



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA

2/140/20
TRIBUNAL SUPREMO

SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

SECCIÓN CUARTA

RECURSO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO N.º 2 / 140 / 20

FISCALIA N.º 135 / 56 / 20

RECURRENTES: D.

47a.
TRIBUNAL SUPREMO
REGISTRO GENERAL

27 JUL 2020

ENTRADA N.º

A LA SALA

EL FISCAL, despachando el trámite que le ha sido conferido por medio de Diligencia de Ordenación de 15 de julio de 2020, con entrada en esta Fiscalía el mismo día, formula **ALEGACIONES** en los términos –Antecedentes de Hecho y Fundamentos de Derecho– que luego se dirán, respecto del Recurso Contencioso-administrativo tramitado bajo los autos N.º 2 / 140 / 2020, promovido por la representación procesal de don [] 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.

ESCANEADO
REGISTRO GENERAL

ANTECEDENTES DE HECHO

27 JUL 2020

I

Se asumen los recogidos en el expediente administrativo y se niegan los hechos expuestos en la demanda en la medida en que no resulten justificados por los documentos obrantes en el citado expediente administrativo.

En todo caso hay que recalcar que en la elaboración de la Orden SND / 422 / 2020 se ha tomado en consideración criterios emanados de la Organización Mundial de la Salud (OMS) sobre principios relativos al levantamiento de las medidas de desconfinamiento, en tanto que en la elaboración de la Orden SND / 458 / 2020 se ha prestado atención a informes epidemiológicos y de capacidad asistencial generados por la Dirección General de Salud Pública; concluyendo la eficacia de ambas Ordenes con la finalización de las prórrogas del estado de alarma. Es el caso que la Orden SND / 458 / 2020 –según su



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA

anexo- va referida, en cuanto a la Comunidad Autónoma de Canarias, a las islas de La Gomera, El Hierro y La Graciosa.

Y respecto de los hechos recogidos en la demanda, ésta se refiere en concreto y en lo más a diferentes apreciaciones y despliegue de juicios de valor atinentes a:

Pretendida carencia de fundamento legal en las medidas de uso de mascarillas y distanciamiento social.

Puesta de manifiesto de la carencia de argumentación sobre la evitación del contagio para obtener la inmunidad en las Ordenes recurridas.

Sostenimiento de que la imposición de medidas sanitarias se hace en base a recomendaciones de la OMS.

Enunciados que niegan que haya existido colapso y riesgo de que exista.

Exposición de pretendidos beneficios del contagio para el desarrollo de la inmunidad.

Afirmaciones de que los niveles de mortalidad actual son normales y esperados, así como de supuesto valor científico respecto de la carencia de idoneidad y las contraindicaciones en torno a las mascarillas y el distanciamiento social.

Consideraciones sobre lo que la demanda estima un discurso injurioso respecto de personas que no cumplen las medidas de uso de mascarillas y distanciamiento social.

II

Es contra las referidas Ordenes SND / 422 / 2020 y SND / 458 / 2020 que se interpone el presente recurso contencioso-administrativo por la representación procesal de don [REDACTED] con domicilio en [REDACTED] /

[REDACTED] con fecha de envío por sistema LexNet del escrito de interposición a 4 de junio de 2020 y dando lugar ante esa Excm. Sala a los autos Nº. 2 / 140 / 20.

En la demanda, como pretensión, se solicita el reconocimiento de haber sido vulnerados los derechos fundamentales de don [REDACTED] en concreto: derecho a la integridad física y moral -art. 15 CE-, a la libertad individual -art. 17 CE-, al honor y la propia imagen -art. 18 CE-, a la libre circulación -art. 19 CE- y el derecho de reunión -art. 21 CE-.



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA

III

Por la Ilma. Sra. Letrada de la Administración de Justicia de la Sección Cuarta de esa Excm. Sala se ha dictado Diligencia de Ordenación, de 15 de julio de 2020 y con entrada en esta Fiscalía el mismo día, dando traslado a este Ministerio para contestación a la demanda en plazo de ocho días.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

I

Nada tiene que objetar esta Fiscalía respecto de la legitimación procesal individual de la parte actora respecto de la impugnación que hace de 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*, dada la condición de don [redacted] de destinatario último de la misma obligado a su cumplimiento.

Pero se hace preciso rechazar la *legitatio ad causam* del citado don [redacted] en relación con 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*. Y en efecto, un interés neta y genuinamente individualizado o personal, que resultase amparable en el art. 19. 1. a) LRJCA –precepto que posibilita la legitimación ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo de quien ostente un interés legítimo–, se hace ver que no se da en el presente caso, puesto que la regulación que lleva a cabo de las medidas de distanciamiento social la Orden SND / 458 / 2020 se efectúa, con arreglo al art. 2 de la misma Orden, para su aplicación a unidades territoriales previstas en Anexo a la Orden; no encontrándose el domicilio del recurrente –situado en [redacted] – en el espacio de alguna de las unidades territoriales referidas en el citado Anexo, que relaciona, dentro de la Comunidad Autónoma de Canarias, las islas de La Gomera, El Hierro y La Graciosa. Y así sucede que no puede olvidarse lo que recuerda el ATS de 27 de mayo de 2019 (Recurso Nº. 165 / 2019, R. J. único), como es que: *“para que la legitimación activa pueda reconocerse [.....], ha de existir un vínculo especial y concreto entre el sujeto y el objeto del debate en el pleito de que se trate, vínculo o nexo que habrá de ponderarse en cada caso y que se*



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA

plasma en la noción de interés jurídico o económico, traducible en una ventaja o beneficio cierto, cualificado y específico derivado de la eventual estimación del recurso entablado", lo que no se percibe respecto del recurrente en el presente caso, en cuanto que no radica su residencia en el espacio territorial al que va referida la Orden SND / 458 / 2020, ni, dicho en términos más generales, se aprecia conexión alguna entre el recurrente y la citada Orden SND / 458 / 2020 objeto de recurso. Al mismo sentido que el que aquí se expone respondería el ATS de 21 de julio de 2020 (Recurso N.º 115 / 2020, R. J. 3.º).

No se cuestiona ni a la jurisdicción ni la competencia de esa Excm. Sala, ni la idoneidad del presente procedimiento especial para la protección de derechos fundamentales para sustanciar las presentes actuaciones; como tampoco la acumulación de pretensiones respecto de diferentes disposiciones, si fuera el caso que no se entendiera carente de legitimación a la parte actora respecto de la impugnación de la Orden SND / 458 / 2020.

Entiende, en definitiva y en consecuencia el Fiscal, que la demanda reúne los requisitos procesales necesarios para su admisión sólo en los términos que se derivan de los párrafos anteriores del presente ordinal; es decir, en relación exclusivamente con la Orden SND / 422 / 2020; pero respecto de la Orden SND / 458 / 2020 se estima que el recurrente en estos autos carecería de la legitimación activa prevista y exigida por los arts. 19. 1. a) y 51. 1. b) LRJCA, lo que, a juicio de este Ministerio, debiera dar lugar a la inadmisión parcial del presente recurso por lo que hace a la mentada Orden SND / 458 / 2020.

Sin embargo, en particular cabe señalar que, aun cuando la parte actora no se refiera a ello, la subsistencia del objeto del presente proceso podría cuestionarse, habida cuenta de que las Ordenes SND / 422 / 2020 y SND / 458 / 2020, en virtud de lo dispuesto en Disposiciones finales –segunda y quinta respectivamente– de las mismas, han concluido su eficacia con la finalización de las prórrogas del estado de alarma, tal como ya se puso de manifiesto en los ANTECEDENTES DE HECHO de este escrito. No obstante, habida cuenta de que el demandante articula su pretensión en el marco del procedimiento especial para la protección de derechos fundamentales e insta el reconocimiento de la vulneración de los derechos que invoca, la pretensión deducida conserva su objeto.

II

Entrando ya sobre el fondo del asunto respecto de las Ordenes SND / 422 / 2020 y SND / 458 / 2020 –la segunda por si fuera el caso que no se apreciara falta de legitimación para impugnarla– y que son objeto ambas de recurso; preciso es decir que también ambas



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA

presentan la suficiente justificación técnica o científica de las medidas precautorias y de contención del contagio, consistentes éstas en el uso generalizado de la mascarilla y las restricciones flexibilizadas de distanciamiento social, que las citadas Ordenes contienen. A tal justificación se ha aludido en los ANTECEDENTES DE HECHO de este escrito, sucediendo que la propia demanda admite que la imposición de las medidas sanitarias lo es en base a recomendaciones de la OMS.

Y esa justificación técnica o científica de las citadas medidas, que hemos calificado de suficiente, lo es a la hora de ponderar las restricciones que deben operarse en derechos fundamentales invocados por el recurrente, en la medida que pudieran verse afectados por tales medidas. A saber y según el decir del recurrente: el derecho a la integridad física y moral -art. 15 CE-, privándosele de obtener inmunidad individual y grupal mediante el contagio, a la vez que se le niega la gestión de su salud sin interferencias administrativas; el derecho a la libertad individual -art. 17 CE-, en cuanto que resulta obligado a usar mascarilla y al distanciamiento social, añadiendo que se vulnera su derecho a la información -art. 20 CE-, pues el paciente debe conocer toda la información con motivo de cualquier actuación en el ámbito de su salud; el derecho al honor y la propia imagen -art. 18 CE-, pues se le hace aparecer como alguien irresponsable por su deseo de contagiarse para obtener inmunidad; y los derechos a la libre circulación -art. 19 CE- y reunión -art. 21 CE-, en cuanto que las medidas de distanciamiento social limitan la circulación de personas y el juntamiento de éstas.

Dicha justificación suficiente del uso de mascarillas y del distanciamiento social se asienta, en definitiva y en orden a limitar derechos fundamentales como los que la demanda refiere, en que dichos derechos fundamentales *"no son derechos absolutos e ilimitados. Por el contrario, su ejercicio está sujeto tanto a límites expresos constitucionalmente como a otros que puedan fijarse para proteger o preservar otros derechos o bienes constitucionalmente protegidos"* -STC N.º 181 / 1990, de 15 de marzo (F. J. 3º), con cita de otras-. Así, el uso de mascarillas y el distanciamiento social se constituyen -normas jurídicas mediante, como son las Ordenes SND / 422 / 2020 y SND / 458 / 2020- en límites extrínsecos a esos derechos fundamentales del recurrente, derivando tales límites de la propia existencia social -en la que se debe atender a la tutela de la salud pública ex art. 43 CE- y de la concurrencia en aquella de otros sujetos de derecho, cuyos derechos precisan también ser protegidos.

En particular, por lo que hace al derecho a la integridad física y moral -art. 15 CE-, las medidas relativas al uso de mascarilla y distanciamiento social resultan especialmente



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA

justificadas por razones de tutela de la salud pública, estando vinculadas a la preservación de la integridad física y la vida del conjunto de los ciudadanos, para lo que constituyen una cautela racional frente a los riesgos que puede entrañar otra estrategia diferente de abordar la pandemia, lo que explica satisfactoriamente la interferencia administrativa en la gestión de la salud y la evitación del contagio como posible método de obtención de inmunidad individual y grupal.

Sobre la erosión del derecho al honor y la propia imagen –art. 18 CE–, en la medida en que una cierta percepción social vislumbre a quien desea contagiarse para obtener inmunidad como alguien “irresponsable” –en expresión del recurrente–; hay que recordar que las conductas omisivas del uso de la mascarilla y de la observancia del distanciamiento social son conductas antijurídicas que –excepciones aparte legalmente previstas– integran ilícitos administrativos con previsión para ellas de procedimientos sancionadores –art. 20 del Real Decreto 463 / 2020 y Disposición adicional primera de la Orden SND / 458 / 2020– y que, como ilícitos administrativos que son, subyace a tales conductas un reproche social, conllevando éste, como posible efecto colateral, un potencial estigma social que, en atención a la naturaleza y preponderancia de los bienes jurídicos que resultan protegidos mediante la sanción administrativa en el Estado social y democrático de Derecho y las garantías con las que se reviste la imposición de esa sanción en ese mismo Estado, convierte en lícita la posible eventualidad de tener que soportar tal estigma social –el “discurso injurioso” en calificación notablemente desenfocada de la demanda–.

Pero es que ese estigma social que se dice, por lo demás, se sitúa más allá del punto de fuga que limita el campo u horizonte del Derecho, para, trascendiendo de éste a un plano metajurídico, adentrarse en ese otro plano que lo es de pautas sociales de comportamiento distintas de las que el Derecho encierra y que integradas por usos sociales –en este caso los de la observancia de las medidas dichas más allá de su normatividad jurídica–, en cuanto que tales usos sociales no sean atendidos, generan un rechazo o censura social a los que el Derecho es ajeno, con presiones para hacerlos cumplir o consecuencias de su incumplimiento no emanadas ya del poder público como tal, sino que siguen otros derroteros distintos de control social.

Sí hay que precisar que en modo alguno resulta lastimado el derecho a la información que recoge el art. 20 CE, puesto que la información con motivo de cualquier actuación en el ámbito de la salud y con arreglo a la legislación sobre autonomía del paciente e información clínica a éste, va precisamente referida, como premisa, al paciente, lo que no es de suyo el caso de las Ordenes SND / 422 / 2020 y SND / 458 / 2020, cuyo



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA

destinatario no es propiamente el paciente, sino el conjunto de los ciudadanos como tales ciudadanos. Pero lo que es más importante, la información a la que se refiere el art. 20 CE es por entero ajena al derecho de acceso al conocimiento respecto de las intervenciones sobre su salud que al paciente corresponde, toda vez que:

“...el derecho a la información previsto en el art. 20. 1. d) CE es un derecho personal considerado como proyección de una dignidad humana que reclama el libre desarrollo de la personalidad -conforme al art. 10. 1 CE- y que es también manifestación, en términos muy generales, de lo que puede llamarse libertad de pensamiento, teniendo una dimensión política, aunque no sea propiamente un derecho político en el sentido de derecho de participación en la formación de la voluntad de la comunidad política; dimensión política por la que el derecho a la información del art. 20. 1. d) CE influye en la formación de la opinión pública y en la adopción de decisiones por parte de los gobernantes” -STS de 17 de diciembre de 2018 (Recurso N.º 695 / 2017, F. D. 5º)-.

III

Tampoco puede admitirse, a diferencia de lo que afirma la demanda, que exista desviación de poder, entendida ésta como el ejercicio de potestades administrativas para fines distintos de los fijados por el ordenamiento jurídico; algo que la demanda parece querer ver en una limitación de derechos fundamentales que sólo el estado de excepción permitiría -dentro de un cuestionamiento más o menos explícito que del estado de alarma hace- y en la imposición de medidas sanitarias que carecerían de fundamento legal. Pero frente a tal género de planteamientos hay que recordar que las Ordenes SND / 422 / 2020 y SND / 458 / 2020 tienen su apoyatura legal en los RR. DD. 463/2020 y 537 / 2020, por los que se declara y prorroga el estado de alarma, y, que dichos textos legales disponen de la autorización del Congreso de los Diputados, gozando de valor y fuerza de ley, por lo que, en consecuencia, sólo cabe objetar respecto de ellos posible tacha de inconstitucionalidad ante la jurisdicción del tribunal Constitucional.

Por lo demás, que para censurar que las Ordenes SND / 422 / 2020 y SND / 458 / 2020 respondan a criterios que se avienen con los de la OMS, la demanda refiera que ésta no es fuente del Derecho español y carece de jurisdicción en España, no deja de ser mera extravagancia jurídica, siendo lo cierto, sencillamente, que la OMS es un organismo especializado de la ONU que tiene, entre sus funciones y según el art. 2 de su Constitución:

“g) Suministrar información, consejo y ayuda en el campo de la salud;”.



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA

En relación con la crítica que la demanda hace a las Ordenes recurridas de la falta de motivación sobre la evitación del contagio para alcanzar la inmunidad, decir cabe que bien está que la exposición preambular de la norma jurídica, así como su sistemática y adecuada redacción, coadyuven todas ellas a revelar con nitidez la *ratio legis* de esa norma, pero constituye un exceso reclamar de esa misma norma, y de modo indefectible, que aquella razone, no la solución o respuesta que da a la ordenación de una realidad social –en este caso la prevención respecto de la pandemia–, sino todo lo contrario, que razone la solución que no da, pues argumentar sobre lo segundo sería esencialmente un absurdo, en cuanto que no se pauta jurídicamente ante dicha pandemia una estrategia de contagio para conseguir la inmunidad.

En definitiva, y sin perjuicio de que los derechos fundamentales sean susceptibles de limitaciones en atención a otros derechos y bienes, como también que las decisiones jurídicas que se materializan en las Ordenes SND / 422 / 2020 y SND / 458 / 2020 sean ilustradas por una evaluación científica precedente –en este caso siguiendo en buena parte criterios emanados de la OMS–; es lo cierto que todo ello se ubica y tiene su razón de ser dentro del contexto de una determinada política que implementa el Poder ejecutivo, dotado para ello de la legitimidad democrática surgida del sufragio universal que está en el origen de la acción de Gobierno. Y sucede que la acción de Gobierno, en un régimen político democrático, no puede quedar subsumida en lo que sería una mera tecnocracia –dilucidar técnicamente cual es la mejor opción a adoptar y seguir, supuesto que eso sea técnicamente posible, lo que ya sería bastante suponer–, por lo que esa acción de Gobierno no consiste tan sólo en el hallazgo de fórmulas técnicas y soluciones “eficaces”, sino que es preciso que sean comprendidas y aceptadas por la ciudadanía; se trata, en resumidas cuentas y con la acción de Gobierno dicha, de tomar decisiones formalizadas jurídicamente que lleven a cabo una determinada coordinación de juicios técnicos, sí, pero que a la par aspiren –con acierto o no– a la aceptación y colaboración de la sociedad en su aplicación. Y es así como hay que explicarse, a partir del Real Decreto 463 / 2020 que declara el estado de alarma y los posteriores que lo prorrogan, las Ordenes SND / 422 / 2020 y SND / 458 / 2020 ahora recurridas y que de tales Reales Decretos traen causa, en lo que tienen de opción adoptada por el Gobierno con un basamento técnico o científico –imposición de mascarillas y distanciamiento social– al objeto de superar la pandemia, frente a otra opción, en sí misma respetable *a priori* y que puede no estar desasistida de razones técnicas o científicas –no evitación del contagio para obtener inmunidad–, pero que no es la opción adoptada por el Gobierno de la Nación en el legítimo ejercicio de sus funciones.



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA

IV

Procede, por la inadmisión y desestimación que se pedirá y en aplicación del art. 139. 1 LRJCA, la imposición de las costas al recurrente.

Por lo expuesto

El **Fiscal**, con fundamento, pues, en las consideraciones precedentes, **INTERESA** que se tenga por admitido en tiempo y forma el presente escrito de alegaciones, por contestada la demanda y que, previos los trámites correspondientes, se dicte sentencia por la que -con imposición de costas al recurrente- se acuerde la declaración de **INADMISIÓN PARCIAL** -por carencia de legitimación respecto de la impugnación de la Orden SND / 458 / 2020- del recurso contencioso-administrativo interpuesto y la **DESESTIMACIÓN** -en todo caso respecto de la Orden SND / 422 / 2020 y subsidiariamente respecto de la Orden SND / 458 / 2020- del citado recurso y que fue promovido por la representación procesal de don .

OTOSÍ DICE: El Ministerio Fiscal solicita el recibimiento del pleito a prueba, interesando la admisión y práctica del siguiente medio probatorio, con el fin de acreditar que las medidas de uso obligatorio de mascarilla de distanciamiento social que imponen las Ordenes recurridas se hallan justificadas por razones de protección de la salud pública.

- DOCUMENTAL, consistente en el expediente administrativo

En Madrid, a 27 de julio de 2020

EL FISCAL



Fdo: