2008-17-RE

CAUSA 2008-17-RE

Número de registre 233-2008. Recurs d'empara

SENTÈNCIA DEL 3 DE DESEMBRE DEL 2008

BOPA núm. 92, del 20 de desembre del 2008

En nom del Poble Andorrà;

El Tribunal Constitucional;

Atès l'escrit presentat i registrat al Tribunal Constitucional, el 25 d'abril del 2008, per la representació processal de l'Associació Som Com Som, Associació de gais, lesbianes, bisexuals i transgèneres d'Andorra, i del Sr. Marc Pons Martell, mitjançant el qual interposa recurs d'empara contra l'aute del 2 d'abril del 2007 i contra l'aute del 25 de març del 2008, dictats pel Tribunal de Corts per haver-se produït una presumpta vulneració dels drets a la jurisdicció i a un judici de durada raonable, reconeguts a l'article 10 de la Constitució, així com per haver-se produït una presumpta vulneració del dret a la no discriminació, establert a l'article 6 de la Constitució, i dels drets a l'honor i a la pròpia imatge, reconeguts a l'article 14 del mateix text, i atès que demana al Tribunal Constitucional que admeti aquesta empara, que anul·li les resolucions objecte de recurs per la vulneració dels drets fonamentals esmentats i que reposi l'expedient judicial al moment processal previ a la vulneració esmentada;

Vista la Constitució, especialment els articles 10, 41.2, 88 i 98 c);

Vista la Llei qualificada del Tribunal Constitucional, especialment el títol IV, capítol sisè;

Vist l'informe del Ministeri Fiscal del 30 de juny del 2008;

Vist l'aute del Tribunal Constitucional del 6 d'octubre del 2008 que va admetre a tràmit la causa, sense efectes suspensius;

Vist l'escrit d'al·legacions presentat el 28 d'octubre del 2008, per la part recurrent;

Vista la carta del 31 d'octubre del 2008, registrada al Tribunal Constitucional el 3 de novembre del mateix any, del Dr. Henri Rech, director adjunt de l'Établissement Français du Sang Pyrénées-Méditerranée;

Vistes les conclusions formulades, dintre de termini, pels recurrents i pel Ministeri Fiscal;

Escoltat l'informe del magistrat ponent, Sr. Miguel Herrero de Miñón;

Antecedents

Primer

L'Associació Som Com Som (Associació de gais, lesbianes, bisexuals i transgèneres d'Andorra) i un dels seus associats, el Sr. Marc Pons Martell, van presentar diverses querelles criminals contra representants de l'Établissement Français du Sang Pyrénées-Méditerranée (EFS) per la comissió d'un presumpte delicte continuat de discriminació, pel fet que aquesta entitat exclou els donants de sang per motiu de la seva orientació sexual.

Segon

El 26 de juny del 2006, el batlle instructor, després d'acumular les querelles en els autes DP-1297-5/06, va acordar-ne la seva inadmissibilitat a tràmit i el seu arxiu per tal com, d'una banda, aquesta conducta no podia englobar-se en el delicte menor de discriminació, previst a l'article 338 del Codi penal i, d'altra banda, els criteris de selecció emprats no comportaven un mòbil discriminatori.

Tercer

Els querellants van presentar un recurs d'apel·lació contra aquesta decisió i, el 2 d'abril del 2007, el Tribunal de Corts el va desestimar.

Quart

Aquesta part va presentar, aleshores, un incident de nul·litat d'actuacions en què va al·legar que s'havia vulnerat el seu dret a la no discriminació, el seu dret a l'honor i a la pròpia imatge i també els seus drets a la jurisdicció i a un judici de durada raonable.

Cinquè

El 25 de març del 2008, el Tribunal de Corts va desestimar l'incident esmentat, ja que els elements objecte del recurs ja havien estat examinats en la decisió que resolia l'apel·lació i que tenint en compte els paràmetres de complexitat de la causa el dret a un judici de durada raonable tampoc havia estat vulnerat.

Sisè

El 25 d'abril del 2008, la representació processal de l'Associació Som Com Som i del Sr. Marc Pons Martell va presentar un recurs d'empara en què, en primer lloc, considera que el fet d'excloure les persones homosexuals per a la donació de sang constitueix un delicte menor de discriminació, els elements objectiu i subjectiu del qual es troben en aquest cas. Efectivament, l'EFS acompleix un servei d'extracció de sang que permet que els voluntaris puguin participar en la donació de sang. Les condicions de selecció dels donants de sang estan establertes en la Directiva 2004/33/CEE del 22 de març del 2004 i s'ha de destacar que s'exclou de la donació de sang les persones que tinguin una conducta sexual que suposi un alt risc de contraure malalties infeccioses greus que poden ser

transmissibles per la sang i aquesta avaluació no depèn de la condició sexual de la persona, per tant es discrimina les persones homosexuals, ja que se les cataloga com a col·lectiu amb un comportament sexual de risc, descartant-les de manera sistemàtica. Així mateix, aquesta part destaca que el Comité Consultatif National d'Éthique de França va advertir l'EFS que aquesta exclusió duïa a la discriminació total i absoluta d'aquest col·lectiu, fet que era contrari a l'ètica mèdica i recomanava una modificació dels seus criteris de selecció. Per acabar sobre aquest punt, estima que també es vulnera el Conveni per a la salvaguarda dels drets humans i de les llibertats fonamentals que disposa que ningú no pot ser sotmès a tortura ni a penes o tractaments inhumans o degradants, i en aquest sentit l'EFS, pel fet de denegar públicament l'accés a les persones homosexuals a l'entrevista mèdica per raó de la seva condició sexual, actua de forma vexatòria i degradant envers els recurrents.

En segon lloc, la part recurrent considera que les resolucions objecte de recurs també vulneren el dret a la jurisdicció, ja que es nega el dret a obtenir un judici pel presumpte delicte de discriminació. En definitiva, l'actuació de l'EFS vulnera el principi d'igualtat, així com el dret a l'honor i a la pròpia imatge de les persones homosexuals.

En tercer lloc, la part recurrent al·lega que també s'ha vulnerat el dret a un judici de durada raonable, ja que el Tribunal de Corts no es va pronunciar en apel·lació fins transcorreguts 10 mesos, quan el Codi de procediment penal li atorga 10 dies per fer-ho. Aquest retard ha suposat un greu perjudici, ja que la conducta discriminatòria s'ha continuat realitzant.

Per acabar, demana al Tribunal Constitucional que admeti aquesta empara, que anul·li les resolucions objecte de recurs per la vulneració dels drets fonamentals esmentats i que reposi l'expedient judicial al moment processal previ a la vulneració esmentada.

Setè

El 30 de juny del 2008, el Ministeri Fiscal va presentar un informe en què demanava la inadmissió a tràmit d'aquest recurs d'empara per manca manifesta de contingut constitucional de les seves pretensions.

El Ministeri Fiscal considera que les resolucions objecte de recurs estan raonades en dret i no poden ser titllades d'arbitràries i que allò que realment pretenen els recurrents és una revisió en grau de cassació o a mode de tercera instància de matèries de legalitat ordinària i mancades de contingut constitucional. En aquesta causa, es tractava de considerar si els fets objecte de la querella constituïen el delicte tipificat a l'article 338 del Codi penal i recorda a aquest efecte que l'ordre jurisdiccional penal "és informat pels principis de subsidiarietat, d'especificitat i especialitat, essent

l'última ratio del sistema jurídic per a la repressió d'aquelles conductes que no poden trobar la seva reconducció en les altres branques de l'ordenament". El Tribunal de Corts estima que no es dóna l'element constitutiu de la conducta típica, ja que no es tracta d'un refús de venda o d'arrendament d'un lloc o d'un servei o de l'exigència de condicions especials per acordar una concessió i, per consegüent, considera que en cap cas constitueix una denegació d'accés en un lloc o a un servei en el sentit de l'article 338 del Codi penal.

Pel que fa a la vulneració del dret a un judici de durada raonable, el Ministeri Fiscal estima que no s'ha produït una dilació excessiva o indeguda davant el Tribunal de Corts pel fet de la complexitat de les pretensions plantejades, així com per la naturalesa mateixa dels autes.

Així doncs, el Ministeri Fiscal sol·licita la inadmissió a tràmit del recurs d'empara 2008-17-RE.

Vuitè

El 6 d'octubre del 2008, el Tribunal Constitucional va acordar admetre a tràmit la causa, sense efectes suspensius.

Novè

El 28 d'octubre del 2008, la representació processal dels recurrents va presentar un escrit d'al·legacions en què manifesta el seu desacord amb l'informe del Ministeri Fiscal per tal com considera que la donació de sang és una participació a un servei cívic, concepte contingut en l'article 38 de la Constitució i recentment desenvolupat en el Decret del 23 d'abril del 2008 de creació del Comité del Voluntariat Andorrà. Per tant, denegar sistemàticament la participació dels homosexuals a la donació voluntària de sang pel fet de ser homosexuals comporta refusar l'accés a un servei cívic i aquesta és una conducta tipificada a l'article 338 del Codi penal.

D'altra banda, aquesta part reitera substancialment tot allò que ja va al·legar i argumentar en el seu escrit de recurs d'empara.

Desè

El 3 de novembre del 2008, es va registrar al Tribunal Constitucional una carta del Dr. Henri Rech,

Director adjunt de l'EFS mitjançant la qual manifesta que els representants d'aquest organisme no desitgen ser part en el recurs d'empara. Tanmateix, demana que se li notifiqui la decisió final del Tribunal Constitucional.

Onzè

El 17 de novembre del 2008, el Ministeri Fiscal i, el 19 de novembre del mateix any, la representació processal de l'Associació Som Com Som, Associació de gais, lesbianes, bisexuals i transgèneres d'Andorra, i del Sr. Marc Pons Martell, van presentar, respectivament, els seus escrits de conclusions en què reprodueixen els arguments i les al·legacions continguts en els seus escrits anteriors.

Fonaments jurídics

Primer

La part recurrent, en una meritòria tasca d'explicitació i de síntesi de la seva pretensió, invoca la vulneració de tres articles de la Constitució en el seu escrit de recurs d'empara, la fonamenta en l'escrit d'al·legacions i ho sintetitza tot en l'escrit de conclusions.

En el primer d'aquests escrits invoca la vulneració de l'article 6 de la Constitució, la de l'article 14 de la mateixa Constitució, com a conseqüència de la discriminació que considera comesa, i la de l'article 10 del mateix text, perquè el tribunal ordinari no va estimar aquesta discriminació i per haver tardat excessivament en pronunciar-se sobre aquest cas. En l'escrit d'al·legacions insisteix particularment en la discriminació, recolzant el seu raonament en el concepte de "l'accés al servei", establert com a supòsit de discriminació en l'article 338 del Codi penal en relació amb el concepte de servei cívic, previst a l'article 38 de la Constitució. De manera que és el supòsit de la discriminació allò que constitueix la base de la pretensió de la part recurrent i en el qual se centra la seva argumentació i si bé correspon al jutge ordinari i no al Tribunal Constitucional la interpretació de la legalitat aplicable al cas, no és menys cert que de la interpretació del tipus penal, establert a l'article 338 esmentat depèn el contingut que ha de donar-se de l'article 6 de la Constitució, per aquest motiu el Tribunal Constitucional ha d'entrar en la seva consideració.

Segon

D’acord amb la reiterada doctrina i jurisprudència, no es pot considerar que hi hagi discriminació en el tractament d’individus o de col·lectius atenent a les seves qualitats que sense el menysteniment, subjectiu o objectiu, de la seva dignitat, no els fan idonis per a activitats determinades. I aquest és el criteri que inspira alguns dels supòsits del segon paràgraf de l’article 338 del Codi penal invocat per la part recurrent per precisar allò que ha d’entendre’s per la discriminació prohibida de l’article 6 de la Constitució. Això és el que l’EFS va apreciar pel que fa a la idoneïtat dels homosexuals i dels transgèneres en relació amb la donació de sang. I, no ho va fer per marginar aquest col·lectiu, sinó per protegir les persones que han de rebre la sang, de les circumstàncies que es deriven de conductes que impliquen potencialment un alt risc sanitari.

Tercer

La part recurrent considera, i fonamenta la seva argumentació sobre aquest punt, que la negativa d’acceptar la sang dels homosexuals i dels trangèneres suposa negar-los-hi, com a tals –motiu discriminatori, d’acord amb l’article 338.2 del Codi penal- l’accés a un servei, supòsit de l’article 338.1 del mateix Codi.

Fonamenta aquesta conclusió, primer, en el fet de considerar que el concepte de “servei” comprèn el de la participació en el “servei cívic”, previst a l’article 38 de la Constitució i, segon, en el fet que la donació voluntària de sang s’inclou en aquest servei cívic.

El Tribunal Constitucional no pot compartir aquesta argumentació. D’una banda, la donació voluntària de sang a l’EFS no és el servei cívic, previst a l’article 38 de la Constitució, un servei que, si s’establís, hauria de fer-se pel legislador andorrà. D’altra banda, “l’accés al servei” que, donat cas de ser negat, l’article 338.1 del Codi penal contempla com a un supòsit de discriminació ha d’entendre’s com un accés a la recepció de la prestació del servei i no a la participació activa en la tasca d’aquesta prestació. Si interpretéssim el contrari resultaria que qualsevol ciutadà andorrà o assimilat, per una o una altra raó, i que té dret a rebre prestacions públiques estaria habilitat per participar, sense altres condicionaments, a l’organització dels serveis públics del Principat, conclusió manifestament absurda.

Quart

Pel que fa a la pretensió singular del Sr. Marc Pons Martell, hem d’afegir que la seva pertinença a un grup d’alt risc és suficient per considerar-lo com a no idoni per a la donació de sang pels mateixos arguments exposats en el fonament jurídic anterior. Aquests arguments no poden ser desvirtuats en atenció a la possibilitat de sotmetre al donant singular a les proves analítiques corresponents, perquè és sabut que actualment no existeixen proves analítiques capaces de determinar determinades patologies en estat latent, la qual cosa impedeix excloure de manera raonable el perill potencial que implica la pertinença del recurrent a un grup de alt risc per a la salut col·lectiva dels recipients.

Cinquè

Com que no es pot estimar la vulneració de l'article 6 de la Constitució, és clar que tampoc hi ha vulneració de l'article 14 del mateix text. La discriminació, si hagués ocorregut, podria haver atemptat al dret a l'honor, però com que no hi ha cap discriminació, no hi ha dany a l'honor, ja que el fet de donar o de no donar sang no pot, ni ha de contribuir a la valoració de la imatge del donant, salvat que aquest acte de generositat pretengui convertir-se en un instrument de propaganda.

Pel que fa al dret a la pròpia imatge, no té res a veure amb el cas, ja que l'article 14 de la Constitució allò que protegeix amb aquesta denominació és la utilització gràfica o plàstica de la imatge física.

Sisè

Per acabar, el dret a la jurisdicció, reconegut a l'article 10 de la Constitució no pot tampoc considerar-se afectat en un procés en què no es va donar la raó als demandants, ja que el dret a la jurisdicció no implica el dret a obtenir la raó. Aquest procés va finalitzar amb unes resolucions argumentades de manera suficient i la seva durada, entre l'abril del 2006 i el març del 2008, pot considerar-se raonable conformement als criteris que, d'acord amb la jurisprudència del Tribunal Europeu dels Drets Humans, aquest Tribunal Constitucional ha establert.

DECISIÓ:

En atenció a tot el que s'ha exposat, el Tribunal Constitucional, per l'autoritat que li confereix la Constitució del Principat d'Andorra,

HA DECIDIT:

Primer

Declarar que no s'han vulnerat els drets dels recurrents a la jurisdicció i a un judici de durada raonable, reconeguts a l'article 10 de la Constitució, a la no discriminació, establert a l'article 6 de la

Constitució, i a l'honor i a la pròpia imatge, reconeguts a l'article 14 de la Constitució.

Segon

No atorgar l'empara sol·licitada per l'Associació Som Com Som, Associació de gais, lesbianes, bisexuals i transgèneres d'Andorra, i del Sr. Marc Pons Martell.

Tercer

Publicar aquesta sentència, d'acord amb el que disposa l'article 5 de la Llei qualificada del Tribunal Constitucional, al Butlletí Oficial del Principat d'Andorra.

I així, per aquesta sentència nostra, que ha de ser notificada a la representació processal de l'Associació Som Com Som, Associació de gais, lesbianes, bisexuals i transgèneres d'Andorra, i del Sr. Marc Pons Martell, als responsables de l'EFS, al president de la Batllia, al president del Tribunal de Corts i al Ministeri Fiscal, ho pronunciem, manem i signem a Andorra la Vella, el 3 de desembre del 2008.

Carles Viver Pi-Sunyer Pierre Subra de Bieusses

President

Vicepresident

Miguel Herrero de Miñón

Didier Maus

Magistrat

Magistrat