

NEXO CAUSAL*

Will AMOS

El derecho ambiental, legislativo o jurisprudencial, debe abordar la cuestión de la incertidumbre científica que domina a la mayoría de los asuntos ambientales. A partir de las pruebas relacionadas con modelos de emisión-exposición y dosis-respuesta, los tribunales deben evaluar el dictamen pericial en los contextos distintivos de pruebas legales y científicas, además de que raramente resulta una tarea fácil para los demandantes afrontar de manera definitiva el problema del nexo causal. A pesar del hecho de que el nexo causal es fundamental para atribuir responsabilidad moral y jurídica, incluso el principio precautorio no ofrece una interpretación operativa que guíe a los litigantes o al juzgador.

Conforme a lo dispuesto en la ley canadiense, el estándar de prueba del nexo causal en un proceso civil es un *balance de probabilidades*, en donde la frase “a no ser por” constituye la principal prueba que debe superar el nexo causal. En otras palabras, “a no ser por” las acciones del demandado, el demandante no hubiera sufrido la lesión en cuestión. Si esta prueba no puede rendirse a satisfacción por factores que rebasan el control del demandante y se demuestra que el demandado infringió un deber de cuidado al que estaba obligado para con el demandante, entonces puede aplicarse la *prueba de contribución sustancial*. El demandante debe comprobar que el hecho en cuestión “contribuyó materialmente” al suceso que provocó el daño.¹ Por supuesto, de acuerdo con lo establecido recientemente por el Tribunal Supremo de Canadá (*Supreme Court of Canada*):

* Documento de referencia a cargo del Secretariado de la CCA, 2008.

¹ *Athey v. Leonati* (1960), SCC 102, párrafos 14-15; *Resurfice Corp. v. Hanke* (2007), SCC 7, párrafos 24, 25.

[E]l contexto es absolutamente importante y el juez no debe descuidar, cuando proceda, las probabilidades o improbabilidades inherentes [...] estas consideraciones no alteran el estándar de la prueba [...] En todos los casos civiles, el juez debe escrutar con cuidado las pruebas pertinentes a fin de determinar si es más probable que un hecho presunto haya ocurrido a que no haya sido así.²

La jurisprudencia canadiense sobre nexo causal ha establecido que tanto la carga como el estándar de prueba son conceptos flexibles.³ El nexo causal no necesariamente requiere determinarse por exactitud científica; más bien se refiere a una cuestión de hecho que se responderá por medio del sentido común, y la inferencia del nexo causal se extraerá a partir de las pruebas obtenidas.⁴ La prueba epidemiológica puede admitirse en los tribunales canadienses a fin de demostrar una conexión causal. Los demandantes acostumbran utilizarla en reclamaciones por asuntos de salud ya sea para comprobar una conexión o refutar otras fuentes alternativas de causalidad con el propósito de crear una “inferencia de racionalidad” no coincidente.⁵

Más allá de la responsabilidad civil, el nexo causal en el contexto de procesos judiciales para exigir la aplicación de la ley iniciados por la Corona se ve implicado a menudo en el lenguaje generalizado de leyes y reglamentos ambientales. Por ejemplo, una prohibición típica contra la descarga de contaminantes particulares con base en la legislación provincial requerirá probar que la descarga “ocasiona o que es probable que ocasione un efecto adverso”.⁶ La interpretación judicial de esta noción de “efecto adverso” varía entre las provincias, dependiendo de la extensión de los términos habilitantes contenidos en el ordenamiento aplicable. Por ejemplo, conforme a lo dispuesto en el artículo 10. de la Ley de Protección Ambiental (*Environmental Protection Act*) de Ontario, un efecto adverso se define en sentido amplio a fin de incluir lo siguiente:

² *F.H. v. McDougall* (2008), SCC 53, párrafos 40-49.

³ *Resurfice*, *op. cit.*, nota 1, párrafo 29.

⁴ *Athey*, *op. cit.*, nota 1, párrafo 16; *Snell v. Farrell* (1990), SCC 73, p. 328.

⁵ *Berendsen v. Ontario* (2008), OSCJ 6086/94.

⁶ Véase *Ley de Protección Ambiental* de Ontario, RSO 1990, c. E.19, s. 14(1); véase también *Ley de Aplicación y Protección Ambiental* de Alberta, s. 98. Obsérvese que existen más de 300 leyes y reglamentaciones en todo Canadá que incluyen el término “efecto adverso”.

a) empeoramiento de la calidad del ambiente natural para cualquier uso que pueda hacerse del mismo; b) lesión o daño a bienes, flora o fauna; c) perjuicio o molestia contra cualquier persona; d) efecto adverso en la salud de alguna persona; e) detrimento de la seguridad de alguna persona; f) inhabilitación de cualquier propiedad, flora o fauna para uso humano; g) pérdida de goce del uso normal de la propiedad, o h) interferencia con la ejecución normal de los negocios.

En Columbia Británica, la Ley de Control de Daños del Tabaco y de Recuperación de Costos por Servicios Médicos (*Tobacco Damages and Health Care Costs Recovery Act*) reformó, en efecto, las reglas del nexo causal dentro del contexto específico de acciones fundamentadas en responsabilidad objetiva (con base en la salud) ejercidas por ciudadanos y el gobierno en contra de proveedores de tabaco. En la ley se recogen teorías de responsabilidad fundamentadas en el riesgo, las cuales requieren la simple prueba de generación negligente del riesgo por parte del proveedor, riesgo que se presume relacionado con enfermedades particulares asociadas con el tabaco.⁷

Debe observarse que en los procesos de prohibiciones particulares como las especificadas en la Ley de Pesca⁸ (*Fisheries Act*) y en la Ley sobre Recursos Hidrológicos de Ontario (*Ontario Water and Resources Act*, OWRA),⁹ no se requiere la prueba de daño real ocasionado para demostrar el delito. De hecho, la cuestión del nexo causal surge con respecto a si el demandado ocasionó o permitió que se realizara el acto prohibido. De conformidad con lo previsto en la Ley de Pesca, la Corona debe demostrar que “cuando [la sustancia en cuestión] se añade al agua en cualquier parte del mundo y bajo cualquier circunstancia, resulta nociva para la pesca”.¹⁰ Esta interpretación relajada se ha empleado en la

⁷ *Ley de Control de Daños del Tabaco y Recuperación de Costos por Servicios de Salud*, SBC 2000, c. 30, s. (2)5.

⁸ *Ley de Pesca*, RS 1985, c. F-14, s. 36(3): “Sujeto a lo dispuesto en el subinciso (4), ninguna persona depositará ni permitirá el depósito de algún tipo de sustancias en aguas habitadas por peces ni en ningún otro lugar bajo ninguna circunstancia donde la sustancia nociva u otra sustancia nociva que resulte de los depósitos de la sustancia nociva ingrese en el agua”.

⁹ *Ley de Recursos Hidrológicos de Ontario (Ontario Water Resources Act*, RSO) 1990, c. 0-40, inciso 30(1): “Comete delito toda persona que descargue, cause o permita la descarga de alguna clase de material en cualquier caudal de agua, orilla o banco de la misma o en otro lugar que pueda perjudicar la calidad del agua”.

¹⁰ *R. v. Toronto Electric Commissioners* (1991), OJ 87, p. 38.

lectura de la OWRA. La Corona debe probar que el demandado permitió ilegalmente la descarga del material, que el material contenía sustancias nocivas, que la sustancia se descargó en el nacimiento y que la sustancia “puede” deteriorar la calidad del agua (no se necesita explicar que está deteriorando o deteriorará la calidad del agua).¹¹

¹¹ *Ibidem*, p. 40.

CAUSATION*

Will AMOS

Be it statutory or tort-based, environmental law must grapple with the problem of scientific uncertainty that pervades most environmental issues. From evidence related to emission-exposure and dose-response models, courts must evaluate expert testimony in the distinctive contexts of legal and scientific proof, and it is rarely an easy task for plaintiffs to definitively address the issue of causation. Despite the fact that causation is fundamental to ascribing moral and legal responsibility, even the precautionary principle does not provide an operational construct to direct litigants or the judiciary.

Under Canadian law, the standard of proof for causation in a civil suit is a *balance of probabilities*, and the primary test for causation is the “but for” test. In other words, “but for” the defendant’s actions the plaintiff would not have suffered the injury in question. If this test cannot be satisfied due to factors beyond the plaintiff’s control, and it has been proven that the defendant breached a duty of care owed to the plaintiff, the *material contribution test* can be applied. The plaintiff must show that the event in question “materially contributed” to the occurrence of the injury.¹ Of course, as the Supreme Court of Canada stated recently: “[C]ontext is all important and a judge should not be unmindful, where appropriate, of inherent probabilities or improbabilities ... these considerations do not change the standard of proof [...] In all civil cases, the trial judge must scrutinize the relevant evidence with care to determine whether it is more likely than not that an alleged event occurred.”²

* Background paper for de CEC Secretariat, 2008.

¹ *Athey v. Leonati* (1960), SCC 102, paras. 14-15; *Resurfice Corp. v. Hanke* (2007), SCC 7, paras. 24 and 25.

² *F.H. v. McDougall* (2008), SCC 53, paras. 40-49.

Canadian jurisprudence on causation has established that both the burden and standard of proof are flexible concepts.³ Causation need not necessarily be determined by scientific precision; rather, it is a question of fact to be answered through common sense, and an inference of causation can be drawn from evidence produced.⁴ Epidemiological evidence is admissible in Canadian courts to prove a causal connection, and is often used by plaintiffs submitting health claims to either demonstrate such a connection, or to disprove other alternative sources of causality in order to create a non-coincidental “inference of reasonableness”.⁵

Beyond civil liability, causation in the context of Crown-initiated enforcement litigation is often embedded in the generalized language of environmental statutes and regulations. For example, a typical prohibition against the discharge of particular contaminants under provincial law will require proof that the discharge “causes or is likely to cause an adverse effect”.⁶ Judicial interpretation of this notion of “adverse effect” varies across the provinces, depending on the breadth of the qualifying terms contained in the relevant legislation. For example, under section 1 of Ontario’s *Environmental Protection Act*, an adverse effect is defined broadly to include: *a*) impairment of the quality of the natural environment for any use that can be made of it; *b*) injury or damage to property or to plant or animal life; *c*) harm or material discomfort to any person; *d*) an adverse effect on the health of any person; *e*) impairment of the safety of any person; *f*) rendering any property or plant or animal life unfit for human use; *g*) loss of enjoyment of normal use of property; or *h*) interference with the normal conduct of business.

In British Columbia, the *Tobacco Damages and Health Care Costs Recovery Act* actually reformed causation rules in the specific context of (health-based) tort actions by citizens and government against tobacco suppliers. The law codifies risk-based theories of liability by requiring simple proof of a supplier’s negligent creation of risk which is presumed to be related to particular diseases associated with smoking.⁷

³ *Resurfice*, *supra* note 1, para. 29.

⁴ *Athey*, *supra* note 1, para. 16; *Snell v. Farrell* (1990), SCC 73, p. 328.

⁵ *Berendsen v. Ontario* (2008), OSCJ 6086/94.

⁶ See Ontario’s *Environmental Protection Act*, RSO 1990, c. E.19, s. 14(1); see also Alberta’s *Environmental Protection and Enforcement Act*, s. 98. Note that there are over 300 laws and regulations across Canada that contain the term “adverse effect”.

⁷ *Tobacco Damages and Health Care Costs Recovery Act*, SBC 2000, c. 30, s. (2)5.

It should be noted that in prosecutions of particular prohibitions such as those found in the *Fisheries Act*⁸ and the *Ontario Water and Resources Act* (OWRA),⁹ proof of actual harm caused is not required to prove the offence. In fact, the issue of causation arises in relation to whether the accused caused or permitted the prohibited act. Under the *Fisheries Act*, the Crown must show that “when added to water located in any part of the world and under any circumstances, [the substance in question] is deleterious to fish.”¹⁰ This relaxed interpretation has been used in reading OWRA. The Crown must prove that the defendant unlawfully permitted the discharge of material, that the material contained deleterious substance, that substance was discharged into the water source, and that the substance “may” impair the quality of water (it is not required to show that it is impairing or will impair the quality of water).¹¹

⁸ *Fisheries Act*, RS 1985, c. F-14, s. 36(3): “Subject to subsection (4), no person shall deposit or permit the deposit of a deleterious substance of any type in water frequented by fish or in any place under any conditions where the deleterious substance or any other deleterious substance that results from the deposit of the deleterious substance may enter any such water”.

⁹ *Ontario Water Resources Act*, RSO 1990, c. 0-40, section 30(1): “Every person that discharges or causes or permits the discharge of any material of any kind into or in any waters or on any shore or bank thereof or into or in any place that may impair the quality of the water of any waters is guilty of an offence.”

¹⁰ *R. v. Toronto Electric Commissioners* (1991), OJC 87, p. 38.

¹¹ *Ibidem.*, p. 40.