

AL TRIBUNAL SUPREMO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN CUARTA

RECURSO ORDINARIO DERECHOS FUNDAMENTALES 140/2020

[REDACTED] PROCURADOR DE LOS
TRIBUNALES, en representación de [REDACTED]
representación que se acredita mediante apoderamiento apud acta electrónico que se
aporta como documento nº 1, y bajo la dirección letrada de [REDACTED]
[REDACTED]
ante el Juzgado comparezco y como mejor sea procedente en Derecho

DIGO

Que mediante el presente escrito, al amparo de lo dispuesto en el art. 238 Y 240 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, interpongo **ESCRITO DE NULIDAD DE ACTUACIONES** contra la sentencia de nº 1569, de 20 de noviembre de 2020, dictada por este Tribunal, en base a las siguientes

ALEGACIONES

PRIMERO.- VULNERACIÓN DEL DERECHO FUNDAMENTAL DEL RECORRENTE A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA DEL ART. 24 CE, POR VULNERACION DEL DERECHO A UN PROCEDIMIENTO CON TODAS LAS GARANTÍAS, A IGUALDAD DE ARMAS Y A UN JUEZ IMPARCIAL, POR NO GUARDAR RELACIÓN LA CONCLUSIÓN DE LA SENTENCIA CON LA PRUEBA PRACTICADA E

INCONGRUENCIA OMISIVA POR FALTA DE VALORACION DE PRUEBA APORTADA.

El Tribunal reconoce en su sentencia que ni el Abogado de Estado ni el Ministerio Fiscal han aportado al procedimiento informe médico alguno favorable al uso de mascarillas, sino únicamente referencias incompletas a informes supuestamente alojados en internet y redactados en otros idiomas, a pesar de ello estima "probado" que los efectos favorables de su uso son mayores que los perjuicios (perjuicios que en ningún caso niega el Tribunal, como tampoco lo ha hecho la Abogacía del Estado ni el Ministerio Fiscal, que no han discutido el contenido del informe médico aportado por esta parte).

"Ningún informe de expertos sanitarios u órganos técnicos españoles de tal naturaleza favorables a su uso han aportado o esgrimido el Ministerio Fiscal o la Abogacía del Estado. Esta última hace mención a un informe de los Centers for Disease Control and Prevention (CDC) **cuya naturaleza no identifica** mas que bajo ese nombre se corresponde con uno de los componentes operativos más importantes del Departamento de Salud y Servicios Humanos de los Estados Unidos de América, es decir su Agencia de Salud Pública. A continuación, remite al documento de asesoramiento de uso de mascarillas de la Organización Mundial de la Salud bajo sus siglas en inglés whoint (<https://www.who.int/es/emergencias/diseases/novel-coronavirus-2019/advice-for-public/when-and-how-to-use-masks>) al tiempo que cita un documento similar del Centro Europeo para la Prevención y Control de Enfermedades de 8 de abril, Agencia de la Unión Europea, **e identifica donde se encuentra publicado "on line"**

Esto supone una gravísima conculcación del derecho fundamental del recurrente a un proceso con todas las garantías, dado que se llega a una conclusión apartándose absolutamente de la prueba practicada, y llegando a una conclusión arbitraria e irracional, ya que lo que no se ha aportado al proceso y no ha sido objeto de valoración, no puede suponer prueba que asiente el fallo de la sentencia. La única prueba aportada por la otra parte es el expediente administrativo, que no contiene

informe médico alguno que valore la conveniencia o beneficios del uso de mascarillas para reducir el contagio por Covid19, sino que solo consta informe del Ministerio de Sanidad que se limita a imponer su uso.

En ese sentido, hacemos referencia a la jurisprudencia del TC, que en su sentencia 44/1989 de 20 de febrero, establece:

*“por ser facultad que pertenece a la potestad jurisdiccional, corresponde en exclusiva a los Jueces y Tribunales ponderar los distintos elementos de prueba y valorar su significado y trascendencia en orden a la fundamentación del fallo contenido en la sentencia. Y esta libertad del Órgano Judicial para la libre valoración de la prueba, implica, como también señala la misma doctrina (STC 175/1985, de 15 de febrero) que pueda realizar deducciones lógicas de la actividad probatoria llevada a cabo, **siempre que no sean arbitrarias, irracionales o absurdas**, siendo el Juez o Tribunal de instancia soberano para la apreciación de la prueba, con tal de que esta libre apreciación sea razonada, (...) lo que quiere decir que la resolución judicial ha de contener el razonamiento sobre las conclusiones de hecho a fin de que las partes puedan conocer el proceso de deducción lógica del juicio fáctico seguido por el Órgano Judicial”.*

Es evidente que la conclusión de la sentencia consistente en “los efectos beneficiosos de la medida de uso de las mascarillas son mayores a los perjuicios” y “el uso de la medida es proporcionado”, reúne los apelativos que recoge la referida sentencia del Tribunal Constitucional, por no guardar ninguna lógica con la prueba practicada.

Esta parte ha aportado informe médico no solo de los perjuicios que conlleva el uso perjudicial del uso prolongado de las mascarillas (su contenido no se ha discutido por las otras partes ni el tribunal, y el Tribunal admite dichos perjuicios) sino que además se ha cuestionado la medida por no haber superado (ni haberse realizado) juicio de idoneidad, necesidad y proporcionalidad sobre la misma, requisitos necesarios para comprobar que una medida legal tiene un objetivo constitucional proporcionado, conforme a la sentencia del Tribunal Constitucional 64/2019, de 9 de mayo, FJ 5), es

necesario el cumplimiento de tres requisitos, como recoge la Sentencia del Tribunal Constitucional 99/2019, de 18 de julio (FJ 6):

(e)I enjuiciamiento de la proporcionalidad de una medida legislativa, como presupuesto de constitucionalidad de la misma, se articula en dos fases (por todas, STC 60/2010, FJ 9): a) la primera parte de ese canon de control consiste en examinar que la norma persigue una finalidad constitucionalmente legítima; y b) la segunda parte implica revisar si la medida legal se ampara en ese objetivo constitucional de un modo proporcionado. Esta segunda fase de análisis exige, a su vez, verificar (por todas, STC 64/2019, de 9 de mayo, FJ 5) «la triple condición de: (i) adecuación de la medida al objetivo propuesto (juicio de idoneidad); (ii) necesidad de la medida para alcanzar su objetivo, sin que sea posible su logro a través de otra más moderada con igual eficacia (juicio de necesidad) y (iii) ponderación de la medida por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto (juicio de proporcionalidad en sentido estricto)».

Al Ministerio fiscal y los jueces que conforman el Tribunal, además de la imparcialidad que se les presupone, en tanto que operadores jurídicos no les corresponde realizar valoraciones médicas de la medida de uso de mascarillas, como lo es decir que “la medida es poco intrusiva”. máxime cuando no se han discutido los perjuicios que conlleva su uso admitiéndose los expuestos en el informe médico aportado por esta parte [REDACTED] e incluso refiriéndose los mismos según la propia OMS.

Así según el informe [REDACTED]

El uso frecuente y prolongado de mascarillas dificulta en la persona portadora de las mismas el proceso respiratorio normal. Cuando utilizamos una mascarilla impedimos la incorporación de oxígeno que la persona necesita en el proceso de inspiración, reinhalando, por parte de la propia persona, parte del producto de desecho que se elimina en la espiración en forma de dióxido de carbono, al dificultar su liberación por efecto barrera de la mascarilla.

Esto provoca una baja concentración de oxígeno arterial (hipoxia) y una alta concentración de dióxido de carbono (hipercapnia) y consecuentemente innumerables cuadros clínicos entre los que destacan los que ahora reflejaremos.

Por tanto, cuando existe un aporte disminuido de oxígeno a las células por el uso frecuente y prolongado de las mascarillas, o sea, hipoxia, se ponen en marcha una serie de cambios fisiológicos en el organismo, que intentan devolver el equilibrio, es decir, restablecer los niveles de oxígeno de la sangre arterial.

- De forma automática tiene lugar un aumento de la ventilación (hiperventilación) que se debe a la estimulación que la hipoxia produce en los quimiorreceptores periféricos (carotideos, principalmente), estimulándose el sistema nervioso simpático que provoca un aumento de frecuencia cardíaca, tanto en reposo como en situaciones de actividad física y esfuerzo físico, con el objetivo de favorecer el aumento del flujo sanguíneo hacia los tejidos.

- Las manifestaciones iniciales más frecuentes son cuadros clínicos de cefaleas y cansancio.

- Esto puede ir seguido en algunos casos de sensación de mareo hasta llegar al síncope.

- Este aumento del sistema nervioso simpático potencia la liberación de catecolaminas, entre las cuales se encuentra el cortisol que inhibe el sistema inmunitario, disminuyendo el sistema defensivo del ser humano, factor que junto con la posible reutilización de las mascarillas, puede producir enfermedades infecciosas.

- A nivel cerebral, la disminución del suministro de oxígeno provoca una hipoxia cerebral que puede producir dificultad en la actividad mental, deterioro cognitivo, falta de atención y disminución de la coordinación motora. Por la gran sensibilidad que tienen las células cerebrales a la disminución del aporte de oxígeno, la hipoxia podría producir isquemia cerebral, manifestándose desde un simple mareo hasta un Accidente cerebrovascular en personas predispuestas.

- El aumento de frecuencia cardíaca produce taquicardia que puede condicionar dificultad respiratoria, mareo, debilidad, palpitaciones y confusión mental.

- A nivel cardíaco, la hipoxia podría provocar afectación en el miocardio por un aumento de la frecuencia cardíaca compensatoria, y favorecer la presentación de diversos tipos de arritmias, miocardiopatías e incluso favorecer los Infartos agudos de miocardio.

- A nivel respiratorio se produce una hiperventilación, o sea, una respiración rápida y profunda. El aumento de ventilación produce un aumento de la

de primavera y verano, que provoca un aumento en la eliminación de agua corporal a través de la sudoración.

- A nivel muscular, la hipoxia por uso prolongado y frecuente de mascarillas podría provocar también fatiga y pérdida de masa muscular.
- Por otra parte a nivel dermatológico se pueden producir, por el uso prolongado y frecuente de mascarillas, alteraciones de la microcirculación cutánea como eritemas, inflamación de la epidermis provocando dermatitis de contacto por irritación de las sustancias químicas propias de las mascarillas, así como alergias cutáneas, por rechazo de tales sustancias, y agravamiento de patologías cutáneas faciales ya existentes.
- A nivel nasal, el uso de mascarillas de forma cotidiana y frecuente también puede provocar rinitis, así como a nivel oral cuadros de sequedad bucal e infecciones fúngicas favorecidas por el aumento de la temperatura y de la humedad en el compartimento estanco que se genera entre la boca y la mascarilla.
- A consecuencia de la hipoxemia e hipercapnia, se afecta el pH de la sangre hacia la acidosis, lo que provoca una caída del sistema inmunológico que favorece infecciones víricas, bacterianas, fúngicas y parasitarias, así como se convierte el organismo en terreno de cultivo adecuado para el cáncer y otras enfermedades crónico-degenerativas. lo que en buena lógica científico-médica, ocasionará incremento de la tensión arterial, mayor número de infartos cardíacos, aumento de la ansiedad y caída del sistema inmunológico, y por tanto a la larga aumentarán las infecciones no sólo por el virus que se está tratando de evitar, sino de todo tipo de infecciones víricas, bacterianas, fúngicas y parasitarias, aumento de todo tipo de enfermedades crónico-degenerativas como el cáncer.
- Como consecuencia y por causas multifactoriales mencionadas en varios puntos de este listado de problemas de salud, habrá un incremento notable de accidentes y muertes en carretera, en el ámbito laboral, familiar, etc fruto de los mareos, síncope, y demás alteraciones mencionadas
- Por último, mencionar que el uso de las mascarillas también puede provocar problemas de ansiedad por sensación de ahogo, principalmente en población vulnerable, como los niños y adolescentes, así como exacerbar los Trastornos Obsesivo Compulsivos, favorecidos por el miedo al contagio, todo ello potenciado por el resto de las medidas que en este informe se discuten.

Además del informe [REDACTED] aportamos como documento nº 9 un resumen del **Estudio clínico recogido en el Órgano oficial de la Sociedad Española de Neurocirugía** que no ha sido valorado por el Tribunal, incurriendo en **incongruencia omisiva y vulnerando el derecho fundamental del recurrente a la tutela judicial efectiva (art. 24)**: El estudio aportado, publicado por la Universidad de

La Rioja en Dialnet, deja claro que hay evidencias de disminución de oxígeno en sangre tras solo 1 hora de uso de mascarillas quirúrgicas, disminución que es mayor en personas mayores de 35 años.

Pero además incluso la OMS, en relación con los POSIBLES beneficios del uso de la mascarilla la OMS recoge en el apartado "Recomendación a las autoridades competentes acerca del uso de mascarillas por el público general" manifiesta en la página 8 (página 168 del informe del Doctor):

"Hasta el momento, el uso generalizado de mascarillas por las personas sanas en la comunidad no se apoya en datos de investigación de buena calidad o directos, y por ello conviene sopesar los posibles riesgos y beneficios" .

Es decir, la propia OMS reconoce no haber evidencia científica de los beneficios de uso continuado de la mascarilla y recomienda realizar un juicio de proporcionalidad, por lo que NO recomienda el uso continuo de mascarillas en personas sanas.

Además, llama la atención que respecto a la implantación de la medida de uso de mascarillas por el personal sanitario, también reconoce la OMS que no ha existido estudio de los beneficios y perjuicios de la medida que se "recomienda":

A la fecha no se conocen estudios en los que se hayan investigado la eficacia y los posibles efectos secundarios del uso general o continuo específico de mascarilla por los trabajadores de salud para prevenir la transmisión del SARS-CoV-2. A pesar de la ausencia de pruebas, la gran mayoría de los miembros del COVID-19 IPC GDG de la OMS respaldan la práctica de los trabajadores de salud y los cuidadores en las zonas asistenciales

SEGUNDO.- VULNERACIÓN DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA DEL ART. 24 CE, POR VULNERACION DEL DERECHO A UN PROCEDIMIENTO CON TODAS LAS GARANTÍAS Y A UN JUEZ IMPARCIAL POR DARSE EL TRIBUNAL LA RAZÓN A SÍ MISMO CON ALUSIONES A INFORMES

MÉDICOS NO APORTADOS AL PROCEDIMIENTO, EN RELACION AL FUNDAMENTO DE DERECHO NOVENO DE LA SENTENCIA.

Como si la conclusión realizada apartándose de la prueba practicada no fuera suficientemente grave, a continuación el tribunal hace alusión al informe del Alto Consejo de la Salud Pública de Francia el 20 de agosto de 2020 o el Consejo Científico Covid-19, informes médicos franceses de agosto de 2020: se trata de informes que ninguna de las partes ha aportado, -ni el Tribunal mismo lo aporta al procedimiento, solo hace referencia a ellos-, refiriéndose a datos que están fuera del procedimiento y no han sido aportados al proceso, actuando como juez y parte al mismo tiempo, sin permitir a esta parte pronunciarse sobre los informes a los que alude e impidiendo el derecho de defensa, y dándose la razón a sí mismo elaborando un fallo en base a los datos que el propio Tribunal aporta sorpresivamente.

De esta manera se da la razón a sí mismo el Tribunal:

En ese marco no está de más acudir al informe emitido por el Alto Consejo de la Salud Pública de Francia el 20 de agosto de 2020 o el Consejo Científico Covid-19, también de Francia, apoyados en estudios epidemiológicos recientes y en la revisión de la literatura científica existente, que hace mención el punto 8 del “referé” del Consejo de Estado Francés 445101, de 12 de octubre de 2020 Viene a coincidir con el informe del Ministerio de Sanidad. Consejo Superior de Investigaciones Científicas de 29 de abril de 2020, esgrimido por la Abogacía del Estado, respecto a la transmisión por gotas, cuya página virtual no identifica la Abogada del Estado, aunque parece ser el de 15 de abril de 2020 CSIC (2020a), Emisión y exposición a SARS-CoV-2 y opciones de filtración (https://www.csic.es/sites/default/files/informe_caracteristicas_sars-cov2_y_opciones_filtracion_idaea-csic_15_abril.pdf.) El antedicho informe se encuentra anexado en otro más reciente en que se ha señalado la transmisión por aerosoles y gotículas (Informe científico sobre vías de transmisión SARS-CoV-2 Para el Ministerio de Ciencia e Innovación de España 29-Oct-2020.www.ciencia.gob.es>MICINN>Prensa>FICHEROSPDF) y se insiste por sus redactores en la recomendación del uso de las mascarillas y en su

El recurrente tiene derecho a un proceso público con todas las garantías (art. 24 CE), y "derecho a un Juez imparcial" que debe entenderse incluido en el derecho fundamental a un proceso con todas las garantías (artículo 24.2 de la Constitución Española). *"sin Juez imparcial no hay, propiamente, proceso jurisdiccional"* (Sentencia Tribunal Constitucional número 60/1995, Fundamento jurídico 3).

Entendemos que el juez en ningún caso puede ser "juez y parte", debiéndose limitar a la dirección y valoración aportada por las partes del procedimiento, y que si de modo excepcional, quisiera hacer uso del derecho que le asiste a sugerir una argumentación, sería mediante el cauce del art. 33.2 de la Ley 29/1988, posibilitando a las partes en ese caso ejercitar su derecho de defensa, así:

"Si el Juez o Tribunal, al dictar sentencia, estimare que la cuestión sometida a su conocimiento pudiera no haber sido apreciada debidamente por las partes, por existir en apariencia otros motivos susceptibles de fundar el recurso o la oposición, lo someterá a aquéllas mediante providencia en que, advirtiendo que no se prejuzga el fallo definitivo, los expondrá y concederá a los interesados un plazo común de diez días para que formulen las alegaciones que estimen oportunas, con suspensión del plazo para pronunciar el fallo"

El artículo 24 de la Constitución consagra el derecho a un proceso público con todas las garantías, entre las que hay que incluir, sin duda, la que concierne a la imparcialidad del Juez o Tribunal sentenciador (Sentencias Tribunal Constitucional número 145 y número 164/1988, número 11/1989, número 138 y número 151/1991, número 59, 137, 138 y 206/1994, número 60/1995, número 64 y 98/1997, entre otras muchas).

Aparece, por tanto, la imparcialidad judicial como elemento consustancial a todo proceso, y en ella radica una de las más firmes garantías de una decisión justa. Por tal motivo, el Tribunal Constitucional en la Sentencia número 60/1995, de 17 Marzo (Fundamento jurídico 3º) destaca:

“La primera manifestación del derecho a un proceso con todas las garantías "sin cuya concurrencia no puede siquiera hablarse de la existencia de un proceso, es la de que el Juez o Tribunal, situado supra partes y llamado a dirimir el conflicto, aparezca institucionalmente dotado de independencia e imparcialidad”.

Conculcaría el derecho a igualdad de armas dar por válidos los informes a que hace referencia el tribunal sin haber sido aportados al procedimiento, y que no justificaron la adopción de las medidas en su día por el gobierno. Se trata de informes que ni siquiera existían en la fecha en que la medida de uso de mascarillas se adoptó. Además, conculca el derecho a la tutela judicial efectiva del recurrente no contar con igualdad de armas, al hacerse alusión a informes de agosto de 2020 sin conceder a esta parte el mismo derecho a hacer referencias a los nuevos informes elaborados recientemente y que son muy numerosos en contra de la medida del uso de mascarillas y por otro, a favor del contagio como estrategia para superar la enfermedad, pues en los últimos meses se ha desarrollado una gran literatura en contra del uso prolongado de las mascarillas, por sus perjuicios a corto plazo, y las graves consecuencias que pueden causar a medio y largo largo causan en la salud de la población.

TERCERO.- VULNERACIÓN DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA DEL ART. 24 CE, POR VULNERACION DEL DERECHO A UN PROCEDIMIENTO CON TODAS LAS GARANTÍAS, A IGUALDAD DE ARMAS Y A UN JUEZ IMPARCIAL, POR NO GUARDAR RELACIÓN LA CONCLUSIÓN DE LA SENTENCIA CON LA PRUEBA PRACTICADA.

VULNERACION DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA INTEGRIDAD FISICA Y MORAL DEL RECURRENTE AL ADMITIRSE LOS PERJUICIOS DE LA MEDIDA SIN PROBARSE LOS BENEFICIOS, EN RELACION AL FUNDAMENTO DE DERECHO NOVENO DE LA SENTENCIA.

Esta parte ha invocado la lesión del artículo 2 del Convenio relativo a los derechos humanos y la biomedicina, es decir el Convenio para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la Biología y la Medicina hecho en Oviedo el 4 de abril de 1997 (Instrumento de ratificación por

España publicado en BOE 20 octubre de 1999), que establece que el interés y el bienestar del ser humano deberán prevalecer sobre el interés exclusivo de la sociedad o de la ciencia.

Establece el Tribunal en su sentencia que no se sostiene que una medida como el uso obligatorio de mascarilla quebrante el artículo 26 del Convenio (que puede restringir el artículo 2 invocado), dado que, según el Tribunal, informes científicos nacionales e internacionales reputan necesario el uso generalizado de mascarillas en orden a la protección del derecho a la salud de todos, tanto del usuario de la mascarilla como de los ciudadanos circundantes. Pero para esa conclusión recurre a unas pruebas que no han sido aportadas por ninguna de las partes, y dichas pruebas no las confronta con las de esta parte (ausencia de riesgo de colapso hospitalario y las tasas de mortalidad bajas, así como los beneficios del contagio). Tampoco la sentencia contrasta el informe [REDACTED] que consta de 270 páginas, con las pruebas improcedentes mencionadas, sino que el Tribunal se limita a negar su validez sin más razonamiento ni valoración de la prueba.

La sentencia se aparta de nuevo de las pruebas practicadas para concluir que la supresión del derecho del recurrente a su interés y bienestar se encuentra justificada en la protección de la salud de todos, incluso la de él mismo, y para tal conclusión aporta pruebas que no se aportaron por las otras partes y que no confronta con las de esta parte, y todo ello para desestimar la demanda. **Por todo esto se vulneran los derechos fundamentales del recurrente a la un proceso con todas las garantías (art. 24 CE), y el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE) por incongruencia omisiva al no dar respuesta a la petición del recurrente así como apartarse el fallo de la prueba practicada.**

En este sentido, citamos de nuevo la sentencia 44/1989 de 20 de febrero del TC, la cual establece:

“por ser facultad que pertenece a la potestad jurisdiccional, corresponde en exclusiva a los Jueces y Tribunales ponderar los distintos elementos de prueba y valorar su significado y trascendencia en orden a la fundamentación del fallo contenido en la sentencia. Y esta libertad del Órgano Judicial para la libre

*valoración de la prueba, implica, como también señala la misma doctrina (STC 175/1985, de 15 de febrero) que pueda realizar deducciones lógicas de la actividad probatoria llevada a cabo, **siempre que no sean arbitrarias, irracionales o absurdas**, siendo el Juez o Tribunal de instancia soberano para la apreciación de la prueba, con tal de que esta libre apreciación sea razonada, (...) lo que quiere decir que la resolución judicial ha de contener el razonamiento sobre las conclusiones de hecho a fin de que las partes puedan conocer el proceso de deducción lógica del juicio fáctico seguido por el Órgano Judicial”.*

Por último, los derechos amparados en el artículo 2 del Convenio relativo a los derechos humanos y la biomedicina hecho en Oviedo el 4 de abril de 1997 solo pueden ser restringidos por medidas previstas en la ley, y como hacemos alusión en el fundamento octavo, no se ha acreditado por parte del tribunal que la medida de uso prolongado de mascarillas esté prevista en la ley, limitándose el Tribunal a citar el *Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19* sin citar ningún artículo de dicho Real Decreto que haga referencia a la posibilidad de imponer la medida de uso generalizado de mascarillas, **lo cual de nuevo vulnera el derecho fundamental del recurrente a la tutela judicial efectiva del art. 24 CE por incongruencia omisiva**, al no fundamentarse por el tribunal la adopción de la medida de uso generalizado de mascarillas invocando el concreto precepto legal que permite la adopción de la misma.

CUARTO.- VULNERACIÓN DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA DEL ART. 24 CE POR INCONGRUENCIA OMISIVA, POR FALTA DE JUICIO DE IDONEIDAD, NECESIDAD Y PROPORCIONALIDAD DE LA MEDIDA DE USO PROLONGADO DE MASCARILLAS. NO SE PONDERAN BENEFICIOS FRENTE A PERJUICIOS.

Para el caso de que no se estime la vulneración de los derechos fundamentales del recurrente en base a las alegaciones anteriores, y se tenga por probado que la medida

de uso de mascarillas supone algún beneficio para la salud pública (a pesar de que, reiteramos, no consta prueba en tal sentido en el procedimiento, y así lo reconoce el Tribunal Supremo en su sentencia, y sí de sus perjuicios), no se ha realizado ningún juicio de *idoneidad*, *necesidad* ni *proporcionalidad* de la medida, como requiere todo acto médico según el informe del [REDACTED] y como recoge la Sentencia del Tribunal Constitucional 99/2019, de 18 de julio (FJ 6):

«El enjuiciamiento de la proporcionalidad de una medida legislativa, como presupuesto de constitucionalidad de la misma, se articula en dos fases (por todas, STC 60/2010, FJ 9): a) la primera parte de ese canon de control consiste en examinar que la norma persigue una finalidad constitucionalmente legítima; y b) la segunda parte implica revisar si la medida legal se ampara en ese objetivo constitucional de un modo proporcionado. Esta segunda fase de análisis exige, a su vez, verificar (por todas, STC 64/2019, de 9 de mayo, FJ 5), sucesivamente el cumplimiento de "la triple condición de (i) adecuación de la medida al objetivo propuesto (juicio de idoneidad); (ii) necesidad de la medida para alcanzar su objetivo, sin que sea posible su logro a través de otra más moderada con igual eficacia (juicio de necesidad) y (iii) ponderación de la medida por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto (juicio de proporcionalidad en sentido estricto)"».

Por tanto, la conclusión del fallo de que los "beneficios" justifican los "perjuicios", no es cierta y nuevamente se aparta de la prueba practicada, vulnerando el derecho fundamental del recurrente a un proceso con todas las garantías y a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE).

Ningún juicio de necesidad ni proporcionalidad de la medida de uso de mascarillas consta en el expediente administrativo, ni en la sentencia, luego no puede resultar "probado" que el uso de la medida de la mascarilla es proporcionada y justifique la limitación del derecho fundamental del recurrente -y resto de ciudadanía- a la integridad física y moral.

Incluso la OMS recogía en su web los perjuicios de las mascarillas (expuestos en la página 170 del informe de [REDACTED] aportado) y en relación con los POSIBLES beneficios del uso de la mascarilla la OMS (también recogido en la página 169 del informe del Docto [REDACTED] página 11 del informe OMS) recoge, en el apartado "Recomendación a las autoridades competentes acerca del uso de mascarillas por el público general" de la página 8:

"Hasta el momento, el uso generalizado de mascarillas por las personas sanas en la comunidad no se apoya en datos de investigación de buena calidad o directos, y por ello conviene sopesar los posibles riesgos y beneficios"

Reproduciendo las palabras del Doctor Ángel Valdepeñas, en el momento que OMS está usando el término POSIBLE en los beneficios del uso de la mascarilla en todas las situaciones mencionadas, que equivalen a todo lo que no sea entorno sanitario o personas enfermas, **está admitiendo que no hay evidencia científica de los beneficios de su uso, tal y como SE DICE EXPLÍCITAMENTE en el párrafo antes mencionado.**

Por lo expuesto, además de considerar vulnerado el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva por las alegaciones anteriores, habiéndose reconocido los efectos perjudiciales del uso de las mascarillas (los expuestos en el apartado anterior, admitidos por el tribunal) y no habiéndose aportado prueba de sus beneficios, solicitamos se estime que se vulnera el derecho a la integridad física del recurrente, al no haberse podido acreditar que la limitación del derecho del recurrente, tenga justificación en la protección de la salud pública.

QUINTO.- VULNERACIÓN DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA DEL ART. 24 CE POR INCONGRUENCIA OMISIVA, EN RELACION A LA FALTA DE VALORACION DE LA MEDIDA PROPUESTA POR EL RECURRENTE DEL CONTAGIO COMO FORMA DE OBTENER INMUNIDAD Y SUPERAR LA ENFERMEDAD COVID19, EN RELACION AL FUNDAMENTO DE DERECHO NOVENO.

El Tribunal Supremo establece en su sentencia que no se vulnera el derecho fundamental del recurrente a la integridad física y moral, y que la medida de uso generalizado de mascarillas es buena para todos, incluido el recurrente.

No ha contestado el tribunal a la petición del recurrente, que solicita poder contagiarse de SARS-CoV-2 como mejor medida terapéutica que la evitación del virus, demostrando que es una opción factible y beneficiosa no solo para el recurrente sino para toda la comunidad. Esta parte ha aportado prueba que acredita que la vacunación busca replicar la inmunidad natural que no ha sido valorada por el tribunal, incurriendo de nuevo en incongruencia omisiva y vulnerando el derecho fundamental del recurrente a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE).

En contraste, en el expediente administrativo no se aporta argumento médico alguno de por qué se considera mejor la estrategia adoptada, y el estudio de la forma mejor para afrontar una supuesta amenaza para la salud pública brilla por su ausencia: se adopta la medida de uso de mascarillas por el gobierno sin ningún respaldo científico, sin hacer una valoración de los efectos supuestos de la enfermedad y sin que se justifique que el bien jurídico que dice buscar proteger, la salud pública, se encuentre suficientemente amenazado para tener que recurrir necesariamente al recorte de derechos y libertades, ni permite el tribunal que ello se cuestione, no entrando a valorar la prueba aportada de falta de sobremortalidad y ausencia de riesgo de colapso sanitario, alegando únicamente que la pandemia es "incuestionable".

Por tanto podemos concluir que el gobierno ha optado por una estrategia de reducir el contagio mediante medidas que limitan de forma severa los derechos fundamentales de los ciudadanos sin haberse planteado alternativas y ni siquiera haber valorado si las medidas adoptadas son eficaces para el fin buscado. Por lo expuesto, el gobierno no ha realizado un juicio de idoneidad, necesidad y proporcionalidad sobre las medidas adoptadas, conforme explica el [REDACTED] en el informe médico aportado que requieren los actos médicos (informe que no ha sido discutido sino que se admite) y como exige para las medidas legales la Sentencia del Tribunal Constitucional 99/2019, de 18 de julio (FJ 6) y 64/2019, de 9 de mayo, (FJ 5). Por lo

tanto nos encontramos con que nuevamente el tribunal se niega a valorar y responder las pruebas que presenta la demanda.

SEXTO.- VULNERACION DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA DEL ART. 24 CE POR INCONGRUENCIA OMISIVA, POR FALTA DE VALORACION DE LA PRUEBA SOBRE FALTA DE SOBREMORTALIDAD Y COLAPSO SANITARIO, EN RELACION AL FUNDAMENTO DE DERECHO NOVENO DE LA SENTENCIA, MANIFESTANDO UNICAMENTE EL TS QUE LA PANDEMIA ES INDISCUTIBLE.

El recurrente no cuestiona que la OMS haya declarado o no una pandemia, sino que la salud pública española se encuentre suficientemente amenazada por la transmisión de SARS-CoV-2 como para tener que recurrir necesariamente al recorte de sus derechos fundamentales. Y para demostrar esa falta de emergencia en la salud pública española se muestran los informes MOMO, patronal ASPE y muestras de la reorganización del sistema de salud en Madrid, aunque es una política llevada a cabo en todo el territorio nacional.

Nada se ha mencionado en la sentencia sobre estas alegaciones y pruebas aportadas, encontrándose una absoluta ausencia en la sentencia de valoración de la alegación principal en torno a la cual se plantean las demás, pues si no hay amenaza suficiente de la salud pública, no hay justificación a la limitación de los derechos fundamentales del recurrente -ni del resto de la ciudadanía- cuya limitación se ha admitido por el tribunal en su fundamento de derecho noveno.

Por tanto, cuestionar si la salud pública como bien jurídico se encuentra suficientemente amenazado resulta necesario para poder defender a mi representado con todas las garantías procesales, y sin embargo, es algo que el Tribunal Supremo ha impedido valorar, vulnerando así el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva del recurrente (art. 24 CE), por incongruencia omisiva, al no contestar a su alegación principal, así como no entrarse a valorar las pruebas aportadas al respecto. Al cuestionar el recurrente si existe amenaza suficiente o no para la salud pública, se

sobreentiende que partimos de que esta amenaza debe ser grave o poner en riesgo la vida normal, pues se presupone que el ser humano, y por tanto, la población, siempre es susceptible de enfermar o de morir, y que por tanto se podría interpretar que siempre existe una amenaza hacia la salud de la población. El único punto de referencia para considerar si existe o no amenaza suficiente para justificar recorte de derechos fundamentales es la disponibilidad de los recursos hospitalarios, según se desprende del expediente administrativo. Pero nuevamente el tribunal se niega a examinar las pruebas presentadas, limitándose a decir que hay una pandemia incuestionable.

SEPTIMO.- VULNERACION DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA POR INCONGRUENCIA OMISIVA Y DEL DERECHO A UN PROCESO CON TODAS LAS GARANTIAS (ART. 24 CE), EN RELACION A LA FALTA DE RESPUESTA DEL TRIBUNAL SOBRE EL DERECHO QUE EL RECORRENTE INVOCA VULNERADO A LA INTEGRIDAD MORAL E INTEGRIDAD FISICA EN SU VERTIENTE PSIQUICA: EL USO GENERALIZADO DE LAS MASCARILLAS DIFICULTAN O IMPOSIBILITAN LA SOCIALIZACION Y DESHUMANIZAN LAS RELACIONES PERSONALES.

El Tribunal no responde a las alegaciones del recurrente de que el uso obligatorio de mascarillas de forma generalizada, afecta a las relaciones sociales y le impiden comunicarse con la expresión facial no verbal, vulnerando de nuevo el derecho fundamental del recurrente a un proceso con todas las garantías y a la tutela judicial efectiva del art. 24 CE por incongruencia omisiva.

OCTAVO.- VULNERACION DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA POR INCONGRUENCIA OMISIVA, VULNERACION DEL DERECHO A UN PROCESO CON TODAS LAS GARANTIAS (ART. 24 CE), EN RELACION AL FUNDAMENTO DE DERECHO SEPTIMO Y NOVENO DE LA SENTENCIA, AL NO FUNDAMENTAR EL TRIBUNAL EN QUÉ NORMA SE CONTEMPLA LA POSIBILIDAD DE IMPONER POR EL GOBIERNO EL USO GENERALIZADO OBLIGATORIO DE MASCARILLAS.

Se concluye en la sentencia que España ha seguido las recomendaciones de OMS al adoptar la medida de uso de mascarillas, que no corresponde al TS valorar las recomendaciones de OMS, y que parte de la presunción de que los poderes públicos tienen el fin de salvaguardar la salud de la población, por lo que no hay desviación de poder

El tribunal no acredita en qué norma se basa para poder establecer la medida de uso obligatorio generalizado de mascarillas, por lo que ampara la medida incurriendo en incongruencia omisiva y vulnerando el derecho fundamental del recurrente a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE): En este procedimiento se ha alegado que la medida de uso de mascarillas no viene amparada en nuestro ordenamiento jurídico. Se ha justificado por el tribunal y el Ministerio fiscal que se adopta la medida en base a Real Decreto 514/2020, de 8 de mayo, por el que se prorroga el estado de alarma declarado por el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, sin embargo, no concreta en qué artículo viene recogida la medida, porque no existe.

La ley de estado de alarma de 1981 permite adoptar una serie de medidas, que regula en su artículo 11, entre las que no se encuentra el uso obligatorio generalizado de mascarillas.

Por tanto, en tanto que el tribunal no hace alusión al artículo del texto legal donde viene recogida la medida de uso generalizado de mascarillas, incurre en incongruencia omisiva y vulnera el derecho fundamental del recurrente a la tutela judicial efectiva y a un proceso con todas las garantías (art. 24 CE).

Además, ni siquiera la medida de uso obligatorio generalizado de mascarillas es una recomendación de la OMS, puesto que no se ha aportado prueba en tal sentido. El tribunal estima de nuevo probado algo de lo que no existe prueba en el procedimiento, apartándose irracionalmente de la prueba practicada y vulnerando el derecho fundamental del recurrente a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE): que la medida de uso obligatorio de mascarillas en interior y exterior es una medida recomendada por OMS.

Esta parte ha aportado prueba de la recomendación de OMS en el informe del Doctor [REDACTED] (páginas 162 y siguientes), no discutido por ninguna de las partes, y en ella consta que la recomendación de OMS consiste en usar mascarillas por los grupos de riesgo y el personal sanitario en hospitales, mientras que la alusión del tribunal a un enlace OMS que supuestamente recomienda el uso obligatorio de mascarillas por toda la población, con las excepciones previstas en la Orden ministerial, no ha sido aportado al procedimiento, pero además da error cuando esta parte intenta acceder.

El enlace que aporta el tribunal en la sentencia, supone que el tribunal de nuevo actúe como juez y parte y vulnere el derecho fundamental del recurrente a un proceso con todas las garantías y a la tutela judicial efectiva, art. 24 CE, pero además no contiene la recomendación que manifiesta el tribunal: España es el único país del mundo donde hasta la fecha se obliga a utilizar la mascarilla a toda la población de forma generalizada en espacios abiertos y cerrados.

NOVENO.- VULNERACION DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA POR INCONGRUENCIA OMISIVA, VULNERACION DEL DERECHO A UN PROCESO CON TODAS LAS GARANTIAS (ART. 24 CE), EN RELACION AL DERECHO A LA AUTONOMIA, CONSENTIMIENTO INFORMADO Y LIBERTAD INDIVIDUAL DEL RECURRENTE, DEL FUNDAMENTO DE DERECHO NOVENO DE LA SENTENCIA.

En relación al derecho al consentimiento informado, derecho de autonomía sobre su salud y el derecho fundamental a la libertad individual, que el recurrente estima lesionado, el tribunal responde en el fundamento noveno de la sentencia que la autonomía del paciente y su procedimiento diagnóstico desarrollado para situaciones ordinarias no se vislumbran afectadas en situaciones extraordinarias, sin concretar en qué norma legal se basa para realizar tal afirmación y negar así los derechos invocados al recurrente.

Parece referirse el tribunal a la excepción contemplada en el art. 9.2 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, según el cual se puede realizar intervenciones clínicas indispensables en favor de la salud del paciente, sin necesidad de contar con su consentimiento cuando exista riesgo para la salud pública a causa de razones sanitarias establecidas por la Ley. Exige la norma por tanto dos requisitos:

- Que exista riesgo para la salud pública.
- Que el riesgo para la salud pública sea causado por razones sanitarias establecidas por Ley: no puede el Ministerio de sanidad invocar causas no previstas legalmente.

Suponiendo que la excepción que invoca el tribunal para limitar los derechos del recurrente, sea la prevista en el artículo expuesto, además de no especificar el artículo legal, tampoco acredita el tribunal que exista riesgo para la salud pública, tal y como exponemos en el fundamento sexto de este escrito, ni acredita que la medida de uso generalizado obligatorio de mascarillas esté prevista legalmente, como exponemos en el fundamento octavo, fundamentos ambos que damos por reproducidos,

Por lo expuesto, el tribunal limita el derecho de autonomía del recurrente sobre su salud, y el ejercicio de su libertad individual, sin justificar la causa de la limitación de los derechos fundamentales del mismo, al no invocar precepto legal que permita limitar sus derechos, y entendiendo que tiene lugar una situación extraordinaria sin acreditarlo, por lo expuesto entendemos vulnerando el derecho fundamental del recurrente a un proceso con todas las garantías y a la tutela judicial efectiva por incongruencia omisiva (ambos art. 24 CE).

DECIMO.- COSTAS.- Se entiende vulnerado el derecho fundamental del recurrente a la tutela judicial efectiva al imponerse las costas del procedimiento sin haber contestado las pretensiones del recurrente, siendo además las mismas de interés público al quedar de manifiesto en el presente procedimiento que el gobierno no contaba con informe médico a favor de la medida de uso de mascarillas en el expediente administrativo, ni el Gobierno se ha realizado un juicio de idoneidad,

necesidad y proporcionalidad de las medidas adoptadas, entre ellas el uso generalizado de mascarillas a la población, como exige la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, frente a la estrategia del contagio.

Por lo expuesto,

AL JUZGADO SUPLENTE se tenga por presentado este escrito, y en base a los artículos 238 y 241 de la LOPJ, se provea conforme a lo solicitado acordando:

- Se declare la vulneración de los derechos fundamentales del recurrente en la sentencia, de los referidos en el artículo 53.2 de la Constitución, a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE) y a un procedimiento con todas las garantías (art. 24 CE), y tratándose de una lesión de derechos fundamentales que se ha producido en la sentencia y no se ha podido denunciar antes, y no siendo la misma susceptible de recurso ordinario ni extraordinario, se declare nulidad de actuaciones.
- A continuación, se dicte nueva sentencia, por la que, no habiéndose acreditado que la medida de uso generalizado de mascarillas se encuentre recogida en nuestro ordenamiento jurídico, no habiéndose aportado prueba de los supuestos beneficios del uso prolongado de mascarillas, ni de haber realizado juicio de idoneidad, necesidad y proporcionalidad de la medida, ni de que la salud pública se encuentre suficientemente amenazada, se declare vulnerado el derecho a la integridad física y moral del recurrente, al no encontrar amparo la limitación de su derecho en el beneficio del derecho a la salud pública ni en el ordenamiento jurídico español.

Por ser de Justicia que pido en Málaga,

18 de diciembre de 2020

Fdo. D.  D. Jazano Denalia