



Boletín Mexicano de Derecho Comparado

ISSN: 0041-8633

bmdc@servidor.unam.mx

Universidad Nacional Autónoma de México
México

Peña Neira, Sergio

Comercio y medio ambiente: aportaciones desde la perspectiva del acuerdo de libre comercio Chile-
Canadá

Boletín Mexicano de Derecho Comparado, vol. XXXIV, núm. 102, septiembre-diciembre, 2001, pp.
883-961

Universidad Nacional Autónoma de México
Distrito Federal, México

Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=42710208>

- Cómo citar el artículo
- Número completo
- Más información del artículo
- Página de la revista en redalyc.org

redalyc.org

Sistema de Información Científica
Red de Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal
Proyecto académico sin fines de lucro, desarrollado bajo la iniciativa de acceso abierto

COMERCIO Y MEDIO AMBIENTE: APORTACIONES DESDE LA PERSPECTIVA DEL ACUERDO DE LIBRE COMERCIO CHILE-CANADÁ

Sergio PEÑA-NEIRA*

RESUMEN: En la primera parte, el autor establece un marco teórico y expone las diferentes posturas de distintos sectores frente a las relaciones entre comercio y medio ambiente. El autor parte de que dicha relación ha superado el terreno estrictamente económico, para convertirse en un fenómeno cuya problemática y soluciones deben ser abordados por el derecho. De esta manera, el autor analiza la reglamentación y las soluciones existentes en materia ambiental en el Tratado de Libre Comercio entre Chile y Canadá, y en el Acuerdo sobre Medio Ambiente entre estos dos países, entre las que destacan los procedimientos de consulta, imposición de sanciones y de solución de controversias. Por último, el autor expone la regulación canadiense en cuanto al comercio marítimo y el medio ambiente, tomando en consideración las dificultades que puede traer aparejado el hecho de que la legislación canadiense en esta materia es más avanzada que la chilena.

Palabras clave: libre comercio, medio ambiente, solución de controversias, comercio marítimo.

ABSTRACT: *In the first part of this article, the author offers a theoretical framework and states the positions of different sectors regarding the relationship between trade and environment. Afterwards, the author considers that such relationship has gone beyond the economic field and has become a phenomenon whose problems and solutions have to be discussed by legal analysis. In this way, the author analyzes the existing environmental regulations and solutions established in the Free Trade Agreement between Chile and Canada and in the Environmental Agreement between those countries, emphasizing proceedings such as consultation, sanctions and dispute settlement. Finally, the author studies the Canadian regulation on maritime trade and environment, taking into account the difficulties that might arise from the fact that the Canadian legislation is more advanced than the Chilean one.*

Descriptors: *free trade, environment, dispute settlement, maritime trade.*

* Profesor ayudante en la Universidad del Mar, Chile, e investigador del Centro de Ecología Teórica y Aplicada de la citada casa de estudios. El autor desea resaltar que este trabajo ha contado con el generoso apoyo del gobierno de Canadá a través del programa *Faculty Enrichment Programm* que le fue otorgado en 1998. Mediante dicha beca se pudo efectuar la investigación para dar curso al presente texto. Tal investigación fue efectuada en enero y febrero de 1999 en la Sección de Derecho Civil de la Facultad de Derecho de la Universidad de Ottawa, Canadá.

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Administración del riesgo en materia ambiental y comercial internacional*. III. *Regulaciones ambientales y comerciales internacionales*. IV. *Las regulaciones jurídicas canadienses*. V. *Regulaciones ambientales en el Tratado de Libre Comercio entre Chile y Canadá*. VI. *Comercio y medio ambiente en la regulación marítima canadiense*. VII. *Conclusiones*.

I. INTRODUCCIÓN

1. *Relaciones entre comercio internacional y medio ambiente*

A. *La visión de los economistas*

Nos corresponde señalar, de *grosso modo*, tres puntos de vista dentro de la visión que los economistas sustentan:

- a) La inexistencia de dificultades entre comercio y medio ambiente. Las dificultades no existirían, según este punto de vista, sea por el absoluto rechazo de tal posibilidad, por la falta de prueba que señale la existencia de dificultades, o por el rechazo de los argumentos a favor de la existencia y preservación de los derechos ambientales.
- b) La extrema oposición entre comercio internacional y medio ambiente. Por una falta absoluta de beneficio entre ambos órdenes o materias. El comercio internacional llevaría a una

Asimismo, agradece a la señorita Paulina Vilches, a la señora Sylvie Blanchard y a la Embajada de Canadá en Santiago, así como al gobierno de Canadá, por la generosidad y apoyo para el término del presente texto. También, corresponde agradecer a los profesores y doctores André Braën, Ernesto Caparros y Luis Perret —este último, decano de la citada Facultad— quienes apoyaron, discutieron y criticaron constructivamente este texto. Por último, el autor agradece los comentarios del profesor Rodrigo Céspedes, Facultad de Derecho de la Universidad Católica del Norte, Chile; a Andrew Bowcott, de Environment Canada: organismo encargado de la administración desde la perspectiva canadiense del TLCCC; al abogado Daniel Langlois, del Ministerio de Comercio y Relaciones Exteriores de Canadá, así como a los miembros de la Embajada de Chile en Canadá, al embajador José Tomás Letelier Vial y al señor Karl Mueller. Los errores u omisiones son de la responsabilidad del autor del ensayo.

degradación del medio ambiente (primera opinión) o al menos a una disminución del medio ambiente al afectarlo (segunda opinión). En el primer caso, podemos encontrar como ejemplo la actuación directa sobre el medio ambiente que realiza el hombre, y en el segundo caso, con el tráfico de desechos peligrosos.

- c) Una visión intermedia, en donde se impulsa o promueve el medio ambiente, pero permitiendo y considerando al comercio internacional como uno de los principales factores de desarrollo de un pueblo. Esta tercera visión coloca al “desarrollo sustentable” como un elemento central para la solución de la dicotomía entre comercio internacional y medio ambiente.

Como representantes de dichas posturas, encontramos, para la primera, a la señora Hoffman, directora de la División de Medio Ambiente y Desarrollo de la Comisión Económica para América Latina (CEPAL). En la tercera, a Hermann Daly, de la Universidad de Maryland en los Estados Unidos.

B. *La opinión de los industriales y comerciantes*

En esta materia podemos señalar opiniones similares a las ya planteadas entre los economistas. Existen industriales que rechazan la posibilidad de un deterioro medioambiental por el comercio internacional, aquellos que se encuentran en un área intermedia de solución o auxilio del medio ambiente. Un reciente texto, *Ecoeficiencia*,¹ expone esta última postura que nos parece la más inteligente. Se tiene como punto de partida el “desarrollo sostenible”. Esta visión encierra en sí objetivos económicos, sociales y ecológicos, y se propone contribuir al mejoramiento de las expectativas de vida de las generaciones actuales y futuras. Lo anterior establece clara relación con el uso responsable y sostenible de los recursos naturales y de la energía como instrumento de un sistema

¹ Brugger, Ernst A. y Lizana, Eduardo (ed.), *Ecoeficiencia*, Medellín, Colombia, Oveja Negra, Consejo Empresarial para el Desarrollo Sostenible, 1992.

económico eficiente. En definitiva, busca el equilibrio entre políticas medioambientales y políticas comerciales.

A su vez, los empresarios deben considerar las nuevas tendencias que se dan en el mundo moderno. Una de tales tendencias es el tema del medio ambiente.²

Actualmente, como producto de las restricciones y ordenaciones impuestas por la ley, tanto de Chile como de Canadá, se deben tomar en consideración los aspectos más relevantes en torno al tema.

C. *Los ambientalistas*

Aquí encontramos a los defensores a ultranza, quienes niegan toda posibilidad de cooperación productiva entre el comercio y el medio ambiente, y por el contrario quienes aceptan la posibilidad de una cooperación entre ambos.

Conceptos fundamentales

‘Medio ambiente’³ es todo aquello que nos rodea en forma directa o que rodea al mundo en que vivimos. Existen sobre el tema variadas definiciones. Preferimos una opción tan amplia como la indicada.

‘Comercio internacional’ es la transferencia de bienes, servicios y productos financieros entre naciones o Estados. Otra definición a la que podemos recurrir es la siguiente: exportación de mercancías o servicios desde un país al otro, que es el país importador.⁴

² Schmidheiny, Stephen *et al.*, *Changing course*, Cambridge, Massachussets, MIT Press, 1992.

³ Emplearemos la división entre las palabras medio y ambiente, pues crear un neologismo en castellano, a pesar de la difusión de la unidad de la palabra, resultaría poco efectivo. Además, en nuestra opinión, cada una de dichas palabras permite entender que el concepto aludido es una globalidad.

⁴ Esta definición aparece en el libro de Smithoff, Clive, *Smithoff's Export Trade*, Eight Edition, London Steven and Sons, 1986, p. 1. En el original aparece “relate to the exportation of goods or from services from one country to another, which is the importing country”. Agrega el autor “These transactions are referred to in this work as a *export transactions*. The conduct of export transaction can be divided into two categories: transactions

‘Comercio transfronterizo’ es la transferencia de bienes, servicios y productos financieros entre filiales de una empresa que se sitúan en diversos Estados.

2. *Relaciones entre comercio y medio ambiente*

A. *Perspectiva del comercio internacional*

a. El medio ambiente como objeto de uso del comercio internacional

Tres puntos de vista son los que contemplamos en este apartado. Ellos son:

- a) El medio ambiente como producto. En este caso al medio ambiente se le trata como objeto de uso. En otros casos nos encontramos con la utilización de una parte del medio ambiente, por ejemplo, recursos naturales renovables o no.

En otras situaciones, el medio ambiente es utilizado como modo o forma para satisfacer determinadas necesidades de las personas. La visión de un lago, un río o un paisaje, por ejemplo.

- b) El medio ambiente como servicio. En este caso, puede utilizarse para la satisfacción de necesidades no cuantificables.
- c) El medio ambiente como objeto de las finanzas internacionales. La generación de proyectos financiados sobre determinados recursos.

b. El medio ambiente como sujeto en el comercio internacional

Una nueva opción se presenta al convertir al medio ambiente en partícipe de las respectivas decisiones en materia de productos, servicios o inversiones financieras.

En el caso de los productos y servicios, se impone la consideración de protección al medio ambiente. Un caso clásico es el tema de los envases de productos o la prestación de servicios que deben adecuarse a las normas ISO 14000.⁵ Actualmente, inclusive, se estudia en determinados países la consideración al medio ambiente frente a los préstamos que se deben efectuar a países subdesarrollados.⁶

B. Perspectiva ambientalista

Los ambientalistas se sitúan, a nuestro entender, en las siguientes vertientes:

- a) Aquellos que se oponen totalmente al uso del medio ambiente por los intereses económicos.
- b) Aquellos que aceptan, en parte, la posibilidad enunciada en el inciso anterior.

Consecuencia de lo anterior es la posibilidad de oposición total al desarrollo económico o la oposición en parte.

⁵ Sin perjuicio de lo anteriormente señalado, no debe dejar de tenerse presente que tales requisitos o exigencias son, en muchos casos, de difícil acceso para empresarios pequeños y medianos de países pequeños o en desarrollo. Lo anterior nos lleva a considerar que no debemos olvidar la necesidad de tener presente que más que una ventaja podemos encontrar con un problema frente a la necesidad de certificación.

⁶ Es el caso de la Universidad Politécnica de Zürich en donde encontramos al profesor Bernard Schmied que se encuentra en dicha investigación.

3. *Relaciones de carácter práctico entre comercio internacional y medio ambiente*

- a) El comercio internacional indiscriminado de los recursos naturales los agota.
- b) El uso ineficaz de las energías para la generación de formas no ambientales de construcción, genera la necesidad de una mayor energía con la destrucción del medio ambiente.
- c) En el caso de los derrames de hidrocarburos, se genera la necesidad de devolver al medio ambiente, en su parte ecológica, al estado anterior.
- d) En materia comercial, el comercio internacional se ve constreñido por exigencias ambientales.
- e) Las exigencias ambientales pueden ser por disposición expresa de la ley de un país o por uniformización no normativa pero obligatoria de requisitos ambientales. Caso paradigmático: normas ISO 14000.
- f) Es posible cumplir si se aplican las normas ISO 14000.
- g) El medio ambiente podría utilizarse como forma de restricción al comercio internacional.

II. ADMINISTRACIÓN DEL RIESGO EN MATERIA AMBIENTAL
Y COMERCIAL INTERNACIONAL

El tema que nos ocupa es muy importante a la hora de decidir lo que habrá de exportarse, así como su transporte por mar. Una mala decisión podría costar caro a los exportadores o a sus asesores.

Con el fin de alcanzar una ordenación destinada a la buena comprensión, emplearemos un método clásico que consiste en delimitar el tema en cuestión, para luego de su acabada comprensión poder aplicarlo a las materias que correspondan.

1. *El concepto de riesgo*

Existen diversos puntos de vista que fundamentan el tema del riesgo. Nos detendremos sólo en los siguientes:

En general, es la “probabilidad de la ocurrencia de algo ‘malo’ o que es perjudicial”. Aquello que es perjudicial puede ser clasificado como un daño o un riesgo.

El daño o riesgo referido puede ser observado desde diferentes perspectivas. Una de ellas es la “positivista”. Se entiende por tal una perspectiva basada en aspectos científicos. Para alcanzar el grado de cientificismo requerido por esta corriente de pensamiento se requeriría una caracterización y análisis a través de un método cuantitativo.⁷

A su vez, quienes se adhieren a postulados diferentes —y me cuento derechamente entre ellos— señalan que el riesgo es una reacción subjetiva respecto de los fenómenos que se enfrentan en experiencias sociales o personales. Halla sus fundamentos en circunstancias del mundo físico, y otros en construcciones que expresan reacciones de carácter emocional, moral o político.

Volviendo atrás, lo esencial se encontraría, de acuerdo con la corriente positivista, en la idea de “probabilidad”. Para algunos la probabilidad debe ser cuantificable, mensurable. A su vez, otros directamente exigen una expresión matemática del riesgo.

Por tanto, desde una perspectiva positivista, el riesgo es la probabilidad de un evento adverso, medido por la extensión del daño causado. Lo anterior, según algunos, es una definición de corte económico. El daño es denominado detrimento. La cuantificación de los detrimentos implica la cuantificación del daño. Sin embargo, estos autores indican que en materia ambiental no sería posible cuantificar el daño, con lo cual, en nuestra opinión, volveríamos

⁷ Esta fórmula “científica” adscrita al positivismo puede ser criticable y de hecho lo es. No nos detendremos mayormente en ello, pero debemos señalar que quien toma las muestras es un ser humano y quien las analiza también. Por consiguiente, la objetividad absoluta no es posible de determinarse. Baste además tener presente que cualquier teoría científica requiere una verificación, y esto dentro de determinados términos o contextos. De cambiar el contexto nos encontramos con una posibilidad diferente o consecuencias insospechadas. Pongo, por ejemplo, el caso de la teoría newtoniana *versus* la teoría einsteiniana del universo.

al punto de partida: careceríamos de una definición. Tendríamos que recurrir a una perspectiva subjetiva.

Consecuencias

Para la visión positivista, sólo se puede determinar el riesgo de acuerdo con los parámetros de carácter técnico determinados por la estadística. Dicha determinación del riesgo debe ser expresada, en definitiva, en términos matemáticos. Las decisiones que se tomen serían de carácter objetivo.

Para la visión relativista, en cambio, el riesgo se puede determinar por parámetros estadísticos, pero incluye otros elementos no matemáticos. Los elementos por considerar se enmarcan dentro de la sociedad en que se inserta el análisis.

La necesidad de determinación estadística no está presente y, por tanto, no hay decisiones de carácter científico.

2. Concepciones concluyentes acerca de la administración del riesgo

De los conceptos de riesgo antes apuntados, resulta que el manejo del riesgo tendrá formas diferentes.

En el ámbito positivista, la administración del riesgo se efectúa sobre la base de una metodología estadística. Ella, consecuentemente, lleva a la necesidad de considerar aspectos relevantes en el sentido de las ciencias naturales. Allí habrá de considerarse aspectos estadísticos. Desde la perspectiva contraria, vemos que el relativismo tiene mayor flexibilidad incorporando aspectos subjetivos.⁸

⁸ Para una observación acerca del tema, respecto de los tratados, véase Bilder, Richard B., *Managing Risks of International Agreements*, The University of Wisconsin Press, 1981. Los problemas que plantea como riesgo para los acuerdos internacionales son básicamente tres: que la nación cambie su opinión para no participar ni mantener el acuerdo; la posibilidad de que en el Estado se produzca una declinación en los beneficios prospectivos o esperados, y el riesgo de que la otra nación no cumpla con las obligaciones propias. En cuanto al último, puede verse nuestro trabajo "La solución de controversias en el Mercosur: La sentencia extranjera y la noción de orden público en el derecho chileno", *Revista de Derecho Privado*, México, McGraw-Hill, núm. 6, 1998.

3. *La perspectiva jurídica de la administración del riesgo*

A. *El concepto de gestión de riesgos*

El concepto de gestión de riesgos o *Risk Management* aplicado a la empresa apareció en Estados Unidos a finales de los años cincuenta. Era una manera de poder tratar, por una empresa, los riesgos de pérdidas y costos correspondientes, antes de tomar las respectivas pólizas de seguro y sus coberturas, y de pagar las primas.⁹

Así las cosas, la empresa posee diferentes aspectos por considerar en su labor dentro de una sociedad. Toda empresa debe efectuar un análisis de los procesos y productos, y de esta manera determinar si ellos poseen o no una relación amigable con el ambiente. Por cierto que el medio ambiente interno, así como el externo, debe considerarse en su globalidad.

Si miramos a esta materia en la perspectiva ambiental, debemos situar el asunto en el tema de las auditorías ambientales, debido a que es ahí donde se evalúa la situación del riesgo ambiental.

Progresivamente, conjugando la expansión de la actividad de la empresa y las argumentaciones de la responsabilidad civil (extracontractual), del encarecimiento correlativo de las primas de seguros y de los progresos de la ciencia de la gestión nace el concepto de “administración del riesgo”.¹⁰

La idea es analizar de una manera global los riesgos que puedan afectar eventualmente a la actividad de la empresa. Desde esta óptica, la gestión del riesgo no se puede reducir sólo al tema del seguro, ya que lo que se pretende con la gestión de riesgos es evitar y minimizar las pérdidas eventuales de la empresa con el fin de reducir los costos.¹¹

Pero, asimismo, la idea de la “administración de riesgos” puede ser vista desde la perspectiva de un método de identificación de

9 Perret, Louis, “Qu’est-ce que la gestion des risques dans les contrats internationaux”, en Lacasse, Nicole y Perret, Louis (dir.), “La gestion des risques dans les contrats internationaux”, *Collection Bleue*, Montreal, Wilson et Lafleur Itée, pp. 9-20.

10 *Ibidem*, p. 13.

11 *Idem*.

los riesgos (tomando todas las partes de la empresa), la evaluación de los riesgos, el control de los mismos y el financiamiento de los riesgos que en realidad quiere decir la manera de poder reemplazar la pérdida cuando ésta ocurra.¹²

Uno de los elementos más importantes, siguiendo las grandes tendencias actuales, es el tema y la preocupación ambiental. Ello constituye un riesgo en el actuar empresarial en el ámbito nacional e internacional. En el segundo de los casos, particularmente por no saber las normas o regulaciones a que se debe ajustar el servicio, producto o la inversión que se realiza. Particularmente en materia ambiental.

B. *Evaluación del riesgo*

Con el fin de alcanzar a determinar el riesgo, se debe efectuar una evaluación del riesgo. Esto se efectúa mediante una auditoría ambiental.¹³

Los pasos en las auditorías ambientales podemos resumirlos en los siguientes:

- a) Focalización (*Scoping*).
- b) Actividades preparatorias (*Preparatory activities*).
- c) Reconocimiento de sitios (*Site reconnaissance*).
- d) Cálculos de datos (*Data calculation*).
- e) Resultados y comentarios (*Results and recommendations*).

Como se observa, en la práctica los elementos positivistas y relativistas se entremezclan.

El impacto del riesgo implica evaluar el nivel de daño resultante de la exposición del medio ambiente a los contaminantes o a los

¹² *Ibidem*, pp. 13-14. En este texto, el profesor Perret señala de manera general los diferentes riesgos a que se encuentra sujeto el contrato internacional como el riesgo de inejecución, el que se imputen contractualmente ciertos riesgos o el control de riesgos de inejecución. En dicho texto ya citado, aparece un texto de Nicole Lacasse acerca de la evaluación de riesgos frente al no pago dentro del comercio internacional.

¹³ Este tema de las auditorías ambientales se encarece en su aplicación en el acuerdo de libre comercio Chile-Canadá al que nos referiremos después.

servicios e inversiones que traigan un deterioro o modificación sustantiva. A su vez, para la empresa, conocer hasta dónde llega su actuar sin afectar el medio ambiente. Puede permitir determinar el nivel de confianza (y ese es el objeto de la auditoría) que el consultor debe obtener de la misma.

Para esto se debe obtener suficiente información. Incluye o autorizaciones gubernamentales, diagramas de flujos de procesos, mapas topográficos, manifiestos o declaraciones de los desechos y otros documentos de importancia. En lo comercial, conocer las normas ambientales. Un cuestionario acerca de estas informaciones puede ser enviado a la empresa con el fin de darle tiempo para preparar la documentación y los antecedentes requeridos. El menor tiempo que se tome para efectuar aquéllo será lo óptimo.¹⁴

C. *Tipos de auditorías ambientales*

Existen múltiples formas de auditorías ambientales. En primer lugar, *la auditoría de adhesión*: en donde se pretende el cumplimiento de la empresa de todas las leyes y regulaciones ambientales, estándares o principios, incluyendo las restricciones que al respecto puedan existir, las restricciones a las descargas y a las deposiciones de desechos (*waste*), permisos y reportes de los requisitos para operar, requisitos de monitoreo e informes propios de las violaciones cometidas.¹⁵

En segundo lugar, *la auditoría ambiental de administración de sistemas o auditoría de determinación del riesgo*: que tiene por objeto determinar la efectividad de un sistema de administración del medio ambiente en el lugar mismo, y políticas de las empresas (*corporate policies*) y los riesgos asociados a las prácticas, que de no regularse pueden tener como conclusión algún grado de detrimento medio ambiental

¹⁴ Bechiner, James A. y Chorel, Kenneth C., "Perceiving and understanding potential environmental problems", en varios autores, *Cleaning up contaminated sites, managing environmental risk and responsibility*, Missisagua, Ontario, Insight Press, a Division of the Groupmark Canada Ltd., 1990.

¹⁵ Peters, John F.; Knapp, Randall A. y Gorber, Donald M., "Implementing and interpreting the environmental audits", en varios autores, *Hazardous Waste and Environmental Management*, Ontario, Canada, Insight Press, Inside Educational Services, 1989, p. 3.

con consecuencias como la salida de gases u otros. Se utiliza para lograr la adhesión a la letra y el espíritu de la ley. Es singular pero no tan comprensiva como la primera.¹⁶

La tercera es la *auditoría de minimización de desechos*, que es una forma especial de auditoría cuyo objeto es la reducción de la generación de desechos y de costos disponibles.

Por último, las *auditorías del estado real de la industria o empresa* son aquellas que se efectúan para identificar las posibles o probables responsabilidades asociadas a las estructuras existentes y que requieren un remedio o una fórmula que alcance a evitar los posibles daños.¹⁷

Los parámetros de una auditoría ambiental son los siguientes:¹⁸

- a) Propósitos, es decir, a qué nivel se hará la auditoría.
- b) Objeto, determinar el ámbito específico que se intenta investigar.
- c) Comprensión, acerca de las diversas maneras para llevar adelante esta auditoría, sea con visitas de inspección, recolección de datos, entrevistas con los empleados, etcéteras.
- d) Probables usuarios de la auditoría, es decir para quienes dentro o fuera de la empresa se prepara la auditoría.
- e) Formato de auditoría, es decir, los modos en que efectivamente habrá de realizarse la auditoría.
- f) El equipo de trabajo para la auditoría con sus diferentes conocimientos, etcétera.
- g) Forma en que se ha de presentar el reporte.

En definitiva, la auditoría es un acercamiento metódico a la identificación y definición actual o potencial de responsabilidades ambientales.¹⁹

La importancia de esta materia tiene relación con las posibles demandas por responsabilidad civil que pueden nacer debido a la

¹⁶ *Idem.*

¹⁷ *Ibidem*, pp. 4-5.

¹⁸ *Ibidem*, pp. 6-8.

¹⁹ Bechiner, James A. y Chorel, Kenneth, *op. cit.*, nota 14, p. 3.

falta del cuidado debido, en definitiva, del actuar en forma o de manera precautoria frente a los riesgos que puedan generarse.²⁰

D. *Administración de riesgos jurídicos*

Los riesgos jurídicos en materia internacional pueden ir desde una falta de ley, una falsa interpretación o un desconocimiento de las normas jurídicas que existen en el país, que habrá de aplicar la normativa sobre los bienes o los servicios a prestar.

Dentro de un contrato se pueden presentar múltiples posibilidades de riesgo para el contratante, como la determinación de la ley aplicable, el conflicto de leyes aplicables, las diversas maneras de reglamentar los litigios, etcétera.²¹

E. *Administración de riesgos ambientales*

Canadá posee un largo historial de crisis ambientales y de prevención frente a los riesgos ambientales severos. Producto de los desastres, como el del *Exxon Valdes*, en que un buque tanque botó al mar miles de litros de petróleo, hecho por el cual la organización de la empresa se convirtió en la primera en buscar fórmulas cada vez más efectivas para disminuir los gastos de la preservación, sin dejar de preservar el ambiente, y cumplir con los parámetros establecidos.

20 Caverly, Clayton W., "Managing Environmental Disaster", en varios autores, *op. cit.*, nota 14, p. 1. En este artículo, el autor señala tres grandes grupos de actuaciones frente a un desastre. Primero, la obligación de dar la voz de alerta a los involucrados en la responsabilidad de mitigar los efectos del desastre, el caso de los bomberos, el cuerpo médico, al dueño del bien siniestrado, etcétera. Segundo, efectuar una investigación del accidente y, por último, efectuar un análisis de las posibles consecuencias y las medidas preventivas. A su vez, Musser, John C., "Crisis Management-Learning to expecto the unexpected", en varios autores, *op. cit.*, nota 14, p. 4, indica en su artículo algunos pasos a seguir para poder manejar de la mejor manera la crisis producto de una auditoría o producto de algún desastre. Por ejemplo, manteniendo un buen clima en que la responsabilidad sea la tónica, respondiendo en forma directa y de la manera más transparente a las preguntas que efectúe la prensa y permitiendo una revisión de la planta en forma completa, etcétera.

21 Prujiner, Alain, "Les risques juridiques: choisir la loi applicable et le mode règlement des differendes", en varios autores, *op. cit.*, nota 14, p. 251.

Un primer principio al que debemos acudir es al de la “debida diligencia”, o en inglés *Due diligence*.

En Canadá, la Corte Suprema²² ha señalado en la sentencia “R. v Sault Saint Marie” en 1978 “que la mejor manera de defenderse frente a un atentado al medio ambiente es la debida diligencia. Un acusado puede defenderse si en el balance de probabilidades usa un cuidado razonable para prevenir la prosecución de este particular evento”.²³ A su vez, este tribunal señala una serie de requisitos para poder demostrar que se ha actuado con la debida diligencia.²⁴

Este concepto, lo que sea razonable, dependerá de las circunstancias de cada caso. Ello incluye la importancia del daño potencial, el conocimiento de las materias de que se trata, que razonablemente podría esperarse del acusado; la fuerza de las circunstancias que le toca vivir, etcétera.

III. REGULACIONES AMBIENTALES Y COMERCIALES INTERNACIONALES

Respecto de este tema, debemos señalar desde el inicio que es muy difícil dar un conjunto de parámetros que nos puedan servir de base para entender toda la regulación ambiental y comercial internacional.

22 Debemos señalar que nos referimos al más alto tribunal de Canadá que se encuentra en la cúspide del sistema judicial, son las provincias las que establecen los tribunales. Cada provincia tiene un tribunal superior que conoce de todas las cuestiones o negocios en todos los dominios del derecho. Esto no es así respecto de los tribunales inferiores que poseen una jurisdicción limitada y especializada en virtud de leyes federales. Los tribunales federales, como la Corte federal (sección de primera instancia de la Corte de Apelación federal) poseen una jurisdicción limitada y especializada en virtud de leyes federales. La Corte Suprema del Canadá es un tribunal de apelación de Canadá. Debo esta aclaración al profesor y doctor André Bräen de la Escuela de Derecho, Sección de Derecho Civil de la Universidad de Ottawa. Los errores son propios de quien estas líneas escribe.

23 “This decision has come to mean that the ‘men rea’ is not an ingredient of an environmental offence. An accused may be acquitted if, on the balance of probabilities, he used all reasonable care to avoid the particular event given rise to prosecution”.

24 Los requisitos los expondremos en su original en inglés: 1. The accused established a prior system to prevent the commission of the offence; and 2. The accused took all reasonable steps to ensure the effective operation of the system.

Ambas regulaciones, desde una perspectiva general, pueden encontrarlas como propias de una rama común del derecho, la internacional.

Sin embargo, estas ramas del derecho, entroncadas en otras como el derecho privado, se convierten en preeminentes, dado el interés en ordenar la sociedad en forma total y de diversas sociedades. Por otra parte, desde la perspectiva de la propia vida de un país, la necesidad de regular sobre la base de las personas y sus acuerdos interpersonales hace que el derecho se vuelva en mayor medida hacia la publicización de las mismas.²⁵

1. *El derecho del medio ambiente en la arena internacional*

Sobre la base del derecho internacional se ha ido generando una serie de principios para el medio ambiente. La razón de este tema se debe a que ha existido un acercamiento común al mismo. El problema de la contaminación constituye el signo común en la materia.²⁶ Es la actividad humana la que genera esta alteración al medio ambiente y no la actividad de la naturaleza, es introducida directamente o indirectamente al medio ambiente pudiendo constituir tanto energía como sustancias que generen consecuencias perjudiciales que lleven al peligro de la naturaleza o a la salud humana o a los sistemas ecológicos.²⁷

El derecho internacional del medio ambiente, en principio, ha tendido hacia una evolución desde la absoluta autonomía de las normas y reglas que cada Estado se ha dado hacia una heteronomía relativa en cuanto se admite la posibilidad de aceptar principios internacionales derivados de acuerdos internacionales o prácticas interestatales.²⁸

25 En este sentido podemos afirmar junto al connotado catedrático de derecho marítimo, profesor Ignacio Arroyo, que se produce la publicización del derecho privado y la privatización del derecho público. Arroyo, Ignacio, "El derecho marítimo", en varios autores, *Estudios de derecho marítimo*, Barcelona, Bosh, 1985, p. 99.

26 Kiss, Alexandre, *Droit International de L'environnement*, París, Editions Pendone, 1989, p. 67.

27 *Ibidem*, p. 70.

28 El caso del Lago Lanux entre Francia y España de 1956. Los casos de los ensayos nucleares de Francia en el Asia Pacífico que fueron sometidos a la Corte Internacional de Justicia por Nueva Zelanda y Australia, y fallado en 1973, y así se pueden citar una serie

Aparecen también una serie de otros principios, como, por ejemplo, lo relativo a las reglas transfronterizas sobre contaminación que tienen en la Declaración de Estocolmo de 1972 y de Río de Janeiro de 1992 sus puntos más importantes.

Elementos como la cooperación, la información inmediata a otros Estados de las dificultades y de los efectos adversos que se generen en un país y alcanza a otro, el deber de asistencia, el deber de información, el de consulta, el de igualdad entre los residentes extranjeros y nacionales, la ausencia de discriminación de las normas de un Estado a otro, son los que presiden el desarrollo de esta área del conocimiento.

En cuanto a reglas globales, podemos indicar que una es el deber de todos los Estados de conservar el medio ambiente y los recursos naturales; otra, el deber de evaluar los incidentes ambientales y de mantener el estado del medio ambiente en la medida de lo posible; por último, la información del público y de la cooperación internacional son puntos de tremenda importancia.²⁹

Existen, desde la perspectiva jurídica, diversas visiones en torno al medio ambiente. Una primera visión es la denominada “estática”, basada en el concepto de soberanía estatal, el positivismo clásico y el naturalismo. Una aproximación moderna, en segundo lugar, contiene los principios de interdependencia de los Estados, del interés común de la humanidad y de equidad intergeneracional³⁰ dada la necesidad de proteger los derechos de las generaciones futuras. Tales elementos son puestos de relieve en este trabajo, ya que los mismos se encuentran presentes en la legislación protectora del medio ambiente en el nivel nacional.

En definitiva, los principios básicos del derecho internacional del medio ambiente pueden resumirse en: principio del buen vecino, abuso del derecho *sic utere* por el cual ningún Estado tiene

de otros fallos sobre diversos aspectos relacionados con el tema ambiental, por ejemplo, el tema de la jurisdicción, etcétera.

29 Kiss, Alexandre, *op. cit.*, nota 26, pp. 71 y ss.

30 Blais, Denise, *Le Droit International de L'Environnement et Le Droit Économique: Vers une meilleure protection des ressources*, Faculté de Droit de L'Université d' Ottawa, 1996, Thèses présentée pour L'obtention de la maîtrise en Droit, pp. 13 y ss.

derecho a que desde su territorio se pueda provocar daño a otro Estado, y la cooperación del Estado.³¹

2. *El concepto de medio ambiente*

Es la composición de una serie de condiciones que permiten al hombre y a los pueblos desarrollarse. Este concepto, si bien es nuevo, debe entenderse como parte de una larga evolución que se inicia en el siglo pasado, el siglo XIX, y que se desarrolla desde los inicios del siglo XX.

Las aves migratorias primero, la flora y fauna después, permitieron imponer restricciones a la comercialización de estos animales. Las dificultades que operaban, producto de la caza o pesca indiscriminadas³² de los mismos, generaron tal necesidad.

Hay que tener presente la sectorialidad de tales ordenaciones. Actualmente, y desde la década de los ochenta del siglo XX, observamos que se ha agudizado la toma de conciencia frente a las dificultades relativas al tema de la globalización y del medio ambiente. Este fenómeno, además de económico y político posee dimensiones culturales que hacen considerar a las personas y sus problemas desde una óptica diferente. A su vez, la mayor información, consecuencia de la globalización, ha llevado a una toma de conciencia en materia de destrucción del medio ambiente y problemas como la capa de ozono y las sustancias destructoras de la misma. Otro caso paradigmático es el tema de la pérdida de la biodiversidad genética, sea porque se ha destruido la biodiversidad o porque se ha logrado información sobre las características genéticas de un ser vivo.³³

Asimismo, se plantea el problema de la dificultad para el derecho medioambiental de lograr la protección debida a los seres vivos, entorno humano y, por supuesto, a la naturaleza. El punto se ha debatido, y se ha señalado que una de las razones vendría

³¹ *Ibidem*, pp. 29 y ss.

³² *Ibidem*, p. 52.

³³ Peña-Neira, Sergio, *Comercio y medio ambiente: biodiversidad, biotecnología y derecho, sus relaciones*, Centro de Ciencias y Ecología Aplicada de la Universidad del Mar, Chile, 1998, tesis presentada para obtener el grado de Diplomado en Ciencias Ambientales y Ecológicas.

dada por la poca consideración que los seres humanos poseemos sobre los seres vivos, debido a que consideramos tener una suerte de plenitud de dominio sobre los mismos, dada por Dios a los cristianos. Como he señalado anteriormente en un trabajo efectuado para la Universidad del Mar, aquello es absolutamente incorrecto. Si bien existe una falta de consideración a los aspectos éticos del cuidado al ambiente, aquello no tiene en su origen el fundamento de considerar al hombre dueño del mundo. La desviación puede ser observada en otras culturas.³⁴ En segundo lugar, existiría una falta de propiedad sobre el ambiente, y al ser de todos y no ser de nadie nos encontraríamos con una falta de defensa al mismo. Nuevamente se puede señalar que el ambiente no pertenece a nadie, porque en el mundo hay cosas que no pertenecen a nadie sino que pertenecen a todos, y sería ilógico que una puesta de sol u otro elemento de la naturaleza se considerara perteneciente a alguien. Esto ha sido considerado así por las más diversas legislaciones como la alemana, la francesa y la estadounidense.

Pero existe la posibilidad de valoración de aspectos de la naturaleza. Esos aspectos merecen un tratamiento o protección por el derecho.

La falta de responsabilidad y la idea de la existencia de “intereses”, más que derechos en relación con la naturaleza, son las verdaderas razones, en nuestra opinión, de la existencia de este fenómeno.

Asimismo se enfrentan los antiguos y nuevos principios como el de patrimonio común de la humanidad o el de la soberanía permanente de los Estados sobre sus recursos naturales, que en algunos casos sirven para guardar secretos o para abusar de los Estados más pequeños.

Actualmente se han profundizado conceptos como desarrollo sustentable u otros. El mismo es utilizado por quienes desean integrar al derecho del medio ambiente y al derecho económico.³⁵

³⁴ *Ibidem*, p. 56.

³⁵ Conversación con el profesor Phillipe Crabbe de la Universidad de Ottawa, Instituto de Economía y Medio Ambiente, Ottawa, enero de 1999.

Precisamente este concepto de desarrollo sustentable o sostenible entrega las bases al derecho para lograr una reconciliación y balance en la relación comercio internacional y medio ambiente.

Para ello podemos distinguir una:

- a) Dimensión ambiental, en donde este principio se aparece en los subprincipios de la:
 - Equidad intergeneracional.
 - Utilización sostenible de los recursos.
 - Precaución o prevención.
 - El estudio de los impactos ambientales.
 - La obligación de la cooperación medio ambiental.
- b) Dimensión ética, en donde aparecen los subprincipios de:
 - La abolición de la pobreza.
 - Diferenciar las obligaciones comunes.
 - El derecho a un medio ambiente sano.
 - El arreglo pacífico de las disputas medioambientales.
- c) Dimensión económica, que posee su manifestación en el principio “quien contamina debe pagar”.³⁶

La evolución de la protección del medio ambiente en las relaciones económicas internacionales se inicia, en nuestros días, a través del GATT en 1994. La idea del desarrollo económico a través de la liberación de los intercambios económicos internacionales se da a través de la cláusula de la nación más favorecida, de acuerdo con la cual si un país decide otorgar un beneficio a otro, debe otorgarla también a quienes se encuentren en la misma situación. Un gobierno puede intervenir en el tema ambiental, por ejemplo, a través de la facultad otorgada por el artículo 111 del GATT que permite establecer determinados tributos o impuestos que se encuentran en el mismo GATT, y de acuerdo con ellos. Esta es una cuestión de carácter interpretativo. Cada uno de los artículos de este acuerdo puede ser interpretado conforme con las condi-

³⁶ Blais, Denise, *op. cit.*, nota 30, pp. 79 y ss.

ciones medioambientales. Así también, y como es lógico, puede uno encontrar medidas que enfundadas en la protección ambiental amparen determinados intereses estatales o privados. Lo mismo ocurre con las decisiones a tomar en el marco de reclamaciones internacionales a la OMC, y de hecho se han visto diversos casos sobre la materia.³⁷ En definitiva, múltiples son las relaciones existentes entre el medio ambiente y el comercio internacional a la luz del derecho.

3. *La economía y la naturaleza bajo la perspectiva del derecho*

En el campo estricto del derecho y su ordenación, así como de su desarrollo intelectual, el tema de las relaciones entre la economía y la naturaleza no es desconocida. Baste señalar que no es un capricho cuando en el derecho se habla de la “naturaleza jurídica” de una institución, o las leyes que regulan una determinada concepción de carácter económica.³⁸

Existen, además, “analogías”³⁹ imposibles de sustraerse; por ejemplo, la “ciencia de la naturaleza”, la “ciencia jurídica” o la “ciencia económica”. Aunque sea necesario establecer que una ciencia se nutre de ideas u opiniones acerca de lo que es y debe ser.⁴⁰

IV. LAS REGULACIONES JURÍDICAS CANADIENSES

En este capítulo corresponde revisar las regulaciones jurídicas canadienses, en general, y así entrar al tema de las regulaciones

37 Es el caso de Hareng (1988), el caso tailandés y el caso México (1991).

38 Para una mayor explicación del tema de las relaciones, véase Peña-Neira, Sergio, *op. cit.*, nota 33. Brack, D., *Trade and Environment (an update of the issue)*, The Royal Institute of International Affairs, Briefing Paper, núm. 35, UK, febrero de 1997.

39 Godard, Olivier, “L’économie, l’écologie et la nature des choses”, en varios autores, *Archives de philosophie du droit*, t. 37: *Derecho y economía*, París, Sirey, p. 189.

40 Con ello queremos denotar la larga disputa que se ha dado en el campo de la filosofía del derecho sobre este tema.

jurídicas canadienses sobre el ambiente y sobre el comercio marítimo, objetivo final de nuestro estudio.

1. *Regulaciones jurídicas canadienses en general*

Canadá se encuentra regida por un sistema jurídico de características especiales. Posee diez provincias con diversas regulaciones fundamentales, pero conviviendo a través de dos sistemas jurídicos, el del *comon law* o derecho común y el de derecho civil o *civil law*.

Sin embargo, la norma fundamental a la que se refieren los canadienses cuando trabajan en el ámbito jurídico, es la Ley Constitucional de 1867 (LCC, 1867). Ésta es la que entrega los elementos básicos para poder entender al sistema jurídico canadiense. Dicha ley se encuentra vigente y otorga las competencias a los diferentes entes del Estado. Pero esta ley posee ciertas características especiales, pues fue aprobada por las primeras provincias canadienses, considerando que se hallaban bajo el reinado de Inglaterra. Hasta hoy, dicha ley se mantiene incólume. En 1982, sin embargo, se ha efectuado un cambio o introducido una nueva ley que tiene por objeto permitir flexibilidad en la modificación de la misma y no depender del Parlamento británico. Así también, y más importante aún, se ha dictado una carta de derechos humanos que se encuentra en la base de todo el sistema jurídico canadiense, apoyando por cierto al derecho marítimo.⁴¹

Asimismo, el sistema judicial posee una sola cabeza: la Corte Suprema de Canadá, pero con diversos tribunales bajo su égida. Por una parte, tribunales federales que se encargan de conocer todas las materias, como es el caso de lo marítimo y lo ambiental, cuando se violan normas de este carácter. Se puede distinguir al Tribunal Federal de Apelación y a tribunales inferiores de carácter especializado. De éstos, podemos señalar que el Tribunal Federal de Apelación es de carácter itinerante en cuanto le corresponde constituirse en todo Canadá. Por otra parte, distinguimos los tri-

41 Conversaciones con los profesores Ernesto Caparros y André Braën de la Facultad de Derecho, Sección de Derecho Civil, de la Universidad de Ottawa, Ottawa, enero de 1999.

bunales de apelación para llegar al Tribunal Supremo con competencia, que no son de corte federal. En cada provincia, a su vez, se pueden observar tribunales supremos, pero que conocen de ciertas materias. Por cierto, que el Tribunal Supremo del Canadá conoce por la vía de la autodeterminación, previa presentación del problema a éste. Su decisión es inapelable en cuanto puede acoger a conocimiento la materia que se le ha sometido o rechazarla.

A su vez, se observan leyes (denominados *acts*) y regulación administrativa (por ejemplo, la ley de medio ambiente canadiense ha generado una serie de normas de carácter reglamentario).⁴²

A. *Las leyes*

Las leyes canadienses deben tomar en consideración a la Constitución canadiense que tiene su origen y fundamento en la Ley Constitucional de 1867 y la Ley de Canadá de 1982. La primera de las normas aludidas estableció, entre otras, la existencia de una Carta Canadiense de Derechos y Libertades respecto de la cual debe basarse actualmente el legislador canadiense para protegerlos. También se deben observar las leyes provinciales dictadas por cada provincia. Ellas legislan sobre una serie de materias que no se encuentran dentro de la reserva constitucional en favor del Parlamento federal canadiense de acuerdo con la ley de 1867. Un caso es el tema de lo marítimo, que se encuentra dentro de la reserva de la Constitución al Parlamento federal, y otro es el caso del tema ambiental que se encuentra bajo la estricta tutela de cada uno de los parlamentos provinciales, sin perjuicio de que por

⁴² En torno a este tema se debe revisar Morin, Michel, "Les changements de régimes juridiques consecutifs à la Conquête de 1760", *Revue de Barreau*, t. 57, núm. 3, septiembre-octubre de 1997; *id.*, "L'élection des Membres de la Chambre haute du Canada-Uni, 1857-1867", *Les Cahiers du Droit*, vol. 35, núm. 1, marzo de 1994, pp. 23-50; *id.*, "La perception de L'ancien droit et du nouveau droit français au Bas-Canada, 1774-1866", en Glenn, H. Patrick (dir.), *Droit québécois et Droit français: communauté, autonomie, concordance*, Quebec, Les Editions Yvon Blais Inc., 1993; Hall, Peter, *Constitution of Law canadienne*, Canada, Carswell, 1997; Brierley, John E. C. y Macdonald, R. H., *Quebec Civil Law. An introduction to Quebec Private Law*, Toronto, Edmond Montgomery Publications Limited, 1992.

una serie de interpretaciones se haya llegado a la conclusión de que dichas materias correspondían también al Parlamento federal.

No olvidemos que en Canadá, además de convivir dos sociedades e idiomas, conviven dos sistemas jurídicos. Ello hace de la misma una situación paradigmática sólo comparable al caso de Suiza. Los sistemas son los del *common law* y del *civil law*.

B. *La jurisprudencia*

Al aludir a la jurisprudencia, hacemos referencia, en primer término, al Poder Judicial, y en segundo al poder que las decisiones judiciales tienen en el derecho canadiense.

El Poder Judicial es uno de los tres poderes en la división clásica, desde Montesquieu. Éste se divide en Suprema Corte de Canadá, los tribunales federales, tribunales provinciales y pequeños tribunales encargados de determinados temas entregados a su competencia.⁴³ Cada provincia tiene su propia Suprema Corte.

Las decisiones de los tribunales poseen un peso particularmente fuerte en Canadá, inclusive en la provincia de Québec. Así, en Québec, como más adelante se verá, no se aplica el código civil de esa provincia a los temas marítimos, producto de una decisión de la Corte Suprema de Canadá. En el sistema del *common law* el precedente adquiere importancia, y Canadá no es la excepción en esta área.

2. *Regulaciones medioambientales y comerciales canadienses, particularmente marítimas*

El derecho medioambiental canadiense se basa en el principio: “el que contamina paga”. Éste, como lo hemos señalado anteriormente, es de carácter económico, y busca que quien comete un acto que contamina pague como castigo. Tanto en las normas jurídicas fundamentales del área medioambiental como las marítimas contienen sanciones, en algunos casos, bastantes draconianas.

⁴³ Explicación que debo al profesor Ernesto Caparros en Ottawa, enero de 1999.

Lo último, sin embargo, genera la posibilidad de que se modifique el principio, y termine permitiendo, a quien puede pagar, el generar contaminación. Incluso, si el que contamina, no tiene con qué pagar, quien ocupe su lugar deberá pagar. Por lo tanto, la responsabilidad se extiende para quien ocupa su lugar. Quizás lo anterior puede representar no sólo una obligación de carácter público, sino lo que en materia civil se le denomina como obligaciones reales, es decir, que se aplican a cualquiera que ocupa la posición jurídica del obligado.⁴⁴

3. Fundamentos constitucionales canadienses para el derecho marítimo y medio ambiental

Problemas acerca de la contaminación sólida, lluvia ácida y otros no fueron contemplados en la Ley Constitucional de 1867. Debemos indicar que la asignación de competencia legislativa a las provincias y a la autoridad federal es extremadamente exhaustiva. Las leyes provinciales encuentran su legitimidad en las normas que se han entregado autoridades provinciales y a las autoridades federales con jurisdicción exclusiva para legislar sobre los siguientes aspectos:

- a) Propiedad y derechos civiles (políticos).
- b) Administración y venta de tierras públicas que pertenecen a las provincias.
- c) La administración, desarrollo y conservación de recursos naturales no renovables y recursos forestales en las provincias, y las facilidades para la generación y producción de energía eléctrica.
- d) Instituciones municipales.

⁴⁴ Cameron, Donald, *Environmental concerness in Bussines transactions: Avoiding the risks* Toronto, Butherworts, 1993, p. 1. Este autor lo expresa de la siguiente manera: "Those responsible for the discharge of a contaminant, of the disposal of waste, must pay any penalties and the cost of environmental remediation. If the polluter cannot be found or cannot pay, those who own, occupy, or control the property have an inalienable and perpetuas obligation to remedy the problem". Y agrega "Our environmental statutes and the common law create liabilities and the potential for prosecution and costly regulatory orders that could become a financiar black hole for even the most cautions".

- e) Imposición de penas (o tipificación de delitos) con el fin de hacer efectivas las leyes provinciales.
- f) Materias puramente locales y de naturaleza privativa o exclusiva de la provincia.⁴⁵

El poder o facultad del Parlamento de Canadá para formular leyes en materia ambiental se funda en la jurisdicción legislativa respecto de lo siguiente:

- a) Leyes sobre la Paz, el Orden y el Buen Gobierno de Canadá (POGG) en relación con materias que no se encuentran bajo la competencia exclusiva y excluyente de los gobiernos regionales.⁴⁶
- b) Legislación sobre comercio que se encuentra amparada por una acción civil entregada por la legislación federal y las leyes relativas a la prohibición y regulación de las exportaciones, importaciones y manufacturas de sustancias tóxicas.
- c) Propiedad pública como los canales, puertos públicos,⁴⁷ ríos y lagos, líneas férreas, caminos militares, parques nacionales, etcétera.
- d) Navegación,⁴⁸ con la protección frente al *dumping* marítimo a través de la Ley Canadiense sobre Medio Ambiente o *Canadian Environmental Protection Act* (CEPA, en adelante).
- e) Costas marítimas y fondeaderos de peces que le entrega la jurisdicción la Ley de Pesca o *Fisheries Act* (FA, en adelante).
- f) Tierras reservadas para los aborígenes.
- g) Leyes criminales.
- h) Trabajos para el gobierno federal, tanto provincial como extraprovincial o nacional.⁴⁹

⁴⁵ *Ibidem*, pp. 2-4.

⁴⁶ Como observamos, se deben considerar a la luz de las atribuciones de la exclusiva y excluyente competencia de los gobiernos regionales por la ley.

⁴⁷ Canadá posee una ley sobre el tema, la Marine Act de 1985.

⁴⁸ Se utilizan dos palabras para denotar la misma expresión, “*navigation and shipping*”. Acerca de la evolución del tema véase Braën, André, *Le Droit Maritime au Québec*, Montreal, Wilson et Lafleur Ltée, 1992, pp. 68 y ss.

⁴⁹ Cameron, Donald, *op. cit.*, nota 44, p. 2.

En el tema del transporte de mercancías peligrosas, Canadá posee una legislación propia: la Ley de Transporte de Mercancías Peligrosas o *Transportation of Dangerous Goods Act* (TDGA, en adelante); y, al respecto, tanto el gobierno federal como los gobiernos provinciales han cooperado con el fin de redactar normas jurídicas similares. El Parlamento estableció estas normas bajo las secciones 91 (2) y 92 (10) de la Ley Constitucional Canadiense de 1868, y las provincias por la sección 92 (13) y (16) de la misma ley.⁵⁰

Los conflictos entre las legislaciones nacionales y provinciales, o entre las federales y locales pueden nacer cuando existen respuesta fuera de coordinación para problemas similares.⁵¹

4. *Las faltas al medio ambiente (delitos medioambientales)*

Una variada legislación federal y provincial establece normas para la persecución de personas, empresas, etcétera, incluido los empleadores que se encuentren envueltos en la comisión de ofensas, con la finalidad de exigirle a los mismos el resarcimiento de los perjuicios causados e incluso con penas de cárcel a los autores del acto.⁵²

⁵⁰ Se mantiene en este texto la división propia del régimen jurídico canadiense, sin embargo, debemos entender a la sección como un párrafo o artículo, dependiendo del contexto y los números entre paréntesis como artículos o números.

⁵¹ Cameron, Donald, *op. cit.*, nota 44, pp. 3-4. Muchas industrias manufactureras y barcos, así como otros medios de transporte, venden o usan sustancias contaminantes, las generan o transportan. Muchas provincias, por ejemplo Ontario, han establecido como principio básico que quien contamina debe pagar, y esto incluye tanto a vendedores y ocupantes (arrendatarios) de estas instalaciones que deben —antes de ingresar a ellas como dueños o arrendatarios— revisar que la contaminación ya no exista. Esto incluye tanto al contaminador como al subsiguiente dueño o arrendatario, quienes pueden revisar antes de comprar o arrendar el bien, y lo mismo a cualquier persona que está o ha estado en la administración de éste, la normativa jurídica y determinar si cuenta con los requisitos para ocupar los lugares que han sido contaminados. De otra forma es recomendable no comprar (p. 5).

⁵² Leyes que establecen normas para delitos ecológicos y penas: *Provincial Offenses Act* (RSO. 1990, c. P. 33, ss. 77, 78); *Environmental Protection Act* (EPA), (RSO. 1990, c. 040, s. 30); *Ontario Water Resources Act* (OWRA), (RSO. 1990, c. 040, s. 30); *Pesticides Act* (RSO. 1990, c. P. 11); *Fisheries Act*, (RSc. 1985 c. F-14 ss. 35 (1), 36 (3)). Dependiendo de la ley, las multas pueden ir desde los 500.000 CDN hasta 1.000.000 CDN.

5. *Impacto ambiental*

A diferencia de Chile, en donde la Ley General de Bases del Medio Ambiente (de 1994) estableció tanto los estudios de impacto ambiental como los demás aspectos del tema en un solo texto jurídico, Canadá ha optado por dividir las materias.

Existe en Canadá una Ley de Impacto Ambiental o *Canadian Environmental Assessment Act* (CEAA, en adelante) cuyo texto es de 1992.⁵³ El “medio ambiente” es conceptuado en esta ley incluyendo la tierra, el agua, el aire (y a la atmósfera). Así también se incluye toda materia orgánica o inorgánica y los organismos vivos⁵⁴ y la interacción de los sistemas naturales que incluyen los componentes en lo señalado anteriormente.

Impacto ambiental entiende esta ley (CEAA), en relación con un proyecto, un impacto de los efectos ambientales del proyecto que es conducido en coordinación con la ley y las regulaciones.

A su vez, “efectos ambientales”, en relación con un proyecto, es cualquier cambio que se pueda provocar en la salud, en las condiciones socioeconómicas o físicas y en el patrimonio cultural⁵⁵ o la posibilidad del uso de la tierra y de los recursos para propósitos tradicionales por aborígenes, cualquier otra estructura, sitio o cosa de carácter arqueológico, paleontológico o de significancia arquitectónica. Además se incluye el que un proyecto pueda causar cambios tanto dentro como fuera de Canadá.⁵⁶

Los propósitos de esta ley son asegurar que los efectos ambientales de los proyectos recibirán consideración apropiada ante las autoridades responsables y que éstas tomarán las acciones debidas en relación con él, además de llevar adelante las acciones necesarias para promover el desarrollo sustentable y que mantendrán condiciones ambientales saludables y una economía que se ligue

⁵³ SC. 1992, c.37.

⁵⁴ Lo que indica esta ley es la incorporación del concepto “biodiversidad”.

⁵⁵ No olvidemos que en Canadá existe una muy fuerte protección a los indígenas. Recientemente se ha fallado el que éstos no se encuentran sujetos a las normas establecidas para cruzar la frontera. Ottawa Citizen, Friday, January 15, 1999.

⁵⁶ Con ello se hace efectivo no sólo el concepto de quien contamina paga, sino el de la responsabilidad, uniéndose principios de orden jurídico con principios de carácter económico.

a la salud, asegurar que un proyecto que se realice dentro de Canadá no provoque efectos adversos significativos fuera de la jurisdicción adonde se lleve adelante el proyecto y, por último, asegurarse que esta es una oportunidad para la participación de la comunidad en la evaluación del impacto ambiental.⁵⁷

6. *Ley de Protección del Medio Ambiente canadiense (CEPA)*

La CEPA establece los requisitos para obtener permisos gubernamentales. La obtención de los mismos sólo es posible cumpliendo con un procedimiento de aprobación de parte de la comunidad. El respeto a plazos busca cumplir con la manifestación de la voluntad comunitaria. Tal procedimiento puede llevarse adelante ante los ministerios o ante diferentes organismos estatales federales encargados de conocer de estas materias. Así, en la deposición de desechos se requiere responder a las diversas normativas o regulaciones.

La definición del medio ambiente de la CEPA está restringida a los elementos físicos del medio ambiente como el aire, la tierra, el agua. La definición de la EEA incluye elementos sociales, económicos y culturales que requieren mayor comprensión del medio ambiente, particularmente de los documentos de impacto al medio ambiente y otros elementos sólo requeridos bajo la EEA y no bajo la CEPA.⁵⁸

7. *Guía para la evaluación ambiental y proceso de revisión*

Cada actividad del gobierno federal está sujeta a una evaluación del impacto ambiental. Ello puede ser una decisión tomada directamente por un departamento de la administración central, o tiene efectos en áreas de responsabilidad federal, es algún proyecto en que el gobierno de Canadá tiene interés financiero o se localiza en tierras administradas por el gobierno de Canadá.⁵⁹

⁵⁷ Cameron, Donald, *op. cit.*, nota 44, pp. 89-91. *Canadian Environmental Legislation*, Canada Law Book Inc., 1993, p. 81, A° 2.

⁵⁸ Cameron, Donald, *op. cit.*, nota 44, p. 14.

⁵⁹ *Idem.*

8. *Transporte de mercancías peligrosas*

La Ley de Transporte de Mercancías Peligrosas de 1992 (TDGA, en adelante) contiene normas para envolturas de bienes y para los contenedores, así como requerimientos para seguridad, estándares de seguridad, marcas que aseguren la seguridad, documentos para la navegación comercial, entrenamiento para quienes estiban, permisos de autorización y planes de responsabilidad frente a las emergencias relativas a la estiba y desestiba de productos, cuando éstos se encuentran regulados por TDGA como peligrosos.

La ley provee de permisos a las provincias, con procedimientos cuyo fin es hacer cumplir las normas. Lo anterior, cuando existen responsabilidades financieras por quienes deben manipular mercancías peligrosas, y entrega poderes a los inspectores con el fin de asegurarse del cumplimiento de estas normas para prevenir, detener y remediar los actos que puedan generar problemas.

Respecto de los directores y el cuerpo directivo de empresas que se encarguen de transportar estas sustancias, la responsabilidad los alcanza, pero además este alcance se extiende a los oficiales y directores, ya que ellos deben tomar todas las medidas razonables con el fin de prevenir en sus corporaciones las descargas o emisiones no permitidas por la ley. Por ejemplo, en el caso “R. v. Bata industrias” el presidente y el administrador de la planta debieron pagar 12.000 CDN cada uno, debido a la descarga en la zona de la planta.⁶⁰ Además los empleados y otros individuos que no han participado en la comisión de la respectiva falta u ofensa al medio ambiente y a la ley se encuentran en situaciones similares “R. v. Fell, 1981” (34 OR (2d) 665 (CA)). A un director se le considera o presume en una posición de control suficiente para ser considerado culpable de causar o permitir contaminación, responsable de tener que limpiar un derrame y compensar el daño por tal derrame, o de ser responsable de dar una orden de detención frente a la polución o de dar una orden de detención o de remedio frente al derrame.

⁶⁰ *Ibidem*, p. 17.

9. *Análisis breve de la ley canadiense de protección ambiental (CEPA)*

Esta ley federal establece las líneas generales para determinar las sustancias que habrán de considerarse como químicas o de otra calidad e incorporarlas en normas especiales de carácter reglamentario.

Esta ley está dividida en siete partes:

- a) Objetivos de calidad ambiental.
- b) Guías y códigos de práctica.
- c) Sustancias tóxicas.
- d) Nutrientes.
- e) Agencias federales y departamentos.
- f) Contaminación del aérea internacional.
- g) *Dumping* oceánico o descarga al mar de productos que atenten contra el medio ambiente.
- h) Aspectos generales.⁶¹

La legislación canadiense debe mirarse no sólo en su perspectiva estatal, ya que no es ocioso reiterar que cada Estado de la Confederación posee su propia regulación al respecto. Así también, si un producto o sustancia es considerado por el gobierno como peligrosa, puede normarse su importación, exportación o comercio, llegando inclusive a la prohibición.

Inclusive puede el gobierno tomar medidas contra aquellos que importen, produzcan o actúen con sustancias consideradas como

⁶¹ No queremos dejar de señalar que la contaminación marina es un fenómeno que en muchos casos, la mayoría, se extiende más allá de las fronteras de un Estado. Es el caso de las deposiciones de la ciudad-puerto de Nueva York en los Estados Unidos de Norteamérica y de otras ciudades; en dicha zona, las descargas de tanqueros y otros barcos han propiciado la presencia del ser humano en el mar que llega hasta la península de Yucatán en México y el Caribe. Véase Kindt, John Warren, *Marine Pollution and the Law of the Sea*, Buffalo-New York, William S. Hein and Co. Inc., 1986, p. 6. Este problema, por tanto, afecta al medio ambiente y al comercio, ya que los productos que se pudieran obtener (pescado, por ejemplo) o servicios a prestar (turismo) se verían enfrentados a la limpieza, costos que en muchos casos no han generado. De aquí nuestra posición, en cuanto a considerar al derecho marítimo como aquel que se encarga de estudiar las relaciones que nacen o se producen en el mar, concepto manejado por Ignacio Arroyo en su obra ya citada.

contrarias al medio ambiente o a la salud humana. Más aún, se permite que las legislaciones federales y provinciales se igualen en cuanto a su fuerza, e inclusive los poderes provinciales de investigación sean similares a los de la Ley federal.

La CEPA da una acción civil para pérdida o daños causados por conductas o actos contrarios a la misma o a la regulación.⁶²

V. REGULACIONES AMBIENTALES EN EL TRATADO DE LIBRE COMERCIO ENTRE CHILE Y CANADÁ

1. *Introducción*

Entre Chile y Canadá se ha gestado un Tratado de Libre Comercio.⁶³ Además de este acuerdo o tratado se negociaron dos más: uno ambiental⁶⁴ y otro laboral.⁶⁵ Esto permite a Chile conocer las variadas fórmulas de negociación que existen respecto a estos temas frente a la posibilidad de nuevos acuerdos con otros países. Saber qué es lo que se va a negociar, cómo, hasta dónde se puede otorgar y dónde no se puede otorgar, y procedimientos que permitan a las partes solucionar desacuerdos, resulta de tremenda importancia con el fin de entender los temas relevantes del asunto.

Hemos dividido esta parte de nuestro trabajo en dos áreas, la primera relativa a las normas que en el Tratado de Libre Comercio entre Chile y Canadá (TLCCC, en adelante) se refieren al tema ambiental y las que regulan las normas en el acuerdo sobre medio ambiente. Luego de estudiar el tema ambiental, en el último acuerdo iremos a las normas jurídicas canadienses que regulan los temas de transporte de mercancías por mar, particularmente las relativas a la contaminación como una forma de representar

⁶² *Canadian... cit.*, nota 57, pp. 15 y ss.

⁶³ Firmado el 5 de diciembre de 1996 en Santiago de Chile. Entró en vigor el día 2 de junio de 1997.

⁶⁴ El acuerdo sobre el tema ambiental fue firmado en Ottawa, Canadá, el 6 de febrero de 1997 y vigente desde el 2 de junio de 1997.

⁶⁵ Firmado en Ottawa, Canadá, el 6 de febrero de 1997 y vigente desde el 2 de junio de 1997.

una relación, quizás traumática, entre el comercio y el medio ambiente. Lo anterior, sin embargo, auxiliará no sólo a quienes en Chile comercien con Canadá (particularmente por vía marítima) sino que a quienes deseen negociar con Canadá en otros países. Les servirá este trabajo no sólo para determinar las precauciones a seguir en la materia, sino que habrá de ayudarles como ejemplo de medidas a establecer, con el fin de detener o prevenir los atentados contra el medio ambiente en el mar.

A. Normas que regulan la materia ambiental en el Tratado de Libre Comercio entre Chile y Canadá

Seguiremos la idea de enfrentar al “riesgo”⁶⁶ y los diferentes peligros que al comercio y al medio ambiente se les puede presentar en el área internacional (por ejemplo, el problema de las barreras o de las dificultades no establecidas en textos jurídicos).⁶⁷

En los aspectos generales por tratar en esta materia, podemos señalar que en los objetivos del Tratado de Libre Comercio entre Chile y Canadá (TLCCC) se refiere al artículo XXIV del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1994 y el artículo V del Acuerdo General sobre Comercio de Servicios, ambos, parte del Acuerdo de Marrakech que establece la Organización Mundial del Comercio (OMC, en adelante).⁶⁸

66 Bilder, Richard B., *Managing the risks of international agreement*, The University of Wisconsin Press, 1981, p. 11. En este claro texto se exponen los problemas del riesgo frente a los acuerdos internacionales. Lo anterior resulta particularmente ilustrativo en el Tratado de Libre Comercio entre Chile y Canadá, así como en el Acuerdo sobre Medio Ambiente entre Chile y Canadá, donde se enfrentan los problemas planteados de diversas maneras, uno de éstos tiene relación con el tema de la solución de controversias y de los reclamos que se pueden generar.

67 Graham, Edward M., “International Market contestability and the new issues at the World Trade Organization”, *Discussion Paper*, Washington D. C., Institute for International Economics, núm. 6, febrero de 1998, p. 1. En ello se describen las nuevas barreras para el comercio internacional que provienen de medidas domésticas de una nación que comercia. Incluyen políticas reguladoras en temas que imposibilitan la entrada de firmas extranjeras al mercado nacional sea a través de las importaciones o de la inversión directa. Puede deberse a restricciones de los Estados o de empresas particulares que impiden el establecimiento a través de medidas de “integración vertical”. Esto último es de difícil percepción.

68 Artículo A-01 del TLCCC.

Entre los objetivos aparece la necesidad de “eliminar los obstáculos al comercio y facilitar la circulación transfronteriza de bienes y de servicios entre los territorios de las Partes”. Otros objetivos son aumentar sustancialmente las oportunidades de inversión y promover las condiciones de competencia leal en la zona, crear procedimientos eficaces para la aplicación y cumplimiento de este tratado, para su administración conjunta y solución de controversias, y establecer lineamientos para la ulterior cooperación bilateral, regional y multilateral con el fin de ampliar y mejorar los beneficios del tratado. La interpretación y aplicación del tratado se hará en consideración de los objetivos aquí señalados y las normas de derecho internacional público.⁶⁹

*B. Normas que directamente regulan la relación
comercio-medio ambiente*

Estas normas son:

- a) Artículo A-04. Este artículo se titula “Relación con tratados en materia ambiental y de cooperación”. Trata de las incompatibilidades normativas entre tratados ambientales y las normas del TLCCC.⁷⁰ La regla interpretativa y que entrega la solución a las diferencias es la siguiente:

Prevalecen las normas de los tratados siempre que se trate de “obligaciones” de carácter “específico” contenidas precisamente en los tratados allí mencionados (pero teniendo presente las probables modificaciones a las que pudieran ser sometidos los mismos a través de las enmiendas) sujetas a la condición de que una de las partes tenga la opción de elegir,

⁶⁹ Artículo A-02, incisos c), b), d) del TLCC. Lo mismo el A-02, 2.

⁷⁰ Estos tratados son la Convención sobre el Comercio Internacional de Especies Amenazadas de Flora y Fauna Silvestres (Washington D. C., 1973), vigente en Chile desde 1975, y enmendada (Washington D. C., 1979); el Protocolo de Montreal relativa a Sustancias Agotadoras de la Capa de Ozono (Montreal, 1987), vigente en Chile desde 1990. El Convenio de Basilea sobre Control de los Movimientos Transfronterizos de los Desechos Peligrosos y su Eliminación (Basilea, 89). Respecto de la primera de ellas y su evolución véase Sand, Peter H., “Whither CITES? The evolution of a treaty regime in the borderland of trade and environment marine”, *EJIL*, núm. 1, 1997, pp. 29-58.

para cumplir con tales obligaciones, entre medios igualmente eficaces y razonablemente a su alcance, que presenten menor grado de incompatibilidad.

Aquí se encuentran expresados los siguientes principios:⁷¹ Los derechos soberanos sobre los recursos naturales, la responsabilidad de prevención de los daños medioambientales expresados en el caso *Trail Smelter*, “ningún Estado tiene derecho de usar o permitir el uso de su territorio de tal forma que pueda causar daño por emanaciones en el territorio de otro o en las propiedades o personas que ahí se encuentran” (Estados Unidos *vs.* Canadá, 1991), principio extendido a la normativa canadiense en materia de protección ambiental.⁷² En su mínima expresión, un Estado no tiene derechos absolutos sobre sus recursos naturales y en su máxima aplicación confiere una base legal para llevar a cabo acciones legales y establecer responsabilidades por daños y perjuicios al medio ambiente.⁷³ Así, también está presente el principio del desarrollo sustentable y el principio precautorio. Por último, aparece el principio: “contamina, paga por dicha contaminación” o *polluter pay principle*.

b) Artículo G-14 indica en su párrafo 1 que

nada de lo dispuesto en el capítulo [sobre inversión] se interpretará como impedimento para que una parte adopte, mantenga o haga cumplir cualquier medida, por lo demás compatible con este capítulo, que considere apropiada para asegurar que las actividades de inversión en su territorio se efectúen tomando en cuenta inquietudes en materia ambiental.⁷⁴

El párrafo 2o. reconoce que es inadecuado alentar la inversión por medio de un relajamiento de las medidas en temas aplicables a la salud y seguridad relativas al medio am-

71 Landerretche, Andrés, “Principios normativos del derecho internacional del medio ambiente”, *Diplomacia*, núm. 66, diciembre de 1994, p. 49.

72 *Ibidem*, p. 50.

73 *Ibidem*, p. 51.

74 Este artículo se encuentra en el capítulo G relativo a la inversión, sección 1, que trata sobre las “Medidas relativas al medio ambiente”.

biente y, en consecuencia, ninguna parte debería renunciar a aplicar, o de cualquier otro modo, derogar u ofrecer renunciar o derogar dichas medidas como medio para inducir el establecimiento, la adquisición, la expansión o conservación de la inversión de un inversionista en su territorio.

- c) En la quinta parte relativa a “Otras disposiciones”, capítulo “O”, nos detendremos específicamente en el artículo 0-01 titulado “excepciones generales”. El párrafo 1, segunda parte, establece una fórmula interpretativa:

Las Partes entienden que las medidas a que se refiere el artículo XX (b) del GATT de 1994 incluyen medidas en materia ambiental necesarias para proteger la vida, la salud humana, animal o vegetal, y que el artículo XX (g) del GATT de 1994 se aplica a medidas relacionadas con la conservación de recursos naturales no renovables, vivientes o no.

Estas normas, de acuerdo con el párrafo 1, primera parte del mismo artículo, se refieren a medidas o disposiciones aplicables al comercio de servicios o inversión.

Nada permite, de acuerdo con el párrafo 2o., que la parte adopte medidas que impidan asegurar el cumplimiento de leyes o reglamentaciones que no sean incompatibles con el tratado aun aquellas que se refieran a la salud, seguridad y protección del consumidor.

- d) En el anexo II titulado “Reservas en relación con medidas futuras” (capítulos G y H). Chile hace reserva con relación a servicios relacionados con el medio ambiente. Se reserva el derecho de adoptar o mantener cualquier medida relativa a la imposición de requisitos para que la producción y la distribución de aguas, así como la recolección y disposición de aguas servidas, sólo pueda ser prestado por personas jurídicas chilenas. Está reserva no se aplica a servicios de consultoría contratados por dichas personas jurídicas chilenas sobre la base de comercio transfronterizo.

C. Normas que indirectamente regulan el tema del medio ambiente

Debemos en este párrafo efectuar una observación previa. La interpretación a las normas permite ordenar medidas sin un sentido proteccionista respecto del medio ambiente o en el cual las normas interpretadas no tengan una idea preconcebida de proteccionismo. Sin embargo, pueden constituir medidas que amparándose en consideraciones ambientales y utilizando las facultades otorgadas por el TLCCC lleguen a generar efectos restrictivos al comercio internacional para proteger al medio ambiente.

Las normas que indirectamente regulan el tema del medio ambiente son:

- a) En el anexo B-01.1 titulado “definiciones específicas por país” entendemos la incidencia de conceptos como territorio, particularmente marítimo, en donde habrán de aplicarse las normas respecto a este tema.
- b) Dentro del comercio de bienes, capítulo C, titulado “Trato nacional y acceso de bienes al mercado” el artículo C-14 regula los subsidios a la exportación de bienes agrícolas.
- c) El anexo C-01.3 respecto de medidas de Canadá (párrafo 2o.) indica que los artículos C-01 y C-08 no se aplicarán a los controles impuestos por Canadá a la exportación de pescado no procesado.
- d) El anexo C-OO-B relativo a bienes textiles y del vestido otorga en la sección 2a. un “Tratamiento libre de aranceles para ciertos bienes y que sean telas hechas con telares manuales de la industria tradicional, bienes hechos a mano con dichas telas de la industria tradicional, bienes artesanales folklóricos”. En Chile, tal manufactura se produce sobre la base del tratamiento de lana y tierra para el color. Ello en mini empresas que desarrollan su actividad utilizando insumos provenientes directamente del medio.
- e) El capítulo G sobre inversión en la sección 1a. sobre inversión y particularmente el artículo G-12 “en relación con otros capítulos” el párrafo 1o. indica que en caso de incon-

sistencia entre este capítulo y otro capítulo prevalecerá el del capítulo G.

- f) El capítulo H sobre “comercio transfronterizo de servicios”, particularmente el artículo H-01 trata el ámbito de aplicación del tema servicios, incluido el ambiental.

2. *Acuerdo sobre Medio Ambiente entre Chile y Canadá*

Este acuerdo, el primer tratado firmado por Chile relacionado al tema comercio y medio ambiente, establece una serie de materias que vienen a enfrentar, sobre la base de la idea del desarrollo sustentable los conflictos a presentarse en el futuro.

En principio, podría señalarse que este acuerdo busca enfrentar y solucionar los conflictos que se presenten a través de órganos especialmente establecidos y procedimientos de solución de controversias. Este solo hecho de por sí es un elemento importantísimo dentro de las relaciones internacionales. El tema del conflicto y su solución debe ser mirado desde la idea de la fluidez en el acercamiento entre los Estados. Además, si miramos a la idea establecida para el desempeño de los particulares en lo relativo al tema de su participación en la toma de decisiones y en los reclamos, observamos un segundo elemento positivo. Obviamente, por la naturaleza del derecho ambiental,⁷⁵ a ellos nos encaminaremos; resultaría extraño una solución única de problemas que al Estado concierne resolver, pero al menos existen ya los mecanismos de participación en la toma de decisiones, los mecanismos relativos a la posibilidad de solucionar los problemas que se presenten.

⁷⁵ En nuestra opinión, el derecho ambiental participa de una naturaleza pública heteroimpuesta. Diferente es el caso del derecho marítimo en su vertiente comercial. Pero al mismo tiempo, el derecho marítimo en su vertiente ambiental incorpora los planteamientos de heteroimposición. Por cierto que entre estos dos aspectos de derecho marítimo —el comercial y el ambiental— habrán de presentarse algunos desencuentros y hacia ellos encaminaremos nuestros pasos.

Índice de materias en el acuerdo ambiental

El índice de materias correspondientes al tema ambiental en el acuerdo es el siguiente:

- a) Preámbulo.
- b) Primera parte: Objetivos.
- c) Segunda parte: Obligaciones.
- d) Tercera parte: Comisión para la Cooperación Ambiental entre Chile y Canadá.
- e) Cuarta parte: Cooperación y suministro de información.
- f) Quinta parte: Consultas y solución de controversias.
- g) Sexta parte: Disposiciones generales.
- h) Séptima parte: Disposiciones finales.

3. Preámbulo

En el preámbulo, los gobiernos indican estar convencidos de la importancia de conservar, proteger y mejorar el medio ambiente en sus territorios. La cooperación en este terreno es un elemento esencial para alcanzar el desarrollo sustentable en beneficio de las generaciones futuras y presentes.

A. Desarrollo sostenible

Con dicho sentido, se debe determinar desde este momento lo que es el “desarrollo sostenible”. El profesor René Passot, emérito de la Universidad de París, señala que para poder entender cómo alcanzar este objetivo, un primer paso es mirar al sistema económico y a la economía. Se debe partir de la idea de que la economía es una disciplina multidisciplinar y multifuncional en donde se conjugan diversas esferas:

<i>Natural</i>	<i>Economía</i>
La esfera que se transforma	La esfera del cálculo

B. *La esfera humana*⁷⁶

La primera necesidad humana es entender cómo funciona el mundo, la realidad del entorno. Cada individuo tiene una percepción propia de la realidad. La evolución del pensamiento ha ido acompañada de distintos modelos interpretativos de la realidad. Estos postulados se apoyan en diversos aspectos (materia y energía) para modelos de la realidad. Hoy, la inclusión de elementos imateriales (tecnologías e información) en la percepción de la realidad, hacen que el modelo se considere caduco.⁷⁷

Entonces ha caducado el modelo económico de la economía material en donde se postulaba que no existen límites a la capacidad de carga del planeta y que no existen límites de satisfacción personal.⁷⁸

Este esquema se podía mantener cuando el sistema era pequeño, pero una vez alcanzado el crecimiento del mismo, con una población cada vez mayor, la capacidad de carga se alcanza en su globalidad.

Con el neoliberalismo, principal inductor de este modelo, se presenta muy fuertemente la esfera financiera. Ella no produce riqueza, no valoriza la tierra, pero mueve grandes cantidades de dinero. Por ejemplo, actualmente la especulación y las divisas mueven 2000 millones de dólares por día. Unas cien veces más que las transferencias mercantiles. Lo que se busca es la ganancia o rentabilidad rápida por unos valores económicos. Es la economía virtual más no la economía real. Su finalidad es producir y producir sin sentido. Pero ello, paradójicamente, no genera desarrollo entendido como un mayor grado de satisfacción de las necesidades básicas del ser humano.

Nuevos enfoques acerca de la materia se presentan bajo la idea de una transdisciplina. “Trans” significa a la vez, a través y más allá.

⁷⁶ Passot, René, “Economía y sostenibilidad, la necesidad de un nuevo enfoque”, conferencia en el Centro de Cultura Contemporánea de Barcelona, 3 de diciembre de 1998, pp. 1 y 2.

⁷⁷ *Ibidem*, p. 2.

⁷⁸ *Idem*.

Este nuevo enfoque se presenta cuando a la economía se la integra en la biosfera y se la hace considerar este elemento. Así Passot identifica:

- a) Crecimiento.
- b) Economía.
- c) Sociedad y economía.
- d) Sociedad-Economía como conjunto.

En el cuarto punto el sistema ha variado. Se transforma el conjunto interior en un todo integrado y la biosfera afecta a la esfera humana. Por tanto, un cambio en la esfera humana afecta a la biosfera y un cambio en la biosfera afecta a la esfera humana.

Según Passot existirían dos retos, a saber, que el paradigma económico actual se encuentra totalmente amortizado, sin responder a las necesidades actuales, es decir, un momento de transición. Por otra parte, el modelo económico actual se encuentra mal aplicado.

Con el fin de alcanzar los objetivos del desarrollo sustentable se debe:

- a) Subordinar la evolución monetaria a la biosfera.
- b) Optimizar la economía dentro de los límites que la biosfera y la esfera humana imponen.
- c) No existe una política neutral porque los valores no se pueden justipreciar por una ciencia.

La economía es una convención de los seres humanos. Si hay una interferencia de la economía con la biosfera debemos adecuar nuestro funcionamiento a la misma. Lo difícil es que con términos económicos nunca podremos solucionar la estabilidad de nuestro planeta. La gestión de la realidad nos remite a los valores y a la ética.⁷⁹

¿Se han tomado consideraciones similares en la política ambiental canadiense? Según nuestro entender, no cabe duda alguna de

⁷⁹ *Ibidem*, pp. 2-4.

ello. Canadá posee una serie de normas jurídicas que vienen a establecer el soporte para el estudio de estas materias: *Canadian Shipping Act* (1985); *Canadian Environmental Assesment Act* (1992, con modificaciones); *Canadian Environmental Protection Act* (1985, modificada); *Fisheries Act* (1985); *Transportation of Dangerous Good Act* (1992).

C. *Ley y desarrollo sustentable en Canadá*

Estas normas expresan el sentir expresado por el profesor Pas-sot, y la Comisión para la Reforma del Derecho canadiense o del Ordenamiento Jurídico del Canadá lo hace sentir en el estudio denominado *Political Economy of Environmental Hazards*. La política regulatoria es considerada en el texto comprensiva tanto de la forma y contenido de la legislación (o regulación) como de la estrategia de las agencias (o procedimientos adoptados por ellas) y los estilos para hacer cumplir la legislación.⁸⁰

D. *Evidencia científica*

En este texto se señala que un elemento fundamental en el desarrollo de políticas públicas acerca del peligro al medio ambiente es la valoración e interpretación de la evidencia científica.⁸¹

Se distingue, luego, la carga de la prueba (*burden of proof*) y los patrones o estándares de la prueba (*standards of proof*) referidos a las exigencias de evidencia para probar una hipótesis particular.⁸² Es difícil determinar cuál evidencia habrá de ser suficiente para demostrar un riesgo posible o probable. Siempre que la carga de la prueba se encuentra nominalmente impuesta, la aplicación de los estándares de prueba o de la valoración de la prueba puede hacer del proceso un ritual que presupone un derecho a contaminar, y cuya aprobación es automática. Por el contrario, si se establece la

⁸⁰ *Political economy of environmental hazards*, study paper prepares by T. F. Schrecker, Law Reforma Commission of Canada, Commission de Reforme du Droit du Canada, Minister of Supply and Service of Canada, 1984, p. 7.

⁸¹ *Ibidem*, p. 7.

⁸² *Ibidem*, p. 25.

exigencia legal o política (en este caso, administrativa, ya que existen organismos encargados de aplicar estas materias) para llevar a la administración de justicia a estándares estrictos de la prueba con el fin de demostrar el “peligro significativo”, el resultado puede ser la inmovilidad del proceso regulador.

El capítulo tercero de esta obra contiene los límites a los que puede alcanzar el análisis económico. El análisis de los riesgos ambientales ha estado dominado por las opiniones de los economistas y por la actividad de la ciencia económica. Los economistas pretenden que en el proceso de toma de decisiones debe sólo imperar el método económico. Así consideran, además, que es la única disciplina con el único método apropiado para determinar los objetivos de políticas públicas y frecuentemente contrastan sus supuestas precisas y científicas conclusiones con menos científicas y racionales decisiones (*output*) del proceso político.⁸³ Sin embargo, cuando una fábrica produce mercancías para vender, opera utilizando *inputs* como, por ejemplo, la materia prima, la maquinaria y el trabajo. Ellos representan costos de producción que la firma no puede dejar de incorporar en los precios de los productos. Estos son costos privados (*private costs*). Sin embargo, el proceso de producción también genera costos públicos (*public costs*) que no se ven reflejados en el mismo. Tales costos públicos como la contaminación, la posibilidad de producir cáncer o la eutroficación de lagos y ríos no aparecen en los costos públicos de la industria, sino son asumidos por la comunidad. La empresa debe, por tanto, pagar tales costos y los precios deben decir la verdad. A estos efectos negativos sobre el ambiente, los economistas les llaman “externalidades”.⁸⁴ Ello podría conceptuarse como un efecto de la actividad económica que se encuentra fuera del control normal del proceso de mercado. La ausencia de derechos de propiedad en el medio ambiente es utilizada por contaminadores para hacer

⁸³ Cuestión que, digámoslo con franqueza, sólo demuestra la ignorancia y falta de conocimiento —como ocurre de manera frecuente entre las personas que desconocen una ciencia o arte— de los elementos que juegan en la misma. La economía no deja de estar sujeta a los vaivenes de la política, lo que resulta absolutamente necesario; de no ser así, esas “decisiones puramente económicas” olvidarán a los seres humanos y sus necesidades.

⁸⁴ Lo que denota un cierto grado de desprecio de parte de ellos.

uso y abuso del mismo, con el fin de dejar allí la contaminación es lo que se denomina “un bien libre”.⁸⁵

Debido a la falta de intervención gubernamental en las decisiones que toman las empresas, éstas carecen de motivos económicos para reducir la polución o cualquiera otra externalidad negativa. La razón es que la compañía tendrá un fuerte motivo para no “internalizar” los costos (no incorporarlos), por ejemplo, no invirtiendo en tecnología de control de polución. Esto lleva a que los argumentos acerca de los efectos adversos de la regulación de riesgos ambientales sobre la productividad sean un punto crucial, políticamente importante. Existe, sin embargo, una dificultad por agregar. Es el problema relativo a la determinación acerca de cuánto es el máximo tolerable por la naturaleza del hombre. Concentraciones muy bajas de contaminantes pueden afectar al hombre, a las plantas y animales, sin darse cuenta. Consecuencialmente aparece el problema de la prueba.

4. *La situación del medio ambiente en Canadá*

Canadá se ha orientado hacia la exportación y la inversión en el extranjero.⁸⁶ El comercio canadiense es principalmente con Estados Unidos, pero hoy día Canadá desea iniciar un trabajo conjunto como socio comercial con Latinoamérica. De ahí el acercamiento con Chile a través del Tratado de Libre Comercio y su ingreso al NAFTA con México y Estados Unidos. Sin duda, el comercio canadiense es especialmente intenso con Europa y con el sudeste asiático.

La situación de Canadá en 1992, en la parte forestal, es la siguiente, Canadá tiene un territorio con alrededor de un 45% del mismo forestal. Es un región de bosques boreales. Además de entregar una serie de beneficios a la climatología y a los diversos campos como a la biología, provee a 7.000 empresas de trabajo, con lo cual ha movido el 3.4% del producto nacional bruto. El

⁸⁵ *Op. cit.*, nota 80, p. 40.

⁸⁶ Raworth, P., *Legal guide to International Business Transactions*, Thompson Professional Publishing Canada, 1991, pp. 2 y ss.

manejo forestal de Canadá se basa en el desarrollo sustentable. En cuanto a la pesca en 1991, la producción fue de 3.1 billones de dólares canadienses. La acuicultura produjo 145 millones y cerca de 94.000 pescadores comerciales, 37.000 trabajadores de plantas y 45.000 acuiculturistas dependen de ella. Tanto el hombre como los animales dependen de este recurso. La continuidad del mantenimiento a largo plazo de los peces y de las pesquerías pende de las prácticas de pesca y de un hábitat saludable y productivo de los peces. Una buena parte de los pequeños pueblos en Canadá dependen indirecta o directamente de la pesca. Algo parecido a la situación chilena.⁸⁷

En cuanto a la situación futura, dado el crecimiento de Canadá, se plantea la posibilidad de una mejoría de la situación futura por la demanda de nuevas mejoras al medio ambiente. La presión ejercida por el crecimiento demográfico ha hecho que se prevea, por otra parte, una serie de problemas de gran importancia como la destrucción de las tierras agrícolas, por ejemplo.

A. Responsabilidad

El segundo principio del preámbulo es el de la responsabilidad. La idea de velar porque las actividades bajo su jurisdicción o control no causen daño al medioambiente una zona fuera de la jurisdicción nacional. El alcance se debe tanto a la responsabilidad entre Estados como al deber del Estado canadiense de evitar que se afecten a sus ciudadanos.

B. Carácter global del medio ambiente

En tercer lugar se reconoce el carácter global del medio ambiente.

⁸⁷ *Canada National Report*, Ministry of Supply and Services Canadá, p. 2.

C. *Confirmación del crecimiento económico y social*

En cuarto lugar hay una referencia, confirmación para ser exactos, al crecimiento de los vínculos económicos y sociales incluyendo en ello el Tratado de Libre Comercio entre Chile y Canadá (TLCCC).

Se recuerda que para alcanzar el desarrollo sustentable es necesario un buen manejo ambiental, además de reconfirmar las metas y objetivos ambientales expuestos en el TLC; además se reconoce el progreso logrado a través de los memorándums de entendimiento sobre cooperación ambiental entre la Comisión del Medio Ambiente de Chile, el Ministerio del Medio Ambiente y el Departamento de Industria de Canadá.

D. *Conclusión al preámbulo*

Este preámbulo entrega las metas y objetivos del acuerdo y auxilia en la interpretación del tratado.

5. *Objetivos del acuerdo*

Los objetivos que se relacionan directamente con nuestro estudio son:

Artículo 1

- a) Alentar la protección y mejoramiento del medio ambiente en los territorios de las partes, para el bienestar de las generaciones presentes y futuras.
- b) Promover el desarrollo sustentable a partir de la cooperación y del apoyo mutuo en las políticas ambientales y económicas. Se hace aplicable aquí lo señalado anteriormente.
- c) Incrementar la cooperación entre las partes encaminada a conservar, proteger y mejorar aun más el medio ambiente, incluidas la flora y fauna silvestres. Esto tiene relación directa con las convenciones relativas a *Marpol* y al derrame de hidrocarburos. Podemos mencionar el Convenio sobre Respon-

sabilidad Civil por Daños causados por la Contaminación de las Aguas del Mar por Hidrocarburos de 29 de noviembre de 1969, vigente en Chile desde 1977, incluidos en la Ley de Navegación de 1977 (DL 2222 de 31 de mayo de 1978).

- d) Apoyar las metas y objetivos ambientales del TLCCC a lo cual hemos hecho referencia.
- e) Evitar la creación de distorsiones o de nuevas barreras en el comercio.
- ...
- i) Promover medidas ambientales efectivas y económicamente eficientes. Es el objetivo que en la relación comercio-medio ambiente debe estar presente para alcanzar una justa medida. Lo anterior sobre la base de las diferentes posibilidades que al respecto se pueden dar.
- j) Promover políticas y prácticas para prevenir la contaminación.

A su vez, los Estados comprometen, a través de obligaciones que contraen, su determinación en alcanzar el equilibrio entre comercio y medio ambiente. Para lo anterior, toman determinadas medidas. Entre las obligaciones que nos interesan se encuentran:

- f) Promover el uso de instrumentos económicos para la eficiente consecución de las metas ambientales.

En este aspecto, cada parte examinará la posibilidad de incorporar a su derecho cualquier recomendación que elabore el Consejo, al cual más adelante haremos referencia. Esto, de acuerdo con el artículo 10.6.b. Al mismo se le encomienda en la cita recién hecha la elaboración de recomendaciones sobre los “límites adecuados para contaminantes específicos, tomando en cuenta las diferencias de los ecosistemas” (A° 10.6.b).

Por su parte, el A° 2 indica en su letra número 3 una restricción interesante, que afecta la exportación y, por tanto, el transporte. Se refiere a “prohibir la exportación al territorio de la otra Parte de pesticidas o de sustancias tóxicas cuyo uso esté prohibido en su propio territorio”. En el caso de Canadá, habrá que remitirse no sólo a las normas incorporadas en el anexo correspondiente, sino a las que dicten los ministerios correspondientes del

Canadá, a lo contemplado en la CEPA⁸⁸ en su normativa reglamentaria y a lo señalado por los gobiernos provinciales a través de los órganos correspondientes.

A. Niveles de protección

Los niveles de protección al medio ambiente deben ser altos, es decir, deben ser los mejores dentro de la estructura nacional de cada país y dentro de la estructura internacional ambiental. La progresividad, sin embargo, regula este tema porque en el artículo 3o. se establece la mejora de tales disposiciones.⁸⁹

B. Publicidad de las materias ambientales

Las normas ambientales, de acuerdo con el artículo 4o., deben ser publicadas cuando sean de aplicación general. Respecto de este tema, toda medida que haya de afectar o que se haya de adoptar en torno a esta materia debe publicarse por adelantado. Se pueden presentar los siguientes problemas:

- a) Norma jurídica que se habrá de aplicar, se publica para que entre en efecto con posterioridad.
- b) Norma jurídica en proyecto, se pone en conocimiento de la otra parte con el fin de permitir la impugnación correspondiente.

⁸⁸ Normas a considerar en el ámbito federal: CEPA, *Hazardous Product Act*, RSC, 1985, c-H-3; *Explosives Act*, RSC, 1985, E-17, con modificaciones; *Pesticides Act*, RSO, 1980, c. 376; *National Transportation Act*, RSC, 1987, RSC 1985, c. 28 (3rd. supp.), ss. 1-273, as amended; *Transportation of Dangerous Goods Act*, RSC, 1985, c. T-19. Véase en Dimok, R. E. *et al.*, *Canadian Marketing Law Handbook*, Canada, Thomson Professional Publishing, 1991, p. 58.

⁸⁹ En Chile, los niveles se encuentran establecidos en la Ley de Bases Generales del Medio Ambiente de 1994 y en la legislación que lo complementa. Para el medio marino se debe recurrir a la Ley de Navegación de 1978. La primera, sobre el medio ambiente, se ha visto complementada por una normativa de carácter reglamentario acerca de la Evaluación del Impacto Ambiental y de Normas Primarias y Secundarias de Calidad Ambiental.

En cualquiera de los dos casos, ocurre que la parte se puede ver afectada, así como los particulares por cuanto pueden no tomar conocimiento con anterioridad en un plazo razonable, de normas que los puedan afectar.

C. *Fiscalización*

Ésta se efectúa sobre la base de un alto nivel de protección al medio ambiente. Al respecto, Canadá ha incorporado convenciones de 1990 sobre la materia de contaminación marítima y, por tanto, sería interesante una revisión de la regulación actual en Chile. El objetivo es la aplicación efectiva de las leyes que cada parte ha dictado o de los tratados internacionales en vigor.⁹⁰

D. *El principio polluter pays o el que contamina paga*

El TLCCC y el Acuerdo de Medio Ambiente (en adelante, AMA) regulan esta materia sobre la base de diferentes aspectos. Ellos buscan dar una estructura normal y concreta al principio. Así evitar que se pague por contaminar.

6. *Procedimientos sancionatorios*

El artículo 5o., número 2, señala la exigencia de estos procedimientos en las esferas judiciales, *cuasi* judiciales y administrativas. Es interesante el que los principios penales, en particular el de la tipificación del procedimiento, se encuentre incorporado al texto del AMA.

Tales procedimientos sancionatorios deberán cumplir con los requisitos del “debido proceso” (o proceso debido) que en inglés

⁹⁰ Al respecto, Llanos Mancilla, H., *Tratados internacionales de Chile en materia ambiental*, Santiago de Chile, Grupo Editor Latinoamericano, 1994. Por cierto que el libro no se encuentra actualizado, sin embargo es una referencia obligada para quien desee conocer la materia seriamente. Castillo, Marcelo, *Régimen jurídico de la protección del medio ambiente*, Ediciones Bloc, 1994.

se denomina *due process of law*.⁹¹ El AMA así lo indica,⁹² y los mecanismos canadienses de control de las exportaciones lo establecen. El gobierno canadiense tiene la facultad para ejercer control de las exportaciones de recursos naturales y sobre ciertos procesos, limitar la exportación en circunstancias de sobreoferta o depreciación de precios o por razones de carácter militar. En estos casos se requiere un permiso de exportación, por ejemplo, en el caso de CITES.

A. *Penas*⁹³

El marco jurídico es el siguiente:

- a) Se debe atender al bien jurídico protegido, es decir, lo que se denomina la naturaleza de la infracción. Con ello claramente se identifica la idea de una tipificación al respecto.
- b) Se debe atender a la gravedad de la infracción determinada por el *iter criminis* o desarrollo del delito.
- c) El beneficio económico que obtenga el infractor de la falta o delito cometido. Aquí habrá de mirarse al alcance de la investigación, evitando con esto que se pague por contaminar. Dicha pena deberá ser de tal magnitud, que de alguna manera pueda afectar seriamente el patrimonio y generar un efecto disuasivo. Pero incluye el AMA un elemento adicional. Para determinar la pena se debe incluir el beneficio obtenido.
- d) En la determinación específica de la pena habrá de considerarse la situación específica del infractor en su situación patrimonial. Quien más posee debe pagar más, y así evitar el cometer infracciones.
- e) El costo de confinar la contaminación o de limpiar la misma habrá de ser considerado por el tribunal.⁹⁴

91 Respecto del tema se puede citar a Tavolari, Raúl, *Tribunales, jurisdicción y proceso*, Editorial Jurídica de Chile, 1994.

92 Artículo 7, núm. 1, letra a).

93 Artículo 5, núms. 1, 2 y 3.

94 En el caso marítimo, podemos encontrar diversas maneras a través de las cuales se cometen estas infracciones: a) Actividad en el lecho del mar; b) A través de vertidos al mar

B. *Los particulares*

Aparecen aquí una serie de garantías de carácter innovador para el derecho chileno. Ellas dan derechos a los particulares, y se tomaron del NAFTA que contiene normas y casos parecidos. Es interesante porque por primera vez aparece una norma que da tanta posibilidad a los particulares.⁹⁵

Las garantías para este tema son:

a. Garantía del derecho para solicitar investigación

Esta garantía se establece para solicitar la investigación de presuntas violaciones a leyes y reglamentos ambientales. Las mismas vienen a dar la posibilidad a chilenos y canadienses de solicitar se inicie una investigación por faltas cometidas tanto en Chile como en Canadá. Ciertamente para que se admita su tramitación, se requiere cumplir con una serie de requisitos, pero el camino se encuentra abierto.⁹⁶

(*dumping*, en inglés), esto habrá de estudiarse más adelante en el texto; c) A través de los barcos que generan diversas posibilidades de contaminación. Günding, Lothar, *Die 200 Seemeilen-Wirtschaftszone*, Berlín, Max Planck Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht, Springer Verlag, 1983, pp. 255 y ss.

95 Debo estas notas al señor Andrew Bowcott de *Environment Canada*, organismo encargado de la administración desde la perspectiva canadiense del TLCCC, y al abogado Daniel Langlois, del Ministerio de Comercio y Relaciones Exteriores de Canadá.

96 En el NAFTA hay un caso que se encuentra pendiente (28-01-99), en donde una persona es la que inicia la acción. Es el caso "Héctor Gregorio Ortiz Martínez vs. Estados Unidos Mexicanos". El resto son casos en que organizaciones actúan en representación de intereses ambientales. Un caso de particular importancia es el identificado con las siglas y números SEM-96-001 "Comité para la Protección de los Recursos Naturales, A. C. et al. vs. Estados Unidos Mexicanos" en donde los peticionarios aseveran que en el caso de la evaluación del proyecto denominado "Constitución y operación de una terminal portuaria de uso público para cruceros turísticos en la Isla Cozumel, Estado de Quintana Roo" existen omisiones en la aplicación efectiva de la legislación ambiental vigente por parte de las autoridades competentes. El 24 de octubre de 1997, el Secretariado dio a conocer al público el expediente final de hechos. Por lo tanto, se da por cerrado el caso. En la práctica, viene a ser una suerte de aprobación de la petición, en la cual Estados Unidos Mexicanos cometió una omisión a sus leyes.

b. Acceso adecuado a los procedimientos

Se garantizará que las personas con interés jurídicamente reconocido⁹⁷ (en donde se incluye el derecho a demandar por daños a otra persona bajo la jurisdicción de esa parte y la posibilidad de iniciar acciones sujetas tanto a la jurisdicción de la parte contraria como propia ante el secretariado correspondiente) puedan ejercer la acción de petición. Situación extraordinaria porque nos encontraríamos en un caso de acción internacional (supuesto de acción de una persona sujeta a la jurisdicción de una parte contra la otra).

Como sólo se cae dentro de una sanción “moral”, la opinión pública del Estado que corresponda deberá formarse la idea correspondiente.

A su vez, se pueden solicitar sanciones o medidas de reparación, resoluciones para aminorar las consecuencias de las infracciones a sus leyes o reglamentos ambientales administrativos del mismo. Situación peculiar limitada por el interés jurídicamente protegido, pudiéndose pedir en Chile una sanción para un acto que tenga como consecuencia, por ejemplo, la contaminación ambiental en el mar de Canadá. Lo anterior, si tiene un interés protegido (cosa poco probable).

Por último, puede pedir a las autoridades competentes que tomen las medidas adecuadas para hacer cumplir sus reglamentos y leyes ambientales.

C. Garantías procesales

Frente a la falta de cumplimiento de los requisitos establecidos para el procedimiento, habrán de ejercerse los recursos correspondientes para la aplicación debida y el respeto a los principios.

Los principios con los cuales ha de subordinarse el procedimiento⁹⁸ en esta materia son el de la “justicia”, representado por la

⁹⁷ Entendemos por tal un derecho que se tenga, y no una mera expectativa o el simple deseo de actuar.

⁹⁸ No es ocioso señalar que de acuerdo con la doctrina más autorizada en materia

idea de que el proceso debe de ser justo, de acuerdo con el AMA, el de la “apertura” que implica no sólo que el proceso sea público sino, más allá, el acceso efectivo a la información en todas las instancias y momentos procesales; la “Equidad”, en donde ingresa el principio de equidad que nosotros reconocemos con la celebre frase de dar a cada uno lo suyo.

Con el fin de alcanzar a cumplir con estos objetivos o principios se debe a su vez considerar el debido proceso legal en la expresión de Lorca Navarrete “contradicción”, “audiencia” e “igualdad”.⁹⁹ Además se requiere que sean públicos (con la excepción de aquellos casos en que se requiere tomar resguardos por la administración debido a la información que puede estar incorporada), que otorguen derecho a las partes a sustentar o defender sus posiciones, presentar información y pruebas, que no sean innecesariamente complicados, es decir complejos, y no impliquen costos o plazos irrazonables ni demoras injustificadas.

Las resoluciones definitivas habrán de formularse por escrito, fundamentarse “preferentemente” y que se funden en informaciones y pruebas presentadas por las partes, habiéndoseles dado la oportunidad de ser oídas.

Es necesario que se consagre la posibilidad de recurrir a un tribunal con el fin de revisar y modificar las resoluciones definitivas.

7. Principios del acuerdo

Esta materia se ha tratado al final del texto en estudio. Pero, con el fin de sistematizar de manera adecuada la materia y alcanzar a entender desde sus inicios los elementos que se habrán de utilizar para comprender el total de estos aspectos, es que se estudia en este apartado.

procesal a nivel mundial, la italiana, no se puede confundir el proceso, el procedimiento y el juicio. El primero, de carácter programático, fija las directrices para ser consideradas: básicamente la audiencia y la igualdad; el segundo es la materialización jurídica del proceso; y el tercero es la faz activa que tradicionalmente se observa por el lego, la batalla.

⁹⁹ Lorca Navarrete, Antonio M., *Derecho de arbitraje español*, Dykinson, 1994, p. 320.

- a) Autonomía en la aplicación de la normativa por las autoridades de cada país. Expresión de la soberanía e independencia de cada país, este principio tiene su consagración en el artículo 37.
- b) Responsabilidad estatal frente a los particulares. Los particulares no tienen derecho de acción contra el otro Estado. Lo anterior basado en el artículo 38. Lo anterior, sin perjuicio del derecho de petición que les asiste.
- c) Protección de la información. No se puede obligar a las partes a proporcionar o dar acceso a la información.
- d) La no afectación de derechos y obligaciones de las partes en otros acuerdos ambientales.¹⁰⁰
- e) Protección de la “seguridad nacional”.¹⁰¹

8. *Definiciones*

- a) “Omisión en la aplicación efectiva de su legislación ambiental”. Se considerará tal, cuando la acción u omisión de que se trate por funcionarios o dependencias del gobierno refleje el ejercicio razonable de su discreción con respecto a cuestiones de investigación, judiciales, regulatorias o de cumplimiento de la ley. También cuando resulte de decisiones de buena fe en la aplicación de recursos ambientales a otras materias de mayor prioridad ambiental.
- b) “Pauta persistente”. Curso de acciones o de omisiones sostenido y recurrente posterior a la fecha de entrada en vigor de AMA.
- c) Legislación ambiental. Cualquier ley o reglamento de una parte o sus disposiciones, cuyo propósito principal sea la protección del medio ambiente o la prevención de la salud humana a través de los medios señalados en el AMA. Se señala a su vez que no incluye ley o reglamento cuyo propósito sea

¹⁰⁰ Particularmente el caso de Canadá que ha firmado un Acuerdo con Estados Unidos de América y México sobre el mismo tema.

¹⁰¹ AMA A° 42.

la administración... o explotación de recursos naturales con fines comerciales.

- d) “Procedimiento judicial o administrativo”, comprende una actuación judicial o *cuasi* judicial conforme con su legislación, detallándose en el número 3, letra a), los casos; incluye un procedimiento de solución de controversias internacional de que la parte pueda pertenecer.

9. *Comisión para la Cooperación Ambiental Canadá-Chile*

El artículo 8o. del tratado establece esta comisión integrada por:

- a) Un Consejo.
- b) Un Comité Conjunto Revisor de Peticiones.
- c) Comité Consultivo Público Conjunto.
- d) Secretariado Nacional de cada parte.

A. *El Consejo*

La estructura de éste órgano se configura por representantes con nivel de ministro, o de quienes se designe en su representación.

Entre las facultades que podemos mencionar se encuentran: establecer y delegar responsabilidades en comités *ad hoc* o permanentes, en grupos de trabajo o expertos. Pueden solicitar asesoría, adoptar cualquier medida en el ejercicio de sus funciones acordadas por las partes. Posee, por tanto, una naturaleza administrativa de carácter ejecutiva.

En cuanto a sus funciones, es un foro de discusión de asuntos ambientales comprendidos en el acuerdo, por tanto, todos los aspectos indicados anteriormente como probables generadores de conflictos habrán de ser discutidos aquí. Queda en ello el tema de los aspectos más relevantes en lo relacionado al área ambiental marítima. Un ejemplo es el de la forma para alcanzar el cumplimiento de los aspectos señalados, o el alcance y promoción de las auditorías ambientales. Así también la discusión acerca de los de-

comisos. Una segunda función tiene relación con la supervisión de la aplicación del acuerdo, y una tercera, la supervisión de los secretariados nacionales. Conoce, por último, controversias acerca de la interpretación y aplicación de este acuerdo.

Por cierto, que en esto último no podemos dejar de incluir el tema de los problemas a presentarse en materia ambiental en el área marítima. Allí avizoramos lo siguiente, primeramente problemas relacionados con la legislación interna e internacional de ambos países. Por una parte, los diferentes sistemas jurídicos, por otra parte, el sentido y alcance de las leyes que se dictan, además de la naturaleza de las mismas, etcétera. Aparecerán, asimismo, problemas prácticos relacionados con los asuntos por tratar dentro de los temas ambientales. Un caso ilustrativo resulta la efectividad para los ciudadanos de la protección ambiental en su país,¹⁰² o la posibilidad de impedir que por razones particulares de desarrollo de una industria o sector industrial se le permita actuar, y por tanto se actúa con una permisividad mayor de lo que se afecta a la propia industria nacional.

En Canadá, no lo olvidemos, se hacen exigibles al Estado ciertas obligaciones o deberes respecto del medio ambiente. La ley canadiense del medio ambiente establece una serie de obligaciones para el Estado, por ejemplo, la determinación del porcentaje de una sustancia tóxica en un producto, con lo cual lo que para Chile es algo normal en toxicidad e inclusive ni siquiera se ha planteado el asunto, en Canadá puede ser absolutamente anormal y contrario a los límites exigidos.¹⁰³

Asimismo, existe la Ley de la Calidad del Medio Ambiente en Canadá. En ella se adquiere responsabilidad respecto de las normas ambientales, la autorización de permisos y el control y aplicación de las normas ambientales.¹⁰⁴ Podría incurrir en la denominada “falta de servicio” propia del derecho administrativo. La Corte Suprema de Canadá, en el caso Lapierre, señala los fundamentos de la responsabilidad civil de la administración pública.

¹⁰² No olvidemos la legislación de protección al consumidor.

¹⁰³ Belanger, Michel, *La responsabilité de l'état et des sus sociétés en environnement*, Les Editions Ivon Blais Inc., 1994, pp. 40 y 41.

¹⁰⁴ *Ibidem*, pp. 40 y ss.

La base de lo anterior se haya en el artículo 1053 del Código Civil de Bajo Canadá.¹⁰⁵

Los tribunales han adoptado una aproximación liberal para la determinación de la responsabilidad civil del Estado y de sus sociedades o empresas, netamente en materia de litigios.

Consecuencia obvia de lo afirmado, el Estado habrá de estar atento a cualquier situación que afecte al medio ambiente.

El consejo, además, cumple con dos funciones, aprobar el programa de trabajo y el presupuesto de la comisión, y promover y facilitar la cooperación entre las partes en asuntos ambientales.

En síntesis, el consejo tiene funciones de carácter directivo con relación a la administración del acuerdo. Servirá de foro de discusión a los grandes problemas y dificultades que puedan aparecer.

Funciones de examinación y recomendación

Este segundo grupo, con base en lo discutido precedentemente, se encuentra en el número 2 del artículo 10. Su objetivo, en general, es hacer efectivas aquellos elementos contemplados de manera más general en el número 1.

De aquellas facultades otorgadas al consejo que deseamos resaltar, se encuentra la letra d) “el uso de instrumentos económicos para la consecución de objetivos ambientales internos o acordados a nivel internacional”.

Estos instrumentos económicos son los que la legislación ambiental y económica dispensan. Es el caso de los permisos de emisión transables u otros medios que incorpora el mercado manejados por el aparato económico y jurídico de un país, y así obtener objetivos internos y acordados en el ámbito internacional.

Además, en lo estrictamente marítimo, no olvidemos que existen acuerdos internacionales incorporados a la legislación de Canadá y Chile que deben ser obedecidos. Casos paradigmáticos son los acuerdos que se encuentran incorporados relativos a la contami-

¹⁰⁵ Se basa en un comportamiento contrario a una conducta prudente y diligente. Belanger, Michel, *op. cit.*, nota 103, pp. 77. El caso es Lapierre c. Procurer général du Quebec (1985) 1 RCS 241, 259.

nación como el Convenio Internacional para prevenir la Contaminación de las Aguas de Mar por Hidrocarburos de 1954 con modificaciones de 1962 y 1977; la Convención sobre el Derecho del Mar de Montego Bay 1982; el Convenio Internacional sobre la Responsabilidad Civil por Daños causados por la Contaminación de las Aguas del Mar por Hidrocarburos de 1969, y vigente en Chile desde 1977, o el Convenio de Washington acerca del Comercio Internacional de Especies de Flora y Fauna en peligro de Extinción (CITES).¹⁰⁶

Se analizan los asuntos ambientales globales (por ejemplo, transporte a larga distancia de contaminantes del aire y de los mares; asuntos ambientales que se relacionen con el desarrollo económico y enfoques sobre el cumplimiento y la aplicación de las leyes ambientales; etiquetado ecológico).

El número 3 del artículo 10 señala la función de fortalecer la cooperación para la colaboración de leyes y reglamentos ambientales como para su mejoramiento continuo. Es necesario indicar que en Canadá los niveles de protección son altos. Resulta importante interesarse en la manera o forma en que los canadienses han desarrollado su trabajo con el fin de que, en lo posible, se pueda utilizar la experiencia por ellos acumulada.

A su vez, el número 4 indica la facultad de exigir a los secretariados nacionales la preparación de informes sobre cualquier asunto ambiental relacionado con las funciones de cooperación de este acuerdo.

El consejo posee ciertos objetivos con el fin de encaminar su trabajo, indicados en el número 5, a su vez elaborará y promoverá la elaboración de recomendaciones, cooperará con la Comisión de Libre Comercio del Tratado de Libre Comercio Chile-Canadá. Sobre estas facultades nos detendremos un momento. El número 6, letra a), del artículo declara que se debe elaborar recomendaciones sobre el acceso público a la información sobre el medio ambiente, incluida aquella sobre materiales peligrosos.

¹⁰⁶ Decreto Ley Número 2222 de 31 de mayo de 1978. Respecto de CITES, véase Sand, Peter H., "Whither CITES, The evolution of a treaty regime in the borderland of trade and environment marine", *Marine and Coastal Law*, Kluwer Academic Publishers, 1998.

Además, el número 7 señala que el consejo cooperará con la Comisión de Libre Comercio del TLCCC para alcanzar los objetivos ambientales de este último tratado. Esto se desarrolla así, dado que el artículo G-14 del TLCCC permite hacer consultas del caso. Los supuestos para tales consultas son que la contraparte ha renunciado a aplicar una medida ambiental. La anulación de tal medida o ha establecido u ofrecido con el fin de incentivar la inversión o con miras a evitar dicho incentivo.

El país, que para incentivar la permanencia o establece o reduce hasta eliminar una medida ambiental, viene en provocar las mismas dificultades para la contraparte. Puede con ello, a título ejemplar, desincentivar a un inversor que provenga de la contraparte; incentivar su participación con desmedro de sus propios partisanos; lograr desincentivar a terceros u otra figura que de alguna manera genere la misma consecuencia, se efectúe sobre la base del desmedro o incentivo al medio ambiente.

A su vez, el consejo tiene la facultad de actuar respecto de la prevención o la resolución de controversias comerciales relacionadas con el medio ambiente.

B. *Comité Conjunto Revisor de Peticiones*¹⁰⁷

Este comité tiene dos miembros por cada parte y se establecerá seis meses después de la entrada en vigor del acuerdo. Se indican los requisitos para tener la calidad de miembro.¹⁰⁸

Sus funciones¹⁰⁹ tienen relación con la aplicación de la legislación ambiental. Los sujetos de tal petición son las personas u organizaciones no gubernamentales establecidas conforme con la legislación de Chile o Canadá.¹¹⁰

La causa de pedir es la omisión en la aplicación efectiva de su legislación ambiental. Ello está concebido en términos amplios, y puede deberse tanto a lo dicho respecto de lo contemplado en el

¹⁰⁷ A° 12.

¹⁰⁸ A° 12, núm. 2.

¹⁰⁹ A° 14.

¹¹⁰ A° 14, núm. 1.

mismo acuerdo como a otras causas, la “legislación ambiental” no distingue.

Se presenta ante el Secretariado nacional correspondiente. Éste puede decidir si lo tramita conjuntamente con su contraparte.

Para enviarla al Comité Conjunto Revisor, en caso de no cumplirse los requisitos, puede llegarse a rechazar la petición.

Los requisitos son que se constate que la petición:

- a) Se presente en uno de los idiomas oficiales del acuerdo (inglés, castellano o francés).
- b) Identificación clara de la persona u organización que la presenta.
- c) Pruebas suficientes (incluso documentos).
- d) Un requisito extremadamente subjetivo, el que se encamine a “promover la aplicación de la ley y a no hostigar a la industria”.
- e) La comunicación por escrito a las autoridades permanentes de la parte y la respuesta, si la hay.
- f) El que la organización resida o esté establecida en el territorio de una de las partes.
- g) Respecto de los canadienses, el que se declare la no presentación ante el Secretariado para la Cooperación Ambiental de América del Norte.

a. Comentarios

Estas normas se ven complementadas con la elaboración de las recientes pautas relativas a la Presentación de Peticiones en Materia de Aplicación conforme con los artículos 14 y 15. En ellas se efectúa una determinación más exhaustiva del procedimiento.

Es importante recalcar que las peticiones y el derecho a presentarlas pertenecen a las personas y a las organizaciones no gubernamentales. Ello trae, al menos en el caso de Chile, una situación particular ya que existen procedimientos particulares o propios de la Ley de Bases Generales del Medio Ambiente. Lo

anterior habrá de clarificarse en cuanto es esta una vía alternativa o es una vía posterior a la establecida en la ley referida.

Por otra parte, nos encontramos con la situación particular de otorgar una facultad de efectuar peticiones en país extranjero, ya que se podría, en un caso hipotético, entrar a formular dichas peticiones por un chileno en Canadá y ocurriría lo mismo en el caso canadiense. Ello muestra la importancia y el espacio de reconocimiento de las personas y de las organizaciones no gubernamentales en materia internacional.

La respuesta debe cumplir con requisitos. Ellos deben ser evaluados por el Comité Conjunto Revisor de Peticiones y son:

- a) Si el peticionario alega daño a la persona u organización que lo presenta.
- b) Si la petición plantea asuntos que contribuirían a la consecución de las metas del acuerdo. Ello en forma conjunta con otras peticiones.
- c) Si se ha acudido a recursos al alcance de los particulares conforme con la legislación de la parte.

Esto nos daría una respuesta en cuanto al lugar que ocuparía, posterior, dentro de los procedimientos de cada parte.

- d) Si la petición se basa en noticias de los medios de comunicación, es decir, si se tienen pruebas fehacientes o, por el contrario, si se trata de invenciones.

Cuando el Comité Conjunto Revisor de Peticiones solicite una respuesta, remitirá a la parte una copia de la petición y la información de apoyo que la acompañe.

b. El procedimiento

- a) Se entrega a la parte la petición. Ésta debe enviarse a los secretariados nacionales ante la Comisión para la Cooperación Ambiental entre Canadá y Chile.¹¹¹ Deben presentarse

¹¹¹ La dirección de la parte chilena es Obispo Donoso 6, Providencia, Santiago de Chile, y de la parte canadiense es 10 Wellington Street, 25th Floor, Hull, Quebec, Canada K1A 0H3.

en hojas tamaño carta, y si se puede el disquete,¹¹² con la dirección postal completa de la persona u organización que la presenta; el Secretariado nacional tiene la obligación de acusar recibo de toda correspondencia o documento. Además debe incorporarse la información de apoyo. Las notificaciones formales del Secretariado se efectuarán por escrito, y si hay un error leve se hará presente a la parte para que lo subsane.¹¹³ Se debe *identificar la ley o reglamento o disposiciones que procedan*.

- b) La parte notifica en un plazo de 30 o 60 días (este último plazo por “circunstancias excepcionales”). Las denominadas “circunstancias excepcionales” pueden ser que el asunto es materia de un procedimiento judicial o administrativo pendiente de la resolución o que el asunto ha sido considerado o es considerado por el Secretariado de la Comisión para la Cooperación Ambiental de América del Norte, porque en este caso el Comité Conjunto Revisor no seguirá conociendo. También cualquier otra información que la parte desee presentar.

c. Expediente de hechos

Esta figura jurídica debemos de entenderla como la reunión de los antecedentes de hecho, y donde habrán de exponerse los hechos y las pruebas que vengán a desmentir o a confirmar las afirmaciones efectuadas.

C. *Comité Consultivo Público Conjunto*

Comité asesor de los entes de este acuerdo.

¹¹² Véase la página *Web*: www.conama.cl/chile-canada/a/espanol/cres_98_11.html

¹¹³ Véase nota 52.

D. Secretariados nacionales de cada parte

Órgano que no se encuentra definido, cuyo objeto es el apoyo técnico, administrativo y operativo al consejo, grupos establecidos por éste y cualquier otra función que establezca el consejo.

Existen secretariados nacionales de cada país, debiendo presentar conjuntamente el programa de trabajo y el presupuesto de la Comisión para que sea aprobado por el consejo.

Debe identificar las movilidades previstas para el financiamiento.

Puede informar al público sobre la asesoría o información especializada en asuntos ambientales.

Consultas y solución de controversias

Dentro de las diversas formas que existen para solucionar las controversias de los países, en el AMA se ha escogido el de las consultas y del arbitraje. A diferencia del sistema de peticiones y reclamos existentes para los particulares, aquéllos se encuentran pensados para los Estados que son parte del acuerdo Chile-Canadá.

La gradualidad es un principio en la aplicación de estos medios de solución de controversias. Primeramente se aplican las consultas entre los Estados. Éstas deben efectuarse en el plazo de 60 días o el plazo que las mismas se otorguen y de no alcanzarse la solución del conflicto se recurre al arbitraje.

Con el fin de iniciar este procedimiento, una de las partes (o ambas) cita a una sesión extraordinaria del consejo. Ella debe efectuarse por escrito y en éste habrá de indicarse la cuestión o asunto que lo motiva. El consejo posee un plazo de veinte días para reunirse, salvo que acuerde otro plazo. En dicha reunión habrá de dedicarse a resolver la controversia.

El consejo, a su vez, en consideración a la naturaleza del asunto que motiva la queja, puede convocar a asesores técnicos, los expertos, quienes emiten un informe.

Recurrir a buenos oficios, conciliación, mediación u otra forma de solución de controversias que la imaginación pueda generar.

Formular recomendaciones para ayudar a las partes a alcanzar una solución mutuamente satisfactoria.

Tras la reunión del consejo y no habiéndose resuelto el asunto de acuerdo con lo señalado, se convoca a un panel arbitral.

El fundamento de la reclamación es una “pauta persistente de omisiones de la parte demandada en la aplicación efectiva de su legislación ambiental”. Lo anterior en relación con los lugares de trabajo, empresas, compañías o sectores que produzcan bienes o servicios (el caso del transporte).

Tales bienes o servicios deben cumplir con determinados requisitos:

- a) Que sean objeto de comercio entre los territorios de las partes. Este es el caso del transporte marítimo de mercancías.
- b) Que compitan en el territorio de la contraparte, con bienes y productos de la contraparte.

Claramente, el transporte de mercancías por mar se encuentra en esta situación, y debe considerarse aquello por armadores y navieros.

Se confeccionará una lista de panelistas con el fin de escoger a los árbitros más idóneos;¹¹⁴ se indica una serie de requisitos para actuar como panelistas;¹¹⁵ se indica la forma del proceso de selección¹¹⁶ y reglas de procedimiento¹¹⁷ en donde se deben cumplir con garantías mínimas como el derecho a la audiencia y las demás garantías que se han indicado precedentemente en este capítulo, además de la que indique el derecho de los tratados y la Convención de Viena, Austria, de 1967 sobre Derecho de los Tratados. Pueden estar presentes expertos,¹¹⁸ y existe un informe preliminar.

La comisión elabora un informe final, podemos considerarlo una decisión. Confirmará dicho informe la persistencia de omisiones

¹¹⁴ A° 25.

¹¹⁵ A° 26.

¹¹⁶ A° 27.

¹¹⁷ A° 29.

¹¹⁸ A° 30.

de la parte demandada en la aplicación efectiva de su legislación ambiental. El plan para lograr el término de esta situación debe acordarse por las partes, pudiendo ajustarse a las determinaciones y recomendaciones del panel.

Puede haber una revisión de la decisión si la parte condenada no cumple con lo acordado, pero esto después de 180 días desde el acuerdo del plan de acción.¹¹⁹

En el caso de la reunión del panel frente a la solicitud de revisión, si esto ocurre así y la parte no cumple con el plan de acción, se puede imponer una contribución monetaria.¹²⁰

Se indica un procedimiento adicional de ejecución o de cobro. En esta materia existen diferentes procedimientos que están sujetos a un procedimiento judicial y en ningún caso pasa por la revisión y aprobación de tribunales nacionales sino que posee un innovador sistema de aplicación directa y constituye una obligación del Estado.

VI. COMERCIO Y MEDIO AMBIENTE EN LA REGULACIÓN MARÍTIMA CANADIENSE

La situación del Acuerdo sobre Medio Ambiente entre Chile y Canadá es de un relativo equilibrio entre comercio y medio ambiente. Sin embargo, ahora iniciaremos un estudio centrado en el tema marítimo, y la prevención y castigo de los riesgos a propósito del tema del transporte marítimo canadiense en el ámbito ambiental.

Lo anterior busca determinar una primera visión de los costos por incurrir para el comercio internacional por vía marítima en Canadá, en segundo lugar conocer las dificultades y beneficios que trae la legislación canadiense, y en tercer lugar tener claro las dificultades que puede traer aparejada una legislación más avanzada en materia de medio ambiente y su búsqueda de represión hacia la polución.

La perspectiva de la regulación jurídica comercial se centra en el derecho marítimo. A través de él hemos decidido dirigirnos a

¹¹⁹ A° 33, núm. 2 y 3.

¹²⁰ A° 33, núm. 5, letra b, en relación con el anexo.

las normas que en el derecho canadiense regulan el tema ambiental y ver cómo se enmarca la actividad marítima en Canadá.

1. *Breve discreción de la regulación jurídica contra la contaminación*

En materia de contaminación marítima, el problema del petróleo posee un largo recorrido. Pero no es la única manera de contaminar. El tema de los residuos de los barcos al viajar, los residuos atómicos, etcétera, tiene tanta importancia como los hidrocarburos. Mas aún, el transporte de mercancías, en sí un servicio, debe efectuarse tratando de alcanzar los máximos estándares de cuidado y protección a la mercadería con el fin de lograr que limpieza, seguridad y las mercaderías alcancen destino sin sufrir deterioro en sí mismas ni generar detrimento al medio externo, al barco, al mar.

2. *La regulación jurídica internacional en materia de contaminación marítima*

El primer asunto a tratar es el tema de la prevención. Como hemos señalado anteriormente, el trabajo de la “administración de riesgos” es el de prevenir la ocurrencia de catástrofes. Por ello, ya en la construcción de los barcos, en materia marítima, se encuentra la primera aproximación al tema de la contaminación. Queremos recalcar que ello no sólo tiene importancia para los vertidos de crudo. En verdad, la importancia resulta para toda la industria marítima. El transporte de mercaderías se basa en que la misma sea transportada de manera segura a su destino.

La Convención denominada *Maritime Pollution*, conocida como *Marpol*, en sus versiones del año 73 y 78 establece normas sobre la construcción de barcos. En ella se establecen reglas de máxima tolerancia para la construcción.

Luego trata el tema de las descargas al mar del crudo. Cada Estado controla las descargas de los barcos que, o se sitúan en sus aguas jurisdiccionales o se encuentran bajo la bandera de dicho Estado.

Tras el desastre de Torrey Canyon, la Organización Marítima Internacional (IMO, según sus siglas en inglés) propuso una convención relacionada con la contaminación por vertidos de petróleo en 1969. La convención en cuestión fue enmendada en 1973.¹²¹

Bajo el título de compensaciones se trata el tema de la responsabilidad bajo el sistema del derecho común o *common law*. Allí el reclamo se basa en la negligencia. Tendrá dificultades en probar la falta o puede encontrarse con bajos límites de responsabilidad.¹²² Se ilustra lo anterior con el caso *Esso Petroleum Co. Ltd. v. Southport Corporation* en que se dio la orden de descarga de 400 toneladas de petróleo para salvar un barco y luego se falló que no existía responsabilidad del armador (*shipowner*) dado que ellos enfrentaban un peligro. Hoy día, por cierto, Gaskel y otros señalan que ella no sería la decisión a adoptar.

Luego la IMCO propuso luego la Convención Internacional sobre Responsabilidad Civil (CLC, en su sigla en inglés), por daños debido al vertimiento de hidrocarburos de 1969. Se estableció una norma complementaria acerca de un Fondo para la Compensación de Daños por la Contaminación de Hidrocarburos de 1971. Tal convención estableció un fondo para pagar por los daños frente a la contaminación por hidrocarburos. A su vez, el sistema de responsabilidad es más estricto. En efecto, la responsabilidad es sin prueba de faltas, además el armador debe tomar un seguro y los reclamos se hacen en un solo país.

En la conferencia que dio luz a la Convención de 1969 ya citada, los armadores limitaron su responsabilidad.¹²³ El límite es desde 133 a 14 millones de SDR por toneladas (alrededor de 170 a 17.000 dólares estadounidenses).

¹²¹ Chorley and Giles, *Shipping Law*, 8a. ed., actualización por Gaskell, Debattista y Swatton, Pittman Publishing, 1987, pp. 473-481. Hill, Christopher, *Maritime Law*, 2a. ed., Lloyds of London Press Ltd., 1985, p. 265. Grime, Robert, *Shipping Law*, 2a. ed., Sweet and Maxwell, 1991, p. 318.

¹²² Chorley and Giles, *op. cit.*, nota anterior, p. 482.

¹²³ Sin perjuicio de lo mencionado, se puede probar la fuerza mayor o el caso fortuito. Así lo indican *ibidem*, p. 481 y Hill, Christopher, *op. cit.*, nota 121, p. 268.

3. Tovalop y Cristal

Al Acuerdo Voluntario de Dueños de Buques Tanques acerca de la Contaminación por Hidrocarburos (*Tovalop*) y al Contrato concerniente a un Suplemento a la Responsabilidad por Contaminación debida a Vertidos de Hidrocarburos (*Crystal*) nos referiremos en este apartado.

Fueron introducidos en 1969 y 1971 y revisados significativamente en 1978. Establecen límites a la responsabilidad y en dicha revisión se acercaron a los límites establecidos por el fondo y por el CLC.¹²⁴

Los límites de *Tovalop* y *Crystal* se fijan con base en un contrato imposible de ser quebrantado.¹²⁵

En 1984, IMO llamó a una conferencia diplomática. Se estableció un nuevo límite mínimo y el tonelaje es calculado de acuerdo con la Convención de 1969. El fondo tiene un máximo de 35 millones de SDR (L 102621190) pero se puede incrementar o aumentar hasta 200 millones de SDR (L 152031400). Se modifica la definición de barco dándole un mayor alcance. A su vez se extiende a la Zona Económica Exclusiva.¹²⁶

En 1985, la industria comercial marítima estableció un acuerdo denominado Acuerdo para la Polución, que fuera firmado por los armadores de buques tanques. Su sigla en inglés es *Plato*; similar al protocolo de 1984 del CLC, *Plato* no tuvo fuerza suficiente para

¹²⁴ Queremos reiterar dos ideas que ampliaremos en las conclusiones en este apartado. Existe una gran deuda con el área marítima y tiene relación con la necesidad de establecer no sólo límites para la contaminación por hidrocarburos o la pesca o destrucción indiscriminada. La deuda tiene relación con el establecimiento de un régimen que desde la perspectiva de la prevención y administración de riesgos en el mundo marítimo en general llegue a evitar los riesgos en el entendido de una disminución del mismo. Los acuerdos internacionales en materia marítima, si bien en muchos casos han actuado con éxito, no tienen unicidad o idea fuerza que logre un balance entre el comercio y los aspectos ambientales en el mar, entendiendo el mismo como un lugar o espacio en donde se encuentran personas, máquinas, seres vivos. Así, a nuestro entender se logrará alcanzar un equilibrio y desarrollo sustentable en materia marítima, y el derecho marítimo, en la concepción amplia propugnada por Ignacio Arroyo, encontrará su debida culminación o concreción.

¹²⁵ Chorley and Giles, *op. cit.*, nota 121, p. 488. *Tovalop* establece un límite desde 160 dólares estadounidenses por tonelada hasta 16.800.000 dólares estadounidenses, y *Crystal* un límite de 36.000.000. Hill, Christopher, *op. cit.*, nota 121, p. 296.

¹²⁶ Chorley and Giles, *op. cit.*, nota 121, p. 490. Hill, Christopher, *op. cit.*, nota 121, pp. 273 y ss.

entrar en vigor, pero en 1986 un suplemento de *Tovalop* y una revisión de *Crystal* se elaboraron con el fin de hacerse efectivos en 1987 (20 de febrero). Los límites son 3.5 m. de dólares estadounidenses; 733 dólares estadounidenses *per* GRT, con un máximo de 135 m. de dólares estadounidenses (*Crystal*).¹²⁷

Casos de otras formas de contaminación podemos encontrarlos en la Convención de París de 1960 sobre Contaminación en Materia Atómica y Responsabilidad a Terceros, además de la Convención sobre Sustancias Nocivas de 1984 patrocinada por IMO. Esta última ha sido agregada a la CLC en 1984 y al protocolo del fondo.

Este protocolo enmienda, sin embargo, a la Convención sobre Contaminación en el Caso Fortuito (*casualties*) en Alta Mar de 1969 (*The Intervention Convention*) que contiene normas extensivas a materias diferentes al petróleo.¹²⁸

4. *Dumping*

Hay dos convenciones sobre el *dumping* en el mar. La Convención de Londres para la Prevención de la Contaminación Marina por Dumping de Desechos y otras Materias de 1972, enmendada en 1978 (desechos por incineración y otros), y la Convención para la Prevención de Contaminación Marítima por Dumping desde Barcos y Aviones de 1972 (La Convención de OSLO).

5. *El derecho marítimo canadiense y el medio ambiente*

Con el fin de iniciar el análisis de la regulación jurídica marítima canadiense es fundamental señalar dos normas en dicho tema. Una de ellas es la Ley Constitucional de 1867, que en sus artículos 91 y 92 da competencia al Parlamento Federal para regular estas materias.¹²⁹ Además, en 1982 se publicó y entró en

¹²⁷ Chorley and Giles, *op. cit.*, nota 121, p. 490.

¹²⁸ Grime, Robert, *op. cit.*, nota 121, p. 320. Este autor señala que *Marpol* se refiere al tema de la limpieza de los barcos.

¹²⁹ Braën, André, *Le Droit maritime au Québec*, La Collection Blue, Wilson et Lafleur Itée,

vigor una ley que contiene los derechos humanos fundamentales. Tal posee rango constitucional e influye en las decisiones de la Corte Suprema (y de cualquier corte o tribunal canadiense) cuando se debe defender los derechos humanos.¹³⁰

La competencia del almirantazgo o de los aspectos procesales del derecho marítimo se encuentran en la Corte Federal de Canadá. Históricamente perteneció tal competencia al Tribunal del Almirantazgo inglés.¹³¹

Aquí habremos de bifurcar los caminos de nuestro análisis. Como ocurre en materias en que se trabaja en la interrelación de diferentes aspectos de la realidad, vemos cómo existen áreas donde podemos hacer diferencias pero no las alcanzamos en su globalidad.

Para entender lo anterior, estudiaremos a la *Canadian Environmental Protection Act* y sus capítulos G 15.3 (RS, 1985, c. 16 (4th. Supp)) y otra legislación anexa reguladora de la contaminación que afecte al transporte de mercancías, y luego arribaremos a la *Canadian Shipping Act* con el fin de observar la manera en que esta legislación regula el tema del medio ambiente y la manera en que puede afectar el comercio entre ambas naciones. De ello buscaremos enfrentar la posibilidad de los riesgos que se generen para la actividad comercial.

A. *Materia ambiental*

Canadá posee un adelanto extraordinario con relación a Chile, basado en un trabajo profundo sobre la materia.

Nuestro primer punto de partida es la *Canadian Environmental Protection Act* en sus capítulos C-15.3 (RS, 1985, c-16 (4th Supp)) para recorrer luego diversas normas legales tanto en el campo marítimo como ambiental marítimo. En cada provincia de Canadá, por ser

1992, pp. 68-69. Se expresa "À ce chef de compétence proprement dit, il faut ajouter la compétence fédérale sur le service naval, les amarques, les bouées et les phares...".

¹³⁰ Precisión efectuada por el profesor André Braën en Ottawa, enero de 1999.

¹³¹ Braën, André, *op. cit.*, nota 129, p. 85.

ésta una Federación, existe una legislación propia en materia de medio ambiente. En la mayoría de los casos esta legislación tiene grandes similitudes con la legislación federal, pero en otros casos no los tiene.¹³² De hecho, la provincia de Ontario donde se encuentra radicada la ciudad de Ottawa, posee una Ley de Derechos Fundamentales en materia de Medio Ambiente, *Environmental Bill of Rights*, recientemente publicada en 1993.¹³³

Los derechos federales del ambiente cuentan en Canadá con diversas normas sobre la materia. El gobierno federal, como señaláramos anteriormente, tiene facultades para abordar en forma indirecta el tema ambiental. Ello, porque a propósito de estas materias, la Ley constitucional de 1867 le otorga competencia.¹³⁴

La ley medioambiental canadiense CEPA otorga la facultad a los particulares para requerir una investigación sobre supuestas ofensas a la ley. El Ministerio Federal del Medio Ambiente debe investigar dentro del plazo de 90 días desde el requerimiento. El ministro posee la facultad para suspender la investigación. Por tanto, esta ley, en general, contiene normas de acceso a la iniciación de la investigación por el Estado, pudiendo éste suspender la investigación, lo que es una facultad del ministro del medio ambiente. Además esta ley posee normas para las sustancias tóxicas y otras materias.

a. La CEPA¹³⁵

Esta ley posee 149 artículos y una serie de anexos. Las materias a discutir, por ser una norma federal, habrán de ser conocidas por la Corte Federal de Justicia.

¹³² Conversación con el profesor André Braën en la Universidad de Ottawa, enero de 1999. El profesor Braën, además de ser un especialista en el tema marítimo y que efectuara su doctorado en la Universidad de McGill en Montreal bajo la dirección de William Tetley, es un especialista en materia de derecho público, por lo que combina muy bien éste con aquél y logra una síntesis formidable de pensamiento.

¹³³ Muldon, Paul; Lindgreen, Richard *et al.*, *The Environmental Bill of Rights*, Emond Montgomery Publications Limited, 1995.

¹³⁴ Las materias se encuentran en los artículos 92 y 93 de la ley.

¹³⁵ El esquema de CEPA es el siguiente: *Parte I*. Objetivos de calidad ambiental, principios, procedimientos. Artículo 7o.: Se señala que el ministerio puede coleccionar y procesar una base de datos periódica y pública sobre la calidad ambiental en Canadá. *Parte II*. Contiene

La primera parte de esta norma fija la calidad ambiental, sus objetivos, las líneas guías o principios y los códigos de práctica.

El mar se entiende como el mar territorial de Canadá,¹³⁶ las aguas internas de Canadá,¹³⁷ zonas de pesca,¹³⁸ la Zona Económica Exclusiva de éste país.¹³⁹ Se incluyen, asimismo, las aguas del ártico, las aguas adyacentes y cualquier otra agua de mar.¹⁴⁰

Existe una prohibición general para la actuación en tales espacios, y luego se faculta o se establecen excepciones a esta regla general de corte prohibitiva. Se admite la posibilidad de aventar o de efectuar lanzamientos al mar de mercaderías o sustancias con el fin de salvar la vida humana, pero siempre con un sentido de minimizar el riesgo para ésta.¹⁴¹ No se exonera de culpa cuando tal descarga o aventamiento se efectúa por negligencia y se genera en forma inmediata la obligación para el capitán del navío (o del avión en su caso) de reportar tal acto a las autoridades.¹⁴²

Si un barco de bandera canadiense se encuentra fuera de aguas canadienses, sólo puede descargar sustancias si se le ha otorgado un permiso por el ministerio canadiense respectivo, luego de cumplir con una serie de condiciones señaladas en la ley.¹⁴³

Las facultades de los inspectores son señaladas posteriormente,¹⁴⁴ éstos, en general, tienen todas las atribuciones de fiscaliza-

normas sobre sustancias tóxicas. Importación y exportación de sustancias tóxicas y materiales de desecho. *Parte III.* Nutrientes. *Parte IV.* Departamentos federales y agencias gubernamentales. *Parte V.* Polución en el aérea internacional. *Parte VI.* Descarga al mar. En el artículo 66 se señala que *dumping* es la deposición deliberada al mar desde un barco o avión, plataforma u otra estructura antropogénica, incluida la deposición por incineración o degradación termal. No incluye el caso de deposición que ocurre de modo accidental o derivada de las operaciones normales de un barco, avión, plataforma o estructura antropogénica. Con ello vemos que se incluye el problema de las descargas frente a “Estados de necesidad” pero se prohíbe frente a la situación de arrojar al mar la carga por descomposición u otro elemento cuyo origen provenga del mal estado de la cosa.

¹³⁶ CEPA, 66 (2) a).

¹³⁷ CEPA, 66 (2) b).

¹³⁸ CEPA, 66 (2) c).

¹³⁹ CEPA, 66 (2) d).

¹⁴⁰ CEPA, 66 (2) e), f), g).

¹⁴¹ CEPA, 67.

¹⁴² CEPA, 68, (2), (3).

¹⁴³ CEPA, 71, 72, 73, 74.

¹⁴⁴ CEPA, 76.

ción necesarias, pudiendo repetirse contra el Estado canadiense por algún tipo de negligencia administrativa o retención indebida.

Para la detención de los barcos se requieren “fundamentos razonables” como supuesto de la orden de detención y el fundamento legal de tal orden debe apoyarse en la violación de los artículos 67, 69 y 70 *dumping*, peligro o lanzamiento al mar de sustancias sin los permisos necesarios.¹⁴⁵

b. La Ley Canadiense de Navegación o *Canadian Shipping Act*

Gracias a la gentileza del profesor Braën de la Facultad de Derecho de la Universidad de Ottawa contamos con la normativa actualizada de la misma.

En su parte primera, esta ley cuenta con una serie de definiciones de interés para nuestro estudio. Por “Convención de Salvamento” (*Safety Convention*) se entiende la Convención sobre Seguridad Humana en el mar de 1974 (Londres, noviembre 1o., 1974) así como su protocolo adicional de 1978 (Londres, febrero 17, 1978) y las enmiendas que se puedan efectuar con posterioridad. Pero que sean diferentes al capítulo 1 de la convención o a sus anexos.¹⁴⁶ El artículo 654, bajo el título de Prevención de la Contaminación y su Control son incluidos dentro de esta definición.

“Descarga” (*dumping*) es toda descarga de un contaminante desde un barco, con el resultado directo o indirecto de que el contaminante ingrese al agua, e incluye sin límite la generalidad de expeler, bombear, etcétera.¹⁴⁷

“Incidente con resultado de contaminación marítima” entiende cualquier acto o serie de actos que tengan un mismo origen y tenga por resultado una descarga de combustible al mar.¹⁴⁸

¹⁴⁵ CEPA, 77.

¹⁴⁶ CSA, 1, núm. 2.

¹⁴⁷ CSA, 654.

¹⁴⁸ *Idem*. Desgraciadamente han delimitado la contaminación al tema del combustible, y no se han percatado que en materia de contaminación puede ser tan peligroso éste como la carga que se puede transportar, ya que los efectos de alimentos u otros elementos en mal estado puede tener efectos sobre la cadena alimenticia.

“Petrolero” (*oil tanker*) entiende la ley a cualquier barco construido o adaptado primariamente para llevar petróleo en tanques o en sus espacios de carga.¹⁴⁹

“Convención OPRC” es la Convención Internacional para la Preparación, Responsabilidad y Cooperación de Vertimientos de Hidrocarburos en el Mar de 1990 (noviembre 30, 1990), y enmiendas de esa convención que entró en vigor en Canadá.¹⁵⁰

“Armador” (*Owner*) se entiende la persona que al momento de lo ocurrido tiene el derecho, sea por ley o por contrato, del dueño o del armador sobre la posesión y el uso de éste.

“Contaminante” es entendido como:

- a) Cualquier sustancia que si se agrega al agua puede degradarla o alterarla o forma parte de un proceso de degradación o alteración de la calidad de tal agua o que se extiende hacia el detrimento de su uso por el hombre, cualquier animal, pez o planta que sea utilizada por el hombre.¹⁵¹
- b) Cualquier agua que contiene sustancias en una concentración o cantidad, o que así tratada, procesada o cambiada por brezal u otra forma desde una estado natural que esta posea, si agregada a cualquier agua, degradada o alterada, o formando parte de un proceso de degradación o alteración de la calidad de esa agua hacia la extensión del detrimento a su uso por el hombre, cualquier animal, pez o planta utilizado por el hombre, y sin limitar la generalidad de lo que señale, incluyendo petróleo crudo, petróleo de bencina, etcétera, o cualquiera sustancia o clase de la misma que está prescrita para el propósito de esta parte para ser un contaminante.¹⁵²

¹⁴⁹ CSA, 654.

¹⁵⁰ *Idem.* Por cierto, en Chile las convenciones y la ley hace alcance sólo a las normas convenidas hasta el año 78.

¹⁵¹ CSA, 654, 655.

¹⁵² CSA, 654.

“Convención sobre la polución” se entiende la Convención Internacional para la Prevención de la Polución de Barcos de 1973, firmada en Londres el 2 de noviembre de 1973 y su protocolo de 1978 signado en Londres en febrero 17 de 1978, todas sus enmiendas que se hagan desde el Protocolo 1, los anexos o apéndices a esa Convención.¹⁵³

“Barco” incluye cualquier descripción de barco, navío usado o posible de ser usado en su totalidad o en parte en la navegación marítima sin la consideración de un método o forma de propulsión.¹⁵⁴

El espacio físico sobre el cual se aplica la CSA son las aguas canadienses y las de la Zona Económica Exclusiva¹⁵⁵ que no se encuentren dentro de la zona de control, de libertad o de exclusión de barcos de acuerdo con la Ley de Prevención de Contaminación del Agua y a todos los barcos que se encuentran en tal espacio. No se aplica a barcos destinados a prospección petrolera o a las descargas derivadas de la aplicación de la ley de producción de petróleo.¹⁵⁶ La Guardia Costera de Canadá es el ente competente para resguardar la efectiva aplicación de la ley.¹⁵⁷

A su vez, el artículo 657 entrega la facultad al gobernador en consejo para hacer leyes acerca de los reportes de descarga desde los barcos,¹⁵⁸ del control de los contaminantes transportados en los barcos sea como carga o combustible, el método de almacenaje de los mismos, el método para retenerlos dentro de la nave, las diversas formas de transporte y equipos para el mismo, los procedimientos

¹⁵³ *Idem.*

¹⁵⁴ *Idem.*

¹⁵⁵ El TLCCC indica el mismo territorio.

¹⁵⁶ CSA, 656.

¹⁵⁷ Existen una serie de reglamentos en torno a este tema, por ejemplo el de Prevención de la Contaminación, Productos Peligrosos y Sustancias Líquidas Nocivas, Prevención de Contaminación por Basuras, Prevención de la Contaminación proveniente de Aguas Residuales de Embarcaciones No Recreativas y Sustancias Contaminantes, y Prevención de la Contaminación por Petróleo.

¹⁵⁸ La CSA tiene dos reglamentos específicos. Reglamentación para la Prevención de la Contaminación por Desechos de las Naves de Pasajeros (*Pleasure craft Sewage Pollution Prevention Regulation*) y Reglamento para la Prevención de la Contaminación por Desechos de Naves que No son de Pasajeros (*Non Pleasure craft Sewage Pollution Prevention Regulation*) vigentes desde 1996.

en los barcos para carga y descarga, la cantidad máxima de transporte y diseño de barcos, etcétera. Existen una redefinición de materias como barco o buques tanques y se señala que debe estar a lo que señale la convención y la ley canadiense cuando un barco ingresa en aguas jurisdiccionales canadiense, particularmente cuando se trata de exigencias en materia marítima. En materia de petróleo, se exige que una organización responsable certifique la cantidad de petróleo que transporta, que se confeccione una declaración en donde se indique el nombre y la dirección del asegurador del barco o de la carga y la confirmación de la aceptación.¹⁵⁹

Se deben tomar las medidas razonables con el fin de aplicar las regulaciones del artículo 658 ya descrito. Lo mismo respecto de los planes de emergencia frente a la contaminación por hidrocarburo. Existen ciertos certificados o permisos que autorizan a la excepción de las normas antes señaladas pero tienen que cumplir con requisitos de publicidad estrictos.¹⁶⁰ Se incluye la regulación del tema de las instituciones que asuman la responsabilidad en materia de derrames.

Los delitos se pueden castigar con prisión que no exceda a los seis meses como mínimo y hasta tres años, dependiendo de la multa.¹⁶¹ El tribunal debe tomar en consideración el riesgo o daño causado, el costo estimado de la limpieza, la acción de remedio que debe asumirse, si la ofensa fue deliberada o no, el lugar de descarga, la incompetencia, la negligencia del ofensor, las precauciones tomadas y beneficios económicos obtenidos. Existen penas adicionales acompañando a las mencionadas.¹⁶²

¹⁵⁹ CSA, 660.2 y 660.3.

¹⁶⁰ CSA, 660.3.

¹⁶¹ CSA, 660.11, 664. Los límites de las multas son 250 CDN hasta 1 millón de CDN.

¹⁶² CSA, 664.

B. *Materia comercial*

El derecho marítimo canadiense del transporte marítimo¹⁶³

El derecho marítimo canadiense y, particularmente quebequense, trata esta materia desde dos perspectivas. Por una parte, debe acatarse lo señalado por las normas federales, particularmente la *Canadian Shipping Act*. Luego, dentro de la regulación canadiense debe recurrirse a las normas estatales sobre la materia. En el caso de Québec (hemos acudido a esta provincia por contar con una fuente de primera mano el texto del profesor Braën), la situación es un poco compleja. Si bien el derecho quebequense se nutre del derecho civil contenido en el código de la misma provincia, existe una decisión del máximo tribunal canadiense que estableció la no aplicación del derecho civil quebequense a las materias marítimas.¹⁶⁴

En esta materia nos remitiremos a lo señalado anteriormente. La principal fuente es la *Canadian Shipping Act* o *Loi Sur la Marine Marchande du Canada*. Ella establece las normas básicas, aunque no es el único texto que regula la materia comercial. Como el mismo profesor Braën señala en su texto ya citado, se hace aplicable, por ejemplo, al tema una serie de otras normas.¹⁶⁵ Brevemente, en el tema del transporte de mercancías en Québec, sistema más cercano a nosotros, podemos señalar que debe estudiarse el contrato celebrado, fletamento u otra modalidad contractual, y luego recurrir a las normas del *common law*. El derecho del Código Civil de Québec (artículos 2407 a 2460) quedaría excluido por la decisión antes indicada de la Corte Suprema de Canadá.

¹⁶³ Obviamos la referencia a las normas constitucionales al respecto, por haberlas tratado anteriormente.

¹⁶⁴ Braën, André, *op. cit.*, nota 129, p. 117. El caso es ITO-International Terminal Operators *vs.* Miida Electronics Inc. Por cierto que lo dicho ha merecido una crítica justificada del autor.

¹⁶⁵ *Ibidem*, pp. 389 y ss.

VII. CONCLUSIONES

La relación comercio y medio ambiente en su vertiente jurídico marítima deja al descubierto innumerables elementos de interés para el estudio normativo y dogmático. Deja ya de ser un terreno estrictamente económico y se envuelve e impregna de las dificultades y soluciones de la ciencia jurídica.

En el plano mismo de lo económico podemos vislumbrar la continuación del debate acerca de la confrontación entre el comercio irrestricto y la protección al medio ambiente irrestricta. Aún hoy no existe un claro consenso acerca de la materia, pese a la existencia de la economía ecológica como disciplina.

Ello involucró, sin duda, la decisión de los actores, particularmente los Estados en el terreno internacional. Pero no podemos dejar pasar la oportunidad para valorar el esfuerzo de consensuar soluciones existentes en el Tratado de Libre Comercio entre Chile y Canadá.

La evaluación de riesgos, por su parte, desconocida para los juristas y principalmente utilizada en el ámbito del seguro y de la inversión, encuentra una posible utilización. Se convierte así en una fórmula más o menos eficaz para dar una idea de las consecuencias del actuar en el ámbito ambiental y comercial internacional.

En el plano estrictamente jurídico, no podemos sino indicar la importancia de una debida concordancia entre lo celebrado entre dos Estados y sus respectivas legislaciones. Lo anterior adquiere importancia cuando los actores internacionales paraestatales requieren de claridad, precisión y seguridad en el derecho. La rapidez en la conclusión de acuerdos y tratados no debe considerarse como óbice de un debido análisis y aquilatamiento de las consecuencias en el actuar, y la elección de principios y normas jurídicas a nivel internacional debe buscar la armonía con los regímenes nacionales. Por cierto, que esto resultará de un debido control de los entes negociadores de acuerdos internacionales. La celebración de los mismos debe contar no sólo con la concordancia con textos internacionales sino, como lo hemos anunciado hace un instante, con las normas jurídicas propias del Estado en el cual se han de aplicar tales regímenes internacionales. Adecuar la legislación y los criterios interpretativos judiciales y estatales requiere

tiempo, pero no debe ser considerado como una cuestión menor. De ello puede depender el debido cumplimiento de acuerdos de esta y otra índole. La legislación marítimo ambiental canadiense se encuentra mucho más adelante en términos de exigencia que la chilena. De ello se concluye que el acuerdo estudiado va a exigir a este ámbito del ordenamiento jurídico una especial adecuación con el fin de cumplir con los requisitos de complementariedad en la materia.

Sin duda, este acuerdo ha marcado un hito en las relaciones económicas de Chile con países desarrollados. No deja de ser interesante observar el que las negociaciones de este tratado darán experiencia para futuros acuerdos internacionales de la misma índole, y los problemas que juntos enfrenten chilenos y canadienses serán, que duda cabe, una fórmula para una mayor comprensión entre ambos países, así como una oportunidad de aprendizaje.