
Secretariado de la Comisión para la Cooperación Ambiental

Recomendación del Secretariado al Consejo para la elaboración de un expediente de hechos conforme a los Artículos 14 y 15 del Acuerdo de Cooperación Ambiental de América del Norte

Petición núm.: SEM-97-001

Peticionario(s):

B.C. Aboriginal Fisheries Commission
British Columbia Wildlife Federation
Trail Wildlife Association
Steelhead Society
Trout Unlimited (Spokane Chapter)
Sierra Club (EU)
Pacific Coast Federation of Fishermen's Association
Institute for Fisheries Resources

Representados por: Sierra Legal Defense Fund
y Sierra Club Legal Defense Fund

Parte :

Canadá

I RESUMEN EJECUTIVO

La Petición¹ sostiene que Canadá está omitiendo aplicar de manera efectiva la sección 35(1) de la *Ley de Pesca* federal² (*Fisheries Act*), permitiendo la destrucción continua, no autorizada, de los peces y su hábitat en Columbia Británica, la distorsión del mercado de la energía hidroeléctrica y el menoscabo de los propósitos del Acuerdo de Cooperación Ambiental de América del Norte (“ACAAN”). La Petición se centra en que no se ha entablado acción judicial contra diversos incidentes que se han presentado en la operación de varias presas de British Columbia Hydro (“B.C. Hydro”). Se alega también que Canadá no ha ejercido su competencia estatutaria obligatoria para examinar los efectos ambientales de la producción de energía para exportación, de acuerdo con la sección 119.06 de la *Ley de la Junta Nacional de Energía* (“*Ley de la NEB*”, National Energy Board Act)³.

Como cuestión preliminar, Canadá afirma que las aseveraciones relativas a la aplicación de la *Ley de Pesca* son materia de procedimientos judiciales o administrativos pendientes de resolución y que, de acuerdo con el Artículo 14(3)(a) del ACAAN, no deben prepararse expedientes de hechos sobre asuntos que sean materia de procedimientos internos en curso. Más aún, Canadá sostiene que aplica sus leyes ambientales y cumple plenamente con sus obligaciones estipuladas en el ACAAN. Canadá tiene una concepción más amplia de “aplicación efectiva” y señala que el enfoque no debe reducirse a determinar si se están entablando acciones judiciales conforme a la sección 35(1) de la *Ley de Pesca*. Canadá también alega que la Junta Nacional de Energía (“NEB”) ejerce adecuadamente las facultades discrecionales que le confiere la *Ley de la NEB*.

La opinión del Secretariado es que la frase “acción judicial, cuasi judicial o administrativa” del Artículo 45(3)(a) del ACAAN se debe interpretar de manera restringida a fin de cumplir con los objetivos y principios fundamentales del ACAAN, en especial el Artículo 14(3). Para poder clasificarse como tal, “un procedimiento judicial o administrativo” debe estar señalado específicamente en el Artículo 45(3)(a), ser iniciado por una Parte de manera oportuna y de acuerdo con la legislación de esa Parte. Además, para invocar la cláusula de terminación automática de acuerdo con el Artículo 14(3)(a), el procedimiento en cuestión debe versar sobre la misma materia que la alegada en la Petición.

Ninguno de los procedimientos en que se basa Canadá hacen necesaria la terminación automática de los procedimientos conforme al Artículo 14(3)(a). Los dos procedimientos judiciales, *BC Hydro and Power Authority v. A.G. Canada and the Minister of Fisheries and Oceans*⁴ y *R. v. British Columbia Hydro and Power Authority*⁵ o no han sido encausados por una Parte, o bien ya no están pendientes de resolución. Los procedimientos sobre la Planeación del Uso del Agua en Columbia Británica y los comités técnicos regionales, a nuestro juicio, no constituyen “procedimientos administrativos” de acuerdo con el uso que se da a este término en el Artículo 14(3)(a).

¹ SEM-97-001. El texto completo tanto de la Petición como de la Respuesta está disponible en el Secretariado a petición expresa o por vía electrónica en <http://www.cec.org>.

² R.SECTION.C. 1985, c. F-14.

³ R.SECTION C. 1995 c. N-7.

⁴ Federal Court Action File No. T-1171-97.

⁵ [1997] B.C.J. No. 1744, Kamloops Registry No. 44436, 19 de julio de 1997.

La afirmación de Canadá en cuanto a que emplea una diversidad de medidas regulatorias, incluidos los juicios, para aplicar efectivamente sus leyes es congruente con el sentido amplio de “aplicación efectiva” expresado en el Artículo 5 del *ACAAN* y en otras jurisdicciones. En consecuencia, una falta de enjuiciamiento conforme a la sección 35 de la *Ley de Pesca* no es dispositiva de la cuestión en torno de la aplicación efectiva de las leyes y reglamentos ambientales de Canadá.

Se requiere de más información antes de estar en posibilidades de hacer una evaluación de que Canadá está aplicando efectivamente sus leyes y reglamentos ambientales. Se recomienda que se elabore un expediente de hechos a fin de recopilar información adicional sobre la actividad de aplicación emprendida por Canadá y la efectividad de esa actividad para asegurar el cumplimiento de la sección 35(1) de la *Ley de Pesca*.

En relación con los alegatos expresados en torno de la NEB, el Secretariado considera que no hay información que sugiera que el ejercicio de la discreción de la NEB en ese asunto fue “poco razonable” y recomendamos que no se debe elaborar un expediente de hechos sobre este asunto. En consecuencia, se recomienda la elaboración de un expediente de hechos sólo respecto a la supuesta omisión en la aplicación efectiva de la sección 35 de la *Ley de Pesca*.

II ANTECEDENTES

El 2 de abril de 1997 siete organizaciones no gubernamentales, incluidas la B.C. Aboriginal Fisheries Commission, la British Columbia Wildlife Federation, la Steelhead Society, la Trail Wildlife Association, las Pacific Coast Federation of Fishermen’s Associations, el Sierra Club (Washington, D.C.) y el Institute for Fisheries Resources (colectivamente denominados como los “Peticionarios”)⁶ presentaron una petición al Secretariado conforme el artículo 14 del *ACAAN* (“Petición”). Los Peticionarios alegan, en resumen, “la omisión del gobierno canadiense de aplicar la sección 35(1) de la *Ley de Pesca* y de utilizar sus facultades conforme a la sección 119.06 de la *Ley de la NEB* para asegurar la protección de los peces y su hábitat en los ríos de Columbia Británica ante daños ambientales continuos y repetidos ocasionados por las presas hidroeléctricas”.

Al amparo del Artículo 14, el Secretariado puede considerar una petición de cualquier organización no gubernamental o de un particular que alegue que una Parte del *ACAAN* no aplica efectivamente su legislación ambiental. Si determina que se cumplen los criterios del Artículo 14(1), el Secretariado decide si la petición amerita una respuesta de la Parte interesada conforme al Artículo 14(2). Con base en la respuesta proporcionada por esa Parte, el Secretariado puede recomendar al Consejo la elaboración de un expediente de hechos, de acuerdo con el Artículo 15. El Consejo puede entonces instruir al Secretariado para que elabore un expediente de hechos sobre la petición. El expediente final de hechos se puede poner a disposición del público con la aprobación de dos tercios de los votos del Consejo.

El Secretariado ha revisado la Petición a la luz de la Respuesta proporcionada por la Parte para determinar si amerita la elaboración de un expediente de hechos.

⁶ Los Peticionarios están representados por el despacho jurídico canadiense Sierra Legal Defense Fund (SECCIÓN L.D.F.) y el despacho estadounidense Sierra Club Legal Defense Fund (SECCIÓN C.L.D.F.).

A. La Petición

Los Peticionarios alegan que Canadá está omitiendo aplicar la sección 35(1) de la *Ley de Pesca* federal, permitiendo la destrucción no autorizada y continua de los peces y su hábitat en Columbia Británica, la distorsión del mercado de energía hidroeléctrica y el menoscabo de los propósitos del ACAAN. La B.C. Hydro, una empresa de la Corona de propiedad exclusiva del gobierno de la provincia de Columbia Británica, construye, posee, mantiene y opera un sistema de presas hidroeléctricas en las tierras de la citada provincia. Los Peticionarios alegan que la operación de esas presas genera un daño considerable a los peces y su hábitat.

Conforme a las secciones 35(1) y 40(1) de la *Ley de Pesca*, es un delito realizar obras que ocasionen alteraciones dañinas, deformaciones y destrucción del hábitat de los peces, salvo mediante autorización del Ministro de Pesca o por la vía reglamentaria.⁷ Los Peticionarios alegan que Hydro ha violado de manera sistemática la sección 35(1), pero que el Departamento de Pesca y Océanos (“DFO”, Department of Fisheries and Oceans), responsable de la aplicación de la Ley de Pesca, ha entablado sólo dos cargos contra B.C. Hydro desde 1990, “a pesar de la evidencia clara y bien documentada de que las operaciones de B.C. Hydro han dañado el hábitat de los peces en múltiples ocasiones”.⁸

Los Peticionarios también alegan que Canadá ha omitido emplear sus facultades conforme a la sección 119.06 de la “*Ley de la NEB*” para ejercer su competencia estatutaria obligatoria para examinar los impactos ambientales de la producción de energía para exportación. De acuerdo con la sección 119.06 de la *Ley de la NEB*, la Junta Nacional de Energía (NEB) puede recomendar al Ministro de Recursos Naturales del gobierno federal que una solicitud se someta a un proceso de revisión pública. Para decidir si se hace esa recomendación, la sección 119.06(2) estipula que la NEB debe considerar “los efectos de la exportación en el ambiente” y “evitar la duplicación de medidas que se tomen respecto a las ventas externas por parte del solicitante y el [gobierno provincial]”. Los Peticionarios alegan que la NEB es el único foro en el que se abordan los impactos

⁷ La sección 35 dispone:

- (1) Ninguna persona realizará obras o cualquier otra actividad que ocasionen alteraciones dañinas, deformaciones o destrucción del hábitat de los peces.
- (2) Ninguna persona contraviene la subsección (1) al causar alteraciones, deformaciones o destrucción del hábitat de los peces por cualquier medio o en cualquier condición autorizada por el Ministro o conforme a los reglamentos implantados por el Gobernador en Consejo conforme a esta ley.

La sección 40 estipula:

- (1) Cualquier persona que contravenga las subsección 35(1) es culpable de:
 - (a) un ilícito castigable mediante juicio sumario y está sujeta, la primera vez que cometa la ofensa, a una multa no mayor de trescientos mil dólares y por las subsiguientes a una multa no mayor de trescientos mil dólares o prisión por un término no mayor de seis meses, o ambas cosas.
 - (b) un delito y está sujeta a una multa no mayor de un millón de dólares por la primera ofensa y por las subsiguientes a una multa no mayor de un millón de dólares o a prisión por un plazo no mayor de tres años o ambas cosas.

⁸ Petición, *supra*, nota 1 en 1.

ambientales de la producción de electricidad para exportación.

Los Peticionarios declaran que en una decisión del 13 de septiembre de 1996 la NEB no abordó los impactos ambientales de una solicitud de Powerex Corp. para exportar energía al estado de Washington. Los Peticionarios señalan que al tomar su decisión la NEB concluyó que el gobierno de Columbia Británica regulaba efectivamente la actividad en cuestión, pero que a juicio de los Peticionarios la provincia no ejerce esa autoridad reguladora.

Además de estos alegatos generales, la Petición describe seis incidentes específicos para ilustrar la naturaleza y la extensión del daño a los peces y su hábitat ocasionado por las presas de Hydro en toda la provincia. En el apéndice A de la Petición se incluye cierta información adicional respecto de los supuestos efectos de las operaciones de B.C. Hydro en 39 lugares.

B. La Respuesta canadiense

En su Respuesta, Canadá asevera que de hecho está aplicando sus leyes y reglamentos ambientales y que cumple plenamente con sus obligaciones respecto al *ACAAN*. Además, Canadá señala que las aseveraciones en cuanto a la falta de aplicación de la *Ley de Pesca* son materia de procedimientos judiciales o administrativos pendientes y que, de acuerdo con el Artículo 14(3)(a) del *ACAAN*, no deben prepararse expedientes de hechos con respecto a cuestiones que sean materia de procedimientos internos en curso. Canadá señala que la Petición plantea asuntos que están pendientes de resolución tanto ante la Corte Federal de Canadá como ante la Suprema Corte de Columbia Británica, y que el gobierno federal participa en dos procedimientos administrativos integrales (es decir, en la iniciativa de la Planeación del Uso del Agua en Columbia Británica y en los comités técnicos regionales). Canadá argumenta que los objetivos primordiales de estos procedimientos son asegurar el cumplimiento de B.C. Hydro de las leyes federales y provinciales sobre la protección del hábitat de los peces y garantizar que las metas ambientales estén completamente integradas a las decisiones en cuanto al uso del agua.

Canadá afirma que está aplicando plenamente la disposición ambiental de la *Ley de Pesca*. Canadá indica que el Artículo 5 del *ACAAN* establece los fundamentos para considerar que el concepto de aplicación comprende acciones más amplias que los enjuiciamientos, y que contiene una lista no limitativa de acciones apropiadas para la aplicación de la ley. Canadá señala que la Petición se basa en una concepción limitada de la aplicación, que la identifica directamente con las sanciones legales y judiciales, y que no reconoce que tanto Canadá como la provincia de Columbia Británica tienen en marcha diversos estudios y proyectos cooperativos, integrales y productivos para fortalecer los intereses de la pesca. Canadá plantea que los informes y estudios en que se basan los Peticionarios son un paso importante en la identificación de los problemas y sus soluciones. En la medida en que tales estudios conduzcan a soluciones por la vía de la cooperación, a menudo se torna innecesaria la aplicación más formal. Canadá indica que considera la aplicación por medio de enjuiciamientos como un último recurso, luego de que hayan resultado inútiles la cooperación y la persuasión. Canadá sugiere que el uso inmediato y generalizado de los enjuiciamientos como una herramienta básica de aplicación sería ineficaz y contraproducente.

Canadá prosigue haciendo una relación de las acciones tomadas con respecto a los impactos e incidentes específicos descritos en la Petición. La Respuesta asevera también que la NEB ejerce

adecuadamente sus facultades conforme a la *Ley de la NEB*. Afirma que esta Ley otorga discrecionalidad a la NEB para decidir si la evidencia presentada sobre impactos ambientales es suficiente para recomendar que se requiera una audiencia pública. Canadá señala que la NEB actuó conforme a esta discrecionalidad al tomar su determinación con base en la evidencia que se le presentó, que no era la misma que la reflejada en los anexos proporcionados por los Peticionarios.

Canadá sugiere también que el *ACAAN* y la *Ley de Pesca* no se pueden aplicar de manera retroactiva. Por último, Canadá asevera que la elaboración de un expediente de hechos no fomentaría los objetivos del *ACAAN* a la luz de la información detallada proporcionada en su respuesta.

III ¿SE DEBE DAR POR TERMINADO AUTOMÁTICAMENTE EL PROCESO DE PETICIÓN DEBIDO A UN ASUNTO QUE ES MATERIA DE UN PROCEDIMIENTO JUDICIAL O ADMINISTRATIVO PENDIENTE DE RESOLUCIÓN?

El Artículo 14(3)(a) del *ACAAN* dispone que el Secretariado “no continuará con el trámite” cuando la Parte que responde ha mostrado que el asunto es materia de un “procedimiento judicial o administrativo pendiente de resolución”. Esto sugiere que la intención de las Partes fue evitar una revisión de cuestiones de aplicación de la ley que estén siendo atendidas activamente por cualquiera de las Partes. El Artículo 45(3)(a) define “procedimientos judiciales o administrativos” para efectos del Artículo 14(3). En su Respuesta, Canadá indica que el objeto de la Petición es materia de “procedimientos judiciales o administrativos” pendientes de resolución, incluidos los dos casos en tribunales y los dos ejemplos de procedimientos administrativos antes referidos, y que por lo tanto el proceso de revisión de la petición se debe dar por terminado. Iniciamos con la consideración de este argumento, ya que la cuestión fundamental respecto de la elaboración de un expediente de hechos sólo puede abordarse si el Secretariado está autorizado para ello.

Como se señaló anteriormente, Canadá se basa en dos procedimientos judiciales pendientes de resolución al afirmar que el Secretariado está impedido para continuar cualquier indagación sobre los hechos en disputa. El primer caso es *BC Hydro and Power Authority v. A.G. Canada and the Minister of Fisheries and Oceans*, actualmente en proceso ante la Corte Federal de Canadá (el “Caso de la Corte Federal”). Este caso analiza la constitucionalidad de una orden de flujo mínimo de acuerdo con la sección 22 de la *Ley de Pesca*. El segundo caso es *R. v. British Columbia Hydro and Power Authority*, que fue resuelto por la Suprema Corte de Columbia Británica con posterioridad a la recepción de la Petición y de la Respuesta por el Secretariado (el “Caso de la Suprema Corte”).⁷ Ese caso se refería a alegaciones contra Hydro con base en la sección 35 de la *Ley de Pesca*, entre otras disposiciones.

Canadá arguye también que su participación en la iniciativa de Planeación del Uso del Agua de Columbia Británica (“WUP”, British Columbia’s Water Use Planning) y en los comités técnicos regionales (“RTC”, Regional Technical Committees) se puede considerar como un procedimiento

administrativo conforme al Artículo 45(3)(a) del *ACAAN* y que en consecuencia impide proseguir con la indagación de la petición. La WUP es una iniciativa patrocinada por el gobierno de Columbia Británica para revisar todas las licencias en materia de agua de B.C. Hydro y elaborar planes de uso del agua en cada planta. Canadá ha respondido que, mediante el DFO, el gobierno participa en algunos aspectos de la WUP. El DFO también participa, junto con representantes del Ministerio de Medio Ambiente, Tierras y Parques y de B.C. Hydro, en los RTC, responsables de revisar las cuestiones de pesca tanto en instalaciones individuales como en términos más amplios.

Al tomar su determinación, el Secretariado primero considera el significado del término “procedimientos judiciales o administrativos” para los fines del Artículo 14(3) del *ACAAN*. Después, con base en esa interpretación, el Secretariado hace una consideración respecto de si los procedimientos presentados por Canadá en su respuesta están contemplados en el ámbito de dicho término.

A. La definición de un “procedimiento judicial o administrativo”

A fin de determinar si un procedimiento está contemplado en la definición de un “procedimiento judicial o administrativo” conforme al Artículo 14(3), el Secretariado ha considerado primero la lectura textual del Artículo 45(3)(a) del *ACAAN*. En segundo término, el Secretariado ha considerado la interpretación posible de los términos en el contexto de otras disposiciones del *ACAAN*. Por último, es útil hacer referencia a decisiones previas del Secretariado a lo largo del proceso de interpretación, aunque reconocemos que el Secretariado y el Consejo no están regidos por el principio de *stare decisis*.⁹

(i) Una lectura textual del Artículo 45(3)

Como se dijo anteriormente, la definición del término “procedimiento judicial o administrativo” se encuentra en el artículo 45(3) del *ACAAN*, que a la letra dice

Para los efectos del Artículo 14(3), “procedimiento judicial o administrativo” significa:

- (a) una actuación judicial, cuasi judicial o administrativa realizada por una Parte de manera oportuna y conforme a su legislación. Dichas actuaciones comprenden: la mediación; el arbitraje; la expedición de una licencia, permiso, o autorización; la obtención de una promesa de cumplimiento voluntario o un acuerdo de

⁹ Como mínimo, las referencias a decisiones previas ayudarán a asegurar que el Secretariado aplica de modo consistente las disposiciones del *ACAAN*. Un enfoque de esa naturaleza contextual a un tratado lo sugieren los cánones generales de la interpretación estatutaria, así como los Artículos 31 y 32 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. Véase Pierre-André Côté, *The Interpretation of Legislation in Canada*, 2a ed. (Cowansville: Les Editions Yvon Blais, 1991), c. 2, Ruth Sullivan, *Driedger on the Construction of Statutes*, 3a ed. (Toronto Butterworths, 1994), c. 8, y *La Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados*, concluida en Viena el 23 de mayo de 1969, que entró en vigor el 27 de enero de 1980, 1155 UNTS 332 (“Convención de Viena”). La Convención de Viena está en vigor tanto en Canadá como en México desde el 27 de enero de 1980. Estados Unidos firmó la Convención de Viena el 24 de abril de 1970, pero no la ha ratificado. I.M. Sinclair señala en *The Vienna Convention on the Law of Treaties* (2^a ed., 1984) que desde 1969 las disposiciones de la Convención de Viena se han citado con frecuencia en las resoluciones de los tribunales de los Estados Unidos y en las prácticas estatales como declaraciones precisas de las normas consuetudinarias relacionadas con la interpretación de los tratados.

cumplimiento; la solicitud de sanciones o de medidas de reparación en un foro administrativo o judicial; la expedición de una resolución administrativa, y

(b) un procedimiento de resolución de controversias internacionales del que la Parte sea parte.

Por lo tanto, a fin de constituir un “procedimiento judicial o administrativo”, la acción debe perseguirse (i) por una Parte; (ii) de manera oportuna; (iii) de acuerdo con la legislación de la Parte, y (iv) pertenecer a alguna de las categorías de procedimientos prescritas.

Como se decidió anteriormente, el Secretariado considera que el término “por una Parte” significa que la acción debe emprenderla un gobierno signatario del *ACAAN*.¹⁰ El requisito de proceder de manera oportuna parece exigir que cualquiera de esas acciones se persiga de manera eficaz y sin un retraso indebido. El tercer requisito se interpreta en términos de que los procedimientos se deben fundamentar en el derecho escrito o en el derecho común de la Parte. Por último, como se señala en el Artículo 14(3) que se analiza con mayor profundidad más adelante, el “procedimiento judicial o administrativo” debe abordar el mismo “asunto” que la Petición.

(ii) *Otras disposiciones del ACAAN*

En el contexto del Artículo 5(3)(b), un acuerdo de cumplimiento alude a un tipo de sanción o recurso, junto con la imposición de multas, encarcelamiento, medidas precautorias y clausura de las instalaciones. Esto sugiere que el término “obtener una promesa de cumplimiento voluntario o un acuerdo de cumplimiento” incluye procedimientos considerados como medidas que conducen a sanciones o recursos.

(iii) *El objetivo y el propósito del ACAAN*

Luego de examinar el lenguaje de otras disposiciones del *ACAAN*, el Secretariado recurre ahora al análisis del objetivo y el propósito del *ACAAN* a fin de buscar orientación para interpretar el alcance del Artículo 14(3).¹¹

A fin de promover los objetivos del *ACAAN* estipulados en su Artículo 1, y dar sentido al proceso del Artículo 14, concebido para realizar un escrutinio de los compromisos de las Partes en el sentido de aplicar de manera efectiva sus leyes y reglamentos ambientales, es importante interpretar de manera limitada la definición de “procedimientos judiciales o administrativos” en el Artículo 45(3), cuyo efecto último, en el contexto del Artículo 14(3), es dar por terminado el procedimiento de revisión de una petición. Sólo los procedimientos concebidos para culminar en un fallo, una decisión o un acuerdo específicos, dentro de un período determinable, deben considerarse contemplados dentro del Artículo 14(3)(a). Las actividades que son de mera consulta, recopilación de datos o investigación, sin una meta determinable, no deben bastar para aplicar la cláusula de terminación automática. Si tales procedimientos estuviesen incluidos en la definición, una Parte

¹⁰ Comisión para la Cooperación Ambiental, Determinación del Secretariado conforme a los Artículos 14 y 15 del *ACAAN*, SEM-96-003, 2 de abril de 1997.

¹¹ El Artículo 31 de la Convención de Viena, *supra*, nota 9, dispone que un tratado “ha de interpretarse de buena fe de acuerdo con el significado ordinario que se da a los términos del tratado y a la luz de su objetivo y propósito”.

bien podría escudar del escrutinio la falta de aplicación efectiva de su legislación ambiental, simplemente mediante la encomienda de estudios o la realización de consultas.

El Secretariado de ninguna manera sugiere que la intención de Canadá al invocar esta cláusula representa un intento deliberado para dar por terminados los procedimientos de manera prematura. Sin embargo, para dar un efecto pleno al *ACAAN*, por la razón expuesta, una cláusula perentoria de esta naturaleza debe interpretarse en sentido restringido.

(iv) Consideraciones adicionales

En su determinación sobre la Petición núm. SEM-96-003, de conformidad con el Artículo 15(1), el Secretariado consideró el razonamiento subyacentes en el Artículo 14(3)(a). El Secretariado señaló dos razones por las que se requeriría la exclusión de cuestiones que actualmente son materia de procedimientos judiciales o administrativos: (a) la necesidad de evitar la duplicación de esfuerzos, y (b) la necesidad de no interferir con litigios pendientes de resolución. Estas consideraciones son aplicables tanto a los procedimientos que caen en el ámbito de los requisitos de definición del Artículo 45(3)(a) así como a otros procedimientos ajenos a esa disposición específica. En otra determinación conforme al Artículo 15(1) el Secretariado señaló:

El litigio civil es una tarea compleja regida por un conjunto de leyes, procedimientos y prácticas sumamente refinadas. El Secretariado es renuente a iniciar un proceso que podría inadvertidamente entrometerse en una o más consideraciones estratégicas del litigante.¹²

De igual manera, tampoco sería adecuado que en el proceso de revisión de una petición hiciera interpretaciones en paralelo a un tribunal interno sobre el significado de una disposición o sobre la resolución de cuestiones de hecho y de derecho que se estén ventilando ante ese tribunal.

En suma, para estar contemplado por la definición de “procedimiento judicial o administrativo” del Artículo 45(3)(a), un procedimiento debe: estar señalado específicamente en el Artículo 45(3)(a), haberse iniciado por una Parte de manera oportuna y de acuerdo con la legislación de la Parte. Además, un procedimiento de esa naturaleza debe abordar el mismo asunto que los argumentos planteados en la petición. Entonces, este umbral debe interpretarse de manera restringida para dar cabal cumplimiento al objetivo y el propósito del *ACAAN*, y en particular del Artículo 14(3).

B. ¿Debe darse por terminada la revisión de la Petición con base en los procedimientos identificados por Canadá?

(i) BC Hydro and Power Authority v. A.G. Canada and the Minister of Fisheries and Oceans

Canadá se basa en el caso *BC Hydro and Power Authority v. A.G. Canada and the Minister of Fisheries and Oceans* (el “Caso del Tribunal Federal”) como un “procedimiento judicial pendiente de resolución” conforme al sentido del Artículo 14(3)(a). Aunque a todas luces se trata de un “procedimiento judicial” de acuerdo con el uso del término en el Artículo 45(3)(a), no se relaciona

¹² *Supra* nota 10.

con la aplicación de la sección 35(1) de la *Ley de Pesca*; más bien, el caso se refiere a una solicitud de revisión judicial de una orden expedida al amparo de la sección 22 de la *Ley de Pesca*. En consecuencia, el “asunto” al que se refieren el caso y la Petición no son el mismo. Adicionalmente, el procedimiento no parece haber sido iniciado por una Parte, en este caso Canadá. Por ende, el Caso del Tribunal Federal no es aplicable para dar por terminado el proceso de revisión de una petición conforme al Artículo 14(3).

Con relación al criterio dual aplicado por el Secretariado, es decir, la no duplicación y la no interferencia, el Secretariado ha determinado que el Caso del Tribunal Federal no resolverá el asunto planteado en la Petición y que los asuntos materia de ambos casos no son idénticos. Parece ser mínimo el riesgo de que la elaboración de un expediente de hechos resulte en una duplicación de esfuerzos. En segundo lugar, la elaboración de un expediente de hechos en relación con la Petición no interferirá con el litigio pendiente, pues el objeto de la indagación para un expediente exhaustivo se centraría en la conducta de Canadá respecto a la aplicación, no en la constitucionalidad de la sección 22 de la Ley de Pesca.

(ii) *R. v. British Columbia Hydro and Power Authority*

Canadá se basa también en *R. v. British Columbia Hydro and Power Authority* (el “Caso de la Suprema Corte”) como evidencia de la aplicación efectiva de su legislación ambiental. El Caso de la Suprema Corte de Columbia Británica se refiere a alegatos de que B.C. Hydro, en respuesta a la gran afluencia hacia el sistema de drenaje del río Bridge, “había descargado, en tres ocasiones, cuantiosos volúmenes de agua de la presa Terzaghi y terminado una descarga voluminosa y continua de agua proveniente de la presa Seaton, de manera un tanto abrupta.”¹³ El tribunal resolvió que de hecho estas acciones habían causado la muerte de peces y dañado su hábitat, pero B.C. Hydro fue absuelta con fundamento en que había ejercido la diligencia debida en la operación de las presas.

La materia objeto del Caso de la Suprema Corte sí se refirió a la aplicación de la sección 35(1). Sin embargo, hacemos notar que en el juicio sobre el caso se dictó sentencia el 10 de julio de 1997. Así, la materia ya no está “pendiente de resolución” ante los tribunales y por ende el procedimiento ya no queda contemplado dentro de la barrera del Artículo 14(3)(a). El Artículo 14(3)(b)(i) sugiere que el hecho de que un asunto haya sido materia de un procedimiento podría, sin embargo, ser relevante. Por lo tanto, si bien este caso no conduce a la terminación del proceso, la sentencia del propio caso puede constituir un hecho digno de destacar en un expediente de hechos que examine la efectividad de las estrategias gubernamentales actuales de aplicación de la ley. Más aún, los alegatos que se relacionan con los impactos vigentes no abordados en el litigio podrían incluirse en un expediente de hechos.

(iii) *Iniciativa de Planeación del Uso del Agua en Columbia Británica (WUP)*

Canadá asevera que la iniciativa WUP de Columbia Británica es un procedimiento administrativo en curso en los términos del Artículo 14(3)(a). Canadá asevera que la WUP es un proyecto para revisar todas las licencias de agua de B.C. Hydro y desarrollar planes de uso del agua en cada instalación de B.C. Hydro y que los planes conducirán a cambios en las licencias de agua de cada

¹³ [1997] B.C.J. No. 1744, DRS 97-13306, Kamloops Registry No. 44436, *supra*, nota 8 en el párrafo 1.

una de las instalaciones y en las Órdenes de Operación del Sistema. Canadá señala que es muy probable que como resultado del proceso se impongan restricciones estatutarias obligatorias a las operaciones de B.C. Hydro. Canadá señala que los planes de uso del agua estarán sujetos a los requerimientos de la *Ley de Pesca* y que la intención de la WUP es “garantizar el cumplimiento tanto de la *Ley de Pesca* federal como de la legislación provincial en la operación de las plantas de Hydro y asegurar que las decisiones en torno del uso del agua tomen en cuenta los valores ambientales, sociales y económicos”.¹⁴ Se prevé que el proceso de la WUP tomará cinco años o más para su terminación.

Al ser una iniciativa provincial, se podría argumentar que el procedimiento no ha sido emprendido por “la Parte” (ya que la Petición se presenta contra Canadá). Sin embargo, Canadá participa en el proyecto y se puede argumentar que cierto grado de participación federal basta para constituir un procedimiento realizado “por una Parte”. Con todo, no es necesario considerar esa cuestión, ya que hemos concluido que la WUP, por otras razones, no aplica para dar por terminado el proceso de revisión de la petición.

La iniciativa WUP puede conducir a una mayor protección del hábitat de los peces al decidir imponer a B.C. Hydro límites estatutarios obligatorios en el uso del agua. De hecho, después de que concluya el proceso de la WUP, las condiciones anexas a las licencias de agua de B.C. Hydro podrían convertirse en un vehículo primordial para la protección del hábitat de los peces. Sin embargo, el proceso de la WUP en sí mismo no es, a nuestro juicio, un “procedimiento judicial o administrativo” en el sentido del Artículo 45(3)(a). La WUP no pertenece a ninguna de las categorías incluidas en el Artículo 45(3)(a). El proceso no consiste en “buscar una garantía de cumplimiento voluntario o un plan de cumplimiento”, tal como estos términos se usan en otros contextos o como se deben interpretar para los fines del *ACAAV*. Considerar a la WUP como parte del “proceso para expedir una licencia” sería ampliar en exceso la definición de esa frase.

El hecho de que Canadá esté participando en un proceso provincial que podría conducir a una manera distinta de proteger los peces y su hábitat no impide el desarrollo de un expediente de hechos relativo a si Canadá aplica de manera efectiva la *Ley de Pesca* conforme a los medios legales disponibles en este momento. Más aún, la elaboración de un expediente de hechos en este caso no conducirá a una duplicación de esfuerzos ni el resultado de los procedimientos administrativos interferirán con la materia objeto de la petición ni tomarán llana la materia de la Petición.

(iv) *Comités técnicos regionales*

Canadá también recurre a señalar que su participación en los comités técnicos regionales (RTC) constituye un procedimiento administrativo conforme al Artículo 14(3). Estos comités, que tienen representantes del DFO, del Ministro de Ambiente, Tierras y Parques de Columbia Británica y de B.C. Hydro, revisan los aspectos de pesca tanto en instalaciones particulares como a nivel de sistemas. Canadá asevera en su Respuesta a la Petición: “El trabajo en los comités ha entrañado principalmente la identificación y documentación de áreas de importancia para los peces y su hábitat en las actuales instalaciones hidráulicas, así como la obtención de financiamiento de B.C. Hydro para realizar estudios del inventario biofísico y pesquero por parte de consultores

¹⁴ Respuesta de Canadá a la SEM-97-001, julio de 1997 (“la Respuesta”) en la página 10.

independientes para identificar las posibilidades de mejoramiento.”¹⁵

En tanto que el objetivo último del trabajo de los RTC puede ser asegurar el cumplimiento de la *Ley de Pesca*, dicho trabajo no se apega a la definición de procedimientos judiciales o administrativos del Artículo 45(3)(a), por las mismas razones señaladas en el análisis de la iniciativa WUP. Además, la naturaleza indefinida del trabajo de los RTC ofrece argumentos adicionales para excluir tales iniciativas del ámbito del Artículo 45(3)(a). Por último, la materia de la Petición, esencialmente, la aplicación de la sección 35 la *Ley de Pesca*, no es la materia de las discusiones de los citados comités.

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

A. Omisión en la aplicación efectiva contra B.C. Hydro de la sección 35(1) de la *Ley de Pesca*

Ante la diversidad de alegatos respecto de la aplicación de la sección 35(1) de la *Ley de Pesca*, Canadá responde delineando una serie de acciones emprendidas para asegurar el cumplimiento de B.C. Hydro respecto de la sección 35(1). Sin embargo, es poca la información proporcionada sobre (a) las políticas de aplicación o las directrices empleadas por Canadá, y (b) hechos específicos en cuanto a la actividad de aplicación con respecto a los alegatos presentados en la Petición. La elaboración de un expediente de hechos permitirá recopilar esta información, que a su vez facilitará un análisis respecto de si Canadá ha estado aplicando de manera efectiva sus leyes ambientales.

Algunos ejemplos ilustran la existencia de ciertas cuestiones legítimas pendientes relacionadas con las aseveraciones de los Peticionarios. Éstos alegan que en el verano de 1996 B.C. Hydro desecó Cranberry Creek, por lo que las truchas murieron y quedaron varadas en una sección de más de 10 km.¹⁶ En su Respuesta, Canadá señala que el desarrollo Walter Hardman, que afecta a Cranberry Creek, es prioritario dentro de la iniciativa WUP y que el DFO ha participado en el desarrollo de órdenes de operación provisionales, que aún no están vigentes.¹⁷ En la Respuesta no está claro qué acciones de aplicación específicas ha emprendido Canadá (y la efectividad de éstas) para atender el incidente de Cranberry Creek. Sin el beneficio de esa información, incluida la relacionada con las políticas de aplicación de Canadá, es difícil evaluar si ha habido una aplicación efectiva respecto al caso de Cranberry Creek o los demás incidentes especificados en la Petición.

Interrogantes similares se presentan respecto de las aseveraciones sobre los problemas de operación actuales. Por ejemplo, la Petición sugiere que respecto al proyecto Shuswap Falls se han producido efectos negativos por la disminución de la corriente en el invierno, desecación, fluctuaciones rápidas de las corrientes, aumento de los niveles de sedimentación y acceso reducido, así como impactos en la productividad bentónica.¹⁸ En respuesta, Canadá enlista diversas acciones tomadas al respecto, como (a) encomendar un estudio sobre los efectos de la disminución de las corrientes; (b) el desarrollo de una curva de explotación óptima para el embalse, que Hydro actualmente no usa; (c) la

¹⁵ Respuesta, *supra*, en 19.

¹⁶ Petición, *supra*, en 5.

¹⁷ Respuesta, *supra*, en 27.

¹⁸ Petición, *supra*, en 5.

notificación verbal del DFO a B.C. Hydro de que el régimen de flujo propuesto por B.C. Hydro es inaceptable, y (d) la solicitud del DFO a B.C. Hydro de tiempo adicional para supervisar el trabajo, como el retiro del dispositivo de realce del umbral del vertedero en las presas. Además, Canadá hace referencia a una solicitud del Ministerio de Medio Ambiente, Tierras y Parques de Columbia Británica, a la que B.C. Hydro no accedió, de que se examinaran los efectos de la disminución de las corrientes en los invertebrados.¹⁹ De nueva cuenta, es poca la información proporcionada sobre la efectividad de estas acciones para asegurar el cumplimiento de la legislación ambiental.

Respecto al lago Downton y el proyecto LaJoie, Canadá indica que se ha remitido a la decisión de la provincia de no enjuiciar a B.C. Hydro en relación con un descenso del nivel del agua en mayo de 1996. Canadá señala que la decisión de la provincia de no entablar un juicio se basó en la falta de evidencia cuantitativa de la pérdida de peces y la falta de un estudio anterior al impacto.²⁰ Esta respuesta no contiene información suficiente respecto de la efectividad de las medidas de aplicación de Canadá. Cuando menos, la remisión a la provincia no implica abordar las obligaciones de Canadá en cuanto a la aplicación de la *Ley de Pesca* federal.

La petición indica que la presa Bennett y la estación G.M. Shrum se asocian con una disminución en la productividad pesquera, fluctuaciones rápidas de las corrientes que causan que los peces se queden a la deriva, niveles elevados de gas, así como sedimentación. Canadá responde que:

El DFO no participó durante la construcción en los años sesenta. B.C. Hydro no ha solicitado la autorización del proyecto conforme a la Ley de Pesca. La Eastern BC Habitat Unit de la DFO (Unidad para los Hábitat del Este de Columbia Británica del Departamento de Pesca y Océanos) se formó en 1990, dos décadas después de haberse iniciado las operaciones en esas instalaciones.²¹

Estas declaraciones no parecen relevantes a la cuestión de si Canadá está actualmente omitiendo aplicar de manera efectiva su legislación ambiental. Como el Secretariado observó en la Petición núm. SEM-96-001.²²

Resulta evidente para este Secretariado que la voluntad de las Partes que suscribieron el ACAAN es que el mismo tenga aplicación a partir de la fecha en que inicia su vigencia, circunstancia que se confirma de la lectura meditada de su texto, en el cual se advierte tal intención y del hecho de que en su articulado no se mencione expresamente lo contrario. Independientemente de lo anterior, este Secretariado considera que existe la posibilidad de que hechos y actos concluidos con anterioridad al 1 de enero de 1994 generen obligaciones que persistan con posterioridad a esa fecha y que ciertos aspectos de estas obligaciones podrían resultar relevantes para el propósito de esclarecer e identificar hechos que permitan obtener información acerca de si existe omisión en la aplicación de la legislación ambiental en el momento actual.

¹⁹ Respuesta, *supra*, 36-37.

²⁰ *Ibid.*, en 32, 37.

²¹ *Ibid.*, en 32.

²² Recomendación del Secretariado al Consejo para la elaboración de un Expediente de Hechos en conformidad con los Artículos 14 y 15 del Acuerdo de Cooperación Ambiental de América del Norte, SEM-96-001, 7 de junio de 1997.

El Artículo 28 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969 establece que: *“las disposiciones de un Tratado no obligarán a una Parte respecto de ningún acto o hecho que haya tenido lugar con anterioridad a la fecha de entrada en vigor del Tratado para esa Parte ni de ninguna situación que en esa fecha haya dejado de existir, salvo que una intención diferente se desprenda del Tratado o conste de otro modo”*.

En esta petición, el Secretariado señaló “la posibilidad de que exista en el momento actual una omisión en la aplicación de la legislación ambiental, derivada de una situación que no ha dejado de existir, como se desprende de la Convención de Viena.” Es apropiado aplicar un enfoque similar respecto de esta petición. La Respuesta de Canadá no parece dirigida al alegato de una omisión actual, continua de aplicar de manera efectiva su legislación ambiental. Por lo tanto se requiere de mayor información.

Otro ejemplo son los alegatos respecto a la presa Keenleyside. La Petición señala que el cierre total de los caudales en abril de 1990 desecó y entrampó a la trucha arco iris y a las crías de salmón en el cono de deyección de Norns Creek.²³ Canadá ha respondido que este suceso no puede sujetarse a una petición conforme al Artículo 14, ya que ocurrió antes de la entrada en vigor del Acuerdo. El Secretariado está de acuerdo, y recomienda que no se prepare un expediente de hechos respecto a este alegato específico.

No obstante, si una situación que surgió en el pasado persiste, esta se puede sujetar a una petición del Artículo 14. Por ejemplo, si las operaciones de B.C. Hydro siguen dañando el hábitat de los peces, no importa si esas actividades comenzaron antes de la entrada en vigor del ACAAN. Como se dijo, el Secretariado reconoce que una obligación de aplicación de la ley puede originarse a partir de una situación que persiste. Si la construcción de las instalaciones en el pasado condujo a una situación que “no ha dejado de existir”, entonces los hechos en torno a esta situación pueden ser materia de una indagación fáctica.

Canadá afirma también que los efectos negativos de las plantas de la presa Bennett se contrarresta, al menos en parte, por el Peace/Williston Compensation Program (Programa de Compensación Peace/Williston).²⁴ No es claro que la compensación sea relevante para la aplicación efectiva de la legislación ambiental de Canadá.

Al aseverar que Canadá no aplica efectivamente la sección 35(1) de la *Ley de Pesca*, los Peticionarios señalan el hecho de que sólo se han entablado dos juicios contra B.C. Hydro desde 1990. Canadá, en su Respuesta, indica que realiza una variedad de actividades que consideradas en su conjunto, constituyen la aplicación efectiva de su legislación ambiental. El Secretariado está consciente de la variedad de principios y enfoques que se pueden aplicar a una definición o uso del término “aplicación efectiva”. Por ejemplo, en ciertas circunstancias, se podrían considerar otras medidas de aplicación consideradas más efectivas para asegurar el cumplimiento de las leyes ambientales en vez de descansar exclusivamente en el enjuiciamiento. En ese sentido, no está claro cómo elige Canadá sus medidas de aplicación para asegurar el cumplimiento de su legislación

²³ Petición, *supra*, en 5.

²⁴ Respuesta, *supra*, en 5.

ambiental.

En suma, la respuesta de Canadá no revela suficiente información fáctica respecto de las actividades de aplicación específicas emprendidas por Canadá en cada uno de los incidentes alegados y sobre la efectividad de esas actividades para asegurar el cumplimiento de su legislación ambiental. Como resultado, se recomienda la elaboración de un expediente de hechos respecto de la omisión en la aplicación efectiva de la sección 35 de la *Ley de Pesca*.

B. Omisión en la aplicación efectiva de la *Ley de la Junta Nacional de Energía*

Uno de los peticionarios, la B.C. Wildlife Federation, solicitó en 1996 a la NEB una revisión pública de los efectos ambientales de la exportación de energía a Estados Unidos por parte de una filial propiedad exclusiva de B.C. Hydro. La NEB denegó la petición, en parte con base en que la provincia estaba “reglamentando de manera efectiva” la actividad en cuestión. La NEB señaló en sus razones que “la evidencia tendía a mostrar que la provincia desempeñaba un papel activo en los esfuerzos por garantizar la operación adecuada de las estaciones hidroeléctricas y estaba tomando las medidas para fomentar el interés público en este sentido.”²⁵ Los Peticionarios sostienen que no hay leyes y reglamentos provinciales que se apliquen a los efectos ambientales de la producción de hidroelectricidad. Los Peticionarios arguyen que la NEB es el único tribunal federal regulatorio con jurisdicción para examinar los impactos ambientales de la producción de energía para exportación y que la omisión de la NEB para ejercer su autoridad había provocado una omisión en ambos niveles de gobierno para reglamentar el impacto que tiene la generación de energía para exportación sobre los peces y su hábitat.

La B.C. Wildlife Federation solicitó autorización para apelar la decisión de la NEB en la Corte Federal de Apelación con fundamento en que la NEB erraba al no abordar los efectos ambientales de la producción de energía para exportación. Esta autorización para apelar se negó sin razón alguna. Los Peticionarios alegaron que la negativa de apelación de hecho escudaba a la decisión de la NEB de una revisión y agotaba cualquier otro recurso conforme a los procedimientos nacionales.

En su decisión, la NEB caracteriza los asuntos planteados en la solicitud como materias operacionales que pertenecen a la jurisdicción provincial. La NEB considera que, como entidad reguladora con responsabilidad federal, debe ser cuidadosa de no entrometerse en asuntos de jurisdicción provincial. La NEB concluyó que la evidencia presentada por la B.C. Wildlife Federation se relacionaba con temas operativos. El expediente ante la NEB demostró que Columbia Británica había obtenido un Certificado de Transferencia de Energía el 15 de febrero de 1996. La NEB estaba facultada para concluir que las preocupaciones en materia de regulación de Columbia Británica en relación con la solicitud de exportación habían sido satisfechas. La NEB encontró que la evidencia presentada tendía a demostrar que la provincia tenía un papel activo en los esfuerzos para asegurar la operación adecuada de las instalaciones hidroeléctricas y estaba tomando medidas para fomentar el interés público en este sentido. La NEB concluyó que no debería duplicar las responsabilidades provinciales cuando el expediente tiende a mostrar que la provincia reglamenta efectivamente la actividad en cuestión.

²⁵ Decisión de la National Energy Board, NEB File # 6200-B007-5, 13 de septiembre de 1996.

En su Respuesta, Canadá asevera que ha ejercido adecuadamente sus facultades en apego a la *Ley de la NEB*. Canadá asegura que la *Ley de la NEB* confiere a esta Junta discrecionalidad para decidir si la evidencia presentada sobre los impactos ambientales da lugar a recomendar que se ordene una audiencia pública. Canadá sostiene que la NEB actuó en el ámbito de dicha discrecionalidad al tomar la determinación basada en la evidencia que se le presentaba. Canadá hace notar que la NEB decidió el asunto con base en la evidencia que le fue presentada en relación con la petición, y que la tal evidencia no es la misma que la que se refleja en los anexos proporcionados por los Peticionarios. En consecuencia, Canadá plantea que no puede decirse que Canadá omitió aplicar las disposiciones correspondientes de la NEB.

El Artículo 45(1) del *ACAAN* estipula:

No se considerará que una Parte haya incurrido en omisiones en “la aplicación efectiva de su legislación ambiental”, o en incumplimiento del artículo 5(1) en un caso en particular en que la acción u omisión de que se trate por parte de las dependencias o funcionarios de esa Parte:

- (a) refleje el ejercicio razonable de su discreción con respecto a cuestiones de investigación, judiciales, regulatorias o de cumplimiento de la ley.

En este sentido, la Petición no cumple con el umbral necesario para ameritar una revisión adicional. Cuando una ley ambiental otorga facultades discrecionales en la toma de decisiones, un Peticionario debe plantear evidencia de que en las circunstancias en cuestión la Parte actuó de manera “irrazonable” en el ejercicio de su discreción respecto a tales materias. Los Peticionarios no cumplieron con este criterio. En consecuencia, la elaboración de un expediente de hechos respecto a los alegatos concernientes a la *Ley de la NEB* no se amerita.

V RECOMENDACIÓN

El Secretariado considera que a la luz de la respuesta provista por Canadá, la Petición amerita la elaboración de un expediente de hechos para recopilar más información en torno de la actividad de aplicación emprendida por Canadá y a la efectividad de tal actividad para asegurar el cumplimiento de la sección 35(1) de la Ley de Pesca.

Como se señaló, el expediente de hechos no deberá examinar de nuevo los hechos subyacentes que formaron la base de la acción de la Suprema Corte de Columbia Británica en relación con las presas Terzaghi y Seton. Sin embargo, los efectos actuales de la operación de estos proyectos pueden examinarse y la sentencia del caso mismo puede ser relevante para determinar la efectividad de los esfuerzos de aplicación de la legislación ambiental en Canadá. El expediente de hechos tampoco deberá examinar actos o sucesos anteriores a la entrada en vigor del *ACAAN*, a menos que tales actos o sucesos se relacionen con los alegatos de una omisión continua en la aplicación efectiva de la legislación ambiental.

Por las razones arriba expuestas, en opinión del Secretariado los alegatos concernientes a la omisión en la aplicación de la *Ley de la NEB* no ameritan la elaboración de un expediente de hechos.

Sometida respetuosamente a su consideración, con fecha 27 de abril de 1998.

Janine Ferretti
Directora Ejecutiva Interina