

NEXO CAUSAL*

Michel GAGNÉ

El nexo causal siempre ha significado un reto para los tribunales y el sistema judicial canadienses. Los debates más arduos al respecto no se dan en el contexto del derecho penal, ya que en este tipo de casos a la fiscalía puede bastarle con probar que la descarga de un contaminante puede tener un efecto adverso en el medio ambiente. Sin embargo, los desafíos más importantes en torno del nexo causal se observan en las demandas civiles, en particular en aquellas en que el quejoso se propone probar que una enfermedad fue causada por una contaminación específica.

En Canadá, al igual que en México, la carga de la prueba de la infracción, el daño y el nexo causal recae en el demandante. Con frecuencia es muy difícil establecer el nexo causal entre la infracción y el daño. En las demandas civiles el tipo de la carga de la prueba descansa en el margen de probabilidades. No es necesario, por tanto, que el nexo causal se establezca con certeza científica ni más allá de una duda razonable, como se hace en los casos penales: se le puede inferir a partir de la evidencia de que dispone el tribunal. Más que una cuestión puramente científica, la determinación del nexo causal puede correr por cuenta del juez luego de sopesar todas las evidencias.

Es obvio que las pruebas científicas son de la mayor importancia, pero la jurisprudencia canadiense establece con claridad que el nexo causal es una cuestión jurídica, más que un asunto puramente científico. Luego de considerar toda la evidencia disponible el juez debe estar satisfecho con la idea de que la enfermedad fue muy probablemente causada por la presunta infracción o que el también presunto incumplimiento contribuyó a que la enfermedad se presentara.

* 2008.

Los tribunales canadienses son muy rigurosos en su análisis del nexo causal. Revisan con cuidado todas las pruebas disponibles relacionadas con la cuestión del vínculo causal y tienden a apegarse a los principios jurídicos aceptados que orientan la compensación a los quejosos.

En casos particularmente delicados en que se arguye que una enfermedad fue causada por contaminación, la tarea más crítica del abogado es la selección del equipo de expertos adecuado. Es necesario destinar gran cantidad de tiempo a la selección del mejor experto, con la mayor experiencia posible en el campo del conocimiento de que se trate. Según nuestra experiencia, la toxicología y la epidemiología forman parte del núcleo del debate en los casos ambientales en que se arguye que una enfermedad fue causada por contaminación del medio ambiente.

También es importante elegir a un experto con experiencia directa en la enfermedad en cuestión. Por ejemplo, si se tiene un caso relacionado con contaminación por plomo que ha causado problemas de desarrollo neurológico en niños, lo mejor es contar con un experto que tenga experiencia lo mismo en toxicología que en plomo. También puede ser de utilidad contar con un buen especialista en epidemiología y otro en neurología pediátrica.

El experto debe estar en condiciones de ofrecer objetividad y rigor científico. Tanto en la selección del experto como en su preparación para rendir testimonio es necesario asumir el papel de “abogado del diablo” y pensar en lo que la otra parte podría preguntar a fin de poner a prueba la credibilidad del experto.

La metodología del experto, claro está, deberá también examinarse con cuidado. Un experto puede contar con las mejores credenciales del mundo, pero con seguridad habrá problemas si su metodología tiene fallas o sustenta su opinión en datos incorrectos. Por ello es importante invertir el tiempo necesario para revisar estos aspectos con el experto.

Además de su campo de experiencia, capacidades técnicas y currículo, en la búsqueda del mejor experto es necesario también considerar que sea un buen comunicador, alguien que sepa escribir un buen informe, presentar su razonamiento de manera convincente al rendir testimonio y exponer argumentos científicos ante el juez en términos llanos. Esta última capacidad es crucial, ya que el caso no se ganará si el juez no entiende lo que se intenta demostrar. La meta es presentar ante el tribunal las evidencias más sólidas y convincentes posibles sobre el vínculo causal.

La selección y la preparación adecuadas de los expertos resulta esencial en estos casos.

Lo cierto es que la prueba de la relación causal suele ser difícil y compleja, en particular porque muchas veces los problemas de salud se presentan por factores diversos. Los aspectos científicos al respecto son a menudo inciertos y controvertidos, además de que no dejan de evolucionar. Ello hace particularmente ardua la tarea de demostrar el nexo causal entre la contaminación ambiental y una enfermedad específica. Lo esencial es que los litigios de casos ambientales en que el quejoso busca compensación por una enfermedad resultan muy costosos y el resultado es muy impredecible. Por ello y otros muchos elementos, muy pocos de estos casos van a juicio en Canadá hasta su solución final.

Entre los factores que limitan la litigación ambiental en Canadá destacamos que los tribunales de este país han sido más conservadores que sus correspondientes de Estados Unidos en materia de resarcimiento de daños. La Suprema Corte de Canadá estableció en 1978 un límite superior a la compensación por daños no pecuniarios en casos de lesiones personales. Este límite se ajusta con la inflación y es actualmente de unos 300,000 dólares canadienses. Además, son muy escasos los juicios civiles con jurado en Canadá y los tribunales de lo civil han sido más bien conservadores en materia de asignación de sanciones punitivas. Ello genera un ambiente jurídico en que el resultado potencial para el quejoso no es comparable con el que es posible encontrar en Estados Unidos. Si a ello se agrega la complejidad inherente a dichos casos, la realidad es que las cuestiones relacionadas con salud ambiental que en Canadá llegan a tribunales son menos que su equivalente en Estados Unidos. La mayoría de los casos civiles ambientales en Canadá se relaciona con molestias y daños económicos causados por la contaminación, ya que la relación de causalidad es más fácil de establecer en este tipo de daños.

La situación está cambiando en la zona norte de nuestro continente; el sistema judicial canadiense ha comenzado a evolucionar en vista de las crecientes preocupaciones ambientales y como resultado de los factores mencionados. En respuesta a un marco jurídico en evolución, en Canadá se presentan cada vez más recursos colectivos, muchos de ellos centrados en cuestiones relacionadas con el medio ambiente. En dos días [respecto de la presentación de este texto] la Suprema Corte de Canadá anunciará su decisión en un caso muy importante, la demanda colectiva *Ciment St-*

Laurent. Se trata de una demanda colectiva por daños ambientales que el juez decidió a favor de los quejosos y que ahora está en revisión en la Suprema Corte, la cual deberá fallar el siguiente jueves. Es un caso emblemático que influirá de manera significativa en el panorama de las demandas colectivas en Canadá.¹

Está por definirse la forma en que se tratará el difícil asunto del nexo causal en el marco de las acciones legales colectivas relacionadas con el medio ambiente. Cabe destacar que cada vez son más las demandas colectivas autorizadas en materia de lesiones personales. La decisión correspondiente es particularmente difícil en el contexto de una demanda colectiva. Según nuestro entender, en Estados Unidos muchas de esas demandas no obtienen certificación debido a la predominancia de cuestiones individuales. Será interesante observar la manera en que el sistema de tribunales canadienses se ocupa de este tipo de desafíos propios de las demandas colectivas.

Ciertos aspectos relativos a las sanciones punitivas también pueden considerarse como una respuesta a la dificultad para establecer el nexo causal. No sólo las cantidades de las sanciones otorgadas son crecientes, sino que se observa un aumento considerable en el número de sanciones punitivas cuantiosas otorgadas en Canadá. Una reciente demanda colectiva, decidida en Quebec, podría tener consecuencias significativas respecto de los casos ambientales. Se trata de un caso de infracción de la legislación de protección al consumidor. El quejoso no pudo establecer ningún daño, pero el juez decidió fijar dos millones de dólares como multa de sanción punitiva sin otorgar compensación alguna por daños. Esta decisión podría establecer un precedente muy importante y en la actualidad está en apelación ante el tribunal superior de Quebec, con posibilidades de que sea escuchada por la Suprema Corte de Canadá. De ser confirmado por los tribunales superiores, dicho enfoque podría revolucionar la forma en que los casos ambientales se abordan en Canadá.

¹ Cabe señalar que la Suprema Corte dio a conocer su decisión en el caso *St. Lawrence Cement Inc. v. Barrette* el 20 de noviembre de 2008; disponible en: <http://csc.lexum.umontreal.ca/en/2008/2008scc64/2008scc64.html>.

CAUSATION*

Michel GAGNÉ

Causation has always presented a challenge for Canadian courts and the Canadian judicial system. In Canada, it is not in the context of penal prosecutions that the most challenging debates on causation arise. In these cases, the prosecution must simply prove that the discharge of a contaminant may have a potential adverse effect on the environment. Instead, the most significant challenges surrounding the issue of causation are seen in civil cases, particularly those where the plaintiff wants to prove that a disease was caused by a specific contamination.

In Canada, as in Mexico, the plaintiff has the burden of proving fault, damage, and causation. Often, establishing the causal link between the fault and the damage is quite difficult. In civil cases, the standard of proof is on the balance of probabilities. Therefore, causation need not be proved based on scientific certainty, nor beyond a reasonable doubt as in criminal cases. It may be inferred from the evidence available to the Court. Rather than being a purely scientific question, causation is a determination to be made by the judge after weighing all the evidence.

Obviously, scientific evidence is of the utmost importance, but Canadian jurisprudence is clear that causation is a legal, rather than a purely scientific question. After weighing all the available evidence, the judge must be satisfied that the disease was most likely caused by the alleged fault or that the alleged fault materially contributed to the occurrence of the disease.

Canadian courts are very rigorous in their analysis of causation. They carefully review all evidence related to the issue of causation and tend

* 2008.

not to depart from the accepted legal principles that guide plaintiff compensation.

In those delicate cases in which it is alleged that a disease was caused by contamination, a lawyer's most critical task is to select the right team of experts. A lot of time must be devoted to selecting the best possible expert. The expert chosen must have a great deal of experience in the relevant area of expertise. In our experience, toxicology and epidemiology are usually at the heart of the debate in environmental cases where it is alleged that a disease was caused by environmental contamination.

It is also important to select an expert who has direct experience with the disease at issue. For example, if you have a case dealing with lead contamination that has caused neurological developmental problems in children, you want an expert who is both well-versed in toxicology and who has relevant expertise with lead. It will also be useful to have a strong expert in epidemiology, as well as an expert in pediatric neurology.

The expert should offer both objectivity and scientific rigor. When selecting the expert, and when preparing him for testimony, you must play the role of devil's advocate, and think about what the other side may ask the expert to test whether he is credible or not.

Obviously, the expert's methodology must be carefully scrutinized. An expert may have the best credentials in the world, but if his methodology is flawed, or if he bases his opinion on incorrect facts, problems are sure to arise. It is therefore important to spend time reviewing these issues with the expert.

Also, when searching for the best expert, you should not only consider his field of expertise, his technical skills, and his curriculum vitae, but also seek a good communicator: someone who will be able to write a good report, present the case convincingly during testimony, and who can explain the science to the judge in layperson's terms. This last ability is crucial because you will not win your case if the judge does not understand what you are attempting to prove. The goal is to present the court with the most compelling and convincing evidence on causation. The selection and thorough preparation of experts is therefore key in these cases.

The fact remains that proving causation is generally difficult and complex, especially given that health problems are often due to a variety of factors. The science involved is often uncertain and controversial, and it evolves constantly. This makes proving causation between an environ-

mental contamination and a specific disease particularly challenging. The bottom line is that environmental cases in which the plaintiff is seeking compensation for a disease are very costly to litigate and their outcomes are difficult to predict. Because of this, and several other factors, very few of these cases are tried and decided in Canada.

Among the factors that limit environmental litigation in Canada, we note that Canadian courts have been more conservative than their American counterparts when it comes to damage awards. In Canada, a cap on the award of non-pecuniary damages in personal injury cases was established by the Supreme Court in 1978. This cap is adjusted to account for inflation and is currently about \$300,000. Moreover, there are very few jury trials in Canada for civil cases, and civil courts have been fairly conservative when it comes to awarding punitive damages. This creates a legal environment in which the potential outcome for the plaintiff is not comparable to what is found in the United States. Adding this to the inherent complexity of such cases, the reality is that fewer health related environmental cases are tried in Canada than in the United States. In Canada, most environmental civil cases are related to nuisance and economic damage caused by contamination, as causation is much easier to establish with these types of damages.

Things are changing in the North of our continent, and the Canadian judicial system has begun to evolve in light of increased environmental concerns and as a result of the factors I previously mentioned. In response to the evolving legal context, an increasing number of class actions are now being filed in Canada, with many of these focusing on environmental-related issues. In two days [as of this writing], the Supreme Court of Canada will render judgment on very important case: the *Ciment St-Laurent* class action. The suit is an environmental nuisance class action that the trial judge decided in the plaintiff's favor. The case is now being revisited by the Supreme Court of Canada and the decision will be released this Thursday. It is a landmark case that will drastically influence the Canadian class action landscape.¹

How the difficult issue of causation will be dealt with in the context of environmental class actions remains to be seen. We notice that more and more class actions involving personal injury are being authorized. Decid-

¹ Please note that the Supreme Court rendered its decision in *St. Lawrence Cement Inc. v. Barrette* on November 20, 2008, which is available at: <http://csc.lexum.umontreal.ca/en/2008/2008scc64/2008scc64.html>.

ing personal injury cases is particularly challenging in the class action context, and it is my understanding that in the U.S. many class actions are not certified because of the predominance of individual issues. It will be interesting to see how the Canadian Court system will deal with these types of challenges that arise in the context of a class action.

Certain developments relating to punitive damages can also be seen as a response to the difficulty of establishing causation. The amounts awarded for punitive damages are increasing, and we see an increasing number of substantial punitive damage awards in Canada. One recent class action, decided in Quebec, could have quite a significant impact on environmental cases. This case related to a contravention of consumer legislation. The plaintiff was unable to establish any damage. The judge decided to award 2 million dollars in punitive damages as a fine, without awarding any compensatory damages. This decision could be a very important precedent and the judgment is now on appeal before the Court of Appeal of Quebec. The case may eventually be heard by the Supreme Court of Canada. If such an approach were confirmed by the higher courts, it could revolutionize the way environmental cases are dealt with in Canada.