

Energía y Nueva Constitución

El proceso de elaboración de una nueva Constitución se enmarca en medio de un proceso de reconversión tecnológica para la industria energética, que debe enfrentar numerosos desafíos como la descarbonización, la electro-movilidad, el almacenamiento y la transmisión. El propósito del seminario fue conversar sobre los desafíos que se presenta una nueva Constitución en materia energética, donde se analizaron temas como derechos de agua y acceso a recursos naturales, áreas protegidas, evaluación ambiental de proyectos, cambio climático, orden público económico y propiedad estatal de empresas de energía.

El encuentro se desarrolló el día lunes 25 de enero y contó con la participación de Ana Lía Rojas, Directora de Ener Connex; Carlos Finat, Director Ejecutivo Acera (Asociación Gremial de Energías renovables y Almacenamiento); Claudio Seebach, Presidente Ejecutivo de Generadoras de Chile (gremio que representa a empresas de generación); Eugenio Evans, socio Cubillos Evans; del abogado Erich Schnake y de Clemente Pérez, abogado y candidato independiente Convención Constitucional, Lista Independientes con Chile, del distrito 11.

El encuentro estuvo moderado por Ana Luz Durán, miembro de PCP, quien al inicio del encuentro sostuvo que en el contexto de la redacción de la nueva Constitución y la necesidad de implementar leyes que protejan el medio ambiente, la discusión y el debate energético ha pasado a ser materia estratégica. “Para dar materialidad a los derechos que consagrará la nueva Constitución, Chile deberá crear suficiente valor económico para financiar la nueva estructura de derechos que hoy en día se discute. Y en este contexto la energía es crucial para el desarrollo sustentable de nuestro país”.

El primer charlista, Eugenio Evans, **mostró su preocupación por lo que llamó ‘revolución normativa’ en el área energética en el país, que obedecería a una “pulsión de los parlamentarios de querer meterle mano a la regulación de la energía con proyectos de leyes”** que generan dolores de cabeza, y al mismo tiempo, por la existencia de leyes que impiden a aquellas empresas distribuidoras cortar el suministro en razón de la pandemia, que es una ley muy acertada e importante, pero que indudablemente genera un efecto en el funcionamiento normal en el mercado”.

Agregó que, a propósito de la nueva constitución, **le gustaba mucho la normativa actual de la carta fundamental en materia energética**. “Por aspectos fundamentales para el funcionamiento correcto de una industria de estas características, entendiendo que es una industria que debiera seguirse desarrollando por agente particulares”, indicó.

Sostuvo que la normativa de la constitución política le otorga a la industria energética - en materia de inversiones - mucha estabilidad normativa y cualquier tipo de incertidumbre regulatoria,

y especialmente si es proveniente de la Constitución, podría afectar inversiones de largo plazo que son necesarios para el desarrollo de dicha industria. “Con esto no quiero llenar de pánico a nadie, pero estoy diciendo que hay normas de la constitución vigente que me parecen que son fundamentales para que exista un desarrollo energético de largo plazo en manos de agentes particulares. Y probablemente la existencia de agentes económicos particulares y la penetración de la energía eléctrica en la población chilena tan profunda, se ha conseguido en buena medida porque existe una normativa regulatoria estable y que parte en la misma constitución”, señaló.

¿Cuáles son los temas que deben revisarse bien y que podrían afectar a la industria energética con una nueva Constitución?, se preguntó. “En primer lugar, **el exceso ideológico que existe en el significado correcto respecto del Principio de Subsidiaridad**. Un principio que no tiene nada que ver con esa especie de caricatura que hacen algunos sectores de izquierda en el sentido de que es el renuncio permanente que hace el Estado de intervenir en las actividades económica. Eso no es correcto, no es un invento de Jaime Guzmán, sino de la Iglesia católica, y tiene más de 100 años y pienso que es un principio que debe mantenerse en una futura constitución, ya que es clave para el desarrollo energético en manos de particulares”, subrayó.

Otro tema fundamental, señaló es **no rebalsar de principios medioambientales una futura constitución**. “Si bien la constitución política, tiene una norma que fue muy vanguardista en su tiempo, hoy necesita una modernización en materia medioambientales. Pero ojo, no la llenemos de principios. Me imagino lo que podría hacer un juez activista con una nueva constitución, llena de principios de este tipo. Ahí el retroceso y el congelamiento de inversiones asociadas principalmente al transporte y a la producción de la energía eléctrica, podría ser brutal”, recalcó.

En su exposición, Evans **señaló tener cierta aprehensión respecto a las altas expectativas que tenía la gente respecto a la nueva constitución**. “Creo que lo que va a solucionar esta nueva constitución, es que vamos a dejar de echarle la culpa a la constitución de todo lo malo que pasa. Y cuidado porque veo una confianza desmedida a los resultados positivos. Y lo que nosotros requerimos, es de buenas políticas públicas. Y en materia de medio ambiente la constitución no habla del principio precautorio o preventivo, no lo cita. Y la ley tampoco lo hace. Sino que ha sido la jurisprudencia la que ha creado todos estos principios tan relevantes en materia medioambiental. Yo me pregunto ¿no será que el legislador o la calidad de las políticas públicas en Chile han estado flaqueando? Y es posible, y por eso los jueces, muchas veces, hacen la pega que no ha querido hacer el legislador. Y por ello digo que le tengo mucho respeto a los principios, dándole a los jueces un poder enorme.”

El segundo turno fue para Claudio Seebach, quien al inicio planteó **su deseo de que el proceso de desarrollo y de participación ciudadana para una nueva constitución rescate los aprendizajes del sector energético, el cual, señaló, se ha caracterizado por procesos participativos** que han dotado de mayor legitimidad a las políticas públicas en la materia. “Claramente lo que queremos con la nueva constitución es que dote de legitimidad y estabilidad a nuestras instituciones y que las relaciones que hay entre Gobierno, Congreso e instituciones funcionen, lo que es esencial para construir nuestra casa común”.

En este mismo punto, destacó que **la nueva constitución debe tener elementos básicos como el derecho de propiedad, libertades civiles y libre mercado, como el principio de una democracia liberal**, que es el modelo que el mundo ha tomado en forma principal, de tal manera que permitan el acceso a ciertos mínimos de bienestar material como educación, salud etc.

Ya en materia energética, planteó la necesidad de hacerse algunas preguntas como **¿qué ha funcionado bien con la actual constitución? y ¿de qué manera eso ha impactado en el sector energético?** “Si uno mira nuestro país, y así se ha visto graficado en muchos rankings internacionales, como uno alemán que nos muestra dentro de los primeros en acción climática, lo que muestra es el compromiso político y nuestra capacidad de país de tener un acuerdo bien transversal. Y eso a su vez se conjuga con un país que sostenidamente ha sido capaz de tener un enorme atractivo en inversión a energías renovables pensando en un desarrollo sostenible”.

Y **¿cuáles han sido los fundamentos que ha permitido tener este liderazgo en la transición energética?** “Entre ellos, lo que ha permitido la inversión energética, como por ejemplo las bajas arancelarias que han permitido atraer nuevas tecnologías, el tener mercados competitivos basados en la iniciativa privada, el ser un país abierto al talento global y las buenas políticas públicas basadas en evidencias”, recalcó.

Algunos de los puntos incluidos en la actual constitución necesarios de preservar, indicó, es el Derecho de Vivir en un medio ambiente libre de contaminación. “Sin embargo, no por el hecho de estar incluido, nos asegura que efectivamente ello se cumpla. Por ello, otro de los temas que incidirán en la materia serán el Derecho a la equidad Intergeneracional, donde las decisiones que tomemos hoy en materia energética y medioambiental no sólo tendrán que ver con el hoy sino también con nuestros hijos. Este es un derecho no incluido en la constitución como tampoco el Derecho a un Desarrollo sostenible. Ahí estará **el juego que lo llamo el Juego del Triple Impacto, es decir, cómo somos capaces de conciliar en una nueva casa común, el crecimiento económico (para producir el bienestar y pagar los bienes públicos para poder vivir mejor) con la necesaria inclusión social, es decir que todos seamos parte de este desarrollo y evidentemente la protección ambiental, y esa es la lógica de los objetivos del desarrollo sostenible.** Entonces en la constitución vamos a tener discusiones sobre el acceso a recursos naturales, sobre recursos hídricos, respeto a las prácticas de los pueblos indígenas, el orden económico de la propiedad privada y pública y de cómo eso nos asegura, mirado desde el sector energía, el poder abordar la transición energética. Porque finalmente el mayor desafío, como humanidad que nos convoca, es una acción colectiva frente a la urgencia climática en función de las futuras generaciones”, argumentó.

Un punto muy relevante en esta materia es **el rol del Estado en materia de transición energética y el aporte a la descontaminación y sostenibilidad** dada la urgencia climática. “Se requiere de un mejor Estado y una nueva constitución debe permitir un Estado más efectivo, moderno y coordinado”.

La participación de Ana Lía Rojas, partió con la aseveración de que **uno de los desafíos primordiales en materia energética, y no sólo de Chile sino a nivel mundial, es la Transición**

Energética. “Esta es la cuestión más importante desde la revolución industrial, la que nos obliga a transformarnos, a transformar nuestras relaciones, nuestros medios y nuestros objetivos”.

En esa misma línea indicó, la **necesidad imperiosa de asegurar algunos principios como la Libertad Económica, la Propiedad Privada y el Derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación.** “Hay un enfoque que no hay que perder de vista y es que el ordenamiento institucional debe acelerar la transición energética y eso a través de que los órganos del Estado tengan las atribuciones para poder implementar y orientar comportamientos, tanto de los propios órganos del Estado, pero también de la población, y la clave estará en cómo vamos a redactar esta nueva constitución”.

Clave en ello y en especial en la seguridad jurídica, es la incorporación y consagración del **Respeto al régimen de inversiones extranjeras.** “Porque la Transición Energética va a requerir inversiones y una gran proporción de esas son extranjeras. Y a mí me parece que la discusión de la Transición Energética es visto como algo exógeno, que está pasando afuera y no acá. Y la verdad es que todos somos responsables, los órganos privados y públicos, la ciudadanía y ese principio tiene que quedar consagrado”, indicó.

Basándose en el mapa de riesgos 2021 publicado recientemente por el [World Economic Forum](#) - que identifica los riesgos de mayor probabilidad, pero también de mayor impacto – indicó que los riesgos más importantes en término de afectación y de intensidad sobre la sociedad y ocurrencia o alta probabilidad de ocurrencia, se dan **todos en torno al riesgo climático.** “Entre ellos, el daño contra los seres humanos, la pérdida de la biodiversidad, crisis de recursos naturales y clima extremo. Y por ello, a diferencia de Eugenio Evans, me gustaría que nuestra próxima constitución, tuviese todos los elementos posibles respecto de estos riesgos. No hacerlo es tapar el sol con un dedo, sabiendo que éstos son los mayores riesgos pronosticados. Y me gustaría que estas **fuera**n materias consagradas en la constitución como Principios”.

Agregó que **es tal el desafío de Chile, respecto de reducción de emisiones, que la consagración debe quedar más allá que a nivel de Principios.** “Creo, que podríamos hacer mucho más y lo importante es que la nueva constitución, pueda consagrar no sólo a nivel rector y de principios rectores, sino de poder bajarlo a nivel de órganos que permitan que estos principios sean aplicados con sus leyes y reglamentos y normas técnicas propios, lo que debe ser consagrado también en la carta fundamental. Y por ello un factor muy importante para el tema de energía, y relacionado con las visiones y misiones de los órganos del Estado, es que en la medida que éstos órganos no incorporen la visión de la responsabilidad frente al cambio climático, vamos a tener un desorden entre los principios rectores en la constitución que consagren estos derechos, con la aplicabilidad real y eficaz que hagan los organismos del Estado de estos principios, frente a la urgencia que el cambio climático demanda y requiere”.

En el turno de Carlos Finat, comentó su anhelo de que la nueva constitución se convierta en un marco para la política y no necesariamente como un contenedor de políticas públicas. Y derechamente relacionado al tema energético, señaló la nueva constitución debiera incluir aquello relacionado con el **desarrollo sustentable y el combate al cambio climático.** “Si analizamos las

causas que desestabilizan órdenes constitucionales se mencionan las crisis económicas, los conflictos armados, cambios de régimen, los cambios de propiedad y de organizaciones territoriales. Y si vemos los riesgos asociados al cambio climático, justamente encontramos los antes citados. Basta mencionar lo que ya ha ocurrido en el mundo producto de las migraciones causadas por conflictos armados y también por luchas por el territorio y por la falta de agua. Entonces comenzamos a ver que se está desarrollando una tormenta perfecta y lo único que sabemos es que esto va a empeorar en la medida que nos demoremos - como globo - en tomar las decisiones correctas respecto al cambio climático. En ese sentido creo que **la constitución debe prepararse para enfrentar el cambio climático, dando ese marco regulatorio habilitante y de discusión de estos temas a nivel nacional y de la mano con la preservación con el medio ambiente, dos aspectos íntimamente relacionados. Y en ese sentido creo que la energía y la transformación energética son elementos fundamentales que deben estar presentes en esta nueva constitución y que van a ser determinantes en buena parte de lo que queda de este siglo para garantizar la continuidad del mundo, más o menos como lo conocemos**".

Indicó que pensaba que **no era suficiente lo consagrado actualmente en la constitución del '80**. "Claramente frente a las situaciones que estamos viviendo no lo veo como suficiente. Como consecuencia del cambio climático, los países están reaccionando, y Chile también. Se están haciendo grandes avances, pero a todas luces son insuficientes y nos veremos afectados en conflictos lejanos que tendrán mucho efecto en países como el nuestro, como también nos veremos afectados por conflictos nacionales, como puede ser el conflicto por el uso del agua. En ese sentido, quisiera reiterar la **necesidad de contar con una constitución flexible**, aunque creo que no puede haber una sin una definición de la gobernancia y el *accountability* que no es algo que se vea en la misma constitución, pero si en leyes que permitan mecanismos de rendición y de reportes de medición, algo básico que hoy no está".

Agregando a lo anterior, señaló que **una de las innovaciones que debieran hacerse en la constitución es en referencia a las responsabilidades que se le asignen al Presidente de la República al respecto del cambio climático**. "Tanto para la transparencia de la toma de decisiones, la justificación de decisiones, la asignación de responsabilidades y mediciones de reporte y verificación, que hoy brillan por su ausencia en la mayoría de las actividades", recalcó.

Respecto al derecho de propiedad, señaló que creía que era uno de los temas conceptuales más difíciles para una constitución. "Y rescato lo que hay hoy día respecto al medio ambiente. Y ahí hay una limitación y la ley puede incluso incluir ciertas restricciones a otros derechos por la vía de la ley. Es un tema que tiene que estar sumamente claro. Acá no hay competencia ni evaluación costo beneficio, hay ciertos principios. Como acceso a bienes y servicios básicos, en los cuales, si hay conflicto respecto al derecho de propiedad, simplemente este último no pesa frente a ello, y debe cumplirse el principio de equidad, justicia y acceso a estos servicios".

Erich Schnake, subrayó que creía que los temas que más impactan en el tema energético son el **Rol del Estado** y el **Uso y Apropiamiento de los recursos naturales**. "Recursos naturales desde donde se extrae la energía por un lado y por otro, aquellos necesarios para el transporte y almacenamiento de la energía, donde se podría incorporar, por ejemplo, el Litio o el cobre".

Desde el punto de vista de la asignación de los recursos naturales que se puede hacer por parte del Estado, indicó que es clave tener algunas ideas en mente. “Existe una competencia por el uso de los recursos naturales y se ve patente en el uso del agua con su uso industrial, minería, consumo humano, agrícola o energético, o incluso los servicios ecosistémicos que el agua presta. Pero también existe una competencia entre los recursos naturales, referido al hecho de que la explotación de un recurso pueda chocar con la explotación de otro, como con una concesión geotérmica con los derechos de agua. Y creo que, **para la regulación de estos temas, tenemos que tener ciertos principios guías**: Primero creo que **hay que tener una visión del ecosistema de lo que implica asignar un derecho a explotar o a hacer uso de un recurso natural, desde el punto de vista del medio ambiente**, porque ha quedado más que evidenciado que, la explotación de los recursos naturales, impactan en el eco-sistema e incluso a nivel mundial. Por lo tanto, cuando vamos a regular el uso de los recursos naturales, tendremos que tener esta visión holística de cómo impactará en el ecosistema porque en el fondo no podemos estar hipotecando el bienestar de las generaciones futuras, lo que es hablar del clave derecho intergeneracional. En segundo lugar, creo que hay que tener una visión respecto de lo que es la **función social de la propiedad**, lo que significa que el derecho de propiedad no debiera ser un derecho absoluto donde se pueda hacer lo que quiera, sino que tenga ciertos deberes para quien tenga el derecho de propiedad, lo que a *grosso modo* es decir que, el deber que tiene un titular de la propiedad es hacer uso de esa propiedad para los fines para lo cual ha sido creado. Tenemos que pensar que en un mundo de escases y donde existen estas concesiones de derecho, es clave pensar en el **fomento del uso eficiente de los recursos y el desarrollo de nuevas tecnologías** que lo permitan. Y finalmente, creo que **es clave que la constitución permita o fije un estatuto que sea claro en la asignación y pérdida de los derechos**, porque en la medida que las reglas están bien definidas habrá certeza jurídica y será clave para el cumplimiento del estado de derecho”.

En materia del rol del Estado, señaló que pensaba que era clave que éste pudiera tener un **rol empresarial más activo**. “Me parece que está bien que los privados, en principio, desarrollen las actividades productivas, pero hay ciertos ámbitos donde los privados no van a actuar o se producirán efectos no deseados, por lo que es necesario que el Estado pueda participar, ya sea para promover mayores competencias, corregir el mercado, o porque quiera incentivar la investigación o porque en ciertas actividades consideradas de riesgo por los privados y no quieran invertir, el Estado si este dispuesto a hacerlo. En este sentido creo que la constitución debe permitir la creación de empresas públicas o mixtas y que se permita que el Estado pueda tomar medidas que aseguren el control sobre ciertos bienes o activos que puedan ser considerados estratégicos, como es la generación y transporte de energía”, recalcó.

El abogado indicó que **es importante el proceso por el cual Chile se encamina lo que permitirá crear cierta paz social, indispensable para el desarrollo de nuestro país a futuro**. “Sin paz social no hay estado de derecho ni certeza jurídica. Y la idea es reconstruir esa paz social sobre la base de normas y principios que todos sintamos como propias. Y valoro bastante los principios. Y en ese contexto una constitución basada en principios es bastante más útil que una constitución extensa donde se regule en detalle ciertas materias. Porque al final lo único que hace es reflejar la desconfianza en nuestros jueces o la necesidad de imponer cierta visión o intereses, y en base a

principios se puede repartir esos intereses de manera más equitativa o de acuerdo a cómo se vaya entendiendo el contexto a través de los años”, argumentó.

En el turno del candidato a constituyente, Clemente Pérez, indicó que **creía que, la redacción de una nueva constitución, no incidirían en grandes cambios en el sistema regulatorio energético chileno.** “Probablemente habrá muchos otros aspectos que, si lo afectarán, pero no en el corazón”, planteó.

¿Dónde pienso que si habrá algunos cambios?, se preguntó. **“Efectivamente en el acceso de los recursos naturales, principalmente en materia de aguas.** Y respecto de otras energías, como la geotérmica va a haber muchas dificultades, porque probablemente muchas de las áreas de mayor potencial geotérmico se encuentran en áreas protegidas. Y las demás energías no debieran verse muy afectadas, pero si la generación hidroeléctrica”.

En este sentido indicó que **es muy probable que el resultado de esta nueva constitución sea la de definir al agua como un bien nacional de uso público.** “Eso está hoy en el código civil y de aguas. No obstante, en la constitución se debiera avanzar hacia eso. Y también es muy probable que se establezca una cierta prioridad, para un determinado uso del agua, para el uso de la población y del saneamiento. Y en la misma línea se debiera reconocer como derecho humano”, indicó siguiendo la línea de varios tratados internacionales.

En este plano, planteó que, **como Estado se deberán hacer cargo de ese reconocimiento, de modo de hacer carne ese derecho.** “Porque uno puede hacer grandes declaraciones y después dejarles lo demás a los Tribunales de Justicia. Pero eso **me parece que la solución y este es uno de los partidos mas importantes que se jugaran en la nueva constitución, es el de reconocer derechos sociales válidos como el derecho al agua y además establecer sistemas, mecanismos transparentes, objetivos y técnicos basados en la ley, para hacer carne esos derechos sociales. Y, en relación a los derechos constituidos o solicitudes de derechos, es otra discusión relevante, pero donde lo probable es que haya un trato distinto a los nuevos derechos, y en donde soy partidario de indemnizar en caso de afectación”.**

Un segundo tema que será relevante con la nueva constitución indicó, tendrá que ver con **la localización de los proyectos.** “Hay una gran crítica y legítima, a lo que se ha llamado las zonas de sacrificio, y en general se le va a exigir al Estado que avance en términos de un mejor ordenamiento territorial, tanto para proyectos de generación como la solar, eólica, etc. y obviamente en zonas de las franjas para proyectos de transmisión”.

Un tercer punto que compartió, respecto de los cambios que se podrían observar, **es el referido al derecho incorporado, en que la constitución del '80, de vivir en un medioambiente libre de contaminación.** “Concuerdo con Carlos Finat en que la forma en que se reconoció el derecho a vivir en un medio libre de contaminación fue pionera el año 80, pero hoy en día es insuficiente. Lo que se requiere es un concepto más amplio de desarrollo sustentable y de protección ambiental. Uno podría esperar avances en algunos temas, como el que se han planteado algunos, con el llamado *Decálogo para una constitución ecológica*, donde hay varios puntos que son importantes de considerar, como el Derecho a la equidad intra e intergeneracional; el Deber del

Estado de Proteger la biodiversidad; una Sociedad diversa e inclusiva; la Descentralización política y tributaria. Pero donde también hay algunos temas que hay que mirar con un sentido crítico, como es el Acceso a la justicia ambiental, que es un tema ya recogido hoy día, y donde estamos viendo una creciente judicialización de proyectos en Chile, muchos de ellos sobre energía renovable o de proyectos que requieren de mucha energía”.

Pérez finalizó su ponencia señalando que **Chile debiera hacerse cargo de la crisis climática**. “Y ahí el principal generador de gases de efecto invernadero es la generación de electricidad y el segundo lugar el transporte terrestre”.

En este sentido, planteó **considerar esta crisis como una oportunidad de seguir avanzando en descarbonizar nuestra matriz energética**. “Chile se encuentra avanzando fuertemente hacia una descarbonización, pero para seguir avanzando en esta línea, las inversiones que se requiere deben ser a largo plazo y con reglas del juego muy estables. Y por eso lo mejor que deberíamos hacer es que se mantenga el estado de derecho y la certeza jurídica”, insistió.

Pérez planteó la **necesidad de incorporar al Tribunal de Defensa Libre Competencia en la constitución con el máximo estatus**. “Porque la fuente del principal instrumento de política pública para el fomento de las energías renovables en Chile, proviene precisamente de la necesidad de tener más competencia”.