INFORME DE LA COMISIÓN DE CULTURA, ARTES Y COMUNICACIONES RECAÍDO EN EL PROYECTO DE REFORMA CONSTITUCIONAL QUE CONSAGRA DOMINIO PÚBLICO SOBRE LOS RECURSOS GENÉTICOS Y RECONOCE DERECHOS SOBRE CONOCIMIENTOS A COMUNIDADES INDÍGENAS.

Boletín N° 8.751-07-1

HONORABLE CÁMARA:

La Comisión de Cultura, Artes y Comunicaciones viene en informar, en primer trámite constitucional y primero reglamentario, el proyecto de reforma constitucional individualizado en el epígrafe originado en una moción de los diputados René Alinco Bustos, Pepe Auth Stewart y Fidel Espinoza Sandoval y, de los exdiputados Cristián Campos Jara, Lautaro Carmona Soto, Alfonso De Urresti Longton, Luis Lemus Aracena y Miodrag Marinovic Solo de Zaldívar.

Esta iniciativa por acuerdo de la Sala, adoptado en sesión 30ª, de 5 de junio de 2018, debe ser informada, además, por la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento.

I.- IDEA MATRIZ O FUNDAMENTAL.

La idea central del proyecto consiste en prevenir el uso ilegal de los recursos genéticos y de los conocimientos ancestrales de los pueblos originarios estableciendo el principio de que las propiedades bioquímicas y genéticas de los recursos biológicos silvestres o domesticados y el conocimiento asociado, son de dominio público y por lo tanto corresponde al Estado autorizar la exploración, investigación, bioprospección[1], uso y aprovechamiento de éstos.

Con esta finalidad se introduce una modificación en el artículo 19, número 24, de la Constitución Política que consagra el derecho de propiedad, para establecer en favor del Estado el dominio absoluto, exclusivo, inalienable e imprescriptible de los recursos genéticos, de sus propiedades bioquímicas, y de sus derivados, en relación a animales y vegetales de carácter endémico. Asimismo prescribe que el Estado reconoce y ampara el derecho de las

[1] La bioprospección es definida como la búsqueda sistemática de componentes naturales y organismos completos de la biodiversidad con el fin de otorgarles un valor comercial para el desarrollo de productos. La bioprospección genera productos que tienen relación con industrias como la farmacéutica, la biotecnológica, la de agro insumos y la de medicina botánica; entre otras; calculándose que en la actualidad una cuarta parte de los productos farmacéuticos son derivados de vegetales (Castree, 2003; Laird, 2002; Laird y Wynberg, 2002; Feinsilver, 1996).

comunidades indígenas sobre sus conocimientos y prácticas ancestrales, asociadas a recursos genéticos y sus derivados.

II.- CONSTANCIAS REGLAMENTARIAS.

Para efecto de lo establecido en los números 2, 3, 4, 5 y 7 del artículo 302 del Reglamento de la Corporación, la Comisión dejó constancia de lo siguiente:

1.- El artículo único no es de competencia de la Comisión de Hacienda.

2.- Se aprobó la idea de legislar **por mayoría de votos**. (7 votos a favor y 2 abstenciones). A favor votaron los diputados Florcita Alarcón, Nino Baltolu, Alejandro Bernales, Marcelo Díaz, Amaro Labra, Marisela Santibáñez y Renzo Trisotti. Se abstuvieron los diputados Andrés Celis y Hugo Rey.

3.- Se designó Diputado Informante al señor Florcita Alarcón Rojas.

III.- QUÓRUM DE VOTACIÓN.

De conformidad a lo establecido en el inciso segundo del artículo 127 de la Constitución Política, tratándose de una reforma constitucional que afecta su capítulo III, requiere para su aprobación del voto conforme de los dos tercios de los diputados y senadores en ejercicio.

IV.- FUNDAMENTOS.

Los autores hacen presente que la contribución de países como Chile, rico en flora y fauna silvestre, y en conocimientos propios de los pueblos originarios, tiene enorme relevancia en la industria farmacéutica, cosmética, en la agroindustria y en la biotecnología.

Por otra parte, indican que la ciencia y la tecnología han jugado un papel fundamental en la transformación y en el uso de las riquezas biológicas para actividades comerciales, en la ingeniería genética y en la biotecnología, permitiendo transformaciones y usos más eficientes. En este sentido, señalan que más del 80% de las patentes de invenciones biotecnológicas concedida o en trámite en el mundo se encuentran bajo el control de empresas de Estados Unidos, Europa o Japón.

Los mocionantes destacan el concepto de biopiratería que se da cuando usando leyes de propiedad intelectual se busca tener el control monopólico sobre recursos genéticos que se basan en el conocimiento y en la innovación de agricultores y pueblos indígenas. Agregan que ello ocurrió con el hongo Rapamune, típico de Isla de Pascua, del que se extrae una droga llamada rapamicina, considerada como el inmunosupresor de mayor éxito en el mundo –usado como droga para evitar y prevenir el rechazo de órganos en pacientes trasplantados- y que, sin embargo está patentizado por la empresa farmacéutica estadounidense Wyeth Pharms Inc, cuyas patentes están vigentes hasta el año 2014 y con posibilidades de que se prolongue.

Afirman que este caso y otros dan cuenta de que se privatiza de manera directa o indirecta recursos y conocimientos nacionales provenientes de la diversidad biológica y de conocimientos ancestrales. Esto se debería a que las autoridades chilenas no han asumido una postura proactiva en este tema y por eso cualquier empresa o investigador extranjero puede obtener y sacar del país material genético, que posteriormente estudiado puede generar una patente. Es así, como en la oficina de patentes de Estados Unidos, existirían derechos de propiedad intelectual en a lo menos 11 compuestos o procesos derivados de 9 especies chilenas, tales como el streptomyces higroscopicus, hongo propio de Isla de Pascua de donde deriva la rapamicyina; el tomate silvestre, el boldo, el quillay, avellano, quínoa, entre otras.

Afirman que países como Venezuela, Colombia, Ecuador, Perú y Bolivia debido a la importancia ecológica, social, cultural y económica de la diversidad biológica y el consenso internacional respecto a la necesidad de regular el flujo y utilización de los recursos genéticos, junto al impresionante desarrollo que la biotecnología han constituido el primer bloque regional en establecer reglas de juego para el acceso a dichos recursos mediante la constitución de un sistema común de acceso a sus recursos genéticos denominado “Régimen Andino de Acceso a los Recursos Genéticos” que ha constituido un hito en el campo de la política y la legislación internacional.

Finalizan sosteniendo que Chile debe hacer suyo el patrimonio genético de la nación radicado en sus especies vegetales y animales y que es común a todos los chilenos, además del genoma de sus habitantes, e impedir que sean patentados por otros Estados o por transnacionales.

V.- ESTRUCTURA DEL PROYECTO.

El proyecto de ley consta de un artículo único que incorpora tres incisos -duodécimo, decimotercero y decimocuarto- en el numeral 24 del artículo 19 de la Constitución Política de la República.

El inciso duodécimo propuesto declara que el Estado de Chile, tiene el dominio absoluto, exclusivo, inalienable e imprescriptible de los recursos genéticos, de sus propiedades bioquímicas, y de sus derivados, en relación a animales y vegetales de carácter endémico que se encuentren en su territorio.

El inciso decimotercero entrega a una ley orgánica constitucional la regulación del acceso a los recursos genéticos, velando por salvaguardar los intereses de la nación, y por la participación justa y equitativa de los beneficios de los recursos genéticos.

El inciso decimocuarto indica que el Estado reconoce y ampara el derecho de las comunidades indígenas sobre sus conocimientos y practicas ancestrales, asociadas a recursos genéticos y sus derivados.

VI- DISCUSIÓN Y VOTACIÓN.

a.- Discusión general.

El diputado **Díaz (presidente)** manifestó dudas respeto a la necesidad de efectuar la consulta previa indígena que es una obligación internacional emanada principalmente del Convenio N° 169 de la OIT, por la cual se debe consultar a los pueblos originarios, a través de sus instituciones representativas y mediante un procedimiento que busque, de buena fe, llegar a un acuerdo, antes de adoptar medidas legislativas que puedan afectar sus derechos e intereses.

Asimismo hizo presente que el año 2017, en el marco del proceso constituyente, el gobierno de la Presidenta Bachelet llevó a cabo un proceso de consulta que abarcó dos grandes ejes en materia de pueblos originarios: el reconocimiento constitucional y los derechos de participación política. Dicho proceso finalizó con acuerdos completos, parciales, con propuestas adicionales a las consultadas y con medidas respecto de las que no se alcanzó acuerdo con el Estado. Frente a esto manifestó dudas acerca de la posibilidad de

enmarcar el contenido de esta reforma en los temas consultados en dicho proceso.

Reconoció que más allá del proceso de consulta previa que realice el Poder Ejecutivo, el Congreso Nacional, específicamente la Cámara de Diputados, tiene una obligación pendiente, cual es instaurar su propio proceso de consulta frente a iniciativas parlamentarias cuyas ideas matrices afecten a estos pueblos.

b.- Opiniones recibidas por la Comisión.

1.- El señor Manuel Núñez Poblete, profesor de Derecho Constitucional de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, sostuvo que el Estado tiene el deber de respetar y preservar los conocimientos a que se refiere esta iniciativa, sin embargo este deber está contemplado en el artículo 38 de la ley N° 19.039, sobre propiedad industrial, que señala que: *"no son patentables las invenciones cuya explotación comercial deba impedirse necesariamente para proteger el orden público, la seguridad del Estado, la moral y las buenas costumbres, la salud o la vida de las personas o de los animales, o para preservar los vegetales o el medio ambiente, siempre que esa exclusión no se haga sólo por existir una disposición legal o administrativa que prohíba o que regule dicha explotación"* y en el artículo 8° letra j) del Convenio Sobre Diversidad Biológica, ratificado por Chile en 1994, que dispone que cada Parte Contratante, en la medida de lo posible *"con arreglo a su legislación nacional, respetará, preservará y mantendrá los conocimientos, las innovaciones y las prácticas de las comunidades indígenas y locales que entrañen estilos tradicionales de vida pertinentes para la conservación y la utilización sostenible de la diversidad biológica y promoverá su aplicación más amplia, con la aprobación y la participación de quienes posean esos conocimientos, innovaciones y prácticas, y fomentará que los beneficios derivados de la utilización de esos conocimientos, innovaciones y prácticas se compartan equitativamente".* Por otro lado la Declaración Universal de Derechos Humanos expresa que son pueblos indígenas los que tienen derecho al control sobre estos conocimientos, de ahí que las facultades esenciales sobre estos recursos debieran pertenecerle a los propios pueblos indígenas.

Acerca de si es necesaria la consulta indígena previa, precisó que toda medida legislativa que afecte a comunidades indígenas, requiere de consulta, salvo que sea suficiente el proceso de consulta realizado el año pasado, porque se trabajaría sobre la base de los acuerdos totales de dicha consulta, que terminó a fines del año 2017.

2.- El señor Alan Bronfman Vargas, profesor de Derecho Constitucional de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, opinó que la protección que se quiere otorgar es razonable y es un buen soporte constitucional en el contexto de las guerras de patentes, especialmente en el ámbito farmacológico, debido a que los tratados internacionales exigen que los países adopten medidas concretas sobre su patrimonio genético.

En cuanto a la obligatoriedad de que estas materias se sometan al proceso de consulta indígena, coincidió que al margen de que las obligaciones jurídicas se pueden entender satisfechas o no, de acuerdo a si se enmarca dentro del contenido del proceso de consulta del año 2017, es necesario que la reforma sea legitima y en ese sentido la incorporación a la Constitución de esta materia no puede ser una modificación más, sino que debe ser sentida como propia, de otra manera no tiene sentido, porque la única lógica que pueda amparar una reforma de este tipo es el hecho de que quienes forman parte de los pueblos originarios se sientan reconocidos, por tanto, la consulta por mucho que se entienda jurídicamente satisfecha por un procedimiento anterior, debe realizarse para que los interesados sean efectivamente consultados.

3.- El señor Matías Meza-Lopehandia, abogado de la Biblioteca del Congreso Nacional, precisó que esta moción propone, por una parte, una nueva forma de propiedad estatal sobre determinadas formas de recursos naturales, y por la otra, un resguardo de los conocimientos y prácticas indígenas respecto de esos mismos recursos.

Indicó que este texto no fue objeto de consulta en la Consulta Indígena del año 2017, no obstante, dicho proceso incluyó el deber estatal de preservar y fomentar conocimientos y prácticas culturales, respetando la autonomía indígena, dentro de los límites constitucionales (tema IX) y en este ámbito, se alcanzó completo acuerdo en torno al deber del Estado de preservar y fomentar el desarrollo de los conocimientos tradicionales y las prácticas culturales

de los pueblos indígenas, respetando su propia autonomía y sus derechos fundamentales, siempre que no sea incompatible con los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución.

4.- El señor Enrique Navarro Beltrán, profesor de Derecho Constitucional de la Universidad de Chile, comentó que esta reforma es al capítulo III de la Constitución Política que consagra los derechos fundamentales y de acuerdo a su capítulo final, el quórum necesario para aprobarla es de dos tercios de los diputados y senadores en ejercicio.

Explicó que este proyecto tiene como objeto principal prevenir el uso ilegal de recursos genéticos y de los conocimientos ancestrales de los pueblos originarios y para ello modifica el artículo 19 número 24 que regula el derecho de propiedad, después de aludir al derecho de propiedad sobre las aguas, incorpora incisos nuevos, el primero dispone que el Estado de Chile tiene el dominio absoluto respecto de recursos genéticos, el inciso siguiente entrega a una ley orgánica constitucional el acceso a estos recursos, y el inciso final establece que el Estado debe reconocer y amparar el acceso a estos recursos por parte de las comunidades indígenas sobre sus conocimientos y practicas ancestrales, asociadas a recursos genéticos y sus derivados.

Consultado sobre el Convenio 169 de la OIT, mencionó 7 aspectos que han sido desarrollados por la jurisprudencia de la Corte Suprema y del Tribunal Constitucional, a saber:

1.- Este Convenio es una norma de carácter autoejecutable, por tanto no requiere de una normativa que la ponga en movimiento. Lo que debe conciliarse con la modalidad abierta con que está redactada, posibilitando diversas interpretaciones, pero obliga a realizar consultas a los pueblos mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas.

2.- Debe ejecutarse de buena fe, tal como lo establece el artículo 6 del Convenio que dispone que las consultas deberán efectuarse de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas.

3.- La jurisprudencia ha sostenido que las normas del Convenio buscan recabar la opinión de los pueblos originarios sin que importe un desconocimiento al artículo 5 de la Constitución, sobre el ejercicio de la soberanía.

4.- Este Convenio tiene como finalidad arribar a un acuerdo acerca de las medidas propuestas, pero no se puede transformar en una consulta popular vinculante ni afectar las atribuciones privativas que la Constitución entrega al Congreso Nacional.

5.- La Corte Suprema exige para la consulta: (i) que las medidas legislativas o administrativas sean susceptibles de afectar a los pueblos indígenas, lo que acontece cuando esté involucrado el elemento territorial, áreas de desarrollo indígena, recursos naturales, etc.; (ii) que se realice a través de instituciones representativas de los pueblos indígenas, como son sus autoridades, no siendo posible realizar la consulta parcialmente solo a determinados grupos, y (iii) que se concrete mediante un procedimiento apropiado, es decir de buena fe y con la finalidad de llegar a acuerdos respecto de las medidas propuestas.

6.- Esta normativa obliga a modificar la ley orgánica constitucional del Congreso Nacional, por cuanto exige precisar cómo deben efectuarse las consultas indígenas sobre proyectos de ley que tengan origen en el seno del Parlamento y que afecten a los pueblos originarios.

7.- Debe también vincularse con los preceptos constitucionales. Los pueblos indígenas, al igual que sus connacionales, quedan sometidos al ordenamiento vigente, lo que demuestra que no están dotados de potestades públicas propias.

Cerrado el debate, la idea de legislar fue aprobada por **mayoría de votos** (7 votos a favor y 2 abstenciones). A favor votaron los diputados Florcita Alarcón, Nino Baltolu, Alejandro Bernales, Marcelo Díaz, Amaro Labra, Marisela Santibáñez y Renzo Trisotti. Se abstuvieron los diputados Andrés Celis y Hugo Rey.

c.- Discusión y votación particular.

Los diputados Marcelo Díaz, Alejandro Bernales, Amaro Labra, Carolina Marzán y Marisela Santibáñez, formularon una indicación para

reemplazar, en el inciso décimo tercero que se propone, el vocablo “de” que sigue a continuación de la expresión “justa y equitativa” por el vocablo “en”.

El diputado **Díaz (presidente)** explicó que esta indicación obedece a una mejor redacción.

Sometida a votación la indicación en conjunto con el artículo único, es aprobada por **mayoría de votos** (6 votos a favor y 3 abstenciones). A favor votaron los diputados Florcita Alarcón, Nino Baltolu, Alejandro Bernales, Marcelo Díaz, Amaro Labra y Marisela Santibáñez. Se abstuvieron los diputados Andrés Celis, Hugo Rey y Renzo Trisotti.

VII.- TEXTO DEL PROYECTO.

Por las razones señaladas y por las que expondrá oportunamente el diputado informante, la Comisión de Cultura, Artes y Comunicaciones recomienda a la Sala aprobar el siguiente:

PROYECTO DE REFORMA CONSTITUCIONAL

“Artículo único.- Incorpórense, en el numeral 24 del artículo 19 de la Constitución Política de la República, los siguientes incisos duodécimo, decimotercero y decimocuarto:

“El Estado de Chile, tiene el dominio absoluto, exclusivo, inalienable e imprescriptible de los recursos genéticos, de sus propiedades bioquímicas, y de sus derivados, en relación a animales y vegetales de carácter endémico que se encuentren en su territorio.

Una ley orgánica constitucional, regulará el acceso a estos recursos, velando por salvaguardar los intereses de la nación, y por la participación justa y equitativa en los beneficios de los recursos genéticos.

El Estado reconoce y ampara el derecho de sus comunidades indígenas sobre sus conocimientos y prácticas ancestrales, asociadas a recursos genéticos y sus derivados.”.”.

****

Tratado y acordado, según consta en las actas correspondientes a las sesiones celebradas los días 25 de septiembre, 22 de octubre, 21 y 28 de noviembre del año en curso, con asistencia de los diputados Florcita Alarcón Rojas, Nino Baltolu Rasera, Alejandro Bernales Maldonado, Miguel Ángel Calisto Águila, Andrés Celis Montt, Luciano Cruz-Coke Carvallo, Marcelo Díaz Díaz (Presidente), Gonzalo Fuenzalida Figueroa, Amaro Labra Sepúlveda, Carolina Marzán Pinto, Hugo Rey Martínez, Marisela Santibáñez Novoa y Renzo Trisotti Martínez.

Asistió además la diputada Joanna Pérez Olea en reemplazo del diputado Miguel Ángel Calisto Águila.

Sala de la Comisión, a 29 de noviembre de 2018.

CLAUDIA RODRÍGUEZ ANDRADE
Abogada Secretaria de la Comisión