



ADMINISTRACION
DE JUSTICIA



ADMINISTRACIÓN
DE XUSTIZA

**T.S.X.GALICIA CON/AD SEC.3
003 - A CORUÑA**

Equipo/usuario: MQ

N.I.G: 15030 33 3 2021 0000258

Procedimiento: DF DERECHOS FUNDAMENTALES 0007082 /2021

Sobre DERECHOS FUNDAMENTALES

De D/ña. ASOCIACION DOMO ACCION GALICIA

Abogado: JOSE MARIA SANCHEZ LUCAS

Procurador: MIGUEL ANGEL MOLEDO GÜETO

Contra D/ña. CONSELLERIA DE SANIDADE, CONSELLERIA DE CULTURA, EDUCACION E UNIVERSIDADE

Abogado: LETRADO DE LA COMUNIDAD, LETRADO DE LA COMUNIDAD

Procurador: ,

D./ D^a. MARIA LUISA DIAZ SANCHEZ, Letrado de la Administración de Justicia de T.S.X.GALICIA CON/AD SEC.3 003, de los de A CORUÑA.

POR EL PRESENTE HAGO CONSTAR: Que en los autos de DERECHOS FUNDAMENTALES n° 0007082 /2021 ha recaído , del tenor literal:

**T.S.X.GALICIA CON/AD SEC.3
A CORUÑA**

SENTENCIA: 00400/2021

PONENTE: D^a. CRISTINA MARIA PAZ EIROA

RECURSO NUMERO: DERECHOS FUNDAMENTALES 7082/2021

RECURRENTE: ASOCIACION DOMO ACCION GALICIA

Procurador: MIGUEL ANGEL MOLEDO GÜETO

Letrado: JOSE MARIA SANCHEZ LUCAS

ADMINISTRACION DEMANDADA: CONSELLERIA DE SANIDADE, CONSELLERIA DE CULTURA, EDUCACION E UNIVERSIDADE

Procurador:

Letrado: ABOGACIA DE LA COMUNIDAD

MINISTERIO FISCAL

EN NOMBRE DEL REY

La Sección 003 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia ha pronunciado la

SENTENCIA

Ilmos. Sres. e Ilma. Sra

Francisco Javier Cambón García presidente
Cristina María Paz Eiroa
Juan Carlos Fernández López

En la ciudad de A Coruña, a **20 de octubre de 2021.**

Esta Sala ha visto el recurso ordinario número 7082/2021, sustanciado por el procedimiento para la protección de los derechos fundamentales de la persona previsto en los artículos 114 y siguientes de la Ley 29/98, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, que ante esta Sala ha promovido el procurador don Miguel Ángel Moledo Güeto, en nombre y representación de la Asociación Domo Acción Galicia, contra la Resolución conjunta de 4 de noviembre de 2020 de las Consellerías de Cultura, Educación e Universidade e Sanidade por la que se aprueba la actualización del "Protocolo de adaptación ao contexto da covid 19 nos centros de ensino non universitario de Galicia para o curso 2020-2021" y por la que se aprueba Protocolo de actividades extraescolares en centros educativos no universitarios.

Es Ponente la Ilma. Sra. Doña Cristina María Paz Eiroa.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El procurador don Miguel Ángel Moledo Güeto, en nombre y representación de la Asociación Domo Acción Galicia, interpuso recurso ante este tribunal a tramitar por el procedimiento especial para la protección de los derechos fundamentales contra la Resolución conjunta de 4 de noviembre de 2020 de las Consellerías de Cultura, Educación e Universidade e Sanidade por la que se aprueba la actualización del "Protocolo de adaptación ao contexto da covid 19 nos centros de ensino non universitario de Galicia para o curso 2020-2021" y por la que se aprueba Protocolo de actividades extraescolares en centros educativos no universitarios. Por



diligencia de 10/03/2021 se acordó requerir con carácter urgente al órgano administrativo correspondiente, acompañando copia del escrito de interposición, para que en el plazo máximo de cinco días, a contar desde la recepción del requerimiento, remitiese el expediente acompañado de los informes y datos que estime procedentes, con apercibimiento de cuanto se establece en el artículo 48.

SEGUNDO.- Recibido el expediente, por decreto de 17/03/2021 se dictó auto mandando seguir las actuaciones, que se pusieron de manifiesto al recurrente para que, en el plazo improrrogable de ocho días, pudiese formalizar la demanda y acompañar los documentos. El 12/04/2021 el procurador don Miguel Ángel Moledo Güeto, en nombre y representación de la Asociación Domo Acción Galicia, presentó escrito de demanda por el que, después de alegar los hechos con los fundamentos de derecho que estimó oportunos, suplicaba que se *«declare que se ha producido por las demandadas vulneración del derecho fundamental reconocido en el art. 15 de la CE, el derecho a la vida, integridad física y moral de esta parte, por los daños y perjuicios ocasionados en los menores, hijos de socios de Domo Acción Galicia, por el uso continuado de la mascarilla en los centros de enseñanza no universitaria de Galicia en los están cursando o cursen dichos menores, y con imposición de costas a la adversa»*.

TERCERO.- Formalizada las demanda, por diligencia de ordenación de 14/04/2021 se dio traslado de la misma al Ministerio Fiscal y a la parte demandada para que, a la vista del expediente, presentasen sus alegaciones en el plazo común e improrrogable de ocho días y acompañasen los documentos que estimasen oportunos. El Ministerio Fiscal emitió informe el 16/04/2021 pidiendo la prosecución del proceso hasta la sentencia previa práctica de prueba. La Xunta de Galicia presentó escrito de contestación el 07/05/2021 pidiendo la desestimación de la demanda.

CUARTO.- Por auto de 19/05/2021 se decidió sobre la prueba propuesta y se acordó el trámite de conclusiones, que se practicó con el resultado que obra en autos. El Ministerio Fiscal emitió dictamen el 14/06/2021 concluyendo que *«dada a patente ausencia de vulneración dos dereitos fundamentais alegados na demanda procede a inadmisión do recurso contencioso-administrativo deducido pola ASOCIACIÓN DOMO ACCIÓN GALICIA fronte o Protocolo de adaptación ao contexto do Covid-19 nos centros de ensino non universitario de Galicia para o Curso 20202-2021»*.

QUINTO.- Por providencia de fecha 27/09/2021 señalar el día 15/10/2021 para la votación y fallo.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Dice la demandante que «el Protocolo impugnado vulnera el derecho fundamental reconocido en el artículo 15 de la Constitución Española, derecho a la vida, a la integridad física y moral, al establecer medidas, como el uso obligatorio de la mascarilla en menores en centros escolares no universitarios de Galicia, puesto que genera daños irreversibles e irreparables en la salud de los menores identificados [...] carece de sentido imponer la obligatoriedad del uso de las mascarillas en menores en los centros escolares, teniendo en cuenta en este caso la escasa incidencia, la falta de evidencia de efectividad, y los daños y perjuicios excesivos que se les está ocasionando a los mismos [...] Y así, se han probado con los informes periciales psicológicos aportados por esta parte, que los menores [...] sufren y continúan sufriendo daños psicológicos, que de no cesar el Protocolo impugnado se agravarán, con graves consecuencias psicosociales».

Como ya hemos dicho en el auto dictado en la pieza separada de medidas cautelares, este tribunal, desde su auto de 31/08/2020 dictado en la PSMC 7276/2020, viene reiterando que el uso de la mascarilla es una medida adoptada en el seguimiento y evaluación a que se refiere el Acuerdo de 12 de junio de 2020, en un contexto de emergencia sanitaria y de eficacia demostrada para la prevención de la propagación del virus y para la protección de las personas sanas. Son palabras del auto que "Desde luego lo que no puede prevalecer en esta labor de valoración de los intereses enfrentados, es el interés particular de quien sufre una incomodidad en el uso de la mascarilla frente al interés público cuya salvaguarda subyace en la obligación de su uso". También dijimos en nuestro auto que el TS, Sala Tercera, en sentencia de 20/11/2020 dictada en el recurso 140/2020, declara 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 [...] 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 [...] 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 legítima 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 [...] 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 [...]".

Con posterioridad, el TS dictó el Auto de 24/06/2021 diciendo que «existen al menos dos pronunciamientos de esta Sala que abordan la cuestión del uso obligatorio de la mascarilla [...] Se trata de la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, de 20 de noviembre de 2020 dictada en el recurso núm. 140/2020 y de 17 de diciembre de 2020, dictada en el recurso núm. 128/2020 [...] esta Sección aprecia que el recurso planteado en estos términos carece manifiestamente de interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia, pues esta Sala ya ha tenido ocasión de pronunciarse en varias ocasiones sobre la proporcionalidad del uso obligatoria de mascarilla en el presente contexto de pandemia [...] SEGUNDO.- En este sentido, merece traer a colación la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, de 20 de noviembre de 2020 dictada en el recurso núm. 140/2020 que resolvió el recurso interpuesto 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. En su Fundamento Jurídico Noveno, la meritada sentencia afirma lo siguiente: / "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 [...] 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 [...] 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 legítima 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 [...]" / También la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, de 17 de diciembre de 2020, dictada en el recurso núm. 128/2020, que resolvió la impugnación de la Orden SND/422/2020, de 19 de mayo, por la que se regulan las condiciones para el uso obligatorio de mascarilla durante la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19. Esta sentencia remite a la anterior y añade en su Fundamento Jurídico Quinto lo siguiente: / "QUINTO.- Llegados a este punto, cabe ya abordar las concretas alegaciones de la recurrente. En primer lugar, dice que hay



"falta de ponderación en la norma y en la norma habilitante" y "norma habilitante ilegal e inconstitucional". Es sabido que el real decreto que declara el estado de alarma tiene fuerza de ley (STC 83/2016) y en aplicación del mismo ha sido aprobada la disposición ahora impugnada. Y en cuanto a la pretendida falta de ponderación de los intereses y valores en juego, debe decirse que se trata de una aseveración indefendible, por no calificarla de temeraria: es patente la extensión y la gravedad de la pandemia del COVID-19 y, si existe un consenso universal con respecto a los medios para contrarrestarla, ése es el uso de mascarillas[...] Sin perjuicio de que para algunas personas concretas pueda resultar médicamente contraindicado el uso de mascarilla -lo que habrá de solucionarse en cada caso concreto-, es innegable que para el conjunto de la población la medida es necesaria y está destinada a evitar un mal mayor, como es la expansión de contagios [...]».

Los informes psicológicos y estudios que la recurrente acompañó a su escrito de demanda no pueden prevalecer sobre los beneficios de la prevención.

Procede la desestimación.

SEGUNDO.- Se imponen las costas a la demandante porque el recurso se estima, hasta un máximo de 1 500 euros (más IVA) - artículo 139 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa-.

FALLO

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

Desestimar el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el procurador don Miguel Ángel Moledo Güeto, en nombre y representación de la Asociación Domo Acción Galicia.

Imponer las costas a la demandante hasta un máximo de 1 500 euros.

Contra esta sentencia cabe interponer, bien ante el Tribunal Supremo, bien ante la correspondiente Sección de esta Sala, el recurso de casación previsto en el artículo 86 de la

Ley Jurisdiccional, que habrá de prepararse mediante escrito a presentar en esta Sala en el plazo de treinta días y cumpliendo los requisitos indicados en el artículo 89.2 de dicha ley.

Así se acuerda y firma.

Concuerda bien y fielmente con su original al que me remito y, para que así conste, extiendo y firmo la presente certificación.

En A CORUÑA, a veintiuno de octubre de dos mil veintiuno.

EL/LA LETRADO/A DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

MARIA LUISA DIAZ SANCHEZ

La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutelar o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda.

Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.