



Roj: **STSJ CLM 1441/2024 - ECLI:ES:TSJCLM:2024:1441**

Id Cendoj: **02003330012024100206**

Órgano: **Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Albacete**

Sección: **1**

Fecha: **17/05/2024**

Nº de Recurso: **475/2021**

Nº de Resolución: **100/2024**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **GUILLERMO BENITO PALENCIANO OSA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

**T.S.J.CAST.LA MANCHA CON/AD SEC.1**

**ALBACETE**

**SENTENCIA: 00100/2024**

**Recurso de Apelación nº 475/2021**

Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 1 de Guadalajara

**SALA DE LO CONTENCIOSO**

**ADMINISTRATIVO. SECCIÓN 1ª**

Presidente:

Ilmo. Sr. D. Guillermo B. Palenciano Osa

Magistrados:

Ilmo. Sr. D. Antonio Rodríguez González

Ilmo. Sr. D. José Antonio Fernández Buendía

**SENTENCIA Nº 100**

En Albacete, a 17 de mayo de 2024.

Vistos por la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha presente recurso de apelación nº 475/2021 interpuesto por la Procuradora doña Patricia Bosch Iglesias, en nombre y representación de doña **Candida**, contra la Sentencia de fecha 27 de septiembre de 2021, del Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 1 de Guadalajara, dictada en el PO nº 106/2020, en materia de: Actividad administrativa. Uso mascarilla por menores en el colegio; siendo Ponente el Ilmo. Sr. D. Guillermo Benito Palenciano Osa, que expresa el parecer de la Sala.

Han comparecido como parte apelada **la CONSEJERÍA DE EDUCACIÓN CULTURA Y DEPORTES** representada y dirigida por Letrado de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha.

#### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** Se apela por la representación procesal de doña Candida la sentencia dictada por el Juzgado de lo Contencioso-administrativo de Guadalajara, de fecha 27 de septiembre de 2021, número 252/21, recaída en los autos del recurso contencioso-administrativo número 106/2020. Dicha sentencia contiene el siguiente fallo:

*" Desestimando el recurso interpuesto por ser ajustada a Derecho la actuación administrativa, debo confirmar y confirmo la que resulta impugnada en el presente procedimiento, inacogiendo los pedimentos de la demanda. No se efectúa imposición de costas. "*



El recurso contencioso administrativo, como indica la sentencia, se dirige "frente al COLEGIO RURAL DE DIRECCION000 , GUADALAJARA, CASTILLA LA MANCHA, con domicilio en DIRECCION001 DIRECCION000 , Guadalajara; y contra LA DELEGACIÓN PROVINCIAL DE GUADALAJARA DE LA CONSEJERIA DE EDUCACIÓN, CULTURA Y DEPORTE DE LA JUNTA DE CASTILLA-LA MANCHA; el primero por impedir la entrada y estancia a los hijos de mi mandante pese a estar exentos por ley al uso de la mascarilla y el segundo por ratificar la omisión y no contestación el requerimiento a la Administración Educativa, recibido el 23 de Noviembre".

En la demanda se suplica del Juzgado el dictado de " *sentencia en la que declare la nulidad de la prohibición de acceso y estancia de Jose Pablo y Carlos María hijos de mi mandante sin mascarilla al Colegio, al estar exento por ley, así como la inacción de la Inspección educativa tras el requerimiento previo a la interposición de la presente y, en consecuencia, acuerde permitir su acceso y estancia manteniendo la distancia de 1,5 metros, obligando a la administración educativa demandada a estar y pasar por dicha declaración, dado que en el colegio no hay más de 7 niños* ".

**SEGUNDO.-** La parte apelante interpuso recurso de apelación alegando que concurrían las circunstancias para que fuera estimado el mismo y para que se deje sin efecto la sentencia apelada, hasta acabar estimando la pretensión principal de su recurso.

Tras reproducir parte de la sentencia, los motivos de la apelación se sustentan en hechos y fundamentos jurídicos recogidos en su escrito, en resumen :

- IN FRACCIÓN, CONTRADICCIÓN Y VULNERACIÓN DEL ARTICULO 6 DEL REAL DECRETO LEY 21/20 DE 9 JUNIO, Y ERRÓNEA APRECIACIÓN DE LA PRUEBA A ESTE RESPECTO

- IN FRACCIÓN, VULNERACIÓN, CONTRADICCIÓN DEL ARTICULO 2 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

- ERRÓNEA INVOCACIÓN DE LAS SENTENCIAS SOBRE USO DE MASCARILLAS

**TERCERO.-** Por la representación procesal de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha se presentó escrito con el que se opuso al recurso de apelación presentado y solicitando la confirmación de la sentencia apelada, en base a los hechos y fundamentos de derecho que tuvo por convenientes.

**CUARTO.-** Recibidos los autos en esta Sala, se formó el correspondiente rollo de apelación, y se señaló votación y fallo para el día 8 de mayo de 2024, que una vez celebrada quedaron las actuaciones vistas para sentencia.

## FUNDAMENTOS JURÍDICOS

**PRIMERO.- Sobre la naturaleza del recurso de apelación. Contenido de la sentencia apelada y el error en la valoración de la prueba. Desestimación**

El recurso de apelación se clasifica como un recurso ordinario y ello implica que es un recurso que permite plantear ante el órgano que lo resuelve un conocimiento pleno de la cuestión objeto de controversia. Esto significa que la apelación por su función revisora de la sentencia dictada en primera instancia, en principio, constituye una reiteración del debate objeto del proceso.

Ahora bien, la discusión en la apelación debe articularse no frente a la pretensión de la parte que dio lugar al inicial proceso dialéctico, sino frente a la sentencia, que pone fin a la primera instancia, lo que significa que no es admisible plantear sin más el debate sobre los mismos términos en que lo fue en primera instancia, como si no hubiera recaído la resolución judicial, pues ello desnaturaliza la función del recurso. En suma, se exige un examen crítico de la sentencia, para llegar a demostrar la errónea prueba o la argumentación equívoca, de modo que el Tribunal *ad quem* tendrá la plena competencia para revisar y decidir todas las cuestiones planteadas en conexión con los motivos, pero no podrá revisar de oficio los razonamientos de la sentencia no impugnados.

Siguiendo la doctrina expuesta, en la Sala podemos anticipar la suerte desestimatoria del recurso de apelación, toda vez que la percepción del Juzgador de instancia, a la hora de valorar la prueba, ha sido la misma de la que ha dispuesto esta Sala, especialmente respecto de los informes médicos aportados por la parte apelante en la instancia, sin que sea posible concluir que la decisión judicial apelada pudiera ser manifiestamente ilógica, irracional, o errónea respecto a las conclusiones a las que llega en la interpretación y aplicación del art. 6 del Real Decreto Ley 21/20 de 9 de junio, concretamente cuando en la sentencia se destaca lo siguiente :

*" Fía principalmente la actora la prosperabilidad de su recurso, por medio de demanda que reproduce íntegro el escrito de interposición y es reproducida a su vez en completud en el de conclusiones (de cuya polivalencia en sus aspectos generales da idea la mención explícita a Pedro Enrique , en tanto hijo de los mandantes de la causídica*



-páginas 20 y 31 de demanda y conclusiones-, así como a la Delegación Provincial de Cádiz de Educación -página 32 de ambos escritos procesales-, a los informes periciales psicológicos, emitidos a su instancia por la psicóloga de Valencia doña Salome, los cuales consignan, en punto a su metodología, haber celebrado -en ignara, por inexpressada, fecha- sendas entrevistas individuales con cada uno de ellos -estructurada y abierta, se dice-, así como individual con la madre y conjunta de cada uno de los menores con su progenitora, alcanzando similares conclusiones de los dos hermanos y proclamando unas mismas consideraciones generales a propósito del uso obligado de la mascarilla en el colegio por parte de los alumnos, cuestión nuclear de la disputa.

Al margen de los informes periciales -de parte- la actora ha aportado también en momento temprano (con su escrito de interposición, que presenta los caracteres propios de una demanda) dos informes médicos que merecieron el análisis de este Juzgador en el auto nº 67/2021, de 15 de abril, recaído en la pieza de medidas cautelares que, ante lo nada innovador al respecto en este proceso principal, mantiene toda su vigencia y que, oportuno resulta reproducir en la fundamentación jurídica de esta sentencia: «interesa detenerse en los informes médicos aportados como documento número 1 y 2, en tanto el atinente al menor Carlos María se limita a consignar que "el niño refiere", esto es, manifiesta o relata ante la facultativa "que presenta cuadro de dificultad respiratoria en relación con el uso de la mascarilla", mientras que el que atañe a Elías, la facultativa consigna que "el paciente presenta cuadro de dificultad respiratoria en relación con el uso de la mascarilla"; aun cuando en el de Elías existe una objetivación carente respecto de Carlos María, la médico en ambos casos suscribiendo no consigna la existencia de -concreta-patología o enfermedad preexistente en los menores impeditiva del uso de la mascarilla, preceptiva en la actual situación de salud pública por la pandemia del COVID-19 para la asistencia al Centro Docente, quedándose en una "dificultad respiratoria" de cuyo alcance nada precisa. Aun cuando para otras situaciones de la vida pudiera valer lo consignado facultativamente para sustentar la exención del uso obligatorio de tal elemento de protección, algo en lo que no es dable entrar en esta resolución judicial, la cuestión, en tanto de potencial afectación al resto de alumnos asistentes al Centro Docente, así como al profesorado y personal del mismo, cobra una diferente dimensión, puesto que la imposición del uso de la mascarilla, además de mecanismo de autoprotección, es un medio de evitación de verse contagiados quienes comparten espacio y actividades educativas con los menores concernidos, haciendo que no pueda adoptarse la medida cautelar peticionada en tanto el interés general personificado en el prójimo más próximo a los menores ha de tenerse por prevalente al individual de ellos dos, lo que no quita que si la que se predica facultativamente como dificultad -que no imposibilidad o incompatibilidad- del uso de la mascarilla por los hijos de la recurrente jurisdiccional impidiera su adecuada escolarización pudieran arbitrarse por la Autoridad Educativa medios eficaces para garantizarla». A mayor abundamiento, las solicitudes de interconsulta efectuadas el 8 de octubre de 2020, más allá de los términos de los dos certificados expedidos con anterioridad el 28 de septiembre de 2020, consignan, la de Elías un diagnóstico inicial de " DIRECCION002 " y la de Carlos María " DIRECCION003 ", eludiendo cualquier consignación de patologías respiratorias, ni siquiera para Elías, quedando cuestionado de esa manera, por elocuente omisión, lo expresado por la psicóloga particular en su informe."

En conclusión, la prueba practicada en la primera instancia, y con la que la parte apelante pretende revertir el pronunciamiento judicial, no permite llegar a una conclusión distinta a la del Juzgador a quo acerca de que los menores no estaban exentos del uso de la mascarilla en el centro escolar, al no estar acreditado que padezcan alguno tipo de enfermedad o dificultad respiratoria que pueda verse agravada por el uso de la mascarilla, cuando no tienen ningún tipo de discapacidad y la edad sí que les permite tener la autonomía para quitarse la mascarilla en una situación de necesidad ( art. 6 de la Ley 2/21 de 29 de marzo ).

Por ello, debe desestimar el primero de los motivos de impugnación.

**SEGUNDO.- Sobre la infracción, vulneración, contradicción del art. 2 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y Dignidad del Ser Humano con respecto a las aplicaciones de la Biología y la Medicina.**

**Sobre la errónea invocación de las sentencias sobre el uso de las mascarillas.**

#### **Desestimación**

Cita la parte apelante el Artículo 2 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y Dignidad del Ser Humano con respecto a las aplicaciones de la Biología y la Medicina. 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.»

E indica que la sentencia vulnera su contenido en la parte donde dice :

«Diferente atención, empero, merecen los particulares atinentes al medio escolar de los dos hermanos que reflejan los informes de la psicóloga doña Salome, a cuyo tenor ellos dos serían los mayores del grupo en el que conviven una niña de 7 años que padece DIRECCION004 ) y otros cuatro niños de menos de cuatro años, circunstancias que por sí solas, habida consideración del estado de la ciencia en la data de esta resolución



*judicial que descarta a todos los escolares -salvo los hijos de la demandante- como vacunables, hace que la salud de los más (de mayor vulnerabilidad, añadidamente) haya de prevalecer frente a lo propugnado por la actora.».*

Pues bien, en respuesta a dicho motivo impugnatorio, como a los argumentos que hace valer la parte apelante en tal sentido y acerca de la errónea invocación de sentencias que sobre el uso de las mascarillas dice se hace en la sentencia apelada, procede reproducir la **sentencia del Tribunal Supremo, del 20 de noviembre de 2020 ( Rec. 140/2020 ), con ocasión del recurso interpuesto contra la Orden SND/422/2020, de 19 de mayo, relativa al uso obligatorio de mascarilla durante la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19**, en la parte donde dice :

*" 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/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".*

*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](https://www.csic.es/sites/default/files/informe_caracteristicas_sars-cov2_y_opciones_filtracion_idaea-csic_15_abril.pdf).) El antedicho informe se encuentra anexo 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](http://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 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 del Dr. Daniel 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."

Nada más podemos añadir a lo dicho por el Tribunal Supremo, como tampoco a la doctrina de esta misma Sala que cita la sentencia apelada, para desestimar la totalidad de las alegaciones y pretensiones de la parte apelante y, con ello, del recurso de apelación presentado hasta concluir confirmando la sentencia apelada.

### **TERCERO.- Sobre las costas**

En cuanto a las costas, y al amparo de lo previsto en el art. 139 de la LJCA, y al haber sido totalmente desestimadas las pretensiones de la parte apelante, procede imponer a dicha parte las causadas en esta instancia.

No obstante, y haciendo uso de las facultades de moderación previstas en el precepto anteriormente citado, en atención a las circunstancias y complejidad del procedimiento, procede limitar el importe de las mismas en la cantidad de 1.500 €, por el concepto de honorarios de Letrado (IVA excluido)

Visto lo anterior, en la Sala decidimos

### **FALLO**



- 1) **Desestimar el recurso de apelación** interpuesto por la representación procesal de doña Candida contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Contencioso-administrativo de Guadalajara, de fecha 27 de septiembre de 2021, número 252/21, recaída en los autos del recurso contencioso-administrativo número 106/2020.
- 2) Confirmar dicha sentencia.
- 3) Imponer a la parte apelante las costas causadas en esta instancia, aunque limitadas a la cantidad de 1500 € por el concepto de honorarios de Letrado ( IVA excluido).

Notificar a las partes con indicación de que contra la presente sentencia cabe recurso de casación para ante la Sala 3ª del Tribunal Supremo, que habrá de prepararse por medio de escrito presentado ante esta Sala en el plazo de treinta días, contados desde el siguiente al de su notificación, estando legitimados para ello quienes hayan sido parte en el proceso, o debieran haberlo sido, debiendo hacerse mención en el escrito de preparación al cumplimiento de los requisitos señalados en el art. 89.2 de la LJCA.

Así, por esta nuestra Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

**PUBLICACIÓN.-** Leída y publicada ha sido la anterior Sentencia por el Ilmo. Sr. Magistrado D. Guillermo Benito Palencia **no** Osa, estando celebrando audiencia en el día de su fecha la Sala de lo Contencioso Administrativo que la firma, y de lo que como Letrada de la Administración de Justicia, doy fe.

FONDO DOCUMENTAL CEJUDO