

# Los casos de militares con VIH: el impacto del conocimiento médico en el análisis constitucional sobre discriminación

Francisca Pou Giménez\*

Departamento de Derecho, Instituto Tecnológico Autónomo de México (ITAM), México, D.F.

## Resumen

*La Suprema Corte de México resolvió en 2007 varios amparos relativos a militares expulsados de las Fuerzas Armadas por ser portadores de VIH. La autora identifica las principales cuestiones bajo discusión y los argumentos centrales de la Corte y enfatiza tres razones por las cuales estos amparos merecen ser destacados: en sentido positivo, por reforzar el uso del principio de proporcionalidad como herramienta para identificar normas discriminatorias y por abrir las puertas al uso de conocimiento científico especializado en la corte; en sentido negativo, por la ausencia de argumentos basados en la eficacia normativa directa del derecho a la salud.*

**PALABRAS CLAVE:** VIH. Amparo. Discriminación. Fuerzas Armadas Mexicanas. Principio de proporcionalidad. Derecho a la salud. Uso judicial del conocimiento científico. Suprema Corte de Justicia de la Nación.

## Abstract

*In 2007 the Mexican Supreme Court issued several opinions dealing with military personnel dismissed from the Army because of their being HIV-positive. The author describes the main questions under discussion and the core arguments developed by the Court, and stresses three reasons why these cases deserve close attention: positively, because they reinforced the use of the proportionality principle as a tool for identifying discriminatory norms and because they opened the door to the use of specialized scientific knowledge in constitutional adjudication; negatively, because they failed to build on the direct normative efficacy of the right to health.*

**KEY WORDS:** VIH. Amparo. Discrimination. Mexican Army. Principle of proportionality. Right to health. Judicial use of scientific knowledge. Mexican Supreme Court

## Introducción

La Suprema Corte mexicana resolvió, a principios del año 2007, una serie de amparos interpuestos por militares portadores del VIH<sup>1</sup>.

Los quejoso habían denunciado ante la justicia federal la inconstitucionalidad de la Ley del Instituto para la Seguridad Social de las Fuerzas Armadas Mexicanas

(LISSFAM) porque al abrigo de sus artículos fueron sometidos obligatoriamente a pruebas de detección del VIH y, posteriormente –comprobada su seropositividad–, expulsados del activo de las Fuerzas Armadas (FFAA). Además, como no contaban con 20 años de servicio, no se les había reconocido el derecho a percibir una pensión ni, en muchos casos, a recibir una indemnización económica. La expulsión había supuesto, igualmente, la pérdida de su derecho a recibir atención sanitaria y farmacológica en las instalaciones del Instituto para la Seguridad Social de las Fuerzas Armadas Mexicanas (ISSFAM).

La discusión de estos asuntos en la Corte –prolongada e intensa– evidenció las muy distintas perspectivas con que los juzgadores se acercaban a las

### Correspondencia:

\*Francisca Pou Giménez

Departamento de Derecho

Instituto Tecnológico Autónomo de México (ITAM)

Río Hondo, 1

Col. Progreso Tizapán. C.P. 01080, México, D.F.

E-mail: francisca.pou@itam.mx

Fecha de recepción en versión modificada: 04-11-2011

Fecha de aceptación: 07-11-2011

cuestiones sociales y jurídicas involucradas, y desembocó en un cambio argumental muy acusado: mientras que los borradores de discusión negaban el amparo (o lo concedían sólo por vicios menores, que no impedían a las FFAA reiniciar los procedimientos de expulsión), las sentencias finales lo otorgaron por motivos de constitucionalidad, esto es: por considerar que las previsiones legales aplicadas a los militares violaban los derechos fundamentales garantizados por la Constitución; ello les aseguraba la readmisión y la continuidad de sus prestaciones médicas y laborales.

El propósito de este comentario es proveer una breve descripción de los asuntos que clarifique su trasfondo general, y apuntar, muy concisamente, tres aspectos que me parecen indudablemente destacables del análisis desplegado para su resolución: el uso del principio de proporcionalidad como herramienta para determinar en qué condiciones puede una norma legal reputarse discriminatoria, el uso por parte de los jueces de elementos de juicio aportados por médicos especialistas, y, por último –y en contraste con la celebración que merecen los dos puntos anteriores–, la ausencia de criterios de enjuiciamiento que apelean a la fuerza normativa directa del derecho a la salud.

Los casos de militares con VIH son muy importantes para la comunidad jurídica, porque reforzaron las herramientas analíticas con que cuentan los tribunales para invalidar normas basadas en prejuicios. Su conocimiento y análisis por parte de la comunidad médica también lo es, en tanto permite detectar por qué la incorporación del conocimiento médico al razonamiento jurídico puede resultar crucial para la preservación de marcos de convivencia respetuosos con los derechos de todos.

## La anatomía de los casos

Aunque algunos amparos analizaban la LISSFAM de 1976 y otros la de 2003, ello no altera la discusión de fondo<sup>2</sup>, protagonizada en todos los casos por dos grandes temas: por un lado, el de los supuestos que la ley identifica como causa justificada de expulsión/retiro de un militar de las FFAA y, por el otro, el régimen de seguridad social aplicable a los militares. Pero si sobre este último punto en casi todos los amparos se alegaba esencialmente lo mismo –que el régimen de seguridad social era discriminatorio y violaba el derecho a la salud, comparado con el del Instituto Mexicano del Seguro Social (IMSS) y el del Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado (ISSSTE) en las mismas situaciones–, los

argumentos articulados en torno al primer punto variaban un poco más en las distintas demandas.

### ***El VIH como causa de retiro de las Fuerzas Armadas***

La LISSFAM distingue entre estar en el activo de las FFAA, estar en situación de retiro y causar baja de las mismas. El artículo impugnado en los amparos consideraba causal de retiro el «quedar inutilizado» por actos fuera de servicio<sup>3</sup>, previsión que debe leerse en conexión con un listado de enfermedades que la ley incluye en su parte final, clasificadas en cuatro categorías de decreciente gravedad, según justifiquen retiro o solamente un cambio de funciones y responsabilidades dentro de la estructura militar. La ley de 2003 consideraba causa de retiro por inutilidad en la segunda categoría (art. 226.45) «la seropositividad a los anticuerpos contra los VIH confirmada con pruebas suplementarias», mientras que la de 1976 incluía entre las causas de retiro por inutilidad de la primera categoría «la susceptibilidad a infecciones recurrentes por estados de inmunodeficiencia celular o humoral no susceptible de tratamiento» (fracción 117, 1.<sup>a</sup> categoría)<sup>4</sup>.

El argumento central en la mayoría de las demandas denunciaba la violación a los derechos de audiencia previa, legalidad y seguridad jurídica (arts. 14 y 16 de la Constitución)<sup>5</sup>. Según se apuntaba, la LISSFAM no define qué hay que entender por «quedarse inutilizado», lo cual dejaba en indefensión a los quejoso y permitía expulsarlos de las FFAA por estar en una situación –portación de VIH– que en realidad no los inutilizaba para el desarrollo de sus funciones. En el caso de la ley de 1976 se denunciaba que la norma considerara «inutilidad» una situación no asimilable al VIH, y prácticamente todas las demandas se referían de algún modo a la existencia de una diferenciación injustificada entre seropositivos y el resto de militares<sup>6</sup>.

Tras considerar infundados los argumentos sobre derecho de audiencia, legalidad y seguridad jurídica<sup>7</sup>, la Corte destacó que el planteamiento central era el que denunciaba lo discriminatorio de un régimen legal que permitía expulsar de las FFAA a personas por el simple hecho de ser portadoras del VIH. El debate se centró así en analizar si existía en el caso una violación al principio de igualdad y no discriminación por motivos de salud (art. 1.<sup>º</sup> de la Constitución), lo cual obligaba a determinar si la ley establecía una diferenciación injustificada entre los portadores de VIH y otros militares y a evaluar los problemas de arbitrariedad propiciados por las normas examinadas<sup>8</sup>.

La Corte concluyó que las normas eran discriminatorias. Aun reconociendo la especial posición de las FFAA en el contexto constitucional, la existencia de un «régimen de excepción» ligado a la importancia de su eficacia para la sociedad, así como los mayores límites que los militares, vinculados al Estado por «relaciones de sujeción especial», pueden tener el deber de soportar<sup>9</sup>, la Corte destacó que ello no las pone por fuera o por encima de la Constitución, y que la regla que prohíbe la discriminación por motivos de salud beneficia a los militares como al resto de los ciudadanos. Lo que debía determinarse, por lo tanto, era hasta qué punto el legislador estaba autorizado a establecer diferenciaciones por motivos de salud en la legislación castrense a los efectos de garantizar la eficacia de las FFAA y la protección de la integridad de sus miembros y de terceras personas<sup>10</sup>, recurriendo a nociones como «contenido esencial» y «proporcionalidad» y «razonabilidad» jurídicas, como herramientas analíticas ampliamente usadas en el derecho comparado que permiten al juez constitucional determinar si el legislador desconoce por completo un derecho individual –en lugar de sólo regularlo o modalizarlo– y si ha armonizado correctamente los intereses y bienes que el derecho protege con aquellos con los que entra en conflicto en un caso concreto<sup>11</sup>. La Corte destaca que el legislador puede limitar los derechos individuales siempre que no lo haga de modo arbitrario y respete una relación de proporcionalidad entre los medios usados y los fines que pretende alcanzar, lo cual exige examinar si la norma limitadora de derechos: a) persigue una finalidad constitucionalmente legítima; b) es adecuada (constituye un medio instrumentalmente apto para alcanzar dicha finalidad); c) es necesaria (alcanzando la finalidad sin imponer cargas innecesarias desde la perspectiva del derecho afectado), y d) es razonable o proporcional en sentido estricto (si la intensidad del límite impuesto al derecho individual viene compensado por el peso de las razones constitucionales en las que se apoya dicha intervención<sup>12</sup>.

¿Superaban los artículos impugnados las anteriores exigencias? La Corte estimó que no. Aunque una norma que autorice el retiro por seropositividad al VIH, destacó, pueda relacionarse con finalidades constitucionalmente válidas (garantizar la eficacia de las FFAA y proteger la integridad de sus miembros o terceros)<sup>13</sup>, la diferenciación legal entre seropositivos y no seropositivos debía reputarse inadecuada para alcanzarlas, porque bajo ningún criterio, médica o científicamente fundado, puede afirmarse que el simple hecho de ser VIH positivo afecte a la capacidad de una persona

para desempeñar un trabajo en las FFAA. La Corte apeló a la información allegada al juicio por los miembros del tribunal, reflejada también en una gran cantidad de normas nacionales e internacionales en materia de VIH/síndrome de inmunodeficiencia adquirida (SIDA), y destacó que la infección por VIH origina un proceso gradual cuyo impacto en la condición física del afectado puede ser inexistente durante años, después muy variable y, en todo caso, dependiente de la recepción o no recepción del tratamiento adecuado. Si el objetivo de la ley, destacó, es tener en el activo a militares capaces para desempeñar sus funciones, la equiparación automática de la seropositividad a una condición de «inutilidad», de disminución de las capacidades necesarias para ello, se erige en una medida arbitraria, inadecuada, totalmente desvinculada de sus teóricos objetivos<sup>14</sup>. Tampoco se daba la relación de adecuación instrumental respecto del objetivo de proteger a militares y terceros frente al riesgo de contagio, destacó la Corte, dada la no transmisión del virus por vía respiratoria o casual, así como de la posibilidad de combinar en las FFAA vías preventivoeducativas con otras posdiagnóstico sin afectar a los derechos de los implicados<sup>15</sup>.

Finalmente, la Corte estimó que la diferenciación legal combatida era abiertamente desproporcional<sup>16</sup>, habida cuenta de la existencia de claras alternativas menos gravosas para los involucrados, como su traslado a otras áreas, y dedicó parte de su argumento final a destacar la irrazonabilidad global de un sistema que distorsiona la noción de inutilidad y que, a diferencia de lo que sucede en el ámbito laboral ordinario, donde se atiende a la alteración real de la salud y a su impacto probado en el desempeño del trabajo, los expulsa en automático, negándoles el apoyo sanitario que les permitiría realizar su labor normal en el activo, asilándolos socialmente y faltando a la responsabilidad estatal de contribuir a la formación de una cultura de la no discriminación<sup>17</sup>.

La misma información médica que sustentó las conclusiones anteriores, inicialmente proyectadas sobre la LISSFAM vigente, permitieron a la Corte amparar por simples razones de legalidad (esto es, por incorrecta aplicación de la ley al caso concreto) en los casos de militares expulsados bajo la ley de 1976, pues claramente no podía sostenerse que los quejoso tuvieran algo equiparable a «estados de inmunodeficiencia celular o humoral [...] no susceptible de tratamiento». Y, concedido un amparo que, por lo pronto, tenía un efecto de readmisión<sup>18</sup>, en todos los casos en que se había impugnado el retiro ya no fue necesario analizar

los argumentos centrados en la vulneración de los derechos a la seguridad social en salud y en prestaciones económicas.

## Seguridad social en salud y en prestaciones económicas

En los asuntos que cuestionaba solamente la constitucionalidad del régimen de asistencia sanitaria y de prestaciones económicas de seguridad social, el desenlace fue muy distinto. La Corte concluyó que, en los aspectos referidos, la ley no era constitucionalmente objetable.

La LISSFAM, tanto la anterior como la vigente, establece que los militares que pasan a retiro tienen derecho a un «haber de retiro» (una pensión mensual) si cuentan con 20 años de servicio; si llevan entre 5-20 tienen derecho sólo a una compensación (un pago único indemnizatorio), y si no alcanzan los 5 no tienen derecho a percepción alguna. En cuanto a las prestaciones sanitarias, se establece que los únicos con derecho a recibir tratamiento y medicinas son los militares con haber de retiro –como hemos visto, los que han estado al menos 20 años en la institución previamente al retiro<sup>19</sup>. Este esquema ponía en dificultades muy significativas a los quejoso. La mayoría eran personas jóvenes que, por supuesto, no tenían 20 años de servicio y que, por tanto, eran expulsados de las FFAA sin que se les reconociera derecho económico alguno y, sobre todo, sin derecho a seguir recibiendo la terapia anti-retroviral que tan importante resulta para las personas seropositivas. En sus demandas, alegaban que el sistema prestacional del ISSFAM los discrimina respecto a los otros servidores públicos, porque en los sistemas del IMSS y del ISSSTE se exigen bastantes menos años para poder reclamar las mismas prestaciones (15 en el ISSSTE y entre 2.8-4.8 en el IMSS).

Sin embargo, la mayoría del Pleno no consideró inconstitucional el régimen del ISSFAM. Aunque las sentencias son escuetas en relación con este punto, los ministros tomaron como argumento central que las diferencias son razonables porque en el IMSS y el ISSSTE hay aportaciones económicas tanto del empleador como de los trabajadores afiliados, mientras que el sistema del ISSFAM se nutre exclusivamente de aportaciones del Estado-empleador. Las sentencias subrayan que las diferencias en la «generosidad» de los sistemas de seguridad social son legítimas, porque en el ámbito de la regulación socioeconómica había que reconocer un cierto margen de libertad al legislador, y porque los no derechohabientes de los institutos de

seguridad social no ven vulnerado necesariamente su derecho a la salud porque pueden acudir a la medicina privada o al Sistema de Protección Social en Salud<sup>20</sup>.

## El uso del principio de proporcionalidad

El primer motivo por el cual los amparos de VIH deben ser destacados es porque su discusión legitimó definitivamente el uso del principio de proporcionalidad como herramienta analítica de uso ordinario en la Corte.

Desde 2004 la Primera Sala venía aplicando en algunos casos un escrutinio de igualdad basado en una versión del principio de proporcionalidad de tres pasos, aplicado en intensidades diferenciadas, en cuyo contexto una diferenciación legal se considera no discriminatoria si queda justificado que persigue un fin constitucionalmente válido, si los medios son adecuados o racionales (esto es, instrumentalmente aptos) a la luz de ese objetivo, y si son proporcionales en sentido estricto (en la medida en que tratan de alcanzar los mencionados objetivos legítimos sin incurrir en un sacrificio innecesario o desmedido de otros intereses y derechos constitucionalmente protegidos)<sup>21</sup>. La Segunda Sala apenas estaba a principios de 2007 explorando el uso de un esquema similar en casos fiscales<sup>22</sup>, y en el Pleno, donde había precedentes aislados, se habían tenido discusiones abiertas acerca de la legitimidad de usar este tipo de análisis –incluso se había sugerido la posibilidad de denunciar la contradicción de criterios entre las salas por ese motivo–.

En los casos de VIH, el Pleno respaldó finalmente esta aproximación metodológica al control de constitucionalidad en materia de igualdad, y éste es sin duda un desarrollo que hay que celebrar. Como evidencia una mirada a la doctrina y a la jurisprudencia constitucional comparada, uno de los rasgos más destacables de nuestro momento histórico es el uso generalizado por parte de los tribunales constitucionales del mundo del principio de proporcionalidad, tanto en casos relativos a derechos civiles y políticos clásicos como en los que involucran derechos sociales, con relativa independencia de la preferencia de los mismos por una u otra teoría constitucional específica<sup>23</sup>. En México, el desarrollo progresivo de esta aproximación al control de constitucionalidad de las leyes puede contribuir a transformar tanto el análisis tradicional de la Corte en materia de igualdad como en materia de límites de derechos. La tesis tradicional sobre igualdad sólo exigía el tratamiento igual de aquellas situaciones encuadradas en un mismo supuesto jurídico, reduciendo de este modo la «igualdad en la ley» a la simple

«igualdad en la aplicación de la ley» y permitiendo dejar intocadas prácticamente todas las diferencias establecidas por el legislador. La tesis tradicional sobre límites de derechos era funcionalmente similar –al menos en el caso de derechos poco litigados– y desembocaba en un sistema de deferencia generalizada que ahora la Corte, bajo una estructura analítica que le obliga a dar argumentos mucho más sustantivos, puede por fin revisar.

Sin embargo, fueron muchas las cuestiones que, como ayudaron a transparentar los casos mismos, quedaban todavía pendientes de ser decantadas. Entre otras cuestiones y más allá de la necesidad de unificar los esquemas de análisis usados en Pleno y en Sala (y en particular determinar si en México usaremos el estándar de la «necesidad», entendido como uso de los medios menos invasivos), quedó clara la necesidad de debatir si se generalizará o no la aplicación del escrutinio de diferentes intensidades usado por la Primera Sala, y si la Corte debe prestarse a evaluar reclamos de discriminación en todos los casos en que se alegue vulneración al artículo 1.<sup>º</sup> de la Constitución o sólo cuando la distinción legislativa afecte a un conjunto acotado de derechos e intereses. En los casos que comentamos se amparó por discriminación por motivos de salud sobre la base única de la enumeración específica de criterios plasmada en el artículo 1.<sup>º</sup>, sin conceder relevancia a la entidad del interés subyacente afectado por esa «mala repartición» legislativa (que en este caso era el derecho a desempeñar un trabajo). Sin embargo, hay razones para pensar que, en la medida en que el análisis de igualdad se vaya sustantivizando progresivamente, esta operación complementaria está llamada a adquirir una relevancia creciente.

## **El uso de elementos de juicio aportados por especialistas**

La segunda razón por la cual los amparos de VIH son destacables es que su discusión legitimó el recurso a la información científica y a las opiniones de personas especialistas en los juicios sobre constitucionalidad de normas. En el debate tuvo una importancia determinante el uso de un cuestionario remitido por el ministro J.R. Cossío a la Academia Mexicana de Ciencias, que fue contestado por dos investigadores especializados en VIH. La información sobre los orígenes y la evolución del VIH, sus diferencias con el SIDA, la descripción de escaso o nulo impacto de la seropositividad en el desarrollo de actividades cotidianas o la

descripción de los tratamientos existentes y su costo promedio fueron factores esenciales para poder alcanzar la conclusión según la cual las normas impugnadas eran irrazonables, porque permitían incluir dentro de la categoría de «inutilidad» a personas tan «útiles» para el desempeño de sus funciones como los no seropositivos.

El Pleno se sumergió en una larga discusión –de la que se hace eco el voto concurrente del ministro J.R. Cossío– acerca del modo en que la opinión de los especialistas puede integrarse a la discusión jurídica ante la Corte. Algunos ministros defendieron que los conocimientos especializados pueden llegar a una corte de justicia solamente a través de pruebas periciales aportadas por las partes, o en su caso acordadas de oficio por los juzgadores a través de la figura de las «diligencias para mejor proveer». En cualquiera de los dos casos, se apuntaba, se trataría de opciones disponibles en la etapa de integración del expediente, no en la etapa de resolución del mismo. El debate permitió que prevalecieran las tesis del ministro J.R. Cossío, quien destacó que, en el caso, los conocimientos especializados no eran necesarios para despejar problemas relacionados con hechos –con las premisas fácticas del razonamiento– sino para desarrollar un juicio de constitucionalidad en el que tanto la premisa mayor como la menor estaban integradas por normas que hacían referencia a ámbitos de la realidad respecto de los cuales los expertos no eran los jueces. No se trataba, entonces, de «dejar el control de la constitucionalidad en manos de los médicos» sino de ser honestos y abiertos acerca de la necesidad de contar con algo más que los conocimientos previsibles del hombre medio para resolver responsablemente las cuestiones jurídicas involucradas<sup>24</sup>. Sin que pueda por descontado negarse que el uso de criterios científicos ante los tribunales de justicia tiene sus complejidades y es objeto, justificadamente, de un debate judicial y académico muy importante (en especial cuando se trata de cuestiones no tan consensuadas en la comunidad científica como las que fueron relevantes en los amparos comentados), la Corte logró superar en estos casos los parámetros propios de un entendimiento formalista tradicional de la jurisdicción, los cuales, indudablemente, ya no son suficientes para generar las condiciones de legitimidad de una corte constitucional en una democracia constitucional contemporánea.

El recurso a conocimientos especializados ha tenido un gran impacto en casos decididos con posterioridad, como el de la Ley de Medios (AI 26/2006), y fue

una de las fuentes relevantes de alimentación de la discusión jurídica en las acciones sobre interrupción del embarazo (AAII 146 y 147/2007) en el D.F.<sup>25</sup>, además de desempeñar un papel importante en otros amparos sobre otras fracciones de las listas del LISSFAM<sup>26</sup>.

## El entendimiento del derecho a la salud como derecho no justiciable

Finalmente, hay un punto respecto del cual los amparos de VIH no representan, a mi juicio, ningún cambio destacable frente a una jurisprudencia anterior no satisfactoria. En su contexto, el derecho a la salud y los derechos a la seguridad social no fueron protegidos frente al legislador, sino que se impuso la tesis tradicional según la cual la existencia de restricciones presupuestarias y la incidencia en cuestiones complejas de política pública obligaban a los jueces a tratarlos como normas programáticas, sin «dientes»: como meras apelaciones a la buena voluntad de los poderes públicos.

Sin embargo, los desarrollos teóricos y (en algunos países) jurisprudenciales en materia de derechos económicos, sociales y culturales (DESC) muestran que entre la tesis programática y el espectro de vivir bajo riesgosos «jueces hacedores de política pública» hay una amplia gama de soluciones intermedias cuyo uso no tiene implicaciones sistémicas indeseables en una democracia<sup>27</sup>.

En los casos que comentamos, por ejemplo, al argumento de que el LISSFAM se nutre exclusivamente con aportaciones del Estado se hubiera podido oponer que lo que importa a efectos constitucionales no es el esquema organizativo y financiero que los poderes públicos decidan utilizar, sino que el mismo supere ciertos umbrales de satisfacción de necesidades, o que difícilmente puede reconocerse, incluso conceptualmente, como un sistema de seguridad social en salud (no olvidemos que la LISSFAM se presenta como tal), un sistema que ampara a las personas mientras están sanas pero que, tan pronto adquiere relevancia porque se enferman, las deja desprotegidas, a menos que cumplan pesados requisitos que estadísticamente sólo una exigua minoría consigue satisfacer. Del mismo modo, hubiera podido cuestionarse si resulta lógico expulsar del LISSFAM a personas que, dado que son retiradas y no dadas de baja, siguen siendo militares y siguen teniendo deberes en ciertas circunstancias, o si se cohonesta con la especial posición de las FFAA y la importancia de sus funciones, subrayadas por la

Corte, un sistema «asistencial» que los deja en peor situación que otros ciudadanos con funciones sociales menos destacables. Y en lugar de partir de un enunciado constitucional que se maneja como indeterminado, se hubiera podido jugar con los estándares que desde hace tiempo maneja el Comité DESC de la Organización de Naciones Unidas (ONU) sobre el contenido justiciable de estos derechos<sup>28</sup>, como los de acceso efectivo, calidad y no regresión en el nivel de disfrute, para subrayar lo problemático de forzar a los afectados a pasar de un sistema sosteniblemente mejor en términos de calidad y condiciones de acceso a uno sosteniblemente peor, o las consecuencias irreversibles para su estado de salud del hecho mismo de someterlos a un cambio de sistema (con la consiguiente interrupción del tratamiento antirretroviral hasta el momento en que consigan su eventual incorporación al seguro popular).

La consideración de cualquiera de estas posibilidades tuvo que esperar otra ocasión. De hecho, la Corte emitió apenas en los meses pasados –años después de la emisión de los amparos que nos han ocupado hoy– la primera sentencia que enfatiza el carácter normativo vinculante directo del derecho a la salud<sup>29</sup>. Aunque por las particularidades del caso no se resolvió el litigio de fondo, no hay duda de que quedaron sentadas premisas que pueden por fin empezar a impulsar el litigio en materia de derecho a la salud y desempeñar un papel importante –que no debe ser único– para avanzar hacia esquemas legales y administrativos que lo garanticen más plenamente que hasta ahora. En un esquema presidido por estas nuevas premisas, lo que en los casos de VIH se abordó por la vía exclusiva de la discriminación, podría verse alternativamente desde la perspectiva de la garantía de uno de los derechos más verdaderamente centrales para las personas: el derecho a la salud.

## Bibliografía

1. En este texto me referiré a los amparos en revisión 510/2004, 1185/2004, 196/2005, 259/2005, 1015/2005, 1666/2005, 2146/2005, 810/2006, 1200/2006, 1285/2006 y 1659/2006. Con posterioridad se han fallado otros (p. ej. los AARR 307/2007 y 515/2007), pero limitaremos el análisis a los que integraron el «paquete» discutido en las sesiones plenarias de 19, 20, 22, 26 y 27 de febrero y 1, 5, 6 y 12 de marzo de 2007. El AR 936/2006 se falló junto a ellos, pero concierne a una causa de retiro distinta al VIH.
2. La ley es una u otra según fuera la vigente cuando se iniciaron los procedimientos contra los quejosos. Las diferencias entre los artículos relevantes de una u otra ley alteran los detalles del análisis, y las vicisitudes procesales propias de cada caso explican por qué la corte sobreseé en unos casos, niega el amparo por unos motivos y lo concede por otros, emite órdenes de reposición de procedimiento... Ninguna de estas variaciones altera la constante presencia de unos mismos razonamientos sobre los principales temas de fondo, que son los que subrayará este comentario.
3. Artículo 22, fracción IV de la LISSFAM de 1976, y 24, fracción IV de la LISSFAM de 2003.

4. En otros incisos las dos leyes aluden a estados que se correlacionan no ya con la simple seropositividad al VIH, sino con el padecimiento del SIDA.
5. No me detendré en los muchos argumentos que no denunciaban la violación de la Constitución sino de las normas aplicables de rango legal o infralegal (p. ej. las que disciplinan el consentimiento informado).
6. Sólo en dos casos (los AARR 1015/2005 y 810/2006) se denunciaba la violación del derecho al trabajo (art. 5.º), en conexión con el principio de igualdad y no discriminación (art. 1.º de la Constitución).
7. La Corte señala que la ley no dejaba en la indeterminación qué debía entenderse como causa de «inutilidad» para el desempeño de las funciones castrenses, al especificarlo en las largas listas finales y que, por tanto, los quejoso tenían ex ante una idea razonable de las causas por las que podrían verse sujetos a un procedimiento de retiro.
8. La Corte no podía en estos casos, según las reglas generales, «suplir la deficiencia de la queja» (mejorar de oficio los argumentos de la demanda) porque los quejoso no son trabajadores de régimen laboral sino de régimen administrativo (art. 76 bis de la Ley de Amparo). Dado el contenido de las demandas, sin embargo, fue suficiente hacer uso de la facultad de examinar en su conjunto los argumentos de las partes, atendiendo a la causa de pedir (véase el artículo 79 de la Ley de Amparo y la tesis P/J 68/2000).
9. Para dar al lector una referencia textual concreta, identificaré en lo que sigue las páginas relevantes de la sentencia del amparo en revisión 1285/2006 (los razonamientos pueden encontrarse casi idénticos en las demás resoluciones) Amparo directo en revisión 1285/2006, pp. 47-9.
10. *ibid.* pp. 49-53.
11. Identificado el problema jurídico como una colisión entre principios constitucionales, la argumentación de la Corte destaca el principio de unidad de la Constitución y la necesidad de aplicar métodos de análisis que permitan armonizar y ponderar las diferentes exigencias de ellos derivadas, sin sacrificar *prima facie* a ninguno de ellos en particular. En su voto concurrente, el ministro J.R. Cossío hace una lectura jurídica del caso que no «principaliza» las previsiones constitucionales sobre militares, pero en cuyo contexto no se altera la procedencia de hacer un análisis de proporcionalidad dada la estructura del resto de los elementos jurídicos involucrados. *ibid.* pp. 53-64.
12. *ibid.* pp. 65-9.
13. *ibid.* pp. 71.
14. *ibid.* pp. 71-8.
15. *ibid.* pp. 71, 78.
16. *ibid.* pp. 78-81.
17. *ibid.* pp. 81-6.
18. El efecto de los amparos fue la reincorporación plena de los quejoso en las FFAA, la restitución de los haber caídos y la continuación del sistema de asistencia médica, aunque se dejó abierta la posibilidad de iniciar un nuevo procedimiento de retiro en caso de que se demostrara en un procedimiento fundado y motivado mediante dictámenes médicos puntuales el deterioro de sus condiciones de salud en un grado que los imposibilitara materialmente para desempeñar cualquier actividad en sus unidades de adscripción (pp. 84, 87).
19. Véanse los artículos 21, 22, 35, 36, 142 y 145 de la ley de 2003, cuyas previsiones son esencialmente equivalentes a las de la ley abrogada.
20. Véanse, por ejemplo, las páginas 93-111 del AR 510/2004, en especial las páginas 104-6.
21. Véase la tesis 1.º/J 55/2006 y la tesis 1.º/J 37/2008, que describe el modo en que estos pasos analíticos quedan modulados cuando se hace un escrutinio más estricto de la labor legislativa, y los criterios a usar para determinar en qué casos procede aplicar cada una de esas intensidades.
22. Véase la tesis 2.º/J 32/2007, derivada de amparos fallados casi simultáneamente a los casos de VIH, el 21 de febrero de 2007.
23. Véase, por ejemplo, Beatty D. *The ultimate rule of law*. Oxford: Oxford U. Press; 2004; Jackson V. *Being proportional about proportionality. Constitutional Commentary*. 2004;21:803; Bernal Pulido C. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Madrid: CEPC; 2005, y El derecho de los derechos. Bogotá: Universidad Externado; 2005, y Lopera G. *Principio de proporcionalidad y ley penal*. Madrid: CEPC; 2006. El principio de proporcionalidad es un método de aplicación de la Constitución; es una herramienta de análisis que un tribunal constitucional usa para dar efectividad en los casos concretos a las previsiones constitucionales. No es, por tanto, algo que uno deba buscar y «encontrar» en la Constitución, sino algo que sirve para hacer efectivos los contenidos constitucionales en los casos concretos en los que se examina la constitucionalidad de normas y, bajo una nomenclatura y una versión analítica ligeramente distinta, también de la constitucionalidad de actos.
24. Las resoluciones se fundamentan en las previsiones del artículo 79 de la Ley Federal de Procedimientos Civiles, de aplicación supletoria a la Ley de Amparo.
25. Al resolver la AI 26/2006, el Pleno solicitó al Instituto Politécnico Nacional y a la UNAM la designación, respectivamente, de tres especialistas que proveyeran a los ministros los elementos necesarios para entender las cuestiones técnicas reguladas en las normas impugnadas. En las acciones relativas a la interrupción del embarazo hubo un espectro amplio de elementos de juicio provenientes de especialistas que llegaron a la Corte por petición de los ministros o por la vía del *amicus curiae*, algunas de las cuales fueron presentadas en audiencias en las que ciudadanos y grupos expresan sus puntos de vista sobre la ley despenalizadora del aborto impugnada ante la Corte.
26. Véanse, particularmente, los AARR 516/2010 y 725/2010, sobre epilepsia, aunque en estos casos no hubo una mayoría favorable a la concisión del amparo.
27. Véase, por ejemplo, Abramovich V, Courtis C. *Los derechos sociales como derechos exigibles*. Madrid: Trotta; 1998; Courtis C, Añón MJ. *Derechos sociales. Instrucciones de uso*. México: Fontamara; 2001; Arango R. *El concepto de derechos sociales fundamentales*. Bogotá: Legis-U. Nacional; 2005, y, con una perspectiva interdisciplinaria, Hertel S, Minkler L, eds. *Economic rights. Conceptual, measurement and policy issues*. New York: Cambridge U. Press; 2007.
28. Véase la *Observación General n.º 14*, sobre el disfrute del nivel más alto de salud, los principios de Limburgo sobre aplicación del Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (UN. Doc. E/CN.4/1987/17) y los lineamientos de Maastricht sobre violaciones a los derechos económicos, sociales y culturales (UN. Doc. E/C.12/2000/13).
29. Véase el AR 315/2010.