

N^{os} 215 - 216
Año LXXII
Enero-Junio, Julio-Diciembre 2004
Fundada en 1933
ISSN 0303-9986



REVISTA DE DERECHO

UNIVERSIDAD DE
CONCEPCIÓN^{MR}

Facultad de
Ciencias Jurídicas
y Sociales

EL ESTATUS JURIDICO DE LA MEDICINA TRADICIONAL INDIGENA EN CHILE

HELLEN PACHECO CORNEJO¹
Profesora de Derecho
Departamento de Trabajo Social
Universidad de la Frontera de Temuco

1. INTRODUCCION

Todos los grupos humanos en el mundo desde siempre han desarrollado actividades y conocimientos de tipo médico para responder a una de las necesidades más básicas del ser humano: conservar la vida y para ello la salud². Así, la medicina es una de las expresiones más importantes para la supervivencia y conservación de cualquier cultura.

Hoy existe discusión sobre la práctica de la medicina tradicional indígena, discusión que abarca posiciones que van desde aquellos que quieren verla reconocida e integrada en el ordenamiento jurídico chileno a aquellos que prefieren que la actividad normativa del Estado se mantenga al margen, por ser uno de los últimos campos en donde todavía los pueblos indígenas se desenvuelven de manera autónoma.

El 25 de octubre de 2005 el diario El Austral de Temuco publicó la noticia del curso de una multa de \$60.000, por parte del Servicio de Impuestos Internos, a un machi por no haber emitido boleta y de la instigación a realizar el trámite de

¹ Abogado, Universidad de Concepción. Master en desarrollo, innovación y cambio, Università degli Studi di Bologna. Doctora © en Cooperación al Desarrollo Sostenible, Università degli Studi di Roma La Sapienza.

² Citarella, Luca y otros, Medicina y culturas en la Araucanía, 2ª edición, Editorial Sudamericana, Santiago, 2000. P. 39: "A partir de la aceptación de la enfermedad como rasgo universal del hombre se establece que todos los grupos humanos desarrollan métodos, creencias, conocimientos y percepciones culturales peculiares con el fin de enfrentarla".

la iniciación de actividades y regularización de su casa bajo el giro de "atención naturista"³. Esto manifiesta los roces, en el hecho y el derecho, que se generan en una sociedad conformada por culturas diversas. Por una parte, la sociedad "chilena" necesita de los conocimientos médicos provenientes de la cultura indígena y, a la vez, pretende imponer su propia lógica jurídica formalizando y registrando las actividades de sus ciudadanos. Por otra parte, la sociedad indígena, que haciendo valer su derecho a la salud y a manifestar la propia cultura, continúa tratando sus enfermedades de acuerdo a sus creencias, prácticas religiosas y usos tradicionales.

Agradezco a Dorthe Kristensen, antropóloga, con quien compartimos un interés común en la medicina intercultural y cuyos valiosos comentarios han hecho posible realizar este artículo.

2. MEDICINA ALTERNATIVA Y MEDICINA COMPLEMENTARIA. ALGUNOS CONCEPTOS DE BASE

El tipo de medicina reconocida y permitida por el ordenamiento jurídico en Chile en el Código Sanitario de 1967⁴ ha sido la denominada medicina alopática, aquella considerada como la medicina occidental, biomédica, medicina científica o medicina moderna y, particularmente en Chile, considerada como el tipo de medicina formal u oficial practicada en las instituciones de salud pública del país⁵.

La población chilena, desde antes de la formación del Estado y ajena a las prohibiciones del marco legal, constantemente recurre a las prácticas de medicina consideradas por la Organización Mundial de la Salud (en adelante OMS) como "alternativas o complementarias" a la medicina alopática. Se ha verificado que en aquellas regiones de alta concentración de población aborigen, es más recurrente la práctica de una medicina alternativa proveniente de los conocimientos de las culturas originarias chilenas, conocida como medicina tradicional, porque proviene de la propia cultura del país en que se practica.

La medicina tradicional ha sido definida por la OMS como un conjunto de prácticas, conocimientos, principios y comportamientos que incorporan

³ Diario El Austral de Temuco, 25 octubre 2005, Multan a machi por ejercer su labor, p. 5 cuerpo A. Declaración de Abraham Montero Huentemil a este medio de prensa escrita.

⁴ El Código Sanitario fue dictado a través del Decreto con Fuerza de Ley N° 725, publicado en el Diario Oficial el 31 de enero de 1968 y que vino a modificar el anterior Código de la materia el Decreto con Fuerza de Ley N° 226 del 15 de mayo de 1931. Este Código es uno de los que más reformas ha experimentado en el tiempo.

⁵ Organización Mundial de la Salud, Ginebra 2001. Legal Status of Traditional medicine and complementary/alternative medicine: a worldwide review. Obtenido en Internet el 19 octubre 2005. http://www.paho.org/spanish/AD/THS/EV/PM-WHOTraditional_medicines_legal_status_pdf.

medicinas basadas en componentes de plantas, animales o minerales, terapias espirituales, técnicas manuales y ejercicios, aplicadas singularmente o en una combinación de ellas para el diagnóstico, pronóstico, tratamiento o prevención de enfermedades. Una de las características más relevantes que presenta este tipo de medicina es que los conocimientos tradicionales de tipo médico son traspasados, generalmente, de manera oral de generación en generación⁶.

La anterior definición trata de abarcar las diversas prácticas médicas alrededor del mundo, dado el contexto global en el que actúa la OMS. En nuestro país se debe considerar que el origen de este tipo de conocimiento son las tradiciones culturales de las comunidades tradicionales locales o comunidades indígenas y así se tratará de medicina tradicional popular chilena o medicina tradicional indígena, sin dejar de tener presente que a este punto histórico la mezcla y el roce de culturas ha producido que hayan ido incorporando mutuamente elementos de la medicina de las diversas culturas que conforman la sociedad chilena, produciendo conocimientos médicos que sincretizan ambas culturas y permiten avanzar en el saber de este tipo⁷.

La medicina tradicional indígena, más que ser un tipo de práctica de medicina alternativa, por cuanto da opciones diversas a las de la medicina alopática en diagnóstico, tratamiento y cura de las enfermedades mentales o físicas, es un sistema de salud específico⁸. Cada sistema de salud se encuentra asociado a una escala de valores propia, con una visión holística del mundo, una cosmovisión total o una forma de ver la salud dentro de un contexto más amplio que involucra la relación del hombre con su entorno natural y humano y consigo mismo⁹. Características y valores que no son del todo coincidentes con los del sistema de salud estatal de tipo alopático ya que este último responde a las necesidades de una sociedad diversa a la sociedad indígena¹⁰.

⁶ Idem.

⁷ Determinar los casos en que esta fusión se ha producido escapa largamente al objeto de este artículo y a más humildes conocimientos en antropología.

⁸ Contreras, Roberto, Reconocimiento de los sistemas de salud de los pueblos originarios. Presentación en power point en Seminario Salud Intercultural, Servicio de Salud Araucanía Sur, Temuco, junio de 2005. "Sistema de Salud: El que acepta y afronta la responsabilidad de mantener o mejorar la situación de salud de la población, aunque no sea siempre el único, a través de prestadores públicos o privados, que son regulados y en ciertos casos financiados y de propiedad en todo o parte por el Estado".

⁹ Citarella, Luca y otros, Medicina y culturas en la Araucanía, op. cit., p. 33 "La existencia de una estructura médica tradicional está entroncada en un sistema ideológico y un conjunto de prácticas médicas y agentes de salud que desempeñan un papel fundamental en la salud de la población".

¹⁰ Alarcón M., Ana María y otros, "Salud Intercultural: Bases para la construcción de sus bases conceptuales", en Revista médica de Chile, N° 131, año 2003, p. 1063: "Desde la antropología sociocultural un sistema médico se concibe como un conjunto más o menos organizado, coherente y estratificado de

Desde el punto de vista antropológico una definición de sistema de salud o sistema médico es: "un conjunto que incluye todas las creencias y acciones relativas a la salud, los conocimientos científicos y las habilidades de los miembros de un grupo perteneciente a una determinada cultura"¹¹. Cada cultura tiene su propia concepción de la enfermedad en sí misma y del tratamiento que se le debe dar¹².

Cada sistema de salud o sistema médico está integrado por agentes de salud o practicantes que son quienes dan la atención a los usuarios¹³. En particular, la medicina tradicional mapuche es un sistema de salud chamánica, por cuanto sus practicantes de salud son también aquellos encargados de custodiar los valores de las comunidades¹⁴.

Respecto del pueblo mapuche en específico, los conocimientos se transmiten de manera oral, generalmente dentro de un linaje. La misión de sanar a la comunidad se revela mientras la persona "elegida" duerme y es en el sueño o *pewma* donde la persona es investida del don de sanar directamente por el ser supremo *Ngenechen*¹⁵.

La "sociedad dominante", en cambio, concibe la medicina de un modo fragmentario, la considera una parte del conocimiento aplicable única y

agentes terapéuticos, modelos explicativos de salud enfermedad, prácticas y tecnologías al servicio de la salud individual y colectiva. La forma en que estos elementos se organizan internamente, otorgando coherencia al sistema, depende del modelo sociocultural en que se desarrolla la medicina".

¹¹ Citarella, Luca y otros, *Medicina y culturas en la Araucanía*, op. cit., p. 42.

¹² Alarcón M., Ana María y otros, "Salud intercultural: Bases para la construcción de sus bases conceptuales", op. cit. p. 1063: "En consecuencia las medicinas son construcciones culturales que responden a necesidades de un entorno social específico y en los cuales es posible distinguir una dimensión conceptual y una conductual".

¹³ En Chile la práctica de la medicina tradicional mapuche es de tiempos inmemoriales, tan antigua como la de las culturas asiáticas, OMS. "Traditional and modern medicine. Harmonizing the two approaches" Western Pacific Region. Beijing, China 2000. Disponible en Internet en <http://www.who.org>. Fecha última consulta 25 octubre 2005, p. 19: "Traditional medicine practitioners have developed unique methods of diagnosis and treatment that are specific to their particular cultures. Some of these approaches based on complex theoretical frameworks can be traced back as far as 3,500 years".

¹⁴ Cadena Moschner, Elsa y Rosero Peña, Martha, *Trascendencia jurídica del proceso de creación y declaración de la primera área de protección biocultural en Colombia: El caso del Parque Nacional Natural Alto Fragua Indi Wasi, Caquetá, Colombia*. En Aylwin José y otros, *Derechos Humanos y Pueblos Indígenas*. Ed. Instituto de Estudios Indígenas UFRO, Temuco, 2004, p. 114: "La experiencia nos ha enseñado que en aquellas culturas de tradición chamánica, la identidad étnica tiene como eje fundamental el conocimiento ancestral de sus sabedores o chamanes en torno al cual giran y se reproducen los códigos culturales y los sistemas normativos. La denominación chamán ha sido generalizada por la antropología; hoy en día la mayoría de las personas identifican el chamán con los curanderos, médicos tradicionales, y sacerdotes de los pueblos indígenas a lo largo y ancho del planeta".

¹⁵ *Ngenechen* es la energía creadora o Dios en la cultura mapuche. También hay quienes lo escriben como *gvnechen*.

exclusivamente a los aspectos físicos o somáticos de las enfermedades, dejando de lado el aspecto espiritual, que sí es considerado por la medicina tradicional mapuche e indígena en general.

En las regiones indígenas, como la Región de la Araucanía y la de Los Lagos, coexisten los sistemas de salud de tipo alopático, sea público o privado, con el sistema de la medicina tradicional mapuche, que podría ser catalogado como un sistema de salud privado, por cuanto no está cubierto por el sistema de salud público del Estado. Existen pacientes indígenas, mestizos y también no indígenas que recurren a ambos sistemas, uno después de otro, generalmente el alopático primero y luego el mapuche, o bien se traspasan de un sistema a otro en forma contemporánea.

A nivel nacional, la recurrencia a preparados de hierbas cuyo origen se le atribuye a la medicina tradicional mapuche se encuentra muy difundida, preparados que son comercializados en una cadena de farmacias denominadas Farmacia Mapuche en las ciudades más grandes del país como Santiago, Concepción, Valparaíso, Puerto Montt y Temuco¹⁶.

La realidad de un país con fuerte recurrencia a la medicina tradicional indígena y más aún, su expansión a zonas en que por siglos había sido prácticamente erradicada como el Área Metropolitana, plantea diversos desafíos¹⁷. Aquellos que parecieran más relevantes son los siguientes:

– Reconocimiento o inclusión de la medicina tradicional indígena por en el ordenamiento jurídico como un sistema de salud propio de cada pueblo que lo ha originado.

– Normas sanitarias, es necesario establecer estándares mínimos de salubridad de acuerdo a los cuales deban proceder los practicantes de medicina tradicional indígena. Sin embargo estas imposiciones no pueden ser tales que impidan o aniquilen la forma natural como hasta ahora se viene desarrollando la medicina tradicional indígena, esto es no puede afectarse su esencia religiosa.

¹⁶ En Chile, a las prácticas de medicina indígena precedentemente descritas se han ido sumando, especialmente en los últimos veinte años, las prácticas de medicinas alternativas provenientes de otras culturas como la ayurveda de origen hindú, medicina tradicional china cuya técnica más conocida en el país es la acupuntura, aromaterapia, flores de bach, quiropráctica y homeopatía, principalmente. Otro tipo de medicina alternativa es la unani de origen árabe, la cual no se ha difundido en el país de la misma manera que las anteriores, sin perjuicio de que la posibilidad de su práctica al interior de grupos restringidos integrados por descendientes de inmigrantes árabes llegados al país no puede ser descartada.

¹⁷ En Chile, luego de la Región de la Araucanía, la mayor cantidad de población indígena se concentra justamente en la Región Metropolitana. También, la misma Ley 19.253 contempla un párrafo sobre los denominados "Indígenas urbanos y migrantes" desde los artículos 75 a 77.

– Responsabilidades en el ejercicio de la medicina tradicional, lo que implica reconocer las limitaciones de los agentes de medicina tradicional, esto es reconocer en qué enfermedades pueden no ser efectivos y en cuáles sí tendrían éxito. ¿Corresponde establecer la misma responsabilidad que a los médicos alópatas? En principio no podría pensarse algo semejante simplemente por la diferencia en las técnicas empleadas por los profesionistas de una y otra medicina, pero cabría la duda respecto de los practicantes que noten la existencia de enfermedades somáticas graves en sus pacientes que requieran de una intervención ajena a las prácticas de su propia cultura, como sería una cirugía, por ejemplo, y que omitan derivarlos a un especialista alópata, en caso de que esté en condiciones de saber cuándo debe derivar.

– Peligrosidad de los remedios naturales, lo que hasta ahora según la OMS no se ha manifestado como un peligro real y grave, pero podría ocurrir que algunos pacientes presenten intolerancias o se encuentren en estados físicos excepcionales que pudieran desencadenar reacciones adversas como, por ejemplo, las mujeres embarazadas. La OMS ha manifestado que los remedios naturales no presentan la misma peligrosidad que aquellos químicos ya que así como para que surtan efectos positivos se necesitan grandes cantidades, lo mismo ocurre con los efectos negativos, porque las sustancias de lo que se componen son naturales y por ello menos agresivos que los anteriores¹⁸.

– Naturaleza de las prestaciones otorgadas por los practicantes de medicina tradicional a personas indígenas y a personas no indígenas, o sea de qué tipo de asistencia se trataría: médica o religiosa. Así, cabe también la interrogante de si ¿los practicantes médicos indígenas pueden ampararse en el secreto profesional respecto de la información que les confidencien sus pacientes? O, como se está en un ámbito más bien religioso-espiritual como es el ámbito de la salud, ¿correspondería hablar de secreto del confesor?¹⁹.

¹⁸ OMS, Nuevas directrices de la OMS para fomentar el uso adecuado de las medicinas alternativas. Noticia del 22 de junio 2004 disponible en internet en <http://www.who./mediacentre/news/releases/2004/pr44es>, fecha de la última consulta 28 de octubre 2005. Esta noticia da cuenta de algunas escuelas que han provocado practicantes no autorizados de terapias manuales alternativas y de acupuntura. En la ciudad de Temuco, hasta ahora, no se ha sabido por los medios de comunicación de algún problema que alguna persona haya presentado por haber ingerido los productos vendidos por la denominada Farmacia Mapuche, Maquewe Lawen.

¹⁹ El artículo 303 del Código de Procedimiento Penal señala: Facultad para abstenerse de declarar por razones de secreto. Tampoco estarán obligadas a declarar aquellas personas que, por su estado, profesión o función social, como el abogado, médico o confesor, tuvieren el deber de guardar el secreto que se les hubiere conñado, pero únicamente en que se refiere a dicho secreto. El machi, en razón de su posición social, estaría amparado por este artículo, mientras se encuentre en el ámbito de desenvolvimiento de la vida de su comunidad, cultura y religión.

– La recurrencia a la medicina tradicional indígena de personas que no son parte del pueblo mapuche. Cómo podría regularse esta situación, ya que si bien las personas indígenas de una determinada comunidad actúan dentro del ámbito de su cultura, movidos por creencias espirituales y religiosas, en cambio los no indígenas no participan de la misma cultura y su recurrencia a la medicina tradicional indígena no puede considerarse una manifestación religiosa o cultural.

Otras cuestiones a destacar son: aspectos tributarios, propiedad intelectual sobre los conocimientos tradicionales indígenas de tipo médico y protección del patrimonio cultural indígena, etc.

3. LA MEDICINA TRADICIONAL INDIGENA EN LA ORGANIZACION MUNDIAL DE LA SALUD

Las prácticas de medicina alternativa, especialmente aquellos tipos pertenecientes a los pueblos indígenas, han sido reconocidas por la OMS como positivas y hasta recomendables por ser un tipo de medicina de bajo costo, accesible para la mayor parte de la población desde un punto de vista geográfico y burocrático y menos agresiva desde el punto de vista fisiológico. La OMS reporta que un tercio de la población mundial o dos billones de personas se curan o medican a través de este tipo de medicina, cifra que aumenta en aquellas regiones más pobres en donde sobrepasa el 50%, como en Asia y Africa que llega sobre el 80%²⁰.

La recurrencia a la medicina tradicional local o indígena ha sido más frecuente en los países en vías de desarrollo que en aquellos industrializados; sin embargo, el que las medicinas alternativas no sean agresivas o que no presenten efectos colaterales ha hecho que su uso y consumo vaya en aumento exponencial en países cuya población exhibe más altos ingresos²¹. En Chile, la recurrencia a medicinas de tipo alternativo se ha expandido en la última década, sea en más usuarios de la medicina indígena, especialmente la mapuche, no pertenecientes o

²⁰ OMS. Datos disponibles en <http://www.who.org>

²¹ OMS, Estrategia de la OMS sobre medicina tradicional 2002-2005. Ginebra, 2002, documento no oficial. Disponible en internet en: <http://www.who.org>, fecha de la última consulta 25 de octubre 2005, p. 2: "En EE.UU. el gasto total en 1997 en MCA se estima fue de 2.700 millones de dólares estadounidenses. En Australia, Canadá y el Reino Unido el gasto anual en MCA se estima en 80 millones, 2.400 millones y 2.300 millones de dólares estadounidenses respectivamente".

que no se sienten pertenecientes a las etnias originarias del país²², que abarcando prácticas médicas de origen asiático como la acupuntura, apiterapia, aromaterapia, homeopatía, etc.²³.

La política manifestada actualmente por la OMS y de la Organización Panamericana de la Salud (OPS), ambos organismos de los que se hace parte Chile, sobre medicina alternativa o complementaria y concretamente en medicina tradicional indígena, se basa en recomendaciones adoptadas en la Reunión de Trabajo de Winnipeg, realizada en Canadá en 1993, las cuales se concretaron en el lanzamiento de una Iniciativa de Salud de los Pueblos Indígenas de las Américas.

En dicho foro, las organizaciones se mostraron preocupadas por el estado de la salud de las poblaciones indígenas, quienes evidencian índices más bajos que aquéllos de la población general de los países miembros debido a múltiples factores, siendo uno de los más graves la pobreza y, por ende, las peores condiciones de alimentación²⁴. Esta situación se repite en Chile, donde la población indígena presenta una incidencia de una persona pobre por cada tres, mientras que la población no indígena presenta una incidencia de una persona pobre por cada cinco²⁵.

La política OMS y OPS promovida en Winnipeg es de reconocimiento, expansión, promoción y protección, instando a los gobiernos a adoptar políticas y legislación en tal sentido para lograr la plena integración de estas prácticas a los sistemas de salud pública de los estados miembros de dichas organizaciones²⁶. En

²² Ministerio de Planificación, MIDEPLAN. Datos disponibles en <http://www.mideplan.cl>. Fecha última consulta 18 octubre 2005. Las personas que en el Censo de 1992 respondieron sentirse pertenecientes a una de las etnias originarias del país fueron aproximadamente un 10% del total de la población o el equivalente más o menos a 1.500.000 personas; el 2000 según una encuesta Casen este porcentaje era del 4,4% de la población chilena, equivalente a 666.319 personas.

²³ Las prácticas alternativas de medicina han sido reconocidas genéricamente en el Decreto 42 de 2004, publicado el 17 de junio de 2005 del Ministerio de Salud.

²⁴ OPS, Iniciativa de Salud de los Pueblos Indígenas, disponible en internet en <http://wbln0018.worldbank.org>, fecha de la última consulta 20 de noviembre 2005: "Los pueblos indígenas de las Américas son dueños de una diversidad étnica, de una riquísima herencia cultural, y de verdaderas alternativas de solución para algunos de los problemas actuales. A pesar de la gran riqueza cultural y humana de estos pueblos, unos 43 millones de indígenas americanos sufren de desigualdades económicas, jurídicas y sociales que se expresan entre otras cosas, en una pobreza alarmante y condiciones de vida y salud deficitarias".

²⁵ Aguilar C., Gonzalo, "Pobreza y pueblos indígenas", en Revista de Derecho Universidad Católica de Temuco, N° 5 año 5, Temuco, 2005, p. 55: "Según los antecedentes de la Encuesta Casen 2000, la incidencia de la pobreza es significativamente más alta en las poblaciones indígenas (32,3%) que en las no indígenas (20,1%). Comparativamente hablando, si bien el porcentaje de indígenas pobres ha disminuido en el período 1996-2000, la proporción en situación de indigencia aumentó en el mismo período".

²⁶ La OMS da cuenta de que los países asiáticos son los que se encuentran más adelante en el seguimiento de esta política, sin embargo, aparte de China, la República Popular de Corea, la República de Corea y Vietnam, la integración de la medicina tradicional y de la medicina complementaria alternativa no se ha verificado aún en otras partes.

Canadá se estableció que los principios en los que debían sustentarse toda acción para mejorar las condiciones de los pueblos indígenas debían basarse en: a) la necesidad de un abordaje integral de la salud; b) el derecho a la autodeterminación de los pueblos indígenas en materias de salud; c) el derecho a la participación sistemática en los procesos decisionales de salud; d) el respeto y la revitalización de las culturas indígenas y la reciprocidad en las relaciones, vale decir que lo que se obtenga de las medicinas tradicionales indígenas en beneficio de toda la población debe ser recompensado.

Esta política se basa en el desarrollo de una estrategia en medicina complementaria tendiente a que los países desarrollen políticas sobre medicina tradicional indígena sustentadas en los siguientes principios:

- Reconocimiento de la medicina tradicional y de las complementarias alternativas,
- protección y preservación del conocimiento indígena sobre medicina tradicional,
- seguridad en el acceso, uso y calidad, y control sobre la medicina tradicional, y
- uso racional, que se refiere a la idoneidad de los practicantes de este tipo de medicina²⁷.

Para llevar adelante esta política, los países que integran la OMS y la OPS han resuelto implementar en sus respectivos países diversas medidas, de las cuales, para los fines de este artículo, resulta ser la más interesante aquella que se refiere a la adopción de una legislación conteste a los principios enunciados más arriba, especialmente relativa al reconocimiento y protección de la medicina tradicional indígena, registro y protección de las hierbas y plantas utilizadas por esta medicina, así como de sus mismos practicantes.

En Chile los gobiernos, a partir de los 90, se han ido manifestando un poco más sensibles a reconocer el hecho de la existencia de la medicina tradicional indígena²⁸. A partir de la misma época, el Estado ha tratado de implementar programas de salud intercultural que incorporan al sistema de salud oficial del Estado elementos del sistema de salud tradicional indígena, especialmente llevando

²⁷ OMS, "Medicina tradicional-Necesidades crecientes y potencial". En WHO N° 2, may 2002, World Health Organization Geneva.

²⁸ En la Región de la Araucanía estos programas empezaron a partir de 1992 en las cinco comunas con mayor concentración de población indígena y prefiriendo a aquéllas con mayor índice de pobreza.

practicantes de salud o traductores de origen indígena a trabajar a centros de salud públicos de zonas rurales de alta concentración de población indígena, en donde a los pacientes de etnias originarias se les habla en lengua vernácula²⁹. Estos programas de salud intercultural, en estricto rigor, no pueden ser considerados realmente interculturales, porque no hay dos sistemas de salud que trabajen complementándose en un mismo plano, sino que es una integración parcial de algunos elementos de salud provenientes de la cultura mapuche al sistema de salud estatal³⁰. También el Programa de desarrollo integral de comunidades indígenas (Orígenes) presenta un componente de salud denominado intercultural³¹.

Se podría apreciar una visión parcializada de parte del Estado chileno sobre la medicina indígena mapuche, tratando de circunscribirla a una lógica meramente sanitaria, ignorando otros aspectos más importantes para los pueblos indígenas sobre los cuales debería pronunciarse, tratando de fragmentar una vez más la cuestión indígena³².

Me refiero principalmente al reconocimiento constitucional de los pueblos indígenas y a una efectiva protección de los territorios indígenas, supuestos indispensables para la promoción, fortalecimiento, mantenimiento de los sistemas

²⁹ Alarcón M., Ana María y otros, "Salud intercultural: Bases para la construcción de sus bases conceptuales", *op. cit.*, P. 1061: "La necesidad de desarrollar procesos interculturales en salud se ha generado tanto en Chile como en otros países latinoamericanos por diversas razones históricas, sociopolíticas y epidemiológicas, las cuales han motivado iniciativas tendientes a evitar que la identidad étnica y cultural del usuario constituya una barrera en el acceso y oportunidad a una mejor atención de salud".

³⁰ Citarella, Luca y otros, *Medicina y culturas en la Araucanía*, *op. cit.*, p. 563: "En general estos proyectos se han caracterizado por incorporar en alguna medida una perspectiva de interacción intercultural entre sistemas médicos diversos, fundamentalmente el mapuche, el occidental y el popular".

³¹ Instituto de Estudios Indígenas de la Universidad de La Frontera, "Los Derechos de los pueblos indígenas en Chile". Ed. Universidad de la Frontera, Temuco, Chile, 2003, p. 119: El presupuesto de esta parte del programa Orígenes fue de US\$6,7 millones, lo que equivale al 5% del presupuesto total de dicho programa de US\$133 millones, y se aplicaría de la siguiente manera: "i) Modelos de atención de salud intercultural existentes en Chile; ii) mejoramiento de la calidad, sensibilidad y pertinencia cultural de servicios de salud, a través de actividades de sensibilización, información y capacitación a los funcionarios de diez servicios de salud; iii) fortalecimiento de la medicina indígena, en el marco de un modelo de atención intercultural, para lo cual se financiarán encuentros entre agentes de la medicina indígena y se promoverá la formulación de sus propuestas; y iv) mejoramiento de acceso a la red de servicios interculturales de salud, para lo cual se financiarán proyectos provenientes de las comunidades indígenas".

³² Citarella, Luca y otros, *Medicina y culturas en la Araucanía*, *op. cit.*, p. 563: "El caso de Chile se inserta en el contexto descrito en la sección anterior, con la única diferencia de que la problemática indígena se ha mantenido en este país al margen del debate cultural nacional. Prueba de esta situación es la ausencia de políticas orgánicas dirigidas desde el Estado hacia la población indígena, tanto en el ámbito educativo como sanitario". La sección anterior está referida a la valorización de la medicina tradicional en el contexto internacional.

médicos y reproducción de los conocimientos de que son propietarios, ambas materias centrales para ayudar a superar la pobreza de la población indígena chilena³³.

4. LAS NORMAS SOBRE MEDICINA TRADICIONAL INDIGENA

En Chile no existe ninguna referencia directa y/o expresa de reconocimiento ni de prohibición de la medicina tradicional indígena en ningún cuerpo legal. No obstante el vacío anterior, el marco jurídico que le resulta aplicable permite sostener la legitimidad de la práctica de la medicina tradicional indígena por los pueblos indígenas, según se explica a continuación.

La Constitución Política de 1980 consagra en su artículo 19 N° 9, entre las garantías constitucionales reconocidas a todas las personas que se encuentren en el territorio de la república, el derecho a la protección de la salud y en el inciso 5° señala: "Cada persona tendrá el derecho a acogerse al sistema de salud al que desee acogerse, sea éste estatal o privado".

A partir de esta norma constitucional se puede sostener que, siendo la medicina tradicional indígena un sistema de salud de tipo privado, se encuentra permitido a toda persona en Chile elegir atenderse por este sistema de salud en vez de optar por el sistema de salud público estatal o privado de tipo alopático, y cualquier norma que prohíba esta elección es inconstitucional. Además, todo acto que tienda a impedir esta libre elección puede ser atacado por un recurso de protección.

La denominada Ley Indígena 19.253 de 1993 no se refiere en específico a la medicina tradicional indígena, sólo el artículo 7° se refiere de modo genérico a la cultura indígena, así, señala: "El Estado reconoce el derecho de los indígenas a mantener y desarrollar sus propias manifestaciones culturales, en todo lo que no se oponga a la moral, las buenas costumbres y al orden público". Como ya se ha explicado más arriba, dentro de la cultura se entienden comprendidos todas las conductas, comportamientos y prácticas asociados al sistema de salud indígena.

Una interpretación extensiva del artículo 7° de la Ley Indígena 19.253 permitiría sostener la posibilidad de ejercer y recurrir a la medicina tradicional indígena, al ser una manifestación central de la propia cultura. En principio,

³³ Aguilar C., Gonzalo, "Pobreza y pueblos indígenas", op. cit. p. 35: "Debido a una expropiación centenaria, los pueblos indígenas de Chile y, en especial, el pueblo mapuche ha ido perdiendo su principal riqueza, esto es, su tierra, territorios y recursos. Esto mismo los ha impulsado a una situación de pobreza, exclusión y marginación".

podría entenderse que se trataría de un ámbito reservado a las personas pertenecientes a una determinada etnia originaria que recurran a las prácticas de medicina de su propia etnia y no a las de otra.

Los tratados sobre derechos humanos vigentes y ratificados por Chile permiten llegar a la misma conclusión y refuerzan las ideas expuestas en este artículo³⁴.

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos sanciona en su artículo 18 la libertad de religión o creencias, sea en forma individual o colectiva, en público como privadamente, participando de cultos, ritos, prácticas y/o enseñanza³⁵. Del mismo modo, el artículo 27 de este pacto refuerza la anterior idea en los siguientes términos: "En los estados en que existan minorías étnicas, religiosas o lingüísticas, no se negará a las personas que pertenezcan a dichas minorías el derecho que les corresponde, en común con los demás miembros de su grupo, a tener su propia vida cultural, a profesar y practicar su propia religión y a emplear su propio idioma".

El Pacto sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales en su artículo 12 reconoce el derecho de toda persona a la salud física y mental, por lo que si las personas indígenas y no indígenas entienden que su salud pasa por una atención integral, atención ofrecida por un sistema médico diverso del oficial, no puede negárseles el recurrir a su propio sistema médico.

Además de lo anterior, en ambos pactos, en sus respectivos artículos 1º, reconocen el derecho de los pueblos a la autodeterminación, concepto muy cuestionado en Chile respecto de los pueblos indígenas, autodeterminación que aun entendida sólo en un sentido restrictivo, establece el derecho de los pueblos de proveer libremente a su desarrollo económico, social y cultural. Una forma elemental de los pueblos de desarrollarse social y culturalmente es a través de sus

³⁴ Chile ratificó los dos pactos de las Naciones Unidas, sea el de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y el de Derechos Civiles y Políticos, el 10 de febrero de 1972. Estos instrumentos habían sido adoptados por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 16 de diciembre de 1966 y entraron en vigor el 3 de enero de 1976, el primero y el 23 de marzo de 1976, el segundo.

³⁵ Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos: Artículo 18: "1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; este derecho incluye la libertad de tener o de adoptar la religión o las creencias de su elección, así como la libertad de manifestar su religión o sus creencias, individual o colectivamente, tanto en público como en privado, mediante el culto, la celebración de los ritos, las prácticas y la enseñanza. 2. Nadie será objeto de medidas coercitivas que puedan menoscabar su libertad de tener o de adoptar la religión o las creencias de su elección. 3. La libertad de manifestar la propia religión o las propias creencias estará sujeta únicamente a las limitaciones prescritas por la ley que sean necesarias para proteger la seguridad, el orden, la salud o la moral públicos, o los derechos y libertades fundamentales de los demás. 4. Los estados partes en el presente Pacto se comprometen a respetar la libertad de los padres y, en su caso, de los tutores legales, para garantizar que los hijos reciban la educación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones".

sistemas médicos, por lo tanto, el Estado de Chile no podría prohibir al pueblo mapuche ni a ningún otro pueblo indígena del país el desarrollo de su sistema médico, como base de su desarrollo social y cultural, así como tampoco impedirnos al resto de los habitantes del país el gozar de los beneficios sociales y culturales que trae para todos la práctica y ejercicio de la medicina tradicional indígena, especialmente la mapuche.

4.1. La presunta "clandestinidad" de la medicina tradicional indígena

El cuerpo legal, para muchos podría ser el texto central que se refiere a la medicina tradicional indígena, sería el Código Sanitario DFL N° 725, que en sus artículos 112 y siguientes prohíbe la práctica de la medicina fuera de aquella de tipo alopático, ya que veta el desempeño de cualquier profesional que no sea de aquéllos formados por la Universidad de Chile u otra Universidad reconocida por el Estado y habilitados para el ejercicio de la profesión³⁶.

Siendo el sistema tradicional de salud mapuche integrado por practicantes de la medicina que no cumplen con los requisitos exigidos por el Código Sanitario, pues no realizan estudios formales en ninguna institución de educación del Estado ni se encuentran habilitados para el ejercicio de la profesión médica para ser reconocidos por sus comunidades, todos los wefeche, lawenchufe y/o machis, se encontrarían al margen de la ley y su ejercicio en cuanto practicantes médicos se presenta, al menos aparentemente, como ilegal³⁷.

Sin embargo, el Código Sanitario de 1968, anterior a la Constitución de 1980, parecería ser contrario a la Carta Fundamental pues estaría limitando las posibilidades de los habitantes del país de elegir el sistema de salud con el cual

³⁶ Código Sanitario DFL 725, 1968, "Libro quinto del ejercicio de la medicina y profesiones afines", artículo 112: "Solo podrán desempeñar actividades propias de la medicina, odontología, química y farmacia u otras relacionadas con la conservación y restablecimiento de la salud quienes poseen el título respectivo otorgado por la Universidad de Chile u otra Universidad reconocida por el Estado y estén habilitados legalmente para el ejercicio de sus profesiones. Asimismo, podrán ejercer profesiones auxiliares de las referidas en el inciso anterior quienes cuenten con autorización del director general de Salud. Un reglamento determinará las profesiones auxiliares y la forma y condiciones en que se concederá dicha autorización, la que será permanente, a menos que el director general de Salud, por resolución fundada disponga su cancelación.

No obstante lo dispuesto en el inciso primero, con la autorización del director general de Salud podrán desempeñarse como médicos, dentistas, químicos farmacéuticos o matronas en barcos, islas o lugares apartados, aquellas personas que acrediten un título profesional otorgado en el extranjero".

³⁷ Código Sanitario DFL 725, artículo 113: "Se considera ejercicio ilegal de la profesión de médico-cirujano todo acto realizado con el propósito de formular diagnóstico, pronóstico o tratamiento en pacientes o consultantes, en forma directa o indirecta, por personas que no están legalmente autorizadas para el ejercicio de la medicina.

quieren medicarse, pues monopolizaría el reconocimiento legal a un solo sistema médico: el de medicina alopática, conformado exclusivamente por practicantes instruidos en las instituciones de educación reconocidas por el Estado. También y aparentemente prohibiría y transformaría en clandestino el sistema médico de origen autóctono practicado en el territorio nacional con anterioridad a la conformación del mismo Estado. Aparentemente habría un conflicto entre el Código Sanitario con la Ley Indígena N° 19.253 que consagra en su artículo 7° un reconocimiento genérico a las manifestaciones culturales de los pueblos originarios.

Las razones para no considerar clandestina a la medicina tradicional indígena son las siguientes:

Primera, la jerarquía de la Ley 19.253 que es una Ley de Quórum Calificado y, por lo tanto, se entendería que primaría por sobre el Código Sanitario; segunda, la especificidad de la Ley Indígena N° 19.253 que se refiere a las manifestaciones culturales específicas de los pueblos indígenas; y tercera, porque la Ley 19.253 del 12 de octubre de 1993 es posterior al Código Sanitario de 1967. Este conjunto de criterios de interpretación permitirían sostener la total legalidad en cualquier práctica, acto, rito o comportamiento asociado al sistema de salud indígena de cualquier etnia en Chile, amparada en el reconocimiento de las culturas indígenas y de sus integrantes a manifestarlas consagrado en el artículo 7° de la Ley Indígena N° 19.253.

El Código sanitario no estaría tratando de regular la medicina tradicional indígena, ya que escapa a las materias para las cuales fue dictado, exclusivamente las relativas a la práctica en el territorio nacional de la medicina alopática u occidental y, por lo tanto, no puede abarcar materias que se encuentran fuera de la concepción que lo ha inspirado.

Otra interpretación conduciría al absurdo de que a las personas indígenas que han tenido toda su historia su propio sistema de salud, se les estaría negando e imponiendo un sistema en el cual no creen y del cual no participan, lo que causa trastornos y menoscabo directo en su salud, así como un obstáculo para la prestación de asistencia sanitaria³⁸.

"No obstante lo dispuesto en el inciso anterior, quienes cumplan funciones de colaboración médica, podrán realizar algunas de las actividades señaladas, siempre que medie indicación médica y supervigilancia médica. Asimismo, podrán atender enfermos en caso de accidentes súbitos o en situaciones de extrema urgencia cuando no haya médico-cirujano alguno en la localidad o habiéndolo, no sea posible su asistencia profesional".

³⁸ Alarcón M., Ana María, "Salud Intercultural: elementos para la construcción de sus bases conceptuales", op. cit. p. 1063: "La credibilidad que los pacientes asignan a las fuentes de validación es la que permite,

Una normativa que sí se ha referido a la medicina tradicional indígena, aunque de manera muy tangencial, es la Ley 19.937 publicada en el Diario Oficial el 24 de febrero de 2004, conocida como Ley de autoridad sanitaria, que permite al Ministerio de Salud, a modo de prerrogativa, incorporar un enfoque de salud intercultural a los programas de salud en comunas de alta concentración indígena³⁹. Ha sido en virtud de esta ley que en la IX Región se han implementado programas de salud intercultural.

También existen normativas del Ministerio de Salud de jerarquía inferior que se mencionan con el objeto de profundizar el estudio de la materia:

– Decreto N° 140, del Ministerio de Salud, de abril de 2005, Reglamento Orgánico de los Servicios de Salud obliga a dar un “enfoque intercultural” a sus programas en aquellas regiones de alta concentración de población indígena.

– Decreto N° 42 del Ministerio de Salud, publicado en el Diario Oficial del 17 de junio de 2005, Reglamento para el Ejercicio de las Prácticas Médicas Alternativas como Profesiones Auxiliares de la Salud y de los recintos en que éstas se realizan, que reconoce varias cuestiones comentadas en este artículo en su preámbulo: el derecho de los habitantes del país de elegir el sistema de salud con el cual desean tratarse, la creciente oferta y considera la estrategia impulsada por la OMS para reconocer e incluir en los sistemas nacionales de salud formas de medicina alternativas⁴⁰.

Sin embargo, este Decreto N° 42 deja fuera la medicina tradicional indígena no sólo porque no la alude expresamente, sino también por las siguientes dos razones: una es que el artículo 2° que excluye la medicina popular tradicional y entiende por tal aquella de origen autóctono en el país, o sea se hace una mixtura entre la medicina popular producto del secretismo de las culturas presentes en el país y la indígena o aborígen, aquella perteneciente a las culturas originarias del país, que son dos prácticas totalmente diferentes como se explicó en la primera

en último término, aceptar o no las explicaciones acerca de las fuentes de sus enfermedades, y la adherencia a los tratamientos. Por lo tanto, el éxito en el proceso terapéutico depende en gran medida de la conjunción entre médicos y pacientes”.

³⁹ Ley 19.937. Art. 1°, modifica el art. 4° del Decreto Ley 2.763, introduciendo entre otros el N°16: “Formular políticas que permitan incorporar un enfoque intercultural en los programas de salud de aquellas comunas con alta concentración indígena”.

⁴⁰ Decreto N° 42/2005 del Ministerio de Salud. Preámbulo, Considerando 5°: “La estrategia impulsada por la Organización Mundial de la Salud alentando a los gobiernos a reconocer la importante contribución que determinadas formas de medicinas alternativas pueden hacer para mejorar y mantener la salud, así como a integrarlas en los sistemas de salud nacionales desarrollando e implantando políticas y programas nacionales al respecto”.

parte de este artículo; y la otra es porque los requisitos que se exigen para ejercitar cualquier tipo de medicina alternativa a la alopática son totalmente ajenos a la cultura mapuche: acto de autoridad (Decreto Supremo), título profesional, 1.600 horas académicas cursadas, sala o recinto para la práctica de la medicina⁴¹.

La definición contenida en el artículo 2° del Decreto 42/2005 por sí sola no podría entenderse destinada a referirse a la medicina tradicional mapuche, pero dado todo el sentido del Decreto 42/2005, especialmente los requisitos exigidos para tener un permiso de practicante de medicina alternativa, no cabe duda que el Ministerio de Salud ha excluido de este reglamento a la medicina indígena.

- Decreto N° 286, del Ministerio de Salud, de septiembre de 2001, que modifica el Decreto N° 1.876, de 1995, Reglamento del Sistema Nacional de control de productos farmacéuticos, alimentos de uso médico y cosméticos y el Decreto N° 466, de 1984, que aprueba el reglamento de farmacias, droguerías, almacenes farmacéuticos, botiquines y depósitos autorizados. La novedad de este decreto es que agrega al artículo 44 del Decreto N° 1.876/1995 un inciso que reconoce la existencia y comercialización de productos de tipo herbario, cuyo uso se atribuye a la medicina tradicional chilena, sin hacer mención a la medicina indígena mapuche⁴².

Es este decreto el que permite la comercialización de plantas y hierbas para fines médicos, con tal que se encuentren rotulados e indiquen cuál es el uso que de ellos se puede hacer y que sean expedidas por una entidad comercial autorizada para ello por el Ministerio de Salud.

No hay ninguna alusión a una mínima protección de los conocimientos que en las etiquetas o rótulos van expuestos, tampoco acerca de posibles efectos colaterales o contraindicaciones.

⁴¹ Decreto N° 42/2005 del Ministerio de Salud. Artículo 2°: "La medicina popular tradicional chilena, entendida como las actividades y procedimientos de recuperar y mantener la salud, de origen sociocultural autóctono en el país, ejercida por sanadores formados tradicionalmente en sus propias comunidades de pertenencia y que gozan del respeto de éstas, quedará al margen de la aplicación de este reglamento".

⁴² Decreto 286 Ministerio de Salud. Art. 1° N° 3 Letra B: "Las plantas o partes de plantas, frescas o desecadas, enteras o trituradas, envasadas y etiquetadas artesanalmente y rotuladas con la denominación utilizada por la costumbre popular en el ámbito de las tradiciones culturales nacionales chilenas, se considerarán medicamentos herbarios tradicionales y se entenderán autorizados para los efectos de su venta y distribución, libremente, por el solo hecho de que el Servicio de Salud competente haya autorizado el establecimiento en que se almacenan, fraccionan, envasan o se realizan otras operaciones propias de su procesamiento, siempre que cumplan los siguientes requisitos:

- Deberán estar en un listado aprobado por resolución del Ministerio de Salud, dictada en uso de sus atribuciones legales técnico-normativas.
- Estar envasadas artesanalmente como especies vegetales aisladas, no mezcladas.
- Consignar en sus rótulos sólo aquellas propiedades reconocidas en la resolución aludida precedentemente".

4.2. La cuestión tributaria

Este artículo ha sido abierto con la presentación de una noticia publicada en el diario *El Austral de Temuco* que informa acerca del requerimiento que el Servicio de Impuestos Internos ha hecho a un machi de la misma comuna por evasión del Impuesto al Valor Agregado (IVA), al no emitir boleta por los servicios prestados, según el artículo 2° del Decreto Ley 825, 1974, conocido como Ley de IVA⁴³.

Este requerimiento nace del hábito que existe entre los pacientes de los machi de dar una ofrenda por la sanación efectuada por el machi en esa persona, lo que el común de los chilenos entendería ser una forma de expresar gratitud; esta ofrenda que puede ser hecha en cualquier especie, que tradicionalmente se efectuaba en animales, con el tiempo fue mutando hasta verificarse también y preferentemente en dinero. A los ojos de aquellos que no participan de la práctica de la medicina tradicional mapuche pudiera parecer un pago por los servicios médicos prestados que pudiera ser un hecho gravado por el artículo 20 N° 4 o N° 5 del Decreto Ley 824 Ley de Renta, artículos de acuerdo a los cuales se gravan los practicantes alopáticos y alternativos de medicina⁴⁴.

El rol del/la machi al interno de la cultura indígena es el de encargado de mantener los nexos con el mundo mágico religioso, cuidar de la salud de los integrantes de la comunidad y custodios de la cultura. En este rol, una de las creencias más importantes es la de la circulación de las energías entre ellos con el mundo que les rodea, mundo del cual hacen parte a los pacientes, en ambas direcciones, esto es hacia y desde la persona del machi. Es por ello que el machi

⁴³ D.L. 825, art. 2°: "Para los efectos de esta ley, salvo que la naturaleza del texto implique otro significado, se entenderá: ... N° 2: 2. Por 'servicio', la acción o prestación que una persona realiza para otra y por la cual percibe un interés, prima, comisión o cualquiera otra forma de remuneración, siempre que provenga del ejercicio de las actividades comprendidas en los números 3 y 4 del artículo 20 de la Ley sobre Impuesto a la Renta".

⁴⁴ D.L. 824 Ley de Renta, art. 20: "Establécese un impuesto de 18% que podrá ser imputado a los impuestos global complementario y adicional de acuerdo con las normas de los artículos 56, N° 3 y 63. Este impuesto se determinará, recaudará y pagará sobre: N° 4°. Las rentas obtenidas por corredores, sean titulados o no, sin perjuicio de lo que al respecto dispone el N° 2 del artículo 42°, comisionistas con oficina establecida, martilleros, agentes de aduana, embarcadores y otros que intervengan en el comercio marítimo, portuario y aduanero, y agentes de seguro que no sean personas naturales; colegios, academias e institutos de enseñanza particular y otros establecimientos particulares de este género; clínicas, hospitales, laboratorios y otros establecimientos análogos particulares y empresas de diversión y esparcimiento. 'La medicina popular tradicional chilena, entendida como las actividades y procedimientos de recuperar y mantener la salud, de origen sociocultural autóctono en el país, ejercida por sanadores formados tradicionalmente en sus propias comunidades de pertenencia y que gozan del respeto de éstas, quedará al margen de la aplicación de este reglamento'".

debe recibir la ofrenda que le ofrece el paciente, pues de no ser así la energía que él/ella ha entregado no retorna y el machi se debilita, lo que perjudicaría a toda la comunidad⁴⁵.

Lo anterior es corroborado por el hecho de que el machi, wechefe o curandero no tiene acción para exigir forzosamente una prestación a cambio de aquello que otorga, de hecho no hay ni siquiera aranceles establecidos y las ofrendas son dadas en razón de las facultades económicas del paciente y del tipo de rito que requiere el tratamiento de la enfermedad. Así, las ofrendas vienen en definitiva a corresponder a una mera liberalidad de los pacientes siendo, por lo tanto, una donación desde el punto de vista jurídico.

La figura anterior resulta muy similar a las donaciones que se efectúan a los sacerdotes u otras autoridades religiosas de iglesias que gozan del reconocimiento y personalidad de derecho público, pagos que son efectuados por la práctica de ceremonias como los matrimonios, bautismos, misas para los muertos, etc., en donde incluso se pueden encontrar iglesias con diferentes aranceles, según el barrio en que están ubicadas o del tipo de flores con que decoran los recintos de culto, lo que en ningún caso ha sido interpretado como una venta de flores que deba pagar IVA⁴⁶. Respecto de las iglesias y otras instituciones religiosas sin fines de lucro, éstas se encuentran exentas del pago de impuestos, ya que las ofrendas de los fieles son consideradas por la legislación como donaciones.

Las donaciones si son de poca monta, independiente de a quien son efectuadas, o destinadas al mantenimiento de los lugares de culto, están exentas por el art. 18 en relación con el artículo 2º de la Ley 16.271 sobre impuesto a las herencias, asignaciones y donaciones⁴⁷.

⁴⁵ Citarella, Luca y otros, *Medicina y culturas en la Araucanía*, op. cit., p. 201: "Los machi son los encargados de cuidar de los enfermos aún contra de sus simpatías personales, ya que ésa es su función. Esa función está socialmente definida y corresponde, en opinión de los ancianos, a familias de machi, las cuales deben asegurar la continuidad del rol chamánico mediante el traspaso de sus poderes a nuevas generaciones. Las machi son formadas para cumplir un papel importante en la comunidad, son las protectoras del espacio físico y social por cuanto resguardan las costumbres, las creencias y velan por la salud de sus habitantes desde el punto de vista biológico cultural".

⁴⁶ Si en cambio se siguiera la lógica del Servicio de Impuestos Internos, hasta el diezmo pudiera ser considerado una fuente de enriquecimiento o lucro para las autoridades religiosas de las iglesias llamadas en causa.

⁴⁷ Ley 16.271 sobre Impuesto a las herencias, asignaciones y donaciones, art. 18: "Estarán exentas del impuesto que establece esta ley las siguientes asignaciones y donaciones: 1. Las que se dejen o hagan a la Beneficencia Pública Chilena, a las Municipalidades de la República y a las corporaciones o fundaciones de derecho público costeadas o subvencionadas con fondos del Estado; 2. Las donaciones de poca monta establecidas por la costumbre, en beneficio de personas que no se encuentren amparadas por una exención establecida en el artículo 2; ...4. Las que se dejen para la construcción o reparación de templos destinados al servicio de un culto o para el mantenimiento del mismo culto".

Si donde existe la misma razón, debiera existir la misma disposición y se consideran donaciones las ofrendas de los fieles de las iglesias que gozan de personalidad jurídica, la misma exención debería concederse a los religiosos mapuche. Además, considerando que las ofrendas por la atención médica son donaciones de poca monta, entonces tampoco desde un punto de vista tributario sería legal que pagaran impuestos⁴⁸.

Pero, ¿podría un chamán como un machi, wechefe o lawenchefe “desdoblarse” y ser indígena si atiende a uno de su misma etnia y ser practicante de medicina alternativa respecto de todo el resto de las personas?

Una forma de que los pacientes hagan circular la energía que les han entregado es a través de las ofrendas que ellos dan a cambio de los “servicios” que les conceden. De este modo, cualquier supuesto pago que los pacientes hagan a los machi tiene como fundamento no un afán de lucro, sino que el cumplimiento de un ciclo de circulación de las energías religiosas. Esto es así en la cultura mapuche respecto del practicante de medicina, del que entrega, es independiente de la etnia a la cual pertenece el paciente, no importa que este último sea indígena o no.

El Servicio de Impuestos Internos aún no ha manifestado una postura oficial sobre este tema y este tipo de requerimientos si bien es cierto se ha presentado en otras comunas de la Región de la Araucanía, no había sido habitual de parte de este servicio comportarse de esta forma con los chamanes mapuche, salvo hasta el año en curso⁴⁹.

4.3. La propiedad intelectual sobre los conocimientos tradicionales indígenas de tipo médico

En Chile no hay normas que protejan los derechos de propiedad intelectual (DPI) de los pueblos originarios sobre los conocimientos que ellos han generado, menos aún los de tipo médico, de los cuales los más expuestos resultan ser aquellos asociados al uso de hierbas y plantas por el exponencial interés que las propiedades de éstas presentan para el tratamiento no agresivo de diversas enfermedades tanto a nivel nacional como internacional.

⁴⁸ Las ofrendas que se entregan a los practicantes de medicina tradicional indígena no superan en promedio, por lo que yo conozco, los \$15.000 por “consulta”, sin perjuicio de que hay rituales largos y agotadores que son compensados con sumas más altas por los usuarios.

⁴⁹ Me consta el caso del machi de Villarrica Pedro Caripán, quien atiende en el km 14 del camino que va de Villarrica a Lican Ray, quien en el mes de febrero fue objeto de requerimientos verbales por parte de funcionarios del Servicio de Impuestos Internos de Villarrica.

El sistema de propiedad intelectual chileno es de corte "clásico", razona sobre la base de que los únicos creadores y productores de ideas son personas naturales o jurídicas y no grupos de personas, como es que se produce el conocimiento en las comunidades indígenas, además hay requisitos de documentación, registro y reproducción que no pueden ser cumplidos por los conocimientos tradicionales indígenas (CTI)⁵⁰. Pero la diferencia más notoria con el sistema de DPI estatal radica en la concepción filosófica de la producción del conocimiento⁵¹: mientras que los CTI se originan para ser compartidos con todas las personas que los necesiten, los DPI buscan monopolizar el control del conocimiento y con ello lograr el lucro sólo para aquellos que hayan registrado o patentado el conocimiento⁵².

Actualmente, la falta de protección legal para los conocimientos tradicionales indígenas y para las mismas variedades autóctonas ha permitido que hierbas y plantas usadas tradicionalmente por los mapuche para la cura de sus enfermedades hayan sido patentadas aquí o en el extranjero por diversas compañías farmacéuticas y químicas⁵³. Esta fuga de material genético y de los conocimientos asociados al uso que se puede hacer de ellos es posibilitada por quienes, encontrándose en los lugares donde se producen físicamente las plantas y en contacto con practicantes de medicina que saben para la cura de cuáles enfermedades sirven, registran DPI o patentan para sí directamente conocimientos o

⁵⁰ Pacheco C., Hellen, "La propiedad intelectual sobre los conocimientos tradicionales indígenas". En Aylwin, José y otros, *Derechos Humanos y pueblos indígenas*. Ed. Instituto de Estudios Indígenas UFRO, Temuco, 2004, pp. 57 a 59 sobre las diferencias entre los DPI y los CTI.

⁵¹ Flores, Luis, *Análisis del manejo regulatorio e institucional de los recursos genéticos en la legislación chilena*. Ed. Fundación Sociedades Sustentables, Santiago, 2004. Disponible en Internet en www.field.org Fecha última consulta 23 de marzo de 2005. "Precisamente, uno de los temas más conflictivos con relación a la regulación de las actividades de bioprospección y al debate en torno al reparto justo y equitativo de las ganancias comerciales producidas por la industria de la biotecnología moderna dice relación con la extensión de los beneficios que legítimamente deben recibir quienes históricamente han entregado sus conocimientos tradicionales sobre la utilización de determinados recursos biológicos".

⁵² Correa, Carlos y otros, *Derecho de Patentes*, Ed. Ciudad Argentina, Madrid, segunda edición, primera reimpression, 1999, p. 57: "En este caso, al decir de algunos especialistas la estrategia adoptada por los innovadores (en especial del sector farmacéutico) ha sido la de patentar inventos relativamente triviales (pseudo-innovaciones, en los términos de Mensch) con el exclusivo objeto de cumplir con una formalidad legal y, de paso, proteger un mercado potencial, bloqueando el acceso a los competidores".

⁵³ Manzur, María Isabel, *Experiencias en Chile de acceso a recursos genéticos, protección del conocimiento tradicional y derechos de propiedad intelectual*. Ed. Fundación Sociedades Sustentables, Santiago, 2004. Disponible en Internet en www.field.org Fecha última consulta 23 de marzo de 2005, p. 68: "También, como se mencionó anteriormente, existe material chileno en colecciones extranjeras, y no ha existido una política para el uso comercial de estas variedades, las cuales han sido utilizadas para generar variedades comerciales sujetas a patentes". Entre las variedades aludidas la autora ha rastreado en bancos de datos de laboratorios recolectores de germoplasma a través de internet la quinoa, el boldo, el quillay y la araucaria.

especies de toda la comunidad o bien facilitan que las compañías interesadas se dirijan con mayor certeza a unas plantas, hierbas o zonas que a otras⁵⁴.

Esta falta de protección permite no sólo la biopiratería explicada recién, sino que además permite el que nombres indígenas sean usados con fines comerciales para sumarse a la buena reputación de que goza la medicina tradicional indígena del pueblo mapuche.

Chile, que es un país que cuenta con recursos genéticos y con culturas ricas en conocimientos acerca del manejo y aplicación que se puede hacer de los anteriores, pierde enormes recursos al no proteger adecuadamente el acceso a los primeros ni proteger los CTI. Además, expone sus culturas indígenas ya que los CTI salen del ambiente en el cual fueron originados, se pierde el control de ellos por parte de quienes han contribuido a desarrollarlos y arriesga una restricción de los mismos por las eventuales restricciones que pudieren resultar de la exasperación en la protección de los DPI estatales. En suma, un vacío que no sólo hace perder dinero, sino también podría causar en el mediano plazo un empobrecimiento cultural.

Otro aspecto a tomar en consideración para el traspaso y producción de los conocimientos es la necesidad de que exista una efectiva legislación que proteja los territorios indígenas y el medio ambiente, que son un supuesto necesario para que se puedan desenvolver y desarrollar los conocimientos médicos⁵⁵.

La única protección de sus conocimientos que, en los hechos, han podido procurarse los mapuche ha sido la reserva y exclusividad de sus ceremoniales, vetando a los extraños el registro de sus ceremoniales y hasta la participación de éstos incluso como observadores.

4.4. La protección del Nguillatun como patrimonio universal inmaterial de la humanidad

La UNESCO ha declarado que los sistemas indígenas en medicina constituyen parte del patrimonio intangible inmaterial universal de la humanidad, el cual ha sido definido como "el proceso adquirido por los pueblos así como los

⁵⁴ Pacheco C., Hellen, Patrimonio genético y patrimonio cultural indígena, disponible en internet en <http://www.observatorioderechosindigenas.cl> fecha última consulta 11 de noviembre de 2005.

⁵⁵ Quidel Lincoleo, José, Cosmovisión mapuche y etología mapuche de la salud. Op. cit., p. 34: "La medicina mapuche se sostiene en los diferentes recursos que su territorio le otorga, sin embargo ante el acelerado deterioro ambiental que se vive hoy en día, acompañado de una dramática pérdida territorial, hace que la medicina mapuche esté siendo seriamente amenazada".

conocimientos, las competencias y la creatividad de la que son herederos y desarrollan, los productos que crean y los recursos, espacios y otras dimensiones del marco social y natural necesarios a su durabilidad; estos procesos infunden en las comunidades un sentimiento de continuidad con respecto a las generaciones precedentes y son de una importancia crucial para la identidad cultural, así como para salvaguardia de la diversidad cultural y para la creatividad de la humanidad”⁵⁶.

Asimismo, la UNESCO ha promovido y logrado la aprobación en París en 2003 y su entrada en vigencia en junio de 2004 de la Convención para la Salvaguardia del Patrimonio Inmaterial Universal de la Humanidad de 2003. Según el artículo 2º N° 1 de esta Convención se “entiende por patrimonio cultural inmaterial” los usos, representaciones, expresiones, conocimientos y técnicas –junto con los instrumentos, objetos artefactos y espacios culturales que les son inherentes– que las comunidades, los grupos y en algunos casos los individuos reconozcan como parte integrante de su patrimonio cultural”⁵⁷.

Dentro de muchos Nguillatun se realiza el rito del Machitún para la cura de diversas enfermedades, donde la o el machi hace una manifestación de todos sus conocimientos de tipo médico, que, como ya se ha expuesto en el número anterior, no tienen en nuestro ordenamiento jurídico ningún tipo de protección desde el punto de vista jurídico.

El Nguillatun ha sido presentado este año para ser declarado patrimonio intangible universal de la humanidad a iniciativa de comunidades mapuche de Argentina. Para que esta ceremonia obtenga tal declaración, debe contarse con la aprobación de la o las poblaciones o comunidades partícipes de la ceremonia. En Chile el gobierno actual se ha hecho parte de la iniciativa, entrando en contacto con algunas comunidades de la IX y X regiones del país. Llama la atención que tanto Argentina como Chile se sumen a la iniciativa, siendo que ninguno de los dos países es parte de la Convención para la Salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial.

La declaración del Nguillatun como patrimonio cultural inmaterial de la humanidad podría permitir al Estado su legitimación para entrar a participar de la organización, financiamiento y disposición de la oportunidad de los

⁵⁶ Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO), Programa de la Proclamación: Sector de Cultura de la UNESCO. Disponible en Internet en: http://portal.unesco.org/culture/es/ev.php-URL_ID=21427 Fecha última consulta 25 octubre 2005.

⁵⁷ Esta Convención ha sido ratificada por los siguientes países hasta junio de 2005: Argelia, Mauricio, Japón, Gabón, Panamá, China, República Centroafricana, Letonia, Lituania, Belarrús, República de Corea, Seychelles, República Árabe Siria, Emiratos Arabes, Malí y Mongolia.

nguillatunes. De obtenerse la declaración, el Estado se obligaría frente a la UNESCO a promover el reconocimiento del Nguillatun, su difusión, registro y fortalecimiento de esta ceremonia, para el cumplimiento de estas obligaciones se haría necesaria la erogación de recursos para el financiamiento de dichos objetivos⁵⁸.

Esta reflexión lleva a preguntarse, ¿hasta dónde a los mapuche les convendría permitir al Estado tener participación directa en la organización y disposición de su ceremonia más sagrada, especialmente permitirle financiarla directamente?

5. CONCLUSIONES

La medicina tradicional indígena no se encuentra prohibida por el actual ordenamiento jurídico, las normas nacionales no se refieren a ella, sino que la dejan como una parte de las manifestaciones de las culturas originarias, por lo que no podría hablarse de clandestinidad en el oficio de machi, curandero u otros practicantes indígenas de su propio sistema de salud. A la misma conclusión permiten llegar las normas constitucionales y los tratados sobre derechos humanos ratificados y vigentes en Chile.

Dada la libertad de elección del sistema de salud conforme al cual un paciente desea curarse el artículo 19 de la Constitución, el Código Sanitario estaría regulando única y exclusivamente un sistema de salud existente en el país, no todos, y a aquellos profesionales médicos practicantes de la medicina alopática y no se refiere ni intenta regular las manifestaciones culturales de los pueblos originarios del país, materia que por lo demás, no corresponde sea regulada por una normativa sectorial.

Respecto de la normativa de jerarquía inferior del Ministerio de Salud, llama la atención que dan pleno reconocimiento a sistemas médicos alternativos de orígenes foráneos, no sólo no reconoce la existencia de una medicina alternativa a la alopática de tipo indígena y popular, sino que dice expresamente que los deja fuera de sus normativas. También es curioso cómo esta misma normativa permite el uso de los medicamentos que provienen de ese tipo de conocimientos, pero continúa a no reconocerlos como sistemas médicos. Otra particularidad es la confusión que se presenta entre medicina tradicional popular y medicina tradicional indígena.

⁵⁸ Convención para la Salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial. Art. 2 N°3: "Se entiende por 'salvaguardia' las medidas encaminadas a garantizar la viabilidad del patrimonio cultural inmaterial, comprendidas la identificación, documentación, investigación, preservación, protección, promoción, valorización, transmisión -básicamente a través de la enseñanza formal y no formal- y revitalización de este patrimonio en sus distintos aspectos".

Dado el carácter holístico de la medicina tradicional indígena, un pronunciamiento sobre la materia requiere de un tratamiento global de los pueblos originarios para ser coherente, tratamientos sectoriales desvirtuarían el sentido de la medicina indígena, especialmente de la mapuche.

Respecto de las ofrendas recibidas por los practicantes de medicina tradicional indígena, no existiría la obligación de tributar ya que dichas ofrendas tienen la naturaleza de donaciones y como tales se encuentran exentas por la Ley de Impuesto a las Herencias, Donaciones y Asignaciones.

Debido a los vacíos notados en todo lo que dice relación con la protección de los conocimientos médicos, se hace necesario y urgente para el país que el Estado se pronuncie sobre la propiedad intelectual sobre los conocimientos tradicionales indígenas para evitar un mayor empobrecimiento cultural, fuga de conocimientos y, en definitiva, un empeoramiento de las condiciones de salud de los pueblos indígenas.

Se puede concluir también que en Chile el grado de cumplimiento de las políticas de la OMS y de la OPS es muy bajo desde el punto de vista jurídico en lo referente al reconocimiento, protección y fomento de la medicina tradicional, sea indígena o popular, ya que no existe una normativa, ni siquiera de jerarquía inferior, que se refiera a ellas.

BIBLIOGRAFIA

- Alarcón M., Ana María y otros, 2003. "Salud Intercultural: Bases para la construcción de sus bases conceptuales", en Revista Médica de Chile, Nº 131.
- Aguilar C., Gonzalo. 2005. "Pobreza y pueblos indígenas", en Revista de Derecho Universidad Católica de Temuco, Nº 5 año 5, Temuco.
- Cadena Moschner, Elsa y Rosero Peña, Martha. 2004. "Trascendencia jurídica del proceso de creación y declaración de la primera área de protección biocultural en Colombia: El caso del Parque Nacional Natural Alto Fragua Indi Wasi, Caquetá Colombia". En Aylwin, José y otros, Derechos Humanos y pueblos indígenas. Ed. Instituto de Estudios Indígenas UFRO, Temuco, pp. 112 y siguientes.
- Citarella, Luca y otros. 2000. Medicina y culturas en la Araucanía, 2ª edición, Editorial Sudamericana, Santiago.
- Contreras, Roberto. 2005. "Reconocimiento de los sistemas de salud de los pueblos originarios". Presentación en power point en Seminario Salud Intercultural. Servicio de Salud Araucanía Sur, Temuco, junio.

- Correa, Carlos y otros. 1999. *Derecho de Patentes*, Ed. Ciudad Argentina, Madrid, segunda edición, primera reimpresión.
- Diario El Austral de Temuco, 25 octubre 2005, "Multan a machi por ejercer su labor". Sin autor, p. A5.
- Flores, Luis. 2004. *Análisis del manejo regulatorio e institucional de los recursos genéticos en la legislación chilena*. Ed. Fundación Sociedades Sustentables, Santiago. Disponible en Internet en www.field.org Fecha última consulta 23 de marzo de 2005.
- Instituto de estudios indígenas de la Universidad de La Frontera. 2003. "Los derechos de los pueblos indígenas en Chile". Ed. Universidad de la Frontera, Temuco, Chile.
- Manzur, María Isabel. 2004. *Experiencias en Chile de acceso a recursos genéticos, protección del conocimiento tradicional y derechos de propiedad intelectual*. Ed. Fundación Sociedades Sustentables, Santiago 2004. Disponible en Internet en www.field.org Fecha última consulta 23 de marzo de 2005.
- OMS. 1998. *Colaboración dentro del sistema de las Naciones Unidas y con otros organismos intergubernamentales. Decenio Internacional de las Poblaciones Indígenas del Mundo*. Documento oficial A51/22.17 marzo.
- OMS. 2002. *Estrategia de la OMS sobre medicina tradicional 2002-2005*. Ginebra, documento no oficial. Disponible en internet en: <http://www.who.org>. Fecha de la última consulta 25 de octubre de 2005.
- OMS. 2004. *Nuevas directrices de la OMS para fomentar el uso adecuado de las medicinas alternativas*. Noticia del 22 de junio, disponible en internet en <http://www.who./mediacentre/news/releases/2004/pr44es> Fecha de la última consulta 28 de octubre 2005.
- OMS. "Traditional and modern medicine. Harmonizing the two approaches". Western Pacific Region. Beijing, China 2000. Disponible en Internet en <http://www.who.org>. Fecha de la última consulta 25 octubre 2005.
- Pacheco, Hellen. 2004. "La propiedad intelectual sobre los conocimientos tradicionales indígenas". En Aylwin, José y otros, *Derechos Humanos y pueblos indígenas*. Ed. Instituto de Estudios Indígenas UFRO, Temuco, pp. 55 a 71.
- Pacheco C., Hellen, *Patrimonio genético y patrimonio cultural indígena*, disponible en internet en <http://www.observatorioderechosindigenas.cl> Fecha última consulta 11 de noviembre de 2005.
- Quidel Lincoleo, José. 2003. *Cosmovisión mapuche y etiología mapuche*. En Castro Venegas, Mario y otros. *Salud colectiva y medio ambiente*, Ed. Unidad de Salud con población mapuche, Gobierno de Chile. Temuco, pp. 31 a 37.

UNESCO. Programa de la proclamación: Sector de Cultura de la UNESCO.
Disponible en Internet en: http://portal.unesco.org/culture/es/ev.php-URL_ID=21427 Fecha última consulta 25 octubre 2005.