

Proyecto de ley, iniciado en Moción de los Honorables Senadores señor Huenchumilla, señoras Provoste y Sepúlveda, y señores Flores y Velásquez, que modifica el Código de Aguas, con el objeto de incorporar la regulación de las aguas desaladas de mar.

FUNDAMENTACIÓN.

1. El agua desalinizada o desalada de mar constituye una fuente de recursos hídricos que está a la vista de todos nosotros y su uso configura una oportunidad de obtener agua para el consumo humano, para su uso en procesos industriales, principalmente mineros en nuestro país, y para ampliar los cultivos en nuestro país. Esta perspectiva se ha incrementado por el déficit de lluvias, la sequía prolongada y los comprobados efectos del cambio climático.
2. Esta oportunidad, por cierto, ha sido advertida por la industria hace décadas y las instalaciones de plantas desalinizadoras o desaladoras es una realidad en Chile. A marzo de 2023 existían 28 plantas con capacidad mayor a 20 litros por segundo (lt/s), tanto en funcionamiento como en etapa de proyecto, las que se desglosan en: 22 operando, 6 en construcción, 3 con aprobación ambiental y 12 en evaluación preliminar. Lo otro muy relevante, es que esta realidad se proyecta a lo largo de todo el país y no solo se concentra en el norte. Es así como actualmente, en la Región de Antofagasta, existen 13 plantas desalinizadoras operando en diferentes sectores, mientras que en Atacama son cinco, Valparaíso cuenta dos y tanto Biobío como Magallanes poseen una. Próximamente se sumarán las regiones de Tarapacá, Coquimbo y quizás O'Higgins.¹
3. El elemento central es que estas instalaciones son una realidad al margen del derecho o sin una legislación que las regule, puesto que una cuestión es la naturaleza jurídica del agua de mar y otra diferente es la naturaleza del agua desalada de mar. Sin embargo, no existe agua desalada en el derecho sin la

¹ Chile va tiene 28 plantas desalinizadoras en operación y construcción (investchile.gob.cl)

naturaleza jurídica del agua de mar y otra diferente es la naturaleza del agua desalada de mar. Sin embargo, no existe agua desalada en el derecho sin la instalación industrial que lo permita. En consecuencia, lo primero es la construcción de todo el escenario habilitante para extraer el agua de mar en el borde costero, desalar y distribuirla aguas arriba. Solo después viene el tratamiento normativo propiamente tal del agua desalinizada.

4. Por ello, desde el punto normativo nos encontramos frente a un fenómeno relativamente reciente en muchos lados. Por ejemplo, pese a que es tratada esta materia en su Ley de Aguas de 2021 existe muy escasa normativa dictada en España al hilo de la desalación.²
5. En nuestro país podemos partir indicando que hay dos cuestiones centrales en materia jurídica, siguiendo una reciente investigación, las que son: "(a) el régimen autorizatorio aplicable y los títulos jurídicos habilitantes con los que debiese contar toda planta desalinizadora para instalarse en el borde costero, extraer el agua de mar y transformarla en agua apta para diversos usos; y (b) la titularidad de los derechos sobre el agua de mar una vez desalinizada."³
6. Resolver estos dilemas aparece cada vez como una cuestión más urgente a raíz del reconocimiento, tarde o temprano, del derecho constitucional y humano al agua, su uso, saneamiento y priorización en relación con otros usos.⁴ asimismo, la ausencia de normativa contribuye a paralizar otras innovaciones significativas como la industria del hidrógeno verde.⁵
7. El régimen autorizatorio para dar inicio al proceso industrial de la desalación supone dos esferas distintas. Por una parte, la concesión marítima o destinación que permita sustentar en el borde costero la planta misma. Y, por la otra, el impacto ambiental del proceso mismo. Por eso, los únicos instrumentos normativos a los

² JIMENEZ SHAW, Concepción (2021), Régimen jurídico del agua desalada de mar, Tesis de doctorado leída en Universidad CEU San Pablo, España, 2021.

³ SKEWES URTUBIA, Fernanda (2017), Régimen jurídico de la desalación de agua de mar en Chile. El carácter de bien de dominio público del agua de mar y del borde costero, Memoria de prueba para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, p. 3

⁴ Art. 16 La Constitución asegura a todas las personas (...): 29. El derecho al agua y al saneamiento, de conformidad a la ley. Es deber del Estado garantizar este derecho a las generaciones actuales y futuras. Prevalecerá su uso para el consumo humano y para el uso doméstico suficiente."

⁵ CASTILLO RIVERO, Marcelo (2022), Deficiencias en la regulación del uso y goce de agua de mar que pueden afectar a largo plazo la producción de hidrógeno verde en Chile, Artículo Académico presentado a la Facultad de Derecho de la Universidad Finis Terrae, para optar al grado de Magister en Derecho de los Recursos Naturales y Medio Ambiente

cuáles se les aborda como legislación complementaria sobre la cual se apoyan las industrias o plantas desaladoras son la Ley de Concesiones Marítimas (DFL 340 de 1960 sobre concesiones marítimas) y su Reglamento (Decreto 9 de 2018 del Ministerio de Defensa Nacional), y la Ley de Bases del Medio Ambiente (Ley 19.300), respecto de sus impactos. En la práctica, este proceso está vinculado a la perspectiva ambiental. Tratándose de instalaciones que tengan que ser sometidas a un régimen de impacto ambiental, trae de consuno la obligación de contar con la respectiva concesión marítima. En consecuencia, el criterio prevalente es el requisito de contar con la respectiva autorización ambiental. Sobre este punto existe ambigüedad sobre la necesidad de ser exigida en todo momento.

8. La legislación ambiental contempla dos vías indirectas puesto que en el artículo 10 literal a) de la Ley 19.300 se sostiene que:

Una para la extracción del agua de mar:

"Los proyectos o actividades susceptibles de causar impacto ambiental, en cualesquiera de sus fases, que deberán someterse al sistema de evaluación de impacto ambiental, son los siguientes:

o) Proyectos de saneamiento ambiental, tales como sistemas de alcantarillado y agua potable, **plantas de tratamiento de aguas** o de residuos sólidos de origen domiciliario, rellenos sanitarios, emisarios submarinos, sistemas de tratamiento y disposición de residuos industriales líquidos o sólidos;

Como para su reconducción hacia otros destinos, aguas arriba:

a) **Acueductos**, embalses o tranques y sifones que deban **someterse a la autorización establecida en el artículo 294 del Código de Aguas**, presas, drenaje, desecación, dragado, defensa o alteración, significativos, de cuerpos o cursos naturales de aguas;"

9. A efectos de explicar el alcance de la regla del literal a) del artículo 10 de la Ley 19.300., cabe considerar el **artículo 294 del Código de Aguas** que indica:

"Art. 294°.- Requerirán la aprobación del Director General de Aguas, de acuerdo al procedimiento indicado en el Título I del Libro Segundo, la

construcción de las siguientes Obras;

a) Los embalses de capacidad superior a cincuenta mil metros cúbicos o cuyo muro tenga más de 5m. de altura;

b) Los acueductos que conduzcan más de dos metros cúbicos por segundo;

c) Los acueductos que conduzcan más de medio metro cúbico por segundo, que se proyecten próximos a zonas urbanas, y cuya distancia al extremo más cercano del límite urbano sea inferior a un kilómetro y la cota de fondo sea superior a 10 metros sobre la cota de dicho límite, y

d) Los sifones y canoas que cumplan con las características señaladas en las letras b) o c) precedentes que crucen cauces naturales.

Quedan exceptuados de cumplir los trámites y requisitos a que se refiere este artículo, los Servicios dependientes del Ministerio de Obras Públicas. Estos Servicios deberán informar a la Dirección General de Aguas las características generales de las obras y ubicación del proyecto antes de iniciar su construcción y remitir los proyectos definitivos para su conocimiento e inclusión en el Catastro Público de Aguas, dentro del plazo de seis meses, contado desde la recepción final de la obra.

10. De este modo, podemos entender interpretativamente que la naturaleza industrial del acueducto que conduce el agua desalada, así como la cantidad cúbica de agua que trasladen es suficientemente explicativa por sí mismas de aquellas plantas que producen agua desalada de una envergadura tal que importa el impacto ambiental, de aquella pequeña planta que no tiene características de esa naturaleza y que podrá abastecer a una pequeña comunidad. En consecuencia, más allá de su instalación en el borde costero y su autorización respectiva, la propia legislación ambiental introduce un criterio que sin que debamos modificar la ley entiende incorporada en su normativa esta perspectiva del agua desalada.

11. No obstante, lo pendiente es la condición normativa del **agua desalada misma**. Y ese es el objeto central de nuestro proyecto de ley, incorporar el agua desalada al Código de Aguas. Esta es una cuestión que realizan otras legislaciones como la

española, la que no seguiremos por la diversa estructura de su legislación⁶

12. Los objetivos de esta iniciativa son múltiples Primero, hacer frente a una omisión significativa en una industria que es central por sí misma o como medio para otras. Segundo, relativo a un bien sensible para la vida humana. Tercero, como mecanismo que permita el acceso a regulaciones sistémicas dentro de las cuales pueda tener un tratamiento acorde a la naturaleza de un bien nacional de uso público. Cuarto, para efectos de precaver su respectiva evaluación ambiental si correspondiere.

13. En cuanto a la idea de la omisión regulatoria⁷, cabe precisar que no se trata de una incorporación por vez primera de esta noción, puesto que ya la Ley 21.435 de abril de 2022 había agregado al agua desalada de mar en dos reglas. Una sobre recarga artificial de acuíferos⁸ como una de aquellas que debía ser parte del Plan Hidrológico por Cuenca.⁹ Y, son justamente su incorporación las que dan cuenta de la necesidad de agregarlas al ciclo hidrológico nacional. Carece de sentido establecer su programación sin que compartan las características completas de esa decisión. Asimismo, la necesidad de contar con un régimen general es central para el establecimiento de reglas del juego claras en la industrialización de la desalinización.

14. Que el agua es un bien sensible para la vida humana y colectiva es una cuestión de suyo lógica. Solo agregar que tarde o temprano será un derecho constitucional el derecho humano al agua y a su priorización. Eso supone el establecimiento de su definición normativa más densa como una cuestión central.

⁶ Artículo 2. Definición de dominio público hidráulico. Constituyen el dominio público hidráulico del Estado, con las salvedades expresamente establecidas en esta Ley: (...) e) Las aguas procedentes de la desalación de agua de mar.

⁷ Hay muchas mociones de ley que han pretendido regular desde otros ámbitos esta misma materia. Este es el único proyecto de ley que apunta a una dimensión que lo regula desde el Código de Aguas. Simplemente como ejemplo, el Boletín NS9862-33, "Faculta al Estado para la creación de plantas desalinizadoras". El Boletín Ns 10.319-12, "Modifica el decreto con fuerza de ley N° 340, sobre Concesiones Marítimas, para regular la extracción de agua de mar". O el Boletín NS9185-08, "Establece la desalinización del agua de mar para su uso en procesos productivos mineros". O el Boletín NS8006-08, "Obliga a grandes explotadores mineros a la desalinización de agua para sus procesos productivos". Adicionalmente, el proyecto pretende lograr una modificación legal para permitir al Estado recuperar derechos que se liberen en los cauces de ríos para su destinación a consumo humano y pequeña agricultura. Salvo, quizás, el caso del Boletín N°10.319-12, en el que, de una manera un tanto ambigua, se señala que "las actividades de desalinización no requerirían modificaciones legales para realizarse, requiriéndose el cumplimiento de calificaciones ambientales positivas dentro del proceso regular del SEIA y las autorizaciones sectoriales", sin perjuicio de lo cual propone la creación de una nueva concesión para la extracción de agua de mar.

⁸ Art. 66 bis "La **recarga artificial de aguas podrá realizarse para distintos fines**, tales como resguardar la preservación ecosistémica, incluyendo la mejora o mantención de la sustentabilidad del acuífero; evitar la intrusión salina; aprovechar la capacidad depuradora del subsuelo; **infiltrar agua desalinizada** o residuos líquidos regulados por la normativa ambiental; o aprovechar la capacidad de almacenamiento y conducción de los acuíferos para posteriormente posibilitar la reutilización de estas aguas."

⁹ Art. 293 bis. 4. "**Un plan para hacer frente a las necesidades futuras de recursos hídricos con preferencia en el consumo humano.** Una evaluación por cuenca de la disponibilidad de implementar e innovar en nuevas fuentes para el aprovechamiento y la reutilización de aguas, con énfasis en **soluciones basadas en la naturaleza, tales como, la desalinización de agua de mar**, la reutilización de aguas grises y servidas, la recarga artificial de acuíferos, la cosecha de aguas lluvias y otras. Dicha evaluación incluirá un análisis de costos de las distintas alternativas, la identificación de los potenciales impactos ambientales y sociales para una posterior evaluación, y las proyecciones de demanda para consumo humano a diez años."

15. En cuanto al tercer objetivo, algunos conciben que el agua de mar tiene un estatus jurídico que no es el mismo que el agua desalada de mar, produciendo un efecto privativo de su dominio. Por lo mismo, esta discusión es central a efectos de enfrentar una supuesta "comoditización" de su apropiabilidad o de su uso transaccional a partir de una "ocupación" de cosas que no pertenecen a nadie (art. 606 del Código Civil) o de una "accesión" que transforma mediante la especificación de un bien ajeno inmerciable en otro diferente y comerciable (art. 662 del Código Civil).¹⁰
16. El agua de mar tiene un sólido estatuto de dominio público desde el Código Civil (art. 595: "Todas las aguas son bienes nacionales de uso público.") y con regla de soberanía estatal indudables sostenidas en el derecho chileno e internacional (art. 596 del C Civil). Por lo mismo, jamás puede haber "ocupación" del bien agua desalada como algo diferente del agua de mar, puesto que sus circunstancias se originan en un bien nacional de uso público. Por lo mismo, no hay un proceso de "desafectación de un bien" por el hecho de quitarle la sal.
17. En los hechos, de acuerdo con la Constitución, "sólo la ley puede establecer el modo de adquirir la propiedad" (art. 19, N° 24, de la Constitución), por lo que las estrategias privatizadoras del agua desalada de mar carecen de sentido bajo nuestro ordenamiento constitucional. Es central en este proyecto de ley, resolver el dilema de la naturaleza jurídica de las aguas, con el objeto de acreditar el título habilitante por el cual se puede usar. La incardinación en el Código de Aguas respectivo permite resolver el primer problema y, habilitar al segundo fenómeno, el otorgar competencia para realizar las solicitudes respectivas a la Dirección General de Aguas en el otorgamiento de las concesiones respectivas. Esto quedó habilitado recién con la Ley 21.435 de un modo claro hacia el futuro.
18. El último objetivo es que esta asociación de la extracción de agua al régimen ambiental importa el establecimiento de sus adecuados controles, con lo que lejos

¹⁰ SKEWES URTUBIA, Fernanda (2017), Régimen jurídico de la desalación de agua de mar en Chile El carácter de bien de dominio público del agua de mar y del borde costero, Memoria de prueba para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, p. 14 18 y 106 a 122.

de liberalizar el agua, permite regular mejor los procedimientos vigentes en la materia. Asimismo, la evaluación supone integrarlas a la cuenca hidrográfica a la que sirven.

19. Con esas dos salvedades se trata de incorporar las reglas más básicas del agua desalada relativas a su naturaleza jurídica, su instalación y su ingreso al ciclo hidrológico nacional más allá de la recarga artificial de acuíferos. Esta modalidad sigue el tratamiento de países que utilizan ampliamente el agua desalada de mar en sus procesos terrestres, como es el caso de España e Israel.
20. Asimismo, el proyecto cumple con la idea que el tránsito natural de reconocimiento del estatuto del bien nacional de uso público del agua de mar pasa a ser el agua desalada de mar (como bien nacional de uso público) pero bajo el título de "reservas de aguas disponibles" (arts. 5 ter y 147 bis del Código de Aguas).
21. Este proyecto contiene las siguientes normas permanentes en el Código de Aguas, una interpretativa en materia ambiental y una norma transitoria al objeto de salvaguardar su funcionamiento.
22. En cuanto a las normas permanentes, permite la regulación del agua desalada de mar como algo distinto a las aguas marítimas. Califica su naturaleza como bien nacional de uso público. Adscribe su tratamiento al Código de Aguas y le otorga el carácter de aguas reservadas para su disposición por parte del Estado bajo un régimen de dominio público, esto es, mediante el sistema de concesiones. Desde el punto de vista interpretativo, incorpora las instalaciones de desalación de agua de mar como plantas de tratamiento de agua y como acueductos para su traslado, facilitando el régimen de evaluación ambiental. Asimismo, establece una norma transitoria que garantiza la continuidad de las plantas de tratamiento vigentes.

PROYECTO DE LEY

ARTÍCULO PRIMERO:

1. Para agregar en el artículo 1° del Código de Aguas en el primer inciso antes del punto aparte la expresión:

"y a las aguas desaladas de mar"

2. Para agregar en el artículo 2° del Código de Aguas en el tercer inciso después de la palabra "artificiales" y antes del punto aparte la expresión.

"incluyendo las aguas desaladas de mar"

3. Para agregar al final del punto seguido del inciso primero del artículo 5° ter la siguiente frase:

"El agua desalada de mar se considerará reserva de agua disponible".

4. Para agregar el siguiente artículo 5° sexies:

"Con carácter general, la actividad de desalación de agua marina queda sometida en todos sus términos pertinentes al régimen general establecido en **este Código para todos los usos que ésta defina dentro de la cuenca respectiva**. La obligación adicional de los titulares de la concesión respectiva es la sustentabilidad ambiental que impida la intrusión salina y garantice la preservación del acuífero respectivo. Dicha evaluación se realizará de conformidad con la legislación respectiva.

En la forma que reglamentariamente se determine, se tramitarán en un solo **expediente las autorizaciones y concesiones que deban otorgarse por dos o más** órganos u organismos públicos de la Administración del Estado."

ARTÍCULO SEGUNDO:

Al objeto de interpretar las reglas ambientales de la Ley 19.300 se entenderá lo siguiente:

"Las obras de instalación de la planta desaladora serán susceptibles de ser sometidas

al sistema de evaluación ambiental, como plantas de tratamiento de aguas y como acueducto para su traslado, en la medida que se correspondan con dichas categorías, requisitos y condiciones que la legislación ambiental contempla."

ARTÍCULO TRANSITORIO:

"Las instalaciones de plantas desaladoras de agua de mar que se encontrarán en funcionamiento de conformidad con la regulación legal y administrativa vigente a la fecha de publicación de esta ley, podrán continuar operando con arreglo al contenido de sus títulos administrativos habilitantes, hasta la extinción del plazo de las correspondientes autorizaciones o concesiones. Transcurrido dicho plazo, los titulares de las instalaciones tendrán derecho preferente para la obtención de una concesión administrativa, de conformidad con lo establecido por este Código".