
Secretariado de la Comisión para la Cooperación Ambiental

Notificación al Consejo conforme al Artículo 15(1) de que se amerita la elaboración de un expediente de hechos

Petición núm.: SEM-97-006

Peticionario(s): The Friends of the Oldman River

Parte : Canadá

Fecha de esta Notificación: 16 de julio de 1999

I – RESUMEN EJECUTIVO

El Peticionario, organización no gubernamental conocida como “The Friends of the Oldman River” (en adelante “FOR” o “el Peticionario”), alega que Canadá está incurriendo en omisiones en la aplicación efectiva de la *Ley de Pesca [Fisheries Act]* y la *Ley Canadiense sobre la Evaluación Ambiental (LCEA) [Canadian Environmental Assessment Act]*¹ por lo menos en dos aspectos importantes.² En primer lugar, el Peticionario afirma que el método que emplea Canadá para examinar propuestas de proyectos es deficiente en lo fundamental. El Peticionario se refiere en particular a aquellos proyectos que, si se realizaran en los términos inicialmente propuestos a Canadá, podrían resultar perjudiciales para el hábitat de los peces en infracción del artículo 35(1)³ de la *Ley de Pesca*, pero en los cuales Canadá y el proponente acuerdan modificaciones para evitar dichos perjuicios.

¹ *Fisheries Act, R.S.C.1985, c.F-14* y diversos suplementos; *Canadian Environmental Assessment Act, S.C.1992, c.37*.

² Los textos completos de la petición y la respuesta pueden solicitarse al Secretariado. También figuran en el sitio Web <<http://www.cec.org>>.

³ El artículo 35(1) de la *Ley de pesca* estipula: “Está prohibido realizar obras o empresas que ocasionen el deterioro, alteración o destrucción del hábitat de los peces”. En inglés se emplea la sigla HADD (“harmful alteration, disruption or destruction”) para referirse a esos perjuicios causados al hábitat de los peces. Por conveniencia, al referirse al “deterioro, alteración o destrucción del hábitat de los peces” el Secretariado emplea la expresión “daños al hábitat de los peces”.

El Peticionario sostiene que el método habitual que emplea Canadá para aplicar las disposiciones de la ley a tales proyectos consiste generalmente en entablar conversaciones con el proponente y emitir una “carta de recomendaciones”. El Peticionario argumenta que ese método habitual de examinar proyectos lesiona los intereses de FOR y el público en la protección del hábitat de los peces y el cumplimiento del artículo 35(1) de la *Ley de pesca*. En el anexo de la petición, se caracteriza el método habitual de Canadá como “un instrumento poderoso que debilita la protección acordada al hábitat de los peces.”⁴ Según el Peticionario, Canadá debería emplear un enfoque alternativo que aumentaría la eficacia del procedimiento de examen de los proyectos en cumplimiento de los objetivos del artículo 35(1) de la *Ley de pesca*. El Peticionario sostiene que Canadá debe evaluar esos proyectos con procedimientos establecidos por la *LCEA* y, si decide realizar dichos proyectos, la autorización debería hacerse en virtud del artículo 35(2).⁵ El Peticionario alega que Canadá emplea un método de examen de proyectos supuestamente menos eficaz, lo que constituye una omisión sistemática en la aplicación efectiva de la legislación ambiental canadiense en términos del artículo 14 del Acuerdo de Cooperación Ambiental de América del Norte (ACAAN).

El Peticionario sostiene asimismo que el enfoque que tiene Canadá del recurso de acción judicial cuando los proyectos infringen el artículo 35(1) de la *Ley de pesca* constituye una omisión en la aplicación efectiva de la ley en términos del artículo 14 del ACAAN. El Peticionario alega que Canadá raramente entabla acciones judiciales por infracciones del artículo 35(1) de la *Ley de pesca*, que “las acciones que se entablan están distribuidas de manera muy desigual en el conjunto del país” y que los procesos entablados por las provincias no compensan las insuficiencias en la aplicación de las leyes federales.

El Peticionario cita el proyecto Sunpine Road como ejemplo de una presunta omisión del gobierno en la aplicación de la legislación ambiental.

La petición y la respuesta del gobierno canadiense tienen algunos puntos en común. Al igual que el Peticionario, Canadá afirma que el método habitual empleado en el examen de proyectos es trabajar con el proponente y emitir cartas de recomendaciones en el caso de proyectos que podrían causar daños al hábitat de los peces pero en los cuales el proponente y Canadá acuerdan modificaciones para evitar tales daños. En esos casos, Canadá indica al proponente los cambios que evitarán que el proyecto cause perjuicios al hábitat de los peces y el proponente acepta llevarlos a cabo (Respuesta, página 5). Canadá expone el método habitual que aplica en esos casos en la *Directiva relativa a la*

⁴ El anexo acompaña la petición, que lo usa como referencia. El Secretariado ha examinado el anexo como parte de la petición.

⁵ El artículo 35(2) de la *Ley de pesca* estipula: “No violan el párrafo (1) las personas que deterioren, alteren o destruyan el hábitat de los peces con medios o en circunstancias autorizados por el Ministro o conformes a los reglamentos establecidos por el Gobernador en Consejo en términos de la presente *Ley*”.

concesión de autorizaciones previstas en el párrafo 35(2) (en adelante “la Directiva”).⁶

Canadá discrepa de la posición planteada en la petición en lo que tiene que ver con la efectividad del método habitual empleado para tratar proyectos que podrían afectar el hábitat de los peces pero en los cuales el gobierno y el proponente acuerdan modificaciones para evitar tales daños. Canadá explica que el objeto de su estrategia es prevenir las infracciones. Señala que, “a través de este proceso consultivo”, el Ministerio de Pesca y Océanos de Canadá “brinda asesoramiento a los proponentes sobre [...] medidas de mitigación [...] de modo que, según la opinión técnica de dicho Ministerio, se evite el deterioro, alteración o destrucción del hábitat de los peces” (Respuesta, página 5). Canadá indica que emplea las autorizaciones previstas en el párrafo 35(2) y los exámenes en virtud de la *LCEA* en proyectos apropiados, especialmente aquellos que causen daños al hábitat de los peces, en infracción del artículo 35(1) de la *Ley de pesca*.

Canadá señala que también recurre a la acción judicial como mecanismo de aplicación de la ley. Sostiene que las acciones judiciales federales deben ser consideradas junto con las medidas de aplicación de la ley tomadas por las provincias, así como mecanismos gubernamentales tales como las cartas de recomendaciones y las autorizaciones concedidas en virtud del párrafo 35(2) de la *Ley de pesca*. Alega que el recurso de acción judicial constituye un elemento de la aplicación efectiva de la ley.

Canadá recomienda que el Secretariado no considere el asunto Sunpine Road en razón del litigio de que es objeto actualmente el proyecto.

El Secretariado no considera que la petición cuestione la eficacia de las leyes ambientales de Canadá.⁷ El Peticionario no parece alegar que la *Ley de pesca* y la *LCEA* sean ineficaces por cuanto a su redacción. En cambio, el Peticionario alega que, en la aplicación o instrumentación de dichas leyes (esto es, al emplear su método de examen de proyectos, en los términos expresados principalmente en la mencionada *Directiva* de 1995, y su enfoque sobre el recurso de acción judicial), Canadá incurre sistemáticamente en omisiones en la aplicación efectiva conforme al artículo 14 del ACAAN. Nuestro análisis se basa en esa interpretación de la petición.

Habiendo considerado la petición a la luz de la respuesta, el Secretariado considera que amerita la elaboración de un expediente de hechos. La petición y la respuesta dejan pendientes varias cuestiones de hecho fundamentales relativas a la cuestión de si la Parte está aplicando con efectividad las leyes ambientales del caso. Por ejemplo, con respecto al método que emplea la Parte en el examen de los proyectos, que se discute en mayor detalle en la sección III del presente documento, el Secretariado ha recibido información bastante limitada acerca del uso actual de las cartas de recomendaciones (por

⁶ El Ministerio de Pesca y Océanos de Canadá emitió esa *Directiva* (1995). La misma se adjunta a la respuesta, como referencia. El Secretariado ha estudiado la *Directiva* al considerar la respuesta.

⁷ Cf. SEM-95-001, SEM-95-002, relativas a cuestionamientos de las leyes ambientales de una Parte.

ejemplo, con respecto a la cantidad de cartas de recomendaciones que se emiten por año). De modo similar, el Secretariado ha recibido información limitada con respecto al uso de cartas de recomendaciones e instrumentos de aplicación de la ley conexos en el transcurso del tiempo. Además, falta información sobre el grado de efectividad que logra la estrategia de Canadá al emplear el proceso consultivo y emitir cartas de recomendaciones para lograr su objetivo de prevenir daños al hábitat de los peces e infracciones del artículo 35(1) de la *Ley de pesca*. Con respecto a las acciones judiciales, la información recibida en relación con la afirmación de Canadá de que “cuando se deteriora, altera o destruye el hábitat de los peces en infracción de la *Ley de pesca*, se adoptan medidas de aplicación de la ley” es limitada (Respuesta, páginas 9-10). Por ejemplo, no se ha comunicado el número de infracciones del artículo 35(1) que se descubren cada año ni el número de acciones judiciales relacionadas con esas infracciones.

El Secretariado considera que es procedente elaborar un expediente de hechos en relación con dichos instrumentos de aplicación de la ley. La realización de tal examen estaría en consonancia con una interpretación amplia de la aplicación de la ley que abarque la estrategia “preventiva” de aplicación de la ley en el examen de proyectos sustentada por Canadá, así como su enfoque sobre el recurso de acción judicial. Dicha interpretación está contemplada en el artículo 5 del ACAAN.

II - ANTECEDENTES

En virtud del artículo 14 del ACAAN, el Secretariado puede examinar peticiones de cualquier persona u organización sin vinculación gubernamental que asevere que una Parte está incurriendo en omisiones en la aplicación efectiva de su legislación ambiental. Cuando considere que una petición cumple con los requisitos estipulados en el artículo 14(1), el Secretariado determinará si la petición amerita solicitar una respuesta de la Parte correspondiente, de acuerdo con el artículo 14(2). A la luz de la respuesta de la Parte, el Secretariado puede recomendar al Consejo la elaboración de un expediente de hechos, de conformidad con el artículo 15. El Consejo puede entonces instruir al Secretariado que lo prepare. El Consejo pone a disposición pública el expediente de hechos final mediante el voto de las dos terceras partes de sus miembros.

El 9 de septiembre de 1996, el Peticionario presentó una petición al Secretariado, en virtud del artículo 14 del ACAAN. El 1 de octubre de 1996, el Secretariado rechazó la petición en razón de que no cumplía con el requisito estipulado en el artículo 14(1) que requiere de la petición indicar que el asunto (la presunta omisión general en la aplicación de la legislación ambiental) fue comunicado a las autoridades pertinentes de la Parte. Tras una nueva presentación de la petición el 8 de octubre de 1996, con información relativa a las comunicaciones efectuadas a Canadá acerca de las supuestas omisiones en la aplicación de la legislación ambiental, el Secretariado determinó el 18 de octubre de 1996 que la petición cumplía los requisitos estipulados en el artículo 14(1).

El 8 de noviembre de 1996, el Secretariado solicitó una respuesta a Canadá en virtud del artículo 14(2). El 10 de enero de 1997, Canadá respondió declarando que la petición era materia de un procedimiento judicial o administrativo pendiente de resolución. El 2 de abril de 1997, el Secretariado desestimó la petición. El Secretariado determinó que, aunque el caso judicial en cuestión no era materia de un “procedimiento judicial o administrativo pendiente de resolución” a efectos del artículo 14(2)(b) del ACAAN [ya que no fue iniciado por una Parte; véase el artículo 45(3)(a) del ACAAN], el asunto era de índole bastante similar y no sería apropiado proceder a la elaboración de un expediente de hechos en virtud del artículo 15(1).

El 4 de octubre de 1997, el Peticionario volvió a presentar la petición, señalando que el litigio se había terminado. El 23 de enero de 1998, el Secretariado determinó que la petición cumplía con los requisitos estipulados en el artículo 14(1). El 8 de mayo de 1998, el Secretariado determinó que, en virtud del artículo 14(2), la petición ameritaba una respuesta de Canadá. Canadá presentó su respuesta el 13 de julio de 1998.

El Secretariado ha examinado la petición más reciente a la luz de la respuesta de Canadá, al considerar si amerita la elaboración de un expediente de hechos.

A. La petición

El Peticionario afirma que es mucho lo que está en juego con respecto a las prácticas del gobierno en cuestión en este procedimiento. Alega que las dos leyes ambientales involucradas, la *Ley de pesca* y la *LCEA*, constituyen “el conjunto de disposiciones legislativas más importante que se refiere a la protección del hábitat de los peces en Canadá” (Petición, página 1). En el anexo de la petición se señala de modo similar que “el importante poder federal” que se aplica a los medios marinos y de agua dulce “hace que las disposiciones de la *Ley de pesca* relativas a la protección del hábitat y la prohibición de descargar sustancias nocivas sean potencialmente las más poderosas y de aplicación más general de toda la legislación ambiental federal de Canadá”. El Peticionario afirma que “la protección del medio y, en particular, la protección de los ríos y ecosistemas ribereños [...] se ven muy afectados por el modo en que se aplican la *Ley de pesca* y la *LCEA*” (Petición, página 1).

El Peticionario afirma que la estrategia de Canadá de “aplicar, cumplir y ejecutar” las disposiciones de la *Ley de pesca* y la *LCEA* es deficiente en dos aspectos principales. En primer lugar, el Peticionario asevera que el proceso que emplea Canadá para examinar proyectos que pueden infringir el artículo 35(1) de la *Ley de pesca* y causar daños al hábitat de los peces constituye una omisión en la aplicación, observancia y ejecución efectivas de los artículos 35 y 37 de la *Ley de pesca*.⁸ El Peticionario alega

⁸ Como se señaló más arriba, ese proceso se describe en la *Directiva sobre la concesión de autorizaciones previstas en el párrafo 35(2)* emitida por Canadá en 1995. Dicha *Directiva* se examina en la Sección II.B.1 del presente documento.

que esos artículos “tenían por objeto crear un régimen preventivo y de planificación para obras y empresas susceptibles de causar daños al hábitat de los peces” (Petición, página 1).

El Peticionario asevera que la estrategia de Canadá “intenta claramente evitar la concesión de autorizaciones en virtud del artículo 35(2) [de la *Ley de pesca*] y soslayar la *LCEA*”, porque contempla la emisión de cartas de recomendaciones en vez de la aplicación del artículo 35(2) y la *LCEA* en un número considerable de proyectos que, en los términos propuestos, serían perjudiciales para el hábitat de los peces (Petición, página 2). Según el Peticionario, la omisión de Canadá de hacer uso del artículo 35(2) con acuerdo a la “intención” con la que fue creado y el hecho de “soslayar” la *LCEA* constituyen un modo inefectivo de instrumentar esas leyes porque con ello no logra impedir que ciertos proyectos infrinjan el artículo 35(1) y causen daños al hábitat de los peces. El Peticionario alega que Canadá:

[...] inventa un proceso de toma de decisiones que frustra la intención del Parlamento y usurpa la función de la *LCEA* como instrumento de planificación y de adopción de decisiones... [Según la *Directiva* que esboza la política de Canadá] la cuestión de saber si los efectos en las pesquerías y el hábitat de los peces son aceptables y si pueden ser mitigados de manera conveniente se juzga de antemano sin ningún aporte de parte del público (Petición, página 2).

En el anexo de la petición se caracteriza a la *Directiva* del modo siguiente: “La medida más inquietante de los últimos años [en relación con la instrumentación de la *Ley de pesca*] es la *Directiva sobre la concesión de autorizaciones previstas en el párrafo 35(2) (1995)* [...] La *Directiva* tiene serias repercusiones negativas en la protección del hábitat de los peces y el medio ambiente de Canadá.” El anexo de la petición establece que la falta de oportunidades de participación ciudadana, así como un enfoque más estrecho de la evaluación ambiental en términos de la *Directiva* constituyen deficiencias específicas que debilitarán la protección del hábitat de los peces.

Como el Ministerio de Pesca y Océanos estaría a cargo de la administración del párrafo 35(2) y del artículo 37, se toman múltiples decisiones acerca de las repercusiones, la planificación de proyectos, las medidas de mitigación y aun de compensación, sin hacer un examen previo ni un estudio detallado conforme a la *LCEA* que sirva de instrumento de decisión y de planificación. De ese modo, los canadienses se ven privados del derecho a ser informados de los proyectos y del derecho de participar en la adopción de decisiones. Eso significa, por ejemplo, que los efectos acumulativos de los proyectos posiblemente jamás sean tomados en cuenta.

El Peticionario alega que en los últimos años ha habido una disminución en el uso del método presuntamente más efectivo de concesión de autorizaciones en virtud del artículo 35(2) de la *Ley de pesca* en el examen de proyectos y afirma que esa disminución es prueba de las omisiones en que incurre Canadá al aplicar, cumplir y ejecutar su legislación ambiental. En cuanto al apoyo empírico de su afirmación, el Peticionario indica que en 1995-96, el Ministerio de Pesca y Océanos de Canadá

concedió no más de 339 autorizaciones en virtud del artículo 35(2) de la *Ley de pesca*, mientras que en 1990-91 se otorgaron más de 12,000 (Petición, página 3). Como se discute en mayor detalle más abajo, el Secretariado ha recibido de Canadá información limitada que sugiere que la Parte emplea el método supuestamente inefectivo de la carta de recomendaciones para tratar el examen de los proyectos con mucha más frecuencia que el método supuestamente más efectivo de la aplicación de la *LCEA* y el artículo 35(2) de la *Ley de pesca*. Por último, el Peticionario afirma que el hecho de que “el número de autorizaciones emitidas en virtud del artículo 35(2) varíe según la provincia” fundamenta su alegación de que se está incurriendo en omisiones en la aplicación, cumplimiento y ejecución efectivos de la ley (Petición, página 2).⁹

Además de su alegación de que el examen que hace Canadá de los proyectos propuestos constituye una omisión en la aplicación efectiva de la legislación ambiental, el Peticionario asevera que la actuación del gobierno federal relativa a acciones judiciales constituye una omisión similar. El Peticionario afirma que el reducido número de acciones judiciales iniciadas por infracciones del artículo 35(1) del *Ley de pesca* significa que el gobierno federal ha abdicado de hecho el cumplimiento de sus obligaciones jurídicas en favor de las provincias. El Peticionario afirma que la escasez de acciones judiciales entabladas por Canadá se ve agravada por el hecho de que, en algunas regiones del país, las acciones se inician rara vez o nunca, y por el hecho de que las acciones judiciales entabladas por las provincias en razón de dichas infracciones son tan insuficientes para resolver problemas como la actuación federal. Según expresa el Peticionario:

Se inician muy pocas acciones judiciales en virtud de las disposiciones de la *Ley de pesca* que se refieren al hábitat y las acciones que se entablan están distribuidas de manera muy desigual en el conjunto del país. En realidad, el gobierno federal ha abdicado de hecho el cumplimiento de sus obligaciones jurídicas en favor de las provincias del interior. Éstas no han desempeñado adecuadamente su tarea de asegurar que la *Ley de pesca* sea aplicada y cumplida (Petición, página 3).

Por último, si bien afirma que el objeto de la petición es la “omisión general” en que incurre Canadá al aplicar, cumplir y ejecutar la *Ley de pesca* y la *LCEA*, el Peticionario señala en detalle los hechos de un “ejemplo específico” de las alegaciones generales. El ejemplo se refiere a la construcción de un camino por parte de la empresa Sunpine Forest Products en Alberta, que supuso unos 21 cruces de cursos de agua. El Peticionario indica que no se emitieron ni autorizaciones ni cartas de recomendaciones para 19 de esos cruces. En el caso de los dos restantes (el arroyo Prairie y el río Ram), se emitieron cartas de recomendaciones tras una evaluación ambiental realizada en virtud de la *Ley sobre la Protección de las Aguas Navegables [Navigable Waters Protection Act]*.

⁹ En la misma línea, el peticionario alega que “la aplicación del artículo 35(2) está muy lejos de ser uniforme”. El peticionario afirma asimismo que Canadá subutiliza el artículo 37 (véase la petición en 2).

B. La respuesta

Canadá sostiene que está aplicando con efectividad sus leyes ambientales a proyectos que pueden causar daños al hábitat de los peces en infracción del artículo 35(1) de la *Ley de pesca* y que, por lo tanto, cumple enteramente las obligaciones que ha contraído en virtud del ACAAN. Canadá afirma que, como resultado de ello, no se justifica elaborar un expediente de hechos.

Al afirmar que está aplicando efectivamente su legislación ambiental, Canadá, del mismo modo que el Peticionario, hace referencia al proceso que emplea para evaluar proyectos propuestos y a las acciones judiciales que entabla contra infractores de la disposición del artículo 35(1) que prohíbe que se dañe el hábitat de los peces sin una autorización concedida en virtud del artículo 35(2). Canadá asevera que ese método de aplicación de la legislación es efectivo. Afirma además que su método refleja el ejercicio razonable de su discreción y que, en consecuencia, está eximido de consideración en virtud de los artículos 45 y 14 del ACAAN.

1. Procedimiento de Canadá para prevenir y reducir las infracciones

Canadá no está de acuerdo con la afirmación del Peticionario de que la *Directiva* establece un procedimiento para examinar proyectos propuestos que incurre en omisiones en la aplicación, observancia y ejecución efectivas del artículo 35 de la *Ley de pesca*. Canadá afirma que, por el contrario, la *Directiva* aplica, cumple y ejecuta con efectividad dicho artículo porque no permite que se causen daños al hábitat de los peces, conforme a la prohibición establecida en el artículo 35(1), sin excluir la necesidad genuina de una autorización (Respuesta, página 4).¹⁰

Canadá explica el procedimiento que sigue el Departamento ejecutante (Pesca y Océanos) de acuerdo con la *Directiva* cuando un proponente solicita el examen de un proyecto en relación con el artículo 35 de la *Ley de pesca*.¹¹

¹⁰ Canadá trata asimismo la alegación del peticionario de que la *Directiva* es ilegal porque no guarda conformidad con la *LCEA* y la *Ley de pesca* (Respuesta, páginas 7-9). El Secretariado no aborda ese asunto en el presente documento. Canadá parece estar de acuerdo con el peticionario en que el párrafo 35(1) prohíbe causar daños al hábitat de los peces y que el párrafo 35(2) establece reservas para esa prohibición absoluta, facultando al Ministro de Pesca y Océanos a autorizar que se ocasionen daños al hábitat de los peces en ciertas circunstancias. Canadá indica, por ejemplo, que “la *Ley de pesca* y la *Directiva* son explícitas: para no infringir la *Ley de pesca*, una actividad que ocasiona un deterioro, alteración o destrucción del hábitat de los peces requiere una autorización” (Respuesta, página 4). Además, Canadá y el peticionario parecen estar de acuerdo en que el ejercicio por parte del Ministro del poder reglamentario para conceder una autorización en virtud del artículo 35(2) desencadena la realización de una evaluación ambiental en virtud de la *LCEA* (Respuesta, página 4).

¹¹ Algunas partes de ese examen del proceso empleado por el Ministerio de Pesca y Océanos se citan directamente de la respuesta o de la propia *Directiva*, mientras que otras partes se parafrasean. Canadá expresa el punto de vista de que el Ministerio de Pesca y Océanos **no** tiene autoridad para exigir que el proponente de un proyecto solicite u

- Al recibir la propuesta, los representantes del Ministerio de Pesca y Océanos la examinan para determinar si el proyecto resultará en daños al hábitat de los peces (Respuesta, página 5). La *Directiva* de dicho Ministerio indica que “incumbe a los proponentes suministrar información suficiente sobre sus proyectos para permitir la evaluación de eventuales repercusiones en el hábitat de los peces, incluyendo información relativa a las medidas propuestas para impedir, mitigar o compensar los efectos negativos en el hábitat de los peces” (*Directiva*, página 4).¹²
- Si el Ministerio de Pesca y Océanos determina que no se producirán daños si la obra propuesta se realiza de acuerdo con lo especificado en los planes que le fueron suministrados, notificará al solicitante que no se necesita una autorización en virtud del artículo 35(2). El Ministerio advierte al solicitante que “toda alteración, deterioro o destrucción del hábitat de los peces que resulte de la realización de trabajos no conformes con los planes propuestos puede constituir una infracción del artículo 35(1) de la *Ley de pesca*. (Respuesta, página 5).
- En los casos en que el proyecto realizado en la forma propuesta tenga efectos negativos en el hábitat de los peces, el Ministerio de Pesca y Océanos tratará de ayudar al proponente a “elaborar y proponer medidas de mitigación que eviten esos efectos”. Si el Ministerio y el proponente identifican dichas medidas, el Ministerio informará al proponente que “la inclusión de las medidas, si se ejecutan del modo indicado, evitará [los efectos negativos en el hábitat de los peces] y, en consecuencia, no se aplicará el párrafo 35(2)” (Respuesta, página 5). Si el solicitante está de acuerdo en hacerlo, el Ministerio de Pesca y Océanos emitirá una carta de recomendaciones en la cual, según corresponda, “se enuncian las medidas destinadas a evitar las repercusiones negativas” (*Directiva*, página 4). En la carta de recomendaciones se indicará además que el Ministerio de Pesca y Océanos considera que el proyecto no causará perjuicios al hábitat de los peces si el solicitante pone en práctica las medidas especificadas. Como establece la *Directiva*: “Si bien tales recomendaciones escritas no constituyen autorizaciones, los proponentes podrán ser exonerados de ciertas medidas coercitivas si demuestran que se han conducido con la debida diligencia en la puesta en práctica de dichas recomendaciones escritas” (*Directiva*, página 4).

El Ministerio de Pesca y Océanos describe ese proceso consultivo como un procedimiento destinado a proporcionar asesoramiento a los proponentes de proyectos en la etapa de planificación de éstos con el objeto de evitar daños al hábitat de los peces si ello es posible. El Ministerio explica que, en su opinión, si el hábitat de los peces no sufre perjuicios, no se infringe el

obtenga una autorización en virtud del artículo 35(2). En cambio, un proponente “puede proceder a la realización de su proyecto, por su cuenta y riesgo, si así lo desea”: el artículo 35 de la *Ley de pesca* “no obliga a un proponente a solicitar una autorización” (Respuesta, páginas 2 y 8).

¹² Ese examen del Ministerio tiene lugar en forma no oficial y no se realiza en virtud de la *LCEA*. Más abajo se examina el punto de vista del Ministerio relativo a las circunstancias que justifican realizar un examen en virtud de la *LCEA*.

artículo 35(1) y, por lo tanto, no se requiere una autorización en virtud del artículo 35(2). Sin embargo, el Ministerio de Pesca y Océanos señala que:

Aunque no es obligatorio que los proponentes obtengan cartas de recomendaciones o autorizaciones con relación a sus proyectos, el hecho de no obtenerlas podría resultar en la adopción de medidas coercitivas si la instrumentación de sus proyectos ocasionara repercusiones negativas en el hábitat de los peces. Además, el hecho de ignorar las medidas enunciadas en las cartas o en las autorizaciones puede acarrear la aplicación de medidas coercitivas en caso de repercusiones que causen perjuicio al hábitat (*Directiva*, página 5).

- Si el proyecto tiene repercusiones perjudiciales para el hábitat de los peces y el solicitante se niega o no puede incluir las medidas que el Ministerio de Pesca y Océanos ha determinado que son necesarias para evitar tales perjuicios, dicho Ministerio informará al solicitante que debe obtener una autorización conforme al artículo 35(2) para no infringir el artículo 35(1) de la *Ley de pesca*. La consideración de si se debe emitir una autorización en virtud del artículo 35(2) ocasiona la aplicación de la *LCEA*. A través de ese proceso, el Ministerio de Pesca y Océanos obtiene información adicional y determina si concede o deniega la autorización. El Ministerio identifica los términos o condiciones particulares que se incluirán también en la autorización como parte de dicho proceso.¹³ Según la *Directiva*, al parecer la intención del Ministerio de Pesca y Océanos fue crear un conjunto limitado de proyectos para los cuales se concederían las autorizaciones previstas en el párrafo 35(2):

¹³ Por regla general, el Ministerio de Pesca y Océanos señala que prefiere proceder sobre una base voluntaria a efectos de obtener la información necesaria para abordar los asuntos relativos al artículo 35 en vez de emplear los poderes otorgados por el artículo 37 para hacerlo. El Ministerio expresa la opinión de que la cuestión de usar los párrafos 37(1) y (2) para obtener información y exigir modificaciones con el objeto de evitar daños al hábitat de los peces, o emplear otros métodos para lograr esos fines, es un asunto sujeto a su discreción. Canadá señala que:

Cuando, en opinión de funcionarios del Ministerio de Pesca y Océanos, se proporcionen informaciones o se hagan modificaciones a los planes o cambios a las obras sin que sean invocados los poderes previstos en el artículo 37 de la *Ley de pesca*, esos funcionarios estarán ejerciendo razonablemente su discreción con respecto a cuestiones de investigación, judiciales, regulatorias o de cumplimiento de la ley, como lo prevén explícitamente las definiciones contenidas en el artículo 45 del ACAAN (Respuesta, página 7).

El peticionario cuestiona la legalidad de esa interpretación. No abordamos ese asunto jurídico, sino que nos centramos en cuestiones de hecho en relación con la naturaleza y efectividad de las respuestas de Canadá en aplicación de la ley. El peticionario adjunta a su petición una decisión del 7 de mayo de 1997 de la Corte Federal de Canadá, División de juicios (Muldoon, J.), en la cual el juez concluyó que el método de Canadá soslayaba de manera inapropiada los requisitos estipulados en la *Ley de pesca* y la *LCEA*.

Las autorizaciones previstas en el párrafo 35(2) deberían concederse solamente “cuando es imposible o poco práctico mantener el mismo nivel de capacidad productiva del hábitat modificando el plan del proyecto o empleando medidas de mitigación...”. En la práctica, las autorizaciones sólo deberían concederse a obras o empresas susceptibles de causar efectos perjudiciales en el hábitat de los peces que no se puedan evitar por medio de una modificación del proyecto o de medidas de mitigación (*Directiva*, página 3).

La conclusión de Canadá es la siguiente:

Como la *Directiva* explica claramente que todo deterioro, alteración o destrucción del hábitat de los peces requiere una autorización a fin de evitar infringir la *Ley de pesca*, su caracterización como dispositivo o mecanismo que permite al gobierno sustraerse a la obligación de aplicar, cumplir o hacer cumplir el artículo 35 de la *Ley de pesca* carece de fundamento. (Respuesta, página 5).

Canadá ofrece información limitada sobre sus actividades relativas a la concesión de autorizaciones y emisión de cartas de recomendaciones en el *Informe anual de 1996/97 al Parlamento sobre la administración y la aplicación de las disposiciones de la Ley de pesca relativas a la protección del hábitat de los peces y la prevención de la contaminación* (en adelante “el *Informe anual*”).

Canadá señala que:

Se emitieron 91 autorizaciones y recomendaciones en 3,689 casos a proponentes privados y en 3,223 casos a instancias federales, provinciales o territoriales, o sea un total de 7,003 casos en que se hicieron gestiones destinadas a asegurar el cumplimiento del artículo 35 (Respuesta, página 10).

Como se discute en mayor detalle en la Sección III de este documento, no se suministran datos sobre el número de autorizaciones y cartas de recomendaciones emitidas en otros años ni tampoco información acerca del grado de eficacia con que esas cartas de recomendaciones alcanzaron su objetivo, esto es, impedir que los proyectos a las que fueron destinadas tuviesen repercusiones perjudiciales para el hábitat de los peces en infracción del artículo 35(1).

2. Acciones judiciales

Canadá rechaza la alegación del Peticionario de que el escaso número de acciones judiciales entabladas por el gobierno federal por infracciones del artículo 35(1) de la *Ley de pesca* o su desigual distribución

en el conjunto del país signifique que “el gobierno federal ha abdicado de hecho el cumplimiento de sus obligaciones jurídicas en favor de las provincias interiores”. Canadá ofrece las siguientes explicaciones al afirmar que sus pautas en la instrumentación de programas y aplicación de la legislación en el conjunto del país son adecuadas:

1. Es engañoso tomar en cuenta solamente las acciones federales entabladas en aplicación de la ley porque las provincias, en virtud de la legislación provincial, examinan actividades e incluso entablan acciones judiciales si dichas actividades constituyen infracciones al artículo 35(1). Si bien la principal responsabilidad del Ministerio de Pesca y Océanos es hacer cumplir las disposiciones de la *Ley de pesca* relativas a la protección del hábitat de los peces, las provincias —en particular, las del interior— también tienen autoridad para hacer cumplir dichas disposiciones. Además, “las provincias han elaborado sus propias legislaciones en materia de conservación [...] que pueden referirse a actividades de naturaleza similar”. Canadá indica que, “como resultado de ello, las actividades susceptibles de suscitar acciones judiciales en virtud de las disposiciones de la *Ley de pesca*, una ley federal, a menudo son objeto de sanciones en virtud de leyes provinciales cuando los agentes competentes establecen que ésa es la manera más apropiada de proceder” (Respuesta, páginas 3 y 10). Canadá señala que “las cuestiones relativas al hábitat de los peces a menudo son tratadas en acciones judiciales provinciales en virtud de leyes provinciales” (Respuesta, página 11).

Canadá indica que “ha designado a empleados provinciales encargados de la aplicación de las disposiciones de la *Ley de pesca* relativas al hábitat de los peces y a la observancia de esa ley en todas las provincias de Canadá”. Presenta una visión general muy breve de la dotación de personal provincial dedicado a esa labor (Respuesta, página 11).

2. La distribución desigual de acciones judiciales federales en las diversas provincias es comprensible debido a una variedad de factores, tales como la distribución del hábitat y los grados variables de actividad económica. Canadá declara también: “Las pautas de aplicación, remisiones y evaluaciones [...] reflejan además la intensidad y variedad de las actividades de desarrollo económico en el conjunto del país [...] Además, la proximidad de las aguas de pesca no es igual de un extremo al otro del país, de modo que no se puede esperar que las actividades de aplicación de la ley estén distribuidas uniformemente” (Respuesta, página 10).
3. La intensidad de las actividades federales de aplicación de la ley refleja un ejercicio razonable de su facultad de discreción con respecto a cuestiones de aplicación de la ley, conforme al artículo 45 del Acuerdo.¹⁴

¹⁴ Por regla general, Canadá toma la posición de que su aplicación del artículo 35 de la *Ley de pesca* y de la *Directiva* de 1995 constituyen un ejercicio razonable de su discreción con respecto a cuestiones de investigación, judiciales, regulatorias o de cumplimiento. Señala que el artículo 45 del ACAAN reconoce que las Partes pueden ejercer su discreción con respecto a esas cuestiones. Canadá sugiere que no se justifica elaborar un expediente de hechos

4. La “adjudicación de recursos [federales para las actividades de aplicación de la ley] destinados a esa tarea es consecuente con las definiciones del artículo 45 del ACAAN” (Respuesta, página 9). En relación con ello, “las actividades de aplicación reflejan el nivel de recursos asignados por los gobiernos federal y provinciales” (Respuesta, página 3).
5. “El patrón de acciones judiciales y condenas en virtud de las disposiciones de la *Ley de pesca* relativas al hábitat refleja el método centrado en la observancia, adoptado en materia de protección del hábitat. [...] El Ministerio de Pesca y Océanos prefiere prevenir los daños al hábitat y evitar pérdidas en los recursos pesqueros antes de que los proponentes ejecuten los proyectos” (Respuesta, página 9). Canadá continúa: “Sin embargo, cuando fracasa la observancia voluntaria y se infringe la *Ley de pesca*, de modo tal que se deterioran, alteran o destruyen los hábitats que sustentan recursos pesqueros, se adoptan medidas de aplicación de la ley” (Respuesta, página 9-10).

Canadá cita su *Informe anual de 1996/97* al informar que en ese periodo hubo 48 condenas en virtud del artículo 35(1) (Respuesta, página 10).

3. Sunpine Road

El último tema que Canadá aborda en su respuesta es el del camino de acceso forestal a la empresa Sunpine Forest Products. Este proyecto consiste en la construcción de un camino que atravesaría 21 cursos de agua. El Ministerio de Pesca y Océanos de Canadá concluyó que 8 de esos 21 cruces podrían tener repercusiones negativas para el hábitat de los peces. En el caso de dos de los cursos de agua, el río Ram y el arroyo Prairie, se requirieron autorizaciones del Ministerio para la construcción de puentes en virtud de la *Ley sobre la Protección de las Aguas Navegables*. Esto “desencadenó” la responsabilidad del Ministerio de realizar exámenes para esos puentes conforme a la *LCEA*. Los exámenes se completaron y los permisos se concedieron. El Ministerio escribió cartas de recomendaciones para esos cruces. El Ministerio concluyó que seis cruces no constituían un riesgo de ocasionar el deterioro, alteración o destrucción del hábitat de los peces si se construían en los términos propuestos por la compañía y, por lo tanto, no era necesario que el Ministerio emprendiera ninguna otra acción. La construcción del proyecto, excepto para el puente del arroyo Prairie, se terminó en

porque el *Acuerdo* “no permite revisar el legítimo ejercicio de la discreción de una Parte” (Respuesta, página 3). Canadá insiste en que ese enfoque de la aplicación de la ley está contemplado en el *Acuerdo*. Señala lo expresado en el artículo 5 relativo a “tratar de obtener promesas de cumplimiento voluntario”, como una medida gubernamental apropiada de aplicación efectiva de la legislación ambiental. Indica que la *Directiva* canadiense mencionada establece entre otras medidas, una estrategia destinada a asegurar un cumplimiento voluntario. Canadá sugiere que el hecho de que su estrategia de aplicación de la ley esté reconocida en forma expresa en el artículo 5 del ACAAN refuerza su posición de que la cuestión no amerita elaborar un expediente de hechos porque el enfoque de aplicación de la ley de Canadá constituye un ejercicio legítimo de su discreción como Parte.

1997. Los funcionarios de *Alberta Fish and Wildlife* [Servicio de la fauna y la pesca de Alberta] han inspeccionado el camino de 40 km. y han confirmado que los puentes y las obras de desagüe se construyeron en los términos que se habían propuesto y que el hábitat de los peces fue protegido (Respuesta, página 11).

Los permisos y evaluaciones ambientales relacionados con ese caso son objeto en la actualidad de un examen judicial. Canadá sugiere que, dado que el asunto se encuentra actualmente en los tribunales, no es adecuado que se tome en consideración el ejemplo de Sunpine en estos momentos (Respuesta, página 12).

III - ¿SE AMERITA LA ELABORACIÓN DE UN EXPEDIENTE DE HECHOS EN ESTE CASO?

A. Introducción

Nos hallamos ahora en la etapa del artículo 15(1) del proceso de elaboración de un expediente de hechos. Para llegar hasta esta etapa, el Secretariado debe determinar en primer lugar que la petición cumple los requisitos estipulados en el artículo 14(1) y que amerita solicitar una respuesta de una Parte basándose en un examen de los factores contenidos en el artículo 14(2) del ACAAN. En el caso que nos ocupa, el Secretariado ha determinado que la petición satisface los criterios establecidos en el artículo 14(1) en dos ocasiones (el 18 de octubre de 1996 y el 23 de enero de 1998). Con respecto al artículo 14(1)(e), el Secretariado determinó en un principio que la petición era deficiente con relación a ese punto (véase *Determinación* del Secretariado del 1 de octubre de 1996),¹⁵ pero la nueva petición presentada por el Peticionario el 8 de octubre de 1996 persuadió al Secretariado de que la cuestión había sido comunicada por escrito a la Parte de conformidad con ese requisito (véase *Determinación* del Secretariado del 18 de octubre de 1996). De forma similar, el Secretariado determinó que la petición cumplía con el artículo 14(1)(d) del ACAAN y una serie de factores persuadieron al Secretariado de que la petición se conformaba al artículo 14(1)(c), incluido el hecho de que la petición se centra en prácticas “sistemáticas” más que en una supuesta omisión en la aplicación efectiva relativa a un único incidente y en la que el Peticionario deba demostrar que se produjeron infracciones por las prácticas inefectivas de aplicación de la legislación en ese contexto;¹⁶ la importancia de las leyes ambientales de que se trataba y, relacionado con ello, la importancia del hábitat de los peces como un recurso destinado a ser protegido por las leyes, y la aplicación del principio de precaución (las prácticas

¹⁵ SEM-96-003, “The Friends of the Oldman River”.

¹⁶ En este caso, la petición no solamente adopta un enfoque “sistemático”, sino que además tiene un carácter de amplio alcance al cuestionar los métodos de examen de proyectos y del recurso de acciones judiciales tradicionales empleados por la Parte. El peticionario declara, entre otras cosas, que las prácticas de examen de proyectos utilizadas por la Parte no son efectivas porque no incluyen determinadas características y protecciones ofrecidas por procesos alternativos que la Parte tiene a su alcance.

de examen de proyectos, un elemento central de la respuesta de aplicación de la Parte están encaminadas a evitar las infracciones en primer lugar, lo cual está en consonancia con la noción de que es más fácil evitar las infracciones y los daños ambientales que reparar el daño una vez producida la infracción).

Por último, como se señaló al principio, el Secretariado considera que esta petición no se centra en la efectividad de las leyes ambientales tal como han sido redactadas, sino que examina hasta qué punto la Parte ha incurrido en una omisión al aplicar o hacer respetar dichas leyes.

De manera similar, el Secretariado ha determinado en dos ocasiones que se ameritaba una respuesta de la Parte basándose en los factores estipulados en el artículo 14(2) (el 8 de noviembre de 1996 y el 8 de mayo de 1998).¹⁷ El Secretariado determinó con anterioridad que la petición alega daños [véase el artículo 14(2)(a)].¹⁸ Asimismo, el Secretariado considera que la petición plantea cuestiones cuyo ulterior estudio contribuiría a la consecución de las metas del ACAAN, especialmente la efectividad de las distintas prácticas de aplicación de una Parte de conformidad con una de las leyes ambientales más importantes de dicha Parte. El Secretariado se mostró asimismo satisfecho de que el Peticionario hubiera acudido a los recursos al alcance de los particulares (entre otras cosas, el Peticionario entabló una demanda judicial recusando las prácticas de la Parte), y de que la petición no se basara exclusivamente en noticias de los medios de comunicación (la petición cita una serie de informes, así como información obtenida del gobierno para sustentar sus aseveraciones).

Una vez que el Secretariado solicita, y recibe, la respuesta de la Parte, el artículo 15(1) del ACAAN estipula los siguientes pasos que debe seguir el Secretariado en esta tercera etapa del proceso para la elaboración de un expediente de hechos:

Quando considere que, a la luz de la respuesta dada por la Parte, la petición amerita que se elabore un expediente de hechos, el Secretariado lo informará al Consejo e indicará sus razones.

¹⁷ SEM-96-003 y SEM-97-006. Como se señaló, el Secretariado ha hecho estas determinaciones en dos ocasiones para cada caso en relación con la petición debido a su historia.

¹⁸ Véase *Recommendation of the Secretariat to Council for the development of a Factual Record in accordance with Articles 14 and 15 of the North American Agreement on Environmental Cooperation* [Recomendación del Secretariado al Consejo para la elaboración de un expediente de hechos de conformidad con los artículos 14 y 15 del Acuerdo de Cooperación Ambiental de América del Norte], SEM-96-001 (7 de junio de 1996), en la que se declara que al considerar los daños, “el Secretariado tiene en cuenta la importancia y el carácter del recurso en cuestión” y que “si bien el Secretariado reconoce que los peticionarios pueden no haber alegado el daño individual cualificado necesario para adquirir la capacidad legal que les permita entablar algún procedimiento civil en Norteamérica”, la naturaleza de los recursos en cuestión “acerca a los peticionarios al espíritu e intención del artículo 14 del ACAAN”. El Secretariado considera que la importancia de los recursos en cuestión en este proceso sustenta la misma conclusión.

Por lo tanto, habiendo considerado con anterioridad que la petición cumple los requisitos estipulados en el artículo 14(1) y habiendo evaluado con anterioridad la petición a la luz de los factores contenidos en el artículo 14(2) del ACAAN, y habiendo determinado que ameritaba una respuesta de la Parte, el Secretariado debe considerar ahora el impacto de la respuesta en las cuestiones planteadas en la petición.

El lenguaje de la disposición jurídica que es el punto central de esta petición, artículo 35(1) de la *Ley de pesca*, es muy claro y directo: “Está prohibido realizar obras o empresas que ocasionen el deterioro, alteración o destrucción del hábitat de los peces”.¹⁹ El artículo 35(2) ofrece la única excepción al lenguaje general del artículo 35(1), estipulando que “no violan el párrafo (1) las personas que deterioren, alteren o destruyan el hábitat de los peces con medios o en circunstancias autorizados por el Ministro o conformes a los reglamentos establecidos por el Gobernador en Consejo en términos de la presente *Ley*”.²⁰ De conformidad con la *LCEA* y con la *Law List Regulations* [Reglamento sobre la lista legislativa], una autorización del artículo 35(2) “desencadena”²¹ la realización de una evaluación ambiental.²² El artículo 37(2) de la *Ley de pesca*, que permite que se dicten distintos decretos respetando las modificaciones de un proyecto, es también un “desencadenante”.²³

¹⁹ R.S.C. 1985, c.F-14.

²⁰ R.S.C. 1985, c.F-14.

²¹ El término “desencadenar” se utiliza para describir una disposición de un estatuto federal que figure en la *Law List Regulations* [Reglamento sobre la lista legislativa], y que conlleva la realización de una evaluación ambiental cuando el gobierno federal adopta una medida en virtud de la disposición de ese estatuto.

²² Las disposiciones principales de la *LCEA* son las siguientes:

- 5(1) La evaluación ambiental de un proyecto debe realizarse antes de que una autoridad federal ejerza una de las atribuciones, responsabilidades o funciones siguientes con relación a un proyecto, a saber, cuando una autoridad federal [...]
 - (d) de acuerdo con una disposición prevista en virtud del inciso 59(f), concede un permiso o licencia, da su aprobación o toma cualquier otra medida con objeto de permitir la realización completa o parcial del proyecto.

* * *

59 (1) El Gobernador en Consejo puede, mediante reglamento:

- (f) determinar las disposiciones legislativas o reglamentarias en las que se prevean las atribuciones, responsabilidades o funciones de las autoridades federales con relación a un proyecto cuyo ejercicio haga necesaria una evaluación ambiental en virtud del inciso 5(1)(d).

²³ El artículo 37 de la *Ley de pesca* estipula lo siguiente:

- (1) Las personas que realizan o se proponen realizar cualquier obra o empresa que

La respuesta de aplicación de la Parte que es objeto de esta petición está encaminada a promover el cumplimiento del artículo 35(1) de la *Ley de pesca*. La respuesta consiste principalmente en un examen más detallado de los proyectos que pueden dañar el hábitat de los peces (en ocasiones empleando el artículo 35(2) de la *Ley de pesca* y la *LCEA*) y en un recurso a acciones judiciales si se producen infracciones del artículo 35(1) de la *Ley de pesca*. El nivel y la naturaleza del examen detallado del proyecto varían dependiendo de la opinión de Canadá respecto a si se puede evitar y se evitará el daño derivado de un proyecto. La cuestión fundamental es si el método de examen de proyectos y del recurso a acciones judiciales utilizado por la Parte constituye aplicación efectiva del artículo 35(1) de la *Ley de pesca*.

B. ¿Por qué se amerita la elaboración de un expediente de hechos?

1. La “respuesta de aplicación preventiva” de Canadá

ocacione o pueda ocasionar el deterioro, alteración o destrucción del hábitat de los peces...deberán, a petición del Ministro o por iniciativa propia, en los casos y la forma previstos por los reglamentos de aplicación establecidos en virtud del inciso (3):

(a), proporcionar al Ministro los planos, especificaciones, estudios, procedimientos, programas, análisis, muestras o cualquier otra información pertinente relativa al agua, lugar o hábitat de los peces que se ve afectado o podrá verse afectado por la obra o empresa, gracias a la cual el Ministro podrá determinar:

(a) si la obra o empresa ocasiona o puede ocasionar el deterioro, alteración o destrucción del hábitat de los peces infringiendo el párrafo 40(1) y cuáles serían las medidas para prevenir o limitar los daños...

(2) Si, tras examinar los documentos y la información recibida en virtud del párrafo (1) y tras haber ofrecido a las personas que los proporcionaron la posibilidad de presentar sus observaciones, el Ministro o su delegado considera que (2) se está cometiendo o hay un riesgo de que se cometa una infracción del párrafo 40(1), el Ministro o su delegado puede, por decreto, y bajo reserva de los reglamentos de aplicación del inciso (3)(b), o, en su defecto, con la aprobación del Gobernador en Consejo:

(a) exigir que se realicen las modificaciones o inclusiones en la obra o la empresa, o en los planos, especificaciones, procedimientos o programas relacionados con ella, que estime necesarios en las circunstancias; o

(b) restringir la explotación de la obra o empresa, y, con la aprobación del Gobernador en Consejo en todos los casos, ordenar el cierre de la obra o de la empresa por el periodo de tiempo que estime necesario en las circunstancias.

El Secretariado considera que la respuesta deja pendientes varias cuestiones fundamentales relativas a la efectividad del método de examen de proyectos empleado por Canadá. De acuerdo con la respuesta de Canadá, parece claro que las consultas con los proponentes del proyecto que llevan a la emisión de cartas de recomendaciones son un elemento clave de su esfuerzo para “obtener... promesas de cumplimiento voluntario” (Respuesta, página 3). No se ofrece, sin embargo, información importante relativa al uso de esta estrategia para promover el cumplimiento voluntario. A continuación se presentan, haciendo hincapié especial en proyectos para los cuales Canadá emite “cartas de recomendaciones” en un esfuerzo por prevenir infracciones del artículo 35 (1) de la *Ley de pesca*, cuatro áreas de información claves que merecen una mayor consideración:

1. ¿Cuál es el alcance del uso de esta estrategia y cómo ha ido evolucionado la utilización de este método con el tiempo? Canadá ofrece información relativa al número de veces que “ofreció asesoramiento” durante el año fiscal 1996-97 (6,912 veces, 3,689 veces a proponentes y 3,223 veces a “otros”). (Respuesta, página 10). No está claro, sin embargo, si el “asesoramiento” en estos casos tomó la forma de cartas de recomendaciones. Ni en la petición ni en la respuesta se suministra información básica relativa al número de cartas de recomendaciones emitidas. Esa información es esencial para comprender la utilización de este instrumento de aplicación de las leyes.

Esa información es especialmente pertinente a la luz de la alegación del Peticionario de que en los últimos años ha disminuido de manera significativa el número de autorizaciones emitidas. Así, informa que en 1995-96, Canadá emitió tan sólo 339 autorizaciones de conformidad con el artículo 35(2) de la *Ley de pesca*, mientras que en 1990-91 se emitieron más de 12,000 autorizaciones.²⁴

²⁴ Sobre ese punto, el anexo de la petición menciona lo siguiente:

[...] el efecto [de la *Directiva*] es reducir radicalmente el número de casos en que el Ministerio de Pesca y Océanos deberá participar en protección del hábitat de los peces, así como el alcance de los artículos 35(2) y 37(2) como elementos desencadenantes de la aplicación de la *LCEA*. Permite a los funcionarios y proponentes soslayar simplemente el régimen de protección del hábitat de los peces de la *Ley de pesca* y de la *LCEA*.

ENGO Concerns and Policy Options Regarding the Administration and Delegation of Subsection 35(2) of the Fisheries Act, Proposed Subsection 35(3) and Consequences for Federal Environmental Assessment, [Inquietudes de las organizaciones ambientales no gubernamentales y opciones de políticas sobre la administración y delegación del párrafo 35(2) de la *Ley de pesca*, el párrafo 35(3) propuesto y consecuencias para las evaluaciones ambientales federales]. Preparado por el Centre québécois du droit de l'environnement (CQDE) en enero de 1996 (consultores principales: Yves Corriveau, Franklin S. Gertler), 2.

Dada la posible relación entre las autorizaciones y las cartas de recomendaciones, es también importante conocer el número de autorizaciones solicitadas y emitidas anualmente conforme al artículo 35(2) de la *Ley de pesca*. Canadá únicamente proporciona información relativa al número de autorizaciones concedidas en 1996-97,²⁵ mientras que el Peticionario ofrece algunos datos relativos al número de autorizaciones concedidas en 1995-96 y 1990-91. En forma similar, sería importante la información relativa a la naturaleza y alcance de la información solicitada por el Departamento antes de expedir las cartas de recomendación, y cómo esta información difiere de la requerida antes de la expedición de las autorizaciones del párrafo 35(2) de la Ley de Pesca.

2. ¿Cuál es la naturaleza y el alcance de los esfuerzos de Canadá para controlar los proyectos que reciben cartas de recomendaciones a fin de identificar infracciones del artículo 35(1), en cuanto al número y gravedad de las infracciones? Canadá justifica el uso de cartas de recomendaciones argumentando que son eficaces para prevenir que se produzcan infracciones del artículo 35(1) (que ayudan a fomentar el cumplimiento voluntario). Sin embargo, no se proporciona información directamente pertinente a esta afirmación. En primer lugar, no se proporciona información relativa a la naturaleza de los esfuerzos de Canadá por controlar hasta qué punto cometen infracciones del artículo 35(1) los proyectos que reciben las cartas de recomendaciones. [Véase, por ej., el artículo 5(1)(b) del ACAAN. Con respecto al monitoreo, sería importante contar con información relativa a la cantidad de monitoreo para la aplicación de la legislación que se aplica a proyectos que reciben cartas de recomendación. También sería importante contar con información relativa a las diferencias en la naturaleza del monitoreo para la aplicación de la legislación y los recursos que se dedican a dicha actividad, dependiendo de si se ha emitido una carta de recomendación o una autorización.

Además, información relativa al número y gravedad de las infracciones del artículo 35(1) cometidas por proyectos que reciben cartas de recomendación tiene importancia directa respecto del argumento de Canadá de que las cartas de recomendación son eficaces en la prevención de infracciones al artículo 35(1) de la Ley de Pesca; sin embargo, ésta no se proporciona. Sería importante desarrollar dicha información en relación con el argumento de la Parte.

3. ¿Cuál es la naturaleza y el alcance de la respuesta de aplicación de la legislación ofrecida por Canadá con relación a los proyectos que reciben cartas de recomendaciones e infringen el artículo 35(1)? [véase, por ej., el artículo 5(1)(j) del ACAAN]. La *Directiva* indica que “ignorar las medidas enunciadas en las cartas de recomendaciones ocasionando o pudiendo ocasionar con ello daños al hábitat podría acarrear la aplicación de medidas coercitivas” (*Directiva*, página 5). La

²⁵ Canadá indica, sin ofrecer un desglose de los datos, que durante el año fiscal 1996-97, el Ministerio de Pesca y Océanos concedió 91 autorizaciones en virtud del artículo 35(2), así como de las secciones 26 y 32.

respuesta, sin embargo, proporciona poca información sobre este aspecto del método canadiense de aplicación de la ley. La información relevante incluiría cualquier política canadiense relativa a las posibles medidas para garantizar el cumplimiento de la ley en respuesta a las infracciones del artículo 35(1) de la *Ley de pesca*, así como las circunstancias en las que Canadá las utilizaría. La información relativa al uso real de estos métodos de aplicación, tanto en un sentido absoluto como en el contexto del número y gravedad de las infracciones, también es relevante.

4. ¿Cuál es la efectividad de estos esfuerzos de seguimiento para lograr el cumplimiento del artículo 35(1)?

En resumen, las preguntas antes formuladas se centran principalmente en el empleo por parte de Canadá de cartas de recomendaciones como un instrumento de aplicación de la legislación a fin de examinar las aplicaciones de los proyectos y de evitar infracciones del artículo 35(1). Canadá afirma que el método general que aplica para proteger el hábitat se basa en el cumplimiento. Esto es, Canadá intenta evitar que se produzcan daños en primer término (Respuesta, páginas 10 y 11). La información, sin embargo, es incompleta en cuanto a detalles sobre este método basado en el cumplimiento utilizado por Canadá y en cuanto al grado de efectividad del mismo para alcanzar los objetivos de la *Ley de pesca* y de la *LCEA*. Tal y como se refleja en las preguntas formuladas, si bien la respuesta ofrece alguna información respecto a este método, consideramos que faltan numerosos datos y que, por lo tanto, se amerita la elaboración de un expediente de hechos para completar dicha información.²⁶

2. Acciones judiciales

El Secretariado considera asimismo que falta información importante relativa al recurso de acciones judiciales como instrumento de aplicación de la legislación. Canadá afirma que cuando “no se produce el cumplimiento voluntario, y se comete una infracción según la *Ley de pesca*, como por ejemplo cuando se deterioran, perturban o destruyen los hábitats que sustentan los recursos pesqueros, se adoptan medidas de aplicación de la ley” (Respuesta, páginas 9, 11). La Parte, sin embargo, solamente proporciona información limitada respecto a la naturaleza de estas medidas de aplicación, especialmente en lo que al número de condenas en 1996/97 se refiere. (Respuesta, página 10).²⁷ La información adicional, que no se ha presentado, necesaria para fundamentar esta afirmación de que se

²⁶ Por distintas razones, el Secretariado no está convencido que se justifique la extensión del alcance del expediente de hechos relativo a la fase de examen del proyecto para incluir las cuestiones relacionadas con la Sección 37 (*Ley de pesca*). Entre otras estimaciones, el Secretariado considera que la petición y el anexo se centran principalmente en la *Directive on the Issuance of Subsection 35(2) Authorizations* [Directiva sobre la concesión de autorizaciones previstas en el párrafo 35(2)] al cuestionar las prácticas de examen de proyectos empleadas por Canadá.

²⁷ El anexo a la petición informa que en 1991-92 hubo un total de 145 acciones judiciales y cuatro requerimientos relacionados con las disposiciones de protección del hábitat y de prevención de la contaminación de la *Ley de pesca*.

adoptan medidas de aplicación de la ley cuando se produce una infracción de la *Ley de pesca*, incluye, por ejemplo, el número y la gravedad de infracciones, la naturaleza y el alcance de las medidas de aplicación de la legislación empleadas por Canadá, así como la efectividad de tales respuestas. Esto es válido tanto para los proyectos que reciben cartas de recomendaciones como para otros proyectos (por ej., los que reciben autorizaciones y “tratamiento especial”, esto es, proyectos que se han construido sin un examen gubernamental).²⁸

Canadá afirma que es engañoso tomar en cuenta únicamente las acciones judiciales federales entabladas en aplicación de la ley, ya que las provincias se hacen cargo de algunas infracciones del artículo 35(1). Como se ha señalado, la respuesta indica que “las actividades susceptibles de suscitar acciones judiciales en virtud de las disposiciones de la *Ley de pesca*, una ley federal, a menudo son objeto de sanciones en virtud de leyes provinciales [...] y que las provincias tienen también autoridad para hacer cumplir la *Ley de pesca*. (Respuesta, páginas 3, 10, 11). Sin embargo, se proporciona información limitada sobre las medidas provinciales de aplicación de la ley en virtud de la ley provincial o de la *Ley de pesca*, al margen del número de empleados provinciales que participan en algunas actividades (Respuesta, página 11). Dado que aparentemente Canadá considera que el recurso de acciones judiciales provinciales es un elemento integrante del esfuerzo para hacer cumplir el artículo 35(1) de la *Ley de pesca*, la información relativa a los esfuerzos en materia de acciones judiciales de las provincias es también relevante y debe suministrarse.

3. Otras cuestiones relativas a las prácticas de aplicación de la legislación utilizadas por la Parte

1. Como se ha señalado, Canadá afirma que su método de aplicación de la legislación refleja el ejercicio razonable de su discreción con respecto a cuestiones de investigación, judiciales, regulatorias o de cumplimiento de la ley. Concretamente, Canadá afirma que:

El método por el que Canadá aplica y hace cumplir el artículo 35 de la *Ley de pesca* y la publicación de la *Directiva* es una aplicación legítima de [su] discreción. Además, el Acuerdo reconoce, en el artículo 5, que tratar de obtener promesas de cumplimiento voluntario, como hace Canadá a través de las Directivas, es una medida gubernamental adecuada de aplicación de las leyes. En consecuencia, Canadá sostiene, con todo respeto, que en este caso no se amerita la elaboración de un expediente de hechos ya que el Acuerdo no permite examinar el ejercicio legítimo de la discreción de una Parte (Respuesta,

²⁸ El peticionario afirma que el recurso de acciones judiciales federales por infracciones es especialmente importante porque la práctica federal limita considerablemente las acciones privadas cuando se producen infracciones. El peticionario declara que la práctica de emitir cartas de recomendaciones frustra el recurso a acciones judiciales de las partes privadas, al igual que las intervenciones en tales acciones judiciales y la suspensión de las mismas por parte del Fiscal General (Petición, página 1).

página 3).

El Secretariado está de acuerdo con que las estrategias encaminadas a garantizar el cumplimiento voluntario pueden ser consideradas como medidas de aplicación efectiva de la legislación de conformidad con los artículos 5 y 14 del ACAAN. Sin embargo, el Secretariado, con todo respeto, no considera que la respuesta de Canadá demuestre adecuadamente que su método de aplicación de la legislación constituya un ejercicio legítimo de su discreción. El artículo 45(1)(a) estipula que no se considerará que una Parte haya incurrido en omisiones en “la aplicación efectiva de su legislación ambiental” en un caso en particular en que la acción u omisión de que se trate refleje el ejercicio razonable de su discreción con respecto a cuestiones de investigación, judiciales, regulatorias o de cumplimiento de la ley. Tal y como reflejan las preguntas planteadas anteriormente, la respuesta de Canadá ofrece información muy limitada sobre las cuestiones claves necesarias para evaluar el ejercicio de su discreción, como por ejemplo el número y gravedad de infracciones, la naturaleza de las medidas de aplicación de Canadá y la efectividad de tales respuestas. La respuesta de Canadá tampoco proporciona información sobre el contexto general de su política (por ejemplo, información sobre sus políticas relativas al tipo de vigilancia adecuado, las circunstancias en las que es conveniente adoptar distintas medidas de aplicación y las circunstancias en las que las medidas de aplicación no son necesarias). Por último, Canadá tampoco ha proporcionado la información necesaria respecto a su nivel de aplicación de las estrategias establecidas en su contexto de políticas públicas.

Por lo tanto, no existe una base para que el Secretariado o el Consejo pueda evaluar si Canadá ha ejercido su discreción de manera razonable. Nunca se ha abordado la cuestión de hasta qué punto es adecuado que el Secretariado realice ese tipo de evaluación, y el Secretariado no pretende hacerlo ahora. No obstante, el Secretariado considera que una Parte debe proporcionar más información de la que ofrece en esta respuesta, con base en el artículo 45, para sustentar la afirmación de que ha ejercido razonablemente su discreción, a fin de eximir sus prácticas de aplicación de ser examinadas de conformidad con el artículo 14.

2. Canadá afirma asimismo que el método de aplicación de la legislación que emplea resulta de decisiones de **buena fe** para asignar los recursos necesarios para aplicar la ley a otros asuntos ambientales que se consideren de mayor prioridad. Al igual que en el caso del ejercicio de su discreción, no se ofrece prácticamente ninguna información para sustentar esta afirmación. Así, existe información limitada, por ejemplo, sobre el nivel general de recursos disponibles para las actividades de aplicación, la prioridad relativa de las distintas cuestiones ambientales o el nivel de recursos destinados a actividades de aplicación en el área que examina la petición. Como se ha mencionado, nunca se ha abordado la cuestión de hasta qué punto es adecuado que el Secretariado evalúe una afirmación en virtud del artículo 45(1)(b), y el Secretariado no

pretende hacerlo ahora. No obstante, el Secretariado considera que la Parte debe proporcionar más información de la que ofrece en esta respuesta para sustentar la afirmación de que ha tomado decisiones de **buena fe** para asignar los recursos necesarios para aplicar la ley a otros asuntos ambientales que se consideren de mayor prioridad.

4. Proyecto Sunpine Road

Como se ha señalado, el Peticionario presentó el ejemplo de “Sunpine Road” como ilustración específica de la presunta omisión de Canadá en la aplicación efectiva de la *Ley de pesca* y de la *LCEA*. La Parte, por otro lado, declara que al ser el camino materia de una acción judicial pendiente de resolución, no es adecuado profundizar en el proyecto como parte de un expediente de hechos.²⁹

El Secretariado ya ha abordado en otras ocasiones la cuestión, entre otras, de los procedimientos judiciales pendientes de resolución en relación con esta petición. En pocas palabras, el ACAAN deja claro que el Secretariado “no continuará con el trámite” cuando el asunto de la petición es también materia de un procedimiento judicial o administrativo pendiente de resolución, iniciado por una Parte.³⁰ Esta disposición no es aplicable en este caso, ya que no era una Parte la que había iniciado el procedimiento pendiente de resolución. El Secretariado podrá asimismo estimar adecuado no considerar un asunto porque, tal y como declaró en una *Determinación* de abril de 1997, la “ semejanza de las cuestiones presentadas en la petición y en el juicio [...] crea el riesgo de que la elaboración de un expediente de hechos pueda duplicar aspectos importantes del litigio judicial” e interferir con el procedimiento judicial pendiente de resolución.³¹

²⁹ Dos acciones judiciales son pertinentes en la petición. La primera es *The Friends of the West Country Association v. The Minister of Fisheries and Oceans and Attorney General of Canada*, Departamento de Litigios del Tribunal Federal (Registro T2457-96). Esta acción comenzó en noviembre de 1996, pero fue abandonada por los peticionarios en noviembre de 1997. La segunda acción judicial es *The Friends of the West Country Association v. Minister of Fisheries and Oceans and Director, Marine Programs, Canadian Coast Guard*, Departamento de Litigios del Tribunal Federal (no comunicado, 7 de julio de 1998, Registro T-1893-96; Gibson J.). En julio de 1998 se pronunció una sentencia que sería apelada por el Gobierno de Canadá en septiembre de 1998. La apelación está actualmente en curso (*Minister of Fisheries and Oceans and Director, Marine Programs, Canadian Coast Guard v. Friends of West Country Association*, Tribunal Federal de Apelación; Registro A-550-98).

³⁰ Véase, por ej., *Recommendation of the Secretariat to the Council for the development of a Factual Record in accordance with Articles 14 and 15 of the North American Agreement on Environmental Cooperation* [Recomendación del Secretariado al Consejo para la elaboración de un expediente de hechos de conformidad con los artículos 14 y 15 del Acuerdo de Cooperación Ambiental de América del Norte] (27 de abril de 1998), en relación con *SEM-97-001*, página 9. El artículo 14(3) del ACAAN estipula que el Secretariado “no continuará con el trámite” si la Parte ha demostrado en su respuesta que el asunto es materia de un “procedimiento judicial o administrativo pendiente de resolución”. El artículo 45(3) define que para los efectos del artículo 14(3), “procedimiento judicial o administrativo” significa “una actuación judicial, cuasijudicial o administrativa realizada por una Parte de manera oportuna y conforme a su legislación...”.

³¹ *Determination pursuant to Articles 14 & 15 of the North American Agreement on Environmental Cooperation*

Como se declara en esa *Determinación*, el Secretariado consideró que la petición no ameritaba la elaboración de un expediente de hechos, ya que un juicio pendiente de resolución en aquel entonces abordaba cuestiones similares, especialmente el uso de cartas de recomendaciones en virtud de la *Ley de pesca*. El Secretariado observó que el Peticionario “podría considerar presentar en el futuro una nueva petición una vez [...] se hubiera resuelto” el juicio relativo a esas cuestiones³². El Peticionario abandonó más adelante el proceso.

El proceso actualmente en curso parece duplicar menos aspectos de la petición que el caso pendiente de resolución en abril de 1997. El juicio actual parece referirse principalmente a la interpretación de la *Ley Canadiense sobre la Evaluación Ambiental* y la *Ley sobre la Protección de las Aguas Navegables*.³³ En contraste, como se ha señalado antes, el expediente de hechos se concentraría en la elaboración de información objetiva relativa a la estrategia de examen de proyectos de la Parte de conformidad con la *Ley de pesca*, haciendo énfasis especial en la estrategia de las cartas de recomendaciones, e información relativa al método del recurso de acciones judiciales empleado por la Parte. Por lo tanto, el riesgo de duplicación o interferencia sustancial parece mínimo, al contrario del juicio anterior que llevó al Secretariado a poner fin al trámite del proceso de la petición en abril de 1997.

El hecho de que en apariencia sería relativamente sencillo completar la información presentada al Secretariado respecto a la tramitación de este proyecto en virtud de la *Ley de pesca*, contrarresta el

[Determinación en conformidad con los artículos 14 y 15 del Acuerdo de Cooperación Ambiental de América del Norte] SEM-96-003 (2 de abril de 1997).

³² Ibid.

³³ El 7 de julio de 1998 el Departamento de Litigios del Tribunal Federal decidió que las evaluaciones ambientales realizadas con relación a la construcción de dos puentes como parte del proyecto Sunpine Road eran inadecuadas, y se suspendieron las aprobaciones. El tribunal consideró que la Guardia Costera había incumplido su requisito de tener en cuenta los efectos ambientales acumulativos procedentes de otros proyectos o actividades que han sido o serían llevadas a cabo [artículo 16(1)(a) de la *LCEA*], al evaluar otra varias actividades [artículo 15(3) de la *LCEA*], y garantizar que el público tuviera acceso adecuado a todos los documentos en el registro público [Sección 55 de la *LCEA*]. Junto con los pasos preliminares estatutarios relacionados, las aprobaciones fueron remitidas al Ministro de Pesca y Océanos para su “redeterminación en manera conforme a la *Ley Canadiense sobre Evaluación Ambiental*, la *Ley de Protección de las Aguas Navegables* y las razones aducidas”. *The Friends of the West Country Association v. Minister of Fisheries and Oceans and Director, Marine Programs, Canadian Coast Guard*, Departamento de Litigios del Tribunal Federal (no comunicado, 7 de julio de 1998, Registro T-1893-96) (Gibson J.), en 33. El Fiscal General de Canadá apeló la decisión en el Tribunal Federal de Apelación aduciendo las siguientes razones:

- a) el tribunal cometió un error en las normas de examen aplicadas a las circunstancias del caso;
- b) el tribunal cometió un error en su interpretación de la Sección 15 de la *LCEA*;
- c) el tribunal cometió un error en su interpretación de la Sección 16 de la *LCEA*, y
- d) el tribunal cometió un error al considerar que el registro público establecido por la Guardia Costera había incumplido los requisitos de la Sección 55 de la *LCEA* y que constituía un error que precisaba un examen ulterior.

posible inconveniente de duplicación o interferencia. De acuerdo con la petición y la respuesta, parece que no se han proporcionado tres tipos de información. En primer lugar, el Peticionario afirma que el gobierno estaba preocupado, por lo menos en una etapa inicial, ante el hecho de que varios proyectos pudieran dañar el hábitat de los peces, infringiendo el artículo 35(1) de la *Ley de pesca*. No se ha ofrecido información relativa a esos posibles impactos e infracciones. En segundo lugar, no se han presentado al Secretariado las cartas de recomendaciones emitidas para evitar daños o infracciones debidos a dos de los cruces. Por último, si bien se ha informado al Secretariado que los funcionarios de Alberta han inspeccionado el camino y han llegado a la conclusión de que la construcción no ha provocado daños en el hábitat de los peces, el Secretariado no ha recibido una copia del informe de los funcionarios de Alberta encargados de la aplicación de la legislación con su evaluación de los impactos finales de la construcción en el hábitat de los peces.

V. RECOMENDACIÓN

El Secretariado considera que, a la luz de la respuesta de Canadá, la petición amerita que se elabore un expediente de hechos para compilar más información sobre las medidas de aplicación de la legislación emprendidas por Canadá y la efectividad de tales medidas para garantizar el cumplimiento del artículo 35(1) de la *Ley de pesca*. La respuesta no discrepa con la importancia de la legislación ambiental y los recursos naturales objeto de esta petición. Por el contrario, refleja un reconocimiento de su importancia. El *Informe Anual de 1996/97* al Parlamento sobre la administración y aplicación de las disposiciones de la *Ley de pesca* del Ministerio de Pesca y Océanos de Canadá, citado en la respuesta, observa que “las disposiciones de protección del hábitat de los peces [...] de la *Ley de pesca*” figuran entre los “principales instrumentos para la conservación y la protección del hábitat de los peces”. Además, si bien la respuesta afirma que los métodos de examen de proyectos y del recurso de acciones judiciales empleados por la Parte son efectivos para prevenir y tratar las infracciones del artículo 35(1) de la *Ley de pesca*, la falta de información sobre el alcance real de utilización de los diferentes instrumentos de aplicación, y sobre el efecto de dichos instrumentos para lograr el cumplimiento de la *Ley de pesca*, ha llevado al Secretariado a concluir que es adecuado emprender el proceso de elaboración de un expediente de hechos para completar la información relativa a estas cuestiones.

Sometido respetuosamente a su consideración el 19 de julio de 1999,

Janine Ferretti
Directora ejecutiva

