos sobre los cuales versará su juicio, para juzgar, dice Carnelutti, “el juez se encuentra sujeto a una limitación natural, la limitación de su saber; el juez debe saber una cantidad de cosas, entre las cuales no me atrevería a decir ni siquiera que la más importante sea el derecho, muchos de los problemas planteados ante

él, exigen para ser resueltos de una cultura científica que de ordinario no puede poseer, por lo tanto, el juez puede recurrir a la consulta técnica, a fin de integrar su conocimiento en torno a las leyes naturales que deben ser conocidas y aplicadas en el juicio, para poner la premisa del silogismo o también para sacarla de ella la conclusión que sea pertinente; en palabras sencillas se diría que si el juez trabaja tanto para comprender, cómo han andado, y cómo deberían andar las cosas, esto no es por curiosidad ni para aumentar su cultura, sino porque lo que él ha comprendido, lo debe hacer comprender a los demás". Por su parte, Eduardo J. Couture, en su obra "ESTUDIOS DE DERECHO PROCESAL CIVIL", aborda el tema desde la siguiente perspectiva: "La presunción y la labor intelectual del juez en la sentencia". En el estado actual de las ideas jurídicas, no subsiste una sola razón que autorice afirmar que el juez es un ser inanimado, un signo matemático o una simple boca que pronuncia palabras de la ley; tampoco subsiste de una sola razón que autorice a pensar que la sentencia es meramente declarativa de derechos o que el juez decide el caso mediante un silogismo del cual la ley es la premisa mayor, los hechos la menor y el fallo la conclusión, ni el juez es una máquina de razonar, ni la sentencia un aparato de lógica, el juez es un hombre y su sentencia es una operación humana de carácter crítico, en la cual la lógica jurídica juega un papel muy importante, pero no es el único ingrediente que compone el fallo. La explicación anterior, fundamenta desde un punto de vista legal y doctrinal la facultad de este Alto Tribunal, para consultar aquellas fuentes de autoridad científica que le permiten un mejor conocimiento de la situación jurídica y de facto que agravia a los quejosos; es importante destacar, que la afirmación de que en los juicios de amparo que ahora nos ocupan, no se ofrecieron pruebas periciales, debe sujetarse a las siguientes consideraciones: En el Juicio de Amparo 1200/2006, radicado en mi ponencia, la Juez Décimo de Distrito en Materia Administrativa, por auto de fecha veintiséis de abril de dos mil cuatro, ordenó la práctica de la prueba pericial en materia de medicina bajo las siguientes consideraciones. Ahora bien, y tomando en consideración que se estima necesario allegarse de medios de convicción, para estar en aptitud de resolver el fondo del presente asunto, conforme a derecho proceda, en estas

condiciones, esta juzgadora después de analizar las constancias que integran el sumario en el que se actúa, estima que se debe llevar a cabo el desahogo de la prueba pericial en materia de medicina, por lo anterior, con fundamento en el artículo 58 del Código Federal de Procedimientos Civiles, aplicados supletoriamente a la Ley de Amparo, por disposición expresa del artículo 2º, del último ordenamiento legal en cita, se regulariza el procedimiento en este asunto, con la finalidad de preparar la citada probanza pericial. Y luego, esto es mucho muy importante; ello en razón a que atendiendo a la necesidad de conocer la verdad, no corresponde exclusivamente a las partes aportar las pruebas tendentes a justificar las pretensiones deducidas en los juicios de garantías, sino también es un imperativo del juez de Distrito de allegarse en forma oficiosa de todos los elementos de convicción para la resolución del amparo; por lo que tomando en cuenta la estrecha vinculación de la prueba de referencia con la naturaleza jurídica del acto reclamado, sería imposible sin el desahogo de ésta, resolver conforme a derecho sobre los actos que en esta vía se tilda de inconstitucional.

El auto referido obra a fojas 1616 a la 1618 del Tomo Segundo del Cuaderno de Amparo; y los dictámenes periciales constan a fojas 1714 a 1717 y 1767 a 1774, y 1895 a 1904 del mismo Tomo, en los cuales se dilucida si el portador de VIH está inutilizado o no para el desempeño de las labores militares.

Vale la pena mencionar que el quejoso también ofreció la prueba pericial en su escrito de inconformidad, según se desprende de la constancia que obra a fojas 2194 a la 2203 del mismo Cuaderno de Amparo.

Por su parte, en el juicio de amparo 1285/2006, radicado en mi ponencia, el quejoso ofreció la prueba pericial en medicina desde que promovió su recurso de inconformidad, el dictamen obra a fojas 126 a la 130 del legajo de pruebas del juicio de amparo.

Tal como se desprende, de la foja 50 de la ruta crítica, formulada para la discusión de estos asuntos, en los Amparos de Revisión 259/2005, 1666/2005 y 2146/2005 está sub judice, calificar la legalidad del desechamiento de la prueba pericial médica ofrecida por el interesado a cargo de un médico civil en el Recurso de Inconformidad hecho valer en contra de la declaratoria provisional de retiro.

Aunque no me fue posible consultar la situación que guardan los restantes juicios de amparo, me parece que lo antes expuesto nos permite concluir que los quejosos, en términos generales, no necesariamente omitieron la carga de la prueba que les correspondía y ofrecieron la pericial; ello, fortalece mi convicción de que los asuntos sometidos a nuestra consideración exigen que ponderemos este delicado tema científico sobre el cual existen dictámenes ofrecidos por las partes, lo que implica que no nos estamos sustituyendo en ellas, así como numerosas fuentes doctrinales y legales para su mejor conocimiento.

Por lo anterior, reitero mi propuesta en el sentido de que el deber del juzgador es conocer la verdad, exige que este Alto Tribunal se documente sobre los conceptos científicos involucrados en la litis, sin que ello implique una sustitución del juzgador en el papel de las partes, sino sólo el conocimiento concreto de los conceptos expresados en la causal de retiro que nos ocupa; lo cual por estar contemplada en un cuerpo normativo adquiere la relevancia de un concepto jurídico indispensable para resolver el problema de constitucionalidad, muchas gracias señor presidente.

SEÑOR MINISTRO PRESIDENTE: Gracias señor ministro, tiene la palabra el señor ministro Cossío Díaz.

SEÑOR MINISTRO COSSÍO DÍAZ: Muchas gracias señor presidente. Yo quiero partir de la siguiente premisa: nos gusta denominarnos, porque así somos "Tribunal Constitucional" y eso es lo que desde la reforma del 94 somos. Consecuentemente, me parece que las funciones normativas que debemos ejercer, deben ser consonantes

con nuestra categoría jurídica, el problema que se nos presenta en este caso, consiste, fundamentalmente en determinar si son o no son constitucionales los preceptos mediante los cuales los militares son puestos en condición de retiro.

Aquí se ha hablado indistintamente de baja y retiro, y son cosas radicalmente diferentes entre la Ley Orgánica y las fuerzas armadas. Yo me voy a referir al retiro, que es el asunto que nos ocupa. El problema como viene planteado, y lo conocen todos ustedes, es, que el artículo 24 prevé en su fracción IV, como causa de retiro, el quedar inutilizado en actos fuera del servicio; esto de conformidad con las Tablas anexas a la Ley del Instituto de Seguridad Social de las Fuerzas Armadas, determina ciertas condiciones médicas para la baja. De lo que se están quejando los quejosos, es de una violación a su derecho a la salud y de su derecho a la igualdad, y en algunos casos también a la no discriminación, por efecto de que no se hacen las consideraciones adecuadas por parte del Legislador, para efecto de distinguir entre diversas enfermedades, y como consecuencia de ello, asignar diversas consecuencias a tales enfermedades.

Desde luego que a mí me parece absolutamente necesario, en este caso, analizar las distinciones hechas por el Legislador, porque el Legislador está utilizando conocimientos de carácter científico, y si el Legislador utiliza conocimientos de carácter científico, me parece que la Suprema Corte de Justicia, en su carácter de Tribunal Constitucional que analiza la constitucionalidad de las leyes, no puede, sino juzgar también, ahí donde sea pertinente, las condiciones de las distinciones científicas hechas por los legisladores.

Como yo lo señalaba en la exposición de motivos de esta Ley, se eliminan algunas enfermedades por el Legislador, por considerar que éstas tienen ya tratamiento científico; si esto es así, me pregunto yo si los ministros de la Suprema Corte, al hacer juicios de constitucionalidad, podemos o no podemos utilizar conocimiento científico para estos efectos.

En la sesión anterior, se dijeron algunas cosas respecto a este tema, las cuales yo no coincido. La primera, se nos hizo una afirmación de que el conocimiento científico no era pertinente en esta Suprema Corte, ni siquiera como un medio probatorio, simplemente no era pertinente; por qué bastaba el conocimiento medio de un hombre universitario, se nos dijo, para poder resolver los problemas. Yo con esto, evidentemente no puedo coincidir, me parece que la Suprema Corte de Justicia, no puede negarse en forma alguna, al conocimiento científico, la Suprema Corte, necesariamente tiene que acudir al mejor conocimiento disponible para resolver estos temas. Si la Suprema Corte pensara en una condición de exclusión, en una condición de una burbuja, en una condición cerrada a todas las posibilidades del mundo, bueno, pues entonces esa afirmación tendría sentido y sustento, pero como la Suprema Corte de Justicia es un órgano que juzga de la constitucionalidad de las leyes, y lo hace frente a la Constitución, tiene necesariamente, insisto, que allegarse del mejor conocimiento científico disponible. Esto me parece que es una premisa básica. Hace algunas semanas tuvimos en la Sala un problema de ADN, se utilizó conocimiento científico; en asuntos económicos lo hemos utilizado también, la única diferencia, me parece, es que a veces está más explícito, y a veces no está tan explícito, pero eso no quiere decir que sea el caso.

Pensar que no podemos allegarnos con el conocimiento científico, nos conduciría a una situación que yo francamente veo muy equivocada, que son las propias condiciones del conocimiento de cada uno de nosotros, nuestras ideologías, nuestros prejuicios, nuestras creencias religiosas, las que se impongan como formas de conocimiento. Y esto me parece que no es aceptable tampoco en una condición de un Tribunal Constitucional.

En el caso concreto, decía yo, el estudio que hacen los proyectos del ministro Valls y del ministro Gudiño sobre VIH y sus diferencias con SIDA, me pareció a mí, como lo señalé y lo reconocí, oportuno e importante. Yo, por no tener conocimientos, por ser una persona cuyos conocimientos medios, ni siquiera tiene la capacidad de distinguir

entre muchos de los problemas que se están presentando. Acudí a unos científicos. Quiero decir, porque en dos ocasiones se aludió a ello, que no son médicos, ni amigos míos, ni cercanos a mi corazón; yo me dirigí a la Academia Mexicana de Ciencias, en particular a su presidente, mediante oficio emitido por mí, para que se me designara por la Academia, a dos personas que tendrían conocimientos científicos relevantes. Estas dos personas contestaron las preguntas, dieron el informe, y es el que me permití leer en la sesión anterior. Por qué lo hice así, porque creo que es mi deber allegarme de los mayores elementos científicos para resolver un caso de esta importancia, y por lo demás trataré de hacerlo en los casos futuros.

Si con esto queda clara la premisa de por qué me parece que es necesario el conocimiento científico y no el conocimiento privado de cada cual; viene un segundo problema que es de importancia, ¿cuál es la forma en que este conocimiento científico debe aportarse al expediente?, yo creo que hay una confusión aquí que es importante; yo de acuerdo con la Ley de Amparo en su artículo 5º, no tengo el carácter de parte, yo tengo el carácter de juzgador; por ende, no me son aplicables las reglas de prueba que le son aplicables a las partes.

La Ley de Amparo, –lo decía el ministro Gudiño de forma muy puntual– no establece reglas para las materias de prueba, al menos no de forma exhaustiva sino que éstas están remitidas por virtud de lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 2º al Código Federal de Procedimientos Civiles. El ministro Gudiño lo leyó y yo lo quiero repetir: "Que el artículo 79 y 80, establecen las calidades mediante las cuales los juzgadores podemos allegarnos de pruebas, o de elementos probatorios, o de elementos fácticos, para efecto de resolver los asuntos", a partir del artículo 81, se establecen las condiciones de las partes e insisto los juzgadores no tenemos tal calidad.

El artículo 79, decía el ministro Gudiño y lo repito, para construir mi argumento, dice lo siguiente y cito: "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 que las pruebas estén reconocidas por la ley y tengan relación inmediata con los hechos controvertidos".

El artículo 93, dice: "La Ley reconoce como medios de prueba..., y en su fracción VII dice: Fotografías, escritos y notas taquigráficas y en general todos aquellos elementos aportados por los descubrimientos de la ciencia".

La segunda parte, en el segundo párrafo del 79, dice: "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 pruebas establecidas en relación con las partes".

En la exposición de motivos del Código Federal de Procedimientos Civiles, presentado por el Ejecutivo Federal en 42, se señaló con toda claridad lo siguiente y cito: "Dada la complejidad inabarcable en que se entrecruzan los lazos recíprocos que ligan a los hombres en el mundo jurídico; no es posible, establecer dogmáticamente y a priori los límites de la información de manera que pueda formularse una regla que indique cuál ha de bastar para que el órgano jurisdiccional pueda resolver y como este órgano no puede eludir la resolución se manifiesta el evidente absurdo en que se incurre si se le obliga a resolver sin la información suficiente"; esto dicho en 42, por el presidente Ávila Camacho.

Y es evidente, que si se quiere hacer verdadera justicia no debe el órgano jurisdiccional hacerla de maestro y resolver contra la parte inepta, sólo por su falta de conocimiento en la ciencia; esto sería un verdadero anacronismo, puesto que la tendencia moderna, –estoy hablando del 42– es la de que el Estado a través de sus órganos de jurisdicción realice una verdadera misión de justicia o sea, que su protección se otorgue no de manera formalista en correspondencia con una información defectuosa por error o mala fe, sino que ha de otorgarse de manera que responda lo más cerca posible a las

verdaderas relaciones existentes entre los hombres y para lograr esta finalidad, se autoriza al propio órgano para que pueda aportar los datos que estime necesarios para realizar su alta misión.

Me salto unas líneas y concluyó con esta parte, en lo que sigue y cito: "En congruencia con esas idas, los artículos 79 y 80 otorgan sin límites temporales y sin las prohibiciones en materia probatoria establecidas en relación con las partes, la más amplia facultad para que los tribunales puedan decretar la aportación de toda clase de pruebas, siempre que estén reconocidas por la ley y tengan relación inmediata con los hechos controvertidos, pero en todo caso sin lesionar los derechos de las partes y procurando en todo su igualdad"; de forma tal, que cuando nos allegamos del mejor conocimiento científico que podemos tener, –yo no le pedí a nadie en mi ponencia que me hiciera un estudio, ni me sacara definiciones– yo busqué, insisto, el mejor conocimiento al que puede allegarme, para efectos de normar mi opinión en términos del artículo 79 en este sentido.

Consecuentemente, si con los elementos científicos a mi alcance existe una diferenciación médica, clara, entre VIH y SIDA y de acuerdo con esta opinión médica el VIH no produce inutilidad; consecuentemente, me parece que la distinción hecha por el Legislador, no es una distinción sustentada con claridad, y de ahí que se produzca a mi juicio, la inconstitucionalidad del precepto.

Voy a concluir con algunas alusiones más; yo creo que si tenemos o partimos de un conocimiento científico, no podemos entonces introducir en la discusión, diferencias que no están en el caso concreto, aquí se ha hablado de que las personas están enfermas, yo creo que no dice la Ley de las Fuerzas Armadas, que las personas estén enfermas, lo que la Ley de las Fuerzas Armadas, habla es de inutilidad no de enfermedad; en alguna de las intervenciones del martes pasado se introdujeron elementos relacionados con la enfermedad, y nadie a discutido aquí, que eso sea una enfermedad, pero no podemos cambiar la litis y sustituir los términos: enfermedad por inutilidad porque no tienen en ese sentido una relación directa, lo

que las fuerzas armadas establecen como una consecuencia o la Ley de la Fuerzas Armadas, es la inutilidad no la enfermedad, en este primer caso.

En segundo lugar, me parece muy peligroso regresar a argumentaciones mediante las cuales, sea la colectividad o sea el interés público, como un sujeto intangible el que se oponga a los derechos fundamentales, creo que estas son construcciones teóricas de otros tiempos, que generan enormes complicaciones en este sentido, decía el señor ministro Azuela, y coincido plenamente con él, que no se puede oponer la colectividad al individuo, yo creo que a partir de la Segunda Guerra Mundial, de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, de los pactos civiles y políticos, económicos y sociales resulta muy difícil generar sujetos colectivos, para oponerlos a los derechos fundamentales en este sentido.

También me parece, que sin una base médica resulta sumamente complicado, ya como forma de particularización de estos elementos, considerar que los sujetos colectivos están protegidos frente a contagios, cuando las condiciones del contagio medicamente se han considerado de una especificidad y tienen algunas consideraciones particulares.

Y termino con esta cuestión, lo que creo que estamos tratando de hacer algunos de los señores ministros que estamos en el sentido del proyecto de la señora ministra Sánchez Cordero, en esta parte, es tratar de alumbrar el problema a partir de un conocimiento científico o técnico y no insisto, a partir de lo que son nuestras propias consideraciones como universitarios medios que tenemos ciertos conocimientos, yo creo que de reconocerse la posibilidad de que esta Suprema Corte, se allegue de los elementos que por lo demás nos otorga como una facultad individual el artículo 79, daría un gran paso en la construcción de un orden jurídico mucho más completo, y en ese sentido me parece que, podríamos resaltar la posición, por lo demás de la exposición de motivos de cuarenta y dos, en el sentido de que

podríamos ser un órgano que estuviera resolviendo problemas jurídicos más cercanos a la realidad.

Por estas razones, yo habiendo escuchado a los señores ministros en su intervención, sigo estando por la inconstitucionalidad de los preceptos identificados.

¡Muchas gracias!

SEÑOR MINISTRO PRESIDENTE: ¡Gracias señor ministro!

SEÑOR MINISTRO AZUELA GÜITRÓN: Un problema previo, señor ministro presidente.

SEÑOR MINISTRO PRESIDENTE: Adelante señor ministro Azuela.

SEÑOR MINISTRO AZUELA GÜITRÓN: Han sido muy interesantes las intervenciones de los señores ministros Gudiño y Cossío, pero pienso que esto supondría probablemente una reposición del procedimiento, porque lo que aquí está en debate, es si el conocimiento que llegó uno de los integrantes de quien juzga, es valedero para definir por el órgano colegiado, la conclusión a la que se llega.

Entonces me parece que habría que debatir, primero, si en el caso es fundamental el estudiar, incluso al margen de lo que ocurrió en los Juzgados de Distrito, porque estamos en un Amparo en Revisión, un problema de carácter médico específico.

Y el otro sería si aceptamos que los tribunales, pueden allegarse estos medios, sería valedero que lo que se allegó uno de los señores ministros, se toma como algo decidido por el Tribunal; si el Tribunal Pleno, considera que todo esto es pertinente, habría que ordenar el desahogo de esta prueba pericial médica, para que todos los integrantes del Pleno, tuviéramos todos estos elementos científicos, y que incluso pues debatiéramos a quien se puede acudir para que nos den este asesoramiento e incluso, dando el derecho a las partes para

que ellas puedan, de alguna manera, tener intervención en ello, porque de otra manera, pues aquí, subsistiría uno de los problemas que yo plantee, que con qué fundamento un órgano colegiado toma como criterio de decisión lo que una persona que integra este órgano, pero que no es el órgano, ha considerado idóneo para su asesoramiento personal.

Aceptemos que el Pleno esté informado, no habría que reponer el procedimiento para que mandemos desahogar esta prueba, y en todos los casos en que se planteen problemas de este tipo, podamos recurrir a ello.

SEÑOR MINISTRO PRESIDENTE: Reservo su moción señor ministro Azuela, porque lo que yo entendí es que el conocimiento científico que se allegó para sí el señor ministro Cossío, le ha servido de base para formar su convicción personal.

Creo que si en este momento planteamos el tema de la necesidad de práctica de una prueba pericial, interrumpimos toda la discusión, lo reservo simplemente para terminar de discutir el tema.

Señores ministros hay cinco solicitudes de uso de la voz, están todas registradas, solamente les hago saber el número para que seamos pacientes y les demos a todos nuestros compañeros su tiempo necesario.

Tiene el uso de la palabra el señor ministro Fernando Franco González Salas.

SEÑOR MINISTRO FRANCO GONZÁLEZ SALAS: Gracias señor presidente, señoras y señores ministros, con el único objeto de fundar y justificar el sentido de mi voto, en el punto concreto que abordamos, a continuación me permito establecer mi postura en relación con el planteamiento sobre la inconstitucionalidad o posible inconstitucionalidad de la fracción 117, de la Primera Categoría de las Tablas anexas a la abrogada Ley del Instituto de Seguridad Social

para las Fuerzas Armadas Mexicanas, de fecha 29 de junio de 1976, que fue sustituida por las fracciones 81 Y 82 de la Primera Categoría de las Tablas que comprende en el artículo 226 de la ley vigente, publicada en el Diario Oficial de la Federación del 9 de julio de 2003.

Por considerar el quejoso, que la determinación de retiro por inutilidad que se realiza con base en ellas en su caso, vulneran los principios de igualdad, no discriminación y de protección a la salud, establecidos en nuestra Constitución.

El asunto que juzgamos presenta un problema literalmente de la mayor importancia y trascendencia para la sociedad mexicana, en virtud de que pone frente a frente, dos aspectos medulares de nuestro sistema constitucional.

Por un lado, un régimen de excepción constitucionalmente establecido para los militares, por el otro, la definición del alcance de ciertas garantías individuales o derechos fundamentales, como se les quiera llamar, en ese régimen de excepción.

Problema que en mi opinión, como aquí se ha sostenido, debe resolverse a la luz del marco constitucional, puesto que somos un Tribunal Constitucional, tratando de armonizar los preceptos y por supuesto los valores y principios que en ellos se contienen, de tal manera, que procuremos hacer compatibles los extremos involucrados en este problema.

En cuanto al primer aspecto, debemos considerar que el párrafo inicial del artículo 1º de nuestra Constitución establece, y cito textualmente: “En los Estados Mexicanos, todo individuo gozará de las garantías que otorgue esta Constitución, los cuales no podrán restringirse ni suspenderse, sino en los casos y con las condiciones que ella misma establece”.

En el caso que nos ocupa, la Constitución mexicana, establece en el artículo 123, apartado B), fracción XIII: que los militares, marinos,

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

Por su parte el artículo 73, fracción XIV, también constitucional, le confiere al Congreso de la Unión, la facultad para levantar y sostener a las instituciones armadas de la Unión, a saber, ejército, marina de guerra y fuerza aéreas nacionales y para reglamentar su organización y servicio, de esos preceptos de la ley fundamental en cita, deriva una situación de excepción constitucional del régimen jurídico aplicable a los militares y la facultad del Legislador secundario para legislar en todo lo relativo al ejército.

Ahora bien, para determinar si los preceptos legales impugnados en el presente asunto, contravienen las garantías de igualdad, discriminación y derecho a la protección a la salud, en el caso concreto, al haber determinado una causa de retiro del quejoso por considerar que o que quedó inutilizado, --dígase en términos de la definición que aceptamos--, no apto para el servicio, con base en la citada fracción 117, a la que ya he aludido. Los artículos 4º fracción I y 132 de la Ley Orgánica del Ejército y Fuerza Aérea Mexicana, señala: "Que los mexicanos que prestan, --el primero el artículo 4º,-- que los mexicanos que prestan sus servicios en las instituciones armadas de tierra y aire, quedarán sujetos a las leyes y reglamentos militares"; el artículo 132, reitera esta misma situación, estableciendo que: "Dichos militares estarán sujetos a las obligaciones y derechos que para ellos establece la Constitución, la presente Ley y demás ordenamientos castrenses". Por su parte, el Reglamento General para el Servicio de Sanidad, publicado en el Diario Oficial de la Federación del veintitrés de septiembre de mil novecientos cuarenta y dos, dispone en su artículo 1º: "Que el servicio de sanidad militar tiene por objeto, entre otros, conservar la salud de los componentes del ejército, por aplicación de las medidas de higiene y profilaxis, determinar de acuerdo con los reglamentos respectivos, la aptitud física y mental de los individuos que hayan de integrar al ejército, calificar los casos que por presentar lesiones o padecimientos que los inutilicen para el

servicio activo de las armas, deben ser retirados del ejército, de acuerdo con la ley”.

Dicho ordenamiento prevé en su artículo 54, la práctica de reconocimientos médicos periódicos, --no leo el precepto completo-- pero señala claramente que dichos exámenes se harán explorando todo el organismo y en caso necesario, se usará de la colaboración de los servicios especializados de los hospitales militares para determinar la existencia de padecimientos transmisibles que inutilicen para el servicio, etcétera y en consecuencia, se tomarán las medidas señaladas en el artículo 49 y se promoverán las bajas por inutilidad y se enviará una información detallada a la Jefatura del Cuerpo, a la Dirección de Sanidad Militar y a la Dirección de Arma o Servicio a que pertenezca el interesado. --fin de la cita del precepto--

Ahora bien, una vez reclutados, la Ley de Ascensos y Recompensas del Ejército y Fuerza Aérea Mexicanos, dispone como regla general que los miembros deberán contar con buena salud, tal como se desprende de los artículos 8º fracción IV, 18 fracción IV, 19 fracción III y 20 fracción IV, de ese dispositivo.

De lo anterior, yo desprendo que el carácter de militar lo adquiere un sujeto desde el momento en que voluntariamente causa alta en el instituto armado y no se pierde mientras pertenezca al mismo, encontrándose por ello sujeto a todas las prescripciones que conforman el Estatuto Jurídico Militar. Por lo tanto, resulta palmario de los ordenamientos citados, que son condiciones indispensables que el Estatuto Militar exige a todos sus componentes para permanecer en el servicio, las de tener buena salud, ser apto mentalmente y estar capacitado físicamente para el servicio.

Ahora bien, por lo que se refiere al segundo aspecto que mencioné al principio, es decir, al alcance de las garantías de igualdad y no discriminación, dado que sobre el derecho al acceso a la salud, --que seguramente lo abordaremos más tarde-- y por lo tanto, me pronunciaré en su momento, me refiero entonces consecuentemente, a las garantías de igualdad y no discriminación, existe hoy en día una abundante literatura y el Pleno y la Primera Sala de esta Suprema Corte de Justicia de la Nación, han establecido por lo menos, hasta donde yo pude ver, en una tesis aislada el primero, y la segunda, en dos tesis de jurisprudencia y otras dos aisladas, que si bien, estoy claro, no resultan obligatorias para este Pleno, si contienen criterios orientadores importantes para el análisis del tema que nos ocupa, puesto que dichas tesis de jurisprudencia y tesis aisladas, se refieren a la igualdad, los conceptos de violación que se hagan valer respecto a la garantía prevista en el artículo 1º de la Constitución Federal, no pueden entenderse si no es en relación directa con las libertades que ésta consagra.

“IGUALDAD. CRITERIOS PARA DETERMINAR SI EL LEGISLADOR RESPETA ESE PRINCIPIO CONSTITUCIONAL”.

“IGUALDAD, CASOS EN LOS QUE EL JUEZ CONSTITUCIONAL DEBE HACER UN ESCRUTINIO ESTRICTO DE LAS CLASIFICACIONES LEGISLATIVAS INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 1º, DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS”.

“IGUALDAD DE LIMITACIÓN CONCEPTUAL DE ESTE PRINCIPIO”.

Tesis y jurisprudencias que también se refieren al principio de discriminación. Si partimos de los criterios, que en esas tesis, se adoptan, y en esas jurisprudencias, es claro que podemos desprender que la garantía de igualdad, y en lo conducente, la de no discriminación, previstas en el artículo 1º, de la Constitución, deben analizarse a la luz de un estudio conjunto de dicho numeral, con la correlativa libertad que se arguye violada, y que dicha garantía, no significa que todos los individuos deban ser iguales en todo, frente a la ley, pero que el juez constitucional, debe tratar de establecer si en el caso concreto que decide, existe una situación igual o desigual entre los sujetos de la norma; si la distinción que establece la ley, entre dos

o varios hechos, sucesos, personas, o colectivos, descansa en una base objetiva y razonable, o si por el contrario, constituye una discriminación constitucionalmente vedada, una decisión arbitraria irracional, o desproporcionada; es decir, si las normas específicas se encuentran o no, dentro de los límites marcados por las provisiones constitucionales. De igual manera, de la abundante literatura médica consultada, médica y científica y quiero decir que para mí también fue muy útil para formar mi opinión, y consultamos al Servicio de Infectología del Hospital de Especialidades del Instituto Mexicano del Seguro Social, Departamento de Infectología del Instituto Nacional de Ciencias Médicas, Institución Salvador Sulvirán, el Departamento de Salud y Servicios Humanos, de los Estados Unidos, De Donald Norteamerican Medical Association, la Clínica Mayo, y la Academia Nacional de Medicina de Colombia, y en particular, el documento de la Academia Mexicana de Ciencias, con el que el ministro Cossío, dio cuenta en la sesión pasada, pienso que se acredita, que la diferencia entre tener el virus, y tener el síndrome, es cuestión de tiempo, y estoy citando textualmente, ya que son dos estadios de la historia natural de un mismo proceso infeccioso, y que un individuo, seropositivo, permanecerá asintomático, por siete a diez años en promedio, también cita textual del documento. Esto es, existe un período de latencia que varía, dependiendo del sistema inmunológico de cada individuo, pero que puede durar varios años, inclusive, toda la vida, como lo refiere el documento de la Clínica Mayo, durante el cual, la persona infectada, puede hacer una vida completamente normal y sin riesgo de contagio para otros, si se toman obviamente las medidas de control y profilácticas pertinentes; en consecuencia, de todo lo anteriormente señalado, concluyo con mi opinión, señores ministros.

Primero: El artículo 1º, de la Constitución, Política de los Estados Unidos Mexicanos, establece, ciertamente, que las garantías individuales, y los derechos fundamentales solamente pueden suspenderse o restringirse, en los casos y condiciones que la misma establece.

En segundo lugar, yo estimo que el artículo 123, apartado B, fracción XIII, en relación con el 73, fracción XIV, de la misma Constitución, establecen efectivamente también un régimen jurídico de excepción para los militares.

Tercero: Cualquier persona que desea voluntariamente ingresar a las fuerzas armadas mexicanas, queda sujeta al régimen excepcional que las rige; consecuentemente, al darse de alta en el ejército, por ese sólo acto, se coloca, por voluntad propia, bajo el régimen jurídico de excepción constitucionalmente permitido, y por tanto, en una situación que hace que no puede existir en automático, cuando se les aplica dicho régimen jurídico, una violación de manera general, perdón, una violación a las garantías que se aplican de manera general, para el resto de los individuos que no se encuentran en la misma situación jurídica.

Cuarto: No obstante ello, y a pesar de las características excepcionales que nuestra Constitución otorga a la organización y funcionamiento de las fuerzas armadas, de la disciplina que requiere de todos los individuos que la componen, y la exigencia de un óptimo estado de salud y mental, estimo que el Legislador puede establecer restricciones a las garantías individuales en el ámbito militar, pero sólo en tanto ello resulte razonable, fundado y motivado, por lo que no puede hacerlo al extremo de establecer situaciones arbitrarias, irracionales o desproporcionadas para los propios militares.

En este tenor, la fracción 117 de la Primera Categoría de las Tablas anexas a la abrogada Ley del Instituto de Seguridad Social para las Fuerzas Armadas Mexicanas, de fecha veintinueve de junio de mil novecientos setenta y seis, que señala como causa de baja del servicio activo de un militar por inutilidad, es decir, por no ser apto para el mismo, cito textualmente: “La susceptibilidad a infecciones recurrentes atribuibles a estados de inmunodeficiencias, celular o humorales del organismo, no susceptibles de tratamiento”. Resulta, esta fracción, en mi opinión, parcialmente inconstitucional por irracional y desproporcionada como causal de baja del servicio, toda

vez que como se acredita en la literatura científica y médica contemporánea que hemos aludido, en el proceso infeccioso del VIH SIDA, existe siempre un periodo más o menos largo, en que las personas que se han contagiado, se encuentran en aptitud de realizar una vida absolutamente normal, sin poner en riesgo a los demás, si se toman las medidas preventivas adecuadas.

Consecuentemente -y aquí tengo un problema de diferencia de matiz con lo que señaló el doctor Cossío, pero sobre su mismo argumento, de que pueden dividirse las dos fases-, consecuentemente, me parece a mí que la porción normativa de dicha fracción 117, que alude a la simple susceptibilidad de infecciones recurrentes, no se compadece con una interpretación armónica de los preceptos constitucionales, que por una parte establecen un régimen excepcional, que rige el Estatuto de los Militares, que les exige el ser aptos para el servicio, y por otra, otorgan a todos los mexicanos las garantías, derechos fundamentales de igualdad y no discriminación.

Por tanto, considero que el resto del supuesto de la porción normativa, previsto en la fracción multicitada, de la Ley del Instituto de Seguridad Social para las Fuerzas Armadas Mexicanas, vigente hasta el nueve de julio de dos mil tres; es decir, que la causa de baja del ejército debidamente acreditada, y aquí puede caber toda esta serie de consideraciones que se hicieron, para recurrir a aquellas pruebas que ponen en evidencia esto y que lo acrediten, debidamente acreditada, basada en la presencia de infecciones recurrentes atribuibles a estados de inmunodeficiencia celulares o humorales del organismo no susceptibles de tratamiento -reitero-, esta porción normativa, dadas las condiciones de excepcionalidad que he señalado, la propia Constitución otorga al Estatuto Jurídico a que quedan sujetos el ejército y sus integrantes, así como para su organización y funcionamiento, puede considerarse constitucional y legalmente válido.

Adelanto que en concordancia con lo anteriormente postulado, igual criterio sostendré respecto de las fracciones 81 y 82, de la Primera

Categoría de las Tablas que comprende el artículo 226, de la Ley citada, vigente hoy en día y publicada en el Diario Oficial de la Federación, el nueve de julio de dos mil tres.

Con una disculpa por lo extenso de mi exposición, pero consideré necesaria hacer explícitos todos mis razonamientos en un tema tan importante.

Gracias señor presidente.

SEÑOR MINISTRO PRESIDENTE: Tiene la palabra el señor ministro Valls.

SEÑOR MINISTRO VALLS HERNÁNDEZ: Gracias señor ministro presidente.

Señoras ministras, señores ministros, hasta este momento hemos entrado a la discusión en cinco aspectos.

Primero, discutimos y decidimos por votación de diez a uno, que el juicio de amparo es procedente tanto por cuanto hace a la declaratoria de procedencia definitiva de retiro, como en contra de la orden de baja y alta en situación de retiro, a fin de no dejar en estado de indefensión a los quejosos, toda vez que cualquiera de ambos actos, afectan los intereses jurídicos de ellos.

De la misma manera y en segundo lugar, ya resolvimos por decisión unánime que se debe sobreseer en todos los juicios, en relación con el artículo 19 de la Ley del Instituto de Seguridad Social de las Fuerzas Armadas Mexicanas, el 20, en su encabezado en la fracción I, el 34, fracciones I, III y IV, y el 152, en cuanto se refiere a los familiares de los militares.

En tercer lugar, resolvimos por votación unánime, que no se sobreseerá en los juicios por lo que hace a los diversos artículos 22,

fracción IV, 33, 34, párrafo primero, fracción II, 152, párrafos primero y segundo y 155, de la propia Ley.

Creo que implícitamente dejamos en claro que tampoco debemos sobreseer con relación al 117, Primera Categoría, de la Tabla anexa de la Ley vigente hasta antes del ocho de agosto de dos mil tres, y el 226, Segunda Categoría, fracción 45, de la tabla vigente a partir de esa fecha.

En cuarto lugar y en la sesión anterior, igualmente decidimos la constitucionalidad del artículo 22, fracción IV, y su correlativo de la Ley en cita por votación de nueve a uno, pues se estimó que su redacción no contraría las garantías de audiencia ni de legalidad.

En quinto lugar, ahora estamos discutiendo lo relativo a la Tabla anexa vigente a partir del ocho de agosto de dos mil tres, en cuanto a su artículo 226, Segunda Categoría, fracción 45, en el entendido de que este último precepto efectivamente se refiere exclusivamente al VIH en tanto establece que el hecho de presentar seropositividad a los anticuerpos contra el virus de la inmunodeficiencia humana confirmada con pruebas suplementarias da origen a retiro de las fuerzas armadas por inutilidad, causa que estimo semejante a lo que establecía el 117, Primera Categoría, de la Tabla anexa de la Ley vigente hasta antes del ocho de agosto de dos mil tres, ya que este artículo sólo refería a la susceptibilidad de infecciones recurrentes atribuibles a estados de inmunodeficiencia celulares o humorales del organismo no susceptibles de tratamiento. Lo anterior lo señalo en virtud de que existen, como ya dije, asuntos en que se impugnan ambas normas, es decir, la derogada y la abrogada. Sin embargo, con todo respeto yo difiero del punto de vista externado por algunos de los señores ministros en cuanto a las razones que hasta ahora se han expuesto para fijar su postura, su voto, pues, en relación con este punto, fundamentalmente por dos razones que a continuación apuntaré.

La primera es que a mi parecer no es conveniente que fijemos la discusión centrados exclusivamente en el VIH o el SIDA. Es cierto que todos los asuntos, los once que estamos viendo, derivan de un

problema semejante en tanto los quejosos reclaman la ley y actos por los cuales se les pretende retirar de las fuerzas armadas por haberseles detectado el VIH. Empero, considero que esta Suprema Corte debe resolver o emitir la resolución con argumentos jurídicos que sirvan no sólo para establecer si dicha enfermedad es susceptible racionalmente para declarar la inutilidad en el servicio de las armas, sino que nuestra discusión, considero, debe abarcar o referir al resto de las enfermedades que mencionan las Tablas anexas a la Ley, tanto anterior como vigente. Es decir, como en el caso existen enfermedades y padecimientos catalogados en las Tablas Anexas a la Ley que llevan a la actualización y vinculación con el concepto de inutilidad, que es el concepto que estamos tratando de precisar, por lo que creo que mi argumento no se aleja de la litis; entonces, debemos resolver, desde mi punto de vista, si el listado de ambas Tablas anexas que refieren a enfermedades o padecimientos debe llevar o no siempre a la inutilidad. De esta manera sentaremos precedente para casos futuros relacionados con militares que estén en proceso de retiro por cualquiera de las causas de inutilidad que señalan las Tablas de referencia y no exclusivamente por ser portadores del VIH o en su caso por padecer SIDA.

La segunda razón que apunto es que considero un inconveniente dar argumentos de constitucionalidad, como nos corresponde, o de inconstitucionalidad, a partir de estudios o documentos médicos que refieren el problema de esa enfermedad. Admito que en ciertos casos la prueba pericial es un elemento idóneo para establecer no sólo la inconstitucionalidad del acto de aplicación, sino de la misma ley; sin embargo, además de que en la mayoría de estos once juicios no se presentó, en la mayoría, ninguna probanza a ese respecto, menos, pienso, podemos sustentar una resolución sobre el aspecto de inconstitucionalidad que aquí se alega, basado este aspecto en estudios externos, en este caso, sobre la patología del sida.

Gracias, señor presidente.

SEÑOR MINISTRO PRESIDENTE: Tiene la palabra el señor ministro Silva Meza.

SEÑOR MINISTRO SILVA MEZA: Gracias, seños presidente.

En principio, me acojo a la disculpa previa por la paciencia que estimo espero no agotar de mis compañeros; pero hago la advertencia.

Independientemente del planteamiento concreto que fijará mi posición en este tema, debo hacer –estimo- una reflexión previa a los planteamientos que se han venido haciendo en este sentido y nada más para orientar exclusivamente este posicionamiento.

Hay algunas cuestiones que habremos de aclarar y precisar un poco más adelante.

Con puntualidad, el señor ministro Valls, viene fijando cuál ha sido el cauce de la discusión y los resultados –por así decirlo- en los diferentes preceptos que han surgido en el cauce de la discusión, la suerte que han tenido algunos de ellos; y, yo sí tengo alguna reserva, por ejemplo, en la determinación de la ley abrogada, el 22, fracción IV, en relación con las listas; en tanto que creo que sí corren la suerte de la ley abrogada, en tanto que venían a formar parte de la misma; yo creo que, inclusive los comentarios son valederos en cuanto a su contenido desde mi punto de vista, en tanto se asocian con las disposiciones que lo han sucedido y que en el caso concreto, ya de la nueva ley que habremos de discutir ahora, ya con puntualidad se hace referencia al VIH sida, en lo particular y no de manera genérica, como se hacía en esta fracción 117, de este complemento de las disposiciones que hacían referencia a padecimientos y a enfermedades o casos de justificación en una última instancia para tomar determinaciones de baja, de retiro o consecuencias relacionadas con lo mismo.

Así pues, hago este posicionamiento en relación con la reserva que se ha hecho también de aquéllos temas, yo lo concreto, simplemente se trata de la motivación obligada para cualquier juzgador, la suficiente y adecuada motivación para emitir una resolución que permite acudir a

lo que esté a disposición del juzgador para lograr un cometido constitucional de obligación del juez, de motivar suficientemente, reforzadamente sus resoluciones; pero ¿cómo veo esta situación?; y en este sentido, acojo un tanto, las expresiones del ministro Franco, en relación con el problema constitucional, en las discusiones que hemos venido realizando, se han suscitado en relación a un conflicto de intereses constitucionales; esto es, hay diferentes bienes jurídicos protegidos que están en juego, que tienen ambos protección constitucional, hay una colisión de bienes constitucionales: por un lado, está el correcto desenvolvimiento de las fuerzas armadas mexicanas; y por otro lado, derechos fundamentales de particular, que, además, son miembros precisamente del ejército mexicano.

La labor de nosotros como Tribunal constitucional, desde mi perspectiva, consistirá en ponderar esos bienes jurídicamente protegidos para armonizarlos –decía el ministro Franco, y esto es cierto-

La labor del Tribunal constitucional, en principio será la de privilegiar que ambos bienes que tiene la protección constitucional, en lo posible puedan coexistir, buscar las medidas adecuadas para que, coexista y si no es posible, en un juicio de ponderación que se realice en atención a estos bienes constitucionales en juego, que, prevalezca el que, obedezca intereses y valores superiores; pero buscando también las alternativas para que aquellos bienes constitucionales tengan un efectivo desarrollo.

Yo siento que ése es, desde mi perspectiva, lo que hay que armonizar, y así decimos: En mi perspectiva, los intereses y conflictos se pueden armonizar; es decir, se pueden y deben proteger los derechos fundamentales de los quejosos, sin que ello implique que las fuerzas armadas, no cumplan con la función estatal que tienen encomendada.

Las fuerzas armadas mexicanas, están sujetas a un régimen jurídico especial, lo decía el ministro Franco, de excepción, dada la particular naturaleza de la innegable importancia de la función estatal que

desempeñan, cuestión que implica desde luego, que sus miembros se encuentren sometidos a una férrea disciplina, ello se traduce en que éstos, sus miembros, deben estar física y mentalmente aptos para el cumplimiento de tan importante deber, además de contar con una gran vocación de servicio.

Ahora bien, el hecho de que el personal militar requiera determinadas y especiales características, no sólo para poder ingresar, sino para permanecer en la milicia, no puede llegar a desconocer a sus miembros, su calidad de sujetos de derechos fundamentales, de ahí la necesidad de que, como a todos los individuos, le sean respetados los derechos mínimos que garanticen una subsistencia digna.

La litis constitucional de los concretos asuntos en estudio, colocan a esta Suprema Corte de Justicia, como Tribunal Constitucional, en la necesidad de ponderar los intereses en conflicto; es decir, armonizar los derechos fundamentales mínimos indispensables, con el desempeño satisfactorio de las fuerzas armadas mexicanas, problemática que en los tiempos presentes, han enfrentado diversos tribunales constitucionales, a los que también se puede acudir para tener elementos de juicio para generar convicción, que en estos tiempos en su mayoría, han arribado a la conclusión de que no son, ni debe ser incompatibles.

Por ello, tenemos que examinar si los actos reclamados mediante los cuales se decretó el retiro por una inutilidad adquirida fuera de servicio de los quejosos, se encuentran justificados constitucionalmente, pues dicha medida puede implicar un menoscabo nada menos que a derechos fundamentales, de ahí que sea necesario ponderar si se trata de una medida razonable y proporcional, con el objetivo que se pretende alcanzar.

Esto es, el óptimo desempeño de las fuerzas armadas mexicanas, sin perder de vista la presencia de derechos esenciales, fundamentales, que también es imprescindible tutelar; habida cuenta, su correspondencia, insisto, con la dignidad humana.

La salud de los integrantes de la milicia, no es un fin en sí mismo, es un medio que se estima necesario para obtener el óptimo desempeño de aquélla; sin embargo, pareciera que los proyectos que niegan el amparo, parten de la idea de que los actos reclamados son válidos, en cuanto privilegian únicamente la salud de los miembros de dichas fuerzas, en razón de las funciones que desempeñan; de ahí que afirme, que estos proyectos, en mi punto de vista confunden el medio, con el fin de la medida.

Ahora bien, para estar en posibilidad de realizar la ponderación a la que me refiero, es necesario interpretar el problema constitucional a la luz de principios tales como pro homine, de interpretación expansiva, o progresiva, de promoción y de universalidad; esto es, que la interpretación sistemática que esta Corte, realice, privilegie lo más favorable a la persona humana.

Entre las varias interpretaciones posibles, prefiera la que restrinja en menor escala el derecho fundamental en juego, que la interpretación se lleve a cabo, o que la interpretación que se lleve a cabo, deba ser comprometida con la vigencia y promoción de los derechos humanos y que se parta de la premisa de que la dignidad de la persona humana, comprende a todas, todas la personas.

El sistema previsto en la Ley vigente, en relación con las causas y consecuencias de retiro de militares que queden inutilizados en actos fuera de servicio, en esencia, es el mismo que el previsto en la Ley abrogada; la diferencia radica en que las Tablas que contienen el Catálogo de Enfermedades y Padecimientos que traen aparejada la inutilización, se encuentran en el cuerpo de la Ley, concretamente en el artículo 226, el que textualmente establece: “Para la determinación de las categorías y grados de accidentes y enfermedades que den origen al retiro por inutilidad, se aplicarán las siguientes tablas:...”

De este listado, el listado de referencia para el presente estudio, destaco las siguientes fracciones, de la Primera Categoría, debe destacarse la fracción

83, que dice: “La seropositividad a los anticuerpos contra los virus de inmunodeficiencia humana, confirmada con pruebas suplementarias más infecciones por gérmenes oportunistas y/o neoplasias malignas”.

Segunda Categoría, fracción 45, la impugnada: La seropositividad a los anticuerpos contra los virus de la inmunodeficiencia humana confirmada con pruebas suplementarias. Las fracciones citadas pertenecen a dos categorías diferentes, pero la Ley les atribuye la misma consecuencia, la inutilidad, siempre y cuando el padecimiento o enfermedad que se catalogue en éstas se haya adquirido por actos fuera del servicio.

Cabe mencionar que la nueva ley tampoco establece claramente qué debe entenderse por inutilidad en actos fuera del servicio, sin embargo, el artículo 111, que se refiere al seguro de vida militar, aporta una definición en relación al concepto de inutilidad, dice: “Por inutilidad total y permanente se entiende la imposibilidad física y/o mental que constituye causal de retiro, clasificada en la primera o segunda categoría, conforme las Tablas anexas a la presente Ley.”

Esta reseña pone de manifiesto la inconstitucionalidad del sistema previsto en la Ley vigente, pues atenta contra la garantía de no discriminación, ya que por el solo hecho de que una persona haya dado positivo en pruebas del virus de inmunodeficiencia humana, se le considera inútil, segregándolo del sistema.

En efecto, como ya lo he sostenido, el hecho de que un individuo se encuentre infectado con el citado virus, no implica su inutilidad, pues es sabido que hasta que no se desarrollen las consecuencias de la enfermedad o padecimiento, o proceso, como aquí se ha venido abonando, se trata efectivamente de un proceso, va sucediéndose en etapas, el tratamiento si éste se da, las aportaciones científicas determinan que puede seguirse desempeñando con normalidad a temporalidades determinadas científicamente, cinco hasta diez años.

La discriminación deviene obvia, si atendemos a que es la propia Ley la que distingue entre VIH y el sida, pues mientras en la fracción 83 de la primera categoría se establece la infección y el desarrollo de enfermedad, en la fracción impugnada sólo se prevé la infección, no obstante la diferencia entre estas dos situaciones de hecho la Ley les atribuye la misma consecuencia, es decir, la inutilidad.

Lo anterior es evidentemente conculcatorio de la garantía de igualdad, pues se trata igual a sujetos que se encuentran en diferentes condiciones, siendo una condición de salud la que motiva este trato, lo que en mi concepto es violatorio del artículo 1º constitucional.

El hecho de que la Ley prevea la consecuencia de una privación de derechos fundamentales sin más justificación que el hecho de ser seropositivo, me lleva a sostener que es inadmisibles que el Legislador desconozca los esfuerzos nacionales e internacionales para desestigmatizar la enfermedad, y por el contrario, según aquellos que discriminan a un grupo social, ya de por sí vulnerable, y que tiene que cargar el peso de esta enfermedad fatal.

Reitero, la medida adoptada por el Legislador carece de idoneidad, de necesidad y de proporcionalidad, pues segregar a los infectados con VIH, que pueden seguir siendo útiles para el ejército no puede encontrar justificación en el correcto desenvolvimiento de las fuerzas armadas, pues con la medida adoptada no se logra tal objetivo.

Si al Estado le preocupa tener fuerzas armadas sanas, tal fin se cumple con el establecimiento de la fracción 83, antes reseñada, pues ésta es la que prevé las consecuencias inutilizantes de la enfermedad, lo que implica que no era necesario establecer una fracción para aquellas personas que no han desarrollado el sida, sino que sólo se encuentran infectadas, y que por ende pueden realizar sus funciones y aportar al correcto desenvolvimiento de la función militar.

Quiero destacar que el VIH, sida, de conformidad con la norma oficial mexicana 010.SSA2-1993, para la prevención y control de la infección

del virus de inmunodeficiencia humana establece que dicha enfermedad es susceptible de tratamiento.

La citada NOM, al definir las medidas de control de la enfermedad en el punto 6.3, señala que toda detección de VIH, sida, se registrará por los criterios enunciados, dentro de los que destacan los siguientes: 6.3.3: No se solicitará como requisito para el ingreso a actividades el acceso a bienes y servicio, 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 los casos de estos últimos, no será causal para negar la residencia, ni podrá ser utilizada para la deportación.

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

Quiero apuntar que la citada norma oficial mexicana, tiene su fundamento en la Ley Federal sobre Metrología y Normalización, la que en su artículo 40, dispone: Que todas las normas oficiales mexicanas, tendrán como finalidad establecer, fracción XI, las características y/o especificaciones, criterios y procedimientos, que permitan proteger y promover la salud de las personas, animales o vegetales. En este sentido también quiero resaltar: Que la norma oficial mexicana de referencia, tiene por objetivo uniformar los principios y criterios de operación de los componentes del sistema nacional de salud, respecto a las actividades relacionadas con la prevención y control de la infección por el virus de la inmunodeficiencia humana, en virtud de que constituye, por su magnitud y trascendencia, un grave problema de salud pública. Se establece que la norma oficial mexicana, es de observancia obligatoria en todos los establecimientos

para la atención médica de los sectores público, social y privado del país. Lo expuesto en relación con esta norma oficial mexicana, y lo sostenido también por algunos de los señores ministros, en torno a la opinión científica de VIH/sida, me hacen concluir: que es anacrónico considerar que el estar infectado de aquella enfermedad, convierte a la persona en un inútil que hay que segregar, pues la ciencia y la interpretación legal y administrativa aplicable al sistema de salud, en torno al citado padecimiento, se han empeñado en desvirtuar tal concepción, por lo tanto, en mi opinión la nueva Ley del ISSFAM, deviene claramente violatoria de la garantía de igualdad. Es cierto, nadie se encuentra obligado a sostener en el empleo, a una persona que ya no es apta para éste, pero lo cierto, es que en el caso, el Legislador no atiende a la aptitud o ineptitud de la persona para desarrollar sus actividades, pues se basa en una condición de salud, que no necesariamente me lleva al concepto de inutilidad. Ahora bien, la Ley Federal para Prevenir y Eliminar la Discriminación, establece: Que no se consideran conductas discriminatorias entre otras, las que se establezcan como requisito de ingreso o permanencia, para el desempeño del servicio público o cualquier otro señalado en los ordenamientos legales. La Ley impugnada, establece como requisito de ingreso y permanencia en el servicio militar, el estar apto, física y mentalmente para el desempeño de tal actividad, lo cual evidentemente no constituye una conducta discriminatoria, pero sí constituye una conducta discriminatoria, que el Legislador establezca un mecanismo que no refleje si eres apto o no para permanecer en el servicio, pues no atiende a la verdadera capacidad de los sujetos, de ahí que no sea justificable establecer condiciones de permanencia en el empleo, carentes de razonabilidad. Por último, no puede perder de vista, que el VIH/sida, constituye una epidemia mundial, y que por tanto, ha sido objeto de regulación internacional, con el propósito de proteger los derechos humanos de las personas que padecen la citada enfermedad, de ahí que me permita hacer referencia, a diversos acuerdos internacionales, de los que México es parte, en los que se consignan principios básicos de los derechos humanos, que son esenciales para la respuesta eficaz al VIH/sida, tales como: La Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional

de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Convención Internacional Sobre todas las Formas de Discriminación Racial, la Convención Sobre Eliminación de todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer, Convención Contra la Tortura y otros Tratos y Penas y Cruelles e Infamantes, Convención de los Derechos del Niño y la Convención Americana Sobre Derechos Humanos. En estos instrumentos internacionales, se consignan los siguientes derechos: A la no discriminación, a la protección igual de la Ley, a la igualdad ante la Ley, a la vida, al más alto nivel posible de salud física y mental, a la libertad y a la seguridad de la persona, a la intimidad, al trabajo, a un nivel de vida digno, a la seguridad, a la asistencia y bienestar sociales, a disfrutar de los adelantes científicos y sus beneficios, a no ser sometidos a tratos inhumanos, crueles o degradantes. Toda vez que estos derechos están tutelados, tanto en la Constitución Federal como en instrumentos internacionales que también son derecho interno vigente, es que esta Suprema Corte de Justicia de la Nación no puede ser ajena a las tendencias internacionales de protección de los derechos humanos de las personas con VIH, SIDA, ya que el concierto de las naciones en ese sentido, es unánime y permite dar vigencia a la dignidad de la persona humana y al responder, de manera solidaria, a una epidemia mundial.

Son estas las razones, señores ministros, que me llevan a disentir de la propuesta que hay en los proyectos, que niegan el amparo a los quejosos contra este tipo de resoluciones.

Gracias.

SEÑOR MINISTRO PRESIDENTE.- Tiene la palabra la señora ministra Sánchez Cordero.

SEÑORA MINISTRA SÁNCHEZ CORDERO.- Muchas gracias, señor ministro presidente.

Bueno, primero alguna reflexión sobre lo que se dijo aquí en razón de hacernos llegar de ciertos informes y de conocimiento científico y técnico. A mí me parece que es muy importante separar, por un lado,

entre el conocimiento científico y técnico, necesario, que se aporta al juicio por medio de peritos, y por otro lado el conocimiento del juzgador sobre aspectos culturales que inciden en su ánimo para la toma de decisiones. Este segundo aspecto es el que se debe identificar precisamente con la naturaleza de la prueba, por ejemplo, de hechos notorios a que se refiere el propio artículo 88 del Código Federal de Procedimientos Civiles. Dicho artículo admite la posibilidad de que los jueces traigan hechos notorios y conocimientos científicos a casos como el que nos ocupa.

También, ofreciendo una disculpa por lo largo del documento, me permito dar lectura a la posición que he tomado en el proyecto que presenté a la consideración de ustedes, y que ahora reitero.

En el entendido de que hemos votado ya la propuesta del señor ministro Gudiño, respecto a la constitucionalidad de la fracción IV del artículo 22 de la Ley analizada y encontrándonos en el punto de discusión, respecto a si la baja de los militares recurrentes se trata o no de una discriminación por motivos de salud, quisiera fijar mi punto de vista de manera puntual.

Se nos pide resolver la cuestión de si la baja de militares por haber contraído el VIH, viola las garantías de igualdad, no discriminación y de protección a la salud.

En todos estos amparos, el tema a resolver es la inconstitucionalidad de la Ley del Instituto de Seguridad Social para las Fuerzas Armadas Mexicanas, tanto la abrogada en algunos amparos como la vigente. Particularmente, en lo que hace al procedimiento de retiro de algunos de sus miembros por inutilidad adquirida fuera de actos de servicio, y en específico, por lo que respecta a los beneficios de seguridad social que les corresponde.

Se alega que el Legislador distingue entre las personas sujetas a la Ley del Seguro Social y a la Ley del Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores al Servicio del Estado, con relación a las

que se rigen por la Ley del Instituto de Seguridad Social para las Fuerzas Armadas Mexicanas, sobre la base del número de años que hubieran trabajado, con lo que se les priva de derechos y prerrogativas que tienen reconocidas las personas reguladas por las dos leyes mencionadas en primer término.

Habiendo precisado también mi posición respecto de lo que, a mi juicio, es el contenido y alcance para los efectos de los asuntos que nos ocupan, de la garantía de igualdad; es decir, siguiendo el criterio de la Sala de mi adscripción, que cuando la Suprema Corte de Justicia conoce de un caso en el cual la ley distingue entre dos o varios hechos, sucesos, personas o colectivos, debe analizar si dicha distinción descansa en una base objetiva y razonable o si, por el contrario, constituye una discriminación constitucionalmente vedada.

En el caso concreto, los quejosos alegan que el Legislador distingue entre las personas sujetas a la Ley del Seguro Social y a la Ley del Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores al Servicio del Estado, con relación a las que se rigen por la Ley del Instituto de Seguridad Social para las Fuerzas Armadas Mexicanas, sobre la base del número de años que se hubieren trabajado, con lo que se les priva de derechos y prerrogativas que tienen reconocidas las personas reguladas por las leyes antes mencionadas.

La opción legislativa, como sostuve en una sesión anterior, no es en modo alguno reprochable constitucionalmente, ya que en ningún momento se les priva a los quejosos de alguna de las garantías previstas en la Constitución por la mera circunstancia de que se tomen o no en cuenta los años de servicios, sino que, por el contrario, se trata de disposiciones legales dictadas en cumplimiento del mandato que el artículo 123, Apartado B, fracciones XI y XIII, impone a las autoridades mexicanas de organizar los sistemas de seguridad social y dictar las leyes que regirán al ejército, fuerza aérea y armada, en cumplimiento del cual tienen un margen de discreción normativa y aplicativa notable.

El Legislador o el Legislativo tiene un margen amplio para modelar los regímenes de seguridad social y para decidir, en ese contexto, qué medidas se adoptarán para conseguir que se lleve a cabo dicho objetivo. Lo único que el artículo 1º, de la Constitución impone al respecto, es que las distinciones introducidas por el Legislador se vinculen con una finalidad constitucionalmente admitida y que estén racionalmente conectadas con ese fin; que no incurran en desproporciones, en términos de los bienes y de los derechos afectados.

Así las cosas, en ningún caso puede sostenerse que un militar, en las condiciones de salud que viene relatando desde el inicio de la discusión, esté siendo sometido a un trato que afecte su dignidad humana por el solo hecho de establecerse en la ley distintos requisitos para los sistemas de seguridad social, que fue el argumento de los quejosos.

Por lo anterior, reitero mi postura de que debe declararse infundado este argumento de los quejosos en el que se consideran que se les discrimina por el hecho de que la Ley del Instituto de Seguridad Social para las Fuerzas Armadas Mexicanas establezca mayores requisitos que los que exige la Ley del Seguro Social y la Ley del Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores al Servicio del Estado, para tener acceso a un haber de retiro y a recibir asistencia médica y suministro de medicamentos. Además de que ya se ha dicho que los regímenes de seguridad social de estas dos Leyes y los de las fuerzas armadas son distintos. Sin embargo, considero que, en todo caso, el respeto a la dignidad humana sí se verá afectado por la contravención al derecho a la protección de la salud o el mandato de no discriminación, pero no por la existencia o inexistencia de mayores o menores requisitos en la Ley para otorgar el derecho a recibir asistencia médica y suministro a medicamentos. En ese sentido, la determinación que debemos tomar, me parece, tiene que ver con el respeto o mandato constitucional prohibitivo: “el de no discriminación”, que se traduce a su vez en un derecho fundamental, el derecho de protección a la salud; la no asignación de un derecho fundamental,

como la salud a una persona por el hecho de padecer una enfermedad es algo que compete únicamente a la Constitución. Por tanto, consideramos que no pueden invocarse razones institucionales o razones de estado para negar los derechos de las personas, pues la primera consecuencia de un estado constitucional es la concepción instrumental de las instituciones. Esto es, las instituciones carecen de fines propios, de justificación autónoma porque su legitimidad descansa en la protección de los individuos, de sus derechos y de sus intereses. El interés colectivo solo puede entenderse en la medida en que el interés individual esté protegido; en la medida en que los derechos a cuya satisfacción se endereza a las instituciones sean satisfechos; a mayor tutela de los intereses individuales y de los derechos individuales, mayor protección del interés colectivo. Precisamente por ello, nuestro planteamiento parte de analizar la violación del principio de igualdad en relación con los derechos constitucionales que se estiman transgredidos: el de no discriminación y el derecho a la protección a la salud; mandato no de discriminación. La prohibición de no discriminar es un derecho fundamental de reciente ingreso en la Constitución mexicana, mediante reforma constitucional publicada apenas el catorce de agosto de dos mil uno, en la que se añadió el que hoy es el tercer párrafo del artículo 1º, cuyo contenido señalaba: “Queda prohibida toda discriminación motivada por origen étnico o nacional, el género, la edad, las capacidades diferentes, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias, el estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas. Por reforma publicada en el Diario Oficial de la Federación el cuatro de diciembre de dos mil seis, se reformó el mismo artículo para cambiar el término “capacidades diferentes” por el de “discapacidades”.

El artículo constitucional citado, contiene el mandato de no discriminación, esta prohibición es una de las manifestaciones concretas que adopta el principio de igualdad en los modernos textos constitucionales; se trata de normas que limitan la posibilidad de tratos diferenciados no razonables entre las personas y que, además, suelen

detallar algunos rasgos o características con base en los cuales está especialmente prohibido realizar tales diferenciaciones.

Dichos rasgos o características suelen variar dependiendo del ordenamiento jurídico concreto de que se trate, pero en general, hacen referencia a: Primero.- Situaciones en las que se encuentran las personas con independencia de su voluntad y que esa virtud no pueden modificar; y, b) Posiciones asumidas voluntariamente pero que no les pueden ser reprochadas a través de la limitación en el goce igual de algún derecho o prerrogativa, entre las primeras estarán las prohibiciones de discriminar por razón de raza, lugar de nacimiento, origen étnico nacional, salud etc., en el segundo supuesto se evitarían las prohibiciones de discriminar por razón de preferencias sexuales, opiniones, filiación política o credo religioso. Del artículo constitucional previamente transcrito, conviene subrayar varios aspectos, en primer lugar, que los términos empleados pueden, como sucede con el lenguaje en general, conducir a cierta ambigüedad, como puede ser el caso de las preferencias; en segundo término, es importante mencionar que el propio artículo expresamente señala que la lista de cualidades que enuncia no es limitativa, de forma que podrá haber otras que también estén prohibidas si se atenta contra la dignidad humana, y que tienen por objeto anular o menoscabar los derechos y las libertades de las personas; una de las cuestiones más arduas en el tema de discriminación es definir el propio concepto de discriminación, para hacerlo se puede acudir como ya lo hizo el ministro Juan Silva Meza y otros ministros que me han precedido en el uso de la palabra, a algunos instrumentos internacionales de derechos humanos que ofrecen pautas definitorias, así por ejemplo el artículo 1º de la Convención Internacional Sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial, establece que la expresión “discriminación racial” denota toda distinción, exclusión, restricción o preferencia basado en motivos de raza, color, linaje u origen nacional o étnico que tenga por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural o en cualquier otra esfera de vida pública,

en este sentido en el sentido parecido, el artículo 1º sobre la Convención Internacional Sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer, dispone que: por discriminación contra la mujer se debe entender toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o por resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y de las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera, en esa tesitura, una definición del mandato de no discriminación, debe partir preferentemente de la interrelación de ese principio con otro derecho fundamental; en el caso, el principio de no discriminación por razones de salud, es un derecho fundamental que se encuentra íntimamente relacionado con la dignidad del hombre, según se desprende del artículo 1º constitucional, por lo tanto, es importante señalar que aunque el sector militar no es un ámbito externo superior a la Constitución, es importante tomar en cuenta la naturaleza de las funciones que constitucional y legalmente han sido encomendadas a las fuerzas armadas mexicanas, defender la integridad, la independencia y la soberanía de la nación, garantizar la seguridad interior, auxiliar a la población civil en caso de necesidades, públicas y en su caso, de desastre, prestar ayuda para el mantenimiento del orden, auxilio de las personas y sus bienes y la reconstrucción de zonas afectadas; pues, en atención ello, el propio constituyente permanente determinó que sus miembros se regirán por sus propias leyes; sin embargo, el principio de no discriminación por razones de salud, es así un principio ilimitado, o que cuando menos, no es posible condicionar por razones de estado, porque no existe ninguna disposición constitucional expresa que lo limite directamente; el individuo que aporta su vida, que pone en riesgo su integridad física al incorporarse en las fuerzas armada, no puede instrumentársele al grado de que el estado pueda disponer de todos sus derechos fundamentales en cualquier medida; en tal sentido, al no ser el sector militar un ámbito externo superior a la Constitución cuando el artículo 1º, Tercer Párrafo de la Constitución prevé, “queda prohibida toda discriminación motivada por origen étnico, o racial, el género, la edad,

las capacidades diferentes, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias, el estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y que tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas”, significa que el principio de no discriminación por razones de salud es aplicable dentro de las fuerzas armadas, porque el Constituyente prohibió toda discriminación, y es, por lo tanto ilimitado; primero, por encontrarse íntimamente vinculado con la dignidad humana, y más importante, por no existir ninguna disposición constitucional expresa que lo restrinja.

La existencia de un supuesto límite constitucional del principio de no discriminación, será un límite creado legislativa o en todo caso jurisdiccionalmente, porque de la Constitución Federal no se desprende que ese derecho fundamental daba ceder en función de la disciplina o eficacia de las instituciones militares; la orden de baja por razón de la detección del VIH, es una actuación que podría encontrarse fundada en una ley, pero esta sería contraria el principio de no discriminación por razón de salud; por ende, opinamos, que los preceptos en que se han fundado los actos de baja, no deben interpretarse en el sentido de que autorizan a las autoridades castrenses a emitir actos discriminatorios por razones de salud; y en consecuencia, a negarles la protección a la salud, un derecho social que debe ser entendido como un derecho plenamente exigible ante todas las autoridades del estado en sus diversos niveles de gobierno; un derecho en el que el estado debe asumir la responsabilidad de garantizar a sus ciudadanos, un mínimo de bienestar para garantizar su legitimidad; en consecuencia, hablar sobre el derecho a la salud en México, requiere, desde nuestro punto de vista, exponer primeramente algunas consideraciones teóricas que nos permitan comprender a los llamados derechos sociales, dado que la salud como garantía jurídica, se encuentra inmersa en este contenido fundamental de derechos; la definición de los derechos sociales, es una cuestión de enorme complejidad; tradicionalmente, los criterios utilizados para definir a los derechos sociales, han sido tan variados como eterógenos, dependiendo de los elementos de que de ellos quiera resaltarse; la

doctrina jurídica mexicana, les dio un tratamiento ideológico que en realidad se vio pocas veces traducido en hechos concretos, así lo reseña el ministro Cossío en su libro “Dogmática Constitucional y Régimen Autoritario”; actualmente, las opiniones de los juristas que se han ocupado del tema, entre ellos el propio ministro, coinciden en señalar que es preferible identificar a los derechos sociales con derechos prestacionales; es decir, con aquellos derechos que en lugar de satisfacerse mediante la abstención del sujeto obligado, requieran de una acción positiva que se traduce normalmente en la prestación de algún bien o servicio; la distinción más clara entre los derechos individuales como los de libertad y los derechos sociales, radica en la actitud que asume el estado frente a cada uno de ellos; respecto a los primeros, el estado toma una actitud meramente abstencionista, limitándose a vigilar que los mismos se ejerzan dentro de los límites previamente establecidos; mientras que en relación a los segundos, el estado interviene activamente a través de políticas gubernamentales, programas sociales o reformas legales, con el objeto de satisfacer esta necesidad pública; dicho en otros términos, los derechos individuales, imponen al estado una obligación de no hacer, es decir, lo obligan a abstenerse de violarlos, en tanto que los derechos sociales conllevan obligaciones de hacer para el estado, el estado debe generar las condiciones necesarias para que el derecho social pueda ejercerse; pues bien, en México, el derecho a la protección de la salud, se circunscribe dentro de este concepto de derechos sociales, y por lo tanto, impone al estado la obligación de realizar a favor del titular de este derecho, una serie de prestaciones, las cuales están destinadas a satisfacer una necesidad de índole individual pero colectivamente considerada; se trata de un derecho que se revela frente al estado, el cual asume el deber de proteger convenientemente la salud, mediante la organización y puesta en funcionamiento los medios que se consideren necesarios para acceder a ella. El sentido de la intervención estatal, en el ámbito de la salubridad como en cualquier otro derecho social, no es otro que el de superar la desigualdad existente, entre los miembros de una sociedad, que impide a muchos un tratamiento médico adecuado, entre otros aspectos que este derecho contiene.

El principio de igualdad entre los hombres, entendido, como tratamiento en función a las capacidades de cada individuo, se concretice en el derecho a la protección de la salud, al garantizar el Estado la superación de las necesidades de cada persona, mediante el mantenimiento y funcionamiento de los servicios necesarios, para la atención de la salud; así, el derecho constitucional a la protección de la salud es aquel derecho que se ostenta frente al Estado, a fin de obtener una acción positiva de este, dirigida a la efectiva satisfacción de la salud individual, por encima de las posibilidades personales del sujeto; por lo tanto, el derecho a la protección a la salud, se traduce en un derecho subjetivo a recibir los medicamentos básicos, para el tratamiento de una enfermedad, como parte integrante del servicio básico de salud, consistente en la atención médica, sin que obste lo anterior, el número de años que ha laborado una persona, pues estas son cuestiones ajenas al derecho del individuo, de recibir asistencia médica, así como los medicamentos necesario para el tratamiento de su enfermedad, como parte integrante, del derecho a la protección de la salud que como garantía individual consagra el artículo 4º, de nuestra Carta Magna.

Como en todos los derechos sociales, el Estado ve asumir algunas obligaciones, que genéricamente han sido resumidas por el Comité de Derechos Económicos y Sociales y Culturales de la ONU, en: Respetar, proteger, y cumplir o realizar, pero que se particularizan en tomar medidas adecuadas, crear recursos legales para defender los derechos sociales, y particularmente la obligación de “progresividad” y la prohibición de “regresividad” de estos derechos. Esto último, consiste en la obligación de lograr progresivamente, la plena efectividad de los derechos reconocidos de forma continuada, y con la mayor rapidez y eficacia posible, a fin de alcanzar una mejora continua en las condiciones humanas de existencia. Artículo 11 del Pacto de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales; en consecuencia desde mi perspectiva, lo que procede es conceder el amparo y la protección de la justicia federal a estos quejosos.

Por las razones antes señaladas, para el efecto de que el Instituto de Seguridad Social Para las Fuerzas Armadas, les suministre a los quejosos, los medicamentos y la atención necesaria para el tratamiento de su enfermedad, y la atención médica a sus derechohabientes.

Y ya para concluir. El derecho sólo cobra vida por la vía interpretativa, y buena parte de su existencia, consiste, en el creativo diálogo con una realidad social en continuo dinamismo; en el caso concreto, se somete a nuestra consideración, una de las garantías más importantes en un Estado constitucional de derecho. A los jueces nos corresponde aportar un fundamento objetivo y razonable, para darle efectivo contenido a la norma mediante una correcta articulación procedimental del juicio de amparo, pues si la desigualdad de trato, no encuentra respuesta en el estrecho campo de la jurisdicción constitucional, ¿entonces, en dónde la encuentra?

Muchas gracias.

SEÑOR MINISTRO PRESIDENTE: Gracias señora ministra. Tiene la palabra el señor ministro Aguirre Anguiano.

SEÑOR MINISTRO AGUIRRE ANGUIANO: Gracias señor ministro presidente.

Cuando usted anunció, que le habíamos pedido la palabra cinco ministros, yo dije he de ser el segundo; no, resultó que era el quinto, pero llegó mi turno. Muchas gracias.

Quiero iniciar hablando de un tema: La prueba pericial, y quiero ser apologista de las doctrinas del italiano, del uruguayo, del tratadista llamado Gudiño Pelayo, y tomo con algunas reservas las opiniones aquí vertidas de otro tratadista que nos acompaña y que se ha mencionado, que es el señor ministro Cossío Díaz.

Hago apología de la defensa de la prueba pericial, por cierto de libre apreciación en materia de amparo, según disposición expresa de la

Ley; pero sin embargo, para mí, existió una novedad en las expresiones, la invocación al artículo 79 del Código Federal de Procedimientos Civiles, que se interpretó al parecer en el sentido de que un juez colegiado, por sí, ante sí, y para sí, determina la existencia de una prueba pericial, su desahogo, su recepción y su conocimiento como algo contagiante al colegio, no yo no estoy de acuerdo con esta apreciación, yo coincido con alguien que dijo en materia colegiada no se puede hacer esto y ni siquiera tratándose de jueces unimembres, toda prueba pericial debe de estar glosada a los autos, debe de ser objeto de observación de todo el que tenga un interés legítimo y pertinente para revisar aquellos autos, qué bueno que todos los ministros tengamos preocupaciones por culturizarnos y aquí quiero hacer un paréntesis, porque me acordé que la señora ministra doña Olga, al invocar el artículo 88 del mismo Código, nos dijo que se podían invocar los hechos notorios por el Tribunal, aunque no hayan sido alegados ni probados por las partes, pero añadió ¿y los conocimientos científicos? No, pues esto no lo dice el artículo 88, felicito la imaginación de la señora ministra, al agregar el añadrijo, qué bueno que todos los ministros tratemos de tener conocimientos científicos, yo ayer me refería a que para mí, la prueba pericial en la especie, era impertinente y aquí voy a decirles qué sensación he tenido el día de hoy, me reconozco reprobado en apreciación musical, cuando escucho una sinfonía de Prokófiev por ejemplo o de Stravinski, tengo para mí la figuración de que cada músico anda por su lado, pero; sin embargo, cuando observo siempre hay un director y eso quiere decir que debe de guardar cierto estándar, aquel sonar de instrumentos absolutamente arrítmico y traté de entender de los señores y señora ministra que se han pronunciado hasta este momento, por la inconstitucionalidad de la norma que vemos, ese cierto estándar, esa cierta dirección de batuta y creo haber entendido porqué, estiman que estamos discutiendo un problema de salud pública y su necesidad de atención por el estado, en tanto cuanto no se ha atendido este problema de salud pública, hay inconstitucionalidad y cualquier ley que vete que se atienda este problema de salud pública, resulta inconstitucional por ser contrario al derecho a la salud, al derecho fundamental a la salud, pero yo les

quiero recordar que el señor ministro Valls, nos ha dicho una verdad de a kilo, nos ha dicho lo siguiente: la litis aquí no estriba en si debemos de enjuiciar el catálogo de enfermedades que determinan las leyes castrenses, como, impedientes para el ejercicio de la profesión de militar, no, aquí estamos viendo un problema más reducido de la razonabilidad de las normas que afectan a cierto fuero, que se han llamado aquí enfermedades, a alguien le pareció que no era así, porque sus conocimientos técnicos le decían que no, que el VIH, mientras no se convirtiera en sida no era una enfermedad, pero yo nada más invoco la Ley, para sostener que estoy hablando del tema de una enfermedad y también me ayudó el señor ministro Silva, en su invocación a la norma oficial mexicana, que habla del VIH como una enfermedad, el artículo que nos ocupa, determina lo siguiente: "Para la determinación de las categorías y grados de accidentes o enfermedades que den origen al retiro por inutilidad, se aplicarán las siguientes tablas". La Ley entonces llama enfermedad, la etiología somática puede advenir por razón de un accidente, pero al SIDA, y al VIH se les llama enfermedades; entonces, no veo por qué alguien se moleste de que aquí les llamemos enfermedades, entre juristas; pero en fin, me estoy apartando un poco del tema. Decía que no está en litis las políticas de salud pública, y que los que opinamos que es constitucional la norma, no estamos pidiendo que no se les atienda a todos los que tienen VIH, al contrario, yo creo que todos afirmamos la necesidad de que el Estado se haga cargo de atender el problema individual de salud de esas personas, y el problema general de salud pública, que por cierto existe respecto de otras muchas enfermedades, por ejemplo diabetes, ceguera, obesidad, papiloma humano, fiebre aviar, etc., todas esas necesidades de salud pública e individual, deben ser atendidas por el Estado, y yo pienso que todos los ministros estamos por exigirle al Estado, que solvente el derecho a la salud individual, de los habitantes de este país, iba a decir de los mexicanos, no, de todos los habitantes de este país, que están protegidos por ese derecho fundamental. Cómo se va a solventar el problema, no lo sé, en algún país afro-caribeño, latinoamericano, desde luego, su forma de tratar de solventar este problema fue aislar, crear ghettos y ponerlos a vivir juntos; me imagino que sería por razón de

posibilidades, y espero que ésta que es información que tengo de hace un par de años, no subsista a la fecha. Ese país, así, pudo atender su problema de salud pública, si a eso se le llama atender, pero yo pienso que nosotros, para ver la constitucionalidad, debemos de hilvanarla con la razonabilidad. Y aquí se ha dicho: el poseedor de VIH, si toma las medidas preventivas profilácticas adecuadas para el ejercicio responsable del sexo, no significará ningún problema. Yo me pregunto, la salud que requiere la Institución Castrense, deberá de confiarse al ejercicio responsable, profiláctico y preventivo, y adecuado del sexo, por parte de aquellos enfermos, según los términos de la ley y de la norma oficial mexicana, que tienen VIH; a mí me parece muy peligroso afirmar esto, si todos tuvieran la certeza de hacer lo propio, estaríamos de acuerdo, pero sabemos que la naturaleza humana no funciona así, y que este padecimiento, en principio, pone en riesgo de un severo problema bacteriológico, inicialmente a la comunidad castrense, y después a todos los demás. Además, si estamos pensando que es discriminatorio a la salud, las fracciones de las categorías que señala la Ley, pues realmente lo que estamos enjuiciando, es toda la ley castrense, porque todas resultan discriminatorias; el ciego va a decir: yo soy útil para ciertas cosas; el obeso no se va a inscribir en la media maratón, pero tendrá alguna utilidad dentro de la institución castrense, y así sucesivamente. Todas las normas, entonces, que clasifican enfermedades derivadas de accidentes o de etiologías diferentes a los accidentes, serán discriminatorias; estamos entonces en la capacidad de enjuiciar todas las normas castrenses, aquí y en esta oportunidad, y por razón de estos asuntos, yo pienso que estamos totalmente fuera de litis.

En conclusión, a mí las razones que dio don Sergio Valls Hernández, me parecen altamente persuasivas, enfocan el problema en su dimensión correcta, ni estamos juzgando el fuero constitucional de guerra y sus normas especiales en su conjunto, ni estamos tratando de dar definiciones técnicas a ciertos avatares propios de cierta enfermedad; para mí es evidente la razonabilidad de esta clasificación, y yo digo de todas las clasificaciones que da la Ley, si hay que revisar algo, que lo revise el Legislador.

SEÑOR MINISTRO PRESIDENTE: Les propongo que hagamos nuestro acostumbrado receso y cuando volvamos, escucharemos a la señora ministra Luna Ramos.

(SE DECRETÓ UN RECESO A LAS 13:10 HORAS)

(SE REANUDÓ LA SESIÓN A LAS 13:30 HORAS).

SEÑOR MINISTRO PRESIDENTE: Se reanuda la sesión. Tiene la palabra la señora ministra Luna Ramos.

SEÑORA MINISTRA LUNA RAMOS: Gracias señor presidente. Señores ministros, señor presidente, en primer lugar, quiero mencionarles que como todos ustedes saben este asunto se comenzó a discutir desde hace dos sesiones y que por razones de salud yo no estuve presente; sin embargo, se trataron algunos temas previos relacionados con la procedencia del juicio y si se deben o no sobreseer en el juicio respecto de algunos artículos, yo quisiera brevemente pronunciarme respecto de estos temas, aunque sé que ya existe una votación preeliminar en este sentido. Para llegar al último tema que es el que se ha estado tratando en este momento.

Por lo que hace al primer tema que se presentó en la discusión de estos asuntos relacionado con cuál es el acto de aplicación que se debiera tener para tenerlo como primer acto de aplicación susceptible de combatirse a través del juicio de amparo, toda vez que se trata de un juicio de amparo contra leyes; entiendo, porque seguí la discusión a través del Canal Judicial (y esto no es comercial pero sí lo seguí), y , además, pedí las versiones correspondientes, entiendo que esta Suprema Corte de Justicia de la Nación determinó que era factible que se pudiera impugnar tanto algunas resoluciones reclamadas en varios de sus juicios que ahora están siendo motivo de análisis, relacionadas con la resolución definitiva del Secretario de la Defensa Nacional, relacionadas con la baja determinada para estas personas; pero recuerden ustedes que se habló entonces de un procedimiento con

etapas diferentes; y otros asuntos fueron reclamados por la decisión última, es decir, por la decisión correspondiente a la emitida por el Secretario de la Defensa Nacional, pero en último momento, cuando se determina ya la baja del activo y alta en situación de retiro.

La Corte determinó que podía tenerse como actos de aplicación para efectos de procedencia del juicio de amparo éstas dos resoluciones; yo quisiera nada más, de manera rápida mencionar cuáles han sido los criterios de esta Suprema Corte de Justicia de la Nación, cuándo estamos en presencia de un juicio de amparo contra de leyes, en el que el acto de aplicación es precisamente el que deviene de un procedimiento seguido en forma de juicio, un procedimiento administrativo seguido en forma de juicio.

En alguna época la Suprema Corte de Justicia de la Nación, y tengo acá las tesis, determinó: que cualquier acto que se diera en este tipo de procedimientos era susceptible de ser impugnado de inmediato en juicio de amparo; sin embargo, este criterio se abandonó, este criterio se abandonó y se determinó que tanto tratándose de procedimientos de carácter administrativo como procedimientos de carácter jurisdiccional la idea fundamental era que se reclamara la inconstitucionalidad de algún precepto dado durante la secuela procesal, o bien, en la resolución definitiva, precisamente cuando se diera esto; sin embargo, también se estableció la excepción de que pudiera darse el caso de que, tratándose de este tipo de procedimientos administrativos o jurisdiccionales durante el desarrollo de ellos, pudiera existir la posibilidad de que se emitiera algún acto por parte de la autoridad de aquéllos que llamamos en los que se cometen violaciones de carácter irreparable; si se trata de una violación de esta naturaleza, es decir, cuando existe una violación a un derecho de carácter sustantivo, entonces estamos en posibilidad de impugnar ese acto procedimental en ese momento, no esperarnos hasta el dictado de la resolución última, pero hay la necesidad de que se dé una violación de esta naturaleza. Hasta este momento, este es el criterio que prevalece al seno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación para efectos de procedencia.

Yo debo mencionar que en el presente caso, cuando se refiere a las etapas procesales que se llevan a cabo por la autoridad militar, para determinar la baja de los militares, por la situación que ahora venimos analizando, se llevan a cabo diferentes etapas. La primera de ellas, es la declaración provisional de procedencia, del retiro, y esta declaración provisional de procedencia se da precisamente cuando la autoridad militar se entera de que existe una causa que pudiera poner al militar en esta situación, y se dicta esta resolución específica. En el caso concreto, o en los casos concretos que ahora estamos viendo en esta sesión, normalmente se vio porque iban a ascender a algunos militares o porque se les llevó a cabo el examen médico que la ley correspondiente establece periódicamente debe llevarse a cabo; una vez que se lleva a cabo este examen se determina que el militar tiene un padecimiento específico, y entonces, se inicia este procedimiento con esta declaración provisional de retiro; esta declaración provisional de retiro es recurrible a través de un recurso de inconformidad, en ese recurso de inconformidad se pueden hacer valer cuestiones relacionadas con la causa del retiro, con la jerarquía que se haya establecido respecto del militar y, en un momento dado, con la compensación o con el haber que se le haya asignado. Si en un momento dado este recurso de inconformidad es modificado, revocado o confirmado, bueno, pasa a la segunda etapa, que es precisamente la resolución definitiva; esta resolución definitiva va a determinar efectivamente ese retiro en estas circunstancias, y después va a pasar a la Junta del Instituto, del ISSFAM para que éste determine, si en un momento dado, cuál es el beneficio que se le debe de otorgar y cuál es el monto de este beneficio. Esta resolución también es susceptible de impugnación a través de un recurso de reconsideración, y es impugnable exclusivamente respecto del monto del beneficio; una vez que es determinado este recurso de reconsideración, pasa a la aprobación de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, para que, en un momento dado, esto se incluya dentro del presupuesto de egresos de ese año, y pueda tomarse en consideración ya como parte, precisamente del egreso por el concepto que se haya determinado, y esto después implica que el Secretario de la Defensa o

de Marina, va a determinar la orden de baja en activo y alta en situación de retiro, tomando en consideración ya lo que se ha resuelto en las etapas anteriores. ¿Qué quiere esto decir?, bueno, que la resolución que constituye, la resolución última dentro de este procedimiento administrativo, es precisamente la que dicta el secretario al final del procedimiento, orden de baja en activo y alta en situación de retiro. ¿Qué es lo que la Segunda Sala mencionó?, y quiero traerlo a colación, cuando estos juicios se iniciaron ante los juzgados de Distrito, y se empezaron a impugnar algunas decisiones que se daban en este procedimiento, respecto de las cuales se solicitó la suspensión en los juicios de amparo correspondientes. Yo quiero mencionar, que en estos asuntos en los que la Sala analizó la procedencia o no de la suspensión, se determinó que sí era viable, y sí era viable porque precisamente una de las cuestiones que hacían valer los quejosos, era precisamente que, desde el momento en que se daba la declaración provisional, o la declaración definitiva, podrían ellos quedar sin posibilidad de cobrar emolumentos, ni tener acceso al servicio médico. Y esos asuntos se resolvieron en el sentido de concederles la suspensión respectiva para esos efectos, sobre todo para que no se les privara del servicio médico. Ahora que tenemos el asunto ya en el fondo, me di a la tarea de revisar las leyes que tienen, en un momento dado, la posibilidad de señalar cómo se lleva a cabo este procedimiento, y debo mencionarles que no encuentro ningún artículo que me diga que desde el momento en que se inicia el procedimiento como declaración provisional, el militar quede privado, primero que nada de desarrollar sus funciones, y por tanto, de sus emolumentos, y en consecuencia, de la atención médica, sino que se lleva a cabo todo este procedimiento estando, al parecer, en activo, y hasta el momento en que se dicta la resolución última, y pedí copia de algunas de ellas, se fija la fecha a partir de qué momento el militar va a quedar en situación de retiro, y a partir de ese momento, bueno, pues ya tendrá derecho a la pensión, beneficio a que haya sido acreedor.

Entonces, aquí, yo lo único que quisiera es llamar su atención en ese sentido; yo no, no me opongo a que en un momento dado pudiera tenerse como acto de aplicación una parte de ese procedimiento,

como sería la declaración definitiva de retiro; sin embargo, creo que la razón jurídica en ese sentido tendría que ser de alguna naturaleza específica, no simplemente el afán de la Suprema Corte de Justicia por dar apertura a la procedencia de los juicios de amparo, sino simplemente también, determinar en qué medida se está violando un derecho de carácter sustantivo para poder entender, que en ese caso concreto estaríamos en posibilidades de aceptar la procedencia del juicio de amparo.

Y, bueno, a reserva de que en el momento en que se lleve a cabo la votación definitiva en este sentido pudieran surgir algunas otras posibilidades, se me ocurre por principio de cuentas, que desde la declaración provisional, el militar queda de alguna manera, pues determinado o estigmatizado respecto de cierto padecimiento y esto ya no va a cambiar durante todo el procedimiento, a menos que se declare lo contrario en el recurso de inconformidad; pero una vez que se lleve a cabo el recurso de inconformidad y quede firme la determinación de la causa del retiro, entonces esto ya no va a cambiar, quizás podrán cambiar los montos, podrán cambiar las fechas en cuanto a él ingresó, a las cantidades a que debe hacerse acreedor; pero la razón difícilmente podría llegar a cambiar.

Bueno, entonces, se me ocurre que esa podría ser una razón valedera para estimar en un momento dado si se da o no una violación a un derecho de carácter sustantivo y así apreciar que existe o no la procedencia del juicio de amparo respectivo.

Por otro lado, se determinó también en las sesiones anteriores que sí debía sobreseerse por falta de interés jurídico respecto de algunos artículos, específicamente el 19 en toda su extensión, el 20 fracción I, el 34, fracciones II, III y IV y el 152 en una porción normativa específica relacionada con el servicio médico a los familiares del militar; yo no tengo allí ninguna objeción, estaría totalmente de acuerdo con el sobreseimiento por falta de interés jurídico; creo que las razones que se dieron en ese momento son perfectamente válidas para eso.

Y quedaron de estudiar para los asuntos de fondo, precisamente los artículos: 22, fracción IV, 33, 34, 152, 155 y sus correlativos respecto de la Ley que entró en vigor a partir de 2003.

Debo de mencionar, que ahorita solamente se ha dado cuenta con el asunto de la señora ministra Sánchez Cordero; en este asunto exclusivamente se reclama la Ley anterior a 2003, no estamos todavía en ningún otro asunto en el que se esté reclamando; no obstante, creo que como se ha seguido un problemario, que de manera general se llevo, desde mi punto de vista, muy puntual para poder esquematizar y sistematizar los temas correspondientes; se ha hecho mención incluso al artículo 226, que ya corresponde a la nueva Ley. Por tanto, no me opongo a que de una vez se externe opinión al respecto.

Por lo que hace al fondo del asunto, se resolvió una primera cuestión relacionada con el artículo 22, fracción IV y previamente a analizar si esto era o no constitucional, en el Pleno se debatieron dos aspectos importantes: uno, si debería o no haber suplencia de la queja y otro, si tratándose de las reglas a que se refiere el artículo 22, fracción IV, si eran o no reclamadas; deberían tenerse como tales.

Yo quisiera mencionarles, que por lo que hace a la suplencia de la queja; si bien es cierto, que hubo algunas opiniones en el sentido de que no debía de darse; en virtud de que se trata de un asunto de carácter administrativo y que por esta razón rige el estricto derecho; yo quería mencionarles que allí no estaría de acuerdo, yo creo que, pues la suplencia de la queja puede darse y puede darse perfectamente bien.

El artículo 76 bis en su última fracción, determina que en otras materias que no son ni la penal, ni la laboral, ni la civil –tratándose de menores–, ni la agraria; en otras materias que normalmente entendemos como la civil y la administrativa que son las que normalmente entendemos como de estricto derecho, también puede darse la suplencia de la queja; ¿cuándo puede darse la suplencia de la queja?, cuando exista una violación manifiesta que deja sin defensa al

quejoso; y bueno, no voy a entrar en detalles para entender cuándo estamos en el caso de esta fracción, simplemente diría: "Para el caso de esta fracción estaríamos en posibilidades de suplir la deficiencia de la queja, trátase de un acto de carácter administrativo o de un juicio de carácter administrativo o de carácter civil, siempre y cuando de un análisis lógico, normal que lleve a cabo el juzgador, llegue a la convicción que puede otorgarle la protección federal solicitada al quejoso y que esta petición no fue formulada quizás de manera totalmente adecuada, pero que puede llegar a la conclusión de que éste tiene la razón.

Entonces en mi opinión, sí puede suplirse la deficiencia de la queja; lo que creo que no se puede hacer, es traer a colación, como acto reclamado un acto que no fue señalado como tal, y este fue el caso en algunos juicios, no en todos, las reglas a que se refiere el artículo 22, fracción IV, estas reglas que ya en la nueva Ley, forman parte de la ley misma, porque se incorporan al texto del artículo correspondiente, que en este caso es el 24; pero si estas reglas no formaron parte de los actos reclamados, ahí si yo no estaría de acuerdo en que se tuvieran como tales, y no pueden tenerse como tales, porque eso sería tanto como suplir el principio de petición de parte agraviada, esto ya no es suplencia de la queja, es suplencia de revisión y yo creo que esto no lo podemos hacer.

Sin embargo, esto tampoco descarta la posibilidad de que en el análisis correspondiente pudiéramos conceder el amparo por ellas, por qué, porque en un momento dado vienen reclamándose en varios de los juicios, desde el punto de vista de legalidad, y yo creo que ahí sí lo podemos analizar; sin embargo, desde el punto de vista de constitucionalidad, yo si no estaría de acuerdo que trajeran como actos reclamados, si es que no se señalaron de esta manera.

En cuanto al fondo, en cuanto al fondo se dijo primero que nada, que se analizara a petición si no mal recuerdo, del señor ministro Gudiño, el artículo 22, fracción IV, en el concepto específico de inutilidad, el 22, fracción IV, está determinando específicamente que de alguna forma

deben separarse del ejército, aquellas personas que tengan un problema de inutilidad; y yo ahí estaría totalmente de acuerdo con muchas de las opiniones que se vertieron en este sentido, sobre todo, no tenemos más que acudir al Diccionario de la Real Academia, en el que nos define que es lo que entendemos por inutilidad: “Lo no útil, dicho de una persona que no puede trabajar o moverse por impedimento físico, y dicho de una persona que no es apta para el servicio militar” y ahí creo que el señor ministro Cossío, había hecho una referencia específica, que el propio Diccionario de la Real Academia establece la posibilidad de definición específica, tratando de ser, en situaciones de carácter castrense. Entonces por esas razones, yo no abundo más en este aspecto, y yo creo que el artículo es perfectamente constitucional, simplemente está determinando que no pueden formar parte del ejército, aquellas personas que se encuentren en este supuesto.

El siguiente paso fue el relacionado con el artículo 24, fracción IV, de la Ley anterior, que ya tiene su correlacionado con la Ley nueva que es el 226, en el que ya se incorporan las reglas que en un momento dado determinan cuáles son las enfermedades en las que los militares pudieran considerarse no aptos para el servicio militar.

En cuanto a estos artículos, yo lo que quisiera mencionar es que de alguna manera ha habido intervenciones muy importantes, muy importantes el día de hoy, pronunciándose a favor de la inconstitucionalidad de estos artículos y yo quisiera, de manera muy sucinta nada más, prácticamente justificar la razón de mi voto, en este aspecto concreto. Yo creo fundamentalmente que la Constitución en el artículo 123, en el 73 y en todas las disposiciones de carácter reglamentario y general que señaló el señor ministro Fernando Franco, se encuentra establecido un régimen de excepción, respecto de los militares, y eso no me cabe la menor duda, precisamente por la razón de ser y la naturaleza de este organismo, y la importancia que éste reviste precisamente para nuestro país; entonces, esta situación de excepción se encuentra plenamente justificada y emana precisamente de nuestra Constitución; sin embargo, también varios de los señores

ministros, el ministro Silva Meza, y el ministro Cossío habían mencionado una situación especial, aquí encontramos un problema de conflicto entre lo que es un régimen de excepción respecto de una situación específica que es la organización, la razón de ser, las características que debe tener un organismo militar de esta naturaleza, para el buen desempeño de un país, y por otro lado, si en un momento dado esto sopesándose con las garantías individuales y los derechos humanos de los militares, como tales, como personas, encuentran o no, en un momento dado la posibilidad de embonar y la posibilidad de que no se contraponga uno con otro, yo justifico plenamente ese régimen constitucional de excepción, por las razones que ya mencioné, y por supuesto que las avalo de manera total; sin embargo, si nosotros pensamos en los artículos que ahora se están combatiendo, el 24 que ya establece que de alguna manera incorporado al artículo correspondiente, las reglas a través de las cuales puede determinarse que los militares incurren en situaciones por las cuales, ya no pueden ser parte del servicio militar,

aquí encontramos un problema un poco serio, porque no me quiero referir exclusivamente a las cuestiones relacionadas con VIH, si vemos nosotros las reglas, la lista de enfermedades, es larguísima y en un momento dado, vemos que existen enfermedades, que bueno, al menos a mí ni por aquí me habían pasado de que pudiese, en un momento dado existir, ya no digo entender de qué se trata.

Sin embargo entiendo perfectamente que la idea del ejército es mantener gente sana, gente en disponibilidad para llevar a cabo las altas tareas que se le encomiendan.

Ahora la pregunta es: ¿estas personas que en algún momento dado llegan a encontrarse en alguno de los supuestos que se establecen, bien en las Tablas correspondientes a que se refiere la Ley anterior, o bien en las Tablas ya incorporadas a la Ley nueva, son motivo de discriminación para que atente contra sus garantías individuales y contra sus derechos humanos, para determinar que esto es motivo suficiente para conceder el amparo?

Pues aquí lo que tendríamos que hacer es un análisis de lo que entendemos realmente por discriminación, yo creo que en un momento dado, nosotros debemos pensar que la garantía de igualdad encuentra su apoyo precisamente en que la igualdad es esencial para todo ser humano, y que en un momento dado, esa igualdad es consustancial a las personas, por el simple hecho de serlo.

Ahora esto no quiere decir que no existan diferencias de trato, que en un momento dado, se justifiquen constitucional y legalmente, por supuesto que pueden existir diferencias que sí se justifican constitucional y legalmente, pero diferencias de carácter accidental, que trasciendan de alguna manera a un orden jurídico, que entienda que esas diferencias son tan necesarias que no las podemos salvar, y cito un ejemplo a lo mejor al absurdo, pero creo que a veces son ilustrativos para poder darnos a entender: yo creo que hombre y mujer son iguales ante la Constitución y ante la ley, pero el hecho de que exista una igualdad, no existe la posibilidad de que al señor se le otorgue licencia de maternidad, por qué, porque obviamente no la requiere, entonces sí existe una diferencia accidental, aun cuando constitucionalmente, como seres humanos, tiene la posibilidad de ser iguales ante la ley y ante la Constitución.

Sin embargo, qué es lo que implica una discriminación, pues una discriminación implica el trato diferente, pero el trato diferente no justificado, ni legal ni constitucionalmente, el trato justificado legal o constitucionalmente, puede ser no discriminación y en este sentido, aterrizo la idea, ya refiriéndome a los casos concretos,, se ha señalado mucho el problema del VIH, por qué, porque eso es lo que se está determinando en la mayoría de los asuntos que estamos ahora analizando.

Sin embargo no dejo de reconocer que en el problemario que nos repartió el señor ministro presidente, en la foja 22, nos está diciendo que existe muchos otros juicios de amparo por esta misma causa de retiro, pero no necesariamente se refieren a VIH, y si nosotros vemos, dice: cirrosis hepática, trastorno esquizoide, miastenia gravis, lupus, crisis convulsivas, es decir, hay muchísimas enfermedades que pueden acarrear exactamente la misma situación.

Entonces no solamente porque se trate de VIH y porque actualmente, esté, pues prácticamente como enfermedad de moda, porque se desconocía hasta hace poco tiempo. No, es cualquier enfermedad de las señaladas en las Tablas.

Entonces, sobre esta base, si nosotros hablamos de un enfermo de VIH, nosotros podemos pensar que no existe discriminación, en el momento en que se trata de un enfermo terminal, de un enfermo que no está en posibilidades de llevar a cabo su función como militar, por qué, porque ya vimos qué es lo que quiere decir inutilidad, no está en posición útil de servirle al ejército mexicano, pero también vimos algunas informaciones de carácter técnico, que se dieron por varios de los señores ministros, donde también se estableció que este tipo de enfermedad, tarda, podríamos decir, en incubarse entre lo que se da prácticamente la infección y en lo que llega a una fase de carácter terminal y que incluso existe un período que varía de un tiempo a otro, entre siete y diez años hablaban algunos, otros hablaban de cinco a diez, otros hablaron de ocho a diez, el chiste es que al parecer existe un plazo razonable en el que es incluso asintomático, es decir, la persona puede realizar formal y materialmente sus funciones, a lo mejor sin siquiera darse cuenta, simplemente se tiene la noticia de que tiene el padecimiento porque se obtuvo un certificado en ese sentido.

Entonces, yo aquí lo único que diría es, si la persona está en posibilidades físicas, mentales, de no ser considerado prácticamente un inútil, para efectos del artículo que estamos analizando, pues yo no veo por qué exista la posibilidad de no darle la oportunidad de que continúe en el servicio, porque esto sí, no encuentra justificación y por tanto, yo sí lo considero una discriminación. Sin embargo, también creo que tampoco puede ya determinándose que se trata de una persona que tiene este tipo de infecciones, pues ponerla a hacer quizás todos los actos que normalmente lleve a cabo una persona que se dedica a las funciones del ejército, pero también aquí yo creo que hay dos cuestiones que hay que sopesar, que por una parte son, las posibilidades de esta persona de utilizarla, en quizás otro tipo de

actividades, tan es así que las propias leyes militares establecen la posibilidad de cambio de armas, de cambio de adscripciones, en función de qué, de las posibilidades que cada uno de sus miembros tiene; bueno, pues en esa situación creo que también es factible dar esa oportunidad a quien se encuentra en esa fase inicial, podíamos decir, o intermedia, en la que su capacidad no se ha visto todavía disminuida, al grado de que ya no pueda prestar servicio alguno.

Pero también hay que sopesar otra situación, que es, que esto se dé en función de las posibilidades que el propio ejército mexicano tenga, porque en un momento dado, no podemos decirles, manden de oficinistas a todas las personas que estén en esta situación, van a decir, y dónde las metemos, también esto tiene que ser en función de las posibilidades y de la pertinencia que tenga el propio ejército, de acuerdo a la disponibilidad de sus funciones.

Por estas razones, señor presidente, señora, señores ministros, yo sí me quiero externar en favor de declarar la inconstitucionalidad de estos artículos. Gracias señor presidente.

SEÑOR MINISTRO PRESIDENTE: Gracias señora ministra.

Señores ministros, están por dar las dos de la tarde, de acuerdo con los avances de esta discusión, me permito solicitarles autorización para reestructurar el orden de la lista. Propondría yo, que se enlisten en primer lugar, todos aquellos amparos en los que aparece como acto reclamado el artículo 226, Segunda Categoría, numeral 45, de la Ley actualmente en vigor, porque la mayor parte de la discusión ha recaído en este tema; a continuación que se listen aquellos amparos en los que se ha reclamado la Ley anterior y asimismo, las Tablas de Enfermedades, particularmente la que corresponde a Primera Categoría, numeral 117; en tercer lugar, el grupo de asuntos en los que solamente se reclamó la Ley anterior, pero no así hay impugnación expresa de las Tablas de Enfermedades y al final de la

lista, como un asunto especial, que figure el Amparo en Revisión 936/2006, en el que lo reclamado es la nueva Ley, pero en una fracción distinta de la que hemos estado analizando, esto se los hago notar también porque este caso ameritará una discusión diferente, es otra enfermedad, si están de acuerdo sírvanse manifestarlo levantando la mano.

(VOTACIÓN FAVORABLE.)

Tome nota señor secretario y la instrucción definitiva de que en ninguno de estos asuntos, al dar cuenta, se mencione el nombre de los quejosos. Señor ministro Azuela.

SEÑOR MINISTRO AZUELA GÜITRÓN: Yo diría que como se va a publicar la lista, tampoco en la publicación de las listas, simplemente se identifiquen con el número.

SEÑOR MINISTRO PRESIDENTE: Es correcto. Tome nota señor secretario.

Levanto la sesión y convoco a los señores ministros para la próxima que tendrá lugar el lunes a la hora acostumbrada.

SE LEVANTA LA SESIÓN.

(SE LEVANTÓ LA SESIÓN A LAS 14:00 HORAS)