



Cuestiones Constitucionales

ISSN: 1405-9193

rmdc@servidor.unam.mx

Universidad Nacional Autónoma de México

México

Silva García, Fernando

VIH y militares (criterios jurisprudenciales de la SCJN)

Cuestiones Constitucionales, núm. 18, enero-junio, 2008, pp. 309-325

Universidad Nacional Autónoma de México

Distrito Federal, México

Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=88501811>

- ▶ Cómo citar el artículo
- ▶ Número completo
- ▶ Más información del artículo
- ▶ Página de la revista en redalyc.org

redalyc.org

Sistema de Información Científica

Red de Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal
Proyecto académico sin fines de lucro, desarrollado bajo la iniciativa de acceso abierto



Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

www.juridicas.unam.mx



Núm. 18, enero-junio 2008

VIH Y MILITARES (CRITERIOS JURISPRUDENCIALES DE LA SCJN)

Fernando SILVA GARCÍA*

I. PRIMERA APROXIMACIÓN JURISPRUDENCIAL (FASE CAUTELAR)

En un primer momento, la segunda sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación resolvió que debe concederse la suspensión en el juicio de amparo frente a los actos de *inicio del procedimiento baja* de un militar por causa de alguna enfermedad o padecimiento (portadores de VIH, por ejemplo).¹ A ese respecto, la SCJN estimó que de conformidad con lo previsto en los artículos 124, fracción II y 138 de la Ley de Amparo, procede otorgar la suspensión del citado acto reclamado, para el único efecto de que el militar quejoso continúe prestando sus servicios como miembro activo del Ejército Mexicano, percibiendo los haberes correspondientes y la atención médica que requieren él y su familia, incluyendo medicamentos, consultas, hospitalización y todo lo que resulte necesario para su tratamiento, en el entendido de que el procedimiento de retiro respectivo deberá continuar hasta el dictado de la resolución correspondiente y sin perjuicio de que los mandos militares competentes lo reubiquen acorde a su estado de salud. Conviene apuntar que la sala llegó a dicha conclusión, al tomar en cuenta, de manera central, que los ac-

* Doctor en derecho público. Universidad Carlos III de Madrid. Secretario de Estudio y Cuenta de la SCJN.

¹ EJÉRCITO Y FUERZA AÉREA MEXICANOS. PROcede CONCEDER LA SUSPENSIÓN EN EL JUICIO DE AMPARO PROMOVIDO CONTRA LA DECLARATORIA DE PROCEDENCIA DE RETIRO POR ENFERMEDAD DE SUS MIEMBROS (INICIO DEL PROCEDIMIENTO DE BAJA). Registro: 175,950, jurisprudencia, administrativa, novena época, segunda sala, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. XXIII, febrero de 2006, tesis: 2a./J. 2/2006, p. 660.

tos eran suspendibles por tratarse de actos preparatorios o de inicio del procedimiento de baja.

II. SEGUNDA APROXIMACIÓN JURISPRUDENCIAL (FASE CAUTELAR)

La posición de la segunda sala sería diferente tratándose —no ya del *inicio del procedimiento*— sino de la *resolución definitiva* de baja del militar afectado. En efecto, con posterioridad a la mencionada jurisprudencia, la segunda sala de la SCJN resolvió que no debe suspenderse —como medida cautelar en el juicio de amparo— la ejecución de la *resolución definitiva* de orden de baja de militares y alta en situación de retiro, pese a que dicho acto se base únicamente en las condiciones de salud del militar afectado (portadores de VIH, por ejemplo).² Concretamente, la SCJN determinó que contra los *efectos* de dicha resolución, consistentes en: *a)* dejar de prestar servicios dentro del Ejército Mexicano, y *b)* dejar de percibir haberes y demás beneficios económicos, no es posible conceder la medida cautelar dentro del juicio de amparo.³ La SCJN indicó que, de concederse la medida cautelar contra tales actos (consumados), se daría efectos restitutorios a la medida cautelar, pues ello generaría que se diera nuevamente de alta al militar respectivo en el servicio activo del Ejército. Ello pese a que la resolución de baja se encuentre fundada exclusivamente en las condiciones de salud del militar afectado.

III. TERCERA APROXIMACIÓN JURISPRUDENCIAL (FONDO DEL ASUNTO)

El pleno de la SCJN, en sesiones públicas de 27 de febrero y 6 de marzo de 2007, resolvió una serie de amparos en revisión promovidos

² EJÉRCITO Y FUERZA AÉREA MEXICANOS. ES IMPROCEDENTE LA SUSPENSIÓN EN EL JUICIO DE AMPARO PROMOVIDO CONTRA LOS EFECTOS DE LA ORDEN DE BAJA DEL ACTIVO Y ALTA EN SITUACIÓN DE RETIRO POR INUTILIDAD DE SUS MIEMBROS. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, novena época, segunda sala, t. XXIV, diciembre de 2006, tesis: 2a.J. 157/2006, p. 199. Es importante mencionar que el sentido del primer proyecto de sentencia fue contrario a dicha jurisprudencia, es decir, proponía conceder la medida cautelar en dicho supuesto.

³ No hubo pronunciamiento sobre la posibilidad o no de mantener los servicios de atención médica en favor del militar afectado, por no formar parte de la contradicción de tesis que motivó dicha jurisprudencia.

por militares y marinos, en los que se planteó la inconstitucionalidad de la Ley del Instituto de Seguridad Social para las Fuerzas Armadas Mexicanas (ISSFAM), tanto de la abrogada como de la vigente.⁴

Destaca de dichas sentencias, la utilización del principio de proporcionalidad para resolver el conflicto constitucional planteado. El pleno de la SCJN, de manera explícita, partió de la premisa consistente en que *la regulación de los límites y posibles conflictos de los derechos fundamentales por parte del legislador, debe respetar los principios de razonabilidad y proporcionalidad jurídicas*. De distintos criterios del máximo tribunal del país, interpretados de manera armónica, el pleno desprendió que el cumplimiento de los principios constitucionales de razonabilidad y proporcionalidad jurídicas, implican que la limitación de una garantía individual por parte del legislador: 1) debe perseguir una finalidad constitucionalmente legítima; 2) debe ser adecuada, idónea, apta, susceptible de alcanzar la finalidad constitucional perseguida por el legislador a través de la limitación respectiva; 3) debe ser necesaria, es decir, inevitable y suficiente para alcanzar la finalidad constitucionalmente legítima, de tal forma que no implique una carga desmedida, excesiva o injustificada para el gobernado respectivo, y 4) debe ser razonable, de tal forma que cuanto más intenso sea el límite de la garantía individual, mayor debe ser el peso o jerarquía de las razones constitucionales que justifiquen dicha intervención. En general, la Corte determinó que del sistema jurídico mexicano, los principios de proporcionalidad y razonabilidad jurídicas pueden deducirse del texto supremo del principio de legalidad; es decir, de la prohibición constitucional que exige al legislador no actuar en exceso de poder ni de manera arbitraria en perjuicio de los gobernados.⁵

Concretamente, el pleno resolvió que la causa legal de retiro por inutilidad prevista en la Ley del ISSFAM, basada exclusivamente en la seropositividad a los anticuerpos contra el virus de la inmunodeficiencia humana (VIH), es contraria al artículo 1º. constitucional. Se estimó que el

⁴ Amparos en revisión: 1015/2005, 2146/2005, 810/2006, 1285/2006 y 1659/2006, resueltos en sesión de 27 de febrero de 2007. Amparos en revisión: 510/2004, 1185/2004, 1666/2005, 259/2005, 936/2006 y 1200/2006, resueltos en sesión de 6 de marzo de 2007.

⁵ Véase, centralmente, el amparo en revisión 2146/2005. Sesiones del 19, 20, 22, 26 y 27 de febrero de 2007. Encargada del engrose: ministra Margarita Beatriz Luna Ramos. Secretarios: Fernando Silva García y Alfredo Villeda Ayala.

legislador a través de dicha causa legal de retiro ha perseguido como finalidad constitucionalmente válida la eficacia de las fuerzas armadas, así como la protección de la integridad de sus miembros y de terceras personas; sin embargo, se estableció que dicha regulación implica una diferenciación legal entre los integrantes de las Fuerzas Armadas Mexicanas contraria a las garantías de igualdad y de no discriminación por razón de salud, que carece de proporcionalidad y razonabilidad jurídicas, toda vez que dicha medida legislativa: 1) es inadecuada para alcanzar la finalidad mencionada, porque la ciencia médica, reflejada en distintas directrices nacionales e internacionales, han demostrado la inexactitud de que dicho padecimiento genera que las personas que están implicadas en él sean *per se* agentes de contagio directo o individuos ineficaces para desempeñar las funciones requeridas dentro del ejército; 2) es desproporcional, en razón a que el legislador, para alcanzar el mencionado objetivo, tenía a su disposición alternativas menos gravosas para el militar implicado, considerando que la legislación castrense hace posible el traslado del afectado a un área distinta que sea acorde a las aptitudes físicas que va presentando durante el desarrollo del padecimiento, tal como sucede con diversas enfermedades incurables, y 3) carece de razonabilidad jurídica, en virtud de que no existen bases para justificar la equiparación que ha hecho el legislador del concepto de inutilidad con el de padecimiento y enfermedad, en este caso, con la seropositividad a los anticuerpos contra el virus de la inmunodeficiencia humana, pues bajo esa concepción habría múltiples casos en los que la merma en la salud permitiría justificar la separación inmediata de la fuente de trabajo y la sustracción de los servicios de salud respectivos, sin previamente analizar si los efectos del mal que aflige a la persona, le impiden o no, desplegar con solvencia la actividad para la cual hubiera sido contratada, nombrada o reclutada. Para el pleno, la única causa que justifica la baja del activo de las fuerzas armadas y alta en situación de retiro por motivos de salud, es la inutilidad, entendida como la no aptitud física o mental para el servicio de las armas y no así la sola existencia de un padecimiento, dado que ello no implica necesariamente que el grado de afectación de la salud del militar le impida desempeñar sus funciones.

En la mayor parte de tales asuntos, el pleno de la SCJN otorgó el amparo y protección de la justicia federal, para el efecto que: 1) se dejaran insubsistentes los procedimientos de retiro instaurados a los quejosos y,

en consecuencia; 2) se reincorporara a los quejosos en el activo de las Fuerzas Armadas Mexicanas; 3) se cubriera a los quejosos los haberes caídos con descuento de la cantidad que en su caso hayan percibido por concepto de “compensación única”, y 4) se siguiera proporcionando la asistencia médica, en términos de lo previsto en la Ley del ISSFAM.

IV. LA SOLICITUD DE MODIFICACIÓN DE JURISPRUDENCIA 3/2007-SS (REVERSIÓN DE LA POSICIÓN JURISPRUDENCIAL EN LA FASE CAUTELAR)

Las particularidades de los referidos procesos de amparo evidenciaron que sin el otorgamiento de medidas cautelares en dichos juicios, las violaciones alegadas hubiesen quedado irreparablemente consumadas —cuando menos en relación con la salud e integridad de los agravados— dado el carácter progresivo que, en general, llega a presentar el padecimiento de los militares quejosos (VIH, por ejemplo). Fue el caso del amparo en revisión 2146/2005, en que el quejoso falleció durante la tramitación del juicio. En dicho asunto, sin embargo, el pleno determinó que no era procedente sobreseer en el juicio de garantías, pues la concisión del amparo tendría por efecto que sus familiares recibieran los beneficios de seguridad social previstos en la Ley del ISSFAM, para el supuesto de muerte (en activo) del militar en actos fuera del servicio. Dicho asunto puso en evidencia, además del importante papel de las medidas cautelares, la intención del pleno del máximo tribunal del país de interpretar el ordenamiento jurídico de tal manera que sea posible un *efecto útil* del juicio de garantías, incluyendo su fase cautelar.

Como se ha expuesto, con anterioridad a los pronunciamientos del pleno del alto tribunal, para la segunda sala resultaba improcedente conceder la suspensión definitiva contra los efectos de la orden de baja del activo y alta en situación de retiro por inutilidad de sus miembros, pese a que dicha determinación estuviera fundada exclusivamente en la detección de una enfermedad o padecimiento (detección de VIH, por ejemplo). Con lo cual, para la segunda sala, el militar quejoso debía soportar los efectos de la resolución de retiro (cuando menos) durante la tramitación del juicio de amparo respectivo, quedando privado de la posibilidad de seguir prestando sus servicios en el ámbito castrense; privado, ade-

más, de sus haberes y remuneraciones ordinarias y, posiblemente, privado de la asistencia médica que le correspondía en activo.

Ese estado de cosas generó la solicitud de modificación de jurisprudencia 3/2007-SS,⁶ que propuso revertir la posición de la segunda sala en lo relativo a la fase cautelar del juicio de amparo. Dicha solicitud de modificación de jurisprudencia se basó, en los argumentos siguientes:

1. Medidas cautelares y tutela judicial efectiva

La solicitud de modificación de jurisprudencia partió de la base consistente en que el transcurso del tiempo —sin la posibilidad de evitar la consumación de los actos de autoridad combatidos— puede llegar a violar la esfera jurídica de un individuo de modo irreversible o grave, lo cual presenta una relevancia constitucional, principalmente en el ámbito del *derecho a un debido proceso y a una justicia efectiva y completa* (artículos 14 y 17 constitucionales). En tal sentido, se puso también de manifiesto que de la prohibición prevista en el artículo 17 constitucional en el sentido de que “Ninguna persona podrá hacerse justicia por sí misma, ni ejercer violencia para reclamar su derecho”, y de la exigencia constitucional a una administración de justicia “pronta, completa e imparcial”, deriva el derecho a la tutela judicial efectiva, que comprende, como una de sus manifestaciones, el *derecho a un sistema de medidas cautelares* apto para la adecuada y oportuna protección de los intereses jurídicos controvertidos, tomando en cuenta que sólo a través de ellas se evita que la tardanza en la emanación de la sentencia consume las violaciones alegadas de manera irreparable, y se impide, consecuentemente, que resulte inútil el proceso principal instituido para la defensa y eficacia de los derechos fundamentales defendidos, considerando, además, la *indispensable existencia, en todo tribunal, de la jurisdicción necesaria para que la justicia pueda ser hecha*.⁷ La institución de la suspensión en materia de amparo —se apuntó— tiene por efecto, conservar y mantener las cosas

⁶ La solicitante fue la ministra Margarita Beatriz Luna Ramos.

⁷ Esas consideraciones aparecen en la contradicción de tesis 122/2005-SS resuelta por la segunda sala de la SCJN el 24 de agosto de 2005. Así como en la jurisprudencia: RESPONSABILIDADES DE LOS SERVIDORES PÚBLICOS. PROCEDE CONCEDER LA SUSPENSIÓN EN EL AMPARO CONTRA LOS ACTOS DE REGISTRO O INSCRIPCIÓN DE LA SANCIÓN DE INHABILITACIÓN TEMPORAL. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, novena época, segunda sala, t. XXII, septiembre de 2005, tesis: 2a./J. 112/2005, p. 493.

en el estado en que se hallaban al iniciarse el juicio de amparo, a efecto de evitar que durante el transcurso del proceso vayan consumándose las violaciones reclamadas y sea imposible o difícil su reparación en caso de dictarse una sentencia favorable.

2. Cumplimiento de los requisitos para el otorgamiento de la suspensión

La paralización válida de los actos reclamados en el juicio de amparo se encuentra condicionada a la integración de *todos* los presupuestos jurídicos que enseguida se precisan: 1) solicitud de parte agraviada (artículo 124 fracción I de la Ley de Amparo); 2) certeza de los actos reclamados; 3) que los actos reclamados sean susceptibles de ser paralizados; 4) que se reúnan las condiciones previstas en las fracciones II y III del artículo 124 de la Ley de Amparo; 5) (requisito de efectividad) que el quejoso exhiba la garantía correspondiente, cuando el otorgamiento de la suspensión pueda ocasionar daño o perjuicio a tercero, con el fin de repararlos, en su caso. A esos efectos, es de suma importancia la jurisprudencia plenaria que ha determinado debe examinarse también la apariencia de buen derecho y el peligro en la demora (urgencia), lo cual ha sido establecido en diversos criterios jurisprudenciales.⁸

A. La solicitud del quejoso de la medida cautelar

Para el otorgamiento de la medida cautelar en el supuesto de mérito, se consideró de vital importancia verificar si existe la voluntad clara y expresa del quejoso en el sentido de querer obtener la paralización de los efectos y consecuencias a fin de retomar su participación activa dentro de las Fuerzas Armadas. Este requisito es de suma importancia en la especie, porque los actos reclamados pueden ir acompañados del otorgamiento

⁸ SUSPENSIÓN. PROCEDENCIA EN LOS CASOS DE CLAUSURA EJECUTADA POR TIEMPO INDEFINIDO. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, novena época, pleno, t. III, abril de 1996, tesis, P.J. 16/96, p. 36. SUSPENSIÓN. PARA RESOLVER SOBRE ELLA ES FACTIBLE, SIN DEJAR DE OBSERVAR LOS REQUISITOS CONTENIDOS EN EL ARTÍCULO 124 DE LA LEY DE AMPARO, HACER UNA APRECIACIÓN DE CARÁCTER PROVISIONAL DE LA INCONSTITUCIONALIDAD DEL ACTO RECLAMADO. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, novena época, pleno, t. III, abril de 1996, t. P.J. 15/96, p. 16.

to y aceptación de una compensación económica en favor del militar afectado, que es otorgada por causa de su salida del servicio. Se subrayó, por ello, que el juzgador debe examinar detenidamente si el quejoso ha expresado su voluntad en el sentido de querer *retomar su participación activa en el servicio*, puesto que la promoción del juicio pudiera estar motivada por pretensiones distintas aun frente a la misma orden de baja (como la obtención de la compensación económica, más servicio médico y los medicamentos necesarios para el tratamiento de los de los afectados), máxime que cierto tipo de padecimientos (VIH, por ejemplo) implican un proceso que va afectando paulatinamente y de manera gradual la salud del individuo respectivo, por lo que se consideró indispensable respetar las decisiones personales del quejoso en cuanto a los efectos que desea otorgar a su acción procesal.

B. *Que los actos reclamados sean física y jurídicamente paralizables*

En la solicitud de modificación de jurisprudencia se tomó en consideración que, desde cierta perspectiva, los *efectos y consecuencias* de los oficios que contienen la orden de baja del activo y alta en situación de retiro constituyen actos de naturaleza continuada, pues implican una privación generada de momento a momento de los haberes, del trabajo, de la atención médica, etcétera, lo que hace posible física y jurídicamente su paralización, puesto que es posible evitar su paulatina consumación durante la tramitación del juicio.

Al respecto, se reconoció que los oficios que contienen la orden de baja del activo y alta en situación de retiro se dictan con pretensión de definitividad. Se estimó que la mayoría de los actos de autoridad se emiten con esa pretensión de firmeza, sólo que el derecho al debido proceso y a la tutela judicial efectiva y/o a una administración de justicia completa, en concordancia con los artículos 103 y 107 de la norma suprema, autorizan a los gobernados a combatir ese tipo de actos por violación a sus garantías constitucionales, las que, para ser efectivas y no ilusorias, precisan de la ayuda de medidas cautelares que tienden a evitar, por una parte, que la afectación en la esfera jurídica del particular resulte irreparable o de difícil reparación y, por otra, que el propio proceso principal instituido para la defensa de los derechos sea inútil a esos efectos.

La pretensión de firmeza de los actos de autoridad no ha sido obstáculo para que el alto tribunal haya establecido la posibilidad de paralizar los efectos y consecuencias de distintas clases de intervenciones públicas, que en algún tiempo llegaron a concebirse como medidas consumadas. Lo que ocurre, por ejemplo, con la clausura, con el juicio político, con el arresto administrativo y con el registro de la sanción de inhabilitación, que se dictan administrativamente con pretensión de definitividad y que la SCJN ha reconocido la posibilidad de paralizar sus efectos y consecuencias, al grado de impedir su paulatina consumación en perjuicio del afectado.⁹

Luego, en la solicitud de modificación de jurisprudencia, se consideró que sí es posible paralizar los efectos y consecuencias de los actos de mérito, al ser actos continuados que producen efectos lesivos en la esfera jurídica del gobernado de momento a momento, lo que supondría la posibilidad de que el militar quejoso que así lo haya solicitado y convenga a sus intereses, continúe prestando sus servicios como miembro activo del Ejército Mexicano, percibiendo sus haberes y derechos, sin que esto signifique que la medida cautelar tenga efectos restitutorios, que corresponden a la sentencia de fondo, toda vez que la emisión de la orden de baja permanece latente hasta en tanto se califique su validez mediante la sentencia definitiva en el proceso de amparo.

*C. Que no se siga perjuicio al interés social,
ni se contravenga el orden público*

En la solicitud de modificación de jurisprudencia se puso de manifiesto que, pese a que la mayor parte de la actuación pública y de las leyes

⁹ SUSPENSIÓN. PROCEDENCIA EN LOS CASOS DE CLAUSURA EJECUTADA POR TIEMPO INDEFINIDO. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, novena época, pleno, t. III, abril de 1996, tesis: P.J. 16/96, p. 36. SUSPENSIÓN EN CONTROVERSIAS CONSTITUCIONAL EN CONTRA DEL PROCEDIMIENTO DE JUICIO POLÍTICO. NO PROcede EL OTORGAMIENTO DE ÉSTA, TRATÁNDOSE DE LA SUSTANCIACIÓN DE DICHO PROCEDIMIENTO, PERO SÍ RESPECTO DE SUS EFECTOS Y CONSECUENCIAS. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, novena época, primera sala, t. XXI, junio de 2005, tesis: 1a. LI/2005, p. 648. ARRESTO COMO MEDIO DE APREMIO. A LA SUSPENSIÓN EN SU CONTRA NO LE SON APLICABLES ANALÓGICAMENTE LAS MEDIDAS DE ASEGURAMIENTO DEL QUEJOSO PREVISTAS POR LOS ARTÍCULOS 130 Y 136 DE LA LEY DE AMPARO. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, novena época, pleno, t. XII, agosto de 2000, tesis: P.J. 75/2000, p. 18.

emitidas por el Congreso persiguen fines de carácter público y social, la eficacia de los derechos fundamentales defendidos frente a ese tipo de actos impone al juez de amparo realizar un juicio de ponderación y equilibrio de los intereses en juego, al resolver los asuntos sobre medidas cautelares en dicho proceso. De ahí la importancia, por parte de los juzgadores de amparo, de realizar un balance de todos los intereses en conflicto al resolver los asuntos sobre medidas cautelares, lo que ha sido destacado por la segunda sala en la contradicción de tesis 115/2003-SS, resuelta en sesión del 17 de marzo de 2004.¹⁰

En la solicitud, también se determinó que el orden público y el interés social están presentes en los bienes e intereses que las leyes pretenden tutelar de manera especial en favor de la comunidad (seguridad pública, seguridad nacional, salud pública, etcétera); sin embargo, se destacó también que el orden público y el interés social también está presente en las normas sobre derechos fundamentales, porque muchas de ellas tienen una dimensión que va más allá de lo individual, al configurarse como valores de carácter objetivo, esenciales en una sociedad democrática (igualdad, libertad de expresión, dignidad, etcétera). Desde esa óptica, se estimó que el orden público y el interés social no deben concebirse como conceptos absolutos, que sean invocables de manera irremediable frente a los derechos individuales en todos los casos y circunstancias. Como se ha dicho, el examen de la condición prevista en la fracción II, del artícu-

¹⁰ “Es decir, aun cuando se reclame un acto cuyo fundamento es una ley de orden público, para decidir sobre la suspensión el juzgador debe examinar el cumplimiento de los requisitos previstos en el artículo 124 de la Ley de Amparo, debido a que no basta la sola circunstancia de que se pida la paralización de los efectos del acto fundamentado en un ordenamiento de orden público para negar la suspensión bajo el argumento del carácter de éste y de que responde al interés general, ya que todas las leyes (en sentido amplio) participan en mayor o menor medida de esas características, sino que resulta imprescindible, incluso para la conservación de la materia del juicio, analizar los diversos grados de afectación al interés social y al orden público, la distinta naturaleza del objeto específico de los ordenamientos y la causación al quejoso de daños y perjuicios de difícil reparación”. Esa línea de interpretación dio lugar, en dicho asunto, a la siguiente tesis: RESPONSABILIDADES ADMINISTRATIVAS. SUSPENSIÓN EN EL JUICIO DE AMPARO. SÓLO PROCEDE CONTRA LA SUSPENSIÓN DE SERVIDORES PÚBLICOS DECRETADA COMO MEDIDA PREVENTIVA DURANTE LA SUSTANCIACIÓN DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO DE RESPONSABILIDADES, POR CAUSA NO GRAVE. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, novena época, segunda sala, t. XIX, abril de 2004, tesis: 2a. XVII/2004, p. 529.

lo 124 de la Ley de Amparo para la concesión de medidas cautelares en el juicio de amparo precisa de la realización de un balance de los intereses en conflicto, lo que supone, inclusive, un *examen preliminar* sobre la constitucionalidad del acto reclamado (artículo 107, fracción X, de la norma suprema).

Por otra parte, en la solicitud de modificación de jurisprudencia se tomó en cuenta que el principio del peligro en la demora presenta un doble aspecto, considerando que el juzgador debe tomar en cuenta tanto el peligro en la demora de que se ejecute el acto reclamado, como de que no se ejecute. Con esa base, el juzgador se ha considerado autorizado para realizar un juicio de probabilidad y verosimilitud del derecho del solicitante, que podrá cambiar al dictar la sentencia definitiva. A ese respecto, en la solicitud de modificación de jurisprudencia se puso de manifiesto que la orden de baja *por razones exclusivas de salud* implica un acto *aparentemente inconstitucional*.¹¹ El artículo 1o. constitucional preve una regla específica y concreta en el sentido de prohibir cualquier tipo de discriminación por razón de salud. Ante esa disposición enfática y clara del Constituyente, es posible advertir que todo acto o norma cuyo sentido descance en una diferenciación entre personas basada en sus condiciones de salud es una actuación *cuya validez resulta sospechosa* o, cuando menos, incierta; máxime que no existe prohibición constitucional alguna en el sentido de impedir la permanencia de militares enfermos o portadores de VIH. Es por ello que —en la solicitud— se estimó que la orden de baja militar por motivos de salud carece de la presunción de legalidad que comúnmente presentan los actos de autoridad, al constituir la negación frontal del artículo 1o. constitucional. Se trata de una contradicción apreciable de manera preliminar, de manera notoria y manifiesta, desde un punto de vista meramente lógico, pues mientras el Constituyente prohíbe la discriminación por razones de salud, la orden de baja impide la permanencia en el Ejército por razones de salud. En ese orden de ideas, llegado el caso de examinar si procede o no la suspensión de los efectos y consecuencias de la baja de un militar fundada exclusivamente

¹¹ En ese momento, establecía que: “Artículo 1o.... 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...”.

en motivos de salud, el juzgador se encuentra ante la disyuntiva de hacer valer el derecho fundamental de no discriminación o de convalidar los efectos de la orden de baja por razones de salud. Es decir, el juzgador se encuentra ante la disyuntiva provisional de aplicar la Constitución o permitir la ejecución de la orden de baja, durante la tramitación del juicio principal. En ese supuesto, el juzgador debe suspender los efectos y consecuencias de la orden de baja, a fin de no interrumpir y postergar la eficacia normativa de la prohibición de discriminación por razones de salud, lo que conduciría a que el quejoso, si esa ha sido su voluntad, regrese a participar activamente dentro de las fuerzas armadas.

La eficacia de las fuerzas armadas, se estimó, se basa centralmente en las relaciones de solidaridad y lealtad que deben existir entre los miembros del servicio armado. El individuo que aporta su vida y que pone en riesgo su integridad física al incorporarse en las Fuerzas Armadas no puede instrumentalizarse al grado de que el Estado pueda disponer de todos sus derechos fundamentales en cualquier medida, habida cuenta que ello terminaría por socavar ese principio de solidaridad, unión y lealtad de los miembros que componen las Fuerzas Armadas. Es por ello que el orden público y el interés social, en la especie, están del lado del otorgamiento de la medida cautelar, de la prevalencia del principio de no discriminación por razones de salud durante la tramitación del juicio principal.

También se subrayó que, frente a la *aparente inconstitucionalidad* de la orden de baja de un militar por razones exclusivas de salud, no podría aducirse en principio, que el padecimiento constituye, en automático, un peligro para la salud de otros militares, inclusive tratándose del padecimiento relativo al virus de inmunodeficiencia humana (VIH) y al síndrome de inmunodeficiencia adquirida (SIDA). Ello, con base en los artículos 33, 34 y 35 de la Declaración de Derechos y Humanidad sobre el Virus de Inmunodeficiencia Humana (VIH) y el Síndrome de Inmunodeficiencia Adquirida (SIDA), que fue dada a conocer en 1992 como anexo al documento E/CN.4/1992/82 de la Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas,¹² que establecen:

¹² Creada en el marco de las actividades de la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, que es el foro más importante del mundo en materia de derechos humanos. La Comisión, establecida en 1946 para establecer la estructura jurídica e internacional que protege nuestros derechos y libertades fundamentales, ha ido ampliando a lo largo de los años su mandato inicial para ocuparse de toda la problemática de los dere-

Artículo 33.

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

Artículo 34.

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

Artículo 35.

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

El valor de tales directrices radica en que, si bien no constituyen un parámetro para medir la validez de las actuaciones de derecho nacional, sí son capaces de informar el contenido adecuado y actual de los derechos fundamentales previstos en nuestro propio ordenamiento constitucional. Nada impide leer la prohibición de no discriminación de nuestra Constitución federal, de acuerdo con la tendencia marcada por la comunidad internacional, máxime cuando esa dirección es favorable a los derechos fundamentales, a la dignidad del individuo y al contenido *especializado* del derecho a la salud. En ese sentido, el contenido de las directrices internacionales constituye una importante herramienta que permite justificar ob-

chos humanos. La Comisión sigue fijando las normas por las que se rige la conducta de los Estados, pero también actúa como foro en el que todos los países, grandes o pequeños, los grupos no gubernamentales y los defensores de los derechos humanos de todo el mundo pueden expresar sus inquietudes.

jetivamente y con datos especializados las decisiones en materia de derechos fundamentales en materia de salud, lo que importa, en buena medida, el cumplimiento de la garantía constitucional de motivación adecuada de las decisiones judiciales.¹³

En suma, en la solicitud de modificación de jurisprudencia se estimó que la suspensión de los actos de mérito no afecta el orden público ni el interés social.

D. Que sean de difícil reparación los daños y perjuicios

En la solicitud de la modificación de jurisprudencia se consideró que la orden de baja por razones exclusivas de salud es una medida que causa daños y perjuicios de difícil e imposible reparación, porque tiende a poner en tela de juicio, de manera prolongada, los derechos fundamentales a la igualdad y la prohibición constitucional de no discriminación por razón de salud, y tiende a privar de momento a momento los haberes y el trabajo legítimo de los servidores públicos de las Fuerzas Armadas. Pero además, la orden de baja de un militar por razones de salud, tiende a afectar el derecho fundamental al honor y a la vida privada del afectado, que puede estar legítimamente interesado en mantener en secreto sus condiciones de salud, incluso frente a su círculo social y profesional, si se toma en cuenta que la situación cultural del momento todavía concibe ciertos padecimientos como estigmas sociales que pueden afectar su desenvolvimiento personal en distintos ámbitos.

E. La garantía de efectividad de la medida cautelar (en su caso)

Por regla general, la orden de baja del activo y alta en situación de retiro por inutilidad por actos fuera del servicio, va acompañada del otorgamiento y posible aceptación de una compensación económica en favor del militar afectado, que es otorgada por causa de su salida del servicio. Se subrayó que, el juzgador, en esos casos, debe examinar el expediente para verificar si existe la voluntad clara y expresa del quejoso en el senti-

¹³ Véase, centralmente, el amparo en revisión 2146/2005. Sesiones del 19, 20, 22, 26 y 27 de febrero de 2007. Encargada del engrose: ministra Margarita Beatriz Luna Ramos. Secretarios: Fernando Silva García y Alfredo Villeda Ayala.

do de querer obtener la paralización de los efectos y consecuencias a fin de retomar sus actividades dentro de las fuerzas armadas, lo que conduciría a informarle que no tiene derecho a recibir la compensación económica. Por ello, la solicitud expresa del quejoso en el sentido de querer retomar su participación en las Fuerzas Armadas tendría que conducir al juzgador a fijar como garantía de efectividad de la medida el monto equivalente a la compensación económica que, en su caso, ya hubiera *efectivamente* recibido.

F. Efectos de la suspensión

El artículo 124 de la Ley de Amparo prevé facultades amplias para que el juzgador de amparo determine los efectos de la medida cautelar otorgada.¹⁴ A ese respecto, en la solicitud se subrayó que muchos padecimientos implican un proceso que va afectando gradualmente al individuo en sus condiciones físicas. Un proceso que no necesariamente genera que las personas que lo padecen sean *per se* ineficaces para desempeñar las funciones requeridas en el Ejército. Un proceso que permite el traslado de quien tiene el padecimiento (VIH, por ejemplo) a un área distinta, en la medida de las aptitudes físicas que va presentando a lo largo de ese lapso, tal como sucede con otros padecimientos incurables. Por ende, en la solicitud se estimó que el juzgador del conocimiento debe establecer como efecto de la suspensión de mérito, en su caso, el deber de trasladar al afectado a un área que sea acorde a sus condiciones, en orden a proteger su estado de salud.

V. POSICIÓN JURISPRUDENCIAL ACTUAL DE LA SCJN (FASE CAUTELAR)

La segunda sala de la SCJN acogió la solicitud de modificación de jurisprudencia anteriormente descrita, a propósito de lo cual emitió el criterio jurisdiccional 197/2007, que es del tenor siguiente:

¹⁴ “Artículo 124.... El juez de distrito, al conceder la suspensión, procurará fijar la situación en que habrán de quedar las cosas y tomará las medidas pertinentes para conservar la materia del amparo hasta la terminación del juicio”.

EJÉRCITO Y FUERZA AÉREA MEXICANOS. ES PROCEDENTE LA SUSPENSIÓN EN EL JUICIO DE AMPARO PROMOVIDO CONTRA LOS EFECTOS DE LA ORDEN DE BAJA DEL ACTIVO Y ALTA EN SITUACIÓN DE RETIRO “POR INUTILIDAD”. Con fundamento en el artículo 197, último párrafo, de la Ley de Amparo, la segunda sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación modifica la jurisprudencia 2a./J. 157/2006, publicada en el *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, novena época, tomo XXIV, diciembre de 2006, página 199, con el rubro: “EJÉRCITO Y FUERZA AÉREA MEXICANOS. ES IMPROCEDENTE LA SUSPENSIÓN EN EL JUICIO DE AMPARO PROMOVIDO CONTRA LOS EFECTOS DE LA ORDEN DE BAJA DEL ACTIVO Y ALTA EN SITUACIÓN DE RETIRO POR INUTILIDAD DE SUS MIEMBROS”, en virtud de que el pleno de este alto tribunal al declarar la inconstitucionalidad del artículo 226, segunda categoría, fracción 45, de la Ley del Instituto de Seguridad Social para las Fuerzas Armadas Mexicanas en vigor, por ser contrario a las garantías de igualdad y de no discriminación, fijó el criterio consistente en que la única causa que justifica la baja del activo de las Fuerzas Armadas y el alta en situación de retiro por motivos de salud, es la inutilidad, entendida como la no aptitud física o mental para el servicio de las armas, y no la sola existencia de un padecimiento o enfermedad, como pueden ser, entre otros, el virus de la inmunodeficiencia humana (VIH). En consecuencia, cuando se solicite la suspensión de la resolución en la cual se ordene la baja y alta precitadas, deberá hacerse una apreciación provisional de inconstitucionalidad de ella, que el pleno del máximo tribunal consideró permitida para constatar la apariencia del buen derecho y el peligro en la demora, siempre y cuando se cumplan los requisitos del artículo 124 de la Ley de Amparo, según se advierte de la jurisprudencia P./J. 15/96, publicada en el indicado medio de difusión, tomo III, abril de 1996, página 16, con el rubro: “SUSPENSIÓN. PARA RESOLVER SOBRE ELLA ES FACTIBLE, SIN DEJAR DE OBSERVAR LOS REQUISITOS CONTENIDOS EN EL ARTÍCULO 124 DE LA LEY DE AMPARO, HACER UNA APRECIACIÓN DE CARÁCTER PROVISIONAL DE LA INCONSTITUCIONALIDAD DEL ACTO RECLAMADO”. Por tanto, con base en la declaración del tribunal pleno, debe considerarse presuncionalmente inconstitucional la resolución en la cual se ordena la baja del servicio activo de un miembro de las Fuerzas Armadas Mexicanas y su alta en situación de retiro por motivos de salud; por lo que es procedente otorgar la suspensión de los efectos y consecuencias de esa resolución, a fin de que el quejoso continúe prestando sus servicios como miembro activo del Ejército Mexicano, perciba sus haberes y todas las prestaciones generadas que por estar en activo le correspondan legalmente; sea en la misma área en la cual ha realizado sus labores o en una distinta acorde a sus capacidades, derivadas de su estado de salud. (Solicitud de modificación de jurisprudencia 3/2007-SS. Ministra Margarita Beatriz Luna Ramos. Presidenta

de la segunda sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Secretarios: Paula García Villegas y Fernando Silva García. 3 de octubre de 2007. Cinco votos; los ministros Mariano Azuela Güitrón y Sergio Salvador Aguirre Anguiano votaron con salvedades. Ponente: Sergio Salvador Aguirre Anguiano. Secretario: Alberto Miguel Ruiz Matías).

