

DONACIÓN DE SANGRE, HOMOSEXUALIDAD Y DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE LA ORIENTACIÓN SEXUAL DESDE LA PERSPECTIVA COMUNITARIA

(Comentario a la STJUE de 29 de abril de 2015, asunto C-528/13)¹

Miguel Ángel Gómez Salado

*Becario Investigador.
Universidad de Málaga*

EXTRACTO

La presente sentencia, que versa sobre el litigio planteado por un ciudadano francés al que no se le permitió donar sangre por haber tenido una relación sexual con otro hombre, tiene como núcleo fundamental y central la interpretación del punto 2.1 del anexo III de la Directiva 2004/33/CE, de la Comisión, de 22 de marzo de 2004, por la que se aplica la Directiva 2002/98/CE, del Parlamento y del Consejo, en lo que se refiere a determinados requisitos técnicos de la sangre y otros componentes sanguíneos. Desde esta perspectiva, este breve comentario cuestiona la exclusión permanente de la donación de sangre a los hombres que han tenido esas relaciones sexuales, presentando especial atención a la posible discriminación por razón de la orientación sexual en contra de las personas homosexuales de sexo masculino, pues no se toma en consideración a las personas de forma individual, sino de forma colectiva, exponiendo como riesgosa la pertenencia a un grupo social vulnerable, como es el de los varones homosexuales.

Palabras claves: homosexualidad, donación de sangre, exclusión permanente y discriminación por razón de orientación sexual.

Fecha de entrada: 16-06-2015 / Fecha de aceptación: 26-06-2015

¹ Véase el texto de esta sentencia en <http://civil-mercantil.com/> (Selección de jurisprudencia de Derecho administrativo del 1 al 15 de mayo de 2015).

1. EL MARCO LEGAL: VOLUNTAD DEL LEGISLADOR Y VOLUNTAD LEGISLATIVA

El punto de partida del presente comentario es el retroceso, en materia de igualdad en la selección de donantes de sangre, que han sufrido las personas pertenecientes al colectivo de los homosexuales mediante una exclusión permanente a raíz de la sentencia que ahora comentamos. Podría entenderse que nos encontramos ante un legislador desapacible, incisivo, incoherente, que no atiende a la universalidad propia de los derechos humanos, la cual implica que todos los seres humanos son iguales, libres y deben ser tratados justamente. Partiendo de esta base, este desacertado empeño por reinterpretar y renovar el Derecho imposibilita su aplicación en contextos culturales, sociales e históricos contemporáneos a efectos de la equiparación de personas y colectivos específicos.

No causa ningún asombro que el trato diferenciado, por lo que a la donación de sangre se refiere, de los homosexuales haya cobrado una notable repercusión a través de la sentencia objeto de comentario, la cual versa, principalmente, sobre la interpretación del punto 2.1 del anexo III de la Directiva 2004/33/CE, de la Comisión, de 22 de marzo de 2004, por la que se aplica la Directiva 2002/98/CE, del Parlamento y del Consejo, en lo que se refiere a determinados requisitos técnicos de la sangre y otros componentes sanguíneos.

A este respecto, debe mencionarse, desde un punto de vista estrictamente literal y en virtud de este marco jurídico comunitario, que las personas cuya conducta sexual supone un alto riesgo de contraer enfermedades infecciosas graves transmisibles por la sangre quedan excluidas permanentemente de la donación de sangre. Por su parte, dicha directiva entra en conexión con la referencia nacional de la Ordenanza francesa, de 12 de enero de 2009, que en este sentido establece una contraindicación permanente para la donación de sangre en el supuesto de «un hombre que ha mantenido relaciones sexuales con otro hombre».

2. BREVE SÍNTESIS DEL CASO

Siguiendo el argumento de la sentencia que se comenta, el supuesto se resume en un litigio entre un ciudadano francés y un médico del *Établissement français du sang* –organismo francés de la sangre– en Metz, originado el 29 de abril de 2009, por el rechazo del doctor de la donación de sangre del paciente, Geoffrey Léger, dado que este había mantenido relaciones sexuales con otro hombre y el Derecho francés excluye permanentemente de la donación de sangre a los hombres que han tenido dichas relaciones sexuales.

La parte recurrente considera que el anexo de la orden ministerial francesa, en la medida en que prevé una contraindicación permanente, es contrario a lo establecido en la Directiva 2004/33, por lo que recurre la decisión. Asimismo, alega que el Derecho francés también vulnera los artículos 3, 8 y 14 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950, así como el principio de igualdad.

En estas circunstancias, el Tribunal administrativo de Estrasburgo (Francia), sobre la base de argumentos semejantes, opta por elevar al Tribunal de Justicia de la Unión Europea una cuestión prejudicial al amparo de lo dispuesto en artículo 267 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea –TFUE–, mediante Resolución de 1 de octubre de 2013, recibida en el Tribunal de Justicia el 8 de octubre de 2013. En consecuencia, mantiene este juzgado, es evidente que este pormenor puede producir serias dificultades.

En dicha cuestión prejudicial se solicita del Alto Tribunal Europeo, en definitiva, que se resuelva una cuestión clave a la hora de determinar si el punto 2.1 del anexo III de la Directiva 2004/33 debe interpretarse en el sentido de que el criterio de exclusión permanente de la donación de sangre formulado en dicha disposición en relación con el comportamiento sexual que conlleva un alto riesgo de contraer enfermedades infecciosas graves transmisibles por la sangre se opone a que un Estado miembro establezca una contraindicación permanente para la donación de sangre en el supuesto de los hombres que han tenido relaciones sexuales con otros hombres.

Procede señalar, por lo que se refiere a la apreciación de la existencia de un alto riesgo de contraer enfermedades infecciosas graves transmisibles por la sangre, y en virtud de las afirmaciones de la Comisión Europea y el Instituto de Vigilancia Sanitaria francés, que en el periodo entre 2003 y 2008, la práctica totalidad de las contaminaciones por el VIH en Francia se debió a una relación sexual y el 48% de las nuevas contaminaciones afectan a los hombres que tienen relaciones sexuales con otros hombres –nada se dice del 52% restante–.

En la misma dirección, un informe de 2012, elaborado por el Centro Europeo para la Prevención y el Control de las Enfermedades, también afirma que Francia es el país de la Unión Europea «que presenta una mayor prevalencia del VIH en el grupo de los hombres que han tenido

relaciones sexuales con otros hombres». Por consiguiente, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea aduce motivos epidemiológicos particulares de Francia, por lo que admite a trámite la petición de decisión prejudicial planteada por el Juzgado francés y procede a resolver la cuestión planteada por él.

3. DOCTRINA JUDICIAL SENTADA: FUNDAMENTOS DEL RAZONAMIENTO JURÍDICO

¿Qué considera el Tribunal de Justicia de la Unión Europea al respecto? Desde luego, su posición se ha mostrado muy contrariada con la del Señor Léger, que no comprende, lamentablemente. De la posición tan restrictiva evidenciada por esta doctrina comunitaria se desprende que la prohibición de donar sangre a los hombres que han tenido relaciones sexuales con otros hombres, vigente en algunos Estados miembros como Francia, «puede resultar justificada». Ahora bien, de conformidad con la sentencia, en primer lugar, el tribunal remitente debe determinar si en Francia un hombre que ha mantenido relaciones homosexuales está expuesto a un elevado riesgo de contraer enfermedades infecciosas graves transmisibles por la sangre, teniendo en cuenta la situación epidemiológica de Francia, que presenta un carácter específico, según recoge el fallo.

Lo relevante es, en consecuencia, que el Tribunal administrativo de Estrasburgo deberá comprobar si, a la vista de los conocimientos médicos, científicos y epidemiológicos actuales, los datos y estadísticas facilitados son fiables y siguen siendo pertinentes. Así, la sentencia aclara que para introducir esta exclusión permanente se requiere demostrar que estas personas se encuentran expuestas a un riesgo elevado de contraer enfermedades infecciosas graves, como el VIH, y que no existen técnicas eficaces de detección o métodos menos coercitivos para garantizar un alto nivel de protección de la salud de los receptores.

Un aspecto criticable, y que contrasta poderosamente con lo anterior, es que el Alto Tribunal Europeo admite que la normativa nacional francesa «puede entrañar una discriminación por razón de la orientación sexual en contra de las personas homosexuales de sexo masculino». En todo caso, la sentencia indica que su objetivo es «que el riesgo de transmisión de una enfermedad infecciosa a los receptores sea mínimo y, por tanto, responde al objetivo general de garantizar un alto nivel de protección de la salud».

Del mismo modo, la sentencia alerta de que, aunque la exclusión establecida en la normativa francesa persigue que el riesgo de transmisión de una enfermedad infecciosa a los receptores sea mínimo y, por ende, responde al objetivo general de garantizar un alto nivel de protección de la salud humana, la convalidación permanente para la donación de sangre de los homosexuales «podría no respetar el principio de proporcionalidad», dado que no cabe excluir la posibilidad de que el VIH pueda detectarse a través técnicas eficaces que garanticen un alto nivel de protección de la salud de los receptores.

Así las cosas, se pide al Tribunal Nacional que verifique si existen estas técnicas, pues, de no existir dichas técnicas, el Tribunal administrativo de Estrasburgo deberá precisar si existen o no métodos que garanticen un alto nivel de protección de la salud de los receptores y sean menos coercitivos que la exclusión permanente de la donación de sangre y, concretamente, si el cuestionario y la entrevista personal a cargo de un profesional sanitario pueden permitir identificar con más precisión las conductas sexuales de riesgo.

A mi entender, en este caso, la decisión adoptada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea no es lícita, pues, sin duda, vulnera la legislación sobre Derechos Humanos y también las legislaciones constitucionales en lo que se refiere al principio de no discriminación por razón de la orientación sexual, y ello es así porque en la exclusión no se toma en consideración a las personas de forma individual, sino de forma colectiva, exponiendo como riesgosa la mera pertenencia a un grupo social específico y vulnerable, como es el de los homosexuales o bisexuales.

Al respecto, no escapa a las posibilidades de este comentario ni tan si quiera recordar que la comunidad científica respalda que no existen grupos de riesgo ante las enfermedades de transmisión sexual, sino conductas de riesgo y prácticas desprotegidas. Después de esta reflexión, considero que la exclusión permanente para donar sangre debería versar sobre toda persona que practique conductas de riesgo que faciliten el contagio de enfermedades transmisibles, con independencia de su orientación sexual. Por ello no dudo en afirmar que nos encontramos ante un supuesto en el que saltan a la vista las carencias del ordenamiento jurídico comunitario con relación a la prohibición de la discriminación por razón de la orientación sexual.

4. TRASCENDENCIA DE LA DOCTRINA JUDICIAL COMUNITARIA Y PROBABILIDAD DE CONSOLIDACIÓN COMO JURISPRUDENCIA VINCULANTE

La doctrina comunitaria contenida en la resolución judicial que se comenta nos presenta la consecuencia práctica de una atroz decisión, en este caso del legislador comunitario, que implica un enorme paso hacia atrás en la igualdad social y en la lucha por la no discriminación, al avallar la contraindicación permanente para donar sangre en el caso de varones que tienen relaciones sexuales con otros hombres, incluso en el supuesto de que los mismos no hayan realizado prácticas de riesgo, y sin perjuicio de que, caprichosamente, no se excluya a las personas que sí realizan tales prácticas de riesgo, pero que no forman parte del colectivo señalado.

Este comentario persigue, en definitiva, una llamada a la acción a fin de provocar una transformación de los valores sociales que convierta a la discriminación por razón de orientación sexual, y no a la donación de sangre de los homosexuales, en conducta a reprobar y eliminar.

Una vez más, la doctrina judicial comunitaria no resuelve el litigio nacional y es la justicia nacional la que debe hacerlo siguiendo las pautas de la decisión comunitaria, que vincula

asimismo a los demás tribunales nacionales que se enfrenten a un problema similar. No obstante, la consolidación futura de esta sentencia suscita muchas dudas dada su incongruencia con el momento histórico que vivimos, caracterizado por una gran preocupación por la dimensión social, por lo que, a mi juicio, dará lugar a nuevos pronunciamientos judiciales que ahondarán en opuestas conclusiones.