

## EL USO DE LA LEY PARA PROTEGER LOS RECURSOS NATURALES\*

Charles GONTHIER

El objetivo primordial de la legislación ambiental y la jurisprudencia en la materia es la protección del medio ambiente y los recursos naturales. En ese sentido, las indemnizaciones por daños y los remedios no monetarios son piezas entrelazadas de un rompecabezas. Las indemnizaciones son sólo uno de los medios para esta protección. Se trata, de hecho, del reconocimiento de una situación en que la protección falló, sea en razón de actividades humanas o por una catástrofe natural. En otras palabras, en primera instancia está la protección del medio ambiente, con la indemnización como lejana segunda opción. Las indemnizaciones cumplen dos objetivos: el primero, compensar por las pérdidas que se han padecido; el segundo, no inmediato, la disuasión. Las sentencias al pago de indemnizaciones por daños desalientan que el infractor repita actividades similares y generan temor para que otros eviten dichas actividades dañinas.

La primacía de la protección del medio ambiente se refleja en las amplias facultades otorgadas a los tribunales de Canadá para establecer remedios no monetarios a fin de prevenir la repetición de los daños. En términos de la fracción 79.2 de la Ley de Pesca (*Fisheries Act*), por ejemplo, el tribunal puede prohibir que una persona incurra en actos o actividades que puedan resultar en la continuación o la reincidencia de la infracción; puede ordenar que una persona emprenda las actividades que el tribunal considere adecuadas para remediar o evitar un daño presente o futuro a los peces, su hábitat o la pesca derivados de una infracción previa; puede requerir que la persona cumpla con otras condiciones que el tribunal considere adecuadas para asegurar su buena conducta y prevenir que di-

\* 2008.

cha persona incurra en una conducta dañina en el futuro, y puede incluso ordenar que una persona desempeñe servicios comunitarios. En comparación, la legislación estadounidense prevé la misma posibilidad de servicios comunitarios, pero a éstos se llega mediante negociación y de forma voluntaria. En términos de otras leyes federales, como la Ley Canadiense de Protección Ambiental (*Canadian Environment Protection Act*,<sup>1</sup> CEPA), la Ley de Especies en Riesgo (*Species at risk Act*,<sup>2</sup> SRA), la Ley de Protección de Especies Animales y Vegetales Silvestres y la Reglamentación de su Comercio Internacional e Interprovincial (*Wild Animal and Plant Protection and Regulation of International and Interprovincial Trade Act*,<sup>3</sup> WAPPRIITA) y la Ley de la Convención sobre Aves Migratorias (*Migratory Birds Convention Act*<sup>4</sup> MBCA), es posible encontrar disposiciones similares para ordenar medidas precautorias que prevengan el daño al medio ambiente. En el ámbito provincial, estas amplias facultades judiciales también están presentes; en Ontario, por ejemplo, en la Ley sobre Terrenos Públicos (*Public Land Act*,<sup>5</sup> PLA), la Carta de Derechos Ambientales (*Environmental Bill of Rights, 1993*,<sup>6</sup> EBR) y la Ley Forerstal (*Forestry Act*,<sup>7</sup> FA). De hecho, la EBR faculta a los tribunales de Ontario a ordenar a las partes que negocien planes de restauración en casos en que los recursos naturales públicos hayan sido dañados. Esta disposición, al igual que su similar federal, está centrada principalmente en prevenir la disminución de los recursos naturales y la restauración de todas las formas de vida. La FA de Ontario otorga prioridad a esta intención específica respecto de la conservación y el manejo de los recursos forestales.

En lo que toca a las indemnizaciones por daños en materia ambiental, el principio normativo general es el mismo que el que se aplica para las indemnizaciones por daños en lo general. Por ejemplo, en el *Manual para jueces*<sup>8</sup> del Programa de Naciones Unidas para el Medio Ambiente

<sup>1</sup> S. C, 1999, c.33

<sup>2</sup> S.C 2002, c.29

<sup>3</sup> SC. 1992, c.52

<sup>4</sup> SC. 1994, c.22

<sup>5</sup> RSO 1990, c p43

<sup>6</sup> S.O 1993, c.28

<sup>7</sup> RSS 1990, c. F.26

<sup>8</sup> Shelton, Dinah and Kiss, Alexandre, *Judicial Handbook on Enviromental Law*, Nairobi, United Nations, 2005, [http://unep.org/law/PDF/JUDICIAL\\_HBOOK\\_ENV\\_LAW.pdf](http://unep.org/law/PDF/JUDICIAL_HBOOK_ENV_LAW.pdf).

se señala que, en general, el valor económico del medio ambiente puede considerarse como la suma de todos los bienes —alimentos, madera, plantas medicinales, refugio y servicios, mantenimiento de las funciones vitales, recreación, asimilación de contaminantes— suministrados durante el periodo en que se realiza determinada actividad. Toda disminución en la cantidad o la calidad de los bienes y servicios ambientales derivada de una alteración del medio ambiente por una actividad puede considerarse como un daño ambiental. El valor económico total de éste incluye los valores de uso directo o indirecto, al igual que valores no basados en su uso o explotación. Los valores de uso directo que pueden verse perjudicados por el daño ambiental comprenderían el consumo —por ejemplo, de árboles o peces— o actividades no consuntivas, como la observación de aves. Los valores de usos indirectos pueden incluir, por ejemplo, la prevención de la erosión y las inundaciones, al conservarse la cubierta de suelo; el mantenimiento del plancton como parte de la cadena alimenticia marina, o la preservación de opciones de servicios futuros. Los valores no basados en el uso pueden incluir la preservación de la naturaleza por su valor intrínseco y la conservación en nombre de las generaciones futuras.

Para el avalúo pueden emplearse diversos métodos. Uno de los primeros que viene a la mente, y el más común, es el valor de mercado. El medio ambiente, no obstante, se divide entre elementos de uso individual o colectivo y otros que incluyen recursos naturales disponibles para todos de manera gratuita, por ejemplo el aire o el agua. En otras palabras, hay dos categorías de bienes o beneficios: los relacionados con las personas o susceptibles de propiedad y los no asociados con una persona específica o ni siquiera determinada comunidad y que se consideran parte del beneficio general comunitario, como el aire que respiramos o el agua que bebemos. Con todo, éstos pueden ser dañados por actividades humanas. ¿Cómo podemos evaluar su pérdida? Para bienes y servicios fuera del mercado se precisan métodos indirectos y es ahí donde en ocasiones hay lugar para la imaginación y la creatividad. Un elemento, por ejemplo, puede ser el costo de la rehabilitación o la restauración.

Se plantea también la cuestión de quién, si acaso alguien, puede reclamar indemnización por la pérdida de beneficios comunitarios y ello ha dado lugar en la jurisprudencia a la doctrina de *parens patriae*, es decir, el interés y la obligación de conservar y proteger, entre otras cosas, el medio

ambiente para beneficio de la población en su conjunto. La doctrina de *parens patriae* se aplicó, de hecho, a cuestiones ambientales en fecha tan reciente como 2004 y fue objeto de importantes discusiones en la Suprema Corte canadiense, lo cual es también muy interesante porque ilustra las dificultades que pueden presentarse cuando se busca evaluar las pérdidas ambientales.<sup>9</sup> Lo que estaba en juego era la pérdida de bosques debida a incendios, atribuibles en buena medida a la negligencia por parte del detentor de los derechos de la explotación forestal. En cuanto a la cuestión de la aplicabilidad de *parens patriae*, el tribunal estaba dividido: tres jueces en disenso basaron su decisión básicamente en esta doctrina, mientras que la opinión mayoritaria no tuvo objeción, en principio, a su aplicación a cuestiones ambientales, pero consideró que no debía aplicarse en ese caso concreto porque el planteamiento inicial de la fiscalía, según constaba en actas, no había considerado dicha cuestión. Sin embargo, de tal decisión puede concluirse que en Canadá la doctrina de *parens patriae* es aplicable a cuestiones ambientales. En cuanto al asunto del avalúo, uno de los problemas radicó en determinar quién disfrutaba de los árboles y en qué grado, en una situación en que la Corona había arrendado los derechos de explotación forestal a una corporación.<sup>10</sup>

<sup>9</sup> British Columbia v. Canadian Forest Products Ltd [2004] 2 S.C.R.74.

<sup>10</sup> El manuscrito entregado por los editores incluye hasta este punto. Debido a la inesperada muerte del autor, no es posible complementar lo aquí expuesto con una conclusión más amplia.

## USING THE LAW TO PROTECT THE ENVIRONMENT AND NATURAL RESOURCES\*

Charles GONTHIER

The prime objective of environmental statutes and of the common law in this matter is the protection of the environment and natural resources. In this regard, damages and non-monetary remedies are interlocking pieces of one puzzle. Damages are but one means for this protection. It is, as a matter of fact, an acknowledgement of a situation where the protection has failed, by reason of human activities or act of god. In other words, first comes the protection of the environment, and damages are very much second best. Damages have two purposes. One is to compensate for losses that are being suffered. The other, which doesn't come quite as directly to the hand, is deterrence. Condemnation to damages discourages the repetition of similar activities, and has a chilling effect for those who might be tempted to engage in such damaging activities.

The primacy of the protection of the environment is reflected by the broad powers given to courts in Canada to provide for non-monetary remedies to prevent the damages from occurring again. Pursuant to s. 79.2 of the *Fisheries Act*, for instance, the court may prohibit a person from engaging in acts or activities that may result in the continuation or recurrence of the offence; may direct a person to take any action the court deems appropriate to remedy or avoid future or present harm to the fish, fisheries or fish habitat arising out of the offence that occurred; it may require the person to comply with other conditions the court deems appropriate to secure the person's good conduct and prevent that person from carrying out future harmful conduct; and may even direct a person to perform community service. In comparison, the American law pro-

\* 2008.

vides the same possibility of community service, but this is achieved by negotiation on voluntary basis. Under other federal statutes, such as the *Canadian Environment Protection Act*,<sup>1</sup> the *Species at risk Act*,<sup>2</sup> the *Wild Animal and Plant Protection and Regulation of International and Interprovincial Trade Act*,<sup>3</sup> and the *Migratory Birds Convention Act*,<sup>4</sup> one finds similar provisions to order precautionary steps to avoid environmental harm. Provincially, these broad judicial powers have been qualified as well, such as in Ontario, in the *Public Land Act*,<sup>5</sup> the *Environmental Bill of rights*, 1993,<sup>6</sup> and the *Forestry Act*.<sup>7</sup> In fact, the *Environmental Bill of rights* permits court to direct parties to negotiate restoration plans in cases where public natural resources have been harmed. This statute, much like its federal counterpart, focuses mainly on prevention of diminution to natural resources and restoration of all forms of life. The Ontario *Forestry Act* accuses this intention in regard to conservation and management of forest resources specifically.

Turning now to damages in environmental matters, they are governed by the general principles of law applicable to damages in general. It is stated for instance in the United Nations Environment Programme Judicial Handbook on Environmental Law,<sup>8</sup> that, in general, the economic value of the environment as a whole can be considered as the sum of all goods—food, lumber, medicinal plants, shelter and services, life support, recreation, assimilation of contaminants—provided during the time a given activity is taking place. Any diminution in quantity or quality of the environmental goods or services associated with an alteration of the environment by an activity can be considered as an environmental harm. The total economic value of the environmental harm incorporates those values of direct and indirect use, as well as values not based on use or exploitation. Values of direct use that can be impaired by environmen-

<sup>1</sup> S.C. 1999, c. 33

<sup>2</sup> S.C. 2002, c.29

<sup>3</sup> S.C. 1992, c. 52

<sup>4</sup> S.C. 1999, c 22

<sup>5</sup> R.S.O 1990, c.28

<sup>6</sup> S.O. 1993, c.28

<sup>7</sup> R.S.O. 1990, c.F26

<sup>8</sup> Shelton, Dinah and Kiss, Alexandre, *Judicial Handbook on Environmental Law*, Nairobi, United Nations Environment Program, 2005, [http://www.unep.org/law/PDF/JUDICIAL/HBOOK\\_ENV\\_LAW.pdf](http://www.unep.org/law/PDF/JUDICIAL/HBOOK_ENV_LAW.pdf).

tal harm can involve consumption, such as trees or fishes, or non-consumptive activities, such as bird watching. Values of indirect uses can include, for example, the prevention of erosion and flooding, by preserving ground cover; the maintenance of plankton as part of the marine food chain; or the preservation of options for future services. Non-use values include preserving nature for its intrinsic value and conservation on behalf of future generations.

A variety of valuation methods can be used, and one of the first that comes to mind and which is commonly used is the market value. However, the environment is divided between matters of individual or community use, and others that are truly natural resources available for free to all, such as the air or water. In other words, there are two categories of goods, or benefits: those that are attached to persons or susceptible of ownership, and those that are not attached to any specific person or even any specific community, and are considered to be part of the general benefit of the community, such as the air we breathe and the water we drink. Yet, these are subject to being damaged by human activity. How can we value its loss? For non-market goods and services, indirect methods must be used, and there is sometimes place for imagination and creativity. One element, for instance, can be the cost of rehabilitation or restoration.

The question also arises as who, if anyone, can claim damages for the loss of community benefits, and this has given rise to resort in the common law to the doctrine of *parens patriae*, that is, the interest and duty of government to preserve and protect, among other things, the environment for the benefit of the whole population. As a matter of fact, the applicability of the *parens patriae* concept in environmental matters is as recent as 2004. It was the subject of a major decision of the Canadian Supreme Court, which is also of great interest in illustrating the difficulties that may exist in trying to value an environmental loss.<sup>9</sup> What was at issue was the loss of forest due to a fire, largely attributable to the negligence of the holder of the logging rights. On the issue of the applicability of the *parens patriae doctrine*, the court was divided: three dissenting judges very much based their decision on this doctrine, whereas the majority opinion found no objection in principle to its application to environmental matters, but considered it should not apply in that case because the crown initial claim, according to the proceedings, did not raise this issue. I will, however, take it from

<sup>9</sup> *British Columbia v. Canadian Forest Products Ltd.*, [2004] 2 S.C.R.74

that decision that, in Canada, the *parens patriae* is applicable in environmental matters. On the question of valuation, one issue was to determine who had the enjoyment of the trees and to what extent, in a situation where the crown had leased the logging rights to a corporation.<sup>10</sup>

<sup>10</sup> The manuscript received by the editors ends at this point. Due to the untimely death of the author, it is no longer possible for him to revise it and add a conclusion to it.