



## EXPERIENCIAS EN EL USO DE MEDIOS ALTERNATIVOS DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS EN CANADÁ\*<sup>1</sup>

Sandra OXNER

No hace mucho, su majestad la reina Isabel II visitó mi provincia, Nueva Escocia, en Canadá, y por casualidad la primera escala de su itinerario fue un pueblo en que acababa de haber elecciones municipales y se había elegido un nuevo representante de gobierno local, un nuevo alcalde, como se denomina el puesto. También contamos con un título honorífico para el alcalde: “su excelencia” (*Your Worship*). Pues resulta que “su excelencia” estaba muy nervioso por tener que recibir a tan distinguida invitada en el alba de su carrera política que, aunque contaba con una magnífica insignia de su puesto —cadena de oro usual en los países de la mancomunidad británica para los jefes de gobiernos locales—, en su nerviosismo olvidó portarla. La Reina tuvo la sensibilidad de notar su incomodidad y buscó reconfortarlo entablando una conversación trivial. Por mala fortuna el tema que ella eligió se refirió a la insignia faltante, por lo que le preguntó si tenía una. El alcalde, sin duda para su eterno arrepentimiento, respondió entre tartamudeos: “Sí señora, tengo una, pero no la uso más que en ocasiones importantes”.

Les cuento esta historia porque quiero que sepan que si yo dispusiera de una insignia parecida, la tendría puesta hoy. Se trata de una ocasión muy importante en mi vida. Me siento muy privilegiada de que me hayan invitado a estar con ustedes y quiero agradecer a los organizadores este honor. Me gustaría también expresar la alegría que me da estar en la legendaria nación mexicana y su capital, la ciudad de México, que siempre

\* 2008.

<sup>1</sup> La presentación en PowerPoint de este documento se encuentra en: [http://cec.org/files/PDF/ECONOMY/4bOxner\\_es.ppt](http://cec.org/files/PDF/ECONOMY/4bOxner_es.ppt).

quise visitar. Puedo ahora corroborar que todo lo que se dice sobre su hospitalidad es cierto.

Son muchas las razones positivas para emplear mecanismos alternativos de solución de controversias (MASC; en inglés: *alternative dispute resolution*, ADR) en los asuntos ambientales, pero primero tenemos que ponernos de acuerdo en la definición del término. Yo propondría definirlo como todo proceso que facilita la solución de una controversia sin pasar por una decisión judicial. Son varias las opciones de MASC. La primera es el arbitraje que, por supuesto, es un proceso adversarial fuera de los tribunales pero con aspectos muy similares. La mediación es el segundo MASC, y es muy importante no sólo en las cuestiones ambientales sino en otros temas, ya que es un proceso en el cual una tercera persona neutral, imparcial, ayuda a las partes a encontrar una solución de consenso. Están también, por supuesto, la negociación y la conciliación.

Los MASC pueden operar conjuntamente con los tribunales o al margen de ellos. En este último caso se habla de mecanismos alternativos autónomos, y no son del agrado de todos. Tal es el caso, por ejemplo, de los estanques bituminosos de Nueva Escocia: uno de los mayores problemas ambientales de Canadá y uno de los sitios más grandes y más contaminados del país. Los estanques constituyen una zona de estuario de más de 36 hectáreas con más de 700,000 toneladas de sedimentos contaminados, como hidrocarburos poliaromáticos, mezclas de hidrocarburos, alquitrán de hulla, bifenilos policlorados, polvo de carbón y drenaje municipal.

En 2004, diversos quejosos de Nueva Escocia emprendieron una demanda colectiva en busca de una indemnización por daños a causa de, entre otros elementos, problemas de salud y pérdidas económicas derivados de dichos estanques, que a su vez se relacionan con la operación durante décadas de la acerera Sydney Steel Company de Sydney, Nueva Escocia. Aunque las preocupaciones y problemas respectivos podrían haberse resuelto con la mediación y se había contratado a un destacado experto en intermediación ambiental, se rechazó este curso de acción y el problema se ha planteado ante la Suprema Corte de Nueva Escocia. Si bien no se trata de un tribunal con una carga excesiva de casos, la complejidad del asunto exigirá un tiempo prolongado antes de que el asunto se resuelva, a pesar de que se trata de un problema grave para la gente que vive en Sydney, Cape Breton.

Se tiende a pensar que los MASC surgieron en la década de 1960 y muchos canadienses creen que vienen de Estados Unidos (solemos tomar prestadas muchas cosas que se inician en Estados Unidos), pero no es así. Me resultó muy interesante cuando estuve, no hace mucho, en Kano, Nigeria, en los tribunales de la sharia. Sentada en el salón del proceso, me fascinó observar el segundo documento. El primero es el documento de origen, como ocurre en todas las jurisdicciones. El segundo documento en un tribunal de la sharia es una convocatoria del juez a las partes para que se presenten y discutan el asunto. Si eso no es un MASC, no me imagino qué pueda serlo. Es obvio que los MASC son una práctica muy antigua (en los tribunales de la sharia los han tenido desde siempre). Es en verdad un enfoque muy histórico y de sentido común para la solución de controversias y creo que es importante recordar que no está particularmente identificado con los procesos occidentales, pero sí goza de la aceptación desde hace mucho tiempo de muchas familias dedicadas a las actividades jurídicas.

#### I. LOS MASC EN LOS PROCESOS FORMALES DE LOS TRIBUNALES

En términos del código de procedimientos de Canadá el juez tiene la facultad de ordenar una conferencia previa al juicio. Aunque en la mayoría de los casos civiles se llega a un acuerdo sin juicio, la gran ventaja de dichas conferencias es que aceleran el proceso del arreglo. En el caso *Wolverine Tube (Canada) Inc. v. Noranda Metal Industries Limited*, Wolverine adquirió de Noranda tres propiedades y contrató una empresa denominada ADL para llevar a cabo una auditoría de cumplimiento ambiental y evaluación de responsabilidades civiles antes de la venta. Luego de visitar los tres inmuebles, ADL presentó sus tres informes. Ya realizada la venta, Wolverine inició un proceso señalando que las propiedades estaban profundamente contaminadas y argumentó que la empresa ADL no había cumplido su función de identificar la contaminación de los sitios y las infracciones de la legislación ambiental. Antes del inicio del juicio el juez ordenó una conferencia previa y en dos semanas se llegó a un acuerdo. Éste es un muy buen ejemplo de cómo las conferencias previas al juicio pueden ser muy útiles.

Las conferencias para el arreglo de reclamaciones son también de gran utilidad, cuando se realizan —cuanto antes mejor— dentro de las nor-

mas del procedimiento para reunir a las partes. En realidad se trata de la mediación en sí misma para intentar ayudar a las partes a alcanzar una decisión por consenso. Claro está que el mismo juez —si lo hay— que participe en este proceso no podría presidir el juicio.

El proceso de determinación de sentencias es también una herramienta útil en los casos ambientales. Luego de un reconocimiento de culpabilidad o de un juicio, en ello radica la última oportunidad de obtener cierto beneficio para la comunidad bajo la amenaza de la sentencia. Con esta última puede lograrse no sólo la denuncia del acto sino también proporcionar alguna compensación a la comunidad.

Me siento orgullosa de señalar que en la legislación canadiense se confiere gran importancia a los MASC. La Ley Canadiense de Protección Ambiental (*Canadian Environmental Protection Act*, CEPA) comprende todo un marco legislativo para un proceso de MASC, en lugar de la presentación de cargos. Es cierto, sin embargo, que la amenaza de enfrentar cargos es la que muchas veces lleva a los infractores ambientales a una resolución satisfactoria. Puedo citar dos casos que a mi juicio son ejemplos divertidos e interesantes de ello. Uno es el de un parque nacional canadiense para cuya ampliación se debían adquirir terrenos a precio comercial. Fue posible obtener algunos de los terrenos requeridos, pero no se logró la compra de una propiedad que era esencial para los planes. El propietario estaba decidido a no aceptar arreglo alguno bajo ninguna circunstancia, por lo que no había mucho qué hacer. Fue entonces que al hijo del propietario de este terreno le entró la locura con su sierra eléctrica un invierno. Si acaso perdió la noción de los límites de la propiedad, no se sabe, pero se dedicó a talar una gran parte de los miles de árboles propiedad del parque, razón por la cual se le presentaron cargos conforme a la CEPA. Sin embargo, en términos de esta ley hubo una negociación: el resultado final fue que el joven no enfrentó los cargos pero el Estado pudo comprar el terreno que quería a un precio justo de mercado; con ello se completó el parque y se consideró una compensación adecuada por el talado.

El segundo ejemplo concierne a un conductor que dejó su camión lleno de aceite contaminado estacionado sin atención toda la noche. El camión fue víctima del vandalismo y el aceite se filtró a un arroyo donde arrasó con toda clase de vida. El caso fue también negociado. La empresa propietaria se encargó de la limpieza inmediata del arroyo y se le aplicó una in-

fracción menor, pero no se presentaron cargos contra el conductor, no del todo consciente de los peligros ni particularmente educado en la materia.

## II. ADVERTENCIAS Y ÓRDENES MINISTERIALES

En todas las provincias se cuenta con órdenes y advertencias ministeriales. Voy a exponer el ejemplo de una experiencia personal, una buena experiencia que muestra el valor educativo de la negociación en lugar de acudir de inmediato a un proceso formal en tribunales. Yo vivía en un rancho criadero de caballos con mi esposo, aficionado al arte ecuestre. Un día al abrir mi correo me topé con una advertencia del Ministerio del Medio Ambiente en la que se señalaba que el estiércol de los caballos contaminaba un lago a 1.6 kilómetros de distancia. Yo ya estaba retirada como juez, pero conservaba gran sensibilidad respecto de las infracciones de la ley, por lo que el asunto me horrorizó. La advertencia decía que de no corregir el problema se emprenderían otras acciones en treinta días. Los llamé de inmediato y me explicaron, para que yo a mi vez lo expusiese a mi marido, el problema de la escorrentía de estiércol que llegaba al lago. Nos recomendaron a varias personas que nos podrían orientar respecto a qué hacer; elegimos a una de ellas y la solución fue simple y no muy costosa. Tuvimos que construir un muro de tierra para evitar la escorrentía, el cual no resultó muy caro y nos permitió aprender mucho. El asunto se manejó muy bien y todos quedamos con un buen sabor de boca.

En mi provincia, la municipalidad de Annapolis Royal (de los primeros sitios a los que llegó Samuel de Champlain) recibió la advertencia de que suspendiera la incineración de su basura. La advertencia fue ignorada y la quema continuó. A continuación les fue enviada una orden ministerial con el mismo fin y también se hizo caso omiso. La dependencia ambiental provincial tuvo que ir a tribunales y obtuvo una orden judicial. La severidad de las sanciones por no obedecer la orden condujo a que se dejara de quemar la basura.

## III. REMEDIOS ADMINISTRATIVOS

Alberta y otro par de provincias cuentan con todo un esquema estatutario con el mismo espíritu que la CEPA. Éste es un sistema mejor que el de advertencias y órdenes ministeriales que aún predomina en el resto

de las provincias. Se le considera la opción más moderna. Permítaseme reconocer aquí el excelente trabajo de Irene Artu en un documento de estudio para esta conferencia acerca del proceso de mediación efectuado por el tribunal ambiental de Alberta. En la muestra que se utilizó, 75 % de quienes respondieron alcanzaron acuerdo en el proceso de mediación. Este proceso incluye una sanción administrativa que la dependencia ambiental puede imponer en lugar de ir a tribunales en busca de sanciones. Las penas administrativas pueden ser mayores o menores que las impuestas por la autoridad especial del ministerio, pero no pueden exceder de 5,000 dólares. Las sanciones son acumulativas; se aplican una o dos veces, y a la tercera se presentan cargos por la infracción ambiental.

En conclusión, espero que estos breves comentarios les transmitan un poco de lo que es la práctica canadiense. Una vez más agradezco a los organizadores el honor de dirigirme a ustedes.

## EXPERIENCES IN THE USE OF ALTERNATIVE DISPUTE RESOLUTION METHODS IN CANADA\*

Sandra OXNER

Not long ago, Her Majesty Queen Elizabeth II made a visit to my province of Nova Scotia in Canada. It just happened that the first stop on her itinerary was at a town which had recently had municipal elections and had elected a new head of local government or a mayor, as we call the position. We also have an honorific title for a mayor; he is called “Your Worship.” Now, His Worship was very nervous about receiving such a distinguished guest so early in his political career. While he had a beautiful mayoral chain of office—which is a usual thing in Commonwealth countries for heads of local government—in his nervousness, he neglected to put it on. Her Majesty kindly sensed his unease and sought to make him more comfortable by engaging him in a little conversation. Unfortunately, the topic she chose to pursue was whether he didn’t have a mayoral chain of office. The mayor, no doubt to his eternal dismay, found himself stammering and replied, “Oh yes, ma’am, I do but I only wear it on important occasions”.

I tell you that story because I want you to know that if I had a nice chain of office, I would certainly be wearing it today. This is a very important occasion in my life. I feel greatly honored to have been invited here and I do thank the organizers very much for this honor. I would also like to say what a joy it is for me to be in the legendary country of Mexico and in Mexico City, a city I have always wanted to visit. I can now verify that all you hear about Mexican hospitality is true.

There are many positive reasons to use alternative dispute resolution (ADR) in environmental matters but first we need to come to an unders-

\* 2008.

tanding of the definition of ADR. I would suggest that it is any process to facilitate the resolution of a dispute other than by judicial decisions. There are several variations of ADR. The first is arbitration which is, of course, an adversarial process removed from the court but very closely mirrors the court process. Mediation is the second one—it is a very important process not only in environmental issues but in other issues, because that is where an impartial neutral third person helps the parties receive consensus resolution. Of course, there is also negotiation and conciliation.

ADR can be either court-annexed or totally separate from the court. The latter is called free-standing ADR. It is not agreeable to everybody. For example, the tar ponds in Nova Scotia—one of Canada's greatest environmental problems, one of its largest and most contaminated sites. The tar ponds are a tidal estuary of 36 hectares that contain over 700,000 tons of contaminated sediments, including polyaromatic hydrocarbons, hydrocarbon compounds, coal tar, polychlorinated biphenyls (PCBs), coal dust and municipal sewage.

In 2004, several plaintiffs in Nova Scotia commenced a class action seeking damages for, among other things, health problems and property losses in connection with these tar ponds, which are related to decades-long operation of Sydney Steel Company in Sydney, Nova Scotia. Even though it appears the issues and concerns in this suit could have been best addressed through mediation and even though a highly respected expert in environmental mediation had been engaged as a mediator, this has been rejected as a course of action and the matter has been laid before the Nova Scotia Supreme Court. We are not a terribly backlogged court but, because of the complexity of the matter, it will take a very long time to resolve and it is a very present problem for people living in Sydney, Cape Breton.

We tend to think that ADR is something that arose in the 1960s and many Canadians seem to think that it came from the United States (we borrow many things that start in the United States) but this is not so. I was very interested when I was in Kano, Nigeria, not very long ago at the Sharia Courts. As I sat through the process in the courtroom, I was fascinated to observe the second document. The first is the originating document, which is common to all jurisdictions. The second document in a Sharia Court is a summons from the judge to the parties to come in and



discuss the issue. If that isn't ADR, I cannot imagine what is. Obviously ADR is a very ancient practice—they could not remember at the Sharia Court at time they did not have it. It is really a very historic and common sense approach to dispute resolution and I think it is important that we remember that it is not a particularly Western process—it is one blessed by long-term use by many legal families.

### I. ADR IN THE FORMAL COURT PROCESS

The judge has the right under procedural rules in Canada to order a pretrial conference. While most civil cases settle, the great advantage of pretrial conferences is that you can bring them to a quicker settlement. In *Wolverine Tube (Canada) Inc. v. Noranda Metal Industries Limited*, Wolverine acquired three properties by Noranda and obtained a company called ADL to perform an environmental compliance audit and liability assessment of the properties prior to the sale. After visiting the three properties, ADL submitted three reports. Subsequent to the purchase, WTC commenced an action on the basis that the properties were extensively contaminated and alleged that the ADL company had failed to identify the site contamination and breaches of environmental law. Before the trial began, the judge convened a pretrial conference and within two weeks the dispute was settled. That is a very good example of how pretrial conferences can be very useful.

Settlement conferences are also exceedingly useful—the sooner the better when they are held under the procedural rules to get the parties together. It is really mediation in itself of trying to assist the parties in reaching a consensus decision. Of course, the same judge involved in that, if indeed there is one, would not hear the trial.

The sentencing process is also a useful tool in environmental cases. After a guilty plea or after a trial, this is a last opportunity to have some benefit to the community under the threat of sentence. A sentence can often be achieved that not only denounces the act but also provides some relief for the community.

I am proud to say we have a great deal of Canadian statutory emphasis on ADR. The *Canadian Environmental Protection Act* (CEPA) has a whole legislative framework for an ADR process rather than charges being laid. It is true, however, that the threat of being charged hanging

over environmental offenders often causes a satisfactory resolution. I can tell you of two cases that I think are entertaining and interesting that are examples of this. One is the case of a national park in Canada which was acquiring property for expansion, which had to be achieved by purchase at fair market value. They were able to purchase some of the required lands, but were not able to purchase one property that was central to their plans. The owner was not going to settle under any circumstances so they could not do anything about it. Then the son of the owner of this piece of property went wild with his chainsaw one winter. Whether he was unaware of property boundaries, nobody knows. He clear cut a large part of the thousands of trees of the park property and was charged under CEPA. However, there was a negotiation under that Act. The final result was that the young man was not charged but the state was allowed to buy the property they had wanted to have for some time at fair market value. This completed the park and it was felt made up for the clear cutting.

The second example involves a trucker who had a truck full of contaminated oil which he left parked overnight unattended. It was vandalized and the oil ran out into a creek and killed everything in the creek. This was negotiated out as well. The company cleaned up the creek immediately. In addition, they were charged with a minor infraction and the trucker—who was not all that sophisticated about the dangers and had not been educated in them—was not charged.

## II. MINISTERIAL WARNINGS AND ORDERS

All of the provinces have ministerial warnings and orders. I am going to give you the example of a personal experience—a good experience that shows the educative value of negotiation rather than going immediately to a formal court process. I lived with my husband on a horse farm—he was a hobbyist equestrian. I opened my mail one day and found a warning from the provincial Ministry of Environment that the manure from the horses was polluting a lake a mile away. I had retired as a judge but was still quite sensitive about violating the law and was quite horrified. The warning said that if we did not correct this, further action would be taken in 30 days. I immediately called them and they explained to me so that I could explain to my husband the problem of the manure leaching down and getting into this lake. They recommended people who could

give us suggestions on what to do. We chose one of them and it was very simple and not expensive. We had to erect an earth wall to prevent any runoff, which was not an expensive thing and I felt we learned a great deal from it. It was very well-handled and everybody ended up feeling quite happy about the whole thing.

In my province, the Municipality of Annapolis Royal (an early Champlain landing site) received a warning to stop burning their garbage. They ignored the warning and kept burning. They then got a ministerial order to stop burning their garbage and they did not pay any attention to this. The provincial environmental agency had to go to court and get an injunction. The very strong court contempt power sanctions if the injunction was not obeyed finally caused them to stop burning their garbage.

### III. ADMINISTRATIVE REMEDIES

Alberta and a couple of other provinces have a whole statutory scheme similar in spirit to CEPA. This is an improvement on the ministerial warnings and orders which the remaining provinces still have. This is considered the modern and better way to go. May I acknowledge the very good work done by Irène Artru in a background paper for this conference about the mediation process conducted by the environmental tribunal in Alberta. Seventy-five percent of the respondents reached agreement in the mediation sample that was done. This process provides an administrative penalty that the environmental agency may impose instead of going to court for sanctions. The administrative penalties may be more or less than those set out with the special authority of the minister but they may not exceed \$5,000. The penalties are cumulative—you only get to do this once or twice. After three times, you are charged under the statute with the environmental offence.

In conclusion, I hope that these brief comments will provide a flavour of the Canadian practice. Again, may I thank the conference organizers for having had the honor of addressing you.