

# VACUNA CONTRA EL COVID-19: ¿EL ORDENAMIENTO JURÍDICO PERUANO PERMITE SU APLICACIÓN OBLIGATORIA?

## VACCINE AGAINST COVID-19: DOES THE PERUVIAN LEGAL SYSTEM ALLOW ITS MANDATORY APPLICATION?

Christian Dennis Valero Quispe\*  
Universidad Nacional del Altiplano

*The health sector was not the only one affected by the COVID-19 pandemic, the rapid spread of this virus had an impact on education, the economy, work, tourism, among other sectors. This situation led various pharmaceutical laboratories around the world to initiate research to develop a vaccine. As a result of these international investigations, in the middle of 2020, a vaccination process was carried out; meanwhile, in Peru this process began at the beginning of 2021.*

*In this article, the author studies whether the Peruvian legal system allows the mandatory application of the COVID-19 vaccine. In order to achieve that, a balancing of rights was made between the individual freedom of those who do not wish to be vaccinated and public health. Additionally, he maintains that a measure such as restricting access to closed spaces must consider the principles of reasonableness and proportionality. In this way, it is concluded that it is not possible to coerce a person to take a medical treatment when they have not expressed their consent. However, it is possible to impose restrictions such as prohibiting access to means of transportation or admission to universities for people who are not vaccinated.*

**KEYWORDS:** COVID-19; individual liberty; mandatory; public health; vaccine.

*El sector salud no fue el único afectado por la pandemia producto del COVID-19, la rápida propagación de este virus impactó en la educación, la economía, el trabajo, el turismo, entre otros sectores. Esta situación conllevó a que diversos laboratorios farmacéuticos de todo el mundo inicien una investigación para desarrollar una vacuna. Como resultado de estas investigaciones, a nivel internacional, en pleno 2020, se llevó a cabo un proceso de vacunación; por su parte, en el Perú se inició con este proceso a inicios de 2021.*

*En el presente artículo, el autor analiza si el ordenamiento jurídico peruano permite la aplicación obligatoria de la vacuna contra el COVID-19, para ello se realizó una ponderación de derechos entre la libertad individual de quienes no desean vacunarse y la salud pública. Adicionalmente, se sostiene que una medida como restringir el acceso a espacios cerrados debe considerar los principios de razonabilidad y proporcionalidad. De este modo, se concluye que no es posible someter a un tratamiento médico a una persona que no haya expresado su consentimiento; sin embargo, sí existe la posibilidad de imponer restricciones como prohibir el acceso a medios de transporte o el ingreso a universidades a las personas que no estén vacunadas.*

**PALABRAS CLAVE:** COVID-19; libertad individual; obligatoria; salud pública; vacuna.

\* Estudiante de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Nacional del Altiplano. Contador Público por la Universidad Nacional del Altiplano (Puno, Perú). Contacto: vale.peru13@gmail.com

Este artículo obtuvo el segundo puesto del Concurso de artículos Generación del Bicentenario: Derecho, crisis y reflexión realizado por THÉMIS-Revista de Derecho y el Programa de Desarrollo Social Khuska.

Nota del Editor: El presente artículo fue recibido por el Consejo Ejecutivo de THÉMIS-Revista de Derecho el 22 de agosto de 2021, y aceptado por el mismo el 25 de enero de 2022.

## I. INTRODUCCIÓN

El COVID-19 se caracteriza por su nivel de contagio y grado de letalidad, aspectos que han generado una rápida propagación del virus ocasionando que las personas requieran de atención médica urgente, siendo los más vulnerables quienes perdieron la vida. Esta situación conllevó a que en marzo del 2020 la Organización Mundial de la Salud (en adelante, la OMS) declare al COVID-19 como una pandemia. A raíz de ello, los Estados han implementado políticas de prevención y países como Estados Unidos, China, Rusia, Reino Unido, Alemania, Francia y Austria comenzaron las investigaciones para desarrollar una vacuna. Como resultado de estos estudios, a inicios de 2021 en el Perú se inició con el proceso de vacunación; por lo que, en este contexto es necesario analizar si el ordenamiento jurídico peruano permite la aplicación obligatoria de la vacuna contra el COVID-19.

Para el desarrollo del artículo, se utilizaron los métodos analítico y descriptivo, con enfoque en los aspectos legales y sociales de la medida que insta un régimen obligatorio de vacunación. Así, por un lado, se analizó la constitucionalidad de la obligatoriedad de la vacunación en las personas a la luz de los principios de razonabilidad y proporcionalidad; mientras que, por otro lado, se analizó si es necesario considerar la reacción social que podrían generar medidas de esta naturaleza.

En esa misma línea, en el presente artículo se desarrolla una aproximación al COVID-19, toda vez que se precisarán datos de la situación actual de contagio en el Perú. Asimismo, se analizará la posibilidad legal de dictar una norma que implique la vacunación obligatoria. Por otra parte, se realizará una ponderación de derechos entre la libertad individual y la salud pública según el razonamiento de Manuel Atienza. Y, por último, se plantearán medidas para alcanzar la inmunidad de rebaño.

## II. APROXIMACIONES AL COVID-19

La OMS precisa que:

Los coronavirus son una extensa familia de virus que pueden causar enfermedades tanto en animales como en humanos. En los humanos, se sabe que varios coronavirus causan infecciones respiratorias que pueden ir desde el

resfriado común hasta enfermedades más graves como el Síndrome respiratorio de Oriente Medio (MERS) y el síndrome respiratorio agudo severo (SRAS). El coronavirus que se ha descubierto más recientemente causa la enfermedad por coronavirus COVID-19 (2019).

Al presentarse el primer caso de una persona contagiada por dicho virus en Wuhan, China, en el año 2020, recibe la denominación COVID-19, y, a raíz del nivel de contagio, la OMS declaró la situación internacional como pandemia<sup>1</sup>. Debido a que este virus provoca dificultades respiratorias, es necesario que la persona contagiada requiera atención médica, motivo por el que se requiere adoptar estrategias para prevenir el contagio.

Sobre la forma de contagio, Maguiña Vargas, Gastelo Acosta y Tequen Bernilla señalan que:

La principal vía de transmisión es la respiratoria, a través de la tos y estornudos, se ha detectado en las heces, pero en poca cantidad, de ahí que las medidas de protección contemplan el uso de mascarillas, la higiene frecuente de manos con agua y jabón, a lo que se han sumado otras medidas preventivas adoptadas en muchos países, como la cuarentena y el distanciamiento social (2020, p. 127).

Precisamente estas vías de transmisión han generado un contagio masivo y a pesar de que el Perú adoptó medidas como el uso de mascarillas y la cuarentena en la fase inicial del contagio; aun así, el COVID-19 se ha propagado por todo el Perú. Es necesario destacar que las medidas adoptadas en nuestro país buscaron proteger la salud de las personas, pero debido al alto número de contagios, la necesidad de atención médica, la carencia de tanques de oxígeno y la falta de camas UCI<sup>2</sup>, lamentablemente un número significativo de personas perdieron la vida.

## III. SITUACIÓN DE CONTAGIO EN EL PERÚ

El presidente de la República, mediante un mensaje a la Nación, dio a conocer que “el viernes 6 de marzo de 2020 se confirmó el primer caso de coronavirus en el Perú” (GOB.pe, 2021). A partir de dicha fecha, se ha implementado una serie de medidas para hacer frente a esta pandemia como el uso de mascarillas, distanciamiento social obligatorio y cuarentena<sup>3</sup>. A pesar de ello, la Sala Situacional

<sup>1</sup> En una rueda de prensa del 11 de marzo de 2020 el Director General de la OMS declara al COVID-19 como pandemia (Organización Mundial de la Salud [OMS], 2020)

<sup>2</sup> Las siglas UCI significan Unidad de Cuidados Intensivos.

<sup>3</sup> Se dispuso la cuarentena a través del Decreto Supremo 044-2020-PCM, por medio del cual se declara el Estado de Emergencia Nacional por las graves circunstancias que afectan la vida de la Nación a consecuencia del brote del COVID-19. La medida ha sido ampliada hasta la fecha.

COVID-19 actualizada al 14 de enero de 2022 precisa que se tiene “un acumulado de 2,512,789 casos confirmados y un total de 203,302 personas fallecidas” (Instituto Nacional de Salud y Centro Nacional de Epidemiología, Prevención y Control de Enfermedades [en adelante, CDC], 2022). Estos datos evidencian que los contagios han ido aumentando con el transcurso de los meses debido a la rápida propagación del virus, por lo que para evitar más defunciones es necesario priorizar la atención médica de las personas hospitalizadas y garantizar la provisión de camas UCI y de tanques de oxígeno.

Por otro lado, el COVID-19, detectado en Wuhan, ha sufrido las siguientes mutaciones: la variante Alfa: B.1.1.7, detectada en Reino Unido; la variante Beta: B.1.35, identificada en Sudáfrica; la variante Gama: P.1, detectada en Japón y Brasil; la variante Delta: B.1.617.2, proveniente de la India; y la variante Ómicron: B.1.1.529, proveniente de Sudáfrica. Esta última variante es la que “pudo haber evolucionado silenciosamente de una sola persona con un sistema inmunológico debilitado en África subsahariana, posiblemente en alguien con VIH no tratado” (Duarte, 2021).

De acuerdo con El Peruano, al 10 de enero de 2022:

El 82% de casos de COVID-19 estarían relacionadas con la variante ómicron. Ya son 14 regiones del país que han reportado esta variante, mientras que en Lima son 7 distritos los que están en alerta roja porque han superado la segunda ola del coronavirus. [...] La situación se está tornando preocupante por la velocidad de transmisión. Hace tres semanas teníamos 12,000 casos durante toda la semana; a la siguiente semana, se ha tenido 26,000 casos; y esta semana, se han reportado 50,000 casos. Prácticamente se está duplicando cada semana el número de contagios (2022).

La variante ómicron ha ocasionado que el Perú atraviese la tercera ola<sup>4</sup>. En Lima Metropolitana el promedio diario de casos se ha triplicado (Carbajal, 2022). A partir del cuadro estadístico elaborado por Carbajal según la información de la Plataforma Nacional de Datos Abiertos del Ministerio de Salud (en adelante, MINSA), se advierte que la primera ola, suscitada entre junio y agosto de 2020, alcanzó un promedio de 3,347 casos diarios y la segunda ola, presente entre febrero y marzo de 2021, se alcanzó un promedio de 4,042 casos diarios. Sin embargo, en enero de 2022 se alcanzó un promedio de 15,198 casos diarios, evidenciando un incremento significativo (Carbajal, 2022).

Por otro lado, según el MINSA, los casos presentados en el marco de la tercera ola están vinculados a las celebraciones de Navidad y Año nuevo, mientras que, en relación a los personas internadas en UCI, más del 90% no se vacunaron (Asociación Peruana de Empresas de Seguros [APESEG], 2022). Motivo por el cual es importante respetar las medidas de prevención y optar por la vacunación, pues de esa forma se podrá prevenir las complicaciones en la salud.

#### IV. VACUNA CONTRA EL COVID-19

Ante la cantidad de defunciones en el mundo causadas por el COVID-19, la aplicación de la vacuna podría ser la solución más viable, toda vez que tienen como función contribuir en la prevención de enfermedades que podrían ser contagiosas o peligrosas. Al respecto, el Comité Asesor de Vacunas de la Asociación Española de Pediatría (CAV-AEP) precisa que las vacunas son “productos biológicos que contienen antígenos que se administran con el objetivo de producir un estímulo inmunitario que pretende simular la infección natural, generando una respuesta inmunitaria en el sujeto con el fin de protegerlo en ulteriores exposiciones al microorganismo” (2022).

En todo caso, lo que genera la aplicación de una vacuna son anticuerpos que contribuyen a que el cuerpo humano tenga una respuesta inmunitaria positiva frente a las enfermedades. De esta manera, reforzando el organismo, la persona vacunada, al momento de contagiarse, podrá hacer frente a la enfermedad y su salud no se verá gravemente comprometida.

Ahora bien, para el caso del COVID-19, los laboratorios farmacéuticos han iniciado investigaciones para desarrollar una vacuna. Como resultado de ello, ya se ha comenzado a distribuir las vacunas a nivel mundial en diferentes países; aunque, debemos precisar que, las vacunas tienen diferentes diseños, tal como León-Lara y Otero-Mendoza indican:

Debido a la urgente necesidad de limitar la propagación del virus en la población se han planteado diferentes enfoques para diseñar y desarrollar vacunas contra la COVID-19, incluyendo vacunas de péptidos basadas en epítopos, ácidos nucleicos, vectores virales, inactivadas, entre otras. Estas estrategias utilizan herramientas de bioinformática e inmunoinformática para el diseño de blancos más eficientes y acelerar el desarrollo de una vacuna efectiva (2020, pp. 23-24).

<sup>4</sup> La tercera ola debe entenderse como el incremento significativo de contagios a causa del COVID-19.

Entre las vacunas desarrolladas se encuentran BioNTech-Pfizer, Moderna, Oxford-AstraZeneca, Sputnik V, Sinopharm, Sinovac y Covaxin. En nuestro país, se ha iniciado el proceso de vacunación durante el primer trimestre de 2021<sup>5</sup> con la vacuna Sinopharm; sin embargo, también se han aplicado las vacunas de los laboratorios BioNTech-Pfizer, Oxford-AstraZeneca y Covaxin.

En relación con la vacunación, Porras considera que a lo largo de la historia:

La vacunación ha eliminado o reducido muchas enfermedades. Las sociedades han logrado con la modernización de los esquemas de vacunación reducir la frecuencia de enfermedades infecciosas y le han transferido a la vacunación un rol primordial como factor de desarrollo social (2008, p. 65).

Se entiende que las medidas como el uso de mascarillas y el lavado frecuente de las manos con agua y con jabón coadyuvan en la prevención inicial del contagio; sin embargo, para una adecuada protección es necesario vacunarse, ya que la vacunación a lo largo de la historia ha demostrado que ayudó a reducir la frecuencia de enfermedades. En consecuencia, desde el Estado es necesario fortalecer las campañas informativas e incentivar la vacunación.

Ahora bien, las cifras sobre el avance de la vacunación contra el COVID-19, actualizadas al 17 de enero de 2022, evidencian que:

Se han aplicado las 2 dosis de la vacuna a un total de 22,384,450 personas siendo las regiones con mayor avance de vacunación Lima con 78,98%, Callao con 75,40% y Áncash con 73,69% frente a las regiones con el menor avance como son Madre de Dios con 49,30%, Loreto con 48,80% y Puno con 46,54% (La República Data, 2022).

Estos datos evidencian que la vacunación por regiones no es homogénea debido a que influyen factores como la vacunación completa, la densidad poblacional y la predisposición de las personas por querer vacunarse. Por ello, resulta necesario fortalecer los espacios de vacunación con campañas informativas y de sensibilización para alcanzar un mayor porcentaje. Sin embargo, es necesario resaltar que el proceso de vacunación ha mejorado, pues un aspecto positivo es que haya iniciado la aplicación de la tercera dosis.

Otra de las medidas a considerar podría ser la aplicación obligatoria de la vacuna contra el COVID-19, por lo que resulta relevante plantear la siguiente pregunta: ¿El ordenamiento jurídico peruano permite una medida de esta naturaleza? Dicha pregunta será respondida en los siguientes apartados.

## V. APLICACIÓN OBLIGATORIA DE LA VACUNA

En pleno 2020 se ha iniciado un proceso de vacunación en Reino Unido, Rusia, Europa y parte de América, donde se ha priorizado a los adultos mayores por ser una población vulnerable y a las personas que se encuentran en primera línea haciendo frente a esta pandemia. En el caso de Perú el proceso de vacunación se realizó sobre la base de un grupo etario<sup>6</sup> que, actualizado al 17 de enero de 2022, contiene los siguientes datos:

Una segmentación de un total de 22,935,533 personas, concebida en siete grupos: de 80 años a más (647,355), de 70 a 79 años (1,271,842), de 60 a 69 años (2,221,241), de 50 a 59 años (3,277,134), de 40 a 49 años (4,183,174), de 30 a 39 años (5,031,117), de 18 a 29 años (6,303,670) y de 12 a 17 años (3,138,353) (La República Data, 2022).

Si bien en el Perú el avance de la vacunación ha mejorado, eso no deja de lado que por causa de la tercera ola y la predominancia de la variante ómicron, los contagios se han incrementado significativamente. Por otro lado, existe una brecha entre las regiones respecto del avance del proceso de vacunación y, considerando que el 90% de las personas que actualmente se encuentran internadas no se han vacunado, debemos preguntarnos si en nuestro país se debe obligar a las personas a vacunarse a través de una norma, o si se debe seguir con un proceso de vacunación voluntario como se ha venido llevando a cabo hasta la fecha. En todo caso, de plantearse la posibilidad de una aplicación obligatoria de la vacuna contra el COVID-19, primero se debe analizar nuestro ordenamiento jurídico, y, segundo, la reacción social que podría generar una norma que contemple esta medida.

Respecto al análisis del ordenamiento jurídico, la Ley 26842, Ley General de Salud (en adelante, Ley), en su artículo 79, precisa que “la Autoridad de Salud queda facultada a dictar las medidas de prevención y control para evitar la aparición y pro-

<sup>5</sup> El 07 de febrero de 2021 arribó al Perú el primer lote de 300,000 vacunas del laboratorio Sinopharm.

<sup>6</sup> Entiéndase al término grupo etario, rango o franja etarios a una cantidad mínima y máxima de años, es decir, un grupo etario viene a ser el conjunto de personas de la misma edad o con rango similar de edad.

pagación de enfermedades transmisibles. Todas las personas, dentro del territorio, quedan obligadas al cumplimiento de dichas medidas, bajo sanción” (1997). Por las características del COVID-19, este virus vendría a ser una enfermedad transmisible, por lo que la Autoridad de Salud sí tendría facultades para dictar medidas de prevención y control.

Ahora bien, si nos amparamos en el postulado de evitar la propagación de enfermedades transmisibles, pareciese viable promulgar una norma que implique una vacunación obligatoria. Sin embargo, el artículo 79 de la Ley hace un especial énfasis en el término **prevención**, puesto que esta acepción implica que las medidas que dicte la autoridad de salud deben implementarse para evitar o reducir los riesgos de contagio.

Respecto de este término, Garfas, citado por Rodríguez Méndez y Echemendía Tocabens (2011), precisa que “la palabra prevención se asocia a los grandes programas instituidos, estáticos, a ser aplicados por igual a todas las personas; mientras que prevenir lo relaciona con la acción permanente, ajustada a las condiciones y necesidades actuales” (p. 139). A partir de esta definición, se desprende que el término prevención implica que las medidas deben ser aplicadas por igual a todas las personas, sin embargo, a su vez, deben ser ajustadas a un plano que busque evitar o reducir los riesgos de contagio.

En relación al COVID-19, la Autoridad de Salud sí tendría facultades para obligar a las personas, pero solo en el cumplimiento de normas de carácter preventivo como el uso obligatorio de mascarillas, respetar el distanciamiento social, reducción de aforos, multas por incumplimiento de medidas sanitarias, cuarentena, entre otras; ya que estas medidas, por ser preventivas, se enmarcan dentro de los parámetros de la Ley. Sin embargo, la Autoridad de Salud no tendría facultades para obligar a las personas a vacunarse, ya que el artículo 79 de la Ley destaca el término **bajo sanción**, el cual debe ser interpretado como una facultad para imponer una consecuencia al incumplimiento de las medidas de prevención; como por ejemplo el pago de multas conforme a la gravedad de la infracción.

En función de dicho entendimiento, la Ley General de Salud no facultaría a la autoridad de Salud

para que obligue a las personas a vacunarse sin su consentimiento.

En esa misma línea, el artículo 4 de la Ley señala que “ninguna persona puede ser sometida a tratamiento médico o quirúrgico, sin su consentimiento previo o el de la persona llamada legalmente a darlo, si correspondiere o estuviere impedida de hacerlo” (1997). De lo anterior se desprende que no se puede obligar a una persona a someterse a un tratamiento médico, toda vez que la norma prohíbe aplicar un tratamiento médico sin que la persona haya expresado previamente su voluntad de querer recibirlo.

En ese entender, a pesar de que el COVID-19 es una enfermedad transmisible, el artículo 79 de la Ley solo contempla la posibilidad de dictar normas de carácter preventivo y el artículo 4 de la misma ley prohíbe someter a una persona a un tratamiento médico si no expresa su consentimiento. Por ese motivo, al aplicar la vacuna contra el COVID-19, las personas previamente tienen que llenar un formato de consentimiento informado<sup>7</sup> mediante el cual, a través de su firma y huella digital, autoriza al personal de salud aplicarle la vacuna.

En ese sentido, dado que nuestro ordenamiento jurídico no lo permite, no es posible la aplicación obligatoria de la vacuna contra el COVID-19.

## VI. OBLIGACIÓN INDIRECTA EN LA APLICACIÓN DE LA VACUNA

De acuerdo a lo mencionado previamente, no es posible implementar una medida para aplicar de forma obligatoria y directa la vacuna contra el COVID-19, por lo menos no constitucionalmente. Sin embargo, existe la posibilidad de una aplicación de la vacuna de forma indirecta.

Debemos precisar en este punto que, tras la llegada del primer lote de vacunas al Perú, en febrero de 2021, el MINSA informó que el proceso de vacunación sería voluntario, es decir, la aplicación de la vacuna se realizaría únicamente a aquellas personas que deseen vacunarse. Esta situación se mantuvo hasta diciembre de 2021, dado que, con la entrada en vigencia del Decreto Supremo 179-2021-PCM, se estableció la obligación de mostrar el carné de vacunación para

<sup>7</sup> El formulario ha sido elaborado por el MINSA. El mismo debe ser entregado antes de la aplicación de la vacuna y en él debe constar la firma o huella digital de la persona en señal de consentimiento para recibir la dosis. Para acceder al formulario, véase el siguiente link: <https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/1831647/formato-de-consentimiento-informado-para-la-vacunacion-contra-la-covid-19-anexo-5-b.pdf>

poder ingresar a espacios cerrados donde se realicen actividades económicas o de culto<sup>8</sup>.

Por este motivo, es necesario reflexionar sobre una obligatoriedad indirecta en situaciones como las mencionadas; las restricciones en el ingreso a los centros comerciales, cines, teatros y estadios a las personas no vacunadas; las restricciones en el ingreso a los centros de estudios a los estudiantes no vacunados; el condicionamiento a la aplicación de la vacuna como criterio para la continuidad en el centro laboral; la prohibición de utilizar el transporte público a las personas no vacunadas; entre otros escenarios.

Los ejemplos citados previamente nos muestran que las personas se vacunarían, no porque exista una norma que los obligue directamente a vacunarse; sino más bien, porque al ser necesario continuar con actividades como acudir a un establecimiento comercial, asistir a su centro de trabajo, ingresar a la ciudad universitaria, movilizarse en transporte público o ante el requisito para poder viajar de un país a otro; las personas se verían en la necesidad de vacunarse a pesar de no estar obligadas, situación que debe ser considerada como una obligación indirecta al momento de aplicar la vacuna contra el COVID-19.

En el Perú por el momento se ha restringido solamente el acceso a espacios cerrados donde se realicen actividades económicas o de culto, aunque ya se está analizando la exigencia de las dos dosis para el retorno a la educación presencial. Sin embargo, estas medidas no se están aplicando únicamente en el Perú, ya que, en otros países como:

En Austria, la entrada a restaurantes, teatros, hoteles, instalaciones deportivas y lugares de aseo personal requiere una prueba de vacunación; en Chipre, cualquier persona que visite la cadena de hoteles debe tener un *Coronapass*<sup>9</sup>; en Dinamarca, se exige el *Coronapass* para todos los comedores interiores y locales cultura-

les del país; en Francia, el Presidente ordenó por decreto que los visitantes antes de ingresar a los locales de hostelería con un aforo superior a 50 personas muestren un pase de vacunación; en Italia, desde el 06 de agosto de 2021 se viene exigiendo el pase verde<sup>10</sup>; en Letonia, solo las personas vacunadas pueden ingresar a los restaurantes, acudir a los gimnasios, cines y teatros; en Irlanda se aprobó una ley que permite a las personas vacunadas consumir alimentos y bebidas en el interior de los locales (McDonagh, 2021).

Estos casos internacionales evidencian que en Europa ya se viene aplicando una restricción para las personas que no están vacunadas, medidas que probablemente en los próximos meses se apliquen en el Perú. Por ello, resulta pertinente analizar estos escenarios, ya que de suscitarse estas medidas los argumentos estarían amparados en la protección de la salud pública que primaría sobre la libertad individual.

## VII. SALUD PÚBLICA

La salud como derecho debe abordarse desde la libertad individual de la persona que no desea vacunarse y desde un enfoque social. Para Santoro-Lamelas,

[l]a salud trasciende la falta de malestar. Se destaca dos definiciones: Aquellas que definen a la salud agregando el componente de bienestar y aquellas que destacan el componente social de la salud (la salud como valor social). Por su parte, las definiciones de la salud como valor social destacan el vínculo entre la salud y la sociedad, entendiendo a la primera como recurso y como el resultado de las relaciones y estructuras sociales (2016, pp. 531-532).

En todo caso, hablar de la salud como un derecho fundamental implica analizar los mecanismos para asegurar el componente social, a partir de lo cual se desprende que las acciones del Estado deben

<sup>8</sup> El Decreto Supremo 179-2021-PCM establece lo siguiente:

Artículo 2.- Modificase el artículo 14 del Decreto Supremo 184-2020-PCM, modificado por el Decreto Supremo 159-2021-PCM, el Decreto Supremo 163-2021-PCM, el Decreto Supremo 167-2021-PCM, el Decreto Supremo 168-2021-PCM y el Decreto Supremo 174-2021-PCM, con el siguiente texto:

Artículo 14.- De las restricciones focalizadas

[...]

14.2 A partir del 10 de diciembre de 2021, en los cuatro (4) niveles de alerta, los mayores de 18 años que deseen ingresar a los locales donde se desarrollan las actividades económicas y de culto que se brindan en los espacios cerrados identificados en el numeral 14.2 del presente artículo, tienen que presentar su carné físico o virtual que acredite haber completado, en el Perú y/o el extranjero, su esquema de vacunación contra la COVID-19 [...] (2021).

<sup>9</sup> El *coronapass* es un documento conocido como *safe pass*, el cual acredita la vacunación de una persona o prueba negativa contra el COVID-19. Este puede descargarse a través de una aplicación.

<sup>10</sup> El pase verde COVID-19 es un documento que evidencia que el titular habría recibido al menos una dosis de la vacuna, se ha recuperado del virus o ha dado negativo en las 48 horas anteriores.

estar orientadas a asegurar la necesidad de acceder a centros de salud. De esa forma, la persona que sufre un malestar puede hacer frente al deterioro de salud. Ahora, respecto al argumento de la salud pública, lo que se busca es priorizar el valor social analizado desde un enfoque de convivencia y protección de la ciudadanía en su conjunto, orientada al bienestar común.

Sobre este tema, la Constitución Política del Perú (en adelante, CPP), en su artículo 7, señala que “todos tienen derecho a la protección de su salud, la del medio familiar y la de la comunidad, así como el deber de contribuir a su promoción y defensa [...]” (1993). Este primer párrafo del artículo constitucional destaca: primero, la protección individual de la salud; y segundo, contempla, dentro de sus parámetros, la salud pública, ya que hace mención de la protección de la salud de la comunidad; por lo que este interés social debe expresarse en una política nacional.

En esa misma línea, la CPP en su artículo 9 precisa que “el Estado determina la política nacional de salud. El Poder Ejecutivo norma y supervisa su aplicación. Es responsable de diseñarla y conducirla en forma plural y descentralizadora para facilitar a todos el acceso equitativo a los servicios de salud” (1993).

De acuerdo con Chanamé Orbe, este artículo hace referencia al rol que detenta el Estado para determinar “una política nacional de salud, que es supervisada por el Poder Ejecutivo por medio del Ministerio de Salud. De este modo, se ordenan campañas nacionales de vacunación y de prevención de enfermedades” (2015, p. 355). En ese entender, ordenar campañas de vacunación contra el COVID-19 implica, en primer término, la supervisión por parte del Poder Ejecutivo, pues no basta solo la vigencia de la norma para aplicar medidas de esta naturaleza; sino que, debe existir una política nacional de salud sustentada en un informe técnico que evidencie la necesidad urgente de una protección social.

Ahora bien, debido a que el COVID-19 ha sido declarado como una pandemia, sumado al incremento significativo de contagios, las medidas que se adopten en el Perú podrían responder a la necesidad de una protección social donde debe primar la salud pública antes que la libertad individual de quienes no deseen vacunarse y, bajo esa directriz, sería viable adoptar medidas que impliquen una obligación indirecta como restringir el ingreso a determinados espacios si la persona no está vacunada. Sin embargo, necesariamente se debe abordar una discusión constitucional. Asimismo, se debe analizar la reacción social que puede ge-

nerar en la población medidas de esta naturaleza, convirtiéndose, consecuentemente, en un problema social y jurídico.

## VIII. SITUACIÓN SOCIAL, SEGÚN IPSOS

Para analizar el problema social, resulta pertinente destacar los resultados del estudio de opinión de la encuesta realizada por Ipsos en enero de 2021, en la cual se evidencia cómo ha evolucionado el número de personas que no desean vacunarse.

En la encuesta Ipsos preguntó ¿Si ahora mismo estuviese disponible una vacuna aprobada por el MINSA y gratuita para prevenir el COVID-19/coronavirus, usted se vacunaría o no se vacunaría? Al respecto, se obtuvo lo siguiente:

[L]os resultados de la encuesta mostraron que en agosto de 2020 el número de personas que sí se vacunaría representaba el 75% y los que no se vacunarían eran solamente el 22%. Sin embargo, para enero de 2021, el número de personas que no se vacunarían ascendió del 22% al 48% (Ipsos, 2021a).

Este estudio nos ilustra que en enero de 2021, a pesar de la gratuidad de la vacuna, casi la mitad de la población peruana no quería vacunarse. Por lo que no se trataría de un problema económico; sino más bien, de un problema social debido a la negativa de las personas de querer vacunarse. Además, Ipsos en su estudio de opinión preguntó ¿Por qué no se pondría una vacuna que prevé el coronavirus/COVID-19? Entre las respuestas:

[...] se destaca que en enero de 2021 el 52% de los encuestados no se vacunaría porque no conocen todos los efectos secundarios que podría tener la vacuna en el organismo, seguido de un 30% que no lo haría porque la vacuna fue desarrollada demasiado rápido, pudiendo haberse cometido errores en el proceso (Ipsos, 2021a).

Estas estadísticas pueden interpretarse en dos extremos. Primero, la negativa de las personas que no desean vacunarse se debe a que no se conocen todos los efectos secundarios en el organismo, lo cual se produce por la falta de información, labor que necesariamente compete al Estado. Y, segundo, el hecho de que un grupo de personas no desee vacunarse debe tomarse con mucho cuidado, puesto que una eventual medida que obligue de forma indirecta a vacunarse podría generar una reacción social negativa.

Ahora bien, el 48% de personas que no deseaban vacunarse probablemente hubiese incrementado si no fuera porque el 15 de febrero de 2021 la Uni-

versidad Peruana Cayetano Heredia (UPCH) reveló una lista con 487 nombres de personas que se habrían vacunado contra el COVID-19 de forma irregular, caso que ha sido denominado Vacunagate<sup>11</sup>.

A raíz de este suceso, Ipsos realizó una nueva encuesta donde se realizó la siguiente pregunta: ¿Si estuviese disponible una vacuna aprobada por el MINSA y gratuita para prevenir el COVID-19, usted se vacunaría o no? Las respuestas reflejaron que el porcentaje de 48% de personas que no querían vacunarse se redujo a un 35%” (Ipsos, 2021b). En febrero de 2021, el caso Vacunagate impactó en la percepción de la población que no quería vacunarse, ya que al notar que las 487 personas que se habrían vacunado de forma irregular no sufrieron mayores complicaciones en su estado de salud, el porcentaje de personas encuestadas que no deseaban vacunarse se redujo de 48% a 35%.

Para enero de 2022, afortunadamente, ya se habría superado en gran medida los prejuicios derivados de las campañas realizadas en contra de la vacuna. Prueba de ello son las exitosas campañas de la vacunación<sup>12</sup>, aunque aún existe un sector poblacional que no quiere vacunarse, por lo que se debe seguir trabajando en fortalecer las charlas informativas y de sensibilización para que la población comprenda la importancia de la vacuna.

## IX. PROTESTAS SOCIALES A CAUSA DE LA VACUNA

La ausencia de campañas informativas sin duda es una de las causas por las que las personas no desean vacunarse. Ello, sumado a la promulgación del Decreto Supremo 179-2021-PCM que estableció el carné de vacunación como requisito para acceder a los espacios cerrados, ha ocasionado que un sector de la población peruana se manifieste en rechazo a esta medida.

Así, poco a poco, diversas noticias sobre manifestaciones sociales en contra de la vacunación contra el COVID-19 comenzaron a resonar en los medios de comunicación nacional. Por ejemplo, están los “trabajadores de empresas agroexportadoras de la región de Ica [que] bloquearon la Panamericana Sur. Los manifestantes [...] [señalaron] que la protesta es contra la obligatoriedad de la vacuna contra la COVID-19 en los centros de trabajo” (Ges-

tion, 2021). En esta manifestación los trabajadores señalaron que el virus no existe y que la obligación de la vacuna los perjudicaba, toda vez que los impedía ingresar a sus centros de trabajo para laborar. Esto, sin duda, evidencia un desconocimiento de las ventajas de la vacunación.

Sin embargo, la manifestación de Ica no fue la única, pues en regiones como Cajamarca y Tacna se suscitaron protestas similares. Por un lado, en Cajamarca, un grupo de personas “protestó en contra de la disposición que obliga a presentar el carné de vacunación para ingresar a establecimientos [...]. [Asimismo,] declararon a la prensa arremetiendo contra el gobierno y cuestionando las vacunas, que según dijeron son experimentales o veneno” (Ordóñez, 2021). Por otro lado, en Tacna, “un grupo de antivacunas y otros en contra de la obligatoriedad de las dos dosis realizaron actos vandálicos contra el Centro de Atención Primaria III de EsSalud, contra el Banco de la Nación y la emisora Radio Uno” (La República, 2022).

Las protestas suscitadas en Cajamarca muestran que aún existe un sector poblacional que considera a la vacuna como ‘experimental’ o ‘veneno’, situación que se debe trabajar con campañas informativas, promoviendo cuadros estadísticos donde se evidencie la reducción de la letalidad producto de la aplicación de la vacuna, y con testimonios de las personas vacunadas.

Ahora bien, la agresión contra los trabajadores de EsSalud en Tacna debe ser rechazada, puesto que no se debe permitir ningún acto vandálico que pretenda amedrentar al personal de salud.

## X. ANÁLISIS CONSTITUCIONAL

En el Perú no se ha cuestionado el Decreto Supremo 179-2021-PCM, que establece como una exigencia la presentación del carné de vacunación para acceder a espacios cerrados. Por ello, el Tribunal Constitucional (en adelante, TC) no ha emitido pronunciamiento sobre la obligatoriedad de la figura de la vacuna de forma indirecta. Sin embargo, ello no deja de lado que otros países sí hayan mantenido discusiones respecto a dicha materia. Tal es el caso de Brasil, en donde el Supremo Tribunal Federal<sup>13</sup> (en adelante, STF) emitió un fallo avalando

<sup>11</sup> El caso Vacunagate es el nombre que se le dio al escándalo público debido a la aplicación irregular de la vacuna contra el COVID-19 a 487 personas. En la lista figuran los nombres de funcionarios públicos y sus familiares, rectores de universidades, profesionales, etc.

<sup>12</sup> La vacunación es un término con el que se hace referencia a una campaña de salud donde se realiza una vacunación masiva por varios días consecutivos y en un horario más extendido.

<sup>13</sup> El STF es el órgano constitucional de la justicia brasileña y los tribunales superiores, cuya misión es estandarizar la jurisprudencia y resolver las diferencias que surgen en los tribunales inferiores.



que la vacuna sea obligatoria y que las autoridades puedan sancionar a los ciudadanos.

El STF recoge dos tesis:

- (i) La vacunación obligatoria no significa vacunación forzada, dado que permite la negativa del usuario. Sin embargo, se puede promover su aplicación a través de la imposición de medidas indirectas como la restricción al ejercicio de determinadas actividades o la asistencia a determinados lugares; siempre que estén previstas en la ley o se derivan de ella; se basen en evidencias científicas relevantes y análisis estratégicos; se acompañen de amplia información sobre la eficacia, seguridad y contraindicaciones de los inmunizadores; respeten la dignidad humana y los derechos fundamentales; cumplan los criterios de razonabilidad y proporcionalidad; y si las vacunas se distribuyen de manera universal y gratuita.
- (ii) Tales medidas, con las limitaciones expuestas, pueden ser implementadas tanto por la Unión como por los Estados, el Distrito Federal y los municipios, respetando las respectivas esferas de competencia (Dirección General de Bibliotecas Oficina de Referencia Extranjera, 2021, s.p.).

El fallo del STF puede ser usado como referencia al analizar la posibilidad de aplicar la vacuna obligatoria contra el COVID-19 en el Perú. A partir de la citada jurisprudencia, se destacan cinco aspectos que necesariamente deben tomarse en cuenta: (i) las personas no pueden ser obligadas de forma directa a vacunarse, toda vez que se admite la negativa del usuario; (ii) las restricciones deben estar previstas en la ley y las limitaciones deben estar debidamente detalladas, ya que no puede darse cabida a una interpretación amplia de supuestos; (iii) las restricciones deben estar acompañadas de evidencia científica relevante y análisis estratégico; (iv) debe existir una amplia información sobre la eficacia, seguridad y contraindicaciones de la vacuna; y (v) el Estado debe garantizar que las vacunas se lleguen a distribuir en forma universal y gratuita, garantizando la disponibilidad de la vacuna.

En esa misma línea, Cabral y Jucá sostienen lo siguiente sobre el fallo del STF:

Por diez votos contra uno, los jueces entendieron que la población no puede ser forzada a vacunarse, pero que la decisión individual de

cada persona no está por encima de la salud colectiva. Esto significa que quien se niegue a inmunizarse puede ser sancionado por el gobierno Federal, los Estados y los municipios. Las restricciones pueden incluir, por ejemplo, la prohibición de abordar un medio de transporte o frecuentar espacios públicos (2020).

Richter añade que “ninguna ley puede disponer que el ciudadano sea llevado a la fuerza a vacunarse, pero se puede prever la restricción de derechos, como dejar de recibir beneficios, prohibición para entrar a cualquier lugar o no poder inscribirse en la escuela” (2020).

A partir de lo expuesto, se desprende que los Tribunales de Brasil avalan la obligatoriedad indirecta de la vacuna pero no la obligatoriedad directa, ya que la aplicación de la vacuna no significa una vacunación forzada, es decir, no se puede conducir a una persona a un establecimiento de salud y vacunarla. Sin embargo, al sancionar a las personas no vacunadas con una prohibición para abordar un medio de transporte, prohibirles el ingreso a determinados espacios públicos o negarles el poder inscribirse en las escuelas, prácticamente se les estaría obligando indirectamente. Estas medidas ya se vienen aplicando en Europa, en países como Austria, Dinamarca, Francia, Alemania, Italia, Luxemburgo, Portugal, Irlanda, Eslovenia y Países Bajos, a través de la exigencia del carné de vacunación<sup>14</sup>.

El fallo del STF de Brasil responde, además, a que la obligatoriedad de esta medida se sustenta en una ponderación de derechos donde prima la salud pública frente a la libertad individual. Sin embargo, a pesar de que el órgano jurisdiccional ha dado cabida a que se pueda aplicar sanciones para quienes no se vacunen, el Presidente de Brasil declaró que no establecería consecuencias para los no vacunados; por lo que la aplicación de estas restricciones no implican solamente el aspecto legal, sino también, es necesario analizar qué autoridad tiene la facultad para lograr que una ley se encuentre vigente y sobre quién recae la decisión de hacer obligatorias estas medidas.

## XI. ANÁLISIS DEL DERECHO AL VOTO

En el fallo del STF de Brasil se hizo alusión al derecho al voto. Según Cabral y Jucá, “durante el juicio, los Tribunales recordaron, por ejemplo, la obligación de votar, en la que el sufragante no es coaccionado con ir a las urnas, pero puede sufrir sanciones si no cumple” (2020). Ponemos atención a esta pos-

<sup>14</sup> En Europa con la exigencia de pruebas de vacunación, el *coronapass* y el pase de vacunación las personas no pueden ingresar a espacios cerrados si previamente no acreditan estar vacunadas.

tura de los Tribunales de Brasil, ya que se hace una analogía entre el derecho al voto y la vacunación. Los tribunales consideran que el derecho al voto no es obligatorio, pero la decisión de no votar genera la imposición de una sanción, como vendrían a ser las multas electorales. Ahora bien, por analogía los tribunales consideran que la aplicación de la vacuna tampoco sería obligatoria, pero si es posible imponer sanciones como las restricciones en el acceso a espacios cerrados a las personas no vacunadas.

Discrepamos con el razonamiento de los Tribunales de Brasil, ya que si aplicamos esta sentencia en nuestro país, si bien por el derecho al voto somos libres de elegir a la persona que consideramos más idónea para el cargo, también es cierto que somos libres de decidir acudir o no a las ánforas de votación, aunque dicha ausencia implica una sanción de por medio. Por ello, bajo dicha premisa, podría hablarse de cierta relación entre la vacunación y el derecho al voto. Sin embargo, en esta posible relación no se está considerando la defensa e integridad de la persona.

Nuestra CPP, en su primer artículo, establece que “la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado” (1993). Asimismo, precisa en el primer párrafo del numeral 1 de su artículo 2 que “toda persona tiene derecho a la vida, a su identidad, a su integridad moral, psíquica y física y a su libre desarrollo y bienestar [...]” (CPP, 1993). Si bien el primer artículo constitucional hace alusión a la persona en sentido singular, puesto que se refiere a la **persona humana** como fin supremo de la sociedad y del Estado, y no a las personas de la sociedad; a partir de una lectura armónica con el numeral 1 del artículo 2 del mismo texto constitucional se desprende que la protección a **toda persona** hace referencia a la protección de la sociedad en su conjunto, siendo así que cualquier medida que afecte la vida, salud o integridad de la persona o, en este caso de la sociedad, requiere de un análisis constitucional.

En función de dicho entendimiento, si una persona decide no acudir a votar, su vida, salud e integridad no se vería afectada, a pesar de la existencia de una sanción económica de por medio. No obstante, esta situación no ocurre cuando se trata de obligaciones indirectas, toda vez su objetivo es lograr la vacunación, siendo así que las sanciones para este tipo de escenarios son restrictivas, mas no económicas. Por este motivo, no bastaría con la vigencia de una norma que restrinja derechos de las personas no vacunadas, pues necesariamente

debe existir un análisis que considere los cinco criterios que destaca el STF, haciendo énfasis en que estas medidas estén debidamente amparadas en evidencia científica y en un análisis estratégico respecto a los lugares que podrían sufrir restricciones. Caso contrario, si se dicta una norma de esta naturaleza que no respete los principios de razonabilidad y proporcionalidad, esta deberá ser declarada inconstitucional.

## XII. PONDERACIÓN DE DERECHOS ENTRE LA SALUD PÚBLICA Y LA LIBERTAD INDIVIDUAL

Llegado a este punto, es necesario realizar una ponderación<sup>15</sup> de derechos, toda vez que cuando existe una confrontación entre dos derechos de la misma jerarquía (en este caso, la salud pública y la libertad individual), mediante la ponderación se busca determinar qué derecho debe primar en el caso concreto sin sacrificar al otro.

Sobre el particular, Atienza recomienda responder a la pregunta ¿Cuándo hay que ponderar? En esa línea, el autor sostiene que “cuando las reglas del sistema no proveen una respuesta adecuada a un caso (frente a los casos difíciles) y se necesita recurrir, en consecuencia, a los principios” (s.f., p. 6). Seguido, el autor traza la importancia de distinguir entre los tipos de laguna (en el nivel de reglas):

[L]as normativas, cuando no hay una regla, una pauta específica de conducta que regule el caso; y las axiológicas, cuando la regla existe, pero establece una solución axiológicamente inadecuada, de manera que aquí, por así decirlo, es el aplicador o el intérprete [no el legislador] el que genera la laguna (s.f., p. 6).

Dicho de otro modo, un sistema jurídico parte de una serie de reglas y cuando se presenta un caso materia de discusión se aplican estas pautas para poder resolver los problemas, vale decir, que estos son los casos fáciles donde no se presentan mayores complicaciones. No obstante, también pueden presentarse situaciones complicadas donde los principios y las reglas del derecho no permiten dar una solución al problema. En el caso en cuestión, de dictarse una medida que implique la aplicación de la vacuna contra el COVID-19 de forma obligatoria, tenemos como materia de análisis el derecho a la salud, pero visto desde dos extremos; por un lado, si debe primar la libertad individual de las personas que no desean vacunarse; y, por otro, si lo que debe prevalecer es la salud pública como expresión del bien común. En consecuencia, al en-

<sup>15</sup> De acuerdo con el Diccionario Etimológico Castellano En Línea, el “verbo ponderar (pesar, considerar, examinar, alabar) viene del latín *ponderare* (pesar y estimar el peso)” (s.f.).

trar en conflicto dos derechos fundamentales de la misma jerarquía, resulta pertinente ponderar.

Habiendo establecido la necesidad de ponderar, el procedimiento es desarrollado por Atienza en dos pasos:

En el primero –la ponderación en sentido estricto– se pasa del nivel de los principios al de las reglas: se crea, por tanto, una nueva regla no existente anteriormente en el sistema de que se trate. Luego, en un segundo paso, se parte de la regla creada y se subsume en ella el caso a resolver. Lo que podría llamarse la “justificación interna” de ese primer paso es un razonamiento con dos premisas (s.f., p. 5).

A partir de lo expuesto, se desprende que en el primer paso tenemos que pasar de los principios a las reglas. En este caso, al tener dos principios<sup>16</sup> (la libertad individual y la salud pública), es necesario crear una nueva regla donde se establezca que derecho prima frente al otro, lo cual implica el desarrollo propio del razonamiento de las premisas. En el segundo paso, con la precisión de esta nueva regla, se plantea la regla general, es decir, la conclusión de las premisas que servirá al momento de realizar la subsunción y poder resolver el conflicto de los derechos.

En relación con el primer paso, la presunción de la premisa inicial sería a favor de la libertad individual, ya que el inciso 24 del artículo 2 de la CPP, al reconocer el derecho a la libertad individual, le otorga protección constitucional, máxime si en el literal “b” del referido artículo, no se permite forma alguna de restricción de la libertad personal<sup>17</sup>. No obstante, según Gutierrez Camacho (2005):

[C]omo todo derecho, la libertad no es absoluta. Puede ser objeto de restricción cuando la ley así lo establezca [...]. El Estado, al poseer la capacidad de poder restringir este derecho, lo hace de manera limitativa y en casos extremos [...], son tres las restricciones: detención, condena penal y sanidad, debiendo agregar que, en el régimen de excepción, en el estado de emergencia también se restringe este derecho (pp. 269-270).

Se entiende, entonces, que la libertad individual, si bien tiene protección constitucional, ello no significa que este derecho sea absoluto, toda vez que puede ser restringido, siempre y cuando la ley así lo establezca. En el caso peruano, son tres las posibles restricciones a este derecho: (i) detención; (ii) la imposición de una condena penal; y (iii) por razones sanitarias; siendo esta última restricción la que ampara las medidas para hacer frente a la pandemia producto del COVID-19, por tratarse de un caso extremo que requiere adoptar medidas para evitar el contagio. Asimismo, se destaca que durante el estado de emergencia también se puede restringir este derecho cuando las autoridades así lo consideren.

Por su parte, el TC señala que:

La libertad personal no es sólo un derecho fundamental reconocido, sino un valor superior del ordenamiento jurídico, pero su ejercicio no es absoluto e ilimitado; se encuentra regulado y puede ser restringido mediante ley. Por ello, los límites a los derechos pueden ser impuestos por la misma norma en que se reconocen tales derechos (sentencia recaída en el Expediente 5176-2005-PHC/TC, 2005, fundamento 5).

Precisamente la limitación del derecho a la libertad individual vendría a ser la salud pública debido al incremento de contagios producto del COVID-19, por lo que la presunción de la premisa inicial de la ponderación en favor de la libertad individual sería desplazada cuando está en riesgo la salud de la población. Ahora bien, de la ponderación en sentido estricto, la protección de la salud, más allá de buscar el resguardo personal, pretende la protección de la vida en su conjunto; es decir, que si bien están en conflicto la libertad individual y la salud pública, lo cierto es que con las medidas que buscan proteger la salud se pretende evitar o disminuir las complicaciones y defunciones a causa del virus. En todo caso, lo que se quiere proteger en sentido amplio es la propia vida de la persona.

Respecto del segundo principio, se debe entender que la libertad individual deja de prevalecer cuando se evidencie un problema con relevancia social, ya que, si en sentido amplio lo que se bus-

<sup>16</sup> Robert Alexy sostiene que los principios son “[m]andatos de optimización, es decir, normas que ordenan que se realice algo en la mayor medida posible, en relación con las posibilidades jurídicas y fácticas” (citado en Gutierrez Camacho, 2005, p. 83).

<sup>17</sup> Artículo 2.- Toda persona tiene derecho:

[...]

24. A la libertad y a la seguridad personal. En consecuencia:

[...]

b. No se permite forma alguna de restricción de la libertad personal, salvo en los casos previstos por la ley [...] (1993).

ca proteger es la vida de las personas, entonces cuando estemos ante un problema social como el COVID-19, lo que se debe buscar es la protección de la mayor cantidad de vidas posibles en beneficio del bienestar común. En ese entender, la regla general para el segundo paso de la ponderación es la siguiente: **cuando se afecte el valor social, prevalece la salud pública.**

Partiendo de la premisa anterior, si realizamos la subsunción de la regla general al caso sobre la obligatoriedad indirecta de la vacuna contra el COVID-19, concluimos que sí sería posible dictar medidas como la restricción para ingresar a determinados espacios o la prohibición del ingreso a establecimientos, si previamente las personas no muestran su carné de vacunación para acreditar la aplicación efectiva de las dos dosis de vacunación (medidas reguladas en el Decreto Supremo 179-2021-PCM).

Debemos precisar que la conclusión abordada sobre la prevalencia de la salud pública frente a la libertad individual no puede aplicarse de forma desproporcional solo con la vigencia de la norma, pues las medidas de restricción deben responder a criterios de razonabilidad y proporcionalidad. Sobre este aspecto, Atienza precisa que “la ponderación no es un procedimiento arbitrario, pero supone dosis de discrecionalidad, de libertad, mayores que la subsunción” (2010, p. 56).

En ese entender, la ponderación no puede ser arbitraria, por lo que los criterios de discrecionalidad que deben guiar la subsunción de la regla general no se limitan únicamente a la norma que restringe el acceso a espacios cerrados. Resulta importante, además, considerar los principios de razonabilidad y proporcionalidad de las medidas que se vayan a tomar desde el gobierno.

### XIII. INMUNIDAD DE REBAÑO

El TC señala que:

Los derechos sociales, como la salud pública, no pueden ser exigidos de la misma manera en todos los casos, pues no se trata de prestaciones específicas, ya que dependen de la ejecución presupuestal para el cumplimiento de lo exigido; lo contrario supondría que cada individuo podría exigir judicialmente al Estado un puesto de trabajo o una prestación específica de vivienda o salud en cualquier momento. La exi-

gencia judicial de un derecho social dependerá de factores tales como la gravedad y razonabilidad del caso, su vinculación o afectación de otros derechos y la disponibilidad presupuestal del Estado (sentencia recaída en el Expediente 2016-2004-AA/TC, 2004, fundamentos 31-32).

En referida jurisprudencia el TC destaca la razonabilidad de exigir un derecho social. En todo caso, el derecho a la salud no puede ser exigido en la misma medida por las personas, ya que, al haber sido declarada la pandemia en razón al COVID-19, existe una elevada demanda por la adquisición de vacunas, y al no ser proporcional la disponibilidad respecto a la cantidad de personas que requieren una, se necesita implementar un proceso de vacunación según un plan estratégico. En ese orden de ideas, el personal de salud debería ser el primer grupo en recibir la vacuna; seguido de las personas mayores de edad, quienes se encuentran dentro de la población vulnerable; después, deberán ser vacunados aquellos que tengan contacto directo con un número significativo de personas; para finalmente terminar con la vacunación en el resto de la población. Dicho parámetro es el que se viene siguiendo en nuestro país.

Por otro lado, el objetivo de vacunar a la población es alcanzar la inmunidad de rebaño<sup>18</sup>, puesto que de esa manera la persona vacunada adquiere anticuerpos para hacer frente al virus. Sin embargo, debemos precisar que:

Las personas que no tienen anticuerpos siguen siendo susceptibles al contagio, solo que si están rodeados de personas inmunes, el contagio disminuye y tienen menos riesgo de enfermar. [...] [L]os parámetros para calcular el número mínimo de personas que deben ser inmunes en el caso del SARS-CoV-2 se ha estimado que ese número mínimo es entre el 70% al 85% de la población (Espin, 2020).

En todo caso, la aplicación de la vacuna sería una herramienta viable para hacer frente al COVID-19 y con la inmunidad de rebaño se podría detener la transmisión del virus. Debemos precisar que para alcanzar la inmunidad de rebaño se requiere vacunar por lo menos al 70% de la población y para ello es necesario realizar campañas informativas. Afortunadamente, en el Perú el proceso de vacunación se viene llevando a cabo de forma exitosa, aunque aún existe un grupo de personas que no desean vacunarse, a pesar de lo indicado por los índices de defunciones.

<sup>18</sup> Según Peters, “[l]a inmunidad de rebaño es la resistencia de una población a infectarse con algún microorganismo (bacterias, virus, hongos, entre otros) que se produce gracias a que la mayoría de las personas se encuentran fortalecidas en su sistema inmunológico” (2021).

Para que el Estado pueda vacunar a la mayoría de la población, debe iniciar procesos de sensibilización e información sobre las características de cada vacuna, con el objetivo de informar a la población sobre las cuestiones relevantes de la vacunación. Entre otras preguntas, estas campañas deberán abordar cuestiones como ¿cuántas dosis se va a administrar?, ¿cuál es el periodo entre la aplicación de las dosis?, ¿qué actividades y alimentos debe evitarse durante ese lapso?, ¿cuál es el nivel de eficacia de las vacunas?, ¿a qué se debe que varíe la eficacia entre una vacuna y otra?, toda vez que son aspectos que ayudarán a decidir a una persona si vacunarse o no.

Así mismo, se sugiere motivar a las personas a vacunarse otorgándoles beneficios. Por ejemplo, en Rusia se han sorteado vehículos entre las personas vacunadas; en Estados Unidos, en Ohio, las personas vacunadas han participado de cinco premios de USD 1 millón, además de entradas a eventos; en Hong Kong se ha sorteado un departamento valorizado en más de USD 1 millón; y en Letonia se ha sorteado 100,000 euros. En el caso de Perú, en Lima se han ofrecido descuentos y sorteos a las personas vacunadas; en Lambayeque se han sorteado premios entre los vacunados; y en Tacna se ha llegado a acuerdos con los centros comerciales para ofrecer descuentos a las personas vacunadas. Entre otras alternativas, se podría optar por la compra de pastillas antivirales; por ejemplo:

La Comisión Europea está explorando la compra de pastillas antivirales de uso doméstico para tratar la COVID-19 leve y moderada. [...] Las dos píldoras, Paxlovid de Pfizer y Molnupiravir de Merck están siendo promocionadas como un paso revolucionario en la lucha contra el coronavirus. [...] Se ha descubierto que la píldora antiviral de Pfizer reduce la hospitalización y la muerte en pacientes de alto riesgo en casi un 90%. Los resultados superan el éxito del producto de Merck, que se estima que reduce las enfermedades graves o la muerte en alrededor de un 30% (Zsiros, 2022).

Las píldoras Paxlovid de Pfizer y Molnupiravir de Merck, no solo han demostrado un porcentaje elevado para reducir la hospitalización y la muerte de las personas contagiadas, sino que podría ser una alternativa para tratar los casos leves y moderados de COVID-19. De esa forma, las personas que no desean vacunarse podrían optar por el tratamiento con píldoras antivirales, pues así podría alcanzarse la inmunidad de rebaño y reducirse los índices de defunción, más incluso en este contexto en el que la predominancia de la variante ómicron hace necesario analizar las diferentes alternativas para prevenir el contagio.

#### XIV. CONCLUSIONES

El COVID-19 es un virus que pertenece a la familia del coronavirus que se ha extendido a lo largo de los diferentes países. En el Perú, al 14 de enero de 2022, se tiene un registro de 203,302 personas fallecidas a causa de este virus. Al ser declarado como pandemia, los laboratorios farmacéuticos se han encaminado a desarrollar una vacuna. En consecuencia, en Reino Unido, Rusia, Europa y parte de América, se ha iniciado un proceso de vacunación en el año 2020. En el caso de Perú, se ha iniciado con este proceso de vacunación en febrero de 2021.

La Ley, en su artículo 79, faculta a la Autoridad de Salud a dictar medidas de prevención y control para evitar enfermedades transmisibles como el uso de mascarillas, distanciamiento social y reducción de aforos. Sin embargo, no la faculta a obligar a las personas a vacunarse, dado que el artículo 4 de la referida Ley prohíbe someter a tratamiento médico a una persona que no haya expresado su consentimiento. Por lo tanto, el ordenamiento jurídico peruano no permite la aplicación obligatoria de la vacuna contra el COVID-19.

A partir de la jurisprudencia del STF de Brasil, se desprenden dos tesis: (i) la vacunación obligatoria no significa vacunación forzada; y (ii) es posible implementar medidas restrictivas para las personas no vacunadas como la prohibición de ingresar a determinados espacios, la proscripción en el ingreso a las escuelas o la restricción de acceso a los medios de transporte. Estos casos constituyen una obligación indirecta, dado que, a pesar de no estar obligados a vacunarse, las personas se vacunarían por la necesidad de continuar con sus actividades diarias.

En Europa, en países como Austria, Chipre, Dinamarca, Francia, Italia, Letonia e Irlanda, ya se vienen aplicando restricciones a las personas no vacunadas como, por ejemplo, la exigencia del *coronapass* para poder ingresar a lugares públicos. En el Perú, con la entrada en vigencia el Decreto Supremo 179-2021-PCM, las personas mayores de 18 años que deseen ingresar a espacios cerrados deben presentar su carné físico o virtual que acredite haber completado su esquema de vacunación.

A raíz de la promulgación de esta norma, se han producido manifestaciones sociales en contra de la vacunación. Entre otros escenarios, se destaca lo acontecido en Ica, donde algunos trabajadores bloquearon la carretera Panamericana Sur y señalaron que el virus no existe; en Cajamarca

declararon que las vacunas son ‘experimentales’ y ‘veneno’; mientras que en Tacna grupos que se oponen a la vacuna realizaron actos vandálicos que amedrentaron al personal de salud. Estos sucesos evidencian que aún existen prejuicios y desconocimiento sobre la vacuna; motivo por el cual el Estado debe realizar campañas informativas y de sensibilización.

A partir de la ponderación de derechos entre la libertad individual y la salud pública, se desprende que cuando se afecta el valor social prevalece la salud pública; por lo que sí sería posible implementar medidas que restrinjan el derecho a la libertad individual de las personas que no desean vacunarse; entre estas medidas destacan la prohibición en el ingreso a determinados espacios a quienes no presenten carné de vacunación. Sin embargo, el procedimiento de ponderación no puede ser arbitrario, por lo que las medidas que dicte el gobierno deben respetar los principios de razonabilidad y proporcionalidad.

Para alcanzar la inmunidad de rebaño se requiere vacunar por lo menos al 70% de la población. Por lo tanto, una alternativa sería prever la compra de píldoras antivirales como la píldora Paxlovid de Pfizer que ha demostrado reducir la hospitalización y la muerte de pacientes de alto riesgo en un 90%, o la píldora Molnupiravir de Merck que ha reducido las enfermedades graves y la muerte en alrededor de 30%. Estas píldoras antivirales podrían aplicarse a las personas que no desean vacunarse y a quienes presenten síntomas leves y moderados, pues de esa forma se podría reducir los índices de defunción y se lograría alcanzar la inmunidad de rebaño. 📄

## REFERENCIAS

Asociación Peruana de Empresas de Seguros [APESEG] (05 de enero de 2022). Todo lo que se sabe sobre la tercera ola de la COVID-19. *Asociación Peruana de Empresas de Seguros*. <https://www.apeseg.org.pe/2022/01/tercera-ola-COVID-19-peru-todo-lo-que-se-sabe/>

Atienza Rodríguez, M. (2010). A vueltas con la ponderación. *Revista Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 44, 43-59.

(s.f.). *Ponderación y sentido común jurídico*. <https://dfddip.ua.es/es/documentos/ponderacion-y-sentido-comun.pdf?noCache=1415615082659>

Cabral, M., & Jucá, B. (17 de diciembre de 2020). El Supremo de Brasil declara obligatoria la vacuna contra la COVID-19. *El País*. <https://elpais.com/sociedad/2020-12-18/el-supremo-de-brasil-declara-obligatoria-la-vacuna-contra-la-covid-19.html>

com/sociedad/2020-12-18/el-supremo-de-brasil-declara-obligatoria-la-vacuna-contra-la-covid-19.html

Carbajal, J. (18 de enero de 2022). Promedio de casos y muertes por COVID-19 confirmados en Lima Metropolitana (Datos al 16/01/2022). *Plataforma Nacional de Datos Abiertos del Ministerio de Salud*. <https://pbs.twimg.com/media/FJZLTXLX0AQuCck?format=jpg&name=large>

Chanamé Orbe, R. (2015). *La Constitución Comentada* (9na ed., Vol. I). Editorial Ediciones Legales.

Comité Asesor de Vacunas de la Asociación española de pediatría [CAV-AEP] (2022). *Generalidades de las vacunas. Manual de vacunas en línea de la AEP*. <https://vacunasaep.org/documentos/manual/cap-1>

Dirección General de Bibliotecas Oficina de Referencia Extranjera (30 de marzo de 2021). Derecho a la salud pública - Tribunal Supremo Federal de Brasil. *Corte Suprema de Justicia de La Nación de la República Argentina*. <https://www.csjn.gov.ar/dbre/verNoticia.do?idNoticia=4807>

Diccionario Etimológico Castellano En Línea (s.f.). *Etimología de PONDERAR*. <http://etimologias.dechile.net/?ponderar>

Duarte, F. (15 de diciembre de 2021). Covid: ¿de dónde viene la variante ómicron y por qué saber su origen es importante? *BBC news*. <https://www.bbc.com/mundo/noticias-59647890>

El Peruano (10 de enero de 2022). 82% de casos corresponden a la variante ómicron. *El Peruano*. <https://elperuano.pe/noticia/137091-82-de-casos-corresponden-a-la-variante-omicron>

Espin, E. (25 de mayo de 2020). ¿Inmunidad de rebaño para enfrentar a la COVID-19? *Elyex*. <https://elyex.com/inmunidad-de-rebano-para-enfrentar-a-la-COVID-19/>

Gestión (16 de diciembre de 2021). Ica: trabajadores bloquean la Panamericana Sur en rechazo a la vacunación contra el COVID-19. *Diario Gestión*. <https://gestion.pe/peru/ica-trabajadores-bloquean-la-panamericana-sur-en-rechazo-a-la-vacunacion-contra-el-covid-19-video-nndc-noticia/>

Gob.pe, Plataforma Digital Única Del Estado Peruano (2021). *Coronavirus (COVID-19) en Perú*.

<https://www.gob.pe/8662-coronavirus-en-el-peru-casos-confirmados>

Gutierrez Camacho, W. (2005). *La Constitución comentada análisis artículo por artículo* (1era ed.). Gaceta Jurídica.

Instituto Nacional de Salud y Centro Nacional de Epidemiología, Prevención y Control de Enfermedades [CDC] (2022). *Sala situacional COVID-19 Perú*. [https://covid19.minsa.gob.pe/sala\\_situacional.asp](https://covid19.minsa.gob.pe/sala_situacional.asp)

Ipsos (22 enero de 2021a). Opinión Data - estudio de opinión. <https://www.ipsos.com/es-pe/opinion-data-enero-2021>

(19 de febrero de 2021b). Opinión Data - estudio de opinión. [https://www.ipsos.com/sites/default/files/ct/news/documents/2021-02/6980221inf\\_v1\\_17feb21.pdf](https://www.ipsos.com/sites/default/files/ct/news/documents/2021-02/6980221inf_v1_17feb21.pdf)

La República (16 de enero de 2022). Antivacunas atacan centro de salud, banco y emisora radial en Tacna. *La República*. <https://larepublica.pe/sociedad/2022/01/15/tacna-grupo-de-antivacunas-ataca-centro-de-salud-banco-y-emisora-radial-lrsd/>

La República Data (2022). *Avance de la vacunación contra la COVID-19 en Perú*. La República. <https://data.larepublica.pe/avance-vacunacion-covid-19-peru/>

León-Lara, X., & Otero-Mendoza, F. (2020). Desarrollo de vacunas contra SARS-CoV-2. *Acta Pediátrica de México*, 41(1), 23-26.

Maguiña Vargas, C., Gastelo Acosta, R., & Tequen Bernilla, A. (2020). El nuevo Coronavirus y la pandemia del COVID-19. *Revista Médica Hereidiana*, 31(2), 125-131.

McDonagh, S. (28 de julio de 2021). El pase de vacunación se ha hecho obligatorio en estos 13 países, incluso para los turistas. *EuroNews*. <https://es.euronews.com/viajes/2021/07/28/el-pase-de-vacunacion-se-ha-hecho-obligatorio-en-estos-13-paises-incluso-para-los-turistas>

Ordóñez, R. (13 de diciembre de 2021). Grupo antivacunas realizó protesta el fin de semana en Cajamarca. *Noticias SER.PE*. <https://www.noticiasser.pe/grupo-antivacunas-realizo-protesta-el-fin-de-semana-en-cajamarca>

Organización Mundial de la Salud [OMS] (2019). *Preguntas y Respuestas Sobre La Enfermedad*

*Por Coronavirus (COVID-19)*. Organización Mundial de la Salud. <https://www.who.int/es/emergencias/diseases/novel-coronavirus-2019/advice-for-public/q-a-coronaviruses>

(11 de marzo de 2020). *Alocución de apertura del Director General de la OMS en la rueda de prensa sobre la COVID-19 celebrada el 11 de marzo de 2020*. Organización Mundial de la Salud. <https://www.who.int/es/director-general/speeches/detail/who-director-general-s-opening-remarks-at-the-media-briefing-on-covid-19---11-march-2020>

Peters, F. (16 de junio de 2021). Inmunidad de rebaño: ¿Qué es y cómo se alcanza?. *DoctorAkí/blog ¡Te cuida mejor!* [Entrada de blog]. <https://www.doctoraki.com/blog/bienestar-y-salud/que-es-y-como-se-alcanza-la-inmunidad-de-rebano/>

Porras, O. (2008). Vacunación: Esquemas y recomendaciones generales. *Acta Pediátrica Costarricense*, 20(2), 65-76.

Richter, A. (18 de diciembre de 2020). Corte Suprema: vacunación contra la COVID-19 puede ser obligatoria. *Agencia Brasil*. <https://agencia-brasil.ebc.com.br/es/justicia/noticia/2020-12/corte-suprema-vacunacion-contra-la-covid-19-puede-ser-obligatoria>

Rodríguez Méndez, M., & Echemendía Tocabens, B. (2011). La prevención en salud: Posibilidad y realidad. *Revista Cubana de Higiene y Epidemiología*, 49(1), 135-150.

Santoro-Lamelas, V. (2016). La salud pública en el continuo salud-enfermedad: un análisis desde la mirada profesional. *Revista Salud Pública*, 18(4), 530-542.

Zsiros, S. (05 de enero de 2022). Los países europeos avanzan en la compra de pastillas contra la COVID-19. *EuroNews*. <https://es.euronews.com/my-europe/2022/01/05/los-paises-europeos-avanzan-en-la-compra-de-pastillas-contra-la-covid-19>

## LEGISLACIÓN, JURISPRUDENCIA Y OTROS DOCUMENTOS LEGALES

Constitución Política del Perú [Const.] (1993).

Decreto Supremo 179-2021-PCM, Decreto Supremo que modifica el Decreto Supremo 184-2020-PCM, que declara Estado de Emergencia Nacional por las graves circunstancias que afectan la vida de las personas a consecuencia

de la COVID-19 y establece las medidas que debe seguir la ciudadanía en la nueva convivencia social, Diario Oficial *El Peruano*, 9 de diciembre de 2021 (Perú).

Ley 26842, Ley General de Salud, Diario Oficial *El Peruano*, 15 de julio de 1997 (Perú).

Tribunal Constitucional [T.C.], 5 de octubre de 2004, sentencia recaída en el Expediente 2016-2004-AA/TC (Perú).

Tribunal Constitucional [T.C.], 17 de agosto de 2005, sentencia recaída en el Expediente 5176-2005-PHC/TC (Perú).