



República de Panamá
Procuraduría de la Administración

Panamá, 2 de noviembre de 2020
C-121-20

Su Excelencia
Luis Francisco Sucre M.
Ministro de Salud de Panamá
Ciudad.

Ref: Facultad del Ministerio de Salud para ordenar la realización obligatoria de pruebas de hisopado a nacionales y extranjeros, que se encuentren en el territorio nacional.

Señor Ministro:

Por este medio damos respuesta a su nota N° 4660-DMS-OAL de 29 de octubre de 2020, recibida en este Despacho el 30 de octubre de 2020, mediante la cual consulta a esta Procuraduría:

“¿Es constitucional y legalmente viable, que el Ministerio de Salud emita un Decreto ejecutivo, que ordene la realización obligatoria de la Prueba de Hisopado a nacionales y extranjeros, que se encuentren en el territorio nacional?”

Sobre lo planteado, este Despacho considera que la prueba de hisopado a nacionales o extranjeros que se encuentren en el territorio nacional, no podría ser aplicada de manera obligatoria, aleatoria o indiscriminada, o en menoscabo del derecho a la vida, la integridad personal o la dignidad de las personas tal y como se deduce de las normas que regulan los derechos de las personas a dar su consentimiento previo e informado, como analizamos más adelante.

I. Consideraciones previas

El Ministerio de Salud como institución responsable de velar por el derecho de las personas a la promoción, protección, conservación, restitución y rehabilitación de la salud, puede adoptar medidas imprescindibles e impostergables para el control de las enfermedades transmisibles, así como los reglamentos para su ejecución. Sin embargo, la adopción de estas medidas debe realizarse con absoluto respeto de la dignidad, los derechos humanos y las libertades fundamentales de las personas, especialmente el derecho a la vida, la integridad y la dignidad de las personas; y, de manera proporcionada y congruente con los riesgos para la salud pública de que se trate, como lo establecen las disposiciones legales y convencionales a las que nos hemos referido.

Es decir, que la medida de que se trate, debe responder a una situación concreta de riesgo inminente para la salud y ser razonablemente útil y apropiada para atenderla, así como encontrarse debidamente justificada y fundamentada en principios y evidencia científicos; información disponible, incluida la procedente de la OMS y otras organizaciones intergubernamentales y

órganos internacionales pertinentes; y la orientación o recomendaciones específicas disponibles de la OMS.

En caso de considerar necesario que mayor cantidad de personas se realice este tipo de pruebas, el Ministerio de Salud debe proveer a la población de información suficiente en términos verídicos, comprensibles y adecuados, de forma tal que la ciudadanía se convenza de la necesidad de realizarse la prueba descrita o cualquier otra; proporcionar igualmente la información relativa a los sitios en los que se puede realizar dicha prueba de manera gratuita para que las personas acudan de manera voluntaria a realizársela, los cuales deberán ser ubicados de manera tal que no resulte discriminatorio de ninguna forma, cumpliendo así tanto con los objetivos de la institución, como con el respecto a los derechos y garantías de los ciudadanos.

A pesar de lo anterior, somos del criterio que una medida como la descrita en su consulta podría efectuarse, excepcionalmente, en los casos en que la persona se negara a realizarse la prueba y se tenga la certeza o sospecha fundada, por medio de otros exámenes o evidencias, que esta padece o podría ser portadora de alguna enfermedad transmisible; que exista un riesgo inminente o un peligro grave y directo para la salud pública; y, que este sea el único examen que se le pueda realizar para descartar o confirmar el diagnóstico, de lo contrario, deberá preferirse cualquier otro método menos invasivo e intrusivo y mantener, en todo momento, el debido respeto a la vida y la integridad personal del ciudadano.

Sobre la constitucionalidad o legalidad de tal medida, debemos expresarle que si bien a la Procuraduría de la Administración, de conformidad con lo previsto por el numeral 1 del artículo 6 de la Ley 38 de 31 de julio de 2000, le corresponde servir de consejera jurídica a los servidores públicos administrativos que consultaren su parecer respecto a determinada interpretación de la ley o el procedimiento que debe seguirse en un caso concreto, no le es dado emitir un juicio de valor o un pronunciamiento prejudicial sobre la validez de un acto administrativo que gozaría de presunción de legalidad, como lo sería la resolución a la que se refiere su consulta, toda vez que ello sería transgredir los límites que nos impone la ley por ser ello una actuación que compete privativamente a la Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia, de conformidad con el numeral 2 del artículo 206 de la Constitución Política y el artículo 97 del Código Judicial, por lo que las consideraciones que fundamentan nuestra opinión se refieren únicamente a las facultades que tiene el Ministerio de Salud sobre la materia objeto de su consulta y no sobre si el eventual acto administrativo señalado es o no conforme a la Constitución o la ley.

Nuestra opinión se fundamenta en las siguientes consideraciones:

II. Sobre las facultades del Ministerio de Salud

Mediante nota N° C-086-19 de 5 de septiembre de 2019, dirigida al Ministerio de Salud, este Despacho se refería a las facultades de dicha entidad del Estado en los siguientes términos:

«El artículo 109 de la Constitución Política de la República de Panamá, establece que “Es función esencial del Estado velar por la salud de la población de la República” y que “El individuo, como parte de la comunidad, tiene derecho a la promoción, protección, conservación, restitución y rehabilitación de la salud y la obligación de conservarla, entendida esta como el completo bienestar físico, mental y social.”

El diccionario de la Real Academia de la Lengua define la palabra “*esencial*” como lo “*perteneciente o relativo a la esencia*”, dando a la palabra *esencia* acepciones como “*aquello que constituye la naturaleza de las cosas, lo permanente e invariable de ellas*”; y, “*lo más importante y característico de una cosa*.”

De forma tal que, el velar por la salud de la población de la República de Panamá, constituye una función primordial para el Estado y en especial para el Ministerio de Salud, que es el organismo por medio del cual se ejerce dicha función, con la finalidad de que la población goce de completo bienestar físico, mental y social.»

La Ley N° 66 de 10 de noviembre de 1947 ¹, “*por la cual se aprueba el Código Sanitario*”, establece, entre otras disposiciones, las siguientes:

“Artículo 4. Son organismos competentes, para intervenir en problemas de salud pública:

1° El Órgano Ejecutivo por intermedio del Ministerio correspondiente en el orden político, económico, administrativo y social; y por intermedio del Departamento Nacional de Salud Pública, en el orden técnico, normativo y ejecutivo;

2° Los otros ministerios y servicios nacionales especializados, en las materias que la Ley les atribuyere;

3° Las Municipalidades que cumplan con los requisitos fijados en este Código;

4° El Consejo Técnico de Salud Pública;

5° Las entidades e instituciones nacionales o extranjeras a las que por acuerdos legalmente convenidos, se les asignen funciones propias de cualquiera de los organismos competentes de Salud Pública.” (Subraya el Despacho)

“Artículo 84. Son atribuciones del Departamento Nacional de Salud Pública:

1°) Estudiar, adoptar y ejecutar las medidas necesarias para cumplir y hacer cumplir las disposiciones de este código.

2°) Elaborar los proyectos de leyes y de reglamentos complementarios;

3) Tomar medidas necesarias para hacer desaparecer toda causa de enfermedad comunicable o mortalidad especial;

...

10) Conocer de cualquier problema de salud pública que no competa específicamente a otras autoridades, y aquellos que la ley confiere a la autoridad sanitaria, sanidad, servicio de higiene, etc. en forma indeterminada.” (Subraya el Despacho)

“Artículo 85. Son atribuciones y deberes del Departamento Nacional de Salud Pública, en el orden sanitario nacional:

...

6°) Reglamentar y controlar el ejercicio de la medicina y profesiones afines, de acuerdo con el Consejo Técnico de Salud Pública;

...

¹ Modificada por la Ley N° 3 de 16 de enero de 1956; la Ley N° 17 de 26 de enero de 1959; la Ley N° 21 de 29 de agosto de 1979; la Ley N° 40 de 16 de noviembre de 2006; la Ley N° 5 de 11 de enero de 2007; y la Ley N° 13 de 24 de enero de 2008.

9) Ordenar el aislamiento, cuarentena, observación y vigilancia de toda persona, aunque estuviere en aparente buen estado de salud, cuando la ausencia de la medida constituya daño real o potencial para la salud de la colectividad. Tales medidas sólo podrán practicarse por el mínimo de días necesarios para cada caso y se evitará adoptarlas cuando no sean de reconocida eficacia;

10) Adoptar las medidas de emergencia que sean imprescindibles e impostergables en caso de epidemia u otras calamidades públicas. En estos casos la autoridad sanitaria, o su representante local, asumirá de hecho la dirección de los trabajos conducentes a la protección de los asociados, y deberá rendir al Ejecutivo, dentro de los cinco días siguientes, informe detallado de las actividades desarrolladas. El ministerio del ramo determinará el régimen que deberá adoptarse posteriormente. La autoridad sanitaria podrá contratar el personal transitorio que se necesite para hacer frente a la situación;

...
12) Resolver toda situación no prevista en el código, cuando tenga relación directa con la salud pública." (Subraya el Despacho)

Por otro lado, el artículo 1 del Decreto de Gabinete N° 1 de 15 de enero de 1969, "*Por el cual se crea el Ministerio de Salud, se determina su Estructura y Funciones y se establecen las Normas de Integración y Coordinación de las Instituciones del Sector Salud*", señala:

"Artículo 1°. Créase el Ministerio de Salud para la ejecución de las acciones de promoción, protección, reparación y rehabilitación de la salud que por mandato constitucional son de responsabilidad del Estado. Como órgano de la función ejecutiva el Ministerio de Salud tendrá a su cargo la determinación y conducción de la política de salud del Gobierno en el país y estará investido de las prerrogativas y facultades que la Constitución y la Ley otorgan a los Ministerios de Estado, además de las específicas que le confiere el presente Decreto y el Estatuto Orgánico de Salud que deberá complementarlo." (Subraya el Despacho)

Complementariamente, el Decreto N° 75 de 27 de febrero de 1969 "por medio del cual se establece el Estatuto Orgánico del Ministerio de Salud, en desarrollo del Decreto de Gabinete N° 1 de 15 de enero de 1969", establece el propósito, objetivos y funciones de la División de Epidemiología del Ministerio de Salud, así:

"Artículo 25. El propósito, objetivos y funciones de la División de Epidemiología son:

Propósito: Proteger al individuo frente a afecciones y traumas que afectan grupos humanos y tomar medidas para su control.

Objetivos: El conocimiento epidemiológico para disminuir los riesgos de enfermedad o muerte por las siguientes causas: enfermedades transmisibles agudas y crónicas, enfermedades parasitarias, enfermedades crónicas no transmisibles (cardiovasculares, cáncer, etc., accidentes y muertes violentas, enfermedades de los animales que afectan al hombre, otros problemas de salud que afectan a la comunidad según las características locales.

Funciones:

- a) Determinar la naturaleza, magnitud y prioridad de los problemas epidemiológicos.
- b) Recomendar los recursos necesarios para la solución de los problemas epidemiológicos.
- c) Elaborar los programas de protección de la salud y de control de las enfermedades transmisibles prevalentes, en estrecha colaboración con los organismos locales, regionales y el Departamento de Planificación de la Salud.

- d) Establecer un sistema obligatorio de registro y notificación de las enfermedades transmisibles de acuerdo a las normas y procedimientos que determine la división.
- e) Promover y efectuar la "vigilancia epidemiológica" desde el punto de vista clínico, de laboratorio y epidemiológico, como requisito necesario para el control de las enfermedades transmisibles.
- f) Colaborar y participar con los servicios locales para el control y eliminación de las enfermedades transmisibles y en el estudio y control de brotes epidémicos.
- g) Promover el cumplimiento de la horizontalización progresiva de los programas verticales comprendidos en la División.
- h) Elaborar las normas generales de técnicas y procedimientos en base a la experiencia adquirida y velar por su cumplimiento.
- i) Dirigir el programa, delegando a través de la Dirección General de Salud, autoridad y responsabilidad en los distintos niveles de organización, según sea necesario para el cumplimiento de las mismas.
- j) Supervisar las actividades del personal encargado de la ejecución del programa y recomendar las medidas que se estimen convenientes para las actividades programadas.
- k) Evaluar periódicamente el progreso del programa, las técnicas y procedimientos, el rendimiento de los servicios y la utilización de los recursos.
- l) Presentar informes epidemiológicos con base a información periódica de todos los servicios, de acuerdo a los requerimientos nacionales e internacionales.
- m) Revisar, analizar y presentar a la Dirección General de Salud, los informes epidemiológicos nacionales e internacionales, con actitud de alerta sobre las principales enfermedades, especialmente transmisibles.
- n) Asesorar en aspectos de epidemiología a los servicios de salud en los niveles nacionales, regionales y locales y a los que lo requieran.
- ñ) Coordinar las actividades con las de otros servicios dentro y fuera de la Dirección General de Salud.
- o) Elaborar los reglamentos complementarios del Código de Salud en lo que respecta al control y eliminación de las enfermedades transmisibles.
- p) Elaborar los reglamentos complementarios del Código de Salud, en lo que respecta a sanidad marina, terrestre, aérea y de fronteras.
- q) Velar por el cumplimiento del Reglamento Sanitario Internacional y sus disposiciones anexas.
- r) Velar por la correcta aplicación del Código de Salud y sus reglamentos en lo pertinente al aislamiento, cuarentena y profilaxis de las enfermedades transmisibles.
- s) Hacer y promover la investigación de problemas de carácter epidemiológico y proponer las medidas para su control. Anticipar acontecimientos epidemiológicos que puedan afectar a la comunidad, con base en experiencia anterior e información recogida.
- t) Organizar y participar en programas de adiestramiento de personal de acuerdo con los planes de la Sección de Adiestramiento del Departamento de Planificación de la Salud, y
- u) Requerir de los departamentos administrativos correspondientes la obtención de un abastecimiento regular, oportuno y adecuado de los elementos necesarios para el programa (vacunas, formularios, etc.)” (Subraya el Despacho)

De manera que queda claramente establecido que el Ministerio de Salud es la entidad estatal responsable de velar por el derecho ciudadano a la promoción, protección, conservación, restitución y rehabilitación de la salud, lo que incluye la adopción de medidas imprescindibles² e

² El Diccionario de la Lengua Española, (<https://dle.rae.es/>) señala que una cosa imprescindible es aquella de la que no se puede prescindir o algo que resulta necesario u obligatorio, es decir, que no se puede evitar.

impostergables³ para el control de las enfermedades transmisibles, así como los reglamentos para su ejecución. Sin embargo, esta facultad no es ilimitada, como veremos a continuación. Dicho de otra manera, las competencias y facultades que tiene el Ministerio de Salud como el ente rector de la salud pública, debe ejercerse dentro del marco de lo que establece la Constitución, los parámetros convencionales y legales en materia de derechos humanos.

III. Sobre los derechos de los pacientes

A. La Ley N° 68 de 20 de noviembre de 2003

La Ley N° 68 de 20 de noviembre de 2003, “*Que regula los derechos y obligaciones de los pacientes, en materia de información y decisión libre e informada*”⁴, dispone:

“**Artículo 1.** El objeto de la presente Ley es regular los derechos y las obligaciones de los pacientes, las personas sanas, profesionales, centros y servicios de salud públicos y privados en materia de información y de decisión libre e informada.” (Subraya el Despacho)

“**Artículo 2.** Así mismo, es objeto de la presente Ley garantizar el establecimiento de los requisitos de la información que debe aparecer en el expediente clínico de todos los pacientes, la autonomía de decisión en relación con los procedimientos de pronóstico, diagnóstico y terapéuticos que se les apliquen sobre su propio estado de salud y enfermedad, como también sobre la confidencialidad de la información relacionada con su proceso, y a la libre elección de opciones de tratamientos presentados.” (Subraya el Despacho)

“**Artículo 3.** Los derechos enunciados en los artículos anteriores podrán llevarse a efecto por medio de una declaración expresa sobre sus opciones e instrucciones ante intervenciones sanitarias y procedimientos, así como con respecto a la donación de sus órganos.”

Sobre el **Derecho a la Información**, el Capítulo II de la Ley N° 68 de 2003, establece:

Artículo 4. Los usuarios de los centros y servicios de salud públicos y privados tienen derecho a recibir información sobre los servicios a que pueden tener acceso, así como a la prestación de estos sin discriminación alguna y con respeto a su personalidad. No obstante, se respetará la voluntad de una persona de no ser informada.” (Subraya y resalta el Despacho)

“**Artículo 5.** En cualquier situación en el ámbito de los centros y servicios de salud públicos y privados, los pacientes tienen derecho a conocer toda la información obtenida sobre su propia salud. No obstante, es necesario respetar la voluntad explícita de una persona a no ser informada y a que no se transmita la información de su estado de salud o enfermedad a las personas a él vinculadas por razones familiares o de hecho, ni a terceras personas.”

³ De acuerdo con el Diccionario de la Lengua Española *postergar* significa *sufrir un atraso o dejar atrasado algo del tiempo en que debía tener efecto*, por lo que una medida impostergable sería aquella que debe ejecutarse de inmediato, sin posibilidad de que sea retrasada su implementación.

⁴ Publicada en la Gaceta Oficial N° 24,935 de 25 de noviembre de 2003.

“**Artículo 6. La información, que debe formar parte de todas las actuaciones asistenciales, incluyendo el diagnóstico, pronóstico y alternativas terapéuticas, será verídica y debe darse de manera comprensible y adecuada a las necesidades y los requerimientos del paciente para ayudarlo a tomar decisiones de una manera autónoma y teniendo en cuenta el nivel intelectual, emocional y cultural de paciente.**” (Subraya y resalta el Despacho)

“**Artículo 7.** Corresponde al médico responsable del paciente garantizar el cumplimiento del derecho a la información.”

“**Artículo 8. El titular del derecho a la información es el paciente.** Las personas vinculadas a él deberán ser informadas en la medida en que aquello permita expresa o tácitamente.” (Subraya y resalta el Despacho)

“**Artículo 9. En caso de incapacidad del paciente, este debe ser informado en función de su grado de comprensión,** sin perjuicio de tener que informar también a quien tenga su representación, personas a él vinculadas por razones familiares y de hecho que asuman la responsabilidad de las decisiones que hayan de adoptarse propuestas por el médico.” (Subraya y resalta el Despacho)

“**Artículo 10.** Si según el criterio debidamente justificado del médico responsable de la asistencia, el paciente no es capaz para entender la información ni de hacerse cargo de su situación o si la información le es perjudicial, debe informarse también a las personas a él vinculadas, por razones familiares o de hecho, que asuman la responsabilidad de dar conformidad a las decisiones que hayan de adoptarse por propuesta del médico.”

“**Artículo 11.** En situaciones de urgencia vital, necesidad terapéutica o ausencia de personas a él vinculadas, por razones familiares o de hecho, el médico podrá adoptar las decisiones más adecuadas, para actuar en interés del paciente.”

“**Artículo 12.** Los ciudadanos y ciudadanas tienen derecho a tener conocimiento adecuado de los problemas generales que impliquen un riesgo para la salud colectiva, y a que esta información y las medidas sanitarias de prevención o tratamiento se difundan en términos verídicos, comprensibles y adecuados para la protección de la salud.” (Subraya el Despacho)

Dentro del Capítulo IV sobre el “*Derecho a la Autonomía del Paciente y a su Voluntad Expresa*”, la Ley N° 68 de 2003, contiene las disposiciones siguientes:

“**Artículo 15.** Los centros y servicios de salud, públicos y privados, informarán por escrito de los derechos que esta Ley reconoce a los ciudadanos y ciudadanas desde el momento de su ingreso, mediante la disposición de documentos o formularios que informen con claridad y acrediten mediante su firma el conocimiento de sus derechos en cuanto a la utilización de los servicios médicos, además del consentimiento específico en las intervenciones quirúrgicas.”

“**Artículo 16. Cualquier intervención en el ámbito de la salud requiere que la persona afectada haya dado su consentimiento específico y libre, tras haber sido previamente informada de acuerdo con lo establecido en el Capítulo II.** Dicho consentimiento debe realizarse por escrito en los casos de intervenciones quirúrgicas, procedimientos invasores y, en general, cuando se realizan procedimientos que suponen riesgos o inconvenientes

notorios y previsibles susceptibles de repercutir en la salud del paciente. El consentimiento puede ser revocado libremente en cualquier momento.”

“**Artículo 17.** El documento de consentimiento debe ser específico para cada procedimiento de diagnóstico o terapéutico, sin perjuicio de que se puedan adjuntar hojas y otros medios informativos de carácter general. Dicho documento debe contener información suficiente sobre el procedimiento de que se trate y sobre sus beneficios y posibles riesgos.”

“**Artículo 18.** Son situaciones de excepción a la exigencia general del consentimiento que permiten realizar las intervenciones clínicas indispensables a favor de la salud de la persona afectada:

1. Cuando hay un riesgo para la salud pública, si lo exigen razones sanitarias de acuerdo con lo que establece la legislación aplicable.
2. Cuando en una situación de riesgo inmediato grave para la integridad física o psíquica del enfermo, por la posibilidad de ocasionar lesiones irreversibles o existir peligro de fallecimiento, no es posible conseguir la autorización de este o de personas a él vinculadas por razones familiares o de hecho. En estos supuestos se podrá llevar a cabo las intervenciones indispensables desde el punto de vista clínico a favor de la salud de la persona afectada.
3. Cuando no esté capacitado para tomar decisiones, en cuyo caso el derecho del paciente deberá ser ejercitado por las personas a él vinculadas por razones familiares o de hecho.
4. Cuando el paciente haya manifestado expresamente su deseo de no ser informado, en cuyo caso deberá respetarse su voluntad, sin perjuicio de obtenerse el consentimiento previo para la intervención, dejando constancia documentada de esta renuncia a la información.

No obstante, el derecho a no saber podrá restringirse cuando se establecieran las razones de interés de la salud del propio paciente, por exigencias terapéuticas, o de interés de terceros o de la colectividad.” (Subraya y resalta el Despacho)

“**Artículo 19.** Son situaciones de otorgamiento del consentimiento por sustitución:

1. Cuando el enfermo no sea capaz para tomar decisiones, porque su estado físico o psíquico no le permite hacerse cargo de la situación, según criterio del médico responsable de la asistencia, este recabará el consentimiento de las personas vinculadas al paciente por razones familiares o de hecho.
Se dará preferencia al cónyuge y, en su defecto, a los hijos mayores de edad y, en ausencia de estos, a los familiares de grado más próximo y dentro del mismo grado al de mayor edad.
2. En los casos de incapacidad legal, de menores de edad y de personas internadas por trastornos psíquicos, el consentimiento debe darlo quien tenga la tutela o curatela.
Los menores emancipados y los adolescentes de más de dieciséis años deberán dar personalmente su consentimiento. En el caso de los menores, el consentimiento debe darlo su representante, después de haber escuchado su opinión, en todo caso, si es mayor de doce años.”

Las disposiciones legales a las que hacemos referencia, dan cuenta que las personas tienen derecho a conocer sobre las situaciones de salud pública que supongan un riesgo para la colectividad y a

que las medidas sanitarias de prevención o tratamiento que se tomen al respecto, se difundan en términos verídicos, comprensibles y adecuados.

Asimismo, la Ley N° 68 de 2003 establece que **las personas deben dar su consentimiento libremente para que se les efectúe cualquier intervención de salud pudiendo revocar dicho consentimiento en cualquier momento.** En el caso de intervenciones quirúrgicas, el consentimiento debe ser por escrito.

B. El Reglamento Sanitario Internacional

*“El Reglamento Sanitario Internacional (2005), o RSI (2005), es un acuerdo internacional jurídicamente vinculante suscrito por 196 países, entre los que se encuentran todos los Estados Miembros de la Organización Mundial de la Salud (OMS). Su objetivo consiste en ayudar a la comunidad internacional a prevenir y dar respuesta a los riesgos graves para la salud pública que puedan cruzar fronteras y amenazar a la población mundial. La finalidad y el alcance del RSI (2005) consisten en prevenir la propagación internacional de enfermedades y proporcionar protección frente a ellas, controlarlas y darles una respuesta de salud pública, **todo ello de forma proporcional a los riesgos que supongan para la salud pública y evitando interferencias innecesarias con los viajes y el comercio internacionales.**”⁵ (Subraya y resalta el Despacho)*

El Reglamento Sanitario Internacional (2005), adoptado por la República de Panamá mediante Ley N° 38 de 5 de abril de 2011⁶ establece disposiciones en materia sanitaria, aplicables a todas las personas que se encuentran en tránsito por el territorio nacional o dentro del mismo. Veamos:

“Artículo 1 Definiciones

1. En la aplicación del presente Reglamento Sanitario Internacional (en adelante el «RSI» o el «Reglamento»):

«autoridad competente» significa una autoridad responsable de la puesta en práctica y la aplicación de medidas sanitarias con arreglo al presente Reglamento;

...

«cuarentena» significa la restricción de las actividades y/o la separación de los demás de personas que no están enfermas, pero respecto de las cuales se tienen sospechas, o de equipajes, contenedores, medios de transporte o mercancías sospechosos, de forma tal que se prevenga la posible propagación de la infección o contaminación;

...

«enfermedad» significa toda dolencia o afección médica, cualquiera sea su origen o procedencia, que entrañe o pueda entrañar un daño importante para el ser humano;

...

«examen médico» significa la **evaluación preliminar de una persona por un agente de salud autorizado u otra persona bajo la supervisión directa de la autoridad competente para determinar el estado de salud de la persona y el riesgo de salud pública que podría entrañar para otras, y puede incluir el examen de los documentos sanitarios y un examen físico si así lo justifican las circunstancias del caso;**

...

⁵ Como aparece publicado en el sitio de la Organización Mundial de la Salud.
<https://www.who.int/features/qa/39/es/>

⁶ Publicada en la Gaceta Oficial 26,759-B de 7 de abril de 2011.

«intrusivo» significa que posiblemente molesta porque entraña un contacto o una pregunta de carácter íntimo;

«invasivo» significa que **conlleva una punción o incisión en la piel o la inserción de un instrumento o material extraño en el cuerpo o el examen de una cavidad corporal.** A los efectos del presente Reglamento, el examen médico de los oídos, la nariz o la boca, la toma de temperatura con termómetro de oído, 7 10 boca o piel o con equipo óptico térmico; el reconocimiento médico; la auscultación; la palpación externa; la retinoscopia; la obtención externa de muestras de orina, heces o saliva; la medición externa de la presión arterial; y la electrocardiografía se considerarán no invasivos;

...
«medida sanitaria» significa todo procedimiento aplicado para prevenir la propagación de enfermedades o contaminación; una medida sanitaria no comprende medidas de policía ni de seguridad del Estado;

...
«riesgo para la salud pública» significa la probabilidad de que se produzca un evento que puede afectar adversamente a la salud de las poblaciones humanas, considerando en particular la posibilidad de que se propague internacionalmente o pueda suponer un peligro grave y directo;

...
«sospechoso» hace referencia a toda persona, equipaje, carga, contenedor, medio de transporte, mercancía o paquete postal que un Estado Parte considere que haya estado o podría haber estado expuesto a un riesgo para la salud pública y sea una posible fuente de propagación adicional de enfermedades;
...” (Subraya y resalta el Despacho)

“Artículo 2 Finalidad y alcance

La finalidad y el alcance de este Reglamento son prevenir la propagación internacional de enfermedades, proteger contra esa propagación, controlarla y darle una respuesta de salud pública proporcionada y restringida a los riesgos para la salud pública y evitando al mismo tiempo las interferencias innecesarias con el tráfico y el comercio internacionales.” (Subraya y resalta el Despacho)

“Artículo 3 Principios

1. La aplicación del presente Reglamento se hará con respeto pleno de la dignidad, los derechos humanos y las libertades fundamentales de las personas.
2. La aplicación del presente Reglamento se inspirará en la Carta de las Naciones Unidas y la Constitución de la Organización Mundial de la Salud.
3. La aplicación del presente Reglamento se inspirará en la meta de su aplicación universal para la protección de todos los pueblos del mundo frente a la propagación internacional de enfermedades.
4. De conformidad con la Carta de las Naciones Unidas y los principios del derecho internacional, los Estados tienen el derecho soberano de legislar y aplicar leyes en cumplimiento de sus políticas de salud. Al hacerlo, respetarán la finalidad del presente Reglamento.” (Subraya y resalta el Despacho)

Los artículos 23, 31 y 32 de este reglamento, establecen cómo debe ser la aplicación general de medidas de salud pública a los viajeros, así:

*“TÍTULO V - MEDIDAS DE SALUD PÚBLICA
Capítulo I - Disposiciones generales*

Artículo 23 Medidas sanitarias a la llegada o la salida

1. Sin perjuicio de los acuerdos internacionales aplicables y de lo dispuesto en los artículos pertinentes del presente Reglamento, un Estado Parte podrá exigir, con fines de salud pública, a la llegada o la salida:

a) a los viajeros:

i) información sobre su destino para poder tomar contacto con ellos;

ii) información sobre su itinerario, para averiguar si han estado en una zona afectada o sus proximidades, o sobre otros posibles contactos con una infección o contaminación antes de la llegada, así como el examen de los documentos sanitarios de los viajeros que prescriba el presente Reglamento; y/o

iii) **un examen médico no invasivo lo menos intrusivo posible que permita lograr el objetivo de salud pública;**

b) la inspección de equipajes, cargas, contenedores, medios de transporte, mercancías, paquetes postales y restos humanos.

2. Sobre la base de las pruebas obtenidas mediante las medidas previstas en el párrafo 1 del presente artículo, o por otros medios, sobre la existencia de un riesgo para la salud pública, los Estados Partes podrán aplicar medidas adicionales de salud de conformidad con el presente Reglamento, en particular en relación con viajeros sospechosos o afectados, según el caso, el examen médico lo menos intrusivo e invasivo posible que permita lograr el objetivo de salud pública consistente en prevenir la propagación internacional de enfermedades.

3. No se realizará ningún examen médico ni se procederá a ninguna vacunación ni se adoptará ninguna medida profiláctica ni sanitaria en virtud del presente Reglamento sin el consentimiento informado previo y explícito del viajero o de sus padres o tutores, con la salvedad de lo dispuesto en el párrafo 2 del artículo 31, y de conformidad con la legislación y las obligaciones internacionales del Estado Parte.

4. Los viajeros que deban ser vacunados o recibir medidas profilácticas en virtud del presente Reglamento, o sus padres o tutores, serán informados de los posibles riesgos relacionados con la vacunación o la no vacunación y con la aplicación o no aplicación de medidas profilácticas de conformidad con la legislación y las obligaciones internacionales del Estado Parte. Los Estados Partes informarán al personal médico de estos requisitos de conformidad con su respectiva legislación.

5. Sólo se llevarán a cabo exámenes médicos o se someterá a los viajeros a protocolos médicos, vacunas u otras medidas profilácticas que entrañen un riesgo de transmisión de enfermedades si ello se hace de conformidad con normas de seguridad reconocidas nacionalmente o internacionalmente para reducir al mínimo ese riesgo.” (Subraya y resalta el Despacho)

...

“Artículo 31 Medidas sanitarias relacionadas con la entrada de viajeros

1. No se exigirá un examen médico invasivo, la vacunación ni otras medidas profilácticas como condición para la entrada de viajeros en el territorio de un Estado Parte; no obstante, sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 32, 42 y 32

35 45, el presente Reglamento no impide que los Estados Partes exijan un examen médico, la vacunación u otras medidas profilácticas, o certificado de vacunación o prueba de la aplicación de otras medidas profilácticas, en los casos siguientes:

- a) **cuando sea necesario para determinar si existe un riesgo para la salud pública;**
- b) como condición para la entrada de viajeros que pretenden solicitar una residencia temporal o permanente;
- c) como condición para la entrada de viajeros de conformidad con lo dispuesto en el artículo 43 o en los anexos 6 y 7; o
- d) **cuando se efectúen de conformidad con lo dispuesto en el artículo 23.**

2. Si un viajero al que un Estado Parte puede exigir un examen médico, la vacunación u otras medidas profilácticas de conformidad con el párrafo 1 del presente artículo no da su consentimiento para tales medidas o se niega a facilitar la información o los documentos a que hace referencia el párrafo 1(a) del artículo 23, el Estado Parte de que se trate podrá denegar, de conformidad con los artículos 32, 42 y 45, la entrada de ese viajero. Si hay pruebas de un riesgo inminente para la salud pública, el Estado Parte, de conformidad con su legislación nacional y en la medida necesaria para controlar ese riesgo, podrá obligar al viajero, con arreglo al párrafo 3 del artículo 23, a someterse a lo siguiente:

- a) **el examen médico lo menos invasivo e intrusivo posible que permita lograr el objetivo de salud pública;**
- b) la vacunación u otra medida profiláctica; o bien
- c) otras medidas sanitarias reconocidas que impidan o controlen la propagación de la enfermedad, con inclusión del aislamiento, la cuarentena o el sometimiento del viajero a observación de salud pública.” (Subraya y resalta el Despacho)

“Artículo 32 Trato dispensado a los viajeros

Cuando los Estados Partes apliquen medidas sanitarias de conformidad con el presente Reglamento, tratarán a los viajeros respetando su dignidad, sus derechos humanos y sus libertades fundamentales y reducirán al mínimo las molestias o inquietudes asociadas con tales medidas, lo que incluirá:

- a) tratar a todos los viajeros con cortesía y respeto;
- b) tener en cuenta las consideraciones de género, socioculturales, étnicas y religiosas de importancia para los viajeros; y
- c) proporcionar u ocuparse de que tengan alimentos adecuados y agua, instalaciones y vestimenta apropiados, proteger el equipaje y otras pertenencias, ofrecer un tratamiento médico adecuado, medios para las comunicaciones necesarias en lo posible en un idioma que entiendan, y otras medidas adecuadas para los viajeros que estén en cuarentena, aislados o sometidos a exámenes médicos u otros procedimientos relacionados con objetivos de salud pública.”

El Reglamento Sanitario Internacional establece, también, la posibilidad de aplicar otras medidas sanitarias, pero en cualquier caso, estas no deben ser más invasivas ni intrusivas para las personas que las opciones razonablemente disponibles, que permitan lograr el nivel de protección sanitaria

requerido. Adicionalmente, las medidas que se tomen deben estar fundamentadas en principios científicos y las recomendaciones y orientaciones de la OMS, entre otros parámetros. Veamos:

“TÍTULO VIII - DISPOSICIONES GENERALES

Artículo 42 Aplicación de medidas sanitarias

La aplicación de las medidas sanitarias que se adopten en cumplimiento del presente Reglamento será inmediata y perentoria y se hará de manera transparente y no discriminatoria.

Artículo 43 Medidas sanitarias adicionales

1. El presente Reglamento no impedirá que, en respuesta a riesgos específicos para la salud pública o emergencias de salud pública de importancia internacional, los Estados Partes apliquen medidas sanitarias acordes con su legislación nacional pertinente y las obligaciones dimanantes del derecho internacional:

- a) que proporcionen un nivel igual o mayor de protección sanitaria que las recomendaciones de la OMS; o
- b) que en otras circunstancias estarían prohibidas por el artículo 25, el artículo 26, los párrafos 1 y 2 del artículo 28, el artículo 30, el párrafo 1(c) del artículo 31 y el artículo 33, siempre que esas medidas no sean incompatibles de otro modo con este Reglamento.

Estas medidas no habrán de ser más restrictivas del tráfico internacional ni más invasivas ni intrusivas para las personas que otras opciones razonablemente disponibles que permitan lograr el nivel adecuado de protección sanitaria.

2. Para determinar si aplican las medidas sanitarias referidas en el párrafo 1 del presente artículo u otras medidas sanitarias previstas en el párrafo 2 del artículo 23, el párrafo 1 del artículo 27, el párrafo 2 del artículo 28 y el párrafo 2(c) del artículo 31, los Estados Partes se basarán en:

- a) principios científicos;
- b) las pruebas científicas disponibles de un riesgo para la salud humana o, si esas pruebas son insuficientes, la información disponible, incluida la procedente de la OMS y otras organizaciones intergubernamentales y órganos internacionales pertinentes; y
- c) toda orientación o recomendación específicas disponibles de la OMS.

3. Si un Estado Parte aplica algunas de las medidas sanitarias adicionales previstas en el párrafo 1 del presente artículo y éstas conllevan trabas significativas para el tráfico internacional, dicho Estado Parte comunicará a la OMS las razones de salud pública y la información científica pertinente.

La OMS transmitirá esa información a otros Estados Partes, y comunicará información sobre las medidas sanitarias aplicadas. Para los fines del presente artículo, en general, por trabas significativas se entiende impedir la entrada o la salida internacionales de viajeros, equipajes, cargas, contenedores, medios de transporte, mercancías, etc., o retrasarlas por más de 24 horas.

4. Tras evaluar la información facilitada de conformidad con los párrafos 3 y 5 del presente artículo y otros datos pertinentes, la OMS podrá pedir al Estado Parte en cuestión que reconsidere la aplicación de las medidas.

5. Si un Estado Parte aplica algunas de las medidas sanitarias adicionales previstas en los párrafos 1 y 2 del presente artículo y éstas conllevan trabas significativas para el tráfico internacional, dicho Estado Parte comunicará a la OMS, dentro de las 48 horas siguientes a su aplicación, esas medidas y sus razones de salud pública, a menos que las medidas sean objeto de una recomendación temporal o permanente.
6. El Estado Parte que aplique una medida sanitaria en virtud de los párrafos 1 ó 2 del presente artículo revisará la medida dentro de un plazo de tres meses teniendo en cuenta las orientaciones de la OMS y los criterios enunciados en el párrafo 2 del presente artículo.
7. Sin perjuicio de los derechos que le amparen en virtud del artículo 56, un Estado Parte afectado por una medida adoptada de conformidad con los párrafos 1 ó 2 del presente artículo podrá pedir al Estado Parte que la aplica que mantenga consultas con él. La finalidad de esas consultas es aclarar la información científica y las razones de salud pública en que se basa la medida y encontrar una solución aceptable para ambos.
8. Las disposiciones del presente artículo se podrán aplicar a la adopción de medidas respecto de viajeros que participan en congregaciones de masas.” (Subraya y resalta el Despacho)

La Ley N° 38 de 5 de abril de 2011, “*que adopta el Reglamento Sanitario Internacional*”, establece que **la aplicación de las medidas contenidas en el mismo, debe realizarse con respeto pleno de la dignidad, los derechos humanos y las libertades fundamentales de las personas y de manera proporcionada y restringida a los riesgos para la salud pública.** Es decir, que antes de instaurar cualquier tipo de medida sanitaria debe determinarse si la misma es violatoria de la dignidad, los derechos humanos o la libertad fundamental del ciudadano y si tal medida resulta adecuada y razonablemente acorde con la situación de riesgo para la salud pública de que se trate, debiendo preferirse otra, si existiera duda sobre el particular.

Dicho cuerpo legal, en términos generales, dispone que únicamente se podrían realizar exámenes de carácter obligatorio cuando exista un riesgo inminente o un peligro grave y directo para la salud pública, considerando particularmente la posibilidad de que pueda propagarse internacionalmente una enfermedad y que los exámenes que se realicen, inclusive en estas circunstancias, deberán ser lo menos invasivo e intrusivo posible, de acuerdo con las definiciones que ofrece el reglamento en cuestión y que el riesgo inminente a la salud pública se encuentre debidamente comprobado.

En sentido contrario, **en situaciones de normalidad y en las que no exista certeza, sospecha o indicios de que la persona padece o es portadora de alguna enfermedad transmisible,** debe requerirse su consentimiento para realizarle cualquier tipo de examen invasivo o intrusivo. Es decir, **que la persona debe estar de acuerdo con realizarse el examen de que se trate, de manera voluntaria,** después de haber sido plenamente informada sobre la necesidad y riesgos del mismo.

C. Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos

La Declaración universal sobre Bioética y Derechos Humanos fue adoptada por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura

(UNESCO por sus siglas en inglés) el 19 de octubre de 2005, en la cual se encontraba representada la República de Panamá.⁷

El artículo 1 de este convenio internacional vinculante para nuestro país, establece el alcance del mismo, de la siguiente manera:

“Artículo 1 – Alcance

1. La Declaración trata de las cuestiones éticas relacionadas con la medicina, las ciencias de la vida y las tecnologías conexas aplicadas a los seres humanos, teniendo en cuenta sus dimensiones sociales, jurídicas y ambientales.
2. La Declaración va dirigida a los Estados. Imparte también orientación, cuando procede, para las decisiones o prácticas de individuos, grupos, comunidades, instituciones y empresas, públicas y privadas.”

Sobre el tema objeto de la consulta, observamos las siguientes disposiciones:

“Artículo 3 – Dignidad humana y derechos humanos

1. **Se habrán de respetar plenamente la dignidad humana, los derechos humanos y las libertades fundamentales.**
2. **Los intereses y el bienestar de la persona deberían tener prioridad con respecto al interés exclusivo de la ciencia o la sociedad.** (Subraya y resalta el Despacho)

“Artículo 5 – Autonomía y responsabilidad individual

Se habrá de respetar la autonomía de la persona en lo que se refiere a la facultad de adoptar decisiones, asumiendo la responsabilidad de éstas y respetando la autonomía de los demás. **Para las personas que carecen de la capacidad de ejercer su autonomía, se habrán de tomar medidas especiales para proteger sus derechos e intereses.** (Subraya y resalta el Despacho)

“Artículo 6 – Consentimiento

1. **Toda intervención médica preventiva, diagnóstica y terapéutica sólo habrá de llevarse a cabo previo consentimiento libre e informado de la persona interesada, basado en la información adecuada. Cuando proceda, el consentimiento debería ser expreso y la persona interesada podrá revocarlo en todo momento y por cualquier motivo, sin que esto entrañe para ella desventaja o perjuicio alguno.** 2. La investigación científica sólo se debería llevar a cabo previo consentimiento libre, expreso e informado de la persona interesada. La información debería ser adecuada, facilitarse de forma comprensible e incluir las modalidades para la revocación del consentimiento. La persona interesada podrá revocar su consentimiento en todo momento y por cualquier motivo, sin que esto entrañe para ella desventaja o perjuicio alguno. Las excepciones a este principio deberían hacerse únicamente de conformidad con las normas éticas y jurídicas aprobadas por los Estados, de forma compatible con los principios y disposiciones enunciados en la presente Declaración, en particular en el Artículo 27, y con el derecho internacional relativo a los derechos humanos.
3. En los casos correspondientes a investigaciones llevadas a cabo en un grupo de personas o una comunidad, se podrá pedir además el acuerdo de los representantes legales del grupo o la comunidad en cuestión. **El acuerdo colectivo de una comunidad o el consentimiento de un dirigente comunitario u otra autoridad no deberían sustituir en caso alguno el consentimiento informado de una persona.** (Subraya y resalta el Despacho)

⁷ Cfr. Actas de la Conferencia General, 33ª reunión París, 3-21 de octubre de 2005. Págs. 80 a 86.
https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000142825_spa

“Artículo 7 – Personas carentes de la capacidad de dar su consentimiento

De conformidad con la legislación nacional, se habrá de conceder protección especial a las personas que carecen de la capacidad de dar su consentimiento:

a) la autorización para proceder a investigaciones y prácticas médicas debería obtenerse conforme a los intereses de la persona interesada y de conformidad con la legislación nacional. Sin embargo, la persona interesada debería estar asociada en la mayor medida posible al proceso de adopción de la decisión de consentimiento, así como al de su revocación;

b) se deberían llevar a cabo únicamente actividades de investigación que redunden directamente en provecho de la salud de la persona interesada, una vez obtenida la autorización y reunidas las condiciones de protección prescritas por la ley, y si no existe una alternativa de investigación de eficacia comparable con participantes en la investigación capaces de dar su consentimiento. Las actividades de investigación que no entrañen un posible beneficio directo para la salud se deberían llevar a cabo únicamente de modo excepcional, con las mayores restricciones, exponiendo a la persona únicamente a un riesgo y una coerción mínimos y, si se espera que la investigación redunde en provecho de la salud de otras personas de la misma categoría, a reserva de las condiciones prescritas por la ley y de forma compatible con la protección de los derechos humanos de la persona. Se debería respetar la negativa de esas personas a tomar parte en actividades de investigación.

“Artículo 8 – Respeto de la vulnerabilidad humana y la integridad personal

Al aplicar y fomentar el conocimiento científico, la práctica médica y las tecnologías conexas, se debería tener en cuenta la vulnerabilidad humana. Los individuos y grupos especialmente vulnerables deberían ser protegidos y se debería respetar la integridad personal de dichos individuos.” (Subraya y resalta el Despacho)

“Artículo 27 – Limitaciones a la aplicación de los principios

Si se han de imponer limitaciones a la aplicación de los principios enunciados en la presente Declaración, se debería hacer por ley, en particular las leyes relativas a la seguridad pública para investigar, descubrir y enjuiciar delitos, proteger la salud pública y salvaguardar los derechos y libertades de los demás. Dicha ley deberá ser compatible con el derecho internacional relativo a los derechos humanos.” (Subraya y resalta el Despacho)

“Artículo 28 – Salvedad en cuanto a la interpretación: actos que vayan en contra de los derechos humanos, las libertades fundamentales y la dignidad humana

Ninguna disposición de la presente Declaración podrá interpretarse como si confiriera a un Estado, grupo o individuo derecho alguno a emprender actividades o realizar actos que vayan en contra de los derechos humanos, las libertades fundamentales y la dignidad humana.”

D. Convención Americana Sobre Derechos Humanos

La Convención Americana Sobre Derechos Humanos⁸ igualmente establece derechos y garantías que deben ser considerados en la aplicación de medidas sanitarias de carácter general y aplicación personal. Veamos las que consideramos relevantes para el análisis de lo planteado en la consulta:

El numeral 1 del artículo 5 sobre el **Derecho a la Integridad Personal**, dispone que *“Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral.”*

⁸ Adoptada mediante la Ley N° 15 de 28 de octubre de 1977.

El numeral 1 del artículo 7 que establece el **Derecho a la Libertad Personal**, señala que *“Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales.”*

El artículo 11 que instituye la **Protección de la Honra y de la Dignidad** expone que *“Toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad”; que “Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación”; y que, “Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques.” (Subraya y resalta el Despacho)*

A su vez, el artículo 13 que trata de la **Libertad de Pensamiento y de Expresión** manifiesta que *“Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección.” (Subraya y resalta el Despacho)*

Por otro lado, el artículo 19 sobre los **Derechos del Niño** expresa que *“Todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado.”*

Y el artículo 22 sobre el **Derecho de Circulación y de Residencia** establece que *“Toda persona que se halle legalmente en el territorio de un Estado tiene derecho a circular por el mismo y, a residir en él con sujeción a las disposiciones legales; que “Toda persona tiene derecho a salir libremente de cualquier país, inclusive del propio”; y que “El ejercicio de los derechos anteriores no puede ser restringido sino en virtud de una ley, en la medida indispensable en una sociedad democrática, para prevenir infracciones penales o para proteger la seguridad nacional, la seguridad o el orden públicos, la moral o la salud públicas o los derechos y libertades de los demás.” (Subraya y resalta el Despacho)*

Sobre la suspensión de garantías, el artículo 27 de esta convención establece que ello sería posible *“En caso de guerra, de peligro público o de otra emergencia que amenace la independencia o seguridad del Estado parte, éste podrá adoptar disposiciones que, en la medida y por el tiempo estrictamente limitados a las exigencias de la situación, suspendan las obligaciones contraídas en virtud de esta Convención, siempre que tales disposiciones no sean incompatibles con las demás obligaciones que les impone el derecho internacional y no entrañen discriminación alguna fundada en motivos de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social.”*

Pero también se indica expresamente que **esta disposición no autoriza la suspensión de derechos como el Derecho a la Vida, a la Integridad Personal y del Niño**, ni de las garantías judiciales indispensables para la protección de tales derechos.

E. Decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH)

La Corte IDH se ha pronunciado en relación con los derechos a los que hemos hecho referencia. A continuación citaremos apenas algunos extractos de decisiones de este organismo internacional, que ya se ha pronunciado en contra del Estado panameño por la violación de derechos humanos, en circunstancias distintas, pero que sirven de antecedentes para que las decisiones que se tomen

en la administración pública los consideren y de esta forma eviten la violación de garantías y derechos de la población.

1. Suspensión de Garantías ante situaciones de emergencia pública

La Corte IDH indica que la suspensión de garantías contemplada en el artículo 27 de la Convención no puede ser utilizada en contra de derechos esenciales de las personas y que, como hemos visto, hay derechos y garantías que no pueden ser suspendidos como son el derecho a la vida, el derecho a la integridad personal y los derechos del niño.

Igualmente, que las medidas que se implementen deberán ser acordes en razonabilidad y proporcionalidad, con el carácter, intensidad y profundidad de las situaciones que se presenten.⁹

2. La suspensión de garantías no implica el ejercicio de poderes absolutos

La suspensión de garantías es una situación excepcional que permite al gobierno aplicar ciertas medidas que normalmente estarían prohibidas, sin que ello signifique la suspensión del Estado de Derecho o que se puedan tomar decisiones apartadas de la legalidad. Tampoco puede entenderse que el gobierno se encuentra investido de poderes absolutos.¹⁰

3. Los Estados no gozan de discrecionalidad ilimitada

La suspensión de garantías debe ejecutarse únicamente en la medida y por el tiempo estrictamente limitado a la situación de que se trate, no teniendo los Estados una discrecionalidad ilimitada.¹¹

4. Autonomía, consentimiento informado, dignidad e integridad personal

La Corte IDH señala que la Convención Americana protege “*uno de los valores más fundamentales de la persona humana, entendida como ser racional, esto es el reconocimiento de su dignidad.*” De dicho valor se deriva el principio de la autonomía de la persona, el cual establece que cada quien tiene derecho a elegir lo que considere más conveniente para sí mismo.

“155. La salud, como parte integrante del derecho a la integridad personal, no sólo abarca el acceso a servicios de atención en salud en que las personas gocen de oportunidades iguales para disfrutar del más alto nivel posible de salud, sino también la libertad de cada individuo de controlar su salud y su cuerpo y el derecho a no padecer injerencias, tales como no ser sometido a torturas ni a tratamientos y experimentos médicos no consentidos. De este modo, la existencia de una conexión entre la integridad física y psicológica con la autonomía personal y la libertad de tomar decisiones sobre el propio cuerpo y la salud exige, por un lado, que el Estado asegure y respete decisiones y elecciones hechas de forma libre y

⁹ Cfr. Corte IDH. El hábeas corpus bajo suspensión de garantías (Arts. 27.2, 25.1 y 7.6 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-8/87 de 30 de enero de 1987. Serie A No. 872. Párrafos 20 a 23.

¹⁰ Cfr. Corte IDH. El hábeas corpus bajo suspensión de garantías (Arts. 27.2, 25.1 y 7.6 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-8/87 de 30 de enero de 1987. Serie A No. 872. Párrafo 24.

¹¹ Cfr. Corte IDH. Caso Zambrano Vélez y otros Vs. Ecuador. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de julio de 2007. Serie C No. 166. Párrafo 47.

responsable y, por el otro, que se garantice el acceso a la información relevante para que las personas estén en condiciones de tomar decisiones informadas sobre el curso de acción respecto a su cuerpo y salud de acuerdo a su propio plan de existencia. En materia de salud, el suministro de información oportuna, completa, comprensible y fidedigna, debe realizarse de oficio, debido a que esta es imprescindible para la toma de decisiones informadas en dicho ámbito.”¹² (Subraya el Despacho)

5. Respeto a la autonomía e integridad personal

La Corte IDH, utilizando como fundamento la Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos de la UNESCO de 2005, señala que “el consentimiento debe ser brindado de manera libre, voluntaria, autónoma, sin presiones de ningún tipo, sin utilizarlo como condición para el sometimiento a otros procedimientos o beneficios, sin coerciones, amenazas, o desinformación. Tampoco puede darse como resultado de actos del personal de salud que induzcan al individuo a encaminar su decisión en determinado sentido, ni puede derivarse de ningún tipo de incentivo inapropiado. La manifestación de un consentimiento libre ha sido recogida en una diversidad de documentos internacionales referidos al consentimiento como mecanismo de protección de los derechos de los pacientes, desde el Código de Ética Médica de Núremberg hasta la Declaración Interinstitucional de la ONU.”¹³

IV. Opinión de la Procuraduría de la Administración

En base a todo lo antes explicado, la Procuraduría de la Administración, con respecto al tema objeto de esta consulta, concluye lo siguiente:

1. Este Despacho es del criterio que el Ministerio de Salud como institución responsable de velar por el derecho de toda persona a la promoción, protección, conservación, restitución y rehabilitación de la salud, puede adoptar medidas imprescindibles e impostergables para el control de las enfermedades transmisibles, así como los reglamentos para su ejecución. Sin embargo, la adopción de estas medidas debe realizarse con absoluto respeto de la dignidad, los derechos humanos y las libertades fundamentales de las personas, especialmente el derecho a la vida y la integridad personal; y, de manera proporcionada y congruente con los riesgos para la salud pública de que se trate, como lo establecen las disposiciones legales y convencionales a las que nos hemos referido.
2. Es decir, que la medida de que se trate debe responder a una situación concreta de riesgo inminente para la salud y ser razonablemente útil y apropiada para atenderla, así como encontrarse debidamente justificada y fundamentada en principios y evidencia científicos; información disponible, incluida la procedente de la OMS y otras organizaciones intergubernamentales y órganos internacionales pertinentes; y la orientación o recomendaciones específicas disponibles de la OMS.

¹² Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso I.V. vs Bolivia, Sentencia de 30 de noviembre de 2016 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas). Párrafos 147 a 156.

¹³ Cfr. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso I.V. vs Bolivia, Sentencia de 30 de noviembre de 2016 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas) Párrafos 168, 176, 177, 181 y 182.

3. Adicionalmente, cualquier medida que implique intervención médica preventiva, diagnóstica y terapéutica debe contar con el consentimiento previo, libre e informado de la persona a quien se le deba practicar, con base en la información adecuada para cada caso, pudiendo la persona revocar dicho consentimiento en cualquier momento, sin que ello le genere represalias de ningún tipo.

4. La toma de muestra de hisopado nasofaríngeo y orofaríngeo, de acuerdo con una publicación que aparece en la página de internet de la Caja de Seguro Social de 16 de marzo de 2020¹⁴, debe realizarse introduciendo un hisopo por la fosa nasal del paciente hasta llegar a la pared posterior de la nasofaringe, en la que se ejecuta un escobillado (frotado) *“girando el hisopo de un lado a otro para recoger células y descamación de la mucosa nasofaríngea”*; y en el caso del examen orofaríngeo, deberá frotarse con firmeza la parte de atrás de la garganta. Evidentemente, este procedimiento constituye un examen invasivo e intrusivo, por lo cual consideramos que debería contarse con el consentimiento previo e informado de la persona examinada, antes de efectuarlo, en especial cuando se trata de personas con alguna discapacidad, niños y otro tipo de condiciones que supongan algún riesgo o molestia adicional a la normalmente soportable.

5. En cuanto a la factibilidad de que el Ministerio de Salud establezca la obligatoriedad de realizarse una prueba de hisopado en los términos descritos en el párrafo anterior, consideramos que ello podría efectuarse únicamente en los casos en que la persona se negara a realizarse la prueba; se tenga la certeza o sospecha fundada, por medio de otros exámenes o evidencias, que esta padece o podría ser portadora de alguna enfermedad transmisible; que exista un riesgo inminente o un peligro grave y directo para la salud pública; y, que este sea el único examen que se le pueda realizar para descartar o confirmar el diagnóstico, de lo contrario, deberá preferirse cualquier otro método menos invasivo e intrusivo.

6. Dicho de otro modo, habría que establecer primero la certeza o sospecha de que la persona se encuentra enferma o podría haberse contagiado de una enfermedad transmisible, como es el caso de las personas que han entrado en contacto con personas diagnosticadas con la enfermedad, que la persona represente efectivamente un riesgo para otras personas y que, habiéndole explicado a las circunstancias y evidencias de esto, la misma se niegue a realizarse el examen, siempre que no exista otro método para confirmar el diagnóstico. Naturalmente, en todo momento deberá respetarse el derecho a la vida y a la integridad personal del ciudadano.

7. Desde luego, el Ministerio de Salud tendría que recabar la evidencia y realizar otro tipo de examen previamente, para sustentar la necesidad de realizar el hisopado a la persona de que se trate, lo que descartaría la posibilidad de que este tipo de prueba pueda ser realizada de manera aleatoria e indiscriminada.

8. En caso de considerar necesario que mayor cantidad de personas se realice este tipo de pruebas, el Ministerio de Salud debe proveer a la población de información suficiente en términos verídicos, comprensibles y adecuados, de forma tal que la ciudadanía se convenza de la necesidad de realizarse la prueba descrita o cualquier otra; proporcionar igualmente la información relativa a los sitios en los que se puede realizar dicha prueba de manera gratuita para que las personas acudan de manera voluntaria a realizársela, los cuales deberán ser ubicados de manera tal que no resulte

¹⁴ Cfr. Toma de muestra de hisopado nasofaríngeo y orofaríngeo para detectar coronavirus
<http://www.css.gob.pa/web/16-marzo-2020his.html>

discriminatorio de ninguna forma, cumpliendo así tanto con los objetivos de la institución, como con el respecto a los derechos y garantías de los ciudadanos.

En concreto, y como queda claramente consignado en esta opinión, a juicio de la Procuraduría de la Administración, no puede adoptarse como de carácter obligatorio, la Prueba de Hisopado a nacionales y extranjeros, que se encuentren en el territorio nacional y de requerirse la aplicación de ésta medida, deben tomarse en cuenta todos los parámetros constitucionales, convencionales y legales, antes referidos.

Atentamente,


Rigoberto González Montenegro
Procurador de la Administración

RGM/jfm/rpj



PROCURADURÍA DE LA ADMINISTRACIÓN DESPACHO SUPERIOR	
Recibido por:	<i>[Handwritten signature]</i>
Fecha:	<i>02/Nov/2020</i>
Hora:	<i>11:02 A.M.</i>

César Díaz

La Procuraduría de la Administración sirve a Panamá, te sirve a ti.

*Apartado 0815-00609, Panamá, República de Panamá *Teléfonos: 500-3350, 500-3370 * Fax: 500-3310*

** E-mail: procadmon@procuraduria-admon.gob.pa Página Web: www.procuraduria-admon.gob.pa**