



PODER JUDICIAL
DEL PERÚ

CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA
TERCER JUZGADO ESPECIALIZADO EN LO CONSTITUCIONAL

EXPEDIENTE : 05318-2021-0-1801-JR-DC-03
MATERIA : PROCESO DE AMPARO
JUEZ : PAREDES SALAS, JOHN JAVIER
ESPECIALISTA : CARBAJAL CANALES, MILAGROS
DEMANDADO : PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA,
MINISTERIO DE SALUD y DIRECCIÓN
GENERAL DE MEDICAMENTOS,
INSUMOS Y DROGAS
DEMANDANTE : CASTILLO CAMPOS, JACQUELINE NELLY
GUTIERREZ ACHATA, LUZ MARINA
SILVA CONDORI, SANTINO DANILO
VASQUEZ GALVEZ, SONIA ESTELA
DÍAZ DÍAZ, FLOR NERIDA
DÍAZ DÍAZ, FEDOR FRANCISCO
HUAHUASONCCO SOLLASI, ISRAEL
MARIN LESCANO, NATALY ALIZETH
LA CRUZ LUQUE, RAMON FERNANDO
DÍAZ DÍAZ, JOSE ERNESTO
DÍAZ DÍAZ, MARIA EDITH
MAMANI HUAYTA, BRUNO JAVIER
ANTICONA SANCHEZ, CARLOS ALBERTO
CASTILLO RODRIGUEZ, CESAR ROBERTO
CANALES ALFARO, KAREN MELISA

SENTENCIA

RESOLUCIÓN N° 7

Lima, 25 de julio del 2022

VISTA la presente 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.**

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, notarías, 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. Sí 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

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:

"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 si 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, si 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 vacunación para el ingreso a las universidades u otros), estaría siendo condicionado, sin ninguna otra alternativa, a la vacunación contra la Covid-19; tornando en “obligatoria” la misma. Tal situación, se ha indicado, se apreciaría con mayor preocupación en el supuesto del numeral 4.7 del Decreto Supremo N° 016-2022-PCM. Sin embargo, el solo hecho de que lo dispuesto allí se establecería a través de una “condición” para poder realizar algo; ello implicaría desde ya que la supuesta obligación de vacunarse no sería “directa e inmediata”. No obstante, debe de examinarse la condición normativa más adelante para efectos de determinar si en función del cumplimiento de las condiciones normativas impuestas se puede apreciar la obligatoriedad de la vacuna contra la Covid-19, en el contexto de las relaciones de trabajo.

No obstante, de otro lado, a priori, a esa conclusión generalizada, de obligatoriedad de la vacuna contra la Covid-19, no podría llegarse en el supuesto del numeral 4.9 del Decreto Supremo N° 016-2020-PCM, pues en dicho supuesto la norma ha reconocido “alternativas” para que las personas no vacunadas no vean alteradas sus relaciones laborales. Así, la norma ha planteado la posibilidad de que este grupo de personas puedan realizar “trabajo remoto”, siempre y cuando la actividad laboral lo permita. Ello quiere decir que, en este supuesto, la acreditación de la restricción del derecho fundamental alegado pasaría por realizar un “examen individual” a cada una de las personas involucradas en relación laboral y en función a la actividad que realiza.

En conclusión, conforme a las consideraciones descritas, este Juzgador puede llegar, en este punto, a afirmar, que no existe una norma generalizada en el Decreto Supremo N° 016-2022-PCM y sus normas modificatorias, que imponga de forma “clara, directa e inmediata” la vacunación obligatoria contra la Covid-19. No obstante, como hemos descrito, no se podría afirmar que el Decreto Supremo N° 016-2022-PCM, específicamente, en el supuesto del numeral 4.7, no contenga una obligación “indirecta” de vacunación contra la Covid-19, sobre las

requeridas de acuerdo a su edad, deben 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 (resaltado añadido).

² 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 (resaltado añadido).

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 ídem

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

⁷ ídem

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 inculársela.

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 inculación 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-recipients-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.

¹⁴¹⁴ 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-9gPGr7TQmH5nDF9-jdxzRh6HotHC7VzucRkKj1F9qFUIhDYuUaAuBfEALw_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 discurriendo 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 relaciono 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>”

preestablecido, 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 respeto 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, entendiendo 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 clausula 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-AI.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 artículo, 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. Sí 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. 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.

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 LESCO, 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 LESCO, 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.