BASE DE DATOS DE Norma CEF.-
Referencia: NCJ065821

TRIBUNAL SUPREMO

Sentencia 1412/2021, de 1 de diciembre de 2021
Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección 4.ª)
Rec. n.º 8074/2021

SUMARIO:

Exigencia del certificado COVID digital de la Unión Europea. Falta de ratificación por el TSJ del País Vasco de las medidas previstas por el Gobierno autonómico. Este recurso de casación presenta el necesario **interés objetivo para la formación de jurisprudencia** pues plantea si se debe confirmar o modificar el criterio sobre la obligación de exhibir el llamado certificado covid para acceder a determinados locales de ocio y restauración en las circunstancias de la pandemia que refleja la memoria justificativa presentada por el Gobierno Vasco al solicitar la ratificación de la medida. La memoria complementaria, siendo útil para conocer si ha cambiado o no la situación epidemiológica, no es la determinante del juicio que debe efectuarse ya que el cometido del Tribunal Supremo es examinar si el auto 91/2021 del TSJPV es o no conforme a Derecho y para eso hemos de atender a los elementos que el Gobierno Vasco suministró a la Sala de Bilbao. **El recurso de casación ha de ser estimado**, el auto 91/2021 anulado y la medida prevista en la Orden de 17 de noviembre de 2021 ratificada porque **la exigencia de exhibir el certificado covid** para acceder a los establecimientos relacionados en la Orden del Gobierno vasco **presenta los rasgos de adecuación, necesidad y proporcionalidad** que justifican su adopción en virtud de los artículos 3 de la Ley Orgánica 3/1986, 26 de la Ley 14/1986 y 54 de la Ley 33/2011, interpretados a la luz de los artículos 15 y 43 de la Constitución.
No se aprecian diferencias relevantes entre la situación que examinamos en Galicia y la aquí subyacente. Y tampoco se encuentran en la fundamentación del mencionado auto del TSJPV argumentos que deban llevar a reconsiderar lo dicho en la sentencia n.º 1112/2021. Por el contrario, al ejercer el control preliminar previsto por el artículo 10.8 de la Ley de la Jurisdicción, la exigencia del certificado covid o pasaporte sanitario previsto en el Reglamento (UE) 2021/953 a fin de facilitar la libre circulación durante la pandemia, para acceder a los establecimientos identificados en la Orden de la Consejera de Salud del Gobierno Vasco de 17 de noviembre de 2021 **es: (i) una medida adecuada** para prevenir la transmisión de la enfermedad; **(ii) una medida necesaria** porque es menos agresiva que otras y no afecta significativamente a la posibilidad de acceso a dichos establecimientos ni, desde luego, a la actividad que realizan; y **(iii) una medida proporcionada** porque sirve para preservar la salud y reducir los riesgos vitales que comporta la pandemia, mientras que incide tenuemente en los derechos a la igualdad y a la intimidad, sin afectar a otros de manera apreciable.
Voto particular.
[Véase en igual sentido: NCJ065699 Sentencia del Tribunal Supremo 1112/2021, de 14 de septiembre]

PRECEPTOS:

Constitución Española, arts. 15, 43, 106 y 117.
Ley Orgánica 3/1986 (Medidas Especiales en Materia de Salud Pública), arts. 1 y 3.
Ley 14/1986 (LGS), art. 26.
Ley 29/1998 (LJCA), art. 10.8.
Ley 33/2011 (General de Salud Pública), art. 54.
Orden País Vasco de 17 de noviembre de 2021 (exigencia del certificado Covid digital de la Unión Europea), arts. 1 y 2.

PONENTE:

Don Pablo María Lucas Murillo de la Cueva.

R. CASACION núm.: 8074/2021

Ponente: Excmo. Sr. D. Pablo Lucas Murillo de la Cueva

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

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Cuarta

-

SENTENCIA

Excmos. Sres. y Excmas. Sras.

D. Pablo Lucas Murillo de la Cueva, presidente
D. Luis María Díez-Picazo Giménez
Dª. María del Pilar Teso Gamella
D. Antonio Jesús Fonseca-Herrero Raimundo
D. José Luis Requero Ibáñez

En Madrid, a 1 de diciembre de 2021.

Esta Sala ha visto el recurso de casación n.º 8074/2021, interpuesto por el Gobierno Vasco contra el auto n.º 91/2021, de 22 de noviembre, de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, por el que no se autoriza la exigencia del Certificado Covid Digital de la Unión Europea (QR) prevista por la Orden de 17 de noviembre de 2021 de la Consejera de Sanidad del Gobierno de la Comunidad Autónoma del País Vasco, por la que se establece la exigencia del Certificado Covid Digital de la Unión Europea como medida adicional a las establecidas por la Orden de 6 de octubre de 2021, sobre medidas de prevención necesarias para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por el Covid-19 en la nueva normalidad una vez declarada por el Lehendakari la finalización de la situación de emergencia.

Ha sido parte el Ministerio Fiscal, en defensa de la legalidad.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Pablo Lucas Murillo de la Cueva.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.

Por auto n.º 91/2021, dictado el 22 de noviembre de 2021 por la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco en el procedimiento nº 973/2021, incoado para solicitar de dicho Tribunal autorización o ratificación de la Orden de 17 de noviembre de 2021 de la Consejera de Salud del Gobierno Vasco, por la que se adopta la medida específica de prevención de carácter extraordinario en la Comunidad Autónoma del País Vasco como consecuencia de la situación epidemiológica derivada del Covid-19, se dispuso:

«No autorizar la exigencia del Certificado Covid Digital de la Unión Europea (QR) prevista por la Orden Dictada el 17 de noviembre del año en curso por la Consejera de Sanidad del Gobierno de la Comunidad Autónoma del País Vasco».

El auto cuenta con el voto particular del Presidente de la Sección y de la Sala de lo Contencioso Administrativo don Luis Ángel Garrido Bengoetxea por disentir del criterio mayoritario al entender que debió concederse por el Tribunal la autorización solicitada.

Segundo.

Contra el referido auto interpuso recurso de casación el Letrado del Servicio Jurídico Central del Gobierno Vasco, en la representación que legalmente ostenta, y, después de exponer las alegaciones que estimó oportunas, propuso como cuestiones de interés casacional las siguientes:

«- La medida afecta únicamente a los derechos de igualdad y de intimidad personal sin que se vean afectados por la misma los de reunión, el derecho a la libertad ambulatoria y las libertades de expresión y creación artística.

- La medida consistente en exigir la exhibición del Certificado Covid Digital de la Unión Europea (QR) en los ámbitos descritos en el punto 1 de la Orden, cuando concurran las condiciones previstas en el punto 2 y en la forma prevista en el punto 4 es susceptible de ser autorizada judicialmente por haberse acreditado suficientemente los requisitos de necesidad e idoneidad, de acuerdo con el estándar establecido por las Sentencias del Tribunal Supremo de 18 de agosto y 14 de septiembre de 2021».

Y solicitó a la Sala que dicte sentencia por la que

«[...] con anulación y casación del Auto recurrido y declaración de las cuestiones de interés casacional que instamos en el sentido manifestado en este escrito, se estimen las pretensiones instadas por esta representación y se autorice la medida contenida en los puntos 1 y 2 de la Orden referida».

Tercero.

Admitido a trámite el recurso, por diligencia de ordenación de 25 de noviembre de 2021 se confirió traslado al Ministerio Fiscal para alegaciones por plazo de tres días. Trámite evacuado por escrito registrado el 29 siguiente en el que considera que procede estimar, en los términos expresados en dicho escrito, el recurso de casación.

Cuarto.

Por diligencia de ordenación de 29 de los corrientes, se pasaron las actuaciones al ponente Excmo. Sr. don Pablo Lucas Murillo de la Cueva para resolver.

Quinto.

El día 30 de noviembre de 2021 se ha procedido a la deliberación y fallo del presente procedimiento.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. *La medida solicitada y la justificación que la acompaña.*

El Gobierno Vasco solicitó a la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco la ratificación conforme al artículo 10.8 de la Ley de la Jurisdicción de la medida prevista en los puntos 1 y 2 de la Orden de 17 de noviembre de 2021 de la Consejera de Salud, por la que se establece la exigencia del certificado Covid digital de la Unión Europea (QR) como medida adicional a las establecidas por la Orden de 6 de octubre de 2021, sobre medidas de prevención necesarias para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por el Covid-19 en la nueva normalidad una vez declarada por el Lehendakari la finalización de la situación de emergencia.

Esta Orden de 6 de octubre de 2021 relaciona en su anexo las medidas de prevención aplicables en todo el territorio de la Comunidad Autónoma entre las que se cuenta (i) el uso de mascarillas establecido por el artículo 6 de la Ley 2/2021, de 29 de marzo, modificado por el Real Decreto-ley 13/2021, de 24 de junio, para los n:iayores de seis años en cualquier espacio cerrado de uso público o abierto al público así como al aire libre si no se puede mantener una distancia mínima de un metro y medio entre personas no convivientes; (ii) la adaptación de los horarios de cierre y apertura para las actividades comerciales, sociales y culturales; y (iii) el restablecimiento del aforo máximo de locales e instalaciones salvo en recintos cerrados con capacidad superior a 5.000 personas en los que lo reduce al 80%. Para la organización de eventos y el desarrollo de actividades en establecimientos y lugares de uso público exige (iv) el respeto a las directrices y guías que establezca la Dirección de Salud Pública y Adicciones y (v) la ventilación adecuada y continua de locales e instalaciones interiores. No permite, por lo demás, (vi) durante el desarrollo de eventos --ni en recintos interiores ni en los exteriores-- el consumo de alimentos o bebidas, salvo agua y (vii) limita la venta y el consumo de alimentos y bebidas a los espacios destinados a hostelería y restauración. Completa estas previsiones, con (viii) las obligaciones de responsabilidad sanitaria de las personas contagiadas y

de las que hubieran tenido contacto con ellas y (ix) con el llamamiento a todos a cumplir las indicaciones de las autoridades o de los servicios sanitarios y del Departamento de Salud.

Pues bien, a estas medidas la Orden de 17 de noviembre de 2021 sometida a ratificación judicial añade la exigencia de presentar el certificado covid para acceder a: (i) los establecimientos destinados a ofrecer al público actividades de esparcimiento y baile, como discotecas, salas de baile, salas de fiestas con espectáculos, bares musicales, karaokes y todos los incluidos en los Grupos III y IV del Decreto 17/2019, de 5 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley de espectáculos públicos y actividades recreativas y en los pubs y bares especiales del Grupo III , a partir de las 22:00 horas; (ii) los restaurantes con capacidad superior a cincuenta comensales.

De la medida --a aplicar en toda la Comunidad Autónoma mientras los casos positivos lleguen o superen en los últimos catorce días a los 150 por cada 100.000 habitantes-- estarían exonerados los menores de doce años que no tengan limitado el acceso a los establecimientos según su clasificación.

Expone en su preámbulo la incidencia de la pandemia en el País Vasco. A saber, una tasa de contagios del 181,84% en los últimos catorce días y 114 hospitalizados, de los cuales 30 en la Unidades de Cuidados Intensivos. Asimismo, ofrece el dato de vacunación: 91,2% de la población mayor de 12 años y 90,3% con la pauta completa. Aparte de invocar las disposiciones autonómicas sobre la competencia de la Consejera de Salud, la Orden inscribe la medida de cuya ratificación se trata en el marco contemplado por nuestra sentencia n.º 1112/2021, de 14 de septiembre (casación n.º 5909/2021).

Con la Orden no publicada a la espera de su ratificación, la Administración vasca presentó ante la Sala de Bilbao una memoria justificativa en la que, junto a los datos epidemiológicos, subraya el crecimiento de la incidencia de la enfermedad en España y en otros países europeos con graves consecuencias en los sistemas hospitalarios en un contexto de incertidumbre sobre la duración de los efectos de la vacunación y en el que existen colectivos no vacunados que pueden actuar como reservorios del virus. Destaca la rapidez con la que se están produciendo nuevos contagios y que la incidencia acumulada en el País Vasco es un 70% superior a la de dos semanas antes y más del doble de la media española, solamente superada por la de Navarra. Apunta, igualmente, que pese a ser el riesgo de infección tres o cuatro veces superior para las personas no vacunadas, el 74% de los ingresados en los hospitales vascos había recibido la pauta completa de vacunación por lo que pronostica que, mientras el virus siga circulando, se mantendrá el riesgo de ingresos hospitalarios por enfermedad grave. De ahí que considere necesarias medidas preventivas frente al principal cauce de transmisión de la enfermedad: el contacto interpersonal y la inhalación de gotas o aerosoles expulsados por personas infectadas, especialmente en espacios cerrados y sin suficiente ventilación en los que no se mantiene la mascarilla de manera constante, tal como sucede en los locales de ocio y entretenimiento y en los que se ingieren bebidas o alimentos.

Pues bien, señala que entre los medios preventivos eficaces se cuenta la exigencia del certificado covid, requerido ya en diversos países europeos y en otras Comunidades Autónomas para acceder a ciertos entornos y procurar ámbitos más seguros frente a la transmisión del virus. Además, resalta que, de ese modo, se facilita la actividad económica y que dicho documento es fácil de obtener por una población con tan alto grado de vacunación. En fin, se detiene en explicar que en esos locales cerrados se deja de utilizar la mascarilla para comer o beber, el nivel de ruido fuerza a elevar la voz y potencia la emisión de aerosoles, el consumo de bebidas alcohólicas y los horarios nocturnos facilitan la relajación de las medidas de seguridad, se entra en contacto con muchas personas y la permanencia en ellos suele ser prolongada.

La aplicación de la medida a toda la Comunidad Autónoma cuando se alcancen las tasas de contagio que indica, la justifica por su reducida extensión territorial, la densidad de la población, las buenas comunicaciones y los hábitos de movilidad e interacción extendidos socialmente.

Segundo. *El auto objeto del recurso de casación.*

La Sección Tercera de la Sala de Bilbao ha denegado la ratificación de la medida en contra del criterio del Ministerio Fiscal. El auto n.º 91/2021, de 22 de noviembre, se dictó por mayoría y el Presidente de la Sala, que presidía la Sección, ha formulado un voto particular discrepante defendiendo la procedencia de la ratificación de la medida.

Antes de dar las razones por las que la deniega el auto deja constancia de la trascendencia de la decisión que adopta y asume que recibirá "una democrática y en la mayoría de los casos, no en todos, razonable crítica". Por eso expone, en primer lugar, a modo de proemio las premisas de las que parte. No son otras que las derivadas de los artículos 10.8 de la Ley de la Jurisdicción tras su reforma por la Ley 3/2020, de 18 de septiembre, de medidas procesales y organizativas para hacer frente a la Covid 19 en el ámbito de la Administración de Justicia, y, sobre todo, las que resultan de los artículos 117 y 106 de la Constitución. En ese contexto, precisa que la función de la Sala territorial no es la de aplicar criterios científicos, médicos o epidemiológicos: su cometido, dice, es jurídico y consiste en juzgar si los informes aportados por la Administración justifican la ratificación pretendida desde la perspectiva de la protección de los derechos fundamentales.

También evoca las pautas fijadas por la jurisprudencia.

Sentados así los presupuestos, indica, en primer lugar, que no está en discusión la competencia de la Consejera ni el contenido del procedimiento. Llama la atención, no obstante, sobre la omisión que advierte en la Orden y en las alegaciones: no invocan la Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de medidas especiales en materia de salud pública, ni las leyes 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, y 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública. Ahora bien, el auto considera suplida esa omisión por el Ministerio Fiscal. Después advierte que las sentencias de esta Sala que invocó la Administración vasca se referían a supuestos que no guardan con éste identidad sustancial.

A continuación, afirma que, además de los derechos fundamentales que el Gobierno Vasco considera afectados por la exigencia del pasaporte sanitario --igualdad e intimidad-- lo están el derecho de reunión, la libertad de circulación, las libertades de expresión y creación artística y, en último extremo, el derecho al libre desarrollo de la personalidad. Esa proyección de la (medida sobre importantes derechos fundamentales, destaca el auto, obliga a que las restricciones que comporta respeten el principio de proporcionalidad. En este punto, acude a los datos ofrecidos por la Memoria a 15 de noviembre de 2021: 184,84 contagios en los últimos catorce días. Esta cifra, por sí sola, no le parece suficiente con arreglo al principio de proporcionalidad porque se refiere a toda la Comunidad Autónoma y no consta que se corresponda con todos y cada uno de los lugares de la misma ni, por tanto, que la medida deba aplicarse en toda ella. Y, como no se razona al respecto, tampoco se puede saber --concluye-- si es adecuada y la menos restrictiva.

De las cifras de ocupación hospitalaria dice que no sirven, pues no se precisa el porcentaje que representan sobre el conjunto ni en qué medida pueden comprometer al sistema ni se relacionan con las actividades sobre las que incide la medida. Asimismo, considera que el dato de la vacunación --el 90% de la población mayor de 12 años-- opera en contra de la ratificación pretendida, al igual que va en contra de la exigencia indiscriminada del certificado covid la constatación de la menor gravedad de la enfermedad en quienes la sufren pese a estar vacunados.

Seguidamente, explica el auto por qué ve incongruente e innecesaria esta medida para lograr el objetivo al que se dirige. Por un lado, la exclusión de ella del personal de los establecimientos para acceder a los cuales se quiere que se exija. Por el otro, se refiere a la situación de los menores de 12 años, a los que la Memoria reconoce como principal fuente de contagio, pero, sin embargo, les permite el acceso. Dice el auto al respecto:

«La ausencia de fundamento de la medida aparece así más clara aún porque se permite entrar no sólo a quienes pueden contagiar, sino que precisamente se trata del grupo de edad más proclive a que estos contagios se produzcan y se impone la restricción del derecho no a ellos sino a más del 90% de la población ya vacunada».

Termina sus razonamientos jurídicos el auto impugnado refiriéndose a las condiciones de los lugares en que se producen los contagios para decir que no se evidencia que la medida sea la menos restrictiva, pues parte la solicitud de que se trata de locales sin ventilación, pero no aporta dato alguno al respecto y obvia la existencia de remedios alternativos o adicionales, como la utilización de limpiadores y purificadores de aire que no supondrían limitación de derechos fundamentales.

El voto particular sostiene que, tras la sentencia de esta Sala n.º 1112/2021, de 14 de septiembre (casación n.º 5909/2021), procedía la ratificación de la medida. Además, opone a los argumentos del auto estos otros: (i) a la falta de precisión en la invocación de la normativa habilitante, el principio iura novit curia y la jurisprudencia de esta Sala; (ii) a la escasa profundidad de la Memoria justificativa, la coincidencia sustancial de sus datos con los reseñados en nuestra sentencia n.º 1112/2021, de 14 de septiembre; (iii) a la incidencia de la medida en la población vacunada, la apreciación siempre por la mencionada sentencia n.º 1112/2021, del carácter tenue de la afectación del principio de igualdad y del derecho a la intimidad, además de que no considera restringidos los derechos de reunión, de libre circulación ni las libertades de expresión y creación artística, ni el libre desarrollo de la personalidad pues su ejercicio no se enmarca necesariamente en las actividades hosteleras; (iv) a la exclusión de los menores de 12 años, el hecho de que no se han podido vacunar; (v) a la referencia a los locales, el hecho de que la afección a derechos fundamentales es menor cuantos menos sean aquellos en los que se exija el certificado covid para acceder; (vi) a la extensión de la medida a toda la Comunidad Autónoma, la tasa de incidencia de 150 contagios por cada 100.000 habitantes en los últimos catorce días; (vii) a no exigir el pasaporte a los empleados de los establecimientos, su obligación de llevar todo el tiempo mascarilla.

Por todo ello, el voto particular concluye que la medida es adecuada, idónea y proporcionada en relación con los bienes jurídicos en conflicto: salud pública versus intimidad e igualdad.

Tercero. *El escrito de interposición del Gobierno Vasco.*

El Gobierno Vasco ha aportado una memoria complementaria de la Dirección General de Salud Pública y Adicciones que expone la evolución de la pandemia en Euskadi hasta el 23 de noviembre de 2021. Es decir, un día después del auto que recurre. Recoge las tasas de incidencia, descendentes desde el 30 de julio de 2021 hasta que se ha producido un cambio de tendencia "con un aumento sostenido y acelerado" que llegaba a esa fecha de 23 de noviembre a los 347,91 casos por 100.000 habitantes, lo que supone un nivel de transmisión alto del virus y un

progreso de la epidemia con una "velocidad de crecimiento significativa" que alcanza el 7% de incremento diario desde principios de noviembre. También indica que los ingresos hospitalarios diarios desde el mínimo alcanzado el 11 de octubre de 2021 (10,57) ha ido aumentando hasta los 37 del 23 de noviembre. Y que en las Unidades de Cuidados Intensivos han aumentado un 46% los ingresos. Ese dato lo interpreta como "un cambio de escenario de la gravedad de la presión hospitalaria".

Precisa, por otra parte, que son 1.790.112 las personas con la pauta de vacunación completa, es decir el 90.5% de la población mayor de 12 años y aproximadamente un 81,5% .de la población total. Asimismo, indica que cerca de 188.000 personas de la población diana mayor de 12 años no había recibido una vacuna y que el total de los no vacunados es de 400.000 personas. Igualmente, informa que al 23 de noviembre de 2021 se habían descargado 1.236.017 certificados digitales (1.227.599 de vacunación, 32.000 de recuperación de la enfermedad y 35.000 de prueba negativa).

Explica, después, que el ámbito de aplicación de la medida ha de ser la Comunidad Autónoma por la naturaleza de las actividades afectadas y dice:

«Los establecimientos que realizan las actividades señaladas en esta orden se dirigen a clientes que proceden de localidades muy diversas y que debido a la movilidad de Euskadi pueden provenir de cualquier punto de la Comunidad Autónoma, como ocurre en celebraciones o en actividades de ocio nocturno. Por ello, no se puede circunscribir el uso del certificado a localidades concretas, porque la población de estas localidades puede trasladarse a otras con motivo de celebraciones o de las actividades mencionadas».

Por último, apunta que sería discriminatorio exigir el certificado covid a los menores de 12 años· porque no· pueden vacunarse y que la legislación actual no permite requerirlo al personal trabajador de los establecimientos concernidos durante el ejercicio de sus funciones laborales si bien sí deben utilizar mascarilla durante toda la jornada laboral.

Por su parte, el escrito de interposición, tras exponer los antecedentes del asunto, se dedica a explicar por qué no se ha publicado la Orden sometida a ratificación para lo que se refiere a lo que han dicho al respecto diversos Tribunales Superiores de Justicia y destaca que carecerá de eficacia mientras no sea ratificada. Luego resume el auto de la Sala de Bilbao y mantiene que su recurso presenta interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia en tanto es preciso que se establezca si la exigencia de exhibir el certificado covid para acceder a los establecimientos públicos indicados en la Orden afecta únicamente a la igualdad y a la intimidad personal o, además, al derecho de reunión, a las libertades de circulación, expresión y creación artística y si:

«La medida consistente en exigir la exhibición del Certificado Covid Digital de la Unión Europea (QR) en los ámbitos descritos en el punto 1 de la Orden, cuando concurran las condiciones previstas en el punto 2 y en la forma prevista en el punto 4 es susceptible de ser autorizada judicialmente por haberse acreditado suficientemente los requisitos de necesidad e idoneidad, de acuerdo con el estándar establecido por las Sentencias del Tribunal Supremo de 18 de agosto Y 14 de septiembre de 2021». .

Sobre los derechos fundamentales afectados, dice disentir de que lo sean los que indica el auto. Así, apunta que no está comprometido el derecho de reunión en sentido propio pues no se acude a los establecimientos a los que se refiere la medida para ejercerlo. Se apoya, a continuación, en nuestra sentencia n.º 1112/2021, de 14 de septiembre, para rechazar que la medida afecte al derecho a la protección de datos de carácter personal. Tampoco ve afectada la libertad de circulación porque --mantiene-- no incide en la de moverse dentro del territorio español. Y rechaza que afecte a las libertades de expresión y de creación artística porque dichos derechos no precisan para ser ejercidos acceder a establecimientos públicos como los señalados en la Orden a ratificar. Aquí recuerda que nuestra sentencia 1112/2021 consideró tenue la incidencia en el derecho a la intimidad y en el principio de igualdad de la exigencia de exhibir el pasaporte para acceder a establecimientos públicos y reproduce parte de los fundamentos de la misma.

Después, nos dice el escrito de interposición que la medida resulta necesaria e idónea para conseguir el fin perseguido y resulta en consecuencia proporcionada. Para ello recoge recientes pronunciamientos del Tribunal Constitucional sobre el principio de proporcionalidad en sentido amplio y se refiere a los factores con que la Memoria justificaba la proporcionalidad de la exigencia del certificado covid y encuentra en nuestra sentencia n.º 1112/2021 la confirmación de que efectivamente esta medida la respeta. Añade que las características de la Comunidad Autónoma del País Vasco (reducida superficie, densidad de población y alto grado de movilidad e interacción), junto con las buenas comunicaciones, extremos apuntados en la Memoria, la diferencian de Galicia y de Andalucía --se refiere a los supuestos en que ha habido pronunciamientos sobre la exigencia del certificado covid-- y resalta que las Salas de Barcelona y Murcia han ratificado esta medida para un sector concreto en toda la Comunidad Autónoma con una tasa de contagios muy inferior a la existente en Euskadi.

Respecto a la presión hospitalaria, dice que, aunque no sea, como dice el auto, preocupante ha de tenerse en cuenta que la medida es esencialmente preventiva y que la tendencia de los contagios es al alza, según destaca

la Memoria complementaria. Entiende que no exigir el certificado covid al personal de los establecimientos se encuentra compensado por su obligación de llevar mascarilla en todo momento, mientras que los clientes se la quitan para comer y beber. Y ve lógico que no se pida esa exhibición a los menores de 12 años y a las personas exentas precisamente porque no se ha previsto su vacunación. En fin, apunta que por favorecer las condiciones de ventilación de los locales los contagios se exige el certificado para acceder a ellos.

Por último, informa de que la Orden sometida a ratificación fue puesta en conocimiento del sector afectado --el de la hostelería-- y que no se mostró disconforme con ella. También recuerda que es temporal la medida, que solamente se aplicará cuando se alcance la tasa de contagios indicada y que no se extiende a todos los establecimientos sino solamente a aquellos en los que se consumen bebidas o alimentos.

Cuarto. *Las alegaciones del Ministerio Fiscal.*

Propugna la estimación del recurso de casación. En efecto, sostiene que presenta interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia la pretensión del Gobierno Vasco de que la Sala establezca que la obligación de exhibir en determinados locales el certificado covid es ajustada a la Constitución y a la legislación sanitaria.

Sentada esta premisa, afirma que, tal como mantuvo el Ministerio Fiscal ante la Sala de Bilbao, exigir dicha exhibición no lesiona ningún derecho fundamental que pueda ser contrapuesto exitosamente al derecho superior a la preservación de la vida humana. Considera, asimismo, que la medida tiene la cobertura normativa que le ofrecen el artículo 3 de la Ley Orgánica 3/1986 y los artículos 26 y 54 de las Leyes 14/1986 y 33/2011 respectivamente.

Entiende que los derechos que pueden verse afectados son el derecho a la igualdad y el derecho a la intimidad pero que en ningún momento el auto impugnado explica de qué manera la medida controvertida produce efectos discriminatorios y sobre el derecho a la intimidad dice que, en este caso, debe ceder ante el bien superior de la salud y de, la integridad del resto de la población toda vez que no es un derecho absoluto.

Por último, sobre el respeto del principio de proporcionalidad se remite a nuestra sentencia n.º 1112/2021, la cual, recuerda, se ha pronunciado sobre un supuesto análogo y de la que reproduce parte de su fundamentación. Después, afirma que, al igual que esa sentencia consideró la medida adecuada, necesaria y proporcionada para perseguir el fin de la preservación de la salud individual y pública, eso mismo debe decirse ahora de la propuesta por el Gobierno Vasco.

Quinto. *El juicio de la Sala. La estimación del recurso. de casación, la anulación del auto n.º 91/2021 de la Sala de Bilbao y la ratificación de la medida.*

Hemos de comenzar diciendo que este recurso de casación presenta el necesario interés objetivo para la formación de jurisprudencia pues nos plantea si debemos confirmar o modificar nuestro criterio sobre la obligación de exhibir el llamado certificado covid para acceder a determinados locales de ocio y restauración en las circunstancias de la pandemia que refleja la memoria justificativa presentada por el Gobierno Vasco al solicitar la ratificación de la medida. La memoria complementaria, siendo útil para conocer si ha cambiado o no la situación epidemiológica, no es la determinante del juicio que debemos efectuar ya que nuestro cometido es examinar si el auto 91/2021 es o no conforme a Derecho y para eso hemos de atender a los elementos que el Gobierno Vasco suministró a la Sala de Bilbao.

Dicho esto, hemos de anticipar ya que el recurso de casación ha de ser estimado, el auto 91/2021 anulado y la medida prevista en la Orden de 17 de noviembre de 2021 ratificada.

Se impone esta conclusión porque, en contra de lo que mantienen los razonamientos del auto n.º 91/2021, la exigencia de exhibir el llamado certificado covid para acceder a los establecimientos relacionados en aquella disposición presenta los rasgos de adecuación, necesidad y proporcionalidad que, de acuerdo con nuestra sentencia n.º 719/2021, de 24 de mayo (casación n.º 3375/2021), justifican su adopción en virtud de los artículos 3 de la Ley Orgánica 3/1986, 26 de la Ley 14/1986 y 54 de la Ley 33/2011, interpretados a la luz de los artículos 15 y 43 de la Constitución.

Hemos visto que, pese a no invocar el Gobierno Vasco esos preceptos, tal como debería haber hecho, la Sala de Bilbao no ha encontrado obstáculo en esa omisión, en este punto de manera unánime, porque el auto la ha considerado subsanada por el Ministerio Fiscal y el voto particular por la apelación al principio iura novit curia. Además, añadimos, estaba claramente presente en la solicitud desde el momento en que el informe jurídico en el que se apoya apela al artículo 1 de la Ley Orgánica 3/1986 y acude, al igual que el preámbulo de la Orden, a nuestra sentencia n.º 1112/2021, la cual, como es conocido, sigue las pautas sentadas al respecto por las anteriores n.º 719/2021 y 788/2021, de 3 de junio (casación n.º 3704/2021) y sucesivas, que descansan en la interpretación de los mencionados preceptos constitucionales y legales y llegan a la conclusión de que autorizan limitaciones puntuales de derechos fundamentales cuando sean adecuadas, necesarias y proporcionadas para evitar la transmisión de enfermedades contagiosas.

Establecido el marco normativo en el que ha de situarse este proceso especial, hemos de decir que, como observa el Ministerio Fiscal en sus alegaciones a este recurso de casación y ya antes apunta en la instancia el informe jurídico del Gobierno Vasco y destacó la Fiscal que intervino entonces, el supuesto es semejante al afrontado en nuestra tantas veces citada sentencia n.º 1112/2021, en la que entendimos procedente la exigencia del certificado covid cuya ratificación vio denegada la Junta de Galicia. Se. trata de una sentencia dictada poco más de dos meses antes que el auto recurrido ahora, sobre cuyo contenido, sin embargo, nada dice este último a pesar de que fue considerada en la deliberación correspondiente, ya que fue alegada y la cita y también alude a ella el voto particular. Esa omisión nos parece especialmente significativa porque es innegable la proximidad, no sólo temporal sino, sobre todo, material entre los supuestos y los problemas surgidos entonces y ahora.

Ciertamente, el auto n.º 91/2021 dice que las sentencias invocadas por el Gobierno Vasco, una de ellas es la n.º 1112/2021, se pronunciaron sobre supuestos diferentes a este. No obstante, no da ninguna explicación de por qué entiende que las circunstancias de aquel caso son tan distintas de las actuales que impiden traer aquí las razones que nos llevaron a acoger el recurso de casación de la Junta de Galicia, anular el auto de la Sala de La Coruña y ratificar la medida consistente en exigir la exhibición del certificado covid para acceder a los establecimientos de ocio y hostelería cuando se dieran las condiciones fijadas por la Administración gallega.

No cuesta esfuerzo advertir que, en realidad, las diferencias no son esenciales. En efecto, desde el punto de vista de los derechos afectados, la coincidencia es sustancial: los derivados del principio de igualdad y el derecho a la intimidad. Los que nos dice el auto que también sufren por la medida en cuestión --el derecho de reunión y las libertades de circulación, expresión y creación artística, así como el derecho al libre desarrollo de la personalidad- no padecen a causa de la medida de tal forma que implique una variación apreciable de los términos de la controversia.

Ni el derecho de reunión supone la facultad de ejercerlo en cualquier lugar y circunstancia ni, desde luego, es obstáculo a que se pida este documento para acceder a locales de las características expuestas en las condiciones de pandemia existentes. Otro tanto puede decirse de las libertades de circulación y de las de expresión artística: ni su ejercicio exige el acceso incondicionado a establecimientos de ocio y restauración, ni requerir al efecto este certificado supone una injerencia en ellos que entrañe una limitación inasumible. Y entender que esta medida pueda obstaculizar el libre desarrollo de la personalidad está fuera de toda proporción.

Por otro lado, es cierto que el auto n.º 91/2021 no indica por qué considera a esta medida discriminatoria, tal como observa el Ministerio Fiscal, ni nos dice cuál es el grado de incidencia en el derecho a la intimidad de la mera exhibición de este documento. No es que. entendamos que hayan de aplicarse a una resolución jurisdiccional exigencias que sí reclamamos a la Administración, sino que consideramos que, existiendo un criterio sentado por el Tribunal Supremo, la Sala de Bilbao habría debido hacer un mínimo esfuerzo para explicar los motivos por los que no lo sigue en vez de limitarse a afirmar sin más precisión que las situaciones no son las mismas.

La distinta gravedad actual de la pandemia, la menor agresividad de la enfermedad en muchos casos, la más reducida ocupación hospitalaria y de las unidades de cuidados intensivos que en ocasione precedentes no justifican prescindir de las prevenciones necesarias para evitar que se reproduzcan los momentos críticos del pasado. De otro lado, la muy elevada cifra de vacunados no está impidiendo el incremento de los contagios mientras que no se conoce durante cuánto tiempo será efectiva su inmunización y no hay duda de la existencia de un número de no vacunados mayores de 12 años suficiente para facilitar la propagación del virus y, por tanto, de la enfermedad no sólo entre ellos mismos.

Tiene el auto por relevante que no se exija la presentación del certificado a quienes trabajan en los establecimientos concernidos y a los menores de 12 años. Sin embargo, son razonables las explicaciones que ofrece el Gobierno Vasco. Los primeros han de utilizar permanentemente las mascarillas mientras que quienes accedan a estos locales de esparcimiento y restauración han de quitárselas, al menos, todas las veces que beban o coman y es previsible que lo hagan también cuando quieran cantar. La diferencia es señalada. Al igual que lo es la situación de los menores de 12 de años por la sencilla razón de que no han sido vacunados.

Es verdad que, en este caso, la medida se propone para toda la Comunidad Autónoma siempre que se alcancen los niveles de contagios iguales o superiores a los 150 por cada 100.000 habitantes en los últimos catorce días. El auto critica que no se limite a aquellos lugares de la misma en que se llegue a esa magnitud, al modo en que se hacía en el supuesto de Galicia, pero no es irrazonable extenderla a todo el territorio vasco por los argumentos ofrecidos por su Administración y menos aún en un contexto en el que, a diferencia de lo que ocurría en el mes de septiembre, estamos viendo un generalizado incremento de las infecciones, especialmente acusado en el País Vasco y, además, cuando asistimos a la extensión de esta medida en España y fuera de España.

En definitiva, no vemos diferencias relevantes entre la situación que examinamos en Galicia y la aquí subyacente. Y tampoco encontramos en la fundamentación del auto n.º 91/2021 argumentos que deban llevarnos a reconsiderar lo que dijimos en la sentencia n.º 1112/2021, de 14 de septiembre. Por el contrario, al ejercer el control preliminar previsto por el artículo 10.8 de la Ley de la Jurisdicción, nos parece que la exigencia del certificado covid o pasaporte sanitario previsto en el Reglamento (UE) 2021/953 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de junio de 2021, relativo a un marco para la expedición, verificación y aceptación de certificados COVID-19 interoperables de vacunación, de prueba diagnóstica y de recuperación (certificado COVID digital de la UE) a fin de

facilitar la libre circulación durante la pandemia de COVID-19, para acceder a los establecimientos identificados en la Orden de la Consejera de Salud del Gobierno Vasco de 17 de noviembre de 2021 es: (i) una medida adecuada para prevenir la transmisión de la enfermedad; (ii) una medida necesaria porque es menos agresiva que otras y no afecta significativamente a la posibilidad de acceso a dichos establecimientos ni, desde luego, a la actividad que realizan; y (iii) una medida proporcionada porque sirve para preservar la salud y reducir los riesgos vitales que comporta la pandemia, mientras que incide tenuemente en los derechos a la igualdad y a la intimidad, como ya dijimos en la sentencia n.º 1112/2021, de 14 de septiembre, sin afectar a otros de manera apreciable.

En consecuencia, procede estimar el recurso de casación, anular el auto n.º 91/2021 y ratificar la Orden de 17 de noviembre de 2021.

Sexto. *Costas.*

Al no haber partes en este procedimiento especial, no procede hacer imposición de costas.

FALLO

Por todo lo expuesto,

EN NOMBRE DEL REY

y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido

(1.º) Dar lugar al recurso de casación n.º 8074/2021, interpuesto por el Gobierno Vasco contra el auto n.º 91/2021, dictado el 22 de noviembre, por la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco en el procedimiento n.º 973/2021 y anularlo.

(2.º) Ratificar la medida prevista en los puntos 1 y 2 de la Orden de 17 de noviembre de 2021 de la Consejería de Salud por la que se establece la exigencia del certificado Covid digital de la Unión Europea (QR) como medida adicional a las establecidas por la Orden de 6 de octubre de 2021 sobre medidas de prevención necesarias para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por el Covid-19 en la nueva normalidad una vez declarada por el Lehendakari la situación de emergencia.

(3.º) No hacer imposición de costas.

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

Así se acuerda y firma.

El Excmo. Sr. don Luis María Díez-Picazo Giménez votó en Sala pero no pudo firmar, haciéndolo en su lugar el Excmo. Sr. Presidente de la Sección don Pablo Lucas Murillo de la Cueva.

VOTO PARTICULAR que, al amparo de lo dispuesto en el art. 260 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, formula el MAGISTRADO D. ANTONIO JESÚS FONSECA-HERRERO RAIMUNDO al disentir respetuosamente de la decisión adoptada por la Sección en la sentencia pronunciada el 1 de diciembre de 2021 en el recurso 8074/2021, ello por las siguientes razones:

Primera.

La sentencia no cuestiona la cobertura normativa empleada por la Administración de la Comunidad Autónoma del Gobierno Vasco para la adopción de la medida que incluye la Orden no publicada de 17 de noviembre de 2021, que es únicamente de carácter reglamentario.

Lo hace por considerar suficiente a tal efecto que el Auto recurrido, después de advertir esa importante y esencial deficiencia, la solvente acudiendo a lo que el escrito presentado por el Ministerio Fiscal en el incidente de autorización llega a decir sobre ello en su escrito de alegaciones y que, por la cita normativa que incluye la sentencia de esta Sala Tercera y sección cuarta del Tribunal Supremo 1112/2021, de 14 de septiembre (recurso de casación 5909/2021), deduce y afirma que son la Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de medidas especiales en materia de salud pública, la Ley 14/86, de 25 de abril General de Sanidad, la Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública y, sin que esa sentencia contenga referencia a ella, la Ley 8/1997, de 26 de junio, de Ordenación Sanitaria de Euskadi, llegando incluso el Ministerio Fiscal a citar los preceptos concretos de esas normas legales que avalarían la decisión de la administración.

No cabe duda, y no le puede negar la sentencia, sobre el hecho de que la Orden no publicada que se somete a autorización judicial no se ampara en esos preceptos de legislación nacional que vinculan a la. administración de la Comunidad Autónoma, particularmente el artículo 3 de la Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de medidas especiales en materia de salud pública, ni tampoco en la Ley autonómica de Ordenación Sanitaria. Esos son los

preceptos que, según la doctrina sentada por esta Sala desde las sentencias de 24 de mayo de 2021 (recurso de casación 3375/2021) y 3 de junio de 2021 (recurso de casación 3704/2021), podrían amparar una medida que. afecta y limite o restringa derechos fundamentales y que supere el necesario juicio de proporcionalidad. Particularmente, el artículo 3 de la Ley Orgánica 3/1986, si lo que se quiere es implantar una medida que afecta de manera intensa y severa a derechos fundamentales.

Creo que esta es una cuestión esencial que la Sala no puede dejar de abordar por estar en juego, en la medida e intensidad que se pueda llegar a mantener, derechos fundamentales de los ciudadanos, no solo de Euskadi, sino de otros territorios del Estado que puedan estar en fechas próximas en el territorio de la Comunidad Autónoma.

Esa era una actuación que debió realizar. la administración autonómica y que no es posible subsanar con lo alegado por el Ministerio Fiscal.

Además, la Orden no publicada solo hace cita de nuestra sentencia 1112/2021, de 14 de septiembre, para trascribir un breve párrafo que en nada se refiere a este aspecto tan esencial. No es posible admitir que con ello se asume de manera implícita algo que, sin embargo, no consta en la Orden no publicada cuando se refiere a la habilitación de la autoridad sanitaria y que solo de pasada está incluido en el informe jurídico que se acompaña (solo hace mención al artículo 1 de la citada Ley Orgánica 3/1986).

Desde luego no considero posible asumir la aplicación del principio iura novit curia que invoca el voto particular incorporado al auto dictado por la Sala territorial el día 22 de noviembre de 2021, ello porque no somos nosotros los que debemos fijar el marco normativo en que se apoya la medida restrictiva de derechos fundamentales que se presenta a autorización judicial. No debemos resolver una controversia aplicando el ordenamiento jurídico vigente, sino que debemos examinar si la medida que se pretende adoptar es procedente en todos sus órdenes, y uno de ellos es el marco normativo que emplea para justificar su adopción.

Segunda.

Situado en el plano teórico de existencia de cobertura legal, tampoco comparto la decisión que adopta el sentir mayoritario respecto de la proporcionalidad de las medidas.

No puedo compartir la decisión de revocar el auto dictado por la Sala territorial y conceder autorización a la medida prevista en la Orden no publicada de 17 de noviembre de 2021. Se afirma con total rotundidad "que la exigencia de exhibir el llamado certificado covid para acceder a los establecimientos relacionados en aquella disposición presenta los rasgos de adecuación, necesidad y proporcionalidad que, de acuerdo con nuestra sentencia nº 719/2021, de 24 de mayo (casación n.º 3375/2021), justifican su adopción en virtud de los artículos 3 de la Ley Orgánica 3/1986, 26 de la Ley 14/1986 y 54 de la Ley 33/2011, interpretados a la luz de los artículos 15 y 43 de la Constitución". Expongo los motivos de mi postura.

1º) Con la afirmación y conclusión alcanzadas se sigue y aplica el criterio sentado en la reciente sentencia 1112/2021, de 14 de septiembre, sobre pasaporte Covid-19 en la Comunidad Autónoma de Galicia, manifestando que las diferencias entre el caso presente y el que se resolvió en aquella no son esenciales desde el punto de vista de los derechos afectados (que son derechos fundamentales, aunque no se diga expresamente) admitiendo exclusivamente la afectación de los derechos de igualdad y de intimidad, afirmación ésta última que puedo compartir.

Sin embargo, para nada se analiza la situación fáctica por la que se autorizó entonces la medida, ni se compara con los escasos datos que ahora se nos facilitan y que, tomando como fecha la de 15 de noviembre de 2021, vienen referidos a la incidencia acumulada a 14 días (181,84 casos por 100.000 habitantes), a la ocupación de camas hospitalarias (114 y, en UCI, 30) y a la cobertura de vacunación con una dosis (91,2 % de la población mayor de 12 años) y con pauta completa (90,3%). Sin perjuicio de referirme luego al porcentaje de incidencia, no se tiene en cuenta tres aspectos esenciales:

a) que los datos de ocupación hospitalaria no son relevantes si no se analizan en función de la disponibilidad total del sistema de salud, razón por la que, como bien resalta el auto impugnado, es un dato que por sí solo es irrelevante a los efectos de justificar la medida, máxime cuando los informes aportados valoran que esa ocupación no resulta ser un dato preocupante. Así, en el informe jurídico aportado se afirma que " en la nueva ola epidémica no se han alcanzado por el momento los niveles de olas precedentes, y su nivel de afectación al sistema hospitalario y sanitario es también significativamente menor."

b) que los datos de población vacunada tampoco permiten hacer una valoración favorable a la justificación de la medida pues se afirma en los informes que las consecuencias de los contagios para la salud se han visto por ello reducidas en intensidad y peligro.

c) que la administración autonómica, pese a solicitar la aplicación de la doctrina de nuestra sentencia 1112/2021, de 14 de septiembre, no se preocupa y ocupa, al menos, de resaltar que la situación epidemiológica de la comunidad autónoma del País Vasco es la misma o se asemeja a la de la comunidad autónoma de Galicia.

2º) Se cuestiona el auto recurrido afirmándose que no indica por qué considera a la medida planteada por la administración sea discriminatoria, ni dice cuál es el grado de incidencia en el derecho a la intimidad.

Con ello no se repara (i) en que lo que se dice en el auto es lo contrario, que la administración solicitante de la medida no justifica los requisitos de necesidad y proporcionalidad de la medida; (ii) en que la Sala territorial no puede aplicar los criterios sentados en la tantas veces citada sentencia de esta Sala 1112/2021, de 14 de septiembre, porque no se le aportan datos suficientes para ello. Efectivamente, no es posible exigir a esa Sala territorial que aplique directamente y sin más lo acordado en nuestra sentencia, que evidentemente le vincula, sino que lo procedente es exigir que la administración haga lo que no hace, que es acreditar que los datos epidemiológicos a valorar son similares a los que se tuvieron en cuenta para dictar aquella sentencia. En definitiva, en nuestra anterior sentencia fijamos una doctrina, pero esa importante doctrina se fijó por la situación concurrente en la Comunidad Autónoma de Galicia, ni como medida procedente en abstracto.

3º) Para adoptar esa rotunda decisión se acude también a un argumento que no puedo compartir. Se afirma que "la distinta gravedad actual de la pandemia, la menor agresividad de la enfermedad en muchos casos, la más reducida ocupación hospitalaria y de las unidades de cuidados intensivos que en ocasiones precedentes, no justifican prescindir de las prevenciones necesarias para evitar que se reproduzcan los momentos críticos del pasado".

Evidentemente las administraciones deben actuar con la finalidad de controlar y prevenir los efectos de la enfermedad." He de precisar aquí que la propia Administración de la Comunidad Autónoma del País Vasco, al solicitar la implementación de esta medida y a tenor del Decreto 39/2012, de 6 de octubre, no consideraba la enfermedad como de emergencia sanitaria desde las 00:00 horas del día 7 de octubre de 2021. Ni tan siquiera la situación epidemiológica que se describe para obtener la autorización de la medida llevó a la administración autonómica a realizar esa declaración antes de postular la medida de "pasaporte Covid-19".

Pero cosa muy diferente es que para ello se pueda acordar, de manera directa, una medida restrictiva de los derechos fundamentales de igualdad e intimidad. Y con ello no digo que no sea posible, sino que la adopción de la medida que se quiere implantar debe ser justificada en su necesidad y proporcionalidad en función de las circunstancias concurrentes.

Mantengo que esa carga de la administración, como resuelve la Sala territorial, no ha quedado cumplida y satisfecha. Por ello, si la administración no cumple con sus cargas no considero posible cuestionar la decisión judicial que claramente lo pone de manifiesto.

Evidentemente, nadie discute que la medida sea adecuada, con carácter general, para prevenir la transmisión de cualquier enfermedad -tampoco de ésta- transmisible, pero la cuestión es otra: por qué es objetivamente la adecuada en este caso.

No se justifica por qué es necesaria la medida cuando existen, con total claridad, otras menos lesivas como, sin duda, lo fueron las que llegó a adoptar la misma administración en situaciones precedentes y de mayor gravedad, que nunca acudió a ella con mayores índices de incidencia y ocupación hospitalaria. Incluso, no se justifica por qué los mismos datos epidemiológicos que consideran en la Orden no publicada son, a la vez, los adecuados para implantar otras medidas diferentes y .no lesivas de derechos fundamentales justo el día anterior a la Orden no publicada, lo que se dice porque en Orden de 16 de noviembre de 2021 (publicada en el boletín oficial del 17 siguiente) se adoptan medidas de distinta naturaleza. Sin embargo, con los mismos datos. epidemiológicos ahora ninguno nuevo se añade para justificar la implantación del certificado Covid.

No se justifica por qué esa medida es ahora la única posible para controlar la situación actual y por qué es la necesaria e indispensable a tal fin ya que solo ella podría disminuir considerablemente el riesgo de contagio en los espacios para los que se implanta.

Reitero que no se justifica por la administración vasca que no se puedan adoptar medidas menos intensas para el desenvolvimiento de vida de los ciudadanos y que conjuguen el ejercicio de sus derechos fundamentales con la necesaria lucha contra la enfermedad, compatibilizando también la actividad económica y el progreso social.

Tampoco existe justificación de ningún tipo sobre la descripción de los establecimientos afectados y la no afección a otros establecimientos similares o con semejante problemática, ello sin describir ni detallar los datos objetivos sobre la incidencia de los contagios que conducen a ceñir en aquellos la aplicación de la medida. Y también es cierto, como se dice en el auto impugnado, que no se atiende a las condiciones de esos establecimientos y a la existencia cierta de medidas alternativas o cumulativas como la utilización de limpiadores o purificadores de aire, cuando para algunos de ellos puede ser una medida efectiva que no conllevaría afección de derechos fundamentales.

En definitiva, nada se dice acerca de que la medida que se pretende implantar es la proporcionada a la situación descrita para justificar .la lesión de derechos fundamentales que expresamente se admite que conlleva y que, en la tesis de la administración, justifica la autorización que insta del órgano jurisdiccional competente.

4°) también se admite en la sentencia que la medida puede ser adoptada en todo el territorio de la Comunidad Autónoma mientras la tasa de incidencia acumulada a 14 días sea igual o superior a 150 casos por 100.000 habitantes.

No puedo compartir tal decisión, esencialmente, por las dos siguientes razones que impiden apreciar la proporcionalidad de la medida que se autoriza:

a) porque como advierte la Sala territorial y, de hecho, lo admite la propia administración solicitante, la incidencia epidemiológica no es la misma en todo el territorio de la comunidad autónoma, y ya en la sentencia de esta Sala y sección de 18 de agosto de 2021 (recurso de casación 5899/2021) se rechazó la posibilidad de aplicar esta medida de esa forma indiscriminada a todo el territorio. Una de las razones por las que se denegaba la medida que ahora se autoriza fue precisamente "Hay que subrayar asimismo que la medida se postula para el conjunto del territorio de Andalucía, de forma general, aplicable a toda la población y municipios andaluces con independencia de la tasa de incidencia y sin vinculación a su situación sanitaria y a su evolución". Es más, la sentencia ya citada 1112/2021 (FD 10) resalta este extremo cuando dice que " que la medida afectaba al "conjunto del territorio de Andalucía, de forma general, aplicable a toda la población y municipios andaluces con independencia de la tasa de incidencia y sin vinculación a su situación sanitaria y a su evolución", y que carece de justificación.".

b) porque las razones dadas para ello por la administración autonómica y que la sentencia asume, no me parece que sean suficientes y adecuadas para excepcionar esa doctrina y extender territorialmente la medida de manera indiscriminada. Esas mismas circunstancias fácticas ("reducida extensión territorial, la densidad de la población, las buenas comunicaciones y los hábitos de movilidad e interacción extendidos socialmente") que se alegan y admiten han concurrido siempre y en situaciones de mucha más gravedad y nunca sirvieron de base para hacer una aplicación como la que se postulaba y autoriza. Lo esencial y lo que, considero, exige un rigor técnico-científico de planteamiento es la situación epidemiológica de las distintas poblaciones y esa es la guía básica para la adopción de medidas. Si acepta las justificaciones expuestas nos veremos obligados a admitir esa indiscriminación de la medida en territorios uniprovinciales o en provincias de otras comunidades autónomas en que concurren esas mismas circunstancias.

5º) tampoco considero acertada la proporcionalidad de la medida y, por ello, la autorización, porque no repara en que estamos ante una medida que se postula de manera indefinida en el tiempo desde el momento en que el Resuelvo Sexto dispone que "surtirá efectos a partir del momento de su publicación en el Boletín Oficial del País Vasco". No se fija plazo temporal de vigencia y por ello debe tenerse ahora por indefinida pese a que el Resuelvo Quinto someta la medida a seguimiento y evaluación.

Ya la sentencia de 18 de agosto de 2021 (recurso de casación 5899/2021) rechazó tal vigencia indefinida argumentando que "Por otra parte, es relevante que no se aportan razones apropiadas relativas a la falta de previsión de la duración de la medida que se contempla de forma indefinida y permanente, siendo insuficiente la mera referencia genérica que se aduce en el escrito de casación, de que se supedita a la posterior forma en que evolucione la pandemia, quedando abierta la vigencia de la medida." .

6º) se autoriza una medida que la Orden no publicada anuncia como "medida adicional a las establecidas por la Orden de 6 de octubre de 2021" sin hacer una valoración del paso que realmente se da.

Esa Orden de 6 de octubre de 2021, que la sentencia de que disiento enumera en el primer fundamento de derecho, referido a "la medida solicitada y la justificación que acompaña", salvo cuando regula el uso de mascarilla y los aforos, está adoptando medidas generales de prevención. Y los aforos solo los limita al 80% en los recintos cerrados con capacidad superior a 5.000 personas.

Con ello vengo a poner de relieve otra vez lo ya dicho antes sobre el salto cualitativo que representa la adopción de esta medida sin reparar en otras menos lesivas como, sin duda, lo fueron las que en situaciones precedentes y de mayor gravedad llegó a adoptar la misma administración, que nunca acudió a la actual con mayores índices de incidencia y ocupación hospitalaria. No se justifica por qué esa medida limitativa de derechos fundamentales, cualquiera que sea la incidencia que se admita sobre, ellos, es la única posible para controlar la situación actual y por qué es la necesaria e indispensable a tal fin.

La prueba palpable de ello es lo ya apuntado sobre el hecho de que el día 16 de noviembre de 2021 se dictó por la misma administración autonómica otra Orden de medidas complementarias a las de 6 de octubre de 2021 (boletín oficial del 17 de noviembre de 2021 --la misma fecha de la Orden no publicada que se somete a autorización judicial--) que, con los mismos datos epidemiológicos sobre la incidencia de transmisibilidad, adopta medidas de control de muy diferente naturaleza. Por qué con eso mismos datos y sin cita de circunstancias específicas se acude a la vez a una medida restrictiva de derechos fundamentales. Esa es la carencia que vengo sosteniendo.

Tercera.

No hay razones para no atender a lo que se dijo en la sentencia de 18 de agosto de 2021 (recurso de casación 5899/2021), que debe entenderse ahora referido a la Comunidad Autónoma del País Vasco y a los informes existentes en este proceso:

"en el escrito de interposición del recurso no se aportan datos ni argumentos suficientes que contradigan los razonamientos en los que se apoya el auto, que aprecia el déficit de justificación en la medida que se pretende implementar, ni en él se explican o adicionan o complementan las razones por las que surge la necesidad de la certificación digital Covid-19 o de pruebas alternativas para el acceso los específicos locales de ocio a los que se refiere la Orden, referida a todo el territorio andaluz y todo ello de forma indefinida.

Aunque la medida diseñada se apoya en un informe técnico de la Dirección General de Salud Pública que se aporta a autos, referido en su punto 4º a la «efectividad de la medida de acceso al interior de locales de ocio» dicho dictamen no permite entender la proporcionalidad de dicha medida.

En él se expone la situación epidemiológica en la Comunidad Autónoma y considera procedente la restricción del acceso al interior de determinados establecimientos de ocio. Pero es lo cierto que el informe no incorpora una explicación suficiente sobre la necesidad de adoptar la concreta medida sanitaria restrictiva del derecho fundamental a la intimidad personal reconocido en el artículo 18.1 CE y que incide en el principio de no discriminación ex artículo 14 CE, en el sentido de que la intervención pública es susceptible de alcanzar la finalidad perseguida y necesaria o indispensable a la luz de la situación epidemiológica existente entonces en el todo el territorio andaluz, por ser apta para la consecución del fin perseguido e imprescindible por no existir otra medida menos restrictiva o que implique una menor injerencia en los derechos fundamentales sustantivos de los ciudadanos.

No se desarrolla en la Orden ni en el informe que la respalda una explicación adecuada acerca de la semejanza o equiparación entre el certificado digital UE y la realización de las pruebas indicadas, como la sala enfatiza en su Auto, ni un juicio comparativo con otras eventuales opciones menos limitativas de dichos derechos que permita concluir que la finalidad de evitar los contagios y de control de la pandemia sólo pudiera alcanzarse con la medida analizada por no existir otros medios adecuados y menos invasivos para la obtención del fin perseguido en los términos razonados por la Sala".

Cuarta.

Dos consideraciones finales:

1ª) Reitero lo dicho en mi voto particular a la sentencia 1112/2021, de 14 de septiembre (recurso 5909/2021) sobre la proyección intensa de la medida sobre los derechos fundamentales en juego, percutiendo restrictivamente sobre sus elementos básicos:

"a) En relación con el derecho a la igualdad, entiendo que se configuran los supuestos de hecho de la norma de manera que se da diferente trato a personas que tienen una misma situación, ello porque: a) se exige certificado de pauta completa de vacunación cuando nadie tiene la obligación de vacunarse; b) se exige certificado de negatividad de prueba diagnóstica cuando nadie está obligado a someterse a esa prueba; y, c) se exige certificado de recuperación cuando no todos han pasado la enfermedad. Y ello no es constitucionalmente posible puesto que la igualdad comporta el trato igual de los iguales, tal y como el TC ha dicho con reiteración, sin que sea necesario hacer cita expresa de sentencias que, de otro lado, la propia administración recurrente mencionaba ya en su solicitud de autorización judicial de las medidas.".

Cabe añadir ahora que esa diferenciación de situación se admite en este caso para excluir de la exigencia del certificado a los menores de 12 años porque no han tenido ocasión de vacunarse. Pues bien, aunque la tengan, tampoco tendrán obligación de hacerlo ya que pese al grado elevado de incidencia en esa población no se ha adoptado la decisión para hacer obligatoria la vacunación.

También que, como advierte el auto impugnado, la exigencia de certificado de vacunación no toma en consideración y se olvida a las personas que por diversas afecciones pueden tener contraindicada la vacuna.

"b) Respecto del derecho a la intimidad, se admite abiertamente que la medida le afecta puesto que se impone la obligación de revelar datos personales relativos a la intimidad de la persona -identidad y salud- pues obligan a revelar datos sobre la intimidad vacunado o no-, sobre la salud - sometido a prueba o no-. Además, ello se hace con una concreta finalidad, la de controlar y limitar el acceso a personas a determinados locales, cuando no ni tan siquiera existe una norma legal que de manera expresa habilite la exigencia de esa medida limitativa e invasiva de derechos fundamentales, al modo de la exigencia del DNI para el control de acceso de menores de edad y evitar el consumo de bebidas alcohólicas, permitida por la Ley 11/2010, de 17 de diciembre, de prevención del consumo de bebidas alcohólicas en menores de edad.".

2ª) Como también mantuve en ese voto particular, no me parece acertado "vestir" la adopción de medidas como la que nos ocupa con una mera alusión a una normativa europea que no ampara esa medida y menos aún, cuando en este caso concreto ni tan siquiera se hace mención de ninguna Norma europea.

Me refiero a que el Resuelvo Segundo de la Orden no publicada impone la "exigencia del Certificado Covid Digital de la Unión Europea (QR) como medida adicional de prevención", creando la apariencia de que la Unión Europea hubiese aprobado alguna Norma que ampare tal medida a los efectos que aquí se hace. Y no es así.

El Reglamento (UE) 2021/953, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de junio de 2021, relativo a un marco para la expedición, verificación y aceptación de certificados COVID-19 interoperables de vacunación, de prueba diagnóstica y de recuperación (certificado Covid digital de la UE), implante ese Certificado con el único objetivo de facilitar la libre circulación durante la pandemia Covid-19. Por ello comienza sus considerandos afirmando que "Todo ciudadano de la Unión tiene el derecho fundamental a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros, con sujeción a las limitaciones y condiciones establecidas en los Tratados y en las disposiciones adoptadas para su aplicación".

Sin embargo, entiendo que no está valorada en la génesis del Reglamento la posibilidad de que sea empleada la regulación para llegar a justificar, ni siquiera por vía indirecta, otras medidas restrictivas de derechos fundamentales como las que ahora se implantan. Así, el Considerando 14 de esa norma general contempla que "El presente Reglamento pretende facilitar la aplicación de los principios de proporcionalidad y no discriminación por lo que se refiere a las restricciones a la libre circulación durante la pandemia de COVID-19, al tiempo que se persigue un alto nivel de protección de la salud pública. No debe entenderse que facilita o fomenta la adopción de restricciones a la libre circulación o restricciones a otros derechos fundamentales, en respuesta a la pandemia de COVID-19, dados sus efectos perjudiciales para los ciudadanos y las empresas de la Unión.".

CONCLUSIÓN. Partiendo de todo ello, la Sala debió desestimar el recurso de casación y confirmar el Auto dictado el día 22 de noviembre de 2021 por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma del País Vasco en el procedimiento 973/2021.

Madrid, a 2 de diciembre de 2021.

El contenido de la presente resolución respeta fielmente el suministrado de forma oficial por el Centro de Documentación Judicial (CENDOJ). La Editorial CEF, respetando lo anterior, introduce sus propios marcadores, traza vínculos a otros documentos y hace agregaciones análogas percibiéndose con claridad que estos elementos no forman parte de la información original remitida por el CENDOJ.