



ADMINISTRACION
DE JUSTICIA



ADMINISTRACIÓN
DE XUSTIZA

T.S.X.GALICIA CON/AD SEC.3 A CORUÑA

AUTO: 00131/2021

-

Equipo/usuario: SF
Modelo: N65840
PLAZA DE GALICIA, 1 15004 A CORUÑA
Correo electrónico: sala3.contenciosoadministrativo.tsxg@xustiza.gal

N.I.G: 15030 33 3 2021 0001840
Procedimiento: DF DERECHOS FUNDAMENTALES 0007771 /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:

Dna. María Dolores Rivera Frade

Ilmos. Sres. e Ilma. Sra

D. Francisco Javier Cambón García
Dna. Cristina María Paz Eiroa
D. Juan Carlos Fernández López
D. Luís Villares Naveira (Relator)

FEITOS

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

En data 1/12/2021 a letrada da Xunta de Galicia, en nome e representación da Consellería de Sanidade, presenta solicitude de ratificación xudicial da *ORDE* do 1 de decembro de 2021 pola que se prorroga e modifica a Orde do 29 de setembro de 2021 pola que se aproba o novo Plan de lecer nocturno da Comunidade Autónoma de Galicia.

A solicitude de ratificación estrutúrase do seguinte xeito:

A. Contido das medidas sanitarias cuxa autorización se propón.

A Orde consta de tres apartados, o primeiro dos cales fai cunha remisión en bloque ás medidas previstas na Orde do 29 de setembro de 2021 pola que se aproba o novo Plan de lecer nocturno da Comunidade Autónoma de Galicia, e o segundo introduce unha modificación no Punto 5 desa Orde, relativa ao mecanismo de comprobación da certificación de vacinación exclusivamente mediante o sistema QR operado pola Xunta de Galicia.

B. Ámbito espacial das medidas.

O ámbito é calquera punto da CA de Galicia onde se atopen situados os establecementos de lecer nocturnos.

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 decembro.

D. fundamentos da pretensión de ratificación 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.

c. En canto ao fondo, en síntese indícase que o fundamento da necesidade de prorrogar a medida do 29/9/2021 nos espazos de lecer nocturno relacionados na Orde 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 a utilización do certificado de vacinación, recuperación ou de proba Covid-19 negativa para acceder ao interior dos establecementos de lecer nocturno dos niveis 1c e 2c asinado o 1/12/2021 por ██████████ ██████████ Subdirectora xeral de Información sobre Saúde e Epidemioloxía.

Segundo-. Posición do Ministerio Fiscal.



Admitida a trámite a solicitude, foi rexistrada con número DDF 7771/2021 e seguidamente foi conferido traslado ao Ministerio Fiscal, quen emitiu Informe en data 3/12/2021.



O Ministerio Público solicita a autorización xudicial con base nos seguintes argumentos: o lugar en que se propoñen é de especial risco, debido a que son establecementos pechados, onde a xente adoita retirar a máscara para consumir bebidas e a música determina que se deba falar en voz máis alta e máis preto, o que contribúe ao incremento do risco. Asemade, dá conta de que epidemioloxicamente estamos ante un momento de aumento da incidencia. En base ao anterior, sostén que as medidas son proporcionadas, necesarias e eficaces para reducir o risco de contaxio. Remata solicitando a súa autorización pola Sala.

Terceiro-. Tramitación posterior.

Concluído o trámite de alegacións, a solicitude foi deliberada en data 3/12/2021.

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 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 (DDFF 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 transmisíbel que é



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTIZIA

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 sa solicitude cursada.

A Administración acompaña a solicitude dun documento de carácter técnico: o Informe sobre a utilización do certificado de vacinación, recuperación ou de proba Covid-19 negativa para acceder ao interior dos establecementos de lecer nocturno dos niveis 1c e 2c asinado o 1/12/2021 por ██████████ Subdirectora xeral de Información sobre Saúde e Epidemioloxía.

Os informes e estudos que se citan como base das afirmacións nel recollidas aparecen referenciados, identificados os equipos autores, e ofrécese cifras concretas contextualizadas sobre a evolución da pandemia e a incidencia nela das medidas propostas. Esta configuración documental permite á Sala realizar un xuízo completo a respecto das propostas cursadas.

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

Ademais dos datos contidos na Exposición de Motivos da propia ORDE do 1 de decembro de 2021 pola que se prorroga e modifica a Orde do 29 de setembro de 2021 pola que se aproba o novo Plan de lecer nocturno da Comunidade Autónoma de Galicia, cuxa ratificación se pretende, resulta de interese o Informe sobre a utilización do certificado de vacinación, recuperación ou de proba covid-19 negativa.

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.

No folio 1 no informe, dáse conta da situación epidemiolóxica actual, que se pode resumir en que:

"• O número de casos novos volve a aumentar. Tras o descenso observado en xullo e agosto, obsérvase un aumento progresivo da incidencia a partir do 4 de outubro dun 2,0% diario. Este aumento é mais acusado dende o 30 de outubro cando cambia a tendencia da incidencia e crece cunha porcentaxe de cambio diaria do 10% na actualidade.

• A incidencia acumulada a 14 días, a día 29 de novembro, está en 187,21 casos por 100.000 habitantes. No informe anterior sinalábase unha incidencia a 14 días, o día 7 de novembro, de 28,68 casos por 100.000 habitantes, o que supón un aumento do 550% . Se o comparamos coa incidencia do día 29 de outubro de 18,17 casos por 100.000 habitantes, ao inicio da sexta ola, supón un incremento do 930 %.

• O número de concellos sen casos tamén está a diminuír, ou o que é o mesmo están a aumentar os concellos con casos. (..)

• En canto as hospitalizacións, tanto en unidades de agudos como nas de críticos, aínda que é baixa aumentou a respecto do 17 de outubro, pasando de 1,5 ingresos por 100.000 habitantes, en unidades de agudos a 5,88 (7,97 no conxunto de España), o 28 de novembro. Isto supón un total de 159 pacientes hospitalizados. No que atinxe as unidades de críticos, tamén se observou un lixeiro aumento, xa que a 17 de outubro a taxa de ingresos por 100.000 habitantes era de 0,15 e a día 28 de novembro foi de 1,42, o que supón 25 pacientes nas unidades de críticos."

En consecuencia, continuamos nunha situación epidemiolóxica, á vista do contido do informe, que determina un risco de transmisión do virus neste momento crecente ata o punto de facerse necesaria a prórroga da regulación de determinadas actividades para que o seu exercizo sexa compatible coa contención da súa expansión.

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

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

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.

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.

As medidas propostas consisten, dunha banda, na **prórroga** da Orde do 29/9/2021 no relativo ao seu carácter temporal, das obrigas relacionadas co acceso lugares pechados en que se desenvolve o ocio nocturno que se relacionan, a forma de requirimento da documentación de acceso ás instalacións e a protección de datos de carácter persoal e o respecto á dignidade da persoa no exercizo das facultades de control; e doutra banda na **modificación** do apartado 5 da devandita Orde no relativo á forma de control da documentación de acceso, que se reconduce á verificación exclusivamente en soporte telemático mediante a lectura dos códigos QR existentes na documentación esixida, cos programas que pon a Xunta a disposición das persoas encargadas d efectuar o control de acceso.

Tales medidas poden supor, como declarou a STS nº 1112/2021, de 14 de setembro, a **limitación tenue dos dereitos fundamentais** á intimidade e á igualdade, 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, 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).

C.2. Xuízo de idoneidade.

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 -vacinação, 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 Anaís 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 vacinadasponse de manifesto en estudos como o de Israel, no que acharon que a vacunación 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 vacunación 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 vacunación 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.

Debemos finalmente sinalar que a ST nº 1412/2021 descarta que sexa relevante que ao persoal que traballa nestes establecementos non se lles esixa o certificado porque teñen a obriga de portar máscara todo o tempo (FX 5º), polo que conclúe que a configuración da medida non lle resta eficacia en canto á posición deste persoal no conxunto da estratexia de prevención. Aínda a maiores poderíamos engadir unha consideración: todo o persoal que traballa nun establecemento de lecer nocturno forzosamente accede a el, polo que tampouco sería irracional unha interpretación da norma en que para este acceso se esixise este control xeral de vacinación ou as súas alternativas, se ben, para disipar dúbidas, dado que estamos analizando un orde que limita dereitos fundamentais, o en ese caso para persoas traballadoras non implica unha simple elección de acceso a un local de ocio senón un deber derivado dun contrato de traballo, faise necesaria claridade na redacción que sinale o máis inequivocamente posible as persoas afectadas polo control, función que corresponde, á Consellería que redacta a medida cuxa autorización se solicita.

C.3. Xuízo de necesidade.

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 reconece 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 vacunación 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 vacunación 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.

C.4. Xuízo de necesidade estrita.

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.

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 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 tocante ao **ámbito territorial** da medida, propónse o conxunto da CA de Galicia, sen discriminación entre Concellos ou áreas sanitarias. No caso que nos ocupa agora mesmo, dado que no f. 1 se describe unha tendencia epidemiolóxica de aumento de incidencia en todos os concellos de Galicia, entendemos que a aplicación uniforme da media resulta xustificada, e nesa medida, proporcionada.

Finalmente, como toda restrición de dereitos, ten interese para o xuízo de proporcionalidade estrita, **o horizonte temporal da medida**, 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 decembro de 2021. 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 1 de decembro de 2021 pola que se prorroga e modifica a Orde do 29 de setembro de 2021 pola que se aproba o novo Plan de lecer nocturno da Comunidade Autónoma de Galicia.

Segundo-. Sen custas.

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

A Coruña, 3 de Nadal de 2021.

Asinado,

Os/as Maxistrados/as

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.