



Roj: **STSJ PV 1976/2022 - ECLI:ES:TSJPV:2022:1976**

Id Cendoj: **48020330032022100172**

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

Sede: **Bilbao**

Sección: **3**

Fecha: **20/09/2022**

Nº de Recurso: **1048/2021**

Nº de Resolución: **400/2022**

Procedimiento: **Protección jurisdiccional de los derechos fundamentales**

Ponente: **LUIS ANGEL GARRIDO BENGOCHEA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Sección 3ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco

Euskal Autonomia Erkidegoko Justizia Auzitegi Nagusia Administrazio- Auzietako Salaren 3. Atala

C/ Barroeta Aldamar, 10 2ª Planta - Bilbao

0001048/2021 Protección jurisdiccional (Migración) Contencioso-Administrativo / (Migrazioa Administrazioarekiko auzibidea) Jurisdikzio-babesa

NIG: 4802033320210000957

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DEL PAÍS VASCO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

RECURSO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO N.º 1048/2021

DE Protección jurisdiccional (Migración) Contencioso-Administrativo

SENTENCIA NÚMERO 400/2022

ILMOS. SRES. PRESIDENTE:

D. LUIS ANGEL GARRIDO BENGOCHEA

MAGISTRADOS:

D. JOSE ANTONIO GONZALEZ SAIZ

Dª. IRENE RODRIGUEZ DEL NOZAL

En Bilbao, a 20 de septiembre del 2022.

La 3ª de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, compuesta por el Presidente y Magistrados/as antes expresados, ha pronunciado la siguiente SENTENCIA en el recurso registrado con el número PJJ 1048/2021 y seguido por el procedimiento ORDINARIO, en el que se impugna: el Decreto 47/21, de 14 de diciembre, del Lehendakari, por el que se amplía la exigencia del certificado Covid digital de la UE establecidos por Orden de 17 de noviembre de 2021 de la Consejera de Salud.

Son partes en dicho recurso:

- **DEMANDANTE:** Ramón , representado por la Procuradora Dª. MARIA MONTSERRAT COLINA MARTINEZ y dirigido por el Letrado D. JOSEBA ANDONI BELAUSTEGI CUESTA.

- **DEMANDADA:** ADMINISTRACION GENERAL DE LA COMUNIDAD AUTONOMA DEL PAIS VASCO, representado y dirigido por el SERVICIO JURIDICO CENTRAL DEL GOBIERNO VASCO.

MINISTERIO FISCAL.

Ha sido Magistrado Ponente el Ilm. Sr. D. LUIS ANGEL GARRIDO BENGOCHEA.



I. ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- El día 17 de diciembre de 2021 tuvo entrada en esta Sala escrito en el que la Procuradora D^a. MARIA MONSERRAT COLINA MARTINEZ en nombre y representación de D. Ramón interpuso recurso contencioso administrativo contra el Decreto 47/21, de 14 de diciembre, del Lehendakari, por el que se amplía la exigencia del certificado Covid digital de la UE establecidos por Orden de 17 de noviembre de 2021 de la Consejera de Salud.

SEGUNDO .- En el escrito de demanda, en base a los hechos y fundamentos de derecho en el expresados, se solicitó de este Tribunal el dictado de una sentencia por la que estimase los pedimentos de la misma.

TERCERO .- En el escrito de contestación, en base a los hechos y fundamentos de derecho en ellos expresados, se solicitó de este Tribunal el dictado de una sentencia por la que declare la conformidad a derecho de la resolución impugnada.

CUARTO.- Se fijó como cuantía del presente recurso la de INDETERMINADA.

QUINTO .- Mediante auto de fecha 9 de mayo de 2022 se admitió la práctica de prueba.

SEXTO .- En los escritos de conclusiones, las partes reprodujeron las pretensiones que tenían solicitadas.

SEPTIMO .- Por resolución de fecha 15 de junio de 2022 se señaló el pasado día 21 de junio de 2022 para la votación y fallo del presente recurso.

OCTAVO .- En la sustanciación del procedimiento se han observado los trámites y prescripciones legales.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Que por Ramón se recurre en vía de protección de derechos fundamentales, el Decreto 47/21, de 14 de diciembre, del Lehendakari, por el que se amplía la exigencia de certificado COVID digital de la UE establecidos por Orden de 17 de noviembre de 2021 de la Consejera de Salud.

La demanda se basa en alegar que se han incumplido los trámites de aprobación de disposiciones generales, lo que infringe los arts. 9 y 103.1 CE; nulidad por regular materias reservadas a la ley; se violan datos personales sanitarios y se revelan convicciones; se vulnera el derecho de igualdad; y se vulneran las libertades ideológica y de circulación, intimidad, vida familiar y supone una sanción encubierta por no vacunarse que carece de cobertura legal.

Por su parte, la representación del Gobierno Vasco solicita que se desestime el recurso.

SEGUNDO .- Que en la demanda se plantean dos motivos impugnatorios de carácter formal.

El primero de ellos se refiere a que la parte actora alega que se han incumplido los trámites de aprobación de las disposiciones generales, lo que infringe los arts. 9 y 103.1 CE.

En este sentido ha de hacerse referencia a que la sentencia del Tribunal Supremo, en sentencia de 14 de noviembre de 2007 (recurso de casación en interés de la ley 77/2004) fijó como doctrina legal que el art.

26 de la Ley General de Sanidad habilita a las autoridades sanitarias competentes para adoptar las medidas en él contempladas sin necesidad de la instrucción previa de un procedimiento administrativo cuando resulten necesarias para la protección de la salud.

Si no es necesaria la instrucción de su procedimiento administrativo, no sería necesario en supuestos como el aquí enjuiciado seguir los trámites de aprobación de las disposiciones generales.

En cualquier caso, se trata de concretar medidas para las que la Administración demandada está habilitada por normas sectoriales y que, además, tendrían carácter provisional y de urgencia.

TERCERO .- Que la segunda cuestión de carácter formal que se plantea en la demanda se refiere a que el Decreto impugnado es nulo al regular materias reservadas a la ley.

Lo cierto es que el Decreto recurrido parte de lo dispuesto en el art. 3 Ley 8/1997, de 26 de junio, de Ordenación Sanitaria de Euskadi que señala que "corresponde a la Administración sanitaria vasca garantizar la tutela general de la salud pública a través de medidas preventivas, de promoción de la salud y de prestaciones sanitarias individuales.

La cobertura normativa tiene en base en la L.O: 3/1986, de 14 de abril, de Medidas Especiales en Materia de Salud Pública, el art. 26 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad y arts. 27.2 y 54 de la Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública.



Tal cobertura normativa y fundamentalmente, la que deriva de la L.O: 3/1986, de 14 de abril, ha sido avalada por el Tribunal Supremo en sentencias de 14 de septiembre y 1 de diciembre de 2021.

CUARTO.- Que, en cuanto al fondo del asunto, en la demanda se plantea la falta de proporcionalidad e idoneidad de la medida que viola datos personales sanitarios que revelan convicciones, vulnera el derecho de igualdad, las libertades ideológica y de circulación, intimidad, vida familiar y supone una sanción encubierta por no vacunarse.

En relación con la vulneración de estos derechos fundamentales a consecuencia de esta exigencia ha tenido ocasión de pronunciarse el Tribunal Supremo en la Sentencia 1112/2021, de 14 de septiembre de 2021, recurso 5909/2021, doctrina reiterada en la Sentencia 1412/2021, de 1 de diciembre de 2021, recurso 8074/2021.

Así vemos que en la primera de las sentencias citadas se dice que "sabido es que los derechos fundamentales, como cualquier subjetivo, no son absolutos ni ilimitados, como viene declarando el Tribunal Constitucional desde la STC 11/1981, de 8 de abril, y ello no sólo por los límites específicos que fija la propia Constitución cuando reconoce algunos de estos derechos y por el respeto a su contenido esencial, sino porque la limitación resulta precisa para permitir su pacífica coexistencia con los demás derechos fundamentales y con los bienes constitucionalmente protegidos que se traducen, en este caso, en una potente presencia del derecho a la vida y a la integridad física, y a la defensa y protección de la salud de los ciudadanos.

Es lo que sucede en este caso, al confrontar la tenue limitación que podría tener la medida examinada sobre los derechos fundamentales a la igualdad (artículo 14) y a la intimidad (artículo 18.1), con el derecho fundamental a la vida (art. 15), la protección de la salud (artículo 43) en situaciones de la pandemia como la Covid 19 y con el interés general de todos a sobrevivir a estas gravísimas circunstancias, que avalan la procedencia de la medida que se pretende.

Así es, la medida de exhibición de determinada documentación (certificado de la pauta completa de vacunación, prueba diagnóstica negativa de infección activa (PDIA) o test de antígenos, y certificado de haberse recuperado de la enfermedad desde el día 11 al 180), para la entrada en el interior de determinados establecimientos en los que se produce una gran afluencia de personas, tales como los de ocio nocturno, resulta adecuada y acorde con las exigencias derivadas de protección de salud, porque se refiere a locales donde la entrada es voluntaria y donde no se realizan actividades esenciales, a los que se tenga la obligación de acudir. No. Las personas pueden emplear su ocio de muy diversa forma, y naturalmente pueden acudir a dichos locales, o no, pueden preferir la terraza, o no, pero si pretende ir al interior del establecimiento que es un espacio cerrado y normalmente poco ventilado, donde el riesgo de contagio se incrementa, ha de exhibirse la indicada documentación, que proporciona garantía, desde luego no absoluta, de no padecer en ese momento la infección SARS-Co-2, según los informes que constan en las actuaciones y que más adelante veremos.

La exhibición de la documentación señalada no vulnera el derecho a la igualdad pues no se produce discriminación entre aquellos que están vacunados y los que no están. Recordemos que la documentación reviste una triple modalidad, que resulta asequible a todos, de modo que quien no quiere mostrar si ha sido o no vacunado, teniendo en cuenta el carácter voluntario de la misma, puede presentar el resultado de la PDIA o el test de antígenos, y desde luego el certificado de recuperación de la Covid-19 se ha pasado la infección.

En todo caso, concurre una justificación objetiva y razonable para permitir o no el acceso al correspondiente establecimiento, según se haya cumplido tal exigencia, pues se trata de la protección de la salud y la vida de las personas, mediante una medida que evita o restringe la propagación de la pandemia. Teniendo en cuenta, que tales diferencias de trato para discriminatorias deben carecer de esa justificación objetiva y razonable, de acuerdo con criterios jurídicos atendibles, al basarse en razones que resulten jurídicamente relevantes, como es el caso cuando las situaciones comparables no resultan homogéneas por sus graves efectos respecto de la salvaguarda del derecho a la vida, a la integridad física y a la protección de la salud.

Por su parte, el derecho a la intimidad, que protege ese reducto más reservado de las personas, esa esfera que se pretende mantener ajena a los demás, aparece condicionado a la propia actitud de la persona y el contenido y alcance de la información que se califica de íntima.

Ahora bien, no parece que puede esgrimirse la prevalencia de este derecho frente al derecho a la vida y a la protección de la salud pública, toda vez que la información sobre si se ha recibido la vacuna o no, en momentos en los que se atraviesa una pandemia, es una pieza básica y esencial para impedir la propagación de la infección por el SARS-Co-2 y, por tanto, de la preservación de la vida y salud de todos. Es cierto que se trata de una información médica, pero las connotaciones que impone la situación de pandemia, el carácter masivo de la vacunación y la solidaridad que comporta la protección y ayuda entre todos, devalúa la preeminencia de la intimidad en este caso.



Además, no parece coherente que el derecho a la intimidad deba ceder frente a bienes jurídicamente protegidos como las investigaciones de la inspección tributaria (STC 110/1984, de 26 de diciembre), o la investigación de la paternidad (STC 7/1994, de 17 de enero), y sin embargo haya de resultar preferente y prevalente frente a circunstancias tan graves y desoladoras para la vida y la salud pública como las que acarrea la Covid-19).

Conviene tener en cuenta que la única información que se proporciona, según el tipo de documentación que se presente, es si ha recibido la vacuna o no, si tiene en ese momento la infección que provoca la pandemia, y si ya se ha recuperado de la enfermedad. Es cierto, por tanto, que la vacunación no se dirige a curar la enfermedad de los pacientes, en el ámbito de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, pues es una medida de prevención que actúa sobre personas sanas, o que no padecen Covid.19 y que pretende impedir, o restringir significativamente, la transmisión de los contagios, para frenar o ralentizar la propagación de la enfermedad, en definitiva, que su incidencia sea la menor posible, lo que se sitúa en la órbita de la Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública y de la Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de Medidas especiales en materia de salud pública.

En todo caso, el artículo 16.3 de la citada Ley 41/2002, establece una facultad desconocida en otros ámbitos, precisamente cuando se necesita prevenir un riesgo grave para la población, pues señala, respecto del contenido de la historia clínica, que cuando ello sea necesario para la prevención de un riesgo o peligro grave para la salud de la población, las Administraciones sanitarias a las que se refiere la Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública, podrán acceder a los datos identificativos de los pacientes por razones epidemiológicas o de protección de la salud pública, si bien el acceso ha de sujetarse a ciertas cautelas. Sin embargo, ahora de lo que se trata es de exhibir voluntariamente una documentación cuando se pretende entrar en el interior de determinados establecimientos de ocio, no se obliga, por tanto, a proporcionar datos médicos que se contienen sólo en las historias clínicas de los pacientes.

En fin, el derecho a la protección de los datos personales pretende garantizar a la persona el control sobre sus propios datos, decidiendo sobre el uso y el destino de los mismos para evitar su tráfico ilícito. Se confiere al titular la facultad de oponerse a su uso, sin su consentimiento, para fines distintos a los que justificaron su obtención. De modo que mediante la regulación de la protección de datos se compaten, por tanto, los peligros y riesgos que se ciernen sobre el almacenamiento y la utilización indiscriminada de datos informáticos de cualquier caso.

Pues bien, respecto de este derecho fundamental a la protección de datos no se aprecia limitación alguna, cuando lo que se establece, para entrar en el interior de un determinado establecimiento, es la mera exhibición, es decir, enseñar o mostrar la documentación en cualquiera de las tres modalidades exigida.

Sin que, desde luego, puedan recogerse los datos de los asistentes a tales locales, ni pueda elaborarse un fichero, ni hacer un tratamiento informático al respecto. Pues nada de esto se permite en la citada Orden que impone la medida. Al contrario, en la misma se advierte que se trata de "la exhibición" de dichos certificados en "el momento de acceso" al local, y expresamente establece una prohibición, pues "nos e conservarán esos datos ni se crearán ficheros con ellos. De modo que no concurre limitación alguna de este derecho fundamental".

Y, en relación con el derecho de reunión Sentencia 1412/2021, de 1 de diciembre de 2021, recurso 8074/2021 expresamente dice que "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", en la cual se llega a la conclusión que 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".

La aplicación de esta doctrina consolidada nos debe llevar a rechazar que, en todo caso, pueda a través de estas medidas producirse una vulneración de aquellos derechos fundamentales por las razones expuestas, siempre y cuando se hubiera acreditado que la misma resultaba proporcionada, lo cual se examinará en el fundamento jurídico siguiente.

QUINTO - Que habremos de analizar a continuación si el Decreto impugnado, enc uando a la ampliación de establecimientos, eventos, actividades y lugares para cuyo acceso es preceptiva la exigencia del certificado Covid digital, cumple los parámetros arriba indicados y exigidos por la jurisprudencia en cuanto a motivación, proporcionalidad, idoneidad y necesidad.



La Administración demandada, al respecto, alude a que, a fecha 8 de diciembre de 2021, la incidencia acumulada en 14 días era de 791,56 casos por 100.000 habitantes, con tendencia al alza y estaban ocupadas por pacientes con Covid 293 camas hospitalarias y 73 de UCI.

El informe de la Dirección de Salud Pública de 9 de diciembre de 2021 indica que el uso de certificados COVID que certifiquen el estado vacunal o ausencia de infección son un medio para garantizar que sólo las personas que tienen inmunidad puedan acceder a ciertos entornos para así procurar ámbitos más seguros en cuando al riesgo de transmisión del virus.

Añade que es una medida que está siendo utilizada por un buen número de países de nuestro entorno en muchos sectores.

Finalmente, el informe llega a las siguientes conclusiones:

. Debido al alto nivel de transmisión de la COVID-19 en Euskadi, y su tendencia creciente, es necesario y proporcionado al riesgo la ampliación de la exigencia de certificado digital COVID a otros espacios y ámbitos no recogidos en la orden de 17 de noviembre de la Consejera de Salud.

. El número de ingresos hospitalarios y, especialmente, en UCI se ha incrementado de manera alarmante, y continúa en una tendencia creciente.

. La vacunación es una medida que disminuye la transmisión de la COVID-19 y es eficaz frente a la enfermedad grave, hospitalización y muerte.

. En Euskadi se han alcanzado tasas muy altas de vacunación, superando ligeramente al 90% de la población diana. No obstante, la tasa vacunal es significativamente inferior en personas menores de 40 años. No han recibido una pauta completa de vacunación cerca del 17% de la población de 30 a 39 años, del 20% de la de 20 a 29 años y del 11% de la de 16 a 19 años.

. El riesgo de contagio es mayor en espacios interiores, en las distintas cortas y en concentraciones de personas, y además se dan con mayor intensidad en actividades en las que produce una cantidad mayor de aerosoles.

. Personas vulnerables, como pacientes ingresados en hospitales o residentes en centros de personas mayores, presentan una mayor necesidad de protección frente a la COVID-19.

. La utilización de un certificado COVID para circunscribir la participación en actividades de alto riesgo de contagio a personas que acrediten haber recibido una pauta de vacunación completa, se hayan recuperado de la enfermedad en los últimos 180 días, o dispongan de una prueba diagnóstica negativa reciente, posibilita el desarrollo de dichas actividades de manera más segura.

. Se propone la ampliación de la utilización del certificado COVID emitido por el Departamento de Salud conforme a la normativa europea vigente para restringir el acceso a los establecimientos y actividades mencionados en el apartado G, cuando la IA en 14 días supere el límite indicado en ese mismo apartado.

Desde el punto de vista probatorio, se ha aportado en autos el informe de la Ponente de Alertas, Planes de Preparación y Respuesta y Comisión de Salud Pública de 23 de noviembre de 2021 del Ministerio de Sanidad.

Se ha de indicar que en este documento no llegó a ser incluido en el orden del día, ni aprobado por la Comisión de Salud Pública del Consejo de Interterritorial del Sistema Nacional de Salud.

La Ponencia de alertas y planes de preparación y respuesta ha valorado, en su reunión de 19 de noviembre, la utilización del certificado COVID para acceder a determinadas actividades, principalmente las referidas al ocio y otras que se vayan a realizar en espacios interiores, especialmente en aquellos ámbitos en donde no es posible llevar permanentemente mascarilla. A continuación, se recogen los principales aspectos que se han valorado a favor y en contra de su implantación:

ASPECTOS A FAVOR:

Incentivar la vacunación de algunas personas que todavía no han recibido las pautas recomendadas.

Transmitir el mensaje de que continúa existiendo un riesgo de infección por SARS-CoV-2, y que la población tenga la percepción de que siguen siendo necesarias las medidas para disminuir este riesgo. Podría suponer un refuerzo de las medidas de prevención y control en ámbitos de riesgo.

Es una medida que ya se está aplicando en alguna CCAA y con respaldo judicial.

Estimular que la necesidad de vacunación siga siendo asumida por parte de la población como medida de responsabilidad social.

**Aspectos en contra:**

No hay evidencia de que esta medida tenga un efecto en la reducción de la transmisión del SARS-CoV-2. En los países del entorno europeo donde se está utilizando, los casos están aumentando de forma importante, si bien es cierto que sus coberturas vacunales son muy inferiores a las de España. Es previsible que el efecto en España, con coberturas más elevadas, todavía sea menor. Sería además difícil la efectividad de esta medida.

No refleja realmente el estado inmunitario. Equipara el estar vacunado con estar inmunizado y esto no se ajusta a la realidad. La vacunación previene de manera muy importante las formas graves de la enfermedad (90 al 99% contra la hospitalización, 90 al 95% contra la mortalidad¹), pero la efectividad para prevenir la infección y formas leves de enfermedad es mucho menor, alrededor del 60%. Sabemos que aproximadamente un 40% de los vacunados son susceptibles de infectarse y transmitir la infección. Por todo ello, su utilidad para prevenir transmisión sería muy limitada e incluso podría tener un impacto negativo si se relajaran las medidas de prevención.

Existe un claro riesgo de que su utilización pueda suponer la relajación de medidas de prevención en interiores (sobre todo una disminución en la utilización de la mascarilla) al sentirse estas personas más protegidas por estar en un ambiente en el que se ha exigido el certificado (vacunación, antecedente de infección en los 180 días previos o PDIA negativa en las últimas 48 horas). Se ha visto, además, en estudios de efectividad vacunal que, cuando el caso índice y sus contactos están vacunados, hay más contagios por una mayor relajación de medidas que si no están vacunados los contactos.

Dificultad para ponerlo en marcha de una forma operativa. Habría que solicitar además una identificación personal cada vez que se pidiera para garantizar que corresponde a la persona que lo está utilizando.

En España, aproximadamente el 90% de los mayores de 12 están vacunados, por lo que la ganancia en coberturas de vacunación no sería muy importante. Estudios realizados recientemente refieren un incremento de la cobertura vacunal principalmente en menores de 20 años que, en nuestro país, tienen coberturas muy elevadas, alrededor del 84% por lo tanto, no estaría justificado con esta finalidad.

Las coberturas alcanzadas en España difícilmente justificarían el coste y las implicaciones negativas que puede tener esta medida.

Habría que asegurarse de que no genere situaciones de inequidad.

Si la incidencia sigue subiendo, y es muy probable que así sea, es posible que acabe generando más desconfianza en las instituciones públicas.

Además, debe tenerse en cuenta que las medidas que han demostrado ser eficaces en la prevención de la transmisión son la utilización de la mascarilla y, si la situación epidemiológica es desfavorable, la toma de medidas restrictivas, especialmente en interiores (asegurar sus aforos, mejora de ventilación, limitaciones horarias...). Si se utilizara el certificado COVID, éstas deberían priorizarse.

La ponencia ve más justificada la solicitud de este certificado en centros sanitarios y socio-sanitarios, tanto para visitas como para trabajadores (teniendo en cuenta los aspectos laborales de esta medida), o en ámbitos específicos como los centros penitenciarios, ya que es aquí donde hay un importante grupo de personas vulnerables.

En caso de utilización, valorar dónde podría tener una utilidad real (lugares donde no pueda garantizarse la utilización de mascarilla) y en qué momentos (se debería valorar si tendría más eficacia en determinados niveles de alerta). Si se decidiera aplicar, debería hacerse antes de celebraciones de diciembre (puente de diciembre y fiestas de Navidad).

SEXTO .- Que se acaba de hacer referencia a los informes obrantes en el proceso.

Se han dictado sentencias por algunas Salas de lo Contencioso Administrativo en las que se han desestimado recursos similares al presente y en ellas se ha hecho referencia a que no se ha acompañado informe médico que contradiga las conclusiones a las que ha llegado la Administración.

Pues Bien, en autos obran dos informes elaborados por organismos de dos Administraciones públicas que, en gran medida, son contradictorios.

La labor de los Tribunales en estos casos es, como vamos a hacer a continuación, analizar las pruebas obrantes en autos pues, aún cuando la competencia para dictar el Decreto recurrido corresponde a la Comunidad Autónoma Vasca, su decisión puede cuestionarse en un proceso judicial en el que se valorará el material probatorio pues, de no ser así, no sólo es que no se daría tutela judicial efectiva al recurrente sino que sería tanto como efectuar una falsa afirmación como es que los informes del órgano administrativo competente



no pudiesen cuestionarse en un proceso como si fueran afirmaciones IURIS ET DE IURE y no, como son, IURIS TANTUM.

Pasando a analizar, por tanto, ambos informes, hemos de indicar que el de la Dirección de Salud Pública y Adicciones de 9 de diciembre de 2021, parte de que la exigencia de certificado procura "ámbitos más seguros en cuanto al riesgo de transmisión del virus", que uno de los razonamientos determinantes para llegar a sus conclusiones.

Por su parte, el informe de la Ponente de Alertas, Planes de Preparación y Respuesta y Comisión de Salud Pública del Ministerio de Sanidad de 23 de noviembre de 2021 analiza aspectos a favor y en contra señalando que "no hay evidencia de que esta medida tenga un efecto en la reducción de la transmisión del SARS-COV-2"; que "no refleja el estado inmunitario al equiparar estar vacunado con estar inmunizado y esto no se ajusta a la realidad"; y que, dada la cobertura de vacunación en España, la ganancia en coberturas de vacunación no sería muy importante.

Analizando estos informes no coincidentes la Sala entiende que ha de portar por las conclusiones de la ponencia del Ministerio de Sanidad ya que analiza la problemática que se plantea desde diversos ángulos fundamentando adecuadamente cada una de sus afirmaciones siendo más completo, profundo y analítico que el informe de la Dirección de Salud Pública de la Administración demandada obrante en el expediente administrativo.

Siendo esto así, y dado el resultado probatorio del proceso se concluye por la Sala que hay más argumentos en contra que a favor de la ampliación de la medida cuestionada por el recurrente de forma tal que no tendría suficiente motivación.

Desde el punto de vista de la proporcionalidad, ciertamente, el Tribunal Supremo (entre otras, en sentencia de 14 de septiembre de 2021) que la incidencia de la medida en los derechos a la igualdad y a la intimidad es tenue.

Ahora bien, en este caso, aún siendo tenue tal afeción a dichos derechos, lo cierto es que la resolución no está suficientemente justificada, como antes hemos indicado, con lo que la afectación a derechos fundamentales, no siendo profunda, no sería proporcionada.

Añadiremos que desde el punto de vista del derecho de la Unión la utilización del denominado pasaporte Covid para usos distintos de facilitar la libre circulación entre Estados miembros no está contemplada por el Reglamento (UE) 201/953.

Cuanto se ha expuesto habrá de llevar a la estimación del presente recurso.

SEPTIMO .- Que, dada la problemática del recurso, no procederá hacer expresa imposición de costas (art. 139 Ley 29/98).

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación,

III. FALLO

Que, estimando el recurso de protección de derechos fundamentales interpuesto por Ramón contra el Decreto 47/21, de 14 de diciembre, del Lehendakakri, por el que se amplía la exigencia de certificado COVID digital de la UE, establecidos por Orden de 17 de noviembre de 2021 de la Consejería de Salud, debemos declarar y declaramos la nulidad del Decreto recurrido; sin hacer expresa imposición de costas.

Notifíquese esta resolución a las partes, advirtiéndoles que contra la misma cabe interponer **RECURSO DE CASACION** ante la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo, el cual, en su caso, se preparará ante esta Sala en el plazo de **TREINTA DIAS** (artículo 89.1 LJCA), contados desde el siguiente al de la notificación de esta resolución, mediante escrito en el que se dé cumplimiento a los requisitos del artículo 89.2, con remisión a los criterios orientativos recogidos en el apartado III del Acuerdo de 20 de abril de 2016 de la Sala de Gobierno del Tribunal Supremo, publicado en el BOE nº 162, de 6 de julio de 2016.

Quien pretenda preparar el recurso de casación deberá previamente consignar en el Cuenta de Depósitos y Consignaciones de este órgano jurisdiccional en el Banco de Santander, con nº 4697 0000 93 1048 21, un depósito de 50 euros, debiendo indicar en el campo concepto del documento resguardo de ingreso que se trata de un "Recurso".

Quien disfrute de beneficio de justicia gratuita, el Ministerio Fiscal, el Estado, las Comunidades Autónomas, las entidades locales y los organismos autónomos dependientes de todos ellos están exentos de constituir el depósito (DA 15ª LOPJ).



Así por esta nuestra Sentencia de la que se llevará testimonio a los autos, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

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.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ