Recopilación de la Jurisprudencia

CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL
SR. PAOLO MENGOZZI
presentadas el 17 de julio de 2014[1]

Asunto C-528/13

Geoffrey Léger
contra
Ministre des Affaires sociales et de la Santé
contra
Établissement français du sang

[Petición de decisión prejudicial planteada por el tribunal administratif de Strasbourg (Francia)]

«Sanidad pública — Donación de sangre — Criterios de selección de donantes — Criterios de exclusión permanente o temporal — Exclusión definitiva de hombres que han tenido relaciones sexuales con otro hombre — Principio de no discriminación por razón de la orientación sexual — Proporcionalidad»

Índice

I. Marco normativo 2
A. Derecho de la Unión 2
B. Derecho francés 3
II. Litigio principal y cuestión prejudicial 4
III. Procedimiento ante el Tribunal de Justicia 5
IV. Análisis jurídico 5
A. Resumen de la posición del Gobierno francés 5
B. Apreciación 7
1. Sobre la interpretación del punto 2.1 del anexo III de la Directiva 2004/33 7

1 — Lengua original: francés.

a) El punto 2.1 del anexo III de la Directiva 2004/33 sólo puede aplicarse en presencia de un alto riesgo de contraer enfermedades infecciosas graves que pueden ser transmitidas por la sangre 7

b) ¿El hecho de que un hombre haya tenido o tenga relaciones sexuales con otro hombre constituye una «conducta sexual» en el sentido del punto 2.1 del anexo III de la Directiva 2004/33? 9

2. Sobre el margen de apreciación que concede a los Estados miembros la Directiva 2004/33 y la posibilidad reconocida a estos últimos de mantener o introducir medidas de protección más estrictas 10

a) La observancia de las disposiciones del Tratado como límite al ejercicio de las competencias nacionales 10

b) La orden ministerial entraña una discriminación indirecta basada en la doble combinación de sexo y orientación sexual 12

c) ¿Está justificada y es proporcionada la diferencia de trato? 12

V. Conclusión 16

1. La presente remisión prejudicial plantea la delicada cuestión de la compatibilidad con el Derecho de la Unión de una medida nacional que excluye de forma permanente de la donación de sangre a los hombres que han tenido o tienen relaciones sexuales con otros hombres.

I. **Marco normativo**

A. *Derecho de la Unión*

2. El marco normativo del Derecho de la Unión puede resumirse del modo siguiente.

3. Adoptada sobre la base del artículo 152 CE, apartado 4, letra a), [actualmente artículo 168 TFUE, apartado 4, letra a)] la Directiva 2002/98/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de enero de 2003, por la que se establecen normas de calidad y de seguridad para la extracción, verificación, tratamiento, almacenamiento y distribución de sangre humana y sus componentes y por la que se modifica la Directiva 2001/83/CE,[2] se promulgó al constatar el legislador de la Unión una situación en la que «la calidad y la seguridad [de la sangre total, el plasma y las células sanguíneas de origen humano], en la medida en que se destinen a la transfusión y no estén procesados como tales, no quedan sujetos a ninguna legislación comunitaria vinculante».[3] Dicho legislador manifiesta, pues, su intención de adoptar disposiciones que garanticen «un nivel de calidad y de seguridad de la sangre y sus componentes, sea cual sea su destino, que sea homogéneo entre los Estados miembros a lo largo de toda la cadena de transfusión sanguínea», por lo que fijar normas elevadas de calidad y de seguridad contribuirá a tranquilizar a la población.[4] La Directiva 2002/98 persigue así el objetivo de establecer normas de calidad y de seguridad de la sangre humana y de los componentes sanguíneos,

2 — DO 2003, L 33, p. 30.

3 — Tercer considerando de la Directiva 2002/98.

4 — Tercer considerando de la Directiva 2002/98.

con el fin de garantizar un alto nivel de protección de la salud humana.[5] En particular, ha obligado a los Estados miembros a velar por que las actividades relativas a la extracción, la verificación, transformación, almacenamiento y distribución de sangre y sus componentes queden sujetas a diferentes inspecciones y medidas de control.[6] Asimismo, ha consagrado los principios de trazabilidad de la sangre, de gratuidad y del carácter voluntario de la donación, así como el de verificación obligatoria de cada donación.[7]

4. En cambio, las exigencias relativas a la selección de los donantes de sangre y de plasma, es decir, en particular los criterios de exclusión permanente y los criterios de exclusión temporal, no han sido establecidos por la Directiva 2002/98 sino que, al contrario, han sido adoptados por 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 Europeo y del Consejo en lo que se refiere a determinados requisitos técnicos de la sangre y los componentes sanguíneos,[8] en virtud de la aplicación del procedimiento de comitología previsto en el artículo 28 de la Directiva 2002/98.[9]

5. Por lo tanto, la Directiva 2004/33 fue la que estableció estos requisitos. Su anexo III fija los criterios de selección de donantes de sangre y componentes sanguíneos. El punto 2 del anexo III recoge los criterios de exclusión de dichos donantes.

6. El punto 2.1 del anexo III enumera en una tabla los criterios de exclusión permanente para donantes homólogos.[10] La descripción del comportamiento sexual recogido en esta tabla está formulada en los términos siguientes: «Personas cuya conducta sexual supone un alto riesgo de contraer enfermedades infecciosas graves que pueden ser transmitidas por la sangre».

7. El punto 2.2 del anexo III enumera los criterios de exclusión temporal para donantes homólogos, y el punto 2.2.2 de dicho anexo establece, más en concreto, los criterios de exclusión vinculados a la exposición al riesgo de contraer una infección transmisible por transfusión. La entrada de la tabla dedicada a las «personas cuya conducta o actividad sexual supone alto riesgo de contraer enfermedades infecciosas graves que pueden ser trasmitidas por la sangre» establece la exclusión siguiente: «Tras el cese de la conducta de riesgo, exclusión durante un período determinado por la enfermedad en cuestión y por la disponibilidad de pruebas apropiadas para cada caso».

B. *Derecho francés*

8. El 12 de enero de 2009, la Ministra de Salud y Deportes adoptó una orden ministerial por la que se establecieron los criterios de selección de los donantes de sangre (en lo sucesivo, «orden ministerial»).[11]

9. El artículo 1 de la orden ministerial prevé las condiciones en las que puede efectuarse una donación de sangre. A tenor del artículo 1, título V, punto 1, que versa sobre las características clínicas del donante, corresponde a la persona facultada para proceder a la selección de los donantes apreciar la posibilidad de donación a la vista de las contraindicaciones y su duración, su trayectoria anterior y su

5 — Artículo 1 de la Directiva 2002/98.

6 — Artículos 5 y 8 de la Directiva 2002/98.

7 — Artículos 14, 20 y 21 y anexo IV de la Directiva 2002/98, respectivamente.

8 — DO L 91, p. 25.

9 — Véase el artículo 29 de la Directiva 2002/98.

10 — Es decir, donaciones destinadas a otras personas y no a uno mismo, que es el único supuesto pertinente en el presente asunto (véase el punto 2 del anexo I de la Directiva 2004/33).

11 — JORF de 18 de enero de 2009, p. 1067.

evolución por medio de cuestiones complementarias al cuestionario previo a la donación.[12] Estas preguntas se formulan, en su caso, en la entrevista previa a la donación, que tiene carácter sistemático. Asimismo, de conformidad con esta disposición, se denegará la donación de los posibles donantes que presenten una de las contraindicaciones previstas en uno de los cuadros contenidos en el anexo II de la orden ministerial. Se ha previsto que las autoridades sanitarias puedan modificar, añadir o suprimir contraindicaciones a la donación de sangre en función de situaciones epidemiológicas particulares o datos de hemovigilancia.

10. El anexo II de la orden ministerial recoge las tablas relativas a las contraindicaciones. En concreto, la tabla B enumera las contraindicaciones en caso de riesgo para el receptor. La parte de la tabla B dedicada al riesgo vinculado a la trasmisión de una infección viral es la siguiente:

Transmisión de una infección viral	Riesgo de exposición del posible donante a un agente infeccioso transmisible por vía sexual	Relación/relaciones sexual(es) no protegida(s) con una pareja ocasional	CI [*] de cuatro meses tras la última relación sexual no protegida
		Pareja sexual múltiple: más de una pareja en los cuatro últimos meses	CI de cuatro meses tras el final de la situación de pareja múltiple
		Hombre que ha tenido relaciones sexuales con un hombre	CI permanente
		Relaciones sexuales no protegidas con una nueva pareja desde hace menos de dos meses	CI de cuatro meses tras la última relación sexual no protegida
	Riesgo de exposición de la pareja sexual del posible donante a un agente infeccioso transmisible por vía sexual	Pareja que, por su parte, haya tenido más de una pareja en los cuatro últimos meses	CI de cuatro meses
		Pareja que haya utilizado por vía inyectable drogas o sustancias dopantes y sin condición serológica VIH [**] y VHB conocida	CI de cuatro meses tras la última relación sexual
		Pareja con una serología positiva para: VIH, HTLV, VHC, VHB (AgHBs+)	CI de cuatro meses tras la última relación sexual. [...]
		Pareja que haya tenido una IST [infección sexualmente transmisible] reciente o en tratamiento	CI de cuatro meses tras la curación de la pareja

[*] — CI: contraindicación.

[**] — VIH: virus de inmunodeficiencia humana.

II. **Litigio principal y cuestión prejudicial**

11. El 29 de abril de 2009, el médico de la Établissement français du sang (EFS) rechazó la donación de sangre que deseaba hacer el Sr. Geoffrey Léger debido a que este último declaró ser homosexual.

12. Mediante su decisión de denegación, el médico de la EFS aplicó la orden ministerial, la cual considera como una contraindicación permanente para la donación de sangre el hecho de que un posible a donante haya mantenido relaciones sexuales con un hombre.

13. El Sr. Léger interpuso un recurso de anulación contra esta decisión ante el órgano jurisdiccional remitente. En particular, alega que la orden ministerial, en la medida en que prevé la contraindicación permanente antes mencionada, vulnera la Directiva 2004/33, y en concreto su anexo II, parte B,[13] y su anexo III, punto 2.1. La orden ministerial vulnera asimismo, por otra parte, 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 (en lo sucesivo, «CEDH»), así como el principio de igualdad.

12 — El cuestionario puede consultarse en la dirección siguiente: http://www.dondusang.net/content/medias/media1832_giCQxWpZDhBErjG.pdf?finalFileName=Questionnaire_pr %E9-don_pour_la_m % E9tropole.pdf.

13 — La parte B del anexo II de la Directiva 2004/33 versa sobre la información que los centros de transfusiones han de recabar de los donantes en cada donación.

14. Al enfrentarse así a un problema relacionado con la interpretación del Derecho de la Unión, el tribunal administratif de Strasbourg decidió suspender el procedimiento y, mediante resolución de remisión recibida en la Secretaría del Tribunal de Justicia el 8 de octubre de 2013, planteó a este último, con arreglo al artículo 267 TFUE, la cuestión prejudicial siguiente:

«A la luz del anexo III de la Directiva 2004/33, ¿el hecho de que un varón haya mantenido relaciones sexuales con otro varón constituye, en sí mismo, una conducta sexual que le expone al riesgo de contraer enfermedades infecciosas graves que pueden ser transmitidas por la sangre, que justifica que se excluya de forma definitiva la posibilidad de que puedan donar sangre las personas que hayan mantenido dicha conducta sexual o simplemente puede constituir, en función de las circunstancias del caso, una conducta sexual que expone al riesgo de contraer enfermedades infecciosas graves que pueden ser transmitidas por la sangre, que justifica que se excluya temporalmente la posibilidad de que puedan donar sangre durante un plazo determinado tras haber puesto fin a dicha conducta?»

III. **Procedimiento ante el Tribunal de Justicia**

15. Sólo el Gobierno francés y la Comisión Europea presentaron observaciones escritas ante el Tribunal de Justicia.

IV. **Análisis jurídico**

A. *Resumen de la posición del Gobierno francés*

16. El Gobierno francés considera que la Directiva 2004/33 no se opone a que un Estado miembro considere que la circunstancia de que un hombre haya mantenido relaciones sexuales con otro hombre (HSH) [14] constituye una conducta sexual que expone al riesgo de contraer enfermedades infecciosas graves transmisibles por la sangre, que justifica una exclusión permanente de la donación.

17. En primer lugar, la conducta sexual consistente, en un hombre, en tener relaciones sexuales con otro hombre constituye en sí una conducta sexual que puede justificar una exclusión permanente de la donación. La Directiva 2002/98 se enmarca más ampliamente en el contexto de la aplicación de una política común de salud pública y persigue fijar normas elevadas de calidad y de seguridad —objetivos omnipresentes en dicha Directiva— para un planteamiento coordinado de la seguridad de la sangre a raíz de diversos casos de infecciones por vía transfusional. Así pues, la Directiva 2002/98 fue adoptada sobre la base del artículo 152 CE, apartado 4, letra a). El objetivo prioritario es, además, proteger al receptor de la donación y, a este respecto, la Directiva insiste en que las donaciones deben proceder de personas cuyo estado de salud permita pensar que su donación no tendrá efectos negativos y que el riesgo de transmisión de enfermedades infecciosas es mínimo. [15] Precisamente, la selección de los donantes es uno de los tres medios de reducir este riesgo. [16]

18. Si bien la Directiva 2004/33 prevé que las personas cuya conducta sexual supone un alto riesgo de contraer enfermedades infecciosas graves que pueden ser transmitidas por la sangre deben ser excluidas con carácter permanente de la donación, no define este concepto. Por otro lado, esta misma exposición a un riesgo está prevista en el punto 2.2.2 del anexo III de dicha Directiva, que establece los criterios de exclusión temporal. Las demás versiones lingüísticas presentan, además, divergencias. En

14 — Las siglas HSH equivalen en francés a la expresión inglesa «men having sex with men» (MSM) desarrollada en la década de 1990 por epidemiólogos para describir a los hombres que tienen relaciones sexuales con otros hombres, con independencia de sus eventuales relaciones sexuales con mujeres o de su identidad bisexual u homosexual en el plano personal o social (fuente: «Orientaciones terminológicas de ONUSIDA», versión revisada, octubre de 2011, p. 19).

15 — Considerando 24 de la Directiva 2002/98.

16 — Junto con el análisis de cada donación y un tratamiento de atenuación del virus.

tal caso, la reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia obliga a remitirse a la estructura general y a la finalidad de la Directiva, que consiste, según el Gobierno francés, en limitar al máximo el riesgo y establecer normas elevadas de seguridad y de calidad. En este contexto, un riesgo transitorio justificaría una exclusión temporal, mientras que un riesgo más elevado que pueda justificar una medida más estricta deberá dar lugar a una exclusión permanente. Dado que la actuación de la Unión en esta materia se concibe como complemento de la de los Estados miembros, respetando la responsabilidad de estos últimos,[17] la apreciación del riesgo corresponderá a éstos en función de su propia situación epidemiológica.

19. Sobre este aspecto, el Gobierno francés menciona datos estadísticos que demuestran que la proporción de personas que viven con el VIH[18] entre la población HSH es 65 veces más elevada que en el resto de la población. En cuanto atañe a la incidencia de la infección por VIH,[19] en 2008, de 6.940 nuevas infecciones registradas, 3.320 personas correspondían a la población HSH. Pues bien, habida cuenta del período de ventana silencioso durante el que los virus VIH 1 y VIH 2 no pueden ser detectados en los análisis —12 y 22 días, respectivamente—, tal situación resulta especialmente problemática para las donaciones de sangre. En su resolución de 27 de marzo de 2013,[20] el Consejo de Europa ha confirmado por otro lado que la población HSH está expuesta a un elevado riesgo de contraer y, por tanto, de transmitir enfermedades infecciosas graves transmisibles por la sangre.

20. En segundo lugar, el Gobierno francés sostiene que, a la vista de estos elementos, no cabe aplicar una exclusión solamente temporal. Así, el Consejo de Europa propugna aplicar una contraindicación temporal únicamente después de que se haya comprobado que la conducta en cuestión no expone a un riesgo elevado. Pues bien, el propio Consejo llegó a la conclusión, al examinar la incidencia en la seguridad de las transfusiones de donaciones procedentes de la población HSH, que se produce un aumento del riesgo de transmisión del VIH.[21] El Gobierno francés considera que la «conducta» HSH supone un alto riesgo, no temporal, como muestran los datos estadísticos ya mencionados. Añade que el riesgo residual de infección por VIH —es decir, la proporción entre las donaciones infectadas y el número total de donaciones— es de una donación potencialmente infecciosa por cada 2 900 000, y que la mitad de las donaciones infectadas por el VIH procede de la población HSH, la cual ha registrado una tendencia creciente a donar sangre, a pesar de la contraindicación permanente. El Gobierno francés considera que pasar de una exclusión permanente a una exclusión temporal supondría enviar un mensaje erróneo a la población HSH, la cual, pese a todo, tiende en la actualidad a autoexcluirse de la cadena de transfusión y, al mismo tiempo, se correría el riesgo de transformar la donación en un medio suplementario de detección del VIH y de minimizar el alcance del planteamiento general de prevención del VIH.

21. El Gobierno francés sostiene asimismo que considerar que la exclusión permanente de los HSH es contraria a la Directiva 2004/33 priva de todo efecto útil al punto 2.1 del anexo III de dicha Directiva. Si bien existen otras conductas sexuales que suponen un riesgo de infección,[22] todas ellas presentan un riesgo menos elevado, con respecto a la población HSH, de contraer enfermedades infecciosas graves

17 — El Gobierno francés menciona aquí el artículo 168 TFUE, apartado 7.

18 — Es decir, la prevalencia, tradicionalmente definida como la cuantificación de la proporción de personas de una población que viven con el VIH en un momento específico (fuente: «Orientaciones terminológicas de ONUSIDA», p. 23).

19 — Es decir, el número de nuevas infecciones del VIH que ocurren durante un período específico en una determinada población (fuente: «Orientaciones terminológicas de ONUSIDA», p. 16).

20 — Resolución CM/Res(2013)3, adoptada por el Comité de Ministros del Consejo de Europa el 27 de marzo de 2013, relativa a las conductas sexuales de los donantes de sangre que inciden en la seguridad de las transfusiones.

21 — El Gobierno francés se apoya a este respecto en la resolución CM/Res(2013)3, antes citada.

22 — Como el hecho de mantener relaciones sexuales no protegidas con una pareja ocasional o con una nueva pareja hace menos de dos meses, tener relaciones sexuales con más de una pareja en los cuatro últimos meses o tener relaciones sexuales con una pareja que también ha tenido más de una pareja en los últimos cuatro meses.

transmisibles por la sangre, como ponen de manifiesto los datos estadísticos antes mencionados. Pues bien, si tal riesgo no se ajusta al supuesto recogido en el punto 2.1 del anexo III, el Gobierno francés se pregunta cuál podría ajustarse al mismo. Llega a la conclusión de que la población HSH sólo puede ser objeto de una exclusión permanente.

22. En tercer lugar, aunque el punto 2.1 del anexo III de la Directiva 2004/33 debiera interpretarse en el sentido de que a la población HSH sólo se le puede aplicar una exclusión temporal, un Estado miembro podrá aplicar medidas de protección más estrictas y considerar que ese nivel de riesgo de infección justifica una exclusión permanente. El Gobierno francés invoca los artículos 6 TFUE, letra a), y 168 TFUE, apartado 4, letra a). Este último prevé que los Estados miembros podrán mantener o introducir dichas medidas, lo cual es reiterado no sólo en el considerando vigésimo segundo sino también en el artículo 4, apartado 2, de la Directiva 2002/98, que dispone que dicha Directiva no impedirá a ningún Estado miembro mantener o introducir medidas de protección más estrictas, que cumplan las disposiciones del Tratado. Dado que la protección de la salud humana y de la vida de las personas ocupa, según reiterada jurisprudencia, el primer rango entre los bienes jurídicos e intereses protegidos por la Unión, y que los Estados miembros pueden decidir libremente el nivel de protección y la manera de alcanzarlo, nada se opone a que un Estado miembro considere que la población HSH debe ser excluida permanentemente de la donación por el elevado riesgo de los donantes pertenecientes a dicha población, riesgo confirmado por los datos epidemiológicos facilitados por el Gobierno francés. Así, la medida de protección más estricta que constituye tal exclusión definitiva es proporcionada al objetivo legítimo perseguido.

B. *Apreciación*

23. En un primer momento, hay que determinar si el hecho de que un hombre tenga relaciones sexuales con otro hombre constituye una «conducta sexual» que supone un alto riesgo de contraer enfermedades infecciosas graves, en el sentido del punto 2.1 del anexo III de la Directiva 2004/33.

24. De no ser así, sería necesario examinar, en una segunda fase, si un Estado miembro, en el ejercicio del margen de apreciación que se le reconoce tradicionalmente en materia de salud pública, puede adoptar una medida de protección de la salud más estricta, como la exclusión permanente de la población HSH de la donación de sangre.

1. Sobre la interpretación del punto 2.1 del anexo III de la Directiva 2004/33

a) El punto 2.1 del anexo III de la Directiva 2004/33 sólo puede aplicarse en presencia de un alto riesgo de contraer enfermedades infecciosas graves que pueden ser transmitidas por la sangre

25. La interpretación que debe darse a la causa de exclusión prevista en el punto 2.1 del anexo III de la Directiva 2004/33 resulta tanto más debatida en la medida en que, como el Gobierno francés ha subrayado, una de las causas de exclusión temporal enumerada en el punto 2.2.2 de dicho anexo está formulada en los mismos términos, dado que hace referencia a «personas cuya conducta sexual o actividad profesional *supone alto riesgo* de contraer enfermedades infecciosas graves que pueden ser transmitidas por la sangre».[23] Evidentemente, la intención del legislador no puede haber sido prever que una conducta definida en los mismos términos pueda ser objeto de una exclusión al mismo tiempo permanente y temporal. Tanto el Gobierno francés como la Comisión han puesto de manifiesto a este respecto la existencia de divergencias en las versiones lingüísticas disponibles del anexo III de la Directiva 2004/33.

23 — El subrayado es mío.

26. En efecto, según las versiones lingüísticas examinadas, ya la exclusión temporal hace referencia únicamente a la existencia de un riesgo simple, frente al alto riesgo sobre el que versa la exclusión permanente; [24] ya el anexo III menciona, en ambos casos, un alto riesgo, [25] ya, como ocurre en la versión francesa, el anexo también hace referencia en ambos casos al único concepto de «riesgo», sin mayor precisión. [26] Pues bien, la necesidad de una interpretación uniforme del Derecho de la Unión excluye que, en caso de duda, el tenor de una disposición se examine de forma aislada, sino que, al contrario, exige que también se interprete a la luz de las versiones de las demás lenguas oficiales —comparación que, como se ha visto, tampoco resulta esclarecedora— y en función de la estructura general y de la finalidad de la normativa en que se integra. [27] Dicho de otro modo, el mero hecho de que el punto 2.1 del anexo III de la Directiva 2004/33, en su versión en lengua francesa, sólo haga referencia a las personas cuya conducta sexual les expone a un riesgo «simple» de contraer graves enfermedades infecciosas no constituye en sí un elemento suficiente para concluir que la exclusión permanente nacional es compatible con la Directiva.

27. Dado que la Directiva 2004/33 precisa los requisitos técnicos de la Directiva 2002/98, persigue el mismo objetivo que esta última. Pues bien, al igual que ha señalado el Gobierno francés, el legislador ha hecho de la mejora de la calidad y de la seguridad de la cadena de transfusión una prioridad de la Directiva 2002/98.

28. Su adopción se enmarca en un contexto en el que los Estados miembros ya habían padecido la insuficiencia de sus sistemas de vigilancia y seguridad de la cadena de transfusión. En consecuencia, las autoridades supranacionales abordaron la cuestión, tanto en el ámbito del Consejo de Europa [28] como en la Unión. Pero fue preciso esperar a la Directiva 2002/98, cuya base jurídica es el artículo 152 CE, apartado 4, letra a), —el cual preveía la adopción de «medidas que establezcan altos niveles de calidad y seguridad […] de la sangre»— para que la Unión se dotase de su primer texto vinculante en la materia. [29] El objetivo de calidad y de seguridad es omnipresente en ella. [30] Se trata de evitar la transmisión de enfermedades [31] garantizando que las donaciones procedan de personas cuyo estado de salud permita pensar que su donación no tendrá efectos negativos y que el riesgo de transmisión de enfermedades infecciosas es mínimo, [32] y ello con objeto de aumentar la confianza de las personas. [33] Estas mismas preocupaciones se aprecian en la Directiva 2004/33, [34] cuyo objetivo declarado es garantizar un elevado nivel de protección de la salud humana. [35]

29. Por tanto, es evidente que los anexos de la Directiva 2004/33 deben interpretarse a la luz de este objetivo. De igual modo, en mi opinión, el punto 2.1 del anexo III de la Directiva 2004/33 ha de interpretarse, como reconoce por otro lado el Gobierno francés en sus escritos, en el sentido de que las personas cuya conducta sexual supone un *alto* riesgo de contraer enfermedades infecciosas graves que pueden ser transmitidas por la sangre quedan excluidas definitivamente de la donación de sangre.

24 — Véanse, por ejemplo, las versiones en lengua italiana, griega, inglés y portuguesa.

25 — Véanse, por ejemplo, las versiones en lengua española y alemana.

26 — Existe una misma imprecisión en cuanto atañe al tenor del punto 2.2.2 del anexo III de la Directiva 2004/33. Si bien la versión francesa hace referencia a la conducta sexual o a la actividad profesional, las versiones española e italiana se limitan a hacer mención de la conducta o actividad sexual, mientras que la versión portuguesa sólo habla de conducta o actividad, sin precisar su naturaleza, por hablar sólo de estas versiones lingüísticas de la Directiva 2004/33.

27 — Véanse, entre una abundante jurisprudencia, las sentencias Haasová (C-22/12, EU:C:2013:692), apartado 48 y jurisprudencia citada, y Drozdovs (C-277/12, EU:C:2013:685), apartado 39 y jurisprudencia citada.

28 — Cabe citar, por ejemplo, la recomendación R(95) 14 del Comité de Ministros del Consejo de Europa, de 12 de octubre de 1995, sobre la protección de la salud de los donantes y de los receptores en el marco de la transfusión de sangre.

29 — Véase el tercer considerando de la Directiva 2002/98. Respecto a las acciones no vinculantes emprendidas por las instituciones, véanse los considerandos sexto y noveno de dicha Directiva.

30 — Véanse los considerandos primero, tercero, quinto y el artículo 1 de la Directiva 2002/98.

31 — Considerandos primero y segundo de la Directiva 2002/98.

32 — Vigésimo cuarto considerando de la Directiva 2002/98.

33 — Considerandos tercero y sexto de la Directiva 2002/98.

34 — Véanse, en particular, los considerandos segundo y cuarto y los artículos 4 y 6 de la Directiva 2004/33.

35 — Primer considerando de la Directiva 2004/33.

Tal interpretación parece no solamente oportuna, al objeto de que la distinción establecida por el legislador de la Unión entre, por un lado, las causas de exclusión temporal y, por otro, las causas de exclusión permanente, mantenga toda su pertinencia, sino también coherente con la idea, igualmente presente en la Directiva, de reducir al máximo todo riesgo de transmisión. Así, un alto riesgo entraña una exclusión permanente, mientras que un riesgo menor, más limitado, solamente entraña una exclusión temporal.

b) ¿El hecho de que un hombre haya tenido [36] o tenga relaciones sexuales con otro hombre constituye una «conducta sexual» en el sentido del punto 2.1 del anexo III de la Directiva 2004/33?

30. Si bien, a la vista de las consideraciones que preceden, parece delimitarse la frontera entre exclusión temporal y exclusión permanente, queda por determinar qué puede ser una «conducta sexual» que expone a un alto riesgo de infección.

31. Sobre este punto, los documentos que obran en los autos ante el Tribunal de Justicia no contienen ningún elemento relativo a los trabajos preparatorios de la Directiva 2004/33 que pudiera indicar lo que el legislador entiende por «conducta sexual», y la Directiva no contiene ninguna definición a este respecto. El examen de los documentos procedentes del Consejo de Europa tampoco resulta esclarecedor, ya que el Comité de Ministros se limitó exclusivamente a definir una conducta sexual de riesgo como una «conducta sexual que expone a las personas afectadas a un riesgo o a un riesgo elevado de contraer enfermedades infecciosas graves que pueden ser transmitidas por la sangre». [37] Por tanto, es necesario remitirse al sentido común.

32. Desde un punto de vista estrictamente literal, el comportamiento define la manera en la que una persona se comporta, su modo de actuar; se trata del conjunto de sus reacciones, es decir, de su conducta. [38] El concepto de conducta induce, *a priori*, una apreciación subjetiva y la conducta sexual se definiría, pues, por los hábitos y las prácticas sexuales de la persona, o dicho de otro modo, por las condiciones concretas en las que se han desarrollado la(s) relación/relaciones sexual(es) de que se trata.

33. Por tanto, se plantea una cuestión: ¿la exclusión permanente de la población HSH tiene como objeto una orientación sexual particular o más bien una conducta efectiva, propiamente dicha?

34. En efecto, el criterio de exclusión utilizado por la orden ministerial es el hecho de que un hombre haya tenido o tenga una actividad sexual que consista en una relación sexual con un hombre con independencia de las condiciones de esta(s) relación/relaciones, su frecuencia o las prácticas seguidas. Ciertamente, el criterio no está ni explícita ni directamente formulado sobre la base de la orientación sexual, pues la categoría de HSH no está definida oficialmente en función de la orientación sexual. [39] Ahora bien, plantea no obstante una suerte de presunción irrefutable según la cual una relación HSH expone necesaria y sistemáticamente a un alto riesgo de infección. Y, en la práctica, es sustancialmente, si no exclusivamente, [40] la totalidad de la población masculina homosexual y bisexual la que queda de hecho excluida para siempre de la donación por la única razón de que tales hombres han mantenido o mantienen en la actualidad relaciones sexuales con otro hombre.

36 — Conforme al tenor de la cuestión.

37 — Véase el anexo 1 de la resolución CM/Res(2013)3, antes citada.

38 — Según la definición formulada en *Le petit Larousse illustré*, edición 2011, Larousse, París.

39 — Véase la definición del acrónimo HSH en la nota 15 de las presentes conclusiones, así como el tercer considerando de la resolución CM/Res(2013)3, antes citada.

40 — El supuesto, formulado por la Comisión en sus observaciones escritas, de una parte de la población masculina homosexual o bisexual totalmente abstinente, y que por tanto puede donar sangre, me parece que es una cantidad tan marginal que no es necesario tenerla en cuenta en las presentes observaciones.

35. A mi juicio, el criterio nacional examinado está formulado de un modo al mismo tiempo demasiado amplio y demasiado genérico, mientras que el concepto de «conducta sexual» utilizado por el legislador de la Unión exige la identificación de una conducta y de una actitud precisas que expongan al posible donante a un riesgo elevado de infección. Por otro lado, la Comisión ya ha puesto de relieve el hecho de que la «conducta sexual» mencionada en la Directiva 2004/33 no debe entenderse como sinónimo de «orientación sexual». [41]

36. Concluir que el punto 2.1 del anexo III de la Directiva 2004/33 exige que sean excluidas para siempre de la donación de sangre las personas respecto a las que se ha identificado una conducta precisa y concreta que las haya expuesto o las exponga a un alto riesgo y que no se preste a una exclusión tan genérica como la prevista en la orden ministerial no equivale, a diferencia de lo que sostiene el Gobierno francés, a privar de su efecto útil al punto 2.1 del anexo III de la Directiva 2004/33. No obstante, ello obliga, ciertamente, a afinar los criterios de exclusión permanente. Cabe pensar ya en los/las profesionales del sexo, [42] quienes, en mi opinión, cumplirían los requisitos para ser objeto de una exclusión permanente en virtud de este punto 2.1 del citado anexo.

37. De cuanto precede se desprende que el punto 2.1 del anexo III de la Directiva 2004/33 debe interpretarse en el sentido de que el mero hecho de que un hombre mantenga o haya mantenido relaciones sexuales con otro hombre no constituye por sí solo una conducta sexual que le expone a un alto riesgo de contraer enfermedades infecciosas graves que pueden ser trasmitidas por la sangre.

2. Sobre el margen de apreciación que concede a los Estados miembros la Directiva 2004/33 y la posibilidad reconocida a estos últimos de mantener o introducir medidas de protección más estrictas

a) La observancia de las disposiciones del Tratado como límite al ejercicio de las competencias nacionales

38. Como ya he subrayado, la Directiva 2002/98, cuyos requisitos técnicos fijó la Directiva 2004/33, fue adoptada sobre la base jurídica del artículo 152 CE, apartado 4, letra a), que preveía las condiciones en las que el Consejo podía contribuir a la consecución de determinados objetivos, y en concreto al adoptar las «medidas que establezcan altos niveles de calidad y seguridad […] de la sangre y derivados de la sangre». La letra a) de dicho artículo precisaba además que «estas medidas no impedirán a ningún Estado miembro mantener o introducir medidas de protección más estrictas». [43] El artículo 152 CE, apartado 5, establecía que la acción de la Comunidad en el ámbito de la salud pública respetaría plenamente las responsabilidades de los Estados miembros y, en particular, que «las medidas contempladas en la letra a) del apartado 4 no afectar[ían] a las disposiciones nacionales en materia de donaciones […] de sangre». [44]

39. Si bien a la vista de cuanto antecede ha de deducirse que la acción de la Comunidad en el pasado, y de la Unión en la actualidad, sólo puede revestir la forma de medidas de acompañamiento, de estímulo o de coordinación, pero ciertamente no de armonización, el Tribunal de Justicia nunca ha interpretado estas disposiciones en el sentido de que las medidas nacionales eludan todo control de su compatibilidad con el Derecho de la Unión.

41 — Véase la respuesta de la Comisión de 17 de agosto de 2011 a la pregunta parlamentaria con solicitud de respuesta escrita de 1 de julio de 2011 (E-006484/2011).

42 — Ya previeron este caso, por otro lado, el Consejo de la Unión Europea en su recomendación de 29 de junio de 1998, sobre la idoneidad de los donantes de sangre y de plasma y el cribado de las donaciones de sangre en la Comunidad Europea (DO L 203, p. 14: véase, en concreto, el anexo II, parte C, punto 1, de dicha recomendación), y el Comité de Ministros del Consejo de Europa en particular en el tercer considerando de su resolución CM/Res(2013)3, antes citada.

43 — Actual artículo 168 TFUE, apartado 4, letra a).

44 — Con un espíritu idéntico, véase el actual artículo 168 TFUE, apartado 7.

40. Así, en materia de seguridad social, el Tribunal de Justicia ha declarado que «consta ciertamente que el Derecho de la Unión no restringe la competencia de los Estados miembros para organizar sus sistemas de seguridad social y que, a falta de una armonización a escala de la Unión Europea, corresponde a la legislación de cada Estado miembro determinar los requisitos que confieren derecho a las prestaciones en materia de seguridad social […]. También hay que señalar que según el artículo 152 CE, apartado 5, la acción de la Unión en el ámbito de la salud pública respetará plenamente las responsabilidades de los Estados miembros en materia de organización y suministro de servicios sanitarios y asistencia médica […]. Sin embargo, también es cierto que, en el ejercicio de dicha competencia, los Estados miembros deben respetar el Derecho de la Unión, en especial las disposiciones relativas a la libre prestación de servicios […]. De tal forma, el Tribunal de Justicia ha estimado que el artículo 152 CE, apartado 5, no excluye que, en virtud de otras disposiciones del Tratado, […] los Estados miembros estén obligados a introducir adaptaciones en su sistema nacional de seguridad social, *sin que pueda considerarse que ello menoscaba su competencia soberana en la materia* […]».[45]

41. Mutatis mutandis, el Tribunal de Justicia también debería considerar que someter el ejercicio de las competencias nacionales previstas en el artículo 152 CE, apartado 5, al respeto de las disposiciones del Tratado no menoscaba su competencia soberana en la materia. La precisión final contenida en dicho artículo, que hace referencia específica a la donación de sangre, no parece que deba oponerse a tal conclusión.

42. Así, frente a una legislación nacional dirigida a garantizar el carácter voluntario y no remunerado de la donación, y que parecía brindar una protección más elevada que la de las disposiciones de la Directiva 2002/98,[46] el Tribunal de Justicia no se abstuvo de realizar su control por el hecho de que la legislación nacional quedase comprendida en el ámbito de aplicación del artículo 152 CE, apartado 5. Por el contrario, examinó la compatibilidad de dicha legislación con otras disposiciones del Tratado, en ese asunto las normas sobre la libre circulación de mercancías. Incluso llegó a la conclusión de que el artículo 28 CE, en relación con el artículo 30 CE, se oponía a una normativa nacional que establece que la importación de sangre o de componentes sanguíneos procedentes de otro Estado miembro sólo es lícita si cumple el requisito, también aplicable a los productos nacionales, de que las donaciones de sangre de las que proceden dichos productos hayan sido efectuadas sin que los donantes hayan recibido una remuneración y sin que hayan obtenido el reembolso de los gastos en que han incurrido para efectuar estas donaciones.[47]

43. Procede señalar, por último, que la circunstancia de que el respeto de las disposiciones del Tratado constituya el límite natural al ejercicio de las competencias nacionales viene confirmado por el artículo 4, apartado 2, párrafo primero, de la Directiva 2002/98, según el cual «la presente Directiva no impedirá a ningún Estado miembro mantener o introducir en su territorio medidas de protección más estrictas, *que cumplan las disposiciones del Tratado*»,[48] lo cual no ha sido rebatido ni por el Gobierno francés[49] ni por la Comisión.[50]

45 — Sentencia Comisión/Portugal (C-255/09, EU:C:2011:695), apartados 47 a 49 y jurisprudencia citada (el subrayado es mío). El Tribunal de Justicia se adhirió así a la opinión del Abogado General en este asunto, el cual, a este respecto, llegó a la conclusión de que «la República Portuguesa no [podía] invocar con éxito su competencia originaria en materia de organización y suministro de servicios sanitarios y asistencia médica en su territorio nacional para eludir el cumplimiento de las obligaciones que le impon[ía] el resto del Derecho primario de la Unión, sobre todo las disposiciones relativas a las libertades fundamentales» [véase el punto 64 de las conclusiones del Abogado General Trstenjak (EU:C:2011:246)].

46 — Puesto que tal medida de protección más estricta está autorizada por el artículo 4, párrafo segundo, de la Directiva 2002/98.

47 — Sentencia Humanplasma (C-421/09, EU:C:2010:760), apartado 46.

48 — El subrayado es mío.

49 — Véase el punto 90 de sus observaciones escritas.

50 — Véanse las respuestas de la Comisión de 1 de abril de 2009 a la pregunta parlamentaria nº E-0910/2009 (que hace referencia al respeto del principio de proporcionalidad) y de 17 de agosto de 2011 a la pregunta parlamentaria nº E-006484/2011 [que hace referencia en particular al artículo 21 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (en lo sucesivo, «Carta») (DO 2007, C 303, p. 1)].

b) La orden ministerial entraña una discriminación indirecta basada en la doble combinación de sexo y orientación sexual

44. Dado que la libertad de los Estados miembros acaba en donde se vea amenazado el respeto del Derecho primario de la Unión, me limitaré a observar a este respecto que, al excluir de forma definitiva a todo hombre que mantenga o haya mantenido relaciones sexuales con otro hombre, la orden ministerial introduce, en el sistema de selección de donantes, una evidente discriminación indirecta [51] consistente en la combinación de una diferencia de trato por razón del sexo —dado que el criterio controvertido sólo afecta a los hombres— y de la orientación sexual —puesto que el criterio controvertido afecta casi exclusivamente a los hombres homosexuales y bisexuales—.

45. Aunque la recomendación R(95) 14 recordó la importancia de establecer una selección apropiada de los donantes evitando toda posibilidad de discriminación, la resolución CM/Res(2013)3, antes citada, reconoció que existía una exclusión de la población HSH, es decir, de una categoría entera de población, a falta de poder afinar los datos estadísticos disponibles en función de la asunción individual de riesgos. Pues bien, precisamente las estadísticas por regla general contraponen población HSH con población heterosexual, esto es, la expresión HSH, en su acepción tanto común como científica, ha devenido en sinónimo de «homosexual» o de «bisexual». [52] La comunidad masculina homosexual y bisexual está excluida de manera definitiva de la donación de sangre: es, pues, objeto de una discriminación. Pues bien, la Unión pretende luchar contra las discriminaciones por razón de sexo y orientación sexual, como ponen de manifiesto tanto el antiguo artículo 13 CE como el actual artículo 19 TFUE, así como el artículo 21 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (en lo sucesivo, «Carta»). [53]

46. Cabría objetar que todo mecanismo de selección es discriminatorio por naturaleza. No obstante, ha de garantizarse que tales diferencias de trato estén justificadas y sean proporcionadas.

c) ¿Está justificada y es proporcionada la diferencia de trato?

47. El Tribunal de Justicia ha declarado en reiteradas ocasiones que «la salud y la vida de las personas ocupan el primer puesto entre los bienes e intereses protegidos por el Tratado». [54] Dado que la orden ministerial, que entraña la exclusión total y permanente de la población HSH de la donación de sangre, constituye una medida de protección más estricta en el sentido del artículo 4, apartado 2, de

51 — En mi opinión, cabría dudar de esta calificación. El Tribunal de Justicia ha declarado, cuando menos en dos ocasiones, la existencia de una discriminación directa basada en la orientación sexual, a saber en los asuntos Maruko (C-267/06, EU:C:2008:179) y Hay (C-267/12, EU:C:2013:823). El primer caso versaba en esencia sobre una normativa nacional que reservaba el pago de una pensión de supervivencia únicamente a las personas viudas, siendo así que sólo una persona casada podía alegar esta condición y sin que fuera posible el matrimonio entre personas del mismo sexo. En el segundo caso, se trataba de un convenio colectivo que preveía la concesión de un derecho a permisos y al pago de una prima por matrimonio, sin prever derechos análogos en el caso de que las personas en cuestión estuvieran inscritas como pareja estable, única forma de pareja a disposición de personas del mismo sexo. No obstante, en ambos casos y a diferencia de lo que ocurre con la exclusión controvertida en el asunto principal, el trato menos favorable afectaba a toda la comunidad homosexual, tanto masculina como femenina.

52 — Además de los datos facilitados por el Gobierno francés, véase también «VIH/sida en France: données de surveillance et études», *Bulletin épidémiologique hebdomadaire* de 1 de diciembre de 2012, nº 46-47, p. 523 (que puede descargarse en www.invs.sante.fr) o incluso el gráfico del Institut français de veille sanitaire sobre el número de descubrimientos de casos de seropositividad VIH por medio de infección y por país de nacimiento en los años 2003 a 2011 (disponible en http://www.invs.sante.fr/Dossiers-thematiques/Maladies-infectieuses/VIH-sida-IST/Infection-a-VIH-et-sida/Donnees/Donnees-epidemiologiques-sur-l-infection-a-VIH-et-les-IST).

53 — Ha de observarse asimismo que, en sus conclusiones presentadas en el asunto Römer (C-147/08, EU:C:2010:425) y tras un análisis que comparto plenamente, el Abogado General Jääskinen invitaba al Tribunal de Justicia a consagrar la prohibición de discriminación por motivos de orientación sexual como un principio general del Derecho (véanse los puntos 122 y ss.). Sin embargo, en su sentencia Römer (C-147/08, EU:C:2011:286), el Tribunal de Justicia respondió a las cuestiones prejudiciales que se le habían planteado sin definir su posición sobre este aspecto. Quizás ha llegado el momento de definir tal posición, habida cuenta de que la orden controvertida en el asunto principal fue adoptada en enero de 2009, es decir, antes de la entrada en vigor del Tratado de Lisboa y, por tanto, antes de que la Carta adquiriera carácter vinculante.

54 — Sentencia Müller Fleisch (C-562/08, EU:C:2010:93), apartado 32 y jurisprudencia citada. Véase también la sentencia Humanplasma (C-421/09, EU:C:2010:760), apartado 32.

la Directiva 2002/98, es indiscutible que persigue un objetivo legítimo, que es reducir al máximo los riesgos de infección de los receptores y contribuir así al objetivo general de garantizar un elevado nivel de protección de la salud pública, recordado actualmente tanto en el artículo 168 TFUE, apartado 1, como en el artículo 35 de la Carta.

48. Si bien la normativa controvertida en el asunto principal persigue efectivamente un objetivo legítimo, queda por comprobar que respeta, además, el principio de proporcionalidad, es decir, que es adecuada y necesaria para la consecución de los objetivos legítimamente perseguidos, entendiéndose que, cuando se ofrezca una elección entre varias medidas adecuadas, deberá recurrirse a la menos onerosa y que las desventajas ocasionadas no deben ser desproporcionadas con respecto a los objetivos perseguidos. [55]

49. En primer lugar, la exclusión permanente de la población HSH tiende efectivamente a la realización del objetivo legítimo perseguido.

50. En segundo lugar, por lo que respecta a los inconvenientes causados, a la vista de los intereses en juego, deberían considerarse como relativamente soportables, pues el sentimiento de exclusión por motivos relativos a su vida privada debe ponderarse con el interés superior de la protección de la salud de los receptores. Además, cabe concebir que el rechazo de un gesto de generosidad y de solidaridad desinteresadas, como es la donación de sangre, pueda causar una reacción de incomprensión en las personas que sufren esa negativa, si bien es necesario reconocer que la donación de sangre no es en sí un derecho, que no se ha reconocido nunca su carácter universal puesto que los donantes son objeto de una selección y, a este respecto, deben cumplir un cierto número de requisitos, y que, en cualquier caso, la última palabra corresponde estrictamente a las autoridades médicas, que asumen ellas solas la plena responsabilidad inmediata de sus decisiones. [56]

51. En tercer lugar, en el contexto de la salud pública, el control del respeto del principio de proporcionalidad exige «tener presente que el Estado miembro puede decidir en qué medida desea asegurar la protección de la salud pública y de qué manera debe alcanzarse este nivel. Dado que ese nivel puede variar de un Estado miembro a otro, es preciso reconocer a los Estados miembros un margen de apreciación». [57] En consecuencia, el hecho de que un Estado miembro imponga reglas menos rigurosas que las aplicables en otro Estado miembro no significa que estas últimas sean desproporcionadas. [58]

55 — Véase la sentencia Müller Fleisch (C-562/08, EU:C:2010:93), apartado 43.

56 — Véase el punto 4.1 de la resolución CM/Res(2008)5 del Comité de Ministros del Consejo de Europa sobre la responsabilidad de los donantes y sobre la limitación de la donación de sangre y de componentes sanguíneos, con arreglo a la cual se recomienda velar por que los centros de donación de sangre ejerzan la responsabilidad última sobre la calidad de la sangre y que éstos «sean responsables de la decisión final de aceptar o excluir a los donantes, sobre la base de un análisis de riesgos basado en datos epidemiológicos actualizados de forma periódica y preservando en su esencia el derecho de los receptores a la protección de la salud y la obligación, derivado de lo anterior, de reducir el riesgo de transmisión de enfermedades infecciosas. Estos derechos y obligaciones tienen prioridad sobre cualquier otra consideración, *incluida la voluntad de las personas de donar su sangre*» (el subrayado es mío).

57 — Sentencias Humanplasma (C-421/09, EU:C:2010:760), apartado 39 y Venturini y otros (C-159/12 a C-161/12, EU:C:2013:791), apartado 59 y jurisprudencia citada.

58 — Sentencias Müller Fleisch (C-562/08, EU:C:2010:93), apartado 45 y jurisprudencia citada, y Humanplasma (C-421/09, EU:C:2010:760), apartado 40.

52. En concreto, ello significa que la circunstancia de que España, Italia, Eslovaquia, Finlandia y el Reino Unido no excluyan ni sistemática ni definitivamente a la población HSH de la donación de sangre [59] no debe tenerse en cuenta la hora de decidir si el Gobierno francés habría podido adoptar una medida menos perjudicial para el principio de igualdad de trato pero susceptible de alcanzar el mismo resultado. Ello es tanto más cierto en la medida en que el nivel de riesgo no es uniforme entre los Estados miembros, ya que su situación epidemiológica, en particular, en cuanto a la infección por el VIH, es muy dispar, y en que ha quedado acreditado que Francia presenta una tasa de prevalencia del VIH en la población HSH particularmente elevada. [60]

53. No obstante, para determinar si la exclusión permanente prevista en la orden ministerial no va más allá de lo necesario, el órgano jurisdiccional remitente deberá realizar un cierto número de comprobaciones que, por el estado de los autos transmitidos, el Tribunal de Justicia no puede realizar.

54. Así, en primer lugar, ha de tenerse en cuenta la situación epidemiológica en Francia garantizando que los datos estadísticos proporcionados son recientes, [61] representativos y fiables.

55. En segundo lugar, deberá examinarse un cierto número de elementos en materia de técnica sanitaria.

56. Las alegaciones del Gobierno francés se centran casi exclusivamente en el riesgo de contraer el VIH al que está expuesta la población HSH. Si la exclusión permanente está esencialmente justificada por el riesgo que correría el receptor como consecuencia del «período de ventana», ha de señalarse que el Gobierno francés ha indicado que el período más largo —el que afecta al virus VIH 2— se estima en 22 días. Pues bien, salvo error por mi parte, el plazo máximo de conservación de la sangre es de 45 días aproximadamente. La puesta en cuarentena sistemática de las donaciones procedentes de la población HSH durante tal período antes de que sean analizadas podría ser objetivamente una solución que permitiera alcanzar mejor el objetivo perseguido.

57. Así pues, el órgano jurisdiccional remitente debió preguntarse sobre si tal cuarentena sería económicamente tolerable y científicamente realizable para todos o una parte de los componentes sanguíneos. En particular, debería comprobar que ello no afecta al buen funcionamiento de la cadena de transfusión. A tal fin, podría, por ejemplo, apoyarse en las conclusiones del informe sobre la cadena de transfusión de la sangre remitido en 2013 a la Ministra de asuntos sociales y de sanidad por el Sr. Olivier Véran, diputado francés (en lo sucesivo, «informe Véran»), a tenor del cual «los expertos convienen en afirmar que la puesta en cuarentena sistemática del plasma, asociada al análisis virológico, permitiría neutralizar todo riesgo de transmisión viral». [62] En cuanto atañe a la protección de la salud de los receptores, tal solución parece óptima: por un lado, permite salvar los problemas vinculados al sentimiento de discriminación que podrían albergar los miembros de la población HSH —sentimiento que podría llevarles a no responder con sinceridad al cuestionario— y, por otro lado,

59 — España e Italia prevén únicamente una exclusión temporal en caso de pareja múltiple o cambio de pareja, cualquiera que sea la naturaleza de la relación en cuestión (el cambio de legislación que se produjo durante el procedimiento ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos también ha permitido a este último evitar el ejercicio del control de la compatibilidad con el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos Derechos y las Libertades fundamentales, firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950, de la exclusión de los homosexuales de la donación de sangre: véase TEDH, sentencia Tosto c. Italia, el 15 de octubre de 2002, solicitud nº 49821/99). Eslovaquia (según se desprende del tenor de la pregunta parlamentaria nº E-0910/09 de 17 de febrero de 2009) y, últimamente, Finlandia y el Reino Unido, han optado por una exigencia de abstinencia de 12 meses a los hombres que hayan declarado haber tenido una relación sexual con otro hombre.

60 — Si uno se atiene a los datos facilitados por el Gobierno francés, los cuales aparecen confirmados por el informe especial «Thematic report: Men who have sex with men (MSM) – Monitoring implementation of the Dublin Declaration on Partnership to fight HIV/AIDS in Europe and Central Asia: 2012 progress» (véanse en particular las pp. 4 y 5 y el anexo 2) del Centro Europeo para la Prevención y el Control de las Enfermedades, creado por el Reglamento (CE) nº 851/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004 (DO L 142, p. 1).

61 — Sentencia Francia/Comisión (C-601/11 P, EU:C:2013:465), apartado 136.

62 — Véase la p. 35 de dicho informe.

somete todas las donaciones a un mismo tratamiento, al dejar que transcurra el período durante el cual el virus no es detectable antes de analizarlo, de suerte que estará considerablemente cerca del nivel de riesgo cero. Ha de señalarse que las observaciones del Gobierno francés, si bien posteriores a la presentación de este informe, no hacen mención al mismo.

58. Además, existe una cierta duda sobre la coherencia de la exclusión permanente. Con arreglo a la contraindicación permanente fijada por la orden ministerial y una interpretación de ésta en relación con el cuestionario antes mencionado, [63] el hecho de que un hombre haya tenido, al menos una vez en su vida —aunque fuera hace diez años—, una relación sexual con otro hombre entraña su exclusión definitiva de la donación de sangre. De ello hay que deducir que el carácter actual de la conducta de riesgo es indiferente, pese a que, puesto que todas las donaciones de sangre son analizadas respecto al VIH, es en efecto el período de ventana el más crítico y el que expone a los receptores al riesgo más elevado. [64] Pues bien, una vez más, si la motivación principal es el período de ventana, cabe imaginar que resulte más adecuada una exclusión temporal, establecida en función de la fecha de la última relación.

59. En este mismo orden de ideas, cabe preguntarse por los motivos por los que no existe contraindicación específica que afecte a una mujer cuya pareja pertenezca a la población HSH. Por otro lado, una persona cuya pareja es seropositiva está sujeta a una contraindicación temporal de cuatro meses. Por un lado, cabe imaginar que se ejerce una mayor vigilancia en el seno de tal pareja pero, por otro lado, es posible considerar también que en tal caso la exposición al riesgo es real aunque para la población HSH, sin un examen individual de las prácticas seguidas, parece menos cierta. De igual modo, ha de compararse el supuesto de un hombre que ha tenido, una vez en su vida o de forma ocasional, una relación homosexual protegida —excluido de forma definitiva— con el de una persona heterosexual que mantenga regularmente relaciones no protegidas, pero a quien, sin embargo, sólo afectará una contraindicación temporal: ¿la mera pertenencia a la población HSH puede justificar, en tal caso, una exclusión definitiva?

60. Volviendo a las estadísticas, ha de señalarse que en 2011, 2 400 personas pertenecientes a la población HSH descubrieron su condición de seropositivas. En el mismo año, 3 500 personas fueron infectadas por relaciones heterosexuales, de las que 2 400 personas eran heterosexuales nacidas en el extranjero. [65] El órgano jurisdiccional remitente debería intentar esclarecer los motivos por los que esta categoría de donantes no es objeto de ninguna contraindicación de conformidad con la orden ministerial controvertida en el marco del asunto principal. [66]

61. Por último, y lo que es quizá más importante, el cuestionario podría retocarse de modo que pueda servir para la identificación de conductas de riesgo en la población HSH, como hace, parece que de forma satisfactoria, para el resto de la población de donantes. Unas preguntas más concretas —relativas al período transcurrido desde la última relación, el número de parejas, la naturaleza de las relaciones, el carácter protegido de la relaciones, la frecuentación de lugares nocturnos— permitirían ya no identificar una orientación sexual, sino, al contrario, evaluar el nivel de riesgo que presente individualmente cada donante en virtud de su propia conducta sexual. [67]

63 — Véase el punto 9 de las presentes conclusiones.

64 — El artículo 20 de la recomendación R(95) 14 del Comité de Ministros del Consejo de Europa establece que «la exclusión (temporal o definitiva, según proceda) debería declararse respecto a las personas pertenecientes a las categorías que, por sus antecedentes médicos o sus actividades y conductas *actuales*, presentan un riesgo de transmisión de enfermedades infecciosas» (el subrayado es mío).

65 — Fuente: gráfico del Institut français de veille sanitaire sobre el número de descubrimientos de casos de seropositividad VIH por medio de infección y por país de nacimiento en los años 2003 a 2011, antes citado. Se trata esencialmente de personas nacidas en el África Subsahariana (77 %) y de mujeres (58 %).

66 — Queda claro que, dado que la población HSH es numéricamente bastante inferior a la población heterosexual, la tasa de infección es proporcionalmente más elevada dentro de esta población, cuestión ésta que no quiero debatir aquí. Pero resulta igualmente innegable que las personas heterosexuales nacidas en el extranjero constituyen proporcionalmente una categoría particularmente expuesta al riesgo de contraer el VIH, sin que, no obstante, sean objeto de una medida de precaución particular a la vista de la orden ministerial.

67 — Y ha de observarse a este respecto que se trata también de una recomendación igualmente recogida en el informe Véran antes citado: véase la p. 36 de dicho informe.

62. De cuanto precede se desprende que incumbe al órgano jurisdiccional remitente asegurarse de que, al excluir de forma permanente de la donación de sangre a los hombres que tienen o hayan tenido relaciones sexuales con un hombre, el Gobierno francés ha ejercitado el margen de apreciación que se reconoce tradicionalmente a los Estados miembros en el ámbito de la protección de la salud pública de un modo conforme con las exigencias del principio de no discriminación por razón de orientación sexual, y más en particular del principio de proporcionalidad. Al controlar que la medida de exclusión definitiva no va más allá de lo necesario para alcanzar el objetivo legítimo de protección de la salud de los receptores, le corresponde en particular cerciorarse, en primer lugar, de que la situación epidemiológica de Francia, tal como ha sido presentada al Tribunal de Justicia, se basa en estadísticas fiables, representativas y recientes y, en segundo lugar, que en el estado actual de los conocimientos científicos no es posible, sin someter la cadena de transfusión a restricciones excesivas, prever medidas de puesta en cuarentena de donaciones a la espera de la expiración del período de ventana. Por último, le corresponde asimismo determinar los eventuales motivos por los que la evaluación de la asunción de un riesgo individual, por medio de un cuestionario eventualmente revisado y de una entrevista individual realizada por el personal médico dirigida a establecer si el posible donante tiene una conducta sexual denominada «de riesgo», en tanto que es apropiado para el resto de la población, resulta inadecuado para asegurar satisfactoriamente a los receptores en el caso de donaciones procedentes de hombres que tienen o han tenido relaciones sexuales con un hombre.

V. **Conclusión**

63. A la vista de todas las consideraciones que preceden, propongo al Tribunal de Justicia que responda a la cuestión planteada por el tribunal administratif de Estrasburgo del modo siguiente:

«El 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 Europeo y del Consejo en lo que se refiere a determinados requisitos técnicos de la sangre y los componentes sanguíneos, debe interpretarse en el sentido de que el mero hecho de que un hombre haya tenido o tenga actualmente relaciones sexuales con un hombre no constituye, en sí mismo, una conducta sexual que expone a un alto riesgo de contraer enfermedades infecciosas graves que pueden ser trasmitidas por la sangre.

Incumbe al órgano jurisdiccional remitente asegurarse de que, al excluir de forma permanente de la donación de sangre a los hombres que tienen o hayan tenido relaciones sexuales con un hombre, el Gobierno francés ha ejercitado el margen de apreciación que se reconoce tradicionalmente a los Estados miembros en el ámbito de la protección de la salud pública de un modo conforme con las exigencias del principio de no discriminación por razón de orientación sexual, y más en particular del principio de proporcionalidad.

Al controlar que la medida de exclusión definitiva no va más allá de lo necesario para alcanzar el objetivo legítimo de protección de la salud de los receptores, le corresponde en particular cerciorarse, en primer lugar, de que la situación epidemiológica de Francia, tal como ha sido presentada al Tribunal de Justicia, se basa en estadísticas fiables, representativas y recientes y, en segundo lugar, que en el estado actual de los conocimientos científicos no es posible, sin someter la cadena de transfusión a restricciones excesivas, prever medidas de puesta en cuarentena de donaciones a la espera de la expiración del período de ventana. Por último, le corresponde asimismo determinar los eventuales motivos por los que la evaluación de la asunción de un riesgo individual, por medio de un cuestionario eventualmente revisado y de una entrevista individual realizada por el personal médico dirigida a establecer si el posible donante tiene una conducta sexual denominada «de riesgo», en tanto que es apropiado para el resto de la población, resulta inadecuado para asegurar satisfactoriamente a los receptores en el caso de donaciones procedentes de hombres que tienen o han tenido relaciones sexuales con un hombre.»