



ADMINISTRACION
DE JUSTICIA



ADMINISTRACIÓN
DE XUSTIZA

T.S.X.GALICIA CON/AD SEC.3 A CORUÑA

AUTO: 00139/2021

-

Equipo/usuario: MD

Modelo: N65840

PLAZA DE GALICIA, 1 15004 A CORUÑA

Correo electrónico: sala3.contenciosoadministrativo.tsxg@xustiza.gal

N.I.G: 15030 33 3 2021 0001967

Procedimiento: DF DERECHOS FUNDAMENTALES 0007824 /2021 /

Sobre: DERECHOS FUNDAMENTALES

De D./ña. CONSELLERÍA DE SANIDADE

ABOGADO LETRADO DE LA COMUNIDAD

PROCURADOR D./D^a.

Contra D./D^a.

ABOGADO

PROCURADOR D./D^a.

AUTO

Ilma. Sra. Presidenta da Sala:

Dña. María Dolores Rivera Frade

Ilmos. Sres.

D. Francisco Javier Cambón García

D. Juan Carlos Fernández López

D. Luís Villares Naveira (Relator)

FEITOS

Primeiro. Solicitude de autorización xudicial de medidas sanitarias que implican limitación ou restrición de dereitos fundamentais. Contido, ámbito espacial e duración temporal.

En data 29/12/2021 a letrada da Xunta de Galicia, en nome e representación da Consellería de Sanidade, presenta solicitude de ratificación xudicial da ORDE do 29 de decembro de 2021 pola que se establecen medidas cualificadas de prevención como consecuencia da evolución da situación epidemiolóxica derivada da COVID-19 na Comunidade Autónoma de Galicia, e se modifica a Orde do 14 de setembro de 2021 pola que se aproba o novo Plan de hostalaría segura da Comunidade Autónoma de Galicia.

O día 30/12/2021, a representación da Xunta de Galicia presentou un novo borrador de Orde corrixindo un erro material do anterior documento.

A solicitude de ratificación estrutúrase do seguinte xeito:

A. Contido das medidas sanitarias cuxa autorización se propón.

A Orde contén dous tipos de medidas.

A primeira delas (artigo segundo) consiste na *Limitación da permanencia de grupos de persoas en espazos públicos ou privados en horario nocturnos*.

Concretamente, prohibese entre as 3 e as 6 da mañá a reunión de persoas (*permanencia de grupos de persoas en espazos de uso público, tanto pechados como abertos ou ao aire libre, e en espazos de uso privado*) que non teñan a condición de conviventes, coas excepcións previstas no apartado segundo do artigo:

- "a) As persoas que viven soas, que poderán formar parte dunha única unidade de convivencia ampliada. Cada unidade de convivencia pode integrar soamente unha única persoa que viva soa.
- b) A reunión de persoas menores de idade cos seus proxenitores, no caso de que estes non convivan no mesmo domicilio.
- c) A reunión de persoas con vínculo matrimonial ou de parella cando estes vivan en domicilios diferentes.
- d) A reunión para o coidado, a atención, a asistencia ou o acompañamento a persoas menores de idade, persoas maiores ou dependentes, con discapacidade ou especialmente vulnerables.
- e) No caso de actividades laborais, institucionais, empresariais, profesionais, sindicais, de representación de traballadores e administrativas, actividades en centros universitarios, educativos, de formación e ocupacionais, así como no caso da práctica do deporte federado, sempre que se adopten as medidas previstas nos correspondentes protocolos de funcionamento.
- f) As actividades previstas no anexo da Orde da Consellería de Sanidade do 22 de outubro de 2021 pola que se establecen medidas de prevención específicas como consecuencia da evolución da situación epidemiolóxica derivada da COVID-19 na Comunidade Autónoma de Galicia e se modifica a Orde do 14 de setembro de 2021 pola que se aproba o novo Plan de hostalaría segura da Comunidade Autónoma de Galicia, na súa versión vixente, respecto das cales se prevexa a posibilidade de grupos de persoas que non sexan conviventes e que se poidan desenvolver no horario considerado neste punto.
- g) A pernocta no mesmo domicilio, no caso de reunión ou reencontro de persoas familiares ou achegadas.
- h) Por causa de forza maior ou situación de necesidade."

A segunda (Artigo terceiro) consiste na prórroga e modificación da esixencia do coñecido como pasaporte Covid que acredita a pauta completa de vacinación ou a acreditación de dúas situacións médicas alternativas (certificado médico de ter pasado a enfermidade nos últimos seis meses ou PCR negativa nas últimas 72 horas), referido



ao ámbito da hostalaría, restauración, salóns de banquetes, cafetería, bares, furanchos ou locais de xogo que ofrezan os servizos anteriores, e durante todo o horario de apertura. A medida articúlase tecnicamente mediante a Modificación da Orde do 14 de setembro de 2021 pola que se aproba o novo Plan de hostalaría segura da Comunidade Autónoma de Galicia.

B. Ámbito espacial das medidas.

O ámbito de proxección das medidas restritivas de dereitos é no caso da limitación do dereito de reunión a totalidade do territorio da Comunidade Autónoma de Galicia e no caso do certificado de vacinación, os locais incluídos dentro do Plan de hostalaría segura da Comunidade Autónoma de Galicia.

C. Ámbito temporal das medidas sanitarias sometidas a autorización.

Dende as 00.00 horas do día seguinte ao da súa publicación e ata as 00.00 horas do día 18 de xaneiro de 2022.

D. fundamentos da pretensión de autorización xudicial. Documentación técnica.

A Xunta de Galicia ampara a súa solicitude na seguinte argumentación:

a. Existencia e habilitación normativa autonómica suficiente para a adopción das medidas; Situación epidemiolóxica de Galicia, que amosa a evolución negativa da pandemia as últimas semanas.

b. En canto ao fondo, en síntese indícase que o fundamento da necesidade de limitar o dereito de reunión a persoas conviventes é o de controlar e evitar a maior difusión dunha enfermidade como a COVID-19, altamente contaxiosa, respecto da cal a diferenza entre persoas enfermas e sas resulta difusa, dada a posible asintomatoloxía ou levidade dos síntomas e a existencia dun período no cal non hai indicios externos da enfermidade. A experiencia acumulada avala, ademais, que as medidas son eficaces e útiles para acadar o obxectivo proposto de protección da saúde pública e do sistema sanitario. En canto á proporcionalidade, indícase que a restrición do dereito non é absoluta e se establece un sistema de excepcións e ademais o horario é o menos disruptivo para a compatibilidade doutros ámbitos da vida no laboral, económico ou social.

No tocante á esixencia do pasaporte Covid, indícase que radica na necesidade de manter baixo control o risco de contaxio en espazos pechados en que pola natureza da actividade que se desenvolve resulta habitual retirar a máscara, constituíndo deste xeito , unha medida alternativa menos gravosa para a consecución do fin proposto de protección de saúde pública que

a faga compatible co desenvolvemento da actividade económica regulada.

A administración acompaña a solicitude do Informe sobre as medidas acordadas na Orde pola que se establecen medidas cualificadas de prevención para facer fronte á evolución da situación epidemiolóxica derivada da Covid-19 na Comunidade Autónoma de Galicia, que precisan para a súa eficacia da autorización xudicial, asinado o 28/12/2021 por Marta Piñeiro Sotelo, Subdirectora xeral de Información sobre Saúde e Epidemioloxía.

Segundo-. Posición do Ministerio Fiscal.

Admitida a trámite a solicitude, foi rexistrada con número DDF 7824/2021 e seguidamente foi conferido traslado ao Ministerio Fiscal, quen emitiu Informe en data 30/12/2021.

O Ministerio Público solicita a autorización xudicial con base nos seguintes argumentos, expresados de forma sintética: existe habilitación e competencia para a adopción; existe unha situación epidemiolóxica que xustifica a adopción de medidas restritivas de dereitos; existe un deber das administracións de actuar en defensa da saúde e a vida das persoas; as medidas son idóneas por constar evidencias científicas en diversos informes que avalan a súa eficacia; na ponderación de dereitos en xogo, considérase prevalente a saúde e a vida sobre as limitacións á reunión, a igualdade ou á intimidade que se ven tenuemente afectados polas medidas.

Terceiro-. Tramitación posterior.

Concluído o trámite de alegacións, a solicitude foi deliberada en data 30/12/2021.

O relatorio foi aquendado por número ao maxistrado Luís Villares Naveira, quen expresa o parecer do Tribunal.

FUNDAMENTOS DE DEREITO

PRIMEIRO.- Procedemento para resolver as solicitudes de autorización ou ratificación xudicial das medidas sanitarias de ámbito distinto ao estatal, urxentes e necesarias para a saúde pública e que impliquen a limitación ou restrición de dereitos fundamentais.

O artigo 10.8 da Lei 29/1998, do 13 de xullo, reguladora da Xurisdición Contencioso-administrativa, na redacción dada pola Lei 3/2020, do 18 de setembro, de medidas procesuais e organizativas para facer fronte ao COVID-19 no ámbito da Administración de Xustiza, atribúe ás Salas do contencioso-administrativo dos Tribunais Superiores de Xustiza o coñecemento de:



"a autorización ou ratificación xudicial das medidas adoptadas conforme a lexislación sanitaria que as autoridades sanitarias de ámbito distinto ao estatal consideren urxentes e necesarias para a saúde pública e impliquen a limitación ou restrición de dereitos fundamentais cando os seus destinatarios non estean identificados individualmente".

A mesma lei introduciu o artigo 122 quater para ofrecer unhas mínimas regras procedimentais, que xa eran observadas na práctica xudicial, a saber:

"Na tramitación das autorizacións ou ratificacións a que se refiren os artigos 8.6, segundo parágrafo, 10.8 e 11.1.i) da presente Lei será parte o Ministerio Fiscal. Esta tramitación terá sempre carácter preferente e deberá resolverse no prazo máximo de tres días naturais".

Este procedemento é o que seguiu este Tribunal en tramitación da solicitude de autorización de medidas presentada pola Consellería de Sanidade da Xunta de Galicia.

SEGUNDO.- Sobre a cobertura normativa da competencia da Comunidade Autónoma de Galicia para a adopción de medidas sanitarias que impliquen unha limitación ou restrición de dereitos fundamentais.

Solicita a letrada da Xunta de Galicia a ratificación xudicial das medidas descritas no Feito Primeiro con base na existencia de habilitación estatal e competencia autonómica suficientes para a súa válida adopción.

As medidas que se propoñen nesta orde teñen o seu fundamento normativo na Lei orgánica 3/1986, do 14 de abril, de medidas especiais en materia de saúde pública; no artigo 26 da Lei 14/1986, do 25 de abril, xeral de sanidade; nos artigos 27.2 e 54 da Lei 33/2011, do 4 de outubro, xeral de saúde pública, e nos artigos 34 e 38 da Lei 8/2008, do 10 de xullo, de saúde de Galicia.

É posición pacífica desta Sala a tese de que a Comunidade Autónoma de Galicia posúe habilitación normativa suficiente para adoptar medidas que, en desenvolvemento das súas competencias estatutarias, impliquen unha regulación do exercicio dos dereitos fundamentais, cando estes se proxectan sobre esas materias, no caso que nos ocupa, sobre sanidade e saúde pública. Así o declaramos xa no FX 3º do Auto nº 57/2021, de 12 de maio (DFFF nº 7224/2021), con reiteración da doutrina da Sala, postura que foi posteriormente ratificada na STS nº 719/2021, de 24 de maio (Recurso de Casación nº 3375/2021) no seu FX 4.D.

Tendo comprobado a existencia de competencia autonómica na materia, procede examinar as circunstancias concorrentes no caso para o que se demanda a ratificación xudicial.

TERCEIRO.- Sobre o xuízo de idoneidade, necesidade e proporcionalidade das medidas cuxa ratificación se insta.

Sintetiza a STS nº 719/2021, no FX 4.D *in fine* cal debe ser o ámbito de control xudicial sobre o que se estenda a actividade da Sala no exame requirido ao abeiro do art. 122 quáter LXCA, a saber, que a autoridade sanitaria:

*"(iii) identificou con suficiente claridade o perigo grave para a saúde pública derivado dunha enfermidade transmisíble que é preciso conxurar para preservar o dereito á saúde e á vida con indicación dos feitos que así o acreditan;
(iv) estableceu debidamente a extensión dese risco desde o punto de vista subxectivo, espacial e temporal; e
(v) xustificou que non dispón doutros medios menos agresivos para afrontalo e que os propostos son idóneos e proporcionados.*

E, sobre eses presupostos, (vi) a Sala correspondente deberá concluír se dita xustificación é suficiente e se a limitación pretendida é efectivamente idónea, necesaria e proporcionada".

Procedemos ao exame separado e correlativo de cada un dos elementos identificados pola doutrina do TS, que proxectaremos de forma conxunta ou individualizada, segundo proceda, sobre cada unha das medidas propostas para ratificar.

A. Previo. Sobre a documentación técnica achegada en apoio da solicitude cursada.

A Administración acompaña a solicitude dun documento de carácter técnico: o Informe sobre as medidas acordadas na Orde pola que se establecen medidas cualificadas de prevención para facer fronte á evolución da situación epidemiolóxica derivada da Covid-19 na Comunidade Autónoma de Galicia, que precisan para a súa eficacia da autorización xudicial, asinado o 28/12/2021 por Marta Piñeiro Sotelo, Subdirectora xeral de Información sobre Saúde e Epidemioloxía.

Nesta ocasión, e a diferenza de anteriores solicitudes (*vid.* a título de exemplo, os expedientes e os Autos desta Sala e Sección ditados nos procedementos DDFF nº 7246/2021, de 25 de maio, nº 7724/2021, de 17 de outubro ou o nº 7686/2021, de 28 de outubro) o Informe remitido atópase completamente orfo de identificación dos informes e estudos que se empregan como base das afirmacións nel recollidas.

En consecuencia, non constan referencias nin a informes de ensaios clínicos nin publicacións científicas que os relacionen ou extraian conclusións, nin se identifican os equipos autores, e polo tanto non se relacionan as evidencias científicas entre a evolución da pandemia e a incidencia nela das medidas propostas, nin no relativo á restrición á agrupación de persoas nin á esixencia de certificado de vacinacións en determinados espazos interiores.

Tampouco consta información científica documentada nos Apartados III e IV da Exposición de motivos do borrador de Orde remitida (ff. 4 a 8 do texto), que é a que se ocupa de xustificar a adecuación, necesidade e proporcionalidade das medidas.

Finalmente, non consta na Solicitud cursada pola Administración referencia a ningún informe adicional ao presentado de carácter técnico, aínda que se fai cita de autos anteriores da Sala onde aí si se dá conta doutros informes técnicos coas evidencias científicas que se omiten nesta ocasión (ff. 12 e 13 da Solicitud).

B. Proba dispoñible. Insuficiencia de motivación na documentación técnica e argumentación por referencia a procedementos de autorización precedentes.

Como se describiu no FX 3.A, a ausencia no Informe técnico da Consellería de referencias a calquera informe, estudo ou publicación científica onde consten datos que evidencien a eficacia das dúas medidas propostas para conter ou diminuír a infección, así como a ausencia de explicación ningunha que relacione as tendencias epidemiolóxicas apuntadas no Informe técnico con medidas concretas anteriormente adoptadas similares ás propostas deixa reducido este a un simple informe de evolución estatística da pandemia, que explica a necesidade de adoptar medidas, pero que non xustifica a necesidade, idoneidade e proporcionalidade das propostas. En consecuencia, existe ausencia de motivación na petición das medidas solicitadas en concreto.

De toda a documentación recibida pola Sala, só hai referencia a dous informes cuxos resultados constitúen evidencias científicas para xustificar as medidas propostas:

- O primeiro é o que fai a Letrada da Xunta nos ff. 12 e 13, cando cita o Auto do 23 de xullo de 2021, ditado no procedemento de dereitos fundamentais 7509/2021, e o Auto nº106/2021 de 1 de outubro de 2021, ditado no procedemento de dereitos fundamentais nº7642/2021. En ambos casos, a Letrada non invoca directamente ningún informe científico en concreto que conste neste procedemento que agora nos ocupa, senón que son obxecto de cita indirecta dentro do texto das resolucións reproducidas referidas a outros procedementos.
- O segundo é o informe que cita o Ministerio Fiscal nos ff. 12 e 13 do seu escrito, concretamente o documento que o Instituto Pasteur, en colaboración coa Caisse nationale de l' Assurance Maladie (CNAM), e o instituto IPSOS, realizou sobre as circunstancias e os lugares de contaminación polo virus SARS-CoV-2 en Francia, entre o 23 de maio e o 13 de agosto de 2021, e publicado no Lancet Regional Health Europe o 26 de novembro de 2021. Este valioso estudo, que o Ministerio Público emprega para extraer conclusións sobre *"factores sociodemográficos, lugares frecuentados e comportamentos asociados cun maior risco*

de infección por SARS- CoV-2" e que "tamén permitiu analizar na vida real, o efecto dun episodio previo de Covid-19 e a efectividade das vacinas de ARN contra as infeccións sintomáticas debidas ao variante Delta", en realidade é unha referencia técnica que foi achegada nun procedemento anterior pero que non consta neste.

Ante esta situación, e vista a técnica que a Letrada da Xunta e o Ministerio Fiscal empregan para suplir a insuficiencia do Informe técnico da Consellería de Sanidade, a Sala estudará cada unha das medidas solicitadas á vista do acerbo contido nas nosas anteriores resolucións, única forma de verificar se as medidas propostas resultan idóneas, necesarias e proporcionadas.

C. Sobre a identificación do perigo grave para a saúde pública derivado dunha enfermidade transmissible que cómpre combater. Feitos acreditativos.

Para a análise da concorrencia desta identificación resultan de interese por unha banda, os datos contidos na Exposición de Motivos da ORDE do 29 de decembro de 2021 pola que se establecen medidas cualificadas de prevención como consecuencia da evolución da situación epidemiolóxica derivada da COVID-19 na Comunidade Autónoma de Galicia, e se modifica a Orde do 14 de setembro de 2021 pola que se aproba o novo Plan de hostalaría segura da Comunidade Autónoma de Galicia, cuxa autorización se pretende, e por outra, o Informe sobre as medidas acordadas na Orde pola que se establecen medidas cualificadas de prevención para facer fronte á evolución da situación epidemiolóxica derivada da Covid-19 na Comunidade Autónoma de Galicia, que é en realidade a (única) fonte da que se nutre a Exposición de motivos, polo que centraremos a nosa atención nesta para os efectos de cita.

O punto de partida da análise é público e notorio: a existencia dun virus, o Sars Cov2, que se transmite por contacto próximo con persoas contaxiadas, e que acadou unha extensión e dimensións que determinou a declaración oficial de pandemia por parte da Organización Mundial da Saúde o 11 de marzo de 2020.

Nos folios 5 e 6 do Informe, dáse conta da situación epidemiolóxica actual, a data de 25/12/2021, que se pode resumir en que:

"º A taxa de incidencia a 7 e 14 días é de 561,73 e 864,94 casos por cen mil habitantes, respectivamente, **valores superiores aos observados hai unha semana** (o 18 de decembro), no que eran de 303,17 e 536,90 casos por cen mil habitantes, respectivamente. A razón de taxas a 7 días é de 1,85 e a porcentaxe de positividade é do 12,58%, superando o 3% establecido en Galicia como nivel deste indicador de seguimento.

º Por grupos de idade, o grupo de 20 a 29 anos é o que presenta a incidencia máis elevada, seguido do de 30 a 39 anos, observándose un incremento no conxunto de Galicia para todos os grupos de idade excepto para o grupo de 60 a 69 anos. Se temos

en conta todas as persoas de 65 e máis anos a incidencia é de 119,36 casos por 100.000 habitantes.

◦ Na semana epidemiolóxica 50 (do 13 ao 19 de decembro) a variante Delta seguiu a ser a predominante co 77% dos casos atribuídos. Non obstante, espérase que a **variante Ómicron**, que durante a semana 50 supuxo o 21% das mostras analizadas (e o 43% das secuenciadas), superase xa o 50% dos casos durante a semana 51 (do 20 ao 26 de decembro), e que durante a presente semana supere o 75%.

◦ En canto á **hospitalización**, a taxa de ingresos en planta **nos últimos 7 días aumentou a respecto da semana previa** (de 7,03 a 7,18 ingresos por 100.000 habitantes). Na UCI a taxa de ingresos tamén presenta un aumento pasando de 0,85 ingresos por 100.000 habitantes o 18 de decembro a 1,22 ingresos por 100.000 habitantes o día 25 de decembro.

◦ A porcentaxe de ingresos en unidade de agudos dos casos dos últimos 7 días é de 1,1% e nas unidades de críticos do 0,2%. Os casos de COVID-19 no grupo de idade de máis de 65 anos notificados nos últimos 7 días, presentaron unha porcentaxe de ingreso en unidade de hospitalización do 10,8%, inferior a respecto da semana anterior (11,6%). Non obstante, **a porcentaxe de ingreso en UCI aumentou lixeiramente (do 1,1% ao 1,4%).**"

En consecuencia, continuamos nunha situación epidemiolóxica, á vista do contido do Informe, que determina un risco de transmisión do virus neste momento crecente, acentuada polo avance na prevalencia da variante Ómicron do virus e que ademais do dano intrínseco que causa á poboación afectada, ocupa progresivamente maiores recursos do sistema público de saúde de Galicia.

Así pois, considérase concorrente a existencia relevante do risco dentro do territorio de Galicia a día de hoxe que xustifica xenericamente a adopción de medidas que podan reputarse idóneas para conter a transmisión do virus. Corresponde agora examinar a idoneidade no caso concreto.

D. sobre a necesidade, idoneidade e proporcionalidade da medida. Análise da suficiencia da motivación ofrecida.

D.1. Contextualización das medidas propostas. Identificación dos dereitos fundamentais afectados.

Na Solicitude constan dous tipos de medidas de diferente natureza polos dereitos fundamentais da cidadanía que resultan afectados: a restrición do dereito de reunión e a regulación do dereito de acceso a determinados espazos interiores. Analizarémolas separadamente.

D.1.1. Limitación do dereito de reunión.

A Orde (art. 2.1.) describe "No territorio dos concellos da Comunidade Autónoma de Galicia entre as 03.00 e as 6.00 horas, a permanencia de grupos de persoas en espazos de uso público, tanto

pechados como abertos ou ao aire libre, e en espazos de uso privado quedará limitada aos constituídos exclusivamente por persoas conviventes”, aos que exceptiona o conxunto de supostos do art.2.2. e que foron relacionados no Feito 1º desta resolución.

Estamos ante a limitación do dereito constitucional de reunión previsto no art. 21.1. CE. Trátase dunha restrición modulada por dúas características: non é absoluta, porque en todo caso está vixente o dereito para persoas conviventes e acompáñase dun importante número de excepcións que a manteñen por razóns laborais, sanitarias ou doutra índole; e é limitada no seu horario, restrinxida a tres horas durante a madrugada, tempo que habitualmente se emprega de forma maioritaria para o descanso nocturno.

Así caracterizada, pódese falar dunha **limitación tenue do dereito** (por recoller a expresión empregada pola STS nº 1112/2021, de 14 de setembro, á que logo nos referiremos máis amplamente), tanto a nivel cuantitativo como cualitativo, o que non obsta para falarmos da existencia de pretensión de restrición do dereito fundamental, que se aborda na súa tensión con outro dereito fundamental: o dereito á vida e integridade física (art. 15 CE) e a maiores o dereito á protección da saúde (art. 43.1.CE) como principio reitor da política social.

D.1.2. Limitación dos dereitos á intimidade e á igualdade.

O feito de que a solicitude da Xunta de Galicia sexa unha prórroga e modificación do alcance de medidas xa acordadas non exime á Sala do seu deber de exame das circunstancias concorrentes, para realizar o xuízo de proporcionalidade en sentido amplo da restrición de dereitos en función dos bens que se pretenden salvagardar con elas.

A medida (Artigo terceiro) consiste na prórroga e modificación da esixencia do coñecido como pasaporte Covid que acredita a pauta completa de vacinación ou a acreditación de dúas situacións médicas alternativas (certificado médico de ter pasado a enfermidade nos últimos seis meses ou PCR negativa nas últimas 72 horas), referido ao ámbito da hostalaría, restauración, salóns de banquetes, cafetería, bares, furanchos ou locais de xogo que ofrezan os servizos anteriores.

Ata aquí o contido de simple prórroga. A maiores, a Orde solicita unha ampliación desta esixencia a todo o horario de apertura, posto que ata agora estaba restrinxida aos accesos posteriores ás 21 horas. A medida articúlase tecnicamente mediante a Modificación da Orde do 14 de setembro de 2021 pola que se aproba o novo Plan de hostalaría segura da Comunidade Autónoma de Galicia.

Tales medidas poden supor, como declarou a STS nº 1112/2021, de 14 de setembro, a **limitación tenue dos dereitos fundamentais** á intimidade (art. 18.1. CE) e á igualdade (art. 14 CE), pola concorrencia coa necesidade dunha forte salvagarda dos dereitos á



vida, á integridade física (art. 15 CE) e á propia saúde (art. 43 CE).

Pola súa banda, a STS nº 1412/2021, de 1 de decembro (Rec. Casación nº 8074/2021), anulando unha resolución denegatoria destas mesmas medidas de control de acceso mediante o pase sanitario en lugares de lecer nocturno, adoptada pola Sala de Euskadi, descartou no seu FX 5º que as mesmas supuxesen unha desproporcionada limitación doutros dereitos fundamentais que identificou nos seguintes termos; "Nin o dereito de reunión supón a facultade de exercelo en calquera lugar e circunstancia nin, desde logo, é obstáculo a que se pida este documento para acceder a locais das características expostas nas condicións de pandemia existentes. Outro tanto pode dicirse das liberdades de circulación e das de expresión artística: nin o seu exercicio esixe o acceso incondicionado a establecementos de lecer e restauración, nin requirir para o efecto este certificado supón unha inxerencia neles que entrañe unha limitación inasumible. E entender que esta medida poida obstaculizar o libre desenvolvemento da personalidade está fóra de toda proporción."

En consecuencia, e isto é común para ambos tipos de medidas, aínda que existe un evidente interese de todos a sobrevivir á pandemia (en termos do FX 8º da Sentenza nº 112/2021), cómpre realizar un xuízo de proporcionalidade en sentido amplo das medidas que, en adoptándose, produzan limitación doutros dereitos fundamentais identificados nestas resolucións (FX 9º da STS nº 1112/2021).

D.2. Xuízo de idoneidade.

D.2.1. Xuízo de idoneidade en relación á limitación do dereito de reunión.

Cómpre preguntarse en primeiro lugar pola idoneidade da medida, **é dicir, se é eficaz** para impedir a transmisión do virus a limitación da permanencia de grupos de persoas en espazos de uso público, tanto pechados como abertos ou ao aire libre, e en espazos de uso privado entre as 3 a as 6 da mañá a persoas conviventes, coas excepcións previstas na Orde.

Pois ben, no ATXG de 25/5/2021 -DDFF nº 7246/2021-, dixemos a este respecto no FX 3º:

"D.1.3. Limitación á agrupación de persoas.

Indica o Informe da evolución da pandemia (f.15) que "resulta necesario establecer, tamén nos concellos sometidos ao máximo nivel de restricións, **limitacións da permanencia de grupos de persoas, que terán que estar conformados só por conviventes, tanto en espazos de uso público coma de uso privado**, coa mesma finalidade de restrinxir ao máximo a interacción social.". Posteriormente engádese, con xustificación documental que (f. 19) "Estes resultados son concordantes coa información procedente dos estudos epidemiolóxicos sobre o comportamento da

enfermidade, que indican que a maioría das infeccións prodúcense principalmente **por exposicións prolongadas ás secrecións respiratorias que se emiten en forma de aerosois e que conteñen o virus**. Nesta liña, hai estudos que poñen en evidencia que, dentro das intervencións non farmacolóxicas, as relacionadas coa diminución dos contactos sociais no interior de establecementos teñen a capacidade para diminuír a velocidade de transmisión”.

A respecto especificamente da súa idoneidade, dixemos no FX 3º apartado D.1.4. dese mesmo Auto que:

“.. o carácter eficaz das medidas tense amosado combinadamente e non illadamente, como indica o Informe xustificativo ao folio 8: “A día de hoxe non é posible determinar tecnicamente o peso que ten cada unha das medidas individualmente considerada na consecución do fin perseguido (..) O que si se ten constatado é que a adopción conxunta de todas elas resulta enormemente eficaz xa que, sempre que se aplicaron, mellorou a situación epidemiolóxica do correspondente ámbito territorial.”.

O impacto desta adopción combinada de medidas revelouse tamén **eficaz en estudos de ámbito estatal e europeo**, como indica traendo a colación un informe do Ministerio de Sanidade: “Informe sobre a efectividade das medidas preventivas para o control de la transmisión”, datado o 25 de marzo de 2021, onde se fai referencia a diversos estudos realizados que amosan a efectividade da aplicación de medidas restritivas combinadas. Nel sinálase como “Un estudo en 11 países de Europa, partindo das mortes notificadas, estimou o efecto atribuíble ás medidas adoptadas entre o 1 de febreiro e o 4 de maio de 2020. Ditas medidas produciron unha diminución do 82% no número básico de reprodución (Rt) e do 97% no número de mortes (de 3,2 millóns estimadas en ausencia de medidas a apenas unhas 130.000)”.

A partir destes datos, para a Sala resulta acreditado que a adopción combinada das medidas de restrición de mobilidade nocturna, a limitación á reunión a determinado número de persoas e máis a contención da poboación mediante o peche perimetral revélanse sumamente eficaces para acadar o resultado proposto de preservación da saúde da poboación, limitando os contaxios internamente, nos espazos afectados, neste caso no concello, e ao mesmo tempo, preservando o resto do territorio da exposición ao contacto con cidadáns/ás con máis alto risco de contaxio. Esta combinación impacta tanto na preservación da saúde da poboación non afectada intensamente, como da que si o está por densidade de poboación afectada, ao restrinxir o contacto entre eles mesmos.”

No caso de autos, a limitación proposta queda reducida á congregación de persoas non convivintes, pero os estudos científicos na altura proxectaron tamén os seus resultados sobre a medida, mesmo en espazos abertos, polo que resultan as súas conclusións aplicables e polo tanto xustificada a eficacia.



Con obxecto de estudar naquel momento tamén separadamente a restrición ao dereito de reunión entre a 1 e as 6 da madrugada, caracterizada como "a permanencia de grupos de persoas en espazos de uso público, tanto pechados como abertos ou ao aire libre, e en espazos de uso privado (...) limitada aos constituídos exclusivamente por persoas conviventes" dixemos tamén no ATSXG de 25/5/2021 -DDFF nº 7246/2021-, incorporando o razoado na primeira resolución ditada pola Sala tras o fin do segundo Estado de alarma (ATSXG nº 57/2021), no FX 3º D.2. que:

"Debemos reiterar neste punto a argumentación ofrecida no invocado Auto nº 57/2021, en cuxo FX 4.2. indicamos que:

"Con estas medidas trátase de evitar a agrupación de persoas durante unha franxa horaria na cal, de ordinario, as reunións de persoas non conviventes se desenvolven no ámbito das relacións sociais, e nas que é frecuente a relaxación das medidas de distanciamento social, uso de máscaras, etc., sobre todo en horario nocturno, como apunta o Centro Europeo para a Prevención e Control de enfermidades.

Este é o escenario que nos podemos representar e no que poderemos ver unha situación real de risco de contaxio, e que xustifica a ratificación da medida.

A medida de limitación a agrupacións só de conviventes entre a 01.00 e as 6.00 horas, esténdese aos espazos privados para cumprir o mesmo obxectivo, pois a agrupación de persoas serao por norma xeral en espazos pechados e en situacións nas que tamén se relaxan as medidas de precaución, e entre elas unha boa ventilación da estancia ou estancias que serven de lugar da reunión.

Un dato que reforza a situación de risco importante nestas situacións, son os bos resultados que deu a limitación de aforos no interior de establecementos.

E a limitación na franxa comprendida entre a 1:00 da mañá a 6:00 da mañá non ten un impacto significativo no dereito de reunión que obrigue a escoller unha medida alternativa coa que se consiga o mesmo obxectivo.

Resulta, en definitiva, que as medidas solicitadas son idóneas para a prevención e protección da saúde da poboación á que van destinadas; necesarias dada a constatación dunha situación de perigo actual e real para a saúde dos cidadáns; e proporcionadas ponderando os diferentes intereses en conflito. Procede ratificalas."

A esta explicación debemos completar, por dispoñer agora de novos datos, desta vez si correctamente referenciados e comprobados, as conclusións relativas ao impacto que ten a limitación da agrupación de persoas en espazos pechados e mesmo

en espazos abertos. En efecto, segundo o Informe sobre a evolución da pandemia "a maioría das infeccións prodúcense principalmente por exposicións prolongadas ás secrecións respiratorias que se emiten en forma de aerosóis e que conteñen o virus". Nesta liña, hai estudos que poñen en evidencia que, dentro das intervencións non farmacolóxicas, as relacionadas coa diminución dos contactos sociais no interior de establecementos teñen a capacidade para diminuír a velocidade de transmisión" (f. 19 do Informe). Continúa o informe evidenciando como "Igualmente, os estudos de rastrexo de contactos mostran a capacidade dos establecementos de hostalaría e restauración para xerar eventos de supercontaxio, ao tempo que destacan a importancia de controlar as correntes de aire e a correcta ventilación do interior dos establecementos. A transmisión vese favorecida en lugares pechados, mal ventilados, con afluencia de moitas persoas e onde non se observen as medidas de distanciamento e hixiene e prevención durante todo o tempo, situación esta na que se ten demostrado que a probabilidade de contaxio é moi superior á que se produce nos espazos abertos e ben ventilados."

A título de exemplo, contéñense datos concluíntes sobre o carácter efectivo das medidas propostas nos informes de Centers for Disease Control and Prevention dos Estados Unidos, e nos estudos de Haug, Davies ou Brauner. A eles podemos engadir nos datos referidos ao Estado español, relativos aos principais ámbitos de transmisión dos gromos, que "desde que o Goberno deu por rematada a desescalada, case que a metade dos gromos producíronse dentro dun contexto social, principalmente en lugares pechados, como pode ser en domicilios ou espazos interiores, en moitos casos mal ventilados, onde se fala en voz alta, se canta e non se fai bo uso da máscara ou se realizan actividades nas que resulta incompatible o seu uso continuo, como comer, beber ou facer actividade física. Neste sentido, tense constatado a eficacia da limitación do número de persoas non conviventes nas reunións, sobre todo en interiores, a recomendación de relacionarse en burbullas sociais estruturadas en grupos de convivencia estable (GCE), e a recomendación de permanecer no domicilio" (f. 20 do Informe xustificativo)."

En consecuencia, da evidencia científica desprendida dos informes que foron analizados pola Sala e que constan nas anteriores resolucións, podemos inferir a eficacia da medida proposta arestora de limitación da permanencia de persoas entre as 3 e as 6 horas da madrugada.

D.2.2. Xuízo de idoneidade en relación á limitación dos dereitos á intimidade e á igualdade.

En relación a este suposto, resulta invocar, por todos o ATXSG de 3/12/2021, ditada no procedemento DDFF 7771/2021, por ser unha das máis recentes na materia ditada pola Sala e que recolle substancialmente a mesma medida que a proposta, coa única salvedade



ADMINISTRACION
DE JUSTICIA



ADMINISTRACIÓN
DE XUSTIZA

da ampliación de horarios de esixencia, sobre a que nos pronunciaremos ao final deste apartado.

Analizando a natureza da medida, no FX 3º C.1. comezamos por dicir que:

*"En primeiro lugar, cómpre sinalar que o **sector** sobre o que se proxectan as medidas é o do lecer nocturno, que se **caracteriza**, como lembra o Informe, porque este tipo de establecementos son espazos "nos que se poden agrupar factores que aumentan o risco de transmisión do SARS- CoV-2: espazos pechados nos que se establecen contactos próximos e prolongados entre persoas, con escasa renovación de aire nalgúns casos e realización de actividades nas que é necesaria a retirada de máscara e de accións que ocasionan unha maior xeración de aerosois (falar, en ocasións cun ton de voz maior do normal ou cantar)." así como a retirada da máscara para realizar actividades inherentes ao local, como pode ser beber ou comer."*

Continúa o auto no seu Apartado C.2. indicando que:

*"Pois ben, o aspecto substantivo das medidas propostas consiste no condicionado ao acceso ás instalacións relacionadas de lecer nocturno é atoparse nunha das tres circunstancias descritas na Orde -vacinación, test negativo ou acreditación de ter pasado a doenza-. Cómpre preguntarse en primeiro lugar pola idoneidade da medida, **é dicir, se é eficaz** para impedir a transmisión do virus.*

Neste sentido, os ff. 3 a 5 do Informe indican a relación causal entre a forma de transmisión e a acumulación de xente en lugares pechados, nos seguintes termos:

"Coa evidencia científica acumulada, considérase que a principal vía de transmisión do SARS- CoV-2 é o contacto e a inhalación das pingas e aerosois respiratorios emitidos por un enfermo que conteñen virus con capacidade de xerar infección, sobre todo en determinadas circunstancias: en proximidade ao caso índice durante tempo prolongado e en espazos pechados e mal ventilados.

Tendo en conta esta transmisión, considérase apropiado manter medidas de prevención adicionais e específicas nos establecementos de lecer nocturno do mesmo xeito que se realizou noutros países, por tratarse de espazos nos que se poden agrupar factores que aumentan o risco de transmisión do SARS- CoV-2: espazos pechados nos que se establecen contactos próximos e prolongados entre persoas, con escasa renovación de aire nalgúns casos e realización de actividades nas que é necesaria a retirada de máscara e de accións que ocasionan unha maior xeración de aerosois (..)

Doutra banda, continúa o informe, "a diferenza doutros locais da hostalaría, estes espazos de lecer nocturno teñen, con frecuencia, a complicación engadida de non realizar unha

renovación de aire de xeito natural, o que provoca que se poida facilitar a transmisión vía aeróxena de xeito máis doado, tal como pon de manifesto o estudo realizado por Jialei Shen e colaboradores, no que estudan a transmisión aeróxena ligada a determinados ambientes interiores e os abrochos que se relacionaron con estes ambientes nos que a ventilación se ve dificultada. Estes ambientes, como o do lecer nocturno, son onde máis abrochos se produciron, xa que á dificultade de realizar unha boa ventilación xúntase unha maior eliminación de partículas virais debido á forma de falar, por exemplo, e en determinados espazos un número máis elevado de persoas". Finaliza este apartado do informe (f. 4-5) indicando que "Ademais, hai evidencia de que a carga viral en persoas novas, que son as que practican de xeito habitual esta actividade é máis elevada que nas persoas de máis idade, o que favorece a transmisión, especialmente se temos en conta que a proporción de asintomáticos ou con síntomas moi leves, tamén é máis frecuente nas idades novas."

Entre os moitos estudos a nivel mundial que se teñen feito neste sector e se relacionan no Informe, paga a pena significar que o lecer nocturno pode presentar características de **eventos de supertransmisión**, como sinala o publicado en PLoS Biol. 2020 (f. 5 do Informe), que pon en evidencia que "un dos ámbitos que interveñen son este tipo de actividade. producíronse moitos eventos de supertransmisión en contornas interiores, como festas e clubs nocturnos, entre outros. Escenarios "oportunistas" como cando é maior o número de persoas que se agrupan temporalmente, e mesmo cunha probabilidade promedio de transmisión, as persoas están brevemente moi por riba do seu número de contactos susceptibles. Ademais dáse outro escenario que é que a probabilidade de transmisión por contacto aumenta temporalmente dun xeito inusual, como cantar ou falar en voz alta con frecuencia. Escenarios que se dan con maior frecuencia en abrochos en discotecas" ou a relación entre a maior transmisión e os grupos de idade máis novos, en Anaïs Ladoy e colaboradores que "puxeron en evidencia que a carga viral é máis alta en grupos grandes dentro do grupo de idade máis novo, fronte ao grupos máis pequenos de maiores. Os resultados destacan que o tamaño dos agregados de casos se relacionan positivamente coa presenza de individuos con cargas virais máis elevadas, que se atopan con frecuencia en individuos máis novos e que, ademais, o tamaño e duración do abrocho depende, en gran medida da carga viral dun número reducido de persoas dentro dun agregado".

En atención ao contido destes estudos e do conxunto do Informe, o estado da ciencia revela dunha banda evidencia suficiente sobre a forma de transmisión do virus e en consecuencia, o entorno de lecer en lugar pechado e o perfil de xente que acode a el de menor idade como factores de de alta transmisión.

Fronte este estado de cousas, a ciencia amosou tamén a **eficacia da vacina fronte este risco** de contaxio. Así se recolle no f. 8, cando se sinala que:

"O maior risco de infección en persoas non vacinadas ponse de manifesto en estudos como o de Israel, no que acharon que a vacinación completa coa vacina de Pfizer, tras 7 días ou máis da inoculación da pauta completa, ten unha estimación axustada da efectividade do 95,3% (IC del 95%: 94,9-95,7, e atoparon unha taxa de incidencia de 91,5 por 100 000 persoa-día nos non vacinados fronte ao 3,1 por 100 000 persoas-día en persoas completamente vacinadas.

Isto indica que a posibilidade de esixir o certificado de vacinación en persoas que frecuentan ambientes de máis risco de infección, como é o caso dos locais de ocio nocturno, pode garantir a prevención da infección no caso de que asistan persoas que poidan estar infectadas e, consecuentemente, previr un abrocho entre as persoas que frecuentan o establecemento e a posterior transmisión a outras persoas, aínda que estean vacinadas"

A **relación causal** entre a esixencia de certificado para acceder a estes lugares e a prevención eficaz en termos científicos expónse tamén no f. 8 do Informe indicándose que "a posibilidade de esixir o certificado de vacinación en persoas que frecuentan ambientes de máis risco de infección, como é o caso dos locais de ocio nocturno, pode garantir a prevención da infección no caso de que asistan persoas que poidan estar infectadas e, consecuentemente, previr un abrocho entre as persoas que frecuentan o establecemento e a posterior transmisión a outras persoas, aínda que estean vacinadas"

A práctica levada a cabo os pasados meses tamén amosa a súa eficacia no sector do ocio nocturno, tal como se explica graficamente ao f. 9, onde se dá conta de que a porcentaxe de casos asociados a abrochos na hostalería e o lecer nocturno antes e despois da implementación das medidas pasou do 43,6% 12,4%.

En consecuencia, resulta acreditado o **xuízo de idoneidade**, é dicir, a eficacia que a vacinación ten para evitar o risco de transmisión en locais de lecer nocturno."

A evidencia científica constatada na anterior análise permítenos inferir o mesmo xuízo de idoneidade. Con relación á situación anterior, a actual pretende a extensión da esixencia a todo o horario de apertura e non restrinxilo só a partir das 21h. A Sala entende que esta extensión non muta a natureza e contornos do dereito afectado, e máis ao contrario, dende o punto de vista da eficacia, a medida amosarase máis eficaz na medida en que a situación de risco que se evidencia á hora de quitar a máscara para comer ou beber non é distinta en función da hora do día en que se produce, polo que a ampliación á totalidade do horario de apertura dotaraa de máis eficacia ao impedir que xente sen vacinar (ou nas súas situacións alternativas) entre ao local respirando aire potencialmente infectado ou infectar potencialmente a outros cidadáns que compartan o espazo pechado.

Considérase así concorrente o xuízo de eficacia en relación á medida.

D.3. Xuízo de necesidade.

D.3.1. Xuízo de necesidade en relación á limitación do dereito de reunión.

O xuízo de necesidade impón razoar que non existan outras medidas menos restritivas de dereitos que as propostas para acadar o mesmo resultado. A este respecto, dixemos con ocasión de analizar as limitacións ao dereito de reunión tanto en espazos pechados como abertos a persoas conviventes, no ATSXG de 25/5/2021 -DDFF nº 7246/2021-, no FX 3º D.2. que:

*"Estas evidencias avalan por si soas a limitación de agrupación de persoas, **tanto en interiores coma no exterior**, mentres se manteña a situación de risco descrita no FX 3B, na medida en que os espazos de reunión informal, nomeadamente no sector da hostalería, implican prácticas necesariamente de alto risco, isto é, que requiren a retirada da máscara. Por esta razón, se se retira a barreira física máis eficaz de transmisión do virus polo ambiente, **a única contramedida verosímil de redución do risco é a limitación da concorrencia de persoas**, para reducir a contribución dos aerosois da respiración ao ambiente común das persoas congregadas."*

Debemos pois considerar acreditado, por razóns análogas as alí expresadas con base nos datos dos estudos científicos, que non existe forma non farmacolóxica menos invasiva de conter a expansión do virus que limitando o número de persoas reunidas, circunscritas, no caso de autos, a un período horario que atenúa moito o sacrificio do dereito de reunión, polo que se entende concorrente, por inferencia dos datos que constaron noutros procedementos, a necesidade da medida.

D.3.2. Xuízo de necesidade en relación á limitación dos dereitos á intimidade e á igualdade.

Dixemos no ATSXG de 3/12/2021, ditado no procedemento DDFF 7771/2021, por ser unha das resolucións máis recentes na materia ditada pola Sala e que recolle substancialmente a mesma medida que a proposta, coa única salvedade da ampliación de horarios de esixencia, sobre a que nos pronunciaremos ao final deste apartado, no FX 3º C.3. que:

*"En canto ao xuízo de necesidade, é dicir, a comprobación de que non haxa medidas menos intensas **que consigan o mesmo resultado**, o propio Informe recoñece que (f. 10-11): "A pesar de que a vacinación non impide completamente a infección da persoa vacinada nin elimina a probabilidade de que unha persoa vacinada e infectada poda transmitir a infección, a vacinación*

ten un efecto positivo sobre ambas (infección e transmisión) que sen chegar a ter o efecto que ten sobre a prevención da enfermidade grave, non é en absoluto desprezable en canto ao número de posibles contaxios.” É dicir, aínda habería alternativas máis drásticas de evitar os contaxios, pero suporían o sacrificio total dos dereitos sometidos a ponderación, mediante a prohibición da actividade. En consecuencia, con esta medida conséguese manter o risco de contaxio contido, malia o seu carácter crecente, e faino compatible co exercizo da actividade.

A articulación da medida proposta ademais combínase con outras das que dispón o suxeito que, polas razóns que sexa, non estea vacunado, para acceder a estes establecementos, pois ofrécense como alternativas o certificado negativo de padecer a enfermidade ou o de tela pasado en determinadas circunstancias temporais. O Informe xustifica epidemioloxicamente (ff. 12-15) en que medida a situación biolóxica do suxeito para os efectos do risco de transmisión e contaxio son análogas ás do individuo vacunado.

En consecuencia, á vista de que a vacinación produce unha baixada do risco de transmisión e contaxio que resulta compatible con outras actividades de proximidade entre suxeitos no establecemento de lecer nocturno, e na medida en que esta situación de vacinación pode ser substituída por outros dous elementos igualmente habilitantes para o acceso por parte de individuos non vacunados, enténdese que implica o cumprimento do **xuízo de necesidade**, ao habilitarse unha terna de opcións a escoller polos individuos que se revelan como as mínimas para cohonestar o seu dereito de acceso aos locais coa propia actividade desenvolvida no seu interior en termos dun risco de contaxio contido.”

A ampliación da medida a todo o horario de apertura non modifica os parámetros do xuízo de necesidade, que baseado nos estudos que constan en anteriores informes que xustificaron a autorización xudicial, enténdese por inferencia do alí razoado, que concorren tamén no suposto de autos.

D.4. Xuízo de proporcionalidade.

Finalmente resta por analizar o **xuízo de proporcionalidade estrita**, que ten que ver con que o sacrificio dos dereitos impostos non sexa excesivo en relación co interese que protexe esa actuación. E este apartado debe pórse en relación coa forma de articulación das medidas proposta na Orde.

D.4.1. Xuízo de proporcionalidade en relación á limitación do dereito de reunión.

Retomando novamente o ATXSG de 25/5/2021 -DDFF nº 7246/2021- no FX 3º D.1.4., dentro do apartado dedicado a estudar o “carácter

combinado como estratexia de loita non farmacolóxica para a contención da pandemia", trouxemos a colación os estudos que expoñían as evidencias científicas, concretamente no Informe do Ministerio de Sanidade denominado: "Informe sobre a efectividade das medidas preventivas para o control de la transmisión", datado o 25 de marzo de 2021" tras o cal concluímos que: " No conxunto, avalíase que a concorrencia de excepcións á regra permiten unha ponderación adecuada dos bens xurídicos en tensión, ao non concorrer unha limitación absoluta nin da liberdade ambulatoria nin do dereito de reunión."

No caso de autos, a Sala considera que concorre a proporcionalidade entre ben a protexer e sacrificio do dereito por dúas consideracións adicionais: dunha banda, a situación epidemiolóxica é notoriamente peor no conxunto do país; doutra, a tendencia é alza e non á baixa; o elenco de excepcións á restrición é superior ás concorrentes no mes de maio e o carácter altamente transmisivo da previsiblemente prevalente xa nestes momentos variante ómicron.

En consecuencia, e neste caso, non só por inferencia de situacións anteriores senón tamén polos datos que achega o Informe da Consellería de Sanidade, cabe concluír a proporcionalidade da medida proposta, que polo demais se predica dunha hora menos da franxa xa acordada no mes de maio.

D.4.2. Xuízo de proporcionalidade en relación á limitación dos dereitos á intimidade e á igualdade.

Finalmente, indicamos no ATXSG de 3/12/2021, ditado no procedemento DDF 7771/2021, FX 3º C.4. que:

"Dunha banda, a medida só resulta de aplicación para o acceso a **determinados establecementos** onde ten lugar unha actividade de risco (acceso e permanencia nun local con non convivintes e non sempre ben ventilada e onde se retira a máscara para realizar actividades propias do establecemento como comer ou beber); doutra, doutra, existe unha tripla **alternativa** para o suxeito en canto á acreditación dunha situación propia de risco baixo de transmisión e contaxio; e ademais, imponse a simple exhibición da documentación sen recollida de datos de forma non invasiva nin degradante.

Neste punto debemos facer referencia á única modificación proposta en relación á prórroga solicitada da Orde de 29/9/2021, consistente na forma en que se poderá efectuar o control do certificado ou equivalente por parte do persoal do establecemento facultado para iso, indicándose expresamente que "En particular, de acordo co principio expresado de velar pola máxima garantía da privacidade e da intimidade, a comprobación da validez dos certificados presentados, tanto en formato papel como en formato dixital, só poderá ser efectuada polos establecementos a través da lectura do código QR que figura en



ADMINISTRACION
DE JUSTICIA



ADMINISTRACIÓN
DE XUSTIZA

cada un dos certificados, empregando para tal fin a aplicación Passcovid da Comunidade Autónoma de Galicia”.

Pois ben, esta medida debe ser saudada positivamente porque establece un sistema único de verificación, a través da plataforma creada ao efecto pola Consellería de Sanidade. Esta condición introduce seguridade xurídica e certeza nas persoas encargadas de facer a comprobación, e ao mesmo tempo disipa na persoa que exhibe o documento calquera suspicacia sobre o almacenaxe dos seus datos.”

No caso de autos, a Sala considera que a extensión do control de acceso a todo o horario de apertura non supón un sacrificio adicional substancial de dereitos que mereza unha ponderación diferente, non só porque o aumento de horas de control non cambie a natureza da restrición, senón porque tamén no último mes autorizamos en horarios diurnos a restrición de accesos mediante este mesmo tipo de control a outros establecementos pechados onde nin sequera existe a dispensa de retirar a máscara (concretamente, centros hospitalarios, hospitais de día, hoteis de pacientes e centros sociosanitarios residenciais de maiores e de persoas con discapacidade, albergues turísticos, práctica de actividade física e deportiva non federada en centros ou instalacións deportivas pechadas e piscinas cubertas, eventos multitudinarios ou aqueles que teñan autorizada a venda de alimentos ou bebidas para o seu consumo durante os mesmos. Vid. neste sentido o ATXG de 15/12/2021 ditado no procedemento DDFP nº 7725/2021) e anteriormente no ATXG de 3/12/2021 ditado no DDFP nº 7772/2021 referido a acceso aos centros hospitalarios das visitas e acompañantes dos pacientes hospitalizados). Por este motivo, con maior razón neste caso debemos ratificar a proporcionalidade entre dereitos en tensión.

D. 5. Ámbito territorial e espacial das medidas. Análise común.

No tocante ao **ámbito territorial** das medidas, propónse o conxunto da CA de Galicia, sen discriminación entre Concellos ou áreas sanitarias. No caso que nos ocupa agora mesmo, dado que no Informe se describe unha tendencia epidemiolóxica de aumento de incidencia en todos os concellos de Galicia, entendemos que a aplicación uniforme da medida resulta xustificada, e nesa medida, proporcionada.

Finalmente, como toda restrición de dereitos, ten interese para o xuízo de proporcionalidade estrita, **o horizonte temporal das medidas**, que a propia Orde restrinxen con carácter xeral á evolución da pandemia e que ten en todo caso unha data límite, que é o 18 de xaneiro de 2022. Esta combinación de data certa coa hipótese do seguimento e variación en función dos datos epidemiolóxicos fai que a proposta sexa coherente coa realidade cambiante e a evolución da enfermidade.

Esta configuración das medidas determina a restrición en grao mínimo de dereitos fundamentais, un sacrificio *tenue do dereito*, en expresión da STS nº 1112/2021, con relación á forte salvagarda que

se pretende do dereito á vida e á saúde, polo que debemos concluír o cumprimento do canon de proporcionalidade estrita.

Por todas as razóns anteriores, procede a ratificación das medidas solicitadas.

CUARTO-. Sobre as custas do incidente.

Non procede facer pronunciamento en custas, dada a natureza do procedemento.

PARTE DISPOSITIVA

Primeiro-. Acordamos **autorizar** a ORDE do 29 de decembro de 2021 pola que se establecen medidas cualificadas de prevención como consecuencia da evolución da situación epidemiolóxica derivada da COVID-19 na Comunidade Autónoma de Galicia, e se modifica a Orde do 14 de setembro de 2021 pola que se aproba o novo Plan de hostalaría segura da Comunidade Autónoma de Galicia.

Segundo-. Sen custas.

Terceiro-. **Notifíquese** esta resolución ao Ministerio Fiscal e á Administración solicitante.

A Coruña, 30 de Nadal de 2021.

Asinado,

Dou fe,

Os/as Maxistrados/as
Xustiza.

A Letrada da Administración de



Réxime de recursos: Contra esta resolución cabe recurso de casación, que se iniciará mediante escrito presentado ante a Sala do contencioso-administrativo do Tribunal Supremo no que as partes comparecerán e interpoñerán directamente o recurso de casación, de conformidade co disposto no art. 87 ter.1 LXCA.

v



ADMINISTRACIÓN
DE XUSTIZA

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

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