



SÍNTESIS: El 9 de marzo de 2007, esta Comisión Nacional inició la investigación de la queja que presentó A1, en la que manifestó que ostenta el grado de sargento primero panadero, adscrito a la Compañía de Intendencia No Encuadrada, perteneciente a la Dirección General de Intendencia de la Secretaría de la Defensa Nacional, y que el 19 de agosto de 2005 le fue ordenado por sus superiores presentarse en el Hospital Central Militar, donde se le practicaron unas pruebas de detección de VIH, y el día 22 del mes y año citados le fueron practicadas las pruebas confirmatorias, por lo que el 24 de agosto de 2005 se le expidió un certificado médico en el que se determinó su inutilidad para el servicio de las armas al detectarse seropositividad a anticuerpos de inmunodeficiencia.

Asimismo, señaló que mediante el acuerdo 71196, del 26 de agosto de 2005, se ordenó el inicio del trámite por inutilidad, en el que por oficio SGB-II-15348, del 4 de julio de 2006, suscrito por el general de Brigada J. M y Director General de Justicia Militar de la Secretaría de la Defensa Nacional, se emitió declaración provisional de procedencia de retiro por inutilidad contraída en actos fuera del servicio, sustentada en el artículo 226, segunda categoría, fracción 45, de la Ley del Instituto de Seguridad Social para las Fuerzas Armadas Mexicanas, por lo que solicitó la intervención de esta Comisión Nacional ya que se violaron sus Derechos Humanos, aunado a que se infringió la Norma Oficial Mexicana NOM-010-SSA2-1993 Para la Prevención y Control de la Infección por Virus de la Inmunodeficiencia Humana, así como la modificación a ésta, publicadas en el Diario Oficial de la Federación el 17 de enero de 1995 y el 21 de junio de 2000, respectivamente, por la práctica de las pruebas de detección y la violación a sus derechos a la confidencialidad.

Del análisis practicado a las evidencias obtenidas, esta Comisión Nacional acreditó violaciones 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, en virtud de que personal de la Secretaría de la Defensa Nacional no atendió lo dispuesto en la Norma Oficial Mexicana NOM-010-SSA2-1993 Para la Prevención y Control de la Infección por Virus de la Inmunodeficiencia Humana, así como la modificación a ésta, concretamente en lo relativo a que el solo hecho de vivir con VIH no debe ser considerado como causal para la rescisión de un contrato laboral; asimismo, que debe respetarse el derecho a la confidencialidad y que la entrega del resultado del examen correspondiente al paciente debe realizarse en forma individual, o en sobre cerrado al médico tratante, ya que no debe ser entregado a terceras personas; sin embargo, los resultados de A1 se dieron a conocer al comandante de la Compañía de Intendencia No Encuadrada.

Por lo anterior, mediante el oficio 31191, del 20 de septiembre de 2007, esta Comisión Nacional, con fundamento en los artículos 6, fracción VI; 24, fracción III, y 36, de la Ley de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, así como 121 de su Reglamento Interno, formuló a la Secretaría de la Defensa Nacional una propuesta de conciliación para restituir a A1 en el goce de sus Derechos Humanos,

documento que fue aceptado por esa Secretaría mediante el diverso DH-26415/1652, del 11 de octubre de 2007.

En respuesta, a través de los oficios DH-030881/1944 y DH-4825, de los días 18 de marzo y 28 de julio de 2008, la Dirección de Derechos Humanos de la Secretaría de la Defensa Nacional comunicó a esta Comisión Nacional que en el procedimiento administrativo de investigación GJ-11-07, que instauró la Inspección y Contraloría General del Ejército y Fuerza Aérea, determinó que personal del Hospital Central Militar que intervino en el proceso de prueba de laboratorio que se practicó a A1 no incurrió en irregularidad alguna, por lo que no existió responsabilidad administrativa, y respecto de las medidas para restituir al agraviado en el goce de sus Derechos Humanos no se observó que se hubiera asumido alguna acción para prevenir la reparación de actos similares.

Asimismo, se advirtió que la actuación de la Secretaría de la Defensa Nacional, respecto del procedimiento de retiro y baja del agraviado, derivado del padecimiento que adolece, 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; estos derechos también se encuentran consagrados en diversos tratados internacionales firmados y ratificados por México y que 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; asimismo, 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 del quejoso.

Por lo anterior, el 15 de octubre de 2008 este Organismo Nacional emitió la Recomendación 52/2008, dirigida al Secretario de la Defensa Nacional, en la que se le solicitó que gire instrucciones a efecto de que se repare el daño moral ocasionado a A1, 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 comento, debiéndose informar a esta Comisión Nacional desde su inicio hasta su resolución; de igual forma, que se tomen las medidas para que la Secretaría de la Defensa Nacional se abstenga de practicar pruebas de detección de VIH a su personal sin obtener previamente su consentimiento libre, expreso, específico, inequívoco e informado, y respete la confidencialidad; igualmente, que se informe a esta Comisión Nacional de las acciones que se realicen para implementar el cumplimiento de la Norma Oficial Mexicana NOM-010-SSA2-1993 Para la Prevención y Control de la Infección por Virus de la Inmunodeficiencia Humana; de igual manera, que se realicen los trámites necesarios a fin de que se deje sin efectos el procedimiento de retiro que se inició a A1 por parte de esa Secretaría, debiéndose elaborar el dictamen clínico mediante el cual se reporte sus aptitudes físicas y mentales, a fin de resolver sobre su ubicación, de

acuerdo con el grado y a la especialidad obtenida durante su carrera; además, que se le restituyan las prestaciones de seguridad social que le 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 jurisprudencia que contiene 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 52/2008

SOBRE EL CASO DE DISCRIMINACIÓN POR RAZONES DE SALUD

México, D.F., a 15 de octubre 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, 128, 129, 130, 131, 132, 133 y 136 de su Reglamento Interno, ha examinado los elementos contenidos en el expediente 2007/1187/1/Q, relacionado con la queja interpuesta por A1 y visto los siguientes:

I. HECHOS

A. El 9 de marzo de 2007, esta Comisión Nacional inició la investigación a la queja por presuntas violaciones a derechos humanos, que presentó A1, en la que manifestó que ostenta el grado de Sargento 1o. panadero, adscrito a la Compañía de Intendencia no Encuadrada, perteneciente a la Dirección General de Intendencia, de la Secretaría de la Defensa Nacional y que el 19 de agosto de 2005, le fue ordenado por sus superiores presentarse en el Hospital Central Militar donde se le practicó una prueba de detección de VIH y, el 22 del mes y año citados, le fueron practicadas las pruebas confirmatorias, por lo que el 24 de agosto de 2005 se le expidió certificado médico en el que se determinó su inutilidad para el servicio de las armas, al detectarse seropositividad a anticuerpos de inmunodeficiencia.

Que mediante acuerdo 71196, de 26 de agosto del referido año, se ordenó el inicio del trámite por inutilidad, en el que mediante oficio SGB-II-15348 del 4 de julio de 2006, suscrito por el general de brigada J.M. y director general de Justicia Militar de la Secretaría de la Defensa Nacional, se emitió declaración provisional de procedencia de retiro por inutilidad contraída en actos fuera del servicio, sustentada, entre otros numerales, en el artículo 226, Segunda Categoría, fracción 45, de la Ley del Instituto de Seguridad Social para las Fuerzas Armadas Mexicanas, por lo que el quejoso solicitó la intervención de esta Comisión Nacional, ya que se violaron sus derechos humanos, aunado a que se infringió la Norma Oficial Mexicana NOM-010-SSA2-1993, para la Prevención y Control de la Infección por Virus de la Inmunodeficiencia Humana , así como la modificación a ésta, publicadas en el *Diario Oficial de la Federación* el 17 de enero de 1995 y el 21 de junio de 2000, respectivamente, por la práctica de la prueba de detección y la violación a su derecho a la confidencialidad.

B. Al acreditarse la violación a los derechos humanos de A1 mediante oficio 31191 de 20 de septiembre de 2007, con fundamento en los artículos 6, fracción VI; 24, fracción III y 36 de la Ley de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, así como 121 de su Reglamento Interno, se formuló a la Secretaría de la Defensa Nacional una propuesta de conciliación para restituir al quejoso en el goce de sus derechos humanos.

C. Mediante el oficio DH-26415/1652, de 11 de octubre 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, se aceptó en sus términos la citada propuesta de conciliación.

D. A través de los oficios DH-030881/1944 y DH-4825 de 18 de marzo y 28 de julio de 2008, respectivamente, suscritos por el director de Derechos Humanos de la Secretaría de la Defensa Nacional, se informó a este organismo nacional que en el procedimiento administrativo de investigación GJ-11-07, instaurado por la Inspección y Contraloría General del Ejército y Fuerza Aérea, se determinó que el personal perteneciente al Hospital Central Militar que intervino en el proceso de las pruebas de laboratorio que se practicaron a A1 no incurrió en alguna irregularidad, por lo que no existió responsabilidad administrativa por parte de personal de la Secretaría de la Defensa Nacional, en tanto que respecto de la adopción de medidas para restituir al agraviado en el goce de sus derechos humanos no se observó que se hubiese asumido alguna

acción ni para prevenir la repetición de actos similares, y se informó que se “comunicó al C. director general del Hospital Central Militar, que se ratifiquen todas las disposiciones emitidas, en el sentido de que se evite utilizar la frase Amerita Custodia Familiar”.

Es importante señalar que el nombre que se cita en el cuerpo de la presente recomendación está en clave y se adjunta para uso exclusivo de la autoridad recomendada; lo anterior con el propósito de proteger la identidad del agraviado, en términos de lo dispuesto por los artículos 4, de la Ley de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos y 147, de su Reglamento Interno.

II. EVIDENCIAS

En este caso las constituyen:

- 1.** El escrito de queja suscrito por A1 recibido en la Oficialía de Partes de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, al que adjuntó copia del oficio SGB-II-15348 de 4 de julio de 2006, por el que se emitió declaración provisional de procedencia de retiro por inutilidad contraída en actos fuera del servicio, sustentada, entre otras disposiciones, en el artículo 226, Segunda Categoría, fracción 45 de la Ley del Instituto de Seguridad Social para las Fuerzas Armadas Mexicanas.
- 2.** El oficio DH-9730/312, de 5 de abril 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 relacionado con los actos constitutivos de la queja, documento al que, entre otros, se acompañó el diverso 0188 de 31 de marzo del citado año, suscrito por el coronel intendente, comandante, adscrito a la compañía de intendencia no encuadrada.
- 3.** El oficio 31191, de 20 de septiembre de 2007, suscrito por el primer visitador general de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, mediante el cual se formalizó la propuesta de conciliación del caso de A1.
- 4.** El oficio DH-26415/1652 de 11 de octubre 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 se aceptó en sus términos la propuesta de conciliación.

5. El oficio 7436, del 8 de julio de 2008, suscrito por el inspector y contralor, general del ejército y fuerzas armadas., mediante el cual rinde diversa información a esta Comisión Nacional.

6. Los oficios DH-030881/1944 y DH-4825 del 18 de marzo y 28 de julio de 2008, respectivamente, suscritos por el director general de Derechos Humanos de la Secretaría de la Defensa Nacional, mediante los cuales se proporcionaron informes relacionados con las acciones tomadas en torno al cumplimiento de las propuestas.

III. SITUACIÓN JURÍDICA

El quejoso A1 hizo valer ante esta Comisión Nacional que en la Secretaría de la Defensa Nacional, el 19 y 22 de agosto de 2005, se le ordenó se sometiera a exámenes para la detección de VIH, confirmándose la presencia de anticuerpos al VIH, por lo que el 26 del citado mes y año, se acordó su trámite de retiro y mediante oficio SGB-II-15348 de 4 de julio de 2006, suscrito por el general de brigada J.M. y director general de Justicia Militar de la Secretaría de la Defensa Nacional, se emitió declaración provisional de procedencia de retiro por inutilidad contraída en actos fuera del servicio, 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, por lo que consideró se violaron sus derechos humanos, así como la Norma Oficial Mexicana NOM-010-SSA2-1993 y la modificación a ésta, publicadas en el *Diario Oficial de la Federación* el 17 de enero de 1995 y el 21 de junio de 2000, respectivamente, por la realización de dichas pruebas y por la violación a su derecho a la confidencialidad.

IV. OBSERVACIONES

A. Del análisis de las evidencias que integran el expediente de queja 2007/1187/1/Q, relacionado con el caso de A1, esta Comisión Nacional acreditó violaciones 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 previamente 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, papeles 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 como se ha manifestado, en el trámite del expediente de queja, se advirtió la violación a los derechos fundamentales antes precisados, ya que personal de la Secretaría de la Defensa Nacional no atendió lo dispuesto en la Norma Oficial Mexicana NOM-010-SSA2-1993, para la Prevención y Control de la Infección por Virus de la Inmunodeficiencia Humana , así como la modificación a ésta, concretamente, en lo relativo a que el sólo hecho de vivir con VIH no debe ser considerado como causal para la rescisión de un contrato laboral; asimismo, con la seguridad de que se respetará el derecho a la confidencialidad y la entrega del resultado del examen correspondiente al paciente, debe realizarse en forma individual, por personal capacitado o, en su defecto, se debe enviar en sobre cerrado al médico tratante que lo solicitó, además no deben informarse resultados positivos o negativos a otras personas, sin la autorización expresa del paciente, a que se refieren los puntos 6.3.4, 6.3.5 y 6.4, de la citada Norma Oficial Mexicana y su modificación; no obstante ello, los resultados de la presencia de anticuerpos al VIH del quejoso se dieron a conocer al comandante de la Compañía de Intendencia No Encuadrada, sin que para ello el titular de la información hubiera dado su autorización, por lo que en el presente caso se vulneró su derecho humano a la confidencialidad; de igual forma, se acordó el inicio del trámite de retiro y mediante oficio SGB-II-15348 del 4 de julio de 2006, suscrito por el general de brigada J.M. y director general de Justicia Militar de la Secretaría de la Defensa Nacional, se emitió declaración provisional de procedencia de retiro por inutilidad contraída en actos fuera del servicio.

Ahora bien, aun cuando la Inspección y Contraloría General del Ejército y Fuerza Aérea, inició la investigación administrativa número GJ-11-07 por los hechos, la misma se concluyó determinando que no existieron anomalías en el procedimiento de detección de VIH respecto de A1, ni fuga de información, lo cual llama la atención de esta Comisión Nacional, máxime que tal y como se desprende de los informes proporcionados se omitió tomar en cuenta que no se atendió a lo dispuesto en la Norma

Oficial Mexicana NOM-010-SSA2-1993 para la Prevención y Control de la Infección por Virus de la Inmunodeficiencia Humana , así como la modificación a ésta, ya que los resultados sobre la presencia de anticuerpos al VIH de A1, se dieron a conocer a otras personas, sin la autorización de éste, como lo fue al comandante de la Compañía de Intendencia No Encuadrada, lo que se corroboró con el informe que dicho comandante rindió sobre los hechos, en el que precisó “que los resultados de los análisis practicados a todo el personal fueron dados a conocer oficialmente por la Dirección General de Sanidad”. Sin embargo, la Unidad de Inspección y Contraloría del Ejército y Fuerza Aérea no realizó diligencias o acciones tendentes a investigar y determinar la responsabilidad en que se incurrió en el incumplimiento de la citada Norma y su modificación, con motivo del procedimiento de retiro y por el manejo de la información relativa a la presencia de anticuerpos al VIH de A1.

De igual manera, tal y como se desprende del oficio 0188 de 31 de marzo de 2007, suscrito por el coronel intendente, comandante, se precisó, que “en mensaje C.E.I. No. 6627 fecha 17 de ago. 2005, que recibió la orden girada por el Estado Mayor de la Defensa Nacional S-1(R.H.), para que con fundamento en los artículos 24 y 183 de la Ley del Instituto de Seguridad Social para las Fuerzas Armadas Mexicanas, la totalidad del personal perteneciente a esta Compañía de Intendencia No Encuadrada, se presentara entre las 08:00 y las 13:00 de los días 18 y 19 de agosto de 2005, en el Hospital Central Militar, con el fin de que se le practicara una valoración médica por especialistas de dicho nosocomio”, lo cual se robustece con el oficio 7436 del 8 de julio de 2008, suscrito por el inspector y contralor general del ejército y fuerzas armadas en el refirió “que las actividades que realizó el citado jefe fue en cumplimiento a las órdenes que recibió del E.M.D.N S-1(R.H.) para la practica de las pruebas de detección de sida a todo el personal de la citada compañía, sin particularizar respecto A1.”

Ahora bien, por otra parte, también se observó que en el documento que fue remitido a esta Comisión Nacional, por personal de la Dirección General de Justicia Militar, sección Derechos Humanos, a través del oficio DH-9730/312 de fecha 5 de abril de 2007, si bien aparece un documento denominado “consentimiento válidamente informado” el contenido del mismo no es suficiente para tener por satisfechos los extremos previstos en el punto 6.3.5 de la Norma Oficial Mexicana NOM-010-SSA2-1993 para la Prevención y Control de la Infección por Virus de la Inmunodeficiencia Humana , en la cual se establece que toda detección del VIH se registrará por los criterios de consentimiento informado y confidencialidad; esto es, “que quien se somete a

análisis deberá hacerlo con conocimiento suficiente, en forma voluntaria, con firma de autorización o, en su caso, huella dactilar, y estará seguro de que se respetará su derecho a la confidencialidad del expediente”, y en el caso en estudio resulta importante señalar que de la lectura del propio documento no se observa que exista una información clara respecto a las pruebas a realizar, así como sus alcances, con lo que no puede afirmarse que existió un consentimiento informado por parte de A1, quien en su escrito de queja refiere haber recibido la orden de suscribir dicho documento.

En este orden de ideas, cabe precisar que si bien es cierto que en el procedimiento administrativo GJ-11-07, que inició la Inspección y Contraloría General del Ejército y Fuerza Aérea en contra de los servidores públicos de la Secretaría de la Defensa Nacional, se determinó que no se detectaron irregularidades de carácter administrativo, ello no impide señalar que del análisis del denominado “documento de consentimiento válidamente informado” no se desprende que se haya mencionado de manera expresa e inequívoca que se trataba de un examen para la detección del VIH, por lo que las irregularidades quedan evidenciadas para esta Comisión Nacional de los Derechos Humanos, y se destaca tal circunstancia en atención a su lucha constante contra la impunidad de las conductas de los servidores públicos que por acción u omisión transgreden los derechos humanos de las personas, en lo particular, de legalidad y seguridad jurídica que prevén los artículos 14, párrafo segundo, y 16, párrafo primero, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en los cuales se establece que las autoridades no pueden proceder de manera arbitraria o abusiva, ya que están obligadas a respetar la Constitución y las leyes, así como actuar conforme a las mismas.

Ahora bien, para esta Comisión Nacional es fundamental la adopción de medidas para evitar la repetición de actos similares, así como para lograr la restitución de los derechos humanos vulnerados con acciones completas y suficientes, a través de la expedición de lineamientos claros respecto a las pruebas de detección de VIH de conformidad con la Norma Oficial Mexicana NOM-010-SSA2-1993, así como la actualización o sustitución de la hoja denominada “consentimiento válidamente informado”, que permita advertir la existencia de una explicación clara e inequívoca de los estudios a realizar y los objetivos que persiguen estos.

Atento a lo anterior, es posible afirmar que de las constancias que obran en el expediente de esta Comisión Nacional no se observa ninguna acción tendente a dejar

sin efecto el procedimiento de retiro que se inició a A1 por parte de esa Secretaría, a fin de resolver sobre su ubicación, de acuerdo al grado y a la especialidad obtenida durante su carrera; y además de que se le continúen proporcionando las prestaciones de seguridad social que le correspondan, en particular, el servicio público de salud.

B. Por otra parte, del análisis de las evidencias del expediente de queja de A1, esta Comisión Nacional, también acreditó violaciones a los derechos humanos de igualdad y de no discriminación de que fue objeto el quejoso 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.*

Lo anterior, en virtud de que a través del oficio SGB-III-15348, de 4 de julio de 2006, suscrito por el general de brigada J.M. y 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 A1, 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.

De la información proporcionada por la Secretaría de la Defensa Nacional se advirtió que el agraviado, el 19 y 22 de agosto de 2005, fue sometido a estudios en los que se determinó que padecía VIH, expidiéndose el certificado médico correspondiente mediante el cual se le diagnosticó seropositividad al virus de la Inmunodeficiencia Humana; además, se elaboró el dictamen pericial respectivo, concluyendo que derivado de la seropositividad a los anticuerpos contra virus de la inmunodeficiencia humana, 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 tenía inutilidad permanente, motivo por el que esa Secretaría le notificó la declaración provisional de procedencia de retiro por inutilidad contraída en actos fuera del servicio.

Al respecto, esta Comisión Nacional considera que la determinación de la Secretaría de la Defensa Nacional, en el sentido de emitir declaración provisional de procedencia de retiro por inutilidad contraída en actos fuera del servicio, respecto de A1, por la seropositividad a los anticuerpos contra los virus de la inmunodeficiencia humana, con fundamento el artículo 226 de la Ley del Instituto de Seguridad Social para las Fuerzas Armadas Mexicanas, fracción 45 de la Segunda Categoría que se encuentra en conflicto respecto de otra norma de igual jerarquía y ámbito de aplicación, como lo es la Norma Oficial Mexicana NOM-010-SSA2-1993, para la Prevención y Control de la Infección por Virus de la Inmunodeficiencia Humana y su modificación, ya que atenta contra los derechos fundamentales de igualdad y de no discriminación.

No obstante lo anterior, y que a partir de la interpretación que hizo la Suprema Corte de Justicia de la Nación, esa disposición legal debe estar subordinada 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, no sólo se ha mantenido en vigor, sino también se ha sostenido su aplicación.

En efecto, de acuerdo con el citado artículo 1o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, queda prohibida toda discriminación fundada, entre otras razones, en las condiciones de 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 persigue garantizar la eficacia de las fuerzas armadas, la protección de la integridad de sus miembros y de terceras personas, también lo es que resulta contrario al marco constitucional que contiene la garantía de igualdad, al determinar que un militar, por el sólo hecho de mostrar la seropositividad a los anticuerpos contra los virus de la inmunodeficiencia humana, en razón de que no se actualiza de manera inmediata la imposibilidad para el desempeño de las obligaciones militares y formar parte del Ejército; además, esa medida redundante 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 otras, 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 del quejoso al considerar que

derivado de los exámenes médicos que se le practicaron, así como el dictamen pericial que se emitió, el caso de A1, se encuentra contemplado en el artículo 226, Segunda Categoría, inciso 45, de la citada Ley, también lo es que dicho precepto legal, 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 1° 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 1° 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, por que 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.

A mayor abundamiento, cabe precisar que el numeral 4 de la Norma Oficial Mexicana NOM-010-SSA2-1993, 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 viven con VIH.

Asimismo, se advierte que la actuación de la Secretaría de la Defensa Nacional, al observar una disposición violatoria de las garantías de igualdad y de no discriminación por razón de salud, y fundar y motivar el procedimiento de retiro del agraviado, derivado de su condición serológica, también conculca los derechos 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 los derechos de igualdad y no discriminación por razones de salud, ya que la sola presencia de anticuerpos al VIH no impide necesariamente que un individuo se desempeñe con eficiencia en su entorno laboral, ya

que 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 sólo hecho de que se porte el virus no puede traducirse en la imposibilidad absoluta de cumplir en forma adecuada las obligaciones militares que tenga encomendadas, 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 fueron contratados, 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, y 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 no se violan los derechos humanos del quejoso, 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. 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.

Atento a lo anterior, esta Comisión Nacional estima que son inconducentes los argumentos hechos valer por la Secretaría de la Defensa Nacional, para colocar en situación de retiro a elementos de ese Instituto Armado por el solo hecho de vivir con VIH, por lo que a fin de que no se presenten otros actos de discriminación como el que fue analizado 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 ocasionado a A1, 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 desde su inicio hasta su resolución.

SEGUNDA. Se tomen las medidas necesarias para que la Secretaría de la Defensa Nacional se abstenga de practicar las pruebas de detección de VIH a su personal sin obtener previamente su consentimiento libre, expreso, específico, inequívoco, e informado y respete la confidencialidad; esto es, que quien se someta a análisis deberá hacerlo con conocimiento suficiente, en forma voluntaria y estar seguro que se respetara su derecho a la confidencialidad del expediente.

TERCERA. Se informe a esta Comisión Nacional de las acciones que se realicen para implementar el cumplimiento de la Modificación a la Norma Oficial Mexicana Para la Prevención y Control de la Infección por Virus de la Inmunodeficiencia Humana NOM-010-SSA2-1993.

CUARTA. Se realicen los trámites necesarios, a fin de que se deje sin efectos el procedimiento de retiro que se inició a A1 por parte de esa Secretaría, debiéndose elaborar el dictamen clínico mediante el cual se reporte sus aptitudes físicas y mentales, a fin de resolver sobre su ubicación, de acuerdo al grado y a la especialidad obtenida durante su carrera; además, se le restituyan las prestaciones de seguridad social que le correspondan, en particular el servicio público de salud.

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

SEXTA. 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