

Sentencia del Tribunal Supremo 1569/2020, de 20 de noviembre

EL USO OBLIGATORIO DE LAS MASCARILLAS NO CERCENA LOS DERECHOS FUNDAMENTALES Y LEGALIDAD DE SU IMPOSICIÓN

La declaración del estado de alarma y sus prórrogas, así como otras cuestiones, han generado un gran número de intervenciones judiciales, mediante sentencias y autos [FERNÁNDEZ DE GATTA SÁNCHEZ, D. 2020: «El Estado de Alarma y las medidas contra el coronavirus ante jueces y tribunales». *Diario La Ley (Grupo Wolters Kluwer)*, 11 de junio de 2020, n.º 9651, 21 pp. (<https://diariolaley.laleynext.es/dll/2020/06/17/el-estado-de-alarma-y-las-medidas-contra-el-coronavirus-ante-jueces-y-tribunales>); 2020: «El Real Decreto 926/2020, de 25 de octubre: del estado de alarma de Madrid y el desbarajuste jurídico-administrativo de las medidas contra el coronavirus a otro estado de alarma, con prórroga..., de nuevo con problemas constitucionales». *Diario La Ley (Grupo Wolters Kluwer)*, 23 de noviembre de 2020, n.º 9741, 37 pp. (<https://diariolaley.laleynext.es/dll/2020/11/23/el-real-decreto-926-2020-de-25-de-octubre-del-estado-de-alarma-de-madrid-y-el-desbarajuste-juridico-administrativo-de-las-medidas-contra-el-coronavirus-a-otro-estado-de-alarma-con-prorroga-de-nuevo-con-problemas-constitucionales>), y 2020: «El control constitucional y judicial del estado de alarma por la epidemia del coronavirus». *Ars Iuris Salmanticensis-AIS*, 2020, 8(2): 313-324 (<https://revistas.usal.es/index.php/ais/article/view/25721/25021>).

Entre esas cuestiones, tienen especial relevancia aquellas relacionadas con el ejercicio de derechos y libertades y con las medidas de lucha contra el coronavirus. En relación con ambas, tiene mucho interés la Sentencia del Tribunal Supremo 1569/2020, de 20 de noviembre [<https://www.poderjudicial.es/search/TS/openDocument/7545571907a3dcc9/20201124>], relativa al curioso asunto de un recurso contra el uso obligatorio de las mascarillas.

Esta Sentencia resuelve el recurso contencioso administrativo interpuesto por un particular, por el procedimiento jurisdiccional de los derechos fundamentales, contra la Orden SND/422/2020, de 19 de mayo, por la que se regulan las condiciones para el uso obligatorio de mascarilla durante la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19 (BOE del 20) [<https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2020-5142>], y contra la Orden SND/458/2020, de 30 de mayo (BOE del 30) [<https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2020-5469>], para la flexibilización de determinadas restricciones de ámbito nacional establecidas tras la declaración del estado de alarma en aplicación de la fase 3 del denominado «Plan para la transición hacia una nueva normalidad».

La argumentación del recurrente para justificar su pretensión de que sean anuladas ambas órdenes ministeriales es, ciertamente, y cuando menos, curiosa, ya que se afirma que

aún no se ha explicado a la población por qué se evita que la población se contagie para obtener inmunidad individual y de grupo, [sino que] por el contrario se obliga a la población a distanciarse y a usar mascarillas sin prescripción médica individualizada; [...] que las medidas adoptadas (uso generalizado de mascarillas y distanciamiento social) que reputa actos médicos... 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; [...] que] [r]echaza 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; [...] y...] [s]ostiene que no hay riesgo de colapso ni ha habido colapso.

Además, «[s]ostiene 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», y «[d]efiende los beneficios del contagio para desarrollar inmunidad», así como que «las prohibiciones de las órdenes recurridas impiden que el recurrente desarrolle la inmunidad a la enfermedad». Por otra parte, «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.)» y «[a]diciona 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».

La abogada del Estado pide la inadmisibilidad del recurso o subsidiariamente la desestimación, por pérdida sobrevenida del objeto procesal, falta de legitimación activa del recurrente y defectuoso planteamiento de la demanda. Además, sustantivamente, se expone una detallada argumentación médico-jurídica sobre la necesidad de usar las mascarillas. Por su parte, el Ministerio Fiscal propone la inadmisión parcial y la desestimación del recurso, y argumenta en contra de la afectación del uso de las mascarillas a los derechos fundamentales.

La Sentencia considera que no se ha producido una pérdida sobrevenida del objeto del recurso por el hecho de que la Orden SND/422/2020, de 19 de mayo, haya perdido su vigencia pues, según establece la misma, mantiene su eficacia durante la vigencia del estado de alarma y sus posibles prórrogas (es decir, hasta el 21 de junio de 2020), ya que se trata de 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, y de ser estimatoria la sentencia no tendría más alcance que el puramente declarativo, pero esta hipotética conclusión no convierte en innecesario un pronunciamiento del Tribunal y, por ello, se mantiene que el recurso no ha perdido su objeto ya que el acogimiento de la pretensión del recurrente supondría la reparación del derecho fundamental supuestamente cercenado. Además, el Tribunal Supremo añade que

[e]n 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).

A continuación, la Sentencia reafirma la doctrina sobre el valor de ley de los reales decretos de declaración del estado de alarma y sus prórrogas y la incompetencia del Tribunal Supremo para conocer los recursos que se interpongan contra ellos, establecida en varios autos del propio Tribunal Supremo y en la STC 83/2016, de 28 de abril [<http://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/es/Resolucion/Show/24935>], aunque mantiene que lo anterior

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 [...] [...] 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.

Por otra parte, la Sentencia estima que las órdenes ministeriales recurridas no incurrirán en desviación de poder por seguir recomendaciones de la Organización Mundial de la Salud, ya que, señala, el Ministerio de Sanidad puede seguir las recomendaciones de la OMS dada la pertenencia de España a dicha organización sin que tal conducta evidencie que el mismo las hubiera utilizado o utilice para un fin distinto del establecido por el ordenamiento jurídico.

En relación con la posible afectación de las órdenes ministeriales a diversos derechos fundamentales, el Tribunal Supremo entiende que las mismas no han vulnerado del derecho a la información reconocido por el art. 20-CE [<https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1978-31229>], al estimar que el recurrente se ha limitado a su invocación engarzado con el derecho a la libertad individual (no uso de mascarillas).

Asimismo, sobre la afectación al art. 15-CE, relativo al derecho a la vida y a la integridad física y moral, la Sentencia afirma que «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».

En relación con esta cuestión, el Tribunal de Supremo argumenta que

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.

Citando algunos informes científicos y sanitarios sobre el importante papel que las mascarillas juegan contra la epidemia, la Sentencia afirma que los hipotéticos riesgos derivados de su uso siempre serán menores que el beneficio de la prevención obtenida (falta de oxígeno, eritemas, rinitis, etc.) y, de hecho, señala, que el art. 6-2.º del Real Decreto-Ley 21/2020, de 9 de junio, de medidas urgentes de prevención, contención y coordinación para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19 (BOE del 10) [<https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2020-5895>], reitera, en lo esencial, lo establecido en el art. 2-2.º de la Orden SND/422/2020, de 19 de mayo, sobre exclusión de uso obligatorio de mascarillas en determinados casos (personas con dificultades respiratorias, personas en las que el uso de mascarilla resulta contraindicado por motivos de salud, desarrollo de actividades en las que, por su propia naturaleza, resulte incompatible el uso de mascarilla y causa de fuerza mayor o situación de necesidad). Además, el Tribunal entiende que el derecho al consentimiento informado no se encuentra concernido en este caso y que el uso obligatorio de mascarilla no es contrario al 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 de 20 de octubre de 1999) [<https://www.boe.es/boe/dias/1999/10/20/pdfs/A36825-36830.pdf>].

Finalmente, la Sentencia estima que tampoco hay vulneración del derecho al honor y a la propia imagen, del art. 18-CE, pues el recurrente estimó en el recurso que se vulneraba ese derecho al ser «estigmatizados» quienes rechazan el uso de las mascarillas, ya que, estima el Tribunal, 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 deshonoroso, y, añade, no consta que la imagen del recurrente hubiere sido captada o difundida sin mascarilla sin su autorización.

En base a los argumentos anteriores, la Sentencia declara la inadmisión del recurso contencioso administrativo interpuesto frente a la Orden SND/458/2020, de 30 de mayo, y se desestima el recurso contencioso administrativo contra la Orden SND/422/2020, imponiendo las costas al recurrente (por un máximo de 3.000 €).

Dionisio FERNÁNDEZ DE GATTA SÁNCHEZ
Profesor Titular de Derecho Administrativo
Universidad de Salamanca
dgatta@usal.es