

**TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DEL PAÍS VASCO
SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO**

**EAEko AUZITEGI NAGUSIA
ADMINISTRAZIOAREKIKO AUZIEN SALA**

BARROETA ALDAMAR, 10-2ª Planta-CP: 48001 Bilbao TEL.: 94-4016655 FAX: 94-4016996
Correo electrónico: tsj.salacontencioso@justizia.eus / an.adm-auziaksala@justizia.eus
NIG PV: 00.01.3-21/000895 NIG CGPJ: 48020.33.3-2021/000895

Procedimiento: Otros 973/2021 - Sección 3ª

Demandante-Solicitante: ADMINISTRACION GENERAL DE LA COMUNIDAD AUTONOMA DEL PAIS VASCO	MINISTERIO FISCAL
Representante: SERVICIO JURIDICO CENTRAL DEL GOBIERNO VASCO	

ACTUACIÓN RECURRIDA: AUTORIZACION O RATIFICACION CONFORME AL ART. 10.8 LJCA DE LAS MEDIDAS PREVISTAS EN LOS PUNTOS 1 Y 2 DE LA ORDEN DE 17-11-21 DE LA CONSEJERA DE SALUD POR LA QUE SE ESTABLECE LA EXIGENCIA DEL CERTIFICADO COVID DIGITAL DE LA UNION EUROPEA (QR) COMO MEDIDA ADICIONAL A LAS ESTABLECIDAS POR LA ORDEN DE 6-10-21 SOBRE MEDIDAS DE PREVENCIÓN NECESARIAS PARA HACER FRENTE A LA CRISIS SANITARIA OCACIONADA POR EL COVID-19 EN LA NUEVA NORMALIDAD UNA VEZ DECLARADA POR EL LEHENDAKARI LA FINALIZACION DE LA SITUACION DE EMERGENCIA. Ç. =

AUTO N.º 91/2021

ILMOS. SRES.:

PRESIDENTE: D. LUIS ANGEL GARRIDO BENGOETXEA
MAGISTRADOS: D. JOSE ANTONIO GONZALEZ SAIZ
Dª. IRENE RODRIGUEZ DEL NOZAL

Siendo Ponente D. JOSE ANTONIO GONZALEZ SAIZ.

En Bilbao, a veintidós de noviembre de dos mil veintiuno.

Dada cuenta; quede unido a las actuaciones el informe emitido por el Ministerio Fiscal, verificando traslado que le fue conferido mediante providencia de fecha 18.11.2021.

HECHOS

ÚNICO.- El Letrado del Servicio Jurídico Central del Gobierno Vasco solicitó en fecha 18.11.2021 "autorización o ratificación conforme al artículo 10.8 de la Ley de Jurisdicción Contencioso-administrativo de las medidas previstas en los puntos 1 y 2 de la Orden de 17/11/2021 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 6/10/2021 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".

Conferido traslado al Ministerio Fiscal para informe de manera inmediata, lo evacuó el día 19.11.2021, informando favorablemente, quedando las actuaciones seguidamente pendiente de dictar resolución.

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- La trascendencia pública y la repercusión social que la experiencia nos dice que esta resolución va a causar caminarán acompañadas también, como igualmente es sabido, de una democrática y en la mayoría de los casos, no en todos, razonable crítica y es por ello que es importante comenzar su exposición, a modo de proemio, manifestando una serie de premisas que muchas veces son olvidadas a pesar de que de ellas dimana la razón de ser de este tipo de resoluciones jurisdiccionales.

El art. 10.8 de la LJ atribuye a las Salas de lo Contencioso Administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia una importantísima competencia cual es el conocer de la autorización o ratificación judicial de las medidas adoptadas con arreglo a la legislación sanitaria que las autoridades sanitarias de ámbito distinto al estatal consideren urgentes y necesarias para la salud pública e impliquen la limitación o restricción de derechos fundamentales cuando sus destinatarios no estén identificados individualmente.

Se nos convierte así en el órgano comisionado por el Parlamento a través de la Ley -no se olvide, la expresión formal de la voluntad de los ciudadanos- para decidir si las medidas señaladas han de autorizarse o no.

Estamos ante una situación en la que el Parlamento encomienda a la Jurisdicción el control del Poder Ejecutivo en garantía de los Derechos Fundamentales reconocidos por la Constitución, Derechos, no se olvide tampoco, que asisten a todos los ciudadanos en tanto seres humanos en unos casos y en tanto que ciudadanos en otros.

No olvidemos tampoco que el art. 117 de la Constitución nos atribuye en exclusiva el ejercicio de la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado y aquellas otras funciones que expresamente nos sean atribuidas por ley en garantía de cualquier derecho, función esta última expresiva de la consideración que el Constituyente muestra hacia la labor del Poder Judicial.

En fraternal proximidad a ese art. 117 el art. 106 especifica las referidas funciones en un ámbito muy concreto cual es el control de la Administración, atesorada su cúspide indisolublemente en el seno del Poder Ejecutivo, señalando que nuestra función radica aquí en el control de la potestad reglamentaria, de la legalidad de la actuación administrativa y del sometimiento de esta a los fines que la justifican.

Así pues, y a modo de resumen, la autorización que se nos pide en este procedimiento no consiste en una mera convalidación de las limitaciones de Derechos Fundamentales a modo de colofón de un procedimiento complejo integrado por una

sucesión de fases sino que va mucho más allá, se trata de que verifiquemos si esa restricción de Derechos Fundamentales se acomoda a las previsiones constitucionales, legales y a la propia finalidad que justifica la existencia de unas facultades administrativas de tan profundo calado.

Y este objeto de la función jurisdiccional, el control de la actividad administrativa, no es un principio y un fin en si mismo, no se trata de que un Poder controle la actuación que pueda llevar a cabo el otro sin más en una suerte de pugna entre iguales para alcanzar el equilibrio entre las potestades de uno y otro sino que antes al contrario subyace en todo ello un objetivo superior que es la tutela de los Derechos Fundamentales de los ciudadanos. Nuestra función de control de la legalidad de las actuaciones de la Administración y de que estas actuaciones estén presididas por los fines para cuya satisfacción se le atribuyen a la Administración potestades y privilegios, nuestra función, decíamos, tiene por destinatario al propio ciudadano. La ciudadanía va a ser la destinataria real y última de los frutos de nuestro control puesto que va a ver como sus derechos no sufren aquellas limitaciones que el Estado de Derecho no ampara.

Se trata pues no de criticar la actuación de otro Poder sino de garantizar que los Derechos de los ciudadanos se disfrutan dentro de los amplios márgenes que la Constitución y el resto del Ordenamiento Jurídico reconocen. No podemos pasar por alto en este sentido el texto de los arts. 1, 9 y 10 de la Constitución cuando la libertad es reconocida como uno de los valores superiores del ordenamiento jurídico, cuando los derechos inviolables inherentes a la dignidad de la persona son reconocidos como fundamento del orden político y de la paz social y, finalmente, cuando se impone la sumisión de los Poderes Públicos a la Constitución y al resto del Ordenamiento Jurídico.

Tales fines son los que guían nuestra actividad de control de la actuación administrativa en general y en particular de las medidas limitativas de Derechos Fundamentales que se nos han presentado.

Dicho con otros términos, por muy loable que este sea el fin no justifica los medios cuando se vive en un estado de derecho.

En otro orden de cosas dentro de este preámbulo conviene también precisar, por la trascendencia pública de esta resolución, que nuestra función no consiste en aplicar criterios científicos o técnicos, ni aplicamos criterios médicos ni epidemiológicos ni científicos en general, nuestra valoración es jurídica -en otros apartados de esta resolución de desarrollará en qué consiste exactamente-. Lo que ocurre es que al valorar la motivación que la Administración haya utilizado, y esta sí puede ser científica, médica, etc, nuestra misión consiste en efectuar un examen crítico de la misma. Partimos de que estos informes se deben aportar en términos inteligibles para un profano y deben justificar la actuación de que se trate, en el caso, limitar por razones médicas y epidemiológicas Derechos Fundamentales. La Administración debe justificar la limitación de Derechos que pretende y es por ello que debe presentar la motivación de modo razonablemente inteligible para quienes deben valorar su suficiencia no desde un enfoque propiamente médico o técnico sino desde un enfoque del ciudadano medio. A través de este examen pueden ponerse de manifiesto en los informes bien soluciones o premisas ilógicas o infundadas para cualquier persona

media. También pueden evidenciarse errores evidentes para cualquier persona sin necesidad de ser conocedor de la ciencia o técnica de que se trate. Así pues, la actuación de control consiste en verificar que tales informes justifican razonablemente la medida limitativa pretendida.

Cuando en sucesivos apartados valoremos la Memoria Justificativa de la Orden este último párrafo se comprenderá en sus justos términos.

SEGUNDO.- Y adentrándonos ya en el estudio del supuesto que se nos plantea debemos verificar si concurren los presupuestos jurídicos necesarios que habiliten para autorizar la aplicación de los apartados nº 1 y 2 de 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 mediante 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 originada por el COVID-19 en la nueva normalidad una vez declarada por el Lehendakari la finalización de la situación de emergencia.

Concretamente en dichos apartados se establece la exigencia del Certificado en los establecimientos siguientes:

1. 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 aquellos incluidos en el Grupo III y IV, según 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. En cuanto a los pubs y bares especiales incluidos en el Grupo III del mencionado Decreto, la medida se exigirá a partir de las 22:00 horas.

2. Restaurantes con capacidad autorizada de plazas de comedor superior a 50 comensales.

El acceso y la permanencia en los locales indicados se subordina al control por los responsables de los mismos de la exhibición, en papel o en soporte digital, del Certificado.

La exigencia sería efectiva en toda la Comunidad Autónoma en tanto los casos positivos sean iguales o superiores en los últimos 14 días a 150 por cada 100.000 habitantes.

Están exonerados expresamente del certificado los menores de 12 años que no tengan limitado el acceso a los establecimientos atendiendo a la clasificación de estos últimos.

Con este planteamiento se desarrolla la solicitud de autorización recordando las últimas resoluciones del Tribunal Supremo en la materia, recordando algunas de las normas que atribuyen a la Consejería la competencia en cuya virtud se dicta la Orden,

explicando también el contenido del procedimiento de autorización a la luz de las Sentencias mencionadas y otras de corte similar y, por último, se utiliza como razón técnica, sustantiva, de la medida la Memoria Justificativa de la Orden que se acompaña como documento adjunto.

Dicho esto, y conocido el contenido de las dos Sentencias del Tribunal Supremo en las cuales la promotora del procedimiento de autorización se fundamenta jurídicamente -la Sentencia dictada el 18 de agosto de 2021 en el recurso nº 5899-2021 y la datada el 14 de septiembre del mismo año en el recurso nº 1112-2021- pues la promotora ha efectuado una amplia transcripción de las mismas de modo que resulta innecesario volver a hacerlo, bastará con recordar, resumidamente, la parte de su contenido que consideramos esencial para resolver la cuestión planteada y que no es otra que el principio de proporcionalidad, todas las facetas que el mismo presenta y que han sido objeto de análisis innumerables por el Tribunal Constitucional prácticamente desde las añejas Sentencias 26-1981 y 13-1985.

Sintéticamente, la restricción de derechos debe ser necesaria en el sentido de que estemos ante una situación en la que un interés constitucionalmente tutelable y de rango superior al que se lesiona con la medida exija la adopción de esta.

Esta medida debe ser además necesaria en el sentido de que su actuación provoque efectivamente la tutela del derecho en riesgo que se pretende tutelar.

La medida ha de ser además la menos lesiva de las que pudiesen emplearse.

Se trata en suma de verificar si el informe técnico en que se justifica la restricción de derechos cumple con estas premisas.

Ninguna duda presentan, en cuanto a este concreto procedimiento atañe, ni la competencia de la Consejería para adoptar las medidas ni el contenido de este procedimiento que ahora resolvemos por lo tanto pasamos directamente al estudio de la Memoria referida no sin antes dejar constancia de una omisión sustancial en aquella Orden y en el propio escrito de alegaciones y es que se justifica la competencia en normas de rango inferior, en normas reglamentarias, obviando que se trata de restringir Derechos Fundamentales y que por ello su razón última radica en las Leyes Orgánica 3/1986 de Medidas Especiales en Materia de Salud Pública, 14/1986 General de Sanidad y 33/2011 General de Salud Pública.

Se incumple así por la promotora de la medida la importante carga procesal de justificar la competencia en cuya virtud se actúa, y omisión que ha sido suplida por el informe del Ministerio Fiscal que la Sala asume y en cuyo contenido se observan, correcta y completamente detallados, los fundamentos legales de la competencia, esenciales en tanto que se pretende ni más ni menos que limitar Derechos Fundamentales.

Debemos señalar también que en el escrito de alegaciones se señalan Sentencias varias del Tribunal Supremo y Tribunales Superiores pero se trata en ellas de supuestos que no muestran con el presente una identidad de hechos esencial ni tampoco

sus objetos procesales se plantean y desarrollan del mismo modo. Y es que o bien no se han planteado las mismas cuestiones que en este caso que ahora resolvemos o bien no han sido tratadas por distintos motivos o bien, y en contra de lo pretendido por la actora en nuestro caso, ocurre que medidas similares a las aquí solicitadas no han sido autorizadas jurisdiccionalmente por afectar indiscriminadamente a toda la Comunidad Autónoma.

Y comenzando ya el análisis de la pretensión aducida debemos manifestar que los Derechos Fundamentales afectados por la medida no se reducen a los taxativamente mencionados en la demanda, esto es igualdad e intimidad, sino que también es razonable considerar que el derecho de reunión se une a ellos (de hecho en la Memoria justificativa de la medida las celebraciones, reuniones, etc son mencionadas como factores de contagio, entre otros, en las instalaciones hosteleras a las que va dirigida la medida; y en este sentido la efectividad de la medida pudiese alcanzar también a las celebraciones navideñas), el derecho a la libertad ambulatoria (no olvidemos que se trata de establecimientos públicos a los que en principio debe poder acceder cualquier persona, como regla general), las libertades de expresión y creación artística por ejemplo cuando de Karaokes se trata e incluso, en la medida en que en dichos establecimiento se desarrolla la vida social del individuo, personal y colectivamente según los casos, se puede afectar al libre desarrollo de la personalidad, esto es, uno de los pilares del orden político y de la paz social (art. 10 de la CE).

Por lo tanto son varios e importantes los Derechos afectados y esto exige que la medida, la restricción de los mismos, observe adecuadamente las distintas facetas del principio de proporcionalidad.

La justificación última de la medida, ya lo hemos anticipado, se encuentra en la Memoria que vamos a examinar a continuación; de hecho, la Orden, no hace sino, para justificar su contenido normativo y como antecedente del mismo, resumir algunos de los aspectos desarrollados en la Memoria tales como el incremento de la incidencia acumulada, la ocupación de camas de hospital y el porcentaje de población ya vacunada.

Analizaremos a continuación los distintos factores que en la Memoria se emplean para justificar la medida agrupando aquellos cuya naturaleza lo permita.

Se explica en la Memoria como a 15 de noviembre se constata el incremento de contagios y más concretamente que en la valoración última, que comprende los 14 días anteriores, la incidencia acumulada alcanzaría los 184,84 contagios por cada 100.000 habitantes, superándose con ello el umbral de seguridad que se cifra en 50-60 contagios.

La valoración de este apartado por si sola no respetaría el principio de proporcionalidad y es que se ofrece cifras y datos de contagio referidos a toda la Comunidad Autónoma en general, presumiendo que son los mismos en todas las localidades y Territorios Históricos. No se justifica que las cifras que hemos referido sean las mismas en toda la Comunidad y con ello no se justifica tampoco que deba aplicarse una misma medida de modo uniforme en todo el País Vasco. La proporcionalidad exige que se ofrezca o bien una prueba de que realmente las cifras son

las mismas o sustancialmente similares en toda Euskadi o bien que se ofrezca el detalle de qué municipios -distritos o barrios o núcleos de población dentro de ellos- ofrecen cifras de contagio que puedan justificar la adopción de medidas restrictivas de derechos.

Tampoco estas cifras, por si solas, sin más datos, justifican la exigencia del Pasaporte Covid porque, ya lo hemos dicho, la medida debe ser la adecuada y la menos restrictiva para evitar el daño, para evitar el contagio, y para saber si esta medida cumple con tal objetivo debemos conocer las razones que se ofrecen para justificar las causas del contagio.

Se alude también al número de camas hospitalarias ocupadas por pacientes covid y se expone que no se está en el caso de una presión hospitalaria preocupante. Este aspecto, por un lado, terminamos de señalarlo, no aparece como un factor preocupante pero ha de tenerse en cuenta también que el dato de ocupación de camas por si solo tampoco, como se presenta en la Memoria, tendría mayor trascendencia porque el número de camas ocupadas ninguna información relevante proporciona ya que no sabemos que porcentaje representan esas camas en el conjunto de las que se tienen y en qué medida puede verse comprometido el normal funcionamiento del centro hospitalario. Y, por lo demás, también debería relacionarse causalmente esta ocupación hospitalaria con las actividades en las que se pretende aplicar la medida restrictiva de derechos, solo de este modo se podría controlar la proporcionalidad de la misma, es decir, deben ser tales actividades las que desencadenen la presión hospitalaria y la exigencia del Pasaporte Covid debe ser trascendente para poner límite a esa situación.

En otro apartado se analiza el porcentaje de población mayor de 12 años (después nos referiremos a los menores de esta edad) vacunada con una dosis y con la pauta ya completa. En ambos casos se supera el 90%. Se reconoce también que a pesar de ello los contagios siguen pero que las consecuencias en la salud a ingresos hospitalarios, afortunadamente, se han visto muy reducidas en intensidad y peligro.

Este elevadísimo porcentaje de vacunados es un factor que opera en contra de la medida cuya autorización se pretende y es que lo que habrá que presumir es que la inmensa mayoría de la población está vacunada. Desde esa presunción el imponer la exigencia del Pasaporte de modo indiscriminado carece de justificación, y menos aún cuando simultáneamente se reconoce que los efectos del contagio en los vacunados no son relevantes.

En este apartado deben analizarse también dos factores que contiene el informe y que ponen de manifiesto la incongruencia del mismo y lo innecesario del Pasaporte para los fines pretendidos.

Por un lado la Memoria excluye expresamente de sus destinatarios a los titulares y empleados de los establecimientos a cuyos clientes, empero, sí les impone para poder acceder y permanecer en los mismos el mostrar el Pasaporte Covid. En la Memoria se explica que se considera necesaria la medida en aquellos establecimientos en los que se concita durante un tiempo prolongado una multiplicidad de personas y que, además, por las actividades sociales que se desarrollan es usual desproveerse de la mascarilla cuando los aerosoles van a ser uno de los medios de transmisión del virus.

Los empleados y titulares de los establecimientos van a estar sometidos a los riesgos de los aerosoles puesto que las jornadas, la actividad y el propio lugar de trabajo desencadenan que las mascarillas no estén correctamente colocadas en todo momento. En este sentido baste con acudir al general conocimiento de este tipo de situaciones que terminamos de describir (art. 281.4 LEC). Y no olvidemos, abundando en este extremo que estamos analizando, que la propia Memoria reconoce como factor de contagio el contacto indirecto con las manos y objetos contaminados, por lo tanto perfectamente pueden los empleados y titulares de los establecimientos contagiar a los clientes.

La Orden no recoge expresamente la exención de estas personas de contar con el Pasaporte pero indirectamente se infiere que es así pues de un lado asume el contenido de la Memoria y en esta se les excluye, y de otro establece como el acceso y la permanencia en los locales se condiciona al control por los responsables de estos de la tenencia del Pasaporte, por lo tanto, aparece como una exigencia para los clientes a controlar por los responsables del local pero no se impone control a estos ni a sus empleados.

En este apartado también la situación de los menores de 12 años es destacable y es que la Memoria los reconoce como principal factor de contagio, reconoce que no están vacunados y aún así se permite su acceso a los locales en los que según la Memoria se focaliza el riesgo de contagio. Este acceso favorece los contagios, por lo tanto, y sin embargo no se impide su acceso pero sí se le impide a quienes, superando esa edad, no muestren el Pasaporte. La ausencia de fundamento de la medida aparece así más clara aún porque se permite entrar no solo 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 de derecho no a ellos sino a más del 90% de la población, ya vacunada.

La Orden, incluso, olvida a las personas que por diversas afecciones pueden tener contraindicada la vacunación.

En cuanto a las condiciones de los lugares en los que se producen los contagios la medida tampoco evidencia ser la menos restrictiva y es que se parte de considerar que la práctica totalidad de estos locales carece de ventilación, sin aportar dato objetivo alguno al respecto, y se obvia la existencia de medidas alternativas o cumulativas como la utilización de limpiadores y purificadores de aire, entre otras que no supondrían limitación de Derechos Fundamentales.

Es por todo cuando antecede que consideramos improcedente autorizar la restricción de Derechos Fundamentales pretendida.

Ante lo expuesto la Sala

DISPONE

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.

Notifíquese esta resolución a las partes, advirtiéndoles que contra la misma cabe interponer **RECURSO DE CASACION** mediante escrito presentado directamente ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo compareciendo e interponiendo el recurso en el plazo de **3 DIAS HABLES** contados desde la fecha de notificación del auto impugnado (Artículo 87 TER LJCA)

Así por este su auto, lo acuerdan, mandan y firman los Ilmos. Sres. Magistrados antes nombrados, componentes de este Tribunal, de lo que yo, Letrado de la Administración de Justicia, doy fe.

Otros 973/2021-Auto fin procedimiento 22/11/2021

VOTO PARTICULAR QUE FORMULA EL MAGISTRADO D. LUIS ANGEL GARRIDO BENGOETXEA.

Disiento del voto mayoritario del Tribunal, con todo el respeto que merece la posición mayoritaria al entender que, siendo razonable la misma, lo cierto es que nos encontramos ante un supuesto que tiene encaje en la sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 14 de septiembre de 2021.

Esto es especialmente trascendente por cuanto que el recurso de casación, de

carácter urgente, establecido respecto de las autorizaciones a las que se refiere el art. 10.8 Ley 29/98 tiene por objeto que el Tribunal Supremo fije doctrina sobre tales autorizaciones (o, en su caso, ratificaciones) debiendo ser seguida aquélla por los Tribunales Superiores de Justicia en aras del principio de seguridad jurídica, constitucionalizado en el art. 9.3 CE.

Dicho esto, indicaré los puntos de discrepancia del auto mayoritario:

1º.- Ciertamente, la Orden cuya autorización se solicita, no contiene una cita detallada de la normativa que le sirve de base pero, al poder operar el principio IURA NOVIT CURIA, hay que decir que se ha pronunciado el Tribunal Supremo en diversas sentencias sobre la suficiencia del art. 3 L.O. 3/1986 para establecer medidas de este tipo (así, sentencias de 24 de mayo de 2021, 3 de junio de 2021 y 14 de septiembre de 2021). Con ello, se cubriría este vacío en cuanto a la motivación de la Orden que nos ocupa.

2º.- En relación con la Memoria justificativa de la medida, pudiera considerarse poco profunda pero es lo cierto que los datos recogidos en el fundamento jurídico 9º de la sentencia del Tribunal Supremo de 14 de septiembre de 2021 no difieren en forma significativa en relación con la Memoria aquí aportada. Es más, en aquel momento los datos epidemiológicos se encontraban a la baja en tanto que en este supuesto se encuentran al alza.

3º.- Respecto de la efectividad de las medidas cuya autorización se insta pueden no ser muy significativas en cuanto a la evolución pandémica al encontrarse vacunada alrededor del 90% de la población diana, pero la limitación a los derechos fundamentales en juego (arts. 14, 18.1 y 15 CE) ha sido calificada como "tenue" en el fundamento de derecho 8º de la sentencia del Tribunal Supremo de 14 de septiembre de 2021 que vengo citando.

En consecuencia, si se considera tenue la limitación de derechos puede afirmarse que las medidas planteadas por la Administración en este caso, superan el juicio de proporcionalidad aun cuando pueda dudarse de la intensidad de su efectividad.

En cualquier caso, entiendo que no entrarían en juego otros posibles derechos tales como el de reunión, libertad ambulatoria, de expresión y creación artística o del libre desarrollo de la personalidad pues se trata de derechos que no deben enmarcarse necesariamente en el ámbito de las actividades hosteleras, teniendo otras posibilidades de desarrollo.

4º.- El hecho de que la Orden excluya a los menores de 12 años, aun cuando puedan contagiar el SARS-COV-2 viene representado por el dato de que no hayan podido vacunarse, evitando así su discriminación. Bien es cierto que puede haber algún otro colectivo que por razones de enfermedad no haya podido ser vacunado pero pueden obtener el pasaporte Covid mediante pruebas específicas, aun cuando tal pasaporte tendría una duración limitada.

5º.- En cuanto a que la medida afecta a determinados locales, sólo demuestra que la afcción a los derechos fundamentales es menor cuanto menos sean los lugares

en los que el "pasaporte COVID" pueda ser solicitado.

6º.- Un argumento trascendente es el relativo a que la medida afecta a toda la Comunidad Autónoma, aspecto éste que pudiera entenderse que no ha sido considerado por el Tribunal Supremo en la sentencia de 14 de septiembre de 2021.

Ahora bien, lo cierto es que se ha establecido un dato objetivo, cual es la Tasa de incidencia superior a 150 casos por 100.000 habitantes en los últimos 14 días que, por una parte sirve de salvaguarda y, por otra, a este elemento (tasa de incidencia) se hace alusión en el fundamento jurídico décimo de la sentencia que venimos citando.

7º.- Asimismo, debo referirme a que la Orden no excluye de la exigencia de "pasaporte COVID" a los titulares y empleados de los locales afectados, aunque sí se recoge en la Memoria.

Dado que su no exclusión afectaría a otros derechos en juego como el del trabajo y a que la propia Memoria los excluye, la autorización debería recoger este elemento, máxime teniendo en cuenta que quienes presten servicios en estos locales deben llevar puesta la mascarilla durante toda la jornada laboral. De esta forma, la exigencia de pasaporte COVID ha de referirse sólo a los usuarios.

8º.- En definitiva, tal como señala el Ministerio Fiscal en su informe, la medida propuesta por el Gobierno Vasco es adecuada, idónea y proporcionada en relación con los bienes jurídicos en conflicto: salud pública versus intimidad e igualdad.

Como conclusión entiendo que debió concederse por el Tribunal la autorización solicitada de las medidas previstas en los puntos 1 y 2 de la Orden de 17 de noviembre de 2021 de la Consejera de Salud del Gobierno Vasco, limitando la exigencia de certificado COVID a los usuarios de los establecimientos afectados.

En la Villa de Bilbao, a veintidós de noviembre de 2021.

Fdo.: D. Luis Ángel Garrido Bengoechea.

La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada solo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que el mismo contuviera y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda. Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.
