Roj: **STS 3764/2020** - ECLI: **ES:TS:2020:3764**

Id Cendoj: **28079130042020100286**
Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso**
Sede: **Madrid**
Sección: **4**
Fecha: **20/11/2020**
Nº de Recurso: **140/2020**
Nº de Resolución: **1569/2020**
Procedimiento: **Recurso ordinario**
Ponente: **CELSA PICO LORENZO**
Tipo de Resolución: **Sentencia**

FONDO DOCUMENTAL CE

**T R I B U N A L S U P R E M O**

**Sala de lo Contencioso-Administrativo**

**Sección Cuarta**

***Sentencia núm. 1.569/2020***

Fecha de sentencia: 20/11/2020

Tipo de procedimiento: REC.ORDINARIO(c/a)

Número del procedimiento: 140/2020

Fallo/Acuerdo:

Fecha de : 10/11/2020

Ponente: Excma. Sra. D.ª Celsa Pico Lorenzo

Procedencia: CONSEJO MINISTROS

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Pilar Molina López

Transcrito por:

Nota:

REC.ORDINARIO(c/a) núm.: 140/2020

Ponente: Excma. Sra. D.ª Celsa Pico Lorenzo

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Pilar Molina López

**TRIBUNAL SUPREMO**

**Sala de lo Contencioso-Administrativo**

**Sección Cuarta**

**Sentencia núm. 1569/2020**

Excmos. Sres. y Excmas. Sras.

D. Jorge Rodríguez-Zapata Pérez, presidente

D. Pablo Lucas Murillo de la Cueva

Dª. Celsa Pico Lorenzo

Dª. María del Pilar Teso Gamella

D. José Luis Requero Ibáñez

D. Rafael Toledano Cantero

En Madrid, a 20 de noviembre de 2020.

Esta Sala ha visto el recurso contencioso administrativo núm. 2/140/2020 interpuesto, por el procedimiento jurisdiccional de los derechos fundamentales, por don Casiano , representado por el procurador don Feliciano García Recio Gómez y defendido por la Letrada de doña María del Carmen Lozano Donate, 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.

Ha sido parte recurrida la Administración del Estado, representada y defendida por el Abogado del Estado.

Ha comparecido el Ministerio Fiscal.

Ha sido ponente la Excma. Sra. D.ª Celsa Pico Lorenzo.

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** Por escrito de 1 de junio de 2020, el procurador don Feliciano García Recio Gómez, en representación de don Casiano interpuso recurso contencioso-administrativo contra dichas resoluciones.

La Sala lo tuvo por interpuesto por diligencia de ordenación de 8 de junio de 2020, requiriendo al Ministerio de Sanidad la remisión del expediente administrativo y que practicara los emplazamientos previstos en el artículo 49 de la Ley de la Jurisdicción.

**SEGUNDO.-** Por diligencia de ordenación de 23 de junio de 2020, se hizo entrega del expediente al representante procesal de don Casiano para que formalizara la demanda. Trámite evacuado por escrito de 2 de julio de 2020, en el que, después de exponer los hechos y fundamentos que estimó pertinentes, solicitó a la Sala que:

*« [...] se ordene 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.»*

**TERCERO.-** El Abogado del Estado, evacuando el traslado conferido, contestó a la demanda mediante escrito de 24 de julio de 2020 en el que, después de exponer los hechos y fundamentos de derecho que estimó oportunos, terminó suplicando a la Sala que: *«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.»*

**CUARTO.-** El Fiscal contesta a la demanda en su escrito de 27 de julio de 2020, en el que después de exponer los hechos y fundamentos de derecho que estimó oportunos, termina interesando: *«que se acuerde la declaración de la 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 Casiano .»*

**QUINTO.-** Por auto de 3 de septiembre de 2020, no se recibe el recurso a prueba, quedando el mismo concluso y pendiente de señalamiento.

**SEXTO.-** Por providencia de 22 de septiembre de 2020 se señaló para votación y fallo el día 10 de noviembre de 2020, y se designó magistrada ponente a la Excma. Sra. Dª Celsa Pico Lorenzo.

**SÉPTIMO.-** En la fecha acordada, 10 de noviembre de 2020, ha tenido lugar la deliberación del presente recurso.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** *Planteamiento del recurso y pretensión ejercitada.*

La representación procesal de don Casiano interpone recurso contencioso administrativo 140/2020 en procedimiento especial de derechos fundamentales contra las siguientes Órdenes Ministeriales dictadas por el Ministro de Sanidad:

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, publicada el 20 de mayo de 2020.

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.

Interesa su nulidad por 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).

Alega que, a día de hoy, meses después de haberse declarado el estado de alarma, y tras haber superado el pico de sobremortalidad por el brote, aún no se ha explicado a la población por qué se evita que la población se contagie para obtener inmunidad individual y de grupo, por el contrario se obliga a la población a distanciarse y a usar mascarillas sin prescripción médica individualizada **.**

Sostiene que las medidas adoptadas (uso generalizado de mascarillas y distanciamiento social) que reputa actos médicos, según el informe aportado del Dr. Demetrio o medida sanitaria, no se encuentran previstas en la ley, art. 12 LO 4/1981, de 1 de junio, de estado de alarma, excepción y de sitio, por lo que al afectar a la libertad de movimiento solo pueden acordarse mediante el estado de excepción, art. 13 LO 4/1981.

Rechaza la declaración injustificada del Estado de alarma e imposición de medidas sanitarias en base a recomendaciones de la OMS que no es fuente de derecho español.

Sostiene que no hay riesgo de colapso ni ha habido colapso.

Aporta como documento nº 1 informe MOMO (sistema de Monitorización de la Mortalidad diaria) del Instituto Carlos III, en el que se puede observar que la sobremortalidad desaparece el 10 de mayo de 2020 y conforme a los datos publicados por la patronal de la sanidad privada (SEPA) que aporta como documento nº 2, durante la pandemia los hospitales privados tenían miles de camas UCI sin usar, a pesar de que el Gobierno podía disponer libremente de ellas durante el estado de alarma.

Sostiene que no se está cumpliendo la justificación recogida en las órdenes ministeriales referida a los recursos sanitarios para justificar las medidas impuestas si dichos recursos están ampliamente disponibles para posibles rebrotes de COVID-19:

*«La Comunicación «Hoja de ruta común europea para el levantamiento de las medidas de contención de la COVID-19», presentada el pasado 15 de abril por la presidenta de la Comisión Europea y el presidente del Consejo Europeo, ha considerado esenciales las medidas extraordinarias adoptadas por los Estados miembros. Se afirma que dichas medidas, basadas en la información actual disponible en relación con las características de la enfermedad y su forma de transmisión, y adoptadas siguiendo un criterio de precaución, han permitido reducir la morbilidad y mortalidad asociada a la COVID-19, al tiempo que han permitido reforzar los sistemas sanitarios y asegurar los aprovisionamientos necesarios para hacer frente a la pandemia.»*

Defiende los beneficios del contagio para desarrollar inmunidad.

En dicho informe, se explica que la vacuna que se está preparando busca replicar el comportamiento que se da en la inmunización natural que adquieren las personas que se han curado del virus. Reconoce por lo tanto el Ministerio que está demostrada la inmunización mediante contagio, pero a su vez prohíbe a la población llevar a cabo dicha medida terapéutica. La inmunidad mediante contagio de COVID-19 es similar a la que se da con otros virus contagiosos, por ejemplo, otros coronavirus distintos del COVID-19. En Este sentido aporta las publicaciones de la Fundación para la Formación e Investigación Sanitarias de la Región de Murcia y de la Universidad de Barcelona que explican la inmunización que adquiere el cuerpo humano de forma natural frente a los contagios.

Recalca que actualmente no existe una vacuna para COVID-19, y las prohibiciones de las órdenes recurridas impiden que el recurrente desarrolle la inmunidad a la enfermedad.

En base al informe del Dr. Demetrio defiende que no se cumple el criterio de constitucionalidad en las medidas impuestas pues el uso de las mascarillas tiene contraindicaciones y la distancia social complicaciones (alteraciones del estado de ánimo, depresiones, suicidios, etc.)

Adiciona la existencia de discurso injurioso contra las personas que no cumplan las antedichas medidas al ser calificados en los medios de comunicación social de criminales, irresponsables.

Tras la anterior exposición entiende que se produce la vulneración de los siguientes derechos:

1. 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.

Mediante la imposición de estas medidas, se impide el ejercicio de la libertad individual del recurrente a gestionar su propia salud general sin interferencias de las autoridades públicas.

Hace mención en este punto al artículo 2 del Convenio relativo a los derechos humanos y la biomedicina hecho en Oviedo el 4 de abril de 1997, que establece:

« *Artículo 2. Primacía del ser humano.*

*El interés y el bienestar del ser humano deberán prevalecer sobre el interés exclusivo de la sociedad o de la ciencia.»*

Y al artículo 26 del convenio:

*«1 . El ejercicio de los derechos y las disposiciones de protección contenidos en el presente Convenio no podrán ser objeto de otras restricciones que las que, previstas por la ley, constituyan medidas necesarias , en una sociedad democrática, para la seguridad pública, la prevención de las infracciones penales, la protección de la salud pública o la protección de los derechos y libertades de las demás personas.*

*2. Las restricciones a que se refiere el párrafo precedente no podrán aplicarse a los artículos 11, 13, 14, 16, 17, 19, 20 y 21.»*

Entiende que no hay respeto ni del principio de proporcionalidad ni del de precaución terapéutica.

2. Vulneración del derecho al honor y la propia imagen, art. 18 CE.

Se vulnera el derecho al honor del recurrente, porque su deseo de contagiarse para obtener inmunidad o actuar respetando sus propias convicciones respecto a las medidas impuestas por el Gobierno le hace parecer socialmente alguien irresponsable y que no tiene en cuenta al prójimo. Se han aportado numerosas alusiones en medios de comunicación, a las personas que no cumplen las medidas de uso de mascarillas o distanciamiento social, como "insolidarios", "irresponsables" e incluso "criminales" (el presentador Víctor , de Telecinco).

3. Derecho de libertad individual, art. 17 CE, autonomía del paciente, falta de consentimiento informado. Y derecho a la información, art. 20 CE.

Defiende que se vulnera la libertad de conciencia del recurrente al impedir participar de la inmunidad de grupo mediante el contagio lo que reputa un acto de solidaridad para con sus conciudadanos.

Invoca falta de consentimiento. Conforme al art. 4 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, reguladora de la Autonomía del Paciente y de Derechos y Obligaciones en materia de Información y Documentación Clínica:

*"Los pacientes tienen derecho a conocer, con motivo de cualquier actuación en el ámbito de su salud, toda la información disponible sobre la misma, salvando los supuestos exceptuados por la Ley. La información, que como regla general se proporcionará verbalmente dejando constancia en la historia clínica, comprende, como mínimo, la finalidad y la naturaleza de cada intervención, sus riesgos y sus consecuencias"*

Defiende que no se dan las excepciones del art. 9.2 de ese texto legal, riesgo para la salud pública, pues no hay colapso sanitario generalizado.

4. Derecho de reunión y libertad de circulación. Art. 21 CE.

Sostiene que la suspensión de derechos no está justificada en el estado de alarma.

5. Desviación de poder.

Argumenta que la OMS carece de jurisdicción en España y sus recomendaciones no son fuente de Derecho en nuestro país por lo que se da una clara desviación de poder.

**SEGUNDO.-** *La oposición de la Abogada del Estado que pide la inadmisibilidad del recurso o subsidiariamente la desestimación.*

Objeta en primer lugar la pérdida sobrevenida del objeto procesal 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*

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ

*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").*

Se apoya en la STS de 8 de junio de 2004, recurso 219/2000, 21 de febrero de 2020 (casación 4528/2017).

Sostiene la falta de legitimación activa del recurrente al no acreditar la concurrencia de las circunstancias recogidas en el art. 2 de la Orden SND/458/2020, de 30 de mayo.

Adiciona defectuoso planteamiento de la demanda al no vincular los preceptos constitucionales con ninguno de los 43 artículos de la Orden.

En cuanto al fondo rechaza la vulneración de derechos fundamentales sin perjuicio de objetar que la obligación del uso de la mascarilla va acompañada de un determinado número de excepciones.

Señala 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 SARSCOV2, 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-CoV2 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. 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. La Organización Mundial de la de 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.

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 período 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.

Para finalizar este apartado, recuerda que esta Sala, -por todos, auto de 6 de mayo de 2020 (rec. 96/2020)-, ha señalado que 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.

**TERCERO.-** *La posición del ministerio fiscal. Inadmisión parcial y desestimación.*

No rechaza la legitimación procesal individual del recurrente y admite la legitimación ad causam respecto de la Orden 422/2020.

Pero sí rechaza la legitimación ad causam, respecto de la Orden SND 458/2020 al no encontrarse el domicilio del recurrente (San Cristóbal de la Laguna) en el espacio de alguna de las unidades territoriales a que hace mención la Orden: La Gomera, El Hierro, La Graciosa.

Si bien acepta que las Ordenes en cuestión han concluido su eficacia, por mor de las disposiciones finales segunda y quinta, entiende que la pretensión deducida conserva su objeto dado que se articula en el marco de un proceso especial para la protección de derechos fundamentales.

La justificación técnica o científica de las medidas, que califica de suficiente, lo es a la hora de ponderar las restricciones que deben operarse en derechos fundamentales invocados por el recurrente, en la medida en 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 que dichos derechos fundamentales *"no son derechos absolutos e ilimitados: Por el contrario, su ejercicio esta sujeto tanto a limites expresos constitucionalmente como a otros que puedan fijarse para proteger* o *preservar otros derechos o bienes constitucionalmente protegidos"* - STC N°. 181 / 1990, de 15 de marzo (F. 1. 3°), 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 limites 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.

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-; recuerda 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 este, 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-.

Precisa 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 este, 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 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.

Recuerda 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 el Tribunal Constitucional.

**CUARTO.-** *No hay pérdida sobrevenida del objeto del recurso*

Esta Sala considera que no se ha producido una pérdida sobrevenida del objeto del recurso por el hecho de que la Orden SND/4222/2020, 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. haya perdido su vigencia por

mor de la disposición final segunda que mantiene su eficacia durante toda la vigencia del estado de alarma y sus posibles prórrogas.

La razón esencial es que, tal cual manifiesta el Ministerio Fiscal, nos encontramos ante un proceso especial de protección de derechos fundamentales en que se cuestionan actos que hubieran podido causar una lesión durante la vigencia de la norma. No estamos, pues, ante los supuestos enjuiciados en las STS de 8 de junio de 2004 (recurso 219/2000), 21 de febrero de 2020 (casación 4528/2017), invocados por la Abogada del Estado y que fueron sustanciados por el procedimiento ordinario.

De ser estimatoria la sentencia no tendría más alcance que el puramente declarativo. Mas tal hipotética conclusión no convierte en innecesario un pronunciamiento del Tribunal.

Por ello el recurso no ha perdido su objeto ya que el acogimiento de la pretensión del recurrente supondría la reparación del derecho fundamental supuestamente cercenado.

La disposición final primera de la Orden SND/422/2020, de 19 de mayo, indicó la posibilidad de interponer recurso contencioso administrativo en el plazo de dos meses desde el día siguiente a su publicación que tuvo lugar el 20 de mayo

En el momento presente el uso obligatorio de mascarillas goza de cobertura superior a norma reglamentaria. Así el art. 6 del Real Decreto-Ley 21/2020 (convalidado por el Congreso de los Diputados el 30 de junio) de medidas urgentes de prevención, contención y coordinación para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, con el régimen sancionador de la Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública ( art. 31 del precitado Real Decreto Ley 21/2020).

**QUINTO.-** *Examen de la falta de legitimación activa y de la excepción de demanda defectuosa opuestas por la Abogada del Estado respecto de la Orden SND/458/2020, de 30 de mayo. Y de la falta de legitimación ad causam opuesta por el Ministerio Fiscal también respecto de la Orden SN/458/2020, de 30 de mayo.*

Coinciden Abogada del Estado y representante del Ministerio Fiscal en la falta de interés personal del recurrente para impugnar la Orden SND/458/2020, por cuanto su domicilio se encuentra en la Laguna, según el poder obrante en autos, y , por tanto, fuera de las unidades territoriales que relaciona el Anexo que dentro de la C.A de Canarias relaciona: las islas de La Gomera, El Hierro y La Graciosa.

Nada ha objetado a tales excepciones el recurrente ya que las partes no pidieron trámite de conclusiones.

Es cierto que en el poder para pleitos figura como domicilio del recurrente un inmueble en la Laguna, isla de Tenerife.

También es cierto que el anexo de la citada Orden indica las islas citadas como unidades territoriales en la Comunidad Autónoma de Canarias.

Debe adicionarse que en la disposición final segunda de la Orden se modifica la Orden SND/414/2020, de 16 de mayo, para la flexibilización de determinadas restricciones de ámbito nacional establecidas tras la declaración del estado de alarma en aplicación de la fase 2 del Plan para la transición hacia una nueva normalidad, que también contiene un Anexo con unidades territoriales en que sí figura la Isla de Tenerife.

Mas la inconcreción de la demanda puesta de manifiesto por la Abogada del Estado veda que este tribunal pueda hacer una interpretación extensa de la impugnación entendiendo la misma respecto de la propia Orden impugnada por lo que el recurrente carece de interés legítimo al no residir en las islas relacionadas en el anexo de la orden en sentido estricto.

Así el art. 2 de la Orden al delimitar el ámbito de aplicación dice:

«1. La presente orden será de aplicación a las actividades objeto de la misma que se desarrollen en las unidades territoriales que constan en el anexo, así como a las personas que residan en dichas unidades, de acuerdo con lo previsto en el apartado segundo del artículo 3 del Real Decreto 537/2020, de 22 de mayo, por el que se prorroga el estado de alarma declarado por el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo.»

Se acepta, pues, la falta de legitimación del recurrente respecto de la Orden SND/458/2020.

**SEXTO.-** *Incompetencia de esta Sala para conocer de la declaración del estado de alarma y de la subsiguiente afección de los derechos de reunión y libertad de circulación.*

La Abogacía del Estado y el Ministerio Fiscal aluden a la incompetencia de esta Sala para conocer de medidas que tengan cobertura en el estado de alarma e incidencia en los derechos por lo que no está de más recordar lo dicho por este Tribunal al respecto.

En el ATS de 4 de mayo de 2020 (recurso 99/2020) se declaró la inadmisión del recurso contra el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la crisis sanitaria causada por la infección de la Covid-19, y contra los Reales Decretos 476/2020, de 27 de marzo, 487/2020, de 10 de abril y contra el Real 492/2020, de 24 de abril de tercera prórroga, con archivo de las actuaciones respecto de ellos.

En el ATS 6 de mayo de 2020, recurso 96/2020 se subrayó que esta Sala carece de jurisdicción para conocer del recurso contencioso administrativo interpuesto, por el cauce procesal de protección de los derechos fundamentales de la persona, contra los Reales Decretos 463/2020, de 14 de marzo, 476/2020, de 27 de marzo, y 487/2020, de 10 de abril, que declararon el estado de alarma y las dos prórrogas posteriores. Lo que impide también resolver sobre la prórroga del estado de alarma que establece el Real Decreto 492/2020, de 24 de abril.

Finalmente, el ATS de 7 de octubre de 2020, recurso 120/2020 ha dicho:

«**QUINTO.-** *Consecuencias de la fuerza o valor de ley de los Reales Decretos no equivalen a una inmunidad frente al control jurisdiccional.*

La conclusión que hemos alcanzado, en definitiva, sobre la caracterización del objeto de impugnación, en cuanto concerniente al efecto directo de medidas incorporadas al Real Decreto 463/2020, que tiene "fuerza y valor de ley", determina que no sean disposiciones de carácter general, de rango reglamentario, a las que se refiere el artículo 1.1 de nuestra LJCA. Ello nos conduce a declarar la inadmisión del recurso contencioso administrativo, en aplicación del artículo 51.1.a) y 69.1.a) de la LJCA, pues sin jurisdicción ni competencia no podemos ejercer válidamente la función jurisdiccional que constitucionalmente tenemos encomendada ( artículo 117.3 de la CE), y que, con carácter general, se atribuye, en régimen de monopolio, a los jueces y tribunales.

Cuánto hemos señalado, sin embargo, no comporta que este tipo de Reales Decretos estén exentos o sean inmunes a todo tipo de control jurisdiccional. Sucede, simplemente, que al poseer ese "rango y valor de ley", la impugnación ha de ajustarse al régimen previsto por nuestro ordenamiento jurídico, en lo que afecta a la posición de los órganos de la jurisdicción contencioso administrativa, para las normas con rango de ley. Nos referimos no sólo a su impugnación ante Tribunal Constitucional, mediante los correspondientes procesos constitucionales que prevé la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, que tienen por objeto el control de constitucionalidad de las leyes, disposiciones y actos con fuerza o valor de ley ( artículos 161 y 163 CE, 27.2 b. LOTC), sino también ante las impugnaciones que pueden sustanciarse ante nuestra propia jurisdicción contencioso administrativa en relación con los actos y disposiciones generales dictadas en aplicación de tal Real Decreto, en los que, como es natural, podría promoverse, en su caso, el planteamiento de la correspondiente cuestión de inconstitucionalidad al respecto.

Por consiguiente, como ya advirtió la citada STC 83/2016, la fiscalización por la jurisdicción constitucional de los Reales Decretos por los que se declara y se prorroga el estado de alarma no excluye el control jurisdiccional por los Tribunales ordinarios de los actos y disposiciones que se dicten en su aplicación durante la vigencia del estado de alarma. Asimismo, las personas afectadas podrán interponer recurso de amparo constitucional, previo agotamiento de la vía judicial ordinaria, contra los actos y disposiciones dictados en aplicación de aquellos Reales Decretos cuando los estimen lesivos de derechos fundamentales o libertades públicas susceptibles de protección a través de este proceso constitucional, facultad que le confiere el artículo 55.2 LOTC.»

Significa, pues, que la limitación de derechos (reunión y libertad de circulación) mediante el confinamiento no puede ser examinada por esta jurisdicción dada la naturaleza de la norma que le dio cobertura, Real Decreto "con fuerza y valor de ley".

**SÉPTIMO.-** *Inexistencia de desviación de poder por seguir recomendaciones de la OMS.*

Antes de entrar en el examen de los distintos derechos fundamentales esgrimidos como conculcados conviene despejar la inexistencia de desviación de poder por el hecho de seguir Recomendaciones de la Organización Mundial de la Salud.

Ciertamente las decisiones de la Organización Mundial de la Salud, OMS carecen de fuerza vinculante. Sin embargo, la pertenencia de España a dicha organización por haber aceptado su Constitución firmada el 22 de julio de 1946, que entró en vigor el 7 de abril de 1948, conlleva asumir sus recomendaciones.

Recordemos que el art. 70.2. de la LJCA define la desviación de poder como el ejercicio de potestades administrativas para *fines distintos de los fijados por el ordenamiento jurídico*.

No incumbe a esta Sala pronunciarse sobre el acierto o no del contenido de las Recomendaciones de la OMS que en el momento actual comprenden el uso de mascarillas (https:www.who.int/es/emergencies/diseases/

novel- coronavirus-2019/advice-for-public/when-and-how-to-use-masks). Es relevante que la dirección https de la OMS indica que cada día actualiza la información acerca del actual brote de enfermedad por coronavirus (Covid-19).

En la STS 7 de junio de 2013 (recurso 147/2011) recordábamos lo dicho en la STS de 11 de mayo de 2012 (recurso casación 4365/2008), con cita de otra anterior de 18 de marzo de 2011 (recurso de casación nº 1643/2007), sobre que *"la desviación de poder existe no sólo cuando se acredita que la Administración persigue una finalidad privada o un propósito inconfesable, extraño a cualquier defensa de los intereses generales, sino también puede concurrir esta desviación teleológica cuando se persigue un interés público ajeno y, por tanto, distinto al que prevé el ordenamiento jurídico para el caso. Recordemos que el artículo 70.2 de la Ley Jurisdiccional exige, para que se aprecie la desviación de poder, que el ejercicio de la potestad sirva a "fines distintos de los fijados por el ordenamiento jurídico". Basta, por tanto, que el fin sea diferente, de modo que, aunque el ejercicio de la potestad administrativa se haya orientado a la defensa de los intereses generales, sin embargo se opone a la finalidad concreta que exige el ordenamiento jurídico. Por lo demás, ningún obstáculo se deriva para la apreciación de la desviación de poder que estemos ante el ejercicio de potestades regladas o discrecionales, pues ese vicio puede concurrir tanto en unas como en otras."*

El Ministerio de Sanidad puede seguir las Recomendaciones dada la pertenencia de España a dicha organización sin que tal conducta evidencie que el Ministerio de Sanidad las hubiera utilizado o utilice para un fin distinto del establecido por el ordenamiento jurídico.

En consecuencia, no prospera.

**OCTAVO.-** *No vulneración del derecho a la información reconocido por el art. 20 CE .*

El art. 20 CE consagra esencialmente los derechos a la expresión de ideas, a la información sobre hechos, a las libertades de creación artística, científica o de cátedra.

El derecho a recibir información veraz constituye uno de los ejes centrales de la formación de una opinión pública libre. Así se desprende del FJ Tercero de la STC 61/2004, de 19 de abril:

«Este Tribunal ha elaborado un cuerpo consolidado de doctrina en los casos en que exista un conflicto entre el derecho a la libertad de información y el derecho al honor, coincidente en lo sustancial con la del Tribunal Europeo de Derechos Humanos al interpretar el art. 10.1 del Convenio europeo de derechos humanos ( STC 144/1998, de 30 de junio, FJ 2). Dicha doctrina parte de la posición especial que en nuestro Ordenamiento ocupa la libertad de información puesto que a través de este derecho no sólo se protege un interés individual sino que su tutela entraña el reconocimiento y garantía de la posibilidad de existencia de una opinión pública libre, indisolublemente unida al pluralismo político propio del Estado democrático ( STC 21/2000, de 31 de enero, FJ 4 y las allí citadas). Ahora bien de ello no se deduce el valor preferente o prevalente de este derecho cuando se afirma frente a otros derechos fundamentales ( SSTC 42/1995, de 13 de febrero, FJ 2; 11/2000, de 17 de enero, FJ 7). De ahí que hayamos condicionado la protección constitucional de la libertad de información, a que ésta se refiera a hechos con relevancia pública, en el sentido de noticiables, y a que dicha información sea veraz ( SSTC 138/1996, de 16 de septiembre, FJ 3; 144/98, FJ 2; 21/2000, de 31 de enero, FJ 4; 112/2000, de 5 de mayo, FJ 6; 76/2002, de 8 de abril, FJ 3).»

Vemos, pues, que el derecho fundamental que protege el art. 20 CE abarca la libertad de expresión y a comunicar y recibir información veraz por cualquier medio de difusión. Ninguna mención se ha hecho sobre vulneración de acceso rápido a los datos de la pandemia y a su calidad ni tampoco a la necesidad de información fiable de los poderes públicos para enfrentarse a la situación.

Por ello concluimos que no ha sido conculcado en la persona del recurrente que se ha limitado a su invocación engarzado con el derecho a la libertad individual (no uso de mascarillas).

**NOVENO.-** *Derecho a la libertad individual. Consentimiento informado. El impedimento de contagiarse mediante el uso de mascarillas no lesiona el derecho a la integridad física y moral al impedir obtener inmunidad por medio del contagio.*

El art. 15 CE garantiza no sólo el derecho a la vida sino también a la integridad física y moral.

La salud de los ciudadanos es un elemento esencial del interés general que deben atender los poderes públicos. En una indiscutible situación de pandemia como la generada por el virus COVID 19 que, notoriamente, no se circunscribe al territorio español, resulta evidente que debe prevalecer el interés general sobre el individual, esto es el derecho a la vida de la mayoría de los ciudadanos sobre la pretensión individual aquí ejercitada de contraer el virus para adquirir inmunidad.

Partimos de la presunción de que las medidas adoptadas por los poderes públicos tienden a la supervivencia de la comunidad. Entre tales medidas se encuentra el uso generalizado de mascarillas como medida "barrera" de protección, que también han sido adoptadas por otros Estados Miembros de la Unión Europea y muchos países del mundo.

El recurrente justifica su pretensión mediante un informe pericial de un doctor en Medicina crítico con tal medida.

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/emergencies/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".

Conviene reiterar que estamos en una situación de pandemia mundial. Y acabamos de exponer que han sido invocados informes de organizaciones foráneas, e internacionales en defensa del uso de las mascarillas.

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, a que hace mención el punto 8 del "referé" del Consejo de Estado Francés 445101, de 12 de octubre de 2020 (se rechaza suspender la orden del Prefecto de los Pirineos Atlánticos imponiendo el uso de mascarilla por entender que no supone un atentado a la libertad individual, a la libertad empresarial, a la libertad de circulación, a la libertad de reunión, a la de expresión, a la dignidad humana, al respeto a la vida privada y a la integridad física) en que recomienda en el estado actual de los conocimientos y de los recursos disponibles, llevar sistemáticamente la mascarilla al aire libre en presencia de una gran densidad de personas o cuando el respeto de la distancia física no puede ser garantizado, por ejemplo en caso de manifestación, reagrupamiento, fila de espera o en lugares de gran circulación (traducción propia).

Señala el mencionado punto 8 " *que el uso de mascarilla que no presenta riesgo particular para las personas que la llevan, es eficaz para reducir el riesgo de contaminación por el virus. Si el riesgo de contaminación es, de manera general, menos elevado al aire libre, la posibilidad de que un aerosol conteniendo el virus sea inhalado con una carga infecciosa suficiente o que una transmisión por gotas pueda tener lugar en caso de gran concentración de población" (traducción propia).*

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 goticulas (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 obligatoriedad en el transporte público en base a un informe del Consejo Superior de Investigaciones científicas.

A la vista de lo expuesto resulta patente que la intervención estatal en la libertad individual en el ámbito de la integridad personal física y moral mediante el uso de la mascarilla resulta proporcionada a los fines buscados: la protección de la salud de los ciudadanos considerados en su globalidad, así como una protección terapéutica no especialmente invasiva.

Debe prevalecer el objetivo constitucional de protección de la salud de todos, art. 43 CE que comprende la integridad física y moral. Se reputa legitima la disposición ordenando el uso de mascarilla en razón de que, en el actual estado de conocimiento de propagación del virus Covid-19, es necesaria y proporcionada para alcanzar el fin de interés general de protección de la salud, al constituir una medida que puede contener la progresión de la pandemia.

A ello no obsta el contenido del informe del Dr. Demetrio sobre posibles contraindicaciones de las mascarillas (falta de oxígeno, eritemas, rinitis, etc.) pues los hipotéticos riesgos siempre serán menores que el beneficio

de la prevención obtenida, sin perjuicio de que el vigente art. 6.2 del Real Decreto Ley 21/2020, de 9 de junio, reitera, en lo esencial lo establecido en el art. 2.2 de la Orden SND/422/2020, de 19 de mayo, sobre exclusión de uso obligatorio de mascarillas en estos casos:

«a) Personas que presente algún tipo de dificultad respiratoria que pueda verse agravada por el uso de mascarilla.

b) Personas en las que el uso de mascarilla resulta contraindicado por motivos de salud debidamente justificados, o que por su situación de discapacidad o dependencia presenten alteraciones de conducta que hagan inviable su utilización.

c) Desarrollo de actividades en las que, por la propia naturaleza de estas, resulte incompatible el uso de mascarilla.

d) Causa de fuerza mayor o situación de necesidad.»

Y no se encuentra concernido el derecho al consentimiento informado a que se refiere el art. 4 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, reguladora de la Autonomía del Paciente, por el uso obligatorio de la mascarilla. La autonomía del paciente y su procedimiento diagnóstico desarrollado para situaciones ordinarias no se vislumbran afectadas en situaciones extraordinarias, máxime cuando la finalidad y naturaleza de la intervención administrativa es notoriamente conocida (método barrera) sin que se evidencien riesgos generales por el uso de mascarillas.

Finalmente, no puede sostenerse que una medida como el uso obligatorio de mascarilla quebrante el Art. 26 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). Hemos visto que informes científicos nacionales e internacionales reputan necesario su uso en orden a la protección del derecho a la salud de todos, tanto del usuario de la mascarilla como de los ciudadanos circundantes.

**DÉCIMO.-** *Inexistencia de vulneración del derecho al honor y a la propia imagen, art. 18 CE*

El derecho al honor gira en torno a la protección de la buena reputación que el recurrente reputa vulnerada al ser "estigmatizados" los que rechazan el uso de las mascarillas.

En la STC 223/1992, de 14 de diciembre, se afirma sobre tal derecho que: "Todo ello nos sitúa en el terreno de los demás, que no son sino la gente, cuya opinión colectiva marca en cualquier lugar y tiempo el nivel de tolerancia o de rechazo. El contenido del derecho al honor es lábil y fluido, cambiante y en definitiva, como hemos dicho en alguna otra ocasión, "dependiente de las normas, valores e ideas sociales vigentes en cada momento" ( STC 185/1989).

En consonancia con tal doctrina constitucional, ser receptor de crítica por rechazar el uso de mascarillas entra en el ámbito de la polémica sobre una cuestión de suma actualidad sin que pueda calificarse, de entrada, como deshonroso.

Por otra parte, como recordaron las STS 81/2001, de 26 de marzo, FJ2 y 156/2001, de 2 de julio, FJ6, "el derecho a la propia imagen, como cualquier otro derecho, no es un derecho absoluto y por ello su contenido se encuentra delimitado por el de otros derechos y bienes constitucionales". Aquí no consta que la imagen del recurrente hubiere sido captada o difundida sin mascarilla sin su autorización.

**UNDÉCIMO.-** *Costas.*

Conforme a lo establecido por el artículo 139.1 de la Ley de la Jurisdicción, imponemos a la parte recurrente las costas de este recurso. A tal efecto, la Sala, haciendo uso de la facultad reconocida en el apartado 4 de ese precepto legal, señala como cifra máxima a que asciende la imposición de costas por todos los conceptos la de 3.000 euros. Para la fijación de la expresada cantidad se tienen en cuenta los criterios seguidos habitualmente por esta Sala en razón de las circunstancias del asunto y de la dificultad que comporta.

## F A L L O

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido

Se declara la inadmisión del recurso contencioso administrativo deducido por la representación procesal de don  Casiano  frente a la orden 458/2020, de 30 de mayo.

Se desestima el recurso contencioso administrativo contra Orden SND/422/2020.

En cuanto a las costas estése al último fundamento de derecho.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

**PUBLICACIÓN.-** Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por la Excma. Sra. Magistrada Ponente de la misma, Doña Celsa Pico Lorenzo, hallándose celebrando audiencia pública, lo que como Letrada de la Administración de Justicia, certifico.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ