

EL RESPETO A LAS COSTUMBRES ANCESTRALES VS. LOS DERECHOS A LA SALUD DEL NIÑO. UN DILEMA SIN SOLUCIÓN ¹

RESPECT FOR ANCESTRAL CUSTOMS VS. CHILDREN'S RIGHTS TO HEALTH. A DILEMMA WITHOUT SOLUTION

Por *Eduardo Javier Jourdan* (*)

Resumen: La diversidad cultural y las prácticas tradicionales en salud están cubiertas de conocimientos y riqueza natural, incluso los avances científicos no han dejado de lado estos conocimientos ancestrales. No obstante, surge un planteo ineludible. ¿Cómo conjugar esta situación frente a una situación de salud que requiere el uso tecnológico del hombre blanco y los derechos del niño? Hay que tener en cuenta que enfermar y curarse en el contexto de las poblaciones indígenas resulta algo sustancialmente distinto de lo que implica estar sano, estar enfermo y curarse en términos convencionales. Por ello en materia de salud la multiculturalidad debe estar ligadas no solo con el derecho a la información sino a la adecuada protección que a la vez permite y respeta la diversidad cultural, y la sensibilidad de la población. Esto exige por parte de los tribunales el conocimiento de las normas y de la diversidad de culturas, marcada por rasgos propios.

Palabras clave: Derecho a la salud - Multiculturalismo - Medicina ancestral - Interés superior del niño

Abstract: Cultural diversity and traditional health practices are covered with knowledge and natural wealth, even scientific advances have not neglected this ancestral knowledge. However, an inescapable question arises. How to combine this situation in the face of a health situation that requires the technological use of the white man and the rights of the child? It must be borne in mind that getting sick and cured in the context of indigenous populations is something substantially different from what it means to be healthy, to be sick and to be cured in conventional terms. Therefore, in terms of health, multiculturalism must be linked not only to the right to information but to adequate protection that at the same time allows and respects cultural diversity, and the sensitivity of the population. This requires the courts to know the norms and the diversity of cultures, marked by their own characteristics.

Keywords: Right to health - Multiculturalism - Ancestral medicine - Best interest of the child

¹ Nota recibida el 01/11/22 y aprobado para su publicación el 01/12/2022.

(*) Abogado y Licenciado en Filosofía, Doctor en Mercado y Derecho, Magíster en Derecho Judicial, Máster en Derechos Humanos, Magíster en Consultoría de Tecnologías de la información y Master en Magistratura Judicial. Vocal de la Cámara de Apelaciones Civil y Laboral de la provincia de Misiones.



Artículo publicado bajo Licencia Creative Commons Atribución-No Comercial-Sin Derivar. ©
Universidad Católica de Córdoba

DOI [http://dx.doi.org/10.22529/rfd.2022\(6\)08](http://dx.doi.org/10.22529/rfd.2022(6)08)

I. Introducción

El tema que abordaremos posee diferentes aristas y cuestiones de debate en las sociedades actuales, esto es el respeto del pluralismo y a las especificidades culturales, sociales, morales y religiosas.

¿Cómo conjugar el respeto de las costumbres ancestrales de las aborígenes, el derecho de la salud, y la protección de los niños?

A modo de introducción, sabido es que el multiculturalismo se encuentra arraigada en grupos étnicos, los cuales resultan preexistentes al propio Estado y que mantienen sus costumbres ancestrales y que históricamente fueron la cultura mayoritaria, hegemónica dominante, y que se convirtieron en minoritarias a raíz de su destrucción en manos de las prácticas genocidas de los conquistadores o civilizadores como suelen denominárselos.

El reconocimiento a la diversidad cultural –entendiendo cultura como todo el abanico de valores y creencias que organizan la vida de un grupo– exige por parte de los tribunales el conocimiento de las normas y de las diversas culturas, entre ellas las de las comunidades indígenas.

Y si bien no hay duda sobre la necesidad de respeto por parte de todos los poderes del Estado y los miembros de la sociedad, de las minorías culturales étnicas, imprescindible -reitero- para asegurar la libertad y dignidad humana, de las costumbres e instituciones indígenas en ciertas oportunidades colisionan con la voluntad unitaria y unificadora de los gobiernos estatales, quienes a menudo priorizan la unidad cultural por encima de la diversidad.

II. Desarrollo

Ingresando al planteo, la práctica de la medicina tradicional indígena se encuentra regulada, respetada y reconocida a nivel internacional, pero ¿qué ocurre cuando se produce una colisión de intereses entre la medicina tradicional

ancestral y la del hombre blanco, y con un tinte aún mayor, cuando esta colisión se produce frente a la salud de un niño de una comunidad aborígen.

¿Cómo ofrecer una respuesta que promueva el respeto de las comunidades, la salud y el interés superior del niño? ¿Quién define el concepto de salud?

Hay que tener en cuenta que enfermar y curarse en el contexto de las poblaciones indígenas resulta algo sustancialmente distinto de lo que implica estar sano, estar enfermo y curarse en términos convencionales.

Difieren los parámetros considerados por los médicos nativos y por los enfermos en relación con la afección que padecen.

Cabe los siguientes planteos: ¿Existe un verdadero reconocimiento y respeto por la medicina tradicional? ¿Existe una verdadera integración de las prácticas médicas tradicionales con las ciencias biomédicas convencionales?

Para ello y como cuestión primaria hablando de los "derechos humanos de los pueblos indígenas" topamos directamente frente a dos cuestiones centrales:

1. el de la igualdad entre todos los seres humanos; y
2. el de la no-discriminación.

¿Podríamos afirmar que en el campo de la regulación de la medicina tradicional existe una tendencia actual a su integración y coexistencia? O tan solo se reduce a un marco de cierta tolerancia en relación con la medicina científica convencional.

Estar sano o estar enfermo depende de otros factores que no son pertinentes en la medicina convencional.

Para ilustrar el caso, el cual por supuesto desentraña un variado análisis que trasciende muy por encima una visión escueta que la eminentemente legal pueda darle y a la que me referiré a continuación, una causa judicial que ha movilizó gran parte de la sociedad, y en la cual se han visto conjugados elementos legales, culturales y protectorios de los derechos humanos.

III. El caso del niño Julián

El dilema sin respuesta tuvo su corolario en el año 2005 en la causa caratulada “Dirección de Programas Comunitarios de Atención primaria de Salud S/ Pone en Conocimiento”. Se trataba de la causa del niño aborigen de nombre “Julián”, perteneciente a la comunidad indígena Pindó Poty, localizada en el Soberbio, provincia de Misiones.

Las actuaciones fueron iniciadas por la Directora de Programas Comunitarios A.P.S, en la que ponía en conocimiento la situación de salud en la que se encontraba el menor Julián A., hijo de L.V y C.A (ambos padres indocumentados y la madre menor de edad), aborígenes miembros de la comunidad aborigen Pindo Poty de la provincia de Misiones.

El niño padecía de una cardiopatía congénita enfermedad “ebstein”, con tumoración intra-cardíaca, razón por la cual se requería el traslado del Hospital donde se encontraba internado en la provincia de Misiones a un centro especializado de la ciudad de Buenos Aires, específicamente al Hospital Gutiérrez de dicha ciudad. Razón por la cual se solicitó autorización judicial a fin de trasladar al niño.

En este estado correspondía analizar la situación desde la óptica del objetivo por el cual el Juez tomaría intervención en la causa (el estado de indocumentación del grupo familiar y estado minoril de la madre) la cual se tornaba necesaria para el traslado fuera de la provincia, de la autorización respectiva. Correspondiendo suplir la falta de capacidad de la misma a los fines de otorgar la presente autorización y, ante la falta de representante legal y la urgencia del caso, en función del interés superior del niño, es el Estado quien debía suplirla.

Se da curso a la acción y se arbitran los medios necesarios para poder efectivizar el traslado del menor, para lo cual son citados sus padres, asistidos por traductor oficial, quienes manifiestan en audiencia su plena conformidad a que su hijo sea trasladado a la ciudad de Buenos Aires a los fines de realizarse los análisis y estudios pertinentes.

Así las cosas, hasta aquí la cuestión no padecía de mayor complejidad. Pero el conflicto se suscita en ciudad de Buenos Aires, encontrándose el niño

internado en el Hospital Gutiérrez, donde recibía tratamiento desde hacía ya quince días y a la espera de que las condiciones de salud se encuentren dadas para poder realizarle una intervención quirúrgica.

Los progenitores de Julián asistidos por el jefe de la comunidad indígena, expresan su oposición a cualquier tipo de intervención del menor. Aduciendo que la medicina del hombre blanco no era la idónea para curarlo, que el plazo transcurrido en Buenos Aires internado era suficiente y que ninguna mejoría se había dado.

Solicitando que el niño sea traslado nuevamente a la Comunidad aborígen para ser tratado con la medicina ancestral, decisión esta que es apoyada por la comunidad, el cacique y los miembros del consejo de ancianos “opygua”. Formaliza esta presentación como “Protección de persona” la Defensoría Pública de Menores e Incapaces representante del Ministerio Pupilar de la Nación.

Ante esta presentación y a los efectos de analizar la cuestión planteada, se señala una audiencia con los progenitores, con asistencia de un intérprete, el coordinador de Consejo de ancianos y guía espiritual de la Nación Mbya Guaraní y el miembro de la comisión de Juristas indígenas de la República Argentina, a fin de poder mantener un dialogo en forma interactiva y plenamente comprensible.

En esta audiencia los progenitores manifiestan y consienten que se le continúen realicen todos los estudios y prácticas que correspondan a los fines de que su hijo se pueda reponer, aunque oponiéndose si, a toda práctica o estudio que implique intervención quirúrgica.

Los chamanes pueden acceder, desde un punto de vista visual, de los no-humanos: desplazándose por los niveles del universo perciben y conocen la naturaleza humana de los no-humanos. Y es por ello que luego de trasladarse por diversos mundos, los chamanes transmiten la información que adquieren de los habitantes de estos mundos.

En ese sentido, los médicos blancos le prescribieron un cáncer en el corazón y la necesidad de operarlo, y el Opyguá, su líder espiritual, soñó que Julián tenía una piedra en el corazón del niño, se trataba de una enfermedad

espiritual, que bajo la cultura Mbya se trataba del “mal del viento, una enfermedad propia del monte, que puede darse cuando entra, al respirar, un espíritu malo al cuerpo.

Bajo la mirada Mbya Guaraní, el cuerpo no puede enfermarse o sanarse independientemente del espíritu. Por ello la comunidad pidió su regreso a la aldea para curarlo con la medicina del monte.

El chamán posee una condición de curador ya que los no-humanos le indican qué plantas medicinales utilizar para cada enfermedad y las causas de la enfermedad que aflige a su paciente.

Sobre esta premisa, fundan su oposición en su cultura, costumbres y creencias ancestrales del pueblo al que pertenecen, por ello consideran que lo más apropiado es que su hijo se reponga y así pueda viajar a Misiones donde puede ser asistido con su medicina aborígen y la medicina del hombre blanco en el Hospital de Misiones.

De igual manera reafirman su oposición a la intervención quirúrgica en la circunstancia de que los médicos del nosocomio dan escasas probabilidades de que su hijo sobreviva.

Ante esta afirmación, se requirió al Hospital Gutiérrez para que remitiera informe del estado actual en el que se encontraba el menor, y el avance de la enfermedad.

Los médicos blancos prescribieron una cirugía cardíaca, mientras que el líder espiritual de la comunidad soñó que el niño tenía una piedra en el corazón y pidió que regresara a la aldea para curarlo con la medicina del monte.

Del informe suministrado por el nosocomio surgía que si bien el tratamiento y futura cirugía que se debía realizar tenía un importante riesgo en la vida del paciente, también dejaba en claro que, dadas las condiciones y pronóstico del paciente, sin recibir un tratamiento adecuado y una posterior intervención quirúrgica indefectiblemente llevaría al niño en un corto plazo a un desenlace fatal.

El cuadro médico para proceder a la intervención quirúrgica requería de autorización de los padres, la cual, si bien inicialmente se realizó en concordancia

con la voluntad de los padres del menor, esta fue expresamente revocada con posterioridad.

Ante este panorama correspondía resolver el planteo en un marco de razonabilidad, pues pese que el dictamen médico no aseguraba con certeza que la intervención tuviera éxito, también manifestaba el peligro inminente en la salud del paciente en caso de no realizarse, en todo caso la decisión superaba ampliamente la situación que motivara la intervención del tribunal.

Se trataba de definir entonces, la vida de un niño indígena en grave estado de salud y riesgo, que de no ser intervenido quirúrgicamente no tendría posibilidad alguna de sobrevivir; y que la medicina que podía proporcionar nuestra cultura era factible que salvará al mismo, la cual, si bien en la presente causa no era infalible, era la única alternativa posible para sobrevivir.

Pero realizar esta cirugía implicaba necesariamente una elección, entre la salud del niño, o la voluntad de los padres arraigadas en creencias ancestrales de la comunidad indígena que se oponían a la misma.

Frente a la universalidad de los derechos humanos, nos encontramos con la realidad de la diversidad cultural, entendida como en la presente causa en la diversidad étnica, y que aparece como un factor de legítima resistencia, de finalidades hegemónicas, las que, desde un punto de vista, al menos, aparecen como cuestionables.

IV. Interrogantes

El caso presentaba la exigencia de un verdadero análisis intercultural, ejes sobre los cuales debe en definitiva analizarse la situación, no aplicar una fría norma jurídica a una causa sin más, sino que se trata de diferenciar, de distinguir el caso particular, justamente porque el mismo posee tintes de particularidad. Particularidad en el sujeto, con costumbres diferentes, tanto sociales, religiosas y morales.

El planteo surge entonces...

-Debería primar en esta instancia, el valor reconocido constitucionalmente de las costumbres y cultura de los pueblos indígenas, ancestrales y milenarias, anteriores a la cultura traída a estas tierras por los blancos, entre las que se encuentran el ejercicio y reconocimiento legal de la medicina indígena tradicional, y el suministro de sus propios tratamientos, incluyendo prevención y rehabilitación.

-O bien, debería otorgarse prioritariamente la aplicación de la medicina del hombre blanco que, al tener tecnología y haber experimentado avances a lo largo de los años, puede eventualmente mejorar la situación del menor.

Nos encontramos frente a dos derechos reclamando por un mismo espacio, disputándose el mismo lugar. Con lo cual alguno de los dos derechos debe ceder. Es una situación en la cual algo importante y que valoramos se va a perder, y lo que tenemos que lograr es que esta pérdida afecte lo menos posible aquello que más valoramos. En consecuencia, se debe justificar cual es el derecho que va a perder más, cuánto va a perder y por qué razones. Incluso nos lleva a discutir, por qué un derecho es más importante que otro. Y esta es una discusión que nos involucra a todos, porque involucra a los derechos constitucionales, que debe estar al alcance de todos y pensada como tal, y no como algo reservado exclusivamente a los juristas.

¿Cómo se resolvió la cuestión?

Bien es sabido que todos los derechos tienen un límite, no son absolutos por lo tanto, no se puede hacer cualquier cosa en nombre de un derecho, y frente a este conflicto de intereses que debe ser dilucidado, y en el cual un niño forma parte, se ha optado por aquella solución que bajo la mirada del hombre blanco mejor correspondía a la satisfacción de los intereses del niño. Es decir, que finalmente decidió el sistema judicial del hombre blanco.

Sobre esa premisa se decidió continuar con el tratamiento en el Hospital Gutiérrez, donde se consideró esencialmente el interés superior del niño, que supone para el Estado una limitación o una orden para él mismo. Conjugado este con el valor vida, otro elemento esencial y que también ocupa un lugar ejemplar en nuestra legislación y en el propio derecho natural. La vida es lo más sagrado

que se tiene, y debe estarse en favor de la preservación de la especie humana, en consecuencia, si la voluntad de los progenitores pone en riesgo la misma, debe priorizarse la primera.

Por ello, se resolvió “...respetar la voluntad de los padres, siempre y cuando esta voluntad no ponga en juego la vida de menor, debiendo en este supuesto, los médicos proceder a realizar todas las diligencias necesarias a fin de salvaguardar la vida del menor”.

Y si bien, se pretendió minimizar la cuestión que la decisión judicial no procuraba desconocer la diversidad cultural, el cual constituye uno de los desafíos actuales en los derechos humanos, en definitiva, se resolvió por la medicina del hombre blanco, sobre la premisa de que posee mayor eficacia y seguridad para el niño.

V. Conclusiones

La resolución puede recibir severas críticas desde la concepción de los derechos humanos, pues en cierta manera se desvalorizan los contextos culturales a los que pertenecen los padres del menor. También desde otra óptica se debe plantear si el derecho de tradición, cultura e identidad debe tener un carácter prioritario absoluto frente al derecho a la vida del menor.

Creemos humildemente que en una sociedad integradora, resulta una obligación social, revertir la marginalidad, en la que se encuentra la población aborígen.

Y si bien en el plano jurídico la reivindicación de los pueblos indígenas en espacios locales, nacionales e internacionales se ha visto favorecido por el reconocimiento de derechos en leyes y políticas públicas, si estas no se realizan en el plano social, pierden su asidero político.

Remitiéndonos brevemente a la historia de nuestro país, en cuanto derechos de los Pueblos Originarios refiere, nuestra Constitución Nacional, tiene dos períodos bien definidos: el anterior y el posterior a la reforma realizada en 1994.

La Constitución de 1853 fue uno de los elementos fundamentales de nuestra Nación. En el artículo 67 inciso 15 de la Constitución Nacional de 1853 establecía, en referencia a las atribuciones del Congreso: "*Proveer a la seguridad de las fronteras; conservar el trato pacífico con los indios, y promover la conversión de ellos al catolicismo*".

Estamos en un entorno en el cual los Pueblos Indígenas no tenían espacio, incluso se implementaba políticas de exterminio liso y llano basadas en las premisas constitucionales de "proveer a la seguridad de las fronteras", "el trato pacífico con los indios" y "su conversión al catolicismo". Esa Constitución condenó de muerte a los Pueblos Indígenas y con ellos, a cada una de sus culturas.

La segunda mitad del siglo XIX está ligada a la consolidación jurídica e institucional del Estado Argentino mediante la reforma del año 1994 y con ella la adhesión a los tratados internacionales, tales como la Declaración Universal de los Derechos del Hombre o la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que establecen principios que hacen a la verdadera igualdad y a la no discriminación, por ejemplo. Así, nuestro país entra en un nuevo tiempo internacional y ratifica en 1992, por Ley 24.071, el Convenio 169 de la O.I.T., que consagra los Derechos que los Aborígenes del mundo reclaman.

Como corolario de este debate, el niño guaraní luego de ser operado, pese que sus padres se opusieron por diferencias con la medicina tradicional, murió en su aldea en la selva de Misiones. Al poco tiempo falleció su hermano menor, la explicación del opygua fue que el alma del niño Julián era demasiado débil y por ello se requería el alma de su hermano menor, Agustín, el cual era más fuerte y permitía el paso de ambos hacia su paraíso, esto es la tierra sin mal.

No obstante, a más de 15 años todavía no se encuentra una respuesta adecuada que permita consolidar el derecho a la salud, el derecho del niño y el derecho al multiculturalismo. Al día de la fecha el dilema permanece sin respuesta.

El presente caso pone evidencia la dificultad existente en la integración social de las comunidades originarias de nuestro país, la cual no se reduce al aspecto

sanitario, sino idiomática, y esencialmente a la falta de visibilización de las problemáticas socioeconómicas y territoriales que afectan a los diferentes pueblos.

Para finalmente, considerar si no estamos en presencia de un caso de violencia institucional, al someter a miembros de los pueblos indígenas al sistema judicial en el que no se han adoptado las medidas necesarias para garantizar la igualdad de armas y, fundamentalmente, la posibilidad de que puedan gozar de las garantías del debido proceso para defender y alcanzar el respeto de sus derechos.