

UNIVERSIDAD NACIONAL DEL SANTA

**FACULTAD DE EDUCACIÓN Y HUMANIDADES
E.P. DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS**



UNS
UNIVERSIDAD
NACIONAL DEL SANTA

**La primacía de la protección a la salud pública frente al ejercicio del
derecho al trabajo en el contexto de Covid-19 en el Perú**

**TESIS PARA OBTENER EL TITULO PROFESIONAL DE
ABOGADO**

AUTORES:

Bach.: Gonzáles Peña, Milagros Jamima

Bach.: Prado Rimac, Cristopher Arturo

ASESORA:

MS. Gonzales Napurí, Rosina Mercedes

COD. ORCID N° 0000-0001-9490-5190

NUEVO CHIMBOTE – PERÚ

2023

HOJA DE CONFORMIDAD DEL ASESOR

La presente tesis titulada “La Primacía de la Protección a la Salud Pública frente al ejercicio del derecho al trabajo en el contexto de Covid-19 en el Perú”, ha sido elaborado según el Reglamento General de Grados y Títulos, aprobado por Resolución N.º 580-2022-CU-R-UNS del 22 de agosto del 2022, mediante la modalidad de tesis, por tal motivo firmo el presente trabajo en calidad de asesora, designado mediante Resolución Decanatural N.º 022-2022-UNS-DFEH de fecha 26 de enero de 2022.



Ms. ROSINA MERCEDES GONZALES NAPURI

ASESORA DE TESIS

DNI N° 32965438

COD. ORCID N° 0000-0001-9490-5190

HOJA DE CONFORMIDAD DEL JURADO EVALUADOR

Terminada la sustentación de la tesis titulada “La primacía de la protección a la salud pública frente al ejercicio del derecho al trabajo en el contexto de Covid-19 en el Perú”, se considera aprobados a los bachilleres: Milagros Jamima Gonzáles Peña con código 0201435045 y Christopher Arturo Prado Rímac con código 0201435035

Revisada y aprobada por el jurado evaluador designado mediante Resolución N° 038-2024-UNS-CFEH de fecha 12 de enero del 2024.



PRESIDENTE DEL JURADO

Ms. Gutiérrez Cruz, Milagros Elizabeth

DNI N° 43971856

CÓD. ORCID N° 0000-0002-7759-3209

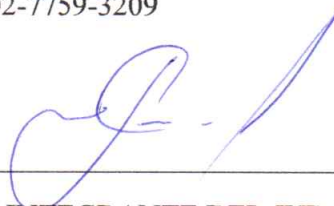


INTEGRANTE DEL JURADO

Ms. Gonzáles Napuri, Rosina Mercedes

DNI N° 32965438

CÓD. ORCID N° 0000-0001-9490-5190



INTEGRANTE DEL JURADO

Ms. Graus Veloz, Diego Saúl

DNI N° 46864610

CÓD. ORCID N° 0000-0003-3876-6928

**UNIVERSIDAD NACIONAL DEL SANTA
FACULTAD DE EDUCACIÓN Y HUMANIDADES**

ACTA DE CALIFICACIÓN DE LA SUSTENTACIÓN DE TESIS

En el distrito de Nuevo Chimbote, siendo las...20:00... horas del día...08... de ABRIL... del año dos mil veinticuatro, en el aula magna del primero piso del pabellón de la Escuela de Derecho-Campus 2, de la Universidad Nacional de Santa, se reunieron el Jurado Evaluador presidido por la Dra. Gutiérrez Cruz Milagritos Elizabeth, teniendo como integrantes al Ms. Gonzales Napuri Rosina Mercedes y el Ms. Graus Veloz Diego Saúl, para la sustentación de Tesis, a fin de optar el Título de ABOGADO, del bachiller en Derecho y Ciencias **GONZALES PEÑA MILAGROS JAMIMA**, quien expuso y sustentó el trabajo intitulado: "**La primacía de la protección a la salud pública frente al ejercicio del derecho al trabajo en el contexto de Covid-19 en el Perú**".

Terminada la sustentación, el bachiller respondió las preguntas formuladas por los miembros del Jurado.

El Jurado después de deliberar sobre aspectos relacionados con el trabajo, contenido y sustentación del mismo y con las sugerencias pertinentes declara:APROBADA....., con17.....; según el Art. 71° del Reglamento General para obtener de Grados y Títulos de la UNS (Resolución No. N° 580-2022-CU-R-UNS del 22.08.2022).

Siendo las veinte horas del mismo día se da por terminado el acto de sustentación.

Nuevo Chimbote, 08 de abril de 2024



Ms. Gonzales Napuri Rosina M.
INTEGRANTE DEL JURADO



Dra. Gutiérrez Cruz Milagritos E.
PRESIDENTE DEL JURADO



Ms. Graus Veloz Diego S.
INTEGRANTE DEL JURADO



UNIVERSIDAD NACIONAL DEL SANTA
FACULTAD DE EDUCACIÓN Y HUMANIDADES

ACTA DE CALIFICACIÓN DE LA SUSTENTACIÓN DE TESIS

En el distrito de Nuevo Chimbote, siendo las 20:00 horas del día 08 de ABRIL del año dos mil veinticuatro, en el aula magna del primero piso del pabellón de la Escuela de Derecho-Campus 2, de la Universidad Nacional de Santa, se reunieron el Jurado Evaluador presidido por la Dra. Gutiérrez Cruz Milagritos Elizabeth, teniendo como integrantes al Ms. Gonzales Napuri Rosina Mercedes y el Ms. Graus Veloz Diego Saúl, para la sustentación de Tesis, a fin de optar el Título de ABOGADO, del bachiller en Derecho y Ciencias **PRADO RIMAC CRISTOPHER ARTURO**, quien expuso y sustentó el trabajo intitulado: **"La primacía de la protección a la salud pública frente al ejercicio del derecho al trabajo en el contexto de Covid-19 en el Perú"**.


Terminada la sustentación, el bachiller respondió las preguntas formuladas por los miembros del Jurado.

El Jurado después de deliberar sobre aspectos relacionados con el trabajo, contenido y sustentación del mismo y con las sugerencias pertinentes declara: APROBADO, con 16; según el Art. 71° del Reglamento General para obtener de Grados y Títulos de la UNS (Resolución N° 580-2022-CU-R-UNS del 22.08.2022).

Siendo las veinte horas del mismo día se da por terminado el acto de sustentación.

Nuevo Chimbote, 08 de abril de 2024


Ms. Gonzales Napuri Rosina M.
INTEGRANTE DEL JURADO


Dra. Gutiérrez Cruz Milagritos E.
PRESIDENTE DEL JURADO


Ms. Graus Veloz Diego
INTEGRANTE DEL JURADO

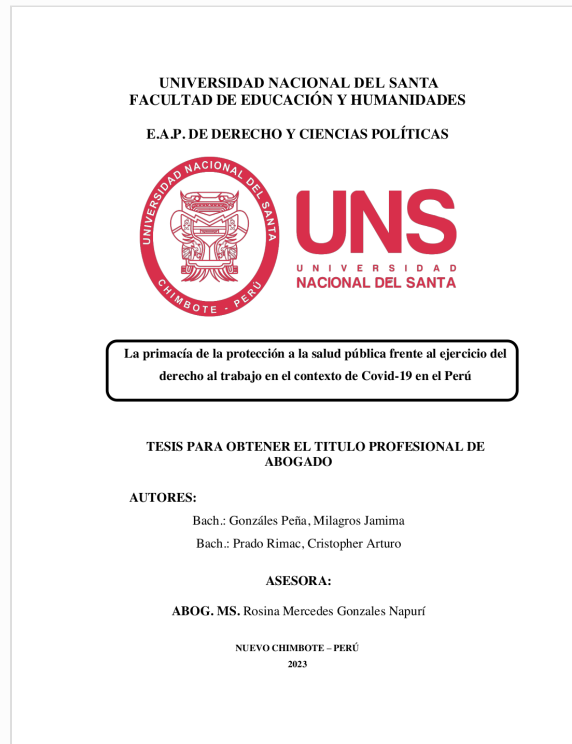


Recibo digital

Este recibo confirma que su trabajo ha sido recibido por Turnitin. A continuación podrá ver la información del recibo con respecto a su entrega.

La primera página de tus entregas se muestra abajo.

Autor de la entrega: Christopher Arturo Prado Rimac
Título del ejercicio: INFORME DE TESIS
Título de la entrega: PRIMACIA DE LA SALUD PUBLICA FRENTE AL EJERCICIOS DEL ...
Nombre del archivo: TESIS_COMPLETA_FINAL_09-11.2023.docx
Tamaño del archivo: 51.66M
Total páginas: 249
Total de palabras: 42,448
Total de caracteres: 230,279
Fecha de entrega: 10-dic.-2023 10:10p. m. (UTC-0500)
Identificador de la entre... 2254981911



PRIMACIA DE LA SALUD PUBLICA FRENTE AL EJERCICIOS DEL DERECHO AL TRABAJO

INFORME DE ORIGINALIDAD

22%

INDICE DE SIMILITUD

22%

FUENTES DE INTERNET

7%

PUBLICACIONES

%

TRABAJOS DEL ESTUDIANTE

FUENTES PRIMARIAS

1	img.lpderecho.pe Fuente de Internet	7%
2	repositorio.uns.edu.pe Fuente de Internet	2%
3	doc.contraloria.gob.pe Fuente de Internet	2%
4	issuu.com Fuente de Internet	1%
5	qdoc.tips Fuente de Internet	1%
6	hdl.handle.net Fuente de Internet	1%
7	actualidadlaboral.com Fuente de Internet	1%
8	idoc.pub Fuente de Internet	1%
9	docplayer.es Fuente de Internet	

DEDICATORIA

A Luciana María Paz, quien al nacer hizo realidad mi más grande sueño.

A Gladys Rocío Rímac Pajares y Arturo Eugenio Prado García, mi amada madre y mi amado padre, quienes representan en mi vida mis pilares para seguir adelante, guiándome siempre por el camino de la vida con mucho amor, dedicación y empuje.

A mi hermano Dastin Joel Prado Rímac, por ser mi compañero de vida hasta el fin de los tiempos y mi motivo para salir adelante.

AGRADECIMIENTO

A Dios, nuestros padres, hermanos y la pequeña María Paz, por ser nuestra motivación y guía en este informe de investigación. A nuestros docentes, por habernos compartido sus conocimientos en las distintas materias y a cada una de las personas que nos motivaron a culminar esta Tesis.

PRESENTACIÓN

Señores miembros del jurado:

En cumplimiento de las disposiciones legales vigentes en el Reglamento General para obtener el Grado Académico de Bachiller y el Título Profesional aprobado por Resolución N° 492-2017-CU-R-UNS del 03 de julio del 2017 de la Universidad Nacional del Santa y las disposiciones normativas contenidas en el Currículo de la Escuela Profesional de Derecho y Ciencias Políticas adscrita a la Facultad de Educación y Humanidades, presentamos a vuestra disposición la tesis titulada: “La Primacía de la Protección a la Salud Pública frente al ejercicio del derecho al trabajo en el contexto de Covid-19 en el Perú”, con el fin de optar el título profesional de Abogado.

Los tesistas.

INDICE GENERAL

HOJA DE CONFORMIDAD DEL ASESOR	2
HOJA DE CONFORMIDAD DEL JURADO EVALUADOR	3
DEDICATORIA	6
AGRADECIMIENTO	7
PRESENTACIÓN.....	8
RESUMEN.....	14
ABSTRACT.....	15
I. INTRODUCCIÓN.....	16
1.1. DESCRIPCIÓN DE LA REALIDAD PROBLEMÁTICA.....	16
1.1.1. OBJETO DE LA INVESTIGACIÓN.....	20
1.1.2. ANTECEDENTES DEL PROBLEMA.....	21
1.2. ENUNCIADO DEL PROBLEMA.....	24
1.3. OBJETIVOS DE LA INVESTIGACIÓN.....	24
1.3.1. OBJETIVO GENERAL.....	24
1.3.2. OBJETIVOS ESPECIFICOS.....	24
1.4. FORMULACIÓN DE LA HIPOTESIS.....	25
1.5. VARIABLES DE TRABAJO.....	25
1.5.1. VARIABLE INDEPENDIENTE.....	25
1.5.2. VARIABLE DEPENDIENTE.....	25
1.6. JUSTIFICACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN.....	25
1.7. ESTRUCTURA DEL TRABAJO.....	27
1.8. BREVE REFERENCIA DE LOS MÉTODOS EMPLEADOS, TIPO DE INVESTIGACIÓN Y EL DISEÑO DE INVESTIGACIÓN.....	28
1.9. BREVE REFERENCIA DE LA BIBLIOGRAFIA EMPLEADA.....	28
II. MARCO TEORICO.....	30
CAPITULO I: DERECHO AL TRABAJO Y DERECHO A LA SALUD PÚBLICA.....	30
1. SUBCAPITULO I: DERECHO AL TRABAJO.....	31
1.1. CONCEPTO DE TRABAJO.....	31
1.2. CONCEPTO DEL DERECHO AL TRABAJO.....	31
1.3. CONTENIDO NORMATIVO DEL DERECHO AL TRABAJO.....	32
1.3.1. EL CONTRATO DE TRABAJO Y SUS ELEMENTOS.....	32
1.4. LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DE LOS DERECHOS LABORALES.....	37
1.5. EL DERECHO AL TRABAJO A NIVEL MUNDIAL.....	39
1.5.1 LA INTERNACIONALIZACIÓN DE LOS DERECHOS LABORALES.....	39

1.5.2.LA DECLARACIÓN INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS	41
1.5.3. LA ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (OIT).....	41
1.6. EL DERECHO AL TRABAJO EN EL PERÚ.....	43
1.6.1. CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ.....	43
1.6.2.LEY N° 29497 NUEVA LEY PROCESAL DEL TRABAJO.....	45
1.6.3. TEXTO ÚNICO ORDENADO DE LA LEY DE PRODUCTIVIDAD Y COMPETITIVIDAD LABORAL (APROBADO POR D.S. 003-97-TR).....	48
1.6.4. INSTITUCIONES NACIONALES QUE VELAN POR EL RESPETO AL DERECHO AL TRABAJO.....	50
1.6.4.1. MINISTERIO DEL TRABAJO Y PROMOCIÓN DEL EMPLEO.....	50
1.6.4.2. SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE FISCALIZACIÓN LABORAL – SUNAFIL.....	51
1.6.4.3. COMISIÓN NACIONAL CONTRA LA DISCRIMINACIÓN (CONACOD).....	53
1.6.4.4. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.....	54
2. SUBCAPÍTULO II: DERECHO A LA SALUD PUBLICA.....	57
2.1. CONCEPTO DE SALUD.....	57
2.2. CONCEPTO DEL DERECHO A LA SALUD PUBLICA.....	58
2.3. DERECHOS A LA SALUD PUBLICA EN EL CONTEXTO INTERNACIONAL...	59
2.4. TRATAMIENTO INTERNACIONAL.....	60
2.4.1. LA ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD (OMS).....	60
2.4.2. CARTA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UNIÓN EUROPEA.....	63
2.4.3. DECLARACIÓN UNIVERSAL DE LOS DERECHOS HUMANOS.....	63
2.5. TRATAMIENTO NACIONAL.....	65
2.5.1. LEY N° 29 414.....	67
2.5.2. LEY N° 31091.....	69
2.5.3. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.....	69
2.5.4. MINISTERIO DE SALUD.....	71
2.5.5. INSTITUTO NACIONAL DE SALUD.....	72
2.5.6. SUSALUD.....	73
CAPITULO II: PANDEMIA DE COVID – 19 Y SU REPERCUSIÓN EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO PERUANO.....	74
2.1. DEFINICIÓN DE PANDEMIA.....	75
2.2. ORIGEN DEL SARS COV-19.....	76

2.3. SALUD, SISTEMAS SANITARIOS Y RESPUESTAS A LA PANDEMIA DE COVID – 19 A NIVEL MUNDIAL.....	78
2.4. EL ESTADO DE EMERGENCIA SANITARIA POR COVID-19 EN EL PERÚ.....	83
2.4.1. ANTECEDENTES DE ESTADO DE EMERGENCIA SANITARIA EN EL PERÚ	83
2.4.2. CRONOLOGÍA DE LA DECLARATORIA DE ESTADO DE EMERGENCIA POR COVID – 19 EN EL PERÚ.....	85
2.5. EFECTOS LEGALES A NIVEL DE DERECHOS CONSTITUCIONALES DE LA DECLARATORIA DE ESTADO DE EMERGENCIA POR COVID – 19 EN EL PERÚ.....	88
2.5.1. DERECHOS QUE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ PERMITE LIMITAR EN UN ESTADO DE EMERGENCIA.....	88
2.5.2. DECRETO LEGISLATIVO N° 179-2021-PCM.....	90
2.5.3. DECRETO LEGISLATIVO N° 016-2022-PCM.....	92
2.5.3.1. MEDIDAS RESTRICTIVAS PARA LOS TRABAJADORES QUE NO PORTEN EL CARNET DE VACUNACIÓN.....	92
2.5.3.2. EFICACIA DE LAS NORMAS DICTADAS EN ESTADO DE EMERGENCIA POR EMERGENCIA SANITARIA DE COVID-19 EN EL PERÚ...	93
CAPITULO III: LA RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS ENTRE DERECHOS CONSTITUCIONALMENTE RECONOCIDOS.....	98
3.1. CONCEPTO DE DERECHOS HUMANOS.....	99
3.2. CONCEPTO DE DERECHOS CONSTITUCIONALES.....	100
3.3. LOS DERECHOS AL TRABAJO Y A LA SALUD PÚBLICA EN LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ DE 1993.....	101
3.4. EL PRINCIPIO DE JERARQUÍA DE LA NORMA.....	104
3.5. EL TEST DE PONDERACIÓN O PROPORCIONALIDAD DE LOS DERECHOS.....	108
3.5.1. TEST DE IDONEIDAD.....	110
3.5.2. TEST DE NECESIDAD.....	111
3.5.3. TEST DE PROPORCIONALIDAD.....	112
3.6. EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD Y SU APLICACIÓN EN EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE LAS LEYES.....	113
3.6.1. FUNDAMENTACIÓN TEÓRICA.....	113
3.6.2. ESTRUCTURA (ETAPAS).....	114
3.6.3. SUBPRINCIPIOS.....	115
3.6.4. CRÍTICAS.....	117
CAPITULO IV (CASUÍSTICA): RESTRICCIÓN DEL EJERCICIO DEL DERECHO AL TRABAJO POR LA PANDEMIA DE COVID -19 EN EL PERÚ.....	120

4.1. EXPEDIENTE N° 00725-2022-0-1601-JR-CI-01, DEMANDA DE ACCIÓN DE AMPARO PRESENTADA POR LOURDES AGUSTINA VEJARANO MIÑANO CONTRA LABORATORIOS DROPAKSA S.R.LTDA.....	121
4.1.1. HECHOS, FUNDAMENTOS Y PARTE RESOLUTIVA DEL CASO.....	121
4.1.2. OPINIÓN DEL EQUIPO INVESTIGADOR RESPECTO A LA SENTENCIA.....	126
4.2. EXPEDIENTE N° 05318-2021-0-1801-JR-DC-01, DEMANDA DE ACCIÓN DE AMPARO PRESENTADA POR JAQUELINE NELLY CASTILLO CAMPOS & OTROS CONTRA LA PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA Y EL MINISTERIO DE SALUD Y DIRECCIÓN GENERAL DE MEDICAMENTOS, INSUMOS Y DROGAS.....	128
4.2.1. HECHOS, FUNDAMENTOS Y PARTE RESOLUTIVA DEL CASO.....	128
4.2.2. OPINIÓN DEL EQUIPO INVESTIGADOR RESPECTO A LA SENTENCIA.....	135
III. MATERIALES Y MÉTODOS.....	137
3.1. TIPO DE INVESTIGACIÓN.....	137
3.1.1. SEGÚN EL ALCANCE DE LA INVESTIGACIÓN.....	137
3.1.2. SEGÚN LA PROFUNDIDAD DE LA INVESTIGACIÓN.....	137
3.1.3. SEGÚN LA NATURALEZA DE LA INVESTIGACIÓN.....	138
3.2. MÉTODOS DE LA INVESTIGACIÓN.....	139
3.2.1. MÉTODO INDUCTIVO.....	139
3.3. MÉTODOS DE LA INVESTIGACIÓN JURIDICA.....	140
3.3.1. MÉTODO SISTEMÁTICO.....	140
3.3.2. MÉTODO FUNCIONAL.....	140
3.4. MÉTODOS DE LA INTERPRETACIÓN JURIDICA.....	141
3.4.1. MÉTODO TELEOLÓGICO.....	141
3.4.2. MÉTODO EXTENSIVO.....	141
3.5. DISEÑO DE LA INVESTIGACIÓN.....	142
3.5.1. DISEÑO GENERAL DE LA INVESTIGACIÓN CIENTÍFICA.....	142
3.5.2. DISEÑO ESPECÍFICO DE LA INVESTIGACIÓN JURIDICA.....	143
3.6. POBLACIÓN MUESTRAL.....	145
3.6.1. POBLACIÓN.....	145
3.6.2. MUESTRA.....	145
3.7. TÉCNICAS E INSTRUMENTOS DE RECOLECCIÓN DE DATOS.....	146
3.7.1. TÉCNICAS.....	146
3.7.2. INSTRUMENTOS.....	147
3.8. TÉCNICAS DE PROCESAMIENTO Y ANÁLISIS DE DATOS.....	149
3.8.1. ANÁLISIS DOCUMENTAL.....	149

3.9. PROCEDIMIENTO PARA LA RECOLECCIÓN DE DATOS.....	149
3.10. PROCESAMIENTO PARA EL ANALISIS Y DISCUSIÓN DE DATOS.....	149
IV. RESULTADOS Y DISCUSIÓN DE RESULTADOS.....	150
RESULTADO N° 01.....	150
DISCUSIÓN DE RESULTADO N° 01.....	155
RESULTADO N° 02.....	158
DISCUSIÓN DE RESULTADO N° 02.....	162
RESULTADO N° 03.....	164
DISCUSIÓN DE RESULTADO N° 03.....	164
V. CONCLUSIONES.....	168
VI. RECOMENDACIONES.....	169
VII. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS Y VIRTUALES.....	170
VIII. ANEXOS.....	177
8.1. MATRIZ DE CONSISTENCIA.....	177
8.2. FORMATO DE FICHA DE INVESTIGACIÓN.....	182
8.3. FORMATO DE GUÍA DE ANALISIS DE CASO.....	183
8.4.SENTENCIA EXPEDIDA POR LA PRIMERA SALA CIVIL DE LA CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LA LIBERTAD EN EL EXPEDIENTE N° 00725-2022-0-1601-JR-CI-01.....	184
8.5.SENTENCIA EXPEDIDA POR EL TERCER JUZGADO ESPECIALIZADO EN LO CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA EN EL EXPEDIENTE N° 05318-2021-0-1801-JR-DC-03.....	212
8.6. RECIBO DIGITAL DE TURNITIN Y REPORTE DE ORIGINALIDAD.....	245

RESUMEN

El presente trabajo de investigación tiene como objetivo establecer un nuevo criterio los juzgadores a nivel nacional deberán tomar en cuenta para resolver futuras controversias que puedan presentarse por normas emitidas por el gobierno ante situaciones de salud pública inesperadas como la pandemia ocasionada por el COVID-19 en las que se vea restringido el derecho al trabajo en aras de proteger la salud pública.

Con tal fin; se analizó dos sentencias emitidas por dos Cortes Superiores de Justicia de Distritos Judiciales distintos de nuestro país, se comparó la forma en la que se ha aplicado el test de proporcionalidad a través de la guía de análisis de caso y posteriormente, se discutió los resultados obtenidos y la conveniencia de que antes de aplicar el referido test se aplique el principio de jerarquía de la norma.

El desarrollo de la investigación permitió determinar que la primacía de la protección a la salud pública frente al ejercicio del derecho al trabajo en el contexto de pandemia en el Perú se garantiza respetando el criterio de jerarquía de la norma.

PALABRAS CLAVE: derecho al trabajo, derecho a la salud pública, pandemia, primacía.

ABSTRACT

The objective of this research work is to establish a new criterion that judges at the national level must take into account to resolve future controversies that may arise due to regulations issued by the government in the face of unexpected public health situations such as the pandemic caused by COVID-19 in those in which the right to work is restricted in order to protect public health.

With such a fin; Two sentences issued by two Superior Courts of Justice of different Judicial Districts of our country were analyzed, the way in which the proportionality test has been applied was compared through the case analysis guide and subsequently, the results obtained were discussed. and the convenience of applying the principle of hierarchy of the standard before applying the aforementioned test.

The development of the research made it possible to determine that the primacy of the protection of public health over the exercise of the right to work in the context of the pandemic in Peru is guaranteed by respecting the hierarchy criterion of the norm.

KEYWORDS: right to work, right to public health, pandemic, primacy.

I. INTRODUCCIÓN

1.1. DESCRIPCIÓN DE LA REALIDAD PROBLEMÁTICA

El derecho al trabajo, es un derecho constitucionalmente reconocido en nuestro país y se encuentra establecido, en lo concerniente a los intereses del presente trabajo de investigación, en los artículos 22, 23 y 26 de nuestra carta magna; el cual faculta a todo trabajador exigir que dentro del vínculo laboral que ha entablado con su empleador, se respete lo acordado al momento de la contratación, así como no se le discrimine por ningún motivo y se le provea de un ambiente laboral adecuado con el fin de que pueda desempeñarse efectivamente.

Por otro lado, tenemos que uno de los bienes jurídicos de principal importancia para el Estado es la Salud Pública, el cual se encuentra implícito en el art. 7 de nuestra Constitución Política y puede ser entendida de dos formas: una como la potestad que tiene cada ciudadano peruano de exigirle al Estado que se ocupe de la protección integral de su salud y por otro lado el deber que tiene para con el Estado de contribuir a la defensa colectiva de la misma.

Ambos derechos tomaron especial relevancia en nuestro país debido a que mediante Decreto Supremo 184-2020-PCM, él en ese entonces presidente de la República Martín Alberto Vizcarra Cornejo decretó que a partir del día 16 de marzo del año 2020 regía en todo el territorio Nacional el Estado de Emergencia Sanitaria a consecuencia de que se confirmó el primer caso de infección por COVID- 19 en nuestro país, lo que conllevó a que se dictaran una serie de medidas restrictivas en torno al ejercicio de ciertos derechos constitucionalmente reconocidos como lo son los relativos a la libertad y la seguridad

personal, la inviolabilidad del domicilio, la libertad de reunión y de tránsito en todo el territorio nacional; ello con el objetivo de evitar la propagación del virus que había surgido en el mes de diciembre del 2019 en el lejano país de China y que se había expandido rápidamente por todo el orbe, hasta ser calificado por la Organización Mundial de la Salud como una pandemia que se propagaba velozmente y al que nadie era inmune, pues no se tenía vacuna o tratamiento establecido para esta nueva infección por la variante denominada SARS-COV2.

Es así que, pese a que en un primer momento la declaratoria de Estado de Emergencia Nacional fue por 15 días calendario, ésta se extendió en el tiempo debido a que al no existir una vacuna contra el virus que garantizara la inmunización de la población, se debía mantener la inmovilización social como la forma más segura de preservar la salud colectiva; lo que ocasionó por obvias razones que en el ámbito laboral existan cambios, siendo el más relevante la implementación del trabajo remoto y/o teletrabajo, debido a que si no se trataba de empresas y/o instituciones que se dediquen a realizar servicios de primera necesidad, estaba prohibido que los trabajadores concurren físicamente a trabajar pues se ponía en riesgo su vida y la de sus familias.

Sin embargo, a mediados del mes de febrero del año 2021, el Perú recibió el primer lote de vacunas contra esta enfermedad, el cual fue destinado para la inmunización de los trabajadores del sector público que se enfrentaban en primera línea a la pandemia; pero ya para el mes de marzo del referido año, se había iniciado la vacunación para la población en general, la cual comenzó con los adultos mayores de 80 años y paulatinamente se continuó con la inoculación a los ciudadanos de todas las edades, incluyendo niños entre

5 y 11 años.

- II. En este contexto, y con el fin de promover la inmunización colectiva, el día 09 de diciembre del 2021 el actual presidente de nuestro país Pedro Castillo Terrones, promulgó el Decreto Supremo N° 179-2021-PCM, donde se estableció como parte de las nuevas medidas adoptadas por el Estado Peruano en el contexto de pandemia por COVID-19, que a partir del día 10 de diciembre del 2021 es obligatorio en todo el territorio nacional presentar el carnet de vacunación físico o virtual con las dosis completas para, entre otros, poder realizar labores presenciales dentro de empresas que tengan más de diez trabajadores; lo cual ocasionó que algunos trabajadores consideraran que se vulnera su derecho al trabajo al no permitirles el ingreso a sus centros laborales si no han sido inmunizados, teniendo como su principal argumento lo establecido en el Art. 1 de la Ley N° 31091 “ Ley que garantiza el acceso al tratamiento preventivo y curativo de la enfermedad por CORONAVIRUS SARS-COV-2 y de otras enfermedades que dan origen a emergencias sanitarias nacionales y otras pandemias declaradas por la Organización Mundial de la Salud” en donde se señala textualmente lo siguiente: ***Artículo 1. Objeto de la Ley: La presente ley tiene por objeto garantizar el acceso libre y voluntario a la población en general al tratamiento preventivo y curativo de la enfermedad generada por el coronavirus SARS-CoV-2, así como de otras enfermedades que dan origen a emergencias sanitarias nacionales y otras pandemias declaradas por la Organización Mundial de la Salud;*** presentándose así un problema de índole constitucional, puesto que se genera la duda de cuál de ambos derechos constitucionalmente reconocidos debe primar en un contexto de pandemia: ¿Salud pública o ejercicio al derecho al trabajo?; conflicto que a opinión de los investigadores será resuelto en el presente trabajo de investigación a través del estudio de los diversos aspectos que conforman ambos derechos y

sobre todo, con proponer un nuevo criterio que deberá ser tomado en cuenta los juzgadores a nivel nacional cuando se presenten demandas en las existe una aparente colisión entre el derecho a la salud pública y el derecho al trabajo en el caso de que el país este afrontando una emergencia sanitaria ocasionada por la aparición de alguna enfermedad que sea catalogada por la Organización Mundial de la Salud como pandemia; siendo este nuevo criterio el Principio de Jerarquía de la Norma, principio que ya se encuentra contemplado en el Art. 51 de la Constitución Política del Perú y que establece que, al momento de valorar el rango de las normas, debe tenerse en cuenta que prevalece la Constitución y la ley ante cualquier otra norma de menor rango, lo que permitirá que en el futuro el gobierno no atente contra el derecho al trabajo de los trabajadores en aras de proteger la salud pública.

Para fundamentar la necesidad de adoptar este nuevo criterio, tomaremos como muestra lo resuelto por La Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de la Libertad en el expediente N° 00725-2022-0-1601-JR-CI-01, que versa sobre la demanda de acción de amparo presentada por la ciudadana Lourdes Agustina Vejarano Miñano contra Laboratorios DROPAKSA S.R.Ltda, y por otro lado, lo resuelto por El Tercer Juzgado Especializado en lo Constitucional de la Corte Superior de Justicia de Lima en el expediente N° 05318-2021-0-1801-JR-DC-01, que contiene la demanda de acción de amparo presentada por Jacqueline Nelly Castillo Campos y catorce ciudadanos más en contra de la Presidencia de la Republica y el Ministerio de Salud, Dirección General de Medicamentos, insumos y drogas; dado que en ambas demandas los recurrentes sostienen que las medidas implementadas por el ejecutivo para proteger la salud pública mediante el D.S. 179-2021-PCM confirmado por el D.S 016-2022-PCM, específicamente en lo referente a que los empleadores exijan la presentación del carnet de vacunación con las dosis completas contra la COVID-19 para poder realizar sus

labores de manera presencial, atentan contra su ejercicio al derecho al trabajo; siendo que, pese a tratarse de una misma pretensión, los juzgadores han resuelto de manera distinta, por lo que nosotros al proponer la inclusión de este nuevo criterio, no buscaremos inferir en un tema de interpretación normativa; sino simplemente propondremos que sea adoptado para deducir una especie de validez formal de las normas promulgadas en un contexto de pandemia antes de pasar a verificar la validez material de las mismas a través de la aplicación del test de proporcionalidad.

1.1.1. OBJETO DE LA INVESTIGACIÓN

El presente informe de Tesis se desprende de la promulgación del Decreto Supremo N° 179-2021-PCM y su ratificación mediante Decreto Supremo N° 016-2022-PCM, por los cuales se estableció que a partir del día 10 de diciembre del 2021 es obligatorio en todo el territorio nacional presentar el carnet de vacunación contra la COVID-19 para, entre otros, realizar labores presenciales dentro de empresas que tengan más de diez trabajadores. Situación que conllevó a que algunos ciudadanos presentaran demandas de acción de amparo ante diversos Tribunales del país por considerar que el ejecutivo estaba atentando contra su derecho al trabajo en aras de proteger la salud pública; demandas que dieron origen a procesos judiciales entre los que tenemos el signado en el expediente N° 00725-2022-0-1601-JR-CI-01 (Corte Superior de Justicia de la Libertad) y en el expediente N° 05318-2021-0-1801-JR-DC-01 (Corte Superior de Justicia de Lima) y los que, pese a tratarse de una misma controversia, han sido resueltos de manera distinta; resultando necesario proponer un nuevo criterio que sea empleado por los juzgadores como una suerte de constatación de validez formal de la norma que restringe el ejercicio al derecho al trabajo de los ciudadanos en un contexto de pandemia,

antes de que procedan a establecer su validez material con la aplicación del test de proporcionalidad.

1.1.2. ANTECEDENTES DEL PROBLEMA

ORGANISMOS INTERNACIONALES

La Organización Internacional del Trabajo (2020), en su informe titulado “Frente a la Pandemia: Garantizar la Seguridad y Salud en el Trabajo” concluye que los sindicatos de trabajadores o los trabajadores de forma individual deben participar en la toma de decisiones de sus empleadores al momento de establecer las políticas de trabajo en el contexto de pandemia, siendo que en lo referido al ambiente de trabajo, este debe garantizar el cumplir con las medidas preventivas y de protección necesarias para asegurar conservar la salud de dichos trabajadores, quienes a su vez deben comprometerse a colaborar y actuar responsablemente para su propio bienestar, promoviéndose también como parte de las políticas laborales la no discriminación de los trabajadores que hayan sido contagiados con esta enfermedad. (p.34)

REVISTAS NACIONALES

Cavalié (2020) en su artículo titulado “A vueltas con la ajenidad de los riesgos laborales en el Perú: Apuntes en tiempos del COVID-19” concluye que el derecho al trabajo y toda la legislación laboral en general, en el caso de que ocurra un conflicto entre empleador y trabajador por un caso fortuito o de fuerza mayor (siendo que la pandemia de COVID – 19 puede calificar dentro de estos parámetros) que constituya un riesgo grave para el trabajador, comúnmente está supeditada a lo que resuelva la autoridad administrativa de trabajo. Esta

intervención administrativa, está justificada por la búsqueda de asegurar un uso debido del derecho al trabajo, sin que esto signifique una desprotección a su estabilidad económica. (p.45)

Cossio (2021) en su artículo titulado “La vacunación contra la COVID-19: ¿Medida de prevención de Seguridad y Salud en el trabajo? Aspectos aún no resueltos sobre el retorno al trabajo presencial en Perú” concluye que es el empleador quien está obligado a implementar y efectivizar en su centro laboral las medidas indicadas por el Ministerio de Salud contra la propagación del virus, como por ejemplo, a través de priorizar el trabajo remoto ante la modalidad presencial; y de ser el caso que la labor implique necesariamente la presencia física del trabajador, brindarle todos los implementos de bioseguridad e higiene necesarios; así como fomentar la vacunación entre sus trabajadores, sin llegar a exigirla, por cuanto la vacunación contra la Covid-19 no ha sido declarada obligatoria por alguna ley del gobierno Peruano, ello a que los ciudadanos, entiéndase trabajadores, pueden tener diferentes motivos por los que no deseen ser inmunizados, citando como ejemplo sus creencias religiosas. (p. 289)

ORGANISMOS NACIONALES

La defensoría del Pueblo (2021) en su Informe de Adjuntía N° 12-2021-DP/AE titulado “Limitaciones de Derechos para personas no vacunadas a fin de garantizar la Salud Pública ante la COVID-19” concluye que, en mérito al derecho constitucionalmente reconocido a la salud, los ciudadanos poseen la libertad de decidir el aceptar o rechazar procedimientos médicos, entre ellos, la vacunación. Pero no debemos olvidar que no solo cuentan con este derecho, sino también con otros derechos fundamentales como lo es el derecho al trabajo y todas sus vertientes. No obstante, no debemos olvidar que ninguno de estos derechos tiene

carácter absoluto y ante situaciones de emergencia, los poderes estatales – ya sea ejecutivo, legislativo o judicial- pueden intervenir sobre el ejercicio individual de estos derechos en búsqueda de la protección de los derechos de todos, como lo es a través de la dación de medidas restrictivas del ejercicio de algunos de estos derechos. Por otro lado, en lo concerniente a que otras medidas alternativas a la obligatoriedad de la vacunación podrían establecerse, se tiene que el gobierno ha considerado pertinente prohibir el ingreso a espacios cerrados a las personas que no porten su carnet de vacunación con las dosis completas, resultando a *prima facie* proporcional y oportuna, pues esta medida encuentra su sustento legal en la Ley General de Salud, sin embargo es necesario evaluar otras pues aún no queda claro si estas medidas responden al *principio del menor perjuicio* a los derechos de las personas. (pp.11-12)

ARTÍCULOS JURÍDICOS INTERNACIONALES

Martínez (2020) en su artículo titulado “La Pandemia de COVID-19 en el ámbito laboral: realidad y posibles soluciones en México” concluye que en lo concerniente a la legislación laboral ante la pandemia de COVID- 19 es necesario que se expidan reglamentos de procedimientos a *seguir* para que los empleadores puedan implementar correctamente el área de salud y seguridad en el trabajo, para que de este modo, paulatinamente se pueda volver a realizar labores presenciales de manera segura, pero no por ello se debe dejar de lado al trabajo remoto, el cual también necesita ser regulado pues ha sido adoptado como la forma principal de trabajo en muchos sectores laborales.

1.2. ENUNCIADO DEL PROBLEMA

¿Cuál es el criterio para establecer que la protección a la salud pública prima frente al ejercicio del derecho al trabajo en el contexto de pandemia en el Perú?

1.3. LOS OBJETIVOS DE LA INVESTIGACIÓN

1.3.1. OBJETIVO GENERAL

Determinar cuál es el criterio para establecer la primacía de la protección a la salud pública frente al ejercicio del derecho al trabajo en el contexto de pandemia en el Perú.

1.3.2. OBJETIVOS ESPECIFICOS

- a) Identificar la naturaleza jurídica que poseen el derecho a la salud pública y el derecho al trabajo.
- b) Revisar y analizar jurisprudencia nacional en la que el juzgador haya resuelto un conflicto suscitado entre el derecho a la salud pública y el ejercicio al derecho al trabajo en un contexto de pandemia.
- c) Proponer un nuevo criterio para la resolución de conflictos entre los derechos a la salud pública y el ejercicio al derecho al trabajo en contexto de pandemia, haciendo uso del principio de jerarquía de la norma para verificar la validez formal de la norma antes de aplicar el test de proporcionalidad.

1.4. FORMULACIÓN DE LA HIPOTESIS

Dado que existe discrepancias judiciales entre si debe primar la salud pública o el ejercicio al derecho al trabajo en un contexto de pandemia, entonces es probable que exista la necesidad de establecer un criterio de validez formal de la norma basado en el principio de jerarquía de la norma con fines de determinar que la salud pública prime frente al derecho al trabajo.

1.5. VARIABLES DE TRABAJO

1.5.1. VARIABLE INDEPENDIENTE

La primacía de la protección a la salud pública.

1.5.2. VARIABLE DEPENDIENTE

El ejercicio del Derecho al Trabajo.

1.6. JUSTIFICACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN

El establecer la primacía de la protección a la salud pública frente al ejercicio del derecho al trabajo en el contexto de pandemia en el Perú, tiene *relevancia teórica* pues nutrirá la dogmática jurídica constitucional peruana referente al tratamiento de los derechos constitucionales que según algunos ciudadanos se han visto perjudicados por las medidas dictadas por el gobierno peruano mediante el D.S. N° 179-2021-PCM y D.S. N° 016-2022-PCM, específicamente el derecho al trabajo, más aún con lo actual que resulta este tema de investigación por haber sido muy pocas las veces que el Estado Peruano ha tenido que declarar el estado de emergencia nacional por una emergencia sanitaria catalogada como pandemia, y nunca antes se había visto obligado a dictar medidas restrictivas de las que se haya puesto en

tela de juicio su necesidad, idoneidad y proporcionalidad.

La *conveniencia* práctica de nuestro trabajo de investigación se encuentra sustentada en: *primero*, tener un desarrollo amplio y detallado sobre dos derechos constitucionalmente reconocidos en el Perú, como lo son el derecho al trabajo y a la salud pública, *segundo*, proponer un nuevo criterio que deberá ser tomado en cuenta por los juzgadores al momento de resolver demandas donde se cuestione la primacía del derecho salud pública frente al ejercicio al derecho al trabajo en un contexto de pandemia o alguna epidemia que ocasione un estado de emergencia, constituyéndolo como un criterio de validez formal que se deberá aplicar antes de valorar el test de proporcionalidad, el cual determinará solamente la validez material de las restricciones decretadas por el gobierno.

La *pertinencia social* del trabajo de investigación responde a atender la necesidad de brindarle a la población mayores alcances sobre de la legitimidad de las medidas adoptadas por el gobierno peruano para contrarrestar los efectos de la pandemia por COVID-19 y asimismo establecer un nuevo criterio que permitirá que, en el futuro, de presentarse una nueva pandemia o epidemia, no surjan conflictos en cuanto al derecho a la salud pública y al derecho al trabajo concierne.

La utilidad metodológica se evidenciará en el presente informe de tesis, a través de la recolección de datos, su procesamiento y análisis, lo que nos llevará finalmente a la discusión de resultados, todo ello; a través de la aplicación del método científico; método permitirá que la investigación con respecto a sus resultados a alcanzar sea fiable, válida y sometida a verificación.

1.7. ESTRUCTURA DEL TRABAJO

La presente tesis se compone y estructura por cuatro capítulos detallados a continuación:

El Capítulo I, se desarrolló todo lo concerniente al derecho laboral y al derecho a la Salud Pública, señalando el concepto de cada uno de ellos, así como las características que presentan, el contenido normativo que los conforma, su tratamiento a nivel internacional como nacional y las instituciones que velan y protegen estos derechos.

En el Capítulo II, abordamos de forma detallada todo lo concerniente a la pandemia de Covid-19 y la repercusión que esta tuvo en el sistema jurídico peruano; partiendo de la definición de estado de emergencia y haciendo un breve resumen a la cronología de como se ha tratado este tipo de situaciones en nuestro país. Además, describiremos como está conforma el sistema sanitario en el Perú y por último mencionaremos las normas legales y medidas restrictivas dictadas a lo largo de la pandemia que dio origen al presente trabajo de investigación.

En el capítulo III, se desarrolló todo lo concerniente al principio de jerarquía de la norma y al test de proporcionalidad, partiendo de su origen y definición hasta la forma en la que dichos conceptos son aplicados doctrinaria y jurisprudencialmente tanto a nivel internacional como nacional, y haremos hincapié en la importancia que ambos conceptos cobran en el tema materia de investigación, incluyendo los lineamientos que deben cumplirse para la correcta aplicación del test de proporcionalidad.

Finalmente, el capítulo IV estuvo enfocado al desarrollo de la casuística seleccionada para el presente trabajo de investigación: Expediente N° 00725-2022-0-1601-JR-CI-01 y Expediente N° 05318-2021-0-1801-JR-DC-01, los cuales sirvieron para dar origen a los resultados, la discusión de resultados y sobretodo a las conclusiones del presente trabajo de investigación.

1.8. BREVE REFERENCIA DE LOS MÉTODOS EMPLEADOS, TIPO DE INVESTIGACIÓN Y EL DISEÑO DE INVESTIGACIÓN

El tipo de investigación según su aplicabilidad o propósitos es básica, la misma que, según su profundidad es descriptiva, con un enfoque cualitativo. Por otro lado, se emplearon métodos generales de investigación como el inductivo; asimismo, se emplearon métodos propios de la investigación jurídica, tales como: método sistemático y el funcional, para estudiar a profundidad los factores involucrados en el presente trabajo. De la misma forma, se empleó como método de interpretación como es el teleológico y el extensivo, puesto que estos métodos se emplearon con la intención de conocer el contenido del D.S. N° 179-2021-PCM confirmado por el D.S. N° 016-2022-PCM e identificar la finalidad que persiguen. Finalmente, en la investigación los tesisistas hemos aplicado el diseño de investigación: jurídico descriptivo y propositiva, ya que con estos métodos se establecería un nuevo criterio que deberá ser tomados en cuenta por los juzgadores antes de aplicar el test de proporcionalidad para resolver casos en los que exista un conflicto entre el Derecho a la Salud Pública y el ejercicio del Derecho al Trabajo en el contexto de pandemia a nivel nacional.

1.9. BREVE REFERENCIA DE LA BIBLIOGRAFÍA EMPLEADA

Al respecto, a efectos de realizar el presente trabajo, los tesisistas hemos información de libros físicos obtenidos de las bibliotecas de diversas universidades, de nuestra alma máter, la Biblioteca de la Universidad Nacional del Santa, así como: Universidad César Vallejo y la Universidad Los Ángeles de Chimbote; así como las bibliotecas físicas y virtuales de las instituciones: Colegio de Abogados del Santa, y del Poder Judicial de la Corte Superior de Justicia del Santa. Por último, parte de nuestra investigación se obtuvo a través de información

virtual de libros, revistas jurídicas especializadas, que se encontraban en la web, todo ello en beneficio del presente trabajo de investigación.

II. MARCO TEÓRICO

CAPITULO I:

Derecho al Trabajo y Derecho a la Salud Pública

Subcapítulo I: Derecho al trabajo

1.1. CONCEPTO DE TRABAJO

Si nos preguntan ¿Qué es el trabajo?, podríamos afirmar que representa las actividades que realizamos a diario para poder ganar nuestro sustento, ya sea al desempeñar nuestra profesión, algún oficio o alguna otra actividad que nos genere un ingreso económico. Estas actividades podemos realizarlas en un lugar en concreto, ya sea una empresa o alguna entidad.

Por su parte, Martín (2022) lo define como “el conjunto de actividades y relaciones sociales que hace posible el proceso osmótico que vincula al ser humano con el medio natural, social, pero, sobre todo, cultural que le rodea, de modo que le permita producirse y reproducirse, así como establecer una relación activa y transformadora con la naturaleza, la sociedad y con su propia condición humana”. (p. 2)

1.2. CONCEPTO DEL DERECHO AL TRABAJO

Neves (2007) afirma que el derecho al trabajo busca “regular el aprovechamiento del trabajo ajeno por parte del empresario, para así obtener buenas ganancias, permitiéndola, pero controlándola, y de encauzar los conflictos individuales y sociales que se originan en esa relación”. (p. 11)

Sin embargo, también podríamos decir que “el Derecho del Trabajo es la disciplina que se encarga de regular la relación laboral, es decir, la relación jurídico-económica de carácter contractual entre dos sujetos denominados “empleador” y “trabajador”. (Boza, 2011, p. 16).

En conclusión, podemos afirmar que el derecho al trabajo surgió como una nueva rama

necesaria para equilibrar las condiciones del trabajador y del empleador, para así tener una relación laboral que resulte igualitaria para ambos lados, eliminando la desigualdad económica a cambio de establecer condiciones mínimas para el trabajador.

1.3. CONTENIDO NORMATIVO DEL DERECHO AL TRABAJO

1.3.1. EL CONTRATO DE TRABAJO Y SUS ELEMENTOS

Para definir el contrato de trabajo debemos echar un vistazo a algunas ideas de lo que antiguamente era el contrato de trabajo. En primero lugar en el Derecho Romano “se regulaba la locatio conductio operarum; la cuál era una modalidad contractual romana que se perfeccionaba por el acuerdo de las partes sobre el objeto de la prestación y la contraprestación. Cómo bien se sabe existían 3 tipos de locación: la locatio conductio rei (o arrendamiento de una cosa), la locatio conductio operarum (arrendamiento de servicios) y la locatio conductio operis (arrendamiento de obra); siendo estas últimas dos modalidades las que habrían ayudado al legislador como fuente de inspiración para la creación del contrato de trabajo como actualmente se le conoce” (Reynoso, 2011, p. 23).

Unos años más tarde, específicamente en el año 1804 sería Napoleón quién daría una visión acerca del contenido del derecho al trabajo al tratar el arrendamiento de servicios de personas domésticas y de obreros; esta figura sería la utilizada para establecer una relación entre un trabajador y su patrón, teniendo íntima relación con la figura romana de la locatio conductio operarum. En esta especie de contrato de trabajo utilizada por Napoleón solo se hacía referencia a la duración del mismo y las funciones que el trabajador llevaría a cabo; es gracias a esto que surge la idea de establecer el tiempo indeterminado como modalidad de duración del contrato. (Reynoso, 2011, pp. 23-24)

Con el paso de los años, la organización política que tomaría predominancia dentro del mundo sería el feudalismo, existiendo dentro de estas relaciones muy complejas entre el señor feuda y sus siervos. Es así que “el trabajo prestado bajo el régimen de servidumbre se prestaba en condiciones anda favorables para los trabajadores pues, en primer lugar, estaban imposibilitados de disponer de su actividad además que, la servidumbre era de carácter hereditario. Es por eso que, hoy en día resulta complicado poder establecer diferencias entre las condiciones bajo las que los siervos prestaban sus servicios y las que caracterizaban al trabajo esclavo”. (Boza, 2014, p. 16)

Con el paso de los años se vinieron obteniendo nuevas aportaciones y nuevas investigaciones que permitieron obtener un concepto acerca de lo que significa un contrato de trabajo, tal es así que algunos autores como Toyama (2015) afirman que “el contrato de trabajo es un acuerdo de voluntades entre el trabajador y el empleador para la prestación de servicios personales y subordinados bajo una relación de ajenidad (servicios prestados para otra persona). El acuerdo podrá ser verbal o escrito, expreso o tácito, reconocido o simulado por las partes”. (p. 65)

Sin embargo, para García (2015) el contrato de trabajo representa el acuerdo de voluntades de 2 personas, en dónde una de ellas llamada trabajador se obliga a prestar servicios a otra persona llamada empleador a cambio de recibir una remuneración acorde a los servicios prestados. (p. 7)

Cómo es de apreciarse, ambos autores reconocen que un contrato de trabajo no podría existir sin que 2 personas manifiesten de forma expresa su voluntad de establecer una relación laboral, la cual, lógicamente va a estar regulada por otros aspectos muy importantes, es por eso que, a lo largo de la distinta jurisprudencia nacional se ha debatido acerca de cuál sería el concepto que abarque de manera más óptima lo que implica un contrato de trabajo. Es así que la Corte Suprema

de Justicia de la República al resolver, con fecha 7 de noviembre de 2017, la Casación Laboral N° 321-2017- Lima sustenta:

El contrato de trabajo es entendido como un acuerdo de voluntades por el cual una de las partes llamada trabajador se compromete a prestar personalmente sus servicios en relación de subordinación a favor de la otra llamada empleador, quien a su vez está obligado a pagar a favor de aquel una remuneración por los servicios prestados (Poder Judicial, 2017).

Teniendo en claro el concepto del contrato de trabajo es de vital importancia analizar y revisar cuáles son todos los elementos que integran el contrato de trabajo: la prestación personal del servicio, la dependencia o subordinación y el pago de una remuneración.

a) Prestación personal del servicio

El trabajador se compromete a brindar sus servicios al empleador sin ningún tipo de coacción por parte de este, queda claro que no existe la posibilidad de que pueda subcontratar la totalidad o parte de su trabajo, aunque este último tenga mayor experiencia profesional. (Arévalo, 2021, pp. 38-39).

Por otro lado, Ferro (2019) afirma que: “El contrato de trabajo implica que el trabajador ponga a disposición su fuerza de trabajo bajo el mando de otra persona que viene a ser un tercero para que este último haga uso de ella bajo su mando, entendiéndose que este tercero es su empleador. Estos servicios tienen que ser prestados de manera personalísima, sin intervención de terceros. (p. 17).

Este elemento es de vital importancia para poder establecer la naturaleza jurídica de los servicios que brinda el trabajador, por ejemplo, podría darse el caso que se contrata a una persona para realizar una tarea, sin embargo, esta tarea puede ser realizada por un tercero.

Por lo tanto, podríamos afirmar que este contrato de trabajo se encontrará regido por las normas del derecho civil.

Además, es necesario tener en cuenta que los servicios brindados por el trabajador tienen carácter personalísimo, es decir, no puede ser transferido a una tercera persona, si fuese el caso que un trabajador tuviera que ser reemplazado por otro, el empleador tendría una nueva relación laboral con el nuevo trabajador.

b) Remuneración

El trabajador recibe una retribución económica por haber prestado sus servicios. A esta contraprestación se le denomina remuneración, la misma que puede ser otorgada en dinero o en especie, todo conforme al acuerdo arribado por el trabajador y el empleador. (Ferro, 2019, p. 18)

Podemos afirmar que la remuneración representa uno de los elementos más importantes del contrato de trabajo, pues no podría darse el caso que exista una relación laboral sin que exista este elemento, sobretodo si tenemos en cuenta que nuestra constitución, en el último párrafo del Art. 23° declara que “nadie está obligado a prestar trabajo sin retribución o sin su libre consentimiento”.

Esta idea es recogida por Arévalo (2021), quién afirma que “La remuneración, conocida también como salario, representa todo pago en dinero o, en ciertos casos, en especies, que percibe el trabajador por los servicios efectivamente prestados al empleador o por haber puesto su fuerza de trabajo a disposición del mismo”. (p. 39)

En conclusión, la remuneración siempre se va a pagar en proporción al trabajo realizado por el trabajador. Es por eso que, el contrato de trabajo es naturaleza bilateral, recíproco,

conmutativo, debido a que la obligación de una de las partes es igual al cumplimiento de que la otra parte haga la suya.

c) La Subordinación

La subordinación se encuentra relacionada con la obligación que tiene el trabajador de colocar en manos de su empleador la fuerza de su trabajo para que esta sea dirigida acorde a los términos acordados conforme a la norma, convenio o costumbre. (Arévalo, 2021, p. 42)

Lo que debe quedar en claro y se debe resaltar es que la subordinación de la que hablamos en cualquier contrato de trabajo es netamente de orden legal, debiendo ser entendida como “la sujeción jurídica del trabajador al ejercicio de determinadas facultades por parte del empleador”. (Ferro, 2019, p. 19). Es por esta sujeción que en el derecho laboral se ha construido un manto protector sobre la parte más débil, es decir, sobre el trabajador.

Por su parte, Pacheco (2012) al definir la subordinación sustenta que “el empleador no sólo debe remunerar el trabajo, sino que para conseguir la utilidad que persigue al contratarlo, es necesario que lo dirija, que goce de un poder de dirección, que incluye tanto el derecho de variar las órdenes siempre con criterios de razonabilidad e, inclusive, la misma prestación del trabajador en los aspectos no esenciales, como el de sancionar los incumplimientos contractuales del trabajador”. (p. 27)

Asimismo, la subordinación permite le permite al empleador utilizar el poder de dirección, el cuál le faculta el organizar el trabajo conforme a las propias necesidades de la empresa, pudiendo modificar los métodos conforme a los cuales se realizan los trabajos, pero sin incurrir en abuso contra los trabajadores. (Arévalo, 2021, p. 42)

En otras palabras, la subordinación no es más que el poder de dirección que tiene el empleador para poder dirigir, controlar y fiscalizar las labores a realizar del trabajador, bajo el manto protector del ordenamiento jurídico laboral.

1.4. LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DE LOS DERECHOS LABORALES

El proceso de constitucionalización es un fenómeno rico en perspectivas y dinámicas que resulta ser totalmente flexible, cambiante, movable. Podríamos decir que se trata de un fenómeno que se encuentra en constante cambio y que muchas veces resulta difícil de delimitar, de establecer cuáles son sus fronteras.

El derecho laboral no es ajeno a este fenómeno. “En el campo laboral resulta muy interesante el impacto efectuado por los derechos fundamentales debido a las relaciones de desigualdad que existe entre las partes. La relación entre el trabajador y el empleador, puede caracterizarse, precisamente, por el grado de desigualdad” (Sastre, citado por Suárez, 2018, pp. 112-113)

Este grado de desigualdad saca a realizar mayores diferencias a las ya existentes entre el derecho constitucional y el legislado. Lo mencionado anteriormente se acrecienta cuando los poderes laborales son muy fuertes y con necesidades muy marcadas y por la constante búsqueda de poder eliminar lo que separa al derecho público del derecho privado.

En primera instancia, como lo afirma Suárez (2018) “los derechos fundamentales se convierten en una guía ideológica y hermenéutica para entender el derecho positivo. La materialización de este evento se efectúa mediante decisiones jurídicas, leyes y sentencias, en las que se acude a los derechos fundamentales como finalidades mediatas y pautas de interpretación”. (p. 113)

Posteriormente, cuándo ya entran en vigencia los Derechos Fundamentales en el mundo laboral, entramos a una segunda instancia, hablamos de un proceso de adaptación, en dónde los derechos fundamentales van a ir siendo regulados, actualizados o delimitados con la promulgación de nuevas leyes y la aparición de nueva jurisprudencia que resulte de vital importancia.

Luego, en tercera instancia se genera la reestructuración en donde “se observa cómo los derechos fundamentales no solo se acompañan al orden laboral, sino que, de manera indirecta, modifican sus elementos estructurales. Así como la existencia de un considerable listado de derechos fundamentales y la pretensión de hacerlos normativos, implica el crecimiento de los poderes del juez, los derechos fundamentales en la relación laboral implican un mayor número de deberes por parte del empleador y los compañeros de trabajo, y una mutación de la organización administrativa de la empresa en el tema de libertades laborales y de causales de despido”. (Suárez, 2018, p. 113)

Por último, en la cuarta instancia tenemos la etapa denominada por diferentes autores como la devolución. En esta instancia las exigencias de cada uno de los derechos fundamentales chocan entre ellas mismas y en la mayoría de casos podríamos decir que ejercen presión contra los derechos fundamentales del empleador, buscando que el derecho laboral busque equilibrar; es por eso que, se resalta la importancia de los derechos fundamentales del empleador, y se efectúan restricciones más importantes a los derechos fundamentales del trabajador, sin dejar de lado el equilibrio que debe existir entre los derechos de uno y del otro. (Suárez, 2018, p. 114)

1.5. EL DERECHO AL TRABAJO A NIVEL MUNDIAL

1.5.1. LA INTERNACIONALIZACIÓN DE LOS DERECHOS LABORALES

Si bien es cierto la primera revolución industrial data del siglo VXII, será recién a finales del siglo XIX, cuando el capitalismo de la mano de significativos avances tecnológicos en diferentes áreas como la industria, el transporte y las telecomunicaciones, traerá consigo una gran expansión del sistema de producción de las naciones europeas, pues a los mercados nacionales les resulta cada vez más difícil abastecerse, teniendo la necesidad de buscar otros mercados de manera internacional. (Puyo, 2007, p. 19)

De forma paralela, tiene lugar el crecimiento de los sistemas coloniales de algunas potencias europeas, dentro de las que destacan Gran Bretaña, Francia y Alemania, quiénes tienen la necesidad de proveerse de materia prima pagando costos que les resulten bajos. Es así que, en el constante juego del comercio trasfronterizo de la época, donde la intención de la mayoría de países era almacenar la mayor cantidad posible de capital, no sólo era necesario recortar los gastos encontrando materia prima a bajo costo sino también recortando el factor salarial, por lo cual, unas condiciones laborales precarias eran un elemento clave para que un país fuera competitivo dentro del comercio globalizado. En este contexto es fácil deducir que los sujetos dominantes se oponían a la creación de Normas Internacionales del Trabajo que los obligara a respetar ciertos estándares laborales. Sin embargo, a principios del siglo XX empezó a hacerse palpable el peligro que constituía la

precariedad de las condiciones laborales para la estabilidad y la paz de los países y aun para la paz mundial.

Fue entonces la presión de los trabajadores, y posteriormente de algunos sectores públicos, la que obligó a los países industrializados a acoger normas que humanizaran el trabajo y que ostentaran un carácter internacional. Esto se materializó por primera vez en la Conferencia de Berlín de 1890 donde participaron 13 países y donde a pesar de que no se concretó ningún tratado multilateral, se expidieron recomendaciones y lineamientos que empezaron a ser reconocidos por los diferentes órganos legislativos de los países que participaron en dicha conferencia.

“Posteriormente se llevaron a cabo las Conferencias de Berna en 1905 y 1906 en las cuales se adoptaron los dos primeros tratados multilaterales de la historia, relativos al trabajo nocturno de las mujeres y a la prohibición del uso del fósforo blanco en la industria de las cerillas que fueron ratificados por 12 Estados en 1912. A pesar de estas primeras iniciativas, los Estados de corte liberal hicieron poco por mejorar las condiciones laborales, ya que su preocupación esencial giraba en torno al enfrentamiento con las demás potencias por el dominio del comercio y a la pugna colonial, lo que finalmente constituyó dos de las principales causas del estallido de la Primera Guerra Mundial”. (Puyo, 2007, pp. 19-20)

Pasada la Primera Guerra Mundial, el comercio internacional sufrió un estancamiento pues los Estados Nación tenían la necesidad de fortalecerse como tales y de reconstruir sus economías hacia adentro. Estas dos necesidades, junto con

las inequidades sociales que no pudieron ser evitadas a partir del modelo liberal clásico originaron su crisis y el surgimiento del modelo de Estado Intervencionista que buscaba reivindicar las ideas de justicia, igualdad, equidad y solidaridad.

1.5.2. LA DECLARACIÓN INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

“La declaración internacional de los derechos humanos fue aprobada y promulgada por la Asamblea General en la resolución del 10 de diciembre del 1948”. (Marcenaro, 2009, p. 51)

Los derechos laborales incluidos en esta declaración son:

- El derecho al trabajo.
- Principio de igualdad y no discriminación
- Libertad y elección del trabajo
- Remuneración equitativa y satisfactoria. Salario social.
- Limitación de la duración del trabajo. Jornada de trabajo.
- Descanso y vacaciones.
- Libertad de fundar sindicatos y sindicarse. Libertad sindical.

1.5.3. LA ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (OIT)

La OIT surge tras el final de la primera guerra mundial, en dónde algunos países pertenecientes al bloque de los aliados como Francia e Inglaterra, iniciaron un

proceso de formación de una institución internacional que velará las relaciones laborales. (Puyo, 2007, p. 21)

Tras esta creación de la OIT, surgió unos años más tarde la Declaración de la OIT “aprobada en junio de 1998 por los representantes de los gobiernos, los empleadores y los trabajadores. Reunidos en la Conferencia Internacional del Trabajo”. (Marcenaro, 2009, p. 54)

Algunos de los derechos laborales establecidos en dicha declaración fueron los siguientes:

- a) La libertad de asociación y la libertad sindical y el reconocimiento efectivo del derecho de negociación colectiva;
- b) La eliminación de todas las formas de trabajo forzoso u obligatorio;
- c) La abolición efectiva del trabajo infantil; y
- d) La eliminación de la discriminación en materia de empleo y ocupación

A la fecha, la OIT cuenta con 8 convenios de vital importancia respecto al mundo del derecho laboral y Marcerano (2009) hace una recopilación de los mismos:

- “Convenio 28: sobre el trabajo forzoso.
- Convenio 87: sobre la libertad sindical y protección del derecho de sindicalización.
- Convenio 98: sobre el derecho de sindicalización y negociación colectiva.
- Convenio 100: sobre la igualdad de remuneración entre hombres y mujeres.

- Convenio 105: sobre la eliminación del trabajo forzoso.
- Convenio 111: sobre la discriminación en el empleo u ocupación.
- Convenio 138: sobre la edad mínima para trabajar”. (pp. 54-55)
- Convenio 182: sobre las peores formas de trabajo infantil.

1.6. EL DERECHO AL TRABAJO EN EL PERÚ

1.6.1. CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ

Resulta sumamente importante analizar cómo se encuentra regulado el derecho al trabajo dentro de nuestro ordenamiento jurídico, y aún más importante empezar por nuestra carta magna, la constitución política del Perú de 1993.

El derecho al trabajo es un tema abordado en las distintas constituciones, sin embargo, algunas netamente se centran en abarcar la libertad de trabajo (decidir quién va a trabajar o no) dejando de lado el derecho al trabajo en sí y los derechos a obtener un trabajo digno.

“El trabajo aparece en la Constitución como un deber y un derecho y como base del bienestar social y medio de realización personal (artículo 22). Asimismo, se señala que es objeto de protección por el Estado (artículo 23). Estas expresiones poseen la mayor relevancia, porque muestran que nos encontramos ante un bien superior en el ordenamiento” (Neves, s/a, p. 41). Podríamos decir también que pueden ser de gran utilidad, por una parte, como uno de los fundamentos esenciales para el ejercicio de los derechos y por otro lado, como un elemento primordial para poder interpretar todos los articulados referentes al derecho laboral y al

contenido constitucional.

Es importante tener en cuenta que la constitución si se ocupa de 3 temas que conforman el derecho individual al trabajo como son el monto de la remuneración, las horas que debe de durar la jornada de trabajo y los descansos, y, el tiempo de duración de la relación laboral.

Es por ello que hemos seleccionado los artículos de nuestra constitución que hacen referencia netamente al derecho al trabajo, estos son:

- Artículo 2. Toda persona tiene derecho: Inciso 15.- A trabajar libremente, con sujeción a ley.
- Artículo 22. El trabajo es un deber y un derecho. Es base del bienestar social y un medio de realización de la persona.
- Artículo 23. El trabajo, en sus diversas modalidades, es objeto de atención prioritaria del Estado, el cual protege especialmente a la madre, al menor de edad y al impedido que trabajan. Nadie está obligado a prestar trabajo sin retribución o sin su libre consentimiento.
- Artículo 24. El trabajador tiene derecho a una remuneración equitativa y suficiente, que procure, para él y su familia, el bienestar material y espiritual. El pago de la remuneración y de los beneficios sociales del trabajador tiene prioridad sobre cualquiera otra obligación del empleador.
- Artículo 25. La jornada ordinaria de trabajo es de ocho horas diarias y cuarenta y ocho horas semanales como máximo.

- Artículo 26. En la relación laboral se respetan los siguientes principios: 1. Igualdad de oportunidades sin discriminación. 2. Carácter irrenunciable de los derechos reconocidos por la Constitución y la ley. 3. Interpretación favorable al trabajador en caso de duda insalvable sobre el sentido de una norma.
- Artículo 27. La ley otorga al trabajador adecuada protección contra el despido arbitrario.
- Artículo 28. El Estado reconoce los derechos de sindicación, negociación colectiva y huelga.
- Artículo 29. El Estado reconoce el derecho de los trabajadores a participar en las utilidades de la empresa y promueve otras formas de participación.

1.6.2. LEY N° 29497 NUEVA LEY PROCESAL DEL TRABAJO

“El 13 de enero del 2010 el presidente de la República promulgó la Ley N° 29497, Ley Procesal del Trabajo, siendo publicado el texto de la misma en el Diario Oficial El Peruano el 15 de enero del 2010”. (Arévalo, 2010, p. 24), esta nueva ley surgió con el propósito de lograr un cambio en el sistema judicial del país, otorgando nuevos beneficios tanto a los trabajadores como los empleadores en el acceso a la justicia. Este nuevo proceso laboral resulta ser más rápido, corto, simple y por sobre todo prima la oralidad.

Es por eso que Vinatea (2016) hace un balance acerca de cómo ha venido funcionando esta nueva ley procesal en los últimos años, pues en sus propias palabras, el balance resulta ser positivo, pues en términos de aplicación a los nuevos procesos laborales, estos resultan ser mucho más cortos y las sentencias emitidas

por los diferentes jueces resulta ser más concentrada. (p. 454)

Asimismo, es importante tomar en cuenta que esta nueva ley procesal del trabajo “está dirigido fundamentalmente a servir de directriz a la actividad del Juez por la dirección del proceso que se le otorga y por su participación obligatoria en forma personal en las actuaciones y medios probatorios”. (Castillo, 2020, p. 1)

Teniendo en cuenta este balance acerca de la aplicación de la nueva ley procesal, hemos creído conveniente resaltar los beneficios que esta ha traído consigo al derecho laboral:

- La concentración de los actos procesales, pues no solo hace referencia a la oralidad sino también, se integran el uso de la tecnología y el poder tener acceso a la Justicia, logrando que el proceso pueda concluir más rápido.
- Tanto la oralidad como la concentración de los actos procesales traen consigo una nueva forma de litigar y a su vez, prepararse para ello, además de otorgar una nueva forma de sentenciar al juez. Teniendo repercusión en los principios de inmediación, celeridad y economía procesal, los que en la práctica resultan más efectivos, permitiendo que cada proceso pueda ser resuelto en forma definitiva en un promedio no mayor de un año.
- Ahora, con esta nueva ley procesal del trabajo se contemplan dos audiencias: la audiencia de conciliación y la audiencia de juzgamiento, realizándose esta última en un acto único que concentra las etapas de confrontación de posiciones, actuación probatoria, alegatos y sentencia, la misma que deberá ser

emitida por el juez en forma inmediata o en el plazo estipulado en la misma norma, esto es, dentro de los 5 días hábiles.

- El proceso abreviado, a diferencia del anterior, contempla una sola audiencia en la que se incluyen todas las etapas anteriores, llegando hasta la expedición de la sentencia, en el mismo acto.
- Otra novedad de importancia radica en la aplicación de la presunción de laboralidad, esta se basa únicamente en acreditar la prestación personal de los servicios por parte del trabajador para que de esta forma el juez pueda presumir la existencia de vínculo laboral a plazo indeterminado, salvo que se pruebe lo contrario.
- El nuevo instrumento establece también nuevas reglas sobre la comparecencia permitiendo, que las organizaciones sindicales puedan actuar en defensa de sus dirigentes y afiliados sin necesidad de poder especial de representación, debiendo identificar individualmente a cada uno de sus afiliados con sus respectivas pretensiones, teniendo el empleador que poner en conocimiento de los trabajadores la demanda interpuesta.
- Del mismo modo, la nueva norma permite la posibilidad de utilizar cualquiera de las medidas cautelares reguladas por el Código Procesal Civil e incluso una medida cautelar especial para la reposición provisional del trabajador, cuando se cuestiona la extinción del vínculo laboral, entre otras garantías procesales, tales como una protección especial para el demandante que al momento de ser despedido tuviera la condición de dirigente sindical, menor de edad, madre

gestante o persona con discapacidad, y la casación cuya interposición no suspende el efecto de la ejecución de las sentencias.

1.6.3. TEXTO ÚNICO ORDENADO DE LA LEY DE PRODUCTIVIDAD Y COMPETITIVIDAD LABORAL (APROBADO POR D.S. 003-97-TR)

Esta nueva ley es promulgada mediante el Decreto Supremo núm. 003-97-TR, texto único ordenado del Decreto Legislativo núm. 728.

Esta ley comprende un conjunto de normas que han de cumplirse, las cuales protegen al trabajador en la relación del trabajo subordinado.

El instituto Hegel (2021) establece cuáles son los principios que integran esta nueva ley de productividad y competitividad laboral:

- Fomentar la capacitación y formación laboral de los trabajadores con el propósito de incrementar el rendimiento en el centro laboral de los trabajadores.
- Ascender a las personas de actividades de baja productividad a otras de mayor.
- Garantizar los ingresos que perciben los trabajadores y la protección contra el despido arbitrario.

Otra de las características importantes a resaltar de esta ley es que se presumirá que existe un contrato a plazo indeterminado en toda prestación de servicios que sean remunerados y además sean subordinados. Evidenciándose de esta manera los 3 elementos esenciales del contrato de trabajo: La prestación de un servicio, la remuneración y la subordinación.

Ahora, como bien sabemos existe la figura de suspensión del contrato, la cuál también es abarcada dentro de esta ley, teniendo en claro que esta suspensión

consiste en un cese de manera temporal de los servicios que presta el trabajador para su empleador pero, esto no significa que la relación laboral haya desaparecido o se haya extinguido. Es por eso que, el Instituto Hegel (2021) ha extraído cuáles son las causales de suspensión del contrato dentro de la ley:

- Invalidez temporal.
- Enfermedad y el accidente comprobado.
- Maternidad (descanso pre y postnatal).
- Descanso vacacional.
- Licencia para desempeñar cargo cívico o Servicio Militar Obligatorio.
- Permiso o licencia sindical.
- Sanción disciplinaria.
- Ejercicio del derecho de huelga.
- Detención policial del trabajador.
- Inhabilitación administrativa o judicial por menos de tres meses.
- Permiso o licencia concedidos por el empleador.
- Caso fortuito y la fuerza mayor.

La ley de productividad y competitividad laboral también ha establecido dentro de las obligaciones del empleador las capacitaciones que deben otorgarse al empleador con el propósito de lograr un incremento en su productividad y en consecuencia, sus ingresos, estas capacitaciones, conforme los recoge el Instituto Hegel (2021) tienen como finalidad:

- Incrementar la productividad.
- Actualizar los conocimientos y aptitudes del trabajador en la actividad que realiza.

- Proporcionar información al trabajador sobre nueva tecnología en el trabajo.
- Preparar al trabajador para una vacante o puesto nuevo.
- Educar en materia de seguridad y salud, así como prevenir riesgos de trabajo.

1.6.4. INSTITUCIONES NACIONALES QUE VELAN POR EL RESPETO AL DERECHO AL TRABAJO

1.6.4.1. MINISTERIO DEL TRABAJO Y PROMOCIÓN DEL EMPLEO

Este ministerio tiene como misión principal el poder otorgarle al trabajador decente y productivo, velando además por el cumplimiento de las normas laborales y fundamentales de la población, buscando fortalecer el dialogo, la empleabilidad y proteger a los grupos vulnerables. (Ministerio de Trabajo y Promoción del empleo).

Este ministerio reconoce como beneficios de los trabajadores, los siguientes:

- La remuneración mínima vital, siendo aplicable a todos los regímenes laborales.
- La jornada máxima de trabajo, establecida en un máximo de 8 horas diarias o 48 horas semanales como máximo. Haciendo la aclaración de que los menores de edad pueden trabajar siempre y cuando cuenten con la autorización del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo.
- El derecho al refrigerio, siendo un máximo de 45 minutos.
- El descanso semanal obligatorio, debiendo el empleador otorgar como

mínimo 24 horas de descanso semanal, otorgándosele de preferencia el día domingo; además, le corresponde al trabajador que los días feriados sean remunerados.

- La licencia pre y post-natal, toda trabajadora que se encuentre en estado de gestación le corresponde 45 días de licencia pre-natal y 45 días de licencia post-natal, pudiendo inclusive acumularlos y tomar los 90 días como descanso pre-natal o como descanso post-natal, toda previa coordinación con el empleador.
- La licencia por paternidad, otorgándole el permiso al trabajador de poder ausentarse 4 días del centro de labores al convertirse en padre.
- Vacaciones Truncas, obtienen esta denominación cuando los trabajadores han culminado su vínculo laboral sin haber alcanzado el año de servicios para gozar de su periodo vacacional.

1.6.4.2. SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE FISCALIZACIÓN LABORAL – SUNAFIL

Es un organismo técnico especializado, adscrito al Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo y conforme lo establece el D.S. 007-2013-TR que aprueba el reglamento de Organización y Funciones de SUNAFIL, este tiene como finalidad “promover, supervisar y fiscalizar el cumplimiento del ordenamiento jurídico socio laboral y el de seguridad y salud en el trabajo, así como brindar asesoría técnica, realizar investigaciones y proponer la emisión de normas sobre dichas materias”.

Dentro de sus principales funciones tenemos:

- Supervisar cumplimiento de normativa sociolaboral con función de fiscalización.
- Aprobar las políticas institucionales en materia de inspección.
- Proponer y formular normas de su competencia.
- Imponer sanciones por incumplimiento de normas sociolaborales.
- Apoyar actividades de promoción de normas sociolaborales.
- Apoyar a los gobiernos regionales para el desarrollo de funciones inspectivas de orientación y asistencia técnica.
- Prestar orientación y asistencia técnica especializada en ámbito de su competencia.
- Ejercer ejecución coactiva por multas impuestas.
- Suscribir convenios de gestión con los gobiernos regionales en materias de su competencia.
- Informar semestralmente a los Consejos Regionales de Trabajo acerca de la gestión del Sistema en el ámbito regional.

La SUNAFIL cuenta con la siguiente estructura básica para lograr el cumplimiento de sus funciones:

- Alta dirección
- Consejo Directivo
- Superintendente
- Tribunal de Fiscalización

- Órganos de Línea
- Órganos de Apoyo
- Órganos Desconcentrados

1.6.4.3. COMISIÓN NACIONAL CONTRA LA DISCRIMINACIÓN (CONACOD)

El 06 de diciembre de 2013 se publicó, en el diario oficial El Peruano, el Decreto Supremo No. 015-2013-JUS se crea esta Comisión Nacional contra la Discriminación (CONACOD), adscrita al Ministerio de Justicia y Derechos Humanos (MINJUS) y que se encuentra encargada de realizar labores de seguimiento, fiscalización, así como emitir opiniones y brindar asesoramiento técnico al Poder Ejecutivo en materia de igualdad y no discriminación. (CONACOD, s/a, p. 1)

La CONACOD se encuentra conformada por otros 08 sectores: Ministerio de Cultura, Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables, Ministerio de Transportes y Comunicaciones, Ministerio de Educación, Ministerio de Salud, Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, Ministerio de Relaciones Exteriores y Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.

En el ámbito laboral, conforme lo establece el Ministerio de Justicia y Defensa de los Derechos Humanos en la guía de orientación ciudadana para la denuncia de actos de discriminación: El trabajador que se encuentra sufriendo actos de hostilidad por parte de su empleador y que además, tiene todos los medios probatorios para acreditarlo, puede mediante un escrito solicitarle a su empleador que detenga los actos de hostilidad contra su

persona. Este emplazamiento por escrito cumple la función de activar el procedimiento interno de cese de actos de hostilidad, de acuerdo al último párrafo del artículo 30° de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral.

De forma posterior a este procedimiento interno, el trabajador puede demandar el cese de los actos de hostilidad judicialmente o de lo contrario, de manera excepcional, solicitar el cese de la hostilidad de acuerdo al artículo 35°, inc. a) de la LPCL).

En el caso de que el trabajador no decida iniciar este procedimiento, podrá solicitar el término de su contrato de trabajo. De esta forma se activará la vía del despido indirecto por causa de actos de hostilidad del tipo discriminación, iniciando así un procedimiento interno que incluye descargos del empleador y, finalmente, la posibilidad de demandar judicialmente una indemnización (artículo 38° de la LPCL).

1.6.4.4. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

El Tribunal Constitucional es el órgano supremo de interpretación y control de la constitucionalidad. Es autónomo e independiente, porque en el ejercicio de sus atribuciones no depende de ningún órgano constitucional. Se encuentra sometido sólo a la Constitución y a su Ley Orgánica - Ley N° 28301.

Este órgano supremo ha emitido un sinnúmero de jurisprudencia que ha sido de vital importancia para los juzgadores, representando directrices que les han permitido emitir mejores sentencias e inclusive establecer precedentes

vinculantes para resolver futuros casos por las mismas materias.

Por ejemplo, respecto a los principios laborales, se les denomina como tales a aquellas reglas rectoras que informan la elaboración de las normas de carácter laboral, amén de servir de fuente de inspiración directa o indirecta en la solución de conflictos, sea mediante la interpretación, aplicación o integración normativas.” (FJ20 en la Sentencia del 12 de agosto del 2005 en el expediente 0008-2005-AI/TC)

Respecto a que los derechos laborales constitucionales son irrevocables e irrenunciables, hace referencia a la regla de no revocabilidad e irrenunciabilidad de los derechos reconocidos al trabajador por la Constitución y la ley. Al respecto, es preciso considerar que también tienen la condición de irrenunciables los derechos reconocidos por los tratados de Derechos Humanos, toda vez que estos constituyen el estándar mínimo de derechos que los Estados se obligan a garantizar a sus ciudadanos. (FJ24 en la Sentencia del 12 de agosto del 2005 en el expediente 0008-2005-AI/TC).

Respecto al contenido del derecho al trabajo, “El derecho al trabajo está reconocido en el artículo 22 de la Constitución. Este Tribunal estima que el contenido esencial de este derecho constitucional implica dos aspectos. El de acceder a un puesto de trabajo, por una parte y, por otra, el derecho a no ser despedido sino por causa justa. Aunque no resulta relevante para resolver la causa, cabe precisar que, en el primer caso, el derecho al trabajo supone la adopción por parte del Estado de una política orientada a que la población acceda a un puesto de trabajo; si bien hay que precisar que la

satisfacción de este aspecto de este derecho constitucional implica un desarrollo progresivo y según las posibilidades del Estado. El segundo aspecto del derecho es el que resulta relevante para resolver la causa. Se trata del derecho al trabajo entendido como proscripción de ser despedido salvo por causa justa.” (FJ12 de la Sentencia del 11 de julio del 2002 en el expediente 1124-2001-AA/TC)

Respecto a la discriminación laboral por embarazo, “Es nulo el despido que tenga por motivo el embarazo...” (FJ4 en la Sentencia del 25 de junio de 2004 en el expediente 0666-2004-AA/TC)

Respecto a la desnaturalización del contrato de trabajo, “La relación se vuelve de plazo indeterminado cuando el trabajador sujeto a modalidad sigue trabajando una vez vencido el plazo pactado”. (FJ8 en la Sentencia del 21 de Julio del 2004 en el expediente 1237-2004-AA/TC).

Subcapítulo II: Derecho a la Salud Pública

2.1. CONCEPTO DE SALUD

La Salud es un concepto que ha jugado un rol fundamental en nuestra historia; pues de ella ha dependido el crecimiento o la desaparición de las culturas que han forjado el mundo tal y como hoy lo conocemos; aunque en esencia siempre ha significado lo mismo: bienestar y vida.

Si nos remontamos a cuando nuestra vida en sociedad comenzó, tenemos al hombre agrupándose y organizándose en lo que ahora conocemos como sociedad; ello, porque se dio cuenta que la supervivencia, entendida como la "acción y efecto de sobrevivir", era más fácil en grupo. De esta manera, la etimología de salud proviene de “Salus y salvatio”, lo que significa “estar en condiciones de poder superar un obstáculo”, por lo que podemos equiparar el termino salud con supervivencia.

Modernamente, en 1984, la Organización Mundial de la Salud (OMS) definió la salud como: *"un estado de perfecto bienestar físico, mental y social, y no sólo la ausencia de enfermedad"*; ello, porque actualmente tener salud ya no solo implica una cuestión de bienestar físico, aunque este sigue siendo el pilar del término, sino también está ligado a aspectos psicológicos e inclusive espirituales, lo que convierte a la salud en un concepto complejo que involucra el aspecto biológico, psicológico y espiritual. Estas ideas básicas que acabamos de exponer son tomadas en cuenta por la medicina moderna, quien valiéndose de medios técnicos intenta curar diversas patologías tanto antiguas como modernas, con el único fin de elevar la expectativa de vida de la raza humana y así asegurar su continuidad en el tiempo.

2.2. CONCEPTO DEL DERECHO A LA SALUD PÚBLICA

El derecho a la salud pública es un derecho inclusivo, entendido como un derecho que involucra el goce y ejercicio de otros derechos constitucionalmente reconocidos tales como el derecho a la alimentación, al acceso al agua potable y los servicios básicos de vivienda, el trabajo, la educación, entre otros. Ante ello, cobra una especial relevancia el concepto de Estado, quien es el encargado de proporcionar la mayor disponibilidad de servicios de salud y de atención médica al conjunto de su población en igualdad de condiciones, sin hacer ningún tipo de distinción entre raza, condición económica, sexo y/o edad.

La salud de una población depende de una red multicausal de factores biológicos y sociales. El estado del medio ambiente, las formas de organización social, la estructura económica, el nivel de democracia, el grado de urbanización, las condiciones materiales de existencia, la escolaridad, la nutrición, la fecundidad y los estilos de vida son todos cruciales para gozar de una buena salud. El cuidado de la salud es, por lo tanto, un esfuerzo que va mucho más allá de la mera aplicación de tecnologías médicas. (Frenk, J. 1994. p.02)

Asimismo, tenemos que el derecho a la salud pública abarca una serie de derechos, pero también algunas restricciones. Entre los derechos se incluye la posibilidad de que cada persona pueda gozar de un sistema de prevención y tratamiento de enfermedades, o que de ser el caso, pueda disponer de su cuerpo sin injerencias externas, esto incluye, por ejemplo; la libertad que tiene cada persona de someterse a una intervención quirúrgica de carácter estético sin que nadie pueda intervenir en su decisión o por otro lado, de elegir si desea ser vacunado contra alguna enfermedad cuya inmunización no sea considerada de carácter obligatoria.

Empero, si bien es cierto estos derechos deben ser avalados y protegidos por el Estado, también es cierto que deben ser limitados cuando su goce y disfrute individual puede poner

en riesgo la salud de los conciudadanos, siendo que no debemos olvidar que un principio básico del derecho constitucional es que *“el derecho de uno termina donde empieza el derecho del otro”*, lo que supone que está permitido que el Estado adopte medidas orientadas a proteger el sector sanitario colectivo antes que el de la salud individual.

2.3. DERECHO A LA SALUD PÚBLICA EN EL CONTEXTO INTERNACIONAL

El derecho a la salud es reconocido por al menos ciento quince constituciones a nivel mundial, y aunque no es la totalidad de países, por lo menos, otras seis imponen deberes para el Estado con respecto a la salud, como por ejemplo el deber desarrollar los servicios de salud debiendo asignarles para ello un presupuesto concreto. Pero el derecho a la salud no solo es reconocido a nivel constitucional, sino también ha sido recogido por diversos documentos de validez internacional, tales como: la Convención Europea de Salvaguardia de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (1950), La Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969), el Protocolo de San Salvador (1988), la Carta Social Europea (1996), la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (1981), entre otros, los cuales contienen disposiciones relacionadas con la salud y el derecho a la vida, que como ya hemos explicado son derechos inclusivos entre sí.

En los últimos años, el derecho a la salud ha generado un especial interés a nivel del derecho internacional. Tal es así, que en el año 2002 la Organización Mundial de Salud y la Comisión de Derechos Humanos (actualmente sustituida por el Consejo de Derechos Humanos), instauraron el mandato del Relator Especial sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, lo que ha coadyuvado enormemente a esclarecer lo que significa el derecho a la salud y sobretodo ayudar a los Estados a entender como garantizarlo, dado que este ha sido enfático en señalar que desde el punto de vista del

derecho a la salud, un sistema de salud nacional debe estar compuesto por 1) un sistema adecuado que permita recopilar los datos que necesarios para que se pueda ejercer un seguimiento eficiente del acceso a la salud por parte de los ciudadanos, así como 2) gráficos detallados de factores poblacionales como sexo, edad y necesidades básicas de acuerdo a las poblaciones rurales o urbanas y por último, 3) la capacidad del Estado para emplear a trabajadores sanitarios competentes que para realizar una labor óptima puedan contar con todo lo necesario para su propia protección, lo cual garantizaría un correcto enfoque del derecho a la salud antes promulgar políticas públicas relacionadas con este derecho que puedan resultar ineficientes.

2.4. TRATAMIENTO INTERNACIONAL

2.4.1. LA ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD (OMS)

La Organización Mundial de la Salud es el organismo de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) especializado en la gestión de políticas de prevención, promoción e intervención a nivel mundial en temas de salud.

Su creación fue aprobada el 07 de abril de 1948 como una respuesta a la necesidad evidenciada luego de la Segunda Guerra Mundial de que exista una organización reconocida por los gobiernos de todo el mundo encargada de la mejora y el mantenimiento de la salud de los seres humanos alrededor del orbe; toda vez que al menos desde un siglo atrás se habían realizado diversas conferencias sanitarias internacionales, tales como la Conferencia Sanitaria Internacional para el control del cólera en 1892 o la fundación de la Organización Panamericana de la Salud, en 1902, en las que se había hecho notar la necesidad de darle prioridad a la prevención y tratamiento de enfermedades que durante siglos habían sido atendidas en base a las

costumbres de cada región y sin obedecer a un parámetro científico que permita fortalecer los sistemas nacionales de salud y sobretodo asegurar un tratamiento efectivo de dichas enfermedades.

La constitución de la Organización Mundial de la Salud establece que el acceso y goce máximo al derecho a la salud es uno de los derechos humanos fundamentales y que no le puede ser negado a ningún ser humano y es ahí donde se evidencia el rol de autoridad directiva en asuntos de sanidad internacional que tiene esta institución, la cuál es la encargada de 1) establecer la pauta a nivel mundial de cuales son las investigaciones relevantes en el sector salud y coadyuvar con su financimiento, así como 2) establecer normas y prestar apoyo técnico a los países para implementar sus propios sistemas de salud, los cuales si bien es cierto son autónomos; deben seguir los parámetros de las normas sanitarias instaurados por la OMS; más aún en situaciones de salud pública internacional como la surgida a finales del año 2019, cuando la oficina de la Organización Mundial de la Salud en China recibió una alerta sanitaria de la ciudad de Wuhan, donde se reportó que un virus desconocido estaba causando graves infecciones respiratorias en la población y solo diez días después de la alerta, la organización publicó una guía para intentar frenar el avance de este nuevo virus al que bautizaron como SARS-CoV-2; empero, pese a los esfuerzos por controlar este brote infeccioso desde sus inicios, esto no fue posible, lo que conllevó a que el 11 de marzo del 2020 la organización catalogara a esta infección como una pandemia, dado que para ese momento ya había más de 115.000 casos oficiales en un centenar de países, y desde ese entonces ha sido el encargado de dictar las políticas públicas de cómo afrontar dicha enfermedad.

2.4.2. CARTA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UNIÓN

EUROPEA

Como sabemos, el tratamiento que se le ha dado a los derechos humanos en el Continente Europeo tiene una relevancia jurídica especial, pues significó una importante revolución en lo que concierne a la forma en la que se puede materializar lo que la teoría acerca de los derechos humanos venía proponiendo por años. Las constituciones políticas Europeas, así como sus diversos tratados, declaraciones y cartas, han inspirado a casi la totalidad de constituciones políticas a nivel mundial; pues en Europa se revolucionó el enfoque clásico de los derechos humanos que solía agrupar a los derechos en documentos separados de acuerdo a la sección de la vida en sociedad que regulaban y planteó que éstos se agrupan en “generaciones” de acuerdo a la relevancia que estos puedan tener, siendo que se determinó que en la primera generación estarían los derechos civiles y políticos, en la segunda generación los derechos económicos, sociales y culturales y en la tercera generación se agruparon los derechos que atañe a grupos de personas o colectividades que comparten intereses en común.

Si bien es cierto la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea inició como una Declaración sin fuerza vinculante, a partir de su reconocimiento en el artículo 6.112 del Tratado de la Unión Europea (TUE) y con el reconocimiento y entrada en vigencia del Tratado de Lisboa, el 01 de diciembre de 2009, alcanzó fuerza vinculante para los países de la Unión Europea. La Carta se divide en siete títulos; dentro de los cuales se reconoce el derecho a la protección de la salud en el artículo 35 el cual prescribe: *“Toda persona tiene derecho a acceder a la prevención sanitaria y*

a beneficiarse de la atención sanitaria en las condiciones establecidas por las legislaciones y prácticas nacionales. Al definirse y ejecutarse todas las políticas y acciones de la Unión se garantizará un nivel elevado de protección de la salud humana.” (Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, 2000)

2.4.3. DECLARACIÓN UNIVERSAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

La Declaración Universal de Derechos Humanos fue proclamada y aprobada en el año de 1948 por la Asamblea General de las Naciones Unidas. Al haber sido traducida a más de 360 idiomas, se convierte en el documento con mayor alcance a nivel mundial; y no es para menos, pues en él se encuentran plasmados todos los derechos que un ser humano puede invocar y hacer valer de manera inalienable y en condiciones de igualdad, sin importan su raza, edad, sexo, etnia, religión y/o algún otro tipo de carácter.

En su Artículo 25, la Declaración *Universal* de los Derechos Humanos establece:

- 1. Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; tiene asimismo derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, viudez, vejez u otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad.*
- 2. La maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales. Todos los niños, nacidos de matrimonio o fuera de matrimonio, tienen derecho a igual protección social.*

En concordancia con ello, no podemos dejar de mencionar el Tratamiento que se le da al Derecho a la Salud en Latinoamérica; siendo el órgano de mayor jerarquía el Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos, donde el derecho a la salud reconocido en el artículo 11 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (Bogotá, 1948) cuyo texto señala: *“Toda persona tiene derecho a que su salud sea preservada por medidas sanitarias y sociales, relativas a la alimentación, el vestido, la vivienda y la asistencia médica, correspondientes al nivel que permitan los recursos públicos y los de la comunidad.”*

Al igual que en el caso de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre surgieron como una mera declaración que carecía de carácter vinculante obligatorio para los pueblos americanos; sin embargo, con el transcurrir del tiempo se ha convertido en una norma jurídica vinculante que obliga a los Estados miembros de la OEA a cumplir lo que en ella se ha establecido, y esto claramente incluye a lo que políticas de protección a la salud pública concierne, y en algunos casos involucra incluso a aquellos países que no forman parte de la Convención Americana.

2.5. TRATAMIENTO NACIONAL

Como hemos venido desarrollando en los ítems precedentes, los derechos humanos, además de representar los valores más consagrados por la humanidad; presuponen años de esfuerzo para que un conjunto de conceptos que en un primer momento fueron abstractos puedan desarrollarse y ser reconocidos y aceptados por todos los integrantes de una sociedad; con el objetivo de formar un marco institucional para garantizar la materialización de cada derecho en la realidad de un país.

El Perú en cuanto a la Protección de Derechos Humanos, ha adoptado lo establecido por diversas instituciones dedicadas a este tema a nivel Mundial, tales como:

1. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por las Naciones Unidas mediante Resolución N° 2200 A (XXI) de 16 de diciembre de 1966. En Perú fue aprobado por Decreto Ley N° 22128 y por instrumento de adhesión del 12 de abril de 1978.
2. Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), adoptado abierto a la firma, ratificación y adhesión por las Naciones Unidas mediante Resolución N° 2200 A (XXI) del 16 de diciembre de 1966. En Perú fue aprobado por Decreto Ley N° 22129.
3. Pacto Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por las Naciones Unidas mediante Resolución N° 2200 A (XXI) de 16 de diciembre de 1966. En el Perú fue aprobado por el Título VIII, Disposición General y Transitoria XVI de la Constitución Política de 1979 y por instrumento de ratificación del 9 de septiembre de 1980.
4. Convención Americana sobre Derechos Humanos («Pacto de San José de Costa Rica»), suscrita en San José, Costa Rica, en la Conferencia Especializada sobre Derechos Humanos. En Perú fue aprobada por Decreto Ley N° 22231, del 11 de julio de 1978 y ratificada por la Disposición General y Transitoria XVI de la Constitución Política de 1979.
5. Protocolo Adicional a la Convención Americana de Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales Derechos Económicos, Sociales y

Culturales (Protocolo de San Salvador), suscrito en la Derechos Económicos, Sociales y Culturales ciudad de San Salvador el 17 de septiembre de 1988 en el Período Ordinario de Sesiones XVIII de la OEA. En Perú fue aprobado mediante Resolución Legislativa N° 26448. (Derechos Humanos y Derecho a la salud: Construyendo ciudadanía en Salud, 2005. p.28)

Asimismo, cabe señalar que el derecho a la Salud tiene su reconocimiento y protección en el documento de mayor jerarquía legal en el país, pues el Art. 7 de la Constitución Política del Perú señala que: “Todos tienen derecho a la Protección de su salud, la del medio familiar y la de la comunidad, así como el deber de contribuir a su promoción y defensa. La persona incapacitada para velar por si misma a causa de una deficiencia física o mental tiene derecho al respeto de su dignidad y a un régimen legal de protección, atención, readaptación y seguridad.” Ello, en concordancia con los artículos 9 y 11 que responsabilizan al Ejecutivo del diseño de las normas con respecto a las políticas de salud, así como lo responsabilizan de su aplicación y efectivización.

La reforma de salud en Perú se inició a mediados de la década de los 90, pues surgieron una serie iniciativas descentralizadas para el mejoramiento de la calidad y eficiencia de los sistemas de gestión de salud. En lo que respecta al marco jurídico del sector salud, este se renovó en 1997 con la promulgación de la Ley General de Salud (LGS) y la Ley de Modernización de Seguridad Social en Salud (LMSS). En 1999 se creó, en base al Instituto Peruano de Seguridad Social (IPSS), el Seguro Social de Salud (EsSALUD) y en el sector privado se habilitaron las Entidades Prestadoras de Servicios de Salud (EPS).

Sin embargo; los resultados del censo de 2017, revelaron que 75,5% de la población peruana cuenta con algún tipo de seguro de salud. En el período intercensal 2007-2017, la cobertura de seguro de salud se incrementó en 91,2% que equivale a una tasa de crecimiento promedio anual de 6,7%; por lo que es claro que el acceso a la salud de los peruanos se ve condicionada por factores económicos, sociales y culturales, y pese a los esfuerzos del Ejecutivo por superar estas brechas, aún existe mucha deficiencia en el acceso a este derecho fundamental.

2.5.1. [LEY N° 29 414](#)

La ley 29414 fue promulgada el 30 de setiembre del 2009 en el Diario el Peruano y establece el catálogo de derechos de las personas usuarias de los servicios de salud en el Perú, siendo que dicha ley resulta relevante pues en ella se establecen aspectos fundamentales tales como el derecho al acceso a los servicios de salud que tienen todos los peruanos en situaciones de emergencia, o el derecho a ser informados sobre su condición médica y todas las implicancias que su atención y recuperación involucra; pero sobre todo esta ley ha cobrado importancia por un tema que se ha vuelto muy relevante en los últimos años a raíz de hechos inesperados como lo es la emergencia Sanitaria ocasionada por la Pandemia de COVID-19, como lo es el derecho al consentimiento informado de cada paciente para la realización o tratamiento de su salud, pues entra a tallar el tema de que no se le puede imponer a ningún ciudadano la aplicación de un tratamiento médico que vaya en contra de aspectos de su vida personal tales como su religión y/o integridad personal; pues tal y como ha establecido la Superintendencia Nacional de Salud el derecho de acceso a la información de los

servicios de salud públicos y privados no se restringe por el estado de emergencia por el SARS-COV2.

No obstante, cabe recordar que la potestad del Estado de intervenir en materia de salud pública le ha sido otorgada por la Ley General de Salud N° 26842; siendo que en el título preliminar de dicha Ley se establece que la responsabilidad en materia de salud individual es compartida por el individuo, la sociedad y el Estado y al referirse a los derechos de las personas, el artículo 15 ha previsto como una excepción del consentimiento informado las situaciones debidamente comprobadas para la salud de terceros o de grave riesgo para la salud pública; mientras que el artículo 16 indica claramente que toda persona debe velar por la conservación de su salud y que el deber personal de atender y conservar la propia salud solo puede ser exigido cuando tal omisión es susceptible de incidir negativamente en la salud pública. (Informe de Adjuntía N° 12-2021-DP/AAE. 2021. p.06)

2.5.2. LEY N° 31091

Entrando al tema principal del presente trabajo de investigación, no podíamos dejar de mencionar la importancia que tiene la Ley N° 31091 – Ley que garantiza el acceso al tratamiento preventivo y curativo de la enfermedad por Coronavirus Sars-Cov-2 y de otras enfermedades que dan origen a emergencias sanitarias nacionales y otras pandemias declaradas por la organización mundial de la salud; la cual fue promulgada el 11 de diciembre del año 2020 y cuya finalidad es garantizar el acceso libre y voluntario a la población en general al tratamiento preventivo y curativo de la enfermedad generada

por el coronavirus SARS-CoV-2, específicamente para reglamentar el acceso a la vacunación contra esta enfermedad y la forma en la que iba a ser distribuida en la sociedad, otorgándole al Ministerio de Salud, la responsabilidad de establecer un esquema de vacunación con la participación de los gobiernos regionales y de los sectores de la salud para garantizar el acceso y cobertura de toda la población.

2.5.3. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Con respecto a la materia constitucional, en los últimos años a partir de una serie de reclamos derivados que ciudadanos peruanos sientan que su derecho a la salud ha sido vulnerado por instituciones públicas y/o privadas, se ha ido generando una creciente y valiosa jurisprudencia que ha ampliado las interpretaciones existentes sobre la forma y contenido del derecho a la salud. En muchos de los fallos emitidos por el Tribunal Constitucional Peruano, se ha evidenciado que cuando se vulnera la salud de una persona, muchas veces se violan otros de sus derechos fundamentales, en especial los derechos a la vida, a un hogar, o al ejercicio de su trabajo.

Existe una amplia jurisprudencia relevante en el tema de la salud, como lo es lo resuelto por el Tribunal Constitucional en su Sentencia del EXP. 5954-2007-PHC/TC, en la cual señala: *Asimismo, si bien es cierto que el derecho a la salud no está contenido en el capítulo de derechos fundamentales de la Constitución, también es cierto que su estrecha conexión con el derecho a la vida, a la integridad y al principio de dignidad, lo configuran como un derecho fundamental indiscutible, pues constituye, como dice el artículo 1 del Título Preliminar de la Ley General de Salud N. 0 26842, "condición*

indispensable del desarrollo humano y medio fundamental para alcanzar el bienestar individual y colectivo". Por ello, deviene en condición necesaria del propio ejercicio del derecho a la vida y, en particular, a la vida digna. (Fundamento 10)

Por otro lado, algunas sentencias han demostrado el hecho de que el derecho a la salud impone una serie de deberes de actuación del Estado. En esa dirección, el Tribunal Constitucional en su Sentencia del EXP. 1956-2004-AA, caso Martha Olinda Cumbre Rivera, ha señalado que el Estado: *Debe garantizar una progresiva y cada vez más consolidada calidad de vida, invirtiendo en la modernización y fortalecimiento de todas las instituciones encargadas de la prestación del servicio de salud, debiendo, para tal efecto, adoptar políticas, planes y programas en ese sentido. Los servicios de salud, por consiguiente, cobran vital importancia en una sociedad, pues de su existencia y funcionamiento depende no solo el logro de mejores niveles de vida para las personas que la integran, sino que incluso en la eficiencia de su prestación se encuentran en juego la vida y la integridad de los pacientes. (Fundamento 7)*

Gracias a estas y otras sentencias relevantes expedidas por el Tribunal Constitucional Peruano con respecto al derecho a la salud se ha enriquecido la jurisprudencia nacional en esta materia; situación que ha coadyuvado enormemente a que se realice su declaración en una norma jurídica de naturaleza adjetiva, como es el Código Procesal Constitucional que en su Artículo 37° inciso 24,7 incorpora a la salud como derecho protegido por el proceso de amparo, asimilándolo a los derechos de las personas contenidos en el Artículo 2° de la Constitución Política del Perú. (Quijano Caballero,

2016. p.308)

2.5.4. MINISTERIO DE SALUD

En el Perú, el ente rector de las políticas nacionales para la efectivización del Derecho a la Salud es el Ministerio de Salud; el cual fue creado el 05 de Octubre de 1935, y desde ese entonces efectúa su labor teniendo en cuenta el proceso de descentralización, atención integral y promoción de la salud nacional que está dirigido a incorporar el enfoque de derechos en la labor del campo de la salud, a través de, por ejemplo, los Comités Locales de Atención a la Salud – CLAS, entre otros.

No obstante, la labor que realiza no es suficiente debido a diversos aspectos, entre ellos el factor humano, puesto que aunque La Organización Mundial de la Salud (OMS) recomienda un mínimo de 23 médicos, enfermeros y obstetras por cada 10,000 habitantes para garantizar una prestación adecuada del servicio, nuestro país se cuenta con apenas 13.6 médicos por cada 10,000 habitantes. (Compendio estadístico Perú 2013-2018)

El Ministerio de Salud (MINSA), en el marco de las nuevas leyes surgidas en la década de los 90, creó figuras como el Seguro Escolar Gratuito (SEG) y el Seguro Materno Infantil (SMI), los cuales fueron integrados como parte del Seguro Integral de Salud (SIS), que inició sus funciones en enero de 2002 y es capaz de proporcionar cobertura en dos formas: La primera mediante el esquema subsidiado, diseñado para personas en condiciones pobres y extremadamente pobres y la segunda mediante un sistema semi

subsidiado, donde las personas abonan un pequeño monto a cambio de su atención, siendo que hasta la actualidad es el referente del acceso a la salud pública en nuestro país, pues más de 25 millones de peruanos se encuentran afiliados a este servicio para su atención integral y gratuita en todos los establecimientos de salud públicos a nivel nacional.

2.5.5. INSTITUTO NACIONAL DE SALUD

El Instituto Nacional de Salud es un Organismo Público adscrito al Ministerio de Salud, cuya misión es la investigación de los problemas prioritarios del sector salud y cómo afrontarlos a través del desarrollo tecnológico.

Tiene como principal función el proponer políticas y normas en el sector salud, así como promover, desarrollar y difundir la investigación científica en el campo de salud pública, control de enfermedades transmisibles y no transmisibles, alimentación y nutrición, control de calidad de alimentos, productos farmacéuticos y afines, entre otros.

Durante la pandemia por COVID-19, su labor ha estado orientada a brindar ayuda en la realización de pruebas de descartes moleculares y brindar los resultados de manera gratuita a los usuarios del servicio de salud a nivel nacional.

2.5.6. SUSALUD

La Superintendencia Nacional de Salud es un organismo técnico especializado adscrito al Ministerio de Salud del Perú, que cuenta con autonomía técnica, funcional, administrativa, económica y financiera.

Fue fundada como la Superintendencia de Entidades Prestadoras de Salud (SEPS) el 15 de mayo de 1997 con el objeto de autorizar, regular y supervisar el funcionamiento de las Entidades Prestadoras de Salud y cautelar el uso correcto de los fondos ejecutados administradoras.

La creación de la Superintendencia Nacional de Salud (SUSALUD), sobre la base de la Superintendencia Nacional de Aseguramiento en Salud (SUNASA) tiene por finalidad promover, proteger y defender los derechos de las personas al acceso a los servicios de salud, supervisando que las prestaciones sean otorgadas con calidad, oportunidad, disponibilidad y aceptabilidad, con independencia de quien las financie.

CAPITULO II:

Pandemia de COVID – 19

y su repercusión en el

ordenamiento jurídico

peruano

2.1. DEFINICIÓN DE PANDEMIA

Etimológicamente la palabra “pandemia” viene de la expresión griega pandêmonnosêma, la cual una vez traducida al español significa “enfermedad del pueblo entero”. A simple vista puede parecer que este significado hace referencia a conceptos que resultan ser claro y que se mantienen en el tiempo sin discusión. Sin embargo, al revisar los antecedentes históricos que hacen referencia a esta palabra, nos topamos con que resulta ser una definición que se ha venido construyendo socialmente con el tiempo y los sucesos a lo largo de la historia. (Carrillo, 2009, p. 55)

Este no es el único concepto que encontramos y compartimos con los diferentes autores a nivel nacional e internaciones pues, tenemos también que para Namihira (2020), la pandemia representa una enfermedad que se esparce de forma rápida y que además, puede presentarse en varios países al mismo tiempo o en todo el mundo. (p. 14)

Sin embargo, resulta sumamente importante revisar el concepto que le otorga la Organización Mundial de la Salud, siendo que para este organismo se le denomina a aquella epidemia que se ha expandido de forma rápida y agresiva por varios países, continentes o todo el mundo, y que además afecta a un gran número de personas. (Organización Mundial de la Salud, 2020)

Asimismo, Almeida (2021) lo define como epidemias que son a gran escala. En otras palabras, son mega epidemias que por el mismo nombre suelen escapar del poder de control de los órganos y sistemas de protección de la salud pública de cada país y además, sobrepasan los límites del país en donde se originan, causando grandes pérdidas humanas. (p. 2)

Habiendo revisado la definición otorgada tanto por los distintos autores como por las instituciones encargadas como lo es la OMS, es sumamente primordial que establezcamos

una definición propia sobre lo que es la pandemia, es por ello que, diremos que una pandemia viene a ser una enfermedad que es altamente infecciosa para los seres humanos y que como tal, causa grandes pérdidas humanas en un área geográficamente extensa, en otras palabras, que se extiende por distintos países hasta alcanzar a todo el mundo.

2.2. ORIGEN DEL SARS COV-19

El origen del virus responsable de causar la Pandemia vivida a partir del año 2019 es motivo de grandes debates a nivel nacional e internacional; sin embargo, la comunidad científica trabaja sin parar para poder brindarle a la población mundial los datos exactos sobre cómo nació esta pandemia en los seres humanos.

Es así que para Torres (2020) el SARS-CoV2 es el séptimo coronavirus descubierto a día de hoy con la capacidad de poder infectar a los seres humanos y se ha teorizado que este virus pudo haberse escapado de un laboratorio en la ciudad de Wuhan, China. (p. 1). Esta teoría ha rondado hasta el día de hoy debido a que en dicha ciudad, en el mes de diciembre del 2019 específicamente, hubo un brote de neumonía grave.

Se detalla que fueron un total de 27 casos de neumonía etiológica desconocida, dentro de los cuales hubo 7 pacientes que se encontraban en una esta grave. (Maguiña, 2020, p. 125).

Cabe precisar que, la mayoría de pacientes eran trabajadores o solían frecuentar el Huanan Seafood Wholesale Marketosolian, el cual era un mercado de peces, que también distribuía todo tipo de carne, incluyendo a los animales domésticos, los cuales eran consumidos por la población.

Ahora bien, Díaz (2020) explica que al realizarse los primeros estudios epidemiológicos a estos pacientes, los resultados evidenciaron que la enfermedad tenía la capacidad de expandirse de forma muy rápida, comportándose de una forma más agresiva en las personas

adultas que oscilaban entre los 30 y 79 años de edad, contando con una tasa de letalidad global del 2,3%. (p. 184)

En esa misma línea, la comunidad científica informó que al realizar el estudio de este virus a través de los métodos de secuenciación profunda, los cuales se caracterizan por no necesitar información previa sobre el virus que se estudia, así como el aislamiento en cultivo de células, seguido de microscopía electrónica y de secuenciación profunda, se concluyó que se trataba de un virus totalmente nuevo que pertenecía al grupo de los coronavirus y que de forma inicial se fue llamado 2019-nCoV. (Díaz, 2020, p. 184)

Este virus resulta ser altamente contagioso y se puede transmitir de forma muy rápida entre las personas, ya sea a través de la tos o de los estornudos, inclusive podemos afirmar que puede llegar a transmitirse por el contacto cercano con alguien ya infectado con este virus. Siendo así, podemos concluir que este virus tiene predilección por el sistema respiratorio. Asimismo, al no existir respuestas rápidas por parte de los gobiernos, este se propagó rápidamente en toda China, luego en Italia y España.

Los síntomas más usuales del Covid-19 son fiebre, cansancio y tos seca. Suelen manifestarse de forma gradual y no derivar a una enfermedad grave, incluso existen pacientes Página 14 de 92 asintomáticos, pero todavía se desconoce su papel en la difusión del virus. La mayor parte de los enfermos se recupera sin problemas, pero alrededor de 1 de cada 6 desarrolla una enfermedad grave derivada de una insuficiencia respiratoria. Los ancianos, individuos que padecen deficiencia inmunológica, así como problemas cardíacos o diabetes, tienen mayor probabilidad de desarrollar la enfermedad hasta una fase de gravedad. La letalidad todavía es desconocida debido a que la manera que tiene cada país de hacer el recuento de víctimas varía y todavía no se conoce la cantidad de asintomáticos que pueden haber pasado el virus. (OMS Organización mundial de la salud, 2020)

2.3. SALUD, SISTEMAS SANITARIOS Y RESPUESTAS A LA PANDEMIA

DE COVID – 19 A NIVEL MUNDIAL

La pandemia por el Covid-19 se propagó de forma muy rápida a nivel mundial, logrando en tan solo 9 meses extenderse por alrededor de 190 países. Y, ya para finales de setiembre del 2020 las cifras alarmantes de 30 millones de personas infectadas con este virus y una tasa de mortalidad bastante alta, llegando a cobrar la vida de más de 1 millón de personas. Es importante resaltar que la morbilidad y la mortalidad de este virus se debe a 3 causas principales: 1) el propio virus, 2) la incapacidad de los sistemas sanitarios de prestar servicios de salud esenciales de forma ininterrumpida, 3) las repercusiones socioeconómicas de la pandemia.

Es por ello que, conforme lo menciona la Organización de las Naciones Unidas (2020), los sistemas de salud se han visto gravemente afectados por esta pandemia mundial, debido a que el alto número de personas contagiadas a diario durante el 2020 y parte del 2021 que fueron los años más complicados para la población mundial, eran tan exorbitantes que ponían en riesgo los servicios esenciales que brindaban los sistemas de salud. Por ejemplo, solo en el Perú, el aumento de casos hizo que se tuvieran que suspender intervenciones quirúrgicas que ya se encontraban programadas así como la suspensión de otros procedimientos que no resultaban ser tan urgentes pero que, de igual forma afectaban a los pacientes, llegando a causar daños más grandes debido a las restricciones brindadas por los distintos gobiernos en aras de proteger a la población, restricciones como las impuestas a los viajes, el corte de las cadenas de suministros y la redistribución del personal médicos para los distintos centros de salud. (p. 12)

La debilidad de los Sistemas de salud de los países de nuestra región, América Latina y el Caribe antes de la pandemia nada más se encontraba relacionado con el bajo financiamiento

recibido, la fragmentación y también la fragmentación que recibían. La región se caracteriza por tener un gasto público en salud muy por debajo del 6% del PIB y un gasto en salud per cápita mucho más bajo al de otras regionales que suelen tener un sistema de salud mucho más grande y con un financiamiento mayor al recibido en los países de nuestra región, un claro ejemplo son los países que pertenecen a la Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos (OCDE). Solo en el 2018, para tenerlo en cuenta, el gasto total en salud per cápita para los países de América Latina y el Caribe se encontraba en un promedio aproximada de 1.094 dólares (en paridad del poder adquisitivo), de los cuales 637 dólares correspondían al gasto público. Estos promedios resultan ser solo una cuarta parte del valor que corresponde al promedio de todos los países miembros de la OCDE. (CEPAL OPS, 2021, p. 4)

Ahora, es importante tener un conocimiento acerca de cómo se encuentran distribuidos o como se manejan los sistemas sanitarios a nivel internacional, es por ello que, en este contexto de Covid-19, es aún más importante y primordial el analizar los sistemas sanitarios del país en donde se originó el paciente 0 (China) y los primeros países que se vieron altamente afectados por este virus, como Italia y España.

Para empezar, **el sistema de salud chino** se encuentra basado en un sistema denominado copago estratificado. Dentro de este podemos encontrar que se diferencian 3 tipos o clases de personas aseguradas en base a la población que el propio gobierno establece: Tenemos a los trabajadores de las zonas urbanas, es decir, de las zonas con mayor movimiento económico y que cuentan con un mayor poder adquisitivo, en segundo lugar las personas que viven en zonas urbanas pero que no tienen ningún tipo de trabajo y por último tenemos al seguro denominado cooperativo, dentro de este se encuentran todas las personas que viven en las zonas rurales. Este sistema de salud chino ha logrado cubrir casi el 95% de su población total, llegando a tener un alcance casi universal. Sin embargo, es necesario

precisar que, si bien es cierto, casi la totalidad de la población china cuenta con algún tipo de seguro, el número de hospitales privados resulta ser mucho mayor al de los hospitales públicos. (ICEX, citado por Lora, 2020, p. 7)

En segundo lugar, **el sistema de salud italiano** o también conocido como el Servizio Sanitario Nazionale, (SSN) desde el año 1978 es un sistema de salud universal y totalmente gratuito para todos los italianos y también para aquellas personas que cuentan con la residencia italiana. En esa misma línea, a partir del año 1993 entró en vigencia un nuevo sistema que tenía la característica de copago y servía para poder cubrir o acceder a determinados servicios, este sistema no alcanzaba a los niños menores de 6 años, mayores de 65, desempleados, discapacitados y aquellos ciudadanos que tenían una renta que se encontraba por debajo de los ingresos que percibían. Los servicios a los que se podían acceder gracias a este nuevo sistema de copago era las consultas con los especialistas o las pruebas de imagen o para los laboratorios. (Khodjamurodov and Rechel, citado por, Lora, 2020, pp. 8-9)

En tercer lugar, **el sistema de salud español** o El Instituto Nacional de Salud (INS), fue fundado en 1986, siendo el encargado de poder garantizar que cualquier ciudadano español pueda acceder a este servicio. Actualmente, el Sistema Nacional de Salud (SNS), sigue las directrices de los principios de universalidad y libre acceso, logrando su financiamiento a través de los impuestos cobrados a la población, además este sistema de salud se encuentra organizado en 2 niveles. Por un lado, tenemos al nivel denominado nacional, este se encarga del cuidado y seguimiento de todas las comunidades autónomas, en donde se encuentran todos los centros de salud de su territorio dado que, realizan las gestiones a nivel regional. Absolutamente todos los servicios que brinda este sistema de salud son gratuitos, el único copago que realizan los ciudadanos españoles es el que realizan al momento de realizar las compras de sus medicamentos en las distintas farmacias del país.

Cabe precisar que, este sistema de salud coexiste con 2 mutuas oficiales, una de ellas que se encuentra dirigida a todos los funcionarios del país así como a las fuerzas armadas y a la judicatura, la otra mutua se encuentra dirigida a los accidentes y las enfermedades laborales. (Bernal-Delgado, citado por Lora, 2020, pp. 9-10)

Como hemos visto, los sistemas sanitarios o de salud tomados como ejemplo para la presente investigación, pese a tener una estructura orgánica claramente establecida o fortalecida por el gobierno, se vio altamente afectada frente a este nuevo virus. Es por ello que, a fin de salvaguardar a la población de cada país y en busca de mitigar el avance de este nuevo virus, estos sistemas sanitarios, así como los sistemas de todo el mundo tuvieron la necesidad de tomar nuevas medidas y estrategias.

En este contexto, los gobiernos a nivel mundial optaron por tomar medidas que incluían el distanciamiento físico entre las personas o distanciamiento social obligatorio a no menos de 2 metros, esta acción sirvió como mitigación, contención y control frente a la pandemia. Es por ello que, como lo sustenta el CEPAL – OPS (2021) la implementación de esta medida se dio a nivel mundial entre los diferentes países de cada región, teniendo una variación en cuanto a la distancia acorde a el número diario de infectados, llegando a adquirir ciertos patrones que resultaron ser particulares en determinados países y grupos de países. (p. 22)

En Italia, se optó en primer lugar por el cierre de todos los centros comerciales y centros educativos a medida que los casos continuaban aumentando, cancelando también cualquier área de asistencia masiva en museos, teatros o cines. También hubo restricción en la libertad de movimiento, tan solo se podía salir de casa por causa de fuerza mayor o una hora para hacer ejercicio.

Junto a esta medida, los países, considerando las pocas unidades de camas UCI en cada

región del mundo, se vieron en la necesidad de dirigir sus esfuerzos en este extremo, logrando aumentar la capacidad de camas UCI para las atenciones hospitalarias y, de manera particular, la capacidad en cuidados intensivos. Según, CEPAL – OPS (2021) en base a la información disponible para 16 países de América Latina y el Caribe, entre marzo de 2020 y julio de 2021 se observa un aumento de 63.222 camas de unidades de cuidados intensivos (UCI), lo que representa un incremento del 103% en dichas capacidades. Este aumento ha sido desigual: mientras que algunos países, como México y Venezuela (República Bolivariana de), cuadruplicaron con creces la disponibilidad de camas de UCI en el período, otros, como la Argentina, el Ecuador, Honduras y Panamá, lograron un aumento más moderado. (p. 6)

Otras de las medidas adoptadas en búsqueda de contener la propagación del virus fue el establecer las cuarentenas, y las restricciones de movilidad, teniendo esto una situación muy cambiante durante el desarrollo de la pandemia y que, resulto ser adoptada por casi todos los países a nivel mundial.

Allí se observa que mientras la movilidad asociada al transporte y las instalaciones laborales disminuyeron hasta un 20% por debajo de los niveles anteriores a la pandemia, la movilidad asociada con las compras en farmacias y almacenes siempre estuvo en niveles similares a la línea de base. (CEPAL – OPS, 2021, p. 9)

Por ejemplo, en China, el día 23 de enero del 2020, teniendo ya 547 casos confirmados y 17 fallecidos queda totalmente bloqueada la ciudad de Wuhan tanto para entrar como para salir de ella. Otras de las medidas adoptadas por este gobierno fueron: La cuarentena voluntaria de 2 semanas para todas aquellas personas que volvían de viaje tras celebrar el año nuevo chino, se vuelve al trabajo prevaleciendo el distanciamiento social obligatorio, la protección individual y el teletrabajo.

Respecto a las medidas fiscales adoptadas por cada país, estos se enfocaron en brindar un apoyo económico a las familias a través de las transferencias de dinero, lo que en Perú fue denominados, los bonos, los cuales fueron siendo entregados a los ciudadanos de cada país conforme a las medidas de liquidez de sus gobiernos.

2.4. EL ESTADO DE EMERGENCIA SANITARIA POR COVID-19 EN EL PERÚ

2.4.1. ANTECEDENTES DE ESTADO DE EMERGENCIA SANITARIA EN EL PERÚ

A través del tiempo las pandemias que se han venido suscitando han sido una pieza clave en la evolución del hombre, como un factor determinante en nuestra adaptación como seres vivos y en la búsqueda de nuevos inventos que nos permiten luchar contra estas, todo en aras de lograr la supervivencia de nuestra especie.

Como primer antecedente, tenemos que en el año 1810 se llevó a cabo la primera campaña de vacunación en el país, en el contexto de la lucha contra el nuevo virus que azotaba en dicha época, la viruela. Nuestro país ha mantenido una lucha constante con las pandemias a lo largo de la historia. Por ejemplo, las guerras de la independencia, los conflictos de los caudillos militares, la guerra con Chile, son eventos que hicieron que la respuesta del Estado a las epidemias sean sobre todo campañas cíclicas. (Lossio, 2021, p. 56)

En cuanto a las respuestas sociales, existen varios patrones que se han venido repitiendo a lo largo de la historia. Por ejemplo, ante la aparición de estos nuevos virus se suele buscar en primer lugar un culpable, llegando siempre a la misma conclusión de que el agente causante de estas nuevas enfermedades son los extranjeros.

Así, como afirma Lossio (2021), cuando la epidemia de la fiebre amarilla azoto al

país en el año 1868, se culpó de esto a todos los inmigrantes chinos. Posteriormente, en el año 1991 al 2000, con la epidemia del cólera, los culpables fueron los vendedores de comidas ambulantes. En 2009, cuando ocurrió la pandemia del AH1N1, que surgió de granjas de cerdos de propiedad norteamericana ubicadas en Veracruz, se culpó a los mexicanos y sus supuestos malos hábitos alimenticios. Y, por último, en el caso del covid-19, los culpables son las personas que salen a vender a las calles en el contexto de cuarentena. (p. 37)

En cuanto a las respuestas del Estado, es importante resaltar que hasta finales del siglo XIX las sociedades benéficas y las órdenes religiosas eran las que solían afrontar las pandemias del país, hasta que, recién a partir del siglo XX, la salud se vuelve un deber y obligación del estado. Siendo un impulso para este hecho la pandemia de la influenza española y la fiebre amarilla, en los años 1918 y 1919 respectivamente.

Es por ello que, es Estado en el año de 1935 crea algunas instituciones en búsqueda de velar por la población, estas son el Ministerio de Salud Pública y Bienestar Público. Luego de la Segunda Guerra Mundial aparece el concepto de la salud como un derecho humano y se crean la Organización Mundial de la Salud (OMS) y otras instancias internacionales. (Lossio, 2021, p. 41)

Un antecedente importante fue la ley de vacunación obligatoria, de 1876. que permitió crear el Instituto Nacional de la Vacuna (futuro Instituto Nacional de Salud, INS), se pudo otorgar un presupuesto mucho mayor para poder tener un mayor número de vacunadores en todo el país y de esta forma poder organizar más campañas de vacunación.

Ese énfasis en la vacuna, en la mayor inversión en ciencia, permitió en la década de

1940 controlar la viruela y, a mediados de los años cincuenta, convertir al Perú en exportador de vacunas contra la viruela y otras enfermedades. (p. 125)

Las epidemias de fiebre amarilla y del cólera a mediados del siglo XIX, produjeron el mayor número de muertes entre las personas menos acomodadas, con menos acceso al agua potable y más hacinadas y menos capacidad de acceder a un doctor. Un siglo después, sucedería lo mismo con las víctimas del cólera. En algunos casos, podemos decir que no ha cambiado nada y se culpa a las víctimas, en vez de cuestionar los problemas estructurales.

La campaña masiva de vacunación de la VAN, que se inició en 1985 y en 1991 permitió la erradicación de la polio, porque no solo estuvo el Estado, sino que también participó activamente toda la sociedad civil.

“Una característica histórica de la salud pública ha partido de las campañas verticales, donde los funcionarios elaboran una pauta de campaña y todo el que cuestione es un ignorante. Eso no ha funcionado. Mejor ha funcionado cuando el Estado, vía campañas de comunicación o incorporando las visiones de las médicos o autoridades regionales, ha logrado su involucramiento. Como la VAN, que involucró a maestros, enfermeras, estudiantes, madres de familias, rotarios, a toda la sociedad organizada”.

2.4.2. CRONOLOGÍA DE LA DECLARATORIA DE ESTADO DE EMERGENCIA POR COVID – 19 EN EL PERÚ

El 31 de diciembre de 2019, la Comisión Municipal de Salud de Wuhan, provincia de Hubei, en China, notificó a la Organización Mundial de la Salud (OMS) de varios casos de neumonía en la ciudad por causa desconocida. Ese mismo día, la OMS activó su estado de emergencia para abordar el brote del nuevo coronavirus, causante de síndrome respiratorio agudo severo, al cual se le denominó como SARS-CoV-2

por el Comité Internacional de Taxonomía de los Virus.

Dada la rápida propagación de la enfermedad en diversos países, el 11 de marzo de 2020, la OMS declaró al nuevo coronavirus como pandemia a nivel global, alertando a todos los países del mundo a implementar medidas urgentes contra esta nueva enfermedad, que ya ha generado una de las crisis sanitarias internacionales más severas de la historia. (Shack, 2021, p. 22)

A lo expuesto por Shack debemos sumarle la crisis económica que se venía presentando no solo en nuestro país sino también a nivel mundial, todo esto como consecuencia de las medidas de aislamiento y la cuarentena que se dictaron como una medida para combatir esta pandemia por Covid-19, afectando a los diversos sectores económicos, el ajuste de las cadenas de suministro globales, la reducción de la población activa ocupada y la reducción del poder adquisitivo de los hogares.

En esa misma fecha, el gobierno peruano mediante el Decreto Supremo N° 008-2020- SA, declaró la emergencia sanitaria a nivel nacional por un plazo de 90 días calendario, el cual dispuso un plan de acción para combatir, dar respuesta y mitigar los efectos de la pandemia; dicho plazo fue prorrogado por los Decretos Supremos N°020-2020-SA, N°027-2020-SA y N°031-2020-SA, el cual concluirá hasta marzo 2021. (Shack, 2021, p. 22)

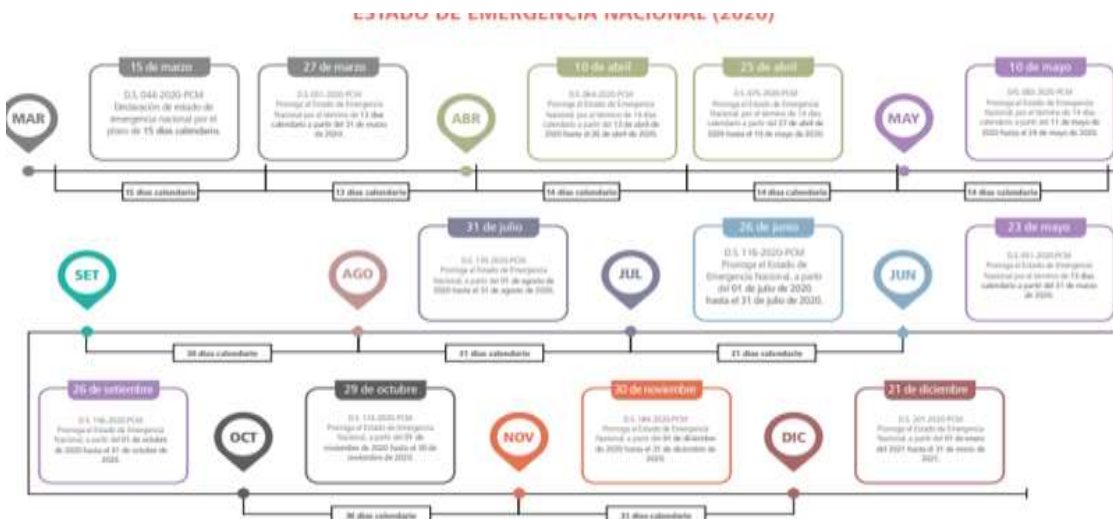
Pocos días después, Shack (2021) nos dice que, el gobierno peruano con el propósito de poder mitigar la propagación de la COVID-19, promulga el Decreto Supremo N° 044-2020-PCM, mediante el cual declara el Estado de Emergencia Nacional por el plazo de quince 15 días calendario y dispone el aislamiento social obligatorio, más conocido como la cuarentena. Estas no fueron las únicas medidas promulgadas a través de dicho decreto, sino que también se dictaron ciertas medidas en aras de

“LA PRIMACÍA DE LA PROTECCIÓN A LA SALUD PÚBLICA FRENTE AL EJERCICIO DEL DERECHO AL TRABAJO EN EL CONTEXTO DE COVID-19 EN EL PERÚ”

proteger la vida y la salud de la población con la finalidad de reducir la posibilidad del incremento del número de afectados por la COVID-19. (p. 22)

Dicho plazo ha sido prorrogado, sumando a la fecha casi un año de emergencia nacional, conforme a los Decretos Supremos Nros. 051- 2020-PCM, 064-2020-PCM, 075-2020-PCM, 083- 2020- PCM, 094-2020-PCM, 116-2020-PCM, 135-2020-PCM, 146-2020-PCM, 156- 2020-PCM, 174-2020-PCM, 184-2020-PCM y 201-2020-PCM hasta el 31 de enero de 2021, que, si bien en el marco de las fases de reactivación económica se han ido liberando algunas restricciones, aún se mantiene la inmovilización social obligatoria por horarios establecidos.

Para mayor efecto y un fácil entendimiento de las medidas otorgadas a lo largo del estado de emergencia en nuestro país, hemos visto conveniente anexar la siguiente línea de tiempo a fin de hacerlo más didáctico para nuestra investigación.



2.5. EFECTOS LEGALES A NIVEL DE DERECHOS CONSTITUCIONALES DE LA DECLARATORIA DE ESTADO DE EMERGENCIA POR COVID – 19 EN EL PERÚ

2.5.1. DERECHOS QUE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ PERMITE LIMITAR EN UN ESTADO DE EMERGENCIA

Tras el anuncio de estado de emergencia a nivel nacional el 15 de marzo del 2020 por la pandemia de Covid-19 en nuestro país es muy importante establecer y tener en claro cuáles son los derechos que la constitución Política del Perú permite puedan ser suspendidos o limitados, conforme lo establece el artículo 137°, en su inciso 1: “Estado de emergencia, en caso de perturbación de la paz o del orden interno, de catástrofe o de graves circunstancias que afecten la vida de la Nación. En esta eventualidad, puede restringirse o suspenderse el ejercicio de los derechos constitucionales relativos a la libertad y la seguridad personales, la inviolabilidad del domicilio, y la libertad de reunión y de tránsito en el territorio comprendidos en los incisos 9, 11 y 12 del artículo 2° y en el inciso 24, apartado f del mismo artículo. En ninguna circunstancia se puede desterrar a nadie”,

Como lo establece nuestra carta magna, en un estado de emergencia como el decretado por la pandemia de Covid-19 en nuestro país y a nivel mundial, se puede restringir algunos derechos fundamentales. Esto no significa que la ciudadanía ya no cuente con estos derechos, sino que pueden establecerse medidas para limitarlos. En algunos estados de emergencia una de las medidas utilizadas ha sido el “toque de queda”. Esta no ha sido dictada en esta oportunidad. (Defensoría del pueblo, 2022)

“LA PRIMACÍA DE LA PROTECCIÓN A LA SALUD PÚBLICA FRENTE AL EJERCICIO DEL DERECHO AL TRABAJO EN EL CONTEXTO DE COVID-19 EN EL PERÚ”

La suspensión de estos derechos se mantiene salvo se necesite utilizarlos para garantizar el acceso a servicios y bienes básicos de tal manera que se puedan alcanzar los objetivos sanitarios trazados. Se permitirá adquirir productos de primera necesidad, transacciones bancarias, compras de medicamentos, asistir a centros de salud, cuidar de personas en situación de vulnerabilidad, entre otros trabajos afines a seguridad y salud. (Pontificie Universidad Católica del Perú, 2020)

Para que estas medidas se cumplan y se respete la suspensión de estos derechos en un contexto de pandemia como el que hemos vivido y continuamos viviendo en nuestro país es necesario contar con el apoyo de la Policía Nacional, así como también de las Fuerzas Armadas. Estas dos instituciones pueden durante este estado de emergencia intervenir a las personas en aras de mantener el cumplimiento de esta suspensión de derechos, todo dentro del marco constitucional. Es importante mencionar que nuestro país ha ratificado tratados de derechos humanos, logrando establecer un catálogo de derechos fundamentales y constitucionales que no pueden ser restringidos bajo ningún contexto.

Este catalogo de derechos intangibles están referidos al derecho a la vida, al derecho a la integridad personal, al derecho de conciencia y religión, al derecho a la nacionalidad, el derecho a la integridad personal, el derecho a las garantías judiciales y a un debido proceso, al derecho a tutela jurisdiccional efectiva y al irrestricto derecho a nombrar un abogado de su libre elección, entre otros. (Campos, 2020, p.1)

En ese sentido, La Convención Americana de Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, establece que estos derechos deben ser respetados y siempre mantienen su característica de inalienables, por lo tanto,

la vulneración de estos derechos a cualquier persona en el territorio nacional mientras nos encontramos en un contexto de Estado de Emergencia permite a la jurisdicción constitucional a través de procesos de habeas corpus o procesos de amparo, para estimar el derecho conculcado.

2.5.2. DECRETO LEGISLATIVO N° 179-2021-PCM

Mediante el Decreto Supremo N° 179-2021-PCM se ha dispuesto lo siguiente:

“14.7 A partir del 10 de diciembre de 2021, toda persona que realice actividad laboral presencial, deberá acreditar su esquema completo de vacunación contra la COVID-19, siendo válidas las vacunas administradas tanto en el Perú como en el extranjero.

En el caso de los prestadores de servicios de la actividad privada que no cuenten con el esquema completo de vacunación, deberán prestar servicios a través de la modalidad de trabajo remoto. Cuando la naturaleza de las labores no sea compatible con el trabajo remoto, se entenderá producido el supuesto de suspensión del contrato de trabajo, sin goce de haberes, de conformidad con el primer párrafo del artículo 11 y el literal II) del artículo 12 del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado por Decreto Supremo N° 003-97-TR, salvo que las partes acuerden la suspensión imperfecta del vínculo laboral. Mediante resolución ministerial, el Ministerio de Salud en coordinación con el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, podrá establecer supuestos de excepción y disposiciones complementarias. Siendo obligación del empleador verificar el cumplimiento de las disposiciones antes señaladas.”

Asimismo, para los trabajadores del sector público se estableció que, aquellos que no tengan completo el esquema de vacunación, se aplica lo dispuesto en la Única Disposición Complementaria Final del Decreto de Urgencia N° 055-2021 y las disposiciones complementarias que emita el Ministerio de Salud en coordinación con la Autoridad Nacional del Servicio Civil.

Este Decreto Supremo entró en vigencia el 10 de diciembre del 2021 y como bien se ha señalado, los empleadores estaban en la facultad de poder permitir el ingreso a su centro de labora únicamente a aquellos trabajadores que hayan cumplido con el esquema completo de vacunación.

Con relación a las consecuencias para los trabajadores que se nieguen a vacunarse se estableció lo siguiente:

- Si el trabajador no vacunado puede realizar trabajo remoto, deberá prestar servicios bajo esta modalidad, sin afectar su relación laboral.
- Cuando no sea posible realizar trabajo remoto por la naturaleza de sus actividades, el empleador podrá suspender el pago de la remuneración. Si las partes lo acuerdan, puede pactarse una licencia con goce de haber.
- No se ha regulado sobre la posibilidad de sancionar al personal que no desee vacunarse.

2.5.3. DECRETO LEGISLATIVO N° 016-2022-PCM

2.5.3.1. MEDIDAS RESTRICTIVAS PARA LOS TRABAJADORES QUE NO PORTEN EL CARNET DE VACUNACIÓN.

Las medidas adoptadas por el Gobierno en este decreto supremo siguieron

la misma línea de las adoptadas en el D.S. 179-2021-PCM. Entre las que tenemos:

En el caso de los prestadores de servicios de la actividad privada que no cuenten con el esquema completo de vacunación, deben prestar servicios a través de la modalidad de trabajo remoto.

Cuando la naturaleza de las labores no sea compatible con el trabajo remoto, se entenderá producido el supuesto de suspensión del contrato de trabajo, sin goce de haberes, de conformidad con el primer párrafo del artículo 11 y el literal II) del artículo 12 del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado por Decreto Supremo N° 003-97-TR, salvo que las partes acuerden la suspensión imperfecta del vínculo laboral.

Mediante resolución ministerial, el Ministerio de Salud, en coordinación con el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, puede establecer supuestos de excepción y disposiciones complementarias. Es obligación del empleador verificar el cumplimiento de las disposiciones señaladas en el presente numeral.

Para el caso de los trabajadores del sector público que no cuenten con el esquema completo de vacunación, es de aplicación lo dispuesto en la Única Disposición Complementaria Final del Decreto de Urgencia N° 055- 2021 y las disposiciones complementarias que emita el Ministerio de Salud, en coordinación con la Autoridad Nacional del Servicio Civil.

“LA PRIMACÍA DE LA PROTECCIÓN A LA SALUD PÚBLICA FRENTE AL EJERCICIO DEL DERECHO AL TRABAJO EN EL CONTEXTO DE COVID-19 EN EL PERÚ”

De forma adicional a estas medidas, se impuso también una sanción para aquellos empleadores que permitan laborar a sus trabajadores sin tener el esquema de vacunación completo, siendo SUNAFIL el ente encargado de imponer dichas multas. Por ello, dicha multa oscilaba entre S/ 11,572 (2.63 UIT) Y S/ 231,132 (52.53 UIT) dependiendo el número de trabajadores afectados.

2.5.3.2. EFICACIA DE LAS NORMAS DICTADAS EN ESTADO DE EMERGENCIA POR EMERGENCIA SANITARIA DE COVID-19 EN EL PERÚ

Es importante precisar que durante el periodo de emergencia sanitaria el Gobierno dispuso e implementó una serie de medidas de carácter administrativo, tributario y de otros instrumentos en materia de política fiscal y monetaria, con la finalidad de permitir intervenciones rápidas para la contención de la pandemia por la COVID-19, así como para la reactivación económica del país.

Medidas por política

Enfocado en: ● La contención del COVID-19 ● La reactivación económica



En términos de recursos dispuestos para el poder implementar ciertas medidas idóneas en el 2020, el gobierno peruano emitió un total de 175 dispositivos legales, los cuales se dividían en: 8 Decretos Legislativos, 91 Decretos Supremos y 76 Decretos de Urgencia, autorizando en estos dispositivos legales que se asignen fondos públicos por un total de 113 083 millones de soles. Debemos precisar también que, los recursos habilitados fueron emitidos en un 60.1% fue por Decretos Legislativos, un 29.8% por Decretos de Urgencia y solo 10.1% a través de Decretos Supremos. (Shack, 2021, p. 24)

Referente al presupuesto público, el Poder Ejecutivo autorizó la suma de 37 155 millones de soles, los cuales serían administrados por todas las entidades públicas de los tres niveles de gobierno. Respecto al presupuesto utilizado durante el año fiscal del 2020, nuestro gobierno reportó a través del aplicativo web de Consulta Amigable COVID-19 que 23 817 millones de soles fueron incorporados en el Presupuesto Institucional Modificado (PIM) como una inversión denominada “prevención, control, diagnóstico y tratamiento de Coronavirus”, y su ejecución (devengado) ascendió a 22 193 millones de soles. (Shack, 2021, p. 25)

De los recursos restantes, Shack (2021) señala que, un total de 13 338 millones de soles, se incorporaron en todos los pliegos presupuestales de las entidades encargadas de implementar diversas medidas de contención del

virus, pero al tener una clasificación distinta, forman parte del seguimiento regular de ejecución presupuestal (Consulta amigable del MEF). (p. 25)

En ese sentido, podemos afirmar que los recursos asignados durante el estado de emergencia que atraviesa nuestro país puede dividirse en dos rubros: a) Recursos para la contención de la COVID-19 para estrategias sanitarias, soporte a las familias y empresas, continuidad de la educación y apoyo a los gobiernos regionales y locales y b) Recursos para la reactivación económica en el marco de la emergencia sanitaria, los cuales se han distribuido entre medidas concretas de la siguiente manera:

A. Recursos asignados durante la fase de contención de la COVID-19 para estrategias sanitarias, soporte a las familias y empresas, continuidad de la educación y apoyo a los gobiernos regionales y locales.

Este primer grupo de medidas se concentran esencialmente en la contratación de bienes y servicios, así como programas de subsidios para incrementar la capacidad de respuesta de los servicios de salud, y otros esenciales, como educación y seguridad, así como aminorar el impacto social en los hogares vulnerables. Para lo cual se brindaron distintos tipos de bonos como el bono rural, el bono para trabajadores independientes, el bono general, etc.

B. Recursos asignados para la reactivación económica en el marco de la emergencia sanitaria.

Teniendo en cuenta que, con el rápido avance y desarrollo de la pandemia

no solo se veía afectada la salud de todo el pueblo peruano, sino también efectos negativos en los mercados económicos y claro está en las empresas, quienes se han visto afectadas en su baja producción y comercialización de sus productos, un componente clave de la estrategia del gobierno para hacer frente a la COVID-19, es el proceso de reactivación económica mediante la implementación de dos grupos de medidas.

En primer lugar, conforme lo señala Shack (2021), se ideó un plan para la reanudación de las actividades de forma gradual y progresiva, la cual se llevaría a cabo en 4 fases:

- La primera fase empezó en el mes de mayo de acuerdo a lo establecido en el Decreto Supremo N° 080-2020-PCM, con la reanudación de los sectores de minería, industria, construcción, servicios, turismo y comercio.
- La segunda fase inició en el mes de junio, de acuerdo a lo establecido en el Decreto Supremo N° 101-2020-PCM, donde se reiniciaron labores relacionadas al rubro de agricultura, minería, manufactura, construcción, comercio y servicios.
- La tercera fase comenzó en el mes de julio, de acuerdo a lo establecido en el Decreto Supremo N° 117-2020-PCM, con la reanudación de los sectores de energía y minería, y agricultura no comprendidas en las fases anteriores, con el funcionamiento de restaurantes y el transporte terrestre interprovincial, aéreo y fluvial a nivel nacional, emisión de brevets, servicios de comercialización,

entre otros.

- Y, por último, la fase 4 inició el 1 de octubre de acuerdo a lo establecido en el Decreto Supremo N° 157-2020-PCM, y están comprendidas, entre otros, tiendas en general, restaurantes y servicios afines con un aforo al 50%, servicios de transporte marítimo de pasajeros con aforo al 50% y los vuelos internacionales; así como otros servicios de arte, entretenimiento y esparcimiento. (p. 33)

Y, en segundo lugar, un componente fundamental de este proceso de reactivación fue el otorgamiento de operaciones de crédito o garantías a través del Sistema Financiero para apoyar a los agentes productivos.

CAPITULO III:

La resolución de conflictos entre derechos constitucionalmente reconocidos

3.1. CONCEPTO DE DERECHOS HUMANOS

El concepto de derechos humanos está íntimamente relacionado con el reconocimiento a la dignidad de una persona por parte del Estado, pues justamente el Estado es un constructo social elaborado por los seres humanos para asegurar su propia protección; por lo tanto se debe a ellos y no puede ser empleado bajo ninguna circunstancia para vulnerar atributos inherentes a las personas y por el contrario, debe ser el medio para que cada individuo pueda desarrollarse adecuadamente en el entorno social en el que vive y alcanzar de este modo una vida plena.

Pérez Luño (2003), nos explica que los doctrinarios han reservado el término «derechos fundamentales» para designar los derechos positivados a nivel interno, en tanto que referirnos a «derechos humanos» es lo más adecuado para denominar los derechos naturales positivados en las declaraciones y convenciones internacionales, así como a aquellas exigencias básicas relacionadas con la dignidad, libertad e igualdad de la persona que no han alcanzado un estatuto jurídico positivo (p. 44).

Actualmente, la sociedad reconoce y acepta que todo ser humano, por el simple hecho de serlo tiene derechos frente al Estado, los cuales esta entidad está obligado a proteger y garantizar. Ello implica que todo ciudadano debe disponer de mecanismos judiciales eficaces para la protección de sus derechos para así prevenir las violaciones a sus derechos debido a cosas tan irrelevantes como temas burocráticos. En otras palabras: el Estado está obligado a tomar las acciones necesarias para prevenir situaciones lesivas a los derechos de sus ciudadanos y en el supuesto de que se vulnere alguno de estos derechos debe proporcionar los medios necesarios para exigir que dicho derecho sea reestablecido de manera oportuna a fin de que no se dañe irreparablemente algún aspecto de la vida de las personas, y si el daño ya ha sido producido, debe garantizar su reparación y de ser al caso,

aplicar las sanciones pertinentes a los responsables.

La noción de derechos humanos se corresponde con la afirmación de la dignidad de la persona frente al Estado. El poder público debe ejercerse al servicio del ser humano: no puede ser empleado lícitamente para ofender atributos inherentes a la persona y debe ser vehículo para que ella pueda vivir en sociedad en condiciones cónsonas con la misma dignidad que le es consustancial. (Nikken P. 1994.p.15)

3.2. CONCEPTO DE DERECHOS CONSTITUCIONALES

Para hablar de derechos constitucionales, nos debemos remontar a las primeras declaraciones de derechos individuales con fuerza legal que el hombre como ser social y cansado de haber vivido por siglos en sistemas monárquicos autoritarios realizó; ello es, que surgen a la par de, por ejemplo, la declaración de independencia norteamericana e iberoamericana, así como de la revolución francesa.

La voluntad del Legislador internacional o del Legislador constituyente, no crea los derechos humanos, solo los reconoce. Los derechos humanos reconocidos por el Constituyente se denominan como derechos fundamentales. Los derechos fundamentales son los derechos humanos constitucionalizados. (Castillo L, 2018, p.36)

Es así que los derechos humanos se constitucionalizan y se vuelven el pilar de las cartas magnas de los diferentes estados libres alrededor del mundo, dado que el reconocimiento de la intangibilidad e irrenunciabilidad de los derechos más fundamentales de los que goza un ser humano constituye una obligación de garantía y un límite al alcance de las competencias del poder público; por lo que en Estado Constitucional de derecho es poco probable que se dicten leyes u normas que nieguen, restrinjan o vulneren el ejercicio de un derecho humano, sin embargo, esto puede ocurrir debido a la incorrecta interpretación del derecho humano por parte del legislador constituyente y/o por una situación de fuerza

mayor que lo obligue a tomar la decisión de menoscabar el goce de un derecho en aras de proteger a otro que considere de mayor importancia para la situación en concreto.

Al respecto, el profesor Landa Arroyo, C. (2017) nos explica que: Ningún derecho fundamental es absoluto, ello debido a que como parte del convenio social los ciudadanos son titulares de derechos, por lo cual algunas veces un mismo derecho puede ser invocado desde una perspectiva diferente por cada persona. A su vez, el titular del derecho tiene un límite al momento de invocarlo, y este consiste en que podrá ejercitarlo siempre y cuando este ejercicio sea razonable y proporcional; para lo cual se le ha proporcionado determinadas técnicas, como lo son el principio de concordancia práctica el cual busca armonizar en una situación en concreto los derechos en conflicto y por otro lado tenemos al principio de proporcionalidad, mediante el cual se determina la adecuación, necesidad y proporcionalidad de las medidas legislativas, administrativas y judiciales que involucren derechos constitucionales. (pp.20-21)

3.3.. LOS DERECHOS AL TRABAJO Y A LA SALUD PÚBLICA EN LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ DE 1993

La constitución Política del Perú que actualmente está vigente es la de 1993. Fue promulgada el 29 de diciembre de 1993 por él en ese entonces presidente de la República Alberto Fujimori Fujimori y entró en vigencia el 01 de enero de 1994.

Si bien la Constitución Política de 1993 trajo consigo cambios importantes en lo que respecta al régimen económico del país; el tratamiento a otro tipo de derechos no tuvo mayor variación, siendo que desde la Constitución de 1979 y las que la precedieron, se le da especial reconocimiento y protección a los derechos fundamentales de la persona, entre los cuales se encuentran los que son materia de análisis en la presente tesis, siendo ellos: el derecho al trabajo y el derecho a la salud Pública.

El derecho al trabajo está dentro del listado de los derechos Sociales y Económicos de los que gozan todos los peruanos, los cuales están contenidos en el Capítulo II de la Constitución Política del Perú, siendo relevantes para los fines de la presente investigación los siguientes:

- Artículo 22º: El trabajo es un deber y un derecho. Es base del bienestar social un medio de realización de la persona.
- Artículo 23º: El trabajo, en sus diversas modalidades, es objeto de atención prioritaria del Estado, el cual protege especialmente a la madre, al menor de edad y al impedido que trabajan. El Estado promueve condiciones para el progreso social y económico, en especial mediante políticas de fomento del empleo productivo y de educación para el trabajo. Ninguna relación laboral puede limitar el ejercicio de los derechos constitucionales, ni desconocer o rebajar la dignidad del trabajador. Nadie está obligado a prestar trabajo sin retribución o sin su libre consentimiento.
- Artículo 26º: En la relación laboral se respetan los siguientes principios:
 1. Igualdad de oportunidades sin discriminación.
 2. Carácter irrenunciable de los derechos reconocidos por la Constitución y la ley.
 3. Interpretación favorable al trabajador en caso de duda insalvable sobre el sentido de una norma.

Landa Arroyo (2017) explica que el derecho al trabajo tiene una dimensión subjetiva y una dimensión objetiva. Como derecho subjetivo, presupone el acceso al empleo y el derecho a la protección adecuada frente al despido arbitrario. Desde el punto de vista objetivo, el derecho al trabajo obliga al Estado a generar políticas, planes y

programas que logren el empleo de la mayor cantidad de habitantes del país. (p. 147)

Por su parte, el derecho a la salud también se encuentra contemplado en el Capítulo II de nuestra Carta Magna, siendo que en el Artículo 7° se establece que: Todos tienen derecho a la protección de su salud, la del medio familiar y la de la comunidad, así como el deber de contribuir a su promoción y defensa. La persona incapacitada para velar por sí misma a causa de una deficiencia física o mental tiene derecho al respeto de su dignidad y a un régimen legal de protección, atención, readaptación y seguridad.

Asimismo, el Artículo 9° prescribe: El Estado determina la política nacional de salud. El Poder Ejecutivo norma y supervisa su aplicación. Es responsable de diseñarla y conducirla en forma plural y descentralizadora para facilitar a todos los accesos equitativos a los servicios de salud, y en el mismo sentido en el Artículo 11° se ha especificado que: El Estado garantiza el libre acceso a prestaciones de salud y a pensiones, a través de entidades públicas, privadas o mixtas. Supervisa asimismo su eficaz funcionamiento.

En el Perú, el ejercicio del derecho a la salud se ha visto limitado por varias razones, siendo la principal una insuficiente cantidad de establecimientos de salud públicos y, en segundo lugar, la necesidad de abastecer correctamente con medicamentos e insumos los establecimientos ya existentes, especialmente en las zonas rurales y urbanas marginales, donde el acceso a la salud es limitado y muchas veces la atención es deficiente debido a las carencias antes mencionadas.

3.4. EL PRINCIPIO DE JERARQUÍA DE LA NORMA

El concepto del principio de jerarquía de la norma se refiere a cómo se establece el orden de aplicabilidad de las normas jurídicas y cómo se resuelven las posibles contradicciones entre normas de diferentes rangos.

Este concepto está íntimamente relacionado con la pirámide de Kelsen, la cual fue creada por el reconocido jurista Hans Kelsen, quien definió este sistema como la forma en que un conjunto de normas jurídicas se relaciona y justamente la forma principal de relación entre ellas dentro de un sistema es a través del principio de jerarquía de la norma. Esto significa que las normas o leyes que conforman un sistema jurídico se relacionan unas con otras en función de su rango, por lo que una ley que se encuentra en una posición inferior no puede contradecir a otra que esté en una posición superior, ya que no tendría efecto jurídico o al menos no debería tenerlo.

En el Perú, el principio de jerarquía de la norma se traduce de la siguiente manera:

- **Primer Nivel: Constitución Política del Perú.**

La norma primaria del ordenamiento legal es aquella que constituye el marco general dentro del cual deben ubicarse todas las normas jurídicas. Contiene los principios fundamentales que garantizan los derechos y deberes de las personas, así como la organización, funcionamiento y responsabilidad del Estado. Esta norma tiene preeminencia sobre cualquier otra norma jurídica y es emitida por el Congreso Constituyente.

- **Segundo Nivel: Actos legislativos.**

- **Tratados:** Los tratados son acuerdos que el Perú celebra con uno o más estados, y establecen derechos y obligaciones entre los estados firmantes.

El presidente de la república es el funcionario autorizado para celebrar los tratados en nombre del país. Los tratados constituyen reglas de derecho internacional y, para que sean incorporados al ordenamiento jurídico interno del país, requieren una ley de ratificación que los apruebe y los haga efectivos en el territorio nacional.

- **Leyes:** Las leyes son normas jurídicas de carácter general, abstracto y obligatorio. Se originan a través de la presentación de un proyecto de ley que puede ser iniciado por distintas entidades, como el presidente de la república, el Congreso, los poderes del Estado, organismos constitucionales, gobiernos regionales, colegios profesionales o personas naturales. Dentro de las leyes podemos encontrar distintos tipos de normas, entre las que se incluyen:
 - **Ley Orgánica:** Las leyes orgánicas son aquellas que establecen la estructura y funcionamiento de las entidades del Estado previstas en la Constitución, así como las materias que está expresamente contempla que se regulan por tales leyes. Para que una ley orgánica sea aprobada se requiere el voto de más de la mitad del Congreso. Es decir, debe ser aprobada por una mayoría absoluta de los congresistas en cada una de las cámaras legislativas que conformen los parlamentos. Una vez aprobada, la ley orgánica debe ser promulgada por el presidente de la República y publicada en el Diario Oficial El Peruano para que tenga efectos jurídicos.
 - **Ley Ordinaria:** Las leyes ordinarias son normas escritas de carácter general que emanan del Congreso de acuerdo al procedimiento establecido

por la Constitución. Pueden abarcar diversas ramas del derecho, como el derecho civil, tributario, penal, entre otros.

- **Resolución Legislativa:** Una resolución legislativa es un acto normativo emitido por el Congreso con una finalidad específica, que puede tener fuerza de ley en casos particulares. A diferencia de las leyes ordinarias, que tienen un alcance general y regulan materias diversas, las resoluciones legislativas se emiten para resolver asuntos específicos, como, por ejemplo, la autorización para el ingreso de tropas extranjeras al territorio nacional, la aprobación de convenios internacionales, la designación de funcionarios públicos de alta jerarquía, entre otros.
- A pesar de que pueden tener fuerza de ley en casos particulares, las resoluciones legislativas no son una fuente primaria del derecho como lo son las leyes, y su aplicación se limita al ámbito específico para el cual fueron emitidas.
- **Decreto Legislativo:** Un decreto legislativo es una norma jurídica que emana del Poder Ejecutivo, en virtud de la facultad delegada que le otorga el Congreso de la República, a través de una ley específica conocida como ley de delegación. Este tipo de norma tiene un carácter "sui generis", es decir, que se encuentra en una categoría propia, ya que se deriva de una autorización expresa del Congreso.
- El objetivo principal de los decretos legislativos es agilizar la labor legislativa del Congreso, ya que permiten al Poder Ejecutivo dictar normas en aquellas materias que le son delegadas, sin tener que esperar el proceso de discusión y aprobación que implica la emisión de una ley. El presidente

de la República está obligado a dar cuenta al Congreso o a la Comisión Permanente de los Decretos Legislativos que dicta, lo que permite al Legislativo ejercer un control sobre la normativa que emite el Poder Ejecutivo.

- **Decreto de Urgencia:** Un Decreto de Urgencia es una norma jurídica emitida por el Poder Ejecutivo en situaciones de necesidad y urgencia, cuando se requiere tomar medidas extraordinarias para regular situaciones de carácter económico o financiero que afecten el interés nacional. Estas medidas tienen como objetivo resolver situaciones que requieren una acción inmediata y no pueden esperar el proceso normal de elaboración y aprobación de una ley. Para poder emitir un Decreto de Urgencia, el Poder Ejecutivo debe fundamentar la necesidad y urgencia de la medida y señalar el plazo de vigencia de la misma. Además, se requiere la opinión favorable del Consejo de Ministros y se debe informar al Congreso de la República sobre la emisión del Decreto, para que este pueda ejercer su labor de control político.

- **Tercer Nivel: Actos administrativos.**
Un acto administrativo es una declaración de voluntad, juicio o conocimiento, realizada por la administración pública, que tiene por objeto crear, modificar o extinguir una situación jurídica individualizada, y que produce efectos jurídicos sobre los administrados. Ejemplos de actos administrativos pueden ser resoluciones, decretos, ordenanzas, entre otros.

3.5. EL TEST DE PONDERACIÓN O PROPORCIONALIDAD DE LOS

DERECHOS

Un test puede ser definido como la recopilación de una serie de categorías objetivas que se integran por un objetivo específico y que se aplican a partir de las circunstancias de un caso en concreto.

Dentro del Sistema Jurídico Peruano, es posible identificar al menos tres fuentes de normas constitucionales adscriptas, las cuales son definidas por Castillo, L. (2008) como “el conjunto de las normas que no han sido directamente estatuidas por las disposiciones de los derechos, pero que pueden ser fundamentadas a modo de concreciones de las normas directamente estatuidas formuladas por los órganos públicos. Estas interpretaciones son verdaderas creaciones normativas que provienen de poderes constituidos nacionales.” (p.38-45).

Hay tres fuentes de normas constitucionales adscriptas. La primera fuente está compuesta por las leyes emitidas por el Congreso y los decretos legislativos expedidos por el Ejecutivo. La segunda fuente son las interpretaciones de la Constitución realizadas por la Corte Suprema, que también incluyen las interpretaciones que los magistrados de instancias inferiores realizan, aunque estas solo les vinculan a ellos mismos y no a otros jueces. Finalmente, la tercera fuente es la interpretación directa que el Tribunal Constitucional realiza en sus sentencias, las cuales sirven como precedentes vinculantes para futuros casos.

Dado que existen varias fuentes para la interpretación de normas constitucionales y adscriptas, a menudo surgen problemas al regular situaciones en las que se deben priorizar derechos constitucionalmente reconocidos en casos de conflicto. Es aquí donde el Test de Proporcionalidad de Derechos el cual, en palabras de Vásquez, D. (2018) es una herramienta jurídica-argumentativa que ayuda a aplicar los derechos humanos teniendo en

cuenta los principios detrás del derecho en cuestión y la razonabilidad para decidir un caso. Este test se utiliza para analizar restricciones a los derechos cuando hay principios en conflicto, aunque su uso no es excluyente y dependiendo del tipo de caso, pueden usarse otras herramientas para resolverlo, como la invalidez de alguna regla, mecanismos jerárquicos, criterios de especialidad o temporalidad, entre otros. (pp.07-20)

Por su parte, Roca y Ahumada (2013) explican que el test de proporcionalidad es una herramienta que permite resolver conflictos entre derechos, intereses o valores sin necesidad de establecer jerarquías en abstracto de los derechos involucrados. Su aplicación varía dependiendo del caso en concreto, por lo que no establece soluciones estáticas, pero las resoluciones en las que los magistrados aplican el test pueden ir construyendo una suerte de "solución" estándar para situaciones similares en donde colisionen los mismos derechos ante una situación parecida. (p.03)

Para aplicar el Test de Proporcionalidad en casos concretos, el Tribunal debe seguir varios pasos. En primer lugar, debe determinar la naturaleza y alcance de la norma que está siendo cuestionada y si afecta a derechos fundamentales. En segundo lugar, debe determinar cuál es el objetivo legítimo que persigue la norma y si es necesario para proteger un interés constitucionalmente protegido. Y, en tercer lugar, debe evaluar si la restricción de los derechos fundamentales es proporcional al objetivo perseguido por la norma y si existen alternativas menos restrictivas para alcanzar dicho objetivo. Es importante que el Tribunal considere cuidadosamente cada uno de estos elementos antes de tomar una decisión en un caso concreto. (Bernal, C, 2014. p.100)

Siendo así, y siguiendo la corriente clásica alemana, debemos señalar que el Test de Proporcionalidad está integrado por tres subtest, los cuales son:

3.5.1. TEST DE IDONEIDAD

Rubio Correa, M. (2011) define el test de idoneidad a través de un ejemplo práctico como una herramienta jurídica que se utiliza para evaluar si el medio elegido por el legislador es adecuado o eficaz para alcanzar el fin que se propone. En otras palabras, se trata de analizar si existe una relación de causalidad entre el medio adoptado y el fin perseguido. Por ejemplo, en el caso específico del análisis de una intervención en la prohibición de discriminación, el test de idoneidad se enfoca en determinar si el tratamiento diferenciado establecido por el legislador conduce a la consecución de un fin constitucional. Si el tratamiento diferenciado no es adecuado o eficaz para alcanzar el fin buscado, se considera que es inconstitucional. (p. 90)

El examen de idoneidad tiene que ver con la separación de poderes cuando es aplicado a una norma de rango infra constitucional. En ese caso, no solo implica evaluar la relación medio-fin en términos constitucionales, sino también considerar la competencia y discrecionalidad del legislador al emitir la norma en cuestión. Esto es especialmente relevante en casos donde la norma impugnada no viola directamente un derecho fundamental, pero podría limitarlo o afectarlo indirectamente. Así, el Tribunal debe considerar si el legislador actuó dentro de su ámbito de competencia y si la norma adoptada es la más idónea para alcanzar su objetivo sin vulnerar otros principios constitucionales.

La relación de "fomento" entre medio y fin en el examen de idoneidad se refiere a la necesidad de que el medio elegido por el Estado para lograr un fin sea efectivamente capaz de fomentar o promover el logro de ese fin. En otras palabras, se trata de determinar si existe una conexión causal entre el medio y el fin, y si el medio elegido es el más adecuado para lograr ese fin en particular, teniendo en cuenta las circunstancias concretas del caso. Si la relación entre medio y fin no es suficientemente fuerte, el medio no puede ser

considerado como inidóneo para lograr el fin, y por lo tanto se convierte en inconstitucional.

Así, podemos concluir que el examen de la idoneidad supone: A) La identificación y precisión en la mayor medida posible del fin o de los fines estatales legítimos (es decir, un fin que no esté prohibido por la Constitución de forma definitiva) y sin reducciones ni aumentos del fin; B) La individualización del medio implementado, y C) La identificación del (o los) derecho(s) afectado(s) por la limitación que se tacha de excesiva. Una vez identificados los elementos objeto de examen, se les aplica la siguiente regla, que examina otro elemento de este examen: d. La relación de "fomento" entre medio y fin.

- (REG) Cuando el medio establecido -que afecta derechos fundamentales- puede fomentar el fin (no i-) legítimo, entonces debe ser examinada la necesidad y proporcionalidad en sentido estricto de la medida (estatal).
- (REG') Cuando el medio establecido -que afecta derechos fundamentales- no puede fomentar el fin (no i-) legítimo, entonces la medida (estatal) es desproporcionada en sentido amplio.

3.5.2. TEST DE NECESIDAD

El examen de necesidad busca determinar si la restricción del derecho fundamental es realmente necesaria para alcanzar el fin constitucional perseguido por el Estado. Para ello, se analiza si existen otros medios menos gravosos para los derechos fundamentales afectados que permitan alcanzar el mismo fin. Si se encuentran alternativas menos restrictivas, la medida será considerada inconstitucional. En caso contrario, si se demuestra que no existen alternativas, se considerará que la medida es necesaria y, por lo tanto, constitucional. Este examen tiene como objetivo

garantizar que la restricción al derecho fundamental sea proporcionada y no vaya más allá de lo necesario para alcanzar el fin legítimo perseguido por el Estado.

Según lo dispuesto por el Tribunal Constitucional Peruano en la sentencia emitida el 15 de febrero de 2005 en el Exp. 0034-2004-PI-TC, para que una injerencia en los derechos fundamentales sea necesaria, no debe existir ningún otro medio alternativo que revista, por lo menos, la misma aptitud para alcanzar el objetivo propuesto y que sea más benigno con el derecho afectado.

En este análisis, se debe comparar la efectividad y la intensidad de la injerencia en los derechos fundamentales de la medida adoptada y de los medios alternativos disponibles, para determinar si la medida adoptada es necesaria y proporcional o si, por el contrario, resulta desproporcionada y, por tanto, inconstitucional.

3.5.3. TEST DE PROPORCIONALIDAD

Para Nash (2009) La proporcionalidad en sentido estricto se enfoca en la búsqueda del equilibrio entre la efectividad de la medida adoptada para alcanzar el fin legítimo y el menor impacto posible sobre el derecho fundamental afectado. Esto significa que, si existe una medida alternativa que pueda lograr el mismo objetivo con un menor impacto en el derecho, se deberá aplicar esa alternativa. Es importante destacar que el criterio de proporcionalidad en sentido estricto va más allá del simple análisis de la necesidad y busca la máxima protección posible de los derechos fundamentales. (p.41)

Según lo dispuesto por el Tribunal Constitucional Peruano en la sentencia emitida el 15 de febrero de 2005 en el Exp. 0034-2004-PI-TC, para que una injerencia en los derechos fundamentales sea legítima, el grado de realización del objetivo de intervención debe ser por lo menos equivalente o proporcional al grado de

afectación del derecho fundamental. Se trata, por tanto, de la comparación de dos intensidades o grados: la realización del fin de la medida examinada y la afectación del derecho fundamental

3.6. EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD Y SU APLICACIÓN EN EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE LAS LEYES

3.6.1. FUNDAMENTACIÓN TEÓRICA

El principio de proporcionalidad surge en Alemania en el siglo XIX, específicamente en el rubro del derecho administrativo. Ello, con el fin de controlar el poder de la administración y de la policía a fin de evitar que, realizando un ejercicio abusivo de su cargo, vulneraran los derechos de la población.

En pocas palabras, consiste en acreditar que existe un cierto equilibrio entre los beneficios que se obtienen con la medida limitadora o con la conducta de un particular en orden a la protección de un bien constitucional o a la consecución de un fin legítimo, y los daños o lesiones que de dicha medida o conducta se derivan para el ejercicio de un derecho o para la satisfacción de otro bien o valor; aquí es donde propiamente rige la ley de la ponderación, en el sentido de que cuanto mayor sea la afectación producida por la medida o por la conducta en la esfera de un principio o derecho, mayor o más urgente ha de ser también la necesidad de realizar el principio en pugna.

Prieto Sanchís, L. (2005) nos dice que el juicio de proporcionalidad en sentido estricto requiere una valoración más detallada y cuidadosa, en la que se consideran diversos factores y se sopesan los derechos o principios en conflicto. Se trata de un juicio normativo o jurídico, que busca determinar si la medida adoptada es la

más adecuada para proteger el interés general sin afectar excesivamente los derechos individuales. Para ello, se deben evaluar los siguientes elementos: la idoneidad, la necesidad y la proporcionalidad en sentido estricto de la medida, teniendo en cuenta las circunstancias y particularidades del caso concreto. En definitiva, se trata de un juicio complejo y equilibrado, que busca garantizar tanto la protección de los derechos individuales como el interés general de la sociedad. (p.129)

3.6.2. ESTRUCTURA (ETAPAS)

La ley de la ponderación permite reconocer que la ponderación puede dividirse en tres pasos. El primer paso implica evaluar la importancia del derecho fundamental que está siendo restringido y el grado de afectación de la restricción. En el segundo paso, se evalúa la importancia del objetivo que se busca lograr con la restricción. Y en el tercer paso, se hace una valoración global y se decide si la importancia del objetivo justifica la restricción del derecho fundamental en cuestión. Es importante destacar que este proceso de ponderación no sigue una fórmula o un algoritmo preestablecido, sino que depende de las circunstancias específicas de cada caso y del criterio del juez o del órgano encargado de realizar la ponderación.

Además de la importancia de los principios en conflicto, existe otra variable relevante en el proceso de ponderación: el "peso abstracto" de los principios. Este peso puede variar según la jerarquía de la fuente del derecho en la que se establezcan los principios, y también puede basarse en valores sociales positivos. Por ejemplo, algunos sostienen que el principio de protección de la vida tiene un peso abstracto mayor que la libertad, ya que es necesario estar vivo para poder ejercer la libertad. Los tribunales constitucionales de varios países también han otorgado un mayor

peso abstracto a los derechos fundamentales en comparación con otros principios, y han dado mayor importancia a la libertad de expresión y al derecho a la intimidad sobre otros derechos fundamentales, debido a su conexión con la democracia y la dignidad humana, respectivamente.

3.6.3. SUBPRINCIPIOS

En su fórmula clásica, el principio de proporcionalidad, implica que una medida legislativa que restrinja un derecho fundamental debe cumplir tres requisitos; 1) Debe ser adecuada para lograr un objetivo constitucionalmente legítimo. 2) Debe ser necesaria, lo que significa que debe afectar en la menor medida posible el derecho fundamental en cuestión. Y 3) Debe ser proporcionada en sentido estricto, lo que significa que los beneficios que se obtienen a partir de la medida deben ser mayores o al menos iguales a los perjuicios que ocasiona en el derecho fundamental.

En palabras del maestro Robert Alexys, los subprincipios de idoneidad y necesidad se enfocan en la restricción de intervenciones en los derechos fundamentales que no sean necesarias y que no tengan costos para otros principios, y no requieren de ponderación. Por otro lado, el principio de proporcionalidad en sentido estricto se centra en la optimización jurídica, lo cual implica una valoración conjunta y relativa de la satisfacción y el sacrificio de los principios en colisión, y por lo tanto, sí requiere de ponderación.

Alexy sostiene que es posible atribuir, de forma metafórica, un valor numérico a las variables de la importancia y del peso abstracto de los principios, mediante la escala triádica, del siguiente modo: leve: 2^o, es decir, 1; medio: 2¹, es decir, 2; y grave: 2², es decir, 4. En contraste, a la seguridad de las apreciaciones empíricas puede dársele una expresión cuantitativa de la siguiente forma: cierto: 2^o, es decir,

1; plausible: 2^{-1} , es decir $\frac{1}{2}$; y no evidentemente falso: 2^{-2} , es decir, $\frac{1}{4}$. Mediante la aplicación de estos valores numéricos a la fórmula del peso es posible determinar el "peso concreto" del principio P_i en relación con el principio P_j en el caso concreto. Si el peso concreto del principio P_i en relación con el principio P_j es mayor que el peso concreto del principio P_j en relación con el principio P_i , el caso debe decidirse de acuerdo con la solución prescrita por el principio P_i . Si, por el contrario, el peso concreto del principio P_j en relación con el principio P_i es mayor que el peso concreto del principio P_i en relación con el principio P_j , entonces el caso debe decidirse de acuerdo con la solución establecida por el principio P_j . Si P_i fundamenta la norma N_1 que prohíbe \emptyset , y P_j fundamenta la norma N_2 que ordena \emptyset , en el primer caso debe prohibirse \emptyset y en el segundo caso debe ordenarse.

El tercer elemento de la estructura de la ponderación es la carga de la argumentación. Esta carga opera cuando el resultado de la aplicación de la fórmula del peso es un empate, es decir, cuando el peso concreto de los principios en colisión es idéntico (o expresado formalmente, $GP_{i,jC} = GP_{j,iC}$).

Este fenómeno puede verse con claridad en un caso concreto, la sentencia acerca del tabaco del Tribunal Constitucional Federal alemán, que ALEXY cita como ejemplo de un caso claro. En la sentencia sobre el tabaco del Tribunal Constitucional Federal alemán, se ilustra claramente el proceso de ponderación. En este caso, se evaluó la constitucionalidad del deber legal impuesto a los productores de tabaco para incluir etiquetas de advertencia en los paquetes de tabaco, informando a los consumidores sobre los riesgos para la salud asociados con el tabaco. Según Alexy, esta medida es una intervención leve en la libertad de profesión u oficio, en comparación con otras medidas alternativas como la

prohibición de la venta de tabaco o restricciones severas a su venta. Sin embargo, la medida también protege la salud de manera significativa. En la ponderación, se compararon estos dos aspectos para determinar si la medida era constitucional. En este caso, se concluyó que sí lo era, ya que la protección de la salud era de mayor importancia que la interferencia en la libertad de profesión u oficio.

3.6.4. CRÍTICAS

Diversos autores sostienen que la aplicación del principio de proporcionalidad para el control constitucional de las leyes resulta subjetivo y poco fiable dado que según señalan el principio de proporcionalidad no admite ninguna aplicación racional basada en criterios jurídicos que le den validez, por lo que su aplicación muchas veces puede resultar arbitraria y sesgada por razones de creencias personales o políticas.

E.W. Bockenforde es uno de los principales críticos de la aplicación del principio de proporcionalidad, señalando que si bien es cierto este principio es efectivo en el rubro del derecho administrativo pues solo regula la competencia administrativa ejercida en donde es sencillo poder dilucidar la idoneidad, necesidad y proporcionalidad de la norma; en el campo de los derechos fundamentales son precisamente los derechos fundamentales los que entran en conflicto cuando, por ejemplo, una norma demanda de los poderes públicos la abstención de una conducta cuya ejecución viene exigida por otro poder, por lo que está colisión de derechos no puede ser resuelta simplemente mediante la declaración de nulidad o de invalidez de alguna de las disposiciones constitucionales implicadas, sino que se deben solucionar mediante la construcción y fundamentación de relaciones de prioridad o prevalencia condicionada entre los derechos en conflicto, lo cual

implicaría que exista un orden jerárquico de los diversos derechos y de sus contenidos, a partir del cual, se pudiese establecer con seguridad en cada caso concreto, qué derecho debe prevalecer sobre los demás.

Por su parte, los autores B. Pierrot y B. Schlink han advertido que al momento de determinar qué derecho y/o bien constitucional en conflicto prevalece ante el otro a través de la aplicación del principio de proporcionalidad; esta herramienta jurídica carece de validez racional, objetiva y de obligatoria aplicación para el juez, dado que dicha prevalencia dependerá de cada caso en concreto y no existe un consenso general previo sobre cómo actuar, esto es, si las ventajas para el bien jurídico en cuyo favor se restringe un derecho fundamental, justifican las desventajas para otro derecho fundamental que se producen a causa de la restricción; por lo que resultaría necesario emplear este principio con otros principios y/o herramientas jurídicas que le puedan otorgar mayor objetividad jurídica.

Sin embargo; nosotros consideramos que si bien es cierto que la aplicación del principio de proporcionalidad puede depender en cierta medida de la subjetividad del juez o tribunal que lo aplica, esto no significa que sea poco fiable. De hecho, la mayoría de los sistemas jurídicos que aplican el principio de proporcionalidad establecen ciertos criterios objetivos adicionales que deben ser considerados en su aplicación. Además, muchos sistemas también establecen ciertos límites a la discrecionalidad judicial en la ponderación, como la prohibición de sacrificar derechos fundamentales esenciales o la necesidad de una justificación adecuada y transparente de la medida restrictiva. En todo caso, es importante señalar que el principio de proporcionalidad es una herramienta indispensable para el control constitucional de las leyes y una forma de garantizar que las restricciones a los

**“LA PRIMACÍA DE LA PROTECCIÓN A LA SALUD PÚBLICA FRENTE AL EJERCICIO DEL DERECHO AL
TRABAJO EN EL CONTEXTO DE COVID-19 EN EL PERÚ”**

derechos fundamentales sean razonables y proporcionadas.

CAPITULO IV
(CASUISTICA):
Restricción de ejercicio
del derecho al trabajo
por la Pandemia de
COVID – 19 en el Perú

4.1. EXPEDIENTE N° 00725-2022-0-1601-JR-CI-01, DEMANDA DE ACCIÓN DE AMPARO PRESENTADA POR LOURDES AGUSTINA VEJARANO MIÑANO CONTRA LABORATORIOS DROPAKSA S.R.LTDA.

4.1.1. HECHOS, FUNDAMENTOS Y PARTE RESOLUTIVA DEL CASO.

4.1.1.1. Lourdes Agustina Vejarano Miñano interpone una demanda de Acción de Amparo contra Laboratorios DROPAKSA S.R.Ltda con la que pretende la inaplicación del Decreto Supremo N° 179-2021-PCM y sus posteriores modificatorias hacia su persona. Asimismo, pretende que se cesen los actos de discriminación y violación de derechos constitucionales consistente en exigir vacunación obligatoria contra COVID19 y portar carnet de vacunación como requisito para continuar con la actividad laboral, fundamentando que: a) Se está vulnerando su derecho a la defensa y respeto de dignidad, derecho a la salud y a la vida, derecho a la integridad moral, psíquica y física, derecho al libre desarrollo y bienestar de la persona humana, derecho a la libertad y seguridad personal, derecho a no ser víctima de violencia moral, psíquica y física, derecho a trabajar libremente y derecho a no ser discriminado en el trabajo; b) Como trabajadora de la demandada desde el primero de setiembre del año dos mil diecisiete y, conforme al artículo 1 de la Ley N° 31091 que regula el acceso libre y voluntario para vacunarse, comunicó a su empleador a finales de noviembre del 2021 a través de la Gerenta General que no se vacunaría; sin embargo, el 11 de diciembre del 2021 recibió una carta firmada por gerencia general en la que le informan que según el Decreto Supremo N° 179-2021-PCM el gobierno restringe el trabajo presencial de personas que no cuenten con su esquema de vacunación completo; c) Empero, según señala la demandante, pese a haber enviado cartas notariales y levantado un atestado policial, no se le dejó ingresar a su centro de labores,

considerando que la medida establecida en el el Decreto Supremo N° 179-2021-PCM es desproporcional pues ha vulnerado sus derechos fundamentales y solicita se realice un análisis constitucional de la norma (mediante un test de proporcionalidad) y que se le reincopore a su centro laboral.

4.1.1.2. La empresa demandada contestó la demanda solicitando que se declare improcedente por existir sustracción de la materia, pues el Decreto Supremo N° 179-2021-PCM se encuentra derogado por Decreto Supremo N° 016-2022-PCM; además, solicita funda su solicitud de improcedencia en el hecho de que la suspensión perfecta de la demandante se puede debatir en un proceso laboral, y a su vez, deduce excepción de oscuridad y ambigüedad de la demanda, señalando que si se reclama la inconstitucionalidad del Decreto Supremo N° 179-2021-PCM, esto debe realizarse a través de un proceso de Acción Popular. Señalando como fundamentos principales los siguientes: a) Que su representada no ha dado por culminado el vínculo laboral, solo lo ha suspendido debido a que el puesto de la demandante es netamente presencial, por lo que no existe ningún acto de discriminación, además, la suspensión perfecta de labores se encuentra regulado por el Decreto Supremo N° 003-97-TR y b) No existe ninguna divergencia entre la Ley N° 31091 y el Decreto Supremo N° 179-2021-PCM, pues la primera únicamente otorga libertad plena al ciudadano a someterse a tratamiento preventivo y curativo del COVID-19, y la segunda no obliga a vacunarse, sino que busca la protección de los planes de salud pública a través de una minimización del riesgo sanitario.

4.1.1.3. Mediante Res. 04 de fecha 30 de agosto del 2022, el juzgador de primera instancia emite su Sentencia bajo los siguientes argumentos: a) El derecho al trabajo debe analizarse bajo los límites y alcances de los demás derechos, siendo uno de ellos, el de

integridad física y salud de las personas; b) El Gobierno ha establecido los límites que tiene el derecho al trabajo, implementando acciones para procurar salvaguardar el derecho a la vida como derecho fundamental; c) El cuestionamiento respecto a la afectación o no de derechos fundamentales se analiza en vía proceso de amparo; d) La demandada ha dado cumplimiento al Decreto Supremo N° 179-2021- PCM y no está obligando a su trabajador a vacunarse y e) La demandante solicita la inaplicación del decreto supremo mencionado anteriormente, sin embargo, nunca acreditó estar sujeta al mismo Decreto Supremo N° 179-2021-PCM. Por lo tanto, la demanda deviene en infundada.

4.1.1.4. La recurrente apela la sentencia de primera instancia, y en segunda instancia conoce el caso la Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de La Libertad; la cual, para los intereses del presente trabajo de investigación, en el desarrollo de la sentencia aplica el test de proporcionalidad para determinar si el requerimiento de presentar el carnet de vacunación contra la Covid-19 para realizar labores de manera presencial en los centros laborales peruanos vulnera o no los derechos a la salud, trabajo y libertad de trabajo de la demandante; analizándolo del siguiente modo:

- Test de Idoneidad: El colegiado señala que logró verificar que el artículo 14.7 del Decreto Supremo N° 179-2021-PCM y el artículo 4.9 del Decreto Supremo N° 016-2022-PCM (que derogó a la primera), esto es, aquellas normas que regulan la suspensión perfecta para aquellos trabajadores que realicen labor presencial (y no sea posible el trabajo remoto) y no cuenten con su esquema de vacunación completo de COVID-19; resultan ser un medio utilizado idóneo para evitar que los trabajadores no vacunados se contagien de la citada enfermedad, así como para evitar la aglomeración en nosocomios (centros de salud) y que el empleador pueda

verse afectado ante posibles contagios de sus trabajadores (en la producción e incluso conflictos futuros).

- Test de Necesidad: El Colegiado de la Sala Civil verifica que el artículo 14.7 del Decreto Supremo N° 179-2021-PCM y el artículo 4.9 del Decreto Supremo N° 016-2022-PCM (que derogó a la primera), no sólo es un medio idóneo, sino también necesario, pues no existe otra salida para alcanzar los fines de ésta norma antes detallados (dado que si no es posible el trabajo remoto y no se puede realizar trabajo presencial por falta de vacunación, entonces la salida es la suspensión perfecta de labores, incluso, hay opción de convenir la suspensión imperfecta buscando una salida menos gravosa); además, la Presidencia del Consejo de Ministros al emitir estas normas se ha enfocado en buscar la protección laboral de la demandante, es por ello que, al no tener un esquema de vacunación completo se opta como salida la suspensión perfecta de trabajo y no la extinción de la relación laboral, hecho que resultaría ser mucho más grave para el trabajador; por otro lado, existe una justificación lógica para que no se haya regulado como medio alternativo de solución a este conflicto, la suspensión imperfecta de labores, pues no resultaría viable tampoco que el empleador se vea en la obligación de pagar una remuneración cuando no ha existido trabajo efectivo por parte del trabajador, esta medida solo causaría un gasto considerable para las empresas, traduciéndose en mayores costos de transacción en el mercado o incluso salida de las empresas del mismo.

- Test de Proporcionalidad en Sentido Estricto: La Sala Civil al aplicar el test de proporcionalidad en sentido estricto, descarta que se esté afectando el derecho al trabajo de la demandante, señalando que la libertad de trabajo tiene un límite: la

ley, que es justamente aquella que regula las causales de suspensión del contrato de trabajo, dentro de las cuales está regulada aquella aplicada por la demandada; por otro lado, niega que se esté afectando el derecho a la igualdad y no discriminación de la actora, porque si bien hay un trato desigual entre trabajadores que sí cuentan con esquema de vacunación y aquellos que no, ello encuentra una causa de justificación objetiva y razonable que es justamente la protección del trabajador que no se ha vacunado, la protección del empleador frente a futuros conflictos generados por las consecuencias de la enfermedad que pueda contraer el trabajador, y, la protección a la población no enfocada en el no contagio (pues la vacuna no evita ello), sino en evitar la aglomeración en los centros de salud por personas contagiadas de COVID-19 que no se han vacunado y por ende tengan efectos fuertes que requieran un internamiento; también, se descarta afectación del derecho a percibir remuneraciones de la actora, porque en principio no existe derecho a la misma habiéndose aplicado la suspensión perfecta de labores y también porque si bien no descartamos que la remuneración es un medio de subsistencia para los trabajadores, empero, el grado de intervención en dicho derecho fundamental es el correcto puesto que al momento de realizar el comparativo con los otros derechos fundamentales de la demandante como por ejemplo (si se contagia de COVID-19 yendo a realizar trabajo presencial podría perder la vida, afectándose tal derecho e incluso de no fallecer, igual se afectaría su propio derecho a la salud e integridad), de la población (porque existe un deber del Estado de prevalecer la salud pública. Entonces, aplicando la balanza de la justicia, el derecho fundamental de la demandante y su grado de intervención es correcto, pues el grado de satisfacción u optimización del propio derecho fundamental de la demandante (a la vida, salud e integridad), de la población

(salud pública) y empleador (a evitar conflictos y contar con trabajadores para su producción), resulta ser mayor.

4.1.1.5. Finalmente, antes de emitir su fallo, la Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de la Libertad afirma que tanto el artículo 14.7 del Decreto Supremo N° 179-2021-PCM como el artículo 4.9 del Decreto Supremo N° 016- 2022-PCM si fueron emitidos tomando en consideración nuestra Constitución Política y no existe contraversión alguna que de paso a la realización de la inaplicación de las normas antes citadas, habiendo llegado a esta conclusión al haber logrado verificar su validez y su legitimidad, así como también, agotar los criterios interpretativos y al haber aplicado el test de proporcionalidad, conforme a los criterios establecidos por la Corte Suprema de La República y el Tribunal Constitucional, CONFIRMANDO la sentencia apelada por la demandante, la cual declara infundada la demanda constitucional de amparo interpuesta por la demandante Lourdes Agustina Vejarano Miñano contra Laboratorios DROPAKSA S. R. Ltda.

4.1.2. OPINIÓN DEL EQUIPO INVESTIGADOR RESPECTO A LA SENTENCIA

En el presente caso, la Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de la Libertad se ha preocupado por realizar un análisis bastante exhaustivo respecto a cada pretensión solicitada por la parte demandante y la demandada, utilizando como instrumento final el Test de Proporcionalidad para poder así determinar si lo dispuesto en el artículo 14.7 del Decreto Supremo N° 179-2021-PCM como el artículo 4.9 del Decreto Supremo N° 016- 2022-PCM ha vulnerado o no, el derecho al trabajo de la demandante.

Siendo así, los investigadores compartimos lo resuelto por el Juzgado, en el sentido que, lo dispuesto por el artículo 14.7 del Decreto Supremo N° 179-2021-PCM como el

“LA PRIMACÍA DE LA PROTECCIÓN A LA SALUD PÚBLICA FRENTE AL EJERCICIO DEL DERECHO AL TRABAJO EN EL CONTEXTO DE COVID-19 EN EL PERÚ”

artículo 4.9 del Decreto Supremo N° 016- 2022-PCM busca proteger el derecho a la salud pública como fin mayor de la sociedad, y no podríamos hablar de una vulneración del derecho al trabajo, pues con la estrategia de enviar a los trabajadores que no cuenten con un sistema de vacunación completo bajo la modalidad de la licencia con goce de haber se está protegiendo el derecho fundamental de la demandante (a la vida, salud e integridad), de la población (a la salud pública) y empleador (a evitar conflictos futuros y contar con trabajadores para su producción), además, resultaría también imposible que se le exija al empleador recurrir a la suspensión imperfecta de labores como remedio para los trabajadores pues, no puede otorgar una remuneración sin que se haya realizado labor efectiva por parte de sus empleados. Teniendo en consideración que los decretos supremos anteriormente mencionados no desvinculan al trabajador de la empresa, muy por el contrario, permiten seguir laborando a los trabajadores de forma remota, protegiéndolos así de contagiarse y contagiar a sus demás compañeros, en aras de salvaguardar la Salud Pública, siendo que, en aquellos cargos que no se puedan realizar de forma remota debido a la naturaleza de las actividades a desarrollar, se permite que el empleador pueda optar por la suspensión perfecta de labores.

En este consentido, consideramos que el valor de la sentencia emitida en el expediente N° 00725-2022-0-1601-JR-CI-05 radica en que puede ser usada para que los Juzgadores a nivel nacional ESTABLEZCAN CRITERIOS UNIFORMES para que, en situaciones de emergencia nacional ocasionadas por la aparición de pandemias que pongan en riesgo la salud pública, se establezcan medidas que no vulneren el derecho al trabajo de los ciudadanos, permitiendo resolver estos cuestionamientos de una forma más rápida.

4.2. EXPEDIENTE N° 05318-2021-0-1801-JR-DC-01, DEMANDA DE ACCIÓN DE AMPARO PRESENTADA POR JAQUELINE NELLY CASTILLO CAMPOS & OTROS CONTRA LA PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA, EL MINISTERIO DE SALUD Y LA DIRECCIÓN GENERAL DE MEDICAMENTOS, INSUMOS Y DROGAS.

4.2.1. HECHOS, FUNDAMENTOS Y PARTE RESOLUTIVA DEL CASO

4.2.1.1. Con fecha 09 de diciembre del 2021, Jacqueline Nelly Castillo Campos, Luz Marina Gutiérrez Achata, Santino Danilo Silva Condori, Sonia Estela Vasquez Galvez, Flor Nerida Díaz Díaz, Fedor Francisco Díaz Díaz, Israel Huahuasonco Sollasi, Nataly Alizeth Marin Lescano, Ramon Fernando La Cruz Luque, José Ernesto Díaz Díaz, María Edith Díaz Díaz, Bruno Javier Mamani Huayta, Carlos Alberto Anticona Sanchez y Cesar Roberto Castillo Rodriguez. Interponen una demanda de Acción de Amparo en contra de la Presidencia de la República, el Ministerio de Salud y la Dirección general de medicamentos, insumos y drogas, con la finalidad de que se declare inaplicable en torno a ellos, el Decreto Supremo N°168-2021-PCM y sus normas modificatorias, en lo que respecta a la “obligatoriedad” de vacunarse contra la Covid-19; dado que el contar con el carnet de vacunación contra esta enfermedad fue dispuesto como obligatorio para poder trabajar de manera presencial en entidades públicas y privadas; señalando que con dicho Decreto Supremo y sus normas modificatorias, se vulnera su derecho a la vida, a la salud, a la libertad y seguridad personal, a no ser víctima de violencia moral, psíquica o física, al trabajo y a la educación. Asimismo, solicitan que se declare inaplicable para ellos toda norma posterior que sea dictada por el Poder Ejecutivo que consista en imponer restricciones para

hacer obligatoria la inoculación con vacunas experimentales contra el Covid 19; ello bajo la premisa de que no se conocen con exactitud los efectos secundarios que pueda traer dicha vacuna para su salud.

4.2.1.2 Mediante Resolución N° 01 de fecha 28 de enero del 2022, El Tercer Juzgado Especializado en lo Constitucional de la Corte Superior de Justicia de Limase admite a trámite la demanda. Con fecha 18 y 19 de abril del 2022, respectivamente, los Procuradores del Ministerio de Salud y de la Presidencia del Consejo de Ministros contestan la demanda y solicitan que sea declarada improcedente por cuanto la pretensión de los demandantes resulta incompatible con el proceso de amparo; señalando que si lo que pretenden los demandantes es la inaplicación del Decreto Supremo N° 168-2021-PCM y sus normas modificatorias, esto debe ser tramitado en un proceso de acción popular y/o en todo caso, solicitan que la demanda sea declarada infundada; toda vez que la vacunación colectiva es parte de la política de salud pública y es respaldada por la Ley General de Salud N° 26842, que ha sido emitida dentro del contexto de Estado de Emergencia Nacional por la Pandemia de Covid-19 y lo que se busca proteger un bien jurídico mayor: la salud pública.

4.2.1.3. Mediante resolución N° 07 de fecha 25 de julio del 2022, el Juzgado emite la sentencia en el presente caso, y comienza su pronunciamiento precisando que con respecto a la presente vulneración de los derechos a la vida, a la libertad , a la seguridad personal, a no ser víctima de violencia moral, psíquica o física, y al libre tránsito, estos no pueden ser debatidos a través de un proceso de amparo, sino a través del *habeas corpus*; por lo que conforme lo establecido en el artículo 33 del Nuevo Código Procesal

Constitucional se inhiben de emitir pronunciamiento sobre los mismos y los declaran improcedentes, dejando a salvo el derecho de los demandantes de recurrir a la vía procesal correspondiente; aclarando que solo emitirán pronunciamiento con respecto a las vulneraciones alegadas sobre los derechos “a la salud, al trabajo, y a la educación”.

4.2.1.4. Asimismo, y para los intereses del presente trabajo de investigación, el Tercer Juzgado Especializado en lo Constitucional de la Corte Superior de Justicia de Lima en el desarrollo de la presente sentencia aplica el test de proporcionalidad para determinar si el requerimiento de presentar el carnet de vacunación contra la Covid-19 para realizar labores de manera presencial en los centros laborales peruanos vulnera o no los derechos a la salud, trabajo y libertad de trabajo de los demandantes; analizándolo del siguiente modo:

a. Respecto a si existe una restricción no justificada, en términos de “idoneidad”, del derecho al trabajo y libertad de trabajo por parte de los numerales 4.7 y 4.9 del Decreto Supremo N° 016-2022-PCM:

- Para determinar si la restricción al derecho al trabajo y a la libertad de trabajo es idónea, se debe empezar señalando que una limitación a dichos derechos solo puede ser regulada por el legislador como sujeto activo primario, y solo podrá ser ejecutada por la autoridad como sujeto activo secundario; siendo que la autoridad competente para realizar estas limitaciones dentro de nuestro ordenamiento, solo podrían ser el Congreso o el Ejecutivo, y el último de los mencionados solo podrá hacerlo a través de Decretos legislativos y Decretos de Urgencia, ya que estos cuentan con un control del legislativo.

“LA PRIMACÍA DE LA PROTECCIÓN A LA SALUD PÚBLICA FRENTE AL EJERCICIO DEL DERECHO AL TRABAJO EN EL CONTEXTO DE COVID-19 EN EL PERÚ”

- Asimismo, dichas limitaciones deben responder a razones de “orden público” que estén sustentadas a su vez en planteamientos jurídicos y, a su vez, en una situación de peligro real para los ciudadanos y sus derechos constitucionalmente reconocidos; por lo que se requiere que exista una relación directa entre la limitación que se establece y el objetivo que se desea alcanzar.
- En este sentido, el Decreto Supremo N° 016-2022-PCM y sus normas modificatorias, no han cumplido con el requisito formal de haber sido emitidos mediante una ley en sentido formal, pues tal Decreto Supremo no ha sido emitido por el Ejecutivo a través de un decreto legislativo o decreto de urgencia o por una ley con este rango normativo. Consecuentemente, las restricciones sobre los derechos fundamentales allí descritos son arbitrarios; toda vez que el Ministerio de Salud, como la autoridad encargada de establecer la política de salud pública destinada a evitar la propagación del Covid-19, a nivel constitucional no está facultado para realizar “reservas de ley”, siendo esta reserva entendida como la facultad de restringir los derechos de, en este caso al trabajo y a la libertad de trabajo en aras de la protección al derecho a la salud de las personas; siendo que solo está facultado para dictar medidas de prevención y control, las cuales no pueden sobrepasar el libre ejercicio de los derechos fundamentales de las personas.
- Por lo tanto, las restricciones establecidas mediante el Decreto Supremo N° 016-2022-PCM y sus normas modificatorias no serían idóneas, de haberse aplicado respecto de los demandantes; toda vez que debieron proponer alternativas para los ciudadanos que no estaban dispuestos a ser inoculados contra la COVID – 19, dado que dicho Decreto Supremo no tenía el rango suficiente para imponer

restricciones a derechos constitucionalmente reconocidos en aras de protección a la salud pública.

b. Respecto a si existe una restricción no justificada, en términos de “necesidad”, del derecho al trabajo y libertad de trabajo por parte de los numerales 4.7 y 4.9 del Decreto Supremo N° 016-2022-PCM

- Para poder aplicar el Test de Proporcionalidad en términos de “necesidad”, debemos analizar el sustento científico de la restricción que se pretende imponer, para así poder determinar si la intervención del Estado al derecho al trabajo y la libertad trabajo en el contexto de la Covid-19, es realmente necesaria en términos jurídicos. Ello implica, que el Estado no pueda implementar ningún otro tipo de medidas de prevención y control sobre la Covid-19 que no sea la vacunación masiva o en todo caso que dicha medida sea la más efectiva.
- Ahora bien, al ser la infección por COVID – 19 una enfermedad nueva a nivel mundial, el haber logrado desarrollar una vacuna contra dicha enfermedad en tiempo récord podría hacer ver la vacunación masiva como necesaria para proteger la salud pública a nivel fáctico. No obstante, como hemos señalado en el párrafo precedente, en términos de necesidad jurídica, esta tendría que darse solo si no existe otra opción menos gravosa sobre los derechos que serán restringidos por su obligatoriedad. En ese sentido, el Juzgado observó que en los numerales 4.7 y 4.9 del Decreto Supremo N° 016-2022-PCM, no se cumple con proporcionar medidas menos gravosas ya que no establece ninguna otra opción más que la vacunación, los trabajadores que hacen labor manual en los centros laborales; dado que por ejemplo se pudo haber exigido que sean sometidos a pruebas moleculares regularmente o que el trabajador no vacunado asuma su

propia responsabilidad si se contagia y se enferman gravemente; de modo tal, que, como consecuencia de sus propias decisiones, estos podrían asumir el costo de sus días de para; por lo tanto la medida no puede ser considerada necesaria.

- c. *Respecto a si existe una restricción no justificada, en términos de “proporcionalidad”, del derecho al trabajo y libertad de trabajo por parte de los numerales 4.7 y 4.9 del Decreto Supremo N° 016-2022- PCM*

Por último, el Juzgado analiza si se ha ponderado adecuadamente “el grado de realización del fin constitucional (derecho a la salud pública) y la intensidad de la intervención en el derecho fundamental (derecho al trabajo y libertad de trabajo)”. Es en este punto, hablamos de la aplicación del test de proporcionalidad en sentido estricto, lo que se traduce en determinar si los alcances restrictivos de las medidas impuestas al derecho al trabajo y libertad de trabajo, satisfacen en un nivel “alto” la realización y protección del derecho a la salud pública, pero intervienen en un grado “intenso” los derechos descritos. Ello es así, en tanto las posibilidades jurídicas de desarrollo del derecho al trabajo y libertad de trabajo sean bastante disminuidas para el grupo de trabajadores que deben realizar labores meramente presenciales desde antes de ocurrida la pandemia, dado que dichos trabajadores no podrán seguir laborando si no se vacunan, pues no podrían mantener sus remuneraciones al ser pasados a “suspensión perfecta”. En ese sentido, para el juzgador las medidas adoptadas mediante los numerales 4.7 y 4.9 del Decreto Supremo N° 016-2022- PCM no pasan el test de proporcionalidad al restringir ilegítimamente los derechos al trabajo y libertad de trabajo de los trabajadores no vacunados.

4.2.1.5. Finalmente, antes de emitir el fallo, el Juzgado hace mención a que los demandantes, en su mayoría, no han descrito una situación fáctica que evidencie el cómo el Decreto Supremo N° 016-2022- PCM y sus posteriores modificatorias los hayan afectado de manera directa; como por ejemplo sería el demostrar que han sido impedidos de ingresar a sus centros laborales o que hayan sido puestos en “suspensión perfecta”, no siendo la sola narración de los hechos que se describen suficientes para considerar la vulneración alegada como realizada. En consecuencia y dentro de un análisis jurídico, si bien es cierto se ha determinado que los dispositivos cuestionados vulneran el derecho al trabajo, esta conclusión no puede favorecer a los demandantes, en razón de que estos no han demostrado estar dentro de los efectos adversos de las normas cuestionadas. Por ello, el Juzgado declara infundada la demanda; salvo por una demandante, la persona de Sonia Estela Vásquez Gálvez, quien en su condición de docente nombrada en una Institución Educativa de Educación Inicial presenta medios probatorios que acreditan que no le fue permitido el ingreso a su Centro de Labores por no presentar su carnet de vacunación contra la COVID-19, por lo que con respecto a ella se declara FUNDADA la demanda y el Juzgado determina que la demandante, para efectos de hacer valer su derecho al trabajo deberá de presentar ante la institución educativa donde trabaja cada 10 días una prueba molecular con resultado negativo al Covid-19, además de cumplir con los protocolos que ha dado la Autoridad de Salud, como el uso de mascarilla obligatoria dentro de su centro laboral.

4.2.2. OPINIÓN DEL EQUIPO INVESTIGADOR RESPECTO A LA SENTENCIA.

En el presente caso, el Tercer Juzgado Especializado en lo Constitucional de la Corte Superior de Justicia de Lima se ha avocado al conocimiento de la causa a un nivel bastante detallado; siendo que para poder resolver el caso ha empleado como herramienta jurídica el Test de Proporcionalidad para determinar si el Decreto

Supremo N° 016-2022- PCM y sus posteriores normas modificatorias han vulnerado o no, para los fines de la presente investigación, el derecho al trabajo de los demandantes.

Siendo así, los investigadores compartimos lo resuelto por el Juzgado, en el sentido de que si bien es cierto con la aplicación del Test de Proporcionalidad se ha determinado que el Decreto Supremo N° 016-2022- PCM y sus posteriores normas modificatorias vulnerarían el derecho al trabajo de los trabajadores a nivel nacional que realizan labores eminentemente presenciales desde antes de la pandemia si no se implementan medidas alternativas a la presentación del carnet de vacunación contra la Covid- 19 con las dosis completas para poder ejercer su labor de manera presencial; es también cierto que este pronunciamiento de fondo no podría tener una repercusión concreta en la vida de casi la totalidad de los demandantes, toda vez que para que le haya podido ser aplicado lo analizado por el Juzgado, debieron demostrar que efectivamente estaban sufriendo de una vulneración concreta en sus relaciones laborales, tal y como si lo hizo la demandante Sonia Estela Vásquez Gálvez, para quien la demanda si pudo ser declarada FUNDADA debido a que se corroboró que se había restringido su ingreso a su centro de labores al no haber presentado el carnet de vacunación con las dosis completas.

En este consentido, consideramos que el valor de la sentencia emitida en el expediente N° 05318-2021-0-1801-JR-DC-03 radica en que puede ser usada para que los Juzgadores a nivel nacional ESTABLEZCAN CRITERIOS UNIFORMES para que, en situaciones de emergencia nacional ocasionadas por la aparición de pandemias que pongan en riesgo la salud pública, se establezcan medidas sanitarias que no vulneren el derecho al trabajo de los ciudadanos, siendo que uno de estos criterios debe estar íntimamente relacionado con el Principio de Jerarquía de la Norma, principio que ya

“LA PRIMACÍA DE LA PROTECCIÓN A LA SALUD PÚBLICA FRENTE AL EJERCICIO DEL DERECHO AL TRABAJO EN EL CONTEXTO DE COVID-19 EN EL PERÚ”

se encuentra contemplado en el Art. 51 de la Constitución Política del Perú y que establece que, al momento de valorar el rango de las normas, debe tenerse en cuenta que prevalece la Constitución y la ley ante cualquier otra norma de menor rango, lo que permitirá que en el futuro el gobierno no atente contra el derecho al trabajo de los trabajadores en aras de proteger la salud pública al deducir una especie de validez formal de las normas promulgadas en un contexto de pandemia antes de pasar a verificar la validez material de las mismas a través de la aplicación del test de proporcionalidad.

III. MATERIALES Y MÉTODOS

3.1. TIPO DE INVESTIGACIÓN

3.1.1. SEGÚN EL ALCANCE DE LA INVESTIGACIÓN

Básica: Este tipo de investigación es aquella que busca dar origen a nuevas teorías o de ser el caso, cuestionar y modificar las existentes, así como incrementar el conocimiento filosófico de carácter jurídico, empero; sin contrastarlo con ningún aspecto práctico. (Aranzamendi, 2014, p.93)

Efectivamente, la presente investigación realizó una ponderación entre la protección del derecho a la salud pública frente al ejercicio del derecho al trabajo en el contexto de pandemia por COVID-19 en el Perú, dado que algunos trabajadores de los distintos sectores productivos del país han manifestado abiertamente que medidas adoptadas por el gobierno, como por ejemplo la promulgación del Decreto Supremo N° 179-2021-PCM ratificado mediante D.S. 016-2022-PCM, atentaron contra su derecho al trabajo dado que vieron restringido el normal desarrollo de sus actividades y vínculos laborales con de sus empleadores, quienes en virtud a lo establecido por el Estado Peruano les requieren, presentar su carnet de vacunación para poder realizar sus labores de manera presencial; lo cual implicaría tener que haber sido inmunizados previamente, pese a que no todos están de acuerdo con vacunarse por motivos de índole personal.

3.1.2. SEGÚN LA PROFUNDIDAD DE LA INVESTIGACIÓN

Descriptiva: Sumarriva (2009) refiere que: “La investigación descriptiva refiere minuciosamente e interpreta lo que es. Está relacionada a condiciones o conexiones existentes, prácticas que prevalecen, opiniones, puntos de vista o actitudes que se mantienen; procesos en marcha; efectos que se sienten o

tendencias que se desarrollan.” (p. 64)

Si bien es cierto como ya hemos expresado, la presente investigación propuso un nuevo criterio que el juzgador debe tomar en cuenta antes de aplicar el test de proporcionalidad para determinar la primacía de la protección a la salud pública frente al ejercicio del derecho al trabajo en el contexto de pandemia en el Perú; para ello fué necesario realizar una descripción a detalle de lo que abarcan ambos derechos constitucionalmente reconocidos; lo cual se evidencian en el capítulo primero del informe, así como en el Marco Teórico y en el planteamiento de la realidad problemática. Sin embargo, cabe resaltar que el presente estudio quedó establecido a nivel descriptivo simple, en el sentido que no es la intención de esta pretensión el hacer una modificación a las disposiciones dictadas por el actual gobierno peruano; sino que sirve de ellas para estudiarlas y proponer un nuevo criterio que el juzgador debe tomar en cuenta cuando sean presentadas ante su judicatura demandas que pongan en tela de juicio la necesidad, idoneidad y proporcionalidad de este tipo de medidas en un contexto de pandemia.

3.1.3. SEGÚN LA NATURALEZA DE LA INVESTIGACIÓN

Cualitativa: Blasco y Pérez (2007) señalan que en la investigación cualitativa el objeto de estudio es la realidad en su contexto natural, identificando e interpretando fenómenos de acuerdo con las personas implicadas. Utiliza una variedad de instrumentos para recolectar información. (p.25)

En ese sentido, la presente investigación estuvo orientada a dar a conocer las particularidades y las implicancias que el juzgador tomó en cuenta al momento de aplicar el test de proporcionalidad para dar su veredicto en dos demandas de acción de amparo que buscan la inaplicabilidad del D.S. 179-2021-PCM

confirmado mediante D.S. 016-2022-PCM en el extremo de la obligatoriedad de presentar el carnet de vacunación con las dosis completas para realizar labores presenciales en empresas que cuenten con más de diez trabajadores; demandas que fueron presentadas ante la Corte Superior de Justicia de la Libertad y la Corte Superior de Justicia de Lima, respectivamente. Eso se evidenció en el capítulo cuarto del informe de tesis, con respecto al análisis y discusión de resultados.

3.2. MÉTODOS DE INVESTIGACIÓN

3.2. MÉTODOS DE INVESTIGACIÓN CIENTÍFICA

3.2.1. MÉTODO INDUCTIVO

El método inductivo implica la universalización de situaciones, prácticas y/o costumbres observadas en casos particulares. Adquiere superioridad ante otros métodos al motivar al investigador a poner en contacto directo con su sujeto u objeto de investigación. (Gortari citado por Tena, 1995, p.29)

Fue pertinente para nosotros aplicar el método inductivo, toda vez que partimos del estudio de Sentencia expedida en el Exp. N° 00725-2022-0-1601-JR-CI-01, por la Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de la Libertad y la sentencia expedida en el Exp. N° 05318-2021-0-1801-JR-DC-01 emitida por el Tercer Juzgado Especializado en lo Constitucional de la Corte Superior de Justicia de Lima, y con ello pudimos identificar y generalizar los motivos por los que el estado peruano restringe el ejercicio de algunos derechos constitucionales, específicamente el ejercicio del derecho al trabajo, en aras de proteger la salud pública por la emergencia sanitaria ocasionada por la pandemia de COVID-19.

3.3. MÉTODOS DE INVESTIGACIÓN JURÍDICA

3.3.1. MÉTODO SISTEMÁTICO

Méndez (2019) sustenta que el método sistemático analiza el sentido de la norma a partir de su ubicación dentro del ordenamiento y su comparación con otras normas. Se toma en cuenta el conjunto, subconjunto o grupo normativo en el cual se halla la norma objeto de investigación, así como su vinculación con otras normas, todo lo cual viene a constituir el "contexto" o "ambiente" normativo que esclarecerá la naturaleza de la norma y por ende su significado. (pp. 27-28)

El método sistemático de investigación jurídica nos permitió estudiar a profundidad cada uno de los factores involucrados en el presente trabajo de investigación; y gracias a él obtuvimos una visión clara de todo lo que implica que el Estado Peruano priorice la protección al derecho a la salud pública en un contexto de pandemia.

3.3.2. MÉTODO FUNCIONAL

Ramos (2018) afirma que el método funcional en derecho se origina al comprobar que el sistema jurídico está compuesto en gran parte de conceptos que no pueden ser definidos en términos de experiencia y verificación, pero de los que fluyen decisiones empíricas de todo tipo. (...) Una investigación que opte por emplear el método funcional partirá siempre del contacto directo con la porción de realidad que es materia de su análisis, hasta lograr a través de ella la generalización. El método funcional en el derecho es eminentemente inductivo, pues sus fuentes son la casuística y la jurisprudencia. (pp. 103-104)

Por tanto, este método se utilizó en nuestra investigación para que a través del análisis de las demandas de acción de amparo que dieron origen a las sentencias contenidas en los expedientes N° 00725-2022-0-1601-JR-CI-01 (Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de la Libertad) y Exp. N° 05318-2021-0-1801-JR-DC-01 (Tercer

Juzgado Especializado en lo Constitucional de la Corte Superior de Justicia de Lima), se establezca un criterio que puede ser empleado por los juzgadores antes de aplicar el test de proporcionalidad en futuros casos en los que sea necesario establecer la primacía al derecho a la salud pública ante el derecho al trabajo en un contexto de pandemia.

3.4. MÉTODOS DE INTERPRETACIÓN JURÍDICA

3.4.1. MÉTODO TELEOLÓGICO

Este método de interpretación “supone la búsqueda del sentido de la norma, que va más allá del simple texto; exige encontrar la finalidad propuesta con su creación; hallar el propósito perseguido por la misma” (Ej.: al analizar el Código Penal debemos entender que se trata de “un sistema construido con el objeto de *neutralizar las pulsiones del estado de policía bajo la forma de poder punitivo*”). (Alejos, 2018, p. 1)

Se logró desentrañar la finalidad de la promulgación del D.S. N° 179-2021-PCM confirmado por el D.S. N° 016-2022-PCM y conocer lo que dichos decretos buscan proteger.

3.4.2. MÉTODO EXTENSIVO

Alejos (2018) afirma que a diferencia de la interpretación restrictiva o limitativa, ésta extiende sus límites más allá de las situaciones que se encuentran, taxativamente, expresas en una norma, toda vez que extiende el significado natural que se da a una palabra u oración jurídica (Ej.: el operador del Derecho no se conforma con la simple lectura del precepto normativo, sino que puede direccionarlo a otras situaciones jurídicas que la norma no menciona, pero que pueden, no obstante, ser tranquilamente susceptibles de interpretación). (p. 1)

El método extensivo nos permitió entender que taxativamente el D.S. N° 179-2021-

PCM confirmado por el D.S. N° 016-2022-PCM no busca restringir el ejercicio del derecho al trabajo de los ciudadanos directamente, empero; las medidas establecidas en dicho decreto, como por ejemplo la obligatoriedad de presentar el carnet de vacunación para realizar labores de manera presencial, afectaron la labor de los trabajadores que no estuvieron dispuestos a ser inmunizados contra la COVID-19, radicando aquí la pertinencia de su aplicación.

3.5. DISEÑO DE LA INVESTIGACIÓN

3.5.1. DISEÑO GENERAL DE LA INVESTIGACIÓN CIENTÍFICA

La investigación cualitativa “abarca el estudio, uso y recolección de una variedad de materiales empíricos, estudio de caso, experiencia personal, historia de vida, entrevista, textos, que describen los momentos habituales y problemáticos y los significados en la vida de los individuos” (Vasilachis, 2006, p. 25).

El diseño general de la Investigación Científica requirió que eligiéramos casos representativos de nuestro problema de investigación que se estaban suscitando en la realidad judicial nacional, siendo que los elegidos fueron el Expediente N° 05318-2021-0-1801-JR-DC-01, que resolvió la demanda de acción de amparo presentada por Jaqueline Nelly Castillo Campos & otros contra la Presidencia de la República, el Ministerio de Salud y la Dirección general de medicamentos, insumos y drogas y el Expediente N° 00725-2022-0-1601-JR-CI-01, que resolvió la demanda de acción de amparo presentada por Lourdes Agustina Vejarano Miñano contra Laboratorios DROPAKSA S.R.Ltda.

3.5.2. DISEÑO ESPECÍFICO DE LA INVESTIGACIÓN JURÍDICA

a. Diseño Jurídico Descriptivo

Adentrándonos en la investigación jurídica, fue necesario emplear el diseño jurídico descriptivo, el cual según Aranzamendi (2013) tiende a describir las partes y rasgos esenciales de fenómenos facticos o formales del Derecho. La formal trata, esencialmente, entes ideales, su método es la lógica deductiva y sus enunciados son analíticos-hermenéuticos. (p. 79)

Este diseño nos permitió describir diversos conceptos jurídicos, tales como los que atañen al derecho a la salud pública y el derecho al trabajo, así como los problemas doctrinales que surgen de realizar una ponderación entre ellos. Además, nos ayudó a percibir de manera objetiva las sentencias materia de análisis en nuestra investigación.

M → P

En el diagrama antes expuesto, “M” representa las muestras que se han empleado en nuestro informe de tesis y “O” simboliza la observación trascendental a la primacía de la Protección a la Salud Pública frente al ejercicio del Derecho al Trabajo en el contexto de COVID-19 en el Perú.

b. Jurídica-Propositiva

Las investigaciones propositivas, es decir aquellas en donde se formula una propuesta de modificación, derogación o creación de una norma jurídica, se encuentran en este tipo de investigaciones como una clase de las más resaltantes, a tal punto que se suele reducir a la investigación jurídico-dogmática como la investigación propositiva, lo cual no es del todo correcto; puesto que puede haber investigaciones dogmáticas sin necesidad de culminar en una propuesta. (Tantalrean, 2016, p.8)

En el presente informe de tesis, la investigación propositiva se evidenció justamente en el nuevo criterio basado en el principio de jerarquía de la norma que deberá ser tomado en

cuenta por los juzgadores de todas las Cortes Superiores de Justicia de la Nación antes de aplicar el test de proporcionalidad para resolver casos en los que exista un conflicto entre el Derecho a la Salud Pública y el ejercicio del Derecho al Trabajo en el contexto de pandemia.

c. Diseño de la Teoría Fundamentada

De acuerdo con Strauss y Corbin (citados por Gaete, 2014), es una teoría derivada de datos recopilados, destacando que este enfoque considera a la estrecha relación entre la recolección de los datos, su análisis y la posterior elaboración de una teoría basada en los datos obtenidos en el estudio como una de sus características fundamentales (p. 152)

El uso de este diseño de investigación nos permitió concluir que existía una real necesidad de establecer un criterio basado en el principio de la jerarquía de la norma para los casos en que los juzgadores se encuentren con demandas en las que se les requiera que apliquen el test de proporcionalidad para determinar si prima el derecho a la salud pública o el derecho al trabajo en un contexto de emergencia sanitaria por pandemia, teniendo como punto de partida el análisis de las sentencias emitidas por Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de la Libertad en el expediente N° 00725-2022-0-1601-JR-CI-01 y por el Tercer Juzgado Especializado en lo Constitucional de la Corte Superior de Justicia de Lima en el expediente N° 05318-2021-0-1801-JR-DC-03.

3.6. POBLACIÓN MUESTRAL

3.6.1. POBLACIÓN

En nuestro informe de tesis, la población estuvo conformada por las demandas interpuestas por los ciudadanos peruanos desde la promulgación del Decreto Supremo N° 179-2021-PCM, que han considerado vulnerado su derecho al trabajo con las medidas adoptadas en

dicho decreto que luego fue confirmado por el D.S. N° 016-2022- PCM con la finalidad de salvaguardar la salud pública en el contexto de emergencia sanitaria nacional ocasionada por la pandemia de COVID-19.

3.6.2. MUESTRA

En el presente informe de tesis se ha tenido a bien establecer la muestra por conveniencia, dado que los autores elegimos demandas con ciertas características en común, como lo son: que ambas son demandas de acción de amparo interpuestas por ciudadanos peruanos que pretenden la inaplicación del D.S. 179-2021 confirmado por D.S. 16-2022 con respecto a la presentación del carnet de vacunación contra la COVID-19 con la dosis completa para poder realizar labores presenciales en empresas que cuenten con más de 10 trabajador y que en ambas demandas se señala que se estaría vulnerando el derecho al trabajo; ello con el fin de demostrar que pese a tratarse de demandas similares han sido resueltas de manera distinta por la Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de la Libertad y el Tercer Juzgado Especializado en lo Constitucional de la Corte Superior de Justicia de Lima dado que no existe un criterio uniforme con respecto al tema por no existir precedentes en el tratamiento de este tipo de casos. Siendo así, se ha empleado como muestra:

- a.** La sentencia emitida por La Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de la Libertad en el expediente N° 00725-2022-0-1601-JR-CI-01, la cual resolvió la demanda de acción de amparo interpuesta por la ciudadana Lourdes Agustina Vejarano Miñano contra Laboratorios DROPAKSA S.R.Ltda.
- b.** La sentencia emitida por el Tercer Juzgado especializado en lo Constitucional de la Corte Superior de Justicia de Lima en el expediente N° 05318-2021-0-1801-JR-DC-01, la cual resolvió la demanda de acción de amparo interpuesta por Jacqueline

Nelly Castillo Campos y catorce ciudadanos más en contra de la Presidencia de la República y el Ministerio de Salud, Dirección General de Medicamentos, insumos y drogas.

- c. Doctrina acerca de las teorías en torno a los Derechos Fundamentales, Principios Constitucionales y Test de Proporcionalidad.

3.7. TÉCNICAS E INSTRUMENTOS DE RECOLECCIÓN DE DATOS

3.7.1. TÉCNICAS

- Fichaje

Huamán (2005): Consiste en registrar los datos que se van obteniendo en los instrumentos llamados fichas, las cuales, debidamente elaboradas y ordenadas contienen la mayor parte de la información que se recopila en una investigación. (p.45)

Utilizamos la técnica del fichaje para recabar información necesaria para nuestra investigación de fuentes tales como libros, revistas jurídicas, artículos, tanto físicos como virtuales

- Estudio de Casos

Estudiamos un caso cuando tiene un interés muy especial en sí mismo. Buscamos el detalle de la interacción con sus contextos. El estudio de casos es el estudio de la particularidad y de la complejidad de un caso singular, para llegar a comprender su actividad en circunstancias importantes. (Stake, 2011, p.11)

Empleamos esta técnica para el análisis de las sentencias emitidas por La Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de la Libertad en el expediente N° 00725-2022-0-1601-JR-CI-01 y la sentencia emitida por el Tercer Juzgado especializado en lo Constitucional de la Corte Superior de Justicia de Lima en el expediente N° 05318-2021-0-1801-JR-DC-01, casos judiciales de los cuales nos servimos para la validación

de la hipótesis sustentada.

3.7.2. INSTRUMENTOS

- **Fichas Bibliográficas**

Castro (2016) define a las fichas bibliográficas como aquellas que nos ayudan a localizar el sitio exacto de donde se extrae posteriormente la información. Al encontrar un documento cuya información es valiosa e importante y se desea registrar en qué lugar se encontró, se realiza una ficha bibliográfica. (p. 2)

Las fichas bibliográficas fueron un instrumento fundamental de nuestra investigación pues nos ayudaron a sintetizar información utilizada en todo el transcurso de la misma.

- **Fichas textuales**

Las fichas textuales reproducen un pasaje determinado tal y como está escrito en el texto original. Convendrá apelar a citas textuales para las definiciones y conceptos técnicos expresados en el texto. (Ezcurra, 2010, p. 46)

Estas fichas fueron empleadas para seleccionar conceptos brindados por diversos autores sobre las instituciones implicadas en nuestra investigación.

- **Fichas de resumen**

En las fichas de resumen se coloca un extracto esencial del texto, sus conceptos más importantes. Puede utilizar las mismas palabras del autor, palabras propias (vocabulario del investigador) o una combinación, sin alterar el contenido de las ideas del autor. Siempre es más pequeña y concisa. (Castro, 2016, p. 5)

Estas fichas fueron usadas al momento de sintetizar ideas complejas brindadas por los expertos en la materia, intentando en la medida de lo posible no alterar la esencia de lo

que buscan comunicar.

- **Fichas de idea general**

Solís (2008) define a las fichas de idea general como aquellas en las que se anotan las ideas o reflexiones del investigador, que surgen o se le ocurren en el momento de la lectura del libro o artículo. Es recomendable que se anoten inmediatamente surjan para evitar ser olvidados. (p. 80)

La utilidad de estas citas radicó en que nos permitieron a los autores de la investigación plasmar en el trabajo ideas propias surgidas a través de la lectura de amplia bibliografía.

- **Guía de análisis de casos**

Se trata de una guía eminentemente práctica, que con pequeño número de elementos permite analizar cualquier experiencia de intervención. (p. 1)

A través de esta guía pudimos establecer los puntos más relevantes de las sentencias emitidas en los expedientes N° 00725-2022-0-1601-JR-CI-01 y N° 05318-2021-0-1801-JR-DC-01, pertinentes para nuestra investigación.

3.8. TÉCNICAS DE PROCESAMIENTO Y ANÁLISIS DE DATOS

3.8.1. ANÁLISIS DOCUMENTAL

El objetivo del análisis documental es extraer del documento su carga informativa, convirtiéndolo en un documento diferente al original, un documento secundario que representa al original y al cual irán dirigidas las preguntas de información de los usuarios. (Nava, 2017, p. 3)

3.9. PROCEDIMIENTOS PARA LA RECOLECCIÓN DE DATOS

Teniendo en cuenta las restricciones surgidas en nuestro país por la pandemia de Covid-19, recurrimos principalmente al uso de libros, artículos y diversos materiales de estudio

virtuales. Así mismo y en la medida de lo posible hemos visitado bibliotecas y estudios jurídicos privados para obtener la información requerida para nuestra investigación.

3.10. PROCESAMIENTO PARA EL ANÁLISIS Y DISCUSIÓN DE DATOS

El recojo de datos que se llevó a cabo en la presente investigación se presentó a través del instrumento elaborado con tal fin: la guía de análisis de casos, lo que permitió realizar el análisis y la discusión de los datos recolectados; todo esto mediante una investigación de naturaleza cualitativa

IV. RESULTADOS Y DISCUSIÓN DE RESULTADOS

- **RESULTADO N° 01:**

“LA PRIMACÍA DE LA PROTECCIÓN A LA SALUD PÚBLICA FRENTE AL EJERCICIO DEL DERECHO AL TRABAJO EN EL CONTEXTO DE COVID-19 EN EL PERÚ”

Las medidas dictadas en el 14.7 del Decreto Supremo N° 179-2021-PCM y el artículo 4.9 del Decreto Supremo N° 016- 2022-PCM protegen a los trabajadores, los empleadores y la población, primando la salud pública como fin mayor de la sociedad.

Del análisis del instrumento de guía de análisis de caso, la cual fue aplicada a la sentencia emitida por la Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de la Libertad en el expediente N° 00725-2022-0-1601-JR-CI-05, bajo la finalidad de analizar la protección de la salud pública sin vulnerar el derecho al trabajo, y se obtuvo:

DATOS GENERALES DEL CASO						
Expediente: 00725-2022-0-1601-JR-CI-01						
Demandante: Lourdes Agustina Vejarano Miñano						
Demandado: Laboratorios DROPAKSA S.R.Ltda.						
ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL						
Antecedentes (Breve Resumen de la Demanda)	Determinación del Petitorio	Norma Objeto del Juicio (Los Derechos en Conflicto)	Aplicación del Test de proporcionalidad			Fallo
			Análisis de Idoneidad	Análisis de Necesidad	Análisis de Proporcionalidad en Sentido Estricto	
Lourdes Agustina Vejarano Miñano interpone una demanda de Acción de Amparo contra Laboratorios DROPAKSA S.R.Ltda, señalando que Se está vulnerando	Que se declare inaplicable en torno a ellos, el Decreto Supremo N° 179-2021-PCM y sus posteriores modificatorias hacia su persona. Asimismo, pretende que cesen los actos de	-Derecho al trabajo - Derecho a la Salud Pública	- El colegiado señala que logró verificar que el artículo 14.7 del Decreto Supremo N° 179-2021-PCM y el artículo 4.9 del Decreto Supremo N° 016-2022-PCM (que derogó a la primera), esto es, aquellas normas que regulan la suspensión perfecta para aquellos trabajadores que realicen labor presencial (y no sea posible el trabajo	- El Colegiado de la Sala Civil verifica que el artículo 14.7 del Decreto Supremo N° 179-2021-PCM y el artículo 4.9 del Decreto Supremo N° 016-2022-PCM (que derogó a la primera), no sólo es un medio idóneo, sino también necesario, pues no existe otra salida para alcanzar los fines de ésta norma antes	- Se descarta que se esté afectando el derecho al trabajo de la demandante, señalando que <u>la libertad de trabajo tiene un límite: la ley</u> , que es justamente aquella que regula las causales de suspensión del contrato de trabajo, dentro de las cuales está regulada aquella	- La Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de la Libertad afirma que tanto el artículo 14.7 del Decreto Supremo N° 179-2021-PCM como el artículo 4.9 del Decreto Supremo N° 016- 2022-PCM si fueron emitidos tomando en consideración nuestra Constitución Política y no existe contraversión alguna que de paso a la realización de la inaplicación de las normas antes citadas,

<p>su derecho a la defensa y respeto de dignidad, derecho a la salud y a la vida, derecho a la integridad moral, psíquica y física, derecho al libre desarrollo y bienestar de la persona humana, derecho a la libertad y seguridad personal, derecho a no ser víctima de violencia moral, psíquica y física, <u>derecho a trabajar libremente y derecho a no</u></p>	<p>discriminación y violación de derechos constitucionales consistente en exigir vacunación obligatoria contra COVID19 y portar carnet de vacunación como requisito para continuar con la actividad laboral</p>		<p>remoto) y no cuenten con su esquema de vacunación completo de COVID-19; resultan ser un medio utilizado idóneo para evitar que los trabajadores no vacunados se contagien de la citada enfermedad, así como para evitar la aglomeración en nosocomios (centros de salud) y que el empleador pueda verse afectado ante posibles contagios de sus trabajadores (en la producción e incluso conflictos futuros).</p>	<p>detallados (dado que si no es posible el trabajo remoto y no se puede realizar trabajo presencial por falta de vacunación, entonces la salida es la suspensión perfecta de labores, incluso, hay opción de convenir la suspensión imperfecta buscando una salida menos gravosa. - La Presidencia del Consejo de Ministros al emitir estas normas se ha enfocado en buscar la protección laboral de la demandante, es por ello que, al no tener un esquema de vacunación completo se opta como salida la suspensión perfecta de trabajo y no la extinción de la relación laboral, hecho que resultaría</p>	<p>aplicada por la demandada. - No se esté afectando el derecho a la igualdad y no discriminación de la actora, porque si bien hay un trato desigual entre trabajadores que sí cuentan con esquema de vacunación y aquellos que no, ello encuentra una causa de justificación objetiva y razonable que es justamente la protección del trabajador que no se ha vacunado, la protección del empleador frente a futuros conflictos generados por las consecuencias de la enfermedad que pueda contraer el trabajador, y, la protección a la población no enfocada en el no</p>	<p>habiendo llegado a esta conclusión al haber logrado verificar su validez y su legitimidad, así como también, agotar los criterios interpretativos y al haber aplicado el test de proporcionalidad, conforme a los criterios establecidos por la Corte Suprema de La República y el Tribunal Constitucional, CONFIRMANDO la sentencia apelada por la demandante, la cual declara infundada la demanda constitucional de amparo interpuesta por la demandante Lourdes Agustina Vejarano Miñano contra Laboratorios DROPAKSA S. R. Ltda.</p>
---	---	--	--	---	--	--

<p><u>ser discriminado en el trabajo</u></p>				<p>ser mucho más grave para el trabajador; por otro lado, existe una justificación lógica para que no se haya regulado como medio alternativo de solución a este conflicto, la suspensión imperfecta de labores, pues no resultaría viable tampoco que el empleador se vea en la obligación de pagar una remuneración cuando no ha existido trabajo efectivo por parte del trabajador.</p>	<p>contagio, sino en evitar la aglomeración en los centros de salud por personas contagiadas de COVID-19 que no se han vacunado y por ende tengan efectos fuertes que requieran un internamiento.</p> <p>- Se descarta afectación del derecho a percibir remuneraciones de la actora, porque en principio no existe derecho a la misma habiéndose aplicado la suspensión perfecta de labores y también porque si bien no descartamos que la remuneración es un medio de subsistencia para los trabajadores, empero, el grado de intervención en dicho derecho</p>	
--	--	--	--	--	---	--

					<p>fundamental es el correcto.</p> <p>- Entonces, aplicando la balanza de la justicia, el derecho fundamental de la demandante y su grado de intervención es correcto, pues el grado de satisfacción u optimización del propio derecho fundamental de la demandante (a la vida, salud e integridad), de la población (salud pública) y empleador (a evitar conflictos y contar con trabajadores para su producción), resulta ser mayor</p>	
--	--	--	--	--	--	--

- **DISCUSIÓN DE RESULTADOS N° 01:**

El Tribunal Constitucional peruano ha determinado la forma de aplicar el test de proporcionalidad para casos en concreto. En primer lugar, debe determinar la naturaleza y alcance de la norma que está siendo cuestionada y si afecta a derechos fundamentales. En segundo lugar, debe determinar cuál es el objetivo legítimo que persigue la norma y si es necesario para proteger un interés constitucionalmente protegido. Y, en tercer lugar, debe evaluar si la restricción de los derechos fundamentales es proporcional al objetivo perseguido por la norma y si existen alternativas menos restrictivas para alcanzar dicho objetivo. Es importante que el Tribunal considere cuidadosamente cada uno de estos elementos antes de tomar una decisión en un caso concreto. (Bernal, C, 2014. p.100)

Y es bajo estos parámetros que la Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de la Libertad evalúa la existencia o no de una vulneración del derecho al trabajo al primar la Salud Pública en el contexto de la pandemia por Covid-19 que se vive hasta el día de hoy nivel mundial, pues, como bien hemos desarrollado en nuestro instrumento de análisis de casos, se ha determinado que el artículo 14.7 del Decreto Supremo N° 179-2021-PCM y el artículo 4.9 del Decreto Supremo N° 016-2022-PCM (que derogó a la primera) tiene alcance para toda la población peruana, sin distinción del régimen laboral al que se encuentre sujeto cada persona en particular, pues el objetivo principal de dicha norma siempre ha sido la protección de la salud pública y evitar que los trabajadores no vacunados se contagien de la citada enfermedad, así como para evitar la aglomeración en nosocomios (centros de salud) y que el empleador pueda verse afectado ante posibles contagios de sus trabajadores (en la producción e incluso conflictos futuros, protección que abarca dentro de sí misma la protección de los mismos trabajadores y empleadores a nivel nacional, siendo necesario para ello, como último paso el limitar ciertos

derechos como remedio para lograr el objetivo principal, esta limitación no es sinónimo de restricción.

Pese a ello, existe mucha controversia a nivel doctrinario acerca de la aplicación del test de proporcionalidad para solucionar estos conflictos en donde se ven inmersos los derechos reconocidos en nuestra carta magna, por su parte, los autores B. Pierrot y B. Schlink han advertido que al momento de determinar qué derecho y/o bien constitucional en conflicto prevalece ante el otro a través de la aplicación del principio de proporcionalidad; esta herramienta jurídica carece de validez racional, objetiva y de obligatoria aplicación para el juez, dado que dicha prevalencia dependerá de cada caso en concreto y no existe un consenso general previo sobre cómo actuar, esto es, si las ventajas para el bien jurídico en cuyo favor se restringe un derecho fundamental, justifican las desventajas para otro derecho fundamental que se producen a causa de la restricción; por lo que resultaría necesario emplear este principio con otros principios y/o herramientas jurídicas que le puedan otorgar mayor objetividad jurídica.

Al respecto, si bien es cierto que la aplicación del test de proporcionalidad depende de la esfera subjetiva que maneja cada juzgador y cada Corte Superior de Justicia a nivel nacional, eso no significa que no sea fiable o que las decisiones que esos tomen respecto a esa materia sean contrarias a derecho o inconstitucionales, pues, como concedores del derecho y en protección de la tutela jurisdiccional efectiva, aplican criterios objetivos adicionales al momento de la aplicación de dicho test de proporcionalidad. Además, la misma doctrina analizada durante nuestra investigación establece también ciertos límites a la discrecionalidad judicial en la ponderación, como la prohibición de sacrificar derechos fundamentales esenciales o la necesidad de una justificación adecuada y transparente de la medida restrictiva. En otras palabras, el test de proporcionalidad es una herramienta importante para realizar un análisis y control de las normas dictadas para así garantizar que las restricciones a los derechos fundamentales sean razonables y proporcionadas, como la suspensión perfecta para aquellos

trabajadores que realicen labor presencial, el cual no sólo es un medio idóneo, sino también necesario, pues no existe otra salida, ya que si no es posible el trabajo remoto y no se puede realizar trabajo presencial por falta de vacunación, entonces la salida es la suspensión perfecta de labores, incluso, hay opción de convenir la suspensión imperfecta buscando una salida menos gravosa, la que sí sería darle fin a la relación laboral del trabajador con la empresa.

Es por eso que, Prieto Sanchís, L. (2005) nos dice que el juicio de proporcionalidad en sentido estricto requiere una valoración más detallada y cuidadosa, en la que se consideran diversos factores y se sopesan los derechos o principios en conflicto. Se trata de un juicio normativo o jurídico, que busca determinar si la medida adoptada es la más adecuada para proteger el interés general sin afectar excesivamente los derechos individuales. (...) En definitiva, se trata de un juicio complejo y equilibrado, que busca garantizar tanto la protección de los derechos individuales como el interés general de la sociedad. (p.129), esto quiere decir que no se está afectando el derecho al trabajo con la promulgación del Decreto Supremo N° 179-2021-PCM y el Decreto Supremo N° 016-2022-PCM, pues conforme mencionamos anteriormente, la libertad de trabajo justamente encuentra un límite: la ley, y aplicando la balanza de la justicia, el grado de satisfacción u optimización del propio derecho de la persona en particular (a la vida, salud e integridad), de la población (salud pública) y empleador (a evitar conflictos y contar con trabajadores para su producción), resulta ser mayor.

- **RESULTADO N° 02:**

Existe una restricción no justificada en términos de idoneidad, necesidad y proporcionalidad del derecho al trabajo por parte de los numerales 4.7 y 4.9 del Decreto Supremo N° 016-2022-PCM y sus modificatorias.

Del análisis del instrumento de guía de análisis de caso, la cual fue aplicada a la sentencia emitida por el Tercer Juzgado Especializado en lo Constitucional de la Corte Superior de Justicia de Lima en el expediente N° 05318-2021-0-1801-JR-DC-01, bajo la finalidad de analizar si los numerales 4.7 y 4.9 del Decreto Supremo N° 016-2022-PCM han vulnerado el derecho al trabajo de los recurrentes, y se obtuvo:

DATOS GENERALES DEL CASO						
Expediente: 05318-2021-0-1801-JR-DC-01						
Demandante: <i>Jaqueline Nelly Castillo Campos & otros</i>						
Demandado: <i>Presidencia de la República, el Ministerio de Salud y la Dirección general de medicamentos, insumos y drogas.</i>						
ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL						
Antecedentes (Breve Resumen de la Demanda)	Determinación del Petitorio	Norma Objeto del Juicio (Los Derechos en Conflicto)	Aplicación del Test de proporcionalidad			Fallo
			Análisis de Idoneidad	Análisis de Necesidad	Análisis de Proporcionalidad en Sentido Estricto	
Con fecha 09 de diciembre del 2021, Jacqueline Nelly Castillo Campos y otros interponen demanda de acción de amparo contra la Presidencia de la República, el Ministerio de Salud y la	Que se declare inaplicable en torno a ellos, el Decreto Supremo N°168-2021-PCM y sus normas modificatorias, en lo que respecta a la “obligatoriedad” de vacunarse contra la Covid-19; dado que el	-Derecho al trabajo - Derecho a la Salud Pública	- La limitación de derechos solo puede ser regulada por el legislador como sujeto activo primario, y solo podrá ser ejecutada por la autoridad como sujeto activo secundario; siendo que la autoridad competente para realizar estas limitaciones solo podrían ser el Congreso o el Ejecutivo, y el último	- La limitación de derechos en términos de necesidad obedece al sustento científico de la restricción que se pretende imponer, para así poder determinar si la intervención del Estado al derecho al trabajo es realmente necesaria. Ello implica que, en términos de necesidad jurídica, esta tendría que darse solo si no	-Este análisis implica el grado de realización del fin constitucional (protección al derecho a la salud pública) y la intensidad de la intervención en el derecho fundamental intervenido (derecho al trabajo), lo que se traduce en determinar si los alcances restrictivos	- Se ha determinado que los numerales 4.7 y 4.9 del Decreto Supremo N° 016-2022-PCM vulneran el derecho al trabajo; no obstante, esta conclusión no puede favorecer a los demandantes, en razón de que estos no han demostrado estar

<p>Dirección general de medicamentos, insumos y drogas, señalando que el Decreto Supremo N° 016-2022-PCM y sus normas modificatorias vulneran su derecho a la vida, a la salud, a la libertad y seguridad personal, a no ser víctima de violencia moral, psíquica o física, al trabajo y a la educación.</p>	<p>contar con el carnet de vacunación contra esta enfermedad fue dispuesto como obligatorio para poder trabajar de manera presencial en entidades públicas y privada vulnera, para los intereses del presente trabajo de investigación, su derecho al trabajo.</p>		<p>de los mencionados solo podrá hacerlo a través de Decretos legislativos y Decretos de Urgencia, ya que estos cuentan con un control del legislativo.</p> <ul style="list-style-type: none"> - La limitación de derechos debe responder a razones de “orden público” que estén sustentadas en planteamientos jurídicos que busquen erradicar una situación de peligro real para los ciudadanos y sus derechos constitucionalmente reconocidos. - el Decreto Supremo N° 016-2022-PCM y sus normas modificatorias no han cumplido con el requisito formal de haber sido emitidos mediante una ley en sentido formal, pues tal Decreto Supremo no ha sido emitido por el 	<p>existe otra opción menos gravosa sobre los derechos que serán restringidos por su obligatoriedad.</p> <ul style="list-style-type: none"> - Por tanto, los numerales 4.7 y 4.9 del Decreto Supremo N° 016-2022-PCM, no cumplen con proporcionar medidas menos gravosas para los trabajadores que realicen una actividad laboral meramente presencial ya que no establece ninguna otra opción más que la vacunación; por lo tanto, la 	<p>de las medidas impuestas al derecho al trabajo satisfacen en un nivel “alto” la protección del derecho a la salud pública, pero sin intervenir en un grado “intenso” al derecho al trabajo.</p>	<p>dentro de los efectos adversos de las normas cuestionadas. Por ello, el Juzgado declara infundada la demanda; salvo por una demandante, la persona de Sonia Estela Vásquez Gálvez, quien en su condición de docente nombrada en una Institución Educativa de Educación Inicial presenta medios probatorios que acreditan que no le fue permitido el ingreso a su Centro de Labores por no presentar su carnet de vacunación contra la COVID-19, por lo que con respecto a ella se declara FUNDADA la demanda y el</p>
--	--	--	---	---	--	---

			Ejecutivo a través de un decreto legislativo o decreto de urgencia o por una ley con este rango normativo, por lo tanto, no es idóneo.	medida no puede ser considerada necesaria.		Juzgado determina que la demandante, para efectos de hacer valer su derecho al trabajo deberá de presentar ante la institución educativa donde trabaja cada 10 días una prueba molecular con resultado negativo al Covid-19, además de cumplir con los protocolos que ha dado la Autoridad de Salud.
--	--	--	--	--	--	--

- **DISCUSIÓN DE RESULTADOS N° 02:**

Tal y como lo señala el reconocido jurista peruano Rubio Correa, M. (2011) El test de proporcionalidad y la forma en la que sería aplicado dentro del sistema jurídico quedó establecido en la sentencia N° 0045-2004-PI-TC del 29 de octubre del 2005, en donde se reconocen seis elementos que lo conforman los cuales son:

1. Determinación del tratamiento legislativo diferente: la intervención en la prohibición de discriminación.
2. Determinación de la intensidad de la intervención en la igualdad.
3. Determinación de la finalidad del tratamiento diferente (objetivo y fin).
4. Examen de idoneidad.
5. Examen de necesidad.
6. Examen de proporcionalidad en sentido estricto o ponderación. (p. 05-06)

En base a estos parámetros, el Tercer Juzgado Especializado en lo Constitucional de la Corte Superior de Justicia de Lima en el expediente N° 05318-2021-0-1801-JR-DC-01 resolvió que los numerales 4.7 y 4.9 del Decreto Supremo N° 016-2022-PCM y sus modificatorias, atentan contra el derecho al trabajo de los ciudadanos que realizan labores eminentemente presenciales al exigirles presentar el carnet de vacunación contra la COVID-19 con las dosis completas para poder ejercer sus labores; dado que, aunque lo que buscan es proteger la salud pública de la población peruana en el contexto de estado de emergencia decretado en todo el territorio nacional por una cuestión de salud como lo es la aparición de la pandemia por COVID-19; al ser sometidos ambos derechos a un test de proporcionalidad, entendido como mecanismo por el cual el Tribunal Constitucional de un país analiza un conflicto de índole constitucional a través de establecer cada uno de los intereses que originaron el conflicto y después de analizar

dichos intereses colisionados y asignarles implícita o explícitamente un valor; tomar una decisión que se convierte en una especie de pauta del derecho constitucional para conflictos similares de la misma naturaleza. (Bertelsen, 2010, p. 47) concluyeron que las medidas resultan no ser idóneas, necesarias ni proporcionales.

El examen de idoneidad está íntimamente relacionado con la separación de poderes cuando es aplicado a una norma de rango infraconstitucional. Por lo tanto, para saber si una norma es idónea, necesariamente se debe considerar la competencia y discrecionalidad del ente que la emite; siendo esto especialmente relevante en casos donde la norma impugnada no viola directamente un derecho fundamental, pero podría limitarlo o afectarlo indirectamente como el caso que da origen a esta discusión. Siendo así, al hablar de necesidad, el Tribunal debe considerar si el legislador actuó dentro de su ámbito de competencia y si la norma adoptada es la más idónea para alcanzar su objetivo sin vulnerar otros principios constitucionales; lo cual según su entendimiento en el presente caso no ocurrió, pues las restricciones debieron ser establecidas a través de Decretos legislativos y/o Decretos de Urgencia, ya que estos cuentan con un control del legislativo; más no con un Decreto Supremo que no tiene la suficiente competencia para restringir derechos.

En el mismo sentido, al efectuar el examen de necesidad de la medida; según lo dispuesto por el Tribunal Constitucional Peruano en la sentencia 0045-2004-AI, es necesario corroborar si existen otros medios alternativos al que ha limitado el ejercicio del derecho que no sean tan gravosos como el elegido, o en todo, que lo sean en menor intensidad así como las hipotéticas alternativas que hubiera podido adoptarse para alcanzar el mismo fin; lo cual ha sido realizado por el juzgador en el presente caso, quien como ha expuesto en la sentencia materia de discusión, determinó que se pudo implementar medidas menos gravosas para asegurar la salud de todos los trabajadores que realicen labores eminentemente presenciales, siendo una de ellas exigir una prueba molecular regularmente para descartar la enfermedad, dado que así se estaría

respetando la decisión de cada trabajador de ser o no ser inoculado contra esta enfermedad.

Finalmente, con respecto al test de proporcionalidad en sentido estricto, si bien es cierto en el ordenamiento jurídico peruano no existe una referencia explícita al principio de proporcionalidad, es este principio es el que ha ayudado a consolidar el modelo de Estado Constitucional de Derecho en el que vivimos, pues tal y como señala Barnes, J. (1998) el principio de proporcionalidad encarna una idea elemental de justicia material: la proscripción de todo sacrificio de la libertad inútil, innecesario o desproporcionado (p. 19). Siendo así, al momento de realizar el examen de proporcionalidad en sentido estricto, lo que el Juzgador analizó es si al emitir el Decreto Supremo N° 016-2022 se ha ponderado adecuadamente la protección del fin constitucional (derecho a la salud pública) y la intensidad de la intervención en el derecho fundamental (derecho al trabajo y libertad de trabajo), determinando que no fue así dado que limita en un alto grado el derecho al trabajo de los trabajadores que realizan labores eminentemente presenciales y que no han querido ser inoculados contra la COVID-19, pues se impide que realicen su labor; siendo que como ya se ha explicado en los párrafos precedentes pudo implementarse una medida menos gravosa que asegure la protección el derecho a la salud pública sin limitar exageradamente su derecho al trabajo.

- **RESULTADO N° 03**

Es necesario respetar el principio de jerarquía de la norma al momento de establecer medidas sanitarias que puedan restringir el ejercicio del derecho al trabajo de los ciudadanos en aras de proteger la salud pública para así garantizar la constitucionalidad de dichas medidas.

- **DISCUSIÓN DE RESULTADO N° 03:**

Del análisis de la sentencia contenida en el expediente N° 00725-2022-0-1601-JR-CI-01, donde la Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de La Libertad resolvió la demanda de acción de amparo presentada por Lourdes Agustina Vejarano Miñano contra Laboratorios

DROPAKSA S.R.Ltda.Lo y de la sentencia contenida en el expediente N° 05318-2021-0-1801-JR-DC-01, donde el Tercer Juzgado Especializado en lo Constitucional de la Corte Superior de Justicia de Lima resolvió la demanda de acción de amparo presentada por Jaqueline Nelly Castillo Campos & otros contra la Presidencia de la República, el Ministerio de Salud y la Dirección general de medicamentos, insumos y drogas; se obtuvo evidenció que las medidas establecidas en los numerales 4.7 y 4.9 del Decreto Supremo N° 016-2022-PCM y sus modificatorias no son justificadas en términos de idoneidad, necesidad y proporcionalidad, y esto ocurre porque – entre otras cosas- las restricciones debieron establecerse a través de una norma con rango de ley como lo es un Decreto legislativo y/o un Decretos de Urgencia, ya que la limitación a derechos constitucionalmente reconocidos debe realizarse bajo un estricto control legislativo. Dicho esto, se evidenció la necesidad de que se establezca un criterio uniforme entre todos los juzgadores del país al momento de determinar si en una situación como la expuesta en dichas demandas prima el derecho al trabajo o el derecho a la salud de los ciudadanos; y este criterio a opinión de los investigadores es el principio de jerarquía de la norma, el cual en palabras de Tomas – Ramón Fernandez (1981) « no es nunca una jerarquía de los procedimientos de producción y elaboración de las normas, sino un reflejo y una consecuencia de la diferente calidad de los sujetos que las producen» (p.77). Dicho ello, se tiene que el principio de jerarquía de la norma es un concepto elaborado por la ciencia jurídica con una finalidad eminentemente práctica: dar preferencia a una norma sobre otra en caso de presentarse una contradicción normativa, dado que al aplicar este principio tendremos que una norma contradictoria con otra jerárquicamente superior es *inválida* (si se sostiene que el ordenamiento establece la coherencia como requisito de validez de las normas), o en todo caso si la norma goza de presunción de validez (pues la norma se presume válida hasta que un órgano competente determine lo contrario) la norma superior deberá ser *preferida* por el órgano encargado de aplicar el derecho. De esta forma, se garantizará que las disposiciones emitidas

para proteger un derecho y bien común vital como lo es la salud pública no generen en la población un sinsabor al considerar que se está atentando contra otros de sus derechos; en específico el derecho al trabajo, pues en palabras del propio Kelsen (1934) la relación entre la norma que regula la producción de otra norma, y la norma producida conforme a esa determinación, puede representarse mediante la imagen espacial de la supra y la subordinación. La norma que regula la producción es una norma superior, mientras que la producida conforme a esa determinación es la norma inferior. (p. 435)

Asimismo, cabe señalar que no solo será necesario valernos de este criterio para resolver un futuro conflicto entre ambos derechos, pues al ser estos derechos constitucionalmente reconocidos, las normas que pretendan limitar alguno de ellos para salvaguardar al otro, también deberán superar el test de proporcionalidad para que así se garantice que son idóneas, necesarias y proporcionales a las circunstancias que ocasionaron su dación, puesto que en palabras de Guastini, R. (2007) el objeto del test de proporcionalidad es establecer una relación de preferencia condicionada por las circunstancias de un caso en particular para dar solución al caso planteado. De este modo, el test de proporcionalidad sirve para reducir los márgenes de discrecionalidad en la delimitación del contenido de los derechos fundamentales considerados como principios, estableciendo como consecuencia, una “jerarquía axiológica móvil” entre los principios en conflicto. (p. 636)

Por lo tanto, de presentarse en el futuro un conflicto entre el derecho a la salud pública y el derecho al trabajo de los ciudadanos ocasionado por la dación de medidas que para algunos puedan resultar inconstitucionales, las medidas deberán ser acatadas siempre y cuando hayan sido promulgadas respetando el principio de jerarquía de la norma y que sean las adecuadas y eficaces para alcanzar el fin que se busca; además, deberán proponerse medidas alternativas que permitan lo mismo con menos riesgos o lesiones para dicho derecho, pues se requerirá un entendimiento racional común para la evaluación de medios y fines y de las posibilidades reales

**“LA PRIMACÍA DE LA PROTECCIÓN A LA SALUD PÚBLICA FRENTE AL EJERCICIO DEL DERECHO AL
TRABAJO EN EL CONTEXTO DE COVID-19 EN EL PERÚ”**

de su realización a fin de evitar discrepancias.

V. CONCLUSIONES

1. El Criterio para determinar la primacía de la protección a la salud pública frente al ejercicio del derecho al trabajo en el contexto de pandemia en el Perú fué el criterio de jerarquía de la norma.
2. La naturaleza jurídica de los derechos a la salud pública y al derecho al trabajo son eminentemente constitucional, siendo que el derecho al trabajo se encuentra expresamente recogido en nuestra carta magna, mientras que el derecho a la salud pública aparece por una adscripción normativa.
3. Se justificó la restricción al ejercicio del derecho al trabajo por una norma expedida en un estado de emergencia por una enfermedad pandémica que ponga en riesgo la salud pública solo si dicha restricción al ser sometida al test de proporcionalidad resulta ser idónea, necesaria y proporcional.
4. El principio de jerarquía de la norma se constituyó como una especie de validez formal de la norma cuestionada, empero; si aún después de su aplicación existen dudas sobre cual derecho prima en el caso en específico, se tiene que recurrir al test de proporcionalidad.

VI. RECOMENDACIONES

1. En mérito de la naturaleza de la investigación realizada y de los resultados obtenidos, se recomienda a los jueces y vocales de las diferentes Cortes Superiores de Justicia a Nivel nacional, realizar un pleno jurisdiccional en donde se establezca al final de la exposición de los distintos casos judiciales en los que se tienen Sentencias totalmente distintas, en una votación de cada uno de ellos, la aplicación del principio de jerarquía normativa como un requisito de validez formal, previamente a la aplicación del test de proporcionalidad para resolver los casos en los que se deba establecer si prima el derecho a la salud pública o el derecho al trabajo en un contexto de pandemia en el Perú.
2. Se recomienda que, en el futuro, cuando se dicten normas que limiten derechos constitucionalmente reconocidos en un contexto de pandemia, como el derecho al trabajo de los ciudadanos a fin de salvaguardar el derecho a la salud pública, se proporcionen una serie de medidas alternativas por las que puedan optar los trabajadores con el fin de garantizarse el menor menoscabo de su ejercicio laboral.

VII. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS Y VIRTUALES

1. (2017c). Casación Laboral n.o 321-2017-Lima. Lima: 7 de noviembre de 2017.
2. Agencia Peruana de Noticias (2020). *Cronología del coronavirus en el Perú*. <https://andina.pe/agencia/interactivo-cronologia-del-coronavirus-el-peru-488.aspx>.
3. Alexy, R. (1997). *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios.
4. Almeida, N. (2021). *Sindemia, Infodemia, pandemia de COVID-19: Hacia una epidemiología de enfermedades emergentes*. <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/8151748.pdf>
5. Arévalo, J. (2010). *Antecedentes de la reforma del proceso laboral en el Perú*. <http://repositorio.amag.edu.pe/bitstream/handle/123456789/47/doctrinayanalisis-ley-trabajo.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
6. Atienza, M. y Ruiz, J. (1996). *Las piezas del derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, Barcelona, Ariel.
7. Barnes, J. (1998). “*El principio de proporcionalidad. Estudio preliminar*”. En: *Cuadernos de Derecho Público*, N.º 5, especial dedicado al estudio del Principio de proporcionalidad. Madrid: INAP.
8. Bernal Pulido, C. 2014. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Universidad Externado de Colombia. https://www.google.com.pe/books/edition/El_principio_de_proporcionalidad_y_los_d/-4_aAwAAQBAJ?hl=es-419&gbpv=

9. Bernal, C. (2005). *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, 2.^a ed., Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
10. Bertelsen, S. (2010). *Métodos de solución de conflictos entre derechos fundamentales*. https://books.google.com.pe/books/about/M%C3%A9todos_de_soluci%C3%B3n_de_conflictos_entr.html?id=h_cEYAAACAAJ&redir_esc=y
11. Campos, E. (2020). *¿Qué derechos se suspenden en estado de emergencia?*. <https://lpderecho.pe/que-derechos-se-suspenden-en-estado-de-emergencia/>.
12. Carbonell, M. 2007. *El principio de proporcionalidad en el Estado Constitucional*. Universidad Externado de Colombia. <https://es.scribd.com/read/295461729/El-principio-de-proporcionalidad-en-el-Estado-constitucional>.
13. Carrillo, R. (2009). *El concepto de Pandemia: Debate e Implicaciones a propósito de la Pandemia de Influenza de 2009*. <http://www.scielo.org.co/pdf/rgps/v9n19/v9n19a05.pdf>
14. Castillo Calle, M. (2014). *La norma jurídica en el sistema legislativo peruano*. <http://enciclopediajuridica.biz14.com/d/jerarquía-normativa/jerarquía/normativa.htm>
15. Castillo Córdova, L. 2018. *El Derecho Constitucional sobre Derechos Humanos*. Revista Derecho & Sociedad, N° 51, octubre 2018 / ISSN 2079-3634.
16. Castillo, J. (2020). *Una década con la nueva ley procesal del trabajo*. <https://laley.pe/art/10383/una-decada-con-la-nueva-ley-procesal-del-trabajo>.
17. CEPAL, OPS (2021). *La prolongación de la crisis sanitaria y su impacto en la salud, la economía y el desarrollo social*. https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/47301/1/S2100594_es.pdf
18. Conacod (s/a). *Comisión Nacional contra la discriminación*. <http://www.consulado.pe/es/Tokio/Documents/Discrimiacion.pdf>

19. Conacod (s/a). *Guía de orientación ciudadana para la denuncia de actos de discriminación*. <https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/1611465/Conacod.-Gui%CC%81a-de-orientacio%CC%81n-ciudadana-para-denuncias-de-actos-de-discriminacio%CC%81n-1.pdf.pdf?v=1611869117>
20. D.S. N° 007-2013-TR. *Decreto Supremo que aprueba el Reglamento de Organización y Funciones de la Superintendencia Nacional de Fiscalización Laboral – SUNAFIL*. http://www.trabajo.gob.pe/archivos/file/SNIL/normas/2013-08-07_007-2013-TR_3016.pdf
21. Defensoría del Pueblo (2022). *Defensoría del Pueblo precisa funciones de FF. AA., PNP y ciudadanía en contexto de estado de emergencia*. <https://www.defensoria.gob.pe/defensoria-del-pueblo-precisa-funciones-de-ff-aa-pnp-y-ciudadania-en-contextos-de-estado-de-emergencia/#:~:text=En%20el%20presente%20estado%20de,de%20tr%C3%A1nsito%20en%20el%20territorio.>
22. Dworkin, R. (1989). *Los derechos en serio*, MARTA GUSTAVINO (trad.), Barcelona, Ariel.
23. E.W. Bóckenförde. (1993). *Sobre la situación de la dogmática de los derechos*
24. Estudio Ehecopar (2020). *Vacunación obligatoria para el trabajo presencial a partir del 10 de diciembre*. <https://www.ehecopar.com.pe/publicaciones-vacunacion-obligatoria-para-el-trabajo-presencial-a-partir-del-10-de-diciembre.html>.
25. Ferro, V. (2021). *Derecho Individual del Trabajo en el Perú*. Fondo Editorial Pontificie Universidad Católica del Perú. Lima

26. García, Á., De Lama, M. y Quiroz, L. (2015). *Manual de contratación laboral*. Gaceta Jurídica.
27. Guastini, R. (2007). “*Ponderación: un análisis de los conflictos entre principios constitucionales*”. Traducción de Pedro Grández Castro. En: Palestra del Tribunal Constitucional. Revista mensual de jurisprudencia, N.º 8. Lima.
28. Instituto Hegel (2021). Ley de productividad en el Perú. *¿Qué es el Decreto Legislativo N° 728?*. <https://hegel.edu.pe/blog/ley-de-productividad-en-el-peru-que-es-el-decreto-legislativo-n-728/>
29. Kelsen, H. (1934). *Teoría pura del Derecho*.
30. Landa Arroyo, C. 2017. *Los Derechos Fundamentales*. Fondo Editorial de la Pontificia Editorial Católica del Perú.
31. Lora, A. (2020). *Impacto de la pandemia por Covid-19 en el sistema sanitario español*. Universidad Politécnica de Valencia. <https://riunet.upv.es/bitstream/handle/10251/149262/Lora%20-%20IMPACTO%20DE%20LA%20PANDEMIA%20POR%20COVID-19%20EN%20EL%20SISTEMA%20SANITARIO%20ESPA%3%91OL.pdf?sequence=2>.
32. Lossio, J. (2021). *Pandemia y salud pública. Historias de cuarentenas y vacunaciones*. Editorial Proyecto Especial Bicentenario de la Independencia del Perú. 1º Edición.
33. Maguiña, C. (2020). *El nuevo Coronavirus y la pandemia del Covid-19*. <http://www.scielo.org.pe/pdf/rmh/v31n2/1729-214X-rmh-31-02-125.pdf>
34. Martin, J. (2022). El trabajo: *Un concepto discutible dentro de una discusión que no termina*. <https://library.fes.de/pdf-files/bueros/fescribe/19190.pdf>

35. Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo. *El 1, 2 y 3 de la formalización laboral*.
https://www.trabajo.gob.pe/archivos/file/informacion/TRABAJADORES/DLT_formacion_laboral.pdf
36. Namihira, D. (2020). *Glosario epidemiológico 2020 para entender la pandemia COVID-19*. Universidad Veracruzana.
https://www.uv.mx/plandecontingencia/files/2020/05/Glosario_Epidemiologico_90520.pdf
37. Nash Rojas, C. 2009. *El sistema interamericano de Derechos Humanos en acción. Aciertos y Desafíos*. Edit. Porrúa.
38. Neves, J. y Boza, G(2007). “*Introducción al Derecho Laboral*”. Segunda edición. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
39. Neves, J. (s/a). *Introducción al Derecho al Trabajo*.
<https://biblioteca.cejamericas.org/bitstream/handle/2015/1134/introduccionalderechotrabajoperu.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
40. Nikken, P. (1994). «*El Concepto de los Derechos Humanos.*» En Estudios Básicos de Derechos Humanos I, de Instituto Interamericano de Derechos Humanos. Prometeo S.A.
41. Organización de las Naciones Unidas (2020). *Informe de políticas de las Naciones Unidas: La Covid-19 y la cobertura sanitaria universal*.
https://www.un.org/sites/un2.un.org/files/2020/11/uhc_spanish.pdf
42. Organización Mundial de la Salud (2020). *La OMS caracteriza a COVID-19 como una pandemia*.

https://www3.paho.org/hq/index.php?option=com_content&view=article&id=15756:who-characterizes-covid-19-as-a-pandemic&Itemid=0&lang=es#gsc.tab=0&gsc.q=pandemia

43. Pacheco, L. (2012). *Los elementos esenciales del contrato de trabajo*. Universidad de Piura. Revista de Derecho

44. Perez Luño, A. 2003. *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*. Edit. Tecnos.

45. Pontificie Universidad Católica del Perú (2020). *Los derechos delimitados y el estado de emergencia*. <https://idehpucp.pucp.edu.pe/notas-informativas/los-derechos-delimitados-y-el-estado-de-emergencia/>.

46. Prieto Sanchis, L. (2005). *Apuntes de Teoría del Derecho*. Editorial Trotta S.A.

47. Puyo, J. (2007). *Constitucionalización e Internacionalización del derecho laboral en Colombia*.

https://repository.eafit.edu.co/bitstream/handle/10784/470/Jimena_PuyoPosada_2007.pdf;sequence=1

48. Reynoso, C (2011). *Los Contratos de Trabajo*. Universidad Autónoma Metropolitana. <https://core.ac.uk/download/pdf/48393468.pdf>

49. Robert, A. (2008). *Teoría de la argumentación jurídica*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Primera reimpresión de la segunda edición.

50. Rubio Correa, M. (2011). *El Test de Proporcionalidad en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Peruano*. Fondo Editorial PUCP.

51. Rubio Correa, M. 2011. *El test de Proporcionalidad en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Peruano*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

<https://es.scribd.com/read/293593592/El-test-de-proporcionalidad-en-la-jurisprudencia-del-Tribunal-Constitucional>

52. Sieckmann, J. (1990). *Regelmodelle und Prinzipienmodelle des Rechtssystems, Baden-Baden, Nomos*, Modelle des Eigentumsschutzes: eine Untersuchung zur Eigentumsgarantie des Art. 14 GG.

53. Suárez, W. (2018). *La constitucionalización del derecho laboral y su fundamentación. Ciencias Sociales y Educación*

54. Tomas - Ramón Fernández (1981). *Las leyes orgánicas y el bloque de constitucionalidad. En torno al artículo 28 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional*, Civitas.

55. Torres, J. (2020). *¿Cuál es el origen del SARS-CoV2?*.
<https://www.medigraphic.com/pdfs/imss/im-2020/ims201a.pdf>

56. Toyama, J. (2015). *El derecho individual del trabajo en el Perú*. Gaceta Jurídica.

57. Vázquez, D. 2018. *Test de razonabilidad y Derechos Humanos: Instrucciones para armar*. Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas.

58. Vinatea, L. (2016). *Algunos Aspecto relevantes de la Nueva Ley Procesal del Trabajo y Temas de Actualidad*. <https://mhjfbmdgcfjbbpaeojofohoeufigehjai/index.html>

VIII. ANEXOS

8.1. MATRIZ DE CONSISTENCIA

A. MATRIZ DE CONSISTENCIA LÓGICA				
TITULO: La primacía de la protección a la salud pública frente al ejercicio del derecho al Trabajo en el contexto de Pandemia en el Perú.				
PROBLEMA	OBJETIVOS	HIPOTESIS	VARIABLES	METODOLOGÍA
¿Cuál es el criterio para establecer que la protección a la salud pública prima frente al ejercicio del derecho al trabajo en el contexto de pandemia en el Perú?	Objetivo general	Dado que existe discrepancias judiciales entre si debe primar la salud pública o el ejercicio al derecho al trabajo en un contexto de pandemia, entonces es probable que exista la necesidad de establecer un criterio de validez formal de la norma	Variable Independiente: La primacía de la protección a la salud pública. Variable Dependiente: El ejercicio del Derecho al Trabajo	a. Tipo de Investigación a. Según aplicabilidad o propósitos: Investigación Básica. b. Según la naturaleza o profundidad: → Inv. Descriptiva- Propositiva. M ----- P
	Determinar cuál es el criterio para establecer la primacía de la protección a la salud pública frente al ejercicio del derecho al trabajo en el contexto de pandemia en el Perú.			
	Objetivos Específicos			

	<p>a. Identificar la naturaleza jurídica que poseen el derecho a la salud pública y el derecho al trabajo.</p> <p>b. Revisar y analizar jurisprudencia nacional en la que el juzgador haya resuelto un conflicto suscitado entre el derecho a la salud pública y el ejercicio al derecho al trabajo en un contexto de pandemia.</p> <p>c. Proponer un nuevo criterio para la resolución de conflictos entre los derechos a la salud pública y el ejercicio al derecho al trabajo en contexto de</p>	<p>basado en el principio de jerarquía de la norma con fines de determinar que la salud pública prime frente al derecho al trabajo.</p>		<p>c. Según el tipo de Investigación Jurídica: Dogmática</p> <p>d. Según el enfoque de Investigación: Cualitativa</p> <p>b. Métodos de Investigación</p> <p>a. Métodos generales de investigación: M. Descriptivo, M. Inductivo, M. Analítico</p> <p>b. Métodos de investigación jurídica: M. Sistemático, M. Funcional</p> <p>c. Métodos de interpretación jurídica: M. Teleológico, M. Extensivo</p> <p>c. Diseños de Investigación</p> <p>a. Diseño general de investigación cualitativa</p> <p>b. Diseños específicos de la investigación jurídica: D. Descriptivo - Propositivo, D. Jurídico Evaluativo</p> <p>d. Técnicas de recolección de</p>
--	---	---	--	---

	<p>pandemia, haciendo uso del principio de jerarquía de la norma para verificar la validez formal de la norma antes de aplicar el test de proporcionalidad.</p>			<p>información: Fichaje, Estudio de Casos y Análisis de Casos</p> <p>e. Población y muestra:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Población: Demandas interpuestas por los ciudadanos peruanos desde la promulgación del Decreto Supremo N° 179-2021-PCM, que han considerado vulnerado su derecho al trabajo con las medidas adoptadas en dicho decreto que luego fue confirmado por el D.S. N° 016-2022- PCM en el contexto de emergencia sanitaria nacional ocasionada por la pandemia de COVID-19. 2. Muestra: <ol style="list-style-type: none"> a. La sentencia emitida por La Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de la Libertad en el expediente N° 00725-2022-0-1601-JR-CI-01, la cual resolvió la demanda de acción de amparo
--	---	--	--	--

				<p>interpuesta por la ciudadana Lourdes Agustina Vejarano Miñano contra Laboratorios DROPAKSA S.R.Ltda.</p> <p>b. La sentencia emitida por el Tercer Juzgado especializado en lo Constitucional de la Corte Superior de Justicia de Lima en el expediente N° 05318-2021-0-1801-JR-DC-01, la cual resolvió la demanda de acción de amparo interpuesta por Jacqueline Nelly Castillo Campos y catorce ciudadanos más en contra de la Presidencia de la República y el Ministerio de Salud, Dirección General de Medicamentos, insumos y drogas.</p> <p>c. Doctrina acerca de las teorías en torno a los Derechos Fundamentales, Principios Constitucionales y Test de</p>
--	--	--	--	---

				Proporcionalidad.
--	--	--	--	-------------------

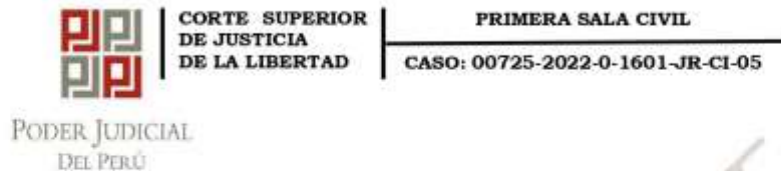
8.2. FORMATO DE FICHA DE INVESTIGACION

Tipo de ficha	Fecha de consulta
<p data-bbox="869 456 1355 491">Epígrafe (tema o título del contenido)</p> <p data-bbox="199 523 338 555">Contenido</p> <p data-bbox="199 783 1149 815">Autor, referencia de la obra, pagina (s) de donde se extrajo la información</p>	
	Número de ficha

8.3. FORMATO DE GUÍA DE ANALISIS DE CASO

DATOS GENERALES DEL CASO							
Expediente:							
Demandante:							
Demandado:							
ANALISIS JURISPRUDENCIAL							
Antecedentes (Breve Resumen de la Demanda)	Determinación del Petitorio	Norma Objeto del Juicio (Los Derechos en Conflicto)	Aplicación del Test de proporcionalidad			Fallo	
			Análisis de Idoneidad	Análisis de Necesidad	Análisis de Proporcionalidad en Sentido Estricto	Sentencia emitida en el exp. N° 00725- 2022-0-1601- JR-CI-01	Sentencia emitida en el exp. N° 05318- 2021-0-1801- JR-DC-01

8.4. SENTENCIA EXPEDIDA POR LA PRIMERA SALA CIVIL DE LA CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LA LIBERTAD EN EL EXPEDIENTE N° 00725-2022-0-1601-JR-CI-01



El artículo 138 de la Constitución Política del Perú establece que: “La potestad de administrar justicia emana del pueblo y se ejerce por el Poder Judicial a través de sus órganos jerárquicos con arreglo a la Constitución y a las leyes. En todo proceso, de existir incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma legal, los jueces prefieren la primera. Igualmente, prefieren la norma legal sobre toda otra norma de rango inferior.”, esto es, la judicatura puede realizar control difuso en los casos en concreto respecto de incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma legal, una norma constitucional y una norma infralegal o una norma legal y una norma infralegal.

Resolución **OCHO**
Trujillo, once de mayo
Del año dos mil veintidós. –

-SENTENCIA DE VISTA-

En el proceso constitucional de amparo, interpuesto por Lourdes Agustina Vejarano Miñano contra Laboratorios DROPAKSA SRLTDA.; **la Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de la Libertad**, integrada por los Jueces Superiores: **Carlos Natividad Cruz Lezcano** (Presidente y Juez Superior Titular); **Juan Virgilio Chunga Bernal** (Ponente y Juez Superior Titular) y **Hugo Francisco Escalante Peralta** (Juez Superior Provisional); con intervención de **Nelly Key Munayco Castillo** (Secretaria de Sala); en audiencia pública de vista de la causa, previa deliberación y votación, emiten la siguiente decisión:

I. ASUNTO:

Apelación¹ interpuesta por la demandante Lourdes Agustina Vejarano Miñano, contra la sentencia inserta en la Resolución número CUATRO, de fecha treinta de marzo del año dos mil veintidós, obrante de fojas ciento diez

¹ Folios 122-129.



PODER JUDICIAL
DEL PERÚ

a ciento dieciséis, que declara infundada la demanda.

II. ANTECEDENTES PROCESALES:

- 2.1.** La demandante en su escrito postulatorio² pretende la inaplicación del Decreto Supremo N° 179-2021-PCM y sus posteriores modificatorias, y se ordene que se cesen los actos de discriminación y violación de derechos constitucionales consistente en exigir vacunación obligatoria contra COVID-19 y portar carnet de vacunación como requisito para continuar con la actividad laboral; asimismo, fundamenta fácticamente lo siguiente: **i)** Se está vulnerando su derecho a la defensa y respeto de dignidad, derecho a la salud y a la vida, derecho a la integridad moral, psíquica y física, derecho al libre desarrollo y bienestar de la persona humana, derecho a la libertad y seguridad personal, derecho a no ser víctima de violencia moral, psíquica y física, derecho a trabajar libremente y derecho a no ser discriminado en el trabajo; **ii)** Es trabajadora de la demandada desde el 01 de setiembre del 2017 y debe tenerse en cuenta que según el artículo 1 de la Ley N° 31091 se ha regulado el acceso libre y voluntario para vacunarse, por lo que, comunicó a su empleador que no tiene voluntad de vacunarse; **iii)** A finales de noviembre del 2021 la gerente general de la demandada le consultó si estaba vacunada y le respondió que había decidido que no en mérito a la Ley N° 31091, siendo que, sorpresivamente con fecha 11 de diciembre del 2021 recibió una carta firmada por la gerente general en la que según el Decreto Supremo N° 179-2021-PCM el gobierno restringe el trabajo presencial de personas que no cuenten con su esquema de vacunación completo; y, **iv)** Ha enviado cartas notariales a su empleadora y también se apersonó a sus instalaciones, siendo que, no la dejaron ingresar (lo que consta en acta policial), por lo que, la medida de suspensión de labores sin goce de haber por motivo de no vacunarse es una medida desproporcional que ha vulnerado sus derechos fundamentales, debiendo realizarse un análisis constitucional de la norma (mediante un test de proporcionalidad) y reestablecerse en el centro laboral.

² Folios 21-31.



PODER JUDICIAL
DEL PERÚ

2.2. La demandada en su escrito contestatorio³ solicita que se declare improcedente la demanda por existir sustracción de la materia, debido a que, el Decreto Supremo N° 179-2021-PCM se encuentra derogado por Decreto Supremo N° 016-2022-PCM; asimismo, solicita que se declare improcedente la demanda porque existe una vía igualmente satisfactoria como lo es el proceso laboral donde se puede discutir la suspensión perfecta de la actora y la constitucionalidad de las normas; también, deduce excepción de oscuridad y ambigüedad en el modo de proponer la demanda porque no se entiende si la actora pretende el cuestionamiento de la constitucionalidad del Decreto Supremo N° 179-2021-PCM o la carta de fecha 11 de diciembre del 2021, pues de ser el primer caso debería haber recurrido ante un proceso de acción popular; y, solicita que la demanda sea declarada infundada por los siguientes motivos: **i)** No existe finalización del vínculo laboral sino solo suspensión, ya que, el puesto de trabajo de la actora (Jefe de Control de Calidad) sólo puede ejercerse de manera presencial, lo que no constituye un acto discriminación ni vulnerador de derecho fundamental alguno, además, la suspensión perfecta de labores se encuentra regulada en el Decreto Supremo N° 003-97-TR; y, **ii)** Las normas emitidas en pandemia son proporcionales y razonables, además, no existe divergencia entre la Ley N° 31091 y el Decreto Supremo N° 179-2021-PCM porque la primera únicamente otorga libertad plena al ciudadano a someterse a tratamiento preventivo y curativo del COVID-19, y la segunda no obliga a vacunarse, sino que busca la protección de los planes de salud pública a través de una minimización del riesgo sanitario.

2.3. En la Audiencia Única llevada a cabo el día 25 de marzo del 2022 (según consta en Acta⁴ y CD-ROM⁵) se contó con la presencia de ambas partes debidamente representadas por sus abogados patrocinantes, no se permitió la intervención al abogado Joy Millones Sánchez Santos por encontrarse inhabilitado para el ejercicio profesional, la abogada del demandante expuso sus alegatos, el juzgador declaró infundada la excepción de oscuridad o

³ Folios 68-81.

⁴ Folios 87-90.

⁵ Folios 86.



ambigüedad en el modo de proponer la demanda, y se dejaron los autos expeditos para sentenciar. El juzgador de primera instancia declaró infundada la demanda a través de la sentencia contenida en la resolución judicial N° 04 de fecha 30 de marzo del 2022⁶ por los siguientes motivos: **i)** La frontera del derecho al trabajo debe analizarse bajo los límites y alcances de los demás derechos, siendo uno de ellos, el de integridad física y salud de las personas; **ii)** El gobierno ha reiterado el desplegamiento de los límites que debe tener el derecho al trabajo, implementando acciones para procurar salvaguardar como derecho fundamental el derecho a la vida; **iii)** La discusión del presente proceso versa sobre la afectación o no de derechos fundamentales, por lo que, el proceso de amparo sí resulta ser la vía idónea; **iv)** La demandada ha dado cumplimiento al Decreto Supremo N° 179-2021-PCM y no está obligando a su trabajador a vacunarse, siendo que, la demandante no ha acreditado tener su esquema de vacunación completa; y, **v)** Si bien la demandante solicita la inaplicación de la norma antes mencionada, sin embargo, al no haber acreditado sujetarse al Decreto Supremo N° 179-2021-PCM, la demanda deviene en infundada.

III. PRETENSIÓN, AGRAVIOS Y FUNDAMENTOS DE LA APELACIÓN:

La demandante Lourdes Agustina Vejarano Miñano, pretende la nulidad de la apelada, invocando como agravios y fundamentos impugnatorios los que se resumen a continuación: **i)** Nos encontramos frente a la medida de suspensión de labores sin goce de haber por motivo de que la demandante no se ha vacunado, siendo una medida desproporcional que ha vulnerado sus derechos fundamentales además de su derecho a trabajar de manera digna, por tanto el Ad quo en la sentencia ha omitido pronunciarse sobre el análisis de constitucionalidad frente al conflicto de normas entre la Ley N° 31091 y el Decreto Supremo N° 179-2021-PCM; y, **ii)** No se ha realizado un test de proporcionalidad de la norma ni control difuso, pues el Ad quo ha aplicado indebidamente el artículo 2 inciso 15 de la Constitución Política del Perú, motivando la sentencia con el argumento de los límites

⁶ Folios 110-116.



PODER JUDICIAL
DEL PERÚ

constitucionales del derecho al trabajo, sin embargo, se ha solicitado hacer análisis de constitucionalidad frente al conflicto de normas entre la Ley N° 31091 y el Decreto Supremo N° 179-2021-PCM, lo que no ha sido realizado por el Ad quo.

IV. ESTABLECIMIENTO DE LA CONTROVERSIA DEL CASO:

Este Tribunal absolverá el grado respetando el principio *tantum appellatum quantum devolutum*, que garantiza que el órgano jurisdiccional, al absolver la impugnación, solo debe pronunciarse sobre aquellas pretensiones o agravios invocados por el impugnante en el recurso de apelación⁷; sin embargo, este principio encuentra una excepción⁸ en las genéricas facultades⁹ nulificantes del Tribunal¹⁰, pero sólo cuando esté en controversia o en disputa la aplicación de normas de orden público o que tengan relación con la protección de derechos fundamentales y respecto de las cuales se aprecien afectaciones que revistan una especial gravedad y flagrancia¹¹. En consecuencia, en esta instancia corresponderá determinar si corresponde declarar la nulidad de la sentencia impugnada de acuerdo a los argumentos esbozados por la recurrente en su escrito de apelación.

V. RESOLUCIÓN DEL CASO:

Extremos que han adquirido la autoridad de cosa juzgada y no pueden ser materia de revisión por este Colegiado.

- 5.1. Como punto de partida, cabe mencionar que el artículo IX del Título Preliminar del Nuevo Código Procesal Constitucional aprobado por Ley N° 31307, establece lo siguiente: “Sólo en caso de vacío o defecto del presente código

⁷ STC N° 05901 - 2008 - PA/TC.

⁸ Esta excepción se fundamenta en la potestad nulificante del juez y es recogida en la parte final del artículo 176° del Código Procesal Civil que prescribe: “Los Jueces sólo declararán de oficio las nulidades insubsanables, mediante resolución motivada, reponiendo el proceso al estado que corresponda”.

⁹ Esta potestad es entendida como aquella “facultad conferida a los jueces en forma excepcional para declarar la nulidad aun cuando no haya sido invocada, si se tiene en consideración que el acto viciado puede alterar sustancialmente los fines del proceso o ha alterado la decisión recaída en él (STC N° 6348-2008-PA/TC)”.

¹⁰ La doctrina uniformemente está de acuerdo que la nulidad procesal declarada de oficio presupone que el acto procesal viciado no sea posible de convalidación y que su procedencia solo se justifica en la protección de las garantías constitucionales del proceso, siendo una de las más importantes el respeto al debido proceso y la tutela jurisdiccional efectiva (STC N° 6348-2008-PA/TC)

¹¹ STC 3151 - 2006 - AA/TC.



PODER JUDICIAL
DEL PERÚ

son de aplicación supletoria la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Los códigos procesales afines a la materia discutida son de aplicación subsidiaria siempre y cuando no perjudiquen a las partes ni a los fines del proceso constitucional y solo ante la ausencia de otros criterios”, por lo que, aplicando subsidiariamente el artículo 123 del Código Procesal Civil (que regula a la cosa juzgada), son extremos que han adquirido la autoridad de cosa juzgada los siguientes:

5.1.1. En la Audiencia Unica de fecha 25 de marzo del 2022 se emitió el auto contenido en la resolución judicial N° 03¹² que declaró infundada la excepción de oscuridad o ambigüedad en el modo de proponer la demanda propuesta por la demandada, siendo que, dicha decisión fue notificada a la emplazada con fecha 25 de marzo del 2022¹³ y no ha sido impugnada dentro del plazo establecido por ley, por lo que, ha adquirido la autoridad de cosa juzgada.

5.1.2. En el considerando CUARTO¹⁴ de la apelada el Ad quo estableció que: “(...) debe tenerse presente que, el fondo de la controversia en el presente proceso, es la discusión sobre la afectación o no de derechos fundamentales, por lo que, el proceso de amparo sí resulta ser la vía idónea, teniendo en cuenta que la parte demandante manifiesta actos de discriminación para el ejercicio de su derecho al trabajo (...)”, aspecto éste que no ha sido expresamente impugnado por ninguna de las partes (no lo ha cuestionado la demandante apelante y la demandada no ha impugnado); por lo que, al haber adquirido la autoridad de cosa juzgada, se descarta cualquier argumento relacionado con la existencia de otra vía igualmente satisfactoria, y se precisa que este Colegiado está *exonerado* de realizar análisis relacionado con ello.

¹² Folios 89-90.

¹³ Folios 91.

¹⁴ Folios 114-116.



Los hechos y la teoría del caso de la presente controversia.

- 5.2. Conforme se verifica de la Carta de fecha 11 de diciembre del 2021¹⁵ remitida a la actora por parte de la demandada, ésta última le comunicó que aplicaría la suspensión sin goce de haber de la relación laboral porque no había cumplido con presentar su certificado de vacunación con dosis completas (esquema completo), lo que se encuentra sustentado en el Decreto Supremo N° 179-2021-PCM y porque la actora se desempeña como Jefe de Control de Calidad, cargo que no es compatible con el trabajo remoto; luego, la recurrente remitió Carta Notarial con fecha 13 de diciembre del 2021¹⁶ refiriendo que la decisión tomada (suspensión perfecta) es discriminatoria, afecta su derecho a trabajar y se está contraviniendo lo dispuesto en la Ley N° 31091 respecto del acceso libre y voluntario para el COVID-19; y finalmente, con fecha 16 de diciembre del 2021 la recurrente asistió a laborar acompañada de un efectivo policial, quien constató que no se le dejó ingresar a la misma porque existía orden de ello por parte de la administradora Rosario Pacheco Barrera, la Directora Técnica Estela Pacheco de Barrera y el Jefe de Recursos Humanos Omar Rojas, hasta que la recurrente se coloque la vacuna¹⁷.
- 5.3. Acto seguido, conforme mencionamos anteriormente en los antecedentes del caso, la recurrente ha interpuesto demanda¹⁸ de amparo solicitando que: cesen los actos de discriminación y violación de derechos constitucionales consistente en exigir vacunación obligatoria contra COVID 19 y portar carnet de vacunación como requisito para continuar con la actividad laboral, y que se inaplique el Decreto Supremo N° 179-2021-PCM y sus posteriores modificatorias; dicho de otro modo, aplicando el principio de *suplencia de queja deficiente*¹⁹ aplicable a los procesos constitucionales, lo que pretende la actora es que en el caso concreto se aplique control difuso

¹⁵ Folios 20.

¹⁶ Folios 15-17.

¹⁷ Folios 18.

¹⁸ Folios 21-31.

¹⁹ "(...) Tal facultad es otorgada a los jueces constitucionales en nuestro ordenamiento jurídico, para afectar su pretensión a fin de otorgar protección constitucional al quejoso, en aquellos casos en los que se advierta un error o una omisión en el petitorio (...)" [Sentencia emitida en el Expediente N° 250-2008-PHD/TC con fecha 31 de enero del 2008, fundamento 5]



respecto de la regulación normativa de la exigencia de vacunas para realizar trabajo presencial y como consecuencia de ello se disponga que pueda retornar a laborar dejándose sin efecto la suspensión sin goce de haber (suspensión perfecta) aplicada. Entonces, nótese que la accionante no niega su cargo ejercido (Jefe de Control de Calidad) ni que el mismo sólo sea compatible con el trabajo presencial, sino que, únicamente trae a colación un problema a resolver de carácter jurídico: el aparente conflicto ente la Ley N° 31091 y aquellas que regulan la obligatoriedad de vacunación para realizar trabajo presencial, y la constitucionalidad de éstas últimas alegando afectación a sus derechos fundamentales.

Respuesta a los argumentos nulificantes de la actora.

- 5.4. La demandante refiere que la sentencia venida en grado es nula porque el Ad quo no ha dado respuesta a sus articulaciones consistentes en el conflicto de normas entre la Ley N° 31091 y el Decreto Supremo N° 179-2021-PCM (hoy vigente a través del Decreto Supremo N° 016-2022-PCM), así como, en la solicitud de análisis de la constitucionalidad de los Decretos Supremos antes citados; en ese talante, este Colegiado decide **desestimar** dichos argumentos por las siguientes razones: **i)** Si bien el Ad quo no ha realizado un expreso análisis del conflicto de normas y de la constitucionalidad de los Decretos Supremos N° 179-2021-PCM y N° 016-2022-PCM, sin embargo, ha señalado que existen límites al derecho al trabajo respecto de los demás derechos y que ello se encuentra plasmado en las normas emitidas a raíz de la pandemia del COVID-19 y la reactivación económica, así como, que la actora no ha acreditado no encontrarse bajo los alcances del Decreto Supremo N° 016-2022-PCM ni sujetarse a la misma (léase considerando CUARTO²⁰), lo que significa que sí ha sopesado a la citada norma con un derecho fundamental (análisis constitucional) y ha preferido aplicar el Decreto Supremo N° 016-2022-PCM (lo que significa que no consideró que exista conflicto normativo); y, **ii)** De emitirse un pronunciamiento nulificante por considerar que no ha existido una debida

²⁰ Folios 114-116.



motivación o que se ha afectado el principio de congruencia procesal (aspectos descartados anteriormente), se regresarían los autos al Ad quo para que emita nuevo pronunciamiento que probablemente pueda ser impugnado por cualquiera de las partes, lo que afectaría los fines del proceso constitucional y la tutela urgente de éste, que incluso ha sido invocada por la recurrente, quien desea volver a trabajar (al pedir que se deje sin efecto la suspensión perfecta), así como, se afectaría el principio de *maximización de actos procesales* (por el cual debe preferirse conservar los mismos y la nulidad es última ratio) y la facultad de la judicatura superior para subsanar actos inválidos o llenar cabos sueltos dejados en primera instancia que no han afectado derechos fundamentales, tal y como sucede en el caso de autos, pues el derecho a la doble instancia está siendo asegurado a través de la presente sentencia de vista, donde este Colegiado emitirá pronunciamiento de mérito a fin de lograr el fin de todo proceso: resolver un conflicto y/o eliminar un estado de incertidumbre jurídica.

¿Existe sustracción de la materia?

- 5.5. Estando a que una de las peticiones de la demandada es que se declare improcedente la demanda porque existiría sustracción de la materia al haberse derogado el Decreto Supremo N° 179-2021-PCM a través de la dación del Decreto Supremo N° 016-2022-PCM²¹, sobre lo cual el Ad quo ha referido que la segunda norma es aplicable al caso de autos por encontrarse vigente y regular también la medida de suspensión perfecta por falta de vacunación en trabajadores que realicen labor presencial²², extremo que dicho sea de paso, no ha sido impugnado; no obstante, aunado a ello, este Colegiado hace la precisión -a efectos de despejar cualquier duda- que asume el criterio que en este caso no ha operado la sustracción de la materia por las siguientes razones:

- 5.5.1. El artículo 321 numeral 1 del Código Procesal Civil -aplicable subsidiariamente al proceso constitucional- establece que concluye

²¹ Folios 68-70.

²² Folios 115.



el proceso sin declaración sobre el fondo cuando se sustrae la pretensión del ámbito jurisdiccional, sobre lo cual, el Tribunal Constitucional ha referido en la Sentencia emitida en el expediente N° 2503-2013-PA/TC con fecha 12 de agosto del 2014, lo siguiente: *“(...) la sustracción de la materia puede configurarse tanto en los casos de cese de la afectación como en los de irreparabilidad de los derechos. Mientras que en el primer supuesto la conducta violatoria ha quedado superada por voluntad de la propia autoridad, funcionario o persona emplazada; en el segundo, los derechos invocados se han visto irreversiblemente afectados, lo cual imposibilita reponerlos a su estado primigenio. (...) la sustracción de materia puede, sin embargo, implicar dos tipos de regímenes procesales: uno ordinario y otro excepcional. En el régimen procesal que calificamos como ordinario se hace innecesario emitir pronunciamiento de fondo, y, más bien, se declara improcedente la demanda. Dicho esquema puede darse en escenarios temporales distintos: cuando el cese de la afectación o el estado de irreparabilidad se produce antes de promoverse la demanda (...) o cuando el cese de la afectación o el estado de irreparabilidad se produce después de interponerse la demanda (...) Por el contrario, el régimen procesal que calificamos como excepcional opera cuando, sin perjuicio de declararse la sustracción de materia, se hace pertinente emitir pronunciamiento sobre el fondo de la controversia, habida cuenta de la magnitud del agravio producido (...)”.*

5.5.2. Así pues, nótese que en este caso la pretensión de la actora radica en que se cesen los presuntos actos violatorios de derechos constitucionales materializados a través del accionar de su empleador que se habría dado en mérito de normas (no alude solo solo el Decreto Supremo N° 179-2021-PCM sino también sus posteriores modificatorias) que regulan la obligatoriedad de vacunación para realizar trabajo presencial, esto es, nos encontramos ante un caso de cese de afectación que no ha quedado superado por las siguientes razones: primero, porque cuando se encontraba vigente el Decreto Supremo N° 179-2021-PCM se materializó la suspensión perfecta de la actora, aspecto que es materia de análisis en este proceso, y requiere de pronunciamiento



por parte de la judicatura por aplicación temporal de las normas y debido a que si se ampara la demanda, entonces, la consecuencia jurídica que podría efectuar la actora luego en vía ordinaria sería solicitar el pago de sus haberes por el periodo que no los percibió; y segundo, porque tal aspecto (suspensión perfecta) sigue materializándose hasta la fecha porque el vigente Decreto Supremo N° 016-2022-PCM también lo regula, esto es, la recurrente sigue sometida a la suspensión sin goce de haberes y justamente por ello es que solicita no sólo la inaplicación de la norma invocada para someterla a la suspensión perfecta, sino también de sus posteriores modificatorias.

¿Existe conflicto normativo entre la Ley N° 31091, y el Decreto Supremo N° 171-2021-PCM y sus modificatorias?

- 5.6. El artículo 1 de la Ley N° 31091, “Ley que garantiza el acceso al tratamiento preventivo y curativo de la enfermedad por coronavirus SARS-CoV-2 y de otras enfermedades que dan origen a emergencias sanitarias nacionales y otras pandemias declaradas por la Organización Mundial de la Salud, establece lo siguiente: *“La presente ley tiene por objeto garantizar el acceso libre y voluntario a la población en general al tratamiento preventivo y curativo de la enfermedad generada por el coronavirus SARS-CoV-2, así como de otras enfermedades que dan origen a emergencias sanitarias nacionales y otras pandemias declaradas por la Organización Mundial de la Salud.”*; por su parte, el artículo 14.7 del Decreto Supremo N° 179-2021-PCM refiere que: *“A partir del 10 de diciembre de 2021, toda persona que realice actividad laboral presencial, deberá acreditar su esquema completo de vacunación contra la COVID-19, siendo válidas las vacunas administradas tanto en el Perú como en el extranjero. En el caso de los prestadores de servicios de la actividad privada que no cuenten con el esquema completo de vacunación, deberán prestar servicios a través de la modalidad de trabajo remoto. Cuando la naturaleza de las labores no sea compatible con el trabajo remoto, se entenderá producido el supuesto de suspensión del contrato de trabajo, sin goce de haberes, de conformidad con el primer párrafo del artículo 11 y el literal II) del artículo 12 del Texto Único Ordenado de Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado por Decreto Supremo N° 003-97-TR, salvo que las*



partes acuerden la suspensión imperfecta del vínculo laboral (...); y el artículo 4.9 del Decreto Supremo N° 016-2022-PCM (que derogó al Decreto Supremo N° 179-2021-PCM según su primera disposición complementaria derogatoria) prescribe que: “Toda persona que realice actividad laboral presencial, debe acreditar su esquema completo de vacunación contra la COVID-19, siendo válidas las vacunas administradas tanto en el Perú como en el extranjero. En el caso de los prestadores de servicios de la actividad privada que no cuenten con el esquema completo de vacunación, deben prestar servicios a través de la modalidad de trabajo remoto. Cuando la naturaleza de las labores no sea compatible con el trabajo remoto, se entenderá producido el supuesto de suspensión del contrato de trabajo, sin goce de haberes, de conformidad con el primer párrafo del artículo 11 y el literal l) del artículo 12 del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado por Decreto Supremo N° 003-97-TR, salvo que las partes acuerden la suspensión imperfecta del vínculo laboral (...).”

- 5.7. Así pues, estando a que el primer problema de carácter jurídico que trae la demandante es que existiría un conflicto normativo de contradicción entre la Ley N° 31091, y el Decreto Supremo N° 171-2021-PCM y sus modificatorias, pues considera que la primera establece que ninguna persona puede ser obligada a vacunarse y la segunda sí obliga a hacerlo; entonces, corresponderá responderse a las siguientes interrogantes: ¿Las normas citadas regulan iguales supuestos de hecho? y ¿Cuál norma es aplicable al caso en concreto?, lo que se realiza a continuación:

5.7.1. Respecto a la **primera interrogante**, este Colegiado verifica que el artículo 1 de la Ley N° 31091 es una norma de carácter general para toda la población y en mérito a la relación jurídica ciudadano-Estado, emitida en mérito a la obligación jurídica del Gobierno de preservar la salud²³ pública de la colectividad (disponibilidad,

²³ El Tribunal Constitucional ha establecido que: “(...) el derecho a la salud comprende la facultad que tiene todo ser humano de mantener el estado de normalidad orgánica funcional, tanto física como mental, y de restablecerse cuando se presente una perturbación en la estabilidad orgánica y funcional de su ser, lo que implica, por tanto, una acción de conservación y otra de restablecimiento; acciones cuyo cumplimiento corresponde al Estado, el cual debe garantizar una progresiva y cada vez más consolidada calidad de vida, invirtiendo en la modernización y fortalecimiento de todas las instituciones encargadas de la prestación del servicio de salud, debiendo, para tal efecto, adoptar políticas, planes y programas en ese sentido. Los servicios de salud, por consiguiente, cobran vital importancia en una sociedad, pues de su existencia y funcionamiento depende no solo el logro de mejores niveles de vida para las personas que la integran, sino que incluso la eficiencia de su prestación se encuentran en juego la vida y la integridad de los pacientes (...).” [Expediente N° 3208-2004-AA/TC, fundamento 6].



accesibilidad, calidad y aceptabilidad²⁴⁾ y la salud²⁵ individual de los ciudadanos (como derecho subjetivo), ello, a raíz de la pandemia ocasionada por el COVID-19, para lo cual, dispone que todo ciudadano puede acceder libre y voluntariamente al tratamiento preventivo y curativo de la citada enfermedad [supuesto de hecho], siendo uno de éstos la vacunación; mientras que, el artículo 14.7 del Decreto Supremo N° 179-2021-PCM y el artículo 4.9 del Decreto Supremo N° 016-2022-PCM (que derogó al primero) regulan la obligatoriedad de contar con esquema completo de vacunación contra la COVID-19 a los prestadores de servicios de la actividad privada que realizan trabajo presencial y no sea factible el trabajo remoto [supuesto de hecho], esto es, se trata de una norma específica dirigida a los trabajadores de la actividad privada y en mérito a la relación jurídica trabajador-empleador, no existiendo una obligación a acceder a la vacunación como tratamiento y preventivo de la citada enfermedad, sino una obligación incorporada al contrato de trabajo como requisito para realizar labor presencial. En consecuencia, este Colegiado asume el criterio que las presuntas normas en conflicto no regulan supuestos de hecho aplicables a un mismo caso, por lo que, se descarta la existencia de contradicción entre éstas.

5.7.2. Respecto a la **segunda interrogante**, al haberse descartado que las presuntas normas en conflicto regulen iguales supuestos de hecho, requisito primigenio para analizar una presunta contradicción, entonces, este Colegiado asume el criterio que las normas jurídicas aplicables al caso en concreto (y por la cual justamente la recurrente solicita su inaplicación) son el artículo 14.7 del Decreto Supremo N°

²⁴ Así lo ha establecido el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CDESC) en la Observación General N° 14 – párrafos 43 y 44.

²⁵ (...) La Constitución Política de 1993 ha determinado que la defensa de la persona humana y el respeto a su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado; en tales términos, la persona está consagrada como un valor superior, y el Estado está obligado a protegerla. El cumplimiento de ese valor supremo supone la vigencia irrestricta del derecho a la vida, pues este derecho constituye su proyección; resulta el de mayor connotación y se erige en el presupuesto ontológico para el goce de los demás derechos, ya que el ejercicio de cualquier derecho, prerrogativa, facultad o poder no tiene sentido o deviene inútil ante la inexistencia de vida física de un titular al cual puedan serle reconocidos (...). [Sentencia emitida por el Tribunal Constitucional en el expediente N° 2016-2004-AA/TC con fecha 05 de octubre del 2004, fundamento 26]



179-2021-PCM y el artículo 4.9 del Decreto Supremo N° 016-2022-PCM (como modificatoria de la primera), por las razones que se exponen a continuación: **i)** El presente proceso surge de la relación jurídica trabajador-empleador y en mérito a la suspensión perfecta aplicada a la recurrente como laburante en aplicación de las normas antes citadas, por lo que, el artículo 14.7 del Decreto Supremo N° 179-2021-PCM y el artículo 4.9 del Decreto Supremo N° 016-2022-PCM son aplicables en mérito al principio de especialidad normativa; **ii)** Las normas antes mencionadas han sido emitidas con posterioridad a la Ley N° 31091 (publicada el 18 de diciembre del 2020), pues el Decreto Supremo N° 179-2021-PCM ha sido emitido con fecha 09 de diciembre del 2021 y el Decreto Supremo N° 016-2022-PCM ha sido emitido con fecha 25 de febrero del año 2022, por lo que, resultan aplicables en mérito al principio de temporalidad; y, **iii)** Si bien la Ley N° 31091 es una norma con rango legal y los Decretos Supremos N° 179-2021-PCM y 016-2022-PCM son normas con rango infralegal, sin embargo, éstas últimas son normas complementarias a lo dispuesto en el artículo 12 literal II) del Texto Único Ordenado de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral (aprobado por Decreto Supremo N° 003-97-TR) que establece: “*Son causas de suspensión del contrato de trabajo: (...) II) Otros establecidos por norma expresa. La suspensión del contrato de trabajo se regula por las normas que corresponden a cada causa y por lo dispuesto en esta Ley (...)*”, lo que significa que tampoco existe conflicto por jerarquía normativa, pues la LPCL dota de rango de ley a la causal de suspensión perfecta desarrollada por los citados Decretos Supremos consistente en: la falta de esquema de vacunación en trabajadores de la actividad privada que realicen labor presencial.

El control difuso.

- 5.8.** El artículo 138 de la Constitución Política del Perú establece que: “*La potestad de administrar justicia emana del pueblo y se ejerce por el Poder Judicial a través de sus órganos jerárquicos con arreglo a la Constitución y a las leyes. En todo*



proceso, de existir incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma legal, los jueces prefieren la primera. Igualmente, prefieren la norma legal sobre toda otra norma de rango inferior.”, esto es, la judicatura puede realizar control difuso en los casos en concreto respecto de incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma legal, una norma constitucional y una norma infralegal o una norma legal y una norma infralegal. El Tribunal Constitucional en la sentencia emitida en el expediente N° 1383-2001-AA/TC de fecha 15 de agosto del 2002, refirió en su fundamento 16 lo siguiente: *“La facultad de controlar la constitucionalidad de las normas con motivo de la resolución de un proceso de amparo constituye un poder-deber por imperativo de lo establecido en el artículo 138°, segundo párrafo de la Constitución (...). El control difuso de la constitucionalidad de las normas constituye un poder-deber del Juez al que el artículo 138° de la Constitución habilita en cuanto mecanismo para preservar el principio de supremacía constitucional y, en general, el principio de jerarquía de las normas enunciado en el artículo 51 de nuestra norma fundamental. El control difuso es un acto complejo en la medida en que significa preferir la aplicación de una norma cuya validez, en principio, resulta beneficiada de la presunción de legitimidad de las normas del Estado. Por ello, su ejercicio no es un acto simple, requiriéndose, para que él sea válido, la verificación en cada caso de los siguientes presupuestos: a. Que, en el proceso constitucional, el objeto de impugnación sea un acto que constituya la aplicación de una norma considerada inconstitucional (...). b. Que la norma a inaplicarse tenga una relación directa, principal e indisoluble con la resolución del caso, es decir, que ella sea relevante en la resolución de la controversia (...). c. Que la norma a inaplicarse resulta evidentemente incompatible con la Constitución, aun luego de haberse interpretado de conformidad con la Constitución, en virtud del principio enunciado en la Segunda Disposición General de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (...).”*

- 5.9.** Asimismo, el máximo intérprete de la Constitución en las sentencias emitidas en los expedientes N° 1680-2005-PA/TC y N° 1679-2005-PA/TC, ambas con fecha 11 de mayo del 2005 (fundamentos 2 al 8), estableció lo siguiente:

“Este Tribunal tiene dicho que el control difuso de constitucionalidad de las leyes es una competencia reconocida a todos los órganos jurisdiccionales para declarar inaplicable una ley, con efectos particulares, en todos aquellos casos



en los que la ley resulta manifiestamente incompatible con la Constitución. El control difuso es, entonces, un poder-deber del juez consustancial a la Constitución del Estado democrático y social de Derecho. Conviene siempre recalcar que la Constitución es una auténtica norma jurídica, la Ley Fundamental de la Sociedad y del Estado, y un derecho directamente aplicable (...) Dadas las consecuencias que su ejercicio puede tener sobre la ley, que es expresión de la voluntad general representada en el Parlamento, el Tribunal ha recordado que la declaración de inconstitucionalidad debe considerarse como la última ratio a la que un Juez debe apelar (...) Así, la necesidad de interpretar la ley conforme con la Constitución no sólo se presenta como una exigencia lógica y consustancial al carácter normativo de la Ley Fundamental, que de esta manera exige que el derecho infraordenado se aplique siempre en armonía con ella, sino también, en lo que ahora importa, como un límite al ejercicio mismo del control judicial de constitucionalidad de las leyes, que demanda de todos los jueces (y de este mismo Tribunal, tanto cuando actúa como Juez de casos, como cuando ejerce el control abstracto de constitucionalidad) buscar, hasta donde sea razonablemente permisible, una interpretación de la ley que armonice con la Norma Suprema del Estado. Un límite por cierto, al que se suman otros, de no menor importancia: A) Por un lado, que el control de constitucionalidad se realice en el seno de un caso judicial, esto es, tras el planteamiento de un problema jurídicamente relevante que se haya sometido al juez para su dirimencia. El ejercicio de esta delicada competencia efectivamente no puede realizarse fuera del ejercicio de lo que es propio de la función jurisdiccional, pues los tribunales de justicia no son órganos que absuelvan opiniones consultivas en torno a la validez de las leyes. Tampoco órganos que resuelvan casos simulados o hipotéticos, ni entes académicos que se pronuncien sobre el modo constitucionalmente adecuado para entender el sentido y los alcances de las leyes (...) B) En segundo lugar, el control de constitucionalidad sólo podrá practicarse siempre que la ley sobre la que se duda de su validez sea relevante para resolver la controversia sometida al juez. En ese sentido, el juez sólo estará en actitud de declarar su invalidez cuando la ley se encuentre directamente relacionada con la solución del caso, término éste último que no puede entenderse como circunscrito sólo a la pretensión principal, sino que comprende incluso a las pretensiones accesorias y también a las que se promuevan en vía incidental. El juicio de relevancia que subyace al ejercicio válido del control de constitucionalidad no sólo tiene el propósito de recordar el carácter jurídico del control de constitucionalidad de las leyes, sino también se



establece como un límite a su ejercicio, puesto que como antes se ha recordado, está vedado cuestionar hipotética o abstractamente la validez constitucional de las leyes (...) C) En tercer lugar y directamente relacionado con el requisito anterior, es preciso que quien plantee al juez la realización del control judicial de constitucionalidad de la ley acredite que su aplicación le haya causado o pueda causarle un agravio directo, pues, de otro modo, el juez estaría resolviendo un caso abstracto, hipotético o ficticio. A su vez, para que un planteamiento de esta naturaleza pueda realizarse en el seno del proceso constitucional de amparo contra resoluciones judiciales, es preciso que su aplicación (real o futura) repercuta en el ámbito constitucionalmente protegido de algún derecho sometido a este proceso y que el afectado lo haya cuestionado oportunamente en el proceso ordinario, ya que de otro modo no sería posible atribuir al juez la lesión de alguno de los contenidos del derecho a la tutela procesal (...) D) Finalmente, el ejercicio del control judicial de constitucionalidad de las leyes tampoco puede realizarse respecto de leyes o normas con rango de ley cuya validez haya sido confirmada por este Tribunal en el seno de un control abstracto de constitucionalidad. Tal límite tiene el propósito de poner en evidencia que si bien este Tribunal no tiene el monopolio del control de constitucionalidad, pues su 'cuidado' es una tarea que compete a la sociedad abierta de los intérpretes jurisdiccionales de la Constitución, sin embargo, es en este Tribunal en el que la Constitución ha confiado su custodia 'especializada' (...)"

- 5.10.** La Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema de Justicia de La República en la consulta emitida en el Expediente N° 1618-2016 LIMA NORTE con fecha 16 de agosto del 2016, dispuso que su considerando SEGUNDO constituye doctrina jurisprudencial vinculante, el cual relata lo siguiente:

"2.1 En un Estado Constitucional de Derecho como el nuestro, prevalece la norma constitucional cuya supremacía y jerarquía (reconocida en el artículo 51 de la Constitución Política), debe ser preservada por todos los jueces al momento de resolver los casos de su competencia, habiendo sido habilitados por mandato constitucional para tales fines, ejercer la revisión judicial de las leyes esto es, el control difuso, conforme al segundo párrafo del artículo 138° de la Constitución Política del Perú (...) 2.2 La autorización constitucional a los jueces para el ejercicio del control difuso, tiene límites bajo responsabilidad, no pudiendo ser



ejercida en forma irrestricta ni vulnerando el ordenamiento jurídico y constitucional que justamente les corresponde preservar. 2.2.1. En ese sentido, el control difuso se ejerce en estricto para los fines constitucionales preservando la supremacía de las normas del bloque de constitucionalidad, es de carácter excepcional y de última ratio, sólo procede cuando no se puede salvar vía interpretativa la constitucionalidad de las normas. 2.2.2. Los jueces deben tener presente que las normas legales gozan de presunción de constitucionalidad y son obligatorias para todos sin excepción, como lo ordena el artículo 109 de la Constitución Política, asimismo, que, se encuentra reconocido el derecho fundamental de igualdad ante la ley, y que corresponde a los jueces cautelar la seguridad jurídica; en ese sentido, el control difuso resulta muy gravoso al afectar la obligatoriedad de las leyes, la igualdad ante la ley y la seguridad jurídica, al permitir que las normas del ordenamiento jurídico que son obligatorias y vinculantes para todos sin excepciones, sean inaplicadas en algunos casos particulares a diferencia de la generalidad y sólo para los fines constitucionales, por lo que el ejercicio del control difuso debe ser realizado conforme parámetros de compatibilidad constitucional. 2.2.3. En ese contexto, el control difuso conlleva una labor compleja que ineludiblemente debe ser observada por los jueces y traducida en la motivación de la decisión judicial, en tanto garantiza que están actuando conforme a los fines de preservar la supremacía de la norma constitucional, que no están vulnerando la presunción de legitimidad y constitucionalidad de las leyes, no están actuando en contra del ordenamiento jurídico, ni utilizando el control difuso para fines distintos a los permitidos. 2.2.4. Es ineludible reiterar que la facultad de los jueces para ejercer el control difuso está limitado al caso particular, constituye un control en concreto con efecto inter partes, en ese orden el análisis, la identificación de los derechos involucrados, la intervención y su intensidad, la aplicación del test de ponderación, están inescindible y obligatoriamente vinculado a los datos y particularidades del caso; no está permitido un control en abstracto de las leyes, el cual compete al Tribunal Constitucional en acción de inconstitucionalidad decidiendo con efecto erga omnes, tribunal que ha señalado en relación al control difuso, que está vedado cuestionar hipotética o abstractamente la validez constitucional de las leyes (...) 2.5 Enfatizando las siguientes reglas para el ejercicio del control difuso judicial: i) Partir de la presunción de validez, legitimidad y constitucionalidad de las normas legales, las que son de observancia obligatoria conforme lo prevé el artículo 109 de la Constitución Política, gozan de legitimidad en tanto hayan sido promulgadas



conforme al procedimiento previsto en la Constitución; debiendo suponer a priori que la norma no viene viciada de ilegitimidad, en ese orden, quien enjuicie la norma esgrimiendo la infracción a la jerarquía de la norma constitucional, debe cumplir con la exigencia de demostrar objetivamente la inconstitucionalidad alegada (...) ii) Realizar el juicio de relevancia, en tanto solo podrá inaplicarse una norma cuando es la vinculada al caso, debiendo los jueces ineludiblemente verificar si la norma cuestionada es la aplicable permitiendo la subsunción de las premisas de hecho en los supuestos normativos, constituyendo la regla relevante y determinante que aporta la solución prevista por el ordenamiento jurídico para resolver el caso concreto; en tanto la inaplicación permitida es sólo respecto de la norma del caso en un proceso particular (...) iii) Identificada la norma del caso, el juez debe efectuar una labor interpretativa exhaustiva, distinguiendo entre disposición y norma, siendo el primero el texto o enunciado legal sin interpretar, y la norma es el resultado de la interpretación, por lo que siendo el control difuso la última ratio, que se ejerce cuando la disposición no admite interpretación compatible con la Constitución, es obligación de los jueces haber agotado los recursos y técnicas interpretativas para salvar la constitucionalidad de la norma legal; por el contrario el uso indiscriminado acarrea inseguridad jurídica en relación a la aplicación de las normas, vulnerando el orden del sistema normativo (...) iv). En esencia el control difuso es un control de constitucionalidad en concreto que conlleva la inaplicación al caso particular, por lo que es exigencia ineludible iniciar identificando los derechos fundamentales involucrados en el caso concreto, el medio utilizado, el fin perseguido, el derecho fundamental intervenido y el grado de intervención, para así poder aplicar el test de proporcionalidad u otro de igual nivel de exigencia, examinando si la medida legal en cuestión, supera el examen de idoneidad (de medio a fin), el examen de necesidad (de medio a medio), y el examen de proporcionalidad en sentido estricto (cuanto mayor la intensidad de la intervención o afectación del derecho fundamental, debe ser mayor el grado de satisfacción u optimización del fin constitucional).”

¿Corresponde aplicar control difuso del artículo 14.7 del Decreto Supremo N° 179-2021-PCM y el artículo 4.9 del Decreto Supremo N° 016-2022-PCM, o nos encontramos ante normas que no contraviene a la Constitución Política del Perú?

- 5.11. A fin de absolver la interrogante planteada que ha sido generada a raíz de la teoría del caso de la demandante, la cual está referida a que las normas



PODER JUDICIAL
DEL PERÚ

ciudadanas vulnerarían su derecho a la defensa y respeto de dignidad, derecho a la salud y vida, derecho a la integridad moral, psíquica y física, derecho al libre desarrollo y bienestar de la persona humana, derecho a la libertad y seguridad personal, derecho a no ser víctima de violencia moral, psíquica y física, derecho a trabajar libremente y derecho a no ser discriminada; en consecuencia, corresponde analizar los requisitos y reglas para la aplicación del control difuso judicial desarrollados por el Tribunal Constitucional y la Corte Suprema de Justicia de La República, que han sido detallados en extenso *ut supra*.

5.12. EN PRIMER LUGAR, nos encontramos ante normas infralegales como lo son el artículo 14.7 del Decreto Supremo N° 179-2021-PCM y el artículo 4.9 del Decreto Supremo N° 016-2022-PCM sobre las cuales la demandante ha referido que contravendrían a la Ley N° 31091 y que serían inconstitucionales por vulnerar sus derechos contenidos en la Carta Magna (citados anteriormente), así, sobre lo primero ya se ha referido anteriormente que no existe contradicción entre la Ley N° 31091 y los Decretos Supremos materia de análisis (son supuestos de hecho abstractos distintos, resultando aplicables al caso en concreto éstos últimos), y, sobre lo segundo corresponde que este Colegiado realice el control judicial constitucional concreto de los Decretos Supremos señalados anteriormente; en consecuencia, se precisa que sí nos encontramos ante un análisis de normas consideradas inconstitucionales de acuerdo a la teoría del caso de la demandante.

5.13. EN SEGUNDO LUGAR, el artículo 14.7 del Decreto Supremo N° 179-2021-PCM y el artículo 4.9 del Decreto Supremo N° 016-2022-PCM están dotados de presunción de validez, legitimidad y constitucionalidad porque han sido emitidos por la Presidencia del Consejo de Ministros y el Presidente de la República, y a la fecha no existe pronunciamiento del Tribunal Constitucional respecto a la constitucionalidad o no de dichas normas, encontrándose habilitado este Colegiado para realizar un control judicial constitucional concreto de las mismas. Por otro lado, el artículo 14.7 del



Decreto Supremo N° 179-2021-PCM y el artículo 4.9 del Decreto Supremo N° 016-2022-PCM también resultan ser aplicables al caso en concreto y superan el *test o juicio de relevancia* del control judicial constitucional, porque anteriormente se ha referido que la demandada -en aplicación del Decreto Supremo N° 179-2021-PCM- ha aplicado la suspensión perfecta de labores (sin goce de haber) a la demandante, debido a que ésta última no ha acreditado tener el esquema de vacunación completa, por lo que, se descarta que se vaya a realizar un análisis abstracto de constitucionalidad de las normas antes citadas, pues las mismas han sido aplicadas a la situación concreta de la accionante.

- 5.14. EN TERCER LUGAR,** tanto el artículo 14.7 del Decreto Supremo N° 179-2021-PCM como el artículo 4.9 del Decreto Supremo N° 016-2022-PCM (que derogó a la primera) establecen que *toda persona que realice actividad laboral presencial, debe acreditar su esquema completo de vacunación contra la COVID-19, siendo válidas las vacunas administradas tanto en el Perú como en el extranjero. En el caso de los prestadores de servicios de la actividad privada que no cuenten con el esquema completo de vacunación, deben prestar servicios a través de la modalidad de trabajo remoto. Cuando la naturaleza de las labores no sea compatible con el trabajo remoto, se entenderá producido el supuesto de suspensión del contrato de trabajo, sin goce de haberes, de conformidad con el primer párrafo del artículo 11 y el literal II) del artículo 12 del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado por Decreto Supremo N° 003-97-TR, salvo que las partes acuerden la suspensión imperfecta del vínculo laboral;* por lo que, habiendo agotado las vías interpretativas, este Colegiado concluye que dichas normas no contienen interpretaciones ambiguas o que resulten contrarias a la Constitución, por las siguientes razones:

- 5.14.1. INTERPRETACIÓN LITERAL, GRAMÁTICA O TECNICISTA:** Tenemos que las normas antes citadas regulan la suspensión perfecta de labores para aquellos trabajadores que realicen labor presencial (y no se factible el trabajo remoto) y no hayan acreditado el esquema completo de vacunación, pudiendo las partes (de la relación laboral) convenir la suspensión imperfecta de labores, esto es, si no hay el



acuerdo antes mencionado y se cumplen los presupuestos de la norma (labor presencial, no posibilidad de trabajo remoto y falta de esquema completo de vacunación), entonces, la consecuencia jurídica aplicable será la suspensión sin goce de haberes o suspensión perfecta de labores.

5.14.2. INTERPRETACIÓN FINALISTA, TELEOLÓGICA O RATIO LEGIS:

Tenemos que las normas antes citadas, al regular que los trabajadores del sector privado deben acreditar el esquema de vacunación para realizar labor presencial (y no es posible el trabajo remoto) pasarán a la suspensión perfecta, tiene como fines: primero, proteger al propio trabajador, pues de disponer que éste acuda a laborar sin esquema de vacunación, podría generar que se contagie de COVID-19, enfermedad que según es de conocimiento público: resulta ser mortal (salvo colocación de la vacuna en algunos casos), esto es, busca evitar que el laborante contraiga la enfermedad y que no se afecte sus derechos a la vida, salud e integridad; segundo, proteger al empleador, pues si el trabajador llega a contagiarse con ocasión del trabajo y/o en ejercicio de sus labores, el patrono podría llegar a ser responsable de los daños y perjuicios que se le generen, evitando así conflictos futuros, asimismo, si el trabajador contrae la enfermedad COVID-19, tal aspecto generaría que tenga derecho a una licencia médica sin labores y con goce de haber, dejando a su patrono con una persona menos en el centro de trabajo, afectando claramente la productividad de la empresa; y tercero, para proteger a la población, porque si bien, como es de conocimiento público, vacunarse no evita que las personas puedan contagiarse de COVID-19, sin embargo, las normas materia de análisis no buscan evitar los contagios (para ello existen normas de distanciamiento, uso de mascarillas, etc.), sino que, busca que aquellos trabajadores que se contagien se encuentren vacunados para generar que los efectos del COVID-19 no sean nocivos, evitando así la aglomeración en los



nosocomios y generando que el Estado pueda brindar una atención oportuna y de calidad a los pacientes, que es justamente lo que se ha visto afectado a raíz de la pandemia, dicho de otro modo, al evitar que el trabajador labore presencialmente, entonces, se evita que se contagie de COVID-19 y no se aglomeren los centros de salud.

5.14.3. INTEPRETACIÓN CONSTITUCIONAL O SISTEMÁTICA CON LA CONSTITUCIÓN:

Tenemos que las normas antes citadas resultan ser acordes a la Carta Magna, por las siguientes razones: primero, porque si bien la demandante alega que se está afectando su derecho al trabajo al suspenderse la relación laboral sin goce de haber (lo que afectaría su derecho a la remuneración), sin embargo, soslaya que un requisito para percibir la remuneración es la prestación efectiva de servicios (salvo casos excepcionales como las vacaciones, supuestos de licencia con goce, entre otros) y que el artículo 2 numeral 15 de la Constitución Política del Perú establece que toda persona tiene derecho a trabajar libremente con sujeción a la ley, siendo, en este caso es justamente norma con rango legal (artículo 12 literal "I" del Texto Único Ordenado de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral) aquella que regula el supuesto de suspensión del contrato de trabajo según otras normas -como aquellas por las cuales se solicita el control difuso-, por lo que, el trabajo de la actora está condicionado a lo regulado en dicha norma; segundo, porque si bien la demandante alega que se está afectando su derecho a la vida e integridad, sin embargo, tal y como mencionamos anteriormente, justamente la norma lo que evita es que pueda contagiarse de COVID-19 (al no realizar trabajo presencial) y así no tenga consecuencias negativas en su salud, integridad e incluso su vida; y tercero, porque si bien la demandante alega que se está afectando su derecho a la igualdad y no discriminación, debe precisarse que en efecto, este Colegiado no niega que nos encontramos ante un trato desigual, pues aquellos



trabajadores que ostenten esquema de vacunación completo podrán realizar trabajo presencial percibiendo sus remuneraciones y aquellos que no cuenten con el citado esquema no podrán realizar trabajo presencial sometiendo a la suspensión perfecta de labores, sin embargo, no debe perderse de vista que conforme lo ha dispuesto el Tribunal Constitucional en el expediente N° 008-2005-PI/TC (fundamento 23), no existe vulneración a la igualdad de trato cuando exista una justificación objetiva y razonable, siendo que, en este caso, nos encontramos ante un *trato igual a los iguales y desigual a los desiguales* justificado, porque conforme mencionamos anteriormente, se encuentra en juego también el derecho a la vida de la demandante (la norma evita que realice trabajo presencial y se contagie de COVID-19), el derecho a la salud pública de la población (evitar que existan contagios de COVID-19 de personas no vacunadas genera que no exista aglomeración en los centros de salud) e incluso el derecho a producir de las empresas empleadoras (el contagio de trabajadores genera que el patrono pierda su fuerza de producción: el trabajador).

5.15. EN CUARTO Y ÚLTIMO LUGAR, habiendo realizado una labor interpretativa exhaustiva de las normas materia de análisis, no encontrando sustento para inaplicarla en este caso en concreto por encontrarse arregladas a la Carta Magna, corresponde finalmente identificar los derechos fundamentales involucrados, el medio utilizado, el fin perseguido y el derecho fundamental intervenido y el grado de intervención; todo lo cual se traduce en el test de proporcionalidad en sentido lato, lo que se desarrolla a continuación:

5.15.1. TEST DE IDONEIDAD: Este Colegiado verifica que el artículo 14.7 del Decreto Supremo N° 179-2021-PCM y el artículo 4.9 del Decreto Supremo N° 016-2022-PCM (que derogó a la primera), esto es, aquellas normas que regulan la suspensión perfecta para aquellos trabajadores que realicen labor presencial (y no sea posible el



trabajo remoto) y no cuenten con su esquema de vacunación completo de COVID-19, resultan ser un medio utilizado idóneo para evitar que los trabajadores no vacunados se contagien de la citada enfermedad, así como, evitar la aglomeración en nosocomios (centros de salud) y que el empleador pueda verse afectado ante posibles contagios de sus trabajadores (en la producción e incluso conflictos futuros).

- 5.15.2.** TEST DE NECESIDAD: Este Colegiado verifica que el artículo 14.7 del Decreto Supremo N° 179-2021-PCM y el artículo 4.9 del Decreto Supremo N° 016-2022-PCM (que derogó a la primera), esto es, aquellas normas que regulan la suspensión perfecta para aquellos trabajadores que realicen labor presencial (y no sea posible el trabajo remoto) y no cuenten con su esquema de vacunación completo de COVID-19, no sólo es un medio idóneo, sino también necesario, pues no existe otra *salida* para evitar los fines de ésta norma antes detallados (si no es posible el trabajo remoto y no se puede realizar trabajo presencial por falta de vacunación, entonces la salida es la suspensión perfecta de labores, incluso, hay opción de convenir la suspensión imperfecta buscando una salida menos gravosa); además, la Presidencia del Consejo de Ministros al emitir las normas materia de análisis ha optado por la consecuencia jurídica de la suspensión perfecta de labores y no por la extinción de la relación laboral, lo que resultaría más gravoso para el trabajador; por otro lado, existe justificación en que no se haya regulado que la consecuencia jurídica sea la suspensión imperfecta (lo que sería una salida menos gravosa que la suspensión perfecta), ya que, la misma significaría que el empleador cancele haberes sin prestación efectiva del trabajador e incluso tenga que contratar a otra persona para cubrir la función de aquel, lo que generaría un mayor gasto para el patrono traducido en mayores costos de transacción en el mercado o incluso salida de las empresas del mismo.



5.15.3. TEST DE PONDERACIÓN O PROPORCIONALIDAD EN SENTIDO

ESTRICTO: Este Colegiado descarta que se esté afectando el derecho al trabajo de la actora, pues conforme mencionamos anteriormente, la libertad de trabajo justamente encuentra un límite: la ley, que es justamente aquella que regula las causales de suspensión del contrato de trabajo, dentro de las cuales está regulada aquella aplicada por la demandada; por otro lado, se descarta que se esté afectando el derecho a la igualdad y no discriminación de la actora, porque si bien hay un trato desigual entre trabajadores que sí cuentan con esquema de vacunación y aquellos que no, sin embargo, ello encuentra una causa de justificación objetiva y razonable que es justamente la protección del trabajador que no se ha vacunado, la protección del empleador frente a futuros conflictos generados por las consecuencias de la enfermedad que pueda contraer el trabajador, y, la protección a la población no enfocada en el no contagio (pues la vacuna no evita ello), sino en evitar la aglomeración en los centros de salud por personas contagiadas de COVID-19 que no se han vacunado y por ende tengan efectos fuertes que requieran un internamiento; también, se descarta afectación del derecho a percibir remuneraciones de la actora, porque en principio no existe derecho a la misma habiéndose aplicado la suspensión perfecta de labores y también porque si bien no descartamos que la remuneración es un medio de subsistencia para los laburantes, empero, el grado de intervención en dicho derecho fundamental es correcto porque sopesa con otros derechos fundamentales de la propia recurrente (si se contagia de COVID-19 yendo a realizar trabajo presencial podría perder la vida, afectándose tal derecho e incluso de no fallecer, igual se afectaría su propio derecho a la salud e integridad), de la población (porque existe un deber del Estado de prevalecer la salud pública, lo que no sólo se traduce en el acceso a la misma, sino en un acceso oportuno y de calidad, lo que no se ha logrado anteriormente por la aglomeración en los centros de salud a



raíz de la multitud de contagiados graves de COVID-19, que es lo que justamente se pretende evitar no sólo con la vacunación, sino con la no realización de trabajo presencial en trabajadores que no se han vacunado) y del empleador (quien si se contagia la recurrente y se generan daños y perjuicios podría terminar siendo responsable, e incluso si se contagia sin generarse daños y perjuicios, el tiempo que no laboró por descanso médico pierde fuerza de producción en su rubro diario). Entonces, aplicando la *balanza de la justicia*, el derecho fundamental intervenido de la actora y su grado de intervención es correcto, pues el grado de satisfacción u optimización del propio derecho de la actora (a la vida, salud e integridad), de la población (salud pública) y empleador (a evitar conflictos y contar con trabajadores para su producción), resulta ser mayor.

- 5.16. Así las cosas, se ha logrado verificar que el artículo 14.7 del Decreto Supremo N° 179-2021-PCM y el artículo 4.9 del Decreto Supremo N° 016-2022-PCM si resultan estar acordes a la Constitución Política del Perú y no existe contravención alguna a ésta que dé mérito para su inaplicación (máxime si se trata de una medida de última ratio), lo que se ha logrado determinar tras verificar su validez y legitimidad, así como, agotar los criterios interpretativos y el test de proporcionalidad en sentido lato o amplio, conforme a los criterios establecidos por la Corte Suprema de La República y el Tribunal Constitucional.

Decisión del Colegiado.

- 5.17. En consecuencia, teniendo en cuenta el pronunciamiento de mérito anteriormente expuesto, y habiéndose descartado los argumentos impugnativos de la actora y desestimado su pretensión nulificante; este Colegiado decide **confirmar** la sentencia venida en grado que declara **infundada** la demanda constitucional de amparo.



PODER JUDICIAL
DEL PERÚ

VI. **DECISIÓN:**

Por estos fundamentos, los Jueces Superiores de la Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de la Libertad, **DECIDEN:**

- 6.1. **CONFIRMAR** la sentencia inserta en la Resolución número CUATRO, de fecha treinta de marzo del año dos mil veintidós, obrante de fojas ciento diez a ciento dieciséis; que declara **INFUNDADA** la demanda interpuesta por **LOURDES AGUSTINA VEJARANO MIÑANO** contra **LABORATORIOS DROPAKSA S. R. Ltda.**, sobre acción de amparo.
- 6.2. **NOTIFÍQUESE** a las partes. **PONENTE** Señor Juez Superior Titular **Doctor Juan Virgilio Chunga Bernal.** -

S. S.

CRUZ LEZCANO, C.

CHUNGA BERNAL, J.

ESCALANTE PERALTA, H.

8.5. SENTENCIA EXPEDIDA POR EL TERCER JUZGADO ESPECIALIZADO EN LO CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA EN EL EXPEDIENTE N° 05318-2021-0-1801-JR-DC-03

HUAHUASONCCO SOLLASI, NATALY ALIZETH MARIN LESCANO, RAMON FERNANDO LA CRUZ LUQUE, JOSE ERNESTO DÍAZ DÍAZ, MARIA EDITH DÍAZ DÍAZ, BRUNO JAVIER MAMANI HUAYTA, CARLOS ALBERTO ANTICONA SANCHEZ y CESAR ROBERTO CASTILLO RODRIGUEZ en contra de la PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA, MINISTERIO DE SALUD Y DIRECCIÓN GENERAL DE MEDICAMENTOS, INSUMOS Y DROGAS.

I.- ANTECEDENTES:

1. Mediante escrito de fecha 9 de diciembre de 2021, los recurrentes interponen la presente demanda de amparo; a efectos de que, se declare inaplicable hacia ellos, el Decreto Supremo N°168-2021-PCM, y sus normas modificatorias, en el extremo que dispone la “obligatoriedad” de la vacuna contra la Covid-19, en tanto señalan que la misma ha sido dispuesto como obligatoria para poder trabajar en entidades públicas y privadas, para ingresar a lugares públicos y privados, y para ingresar a cualquier institución educativa; vulnerando con ello sus derechos a la vida, a la salud, a la libertad y seguridad personal, a no ser víctima de violencia moral, psíquica o física, a trabajar libremente, a no ser discriminado en el trabajo o en el acceso a los centros de estudios y a transitar por el territorio nacional y a salir de él y entrar en él. Asimismo, solicitan que se declare inaplicable toda norma posterior que vaya a dictar el poder ejecutivo en el transcurso del proceso consistentes en imponer restricciones para hacer obligatoria la inoculación con vacunas experimentales contra el Covid 19.
2. Señalan, en tal contexto, que la dación de la norma cuestionada en los extremos antes mencionados, le perjudica social, laboral y económicamente, en tanto, precisa que no desean vacunarse debido a los posibles efectos adversos de la vacuna contra la Covid-19, la misma que aún se encuentra en etapa experimental. Señala, a su vez, que al no estar vacunados estos se encuentran sometidos a un sin número de prohibiciones descritas en la norma cuestionada.
3. Seguidamente, mediante Resolución N°1, de fecha 28 de enero del 2022, se admitió a trámite la demanda.
4. Luego, con fecha 18 de abril del 2022, la Procuraduría Pública a cargo de los asuntos judiciales del Ministerio de Salud se apersona al proceso, contesta la demanda, negándola y contradiciéndola en todos sus extremos, solicitando que la misma sea declarada improcedente por cuanto la pretensión de los demandantes resulta incompatible con el proceso de amparo, en tanto, si lo que pretenden es la inaplicación de los Decretos Supremos que prevén las medidas adoptadas por el Gobierno Peruano para mitigar los efectos de la Covid-19, por ser inconstitucional, ello debe

ser cuestionado mediante el proceso de acción popular. O, en su defecto, solicita que la presente demanda sea declarada infundada; toda vez que, que la inmunización de las personas, como política en salud pública, esta permitida mediante la Ley N° 26842, Ley General de Salud, la misma que incluso ha sido emitida dentro del contexto de Estado de Emergencia Nacional declarado mediante el Decreto Supremo N°184-2020-PCM, a través del cual, si bien se restringió el ejercicio de determinados derechos tales como los derechos relativos a la libertad y a la seguridad personal, a la inviolabilidad de domicilio, a la libertad de reunión y a la libertad de tránsito, no obstante son medidas temporales y focalizadas y por lo tanto proporcionales y racionales que evitan la propagación de la COVID-19, esto es, se busca proteger un bien jurídico mayor: la salud pública.

5. Más adelante, con fecha 19 de abril del 2022, la Procuraduría Pública de la Presidencia del Consejo de Ministros se apersona al proceso y contesta la demanda negándola y contradiciéndola en todos sus extremos, solicitando que la misma sea declarada *improcedente* en tanto, los hechos y el petitorio de la demanda no están referidos en forma directa al contenido constitucionalmente protegido de los derechos invocados, ya que, mediante las normas cuestionadas si bien se restringe el ejercicio de algunos derechos constitucionales relativos a la libertad y seguridad personales, a la inviolabilidad de domicilio, la libertad de reunión y de tránsito en el territorio nacional, ello atiende al resguardo de la salud pública; o en su defecto *infundada* por cuanto no se advierte afectación de derechos fundamentales; toda vez que, existe una razón que justifica el estado de emergencia social ordenado por el Estado, en vista de la Pandemia por el Covid-19.
6. Posteriormente, mediante Resolución N°3 y N°4, de fechas 27 y 26 de mayo del 2022, se tuvo por contestada la demanda por parte de la Procuraduría Pública a cargo de los asuntos judiciales del Ministerio de Salud y de la Procuraduría Pública de la Presidencia del Consejo de Ministros.
7. Finalmente, mediante Resolución N°5, de fecha 20 de junio del 2022, se resolvió prescindir de la audiencia única, programada para el día 22 de junio del 2022, a horas 9:30 am, mediante Resolución N°1, de fecha 28 de enero del 2022, de conformidad a lo expuesto en el artículo 12 del Nuevo Código Procesal Constitucional.

II. FUNDAMENTOS

2.1. Consideraciones generales

Primero: Conforme a lo dispuesto en el artículo 25.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH): *"Toda persona tiene derecho a un*

recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley y la Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales”. Asimismo, conforme a esa obligación asumida por el Estado, el Nuevo Código Procesal Constitucional (en adelante NCPConst)), ha dispuesto en su artículo 1, en lo que se refiere a las disposiciones generales que regulan los procesos de hábeas corpus, amparo, hábeas data y cumplimiento, que: “Los procesos antes descritos (...) tienen por finalidad proteger los derechos constitucionales, reponiendo las cosas al estado anterior a la violación o amenaza de violación o amenaza de violación de un derecho constitucional, o disponiendo el cumplimiento de un mandato legal o de un acto administrativo”.

2.2. Determinación de la controversia

Segundo: En el primer lugar, se observa que los demandantes han señalado como normas vulneratorias de sus derechos fundamentales “a la vida, a la libertad y seguridad personal, a la integridad moral, psíquica y física, a elegir su lugar de residencia y al libre tránsito”, las descritas en los numerales 14.5, 14.6 14.7 y 14.8 del Decreto Supremo N° 168-2021-PCM. Sin embargo, se observa de la Primera Disposición Complementaria Derogatoria del Decreto Supremo N° 016-2022-PCM, de fecha 27 de febrero de 2022, que dicho derecho ya habría sido derogado por conexión, ya que, el Decreto Supremo N° 184-2020-PCM al cual modificó ya fue derogado “expresamente” por dicha disposición complementaria. Ello, implicaría que tendría que declararse la sustracción de la materia en aplicación del segundo párrafo del artículo 1 del NCPConst, por cuanto la agresión o amenaza habría aparentemente desaparecido.

Sin embargo, se tiene que actualmente lo dispuesto en los numerales 14.5, 14.6 14.7 y 14.8 del Decreto Supremo N° 168-2021-PCM, han sido reproducidos “similarmente” en el Decreto Supremo N° 016-2022-PCM, de fecha 27 de febrero de 2022, así como, en sus normas modificatorias a través de los Decretos Supremos N° 030-2022-PCM y N° 041-2022-PCM, este último vigente hasta el 31 de mayo de 2022; ya que, la supuesta “obligatoriedad” de vacunarse contra la Covid-19, alegada por los demandantes, aún se puede desprender de los numerales 4.6, 4.7, 4.8 y 4.9, de dichos decretos supremos. Así, la última modificatoria a descrito:

- 4.6 Los pasajeros del servicio de transporte interprovincial terrestre mayores de 12 años residentes y no residentes, solo pueden abordar si acreditan haberse aplicado la primera y segunda dosis de vacunación contra la COVID-19 en el Perú o en el extranjero, y la tercera dosis los mayores de 18 años que residan en el país y se encuentren habilitados para recibirla, según protocolo vigente; o, en su defecto, pueden presentar una prueba molecular negativa con fecha de

resultado no mayor a 48 horas antes de abordar. Los menores de 12 años sólo requieren estar asintomáticos para abordar.

- 4.7 Los choferes y cobradores de todo servicio de transporte público, así como los choferes que brindan servicios de reparto (delivery), de taxi y transporte privado de personal y turismo solo pueden operar si acreditan haber recibido, en el Perú y/o el extranjero, las tres (3) dosis de vacunación contra la COVID-19, siempre que se encuentren habilitados para recibirla, según protocolo vigente.
- 4.8 Los residentes mayores de 18 años que ingresen a los centros comerciales, galerías comerciales, tiendas por departamento, tiendas en general, conglomerados, tiendas de abastecimiento de productos de primera necesidad, supermercados, mercados, restaurantes y afines en zonas internas, casinos, tragamonedas, cines, teatros, bancos, entidades financieras, iglesias, templos, lugares de culto, bibliotecas, museos, centros culturales, galerías de arte, clubes, locales de asociaciones deportivas, peluquerías, barberías, spa, baños turcos, sauna, baños termales, gimnasios, notarias, oficinas de atención al usuario, trámite administrativo, mesas de partes, salas de reuniones y eventos de instituciones públicas y privadas, así como colegios profesionales, tienen que presentar su carné físico o virtual que acredite haber recibido, en el Perú y/o el extranjero, las tres (3) dosis de vacunación contra la COVID-19, siempre que se encuentren habilitados para recibirla, según protocolo vigente, además de usar mascarilla de manera permanente, según las condiciones indicadas en el presente Decreto Supremo.
- 4.9 Toda persona que realice actividad laboral presencial, debe acreditar haber recibido las tres (3) dosis de vacunación contra la COVID-19, siempre que se encuentre habilitada para recibirlas, según protocolo vigente, siendo válidas las vacunas administradas tanto en el Perú como en el extranjero.
En el caso de los prestadores de servicios de la actividad privada que no cuenten con la aplicación de las tres (3) dosis de vacunación contra la COVID-19, deben prestar servicios a través de la modalidad de trabajo remoto. Cuando la naturaleza de las labores no sea compatible con el trabajo remoto, se entenderá producido el supuesto de suspensión del contrato de trabajo, sin goce de haberes, de conformidad con el primer párrafo del artículo 11 y el literal II) del artículo 12 del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado por Decreto Supremo N° 003-97-TR, salvo que las partes acuerden la suspensión imperfecta del vínculo laboral. Mediante resolución ministerial, el Ministerio de Salud, en coordinación con el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, puede establecer supuestos de excepción y disposiciones complementarias. Es obligación del empleador verificar el cumplimiento de las disposiciones señaladas en el presente numeral.
Para los/las servidores/as civiles del sector público, es de aplicación lo dispuesto en la Única Disposición Complementaria Final del Decreto de Urgencia N° 055-2021 y las disposiciones complementarias que emita el Ministerio de Salud, en coordinación con la Autoridad Nacional del Servicio Civil.

En ese sentido, de lo descrito, se observa que las circunstancias normativas por las cuales se interpuso la presente demanda aún se mantienen vigentes, ya que, existe “conexidad” entre lo regulado por la norma derogada y la vigente, al haber seguido esta última regulando la supuesta “obligatoriedad” de vacunarse

contra la Covid-19, la cual fue base de cuestionamiento del Decreto Supremo N° 168-2021-PCM y sus normas modificatorias, por los demandantes. Por lo tanto, en el presente caso no procede la sustracción de la materia al mantenerse vigente el asunto litigioso. En ese contexto, la presente demanda debe seguir su curso, considerándose, ahora, que la misma está encaminada a cuestionar las normas vigentes de los numerales 4.6, 4.7, 4.8 y 4.9 del Decreto Supremo N° 016-2022-PCM, de fecha 27 de febrero de 2022, modificados por los Decretos Supremos N° 030-2022-PCM y N° 041-2022-PCM.

Dicho lo cual, los demandantes estarían cuestionando, entonces, los numerales 4.6, 4.7, 4.8 y 4.9 del Decreto Supremo N° 016-2022-PCM, y sus normas modificatorias, por cuanto estos estarían vulnerando, entre otros, sus derechos fundamentales “a la vida, a la libertad y seguridad personal, a la integridad moral, psíquica y física, al libre tránsito, a la salud, al trabajo y a la educación”. No obstante, en tanto, los derechos a la vida, a la libertad, a la seguridad personal, a la integridad moral, psíquica y física y al libre tránsito, no son de protección por el proceso de amparo, sino por el habeas corpus, conforme lo señala el artículo 33 del NCPConst, este Juzgador debe de “inhibirse” de emitir pronunciamiento sobre los mismos, dejando a salvo a los demandantes la protección de esos derechos a través de la vía procesal correspondiente. Por lo que, desde ya los extremos antes señalados deben de ser declarados improcedentes.

Sin embargo, en lo que respecta a las vulneraciones alegadas sobre el derecho “a la salud, al trabajo, a la libertad de trabajo y a la educación”, este Juzgador si debe de emitir pronunciamiento por ser del alcance del proceso de amparo. En ese sentido, en el presente proceso se determinará si dichos derechos siguen siendo vulnerados por el Decreto Supremo N° 016-2022-PCM, y sus normas modificatorias, y en especial por los numerales 4.7 y 4.9, del mismo, ya que, es en esos dispositivos en donde se hayan establecidos las vulneraciones alegadas. En tal contexto, para ello, previamente, se deberá determinar si dicha normativa ha implementado una vacunación “obligatoria” contra la Covid-19, a pesar de que las vacunas tienen efectos secundarios no controlados por la Autoridad en Salud, y luego de ello, si dicha vacunación ha sido impuesta como un requisito indispensable (obligatorio) para que los demandantes puedan mantener sus relaciones de trabajo o elegir libremente el mismo. Además, se deberá determinar si el proceso de vacunación vulnera el derecho a la educación de los demandantes. En ese contexto, específicamente se desarrollará en la presente sentencia:

- A. Si los numerales 4.7 y 4.9 del Decreto Supremo N° 016-2022-PCM y sus normas modificatorias, pueden ser considerados normas autoaplicativas.

- B. Sí las normas analizadas imponen realmente a los demandantes, de forma directa, una vacunación “obligatoria” contra la Covid-19.
- C. Sí el requerimiento de vacunación contra la Covid-19, para ingresar a los centros laborales o realizar el oficio de chofer o cobrador de servicio público o servicio *delivery*, vulneran los derechos a la salud, trabajo y libertad de trabajo de las personas no vacunadas; aquí, desarrollaremos:
 - C.1 Sí vacuna contra la Covid-19 tiene efectos nocivos a la salud individual de las personas
 - C.2 Sí existe una restricción no justificada, en términos de “idoneidad”, del derecho al trabajo y libertad de trabajo por parte de los numerales 4.7 y 4.9 del Decreto Supremo N° 016-2022-PCM
 - C.3 Sí existe una restricción no justificada, en términos de “necesidad”, del derecho al trabajo y libertad de trabajo por parte de los numerales 4.7 y 4.9 del Decreto Supremo N° 016-2022-PCM
 - C.4 Respecto a si existe una restricción no justificada, en términos de “proporcionalidad”, del derecho al trabajo y libertad de trabajo por parte de los numerales 4.7 y 4.9 del Decreto Supremo N° 016-2022-PCM
- D. Sí el requerimiento de vacunación contra la Covid-19, vulnera el derecho a la educación de las personas no vacunadas
- E. Sí en el caso concreto queda acreditado, para cada demandante, esto es, de forma “individual”, la vulneración de sus derechos a la salud, al trabajo, la libertad de trabajo y a la educación por la exigencia de la presentación del carnet de vacunación (físico o virtual), en los lugares en donde desarrollan sus actividades laborales o educativas.

2.3. Normas aplicables al caso

Tercero: El presente caso, como se ha descrito líneas arriba, está relacionado a la protección de los derechos relativos a la salud, al trabajo y a la educación; por lo que líneas abajo se reseñará algunos contenidos normativos de tales derechos que han sido desarrollados, también, por el propio Tribunal Constitucional.

Así, respecto al derecho al trabajo, se tiene que el Tribunal Constitucional ha señalado en el fundamento 3.3.1. de la sentencia recaída en el Expediente N° 00263-2012-AA/TC, que:

“3.3.1. (...) el contenido esencial de este derecho constitucional implica dos aspectos. El de acceder a un puesto de trabajo, por una parte y, por otra, el derecho a no ser despedido sino por causa justa. En el primer caso, el derecho al trabajo supone la adopción por parte del Estado de una política orientada a que la población acceda a un puesto de trabajo; si bien hay que precisar que la satisfacción de este aspecto de este derecho constitucional implica un desarrollo

“LA PRIMACÍA DE LA PROTECCIÓN A LA SALUD PÚBLICA FRENTE AL EJERCICIO DEL DERECHO AL TRABAJO EN EL CONTEXTO DE COVID-19 EN EL PERÚ”

progresivo y según las posibilidades del Estado. El segundo aspecto del derecho trata del derecho al trabajo entendido como proscripción de ser despedido salvo por causa justa”

De otro lado, respecto al derecho a la libertad de trabajo, se tiene que el Tribunal Constitucional ha señalado, entre otros, que este derecho consiste:

“(…) consiste en la libre determinación de cada persona para dedicarse a una o más actividades que pudiera desarrollar para su realización personal, o, en suma, para trabajar en lo que libremente escoja”.

Así, ha señalado, que:

“(…) el artículo 23° de la citada Declaración reconoce que toda persona tiene derecho a la libre elección de su trabajo. Por otra parte, el artículo 6° del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales consagra el derecho de toda persona a tener la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente escogido o aceptado. Y el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, establece, en su artículo 7°, inciso b), “(…) el derecho de todo trabajador a seguir su vocación y a dedicarse a la actividad que mejor responda a sus expectativas y a cambiar de empleo, de acuerdo con la reglamentación nacional respectiva”. En consecuencia, ha señalado, que: “(…) el derecho a la libertad de trabajo comprende el derecho de todo trabajador a seguir su vocación y a dedicarse a la actividad que mejor responda a sus expectativas, a la libre elección del trabajo, a la libertad para aceptar, o no, un trabajo, y a la libertad para cambiar de empleo”.

En lo que respecta al derecho a la salud individual, se tiene que este ha sido materia de pronunciamiento por parte del Tribunal Constitucional en el fundamento 27 de la sentencia recaída en el Expediente N° 02016-2004-AA/TC, en donde se ha señalado, que:

“El derecho a la salud comprende la facultad que tiene todo ser humano de mantener la normalidad orgánica funcional, tanto física como mental, y de restablecerse cuando se presente una perturbación en la estabilidad orgánica y funcional de su ser, lo que implica, por tanto, una acción de conservación y otra de restablecimiento; acciones que el Estado debe efectuar tratando de que todas las personas, cada día, tengan una mejor calidad de vida”.

Por otro lado, respecto del derecho a la educación, el Tribunal Constitucional en el tercer y cuarto párrafo del fundamento 6 de la sentencia recaída en el Expediente 00091-2005-PA/TC, ha sostenido que:

“LA PRIMACÍA DE LA PROTECCIÓN A LA SALUD PÚBLICA FRENTE AL EJERCICIO DEL DERECHO AL TRABAJO EN EL CONTEXTO DE COVID-19 EN EL PERÚ”

“El contenido constitucionalmente protegido del derecho a la educación está determinado por el acceso a una educación adecuada (artículo 16), la libertad de enseñanza (artículo 13), la libre elección del centro docente (artículo 13), el respeto a la libertad de conciencia de los estudiantes (artículo 14), el respeto a la identidad de los educandos, así como el buen trato psicológico y físico (artículo 15), la libertad de cátedra (artículo 18), y la libertad de creación de centros docentes y universidades (artículos 17 y 18)”. Adicionalmente a lo expuesto, se entiende que dicho contenido debe realizarse en concordancia con las finalidades constitucionales del derecho a la educación en el marco del Estado Social y Democrático de Derecho”.

Asimismo, respecto de los deberes que ostenta el Estado sobre la educación, el párrafo 12 del fundamento 11 de la sentencia recaída en el Expediente 04232-2004-PA/TC señala que:

“La educación, en ese orden de ideas, también se configura como un servicio público, en la medida en que se trata de una prestación pública que explicita una de las funciones-fines del Estado, sea que se ejecute directamente por este o bajo su supervisión. Por ende, el Estado tiene la obligación de garantizar la continuidad de los servicios educativos, así como de aumentar progresivamente la cobertura y calidad de los mismos, debiendo tener como premisa básica que tanto el derecho a la educación como los demás derechos fundamentales (e incluso las disposiciones constitucionales que regulan la actuación de los órganos constitucionales) tienen como fundamento el principio de la dignidad humana.”

Finalmente, sobre este derecho, cabe señalar que el Tribunal Constitucional en el fundamento 6 de la sentencia recaída en el Expediente 00538-2019-PA/TC, ha señalado que:

“Sin la debida protección y promoción del derecho fundamental a la educación, el sentido mismo de la dignidad humana y de los derechos en ella directamente fundados, se torna esencialmente debilitado e ineficaz, pues la libertad sin conocimiento, lejos de fortalecer la autonomía moral del ser humano, lo condena a la frustración que genera la ausencia de la realización personal. Tal como ha dejado establecido este Tribunal, es a través del derecho fundamental a la educación “que se garantiza la formación de la persona en libertad y con amplitud de pensamiento, para gozar de una existencia humana plena, es decir, con posibilidades ciertas de desarrollo de las cualidades personales y de participación directa en la vida social”.

2.4. Resolución del caso

A. Respecto a la “autoaplicabilidad” del Decreto Supremo N° 016-2022-PCM, y sus normas modificatorias

Cuarto: En el presente caso se observa que, los demandantes han denunciado la vulneración de los derechos a la salud individual, al trabajo y a la educación, como consecuencia de la promulgación y puesta en vigencia del Decreto Supremo N° 168-2021-PCM, y ahora Decreto Supremo N° 016-2022-PCM, y sus normas modificatorias. En ese sentido, al haberse propuesto la afectación de tales derechos como consecuencia del dispositivo legal también descrito, este Juzgador deberá de analizar sí dicho contenido normativo vulnera de forma directa los derechos alegados por el demandante, para efectos de declararlo inaplicable hacia ellos. Ello, implicará entonces que, en primer lugar, este Juzgador deberá evaluar si la norma en cuestión se encuentra en el supuesto señalado en el artículo 8 del NCPConst, esto es, sí los dispositivos que se contenían en el Decreto Supremo N° 168-2021-PCM y, ahora, Decreto Supremo N° 016-2022-PCM contienen normas “autoaplicativas” que puedan ser controladas, en sus efectos, dentro del presente proceso de amparo propuesto.

En ese sentido, conforme al fundamento 6) de la sentencia recaída en el Expediente N° 00615-2011-PA/TC, se entenderá como norma autoaplicativa o denominada también de eficacia inmediata, a aquella, que:

“(…) cuya aplicabilidad no se encuentre sujeta a la realización de algún acto posterior o a una eventual reglamentación legislativa, en la medida que adquiere su eficacia plena en el mismo momento que entra en vigencia”.

Ello implica, conforme a lo ha señalado en el fundamento 2 de la sentencia del Expediente N° 01473- 2009-PA/TC y fundamento 34 de la sentencia recaída en el Expediente N° 01535-2006-PA/TC, que las normas autoaplicativas en la práctica funcionan como actos, es decir, son “normas creadoras de situaciones jurídicas inmediatas, sin la necesidad de actos concretos de aplicación” que afectan “directamente derechos subjetivos constitucionales”.

Adicionalmente, el Tribunal Constitucional ha explicitado, en la sentencia recaída en el Expediente N° 4363-2009-PA/TC, que existen dos supuestos en los que procede su análisis en el amparo: “1. Cuando la norma constituye en sí misma un acto (normativo) lesivo de derechos fundamentales, y 2. También cuando el contenido inconstitucional de una norma inmediatamente aplicable representa una amenaza cierta e inminente a los derechos fundamentales”. En este último caso, el Tribunal ha precisado que no se pone en duda el carácter autoaplicativo o autoejecutivo de la norma, sino la forma en la que se produce o producirá la afectación. Por lo que, los jueces solo podrán admitir a trámite demandas contra normas legales que constituyan una amenaza, si tienen certeza respecto a la

existencia de un futuro daño que se deba al carácter autoejecutivo de la norma cuestionada, daño que se producirá de manera cercana, efectiva e ineludible.

Dicho lo cual, revisado el Decreto Supremo N° 168-2021-PCM y, ahora el Decreto Supremo N° 016-2022-PCM y sus normas modificatorias, se observa que al menos hay 2 disposiciones vigentes que están vinculadas directamente a la afectación de los derechos fundamentales alegados por los demandantes:

El primero: El numeral 4.7 del Decreto Supremo N° 016-2022-PCM, que señala:

- 4.7 Los choferes y cobradores de todo servicio de transporte público, así como los choferes que brindan servicios de reparto (delivery), de taxi y transporte privado de personal y turismo solo pueden operar si acreditan haber recibido, en el Perú y/o el extranjero, las tres (3) dosis de vacunación contra la COVID-19, siempre que se encuentren habilitados para recibirla, según protocolo vigente.

Y, el segundo: El numeral 4.9, que señala, que:

- 4.9 Toda persona que realice actividad laboral presencial, debe acreditar haber recibido las tres (3) dosis de vacunación contra la COVID-19, siempre que se encuentre habilitada para recibirlas, según protocolo vigente, siendo válidas las vacunas administradas tanto en el Perú como en el extranjero.
En el caso de los prestadores de servicios de la actividad privada que no cuenten con la aplicación de las tres (3) dosis de vacunación contra la COVID-19, deben prestar servicios a través de la modalidad de trabajo remoto. Cuando la naturaleza de las labores no sea compatible con el trabajo remoto, se entenderá producido el supuesto de suspensión del contrato de trabajo, sin goce de haberes, de conformidad con el primer párrafo del artículo 11 y el literal II) del artículo 12 del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado por Decreto Supremo N° 003-97-TR, salvo que las partes acuerden la suspensión imperfecta del vínculo laboral. Mediante resolución ministerial, el Ministerio de Salud, en coordinación con el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, puede establecer supuestos de excepción y disposiciones complementarias. Es obligación del empleador verificar el cumplimiento de las disposiciones señaladas en el presente numeral.
Para los/las servidores/as civiles del sector público, es de aplicación lo dispuesto en la Única Disposición Complementaria Final del Decreto de Urgencia N° 055-2021 y las disposiciones complementarias que emita el Ministerio de Salud, en coordinación con la Autoridad Nacional del Servicio Civil.

De dichos dispositivos se aprecia que estos tienen, sin lugar a dudas, una naturaleza autoaplicativa. En tanto, conforme lo ha descrito el propio Tribunal Constitucional, en las sentencias citadas precedentemente, en tales dispositivos se cumple con el requisito de la “ejecutabilidad inmediata”. Pues, se observa de ellas la no necesidad de un acto posterior para su ejecución, sino, todo lo contrario, actos directos de ejecución destinados a optimizar la conducta de las

personas destinatarias de la norma. Además, se observa, que la aplicabilidad inmediata de dichos dispositivos también podrían lesionar los derechos de los demandantes, de forma inminente; ya que, de algún modo, a través de dichas normas, los destinatarios de la misma se verían “obligados” a portar un “carnet de vacunación”, con la “vacunación completa” (tres dosis), para efectos de poder “trabajar en empresas públicas y privadas”, o de realizar el “oficio independiente” de chofer o cobrador en el transporte público o de reparto de *delivery*. Ello implica que la demanda interpuesta, de algún modo, sí sobrepasaría el umbral de la procedibilidad del proceso de “amparo contra normas”. Por lo que, correspondería pasar al análisis de fondo del recurso presentado.

B. Respecto sí el Decreto Supremo N° 016-2022-PCM y sus normas modificatorias imponen a las personas una vacunación “obligatoria” contra la Covid-19

Quinto: Respecto de este punto cabe señalar que a través de la Ley N° 31091, publicada el 18 de diciembre de 2020, el Estado peruano “*garantizó a la población en general el acceso libre y voluntario al tratamiento preventivo y curativo de la enfermedad generada por el coronavirus SARS-CoV-2*”; enfermedad que es comúnmente conocida como Covid-19. Lo que quiere decir, que, al ser la vacunación contra dicha enfermedad “voluntaria”, no puede existir norma de inferior jerarquía que obligue su inoculación ni por regla ni por excepción. Ello, tiene como consecuencia, que lo dispuesto en el artículo 80 de la Ley N° 26842, Ley General de Salud, que señala que “Solo por razones médicas o biológicas podrá establecerse excepciones a la vacunación y revacunación obligatorias, establecidas por la Autoridad de Salud de nivel nacional”; no es aplicable para la vacunación sugerida del Covid-19.

En tal contexto, revisado los dispositivos introducidos en el Decreto Supremo N° 016-2022-PCM y sus normas modificatorias; se observa, que en principio no existe ningún dispositivo de esa naturaleza que proponga o disponga, de forma directa, la vacunación obligatoria contra el Covid-19. Sin embargo, tal como señala el demandante, esa no “obligatoriedad” de inocularse la vacuna, no podría entenderse, sin dejar margen a la duda, en lo que respecta a la obligación de presentar el carnet de vacunación para el ingreso a los centros laborales públicos y privados o de ejercer el oficio de chofer o cobrador en el transporte público; ya que, a diferencia de otros supuestos, como los descritos en los numerales 4.5¹ y 4.6² del Decreto Supremo N° 016-2022-PCM, para los casos

¹ Los pasajeros del servicio de transporte aéreo nacional mayores de 12 años residentes y no residentes, solo pueden abordar si acreditan haberse aplicado la primera y segunda dosis de vacunación contra la COVID-19 en el Perú o en el extranjero, y la tercera dosis los mayores de 18 años que residan en el país y se encuentren habilitados para recibirla, según protocolo vigente. En caso no hayan completado las dosis

antes señalados, la norma no ha previsto “alternativas” para que las personas no vacunadas puedan ejercer libremente su derecho al trabajo sin poner en riesgo sus relaciones laborales. Esa situación podría dar a entender, tal como señala la parte demandante, que el ejercicio libre del derecho al trabajo y, o en su caso, a la educación (en caso también sea obligatorio el presentar carne de

personas que realizan el oficio de chofer o cobrador de servicio público o el servicio de *delivery*. Ello lo desarrollaremos más adelante.

C. Respecto sí el requerimiento de vacunación contra la Covid-19, para ingresar a los centros laborales o realizar el oficio de chofer o cobrador de servicio público o servicio de *delivery*, vulneran los derechos a la salud, trabajo, libertad de trabajo y educación de las personas no vacunadas

Sexto: Antes de dilucidar si los numerales 4.7 y 4.9 del Decreto Supremo N° 016-2022-PCM viene vulnerando o no los derechos al trabajo, a la libertad de contratación y a la educación de los demandantes; este juzgador debe pasar a dilucidar si la inoculación de la vacuna contra la Covid-19 tiene algún efecto adverso a la salud individual de las personas; ello, en tanto los demandantes vienen alegando que al ser la vacuna contra la Covid-19 una de carácter experimental, es insegura y nociva para la salud de las personas.

C.1 Respecto si la vacuna contra la Covid-19 tiene efectos nocivos a la salud individual de las personas

Sobre este punto, cabe preguntarnos, sin intención de dar una respuesta médica a la pregunta, sí ¿La vacuna contra la Covid-19 vulnera el derecho a la salud individual de los demandados por su carácter experimental y por contener elementos nocivos? La respuesta, quizá en este proceso sea innecesaria, porque hemos afirmado que en el Perú nadie está obligado a vacunarse contra la Covid-19, lo que quiere decir, que, si alguien tiene dudas sobre su efectividad o sus efectos adversos, pues no está obligado a vacunarse. Sin embargo, creemos que, aún dentro de dicha posibilidad, es pertinente realizar un esfuerzo de respuesta, porque, tal como lo planteamos en el acápite anterior, podría darse que en los supuestos de los numerales 4.7 y 4.9 del Decreto Supremo N° 016-2022-PCM, la vacunación contra la Covid-19, sí podría tornarse en obligatoria.

En ese sentido, cabe señalar que los demandantes han afirmado que las vacunas no son seguras porque tiene muchos efectos adversos a la salud, los cuales incluso han sido reconocidos por las agencias oficiales de la salud del Estado y del extranjero. En ese contexto, afirman como efectos secundarios: alergias a los componentes de la vacuna, daños a la fertilidad, abortos inducidos, miocarditis y pericarditis, síndrome de Guillain-Barré, riesgo de trombosis, entre otros. Ahora bien, si bien es cierto que en su momento se han reportado algunas de dichas incidencias como consecuencia de la vacuna; también lo es, que las mismas se han tornado infrecuentes a medida que se han realizado más estudios sobre los efectos secundarios de la vacuna. Es por ello que, por ejemplo, el Centro para el Control y la Prevención de Enfermedades de Estados Unidos (CDC, por sus siglas en inglés), fuente que también ha sido citada por

los demandantes, en varios reportes, como el dado en julio de 2021³, ha venido recomendando “seguir difundiendo mensajes sobre la seguridad de las vacunas contra la Covid-19, destacando la cantidad de personas que fueron vacunados sin eventos adversos y promoviendo la conciencia de las múltiples capas de sistemas de monitoreo de seguridad existentes”. Ahora bien, si como consumidores informados todos sabemos (de las hojas informativas de los medicamentos), que todos los medicamentos tienen efectos secundarios en las personas; entonces no es improbable que la vacuna contra la Covid-19, al ser un medicamento, también lo tenga. Basta verificar, en la vida cotidiana, que los medicamentos que con más frecuencia consumimos, como el “paracetamol” o el “ibuprofeno” también los tienen, a pesar de la seguridad farmacéutica con las que cuentan tales productos. Entonces, se puede afirmar que sí es cierto de que existen efectos secundarios adversos a las personas provocadas por la vacuna, pero, sin embargo, tal como lo ha manifestado la propia Organización Mundial de la Salud (en adelante, OMS)⁴, estos efectos adversos son leves o moderados, y de haber efectos graves, estos son infrecuentes, además de estar estos en constante monitoreo por los organismos pertinentes. Es por ello, que la OMS ha afirmado en pro de la seguridad de las vacunas, que: “Desde que se puso en marcha el primer programa de vacunación colectiva a principios de diciembre de 2020, se han administrado cientos de millones de dosis vacunales y no se han notificado casos de efectos secundarios que duren más de varios días”⁵. En tal contexto, entonces, se puede afirmar que las vacunas contra la Covid-19 no son menos seguras que cualquier otro medicamento aprobado por la Administración de Alimentos y Medicamentos de los Estados Unidos (FDA por sus siglas en inglés), incluso teniendo en cuenta que estas siguen contando con autorización de uso de emergencia. Ya que, sobre ese aspecto dicha institución también ha señalado, que dichos medicamentos (vacunas contra la Covid-19), para obtener su autorización de uso de emergencia, han tenido también que “superar los riesgos conocidos y potenciales frente a sus beneficios conocidos y potenciales”⁶. La propia FDA ha señalado, que su proceso de evaluación para otorgar un permiso de emergencia de un medicamento, es una de las más completas del mundo. Ya que, incluye una verificación independiente por parte de la agencia de los análisis presentados por las empresas en sus solicitudes de licencia biológica. Realizan sus propios análisis de los datos, junto con una evaluación detallada de los procesos de fabricación, los métodos de prueba y las instalaciones de fabricación⁷. En consecuencia, al no haberse identificado riesgos graves para la salud de las personas por parte de las instituciones más prestigiosas en salud del planeta, este Juzgador no puede afirmar que la inoculación de las vacunas

³ Véase en: <https://www.cdc.gov/vaccines/covid-19/downloads/SoVC-report-12.pdf>

⁴ <https://www.who.int/es/news-room/feature-stories/detail/side-effects-of-covid-19-vaccines>

⁵ idem

⁶ Véase: <https://www.fda.gov/about-fda/fda-en-espanol/preguntas-frecuentes-sobre-la-enfermedad-del-coronavirus-2019-covid-19>

⁷ idem

contra la Covid-19 causen un daño a la salud de las personas, y, por tanto, sean vulneratorias de los derechos a la salud individual de los que deciden inocularla.

Ahora, si bien se pueden encontrar informes independientes que advierten lo contrario, los mismos tampoco son concluyentes como para poder afirmar que las vacunas contra la Covid-19 no son seguras. En todo caso, al no ser, en principio, obligatoria la vacunación contra la Covid-19 en el Perú, las personas pueden elegir libremente su inoculación o no en base a factores que contribuyan su duda en cuanto a la seguridad de las mismas.

De otro lado, respecto a la inseguridad de las vacunas contra la Covid-19 por contener componentes metálicos como el óxido de grafeno, este juzgado debe señalar que ello no está comprobado de forma científica, hasta ahora. En todo caso, basta con revisar los componentes de las vacunas ingresadas al Perú para el proceso de vacunación (Pfizer-BioNTech⁸, Moderna⁹, AstraZeneca¹⁰, Sinovac¹¹ y Sinophan¹²), para comprobar que ninguna de ellas contienen óxido de grafeno. así, si se observa sus etiquetados, básicamente, encontraremos que sus composiciones, además del antígeno SARS-CoV-2 o de adenovirus, son lípidos, cloruro de potasio, cloruro de sodio, fosfato de potasio monobásico, fosfato de sodio dibásico dihidratado, hidróxido de aluminio y sacarosa. Ello quiere decir, entonces, que las afirmaciones dadas por los demandantes deben de ser desestimadas de plano.

C.2 Respecto a si existe una restricción no justificada, en términos de “idoneidad”, del derecho al trabajo y libertad de trabajo por parte de los numerales 4.7 y 4.9 del Decreto Supremo N° 016-2022-PCM

Séptimo: Descartada una vulneración del derecho a la salud por algún efecto nocivo de la vacuna contra la Covid-19, pasaremos ahora a verificar si las normas previstas en los numerales 4.7 y 4.9 del Decreto Supremo N° 016-2022-PCM vulneran el derecho al trabajo y libertad de trabajo de los trabajadores no vacunados.

En tal contexto, cabe recordar que líneas arriba hemos manifestado que las medidas implementadas en los numerales 4.7 y 4.9 del Decreto Supremo N° 016-2022-PCM podrían tornarse en vulneratorias al derecho al trabajo de las

⁸ <https://www.fda.gov/emergency-preparedness-and-response/coronavirus-disease-2019-covid19/comirnaty-and-pfizer-biontech-covid-19-vaccine#additional>

⁹ <https://www.fda.gov/media/144638/download>

¹⁰ <https://www.gov.uk/government/publications/regulatory-approval-of-covid-19-vaccineastrazeneca/information-for-uk-recipient-on-covid-19-vaccine-astrazeneca>

¹¹ http://vacunacovid.gob.mx/wordpress/wp-content/uploads/2021/05/GTApp_Sinovac_24Junio2021.pdf

¹² https://bancos.salud.gob.ar/sites/default/files/2021-03/manual-vacunador-sinopharm_12-3-2021.pdf

personas no vacunadas; ya que, a diferencia de otros supuestos regulados en el Decreto Supremo N° 016-2022-PCM, en dichos supuestos, la norma no habría previsto suficientes “alternativas” para que las personas no vacunadas puedan ejercer libremente su derecho al trabajo y sin poner en riesgo sus relaciones laborales existentes. En ese sentido, analizaremos primero si existe, realmente, esa intervención sobre el derecho al trabajo de las personas no vacunadas, a través de dichos dispositivos, y si la misma, de existir, se encuentra justificada constitucionalmente.

En tal sentido, partiremos reconociendo cuales serían esas posibles intervenciones al derecho al trabajo, y en su caso a la libertad de trabajo, que nacen de los numerales 4.7 y 4.9 del Decreto Supremo N° 016-2022-PCM.

Así, respecto del numeral 4.7, que señala:

“Los choferes y cobradores de todo servicio de transporte público, así como los choferes que brindan servicios de reparto (*delivery*), de taxi y transporte privado de personal y turismo *solo pueden operar* si acreditan haber recibido, en el Perú y/o el extranjero, las tres (3) dosis de vacunación contra la COVID-19, siempre que se encuentren habilitados para recibirla, según protocolo vigente (resaltado añadido).

Se observa, que, la intervención al derecho al trabajo y a la libertad de trabajo, en su caso, nacería de la “total” restricción de realizar ese tipo de oficio si es que previamente el trabajador o futuro trabajador no se ha vacunado previamente con las dosis requeridas de la vacuna contra la Covid-19. Véase que conforme a dicho dispositivo ninguna persona no vacunada podría seguir laborando o no podría laborar como chofer o cobrador de servicio de transporte público, ni como chofer de servicio *delivery*, taxi y transporte privado de personal o turismo. Ello quiere decir que, una persona no vacunada y que no desea vacunarse contra la Covid-19, bajo dicho supuesto normativo, tendría que poner fin a su relación laboral o no seguir laborando o no optar por laborar en alguno de los oficios antes descritos; ya sea de forma independiente o dependiente. Ello significa que, para ese grupo de personas, la vacuna contra la Covid-19 sí se tornaría en “obligatoria”, si es que ese grupo de personas persisten en seguir laborando o iniciar sus labores en esos oficios. Ese requisito para mantener su relación laboral o para trabajar en esos oficios vulnera, claramente, el derecho al trabajo y la libertad de trabajo, ya que el mencionado dispositivo no ha previsto para ese grupo de trabajadores otra alternativa, distinta a la vacunación, para que los mismos puedan trabajar libremente en base a otros cuidados de su salud y de las demás personas que tienen contacto con ellos.

Y, respecto del numeral 4.9, que señala:

“Toda persona que realice actividad laboral presencial, debe acreditar haber recibido las tres (3) dosis de vacunación contra la COVID-19, siempre que se encuentre habilitada para recibirlas, según protocolo vigente, siendo válidas las vacunas administradas tanto en el Perú como en el extranjero.

En el caso de los prestadores de servicios de la actividad privada que no cuenten con la aplicación de las tres (3) dosis de vacunación contra la COVID-19, deben prestar servicios a través de la modalidad de trabajo remoto. Cuando la naturaleza de las labores no sea compatible con el trabajo remoto, se entenderá producido el supuesto de suspensión del contrato de trabajo, sin goce de haberes, de conformidad con el primer párrafo del artículo 11 y el literal II) del artículo 12 del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado por Decreto Supremo N° 003-97-TR, salvo que las partes acuerden la suspensión imperfecta del vínculo laboral. Mediante resolución ministerial, el Ministerio de Salud, en coordinación con el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, puede establecer supuestos de excepción y disposiciones complementarias. Es obligación del empleador verificar el cumplimiento de las disposiciones señaladas en el presente numeral.

Para los/las servidores/as civiles del sector público, es de aplicación lo dispuesto en la Única Disposición Complementaria Final del Decreto de Urgencia N° 055-2021 y las disposiciones complementarias que emita el Ministerio de Salud, en coordinación con la Autoridad Nacional del Servicio Civil”.

Vemos, que también existe una clara restricción al derecho al trabajo, y en su caso, a la libertad de trabajo, en el numeral 4.9, antes descrito. Sin embargo, en la mencionada articulación esta restricción se encuentra, por decirlo de algún modo, “atenuada” en razón de que existe la alternativa de poder realizar “trabajo remoto”, para las personas no vacunadas. Ahora, si bien es cierto que la mencionada alternativa no alcanza a todos los trabajadores, en razón de las múltiples labores que se realizan dentro del mundo laboral, específicamente, para los que realizan labores eminentemente manuales en el lugar del trabajo; también lo es, que esa es una posibilidad razonable para los trabajadores que no realizan ese tipo de trabajo y que no se encuentren vacunados o no quieran hacerlo; pues estos pueden seguir vinculados laboralmente a sus centros de trabajo sin la alteración de su vínculo laboral.

Sin embargo, como vemos, el hecho de no haber otorgado alternativas similares al grupo de trabajadores que no pueden realizar trabajo remoto debido a su actividad eminentemente manual, hace que el mencionado dispositivo, al igual como ocurre en el numeral 4.7, se convierta un dispositivo que interviene en el derecho al trabajo y la libertad de trabajo de los trabajadores que no se han vacunado contra la Covid-19. Ya que, la consecuencia de que un trabajador no se vacune y, a la vez, no pueda realizar trabajo remoto, es que el empleador aplique la “suspensión perfecta” del contrato laboral de ese trabajador, suspendiendo sus ingresos remunerativos, con las consecuencias que ello

acarrea para la economía personal y familiar del mismo. Esta situación, tal como está regulada, vulnera el derecho al trabajo de este grupo de trabajadores, ya que, altera sus relaciones laborales como consecuencia de una conducta que se le atribuye al trabajador, la cual es considerada como “no aceptada” en la sociedad y dentro de la relación de trabajo, a pesar de que la referida conducta está permitida por ley, ya que, la vacuna contra la Covid-19 no es obligatoria. Esta atribución negativa que se le da al comportamiento del trabajador, y su respectiva consecuencia, termina convirtiendo la vacunación contra la Covid-19, para este grupo de trabajadores, en una de carácter obligatoria, además, de una suerte de “hostigamiento laboral”, ya que, si es que no quieres ver alterada tu relación laboral y, como consecuencia de ello, tus ingresos, la vacuna contra la Covid-19 es la única alternativa para evitarlo. Ello, altera la real voluntad del trabajador respecto del proceso de vacunación. La cual debe ser aceptada libremente, luego de un proceso de concientización, y no bajo amenaza o intimidación.

Esa misma “obligatoriedad” se aprecia en el caso de las personas que se encuentran en búsqueda de un trabajo, ya que, estos no podrían ser contratados si no se vacunan antes contra la Covid-19. Haciendo con ello “obligatoria” la vacunación contra la Covid-19 para ellos, pues si no lo hacen se quedarían desempleados o tendrían que dedicarse al empleo informal. Ello implica, al final, que para ese grupo de trabajadores la vacuna contra la Covid-19 se habría tornado en “obligatoria”.

Octavo: Ahora bien, estando identificadas las intervenciones al derecho al trabajo y a la libertad de trabajo en los numerales 4.7 y 4.9 del Decreto Supremo N° 016-2022-PCM, cabe ahora analizar si estas están justificadas constitucionalmente.

Dicho lo cual, es claro entender que el propósito de hacer “obligatoria” la vacunación contra la Covid-19 para realizar el trabajo de chofer o cobrador de servicio de transporte público, o el de chofer de servicio *delivery*, taxi o transporte privado de personal o turismo, o de permanecer en un centro laboral privado o público, o de acceder a cualquiera de ellos, tiene como única justificación la protección del bien constitucional: “salud pública”, considerado también como derecho colectivo (Más adelante esclareceremos su real dimensión). Este bien o derecho constitucional, se puede adscribir desde el artículo 7 de la Constitución, ya que, este reconoce que son “todas” las personas, y no solo la persona en lo “individual”, las que tienen derecho “a la protección de la salud, la del medio familiar y de la comunidad. Este bien o derecho constitucional implica, entonces, que más allá de acciones negativas para no intervenir en este, el Estado está llamado a realizar acciones positivas sobre la misma, utilizando para ello lo que se denominan, las “políticas públicas

de salud” (artículo 9 de la Constitución), y con la finalidad de que a través de ellas se garantice el “derecho de todos” dentro de la “comunidad”. Estas políticas públicas pueden contener acciones de promoción, prevención, curación y rehabilitación, y con la finalidad de que todos puedan disfrutar del más alto nivel posible de la salud física y mental, de forma individual pero también de forma colectiva¹³.

Entonces, vemos que el Estado en su obligación de proteger a la comunidad es quién realiza acciones de prevención como las que encontramos en los procesos de vacunación. Siendo considerados estos procesos, técnicamente, como uno de los métodos más eficaces para prevenir enfermedades al tratarse este de uno capaz de generar inmunidad entre las personas. No por algo, la OMS, respecto de las vacunas en general, ha expresado reiterativamente que la inmunización reduce en gran medida enfermedades, discapacidad, muerte y desigualdad a nivel mundial. Y ha señalado, que su efectividad puede advertirse en la erradicación de la viruela y la restricción de múltiples enfermedades, como la poliomielitis, el sarampión, la rubeola y el tétanos, estimándose que las vacunas evitan de 2 a 3 millones de muertes cada año¹⁴. Así, ha señalado que solo las vacunas infantiles, según la OMS, salvan la vida de 4 millones de niños cada año¹⁵.

Además, si tenemos en cuenta, que, según la OMS, existen dos principales razones para vacunarse: protegernos a nosotros mismos y proteger a las personas que nos rodean¹⁶. Es claro que la vacunación no solo importa a la persona en particular sino también al interés público, en lo que se denomina: salud pública. De allí que se destaca la idea de “inmunidad colectiva” o “de rebaño”, de acuerdo con la cual se requiere que una proporción suficiente de la población, generalmente una gran parte de ella, sea vacunada para proteger a quienes no pueden hacerlo, principalmente, por problemas o condiciones de salud previstas. Ello quiere decir, que la eficacia en la prevención de

¹³ El origen del fundamento jurídico del derecho a la salud está contemplado tanto en la constitución de la Organización Mundial de la Salud, posteriormente reiterado en la Declaración de Alma-Ata, Rusia de 1978, y en la Declaración Mundial de la Salud adoptada por la Asamblea Mundial de la Salud en el año 1998, como en la Declaración Universal de Derechos Humanos, en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, así como en la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

¹⁴ OMS, “cobertura vacunal”, disponible en: “<https://www.who.int/es/news-room/fact-sheets/detail/inmunization-coverage>”.

¹⁵ OMS, “vacunas e inmunización”, disponible en: “https://www.who.int/es/news-room/questions-and-answers/item/vaccines-and-immunization-what-is-vaccination?adgroupsurvey={adgroupsurvey}&gclid=Cj0KCQiAip-PBhDVARIsAPP2xc2pu-9gPGr7TQmHSnDF9-jdxzRh6HotHC7VzucRkKj1F9qFULhDYUaAuBfEALw_wcB”.

¹⁶ OMS, “vacunas e inmunización, ídem.

enfermedades depende de la tasa de cobertura de las vacunas¹⁷. Es por ello, que, si bien los procedimientos médicos realizados en una persona suelen referirse únicamente a esa persona en particular, la inmunidad colectiva y la salud pública, son los elementos esenciales que hacen que la vacunación no afecte solo el interés individual, sino, al de terceros y a toda la población en general. Es así que, aunque comprometa una decisión individual, la vacunación afectará el derecho a la salud de los demás.

En ese sentido, es pues la “salud pública”, como bien constitucional, la que fundamenta en el Decreto Supremo N° 016-2022-PCM y sus normas modificatorias, la “obligación” de vacunarse contra la Covid-19 a los trabajadores antes descritos, los cuales se encontrarían persuadidos de asumir esa condición para efectos de que estos puedan mantener sin alteración sus relaciones laborales o, en todo caso, puedan acceder a un puesto de trabajo sin contratiempos.

Noveno: Sin embargo, cabe preguntarnos aquí, si **¿El solo hecho que la “salud pública” fundamente los decretos supremos cuestionados, es suficiente para que esta se sobreponga, al todo o nada, sobre los derechos al trabajo y libertad de trabajo de las personas no vacunadas?** La respuesta a esta pregunta pasa por precisar algunos conceptos generales, que, de alguna u otra forma, se han venido discutiendo en el devenir del presente proceso. Por cuanto en el presente proceso se ha afirmado, sin mayor discusión teórica alguna, que la salud pública como bien colectivo y como consecuencia de estar más vinculado al “interés público”, es suficiente para limitar los derechos de los trabajadores, que solo responden a un “interés individual”. Ello, amerita una discusión más profunda sobre la teoría de los derechos fundamentales, si es que es posible afirmar, sin mayor discusión, que todos los derechos fundamentales o constitucionales, sean individuales o colectivos, responden o están relacionados, en mayor o menor medida, al bien jurídico “orden público”, bien jurídico que, a su vez, esta relacionado íntimamente al concepto jurídico de “interés público”.

Veamos, entonces, y partiendo por el final de nuestra afirmación, clarificamos que existe una relación entre el “orden público” y el “interés público”, porque el “interés público”, entendido conforme a sus propios términos (“Interés”, entendido como algo especialmente necesario y valioso; y “público”, entendido como aquello que es o pertenece al pueblo, la comunidad, las personas en general), connota la existencia de intereses valiosos dentro de la sociedad, que por su valía, ameritan ser protegidos no solo por la colectividad, sino, principalmente, por y a través del Estado, mediante un orden jurídico y político

¹⁷ OMS, “Inmunidad colectiva, confinamientos y Covid-19”, disponible en: <https://www.who.int/es/news-room/questions-and-answers/item/herd-immunity-lockdowns-and-covid-19>

prestablecido, denominado: “orden público”. Así, mientras uno nace de un interés general valioso de la sociedad y para la sociedad, el otro lo recoge a través de principios, normas y disposiciones legales para su preservación.

Ahora bien, debe quedar claro, respecto del “interés público”, que el hecho de que este responda a fines colectivos, no quiere decir que este se encuentre en contradicción con los “intereses privados”. Aquí, debe tenerse presente, lo que señala López Calera, cuando refiere que: *“el interés público [si bien] tiene en principio mayor valía o preferencia frente a los intereses privados. En cuanto el interés público es un valor democrático por excelencia, por cuanto su protección y realización implica la protección y realización de un mayor número de intereses particulares, lo cual no es solo una cuestión de cantidad, sino de calidad ética. [También lo es, que] (...) el interés público no implica una negación de los intereses privados, sino todo lo contrario, el interés público vale más que un interés privado porque comprende en una sociedad democrática el respecto de un mayor número de interés privados”*¹⁸. **Ello quiere decir, que, de haber una contradicción o confrontación entre “intereses públicos” e “intereses privados” estos deben resolverse dentro de un equilibrio donde prevalezca la coincidencia, coordinación y armonía.**

En tal sentido, entendiéndose ya al “interés público” dentro del “orden público”, debe señalarse aquí, que el Tribunal Constitucional en el Expediente N° 3283-2003-AA/TC, ya ha tenido la oportunidad de pronunciarse sobre lo que entiende por este concepto jurídico. Así, en el considerando 28 de dicha sentencia, ha expresado que: *“El orden público es el conjunto de valores, principios y pautas de comportamiento político, económico y cultural en sentido lato, cuyo propósito es la conservación y adecuado desenvolvimiento de la vida coexistencial. En tal sentido, consolida la pluralidad de creencias, intereses y prácticas comunitarias orientadas hacia un mismo fin: la realización social de los miembros de un Estado. El orden público alude a lo básico y fundamental para la vida en comunidad, razón por la cual se constituye en el basamento para la organización y estructuración de la sociedad”*¹⁹. Entonces, teniendo presente tal concepto no es absurdo afirmar que **“el respeto de los derechos fundamentales es un componente esencial del orden público”** o que, en la Constitución **“la cláusula de orden público no puede encerrar otro interés que el garantizar los derechos fundamentales, es decir, que el orden público se alcanza cuando cada ciudadano pueda ejercitar pacífica y libremente sus derechos y libertades”**. En tal contexto, en ese orden de ideas, se puede afirmar también que el orden público y los derechos fundamentales no se oponen entre sí, sino que se complementan, porque es parte de este último y porque define sus límites; ya que, es en base a intereses

¹⁸ López Calera, Nicolás, “El interés Público: Entre la ideología y el derecho”, en Revista Anales de la Catedra Francisco Suarez, N° 44, año 2010, página 147.

¹⁹ <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2004/03283-2003-AA.html#:~:text=El%20orden%20p%C3%BAblico%20es%20el,desenvolvimiento%20de%20la%20vida%20coexistencial>.

provenientes del “orden público” que se delimitan los derechos fundamentales.

Ahora bien, si entendemos al “orden público” como límite a los derechos fundamentales, comprenderemos mejor lo dispuesto en el artículo 32 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante, CADH), en cuanto este señala que: *“Los derechos de cada persona están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bien común, en una sociedad democrática”*. Ahora, si observamos que esos límites son socialmente relevantes y que afectan a la sociedad en su conjunto, entonces también podremos afirmar que el “orden público” corresponde ser regulado por el Estado por su amplio alcance del interés que la subyace, y en base al acogimiento de las titularidades “difusas” de la sociedad, las cuales también pueden accionarla y hacerla suyas en cualquier momento.

Sin embargo, ello no quiere decir que los límites que se implementen por razón del “orden público” se realicen mediante una cláusula abierta al legislador; es decir, para que pueda ser utilizada indiscriminadamente o con una afectación general. Ya que, el “orden público” tiene también “limitaciones” para su utilización.

La primera de ellas, sería que esa limitación solo puede ser regulada por el “legislador” como sujeto activo primario, y solo ejecutada por la “autoridad” como sujeto activo secundario. Esta limitación sobre quién es el sujeto activo primario para establecer el “orden público” nace de lo dispuesto en el artículo 30 de la CADH, en cuanto allí se señala, que: *“Las restricciones permitidas, de acuerdo con esta Convención, al goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidas en la misma, no pueden ser aplicadas sino conforme a “leyes” que se dictaren por razones de interés general y con el propósito para el cual han sido establecidas”*. Ahora bien, si entendemos a la “ley” en sentido formal, entonces estas limitaciones o restricciones de los derechos solo podrían realizarse a través del Parlamento como auténtico “legislador”. Sin embargo, conforme ha señalado el Tribunal Constitucional, en la sentencia emitida en el Expediente N° 0005-2013-AI/TC, fundamento 14 a 16²⁰, *“(…) las exigencias para el establecimiento de los límites sobre los derechos fundamentales no incluye única y exclusivamente a la ley en sentido formal (...). [Ya que, para ello, solo es suficiente que la] (...) norma satisfaga la reserva de “acto legislativo”. [Esto es, que la norma] (...) cuente necesariamente con la intervención del Poder Legislativo”*. Así, en tal sentido, ha señalado que dicha interpretación de la ley sobre la limitación de los derechos es acorde a la Opinión Consultiva 06/86 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en donde esta ha sostenido que *“las leyes a que se refiere el artículo 30 son actos normativos enderezados al bien común, emanados del Poder Legislativo*

²⁰ <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2018/00005-2013-AI.pdf>

democráticamente elegido y promulgados por el Poder Ejecutivo (...). Lo anterior no se contradice forzosamente con la posibilidad de delegaciones legislativas en esta materia, siempre que tales delegaciones estén autorizadas por la propia Constitución, que se ejerzan dentro de los límites impuestos por ella y por la ley delegante, y que el ejercicio de la potestad delegada esté sujeto a controles eficaces, de manera que no desvirtúe, ni pueda utilizarse para desvirtuar, el carácter fundamental de los derechos y libertades protegidos por la Convención” (párrafos 35 y 36). En ese sentido, las limitaciones a los derechos constitucionales en razón del “orden público” pueden realizarse válidamente a través de una ley en sentido material, pero, siempre y cuando esta cuente, necesariamente, con la intervención del Poder Legislativo mediante un control, que puede ser *ex post*. **Ello quiere decir, que la autoridad competente para realizar estas limitaciones, dentro de nuestro ordenamiento, estaría solo limitada al Parlamento y al Ejecutivo; siendo que, para este último, solo podrá hacerlo a través de Decretos legislativos y Decretos de Urgencia, ya que estos cuentan con un control del legislativo.**

Sin embargo, sobre la potestad del legislador, y en su caso del ejecutivo, para desarrollar el contenido y alcances de los límites de los derechos fundamentales, hay que precisar, siguiendo a Gavara de Cara²¹, que los límites a los derechos fundamentales, cuando no se tratan de su configuración sino de su “intervención” en su ejercicio, y en lo que se refiere a las intervenciones “neutras” (regulaciones sobre la forma, tiempo, lugar, modo o medio, del ejercicio del derecho); pueden ser realizadas a través de otras fuentes de rango similar a la ley formal, bajo el entendido que dichas intervenciones son menos intensas que las que se relacionan a su configuración (contenido). Así lo ha entendido el Tribunal Constitucional cuando ha admitido que estas intervenciones pueden realizarse también mediante ordenanzas municipales²². Sin embargo, esto no debe ser entendido como una “carta libre” al legislador para establecer cualquier límite formal o “neutro” a los derechos fundamentales, pues en determinadas circunstancias, una restricción sobre la forma, tiempo, lugar, modo o medio, puede contener una restricción relacionada con el contenido.

De otro lado, **otra limitación de la utilización del “orden público” para utilizarla como límite a los derechos constitucionales, tienen que ver con requisitos de orden sustantivo.** Así, en primer lugar, las razones de “orden público” que se establezcan para la limitación de los derechos deben estar determinados siempre sobre “planteamientos jurídicos” y no sobre

²¹ Gavara de Cara, Juan Carlos; Derechos fundamentales y desarrollo legislativo; la garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn; Centro de Estudios Constitucionales; 1994; pág. 158.

²² Entre muchas, véase la STC N° 007-2006-PI/TC (Caso: Calle las Pizzas): <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2007/00007-2006-A1.html>

concepciones sociales o éticas dominantes. Y, la segunda, es que esas razones de “orden público” deben estar fundadas en una situación “real de peligro” para las personas y bienes. En ese sentido, esas razones deben estar orientadas a alcanzar un objetivo legítimo, que puede ser la protección de otro derecho de carácter fundamental o de algún bien que tenga protección constitucional. Asimismo, se requiere que exista una relación directa entre la limitación que se establece y el objetivo que se desea alcanzar. Y, de mismo modo, se debe analizar si para alcanzar ese objetivo puede establecerse otra medida distinta a la restricción del derecho fundamental afectado. Y de considerarse necesaria esta tendrá que analizarse si es proporcional al derecho o bien constitucional que se desea proteger.

Ello quiere decir, que desde la Constitución no se puede entender al “orden público” como una cláusula general inmanente limitadora de los derechos fundamentales; por lo que, de ninguna manera el “orden público” puede convertirse en un pretexto para la arbitrariedad estatal. Y que ninguna restricción basada en el “orden público” puede ser establecida de modo tal que, en los hechos, haga imposible el ejercicio del derecho limitado.

Decimo: Ahora bien, de acuerdo a lo antes expuesto, se puede afirmar en función del caso que, no existe un ejercicio sin límites al derecho al trabajo y a la libertad de trabajo, y tampoco un derecho colectivo a la salud sin límites; ambas se encuentran limitadas por normas de “orden público”, lo cual es indicativo de que todos los derechos, ya sean individuales o colectivos, se realizan dentro de la comunidad de forma armónica. Siendo, que dicha armonía debe ser entendida como la imposición de restricciones para ambos lados. Por lo que, en el examen de los casos, esa armonía debe encontrarse siempre, y en todo caso, de no poder sostenerse la misma, la prevalencia de un derecho sobre otro, en el caso, debe de estar plenamente justificada, procurando que el derecho intervenido se cumpla, incluso, en diferente grado, pero en su mayor medida posible no sólo sobre sus posibilidades fácticas, sino también jurídicas²³. Pasaremos a examinar ello a continuación.

Decimoprimer: En tal contexto, respecto de los requisitos formales que debe tener la norma que restringe derechos, en el caso, se observa que el Decreto Supremo N° 016-2022-PCM y sus normas modificatorias, no han cumplido con el requisito formal de haber sido emitida mediante una ley en sentido formal. Así, de la sola verificación de la misma, se observa que tal decreto supremo no cuenta con el nivel normativo necesario descrito en el considerando noveno, por cuanto este no ha sido emitido por el Ejecutivo a través de un decreto legislativo o decreto de urgencia, ni mucho menos, por una ley con ese rango

²³ Alexy, Robert; El concepto y la validez del derecho; Barcelona, Gedisa, 1997, pág. 162

normativo; ello indistintamente, si las restricciones al derecho al trabajo y a la libertad de trabajo, allí descritas, se han dado sobre la “configuración” o sobre el modo, tiempo, forma o condición de su ejercicio. Hay que recordar que incluso para este tipo de restricciones es necesario que estas se realicen a través de normas con rango ley. Nivel que no tiene el Decreto Supremo N° 016-2022-PCM y sus normas modificatorias. En ese sentido, si desde el nivel normativo descrito el Decreto Supremo N° 016-2022-PCM no cumple con el requisito mínimo para restringir derechos fundamentales, entonces, las restricciones sobre los derechos fundamentales allí descritos son arbitrarios. Sin embargo, ello no sería así si al menos dicho decreto nace de una “reserva de reglamento”.

En ese sentido, hay que verificar si el Decreto Supremo N° 016-2022-PCM cumple con esa “reserva”. Entonces, revisada la ley de materia, Ley N° 26842, Ley General de Salud, se observa que esta, en su artículo 76, ha prescrito que: *“La Autoridad de Salud de nivel nacional es responsable de dirigir y normar las acciones destinadas a evitar la propagación y lograr el control y erradicación de las enfermedades transmisibles en todo el territorio nacional, ejerciendo la vigilancia epidemiológica e inteligencia sanitaria y dictando las disposiciones correspondientes”*. Asimismo, se observa en el artículo 79, que esta ha prescrito que: *“La Autoridad de Salud queda facultada a dictar las medidas de prevención y control para evitar la aparición y propagación de enfermedades transmisibles. Termina señalando, que, todas las personas naturales y jurídicas, dentro del territorio, quedan obligadas al cumplimiento de dichas medidas, bajo sanción”*. De lo descrito en esos artículos, se colige que es el Ministerio de Salud, como autoridad en salud, es la llamada a establecer la política de salud destinada a evitar la propagación del Covid-19, como enfermedad transmisible. No obstante, de dicha regulación, no se observa que ha dicha autoridad se le haya reservado (reserva de ley), a su vez, la facultad de restringir uno u otro derecho, sino solo el de *“dictar las medidas de prevención y control”*, los que se entiende, deben ser establecidos con respeto de los derechos fundamentales de todas las personas, y en lo particular, del derecho al trabajo y a la libertad de trabajo. Esa falta de atribución a la Autoridad de Salud, de restringir derechos en contexto de pandemia, se aprecia desde el propio texto constitucional, pues en el no existe ninguna norma que permita, en protección del derecho a la salud de las personas, restringir los derechos antes señalados, ni de modo general y de ni modo específico. Hecho que sí lo ha permitido, de modo claro, para delimitar la inviolabilidad de domicilio, la libertad de tránsito, de residencia y de reunión, conforme a los numerales 9, 11 y 12, del artículo 2, de la Constitución. En tal sentido, queda claro, entonces, que la Autoridad de Salud no tiene la potestad de restringir los derechos fundamentales al trabajo y a la libertad de trabajo, ni en contexto de pandemia; y mucho menos, a través de una norma de inferior jerarquía a la ley. Por lo que, las restricciones emanadas del Decreto Supremo N° 016-2022-PCM y

sus normas modificatorias serían inconstitucionales, de haberse aplicado respecto de los demandantes.

Ahora bien, dicho lo cual, a estas alturas del razonamiento ya no sería necesario examinar si en el Decreto Supremo N° 016-2022-PCM existe una restricción necesaria y proporcional del derecho al trabajo y la libertad de trabajo respecto de la salud pública; sin embargo, este examen, si es importante para efectos de dejar en claro que el decreto aludido, y sus normas modificatorias, tampoco han cumplido con los parámetros “materiales” para restringir los derechos antes descritos.

C.3 Respecto a si existe una restricción no justificada, en términos de “necesidad”, del derecho al trabajo y libertad de trabajo por parte de los numerales 4.7 y 4.9 del Decreto Supremo N° 016-2022-PCM

Decimosegundo: En tal contexto, respecto de los requisitos materiales que debe tener la norma que restringe derechos; se tiene, como hemos descrito líneas arriba, que este se encuentra justificado en el derecho a la salud pública. Por lo que, a continuación, examinaremos si las restricciones que ha desplegado el Decreto Supremo N° 016-2022-PCM y sus normas modificatorias, respecto del derecho al trabajo y a la libertad de trabajo, además de estar justificada constitucionalmente, son también necesarias y proporcionales, en función del fin que se intenta proteger. En otras palabras, se analizará si la “intervención normativa” que impone el decreto en cuestión sobre los derechos aludidos es necesaria y proporcional, y no de carácter arbitrario.

Entonces, en primer lugar, realizaremos el “examen de necesidad” de la medida de los numerales 4.7 y 4.9 del Decreto Supremo N° 016-2022-PCM. En ese sentido, tal como hemos descrito en el considerando séptimo, se observa que en estos dispositivos se han normado restricciones a los derechos al trabajo y a la libertad de trabajo. En el numeral 4.7, se ha restringido a “toda” persona “no vacunada”, y que no quiere hacerlo, poder seguir laborando o conseguir trabajo como chofer o cobrador de servicio de transporte público, ni como chofer de servicio *delivery*, taxi y transporte privado de personal o turismo”; y en relación al numeral 4.9, se ha restringido a un grupo de personas que realizan labor netamente manual el poder seguir laborando libremente en su centro laboral, público o privado, por no haberse vacunado y no querer hacerlo, ya que sobre ellos recaería la “suspensión perfecta” de labores y con ello sus ingresos y los de sus familia. Además, de que no se permitiría contratar a ese grupo de personas por no cumplir con la condición de tener sus dosis completas de la vacuna contra la Covid-19.

Cabe señalar aquí, que, si bien es cierto la justificación de estas medidas sanitarias se encuentra, someramente, en la “exposición de motivos” del Decreto Supremo N° 184-2020-PCM²⁴; paralela a ella, se aprecia de que existe una justificación científica más contundente que podría explicar las intervenciones en el derecho al trabajo y la libertad trabajo antes descritas en el contexto de la Covid-19, la cual es: “la forma de transmisión del virus que la causa”. Así, sobre ello la OMS ha indicado que el virus Sars-CoV-2, que causa la enfermedad del Covid-19, puede propagarse a través de pequeñas partículas líquidas expulsadas por una persona infectada por la boca o la nariz al toser, estornudar, hablar, cantar o respirar. Y conforme a lo que hasta ahora señala la OMS, conforme a sus datos disponibles, el virus puede propagarse principalmente entre personas que están en estrecho contacto, por lo general, a menos de un metro (distancia corta). Así, una persona puede infectarse al inhalar aerosoles o gotículas que contienen virus o que entran en contacto directo con los ojos, la nariz o la boca. Asimismo, conforme también señala la OMSP, el virus también puede propagarse en espacios interiores mal ventilados y/o concurridos, donde se suelen pasar largos periodos de tiempo. Ello se debe a que los aerosoles permanecen suspendidos en el aire o viajan a distancias superiores a un metro (distancia larga)²⁵.

Dicho esto, entonces, si se afirma, que toda situación que suponga estrecha proximidad entre personas durante mucho tiempo incrementa el riesgo de transmisión, especialmente, los lugares interiores donde la ventilación es deficiente (entrañaran mayores riesgos que los espacios al aire libre); es lógico, también, afirmar, que, para contralar la propagación del virus, es necesario, “fácticamente hablando”, evitar esa proximidad y, con mayor intensidad, en los lugares no ventilados y de masiva concurrencia. Más aún, si a esa limitación le sumamos que la medida complementaria de “uso obligatorio de mascarilla” (N95 o FFP2 o FFP3 normalizada o equivalente) no previene al 100% la propagación del virus entre persona a persona (cuya eficiencia en la filtración de bacterias es de $\geq 95\%$)²⁶. Sin embargo, en situaciones en donde esa proximidad no puede ser evitada, como ocurre en los centros laborales y en los vehículos de transporte público y privado, se entiende también que es necesario que el principal método que se tiene para que la enfermedad no sea letal, esto es, el método de vacunación, deba ser implementada como política pública, en la mayor medida de lo posible. Ello implica, entonces, que se encuentra justificado “fácticamente”, que el Estado puede implementar *medidas de*

²⁴ <http://spij.minjus.gob.pe/Graficos/Peru/2020/Marzo/11/EXP-DS-008-2020-SA.PDF>

²⁵ OMS, “Preguntas y respuestas sobre la transmisión de la Covid-19”, disponible en: <https://www.who.int/es/news-room/questions-and-answers/item/coronavirus-disease-covid-19-how-is-it-transmitted>

²⁶ OMS, “Uso de mascarillas en el contexto de Covid-19”, disponible en: https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/337833/WHO-2019-nCov-IPC_Masks-2020.5-spa.pdf?sequence=1&isAllowed=y

*prevención y control sobre la Covid-19 a través de la vacunación masiva, utilizando para ello medidas que promuevan ese proceso, incluso restringiendo para ello algunos derechos y libertades de las personas, conforme a la permisión otorgada por la Constitución sobre los derechos a la inviolabilidad de domicilio, libertad de tránsito, residencia y reunión (numerales 9, 11 y 12, del artículo 2). E incluso, sobre otros derechos fundamentales no descritos precedentemente, siempre y cuando, esta restricción sea adoptada bajo autorización expresa de los propios sujetos obligados, previa concientización informada, y en todo caso, en base a “alternativas”, para efectos de que dicha decisión no se vea viciada. Entonces, se podría decir, que restringir los derechos al trabajo y a la libertad de trabajar en los centros laborales y para los servicios de chofer o cobrador de servicio de transporte público, o chofer de servicio *delivery*, taxi y transporte privado de personal o turismo; se encuentra justificada “fácticamente”, en términos de necesidad, no solo para la protección de la salud individual de las personas, sino también, y en mayor medida, en la salud de todos en general.*

Sin embargo, si bien la vacunación masiva se torna necesaria en los términos antes descritos, también lo es, que en términos de necesidad “jurídica”, esta tendría que darse solo si no existe otra opción menos gravosa sobre los derechos que serán restringidos por su obligatoriedad. En ese sentido, conforme ya se ha analizado en el considerando séptimo, este juzgado ya ha observado que en los numerales 4.7 y 4.9 del Decreto Supremo N° 016-2022-PCM, esa “alternatividad” no se cumple con medidas menos gravosas o, al menos, que lo sean en menor intensidad, respecto los derechos al trabajo y la libertad de trabajo de los trabajadores no vacunados y de los que no tienen intención de vacunarse. Ya que, sin ninguna otra opción más que la vacunación, los trabajadores que hacen labor manual en los centros laborales y los que realizan servicios de chofer o cobrador de servicio de transporte público, o chofer de servicio *delivery*, taxi y transporte privado de personal o turismo, se encuentran privados de laborar o de ser incluso contratados por no cumplir con la condición previa de la vacunación. Situación que consideramos es irrazonable, en tanto, de los numerales 4.4, 4.5 y 4.6 del mismo Decreto Supremo N° 016-2022-PCM, se desprende que, para una situación relacionada al “transporte público” (transporte aéreo nacional e internacional y transporte terrestre interprovincial), no se ha regulado como obligatoria la vacunación con dosis completas para los pasajeros que usan esos servicios. Vemos que, al contrario de ello, se ha considerado como una “alternativa válida”, el poder presentar una “prueba molecular negativa con fecha de resultado no mayor de 48 horas antes de abordar”, sumado a la obligación de portar mascarillas y de cumplir con los protocolos vigentes.

En tal contexto, consideramos entonces en este análisis de “medios contra medios”, que no se ha tenido en cuenta que a los trabajadores que realizan labor manual y los que hacen servicio de chofer o cobrador de servicio de transporte público, o chofer de servicio *delivery*, taxi y transporte privado de personal o turismo; también se les puede aplicar la misma alternativa de “prueba molecular”, la cual podría ser para sus casos “permanente”, para de esa forma prevenir que esos trabajadores propalen el virus por parte de ellos hacia los demás. Hay que recordar aquí, que, según la OMS, existen dos principales razones para vacunarse: protegernos a nosotros mismos y proteger a las personas que nos rodean. Por lo que, en ese contexto, en el caso del transporte público urbano y provincial, no es lógico que se obligue al “chofer” y “cobrador” a que tengan las dosis completas de vacunación para trabajar y no se haga lo propio con los pasajeros, cuando en el contexto del transporte ambos comparten un mismo ambiente. Asimismo, por esa misma razón, no es lógico también que esa misma condición les sea obligatoria a los choferes de taxi y transporte privado de personal y turismo. Hecho que también alcanza, y con mucho mayor razón, a las personas que realizan servicio *delivery*, en tanto, en el servicio que realizan no se comparte ambiente cerrado con otras personas. En todo caso, el ponerse en riesgo, los choferes, cobradores y personas de reparto de *delivery*, frente a personas no vacunas, por no haberse vacunado; debe ser entendido como parte de su autodeterminación personal, el cual tendrán que asumirlos bajo su propia responsabilidad, si es que, en el supuesto que se aplique la “alternatividad”, estos son detectados con Covid-19 por haberse contagiado dentro de su servicio.

Ahora bien, esa misma “alternatividad”, de ser sometidos a pruebas moleculares regularmente, también puede ser aplicada a los trabajadores que realizan labor meramente manual o que necesitan estar presentes en sus centros de labores para realizar su actividad contratada; ya que, de esa forma se podría evitar que estos contagien a los demás trabajadores. Además, de que se puede tener como alternativa para evitar la carga laboral del empleador, el hecho de que el trabajador no vacunado asuma su propia responsabilidad si estos se contagian y se enferman gravemente; de modo tal, que, como consecuencia de sus propias decisiones, estos podrían asumir el costo de sus días de para. En tal contexto, formas como las antes descritas, sumadas a todas las medidas de seguridad que ya han sido adoptadas por los centros laborales para prevenir el contagio de la Covid-19, por orden a la Autoridad de Salud competente²⁷,

²⁷ El artículo 130 de la Ley General de Salud otorga a la Autoridad Nacional de Salud diferentes instrumentos necesarios para hacer frente a diversas situaciones que implican en la salud colectiva, tales como: a) El aislamiento, b) Cuarentena, c) La observación de personal, d) La vacunación de personas, e) La observación de animales, f) vacunación de animales, g) La destrucción o control de insectos y otra fauna transmisora y nociva, h) El decomiso o sacrificio de animales que constituyen peligro para la seguridad o la salud de las personas, i) La

pueden ser tomadas como alternativas válidas para alcanzar el mismo fin de combatir la pandemia provocada por el virus SarsCov 2. Claro está, estas deben ser tomadas como alternativas válidas sin dejar de lado el proceso de vacunación, la cual tiene que seguir manteniéndose como el método de control principal, pero a través de métodos de concientización informada y racional. En ese sentido, para este juzgador las medidas adoptadas en los numerales 4.7 y 4.9 del Decreto Supremo N° 016-2022-PCM, no son necesarias para proteger el derecho a la salud pública.

C.3 Respecto a si existe una restricción no justificada, en términos de “proporcionalidad”, del derecho al trabajo y libertad de trabajo por parte de los numerales 4.7 y 4.9 del Decreto Supremo N° 016-2022-PCM

Decimotercero: Ahora bien, en el supuesto que las medidas adoptadas en los numerales 4.7 y 4.9 del Decreto Supremo N° 016-2022-PCM y sus normas modificatorias, habrían pasado el filtro de la necesidad, cabe ahora analizar si las mismas han ponderado adecuadamente “el grado de realización u optimización del fin constitucional (derecho a la salud pública) y la intensidad de la intervención en el derecho fundamental (derecho al trabajo y libertad de trabajo)”. Hablamos aquí de la aplicación del test de proporcionalidad en sentido estricto, lo que a buena cuenta se reduce en la “ley de la ponderación” de Alexy. En tal sentido, de los alcances de las medidas interventoras del derecho al trabajo y libertad de trabajo, se puede colegir que esta satisface en un nivel “alto” la realización del derecho a la salud pública, pero interviene en un grado “intenso” los derechos descritos. Ello es así, en tanto las posibilidades jurídicas de desarrollo del derecho al trabajo y libertad de trabajo han quedado muy disminuidas, para ese grupo de trabajadores, en los ámbitos en donde estos se han venido desarrollando anteriormente a la pandemia. Ya que, se observa que estos trabajadores no podrán seguir laborando en sus oficios si no se vacunan o no podrían mantener sus remuneraciones al ser pasados a “suspensión perfecta”. En ese sentido, para este juzgador las medidas adoptadas mediante los numerales 4.7 y 4.9 del Decreto Supremo N° 016-2022-PCM no pasan el test de proporcionalidad, por lo que, debe de considerarse que las normas antes descritas restringen ilegítimamente los derechos al trabajo y libertad de trabajo de los trabajadores no vacunados.

suspensión de trabajo o servicios, j) La emisión de mensajes publicitarios que adviertan peligro de daños a la salud de la población, k) (...), l) La suspensión temporal de ejercicios de actividades de producción y comercio y la restricción del tránsito de personal, animales, vehículo, objetos y articulo, m) El cierre temporal o definitivo de empresas o sus instalaciones. (...), n) Las demás que a criterio de la Autoridad de Salud se consideran sanitariamente justificables para evitar que se cause o continúe causan riesgo o daños a la salud de la población.

D. Si el requerimiento de vacunación contra la Covid-19, vulnera el derecho a la educación de las personas no vacunadas

Decimocuarto: Respecto de este punto solo cabe mencionar que este juzgador no encuentra ninguna afectación de este derecho en el Decreto Supremo N° 016-2022-PCM; ya que, este dispositivo en su numeral 4.8 no contempla de forma genérica ni específica, la obligación de portar carné de vacunación para ingresar a universidades, institutos técnicos o cualquier otro centro de capacitación para el trabajo. En todo caso, para efectos de realizar trámites administrativos en dichas instituciones, estos tendrían la “alternativa” de hacerlo vía virtual o a través de apoderados, por lo que de ninguna manera se podrían considerar restringido con ello el derecho a la educación.

F. Si en el caso concreto queda acreditado, para cada demandante, esto es, de forma “individual”, la vulneración de sus derechos a la salud, al trabajo, la libertad de trabajo y a la educación por la exigencia de la presentación del carnet de vacunación (físico o virtual), en los lugares en donde desarrollan sus actividades laborales o educativas.

Decimoquinto: De la demanda se observa que los demandantes Jacqueline Nelly Castillo Campos, Luz Marina Gutiérrez Achata, Santino Danilo Silva Condori, Flor Nerida Díaz Díaz, Fedor Francisco Díaz Díaz, Israel Huahuasoncco Sollasi, Nataly Alizeth Marin Lescano, Ramon Fernando La Cruz Luque, Jose Ernesto Díaz Díaz, Maria Edith Díaz Díaz, Bruno Javier Mamani Huayta, Carlos Alberto Anticona Sánchez y Cesar Roberto Castillo Rodríguez han cuestionado, al menos 2 disposiciones, citados en el considerando segundo, del Decreto Supremo N° 016-2022-PCM y sus normas modificatorias, indicando que los mismos vienen vulnerando sus derechos a la salud, trabajo, libertad de trabajo y educación. Sin embargo, se observa del transcurrir de su demanda, que los demandantes en ningún momento han descrito el ¿Cómo? dichos dispositivos, o sus alcances normativos, los afectan de manera directa; de modo tal que este Juzgador pueda captar objetivamente, de ella o de sus anexos, un hecho vulnerador real, tangible y concreto, que nazca de la aplicación directa del decreto supremo cuestionado. Asimismo, no se observa tampoco de la demanda, que los demandantes hayan ofrecido algún medio probatorio idóneo para evidenciar que estos han sido vulnerados en sus derechos, como es el demostrar que han sido impedidos de ingresar a sus centros laborales o que hayan sido puestos en “suspensión perfecta” o que no hayan sido impedidos de ejercer los oficios de chofer o cobrador, o de servicio *delivery*, taxi y transporte privado de personal o turismo; por el hecho de no contar con su esquema de vacunación contra la Covid-19. Así, como una evidencia que permita demostrar que, como consecuencia del decreto aludido, estos no hayan podido ingresar a sus centros de estudios. O, en su caso, alguna

evidencia que permita observar que los demandantes hayan sufrido un daño a su salud, más allá de la amenaza que han fundamentado en su escrito de demanda. No siendo la sola narración de los hechos que se describen suficientes para considerar la vulneración alegada. En consecuencia, a pesar de que, para este juzgador, dentro de un análisis jurídico, los dispositivos cuestionados son evidentemente inconstitucionales, este no puede hacer extensivo sus conclusiones a los demandantes, en razón de que estos no han demostrado estar dentro de los efectos adversos de las normas cuestionadas. De tal modo, este juzgador no tiene más opción que declarar infundada la demanda que han presentado.

Sin embargo, respecto de Sonia Estela Vásquez Gálvez, este Juzgador observa que esta demandante ha presentado: 1) un acta de reunión con la directora de la Cuna Jardín “Santa Bernardita” Ugel 03, La Victoria, en donde se le indica que no podrá ingresar a su centro de trabajo hasta que su caso sea consultado con la Ugel; 2) un reclamo efectuado por la demandante en el “Libro de Reclamaciones” de la institución del día 3 de marzo de 2022, y 3) una Hoja de “Constatación Policial”, de fecha 3 de marzo de 2022, donde se deja evidencia que la demandante es trabajadora nombrada de la Cuna Jardín “Santa Bernardita” Ugel 03, La Victoria y no ingresa a laborar en dicha institución por no contar con las dosis de la vacuna contra la Covid-19 completa. Documentos de los cuales sí se evidencia que la referida demandante ha sido impedida laboral en la institución educativa mencionada por causa de no tener completo su esquema de vacunación. En tal contexto, estando a que conforme a los considerandos precedentes este juzgador ha llegado a la conclusión de que los efectos del Decreto Supremo N° 016-2022-PCM y sus normas modificatorias, son inconstitucionales por su forma de su emisión y por el fondo al no haber establecido “alternativas” razonables para efectos de optimizar los derechos involucrados, como el derecho al trabajo; este juzgador, debe de declarar fundada la demanda en favor de Sonia Estela Vásquez Gálvez, declarando inaplicables a su favor el Decreto Supremo N° 016-2022-PCM y sus normas modificatorias, y cualquier otro norma de igual jerarquía que le impida ingresar a su centro de labores por no contar con su esquema de vacunación completa contra la Covid-19. No obstante, la demandante, para efectos de hacer valer su derecho al trabajo frente a los demás, esta deberá de presentar ante la institución educativa donde trabaja, por cuenta propia, cada 10 días, una prueba molecular con resultado negativo al Covid-19, o una de similar resultado, además de cumplir con los protocolos que ha dado la Autoridad de Salud, como el uso de mascarilla obligatoria dentro de su centro laboral. De no cumplir la demandante con tal condición, la cual se ordena en beneficios de la salud de los demás, la institución educativa tiene a salvo su “facultad de dirección” para efectos de poner a la demandante en “suspensión perfecta” mientras la misma no cumpla con la misma.

III. FALLO

Por lo tanto, por las consideraciones expuestas, el Juez Provisional del Tercer Juzgado Especializado en lo Constitucional de la Corte de Justicia de Lima, administrando Justicia a nombre de la Nación, ha resuelto:

1. Declarar **IMPROCEDENTE** la demanda de amparo promovida por **JACQUELINE NELLY CASTILLO CAMPOS, LUZ MARINA GUTIERREZ ACHATA, SANTINO DANILO SILVA CONDORI, SONIA ESTELA VASQUEZ GALVEZ, FLOR NERIDA DÍAZ DÍAZ, FEDOR FRANCISCO DÍAZ DÍAZ, ISRAEL HUAHUASONCCO SOLLASI, NATALY ALIZETH MARIN LESCANO, RAMON FERNANDO LA CRUZ LUQUE, JOSE ERNESTO DÍAZ DÍAZ, MARIA EDITH DÍAZ DÍAZ, BRUNO JAVIER MAMANI HUAYTA, CARLOS ALBERTO ANTICONA SANCHEZ y CESAR ROBERTO CASTILLO RODRIGUEZ** en contra de la **PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA, MINISTERIO DE SALUD Y DIRECCIÓN GENERAL DE MEDICAMENTOS, INSUMOS Y DROGAS**, respecto de los derechos a la vida, a la libertad, a la seguridad personal, a la integridad moral, psíquica y física y al libre tránsito; por no ser de protección por el proceso de amparo, sino del habeas corpus, conforme lo señala el artículo 33 del NCPCConst.
2. Declarar **INFUNDADA** la demanda de amparo promovida por **JACQUELINE NELLY CASTILLO CAMPOS, LUZ MARINA GUTIERREZ ACHATA, SANTINO DANILO SILVA CONDORI, FLOR NERIDA DÍAZ DÍAZ, FEDOR FRANCISCO DÍAZ DÍAZ, ISRAEL HUAHUASONCCO SOLLASI, NATALY ALIZETH MARIN LESCANO, RAMON FERNANDO LA CRUZ LUQUE, JOSE ERNESTO DÍAZ DÍAZ, MARIA EDITH DÍAZ DÍAZ, BRUNO JAVIER MAMANI HUAYTA, CARLOS ALBERTO ANTICONA SANCHEZ y CESAR ROBERTO CASTILLO RODRIGUEZ** en contra de la **PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA, MINISTERIO DE SALUD Y DIRECCIÓN GENERAL DE MEDICAMENTOS, INSUMOS Y DROGAS**, respecto de los derechos a la salud, al trabajo, a la libertad de trabajo y a la educación.
3. Declarar **FUNDADA** la demanda de amparo promovida por **SONIA ESTELA VASQUEZ GALVEZ** en contra de la **PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA, MINISTERIO DE SALUD Y DIRECCIÓN GENERAL DE MEDICAMENTOS, INSUMOS Y DROGAS**; por afectación a su derecho al trabajo, conforme al segundo párrafo del considerando decimoquinto. En consecuencia, se declara inaplicables a su favor el Decreto Supremo N° 016-2022-PCM y sus normas modificatorias, y cualquiera otra norma de igual jerarquía que le impida ingresar a su centro de labores por no contar

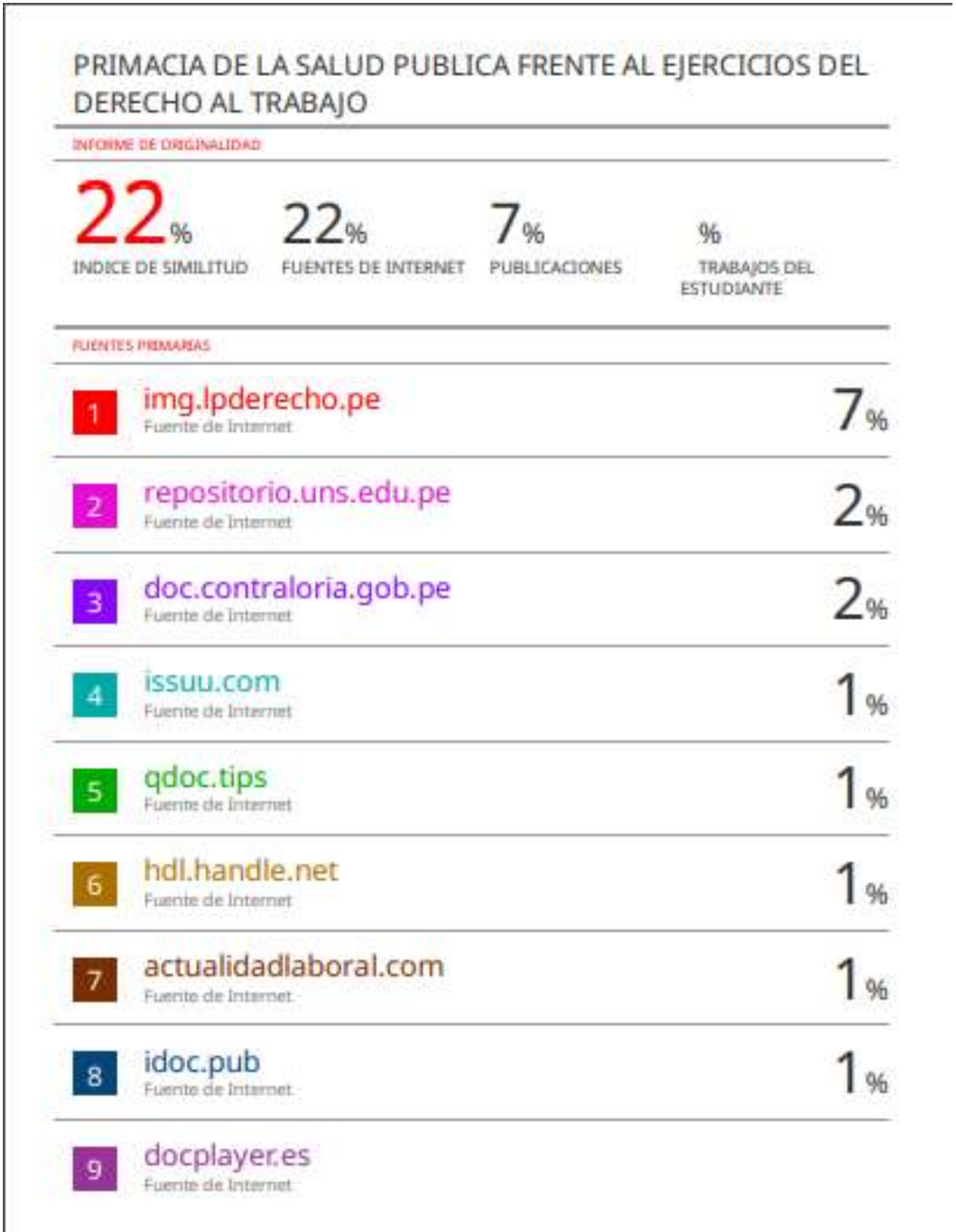
con su esquema de vacunación completa contra la Covid-19. En tal sentido, para efectos de hacer valer su derecho al trabajo frente a la institución educativa en cuestión, la misma deberá de presentar ante dicha institución, cada 10 días y por cuenta propia, una prueba molecular/PCR con resultado negativo al SARS-CoV-2, u otra de similar resultado. De no cumplir con ello, la institución educativa tiene a salvo su “facultad de dirección” para efectos de poner a la demandante en “suspensión perfecta”. Asimismo, para efectos de hacer valer su derecho al trabajo frente a la institución educativa en cuestión, la misma deberá de cumplir de manera estricta con los protocolos de seguridad contra la Covid-19 dispuestos por la Autoridad de Salud.

4. **Disponer** que consentida o ejecutoriada que sea la presente resolución, este se **ARCHIVE** conforme a ley.
5. **NOTIFIQUESE** a los sujetos procesales conforme a ley y conforme a los mecanismos electrónicos adoptados por el Poder Judicial del Perú. Interviniendo el magistrado y especialista legal asignada a la causa, quienes suscriben física y digitalmente²⁸ la presente resolución.²⁹

²⁸ Véase firma digital en la página 1.

²⁹ Ley de Firmas y Certificados Digitales N° 27269, su Reglamento contenido en el DS N° 052-2008-PCM, y en estricta aplicación del principio de celeridad procesal, adecuando la exigencia de formalidad al logro de los fines de los procesos constitucionales: Las firmas electrónicas registradas en la presente resolución, son absolutamente válidas y con eficacia jurídica, no requiriéndose la firma y sello físico, a fin de agilizar el impulso del presente proceso, razón a la atención vía trabajo remoto por la delicada coyuntura sanitaria actual.

8.6. [RECIBO DIGITAL DE TURNITIN Y REPORTE DE ORIGINALIDAD](#)



“LA PRIMACÍA DE LA PROTECCIÓN A LA SALUD PÚBLICA FRENTE AL EJERCICIO DEL DERECHO AL TRABAJO EN EL CONTEXTO DE COVID-19 EN EL PERÚ”

		<1 %
10	www.bvsde.paho.org Fuente de Internet	<1 %
11	blog.pucp.edu.pe Fuente de Internet	<1 %
12	edictos.organojudicial.gob.bo Fuente de Internet	<1 %
13	repositorio.unsa.edu.pe Fuente de Internet	<1 %
14	tesis.ucsm.edu.pe Fuente de Internet	<1 %
15	doku.pub Fuente de Internet	<1 %
16	documentop.com Fuente de Internet	<1 %
17	es.wikipedia.org Fuente de Internet	<1 %
18	repositorio.uladech.edu.pe Fuente de Internet	<1 %
19	dochero.tips Fuente de Internet	<1 %
20	lpderecho.pe Fuente de Internet	<1 %

21	adsdatabase.ohchr.org Fuente de Internet	<1 %
22	dataonline.gacetajuridica.com.pe Fuente de Internet	<1 %
23	pt.slideshare.net Fuente de Internet	<1 %
24	pt.scribd.com Fuente de Internet	<1 %
25	María de Guadalupe Salmorán Villar, Pedro Salazar Ugarte, Magdalena Cervantes Alcayde, María Elisa Franco Martín del Campo et al. "Estado de derecho", Universidad Nacional Autónoma de México, 2023 Publicación	<1 %
26	spij.minjus.gob.pe Fuente de Internet	<1 %
27	vsip.info Fuente de Internet	<1 %
28	www.minjus.gob.pe Fuente de Internet	<1 %
29	Francisco Rubén Quiñónez Huízar. "Conceptos elementales sobre derecho y moral. Los derechos humanos y la justicia", Revista del Posgrado en Derecho de la UNAM, 2022 Publicación	<1 %

30	"Consumos culturales digitales en los inicios de la formación docente", Teseo, 2017 Publicación	<1 %
31	www.scjn.gob.mx Fuente de Internet	<1 %
32	repositorio.upagu.edu.pe Fuente de Internet	<1 %
33	"Experiencias y lecciones aprendidas en la lucha contra la COVID-19", Universidad del Pacífico, 2023 Publicación	<1 %
34	Tirado Estrada, Jesús José. LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y SU CONCRECIÓN COLECTIVA: EL DERECHO DE MANIFESTACIÓN. ASPECTOS GENERALES Y EJERCICIO EN ESTADOS DE ALARMA, EXCEPCIÓN Y SITIO Publicación	<1 %
35	"Inter-American Yearbook on Human Rights / Anuario Interamericano de Derechos Humanos, Volume 36 (2020) (VOLUME III)", Brill, 2022 Publicación	<1 %
36	aprenderly.com Fuente de Internet	<1 %
37	repositorioacademico.upc.edu.pe Fuente de Internet	<1 %

38	eprints.ucm.es Fuente de Internet	<1 %
39	repositorio.unp.edu.pe Fuente de Internet	<1 %
40	inba.info Fuente de Internet	<1 %
41	Marco Arturo Valladares Villagómez. "Perspectiva de los docentes y estudiantes frente a la virtualización educativa como alternativa en tiempos de COVID-19 en la Facultad de Ciencias Sociales y Humanas de la Universidad Central del Ecuador", Universitat Politècnica de Valencia, 2021 Publicación	<1 %
42	dspace.unitru.edu.pe Fuente de Internet	<1 %
43	"Recuperación transformadora de los territorios con equidad y sostenibilidad V. Innovación, turismo y perspectiva de género en el desarrollo regional", Universidad Nacional Autónoma de México, 2021 Publicación	<1 %
44	documents.mx Fuente de Internet	<1 %
45	lacamara.pe Fuente de Internet	<1 %

46	"Inter-American Yearbook on Human Rights / Anuario Interamericano de Derechos Humanos, Volume 36 (2020) (VOLUME I)", Brill, 2022 Publicación	<1 %
47	repositorio.uap.edu.pe Fuente de Internet	<1 %
48	wiki2.org Fuente de Internet	<1 %
49	(8-16-14) http://70.40.219.46/IMG/pdf/libroCausalSalud.pdf Fuente de Internet	<1 %
50	Bombillar Saenz, Francisco Miguel <1982> (Dugato , Marco). "Regime giuridico del farmaco negli ordinamenti italiano e spagnolo: la trasposizione del diritto farmaceutico europeo", Alma Mater Studiorum - Università di Bologna, 2010. Publicación	<1 %
51	Manuel Ballbé. "El futuro del derecho administrativo en la globalización: entre la americanización y la europeización", Revista de Direito Administrativo, 2022 Publicación	<1 %
52	repositorio.pucp.edu.pe Fuente de Internet	<1 %

53	"Inter-American Yearbook on Human Rights / Anuario Interamericano de Derechos Humanos, Volume 11 (1995)", Brill, 1998 Publicación	<1 %
54	"El estado de la seguridad alimentaria y la nutrición en el mundo 2021", Food and Agriculture Organization of the United Nations (FAO), 2021 Publicación	<1 %
55	tesis.pucp.edu.pe Fuente de Internet	<1 %
56	www.spdtss.org.pe Fuente de Internet	<1 %
57	"Inter-American Yearbook on Human Rights / Anuario Interamericano de Derechos Humanos, Volume 24 (2008)", Brill, 2012 Publicación	<1 %
58	AMET CONSULTORIA AMBIENTAL Y PESQUERA S.A.C.. "EIA-SD Colectivo para el Desarrollo de la Acuicultura de la Mediana y Gran Empresa, Mediante el Cultivo del Recurso Hidrobiológico Concha de Abanico en el Sistema de Cultivo de Fondo, en la Zona de Producción Las Delicias, en la Bahía de Sechura, Distrito y Provincia de Sechura, Piura-IGA0020299", R.D. N° 00069-2022-PRODUCE/DGAAMPA, 2022 Publicación	<1 %

“LA PRIMACÍA DE LA PROTECCIÓN A LA SALUD PÚBLICA FRENTE AL EJERCICIO DEL DERECHO AL TRABAJO EN EL CONTEXTO DE COVID-19 EN EL PERÚ”

59

www.mintra.gob.pe

Fuente de Internet

<1%

Excluir citas

Activo

Excluir coincidencias = 15 words

Excluir bibliografía

Activo