



ABOGACÍA GENERAL DEL ESTADO-
DIRECCIÓN DEL SERVICIO JURÍDICO DEL ESTADO

ABOGACÍA DEL ESTADO EN EL TRIBUNAL SUPREMO

N. recurso 140/2020

NSJE 1390/2020

A LA SALA TERCERA DEL TRIBUNAL SUPREMO

(Sección Cuarta)

LA ABOGADA DEL ESTADO, en la representación que legalmente ostenta, en el recurso contencioso administrativo para la protección de los derechos fundamentales arriba referenciado, interpuesto por . ante la Sala comparece y como mejor proceda en Derecho **D I C E**:

Que a través del presente escrito, vengo a contestar a la demanda interpuesta por D. . en el procedimiento especial para la protección de los derechos fundamentales, oponiéndome a la misma, en base a las siguientes:

ALEGACIONES

PRELIMINAR. El presente recurso se interpone, por el procedimiento especial para la protección de los derechos fundamentales contra la Orden SND/422/2020, de 19 de mayo, por la que se regulan las condiciones para el uso obligatorio de mascarilla durante la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19; y contra la Orden SND/458/2020, de 30 de mayo, para la flexibilización de determinadas restricciones de



ámbito nacional establecidas tras la declaración del estado de alarma en aplicación de la fase 3 del Plan para la transición hacia una nueva normalidad. Atendido el SUPPLICO de la demanda, la pretensión ejercitada es que se dicte sentencia “ *por la que se reconozca la vulneración de los derechos fundamentales reconocidos en los artículos Artículo 15 de la Constitución: Derecho a la integridad física y moral (artículo 15 de la Constitución Española) en relación con el artículo 9, 10 y 43 de la Constitución Española, Derecho a la libertad individual (artículo 17 de la Constitución Española) Derecho al honor y a la propia imagen (artículo 18 de la Constitución Española). Derecho a la libre circulación (artículo 19 de la Constitución Española). y el Derecho de reunión (artículo 21 de la Constitución Española), en perjuicio de mi representado.* ”

PRIMERA. Siendo el objeto del recurso la pretensión de anulación de las Ordenes citadas procede declarar la pérdida sobrevenida del objeto procesal del presente recurso, por pérdida de vigencia de las disposiciones impugnadas, de acuerdo con lo previsto en la Disposición Final Segunda de la Orden SND 422/2020, de 19 de mayo (“ *La presente orden surtirá plenos efectos desde el día siguiente al de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado» y mantendrá su eficacia durante toda la vigencia del estado de alarma y sus posibles prórrogas*”) y en la Disposición Final Quinta de la Orden SND/458/2020, de 30 de mayo, (“*La presente orden surtirá plenos efectos desde las 00:00 horas del día 1 de junio de 2020 y mantendrá su eficacia durante toda la vigencia del estado de alarma y sus posibles prórrogas*”).

Precisamente, este supuesto de eliminación de la norma es uno de los que justifican, según reiterada doctrina jurisprudencial, la pérdida sobrevenida del objeto cuando se impugnan disposiciones reglamentarias, que es el supuesto en el que nos encontramos, sin perjuicio de que dicha impugnación se haya hecho valer a través del procedimiento especial para la protección de los derechos fundamentales.

Como señala la **sentencia del Tribunal Supremo de 8 de junio de 2004 (rec. c-a 219/2000)**:

«Siendo el recurso directo contra disposiciones generales un instrumento procesal que tiene como finalidad la de eliminar del ordenamiento jurídico las normas emanadas de los titulares de la potestad reglamentaria cuando sean contrarias a derecho, y no tanto la de resolver acerca de las pretensiones individualizadas que pudieran derivarse de una determinada relación jurídica entre el recurrente singular y la Administración, aquel recurso pierde su sentido cuando, al tiempo de dictar sentencia, la norma reglamentaria ha sido ya eliminada, por cualquier otro medio, del propio ordenamiento jurídico.

En efecto, ceñido como está el recurso directo a la pretensión de expulsión del ordenamiento jurídico de normas reglamentarias, esto es, a la depuración objetiva del ordenamiento, la derogación sobrevenida de tales normas priva a la controversia del objeto que le es propio. la pérdida de la finalidad del recurso queda más patente aún si se tiene en cuenta que, conforme al artículo 72.2 de la nueva Ley de esta Jurisdicción, "las sentencias firmes que anulen una disposición general tendrán efectos generales desde el día en que sea publicado su fallo y preceptos anulados en el mismo periódico oficial en que lo hubiera sido la disposición anulada". Norma ésta que corrobora la innecesariedad de un pronunciamiento judicial que elimine del ordenamiento jurídico, con eficacia general ex nunc, a una disposición que, por haber sido ya derogada, ha resultado excluida del propio ordenamiento jurídico antes del hipotético fallo judicial anulatorio».

En sentido similar, entre otras muchas, la **sentencia del Tribunal Supremo 253/2020 de 21 de febrero (recurso de casación 4528/2017)**, al señalar:

“TERCERO.- La derogación de una norma conlleva en principio la pérdida de objeto del pleito.

En la STS 22 de octubre de 2018 (RJ 2018, 4657) , recurso núm. 542/12 decíamos que el objeto de los recursos directos contra disposiciones generales es la depuración del ordenamiento jurídico eliminando del mismo las disposiciones contrarias a la Constitución (RCL 1978, 2836) o a la Ley (SSTS 21 de julio de 2015 (RJ 2015, 3946) , recurso casación 4152/2012, 16 de abril de 2012 (RJ 2012, 5829) , rec. 6/2008). Tal finalidad deja de existir cuando la norma contra la que se dirige el recurso ha dejado ya de tener vigencia por anulación jurisdicción previa o, como en el presente caso, por derogación expresa.

Aquí no se trata de un recurso directo ante el Tribunal Supremo sino la revisión por medio del recurso de casación de una sentencia (JUR 2017, 226918) en que se produjo la impugnación de una disposición general del Gobierno Foral de Navarra...

En consecuencia, dada la derogación expresa del precepto impugnado acontece una pérdida sobrevenida de objeto del recurso sin que la oposición de la recurrida no aceptando la pérdida sobrevenida y pidiendo el desistimiento sea óbice a tal pronunciamiento.”

SEGUNDA. IMPUGNACIÓN DE LA ORDEN SDN /458/2020, DE 30 DE MAYO:
FALTA DE LEGITIMACION ACTIVA Y DEMANDA DEFECTUOSA

Para el caso, de que se desestime la anterior alegación, lo primero que se debe advertir es que siendo dudosa la aplicación al caso del art. 34.2 LJCA, el principio de economía procesal podría amparar la acumulación y consiguiente impugnación conjunta de las Órdenes citadas cuyo contenido material, no obstante, es bien distinto.

Sin embargo, lo que no se puede desconocer es la falta de acreditación de la legitimación activa del recurrente, ni el defectuoso planteamiento del recurso en la impugnación de la Orden SND/458/2020, de 30 de mayo, para la flexibilización de determinadas restricciones de ámbito nacional establecidas tras la declaración del estado de alarma en aplicación de la fase 3 del Plan para la transición hacia una nueva normalidad.

En efecto, de un lado, el art. 2 de la Orden SND/458/2020, de 30 de mayo, limita su ámbito de aplicación a las concretas actividades contempladas en la misma que se desarrollen en las unidades territoriales relacionadas en su anexo, así como a las personas que residan en dichas unidades. El recurrente no ha acreditado la concurrencia de estas circunstancias por lo que falta la justificación del interés legítimo en la impugnación de la citada disposición.

Asimismo, la demanda dirige una suerte de impugnación general contra la Orden SND/458/2020, sin citar ningún precepto concreto de la misma, ni vincular la pretendida vulneración de derechos fundamentales a ninguno de sus 43 artículos, 3 Disposiciones Adicionales y 5 Disposiciones Finales, cuyo contenido es muy amplio y diverso, con disposiciones referidas a medidas de higiene y prevención, flexibilización de medidas de carácter social, condiciones en el desarrollo de la actividad en establecimientos y locales comerciales minorista y de prestación de servicios asimilados, condiciones para la prestación del servicio en los establecimientos de hostelería y restauración, condiciones para la reapertura de las zonas comunes de hoteles y alojamientos turísticos, medidas de

flexibilización en el ámbito de la cultura, condiciones en las que debe desarrollarse la actividad deportiva, condiciones para el desarrollo de las actividades turísticas, condiciones para la reapertura de los centros recreativos turísticos, zoológicos y acuarios, condiciones para la celebración de congresos, encuentros, reuniones de negocio, conferencias y eventos, condiciones para la reapertura de los establecimientos y locales de juego y apuestas, condiciones para la realización de actividades de tiempo libre dirigidas a la población infantil y juvenil. Es notorio que la disposición impugnada no limita su contenido a establecer medidas de distanciamiento social, que es el único reproche que puede colegirse de la demanda, huérfana de la más elemental precisión en orden a identificar los preceptos de la disposición que se impugnan y su conexión con los derechos fundamentales que se dicen vulnerados.

TERCERA. INEXISTENTE VULNERACIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES

La demanda pivota, en su mayor parte, sobre una afirmación que puede calificarse, cuando menos, como muy singular, y que se expresa bajo el epígrafe “Fundamentos de Derecho”, apartado I, “FONDO” de ese escrito; reproducida literalmente es la siguiente, se denuncia la “*vulneración del derecho a la integridad física y moral al impedir obtener inmunidad a la enfermedad covid-19 por medio del contagio y exponerle a las contraindicaciones asociadas al uso continuado de mascarillas*”.

Si se ha entendido bien, parece que el demandante considera que existe un supuesto “derecho al contagio de la COVID 19” orientado a obtener inmunidad individual y colectiva y que, en su particular entendimiento, engazaría directamente con el derecho fundamental a la vida y a la integridad física y moral reconocido en el art. 15 de la CE. Dicho de otra forma, las medidas establecidas por las autoridades sanitarias dirigidas a minimizar en lo posible el contagio del SARS-CoV2 lesionarían el derecho a la vida y a la integridad física y moral del actor al impedirle contagiarse del coronavirus.

Es una afirmación sorprendente que contrasta con el verdadero alcance del contenido del art. 15 CE en relación con el art. 43 del mismo texto constitucional. Nos limitaremos a contestar semejante afirmación citando el Auto del TC 40/2020, de 30 de abril, en el que se hace un planteamiento diametralmente opuesto: El TC afirma que la garantía del derecho a la integridad física y salud de las personas (art 15CE) sustenta la procedencia de la adopción de medidas restrictivas de otros derechos – en el caso examinado el de reunión- para impedir el contagio:

“ En el estado actual de la investigación científica, cuyos avances son cambiantes con la evolución de los días, incluso de las horas, no es posible tener ninguna certeza sobre las formas de contagio, ni sobre el impacto real de la propagación del virus, así como no existen certezas científicas sobre las consecuencias a medio y largo plazo para la salud de las personas que se han visto afectadas en mayor o menor medida por este virus. Ante esta incertidumbre tan acentuada y difícil de calibrar desde parámetros jurídicos que acostumbran a basarse en la seguridad jurídica que recoge el art. 9.3 de la Constitución, las medidas de distanciamiento social, confinamiento domiciliario y limitación extrema de los contactos y actividades grupales, son las únicas que se han advertido eficaces para limitar los efectos de una pandemia de dimensiones desconocidas hasta la fecha. Desconocidas y, desde luego, imprevisibles cuando el legislador articuló la declaración de los estados excepcionales en el año 1981 Y no se trata aquí de garantizar del orden público o de asegurar la no alteración del orden público. Tampoco la declaración del estado de alarma se ha basado en la preservación del orden público, sino en la garantía del derecho a la integridad física y la salud de las personas. Por eso nos encontramos en un escenario en que los límites al ejercicio de los derechos, que indudablemente se dan, se imponen por la necesidad de evitar que un ejercicio extralimitado del derecho pueda entrar en colisión con otros valores constitucionales (STC 42/2000, de 14 de febrero, FJ 2). En este caso los valores de la vida, la salud y la defensa de un sistema de asistencia sanitaria cuyos limitados recursos es necesario garantizar adecuadamente.”

En el mismo sentido, en palabras de la Sala a la que nos dirigimos, Auto de 4 de julio de 2020, al resolver sobre la adopción de medidas cautelares solicitadas:

“... Ello es muy relevante en la situación de grave afectación de los intereses públicos ocasionada por la pandemia de la COVID-19, en la que se enmarcan las medidas de protección de la disposición recurrida, y que requiere que se dispense a las medidas de protección del interés de la salud pública la mayor tutela posible. La existencia de riesgos para la salud pública derivados de

situaciones de contacto social es indudable, y la afectación que la medida cautelar de suspensión representaría para la población en general, y para el interés público que se trata de proteger es de una entidad indudablemente mayor que la de los intereses que invoca la recurrente, por lo que, también de conformidad con el art. 130.2 LJCA, procede la denegación de la medida cautelar de suspensión

Bajo esta premisa, decae gran parte de la argumentación de la demanda que cita como vulnerados, además del art. 15 CE en los términos erróneos que ya hemos señalado, el derecho al honor y a la propia imagen (artículo 18 CE) el derecho a la libre circulación (artículo 19 de la CE), el derecho a la información (artículo 20 de la CE) y el derecho de reunión (artículo 21 de la CE). Y ello, particularmente, en cuanto a la impugnación de la Orden SND/458/2020, de 30 de mayo, para la flexibilización de determinadas restricciones de ámbito nacional establecidas tras la declaración del estado de alarma en aplicación de la fase 3 del Plan para la transición hacia una nueva normalidad. Además de reiterar que procede la inadmisión, o en su caso, desestimación del recurso por falta de objeto, falta de acreditación de la legitimación activa e impugnación defectuosa por falta de concreción de los preceptos recurridos, cabe señalar que el recto entendimiento del derecho reconocido en el art. 15 CE justifica las posibles restricciones o limitaciones de otros derechos-, en línea con lo declarado por el TC y el TS- que el demandante reprocha por su equivocada concepción del “derecho al contagio”.

Igual suerte desestimatoria debe correr la impugnación de la Orden SDN /422/2020, de 19 de mayo: Además de la pérdida del objeto del recurso, el actor no justifica cómo la Orden SND/422/2020, de 19 de mayo, que establece tanto el uso obligatorio de mascarilla en determinados supuestos, como un amplio número de excepciones a esta obligación (motivadas por razones de salud, discapacidad, dependencia, desarrollo de actividades en las que, por la propia naturaleza de éstas, resulte incompatible el uso de la mascarilla y causa de fuerza mayor o situación de necesidad) puede afectar los derechos fundamentales que se citan como vulnerados.

Las medidas que se establecen en la disposición que se recurre están debidamente justificadas y se orientan, precisamente, a garantizar la seguridad sanitaria en relación a la disminución del riesgo de transmisión del SARS-CoV2 y preservar, por tanto, la integridad física y el derecho a la vida de los ciudadanos, ambos con cobertura constitucional en los arts. 15 y 43 de la CE.

Y es que, como explica la Exposición de Motivos de la Orden SDN 422/220, de 19 de mayo:

“... El uso generalizado de mascarillas por parte de la población general para reducir la transmisión comunitaria del SARS-CoV2 está justificado no solo por su alta transmisibilidad, sino también por la capacidad que han demostrado las mascarillas para bloquear la emisión de gotas infectadas, muy importante cuando no es posible mantener la distancia de seguridad. Asimismo, es necesario seguir un principio de precaución que permita continuar por la senda de la reducción de los casos de contagio de la enfermedad en nuestro país, principalmente cuando no se dispone de otras medidas como la vacunación...”

Abundando en ello, cabe señalar que la evidencia científica disponible con respecto de las características de la enfermedad COVID-19 (Ministerio de Sanidad de España- CSIC. Informe sobre filtros de aire en diferentes sectores industriales y posibilidad de eliminación del virus SARS-COV2, 29 abril 2020) considera que la forma de transmisión del virus entre humanos ocurre por un determinado tipo de gotas que se emiten al toser, hablar y respirar por parte de una persona infectada, y que por su tamaño y peso están presentes en aerosoles a distancias cortas y medias y que tienden a depositarse sobre las superficies cercanas, por lo que las principales vías de transmisión del virus son la vía aérea y la vía de contacto. El SARS-CoV-2 tiene una alta transmisibilidad demostrada incluso en sujetos asintomáticos.

Siendo esto así, hasta que una vacuna o un tratamiento efectivo estén disponibles, la prevención de COVID-19 depende de intervenciones no farmacológicas, incluyendo medidas de mitigación de la pandemia a nivel comunitario. El uso de las mascarillas en la población general, mostrada útil para otras infecciones con transmisión respiratoria, ha sido objeto de debate en el caso del SARS-CoV2- por las autoridades de salud pública a nivel mundial, a falta de evidencia clara disponible. El 3 de abril, los *Centers for Disease*

Control and Prevention (CDC) recomendaron a la población el uso de mascarillas de tela (MT) cuando las personas se encuentren en lugares públicos donde es difícil lograr el distanciamiento social, especialmente en áreas con una transmisión comunitaria sustancial, con el objetivo de desacelerar la propagación del virus, y evitar la transmisión a partir de personas con infección asintomática o pre-sintomática ([https://www.who.int/publications-detail/advice-on-the-use-of-masks-in-the-community-during-home-care-and-in-healthcare-settings-in-the-context-of-the-novel-coronavirus-\(2019-ncov\)-outbreak](https://www.who.int/publications-detail/advice-on-the-use-of-masks-in-the-community-during-home-care-and-in-healthcare-settings-in-the-context-of-the-novel-coronavirus-(2019-ncov)-outbreak)). El 8 de abril, el Centro Europeo para la prevención y Control de Enfermedades (ECDC) publicó un documento en la misma línea que los CDC (<https://www.ecdc.europa.eu/en/publications-data/using-face-masks-community-reducing-covid-19-transmission>). La Organización Mundial de la Salud (OMS), emitió el 6 de abril un documento de asesoramiento de uso de mascarillas, proporcionando algunos criterios a considerar por las Autoridades a la hora de tomar decisiones al respecto.

En conclusión, las medidas de higiene y prevención, como el uso de mascarillas, han seguido las pautas establecidas por los organismos nacionales e internacionales, atendiendo a un enfoque de análisis de riesgos, basado en la evidencia científica disponible, la situación epidemiológica de cada momento y el contexto, tanto a nivel nacional como internacional, para decidir en qué entornos y circunstancias deben utilizarse las mascarillas.

Con todo ello, las medidas relativas al uso de mascarillas adoptadas para afrontar la crisis sanitaria del nuevo virus SARS-CoV-2 en nuestro país, se han ajustado progresivamente de acuerdo a la evolución y situación de la epidemia a nivel nacional y global y el grado de conocimiento científico. En la fase inicial de mitigación de la pandemia en España, con el objetivo de disminuir o interrumpir la transmisión del COVID-19 a fin de proteger el derecho a la vida, a la integridad física y a la salud de la población, fue prioritario instaurar medidas de confinamiento de la población y garantizar las de protección de los trabajadores sanitarios y de residencias sociales mediante el suministro de los equipos necesarios, especialmente importante ante una situación de desabastecimiento mundial.

En ese marco el Gobierno declaró, mediante el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, el estado de alarma en todo el territorio nacional, restringiéndola libertad de circulación de las personas a unos supuestos muy específicos, tales como la adquisición de alimentos, productos farmacéuticos y entidades financieras, la asistencia a centros sanitarios, el desplazamiento al lugar de trabajo y residencia y por causa justificada o de fuerza mayor. Estas restricciones de movilidad conllevaron una exposición a riesgos de contagio muy limitada entre la población general durante ese periodo.

En la transición de la fase 0 a las otras fases de desescalada, a medida que se inició la apertura gradual de actividades vinculada al "Plan de transición hacia una nueva normalidad", se revela más necesario el uso de mascarillas por parte de la población al no poder asegurar, en todos los casos, la distancia mínima de 1 metro. Asimismo, al no haber suficiente evidencia de control de la epidemia, el bajo nivel de inmunidad entre la población española frente al SARS-CoV-25 (<https://www.mscbs.gob.es/gabinetePrensa/notaPrensa/pdf/13.05130520204528614.pdf>. Estudio Nacional de Sero-Epidemiología de la Infección por SARS-COV-2 en España. Informe Preliminar de 13 de mayo de 2020), junto con el conocimiento del papel que juegan los individuos asintomáticos y presintomáticos en la transmisión del virus se considera necesario que el uso de mascarillas sea obligatorio en una gran parte de las situaciones cotidianas.

Por todo ello, aplicando el principio de precaución, se adoptaron las siguientes medidas relativas al uso de mascarillas y su fácil acceso por parte de la población:

- i) *Orden SND/354/2020, de 19 de abril*, establece medidas excepcionales para garantizar el acceso de la población a los productos de uso recomendados como medidas higiénicas para la prevención de contagios por el COVID-19, que garantiza el acceso y asequibilidad de las mascarillas para toda la población.
- ii) *Orden TMA/384/2020, de 3 de mayo*, por la que se dictan instrucciones sobre la utilización de mascarillas en los distintos medios de transporte y se fijan requisitos para garantizar una movilidad segura de conformidad

con el plan para la transición hacia una nueva normalidad, complementada con la distribución de mascarillas en puntos seleccionados de todo el territorio nacional (estaciones de ferrocarril, autobuses, metro...)

- iii) Por último, una vez que finalizó el periodo de "permiso retribuido recuperable de carácter obligatorio" y se produjo la reincorporación gradual a sus puestos de ciertos colectivos de trabajadores, lo que conllevaba el aumento la movilidad en situaciones en las que no siempre es posible mantener la distancia física de seguridad, con el objetivo de reducir el número de contagios mientras se recuperaba paulatinamente la vida cotidiana y para proteger la salud de la población, evitando así que las capacidades del sistema sanitario se pudiesen desbordar, se publicó la *Orden SND/422/2020, de 19 de mayo, por la que se regulan las condiciones para el uso obligatorio de mascarilla durante la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19*, que es objeto del presente recurso y que, como se acaba de ver responde a criterios justificados y proporcionados de preservación de la salud pública.

En otro orden de cosas, y para finalizar este apartado, recordar que, como ha tenido ocasión de señalar reiteradamente la Sala a la que nos dirigimos, -por todos, auto de 6 de mayo de 2020, Rec.96/2020-, el Real Decreto por el que se declara el estado de alarma y sus sucesivas prórrogas no son ni pueden ser objeto de fiscalización por la jurisdicción contencioso administrativa, por lo que los reproches de la demanda en este punto, son por completo ajenos a este presente procedimiento dada la extensión y límites del ámbito de la jurisdicción contenciosa administrativa.

Por lo expuesto,

SUPlico A LA SALA que teniendo por presentado este escrito tenga por contestada la demanda y, tras la tramitación pertinente, se declare la inadmisibilidad del

recurso, y en todo caso, su desestimación por los motivos expresados en el cuerpo de este escrito, con expresa imposición de las costas al recurrente.

Es justicia que pido en Madrid a 24 de julio de 2020