

25
años



**Defensoría
del Pueblo**

En acción por tus derechos

**LIMITACIONES DE DERECHOS PARA PERSONAS NO
VACUNADAS A FIN DE GARANTIZAR LA SALUD PÚBLICA
ANTE LA COVID-19**

INFORME DE ADJUNTÍA n° 12-2021-DP/AE



Defensoría del Pueblo
Jr. Ucayali N° 394-398
Lima 1, Perú
Teléfono. (511) 311-0300 Fax: (511) 426-7889
Página Web: <http://www.defensoria.gob.pe>
E-mail: consulta@defensoria.gob.pe
Línea gratuita: 0800-15170

Primera edición. Diciembre 2021

Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú n.° 2021-13911

Serie de informes de adjuntía n° 12-2021-DP/AE Limitaciones de Derechos para personas no vacunadas a fin de garantizar la salud pública ante la Covid-19

Este Informe ha sido elaborado por la Adjuntía para la Administración Estatal de la Defensoría del Pueblo

	Pág.
I. Antecedentes. –	1
II. Análisis. –	2
2.1 La vacunación contra la covid-19 y su importancia	2
2.2 Renuencia a la vacuna contra la covid-19: envergadura del problema	3
2.3 El derecho a la salud y la salud colectiva	4
2.4 Regulación vigente de las intervenciones del poder ejecutivo en materia de salud pública	6
2.5 La regulación ad hoc del carácter voluntario de la vacuna contra la covid-19	7
2.6 Medidas de seguridad: condición de vacunación para determinadas actividades	8
2.7 La regulación de incentivos para la vacunación voluntaria	10
III. Conclusiones	11
IV. Recomendaciones	12

INFORME DE ADJUNTÍA n° 12-2021-DP/AEE

LIMITACIONES DE DERECHOS PARA PERSONAS NO VACUNADAS A FIN DE GARANTIZAR LA SALUD PÚBLICA ANTE LA COVID-19

I. ANTECEDENTES. -

El virus del SARS-CoV-2, así como sus graves consecuencias en la sociedad, han generado una serie de problemas. Desde el planteamiento de un conflicto entre salud pública y economía, a propósito de las medidas de confinamiento implementadas para evitar la propagación de la enfermedad, hasta la priorización de determinados sectores de la población para la asignación de los escasos recursos existentes, como lo son las camas en las unidades de cuidados intensivos (camas UCIs).

Con el descubrimiento de una vacuna contra la COVID-19, enfermedad producto del virus del SARS-CoV-2, el problema que se presenta es el de la brecha de vacunación que impide alcanzar la inmunidad colectiva. Para la solución de este se discuten públicamente medidas como el establecimiento de incentivos para la vacunación voluntaria, la formulación de restricciones a la realización de actividades y hasta la vacunación obligatoria.

En algunos países, como Estados Unidos, por ejemplo, se impulsó el pago de 100 dólares americanos a las personas que acudan voluntariamente a vacunarse. En Europa se estableció el carné de vacunación para el tránsito entre los países, el cual fue utilizado posteriormente por algunos de ellos como requisito para la realización de ciertas actividades o para el desempeño de algunas profesiones, lo cual no ha estado exento de protestas, como ocurrió en Francia y recientemente en Alemania y EEUU. Brasil, por su parte, optó por establecer el carácter obligatorio de la vacunación; sin embargo, el Tribunal Supremo Federal señaló claramente que esto no implicaba el uso de la coerción para asegurarla¹.

El Perú no ha sido ajeno a estas iniciativas. En Puno hace algunas semanas, una autoridad local propuso la presentación del carné de vacunación para el ingreso a una oficina municipal, como también ocurrió en Pasco. Por su parte, el municipio de Zarumilla y los gobiernos regionales de Ica, Junín y Arequipa han aprobado o han propuesto ordenanzas regionales para establecer algunos beneficios para las personas vacunadas o pedir que lo estén para su ingreso a determinados lugares.

En el caso del Poder Ejecutivo, la última versión del Decreto Supremo n.º 184-2021-PCM² ha establecido, dentro de otros que, a partir del 15 de diciembre de 2021, toda empresa con más de diez trabajadores solo podrá operar de manera presencial si todos sus trabajadores acreditan el esquema completo de vacunación, siendo válidas las vacunas administradas tanto en el Perú, como en el extranjero. Por su parte, los mayores de 18 años que deseen ingresar a espacios cerrados tienen que cumplir la misma condición, la que se acreditará con

¹ El Tribunal Supremo Federal de Brasil, por mayoría, resolvió que la vacunación obligatoria por la pandemia de COVID-19 era constitucional y que el Estado podía ordenar a los ciudadanos someterse a la inmunización. Aclaró que la atribución estatal era imponer, a los ciudadanos que se negaran a vacunarse, las medidas restrictivas previstas por la ley (multa, impedimento para asistir a determinados lugares o matricularse en la escuela, etc.), pero que no podía vacunar a la fuerza. Además, declaró que los diferentes estados, el Distrito Federal y los municipios también tenían autonomía para realizar campañas de vacunación a nivel regional o local. TRIBUNAL SUPREMO FEDERAL DE BRASIL. (2020). Derecho a la salud pública. 27/10/2021, de JURISPRUDENCIA - BRASIL Sitio web: <http://old.csjn.gov.br/dbre/verNoticia.do?idNoticia=4807>

² Conformada a través de las modificaciones establecidas mediante Decreto Supremo 174-2021-PCM.

la presentación del carné físico o virtual. Similar exigencia se estableció para las personas mayores de 45 años que usen el transporte interprovincial.

La situación descrita motiva a que la Defensoría del Pueblo, al amparo de las atribuciones conferidas por el artículo 162 de la Constitución Política del Perú, concordante con el artículo 9.1 de la Ley n° 26520, Ley Orgánica de la Defensoría del Pueblo, evalúe la validez del establecimiento de incentivos a la vacunación contra la COVID-19, de las medidas que establecen restricciones a las personas que no acrediten haber completado el esquema de vacunación contra la COVID-19, y de una supuesta obligación de vacunarse contra la COVID-19, en el marco constitucional vigente.

Debido a la especial complejidad que revisten las implicancias laborales que indirectamente pueden traer aparejadas este tipo de medidas, las mismas no son abordadas en el presente informe. Sin embargo, es menester dejar constancia que el Poder Ejecutivo ha dejado sentado que existe un déficit de regulación en este ámbito que debe ser cubierto a la brevedad posible, con la finalidad de evitar la producción de decisiones disímiles y poco ponderadas por parte de los empleadores, que en algunos casos podrían tornarse irreparables.

II. ANÁLISIS.-

2.1 LA VACUNACIÓN CONTRA LA COVID-19 Y SU IMPORTANCIA

La información que existe sobre la vacunación contra la COVID-19 es diversa y está en constante actualización. Sin embargo, si recurrimos a la Organización de los Estados Americanos (OEA), a través de la Organización Panamericana de la Salud (OPS), encontramos una opinión altamente confiable en el sentido de que *“la mayoría de las vacunas estimula suficiente inmunidad para mantener un alto nivel de eficacia contra la mayoría de las variantes, y sobre todo contra la enfermedad grave, la hospitalización y la muerte”*³.

En este sentido, el organismo técnico internacional recomienda que es necesario *“hacer lo posible por frenar la propagación del virus, con el fin de evitar que aparezcan mutaciones que puedan menguar la eficacia de las vacunas disponibles”*⁴. Esto se logra a través de la inmunización colectiva.

Como puede verse, para lograr el objetivo propuesto no es suficiente que una persona individual o un grupo de personas se vacunen. De ahí que se deba resaltar la importancia de la vacunación contra la COVID-19 y de que la mayor cantidad de personas tenga la posibilidad de acceder oportunamente a ella.

Las personas más vulnerables a la enfermedad, como son las personas adultas mayores y aquellas con comorbilidades, son las que más se benefician con las medidas de carácter colectivo.

Al respecto, la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Michelle Bachelet, advirtió recientemente que “no cumplir con la meta de la

³ Organización Panamericana de la Salud. (2021). Preguntas frecuentes sobre las vacunas contra la COVID-19. 24/10/2021, de OPS Sitio web: https://iris.paho.org/bitstream/handle/10665.2/54596/OPSFPLIMCOVID-19210032_spa.pdf?sequence=1&isAllowed=y

⁴ Ibidem.

Organización Mundial de la Salud de vacunar al 40% de la población de todos los países para fines de este año y al 70% para mediados del próximo costará muchas muertes evitables, además de discapacidades debidas al síndrome de COVID prolongado.” Alertó también que la falta de acceso y distribución universal y equitativa de vacunas está prolongando la pandemia pues al “1 de diciembre, apenas el 8% de los adultos había recibido una dosis de la vacuna en los países de renta baja, comparado con el 65% en los países de ingresos altos”, lo cual no solo es “profundamente injusto e inhumano” sino también “contraproducente y peligroso para todos, como lo han demostrado los nuevos picos de infecciones y la detección de la variante Ómicron”.⁵

En tal sentido, para la Defensoría del Pueblo, la prioridad de las autoridades nacionales y de la población debe ser lograr la máxima cobertura de vacunación, en aras de contribuir diligentemente a frenar la generación de nuevas variantes, el número de muertes, hospitalizaciones y las diversas secuelas de la COVID-19 en la salud de las personas.

2.2 RENUENCIA A LA VACUNA CONTRA LA COVID-19: ENVERGADURA DEL PROBLEMA

Ante el reto de la inmunización colectiva como el mejor camino para superar la epidemia causada por el SARS-CoV-2, la publicación *Prevalencia y factores asociados a la intención de vacunarse contra la COVID-19 en el Perú*⁶, evidencia que la prevalencia general de la intención de vacunarse es de 74.9%; mientras que, según la encuesta citada por el Centro de Investigación (CI) de la Universidad del Pacífico (UP), la cifra superaba el 80%, dato que coincide con lo publicado por el Centro de Datos Sociales de la Universidad de Maryland.⁷ Es decir, existe un porcentaje menor de personas que sería renuente, rechazaría o sería reticente a la vacunación.⁸

Según el CI de la UP “*la evidencia global demuestra que la reticencia (...) depende de factores psicológicos, sociales, culturales y políticos que influyen en cómo las personas perciben el riesgo, reciben y procesan información, confían en los mensajes y mensajeros, evalúan culturalmente las consecuencias (...) y se identifican con diferentes valores o identidades.* Pero también podría asociarse a otras razones como vivir en determinada zona⁹, a la falta de confianza, a la complacencia, a la comunicación¹⁰, a las creencias religiosas, entre otros aspectos. Indagar en las causas de la reticencia es crucial para revertirla o reducirla.

Este problema no es nuevo, como lo señala el Comité de Bioética de España, el debate sobre las vacunas encierra una gran paradoja: “*La vacunación constituye la política de*

⁵ Nota de prensa de la ONU: <https://news.un.org/es/story/2021/12/1501132>

⁶ Percy Herrera-Añazco, Ángela Uyen-Cateriano y otros. (2021). Prevalencia y factores asociados a la intención de vacunarse contra la COVID-19 en el Perú. 19/10/2021, de RPMESS Sitio web: <https://rpmesp.ins.gob.pe/rpmesp/article/view/7446#:~:text=La%20prevalencia%20general%20de%20la,87%2D0%2C92>.

⁷ JORGE GALINDO. (2021). América Latina quiere vacunas, antes que imponerlas. 20/10/2021, de El País Sitio web: <https://elpais.com/sociedad/2021-08-03/america-latina-quiere-vacunas-antes-que-imponerlas.html>

⁸ Claudia Chávez Anaya. (2021). Más del 90% de los padres planea vacunar a sus hijos contra la Covid-19. 18/11/2021, de Ojo Público Sitio web: <https://ojo-publico.com/3169/mas-del-90-de-padres-planea-vacunar-sus-hijos-contra-la-covid-19>

⁹ Percy Herrera-Añazco, Ángela Uyen-Cateriano y otros. (2021). Prevalencia y factores asociados a la intención de vacunarse contra la COVID-19 en el Perú. 19/10/2021, de RPMESS Sitio web: <https://rpmesp.ins.gob.pe/rpmesp/article/view/7446#:~:text=La%20prevalencia%20general%20de%20la,87%2D0%2C92>

¹⁰ PRISMA. (2021). Tercera ola: la ola de los no vacunados. 18/11/2021, de PRISMA Sitio web: <https://www.prisma.org.pe/destacados/seminario-internacional-la-tercera-ola-la-ola-de-los-no-vacunados/>

salud pública que más eficacia ha mostrado en la prevención de las enfermedades en las últimas décadas, pero, al mismo tiempo es también la que genera mayor controversia en las sociedades”¹¹.

Teniendo en cuenta este contexto, la Defensoría del Pueblo ha venido solicitando a las autoridades de salud que implementen estrategias de comunicación y persuasión, con enfoque intercultural, para propiciar una comunicación efectiva, con distintos sectores de la población que han sido especialmente afectados por las noticias falsas, en contra de las vacunas creadas para combatir la propagación de la COVID-19.

2.3 EL DERECHO A LA SALUD Y LA SALUD COLECTIVA

En este contexto, es menester recordar que el artículo 7 de la Constitución Política reconoce 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. El Tribunal Constitucional ha reconocido el carácter fundamental de este derecho por su relación inseparable con los derechos a la vida y la integridad¹².

De este modo, el Estado tiene la responsabilidad de establecer condiciones normativas y materiales que permitan el ejercicio del derecho a la salud, a través de actuaciones tanto de tipo individual como de tipo preventivo y promocional (salud pública)¹³, pero también impone deberes a la ciudadanía.

Esta disposición constitucional debe ser integrada con el artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, por el cual los Estados reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental. En esta concepción estamos ante un derecho complejo que no se reduce solo a la atención médica. Entraña una serie de derechos y libertades: entre los primeros figura el relativo a un sistema de protección de la salud que brinde a la persona iguales oportunidades para disfrutarla; mientras que en las segundas se encuentra la de controlar la salud y el cuerpo, así como no padecer injerencias, como no ser sometido a tratamientos no consensuales¹⁴.

En otras palabras, es posible afirmar que el derecho a la salud comprende el derecho de las personas a contar con un sistema que garantice la atención sanitaria bajo determinados estándares; y, a la par, la libertad de aceptar o rechazar tratamientos¹⁵. Esta afirmación se sustenta en que la atención sanitaria siempre recae en una persona (por lo general, en su cuerpo físico) y por lo tanto, es ella quien debe aceptar o rechazar cualquier invasión a su integridad, incluso si la beneficia.

¹¹ Comité de Bioética de España. (2016). Dilemas ético-legales del rechazo a las vacunas y propuestas para un debate necesario. 24/10/2021, de CBE Sitio web: <http://assets.comitedebioetica.es/files/documentacion/es/cuestiones-etico-legales-rechazo-vacunas-propuestas-debate-necesario.pdf>

¹² Tribunal Constitucional Peruano. Sentencia recaída en el Expediente N° 2016-2004-AA/TC, Fundamento 27.

¹³ Defensoría del Pueblo de Colombia. *Primera evaluación de la política pública de Salud a la luz del derecho a la salud*. Bogotá: 2010, p. 18.

¹⁴ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (2000). Observación General n.° 14, § 8

¹⁵ Así también lo ha señalado la Comisión IDH: “*Toda vacuna contra el COVID-19 que el Estado vaya a suministrar debe contar con el consentimiento previo, libre e informado de la persona que la recibe. Ello implica que toda persona tiene derecho a que los prestadores de servicios médicos suministren información sobre las vacunas contra el COVID-19 que puedan recibir. Dicha información debe ser oportuna, completa, comprensible, clara, sin tecnicismos, fidedigna, culturalmente apropiada, y que tome en cuenta las particularidades y necesidades específicas de la persona*”. Comisión IDH. (2021). *Pandemia y Derechos Humanos en las Américas*. 25/10/2021, de Comisión Sitio web: <https://www.oas.org/es/cidh/decisiones/pdf/Resolucion-1-20-es.pdf>

No obstante, partiendo del reconocimiento de este derecho se debe recordar que los derechos fundamentales no son absolutos, tal y como lo ha señalado reiteradamente el Tribunal Constitucional, supremo intérprete de la Constitución.¹⁶

Adicionalmente, como se ha hecho notar, la propia Constitución Política se encarga de precisar que la ciudadanía tiene deberes que cumplir en materia de salud colectiva. En el ámbito sanitario, la Organización Mundial de la Salud (OMS), ha hecho notar que las personas somos coproductoras de la salud. Así, si bien la salud responde a factores determinantes y a la atención médica, también es consecuencia de nuestros hábitos y conductas¹⁷, y, en determinadas circunstancias, del comportamiento de los demás, como ocurre con el consumo del tabaco o en enfermedades cuya transmisión se realiza de persona a persona.

Por dicha razón, la dimensión pública o colectiva de la salud ha sido históricamente materia de preocupación del Derecho. En el ámbito del derecho administrativo, es decir, aquella rama del Derecho que se ocupa de regular el ejercicio de las potestades concedidas al Poder Ejecutivo se da cuenta de la existencia del viejo principio "*salus populi suprema lex est*" según el cual al ser la salud pública la "norma" suprema de la comunidad, el poder público queda autorizado a adoptar medidas excepcionales o de emergencia para lograr su preservación. De este modo, podemos señalar que la validez o la legitimidad del despliegue de intervenciones estatales sobre la sociedad en resguardo de la salud colectiva no es una materia que en el plano jurídico necesariamente presente dificultades¹⁸.

Como señala el Comité de Ética de España, la salud colectiva presenta una doble dimensión que la dota de una naturaleza singular donde los ciudadanos tendríamos el derecho a la protección de nuestra salud a través de actuaciones de vigilancia, promoción y prevención, pero al mismo tiempo *seríamos también destinatarios del deber legal de someternos a dichas medidas para la debida protección de la salud pública como interés colectivo*¹⁹.

Debe notarse que el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ha precisado que, al igual que todos los derechos humanos, el derecho a la salud impone tres tipos de obligaciones a los Estados: respeto, protección y cumplimiento. En este marco, ha señalado con total claridad que: "*Las violaciones de las obligaciones de proteger dimanar del hecho de que un Estado no adopte todas las medidas necesarias para proteger, dentro de su jurisdicción, a las personas contra las violaciones del derecho a la salud por terceros. Figuran en esta categoría omisiones tales como la no regulación de las actividades de particulares, grupos o empresas con objeto de impedir que esos particulares, grupos o empresas violen el derecho a la salud de los demás (...)*"²⁰.

¹⁶ Tribunal Constitucional, sentencias recaídas en los expedientes n.º 9426-2005-HC/TC (fundamento 3), 9-2007-PI/TC (fundamento 42), 1970-2008-PA/TC (fundamento 12), 5436-2014-HC TC (fundamento 7), 1146-2021-PA TC (fundamento 29).

¹⁷ Organización Mundial de la Salud. (2000). Informe sobre la salud en el mundo: 2000: Mejorar el desempeño de los sistemas de salud. 25/10/2021, de OMS Sitio web: <https://apps.who.int/iris/handle/10665/42357>

¹⁸ García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás-Ramón, *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo I, Duodécima edición Versión Latinoamericana, Palestra-Temis, Lima-Bogotá, 2006, p. 231.

¹⁹ Comité de Bioética de España. (2016). Dilemas ético-legales del rechazo a las vacunas y propuestas para un debate necesario. 24/10/2021, de CBE Sitio web: <http://assets.comitedebioetica.es/files/documentacion/es/cuestiones-etico-legales-rechazo-vacunas-propuestas-debate-necesario.pdf>

²⁰ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (2000), Observación General 14, § 33 y 51.

Al respecto, la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Michelle Bachelet, se señaló, sobre la creciente tendencia de los Estados a imponer limitaciones de derechos para las personas que rechazan la vacunación contra el COVID-19, que es aceptable que se condicione a la vacunación el goce de algunos derechos y libertades, como el acceso a los espacios públicos, solo cuando sea absolutamente necesario para garantizar la salud pública, pero siempre que haya vacunas disponibles y asequibles para toda la población y únicamente cuando las medidas menos intrusivas no hayan podido satisfacer las necesidades de salud pública.

La funcionaria también recalcó que ello no implica, en ninguna circunstancia que se debe administrar una vacuna a las personas haciendo uso de la fuerza, y que en caso se impongan restricciones o sanciones a las personas por negarse a cumplir con un mandato de vacunación, éstas deben ser proporcionadas y estar sujetas a revisión de las autoridades judiciales independientes, quienes deben cautelar los principios de legalidad, necesidad, proporcionalidad y no discriminación.²¹

2.4 REGULACIÓN VIGENTE DE LAS INTERVENCIONES DEL PODER EJECUTIVO EN MATERIA DE SALUD PÚBLICA

La posibilidad del Estado de intervenir en materia de salud pública o colectiva, como en muchos países, está contenida en la Ley General de Salud (LGS), Ley n° 26842. Por ejemplo, su título preliminar indica que la responsabilidad en materia de salud individual es compartida por el *individuo*, la *sociedad* y el Estado. Al referirse a los derechos de las personas, el artículo 15 de la LGS ha previsto como una excepción del consentimiento informado *las situaciones debidamente comprobadas para la salud de terceros o de grave riesgo para la salud pública*. Y el artículo 16 indica claramente que toda persona debe velar por el mejoramiento, la conservación y la recuperación de su salud y que *el deber personal de atender y conservar la propia salud solo puede ser exigido cuando tal omisión es susceptible de incidir negativamente en la salud pública o en la de terceras personas*.

Específicamente, con la finalidad de dotar a la Autoridad de Salud de los instrumentos necesarios para hacer frente a diversas situaciones con implicancia en la salud colectiva, el artículo 79 de la LGS faculta a la Autoridad de Salud a dictar las medidas de prevención y control para evitar la aparición y propagación de enfermedades transmisibles, las cuales obligan a todas las personas naturales o jurídicas, dentro del territorio. Es en este mismo sentido que, el artículo 130 de la LGS prevé la posibilidad de dictar las siguientes medidas de seguridad:

- a) El aislamiento;
- b) La cuarentena;
- c) La observación personal;
- d) La vacunación de personas;
- e) La observación animal;
- f) La vacunación de animales;
- g) La destrucción o control de insectos u otra fauna transmisora y nociva;

²¹ Nota de prensa de la ONU: <https://news.un.org/es/story/2021/12/1501132>

- h) El decomiso o sacrificio de animales que constituyan peligro para la seguridad o la salud de las personas;
- i) La suspensión de trabajos o servicios;
- j) La emisión de mensajes publicitarios que adviertan peligro de daños a la salud de la población;
- k) El decomiso, incautación, inmovilización, retiro del mercado o destrucción de objetos, productos o sustancias;
- l) La suspensión temporal del ejercicio de actividades de producción y comercio y la restricción del tránsito de personas, animales, vehículos, objetos y artículos;
- ll) El cierre temporal o definitivo de empresas o sus instalaciones;
- m) Suspensión o cancelación de la habilitación sanitaria o de la autorización sanitaria de importación, según corresponda.
- n) Las demás que a criterio de la Autoridad de Salud se consideran sanitariamente justificables, para evitar que se cause o continúe causando riesgo o daños a la salud de la población.

El artículo 133 de la LGS estipula que *“El reglamento establece el procedimiento para la aplicación de las medidas de seguridad (...)”*, sin embargo, a la fecha no existe un reglamento omnicompreensivo de las medidas de seguridad que eventualmente podrían ser aplicadas.

Un aspecto fundamental en materia de control de enfermedades transmisibles y adopción de medidas de seguridad es que el artículo 76 de la LGS establece con claridad 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 (...)”*. Asimismo, precisa en su artículo 124 de la LGS que: *“En aplicación y cumplimiento de las normas de salud que dicta la Autoridad de Salud de nivel nacional, los órganos desconcentrados o descentralizados quedan facultados para disponer, dentro de su ámbito, medidas de prevención y control de carácter general o particular en las materias de su competencia”*.

El artículo 125 de la LGS complementa estas disposiciones al señalar que *“El ejercicio descentralizado de competencias de control en materias de salud, no supone, en ningún caso, el ejercicio de competencia normativa, salvo estipulación en contrario de la propia ley”*. El artículo 126 de la LGS remarca que *“No se podrá dictar normas que reglamentan leyes o que tengan jerarquía equivalente, que incidan en materia de salud, sin el refrendo de la Autoridad de Salud de nivel nacional”*.

Teniendo en cuenta la autorización legal a la Autoridad Nacional de Salud para reglamentar las denominadas medidas de seguridad, así como el rol rector que corresponde a la misma, el Ministerio de Salud, como en otros países, durante emergencia sanitaria por COVID-19 ha optado por regular a través de decretos supremos *ad hoc* la aplicación de diversas medidas que encuentran amparo legal en las precitadas disposiciones de la LGS.

2.5 LA REGULACIÓN AD HOC DEL CARÁCTER VOLUNTARIO DE LA VACUNA CONTRA LA COVID-19

Aunado a lo ya señalado, el artículo 80 de la LGS establece que: “*Sólo por razones médicas o biológicas podrá establecerse excepciones a la vacunación y revacunación obligatorias, establecidas por la Autoridad de Salud de nivel nacional*”. Por ende, podemos afirmar que la Autoridad Nacional de Salud cuenta con facultades para determinar la obligatoriedad de la vacunación de acuerdo a los criterios técnicos del sector. Esta disposición es reforzada y complementada con la Ley General de Vacunas, Ley n° 28010.

No obstante, en el caso específico de la vacunación contra la COVID-19, la Ley n° 31091, ha establecido que el acceso al tratamiento preventivo de la COVID-19, donde se encuentran las vacunas, tiene carácter libre y voluntario. Por tanto, en el Perú, no se puede afirmar que la vacuna contra la COVID-19 es obligatoria, así como tampoco la Autoridad Nacional de Salud puede contravenir dicho mandato. Una modificación de dicho parámetro requiere de una reforma legal.

Descartada la existencia de una obligación jurídica de la ciudadanía respecto de la vacuna contra el COVID-19, se puede decir que las opciones de regulación administrativa para resguardar la salud pública frente al grave impacto generado por el SARS CoV-2, por parte del Poder Ejecutivo, se reducen, preliminarmente, a dos: la adopción de medidas de seguridad distintas a la vacunación y el establecimiento de incentivos para el acogimiento voluntario de la vacuna.

2.6 MEDIDAS DE SEGURIDAD: CONDICIÓN DE VACUNACIÓN PARA DETERMINADAS ACTIVIDADES

Como se ha señalado, es competencia, y por tanto, un deber del Poder Ejecutivo resguardar la salud pública o de la comunidad frente a diversos peligros y riesgos. En el actual contexto, dichos peligros y riesgos se concretizan en el elevado número de contagios por SARS CoV-2. Es así que, de acuerdo al marco legal reseñado, la Autoridad Nacional de Salud, tiene la obligación de adoptar medidas de seguridad concretas que a su criterio “*se consideran sanitariamente justificables, para evitar que se cause o continúe causando riesgo o daños a la salud de la población*”. No debe olvidarse que, en concordancia, existe un deber constitucional ciudadano o *deber reforzado* de contribuir con la salud de la colectividad.

De acuerdo al Centro de Control y Prevención de Enfermedades –CDC- de EE. UU. “*el riesgo de transmisión más alto se da entre personas no vacunadas que tienen una probabilidad mucho más alta de infectarse, y, por consiguiente, de transmitir el virus*”.²² El riesgo evidentemente se incrementa en ambientes cerrados. En este sentido, la adopción reglamentaria de medidas vinculadas a la suspensión de determinados trabajos o servicios; la suspensión temporal del ejercicio de actividades de producción y comercio; y el cierre temporal o definitivo de empresas o sus instalaciones; así como otras similares que la Autoridad Nacional de Salud pueda justificar adecuadamente; encuentra sustento legal en la Ley General de Salud.

²² “Las personas totalmente vacunadas que se infectan por la variante delta pueden propagar el virus a otras personas. Sin embargo, las personas vacunadas parecen propagar el virus por un periodo más corto: en el caso de las variantes anteriores, se encontró una menor cantidad de material genético viral en las muestras tomadas a personas totalmente vacunadas e infectadas que en las muestras de personas no vacunadas con COVID-19” CDC. (2021). Variante delta: los datos científicos que conocemos. 21/10/2021, de CDC Sitio web: <https://espanol.cdc.gov/coronavirus/2019-ncov/variants/delta-variant.html>

En este sentido, medidas como las adoptadas en la versión actualizada del Decreto Supremo n°184-2020-PCM que, por ejemplo, restringen el ingreso de personas no vacunadas a ambientes cerrados, en principio, parecen respetar los parámetros legales impuestos por el artículo 132 de la LGS referidos a la proporcionalidad respecto de los fines que persiguen, pues se trata de medidas focalizadas; y a la temporalidad, ya que la vigencia del dispositivo que las contiene está aparejada a la existencia de una situación de riesgo inminente y grave, causada por el SARS CoV-2.

Los aspectos que no se presentan como claros o evidentes están relacionados al “principio del menor perjuicio” a los derechos de las personas. Así, por ejemplo, no se contempla la situación de las personas que por razones médicas pueden tener una contraindicación temporal de vacunarse, lo que incluye a las personas que no pueden vacunarse luego de superar la Covid-19, pues según la Directiva de Vacunación deben esperar 90 días para poder inmunizarse. Si bien podría argumentarse que dicha situación se resuelve con la previsión contenida en el artículo 80 de la LGS que dispone que por razones médicas o biológicas podrá establecerse excepciones a la vacunación, esta disposición también resulta bastante imprecisa operativamente, por lo que requiere de una precisión reglamentaria.

De otro lado, deben considerarse mecanismos alternativos para la verificación de la vacunación, ya que el sistema informático de registro de las personas vacunadas ha presentado desfases, según lo ha podido verificar personal de la Defensoría del Pueblo. Según información periodística, un millón de dosis aplicadas no figurarían en el sistema²³. Similar problema se presentaría con aquellas personas que han sido vacunadas en el extranjero.

Finalmente, la utilización de un concepto jurídico tan amplio como el de “espacio cerrado” puede llegar a abarcar a entidades públicas o aquellas que brindan servicios esenciales como los servicios de salud. Debe tenerse presente que los derechos fundamentales son “relacionales”, por lo que la restricción de unos puede acarrear la limitación de otros derechos vinculados. A modo de ejemplo, se tiene que el derecho a la identidad es la puerta de entrada para el ejercicio de múltiples derechos, por lo que las restricciones en el acceso a la documentación personal pueden poner en riesgo la subsistencia de las personas y de sus familias, al impedirles, por ejemplo, el cobro de pensiones de jubilación, el acceso a programas sociales, entre otros.

En todos los casos, la falta de claridad de la norma puede generar la restricción innecesaria de derechos ciudadanos, por lo que urge realizar las precisiones debidas, para dar pleno e irrefutable cumplimiento al “principio del menor perjuicio”.

No obstante lo anterior, medidas similares adoptadas por niveles de gobierno subnacional, como las de la Municipalidad de San Francisco de Asís, en Pasco, o la Municipalidad de Ilave, en Puno que condicionaron el ingreso al palacio municipal a la presentación del carné de vacunación, o las ordenanzas regionales de Junín e Ica que establecieron como requisito el carné de vacunación para ingresos a eventos masivos, como a casinos, estadios, cines, discotecas gimnasios, entre otros; resultan inválidas porque la Ley General de Salud ha reservado la competencia normativa a la Autoridad

²³ Rocío Romero y José Luis Huacles Unocc. (2021). El efecto de un registro manual de vacunas: un millón de dosis aplicadas no figuran en el sistema oficial. 19/11/2021, de Saludconlupa Sitio web: <https://saludconlupa.com/noticias/el-efecto-de-un-registro-manual-de-vacunas-un-millon-de-dosis-aplicadas-no-figuran-en-el-sistema-oficial/>

Nacional de Salud, en particular en materia de control de enfermedades transmisibles. La única excepción es la existencia del “refrendo de la Autoridad de Salud de nivel nacional”. Esta última disposición ha sido adoptada, en parte, en el artículo 5 del Decreto Supremo n° 184-2020-PCM.

2.7 LA REGULACIÓN DE INCENTIVOS PARA LA VACUNACIÓN VOLUNTARIA

Señalado lo anterior, es necesario agregar que incluso en el escenario de una posible modificación de la legislación peruana que establezca la obligatoriedad de la vacuna contra la COVID-19, el mero cambio normativo no resuelve por sí mismo el problema de la brecha de vacunación causado por las noticias falsas, el desinterés, la lejanía, la renuencia, la falta de recursos, la existencia de otras prioridades, entre otros motivos., De hecho, *“la evidencia muestra que la vacunación obligatoria probablemente aumentará el rechazo a la vacuna y el incumplimiento de las intervenciones no farmacológicas como el distanciamiento físico, el uso de mascarillas y otras medidas”*²⁴.

En este sentido, no debe perderse de vista que el derecho administrativo contemporáneo admite que las soluciones de los problemas públicos no pasan por soluciones únicas, fórmulas preconcebidas o el seguimiento de tradiciones jurídicas o en materia de gestión. Las teorías de la regulación social y económica, parten de la premisa de que existe libertad de elección de los mecanismos de regulación pública, por lo que bien se puede optar por mecanismos clásicos de comando y control (actividad de policía administrativa, ordenes, restricciones, entre otros), o por mecanismos más novedosos como la regulación por incentivos, o una combinación de ambos, dentro de otros. Dentro de los factores clave para la elección están los conocidos principios de eficacia y eficiencia, recogidos en el Perú en la Ley Orgánica del Poder Ejecutivo y la Ley de Modernización de la Gestión Pública.

Nuestro país al igual que otros²⁵, viene desarrollando algunas acciones que buscan incentivar que la población se vacune. Incentivos han sido otorgados inicialmente por la actividad privada²⁶. Algunos gobiernos locales y el Poder Ejecutivo²⁷ se han ido sumando a estas iniciativas a través de incentivos tributarios, descuentos para personas vacunadas, entre otros. No obstante, la intervención en este ámbito no tiene una identidad propia y se trata aún de actividades aisladas.

Lo importante en este campo, es indagar científicamente en las causas de los problemas que se pretenden solucionar, para que las medidas sean diseñadas adecuadamente, a la luz de los principios de eficiencia y eficacia, y tomando en consideración, por ejemplo, las características de la población renuente a vacunarse, las barreras existentes, dentro de otros. Debido al carácter técnico y relativamente

²⁴ Mohammad Sharif Razai, del Instituto de Investigación de Salud de la Población St. George's, de la Universidad de Londres, citado por el diario El País, PABLO LINDE. (2021). El debate sobre la obligatoriedad de las vacunas se reabre en la recta final. 19/210/2021, de El País Sitio web: <https://elpais.com/sociedad/2021-09-06/el-debate-sobre-la-obligatoriedad-de-las-vacunas-se-reabre-en-la-recta-final.html>

²⁵ Daniela Blandón Ramírez. (2021). De cerveza gratis a dinero en efectivo: los incentivos en EE. UU. para escépticos de la vacuna. 23/11/2021, de france24.com Sitio web: <https://www.france24.com/es/programas/econom%C3%ADa/20210529-de-cerveza-gratis-a-dinero-en-efectivo-los-incentivos-en-ee-uu-para-esc%C3%A9pticos-de-la-vacuna>

²⁶ El Comercio. (2021). Incentivos a la vacunación. 23/11/2021, de El Comercio Sitio web: <https://elcomercio.pe/economia/dia-1/vacunaton-vacunacion-en-peru-promociones-para-incentivar-la-vacunacion-se-sumaran-mas-marcas-en-el-peru-kambistas-uber-didi-donrancherito-noticia/?ref=ecr>

²⁷ El Peruano. (2021). Covid-19: anuncian sorteos de vales de dinero, internet gratis y descuentos para vacunados. 23/11/2021, de El Peruano Sitio web: Disponible en <https://elperuano.pe/noticia/130040-covid-19-anuncian-sorteos-de-vales-de-dinero-internet-gratis-y-descuentos-para-vacunados>

nuevo de este ámbito de regulación, es crucial el liderazgo del Poder Ejecutivo, para que la labor que desarrollen los gobiernos subnacionales resulte sobre todo eficaz.

III. CONCLUSIONES

- 3.1 La llegada del virus SARS-CoV-2 y sus graves consecuencias ha impuesto diversos retos a nuestra sociedad. Uno de ellos está vinculado a superar el problema de la brecha existente de vacunación, acción necesaria para alcanzar la inmunidad colectiva.
- 3.2 De acuerdo con la OPS la mayoría de las vacunas estimula suficiente inmunidad para mantener un alto nivel de eficacia contra la mayoría de las variantes, y sobre todo contra la enfermedad grave, la hospitalización y la muerte. En este sentido, una inmunización colectiva permite frenar la propagación del virus, con el fin de evitar que aparezcan mutaciones que puedan menguar la eficacia de las vacunas disponibles.
- 3.3 En virtud del reconocimiento del derecho a la salud, las personas tienen la libertad de aceptar y rechazar tratamientos, como sería una inmunización. Además, aquellas cuentan con diversos derechos y libertades fundamentales, como el derecho al trabajo o la libertad de empresa. Sin embargo, ninguno de estos derechos tiene carácter absoluto. En situaciones de emergencia o por razones de salud pública, el derecho admite la intervención razonable de los poderes públicos sobre los derechos individuales para resguardar los derechos de la comunidad, y así garantizar su subsistencia, bajo criterios de justicia y equidad, dentro de otros.
- 3.4 La salud pública o de la comunidad presenta una doble dimensión que comprende el derecho que tienen las personas a la protección de su salud a través de actividades de vigilancia, promoción y prevención, pero al mismo tiempo impone deberes a la población en favor de la comunidad, los cuales son reconocidos a nivel supremo en el artículo 7 de la Constitución Política.
- 3.5 En este marco, en un plano abstracto, dentro de las opciones de intervención pública con las que cuenta el Estado peruano, para la solución de problemas como el planteado, está la emisión de medidas de diversas características e intensidad. Así, se pueden establecer incentivos para la vacunación voluntaria, se pueden formular restricciones para la realización de determinadas actividades e incluso se puede disponer la vacunación obligatoria de las personas. La base legal de estos tipos de actuación está contenida en la Ley General de Salud, en el marco de lo establecido por la Constitución Política.
- 3.6 En el Perú, actualmente, el debate sobre la existencia o la vigencia de una obligación de vacunarse contra la COVID-19, debe tener en cuenta que existe una norma ad hoc, la Ley n° 31091, la cual es clara al establecer que el acceso al tratamiento preventivo contra la COVID-19, que incluye la vacunación, es libre y voluntario. No obstante, en atención al surgimiento de nuevas variantes más contagiosas del virus SARS-CoV-2 debe evaluarse la conveniencia de la modificación de la Ley n° 31091.
- 3.7 En lo que respecta a la adopción de otras medidas distintas a la imposición de una obligación de vacunarse, como es el establecimiento de restricciones a la realización de actividades específicas, como es la prohibición de ingreso a locales cerrados por parte de personas que no han completado el proceso de vacunación, se debe concluir que su base legal se encuentra en la señalada claramente en la Ley General de Salud, resultando *prima facie* proporcional y oportuna (en ambos casos, en términos de los

principios previstos en dicha ley), sin embargo no resultan del todo claras y predecibles, por lo que, a la fecha, no es posible analizar si dichas medidas responden al *principio del menor perjuicio* a los derechos de las personas.

- 3.8** Dentro de los supuestos no previstos expresamente en la versión actual del Decreto Supremo n° 184-2020-PCM están los referidos a personas que no pueden vacunarse por indicación médica; los problemas con los registros oficiales electrónicos de vacunación y la falta de claridad del concepto jurídico “espacio cerrado” que podría llevar a interpretar que las instituciones públicas están incluidas en dicho dispositivo, sin distinción alguna, así como lugares donde se brindan servicios esenciales como los servicios de salud.
- 3.9** No obstante, es necesario tener en cuenta que las intervenciones públicas clásicas en la materia, como es el establecimiento de obligaciones y restricciones, no necesariamente supondrán la solución al problema de la brecha de vacunación. Es importante conocer la dimensión del problema y las razones que la explican, como la falta de confianza en la vacuna, la falta de acceso u otro tipo de razones como las creencias personales. En este sentido, un aspecto importante que no ha merecido un desarrollo evidenciable por parte del Poder Ejecutivo, es la determinación y el establecimiento de incentivos para la vacunación voluntaria, al amparo de los principios de eficacia y eficiencia.

IV. RECOMENDACIONES

Al Poder Ejecutivo, a través de la Presidencia del Consejo de Ministros y el Ministerio de Salud, y las autoridades regionales de salud:

- 4.1** Mejorar la regulación establecida en el Decreto Supremo n° 184-2020-PCM, en lo referido a los supuestos en que una persona se encontraría exceptuada de acreditar la culminación del proceso de vacunación y la precisión del concepto jurídico “espacio cerrado”, con la finalidad de determinar con claridad su ámbito de aplicación, así como las reglas complementarias que resulten necesarias para garantizar la plena vigencia del *principio del menor perjuicio* a los derechos de las personas.
- 4.2** Establecer mecanismos de difusión de las exposiciones de motivos, o documentos similares, que sustentan las disposiciones que en materia sanitaria expide el Ministerio de Salud en el marco de la emergencia sanitaria por la COVID-19, con la finalidad de coadyuvar a la labor interpretativa a cargo de los diversos operadores destinatarios de las mismas, así como a la predictibilidad respecto de la comunidad.
- 4.3** Reforzar las acciones del Poder Ejecutivo tendientes al establecimiento de incentivos para que las personas se vacunen voluntariamente.
- 4.4** Analizar a profundidad las causas de la brecha de vacunación contra la COVID-19 en el territorio, así como las medidas adecuadas para paliar o resolver dicho problema.
- 4.5** Afinar las estrategias para erradicar los obstáculos que impiden que las vacunas contra la COVID-19 lleguen a todas las personas en el territorio.
- 4.6** Implementar campañas de vacunación en zonas de alta afluencia de personas que aún no han podido vacunarse por barreras geográficas, de movilidad, de tiempo, u otros.

- 4.7 Verificar y fundamentar que las restricciones a los derechos de las personas no vacunadas sean proporcionadas, razonables y acordes a las necesidades sanitarias.
- 4.8 Implementar estrategias de información y de diálogo con las organizaciones que expresan su desacuerdo con el proceso de vacunación o con las medidas para incentivar la inoculación, a fin de promover una responsabilidad compartida en favor de la salud pública.

A los gobiernos regionales y locales

- 4.9 Cumplir con coordinar con el Poder Ejecutivo la adopción de iniciativas normativas en materia de salud y en particular las referidas al control de enfermedades transmisibles y adopción de medidas de seguridad vinculadas a las mismas.

Lima, 09 de diciembre de 2021