



SOBRE EL PAPEL DE LOS TRIBUNALES, JUECES Y ABOGADOS EN EL DERECHO AMBIENTAL: VALORES FUNDAMENTALES, DERECHO Y ÉTICA*

Charles GONTHIER

A manera de introducción a este seminario, les propongo que recordemos el papel del derecho en el gobierno de la sociedad y cómo lo entendemos. Después me referiré al papel de los tribunales, jueces y abogados en la elaboración y aplicación de la legislación ambiental, en particular hablaré de su complejidad, lo que me llevará a mi conclusión sobre la necesidad de acudir al derecho y a la ética en el entendido de que se apoyan mutuamente. No me ocuparé de formular argumentos particulares acerca de la ley sobre la aplicación de la legislación ambiental o el estado de la legislación, sino que más bien expondré algunas reflexiones sobre el contexto en el que se presentan. Espero que sirvan como telón de fondo para el debate y el intercambio que sostendremos.

La actividad humana en una sociedad está determinada y configurada por su gobierno. El derecho es tanto el ordenamiento de la actividad como un instrumento de gobierno.

Gobernar exclusivamente con base en normas lleva a la negación de la libertad, mientras que la libertad sin reglas es la negación del gobierno. El buen gobierno precisa que la ley sea generosa en la esfera de libertad que garantiza y que cada persona y comunidad sean generosos en su compromiso de respetar el estado de derecho y guiarse por los principios de la ética y sus aspiraciones.

* 2008.

I. EL ESPÍRITU DE LA LEY

Desde luego, el estado de derecho es importante para una sociedad ordenada. La Suprema Corte de Justicia de Canadá ha señalado que

“estado de derecho” es una expresión con muchos matices que comunica varias cosas; por ejemplo, el sentido de orden, de satisfacción de las normas jurídicas conocidas y de rendición de cuentas del Ejecutivo ante la autoridad judicial. En el nivel más elemental, el estado de derecho concede a los ciudadanos y residentes del país una sociedad estable, previsible y ordenada donde realizar sus actividades. Ofrece protección a los individuos contra la acción arbitraria del Estado.¹

El texto legal sirve para dar cierto nivel de precisión y previsibilidad al desenlace de las disputas jurídicas. Sin embargo, una sociedad requiere establecer compromisos con otros, de lo contrario el orden no prevalecerá por mucho tiempo. Una sociedad que no logra satisfacer a un segmento considerable de sus integrantes está condenada a la inestabilidad; sin importar cuántas leyes escritas haya, no puede haber una aplicación apropiada de la ley en ese contexto.

Cito de nuevo a la Suprema Corte de Justicia de Canadá en referencia a la secesión de Quebec:²

Una nación se construye cuando las comunidades que la integran establecen compromisos con ella; cuando renuncian a hacer ciertas elecciones y aprovechar ciertas oportunidades en nombre de la nación; cuando ofrecen garantías recíprocas; cuando hacen transferencias y tal vez, de manera más acusada, cuando reciben de otros los beneficios de la solidaridad nacional. Los hilos de mil actos de celebración de acuerdos componen el tejido de una nación y, podríamos agregar, de la comunidad mundial.

La violencia como recurso para solucionar una controversia es contraria al Estado de derecho en todos los niveles. Por ello, la Suprema Corte de Justicia de Canadá concluyó que, en el marco de la constitución cana-

¹ *Secession of Quebec* [1998], 2 S.C.R. 217, párrafo 70.

² *Ibidem*, párrafo 96.

diense, la secesión de una provincia requería la negociación de buena fe de una reforma constitucional.

Así, como complemento de la letra de la ley tenemos el espíritu de la ley. Éste no tiene tanto que ver con el establecimiento de normas, sino que refleja los valores en los que una sociedad fundamenta la formulación de sus normas jurídicas. En la lógica del desarrollo sustentable, los valores del espíritu de la ley deben incluir la cooperación, el compromiso, la responsabilidad, la comunidad, la confianza, la justicia, la seguridad y la empatía. Todos ellos son elementos constitutivos de la solidaridad o fraternidad. Estos valores, del mismo modo que la libertad y la igualdad, son en esencia valores morales, a los que aspiramos y pocas veces alcanzamos. Interactúan entre sí al tiempo que lo hacen con la libertad y la igualdad, y todos enlazados integran el tejido de la fraternidad. Lo mismo que la libertad y la igualdad, son conceptos centrales en la Declaración del Milenio de las Naciones Unidas, a la que se hace referencia en los Principios de Johannesburgo. Se expresan tanto en la propia ley que prescribe límites a la libertad de elección como en los principios éticos.

II. COMPROMISO Y PARTICIPACIÓN CIUDADANOS: EL PAPEL DE LOS TRIBUNALES, LOS JUECES Y LOS ABOGADOS

La protección del medio ambiente se logrará en la medida en que haya una correspondencia entre sus objetivos y estos valores, así como con la personalidad de la gente y las comunidades implicadas, de forma que estén motivadas en sus acciones y actitudes. Las ciencias físicas y la tecnología han posibilitado grandes avances en nuestro conocimiento de los mecanismos del mundo físico y nuestra capacidad para aprovecharlos. Gracias al impulso de estos beneficios, continuarán trayendo avances, pero el grado en que conducirán al desarrollo sustentable depende del alcance de su enfoque y la motivación de la gente para usar esos mecanismos. La ciencia y la tecnología son más tangibles y corresponden al ámbito del conocimiento. Entender la motivación es una tarea en la que puede interferir la manera en que entendemos cómo funcionan la naturaleza y la libertad humanas. Hace falta cordura. Hay errores en la motivación como la avaricia, la corrupción, la desesperación, el sufrimiento y la ignorancia que pueden ser lastimosamente obvios, pero a menudo los recursos y la voluntad para responder a ellos no lo son. La educación es

esencial. Es esencial para una participación eficaz. Sin ella, la participación puede estar mal encauzada y mal dirigida. En ambos casos, jueces y abogados tienen un importante papel por desempeñar y una importante contribución por hacer.

En 1992, la Suprema Corte de Justicia de Canadá declaró procedente la acción entablada por Friends of Oldman River,³ un pequeño grupo ambientalista con sede en Alberta que se oponía a que el gobierno de esta provincia construyera una gran presa. La Corte afirmó que el medio ambiente era ya uno de los mayores desafíos de nuestra época. Es un tema difuso, abstruso y difícil de conciliar con la división de poderes vigente en un estado federal. La Corte sostuvo que era una materia sobre la que cada orden de gobierno podía legislar en el ámbito de sus facultades.⁴ En otras palabras, todos los órdenes gobiernos tienen alguna autoridad y responsabilidad en relación con el medio ambiente.

Siguiendo la misma lógica, la ciudadanía tiene un interés en el medio ambiente y una responsabilidad ante él. En una democracia, se le debe permitir participar en la formulación de las normas jurídicas, así como en su interpretación y aplicación. Pero más que ello, dada su naturaleza ubicua, todos somos en alguna medida criaturas de nuestro medio ambiente y el medio ambiente es criatura de las actividades humanas. La participación ciudadana es esencial para el buen gobierno del medio ambiente en toda su amplitud, desde el comportamiento personal y las elecciones de los consumidores hasta los actos de alertar, informar y presionar a las autoridades, y luego participar en los procesos administrativos y judiciales, así como en la ejecución de las decisiones.

La ciudadanía, desde luego, incluye a individuos, comunidades y sus organizaciones, asociaciones, empresas, productores, instituciones financieras, organizaciones no gubernamentales y medios de comunicación.

Por lo general, su papel en los litigios ambientales, en el sentido técnico, consiste en cuestionar al gobierno y otros sobre el cumplimiento de sus obligaciones legales, ya sea derivadas de leyes o reglamentos específicos, una Constitución o, si se aplica, una ley internacional. En líneas más generales, llaman la atención a preocupaciones ambientales

³ Friends of the Oldman River Society contra Canadá (ministro de Transporte), [1992] 1 S.C.R. 3 [Supreme Court Reports (Archivos de la Suprema Corte), vol. 1 p. 3].

⁴ R. contra Hydro-Québec [1997] 3 S.C.R. 213, párrafo 112 (Archivos de la Suprema Corte, vol. 3, p. 213, párrafo 112).

que les han generado la experiencia en sus actividades e investigación, e informan sobre ellas. Al hacer esto se pronuncian directamente ante los tribunales, con lo que contribuyen al debate público y a la comprensión de asuntos y decisiones complejos, así como de posibles formas de responder.

La participación requiere difusión e intercambio de información. Se trata de un proceso que funciona en doble sentido: desde la ciudadanía y hacia la ciudadanía. El medio ambiente es tan complejo y, a decir verdad, en muchos sentidos tan misterioso como la vida misma. Todos necesitamos informarnos. Los jueces hacen las veces de pivotes en este proceso de informar a la comunidad.

Debemos alentar y apoyar la participación en las respuestas a preocupaciones ambientales, ya sea mediante educación, incentivos o, de ser necesario, litigios. Debemos encauzarla de tal forma que resulte eficaz considerando los recursos disponibles. Esta tarea es responsabilidad de todos los participantes y el juez es su supervisor.

La importancia de la participación y el interés en su eficacia deben guiar al juez en las múltiples decisiones que habrá de tomar en la conducción del proceso. A partir de mi experiencia, nombraré algunas de éstas:

- situación de las partes;
- autorizaciones de intervención y términos de las mismas;
- notificaciones y demoras, incluidos los casos de emergencia;
- divulgación de pruebas salvaguardando los intereses legítimos de privacidad;
- expertos, sus informes y evidencias;
- programación de desahogo de pruebas y audiencias;
- contrainterrogatorios y preguntas del juez;
- información y facilidades para la ciudadanía y los medios

El juez debe cuidar que todas sus decisiones sean entendidas como una forma de alentar la participación de una manera eficaz considerando los recursos disponibles. Tal vez resulte difícil definir este umbral, pero se debe buscar infundiendo una percepción de imparcialidad y comprensión humana.

Ahora que he vuelto al ejercicio de la abogacía, al decirles todo esto no puedo dejar de pensar, y seguramente ustedes tampoco, que en cada faceta, en cada coyuntura, se acude al abogado en busca de asesoría y orientación.

Al pronunciarse en defensa de los intereses de su cliente —y no perdamos de vista que los de un gobierno o autoridad pública son tanto más amplios—, el abogado debe tender a solucionar los conflictos de manera constructiva, a permitir que haya avances y a lograr que el Estado de derecho sirva como cimiento para el desarrollo sustentable.

Por tanto, la ley para establecer el marco de gobierno descansa tanto en el conocimiento como en la cordura. La justicia es obra de la cordura al responder al espíritu de la ley. Este espíritu se encuentra en los valores que refleja la ley y está abierto a las normas y principios de la ética —por los cuales se guía— que configuran la libertad de elección al orientar los actos, el comportamiento y las actitudes tanto de los gobernantes como de los gobernados.

Más importante aún es su expresión por conducto de un juez llamado a ser educador del entendimiento público y mediador de conflictos sociales a veces profundos. La naturaleza vasta y a menudo compleja de los problemas ambientales tal vez precise una legislación formulada en términos generales a fin de que englobe efectivamente su objeto y deje en manos de los tribunales la importante tarea de definir su aplicación. El papel del Poder Judicial como mediador es de particular relevancia en aquellas situaciones en que las dificultades prácticas evitan que los legisladores redacten la legislación en términos precisos. El papel de los tribunales consiste en interpretar y esclarecer la redacción de una ley para así determinar el área de riesgo.⁵ Los jueces no pueden tener miedo de traspasar las fronteras nacionales en busca de instrumentos que los ayuden al análisis y la interpretación de asuntos poco claros y complejos en casos relacionados con el medio ambiente.

Educadores, mediadores, intérpretes, *además de* legisladores, el papel y la responsabilidad de jueces y tribunales han crecido inmensamente y, si bien muchos cuestionan a la autoridad, se busca su orientación y se espera mucho de ellos. La gente confía en el consejo informado y conoedor de sus abogados. Los jueces acuden a ellos para estar informados como funcionarios de tribunales comprometidos, como ellos mismos, con la impartición de justicia. De este modo, aunque el fallo corresponde a los jueces, se confía a los abogados la presentación de los hechos y la ley, la realidad y las normas, a fin de que puedan entenderse y condensarse en una resolución justa percibida como tal. La tarea y los problemas se

⁵ Ontario contra Canadian Pacific Ltd. [1995] 2 S.C.R. 1031, párrafo 84 (Archivos de la Suprema Corte, vol. 2, p. 1031, párrafo 84).

comparten al igual que los principios rectores. Lo único que difiere es la responsabilidad última.

III. DERECHO Y ÉTICA

Los valores a los que me he referido apuntalan el derecho y su aplicación, así como el respeto, la aceptación y el cumplimiento de la ley. Como escribió H. L. A. Hart:

En ausencia de este contenido [moral], el ser humano, como tal, no tendría razón para obedecer voluntariamente norma alguna y, sin un mínimo de cooperación ofrecida de *motu proprio* por quienes consideran de su interés presentar y mantener las normas, sería imposible la coerción de otros que no cumplirían voluntariamente.⁶

Dicho de otra forma, estos valores son el cimiento de ese marco, que la ley establece para el ordenamiento de la sociedad y la definición de los límites de nuestra libertad, de las elecciones que hacemos. También deben inspirar y guiar las elecciones de la gente y las instituciones en el ejercicio de su libertad.

En el Programa de Derecho Ambiental de Montevideo de 2001, en su apartado “Eficacia del derecho ambiental”, en el subtítulo “Enfoques innovadores del derecho ambiental”, se hace un llamado a “[p]romover el desarrollo de códigos de conducta voluntarios e iniciativas similares en favor de un comportamiento empresarial e institucional responsable desde el punto de vista ambiental y social que complementen la legislación nacional y los acuerdos internacionales y evaluar su eficacia”.

Como lo señalé antes, el buen gobierno precisa que la ley sea generosa en la esfera de libertad que garantiza y que cada persona y comunidad sean generosos en su compromiso de respetar el estado de derecho y guiarse por los principios de la ética y sus aspiraciones.

Es fácil afirmar lo anterior, pero se nos plantea una cuestión muy delicada: hasta dónde debe llegar la ley en la restricción de la libertad y en qué medida la sociedad debe confiar en el ejercicio responsable e inteligente de las elecciones individuales guiadas por la razón y la conciencia en un espíritu fraternal como dice el artículo 1o. de la Declaración Uni-

⁶ “The concept of law”, p. 189.

versal de los Derechos Humanos. Esto último corresponde a la esfera de la ética, que se concibe en función del objetivo buscado, el bien al que se hace referencia.

Tanto el derecho como la ética son instrumentos y guías esenciales para lograr una sociedad respetuosa de la dignidad humana y dotada de un buen gobierno. Un desequilibrio puede inclinar la balanza hacia el régimen autoritario y la negación de la libertad, o a la anarquía y la desigualdad. El mejor equilibrio variará de una comunidad a otra, de un país a otro y en los distintos niveles regionales e internacionales. En esencia, se apoya en las realidades de la motivación, el individuo, la comunidad y las instituciones, en cualquier grupo con sus diversas facetas: económica, social, política, espiritual y cultural.

Los problemas ambientales a menudo entrañan factores múltiples y complejos cuya interacción es difícil de evaluar y requieren la conciliación de valores en pugna. Plantan dilemas éticos y se pueden analizar mejor mediante un enfoque ético orientado al bien buscado, a lo que se debe hacer y no a normas precisas inadecuadas para responder a la multiplicidad de contextos o situaciones tan numerosas y detalladas que resultan inmanejables o inaceptablemente restrictivas de la libertad y el beneficio personal. Sin embargo, este enfoque sólo será eficaz si se apoya en el entendimiento, el compromiso y la responsabilidad dentro de la comunidad y sus miembros. Como estos elementos siempre faltarán en alguna medida, son necesarias normas definidas y sancionadas por ley y se debe buscar un equilibrio apropiado entre el derecho y la ética, de modo que no se excluyan entre sí. La lucha por alcanzar este equilibrio es importante para la protección del medio ambiente. En la labor del juez, como alguien que imparte justicia y cordura, y colabora para el buen gobierno, es importante interpretar leyes a menudo generales e imprecisas en sus términos y decidir si los principios éticos se han quebrantado de tal forma que se amerite una sanción legal. Al determinar los recursos apropiados y su repercusión en el individuo y la comunidad, presentes y futuros, debe guiarse por valores fundamentales, consciente de las dos vías por las cuales se les puede dar efecto: el derecho y la ética, que son complementarios y se sustentan mutuamente, pero tienen repercusiones muy distintas en la gente y la conciliación de los propios valores.

No obstante, más allá de las permisiones y prohibiciones de las leyes apoyadas por sanciones, hay varias formas, algunas antiguas, algunas más

nuevas o en elaboración, en las que los valores y las normas sociales se aplican a la actividad económica y social y se integran a ella mediante varios instrumentos —entre otros, el derecho, la ética y los incentivos—, a los que se recurre en grados diversos. Algunos de estos instrumentos vienen de largo tiempo atrás, pero incorporan una serie de sanciones y medidas destinadas a mejorar la conducta futura y no sólo a restaurar el pasado en algún grado. Éstos son particularmente necesarios y utilizados para la protección ambiental, lo que en otros lugares he denominado el fomento de alianzas que reflejen “la necesidad de una zanahoria, no sólo de un garrote”.

Gran parte de la protección ambiental tuvo como origen la protesta ciudadana, que dio pie a nuevas leyes y, en ocasiones, a la intervención del Poder Judicial para ayudar a interpretar y redactar esas leyes. Esta tendencia se observa con mayor claridad en la jurisprudencia de Estados Unidos.⁷

Sin embargo, el litigio es sólo una respuesta y deja mucho que desear. En particular, para los asuntos más complejos de la actualidad, son necesarias tanto iniciativas voluntarias como alianzas entre todos los actores. El concepto de “alianza” fue fundamental en la Cumbre Mundial sobre el Desarrollo Sostenible de Johannesburgo. Se está aplicando de una manera creativa en todo el mundo por medio del Protocolo de Kioto y las negociaciones subsiguientes para el establecimiento de un sistema de canje de emisiones de carbono con un profundo efecto en la legislación, las políticas y las actitudes nacionales.

En Canadá ya se ha mostrado cuál es el camino. Por ejemplo, la Oficina Nacional de Contaminación y Prevención de Canadá estableció el Acuerdo de Desempeño Ambiental con empresas y otros departamentos del gobierno federal y dependencias provinciales, a fin de aprovechar las fuerzas de la competencia, la innovación y el espíritu empresarial para tener un medio ambiente más limpio y seguro. El marco de esta política es una “nueva arquitectura” del manejo ambiental basada en las alianzas, el conocimiento y los incentivos. A causa de su naturaleza flexible, los acuerdos de desempeño ambiental permiten abordar una amplia variedad de cuestiones ambientales, entre otras:

- Reducir el uso y la emisión de ciertos contaminantes, incluidas aquellas sustancias consideradas tóxicas conforme a la Ley Ca-

⁷ B. Karkkainen, “Environmental lawyering in the age of collaboration”, *Wisconsin Law Review*, vol. 2002, p. 555.

nadiense de Protección Ambiental.

- Fomentar la administración ambientalmente responsable de los productos.
- Conservar hábitats vulnerables.
- Disponer acciones de rehabilitación cuando el monitoreo del proyecto indica que es necesario (por ejemplo, luego de una evaluación ambiental) o cuando el monitoreo de los efectos ambientales relacionados con una operación en curso evidencia una necesidad similar.

La ley puede apoyar y fomentar la responsabilidad de los diferentes órdenes de gobierno, así como del sector privado y cada uno de los ciudadanos. Por ejemplo, en Canadá cada departamento del gobierno federal es ahora responsable de preparar una “estrategia de sustentabilidad”. De conformidad con el apartado 54 de la Ley del Auditor General,⁸ el ministro federal de Medio Ambiente debe divulgar los objetivos, lineamientos y códigos de prácticas en relación con el desarrollo sustentable, entre otros factores. El auditor general supervisa esta estrategia con ayuda de un comisionado para cumplir sus tareas, que incluyen:

- Supervisar las estrategias de desarrollo sustentable de los departamentos.
- Brindar apoyo en las auditorías y estudios especiales de las actividades gubernamentales.
- Responder a las peticiones ciudadanas.
- Empezar estudios de interés especial para el Parlamento.

En Quebec, la Ley de Desarrollo Sustentable establece un nuevo marco para la administración gubernamental que promueve la integración del desarrollo sustentable en todos sus departamentos y dependencias con base en dieciséis principios. La estrategia trazada conforme a las disposiciones legales, que deberá integrarse a su reglamentación, programas y actividades a más tardar el 31 de marzo de 2009, se revisará cada cinco años. Son tres las prioridades que establece, entre éstas el medio ambiente. Cada departamento y dependencia debe tener un plan de acción que tendrá carácter obligatorio. También se dispone la realización de un mo-

⁸ R.S.C. c. A-17, s. 21.1 [Revised Statutes of Canada (Legislación Revisada de Canadá)].

nitoreo de desempeño por conducto de un comisionado en lo relativo al desarrollo sustentable, así como cuestionarios e informes anuales.

Al igual que la legislación antes descrita, que se ocupa del medio ambiente dentro del gobierno, hay una amplia legislación en ambos órdenes de gobierno que aborda directamente la protección ambiental.

El Protocolo de Kioto ha hecho que cobren una urgencia renovada todas estas medidas, así como los llamamientos a nuevas medidas centradas en el uso de los mercados de capital y sus incentivos para inducir a los países en desarrollo a apoyar la reducción de la contaminación en otros países donde los costos de esta tarea son menores, mediante un sistema de mecanismos de desarrollo limpio (MDL) certificados y acuerdos de instrumentación conjunta en los que se dan a conocer las unidades de cantidad asignadas que son comercializables y, cuando menos, tienen valor en lo que respecta a los compromisos en el marco del Protocolo de Kioto.

IV. COMENTARIOS FINALES

Para finalizar, quisiera referirme de nuevo a la importancia de la fraternidad, como se expresa en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, y a nuestra responsabilidad con las generaciones futuras. La fraternidad es el corazón del desarrollo sustentable. Cuando se brinda ayuda y apoyo, no se trata de imponer soluciones determinadas por nuestros propios intereses, sino de considerar las necesidades tal y como las experimentan y perciben los receptores de esa ayuda. Cuando el empeño del desarrollo carece de impulso fraterno, no hay comprensión de los problemas de los necesitados ni compromiso con ellos.

Una visión a más largo plazo debe cimentarse en la solidaridad y el respeto por los intereses de las futuras generaciones. Un planteamiento moral podría incluso señalar que lo que hacemos está siempre sujeto a un deber fiduciario de algún tipo; por ejemplo, manejar el planeta en pro de las necesidades de las generaciones futuras. El medio ambiente nos incumbe a todos de manera importante.

Los jueces están convocados a ser educadores del entendimiento y el compromiso ciudadanos, así como mediadores en el caso de problemas sociales y conflictos de intereses profundos. Se espera que pronuncien decisiones conducentes a soluciones pacíficas. Los abogados son sus asistentes de primera línea en esta tarea. La imparcialidad, el entendi-

miento, la sensibilidad y la humanidad comunicados en la manera en que un juez aborda los problemas y sus respuestas para éstos ampliarán el entendimiento y la aceptación de los ciudadanos.

Fomentar eficazmente la toma de conciencia, el entendimiento y la sensibilidad frente a estos valores fundamentales y los papeles respectivos del derecho y la ética constituyen un aspecto central del desarrollo de capacidades judiciales. Esto es crucial si queremos lograr el objetivo final de un Poder Judicial más informado y preparado para abordar los innumerables asuntos que pueden tener implicaciones en el medio ambiente y, como consecuencia, en la salud y la vida de las generaciones presentes y futuras. Estar informados y preparados, ser juiciosos e imparciales cuando se presentan estos casos a los tribunales es esencial para conservar la confianza de la ciudadanía en las decisiones pronunciadas y la capacidad de los tribunales para ayudar a configurar aspectos de vital importancia para las interacciones y los avances sociales.

ON THE ROLE OF TRIBUNALS, JUDGES AND LAWYERS
IN ENVIRONMENTAL LAW: FUNDAMENTAL VALUES,
LAW AND ETHICS*

Charles GONTHIER

By way of introduction to this seminar, I propose to remind ourselves of the role of law in the governance of society and our understanding of it. I will then refer to the role of the courts, judges and lawyers in the making and administration of environmental law in particular, refer to its complexity, leading to my conclusion on the necessary resort to both law and ethics as mutually supportive. I will not seek to deal with the forming of particular arguments in environmental enforcement law or the state of the law, but rather share some thoughts on the stage on which they are played out. May they serve as background for this discussion and exchange we engage in.

Human activity in a society is determined and framed by its governance. Law is the ordering of activity and an instrument of governance.

Governance by rule alone leads to the negation of liberty while liberty without rule is the negation of governance. Good governance requires law to be generous in the scope it guarantees to liberty and each person and community to be generous in their commitment to abide by the rule of the law and be guided by the precepts of ethics and their aspirations.

I. THE SPIRIT OF THE LAW

The rule of law is of course important for an ordered society. The Supreme Court of Canada has noted that

* 2008.

“the rule of law” is a highly textured expression imparting many things [...] conveying, for example, a sense of orderliness, of subjection to known legal rules and of executive accountability to legal authority’. At its most basic level, the rule of law vouchsafes to the citizens and residents of the country a stable, predictable and ordered society in which to conduct their affairs. It provides a shield for individuals from arbitrary state action.¹

Black letter law serves to create a certain level of determinacy and predictability in the outcome of legal disputes. But an ordered society requires commitments to others otherwise order will not prevail for very long. A society that does not succeed in meeting the needs of a significant segment of its population is a society doomed to instability; no matter how many black letter laws it has there can be no proper application of the law in such a context.

Again quoting from the Supreme Court of Canada in the Quebec secession reference:

A nation is built when the communities that comprise it make commitments to it, When they forego choices and opportunities on behalf of a nation. [...] When the communities that comprise it make compromises when they offer each other guarantees, when they make transfers and perhaps most pointedly when they receive from others the benefits of national solidarity. The threads of a thousand acts of accommodation are the fabric of a nation and we may add “of the world community”.²

Violence as a means of settling conflict is antithetical to the rule of law at every level. For this reason the Supreme Court of Canada concluded that under the constitution of Canada, secession of a province required the negotiation in good faith of an amendment to the Constitution.

Thus, as a complement to black letter law there is the spirit of the law. The spirit of the law is not concerned so much with setting down rules; rather it reflects the values which a society draws upon in its development of legal rules. Sharing the logic of sustainable development, these values of the spirit of the law must include cooperation, commitment, responsibility, community, trust, fairness, security and empathy. These are constituent elements of solidarity or fraternity. These values, like liberty

¹ Reference re Secession of Quebec, [1998] 2 S.C.R. 217, at par. 70

² Supra at par. 96

and equality, are fundamentally moral values, values to which we aspire and seldom attain. They interact with liberty and equality while also interacting with each other and together they weave the cloth of fraternity. As liberty and equality, they are central to the Millennium Declaration of the United Nations referred to in the Johannesburg Principles. They find expression both in the law itself which prescribes limits to freedom of choice and in the rules of ethics.

II. PUBLIC COMMITMENT AND PARTICIPATION. THE ROLE OF COURTS, JUDGES AND LAWYERS

Environmental protection will be achieved inasmuch as its objectives and these values are responsive to each other and to the personalities of the people and communities involved so that they be motivated in their actions and attitudes. The physical sciences and technology have allowed great strides in our understanding and our ability in using the mechanisms of the physical world. Fuelled by these benefits, they will continue to do so, but the extent to which they may lead to sustainable development rests on the scope of their focus and the motivation of people in using them. Science and technology are more tangible and within the grasp of knowledge. The understanding of motivation may be clouded by the limits of our understanding of the workings of human nature and freedom. It calls for wisdom. Such flaws in motivation as greed, corruption, despair, suffering and ignorance may be painfully obvious but the means and willingness to respond to them often are not. Education is essential. It is essential to effective participation. Without it, participation may be misdirected and misled. In both of these judges and lawyers have an important role and contribution to make.

In 1992, the Supreme Court of Canada upheld proceedings undertaken by the Friends of Old man River,³ a small Alberta-based environmental group that was opposed to a large dam being constructed by the provincial government of Alberta. The Court stated that the environment has become one of the major challenges of our time. It is a diffuse subject, abstruse and difficult to reconcile with the existing division of powers within a federal state. Rather the Court held that it was a matter on which

³ Friends of the Old man River Society v. Canada (Minister of Transports), [1992] 1 S.C.R. 3.

each level of government could legislate within the realm of its powers.⁴ In other words, all governments have some authority and responsibility as regards the environment.

By the same logic, the public has an interest and responsibility towards the environment. In a democracy, it must be allowed to participate in the making of legal rules and in their interpretation and application. But more than that, because of its pervasive nature, we are all to some extent creatures of our environment which, in turn, is the creature of human activities. Public participation is essential to good and effective governance of the environment in its fullest range from personal behavior and consumer choices to alerting, informing and pressing authorities or even participating and then to participating in administrative and judicial processes and in the enforcement of decisions.

The public, of course, includes individuals, communities and their organizations, associations, corporations, businesses, producers and financial institutions, NGO's and the media.

Generally, their role, technically, in pursuing environmental litigation, is to question compliance by government and others with their legal duties, be these derived from specific laws or regulations, a constitution or, where applicable, international law. More broadly, they draw attention and inform as to environmental concerns gained from the experience of their activities and research. In doing so, they address the Court directly and, at the same time, contribute to the public debate and to the understanding of complex issues, and offer choices and possible ways of responding.

Participation calls for the dissemination and exchange of information. This works both ways, to the public and from the public. The environment is as complex and, indeed in many respects, as mysterious as life itself. We all need to be educated. Judges are kingpins in the process of community education.

Participation in responding to environmental concerns be it through education, incentives or litigation, if necessary, is to be encouraged and supported. It should be channeled so as to be effective within available resources. The task is the responsibility of all participants and the judge is its overseer.

⁴ *R. v. Hydro-Québec* [1997] 3 S.C.R. 213 par. 112.

The importance of participation and the concern that it be effective should guide the judge in his many decisions in the conduct of the process. To name a few examples taken from my experience, think of the following:

- standing of the parties;
- authorizations to intervene and their terms;
- notices and delays including in emergencies;
- disclosure of evidence while safeguarding legitimate privacy interests;
- experts, their reports and evidence;
- scheduling of evidence and hearings;
- cross-examinations and questions from the judge, and
- information and facilities for the public and the media.

In all his decisions, the judge should be concerned that they be understood as encouragement to participation in a manner that is effective having regard to available resources. This threshold may be elusive but must be strived for by projecting a perception of impartiality and human understanding.

In saying these things now that I have returned to being a lawyer, I cannot, and I am sure you cannot, but think that on each facet, at each juncture, the lawyer is called upon for advice and guidance. In speaking out to promote the interests of his client—and those of a government or public authority are all the more embracing—he must do so in a manner that tends to resolve tensions constructively, that may move matters forward and may enhance the rule of law as a basis for sustainable development.

The law in setting the framework of governance, therefore, rests on both knowledge and wisdom. Justice is the work of wisdom in responding to the spirit of the law. This spirit is found in the values which the law reflects and opens itself to and is carried forward by the rules and precepts of ethics which inform freedom of choice by counseling the actions, behaviours and attitudes of both those who govern and are governed.

Foremost is its expression through a judge who is called upon to be an educator of public understanding, a mediator of sometimes deep social conflict. The broad and often complex nature of environmental issues may call for legislation drafted in broad terms in order to effectively en-

compass its object, leaving to the Courts an important task in defining its application. The mediating role of the judiciary is of particular importance in those situations where practical difficulties prevent legislators from framing legislation in precise terms. The role of the courts is to interpret and clarify language of an enactment and thereby determine the area of risk.⁵ Judges cannot be afraid to look beyond their national borders for tools that will assist in the analysis and interpretation of vague or complex matters in environmental cases.

Educator, mediator, interpreter, *cum* legislator, the role and responsibility of the judge, of courts has grown immensely and, while authority is questioned by many, they are looked to for guidance and much is expected of them. People confide in their lawyers for advice, informed and wise. Judges look to them to be informed as officers of the court committed as they are themselves to the work of justice. So, while the ruling is committed to the judge, lawyers are entrusted with presenting facts and law, reality and norms, that they may be properly understood and merged into a just resolution perceived as such. The task, the issues are shared as are the guiding principles. Only the ultimate responsibility differs.

III. LAW AND ETHICS

The values to which I have referred undergird the law and its application as they undergird respect, acceptance and compliance with the law. As H. L. A. Hart has written: "In the absence of this [moral] content, men, as they are, would have no reason for obeying voluntarily any rules and without a minimum of cooperation given voluntarily by those who find it in their interest to submit and maintain the rules, coercion of others who would not voluntarily conform would be impossible".⁶

In other words, they are at the foundation of the framework, which the law sets for the ordering of society and the limits on our liberty, on the choices we make. These values must also inspire and guide the choices people and institutions make in the exercise of their freedom.

The Montevideo Programme on Environmental Law of 2001 in its section on the "Effectiveness of Environmental Law", under "Innovative

⁵ *Ontario v. Canadian Pacific Ltd* [1995] 2 S.C.R. 1031, par. 84.

⁶ *The Concept of Law*, 2nd. ed., Oxford, Clarendon Press, 1994, p. 193

Approaches to Environmental Law” calls for action to “promote the development and assess the effectiveness of voluntary codes of conduct and comparable initiatives that are environmentally and socially-responsible corporate and institutional behaviours to complement domestic law and international agreements”.

As stated earlier: Good governance requires law to be generous in the scope it guarantees to liberty and each person and community to be generous in their commitment to abide by the rules of the law and be guided by the precepts and aspiration of ethics.

This is easily stated but raises the very difficult and delicate question of how far the law should go in restricting liberty and how much society should confide to the responsible and enlightened exercise of individual choices as guided by reason and conscience in a spirit of brotherhood as called for by Article 1 of the Universal Declaration of Human Rights. The latter is the domain of ethics which are conceived in terms of the objective that is sought, the good that is referred to.

Both law and ethics are essential instruments and guides to the achievement of a society that is respectful of human dignity and endowed with good governance. An imbalance will tilt towards authoritarian rule and denial of liberty, or anarchy and inequality. The better balance will vary from one community to another, one country to another and at regional and international levels. Fundamentally, it rests on the realities of motivation, individual, community and institutional, in any group in their many facets, economic, social, political, spiritual and cultural.

Environmental issues often involve multiple and complex factors whose interplay is difficult to assess and call for the conciliation of conflicting values. They raise ethical issues and are best responded to by an ethical approach that is geared to the good that is sought, what ought to be done, rather than precise rules which are inadequate to respond to the multiplicity of contexts or so numerous and detailed as to be unmanageable or unacceptably restrictive of personal freedom and gain. Yet such an approach will only be effective to the extent it is supported by understanding, commitment and responsibility within the community and its members. As this will always be lacking to some degree, rules defined and sanctioned by law are necessary and an appropriate balance must be sought between law and ethics, neither being exclusive of the other. The striving to this balance is important to protection of the environment. It

is important to the judge's task as a provider of justice and wisdom and a contributor to good governance interpreting laws often broad and imprecise in their terms and deciding whether rules of ethics have been so breached as to merit legal sanction. In determining appropriate remedies and their impact on the individual and the community, present and future, he must be guided by fundamental values and mindful of the two ways through which they may be given effect: law and ethics—these are complementary and mutually supportive but quite different in their impact on people and the reconciliation of the values themselves—.

But aside from the traditional do's and don'ts of laws supported by sanctions, there are many ways, some old, some newer or developing, in which values and social norms are implemented and integrated into economic and social activity through a variety of instruments in which law, ethics and incentives are resorted to in varying degrees. Some are of long standing but incorporate a range of sanctions and measures aimed at improving future behavior rather than merely restoring the past in some measure. These are particularly needed and used for the protection of the environment, what I have termed elsewhere as the promotion of partnerships reflecting "the need for a carrot, not just a stick".

Much of environmental protection was originally founded upon public outcry, leading to new laws and, occasionally, the intervention of the judiciary to help to interpret and develop these laws. This trend is even more clearly observed in the jurisprudence of the United States.⁷

But litigation is only one answer and leaves much to be desired. Particularly, for the more complex questions of today, voluntary initiatives are needed as well as partnerships between all actors. This concept of 'partnership' was an essential aspect of the Johannesburg World Summit for Sustainable Development. It is being carried forward in creative and world wide fashion by the Kyoto Protocol and the ensuing negotiations leading to the implementation of the carbon emission trading system with profound effect on domestic law, policy and attitudes.

In Canada, the way has already been shown. For instance, Canada's National Office of Pollution and Prevention has developed an Environmental Performance Agreement with companies and other departments of the federal government and provincial agencies to harness the forces

⁷ Karkkainen, Bradley C., "Environmental lawyering in the age of collaboration", *Wisconsin Law Review*, vol. 2002, num.2 p. 555.

of competition, innovation and entrepreneurship to make the environment cleaner and safer. This policy framework is a “new architecture” of environmental management that is based on partnerships, knowledge and incentives. Due to their flexible nature, Environmental Performance Agreements can address a wide variety of environmental issues such as:

- Reducing the use and emission of selected pollutants, including substances deemed toxic under the Canadian Environmental Protection Act;⁸
- Advancing product stewardship;
- Conserving sensitive habitats; and
- Providing for remedial action where project monitoring indicates a need (e.g., after an environmental assessment) or where environmental effects monitoring associated with an ongoing operation shows a similar need.

The law can support and encourage responsibility from different levels of government as well as from the private sector and individual citizens. For example, each government department at the federal level in Canada is now responsible for preparing a ‘Sustainability Strategy’. Section 54 of the Auditor General Act⁹ requires the Federal Minister of the Environment to issue objectives, guidelines, and codes of practice addressing sustainable development among other factors. The Auditor General oversees this strategy and is helped by a commissioner to perform his duties, which include:

- Monitoring Departmental Sustainable Development Strategies;
- Assisting in Audits and Special Studies of Government Activities;
- Responding to Public Petitions; and
- Undertaking Studies of special interest to Parliament

In Québec the Sustainable Development Act¹⁰ establishes a new framework for the government administration promoting the integration of

⁸ S.C. 1999, c.33

⁹ R.S.C. c. A-17, s. 21.1.

¹⁰ R.S. Q., c.D-8.1.1

sustainable development in all its departments and agencies based on 16 principles of sustainable development. A strategy has been laid down as required by the Act which must be revisited every five years. This is to be integrated in regulations, programs and activities by March 31, 2009. It rests on three priorities including the environment. Each department and agency must have an action plan and this is made mandatory. It provides for monitoring of performance through a Commissioner for sustainable development and annual questionnaires and reports.

As well as the above legislation dealing with the environment within government, there is the extensive legislation at both levels of government dealing directly with the protection of the environment.

The Kyoto Protocol has imparted new urgency to all these measures and calls for new ones centered on the use of capital markets and their incentives to induce developed countries to support reduction of pollution in other countries where the costs of doing so are lower, through a system of certified clean development mechanisms (CDM) and joint implementation agreements (JI) on the basis of which assigned amount units (AAU) are issued which are marketable and at the very least have value in terms of commitments under the Kyoto Protocol.

IV. CONCLUDING REMARKS

I would like to close my remarks by referring back to the importance of fraternity, as expressed in the Universal Declaration of Human Rights, and our responsibility toward future generations. Fraternity is the heart of sustainable development. In providing aid and support, it calls for not imposing solutions determined not by one's own agenda but out of a concern of a for the needs as experienced and perceived by the recipients. Where there is no fraternal impulse in the development endeavour, there is no understanding and commitment to the problems of those in need.

A longer term view must be based on solidarity, founded upon respect for the interests of future generations. A moral approach might even suggest that what we do is always under a fiduciary duty of some kind, to manage the planet for the needs of future generations. We all have an important stake in the environment.

Judges are called upon to be educators of public understanding and commitment and mediators of sometimes deep conflicts of interest and

social conflict. They are looked upon to render decisions which will lead the way to peaceful resolution. Lawyers are their front line assistants in this work. The impartiality, understanding, sensitivity and humanity conveyed in the judge's approach to the issues and his answers to these will enhance public understanding and acceptance.

An effective fostering of awareness, understanding and sensitivity to these fundamental values and the respective roles of law and ethics in implementing them is a central aspect of judicial capacity building. This is critical to the end goal of ensuring a more informed and prepared judiciary in addressing the myriad issues that may have implications for the environment and as a consequence on the health and lives of present and future generations. Being informed, understanding, impartial and prepared when such issues are presented to the court is essential to maintaining public confidence in the decisions that are rendered and the ability of the courts to help shape vital aspects of social interactions and developments.

