



SÍNTESIS: El 27 de julio de 2007, esta Comisión Nacional recibió la queja que presentó A1, quien manifestó que el 16 de mayo de 2007, a través del oficio SGB-II-5063, la Dirección General de Justicia Militar, Subdirección de Retiros y Pensiones de la Secretaría de la Defensa Nacional, le notificó la declaración de procedencia definitiva de retiro por padecer seropositividad a los anticuerpos contra el virus de la inmunodeficiencia humana (VIH), sin que para ello se hubiera valorado el recurso de inconformidad que promovió en contra de la declaración provisional emitida, por lo que solicitó la intervención de esta Comisión Nacional, iniciándose el expediente 2007/3188/1/Q.

De igual forma, el 1 de agosto de 2007, este Organismo Nacional recibió la queja que presentó A2, en la que refirió pertenecer al Batallón de Infantería en Nuevo Casas Grandes, Chihuahua, y que el 9 de abril de 2006 en el Hospital Central Militar le informaron que era portador de VIH, por lo que el 17 de junio de ese año se inició su trámite de retiro por inutilidad, y por acuerdo del Secretario del ramo, el 18 de mayo de 2007 se emitió la declaración definitiva de procedencia de retiro, por lo que solicitó la intervención de esta Comisión Nacional, iniciándose el expediente 2007/3126/1/Q.

Asimismo, el 29 de febrero de 2008 esta Comisión Nacional recibió el escrito de queja de A3, en el que indicó que la Secretaría de la Defensa Nacional, el 14 de marzo de 2007, mediante el oficio SGB-I-6161, emitió la declaración provisional de su retiro, por padecer VIH, la cual adquirió el carácter de definitiva al no haber sido impugnada, lo que consideró que atenta contra su derecho a la protección de la salud, así como a la vida, ya que esa resolución lo dejó en total desamparo económico, además de que en lo futuro no recibiría la atención médica para su padecimiento, motivo por el que solicitó la intervención de este Organismo Nacional, iniciándose el expediente CNDH/1/2008/1146/Q.

De la investigación que se practicó en el expediente de queja 2007/3188/1/Q y sus acumulados 2007/3126/1/Q y CNDH/1/2008/1146/Q, se advirtió que la actuación de la Secretaría de la Defensa Nacional, respecto del procedimiento de retiro y baja de los agraviados derivado del padecimiento que adolecen, vulneró los Derechos Humanos de igualdad y de no discriminación previstos en los artículos 1o., párrafo tercero, y 4o., párrafo tercero, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, numerales que fueron materia de análisis por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en su sesión privada del 27 de febrero de 2007, aprobando el 15 de octubre de 2007 la tesis jurisprudencial 131/2007; además de que esos derechos se encuentran consagrados en diversos tratados internacionales firmados y ratificados por México y constituyen norma vigente en nuestro país, dentro de los que destacan los artículos 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y 3 y 10.1 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. De igual forma, se conculcaron los derechos de legalidad y seguridad jurídica consagrados en los artículos 14, párrafo

segundo, y 16, párrafo primero, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en perjuicio de los quejosos.

Por lo anterior, el 23 de septiembre de 2008 este Organismo Nacional emitió la Recomendación 49/2008, dirigida al Secretario de la Defensa Nacional, en la que se solicitó que gire instrucciones a efecto de que se repare el daño moral y material ocasionado a A1, A2 y A3, como consecuencia de la responsabilidad institucional en la que se incurrió, en los términos de las consideraciones planteadas en el cuerpo de la Recomendación en cuestión, debiéndose informar a esta Comisión Nacional respecto de las acciones realizadas; de igual forma, que se realicen los trámites necesarios a fin de que se deje sin efectos el procedimiento de retiro que se inició a A1, A2 y A3 por parte de esa Secretaría, debiéndose elaborar el dictamen clínico mediante el cual se reporte el grado de avance del padecimiento que presentan dichas personas, practicándoles los exámenes que permitan valorar sus aptitudes físicas y mentales, a fin de resolver sobre su reubicación; además, que se les continúen proporcionando las prestaciones de seguridad social que les correspondan, en particular el servicio público de salud; asimismo, que se capacite al personal de esa Secretaría para que en la aplicación de las normas jurídicas se observe la interpretación realizada por el máximo tribunal de nuestro país, con la intención de que se logre una eficaz protección de los Derechos Humanos; finalmente, que se adopten las medidas de carácter preventivo para evitar la repetición de actos de discriminación, como los que dieron origen a la Recomendación en comento.

RECOMENDACIÓN 49/2008

SOBRE EL CASO DE DISCRIMINACIÓN POR RAZON DE SALUD A ELEMENTOS ADSCRITOS A LA SECRETARÍA DE LA DEFENSA NACIONAL POR PADECER VIH

México, D.F., a 23 de septiembre de 2008

GENERAL SECRETARIO GUILLERMO GALVÁN GALVÁN, SECRETARIO DE LA DEFENSA NACIONAL

Distinguido señor general secretario:

La Comisión Nacional de los Derechos Humanos, con fundamento en los artículos 102, apartado B, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; 1o., 3o., párrafo primero; 6o., fracciones I, II y III; 15, fracción VII; 24, fracción IV; 42, 44, 46 y 51, de la Ley de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, así como 84, 85, 128, 129, 130, 131, 132, 133 y 136 de su Reglamento Interno, ha examinado los elementos contenidos en el expediente 2007/3188/1/Q y sus acumulados 2007/3126/1/Q y CNDH/1/2008/1146/Q, relacionados con las quejas interpuestas por A1, A2 y A3 respectivamente, y visto los siguientes:

I. HECHOS

A. El 27 de julio de 2007, esta Comisión Nacional recibió la queja que presentó A1, quien manifestó que, el 16 de mayo de 2007, a través del oficio SGB-II-5063, la Dirección General de Justicia Militar, Subdirección de Retiros y Pensiones de la Secretaría de la Defensa Nacional, le notificó la declaración de procedencia definitiva de retiro por padecer seropositividad a los anticuerpos contra el virus de la inmunodeficiencia humana, sin que para ello haya valorado el recurso de inconformidad que promovió en contra de la declaración provisional que se emitió, por lo que solicitó la intervención de esta Comisión Nacional, iniciándose el expediente 2007/3188/1/Q.

B. El 1 de agosto de 2007, esta Comisión Nacional recibió la queja que presentó A2, en la que manifestó pertenecer al Batallón de Infantería en Nuevo Casas Grandes, Chihuahua, y que, el 9 de abril de 2006 en el Hospital Central Militar le informaron que era portador de VIH, por lo que el 17 de junio de ese año se inició su trámite de retiro por inutilidad, y por acuerdo del secretario del ramo, de 18 de mayo de 2007, se emitió la declaración definitiva de procedencia de retiro, por lo que solicitó la intervención de este organismo nacional, iniciándose el expediente 2007/3126/1/Q.

C. El 29 de febrero de 2008 esta Comisión Nacional recibió el escrito de queja de A3, en el que indicó que la Secretaría de la Defensa Nacional, el 14 de marzo de 2007, mediante el oficio SGB-I-6161, emitió la declaración provisional de su retiro, por padecer VIH, la cual adquirió el carácter de definitiva al no haber sido impugnada, lo que considera atenta contra su derecho a la protección de la salud, así como a la vida, ya que esa resolución lo deja en total desamparo económico, además de que en lo futuro no recibirá la atención médica que requiere para su padecimiento, motivo por el que solicitó la intervención de esta Comisión Nacional, iniciándose el expediente CNDH/1/2008/1146/Q.

D. Con motivo de la integración del expediente de queja 2007/3188/1/Q y sus acumulados 2007/3126/1/Q y CNDH/1/2008/1146/Q, esta Comisión Nacional solicitó a la Secretaría de la Defensa Nacional un informe con relación a los actos constitutivos de las quejas, peticiones que fueron atendidas en su oportunidad por esa autoridad y

cuyo contenido será valorado en el capítulo de observaciones del presente documento.

E. El 9 de septiembre de 2008, esta Comisión Nacional, con fundamento en lo dispuesto por el artículo 85 del Reglamento Interno de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, dictó acuerdo de acumulación de los expedientes de queja 2007/3126/1/Q y CNDH/1/2008/1146/Q, al diverso 2007/3188/1/Q, por tratarse de actos similares, atribuidos a una misma autoridad y con la finalidad de no dividir la investigación correspondiente.

II. EVIDENCIAS

En este caso las constituyen:

A. Con relación al expediente 2007/3188/1/Q:

1. Escrito de queja presentado, el 27 de julio de 2007, ante esta Comisión Nacional, por A1.

2. Oficio 21966, de 30 de agosto de 2007, suscrito por el subdirector de Derechos Humanos y Derecho Internacional de la Dirección General de Justicia Militar de la Secretaría de la Defensa Nacional, mediante el cual rindió el informe solicitado, documento al que acompañó:

a. Oficio SGB-II-15351, de 4 de julio de 2006, suscrito por el general de brigada J.M. y el director general de Justicia Militar de la Secretaría de la Defensa Nacional, mediante el cual emitió la declaración provisional de procedencia de retiro por inutilidad en Segunda Categoría contraída en actos fuera del servicio de A1.

b. Oficio SGB-II-5063, de 16 de mayo de 2007, suscrito por el general de brigada J.M. y el director general de Justicia Militar de la Secretaría de la Defensa Nacional, mediante el cual emitió la declaración de procedencia definitiva de retiro de A1 por inutilidad en Segunda Categoría contraída en actos fuera del servicio.

B. Con relación al expediente 2007/3126/1/Q:

1. Escrito de queja presentado, el 10. de agosto de 2007, ante esta Comisión Nacional, por A2.

2. Oficio DH-21968/1246, recibido en esta Comisión Nacional el 29 de agosto de 2007, suscrito por el subdirector de Derechos Humanos y Derecho Internacional de la Dirección General de Justicia Militar de la Secretaría de la Defensa Nacional, en el que se rindió el informe solicitado, documento al que, entre otros, se acompañó el diverso número SGB-III-8109, de 18 de mayo de 2007, suscrito por el general de brigada J.M. y el director general de Justicia Militar de la Secretaría de la Defensa Nacional, mediante el cual emitió declaración definitiva de retiro por inutilidad en Segunda Categoría contraída fuera de actos del servicio de A2.

C. Respecto del expediente CNDH/1/2008/1146/Q:

1. Escrito de queja presentado, el 29 de febrero de 2008, ante esta Comisión Nacional, por A3, al que se adjuntaron los siguientes documentos:

a. Oficio 4742, de 24 de enero de 2006, suscrito por el general de división D.E.M., director general de Personal de la Secretaría de la Defensa Nacional, mediante el que se comunicó a A3 el inicio del trámite de retiro.

b. Oficio SGB-I-6161, de 14 de marzo de 2007, suscrito por el general de brigada J.M. y el director general de Justicia Militar de la Secretaría de la Defensa Nacional, mediante el cual emitió declaración provisional de procedencia de retiro de A3 por inutilidad en Primera Categoría, contraída en actos fuera del servicio, la cual adquirió el carácter de resolución definitiva, al no haber sido impugnada por dicha persona.

2. Oficio DH-III-1655, de 11 de abril de 2008, suscrito por el general de brigada J.M. y el director general de Justicia Militar de la Secretaría de la Defensa Nacional, a través de los cuales proporcionó el informe relativo a la queja planteada por A3, al que anexó el siguiente documento el oficio SGB-II-12463, de 7 de abril de 2008, suscrito por el general de brigada J.M. y el director general de Justicia Militar de la Secretaría de la Defensa Nacional, mediante el cual se informa sobre el trámite de retiro de A3.

III. SITUACIÓN JURÍDICA

A través del oficio SGB-II-5063, de 16 de mayo de 2007, suscrito por el general de brigada J.M. y el director general de Justicia Militar de la Secretaría de la Defensa Nacional, se emitió declaración de procedencia definitiva de retiro de A1 por inutilidad en Segunda Categoría contraída, en actos fuera del servicio, con fundamento, entre otros artículos en el 226, Segunda Categoría, fracción 45, de la Ley del Instituto de Seguridad Social de las Fuerzas Armadas Mexicanas.

Asimismo, mediante el oficio SGB-III-8109, de 18 de mayo de 2007, suscrito por el general de brigada J.M. y el director general de Justicia Militar de la Secretaría de la Defensa Nacional, se emitió declaración definitiva de retiro por inutilidad en Segunda Categoría, contraída fuera de actos del servicio a A2 sustentándose, entre otros, numerales en el artículo 226, Segunda Categoría, fracción 45 de la Ley del Instituto de Seguridad Social para las Fuerzas Armadas Mexicanas.

De igual forma, mediante el oficio SGB-I-6161, de 14 de marzo de 2007, suscrito por el general de brigada J.M. y el director general de Justicia Militar de la Secretaría de la Defensa Nacional, se emitió declaración provisional de procedencia de retiro por inutilidad en Primera Categoría, contraída en actos fuera del servicio respecto, a A3, sustentándose en el artículo 226, Primera Categoría, fracción 83 de la Ley del Instituto de Seguridad Social para las Fuerzas Armadas Mexicanas, vigente en la fecha en la que se inició el trámite de retiro correspondiente a dicha persona, la cual adquirió el carácter de resolución definitiva al no haber sido impugnada en su oportunidad.

IV. OBSERVACIONES

Del análisis lógico jurídico al conjunto de las evidencias que integran el expediente de queja 2007/3188/1/Q y sus acumulados 2007/3126/1/Q y CNDH/1/2008/1146/Q, relacionados con los casos de los A1, A2 y A3, respectivamente, esta Comisión Nacional acreditó violaciones a los derechos humanos de igualdad y de no discriminación de que fueron objeto los quejosos por razón de salud, previstos en el artículo 1o., párrafo tercero, en relación con el diverso 4o., párrafo tercero, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que en lo sustancial establecen que *queda prohibida toda discriminación motivada por origen étnico o*

nacional, el género, la edad, las discapacidades, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias, el estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y las libertades de las personas; asimismo, que toda persona tiene derecho a la protección de la salud.

De igual forma, se acreditó violación a los derechos humanos de legalidad y seguridad jurídica previstos en los artículos 14, segundo párrafo, y 16, primer párrafo, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que en su parte relativa determinan que *nadie podrá ser privado de la libertad o de sus propiedades, posesiones o derechos, sino mediante juicio seguido ante los tribunales plenamente establecidos, en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las Leyes expedidas con anterioridad al hecho*; asimismo, que *nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papales o posesiones, sino en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente, que funde y motive la causa legal del procedimiento.*

Lo anterior, en virtud de que por lo que corresponde a A1, mediante el oficio SGB-II-15351 de 4 de julio de 2006, suscrito por el general de brigada J.M. y el director general de Justicia Militar de la Secretaría de la Defensa Nacional, con fundamento, entre otros, en el artículo 226, Segunda Categoría, fracción 45, de La Ley del Instituto de Seguridad Social para las Fuerzas Armadas Mexicanas, se le comunicó la declaración provisional de procedencia de retiro por inutilidad contraída en actos fuera del servicio, y el oficio SGB-II-5063, de 16 de mayo de 2007, suscrito por el general de brigada J.M. y el director general de Justicia Militar de la Secretaría de la Defensa Nacional, se emitió declaración de procedencia definitiva de retiro de A1, por inutilidad en Segunda Categoría contraída en actos fuera del servicio.

Por lo que hace a A2, a través del oficio SAMT-13601, de 17 de junio de 2006, suscrito por general de brigada D.E.M., director general de Infantería de la Secretaría de la Defensa Nacional, con fundamento, entre otros numerales, en el artículo 226, Segunda Categoría, fracción 45, de la Ley del Instituto de Seguridad Social para las Fuerzas Armadas Mexicanas, se le comunicó el inicio del trámite de retiro por inutilidad para el servicio de las armas, y mediante diverso SGB-III-38092, de 26 de octubre de 2006, suscrito por el general de brigada J.M. y el director general de Justicia Militar de la Secretaría de la Defensa Nacional, se emitió declaración

provisional de retiro por inutilidad contraída fuera de actos del servicio a dicha persona; asimismo, mediante el oficio SGB-III-8109, de 18 de mayo de 2007, suscrito por el general de brigada J.M. y el director general de Justicia Militar de la Secretaría de la Defensa Nacional, se le notificó a A2 la declaración definitiva de retiro por inutilidad en Segunda Categoría contraída fuera de actos de servicio.

Respecto de A3, mediante el oficio 4742, de 24 de enero de 2006, suscrito por el general de división D.E.M., director general de Personal de la Secretaría de la Defensa Nacional con fundamento, entre otros numerales, en el artículo 226, fracción 83, de la Ley del Instituto de Seguridad Social para las Fuerzas Armadas Mexicanas, en vigor en dicha fecha se le comunicó el inicio del trámite de retiro por inutilidad, “toda vez que se encuentra inútil en Primera Categoría, fracción 83, por padecer serología positiva para el virus de la inmunodeficiencia humana confirmada con pruebas suplementarias mas infección por gérmenes oportunistas y/o neoplasias malignas además hepatitis B aguda y bicitopenia western blot positivo 10 bandas”; asimismo, mediante el diverso SGB-I-6161, de 14 de marzo de 2007, suscrito por el general de brigada J.M. y el director general de Justicia Militar de la Secretaría de la Defensa Nacional, con fundamento, entre otros preceptos, en el artículo 226, antes mencionado, se le comunicó la declaración provisional de procedencia de retiro por inutilidad contraída en actos fuera del servicio, la cual adquirió el carácter de definitiva al no haber sido impugnada en su oportunidad por A3.

De la información proporcionada por la Secretaría de la Defensa Nacional, se advirtió que los agraviados, fueron sometidos a estudios en los que se determinó que padecían VIH, expidiéndose los certificados médicos correspondientes, mediante los cuales se les diagnosticó seropositividad al virus de la inmunodeficiencia humana; además, se elaboraron dictámenes periciales, concluyendo que derivado de dicho padecimiento, de acuerdo a las tablas previstas en el artículo 226, Segunda Categoría, fracción 45, de la Ley del Instituto de Seguridad Social para las Fuerzas Armadas Mexicanas, en el caso de A1 y A2 y, en el caso de A3, derivado de lo dispuesto en el artículo 226, Primera Categoría, fracción 83, de la Ley del Instituto de Seguridad Social para las Fuerzas Armadas Mexicanas aplicable, tenían inutilidad permanente, motivo por el que esa Secretaría les notificó el inicio y resolución del trámite de retiro por inutilidad contraída en actos ajenos al servicio.

De igual forma, la Secretaría de la Defensa Nacional comunicó a esta Comisión Nacional que el trámite de retiro del servicio activo de las armas no podía ser considerado un acto discriminatorio, ya que se trata de un procedimiento administrativo previsto en el orden jurídico mexicano, de conformidad con los artículos 21, 24, 226, Segunda Categoría, fracción 45, así como el artículo 226, Primera Categoría, fracción 83, de la Ley del Instituto de Seguridad Social para las Fuerzas Armadas Mexicanas, y 5, fracción V, de la Ley Federal para Prevenir y Eliminar la Discriminación.

Al respecto, esta Comisión Nacional considera que las determinaciones de la Secretaría de la Defensa Nacional, en el sentido de emitir Declaración Definitiva de retiro por inutilidad contraída fuera de actos del servicio, respecto de A1, A2 y A3, por padecer VIH, atenta contra los derechos fundamentales de igualdad y de no discriminación por razón de salud de dichas personas, en virtud de que el artículo 226 de la Ley del Instituto de Seguridad Social para las Fuerzas Armadas Mexicanas, fracción 45, de la Segunda Categoría, así como el artículo 226, Primera Categoría, fracción 83, de la Ley del Instituto de Seguridad Social para las Fuerzas Armadas Mexicanas, que se aplicó en el caso de A3, no pueden encontrarse en un plano superior al de la Constitución Federal, ya que esas disposiciones legales deben estar subordinadas al respeto de las garantías de igualdad y de no discriminación, previstas en los artículos 1o, párrafo tercero, y 4o, párrafo tercero, de la Constitución Federal, respectivamente.

En efecto, de acuerdo con el citado artículo 1o. párrafo tercero, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos queda prohibida toda discriminación fundada, entre otras razones, en la salud, de lo que resulta que si bien es cierto el artículo 226, Segunda Categoría, fracción 45, de la Ley del Instituto de Seguridad Social para las Fuerzas Armadas Mexicanas, así como el artículo 226, Primera Categoría, fracción 83, de la Ley del Instituto de Seguridad Social para las Fuerzas Armadas Mexicanas aplicable en el caso de A3, persiguen garantizar la eficacia de las fuerzas armadas, la protección de la integridad de sus miembros y de terceras personas, también lo es que resultan contrarios al marco constitucional que contiene la garantía de igualdad, al determinar que un militar, por el sólo hecho de padecer VIH, es inútil para formar parte del Ejército; medida que, además, redundaría en el aislamiento de esas personas, y se traduce en un acto discriminatorio por razón de salud, aunado a que se les impide continuar recibiendo las prestaciones de seguridad

social que legalmente les corresponden, entre éstas, la atención médica que ante la presencia del padecimiento resulta prioritaria para su control.

Por otra parte, si bien es cierto, la Secretaría de la Defensa Nacional, atendiendo a las facultades que le otorga el artículo 21 de la Ley del Instituto de Seguridad Social para las Fuerzas Armadas Mexicanas, inició el trámite de retiro de los quejosos, al considerar que derivado de los exámenes médicos que se les practicaron, así como los dictámenes periciales que se emitieron, los casos de A1 y A2, se encuentran contemplados en el artículo 226, Segunda Categoría, inciso 45, de la citada Ley, y el caso de A3 previsto en el artículo 226, Primera Categoría, fracción 83, de la Ley del Instituto de Seguridad Social para las Fuerzas Armadas Mexicanas, que le es aplicable, también lo es que el primer precepto legal mencionado fue declarado inconstitucional por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en su sesión privada, de 27 de febrero de 2007, aprobando, el 15 de octubre del citado año, la tesis jurisprudencial 131/2007, que establece:

SEGURIDAD SOCIAL PARA LAS FUERZAS ARMADAS MEXICANAS. EL ARTÍCULO 226, SEGUNDA CATEGORÍA, FRACCIÓN 45, DE LA LEY DEL INSTITUTO RELATIVO, QUE PREVE LA CAUSA LEGAL DE RETIRO POR INUTILIDAD BASADA EN LA SEROPOSITIVIDAD A LOS ANTICUERPOS CONTRA EL VIRUS DE LA INMUNODEFICIENCIA HUMANA (VIH), VIOLA EL ARTÍCULO 1º DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL. El legislador a través de dicha causa legal de retiro, persigue, como finalidad constitucionalmente válida, la eficacia de las fuerzas armadas, así como la protección de la integridad de sus miembros y de terceros; sin embargo, dicha regulación implica una distinción legal entre los integrantes de las Fuerzas Armadas Mexicanas violatoria de las garantías de igualdad y de no discriminación por razón de salud, contenidas en el artículo 1º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que carece de proporcionalidad y razonabilidad jurídica, toda vez que: 1) es inadecuada para alcanzar la finalidad mencionada, porque la ciencia médica, reflejada en distintas directrices nacionales e internacionales, ha demostrado la inexactitud de que quienes porten dichos virus sean –per se– agentes de contagio directo y en consecuencia, individuos ineficaces para desempeñar las funciones requeridas dentro del Ejército; 2) es desproporcional, porque el legislador, para alcanzar el mencionado objetivo, tenía a su disposición alternativas menos gravosas para el militar implicado, considerando que la legislación castrense hace posible su traslado a un área distinta, acorde a las aptitudes físicas que va presentando durante el desarrollo del padecimiento, como

sucede con diversas enfermedades incurables; y, 3) carece de razonabilidad jurídica, en virtud de que no existen bases para justificar la equiparación que ha hecho el legislador del concepto de inutilidad con el de enfermedad o, en este caso, con la seropositividad a los anticuerpos contra el virus de la inmunodeficiencia humana (VIH) pues bajo esa concepción habría múltiples casos en los que la merma en la salud permitiría justificar la separación inmediata del trabajo y la sustracción a los servicios de salud respectivos, sin analizar previamente si los efectos del mal le permiten o no desplegar con solvencia la actividad para la cual hubiera sido contratado, nombrado o reclutado.

No es óbice para llegar a la anterior conclusión el hecho de que el artículo 226, Primera Categoría, fracción 83, de la Ley del Instituto de Seguridad Social para las Fuerzas Armadas Mexicanas, que se invocó en el caso de A3, no haya sido materia de la tesis jurisprudencial 131/2007, pues si bien es cierta esa circunstancia, también lo es que dicho numeral es violatorio de las garantías de igualdad y de no discriminación por razón de salud, contenidas en el artículo 1o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en términos de los argumentos lógicos y jurídicos esgrimidos en dicha tesis jurisprudencial, aplicable por analogía en la especie.

A mayor abundamiento, cabe precisar que el numeral 4 de la Norma Oficial Mexicana NOM-010-SSA1-1993, para la Prevención y Control de la Infección por Virus de la Inmunodeficiencia Humana, señala las formas en las que puede transmitirse ese padecimiento, por lo que en ese sentido, no necesariamente las personas que lo presenten son agentes de contagio o ineficaces para desempeñar las funciones requeridas en el Ejército, ya que pueden transcurrir varios años entre el momento en el que se presenta el padecimiento y el desarrollo del mismo para que la persona pueda continuar realizando sus funciones, incluso en un área en la que sus capacidades físicas le permitan el desarrollo de las actividades que tenga asignadas, y sólo determinar la procedencia de la baja ante la dictaminación de un grado de incapacidad que no le permita continuar ejerciendo las mismas.

Sobre el particular, cabe destacar que los artículos 33, 34 y 35 de la Declaración de Derechos y Humanidad sobre el Virus de la Inmunodeficiencia Humana (VIH), instrumento internacional suscrito por el Ejecutivo Federal y aprobado por el Senado de la República, en términos del artículo 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, establecen como un acto discriminatorio el aislamiento de

las personas que presentan el padecimiento, ya que el virus no puede transmitirse mediante el contacto casual o por vía respiratoria; además, dicho aislamiento resulta contrario a la obligación de los Estados de proteger la salud pública, tal como lo contemplan los artículos 1o., 2o. y 3o. de la Ley Federal para Prevenir y Eliminar la Discriminación, y en ese sentido la normatividad internacional señala que los Estados deberán examinar 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 que padecen VIH.

En ese sentido, se advierte que la actuación de la Secretaría de la Defensa Nacional, respecto al procedimiento de retiro y baja de los agraviados, derivado del padecimiento que adolecen, también conculca la garantía de legalidad y seguridad jurídica previstas en los artículos 14, segundo párrafo y 16, primer párrafo de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, al sustentarse en un precepto legal que fue declarado inconstitucional por el máximo tribunal del país, instancia que consideró que resulta violatorio de las garantías de igualdad y no discriminación por razones de salud, ya que la sola presencia de ese padecimiento o enfermedad no impide necesariamente que un individuo se desempeñe con eficiencia en su entorno laboral, pues dependerá del grado de afectación que presente su salud y el tipo de actividad que realice la que determinará las limitaciones que pueda propiciarle en el desempeño de su trabajo, por lo que el solo hecho de que se porte el virus no puede traducirse en la imposibilidad absoluta de cumplir en forma adecuada la actividad laboral que se tenga encomendada, sin que previo a ello se analice y valore si los efectos del padecimiento que se presenta le impiden o no llevar a cabo la actividad para la cual fue contratado, ya que el diagnóstico positivo de una enfermedad no implica invariablemente su retiro, toda vez que la misma puede no llegar a inutilizarlo para el servicio cuando apenas comienza el padecimiento, o cuando éste ha sido clínicamente controlado de manera oportuna.

En consecuencia, los hechos descritos vulneran el derecho de igualdad y la prohibición de la discriminación que, además, se encuentran consagrados en diversos tratados internacionales firmados y ratificados por México, que constituyen norma vigente en nuestro país, dentro de los que destacan los artículos 12.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles

y Políticos; 3 y 10.1 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que en términos generales se refieren a que todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos, sin distinción alguna, incluida la condición de salud, la cual al no ser respetada constituye una ofensa a la dignidad humana.

Por lo que hace al señalamiento de la Secretaría de la Defensa Nacional, en el sentido de que el trámite de retiro del servicio activo de las armas no puede ser considerado un acto discriminatorio, debe considerarse al respecto, que el pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación ya realizó el pronunciamiento correspondiente en su sesión privada del 27 de febrero de 2007, siendo aprobada la tesis jurisprudencial 131/2007, al estimarse que el artículo 226, Segunda Categoría, fracción 45, de la Ley Instituto de Seguridad Social para las Fuerzas Armadas Mexicanas, conculca la garantía de igualdad prevista en el tercer párrafo del artículo 1o. párrafo tercero de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en el que se establece que queda prohibida toda clase de discriminación motivada, entre otras, por *las condiciones de salud*.

Por otra parte, si bien es cierto que una de las vías previstas en el sistema jurídico mexicano para lograr la reparación del daño derivado de la responsabilidad en que incurrieron los servidores públicos de la Secretaría de la Defensa Nacional consiste en plantear la reclamación ante el órgano jurisdiccional competente, también lo es que el Sistema No Jurisdiccional de Protección de Derechos Humanos, de conformidad con lo establecido en los artículos 113, segundo párrafo, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; 44 de la Ley de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos; 1915 y 1917 del Código Civil Federal, así como 1o. y 2o. de la Ley Federal de Responsabilidad Patrimonial del Estado, prevé la posibilidad de que al acreditarse una violación a los derechos humanos atribuible a un servidor público del Estado, la recomendación que se formule a la dependencia pública debe incluir las medidas que procedan para lograr la efectiva restitución del afectado en sus derechos fundamentales, y las relativas a la reparación de los daños y perjuicios que se hubieran ocasionado; por lo cual, resulta procedente se realice la indemnización conducente en favor de A1, A2 y A3.

Atento a lo anterior, esta Comisión Nacional estima que son ineficaces los argumentos hechos valer por la Secretaría de la Defensa Nacional para colocar en

situación de retiro a los elementos de ese instituto armado por el sólo hecho de padecer VIH, por lo que a fin de que no se presenten otros actos de discriminación como los que fueron analizados, esta Comisión Nacional formula a usted, señor general secretario de la Defensa Nacional, las siguientes:

V. RECOMENDACIONES

PRIMERA. Gire sus instrucciones a efecto de que se repare el daño moral y material ocasionado a A1, A2 y A3 como consecuencia de la responsabilidad institucional en la que se incurrió, en los términos de las consideraciones planteadas en el cuerpo de la presente recomendación, debiéndose informar a esta Comisión Nacional respecto de las acciones realizadas.

SEGUNDA. Se realicen los trámites necesarios, a fin de que se deje sin efectos el procedimiento de retiro a A1, A2 y A3 por parte de esa Secretaría, debiéndose elaborar el dictamen clínico mediante el cual se reporte el grado de avance del padecimiento que presentan dichas personas, practicándoles los exámenes que permitan valorar sus aptitudes físicas y mentales, a fin de resolver sobre su reubicación, de acuerdo al grado y a la especialidad obtenida durante su carrera, además, de que se les continúen proporcionando las prestaciones de seguridad social que les correspondan, en particular, el servicio público de salud.

TERCERA. Se capacite al personal de esa Secretaría para que en la aplicación de las normas jurídicas se observe la interpretación realizada por el máximo tribunal de nuestro país, con la intención de que se logre una eficaz protección de los derechos humanos.

CUARTA. Se adopten las medidas de carácter preventivo, para evitar la repetición de actos de discriminación, como los que dieron origen a la presente recomendación.

La presente recomendación, de acuerdo con lo señalado en el artículo 102, apartado B, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, tiene el carácter de pública y se emite con el propósito fundamental de hacer una declaración respecto de una conducta irregular cometida por servidores públicos en el ejercicio de las

facultades que expresamente les confiere la ley, para que, dentro de sus atribuciones, subsane la irregularidad de que se trate.

De conformidad con el artículo 46, segundo párrafo, de la Ley de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, solicito a usted que la respuesta sobre la aceptación de esta recomendación, en su caso, se informe dentro del término de 15 días hábiles siguientes a esta notificación.

Igualmente, con el mismo fundamento jurídico, solicito a usted que, en su caso, las pruebas correspondientes al cumplimiento de la recomendación que se le dirige se envíen a esta Comisión Nacional dentro de un término de 15 días hábiles siguientes a la fecha en que se haya concluido el plazo para informar sobre la aceptación de la misma.

La falta de presentación de pruebas dará lugar a que se interprete que la presente recomendación no fue aceptada, por lo que la Comisión Nacional de los Derechos Humanos quedará en libertad de hacer pública, precisamente, esa circunstancia.

EL PRESIDENTE

DR. JOSÉ LUIS SOBERANES FERNÁNDEZ