



MINISTÈRE DES AFFAIRES
ÉTRANGÈRES



Seminario Taller Pueblos Indígenas de América Latina: Políticas y Programas de salud, ¿cuánto y cómo se ha avanzado?

*CEPAL, Santiago de Chile,
25 y 26 de junio 2007*

DERECHOS, POLÍTICAS PÚBLICAS, Y SALUD DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS

Amilcar Castañeda

Seminario-Taller “Pueblos Indígenas de América Latina: políticas y programas de salud, ¿cuánto y cómo se ha avanzado?”
CEPAL, Santiago de Chile, 25 y 26 de junio de 2007

La salud indígena y derechos humanos
Amilcar Castañeda, Costa Rica.

Índice

- 1.- La salud como un derecho humano
- 2.- El derecho a la salud en el sistema interamericano
- 3.- El derecho a la salud en el sistema universal
- 4.- Para analiza la normativa interna
- 5.- Normativa sobre usos y costumbres, medicina tradicional y plantas medicinales
- 6.- Las brechas de implementación de la normativa

INTRODUCCIÓN

El objetivo de este documento es profundizar el conocimiento de los contenidos, expresiones y posibles alcances del derecho indígena a la salud en América Latina tomando como base los instrumentos legales internacionales y nacionales que son vigentes o vinculantes para el ejercicio de este derecho. La consagración de los derechos indígenas en los tratados universales y regionales de derechos humanos son un factor que potencian la justiciabilidad del derecho a la salud demandado largamente por los movimientos indígenas en diversos espacios.

En las dos últimas décadas un movimiento creciente se ha ido perfilando para la afirmación de las demandas y peticiones indígenas. Algunos logros han sido consagrados en normas legales (constituciones políticas, leyes y decretos) o disposiciones administrativas que entre otros son el marco para la implementación del derecho indígena a la salud mediante políticas que garantizan: a) acceso a los servicios de salud, b) reconocimiento de la medicina indígena tradicional, c) protección de las plantas y conocimientos medicinales, y d) la adaptación de los servicios de salud a los usos y costumbres indígenas. El presente documento consta de seis segmentos: 1) La salud como un derecho humano, 2) El derecho a la salud en el sistema interamericano, 3) El derecho a la salud en el sistema universal, 4) Para analiza la normativa interna, 5) Normativa sobre usos y costumbres, medicina tradicional y plantas medicinales, y 6) Las brechas de implementación de la normativa

1.- LA SALUD COMO UN DERECHO HUMANO

El concepto de salud

La Organización Mundial de la Salud – OMS- definió en 1946 la salud como “un estado de complejo bienestar físico, mental y social y no meramente la ausencia de enfermedad o afecciones”.¹ Esta definición ha sido tomada como base en diversos instrumentos de derechos humanos que contienen estipulados sobre la salud, como veremos mas adelante. El concepto ha sido desarrollado por la práctica médica y social de las décadas posteriores para efectos operativos orientándose hacia un enfoque más integral que vislumbra las dimensiones físicas, mentales, sociales, emocionales y espirituales de manera interdependientes e integradas en el ser humano, el cual funciona como una entidad completa en relación al mundo que le rodea. El concepto bienestar se refiere a la adecuada adaptación e integración (una condición de equilibrio) de las dimensiones físicas, mental, social, espiritual y emocional a cualquier nivel de salud o enfermedad.

Hablar sobre la salud a nivel colectivo o social requiere relacionar con la noción de ciudadanía, de los derechos y los deberes. La salud pública requiere un esfuerzo por parte del ciudadano y el Estado.

La salud como derecho humano

La Conferencia Internacional de la Salud realizado en Nueva York en el año 1946 establece un principio internacional fundamental en virtud del cual el goce del grado máximo de salud no es solamente un estado o condición de las persona, sino también “uno de los derechos fundamentales de todo ser humano” lo que implica, que surgen obligaciones para los Estados Miembros de la OMS con relación al ejercicio de este derecho y que por lo tanto “los gobiernos tienen la responsabilidad en la salud de sus pueblos, la cual solo puede ser cumplida mediante la adopción de medidas sanitarias adecuadas...”².

Diversos instrumentos internacionales de derechos humanos han incluido este derecho como parte de los Derechos económicos, sociales y culturales – DESC – como veremos mas adelante. Se puede señalar que en la evolución de los derechos, el derecho a la salud es incorporado en todas las generaciones. Así, los derechos de primera generación resguardan la salud presente en el individuo, los de segunda generación obligan al Estado a proveer servicios y acciones de salud, tanto en el ámbito individual como en el colectivo. Los de tercera generación incorporan nuevos paradigmas que permean la intersectorialidad y transdisciplinariedad del sector salud instando a la discusión de asuntos éticos.

La salud como un derecho económico, social y cultural - DESC

La efectivización de los DESC por lo común implica el deber esencial del Estado de proporcionar los mecanismos necesarios para satisfacer las necesidades de carácter social, económico y cultural de los ciudadanos. El Estado es visto como promotor, protector y guía del cumplimiento de los DESC, sin que ello implique que sea el encargado directo de proveer y suministrar todas las decisiones y recursos para el

¹ La definición es parte de la Constitución de la OMS adoptada en el marco de la Conferencia Internacional de la Salud celebrada en Nueva York del 19 de junio al 22 de julio de 1946 y firmada el 22 de julio por los representantes de 61 Estados.

² Citado por Javier Vásquez. El derecho a la Salud. en Revista IIDH N°40. Edición especial sobre derechos económicos, sociales y culturales. San José: Instituto Interamericano de Derechos Humanos, junio-diciembre 2004. pàg. 270

cumplimiento de los DESC. Se requiere la interacción del Estado, gobierno, sociedad civil, comunidad internacional, etc.

Es muy importante el concepto de nivel de vida, que es común denominador de todos los derechos, para considerar los DESC. Generalmente los indicadores socioeconómicos para evaluar el nivel de vida son: salud, alimentación, educación, condiciones de trabajo, situación ocupacional, vivienda, descanso, esparcimiento, seguridad social. Todo esto constituyen los DESC. El derecho a la salud está consagrado en los instrumentos sobre DESC del sistema de Naciones Unidas y el Sistema interamericano de Derechos Humanos, y en las constituciones nacionales de los Estados.

La salud indígena como un derecho humano

La salud como el bienestar biológico, psicológico y social de un individuo equivale en los pueblos indígenas a la armonía de todos los elementos que hacen la salud, es decir el derecho a tener su propio entendimiento y control de su vida, y el derecho a "la convivencia armónica del ser humano con la naturaleza, consigo mismo y con los demás, encaminada al bienestar integral, a la plenitud y tranquilidad espiritual, individual y social".³ Las prácticas médicas dentro de este paradigma indígena no están relacionadas exclusivamente con enfermedades físicas individuales, sino que también abordan "enfermedades" relacionadas con la sociedad y el entorno como un todo. El bienestar de la persona está unido al de la comunidad y el entorno a través de prácticas que buscan el equilibrio. Es decir es holístico.

En el sentido integral el pleno disfrute de la salud para los pueblos indígenas, además de los factores de orden médico (biológico) está relacionado con los factores contextuales que lo determinan: acceso a la tierra/territorio, a los recursos naturales, al un medio ambiente sano, condiciones de vivienda, nutrición, y la armonía social que emana de la expresión irrestricta de su identidad cultural y su libre determinación en sus asuntos. Por ello la salud indígena en su dimensión de salud colectiva está relacionado con los factores de orden ecológico, político, económico, cultural, social y espiritual. Un desarrollo conceptual mas amplio del derecho indígena a la salud está comprendido en la Observación General 14 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la Naciones Unidas emitido en agosto del año 2000 que veremos en mas adelante.

2.- EL DERECHO A LA SALUD EN EL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS

Si bien los DESC no aparecen desarrollados en la Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José)⁴ en el art. 26 se comprometen a adoptar providencias para lograr progresivamente su plena efectividad. La Declaración Americana de los derechos y deberes del hombre⁵ contempla en el art. 11 el derecho a la preservación de la salud y bienestar y en el art.16 a la seguridad social.

³ Taller de Salud, Guaranda, Bolívar, Ecuador, 1995. Citado por Rocío Rojas. Ibid. P.7

⁴ Adoptada en San José de Costa Rica el 22 de noviembre de 1969, en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos. Entró en vigor el 18-7-1978.

<http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/b-32.html>

⁵ Aprobado en la IX Conferencia Internacional Americana, Bogotá, 1948.

El Protocolo de San Salvador

El protocolo Adicional a la Convención Americana de Derechos Humanos en materia de Derechos económicos, sociales y culturales (Protocolo de San Salvador, 1988)⁶. Este instrumento llena el vacío histórico dejado por la Convención Americana sobre Derechos Humanos en relación a los DESC. Los estados se obligan a adoptar medidas necesarias hasta el máximo de recursos disponibles para lograr el desarrollo progresivo: derecho al trabajo y sus condiciones justas, equitativas y satisfactorias, derechos sindicales, a la seguridad social, **a la salud**, a un **medio ambiente sano**, a la alimentación, educación, beneficios de la cultura, constitución y protección de la familia, derechos de la niñez, especial protección a ancianos y a los minusválidos.

“Protocolo de San Salvador” artículo 10 Derecho a la Salud

1. Toda persona tiene derecho a la salud, entendida como el disfrute del más alto nivel de bienestar físico, mental y social.
2. Con el fin de hacer efectivo el derecho a la salud los Estados partes se comprometen a reconocer la salud como un bien público y particularmente a adoptar las siguientes medidas para garantizar este derecho:
 - a. la atención primaria de la salud, entendiendo como tal la asistencia sanitaria esencial puesta al alcance de todos los individuos y familiares de la comunidad;
 - b. la extensión de los beneficios de los servicios de salud a todos los individuos sujetos a la jurisdicción del Estado;
 - c. la total inmunización contra las principales enfermedades infecciosas;
 - d. la prevención y el tratamiento de las enfermedades endémicas, profesionales y de otra índole;
 - e. la educación de la población sobre la prevención y tratamiento de los problemas de salud, y
 - f. la satisfacción de las necesidades de salud de los grupos de más alto riesgo y que por sus condiciones de pobreza sean más vulnerables.

El Proyecto de Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas

En el seno de la Organización de Estados Americanos se viene discutiendo desde hace más de una década el “Proyecto de Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas”, la versión aprobada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en 1997⁷ dedica el art.12 a la salud y bienestar que contemplan el reconocimiento de varios derechos relacionados a la salud de los indígenas. Esta declaración aún no ha sido aprobada por la Asamblea General de la OEA, aunque se ha referido en varias ocasiones de la prioridad de su aprobación. Pese a que este instrumento será el primero del sistema interamericano relativo a los derechos de los pueblos indígena, no será vinculante al igual que otras declaraciones. Es decir, no impone obligaciones jurídicas de cumplimiento por los Estados Partes, es básicamente una obligación de tipo moral y político. No obstante este instrumento puede ser referido

⁶ Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales "Protocolo de San Salvador". Suscrito por la Asamblea General de la OEA, San Salvador, El Salvador, 17 de noviembre de 1988.

<http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/a-52.html>

⁷ Proyecto de Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. Aprobado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos el 26 de febrero de 1997, en su sesión 1333a. durante su 95º período ordinario de sesiones. Ver texto completo en: <http://www.cidh.org/Indigenas/Cap.2g.htm>

en los procesos pertinentes a la validación de los derechos a la salud de los indígenas, entre otros derechos.

Proyecto de Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas

Artículo XII. Salud y bienestar

1. Los pueblos indígenas tendrán derecho al reconocimiento legal y a la práctica de su medicina tradicional, tratamiento, farmacología, prácticas y promoción de salud, incluyendo las de prevención y rehabilitación.
2. Los pueblos indígenas tienen el derecho a la protección de las plantas de uso medicinal, animales y minerales, esenciales para la vida en sus territorios tradicionales.
3. Los pueblos indígenas tendrán derecho a usar, mantener, desarrollar y administrar sus propios servicios de salud, así como deberán tener acceso, sin discriminación alguna, a todas las instituciones y servicios de salud y atención médica accesibles a la población en general.
4. Los Estados proveerán los medios necesarios para que los pueblos indígenas logren eliminar las condiciones de salud que existan en sus comunidades y que sean deficitarias respecto a estándares aceptados para la población en general.

El tratamiento del derecho a la salud indígena

En no disponer de un instrumento específico sobre derechos de los pueblos indígenas en el sistema interamericano no ha sido motivo para no referirse al tema indígena en el cumplimiento de los mandatos de la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos como órganos centrales del sistema. Pueden también aplicar como **norma complementaria** instrumentos internacionales especiales como por ejemplo el Convenio 169 de la OIT sobre “Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes”, la Opinión Consultiva 1/82 de la Corte así lo entiende.⁸

Particularmente la Comisión mediante sus informes de país, visitas in loco y medidas cautelares⁹ ha abordado el derecho a la salud de los pueblos indígenas como puede verificarse en los informes sobre Paraguay, Perú y Surinam¹⁰ que contiene una sección sobre derecho a la salud en el capítulo correspondiente a situación de los derechos indígenas. Las recomendaciones de la Comisión son objeto de seguimiento en los informes sucesivos.

En el caso de **Paraguay** la Comisión detecta el deficiente acceso a la salud de los indígenas e insta a asumir compromisos de carácter continuado sobre asistencia sanitaria y médica. La medida cautelar de la Comisión del año 2003 sobre el caso Yaxye Axa incluye asistencia médica. El informe sobre **Guatemala** (2001) incluye la recomendación de “Que adopte a la brevedad las medidas y políticas necesarias para crear y mantener un sistema de salud preventiva y asistencial eficiente, al que puedan acceder sin dificultad todos los miembros de las diferentes comunidades indígenas, y que aproveche los recursos medicinales y sanitarios propios de las culturas indígenas.

⁸ Citado por Osvaldo Kreimer, en Fergus Mackay. Los derechos de los pueblos indígenas en el sistema internacional. Lima: APRODEH/FIDH, 1999. págs. 13 y 14

⁹ <http://www.cidh.oas.org/Indigenas/Default.htm>

¹⁰ Ver Tercer informe sobre la situación de los derechos Humanos en Paraguay. Cap.IX (2001), Segundo Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en el Perú. Cap.X (2000), y Segundo informe sobre la situación de los Derechos humanos en Surinam (1985). <http://www.cidh.oas.org/pais.esp.htm>

Que provea los medios a dichas comunidades para mejorar las condiciones de sanidad ambiental, incluyendo servicios de agua potable y desagües”¹¹. La mayoría de las medidas cautelares de la Comisión sobre pueblos indígenas se refieren al derecho a la vida y la integridad física.

En la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ya hay casos donde se han considerado los DESC para las reparaciones, en caso de *Awas Tigni* contra Nicaragua y *Caso Aloeboetoe* contra Surinam se tomaron en cuenta los valores, usos y costumbres culturales, es decir el derecho consuetudinario. En el *Caso Yaxye Axa* contra Paraguay¹², la Corte requirió en su audiencia la presentación de un peritaje médico sobre el estado de salud de la población indígena. No obstante no hay un solo caso sometido a la Corte sobre el derecho a la salud o de DESC propiamente. El Juez Manuel Ventura lo explica: “la razón principal de porqué no se han sometido a consideración de la Corte casos que involucren directamente violaciones a los DESC obedece fundamentalmente a que estos derechos no fueron incluidos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos.¹³ Recientemente la Corte emitió la sentencia sobre el *Caso de las niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana*¹⁴, aunque no fue fallado en torno a la violación del derecho a la educación, es la referencia mas cercana tenida hasta hoy en materia de DESC.

La relevancia del caso de la comunidad indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay (sentencia de 29 de marzo de 2006)

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos presentó la demanda ante la Corte para que decidiera si el Paraguay violó los artículos 4 (Derecho a la Vida), 5 (Derecho a la Integridad Personal), 21 (Derecho a la Propiedad Privada), 8 (Garantías Judiciales), y 25 (Protección Judicial) de la Convención Americana, en relación con las obligaciones establecidas en los artículos 1.1 (Obligación de Respetar los Derechos) y 2 (Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno) de la misma, en perjuicio de la Comunidad Sawhoyamaxa del Pueblo Enxet. La Comisión alegó que el Estado no ha garantizado el derecho de propiedad ancestral de la Comunidad Sawhoyamaxa y sus miembros, ya que desde 1991 se encontraban en tramitación su solicitud de reivindicación territorial, sin que se haya resuelto satisfactoriamente. Desde entonces la comunidad ha estado sobreviviendo en las orillas de una carretera pública. Esto ha significado la imposibilidad de la Comunidad y sus miembros de acceder a la propiedad y posesión de sus tierras y ha implicado mantenerla en un estado de vulnerabilidad alimenticia, médica y sanitaria, que amenaza en forma continua su supervivencia e integridad. Junto con la carencia de tierra, la vida de los miembros de la Comunidad Sawhoyamaxa se caracteriza por el desempleo, el analfabetismo, las tasas de morbilidad por enfermedades evitables, la desnutrición, las precarias condiciones de su vivienda y

¹¹ <http://www.cidh.oas.org/countryrep/Guatemala01sp/indice.htm>

¹² Al respecto ver también el caso de la tribu Aché: Ariel Dulitzky. “Jurisprudencia y práctica del sistema interamericano de protección de los derechos humanos relativo a los derechos de los pueblos indígenas y sus miembros en El sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos y los derechos de las poblaciones migrantes, mujeres, los pueblos indígenas y los niñas, niñas y adolescentes. San José: IIDH, 2004. Págs. 216 - 218

¹³ Manuel E. Ventura Robles. Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales. En *Revista IIDH* N°40 Julio – diciembre 2004.

¹⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso de las niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana*. Sentencia de 8 de septiembre de 2005.
http://www.corteidh.or.cr/seriecpdf/seriec_130_esp.pdf

entorno, las limitaciones de acceso y uso de los servicios de salud y agua potable, así como la marginalización por causas económicas, geográficas y culturales.

Estos fueron los alegatos de los representantes de la comunidad:

146. En relación con el artículo 4 de la Convención, en conexión con el artículo 1.1 de la misma, los representantes alegaron que:

a) el Estado ha violado el derecho a la vida de la Comunidad Sawhoyamaxa y de sus miembros: i) al no restituir a la Comunidad sus tierras ancestrales y su hábitat tradicional, afectando, de este modo, su forma de vida diferente, así como sus proyectos de vida; ii) al no garantizarles condiciones de vida dignas y respetuosas de su forma diferente de vida; iii) al no adoptar las medidas necesarias para superar las condiciones de extrema vulnerabilidad y riesgo en las que viven, y iv) al no adoptar las medidas necesarias para prevenir y evitar la muerte de 31 miembros de la Comunidad a los que se hizo referencia en el escrito de solicitudes y argumentos, y de 14 miembros más fallecidos después del año 2003, y

b) aún cuando el Estado declaró en emergencia a la Comunidad y se comprometió a adoptar las medidas necesarias para garantizar el derecho a la vida, la integridad física y la seguridad de sus miembros, dichos servicios han sido insuficientes y deficitarios, continuando la situación de riesgo y vulnerabilidad.¹⁵

Las causas de muertes de los veinte casos de niños y niñas fueron por tétanos, sarampión, enterocolitis, pulmonía, deshidratación, caquexia y neumonía, enfermedades que pudieron prevenirse y curarse, o mejor aún impedirse, permitiendo a los miembros de la Comunidad que vivan en un medio ambiente saludable, sin estar expuestos a los riesgos de su situación indefinida a la orilla de una carretera pública.

Y qué dijo la Corte Interamericana de Derechos Humanos?

178. Por todo lo anterior, la Corte declara que el Estado violó el artículo 4.1 de la Convención Americana, en relación con el artículo 1.1 de la misma, por cuanto no ha adoptado las medidas positivas necesarias dentro del ámbito de sus atribuciones, que razonablemente eran de esperarse para prevenir o evitar el riesgo al derecho a la vida de los miembros de la Comunidad Sawhoyamaxa. La Corte considera que las muertes de 18 niños miembros de la Comunidad son atribuibles al Estado, precisamente por la falta de prevención, lo que constituye además una violación del artículo 19 de la Convención. Asimismo, la Corte declara que el Estado violó el artículo 4.1 de la Convención Americana, en relación con el artículo 1.1 de la misma, por la muerte del señor Luis Torres Chávez, quien falleció por enterocolitis, sin ningún tipo de atención médica (supra párr. 73.74).

Esta sentencia tiene relevancia porque la Corte Interamericana ha afirmado la exigencia de proveer **condiciones de vida digna**. Ha exaltado los deberes positivos del Estado, no sólo las obligaciones negativas. Y con ello ha trazado una nueva frontera de los derechos humanos al amparo de la Convención Americana.

¹⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso comunidad indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay. sentencia de 29 de marzo de 2006.

Llegó a la conclusión de que las circunstancias en que se encontraban las víctimas determinaron la muerte de éstas; que en todos y cada uno de los supuestos mencionados por la sentencia hay elementos suficientemente convincentes - por encima de la duda que un juzgador de buena fe puede enfrentar- para considerar que la salud de las víctimas se quebrantó por la situación que padecían- que ésta fue el producto directo de las condiciones de vida impuestas por los problemas de asentamiento y marginación en que se hallaban, y que finalmente trajeron como consecuencia inequívoca y directa el fallecimiento de aquéllas; el Estado contaba con los medios, como se ha dicho, para preverlo y evitarlo y tenía la obligación de hacerlo.¹⁶

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) y la Organización Panamericana de la Salud establecieron colaboraciones en varias líneas, visitas *in loco* a hospitales, con opiniones técnicas para interpretar la Convención Americana y declaración Americana de Derechos del Hombre en asuntos relativos a la salud.¹⁷ La estrategia de la OPS podría facilitar una reforma integral de los sistema de salud pública: leyes, políticas, procedimientos judiciales y servicios de salud pública relativos a los pueblos indígenas. La Iniciativa de la Salud de los Pueblos Indígenas – SAPIA/OPS ha tenido un impacto importante en la perspectiva interamericana.

Resolución CD37.R5 de la OPS sobre Salud de los Pueblos Indígenas¹⁸

También conocida como “Resolución V” fue emitida en setiembre de 1993 en el marco del XXXVII Consejo Directivo de la OPS. La misma decide adoptar el Documento CD37/20, que describe la iniciativa Salud de los Pueblos Indígenas de las Américas – SAPIA - y el informe de la Reunión de Trabajo de Winnipeg¹⁹ con sus conclusiones y recomendaciones. De este modo, la Iniciativa de Salud de los Pueblos Indígena, conocido como SAPIA, constituye el marco de referencia específico del trabajo de la OPS con los pueblos indígenas.

La Resolución V, insta a los Gobiernos Miembros de la OPS a que:

a) Promuevan el establecimiento o fortalecimiento de una comisión técnica de alto nivel u otro mecanismo de concertación que se considere apropiado, con participación de líderes y representantes de pueblos indígenas, para la formulación de políticas y estrategias, y el desarrollo de actividades de salud y medio ambiente dirigidas hacia poblaciones indígenas específicas;

b) Fortalezcan la capacidad técnica, administrativa y gerencial de las instituciones nacionales y locales responsables de la salud de las poblaciones indígenas, a fin de superar

¹⁶ Voto razonado del Juez Sergio García Ramírez con respecto a la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del 29 de marzo de 2006, en el caso *comunidad indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay*

¹⁷ Ver casos de colaboración en salud mental y VIH/SIDA en Javier Vásquez. El derecho a la salud. San José: Instituto Interamericano de Derechos Humanos. Revista IIDH N°40 Julio – Diciembre 2004

¹⁸ Resolución V "SALUD DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS" Aprobada por la XXXVII REUNIÓN DEL CONSEJO DIRECTIVO de la Organización Panamericana de la Salud. (Aprobada en la cuarta sesión plenaria, celebrada el 28 de septiembre de 1993)

<http://www.ops-oms.org/Spanish/AD/THS/OS/ResolucionVspan.doc>

¹⁹ En Winnipeg – Canadá tuvo lugar entre el 13 y 18 de abril de 1993 la Reunión de Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Salud, Las recomendaciones hechas durante esta reunión se agruparon en una propuesta —la Iniciativa de Salud de los Pueblos Indígenas que es el Documento CD37/20

progresivamente la falta de información en este campo y asegurar mayor acceso a servicios de salud y atención de calidad, contribuyendo así a mejores niveles de equidad;

c) Pongan en marcha las acciones intersectoriales que corresponda en los campos de la salud y el medio ambiente, tanto a nivel del sector oficial como a través de organizaciones del sector no gubernamental (ONG), universidades y centros de investigación que trabajan en colaboración con organizaciones indígenas;

d) Promuevan la transformación de los sistemas de salud y apoyen el desarrollo de modelos alternativos de atención de la población indígena, dentro de la estrategia de los SILOS, incluyendo la medicina tradicional y la investigación sobre su calidad y seguridad;

e) Promuevan el desarrollo de programas de prevención de enfermedades y promoción de la salud para atender problemas y áreas de mayor importancia en materia de salud indígena en sus países²⁰.

La Resolución V fue ratificada en 1997 a través de la Resolución CD40.R6 que reconoce el incremento de las inequidades en el estado de salud y en el acceso a los servicios sanitarios básicos para los indígenas de las Américas debido a los obstáculos económicos, geográficos y culturales que se oponen a la prestación eficiente y eficaz de servicios de salud pública y de atención sanitaria. Exhorta a los Estados Miembros a ser persistentes en los esfuerzos para detectar, vigilar y eliminar las inequidades en el estado de salud y en el acceso a los servicios sanitarios básicos de los pueblos indígenas.

Como consecuencia la OPS por más de una década viene ejecutando la Iniciativa de la Salud de los Pueblos Indígenas, cuyas líneas actuales incluyen:²¹

Meta: Mejorar la salud de los pueblos indígenas.

Finalidad: En colaboración con los propios pueblos indígenas, encaminarse a hallar soluciones realistas y sostenibles a los graves problemas de mala salud y condiciones de vida inferiores al promedio que afrontan muchos de los pueblos indígenas en toda la Región.

Líneas de trabajo: Políticas nacionales y acuerdos internacionales, redes de colaboración interinstitucional e intersectorial, la atención primaria de la salud y el criterio intercultural de la salud, análisis de la información, supervisión y tratamiento.

Estrategias:

a) promover esfuerzos conjuntos y la responsabilidad compartida por la OPS y sus Estados Miembros y las organizaciones y las comunidades indígenas, junto con los organismos y las organizaciones nacionales e internacionales (gubernamentales y no gubernamentales);

b) generar conocimientos e información adecuados durante la acción, así como también permitir acumular sistemáticamente el conocimiento y la información adquiridas a través de la experiencia; y

c) formular propuestas que respondan tanto a las situaciones específicas como a los contextos que varían de un país a otro, y concebir enfoques de acuerdo con los temas comunes a nivel regional con la participación de toda la Organización y todos los Estados Miembros en este proceso.

Áreas de trabajo: Fortalecer la capacidad y forjar alianzas; colaborar con los Estados Miembros para poner en marcha los procesos y proyectos nacionales y locales; proyectos en

²⁰ Organización Panamericana de la Salud. Resolución V "Salud de los Pueblos Indígenas" aprobada por la XXXVII reunión del Consejo Directivo de la OPS. 28 de septiembre de 1993.

²¹ OPS/OMS. La Salud de los Pueblos Indígenas de las Américas. 138.a Sesión del Comité Ejecutivo. Washington, D.C., EUA, 19-23 de junio de 2006. CE138/13, Rev. 1 (Esp.). <http://www.ops-oms.org/Spanish/GOV/CE/ce138-13-s.pdf>

áreas programáticas prioritarias; fortalecer los sistemas sanitarios tradicionales; e información científica, técnica y pública.

En el marco de las acciones de apoyo, asesoría y seguimiento del SAPIA desde 1994 al 2006, de 24 países con población indígena firmantes de la Resolución V, en 19 se han establecido Políticas públicas que promueven el bienestar de los pueblos indígenas, en 18 se han establecido Unidades técnicas de salud sobre los pueblos indígenas en los ministerios de salud, en 19 países hay Proyectos nacionales sobre la salud de los pueblos indígenas, en 16 hay redes y temas locales, en 15 hay Políticas y experiencias en la incorporación de las perspectivas, las terapias y los medicamentos indígenas en los sistemas nacionales de salud, en 10 hay sistemas de información, seguimiento y evaluación sanitaria que incorporan la variable de grupo étnico.

3.- EL DERECHO A LA SALUD EN EL SISTEMA DE NACIONES UNIDAS

Los DESC recibieron un reconocimiento posterior a la Declaración de Derechos del Hombre emitida en 1798, la cual se refería básicamente a los hoy llamamos derechos civiles y políticos. La Asamblea General de la ONU en 1966 aprobó dos pactos internacionales de derechos humanos: el de derechos civiles y políticos y el de DESC. El derecho a la salud se encuentra vinculado a otros derechos humanos civiles y políticos, como es el art.7 del Pacto Internacional de derechos civiles y políticos que establece que “(...) nadie será sometido sin su libre consentimiento a experimentos médico o científicos ...”²², es vinculación entre la salud y el derecho a la integridad física y psíquica del ser humano.

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales

El derecho a la salud está reconocido, definido y protegido por el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales²³, artículo 12. Las Naciones Unidas encargaron al Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales el seguimiento del cumplimiento de los Estados Parte quienes deben informar regularmente sobre la implementación de los compromisos. El Comité analiza los informes de los Estados y emite observaciones finales y observaciones generales. Esta última es un instrumento importante porque la Comisión emite aclaraciones o interpretaciones sobre los contenidos y alcances del Pacto a efectos de facilitar la redacción de los informes por los países. El año 2000 el Comité emitió la Observación general N°14 sobre el derecho a la salud contenido en el art.12 del Pacto.

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales - ONU

Artículo 12

1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del *más alto nivel posible de salud física y mental.*

²² Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966. Entrada en vigor: 23 de marzo de 1976. http://193.194.138.190/spanish/html/menu3/b/a_ccpr_sp.htm

²³ Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966. Entrada en vigor: 3 de enero de 1976. <http://www.ohchr.org/spanish/law/cescr.htm>

2. Entre las *medidas que deberán adoptar los Estados Partes* en el Pacto a fin de asegurar la plena efectividad de este derecho, figurarán las necesarias para:
- a) La reducción de la mortinatalidad y de la mortalidad infantil, y el sano desarrollo de los niños;
 - b) El mejoramiento en todos sus aspectos de la higiene del trabajo y del medio ambiente;
 - c) La prevención y el tratamiento de las enfermedades epidémicas, endémicas, profesionales y de otra índole, y la lucha contra ellas;
 - d) La creación de condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad.

Observación General 14²⁴ derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud

En el numeral 27 el Comité estima conveniente identificar los elementos que contribuirían a definir el derecho a la salud de los pueblos indígenas, a fin de que los Estados con poblaciones indígenas puedan aplicar más adecuadamente las disposiciones contenidas en el artículo 12 del Pacto. El Comité considera que los pueblos indígenas:

Derecho a la salud de los pueblos indígenas según Observación General 14 (numeral 27)

- tienen derecho a *medidas específicas* que les permitan mejorar su acceso a los servicios de salud y a las atenciones de la salud.
- Los servicios de salud *deben ser apropiados desde el punto de vista cultural*, es decir, *tener en cuenta los cuidados preventivos, las prácticas curativas y las medicinas tradicionales*.
- Los Estados deben proporcionar recursos para *que los pueblos indígenas establezcan, organicen y controlen esos servicios* de suerte que puedan disfrutar del más alto nivel posible de salud física y mental.
- *deberán protegerse las plantas medicinales, los animales y los minerales* que resultan necesarios para el pleno disfrute de la salud de los pueblos indígenas.
- en las comunidades indígenas, la salud del individuo se suele vincular con la salud de la sociedad en su conjunto y presenta una *dimensión colectiva*.
- las actividades relacionadas con el desarrollo que inducen al *desplazamiento de poblaciones indígenas*, contra su voluntad, de sus territorios y entornos tradicionales, con la consiguiente pérdida por esas poblaciones de sus recursos alimenticios y la ruptura de su relación simbiótica con la tierra, ejercen un efecto perjudicial sobre a salud de esas poblaciones.

Los informes finales del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales

Los informes finales²⁵ del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales han cumplido un papel importante en el seguimiento del cumplimiento de los DESC en los

²⁴ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Observación general N° 14 (2000). El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales). E/C.12/2000/4 11 de agosto de 2000.

<http://daccessdds.un.org/doc/UNDOC/GEN/G00/439/37/PDF/G0043937.pdf?OpenElement>

²⁵ Se recomienda acceder por internet al documento: Compilación de observaciones finales del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales sobre países de América Latina y el Caribe (1989 - 2004) [http://www.ohchr.org/english/bodies/cescr/docs/publications/CESCR-Compilacion\(1989-2004\).pdf](http://www.ohchr.org/english/bodies/cescr/docs/publications/CESCR-Compilacion(1989-2004).pdf)

países latinoamericanos. Varios de los informes se refieren a los pueblos indígenas. Algunos han sido explícitos en las observaciones del cumplimiento del art. 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, sociales y culturales en cuanto a la situación de la salud de los pueblos indígenas. En su informe sobre **El Salvador**²⁶ de 1996 el comité se extraña de no haber recibido información sobre los programas que podría haber aplicado el Gobierno para garantizar los derechos económicos, sociales y culturales de las minorías étnicas. El informe de 1997 sobre **Perú**²⁷ alienta al Estado a que adopte medidas para mejorar el sistema de atención de la salud y extenderlo a todos los sectores de la población. El Comité expresó su preocupación sobre la salud de los indígenas **mexicanos** en el informe de 1999²⁸ donde se señala la limitación de disponibilidad de los servicios de salud para las poblaciones indígenas en Chiapas, Guerrero, Veracruz y Oaxaca y se exhorta al Estado de **México** a tomar medidas eficaces.

Se deplora la discriminación de la población indígena **venezolana** en el informe del 2001²⁹ especialmente a los servicios de salud y saneamiento, y a una nutrición adecuada. Señala también *el impacto sobre la salud de los indígenas por la explotación extractiva de los recursos naturales como la minería*. La situación del desplazamiento interno de los pueblos indígenas y afrocolombianos ha sido motivo de las recomendaciones de los informes de 1995 y 2001³⁰ que insta al gobierno de **Colombia** a garantizar se atiendan las necesidades básicas. Sobre **Panamá** el informe³¹ del 2001 manifiesta la preocupación por la persistente *situación desfavorable en el acceso al agua potable y la salud*. La situación de discriminación de los indígenas en los servicios de salud en **Guatemala** es foco de atención del informe del 2001³², en la que la Comisión insta al Estado a reorientar sus políticas.

El Comité, en el caso de **Ecuador** (2004)³³, hace un contraste entre el marco jurídico establecido y de la creciente influencia de los grupos comunitarios de base indígenas y la discriminación contra la población indígena sobre todo en salud. Le preocupa la escasa cobertura, la baja calidad y los insuficientes recursos financieros del sistema de salud pública. También los efectos negativos sobre la salud y el medio ambiente de las actividades de extracción de recursos naturales que las empresas realizan.

El último informe donde se hace referencia a la salud indígena es el Informe sobre **Chile** de diciembre del 2004³⁴, el informe observa que siguen estando en situación de desventaja en el disfrute de los derechos. Le preocupa a la Comisión el no reconocimiento constitucional de los pueblos indígenas y la no ratificación del Convenio N° 169 de la OIT. Insta a mejorar la situación de los indígenas en las zonas rurales, en particular en lo que respecta a la salud tomando en cuenta las recomendaciones del informe sobre Chile del Relator especial de las Naciones Unidas sobre pueblos indígenas.

²⁶ Comité de DESC E/C.12/1/Add.4, 28 -5 - 1996 numeral 23

²⁷ Comité de DESC E/C.12/1/Add.14, 20 - 5 - 1997 numeral 36

²⁸ Comité de DESC E/C.12/1/Add.41, 8-12-1999 numeral 18 y 42

²⁹ Comité de DESC E/C.12/1/Add.56, 21- 5- 2001 numeral 12

³⁰ Comité de DESC E/C.12/1995/12, 28-12-1995 numeral 22 y E/C.12/1/Add.74, 6-12- 2001 numeral 43

³¹ Comité de DESC E/C.12/1/Add.64, 24- 9-2001 Numeral 12

³² Comité de DESC E/C.12/1/Add.93, 12-12- 2003 numeral 11 y 41

³³ Comité de DESC E/C.12/1/Add.100, 7-6-2004 numeral 11 y 29

³⁴ Comité de DESC E/C.12/1/Add.105, 1-12-2004 num. 13, 32 y 33

Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial³⁵ (1965).

Este instrumento que ha sido ratificado por todos los países del continente americano, contiene en su art. 5 compromisos de los Estados para prohibir y eliminar la discriminación racial en todas sus formas y a garantizar el derecho de toda persona a la igualdad ante la ley, sin distinción de raza, color y origen nacional o étnico, *del derecho a la salud pública, la asistencia médica, la seguridad social y los servicios sociales*.

Convenio N° 169 de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes³⁶. (adoptado en junio de 1989 y entró en vigor en setiembre de 1991)

La Organización Internacional del Trabajo casi desde su creación ha realizado actividades relacionadas con los pueblos indígenas sus condiciones laborales y trabajo forzoso. Se establecieron varios convenios que hacen referencia como el N° 29 (1930) sobre trabajo forzoso, el N° 107 sobre Poblaciones indígenas y tribales (1957), también ese mismo año se emitió la Recomendación N° 104 sobre pueblos indígenas y tribales.

El Convenio 169 constituye el instrumento de derechos humanos de carácter vinculante más avanzado en materia de Derechos indígenas. Es el Convenio internacional más citado y usado por los pueblos indígenas para hacer validar sus derechos en diversos ámbitos. Contiene un conjunto de normas mínimas internacionales que promueven el diálogo entre los gobiernos, organizaciones indígenas y organizaciones no gubernamentales referente a temas como política general, identidad, cultura, autodeterminación, tierras y sus recursos, condiciones de trabajo, formación profesional, seguridad social, salud, educación, y medio ambiente.

Un efecto inmediato de la ratificación de este convenio es que *los Estados Miembros se comprometen a adecuar la legislación nacional y a desarrollar acciones pertinentes de acuerdo con las disposiciones contenidas en el convenio*. Esto es una base para que la OIT solicite anualmente información a los Estados Miembros. En la primera memoria después de la ratificación se pide al Estado Miembro que se informe artículo por artículo. La OIT cuenta en su estructura con órganos de control regular de la aplicación de los convenios y las recomendaciones: la Comisión de Expertos y la Comisión de Aplicación de Convenios y recomendaciones. La comisión de expertos son los que analizan las memorias enviadas por los Estados.³⁷

El artículo 7:2 estipula el mejoramiento de las condiciones de vida y del nivel de salud de los pueblos indígenas con su participación y cooperación. Los arts. 25 y 30 son los que mejor expresan los derechos a la salud.

³⁵ Adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General en su resolución 2106 A (XX), de 21 de diciembre de 1965. Entrada en vigor: 4-1-1969 <http://www.ohchr.org/spanish/law/cerd.htm>

³⁶ Adoptado el 27 de junio de 1989 por la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo en su septuagésima sexta reunión. Entrada en vigor: 5 de septiembre de 1991. http://www.unhcr.ch/spanish/html/menu3/b/62_sp.htm

³⁷ Gabriela Olgún. Guía Legal sobre la utilización de los convenio y recomendaciones de la OIT para la defensa de los derechos indígenas. San José: OIT, 2002. págs. 32-37. También consultar: Magdalena Gómez. Derechos Indígenas: lectura comentada del Convenio 169 de la OIT. México: INI, 1995.

El derecho a la salud en el Convenio N° 169 de la OIT

Artículo 25

1. Los gobiernos deberán velar por que se pongan a disposición de los pueblos interesados *servicios de salud adecuados o proporcionar a dichos pueblos los medios que les permitan organizar y prestar tales servicios bajo su propia responsabilidad y control*, a fin de que puedan gozar del máximo nivel posible de salud física y mental.
2. Los servicios de salud deberán organizarse, en la medida de lo posible, a nivel comunitario. Estos servicios deberán planearse y administrarse en cooperación con los pueblos interesados y tener en cuenta sus condiciones económicas, geográficas, sociales y culturales, así como sus *métodos de prevención, prácticas curativas y medicamentos tradicionales*.
3. El sistema de asistencia sanitaria deberá dar la preferencia a la *formación y al empleo de personal sanitario de la comunidad local y centrarse en los cuidados primarios de salud*, manteniendo al mismo tiempo estrechos vínculos con los demás niveles de asistencia sanitaria.
4. La prestación de tales servicios de salud deberá coordinarse con las demás medidas sociales, económicas y culturales que se tomen en el país.

Artículo 30.

1. Los gobiernos deberán *adoptar medidas acordes a las tradiciones y culturas de los pueblos interesados*, a fin de darles a conocer sus derechos y obligaciones, especialmente en lo que atañe al trabajo, a las posibilidades económicas, a las cuestiones de educación y salud, a los servicios sociales y a los derechos dimanantes del presente Convenio.
2. A tal fin, deberá recurrirse, si fuere necesario, a traducciones escritas y a la utilización de los medios de comunicación de masas *en las lenguas de dichos pueblos*.

Convenio sobre la Diversidad Biológica³⁸

Este convenio establecido en 1992, su artículo 8:j sobre Conservación *in situ* estipula que se “respetará, preservará y mantendrá los conocimientos, las innovaciones y las prácticas de las comunidades indígenas y locales que entrañen estilos tradicionales de vida pertinentes para la conservación y la utilización sostenible de la diversidad biológica...”

La Declaración Universal de Derechos de los Pueblos Indígenas.

Recientemente aprobado por el Consejo de Derechos Humanos de la ONU en su primer periodo de sesiones (29 de junio de 2006) luego de 22 años de espera. Aunque este instrumento no es de carácter vinculante, sin duda será referido en los procesos de validación de los derechos indígenas. Básicamente los artículos 23 y 24 son los que contienen derechos relativos a la salud de los pueblos indígenas. Tiene énfasis en la autodeterminación para el manejo de los programas de salud, la protección del sistema de salud indígena y las garantías de acceso irrestricto a los servicios de salud.

³⁸ Convenio sobre la Diversidad Biológica. Junio de 1992 <http://www.biodiv.org/doc/legal/cbd-es.pdf>

Declaración universal de los derechos de los pueblos indígenas

Artículo 23

Los pueblos indígenas tienen derecho a determinar y a elaborar prioridades y estrategias para el ejercicio de su derecho al desarrollo. En particular, los pueblos indígenas tienen derecho a participar activamente en la elaboración y determinación de los programas de salud, vivienda y demás programas económicos y sociales que les conciernan y, en lo posible, a administrar esos programas mediante sus propias instituciones.

Artículo 24

1. Los pueblos indígenas tienen derecho a sus propias medicinas tradicionales y a mantener sus prácticas de salud, incluida la conservación de sus plantas, animales y minerales de interés vital desde el punto de vista médico. Las personas indígenas también tienen derecho de acceso, sin discriminación alguna, a todos los servicios sociales y de salud.

2. Las personas indígenas tienen derecho a disfrutar por igual del nivel más alto posible de salud física y mental. Los Estados tomarán las medidas que sean necesarias para lograr progresivamente la plena realización de este derecho

El Informe de febrero del 2006 del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas³⁹ da cuenta que los indígenas están utilizando cada vez más los mecanismos internacionales para la defensa de sus derechos humanos y para procurar cerrar la “brecha de la implementación.” A nivel regional ha jugado un papel de creciente importancia el sistema interamericano de derechos humanos y a nivel internacional, la OIT y los mecanismos de los tratados en las Naciones Unidas tienen una autoridad moral que se ejerce cada vez más en defensa de los derechos de los pueblos indígenas.

Se ha dado un progresivo avance en el reconocimiento de un conjunto de derechos de los pueblos indígenas, incluyendo el derecho a la salud, de manera que hay recursos considerables del derecho internacional para hacer justiciables los derechos. La adecuada conversión del derecho internacional indígena en normas y políticas internas serán base para hacer efectivo el disfrute de los derechos a la salud de los indígenas.

4.- PARA ANALIZAR LAS NORMAS INTERNAS

Es necesario conocer el estado de la incorporación del derecho específico de los pueblos indígenas a la salud en los instrumentos normativos internos de los países de América Latina en cuanto a: acceso a los servicios de salud, reconocimiento de la medicina indígena tradicional, protección de las plantas y conocimientos medicinales, y la adaptación de los servicios de salud a los usos y costumbres indígenas.

Para el desarrollo de este estudio se ha dado un revisión de la producción legislativa (constituciones, leyes, decretos, y en algunos casos resoluciones ministeriales) compilados en varias publicaciones. En especial la Base de Datos sobre legislación Indígena del Banco Interamericano de Desarrollo

³⁹ Rodolfo Stavenhagen. Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas. E/CN.4/2006/78 16 de febrero de 2006, Comisión de Derechos Humanos. 62.º período de sesiones. Numeral 90
<http://daccessdds.un.org/doc/UNDOC/GEN/G06/108/70/PDF/G0610870.pdf?OpenElement>

(<http://www.iadb.org/sds/ind/ley/leyn/datamap.cfm>). Para el análisis del material normativo se tomó en cuenta: la secuencia cronológica y el nivel de inclusión explícita de normas dirigidas a gestar u operacionalizar las políticas específicas de salud indígena. En varios casos los países han ratificado el Convenio N° 107 y/o el 169 de la OIT y la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial, no obstante no han desarrollado una normativa interna que defina los aspectos conceptuales, los alcances en términos de aplicación de los derechos y su armonización con otras normativas sectoriales. En otros casos los países desarrollan acciones en el campo de la salud indígena basado únicamente en la legislación general de salud o seguridad social con la limitante a nivel operativo de la carencia de política específica y adecuada a las condiciones sociales y culturales de los pueblos indígenas. El análisis cubrió únicamente los países latinoamericanos con población indígena y que cuentan con normativa interna sobre pueblos indígenas. Algunos países quedaron por fuera en la medida que no incluyeron los derechos de los pueblos indígenas en sus constituciones, leyes o decretos, aunque hayan ratificado un convenio internacional, con son los casos de Honduras y Paraguay que ratificaron el Convenio 169 de la OIT.

Para comprender la normativa interna

Acciones afirmativas en salud

La base de las políticas específicas para pueblos indígenas y de la normativa correspondiente está en las “acciones afirmativas”, también conocida como “discriminación positiva”. Se refiere a una *“política pública que se expresa mediante una norma legal, una decisión judicial o una decisión oficial que procura mejorar las oportunidades para grupos segregados en la sociedad por su condición de desventaja frente a los grupos dominantes”*.⁴⁰ Son mecanismos transitorios para reducir las inequidades que afecta a las llamadas “minorías” propiciando el acceso preferencial a la salud, educación, empleo, vivienda, y otros. Su concepción está ligada a la eliminación de la discriminación y el fomento de oportunidades para todos los grupos que conforman una sociedad. La mayoría de constituciones y cuerpos legales de los países de América Latina incorporan enunciados expresos que favorecen la diversidad e inclusión de todos los grupos sociales sin distinción de su condición étnica/racial, económica, de género, de credo, de orientación sexual, de filiación política, o de cultura en el desarrollo nacional. El espíritu de la norma afirmativa es garantizar que todas las personas gocen de las mismas oportunidades sin discriminación alguna.

Las acciones afirmativas pueden implementarse para responder a diferentes problemas y se justifican en diferentes enfoques, a saber: a) **compensatorio** (orientado fundamentalmente para remediar los daños ocasionados en el pasado), b) **correctivo** (se utiliza para garantizar el cese de prácticas discriminatorias. Se aplica fundamentalmente en áreas de educación, empleo, vivienda y salud), c) **redistributivo** (el objetivo es acabar con la mala distribución de los bienes).

El disfrute del derecho a la salud indígena, en términos holísticos, está relacionado con el efectivización de otros derechos: a la tierra y territorio, los recursos naturales, la

⁴⁰ Cristina Torres-Parodi. “Acciones afirmativas para lograr la equidad de salud para los grupos étnicos/raciales”. Washington D.C: OPS, setiembre de 2003.
<http://www.paho.org/Spanish/DPM/GPP/PG/AccionesAfirmativasUpdatedVersion%20.pdf>

educación, vivienda, nutrición balanceada, medio ambiente sano, la identidad cultural y autodeterminación. En varios casos ya existe normativa interna en los Estados sobre estos derechos. Incluso en algunos países éstos están estipulados en sus textos constitucionales.

Para efectos del análisis el criterio central es la identificación de las normas que reconocen y regulan expresamente los derechos específicos de los pueblos indígenas a la salud, no en tanto ciudadanos, sino como colectividades o sociedad específicas, es decir en tanto entidades indígenas.

¿Cuáles derechos de la salud indígena serán objetos de observación?

- a) **acceso a los servicios de salud:** acceso gratuito a los servicios públicos de salud en los diversos niveles de atención, incluyendo los sistemas de aseguramiento social. Se destaca la inclusión de disposiciones afirmativas legales para la eliminación de diversas barreras para el uso y disfrute irrestricto de servicios públicos de salud.
- b) **reconocimiento de la medicina indígena tradicional:** reconocimiento, protección, promoción de diversas expresiones de la medicina y sistemas curativos indígenas y mecanismos de complementariedad o armonización con la medicina oficial del Estado.
- c) **protección de las plantas y conocimientos medicinales:** normas de ordenamiento, aprovechamiento y conservación de plantas medicinales. Establecimiento de áreas de protección, participación comunitaria, propiedad intelectual del conocimiento de usos terapéuticos de la biodiversidad.
- d) **adaptación de los servicios de salud a los usos y costumbres indígenas:** Incorporación de elementos y valores de la realidad cultural y social de las comunidades indígenas: lengua, terapias indígenas, sistemas de atención, interculturalidad, programas e instancias especiales para pueblos indígenas, participación indígena en espacios de diseño, formulación, gestión y evaluación de políticas públicas de salud indígena.

A partir del seguimiento del tratamiento de estos cuatro componentes de los derechos a la salud indígena, se ha elaborado un cuadro para 19 países de América Latina identificando la disposición de normativa interna para cada uno de los cuatro componentes. La lección dos detalla los derechos reconocidos en los países respectivos y el rango de las normas que los contienen.

¿cuál es el rango de los derechos reconocidos?

Nuestra ruta de observación de la legislación sobre salud indígena relacionados a pueblos indígenas puede ser vista desde el punto de vista de la **cantidad** de normativa generada por los estados, por el rango de la normativa (nivel constitucional, legislación primaria, legislación secundaria y jurisprudencia) así como el reconocimiento de normas internacionales, y la **calidad** de éstas que tiene que ver con la profundidad o generalidad de derechos incluidos en la normativa.

Así, encontramos países en cuyo marco legal interno (constitución, leyes, decretos) **no hay ninguna norma específica** sobre la salud de los pueblos indígenas. Algunos Estados han consagrado en sus **Constituciones Políticas** el derecho a la salud de los pueblos indígenas. Otros países reconocen únicamente a nivel de **legislación primaria** (leyes), otros en la **legislación secundaria** (decretos). Otro nivel de reconocimiento del derecho a la salud indígena es mediante la **jurisprudencia** interna de los tribunales constitucionales y ordinarios de los Estados. Regularmente los Estados deben convertir su normativa específica sobre salud indígena en políticas y lineamientos estratégicos, medidas administrativas.

En varios países la adopción de normas legales ocurre como producto de la ratificación de tratados internacionales de derechos humanos, o compromisos internacionales que los Estados asumen en los foros internacionales o con los organismos internacionales. También en varios casos son producto de **acuerdos políticos**, negociaciones con el movimiento indígena y la sociedad civil. No en todos los casos los acuerdos políticos se materializan en normativa, ocurre con frecuencia que solo queda en disposiciones administrativas. Esto convierte las conquistas en muy vulnerables, por carecer de seguridad jurídica.

Normativa interna relativa a la salud de los pueblos indígenas según país y fecha de ratificación del Convenio N°169 de la OIT

País	Acceso gratuidad	medicina tradicional	Protección de plantas medicinales	Atención salud de acuerdo usos y costumbres	Fecha Ratificación Convenio N°169 OIT
Argentina	Si	Si	Si	Si	03/07/2000
Belice	no	no	no	no	NO
Bolivia	Si	Si	Si	Si	11/12/1991
Brasil	Si	Si	no	Si	25/07/2002
Chile	Si	no	no	no	NO
Colombia	Si	Si	no	Si	07/08/1991
Costa Rica	si	no	si	no	02/04/1993
Ecuador	Si	Si	Si	no	15/05/1998
El Salvador	no	no	no	no	Rige C. 107
Guatemala	Si	Si	no	no	05/06/1996
Guyana	no	no	no	no	NO
Honduras	no	no	no	no	28/03/1995
México	Si	Si	Si	Si	05/09/1990
Nicaragua	Si	Si	no	Si	NO
Panamá	Si	Si	Si	Si	Rige C. 107
Paraguay	no	no	no	no	10/08/1993
Perú	Si	Si	Si	no	02/02/1994
Surinam	no	no	no	no	NO
Venezuela	Si	Si	no	Si	22/05/2002

Elaboración con información de la Base de datos sobre legislación indígena del BID y la OIT

5.- LA NORMATIVA SOBRE USOS Y COSTUMBRES, PLANTAS MEDICINALES Y MEDICINA TRADICIONAL

Argentina:

Resalta en la experiencia legislativa de este país que toda la normativa interna sobre salud indígena es anterior a la ratificación del Convenio N° 169 de la OIT. El mas importante instrumento es la Ley nacional sobre “política indígena y apoyo a las comunidades aborígenes”⁴¹ de 1985, fue la que marcó la política sobre salud indígena donde se definen:

- a) planes intensivos de salud para comunidades indígenas con carácter prioritario y gratuito en coordinación con los gobiernos provinciales
- b) prevención, recuperación de la salud física y psíquica, la creación de unidades móviles, planes de saneamiento ambiental, nutrición
- c) respeto a la medicina tradicional indígena y formación de promotores sanitarios aborígenes (pautada por la Organización Mundial de la Salud).

Esta ley fue replicada en la normativa interna de las provincias de Formosa, Salta, Misiones, Mendoza, Río Negro, Santa Fe y Tierras del Fuego, donde se instan a sus respectivos institutos indigenistas a desarrollar acciones coordinadas con el Ministerio de Salud Pública. Cabe destacar la Ley de 1986 de la Provincia de Salta⁴² que adiciona la facilitación del acceso de jóvenes indígenas a carreras relacionadas con la salud e instituye para este fin un sistema de becas. También reconoce los aportes de la “medicina empírica” y busca su natural inserción (la ley de Formosa habla de “armoniosa integración”) al sistema sanitario. Otro elemento importante a nivel del derecho de participación, es la incorporación de representantes indígenas en los Consejos Asesores Sanitarios y la obligatoriedad para todos los profesionales en salud que desarrollen sus actividades en zonas aborígenes, a tomar previo conocimiento de los aspectos socioculturales de la población.

La protección de plantas medicinales y atención en salud de acuerdo a los usos y costumbres indígenas no está explicitada en la legislación interna, se remite a seguir las directrices de la OMS. En la Provincia de Santa Fe, una ley⁴³ de 1994 encarga al Ministerio de Salud recopilar conocimientos herborísticos, prácticas curativas y de alimentación propia de la cultura aborígen para ofrecer un plan de atención especial.

Bolivia

Este país posee uno de los marcos normativos mas avanzados del continente por la inclusividad de derechos e interculturalidad en salud. El desarrollo de normativa sobre salud indígena es posterior a la ratificación del Convenio N°169 de la OIT (diciembre de 1991). En 1993 la ley de Ministerios del poder Ejecutivo⁴⁴ señala que entre las competencias del Ministerio de Desarrollo Humano está formular, instrumentar y fiscalizar políticas y programas en salud en las comunidades y pueblos originarios, preservando su identidad y organización. La ley de Participación Popular de 1996⁴⁵ garantiza la inversión pública en la infraestructura de los programas nacionales de epidemiología e inmunizaciones de acuerdo a la realidad local. El carácter universal,

⁴¹ Ley Número 23302 de noviembre de 1985 sobre “política indígena y apoyo a las comunidades aborígenes” en sus arts. 18, 19, 20 y 21 (reglamentado en 1989)

⁴² Ley 6.373 de 1986 arts. 29 y 30 de la Provincia de Salta

⁴³ ley No.11.078 de enero de 1994 art. 30

⁴⁴ Ley No.1493 del 17 Septiembre de 1993. Ley de Ministerios del poder Ejecutivo art. 19

⁴⁵ Decreto Supremo No. 24447 de 20 de diciembre de 1996 Reglamentario a la Ley de Participación Popular y descentralización, artículo 41

integral, gratuito, y su adecuación y ejecución de los servicios de salud mediante la medicina tradicional Boliviana se verifica en la ley del año 2002 que crea el Seguro Universal Materno Infantil⁴⁶ donde los usos y costumbres de los pueblos indígenas, originarios y campesinos de Bolivia, tiene viabilidad según sea la elección del usuario.

Un elemento significativo es la creación en el 2001 del Seguro Básico de Salud Indígena y Originario⁴⁷ cuyo decreto dota de facultades a las organizaciones indígenas y municipalidades para otorgar carnet de aseguramiento. Para dicho efecto se crea un Consejo Interinstitucional con participación indígena.⁴⁸

El reglamento⁴⁹ del Seguro Básico de Salud Indígena y Originario del 2002 define los contenidos y modalidades de una propuesta de complementariedad de los sistemas de salud indígena y el nacional, entre sus componentes están:

- 1.- aseguramiento público adecuado a la multiculturalidad,
- 2.- oficinas interculturales “yanapiris” que promuevan y faciliten la atención en los servicios y programas de salud con visión intercultural,
- 3.- Auxiliares Comunitarios de Salud para articular con el sistema comunitario,
- 4.- uso y difusión de la farmacopea nativa,
- 5.- equipos móviles e itinerantes de salud,
- 6.- fomento de hábitos nutricionales tradicionales,
- 7.- desarrollo de servicios de salud y medicina tradicional, que fortalezcan la oferta de servicios culturalmente adecuados,
- 8.- formación de profesionales indígenas en salud,
- 9.- calidad de atención y adecuación de la oferta, que en base a una visión comunitaria de la calidad.
- 10.- fortalecimiento de capital social, redes y gobiernos municipales que promuevan la salud con identidad.

La definición de normas y roles de la articulación intercultural especialmente en casos de atención materno infantil, es en base al reconocimiento, respeto, acreditación y homologación de la lógica y prácticas médicas tradicionales.

Sin duda, el hito mas significativo a nivel de desarrollo normativo e institucional es el decreto del 6 de febrero de 2006 emitido por el Presidente Evo Morales, por el que crea el Vice Ministerio de Medicina Tradicional e Interculturalidad.

Brasil

La ley sobre el Estatuto del Indio (1973)⁵⁰ establece que los indígenas tienen derecho a la protección en salud especialmente la niñez y maternidad. El régimen de previsión social será extensivo a los indígenas y atendidas en las condiciones sociales, económicas y culturales de las comunidades.

⁴⁶ Ley No.2426 de Noviembre 21 de 2002 Ley del Seguro Universal Materno Infantil Artículo 1. Véase también Decreto Supremo 26874 del 21 de Diciembre de 2002 Reglamento de las Prestaciones y Gestión del Seguro Universal Materno Infantil Art. 8

⁴⁷ Decreto Supremo Número 26330 de septiembre del 2001 (arts 1 y 2) crea el Seguro Básico de Salud Indígena y Originario

⁴⁸ Decreto Supremo Número 26333 de septiembre 22 del 2001.

⁴⁹ Resolución Ministerial No. 0030 de 18 de Enero de 2002 Reglamento del Seguro Básico de Salud Indígena y Originario, arts. 1, 4 y 11

⁵⁰ Lei No.6001 de 19 de dezembro de 1973 Sobre o Estatuto do Índio, art. 54 y 55

En 1999 se instituye por ley⁵¹ el Subsistema de Atención de Salud Indígena que tiene como base a los “Distritos Sanitarios Especiales Indígenas” con un mecanismo descentralizado y regionalizado, con disposición de recursos propios. La ley prevé la integración del subsistema al Sistema Único de Salud y articulado a la política indigenista del país. Un elemento interesante que caracterizará la gestión de la política de salud indígena es que se faculta para la prestación de los servicios a municipalidades, estados, organismos públicos y no gubernamentales. Establece como obligación tomar en cuenta la realidad local y las especificidades culturales en el abordaje diferenciado y global que incluya: asistencia en salud, saneamiento básico, nutrición, vivienda, medio ambiente, demarcación territorial, educación sanitaria e integración institucional. También se establece la participación indígena en los órganos de formulación, gestión y evaluación de las políticas de salud. El Decreto No 3.156 del 27 de Agosto de 1999 dispone las directrices para la prestación de los servicios de salud a los pueblos indígenas⁵²:

- 1.- contribuir al equilibrio de la vida económica, política y social de las comunidades indígenas,
- 2.- reducción de la mortalidad, especialmente materno infantil,
- 3.- cese del ciclo de enfermedades transmisibles,
- 4.- control de la desnutrición, caries y enfermedades peridentales,
- 5.- restauración de las condiciones ambientales relacionadas al origen de enfermedades,
- 6.- asistencia médica y odontológica integral prestada por instituciones públicas en coordinación con organizaciones indígenas y otras de la sociedad civil,
- 7.- garantías para el acceso de las comunidades indígenas a las acciones de nivel primario, secundario y terciario del Sistema Único de Salud,
- 8.- participación de las comunidades indígenas en la elaboración de la política de salud indígena, sus programas y proyectos,
- 9.- reconocimiento de la organización social y política, las costumbres, las lenguas, creencias y tradiciones de los indígenas.

La ley establece que las políticas y directrices para la promoción, prevención y recuperación de la salud indígena serán ejecutadas por la Fundación Nacional de Salud - FUNASA. Para ese efecto contará con el apoyo de la Fundación Nacional del Indio especialmente en lo relacionado con los pueblos indígenas en aislamiento o no contactados. El Consejo Nacional de Salud definió en agosto del 2000 las normas para las investigaciones que involucran poblaciones, el numeral III se refiere a los aspectos éticos de investigación relacionado con los pueblos indígenas buscando garantizar el respeto de la visión de mundo, la integridad física y cultural⁵³.

Brasil ha desarrollado varios instrumentos normativos orientados a la gestión de un conjunto de instancias e programas de atención a la salud indígena. Así el decreto N.º 1163/GM, de 14 de setiembre de 1999⁵⁴ define que la prestación de los servicios de salud debe darse por medio de FUNASA y establece sus funciones específicas. En Junio del 2004⁵⁵ se establece las directrices del Modelo de Gestión de la Salud Indígena determinando los marcos de acción de cada ente involucrado en la gestión de la política

⁵¹ Lei No 9.836, de 23 de Setembro de 1999 Art. 19

⁵² Decreto No 3.156 del 27 de Agosto de 1999 arts. 2 al 10

⁵³ Resolução No. 304, de 09 de Agosto de 2000 Conselho Nacional de Saúde.

⁵⁴ Portaria N.º 1163/GM, de 14 de setembro de 1999. Dispõe sobre as responsabilidades na prestação de assistência à saúde dos povos indígenas, no Ministério da Saúde e dá outras providências.

⁵⁵ Portaria N.º 70/GM Em 20 de janeiro de 2004. Aprova as Diretrizes da Gestão da Política Nacional de Atenção à Saúde Indígena.

de salud indígena: Ministerio de Salud, FUNASA, Departamento de Salud Indígena de FUNASA, la estructura de los Distritos Sanitarios Especiales indígenas, los consejos locales, distritales, regionales, Casa del Indio, Comisiones de gestión bipartita.

Chile

La única normativa nacional sobre pueblos indígenas es la Ley 19253 de octubre de 1993⁵⁶ que establece normas sobre protección, fomento y desarrollo de los indígenas, y crea la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena - CONADI. La ley no dedica ni un artículo sobre la salud de los indígenas de todo el país, con excepción de una mención en el art. 73 a y b, en las disposiciones particulares complementarias referidas a los “indígenas de los canales australes” (yámanas, kawaskar y otras que habiten el extremo sur de Chile y provenientes de ellas) se establece que la CONADI apoye en “salud y salubridad, y sistemas apropiados de seguridad social”. Hay programas públicos sobre salud indígena en varias regiones del país, pero solo se sustentan en disposiciones de orden administrativo, lo que las convierte en vulnerables. El derecho indígena a la salud no está claramente asegurado.

Costa Rica

Costa Rica no ha desarrollado una normativa ni institucionalidad específica sobre la salud de los pueblos indígenas. La única referencia ocurre en la ley de creación de la Comisión Nacional de Asuntos Indígenas - CONAI de 1973 que estipula entre sus objetivos “establecer centros de salud con personal bien adiestrado procurando capacitar elementos de las diferentes zonas habitadas por los indígenas”.⁵⁷ El decreto N° 27800 de 1999 del Ministerio de Ambiente y Energía, sobre aprovechamiento forestal en las “Reservas Indígenas” prevé la protección de las áreas de aprovisionamiento de plantas medicinales.

Recientemente el Presidente de la República emitió el primer instrumento específico sobre la salud de los Pueblos indígenas, el Decreto N° 33121-S de abril del 2006⁵⁸ que crea el Consejo Nacional de Salud de los Pueblos Indígenas – CONASPI. En sus considerandos se reconoce la “deuda histórica” de la sociedad y el Estado costarricense tienen con los pueblos indígenas. Así mismo se invoca la necesidad de políticas efectivas con respeto a la identidad y cultura que se rijan con criterios de interculturalidad. El CONASPI es órgano asesor y de consulta (con participación indígena) del Ministerio de Salud para el seguimiento de la Política Nacional de Salud de los Pueblos Indígenas, entre algunas funciones están:

- a) promover, asesorar y apoyar las acciones públicas tendientes a elevar la calidad de la salud de los pueblos indígenas,
- b) promover el desarrollo de un modelo de atención específico con criterios de interculturalidad,
- c) desarrollar un trabajo coordinado con las comunidades indígenas, entes públicos y privados,
- d) promover la aplicación del Convenio N° 169 de la OIT en las diversas instancias y programas de atención de salud, su inclusión en los planes operativos,

⁵⁶ Ley 19253 Publicada en el Diario oficial el 5 de octubre de 1993 que establece normas sobre protección, fomento y desarrollo de los indígenas, y crea la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena

⁵⁷ Ley N° 5251 del 9 de julio de 1973 artículo 4 inciso j.

⁵⁸ Decreto N° 33121-S emitido el 19 de abril del 2006 y publicado en la Gaceta el 2 de junio de 2006.

e) convocar los Foros Nacionales de Salud de los Pueblos Indígenas.

Colombia

Aunque el derecho específico a la salud de los indígenas no es mencionado en la Constitución Política de 1991, Colombia ha producido un importante número de normativa interna (leyes, decretos, acuerdos) antes y después de la nueva constitución política y la ratificación del Convenio N° 169 de la OIT. Lo que es saludable para la buena y adecuada gestión de las políticas de salud.

Se dispone la gratuidad de los servicios de salud en todos sus niveles mediante la ley N° 10 de enero de 1990. El decreto 1416 de julio 1990⁵⁹ establece que los Comités de Participación Comunitaria para la prestación de servicios de salud en los resguardos indígenas serán presididos autoridad indígena respectiva. El primer instrumento legal que define la prestación de servicios de salud para los indígenas es el decreto 1811 de agosto de 1990⁶⁰, estipula que:

- a) toda acción de salud debe ser concertada con el gobierno indígena respetando la lengua, mecanismos propios de discusión y decisiones,
- b) programas formación de profesionales y técnicos socialmente conscientes y capacitados para el trabajo con comunidades indígenas,
- c) selección de promotores de salud realizada y supervisada por la comunidad y dotación de un modelo de educación adecuado,
- d) Los cabildos y autoridades tradicionales comunitarias, en coordinación con los entes de salud ejercerán la vigilancia y el control sobre la marcha de los programas de salud,
- e) La prestación de servicios de salud para las comunidades indígenas será gratuita.
- f) creación por parte del Ministerio de Salud de un grupo técnico para definir las políticas, asesorar, diseñar modelos especiales de atención de la salud.

En junio de 1992 el Ministerio de Salud emite una resolución sobre Medicinas Tradicionales y Terapéuticas Alternativas⁶¹, donde adopta normas para incentivar la investigación, recuperación, respeto y revalorización de las culturas médicas tradicionales y las terapéuticas alternativas buscando mecanismos de complementariedad. La misma crea el Comité Asesor para el desarrollo de las culturas médicas tradicionales y de las terapias alternativas, con el fin de proponer políticas y estrategias. Son parte del Comité organizaciones indígenas, gremios de terapéuticas alternativas, gremio de homeópatas y académicos.

La mayor producción normativa se ha dado en torno a la inclusión indígena en el seguro social. Así, la Ley que crea el sistema de seguridad social integral⁶² en 1993 define que las entidades territoriales pueden establecer convenios con Entidades Promotoras de

⁵⁹ Decreto 1416 de Julio 4 de 1990 sobre normas relativas a la organización y establecimiento de las modalidades y formas de participación comunitaria en la prestación de servicios de salud.

⁶⁰ Decreto 1811 de Agosto 6 de 1990 Por el cual se reglamenta parcialmente la ley 10 de 1990, en lo referente a la prestación de servicios de salud para las comunidades indígenas, arts. 1 al 11

⁶¹ Resolución N° 005078 de Junio 30 de 1992 que adopta normas sobre Medicinas Tradicionales y Terapéuticas Alternativas y crea Consejo Asesor para la conservación y el desarrollo de las mismas

⁶² Ley Número 100 del 23 de diciembre de 1993 por la cual se crea el Sistema de Seguridad Social Integral arts.156, 157, 181 y 200

Salud⁶³ para la prestación de los servicios propios con un régimen subsidiado⁶⁴ (ONGs, sector social solidario y comunidades indígenas). También define la promoción de demandantes de servicios de salud sobre la base de los cabildos indígenas. Uno de los objetivos de la creación de Asociaciones de Cabildos, según el decreto 1088 de junio de 1993 es fomentar en sus comunidades proyectos de salud. El decreto N° 330 de febrero del 2001 norma la constitución y funcionamiento de Entidades Promotoras de Salud Indígenas - EPS conformadas por cabildos y/o autoridades tradicionales indígenas para organizar y garantizar la prestación de los servicios con manejo autónomo de los recursos del régimen subsidiado. Pueden operar en todo el país. Las EPS atenderán directrices y orientaciones de los cabildos o autoridades tradicionales indígenas.

Una serie de acuerdos ministeriales⁶⁵ fueron normando los mecanismos de operación del Sistema de Seguridad Social en Salud para los indígenas, éstos fueron incluidos y desarrollados posteriormente en la Ley N° 691 del 18 septiembre del 2001 que reglamenta la participación de los indígenas en el Sistema General de Seguridad Social. Algunos elementos más relevantes son:

- a) derecho de acceso y la participación a los Servicios de Salud, en condiciones dignas y apropiadas, observando rigurosamente diversidad étnica y cultural y la concertación para garantizar la permanencia cultural.
- b) proteger de manera efectiva los derechos a la salud de los Pueblos Indígenas, garantizando su integridad cultural,
- c) subsidio alimentario mujeres gestantes, menores de cinco años y a proyectos de recuperación nutricional, a partir de esquemas sostenibles de producción.
- d) continuidad de atención en salud subsidiada, en las condiciones inicialmente pactadas, a los miembros de los Pueblos Indígenas que se desplacen de un lugar a otro del territorio nacional,
- e) Los planes y programas de servicios de salud aplicables a los Pueblos Indígenas, tendrán en consideración el saber y las prácticas indígenas, basados en los criterios del pluralismo médico, complementariedad terapéutica e interculturalidad.
- f) adecuación cultural de los sistemas de información en Salud, incluyendo indicadores concernientes a patologías y conceptos médicos tradicionales de los Pueblos Indígenas,

⁶³ El decreto 723 de Marzo 14 de 1997 regula las relaciones entre las entidades territoriales, las entidades promotoras de salud y los prestadores de servicios de salud.

⁶⁴ Decreto Número 2357 de Diciembre 29 de 1995 que reglamenta algunos aspectos del régimen subsidiado del Sistema de Seguridad Social en Salud, establece que “Para la población indígena y la indigente no existirán cuotas de recuperación”

⁶⁵ a) Acuerdo N° 23 de 1996 art. 4, define la forma de afiliación de beneficiarios de comunidades indígenas al régimen subsidiado del Sistema de Seguridad Social.

b) Acuerdo N° 25 de 1996 art. 3, establece que el representante indígena en los Consejos Territoriales de Seguridad Social en Salud, será elegido por la comunidad de acuerdo con sus usos y costumbres, y que su aceptación será obligatoria.

c) Acuerdo N° 30 de 1996 art. 11, sobre contribuciones de los afiliados dentro del régimen subsidiado, establece para las comunidades indígenas, la atención será gratuita y no habrá lugar al cobro de copagos

d) Acuerdo N° 32 de 1996 art. 13 sobre los recursos del régimen subsidiado, para el financiamiento del aseguramiento de las Comunidades Indígenas se recurrirán a recursos de municipios, Fondo de Solidaridad y Garantía (para municipios y comunidades indígenas) y recursos de los resguardos indígenas provenientes de los Ingresos Corrientes de la Nación.

e) Acuerdo N° 72 de 1997 art. 8, estipula que el Plan Obligatorio de Salud para comunidades indígenas podrá ser ajustado y concertado entre las comunidades indígenas, las administradoras del régimen subsidiado y la entidad territorial.

f) Acuerdo N° 77 de 1997 define la exclusión de indígenas que pertenezcan al régimen contributivo del régimen subsidiado y establece la libre escogencia de administradora del Régimen Subsidiado para las comunidades indígenas.

g) acceso a los niveles superiores de atención médica del Sistema de Referencia y Contrarreferencia con criterio de atención pronta y oportuna. Dotando en las ciudades de casas de paso, en las cuales se hospedarán los acompañantes o intérpretes de los remitidos.

Ecuador

El derecho específico de los indígenas a la salud en el Ecuador tiene el más alto rango, es constitucional. Los arts. 44, 45 y 60 de la Constitución Política de 1998, estipulan que la política nacional de salud reconocerá, respetará y promoverá el desarrollo de las medicinas tradicional y alternativa. El sistema nacional de salud funcionará de manera participativa. El Seguro Social Campesino como régimen especial del seguro general obligatorio, ofrecerá prestaciones de salud y protección contra contingencias de invalidez, discapacidad, vejez y muerte. El art. 84 de la Constitución reconoce y garantiza a los pueblos indígenas la propiedad intelectual colectiva de sus conocimientos ancestrales incluyendo los conocimientos y prácticas de medicina tradicional, incluido el derecho a la protección de los lugares rituales y sagrados, plantas, animales, minerales y ecosistemas de interés vital para la medicina.

El decreto N° 1642 del 30 de septiembre de 1999 crea la Dirección Nacional de Salud de los Pueblos Indígenas como una dependencia del Ministerio de Salud Pública, con autonomía técnica, administrativa y funcional para la a) aplicación del Plan Nacional de Salud en las comunidades y pueblos indígenas dando respuestas a problemas inmediatos y emergentes en el ámbito de salud en las comunidades indígena, b) buscará la coordinación de acciones a fin de incorporar las prácticas de medicina tradicional a las de medicina académica e incentivar la legislación sobre la materia, c) formación de personal indígena de salud tanto en el campo de la medicina tradicional como la medicina académica. Ecuador no ha desarrollado suficiente normativa interna para la operatividad de las políticas de salud indígena.

Guatemala

Durante el gobierno reformista de Jacobo Arbenz se emitió la Ley Orgánica del Instituto guatemalteco de Seguridad Social⁶⁶ del año 1946 delega al Instituto coordinar acciones para trazar y llevar a la práctica la política indigenista. La Constitución Política de 1985 (Art. 98) define que “las comunidades tienen el derecho y el deber de participar activamente en la planificación, ejecución y evaluación de los programas de salud”. El Código de Salud⁶⁷ (1997) estipula la participación comunitaria en la administración parcial o total de los programas y servicios de salud, además se priorice las acciones de promoción y prevención de salud, garantizando la atención integral de salud, en los diferentes niveles de atención y escalones de complejidad del sistema, tomando en cuenta el contexto nacional multiétnico, pluricultural y multilingüe. Los materiales educativos de promoción deberán ser realizados en su propio idioma, valorando, respetando y considerando sus creencias, culturas, prácticas. El Código establece que es tarea del Estado incorporar, regular y fortalecer los sistemas alternativos, como la homeopatía, la medicina natural, la medicina tradicional, medidas terapéuticas y otras para la atención de la salud, estableciendo mecanismos para su autorización, evaluación

⁶⁶ Decreto Legislativo N° 295 de Octubre 28 de 1946 Ley Orgánica del Instituto guatemalteco de Seguridad Social, Art. 61

⁶⁷ Decreto Legislativo Número 90-97 de Octubre 2 de 1997 Código de Salud con participación de la comunidad en programas de servicios de salud. Arts. 1, 4, 5, 18

y control. Se establece la prestación de servicios de salud integrados, respetando, “cuando clínicamente sea procedente”, las prácticas de medicina tradicional e indígena.

México

El derecho a la salud de los indígenas está consagrado en la Constitución Política⁶⁸ del año 2001 en términos del “acceso efectivo a los servicios de salud mediante la ampliación de la cobertura del sistema nacional, aprovechando debidamente la medicina tradicional, así como apoyar la nutrición de los indígenas mediante programas de alimentación, en especial para la población infantil”. Algunas Constituciones políticas de los Estados, como Chiapas⁶⁹, Campeche⁷⁰, Tabasco⁷¹ y Chihuahua⁷² reconocen los derechos a la salud de los pueblos indígenas y la prestación de servicios adecuados en el marco de sus características sociales y culturales.

La medicina indígena tradicional está contemplada en la legislación interna de dichos estados incluyendo Quintana Roo⁷³ que estipulan acciones de investigación, protección, promoción, capacitación y acreditación para su complementariedad con la medicina oficial. Se incluyen normas en la legislación forestal⁷⁴ para el “uso doméstico de recursos y materias primas forestales” que las comunidades indígenas usan para su medicina y rituales. Además de la creación de una comisión para promover y apoyar el conocimiento biológico tradicional de los pueblos y comunidades indígenas y ejidos, así como el fomento y el manejo sustentable de los árboles, arbustos y hierbas para la autosuficiencia y para el mercado, incluyendo medicinas.

Nicaragua

La Constitución Política⁷⁵ garantiza la gratuidad de la salud para los “sectores vulnerables” de la población. No se menciona expresamente a los pueblos indígenas, pero se entiende que está incluido entre los grupos vulnerables. Se explicitan los derechos indígenas a la salud solo en la normativa generada para los pueblos indígenas y comunidades étnicas de la costa atlántica de Nicaragua. Así, en el Estatuto de la Autonomía⁷⁶ de la Costa Atlántica de Nicaragua de 1987 se habla del rescate en “forma

⁶⁸ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos modificada por Decreto de Abril 25 del 2001. Artículo 2, III

⁶⁹ Constitución Política del estado Libre y Soberano de Chiapas, Art. 13. Periódico Oficial de Entidad Federativa de 9-Oct-90

⁷⁰ Constitución Política del estado Libre y Soberano de Campeche, Art. 7. Periódico Oficial de Entidad Federativa de 6-Jul-96

⁷¹ Constitución Política del Estado libre y soberano de Tabasco, Art. 2. 5-4-1917

⁷² Constitución Política del estado Libre y Soberano de Chihuahua, art. 10. Periódico Oficial de Entidad Federativa de 1- Oct- -94

⁷³ Ley de Derechos, Cultura y Organización Indígena del Estado de Quintana Roo. Arts. 33, 34 y 35 Publicada en el Periódico Oficial del Estado el 30 de julio de 1998 y también Ley de Derechos y Cultura Indígena del Estado de Chiapas. Expedida el 29 de Julio de 1999. Arts. 48 al 52.

⁷⁴ Ley Forestal D.O.F. del 20 mayo de 1997 Artículo 13 y Ley General de Desarrollo Forestal sustentable publicada en el D.O.F de Febrero 25 de 2003. art. 105

⁷⁵ Constitución Política de la República de Nicaragua de 1987. Art.105 que incluye la Ley de Reforma Parcial de la Constitución Política de la República de Nicaragua - Ley No. 192 del 1 de febrero de 1995

⁷⁶ Estatuto de la Autonomía de las regiones de la Costa Atlántica de Nicaragua Ley No.28 de Septiembre 2 de 1987, art. 11 establecida durante la Revolución Popular Sandinista.

científica” y en coordinación con el sistema nacional de salud, los conocimientos de la medicina natural indígena. La ley de “Uso Oficial de las Lenguas de las Comunidades de la Costa Atlántica” (1993)⁷⁷ establece que los mensajes de Salud Pública deben ser elaborados de acuerdo a las características culturales de la comunidad, traducida y divulgados en sus lenguas, y que las unidades de salud de las regiones deben asegurar el servicio de intérprete y traductor cuando el caso lo requiera. Entre las atribuciones del Comité Nacional del Decenio Internacional de las Poblaciones Indígenas⁷⁸ (creado por decreto en 1994) está diseñar propuestas de políticas para dotación de servicios de Salud promoviendo la coordinación entre el gobierno, los pueblos indígenas, ONGs y cooperación internacional.

Es el reglamento⁷⁹ de la ley de autonomía la ley de autonomía (realizado 17 años después en el 2003) donde se consignan los avances mas cualitativos en cuanto a normativa sobre salud de los pueblos indígenas:

- a) se reconoce el Modelo Regional de Salud elaborado por diversos actores de las regiones con carácter vinculante y obligatorio,
- b) plan de inversiones en capacitación de recursos humanos, infraestructura física, equipamiento y suministros médicos y no médicos,
- c) fortalecimiento de servicios de atención primaria, medicina preventiva, rehabilitación de la salud, incorporando la promoción de la participación comunal e intersectorial, y
- d) servicios de salud con rescate en forma científica del uso, desarrollo y difusión de los conocimientos de la medicina tradicional.

Panamá

El desarrollo normativo sobre salud de los pueblos indígenas se han dado básicamente en las leyes de creación (y las cartas orgánicas) de las comarcas indígenas, la ley de igualdad de oportunidad de las mujeres y una resolución del Ministerio de Salud. La primera referencia al tema se dio en 1953 en la ley de creación de la Comarca de San Blas⁸⁰ para el establecimiento de unidades sanitarias, dispensarios ambulantes y casas de maternidad a cargo del Ministerio de Salud. Para los demás indígenas del país no rigió ninguna normativa interna específica hasta el año 1996 cuando se dan algunas normas como la ley de la Comarca Kuna de Madungandí⁸¹ que garantiza la salud de la población y prevé la participación del Congreso General Kuna apoyando y garantizando la ejecución eficiente de las acciones en salud comunitaria.

Con la creación de la Comarca Ngöbe-Bugle⁸² en 1997 se empieza a hablar del desarrollo de programas y organismos especiales de salud que respondan a la idiosincrasia de las comunidades, respeto, reconocimiento y preservación de

⁷⁷ Ley No.162 de 22 de junio de 1993 sobre Uso Oficial de las Lenguas de las Comunidades de la Costa Atlántica de Nicaragua. Art. 12

⁷⁸ Decreto No. 53- 94 de 7 de diciembre de 1994 art. 4 que crea el Comité Nacional del Decenio Internacional de las Poblaciones Indígenas

⁷⁹ Decreto N° 3584 de Julio 9 del 2003 Reglamento a la Ley Número 28 “Estatuto de Autonomía de las regiones de la Costa Atlántica de Nicaragua” art. 3, 14, 15 y 16

⁸⁰ Ley No.16 de Febrero 19 de 1953 que crea la Comarca de San Blas Artículo 34 y 35

⁸¹ Ley No. 24 de 12 de enero de 1996 que crea la comarca Kuna de Madungandí, Arts. 17 y 18. También el Decreto Ejecutivo No.228 de 3 de diciembre de 1998 que adopta la Carta Orgánica Administrativa de la Comarca Kuna de Madungandí.

⁸² Ley No.10 de Marzo 7 de 1997 que se crea la Comarca Ngöbe-Bugle. Art. 55

conocimientos, innovaciones y prácticas de la medicina tradicional. La política pública para promover la igualdad de oportunidades para las mujeres en materia de salud incluye una directriz para valorizar y rescatar la medicina tradicional⁸³. La adopción en 1999 de dos Cartas orgánicas administrativas de la Comarca Emberá Wounaan de Darién⁸⁴ (abril) y la Comarca Ngöbe-Bugle⁸⁵ (agosto) marcan el más importante avance normativo sobre salud indígena y medicina tradicional, se destacan: a) Corresponsabilidad de la protección y vigilancia de la salud indígena entre los Congresos generales indígenas y del Ministerio de Salud, b) creación de Direcciones de salud a cargo de los congresos comarcales con facultades para normar, aprobar y coger los servicios de salud, poner en marcha proyectos de investigación y promoción de la medicina tradicional, c) se garantiza el reconocimiento y el ejercicio de la medicina tradicional, impulsando Centros de medicina tradicional y de botánica.

En la comarca Ngöbe se estableció una Dirección de Medicina Tradicional y la Comisión Técnica Especializada Médica Comarcal con el fin de armonizar la medicina occidental con la medicina Tradicional, y desarrollar acciones de investigación, educación y acreditación. En agosto de 1999 el Ministerio de Salud creó el Área de Medicina Tradicional⁸⁶ adscrita a la Dirección Nacional de Promoción de la Salud cuyas funciones son:

- a. Formular una estrategia de acciones conjuntas para el estudio y aprovechamiento de plantas medicinales y la medicina tradicional en apoyo a la atención primaria de salud.
- b. Promover la formulación de políticas conjuntas para la incorporación de la medicina Tradicional al Sistema Nacional.
- c. Fomentar programas educativos sobre el uso adecuado de plantas medicinales, dirigidos a la población en general.
- d. Propiciar la capacitación del personal de salud en el uso de plantas medicinales científicamente validada para la atención primaria de la salud.
- e. Elaborar normas, planes y programas de Medicina Tradicional en los Servicios de Salud del país.

Perú

La legislación sobre comunidades campesinas y nativas de las décadas de los 70 y 80 del siglo XX están más centrados en el tema de tierras y recursos naturales. No hay mención alguna a la salud de los pueblos indígenas. Las acciones sobre el tema se han dado en tanto son ciudadanos comunes sin ninguna directriz normativa para su tratamiento específico.

En 1990 la ley de Organización y Funciones del Ministerio de Salud⁸⁷, estipula como su competencia “la investigación y desarrollo de tecnologías adecuadas a la realidad nacional y regional en salud, incluyendo la medicina tradicional” y encarga al Instituto Nacional de Medicina Tradicional - INMETRA, proponer la política de medicina tradicional, hacer investigación, docencia, normas e integración de la medicina tradicional con la medicina académica para contribuir a elevar el nivel de salud de la

⁸³ Ley No.4 de enero 29 de 1999 que instituye la igualdad de oportunidades para las mujeres. Art. 13

⁸⁴ Decreto Ejecutivo No.84 de Abril 9 de 1999 por el cual se adopta la Carta Orgánica Administrativa de la Comarca Emberá Wounaan de Darién, Art. 47, 114-117

⁸⁵ Decreto Ejecutivo No.194 de agosto 25 de 1999 por el cual se adopta la Carta Orgánica Administrativa de la Comarca Ngöbe-Buglé

⁸⁶ Resuelto Número 4376 de agosto 25 de 1999 del Ministerio de Salud, Medicina Tradicional. Art. 1-3

⁸⁷ Ley de Organización y Funciones del Ministerio de Salud, del 16 de abril de 1990. Art. 3, 4 y 31

población. Otras responsabilidades mas puntuales para el INMETRA se dan con la “ley de Aprovechamiento Sostenible de Plantas Medicinales” (junio del 2000)⁸⁸. La ley establece:

- a) que las plantas medicinales son “patrimonio de la Nación”,
- b) normas para el ordenamiento, aprovechamiento y conservación de las especies de plantas medicinales silvestres con respeto a las comunidades nativas y campesinas
- c) desarrollo de unidades productivas de manejo y aprovechamiento sostenible con la participación de las comunidades nativas y campesinas,
- d) elaboración de la farmacopea herbolaria nacional y una guía terapéutica de plantas medicinales, a fin de sistematizar su uso en beneficio de la salud,
- e) establecimiento de jardines botánicos, semilleros y viveros, y recuperación de áreas ecológicas de especies en extinción
- h) derechos de propiedad intelectual sobre resultados de las investigaciones

El INMETRA en el año 2003 se convierte en la Dirección Ejecutiva de Medicina Tradicional, como órgano adscrito al recién creado Centro Nacional de Salud Intercultural -CENSI- dentro del Instituto Nacional de Salud.⁸⁹ Al CENSI le fue encargado adicionalmente, proponer políticas y normas en salud intercultural, así como promover el desarrollo de la investigación, docencia, programas y servicios en salud intercultural para la recuperación y uso de los conocimientos, costumbres y hábitos de la medicina tradicional. La ley prevé la instalación de Unidades de Salud Intercultural.

Entre otras normas, está la que propone elaborar una política de salud integral para las poblaciones amazónicas mediante la creación en 2004 de la Comisión Nacional para la Salud Indígena Amazónica⁹⁰. También la reciente ley de protección a los indígenas en aislamiento voluntario⁹¹ que estipula el deber estatal de proteger su vida y salud ante la vulnerabilidad frente a enfermedades transmisibles. Se dan autorizaciones excepcionales para el acceso a las áreas indígenas cuando se produzcan situaciones de amenaza de epidemia. En las normas de creación de los entes indigenistas del Estado CONAPA e INDEPA -durante el gobierno del Sr. Alejandro Toledo- no hay referencias específicas a funciones relativas a la salud indígena.

Venezuela

La normativa sobre salud indígena en Venezuela aparece ligado a la situación de los indígenas fronterizos. En 1985 se crea la Comisión Interinstitucional para la Atención de la Salud de Poblaciones Indígenas Fronterizas⁹² con el objeto de realizar estudios (informe preliminar de la situación epidemiológica) para planificar el programa nacional de atención a la salud de las Poblaciones Indígenas Fronterizas y el asesoramiento para su ejecución y desarrollo. En referencia a la población indígena

⁸⁸ Ley 27300 de Julio 2 de 2000 Ley de Aprovechamiento Sostenible de Plantas Medicinales arts. 1-13

⁸⁹ Decreto Supremo No.001-2003-SA de enero 9 de 2003 aprueba el Reglamento de organización y funciones del Instituto Nacional de Salud. Arts. 47 y 48

⁹⁰ Resolución del Ministerio de Salud N°192-2004 sobre la Comisión Nacional para la Salud Indígena Amazónica.

⁹¹ Ley N° 28736 de Pueblos en Aislamiento Voluntario. Publicado en el diario oficial "El Peruano", 18 de mayo de 2006, art. 4 y 6.

⁹² Resolución Número G-537 de Noviembre 1 de 1985 que crea la Comisión Interinstitucional para la Atención de la Salud de Poblaciones Indígenas Fronterizas, art. 1 al 4

asentada en la Reserva Forestal Imataca (Estado Bolívar), el Plan de Ordenamiento y reglamento de uso⁹³ de 1997 prevé el desarrollo de programas de salud.

El derecho indígena a una salud integral que considere sus prácticas culturales está consagrado en la Constitución Política Nacional de 1999 (art.122), que reconoce la medicina tradicional y las terapias complementarias, con sujeción a principios bioéticos. Estos derechos fueron reconocidos por las constituciones de los estados de Bolívar (2001)⁹⁴, Anzoátegui (2002)⁹⁵, Sucre (2002)⁹⁶ y Amazonas (2002)⁹⁷, este último reconoce además: la participación en el control sanitario y el bilingüismo en las prácticas médicas. También la disposición a los pueblos indígenas de servicios de salud y formación profesional, planificados y administrados en coordinación con los pueblos y organizaciones.

La población indígena se incluye como beneficiaria del Sistema de Seguridad Social⁹⁸ que garantiza el derecho a la salud y prestaciones (maternidad, paternidad, enfermedades y accidentes, discapacidad, entre otros). Queda por definir las condiciones bajo las cuales los sistemas y regímenes prestacionales otorgarán protección especial a los indígenas.

6.- LAS BRECHAS DE IMPLEMENTACIÓN DE LA NORMATIVA

Avance sensible sobre el reconocimiento del derecho a la salud indígena

Las reformas constitucionales de las dos últimas décadas han logrado establecer una redistribución del poder y derechos, la definición del carácter multicultural de los Estados/nación, consagración de derechos económicos (tierra, territorio, hábitat, recursos), derechos políticos (consulta, participación, cuotas, representación), derecho al propio derecho (autoridades indígenas, derecho indígena, jurisdicción indígena), derechos culturales (idioma, cultura, religión, lugares sagrados, educación bilingüe intercultural). Creación de instituciones y mecanismos de protección: corte constitucional y Ombudsman. Así mismo 12 países de América Latina han ratificado el Convenio 169 de la OIT. En dos países (El Salvador y Panamá) aún rige el Convenio 107 de la OIT. Todavía hay algunos países que no ha ratificado ninguno de los dos convenios (Chile y Nicaragua).

En cuanto al reconocimiento del derecho a la salud de los pueblos indígenas Sólo 5 países (Ecuador, Guatemala, Nicaragua, México y Venezuela) han consagrado explícitamente en sus constituciones políticas los derechos a la salud indígena. En algunos países estos derechos están contenidos en las leyes organización y funciones de los Ministerios de Salud, de los sistemas de seguridad social, leyes de aprovechamiento forestal. Pero especialmente están estipulado en los decretos que reglamentan dichas leyes. Son pocos los países donde existen leyes o decretos exclusivos sobre salud indígena, seguro social indígena o medicina tradicional. Algunas de estas legislaciones

⁹³ Decreto No.1.850 de fecha 14 de mayo de 1997 Plan de Ordenamiento y reglamento de Uso de la reserva Forestal Imataca, Estados Bolívar y Delta Amacuro

⁹⁴ Constitución del Estado de Bolívar Expedida el 5 de julio del 2001. Artículo 67

⁹⁵ Constitución Estado Anzoátegui Abril 30 de 2002 Artículo 89

⁹⁶ Constitución del estado de Sucre Expedida el 3 de Septiembre de 2002. Artículo 19.

⁹⁷ Constitución Estado de Amazonas Septiembre 12 de 2002. Artículo 46.

⁹⁸ Ley Orgánica del Sistema de Seguridad Social. Gaceta oficial N° 37.600 30 de diciembre 2002 Art. 17

son más amplias que otras; en ciertos casos los derechos reconocidos son limitados y se subordinan a los intereses de terceros o al interés general de la nación. Son pocas las normas que crean entidades u órganos especializados relativos a la salud indígena con participación indígena.

El trabajo realizado por los órganos del sistema internacional de derechos humanos (OEA y ONU) dan cuenta en sus informes de las inequidades en cuanto al disfrute del derecho a la salud por parte de los pueblos indígenas. Esta situación también ha llamado la atención de las oficinas de Ombudsman de los Ecuador, Costa Rica, Perú, Colombia, entre otros, como se pueden verificar en diversos informes y estudios⁹⁹. Así mismo en diversos foros, medios, las organizaciones indígenas y la sociedad civil han señalado los grandes vacíos existentes en este campo.

Las brechas de implementación de la normativa

El Relator Especial de las Naciones Unidas sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas en su informe de febrero del 2006¹⁰⁰ se ocupa densamente sobre el vacío entre la legislación existente, “este hueco entre el nivel formal y el nivel real constituye una violación de los derechos humanos de los indígenas”. En sus conclusiones el Relator advierte dos tipos de problemas en esta situación: por una parte, existen numerosos casos en que la legislación en materia indígena es inconsistente con otras leyes. Por la otra, en la mayoría de las reformas constitucionales documentadas existe un rezago con respecto a la adopción de leyes reglamentarias y secundarias.

En opinión del Relator, una parte del problema se ubica en los propios procesos legislativos, en la “composición de las legislaturas, en la escasa representación y participación de los indígenas en el quehacer legislativo, en la falta de consulta con los pueblos indígenas, en los sesgos y prejuicios contra los derechos indígenas que se encuentran entre numerosos participantes de la vida política, entre legisladores y partidos políticos de diverso signo. No se trata solo de legislar sobre cuestiones indígenas sino de hacerlo con los pueblos indígenas”¹⁰¹, y porque no existen mecanismos adecuados para monitorear la efectividad de la legislación indígena y para evaluar su aplicación en la práctica cotidiana de la Administración pública y de la sociedad.

En referencia a la política pública, señala el informe una gran ausencia de una “política coordinada y sistemática, con la participación de los pueblos indígenas, que de manera transversal involucre a los diferentes ministerios y órganos del Estado relacionados con cuestiones indígenas para garantizar los derechos de los pueblos indígenas”.¹⁰² Esto está relacionado con una limitante mas bien de tipo cultural, ya que el aparato burocrático de

⁹⁹ Ver José Aylwin O. “Ombudsman y derechos humanos en América Latina: estudio comparativo sobre el marco normativo e institucional. San José: IIDH, 2006. También ver: Eugenio Mullundo y otros. Ombudsman y acceso a la justicia de los pueblos indígenas: estudios de caso en Bolivia, Colombia, Guatemala y Nicaragua. San José: IIDH, 2006. Ambos accesibles en línea: <http://www.iidh.ed.cr/>

¹⁰⁰ Rodolfo Stavenhagen. Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas. E/CN.4/2006/78 16 de febrero de 2006 COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS. 62.º período de sesiones <http://daccessdds.un.org/doc/UNDOC/GEN/G06/108/70/PDF/G0610870.pdf?OpenElement>

¹⁰¹ Stavenhagen. Ibid. Numeral 84

¹⁰² Stavenhagen. Ibid. Numeral 86

los Estados, por lo general “reaccionan lentamente ante la nueva legislación a favor de los derechos indígenas; no está funcionalmente adaptado para asumir los nuevos retos; vive una cultura administrativa que le hace difícil acoger y asumir la multiculturalidad y el derecho a la diferencia”.¹⁰³

Llama la atención del Relator, la “ausencia de mecanismos de consulta y participación, establecidos juntamente con los pueblos indígenas de manera que contemplen las necesidades y óptica de ambas partes, para regular la manera en que se aplicarán tales mecanismos en las diferentes áreas”.¹⁰⁴ Todo esto ha llevado a los pueblos indígenas a recurrir a los tribunales judiciales para resolver los conflictos entre las leyes, la no implementación de estas, los actos de autoridad que contradicen las normas y lesionan los derechos de los pueblos indígenas. Para el Relator, la brecha sólo podrá cerrarse con plena participación de las organizaciones indígenas y la sociedad civil actuando constructivamente en el marco de las instituciones nacionales, buscando resolver conflictos y lograr consensos que a final de cuentas serán benéficos para toda la sociedad nacional. Podemos decir que la realidad normativa en América Latina oscila entre la “pobreza legal” y la “extrema pobreza legal”.¹⁰⁵

Hacia una Abogacía en salud de los pueblos indígenas

SAPIA/OPS encargó en 1998 la realización de un estudio sobre las orientaciones de los marcos jurídicos en hacia la abogacía en salud en cinco países¹⁰⁶, en la misma entiende por *abogacía* a las acciones individuales y de grupos organizados que buscan influir sobre las autoridades, los condicionantes y las personas que intervienen en el proceso político, con el objetivo de tornarlas más sensibles a las carencias y necesidades diversas que emergen en la sociedad. La abogacía en salud se basa en el principio de que las personas tienen derechos que pueden estar declarados, o no, en leyes. La utilidad de la abogacía se presenta cuando estos derechos no están siendo respetados o garantizados.¹⁰⁷

Las estrategias que usa la abogacía son los mismos usados para la reivindicación de los derechos, los canales institucionales del Estado: poder ejecutivo, poder legislativo y poder judicial. La estrategia con el Poder Legislativo coincide mucho con el cabildeo. La alternativa de presionar al Poder Legislativo se debe al hecho de que, muchas veces, algún aspecto del derecho a la salud no está incorporado en las legislaciones.¹⁰⁸ Pues un

¹⁰³ Stavenhagen. Ibid. Numeral 87

¹⁰⁴ Stavenhagen. Ibid. Numeral 88

¹⁰⁵ Entendemos la pobreza legal como la incapacidad de una persona para poder utilizar las normas, las instituciones del Estado y otros mecanismos alternativos como medio idóneo para poder ejercer derechos y solucionar conflictos. Evidentemente, muchos factores contribuyen a que exista pobreza legal, entre los que se puede mencionar: limitaciones geográficas, principal ente en las zonas rurales; barreras por razón del idioma, toda vez que las leyes son publicadas sólo en español y no llegan a todos los rincones; restricciones económicas, como los altos costos que supone seguir un interminable proceso en el Poder Judicial y la falta de asistencia letrada; limitaciones en la información, dado que únicamente unos pocos conocen sus derechos y las leyes que regulan sus actividades. La “pobreza legal extrema” es aquella situación de desconocimiento total de derechos y/o de mecanismos básicos previstos en el Estado para solucionar conflictos.

¹⁰⁶ Rocío Rojas y Nur Shuqair. “Orientaciones de los Marcos Jurídicos hacia la Abogacía en salud de los pueblos indígenas: estudio de las legislaciones de Colombia, Bolivia, El Salvador, México y Honduras. Washington D.C: OPS/OMS, 1998.

¹⁰⁷ Dallari. Citado por Rocío Rojas y Nur Shuqair. Op.Cit. p. 37

¹⁰⁸ Idem.

derecho que reconocido por la legislación, no significa que se encuentre efectivamente vigente. La implementación de un derecho social necesita de una acción positiva del Estado, específicamente del Poder Ejecutivo que es el que tiene el papel de materializar el derecho. Por lo tanto, la abogacía tiene que adoptar estrategias para la sensibilización de técnicos, gerentes y dirigentes del gobierno que tomen en cuenta los nuevos derechos y directrices para la reorganización del sector salud.

Cuando un derecho es declarado constitucional y el gobierno no está sensibilizado para su implementación, se pueden utilizar los mecanismos judiciales para garantizar que el poder ejecutivo cumpla su obligación. Existe una creciente jurisprudencia para la justicialidad de los derechos. Las garantías constitucionales proveen al ciudadano de recursos cuando los derechos constitucionales son violados: el *habeas corpus* (exhibición personal) y recurso de amparo (la protección del derecho individual).

La abogacía con el poder ejecutivo está relacionada con la naturaleza y estado del problema. La técnica colaboradora es aquella en la que ambos lados se disponen al diálogo compartiendo información y tentativas para resolver el problema que obstaculiza el derecho. Cuando el problema no se resuelve con el diálogo, la negociación es el recurso más usado. La negociación no tiene el objetivo de recuperar lo perdido, sino de promocionar la implementación del derecho. Se establece así una nueva forma de relación entre los actores involucrados en el problema o conflicto, y se explicita el poder de regateo de ambos lados. La argumentación es fundamental tanto en el proceso de negociación, como en los procesos judiciales.¹⁰⁹ El estudio en mención sobre la base de cinco países definió los siguientes lineamientos para las estrategias en abogacía de salud indígena.

¹⁰⁹ Ibid. 39

Lineamientos para el establecimiento de estrategias de abogacía en salud con pueblos indígenas

Pautas que deben constar en la reivindicación del derecho a la salud de los pueblos indígenas:

- 1) Considerando la importancia que tiene la información sobre el perfil demográfico y las variables socioeconómicas y culturales en la formulación de políticas y prioridades en las agendas de los gobiernos, se sugiere la incorporación de la variable de etnia y género en los sistemas de información.
- 2) La identificación de modelos de atención que respondan a las necesidades reales de la población urge:
 - La promoción del uso del idioma nativo en los servicios de salud.
 - La capacitación y desarrollo de los recursos humanos de salud para el entendimiento del idioma nativo, de las formas de comunicación y del contexto sociocultural de la población. De igual manera para el reconocimiento y aceptación de la organización social que funciona alrededor del paciente, de sus familiares y de la comunidad. Es decir, los modelos de atención de salud a las comunidades multiculturales, particularmente indígenas, deben ser fundamentados en el reconocimiento de la cultura local y respeto mutuo.
- 3) En reconocimiento de los aportes del conocimiento colectivo de los pueblos indígenas a la salud y biodiversidad, se sugiere:
 - Promover espacios de reflexión, con plena participación de los pueblos interesados en relación a la legalización/legitimación de la medicina tradicional/indígena y de los terapeutas tradicionales/indígenas, así como la promoción de asociaciones de terapeutas, basadas en códigos de ética elaborados por los propios terapeutas.
 - Reconocimiento y garantía de la propiedad intelectual colectiva
- 4) Finalmente, considerando que el alimento, el agua limpia, el aire puro son elementos imprescindibles para la promoción y conservación de la salud, se recalca en el reconocimiento de la tierra/territorios como fuente de salud.

Fuente: Rocío Rojas y Nur Shuqair. "Orientaciones de los Marcos Jurídicos hacia la Abogacía en salud de los pueblos indígenas. Washington D.C: OPS/OMS, 1998.

Diversas estrategias de abogacía han sido sugeridas¹¹⁰ para incluir la salud indígena en diversos escenarios. en el plano **internacional** la estrategia tiene como fin la incorporación de los derechos indígenas reconocidos internacionalmente en diversos procesos de integración, sus instrumentos y órganos correspondientes: Sistema de Integración Centroamericana, Comunidad Andina de Naciones, MERCOSUR, Pacto Amazónico, y otros, para que incluyan en su agenda la salud indígena desde un enfoque intercultural y asegurar la ejecución del convenio 169 de la OIT.

La estrategia el plano nacional, se pueden delinear en función de la ratificación del Convenio 169 de la OIT y otros instrumentos relativos a los derechos de los pueblos indígenas. Algunas líneas para el campo parlamentario son:

- Gestionar ante los parlamentos nacionales la ratificación del Convenio 169 de la OIT en los países que no lo haya hecho.

¹¹⁰ Rocío Rojas y Nur Shuqair. "Orientaciones de los Marcos Jurídicos hacia la Abogacía en salud de los pueblos indígenas. Washington D.C: OPS/OMS, 1998. págs. 39 - 47

- Proponer un proyecto de ley en el que conste los preceptos del Convenio 169 de la OIT y la Resolución R5 y R6 de la OPS/OMS llevando en consideración las categorías elegidas en esos instrumentos legales.
- Promover la elaboración de proyectos que desarrollen y hagan efectivos los principios consagrados en los instrumentos internacionales aplicables.

La responsabilidad del **poder ejecutivo** en la aplicación del derecho a la salud contenido en las leyes o tratados es indispensable. Las posibles estrategias de abogacía que podrían ser adoptadas son:

- Establecer canales de diálogo y negociación en las instancias del poder ejecutivo
- Participar en la formulación, gestión y evaluación de políticas públicas y de salud referentes a los pueblos indígenas, empezando por los problemas específicos, menos conflictivos y de más fácil implementación de acuerdo a cada país
- Compartir responsabilidades en los logros y fracasos de la solución de los problemas
- Sistematización y mantenimiento de datos, presentando su evolución desde de la implementación de la política
- Mantener la continuidad de diálogo y la participación de los actores sociales involucrados durante todo el proceso de implementación de los derechos

En el proceso de implementación de los derechos, el **poder judicial** puede ser utilizado cuando se encuentran serios obstáculos en el poder ejecutivo. De manera general, la salud no es considerada un tema conflictivo para la magistratura, por lo tanto, podrá ser utilizada para lograrse otros derechos relacionados en la concepción más amplia de salud, para lo cual se propone:

- Estudiar la respuesta que el Poder Judicial da a los asuntos referentes a salud.
- Intentar a través de los recursos jurídicos la reivindicación de los derechos a la salud.
- Desarrollar líneas de argumentación jurídica decodificada para la lógica de los magistrados en la elaboración de los recursos jurídicos.
- Desarrollar con las universidades programas de capacitación para los magistrados en los nuevos paradigmas de la salud.

Algunas estrategias para usar los recursos legales e institucionales de las **oficinas de Ombudsman**¹¹¹ son entes públicos autónomos de los poderes del Estado cuyo mandato es la defensa y protección de los derechos humanos, además de controlar las actuaciones de la administración pública sobre la ciudadanía. Las personas y organizaciones indígenas de manera creciente presentan sus peticiones ante estas oficinas para hacer mas justiciables sus derechos, varios de ellos en materia de salud indígena. Algunas oficinas tienen Unidades especializadas o programas para la atención de pueblos indígenas. Sus funciones incluyen por lo común la iniciativa legislativa y procuradural.

¹¹¹ También conocidos como Defensores del Pueblo, Comisionado de Derechos Humanos, Procuradores de Derechos Humanos. El Instituto Interamericano de Derechos Humanos ha investigado y publicado sobre la labor de los Ombudsman para el acceso a la justicia de los pueblos indígenas en las Américas.

Bibliografía

Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. Derecho Internacional. <http://www.ohchr.org/spanish/law/index.htm>

Aylwin, José. Ombudsman y derechos indígenas en América Latina: estudio comparativo sobre el marco normativo e institucional. San José: IIDH, 2006.

Anaya, James. Los pueblos indígenas en el derecho internacional. Andalucía: Editorial Trota/Universidad Internacional de Andalucía, 2005.

Comisión Nacional de Derechos Humanos. Derechos de los pueblos indígenas y legislación en América Latina. México: CND, 1999.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Informes especiales. <http://www.cidh.oas.org/pais.esp.htm>

Gómez, Magdalena . Derechos Indígenas: lectura comentada del Convenio 169 de la OIT. México: INI, 1995.

Instituto Interamericano de Derechos Humanos. Campaña Educativa sobre Derechos Humanos y Derechos Indígenas. Módulos temáticos. San José: IIDH, 2003.

Instituto Interamericano de Derechos Humanos. El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos y los derechos de las poblaciones migrantes, mujeres, los pueblos indígenas y los niñas, niñas y adolescentes. San José: IIDH/Consejo Centroamericano de Procuradores de Derechos Humanos, 2004.

Instituto Interamericano de Derechos Humanos. San José: Revista IIDH N°40 Edición especial sobre Derechos económicos, sociales y culturales. Julio – diciembre 2004.

Banco Interamericano de Desarrollo. Base de datos sobre legislación indígena. <http://www.iadb.org/sds/ind/ley/leyn/datamap.cfm>

Olguín, Gabriela. Guía Legal sobre la utilización de los convenio y recomendaciones de la OIT para la defensa de los derechos indígenas. San José: OIT, 2002. Serie guías legales – Derechos Indígenas 3

Olguín, Gabriela. Guía Legal sobre la utilización del Sistema Interamericano para la defensa de los derechos indígenas. San José: OIT, 2002. Serie guías legales – Derechos Indígenas 4

Organización Panamericana de la Salud. Base de datos Salud de los Pueblos Indígenas. <http://www.paho.org/Spanish/AD/THS/OS/Indig-home.htm> Serie Salud de los Pueblos Indígenas

Movimiento Mundial por los Bosques. Pueblos Indígenas: sus bosques, sus luchas, sus derechos. Montevideo: WRM, 2005.

Sánchez, Enrique. Compilador. Derechos de los Pueblos Indígenas en las Constituciones de América Latina. Bogotá: COAMA, 1996.