

# **Derecho administrativo económico y de recursos naturales**

Día 3 – Panel 3

## Tabla de contenido

- I. Desarrollo sostenible y recursos naturales ante la Constitución y el Derecho Administrativo. Una mirada desde el Derecho de Energía y la regulación eléctrica 2
- II. Consideraciones críticas al principio de subsidiariedad a propósito del modelo de gestión de las aguas continentales en Chile ..... 7

## **I. DESARROLLO SOSTENIBLE Y RECURSOS NATURALES ANTE LA CONSTITUCIÓN Y EL DERECHO ADMINISTRATIVO. UNA MIRADA DESDE EL DERECHO DE ENERGÍA Y LA REGULACIÓN ELÉCTRICA**

Daniel Gutiérrez Rivera

La Organización de Naciones Unidas (ONU), a través de iniciativas de carácter global, ha dado cuenta de la imperiosa necesidad de promover, impulsar y favorecer un crecimiento sustentable para nuestro planeta, fijándose para ello propósitos fundantes, como, la eliminación de la pobreza en todas sus formas, y el combate al cambio climático. En esa línea, el 2015, la ONU aprobó la Agenda 2030 sobre Desarrollo Sostenible (ODS), determinándose diecisiete objetivos, dentro de los cuales se encuentra el relativo a garantizar el acceso a una energía asequible, segura, sostenible y moderna para todos. Asimismo, el respectivo ODS afirma que el acceso universal de la energía es esencial para mejorar el empleo, la seguridad, el cambio climático, la producción de alimentos, el bienestar de las personas, comunidades y sociedad en general. Por su parte, a nivel nacional, la elaboración de la política energética de Chile Energía 2050, contenida en el Decreto 148 del Ministerio de Energía del 2016, establece los lineamientos centrales para el desarrollo de un sector energético confiable, sostenible, inclusivo y competitivo, fijándose como metas, entre otras, la de asegurar el acceso universal y equitativo a servicios energéticos modernos, confiables y asequibles a toda la población, para el año 2050. En el caso de Chile, las energías limpias, especialmente, la eólica y solar, han tenido –y seguirán teniendo- una vertiginosa penetración en el sistema eléctrico nacional, lo que se une, además, a un plan descarbonización -total- de la matriz energética en los próximos años. En suma, junto con lo anterior, podemos afirmar que son diversos los instrumentos normativos tanto globales como nacionales que establecen orientaciones, directrices e indicaciones generales

relativas al desarrollo sostenible de los recursos naturales, como asimismo, sus objetivos, compromisos y metas, particularmente, en relación a la energía.

En ese sentido, y en el marco del actual proceso constituyente plantearemos algunas ideas sobre desarrollo sostenible y recursos naturales ante la Constitución y el Derecho Administrativo, desde la perspectiva del Derecho de Energía y la regulación eléctrica. De igual forma, intentaremos descifrar el rol que le pudiese corresponder a la energía como derecho fundamental en un nuevo texto constitucional. Desde la perspectiva del Derecho de Energía analizaremos la evolución normativa y jurisprudencial de los órganos centrales del sector energético nacional, como también la configuración, efectos y grados de aplicabilidad del Derecho Administrativo en dichos organismos, con especial énfasis en aquellos que no forman parte de la Administración del Estado, para luego, analizar qué aspectos de la Constitución se vinculan con las materias -de esta parte- del Derecho Administrativo, y cuales podrían -o no- ser recogidas o modificadas en un nuevo texto constitucional. Posteriormente, y bajo la óptica de la regulación eléctrica, describiremos el diseño constitucional que nutre a la Ley General de Servicios Eléctricos, en adelante LGSE, como también cotejaremos su configuración originaria con una reforma al sector del último tiempo, con el objeto de describir y evaluar el desempeño de dicha normativa en el funcionamiento del sistema y mercado eléctrico chileno, para enseguida, determinar la necesidad -o no- de cambio en la actual ordenación existente entre Constitución y regulación eléctrica. Finalmente, la ponencia evaluará el alcance de la energía como potencial derecho consagrado en nuestra carta fundamental, desde una visión amplia, integrando los conceptos de pobreza energética, seguridad, sostenibilidad y acceso a la energía propiamente tal, con base, entre otros, en los instrumentos normativos comparados existentes sobre la materia, para luego, exponer los fundamentos de una eventual incorporación -o no- como derecho en un nuevo texto constitucional.

En lo que respecta al Derecho de Energía describiremos a los órganos esenciales del sector energético chileno, tales como, la Comisión Nacional de

Energía (CNE), la Superintendencia de Electricidad y Combustibles (SEC), el Panel de Expertos de la LGSE (PE), el Ministerio de Energía (ME) y el Coordinador Eléctrico Nacional (CEN). Al efecto, y teniendo en consideración que no todos dichos órganos pertenecen a la Administración del Estado, nos enfocaremos, particularmente, en aquellos ajenos a la misma, el PE y CEN. Con respecto al órgano encargado de resolver las controversias en materia eléctrica, PE, realizaremos un análisis crítico del diseño regulatorio de su procedimiento en relación a la garantía constitucional del debido proceso, como asimismo de la potestad que se le otorga a una autoridad del Poder Ejecutivo en el inciso final del artículo 211 de la LGSE con respecto al principio de independencia de un órgano que ejerza jurisdicción, para luego, observar si se cumple o no el mandato constitucional contenido en los artículos 19 N° 3 y 76 de la Constitución Política de la República (CPR). De igual forma, exploraremos la conveniencia -o no- de aplicar al PE un tratamiento normativo análogo al que se ha implementado en otros tribunales especializados en el país. En ambos casos, y según proceda, se plantearán algunas propuestas modificatorias al efecto. Con respecto al coordinador de la operación del sistema eléctrico nacional, CEN, estudiaremos qué tipo de función pública cumple, su grado de independencia institucional y operacional, sus estándares relativos a la transparencia y de acceso de información, su régimen de responsabilidad, presupuestario y de cargo por servicio público, como también sus relaciones jurídicas, particularmente, con la agencia fiscalizadora/sancionadora, SEC, y reguladora, CNE. Igualmente, y con ocasión del dictamen N° E33624, de 2020 sobre la Corporación Nacional Forestal (CONAF) de la Contraloría General de la República (CGR), analizaremos la factibilidad – o no- de aplicar la Ley N° 19.880 de Bases de los Procedimientos Administrativos (LBPA) al CEN. En ambas situaciones, y según sea el caso, se plantearán observaciones que se crean pertinentes y/o propuestas modificatorias al efecto.

En lo que respecta a la regulación eléctrica, podemos declarar que el diseño constitucional que nutre a la LGSE confiere a los privados la preeminencia para el

desarrollo de la actividad económica nacional, reservándose al Estado, principalmente, las funciones de planificación, regulación y fiscalización de dichas actividades económicas, configurándose -según parte de un sector de la doctrina- un rol subsidiario para éste último. En esa línea, la LGSE en su composición de origen se nutre de las garantías y principios constitucionales diseñados en el entorno de una política económica determinada -neoliberal- correspondiente a la época de su concepción. En ese sentido, y con el objeto de desafiar dicha configuración originaria de la LGSE, se analizará una reforma legal del último tiempo en el sector, denominada revolución energética. Al respecto, el diagnóstico que se tuvo en aquella época, previa a la modificación legal, entre otros, era que el sistema eléctrico nacional era altamente concentrado, caro, vulnerable, dependiente y contaminante, lo que, entre otros aspectos, se traducía, además, en un creciente descontento ciudadano ante proyectos de generación y transmisión eléctrica de alto impacto en la población. Al efecto, y haciéndose cargo del referido diagnóstico, a través de iniciativas planteadas en una agenda de energía elaborada al efecto, y posteriormente plasmadas en normas legales, la denominada revolución energética estableció como eje principal la configuración de un nuevo rol del Estado para el desarrollo energético nacional. Lo anterior, entre otras materias, se tradujo en un fuerte empoderamiento de la agencia reguladora, CNE, facultándosela para realizar una planificación centralizada y vinculante. En tal sentido, la ponencia mostrará las bondades y desafíos de dicha normativa y reflexionará sobre la viabilidad de un cambio en el modelo de desarrollo económico del país, por vía legal, bajo los principios configuradores señalados y sin necesidad de un cambio constitucional.

Finalmente, la ponencia intentará descifrar el alcance que le podría corresponder a la energía como derecho en un nuevo texto constitucional. En esa línea, abordaremos al derecho a la energía en un sentido amplio, es decir, que integre, igualmente, los conceptos de pobreza energética, seguridad, sustentabilidad y acceso a la energía propiamente tal. Al respecto, cabe recordar que el derecho a la energía no es nuevo ni ajeno a los ordenamientos jurídicos

modernos, consagrándose en diversos instrumentos normativos a través del tiempo, como lo veremos con algunos casos a continuación. En ese sentido, el artículo 25 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 reconoce que *“toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios”*. A su vez el Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966 profundiza en este aspecto en su artículo 11 al reconocer *“el derecho a una vivienda adecuada y el derecho al acceso a energía para la cocina, la iluminación y la calefacción”*. Igualmente, encontramos un reconocimiento jurisprudencial de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) en sentencia- Caso masacres del Río Negro VS Guatemala del año 2012- que reconoce el acceso a la energía como derecho fundamental para la garantía de otros derechos humanos. Por su parte, el Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD) elaboró un completo informe, denominado: Pobreza energética: análisis de experiencias internacionales y aprendizajes para Chile, del año 2018. En esa línea, resaltamos la definición en sentido amplio que recoge el informe PNUD sobre pobreza energética *“como la ausencia de opciones para acceder a una energía adecuada, asequible, segura, confiable y amigable con el medio ambiente, con el objetivo de lograr un desarrollo armónico en lo económico y humano”*. En dicho contexto, la ponencia analizará si es conveniente –o no- un reconocimiento explícito en el texto constitucional al derecho a la energía, o bien, este último podría subsumirse en otros derechos fundamentales.

## **II. CONSIDERACIONES CRÍTICAS AL PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD A PROPÓSITO DEL MODELO DE GESTIÓN DE LAS AGUAS CONTINENTALES EN CHILE**

Sebastián Albayay

La crisis ambiental es sin duda el desafío más grande que ha tenido la humanidad desde la bomba atómica. Nunca antes la existencia de la civilización se había visto amenazada en el grado que se encuentra ahora, donde el cambio climático se constituye como el fenómeno que ha catalizado los comportamientos que como sociedad hemos tenido desde las revoluciones industriales hasta nuestros días. En estos importantes procesos, el Derecho ha tenido un papel crucial, específicamente en la forma en la cual las sociedades se han relacionado con sus sistemas naturales y en la manera en que han regulado y concebido la explotación de los mismos.

La Constitución chilena de 1980 fue creada en ese sentido con el afán de sacar partido a las ventajas comparativas que nuestro país dispone en cuanto a la gran cantidad y diversidad de recursos naturales susceptibles de ser explotados, respaldando tal explotación con un gran abanico de garantías constitucionales, donde destacan principalmente la libertad económica y el derecho de propiedad, ambos bajo la lectura de la particular interpretación del principio de subsidiariedad que la doctrina constitucional mayoritaria ha configurado en nuestro país. Era pues necesario, según se puede desprender del constituyente de la época, generar un clima de estabilidad y de garantías a la inversión -seguridad jurídica- que dejara absolutamente en el pasado el período de las expropiaciones arbitrarias y del uso indiscriminado del aparato estatal para vulnerar la propiedad privada. Por lo mismo, no es baladí que dos de los principales recursos naturales de nuestro país se encuentren nuclearmente regulados en el numeral 24 del artículo 19 de la Constitución Política de la República: los recursos minerales y el agua.

La Constitución de 1980 tuvo como antecedente de creación una reacción contestataria que se planteó como absolutamente antagónica respecto a la forma en la que gobiernos sucesivos del siglo XX, hasta la Unidad Popular, concebían la organización jurídica de los recursos naturales. A partir de 1976, la dictadura articuló un régimen de uso, disposición y asignación de tales bienes, basado en la idea preponderante de que, para una mejor administración de estos recursos, se debía mantener al Estado lo más lejos posible, encargándole al mercado la tarea de agente organizador. Esto se construye en base al trauma generado por la afectación del derecho de propiedad originado por dos procesos fundamentales de reorganización de los recursos naturales: la reforma agraria y la nacionalización del cobre.

En materia de recursos hídricos continentales, el sistema de organización que impera desde la promulgación del Código de Aguas en 1981, es un sistema de mercado, donde los derechos de agua son transados bajo un marco regulatorio con una comercialización del agua holgadamente legislada. El citado marco regulatorio fue un elemento clave en esta reforma de mercado, el cual se basó en la idea de que el acceso al agua es un bien económico, cuya asignación se gestiona más eficientemente a través de los derechos de propiedad privada, precios y mercados. Así, los derechos de aprovechamiento de aguas, los cuales son derechos reales administrativos que representan la titularidad privada en este ámbito, forman parte del tráfico jurídico privado, pudiendo transferirse y transmitirse libremente. De esta forma, al ser el agua considerada como un bien transable en el mercado y que, además, se genere en base a ello un mercado de derechos de aprovechamiento, implica que este bien nacional de uso público entra en la lógica del derecho económico, donde la libertad económica, el derecho de propiedad y el principio de subsidiariedad, se constituyen como los pilares de este sistema.

El principio de subsidiariedad y la forma en la cual es entendido y aplicado a partir de su interpretación, genera lógicas particulares en cuanto al entendimiento de la intervención del Estado. En base a los artículos 1 inciso 3° y 19 N°21 de la



Constitución Política de la República, gran parte de la doctrina y práctica jurídica nacional han identificado en el principio de subsidiariedad un verdadero principio de no intervención del Estado, la cual se ha detenido a acentuar el carácter negativo, abstencionista, especialmente en relación con la presencia del mismo en la economía y en la prestación de servicios sociales de interés general. Es así como todo el esquema antes descrito genera importantes consecuencias no sólo en el papel del Estado en el ejercicio de actividades empresariales, sino también incide en el poder jurídico de regulación del Estado de las actividades económicas que desarrolla el sector privado. Como corolario de lo expuesto precedentemente, la Constitución chilena ejemplifica un marco diseñado para estimular una economía de libre mercado: amplía los derechos y las libertades económicas privadas, restringe fuertemente tanto la actividad económica estatal como su poder regulatorio, y refuerza el poder de los tribunales para hacer cumplir estos principios.

En materia de Derecho de Aguas, creemos que la consagración del principio de subsidiariedad tal y como ha sido descrito, se encuentra en la noción de que la administración o gestión de las aguas por particulares, es la regla general. Esto se da en el hecho de que quienes distribuyen, reparten y establecen los modos de gestión material de las aguas, son las organizaciones de usuarios de aguas de una manera separada de la Administración concedente, la que opera de manera normal en ese nivel solamente, y de manera muy extraordinaria actuando como administrador de las aguas en unos supuestos precisos. Lo anterior se puede constatar a partir de la regulación de las organizaciones de usuarios, en el Título III del Libro Segundo del Código de Aguas. La Ley les encarga a estas entidades el cumplimiento de diversas funciones, entre ellas, las de administrar las fuentes o cauces de aguas, según el caso, sobre las cuales ejercen competencia, y/o las obras a través de las cuales son captadas, conducidas y/o almacenadas; distribuir y, excepcionalmente, redistribuir las aguas entre sus miembros; y resolver determinados conflictos entre éstos entre sí o entre éstos y la propia organización. Todo ello es consecuencia de uno de los principios que inspiran la legislación

vigente, consistente en que el Estado tenga la menor injerencia posible en la distribución de las aguas y en la resolución de conflictos entre los usuarios de ésta y que, por el contrario, sean los propios interesados quienes asuman estas tareas.

Este modelo de gestión de las aguas por los titulares de derechos de aprovechamientos agrupados en organizaciones de usuarios, no ha tenido los efectos esperados, ni en términos de una eficiente asignación ni en materia de sustentabilidad del recurso, lo cual ha quedado en evidencia en un contexto actual de escasez hídrica y cambio climático. Por esta razón, el Banco Mundial, a petición del Estado de Chile, realiza en el año 2013 el informe denominado “Estudio para el mejoramiento del marco institucional para la gestión del agua”, donde destaca que la modernización y reforma de la gestión del agua desde una perspectiva institucional, requeriría un análisis de mayor profundidad sobre las estructuras, roles y mecanismos de actuación de las Organizaciones de Usuarios de Agua en función del mejoramiento de la actual DGA. Lo anterior va claramente en dirección hacia la inclusión de consideraciones de interés público de distinta naturaleza al planteado por el régimen actual de la gestión hídrica, donde debe promoverse un marco institucional orientado hacia fines que diverjan de la mera satisfacción de un modelo de mercado.

Ad portas de un cambio constitucional, esta ponencia pretende realizar un debate necesario que es el de cómo plantearemos el rol del Estado en la asignación y organización de los recursos naturales. Sin duda que un punto de partida interesante es la redefinición del principio de subsidiariedad -tal y como fue explicado en las líneas anteriores- en materias tan relevantes como los recursos hídricos continentales, pues el principio de la gestión autónoma de las aguas en tanto bien público, que se deriva del ejercicio privado de funciones públicas, debe ser reformulado teniendo en cuenta la complejidad del escenario hídrico actual, especialmente en relación a las consecuencias ambientales del mismo.

Siguiendo la misma línea, pretendemos discutir cómo este principio es fundamental a la hora de definir las potestades administrativas específicas entregadas a los particulares en materia de aguas, donde predomina la lógica de la administración corporativa, especialmente en las tareas de ordenación y de limitación o policía administrativa. De esta manera, se pretende cuestionar la autorregulación de las aguas, entendida esta como la gestión y organización de un bien público derivada del ejercicio de derechos de aprovechamiento -como derechos reales administrativos-, lo anterior en contraposición a la escasa y excepcional intervención administrativa planteada por los organismos del Estado.

Este trascendental debate gira en torno a la construcción de nuestra nueva carta de navegación que como país seguiremos en el mediano y largo plazo, la cual debe estar acorde a los desafíos actuales en materia de cambio climático, sustentabilidad y solidaridad intergeneracional, cuestiones que se logran fomentando marcos institucionales sobre los recursos naturales, los cuales deben apartarse de la lógica del principio liberal del interés particular como núcleo del beneficio general, especialmente en la asignación y organización de recursos con las características presentadas por las aguas.