

REFORMA DE ACCIÓN COLECTIVA Y DIÁLOGO LEGISLATIVO PARA EL 2012: *LA VINCULACIÓN PENDIENTE ENTRE EL PROCESO Y LA RESPONSABILIDAD AMBIENTAL*

“Our basic function is to keep good ideas alive until the politically impossible becomes the politically inevitable” Milton Friedman.

Mucho puede decirse desde una perspectiva crítica, sobre el proceso legislativo que condujo a la reforma de acciones colectivas, que entra en vigor en nuestro país en el mes de febrero del 2012. Con toda seguridad se iniciará un intenso trabajo de estudio académico, contencioso y de análisis jurisprudencial, que expondrá las omisiones del nuevo Libro Quinto del Código Federal de Procedimientos Civiles, que son resultado no sólo de la incorporación de una innovadora figura a nuestro sistema legal, sino fundamentalmente de la ambiciosa decisión de intentar contemplar en un solo ordenamiento,

a todas las materias y procesos implicados en la defensa de los intereses de naturaleza difusa que existen en nuestra sociedad. A ese trabajo nos sumaremos sin duda alguna en el futuro próximo, tal y como lo hemos hecho consistentemente por más de una década. Pero en esta ocasión nos parece importante hacer énfasis en *los aspectos positivos y plausibles de este esfuerzo legislativo*, que demuestran que es posible superar la contraposición de intereses de los actores sociales, políticos y económicos que inciden y se reflejan en el posicionamiento y el trabajo de los legisladores.



Por
Gabriel
Calvillo Díaz



es Abogado especialista, consultor y litigante en Derecho Ambiental y Penal. Académico del ITAM e Instituto Nacional de Ciencias Penales, y Maestro en Derecho por la Universidad de Georgetown en donde realizó estudios en Sistema Penal Acusatorio y Derecho Ambiental. Actualmente es Consejero Director de la Defensoría Penal Ambiental Asociación Civil Probono, y socio de la Firma Carswell & Calvillo Abogados. Preside la Comisión de Derecho Ambiental de la Barra Mexicana Colegio de Abogados. Fue designado por el gobierno mexicano como miembro del Comité Consultivo Público Conjunto de la Comisión de Cooperación Ambiental de América del Norte.

SUSCRÍBASE Derecho Ambiental y Ecología

DOCTRINA Y JURISPRUDENCIA
TENDENCIAS DEL DERECHO AMBIENTAL
EL DERECHO AMBIENTAL AL DÍA
ORDEN PÚBLICO Y ESTADO DE DERECHO
POLÍTICA Y GESTIÓN AMBIENTAL
PERSPECTIVAS DEL DERECHO AMBIENTAL
AMBIENTE Y ECOLOGÍA

Av. Universidad 700-401, Colonia del Valle,
Delegación Benito Juárez 03650.

T: (01-55) 3330 - 1225 al 27 publicaciones@ceja.org.mx

SUSCRIPCIÓN ANUAL EN MÉXICO \$290.00

SUSCRIPCIÓN ANUAL EN EL EXTRANJERO 70 DÓLARES O 70 EUROS
(Escribir con letra de molde o máquina)

Nombre _____

Puesto _____

Empresa o Institución _____

Dirección (calle, número, colonia, ciudad, C.P.) _____

Teléfono _____

Fax _____

E - mail _____

RFC (si el domicilio fiscal es diferente favor de anotarlo) _____

1. Completar y enviar el Formulario de suscripción.
2. Depositar en el banco HSBC cuenta 4026454108 o para transferencia bancaria 021180040264541086 la cantidad de \$290.00 pesos (comprende 1 año de suscripción, es decir, 6 ejemplares).
3. Enviar al correo electrónico publicaciones@ceja.org.mx la ficha de pago junto con los datos de facturación.

La expedición de la reforma de acciones colectivas y la aprobación en el Senado de la República de la Ley Federal de Responsabilidad Ambiental, demuestran que es posible alcanzar un diálogo inteligente y maduro con el objeto de construir un mejor sistema de justicia para nuestro país. Noticia bienvenida pues es claro que los mexicanos exigimos acuerdos políticos que nos permitan avanzar rápidamente hacia una sociedad más segura y justa.

En este proceso de diálogo para lograr el acceso a la justicia en materia ambiental, identificamos históricamente la concurrencia de tres corrientes legislativas asociadas a la defensa del interés colectivo: **a.** la que desarrolló el sistema procesal que concluyó con la incorporación del nuevo Libro Quinto del Código Federal de Procedimientos Civiles, dando acceso a los ciudadanos a la jurisdicción en defensa de los intereses colectivos en general (reforma de acciones colectivas); **b.** la corriente que de manera concurrente a la anterior, ha propuesto la creación de un sistema de responsabilidad ambiental exigible en sede judicial (reforma de Ley de Responsabilidad Civil por el Daño y el Deterioro Ambiental e iniciativa para crear la Ley Federal de Responsabilidad Ambiental); y **c.** la corriente de legisladores que hace suyas las preocupaciones e intereses del sector económico, defendiendo el *status quo* y resistiendo por diversas razones el desarrollo del sistema justicia y la incorporación de nuevas figuras de responsabilidad.

A la fecha encontramos que perduran quienes sostienen que la reforma procesal civil, que estará vigente a finales del mes de febrero, es suficiente para garantizar la defensa de los intereses colectivos ambientales, y por tanto nuevas reformas especializadas en materia ambiental resultan innecesarias. Entre quienes sostienen esta postura encontramos a algunos de los impulsores de la reforma de acciones colectivas, y un limitado número de juristas que detentan cargos públicos en el sector ambiental. Los discursos de quienes sostienen esta postura, y quienes en contrario, propugnamos por la especialización de la acción colectiva ambiental, contienen argumentos plenamente identificados.

Por un lado los detractores de la idea de impulsar un nuevo sistema especializado de responsabilidad ambiental, sostienen que las instituciones y figuras del derecho pretoriano, aquel que es herencia de los antiguos romanos, deben utilizarse para abordar las pretensiones sociales nacidas de los conflictos ambientales vigentes, y que los vacíos de la ley, como el concepto de daño ambiental y la forma de repararlo no deben ser materia de reforma legal, sino de interpretación judicial en los años venideros. En defensa de su posición, este sector conservador ha impulsado propuestas para mantener a

toda costa el status quo del sistema jurídico mexicano, con iniciativas que insisten en que la acción de defensa del interés colectivo ambiental debe mantenerse en nuestro país en una posición paternalista, bajo el monopolio de la autoridad (SEMARNAT-PROFEPA) como fue concebido desde 1992, sin otorgar a los ciudadanos acceso directo a la jurisdicción del Poder Judicial, ni reconocerles mayoría de edad para defender sus propios intereses.

La posición contraria la detentamos quienes estamos conscientes de que el derecho y sus instituciones, no pueden permanecer estáticos, sino que por el contrario deben evolucionar para adecuarse a problemáticas y realidades sociales que no existían hasta hace algunas décadas. Siendo necesario que el legislador especialice el sistema jurídico y procesal, precisando conceptos fundamentales de daño, reparación y compensación especial en materia ambiental, que ayuden al órgano jurisdiccional (no especializado) a resolver los conflictos sociales, otorgando al mismo tiempo certeza a todos los actores que interactúan en la sociedad. Nuestra posición avanza el empoderamiento ciudadano y la intervención directa del poder judicial, sin escatimar ni restringir las pretensiones procesales del individuo o la colectividad, de manera congruente con las reformas constitucionales publicadas durante el año 2011 en materia de derechos humanos, juicio de amparo, acción colectiva y justicia alternativa, así como los avances en el reconocimiento del interés legítimo en materia contenciosa administrativa, e incluso en el nuevo sistema penal acusatorio que se implementa en el país.

Hasta aquí hemos expuesto dos posicionamientos frente a las reformas de acción colectiva y responsabilidad ambiental.

En adición a las anteriores posturas, encontramos una posición más, que se suma a la de aquellos funcionarios, que como hemos dicho defienden el antiguo derecho pretoriano, y propugnan por mantener el estado de las cosas en el sistema de justicia ambiental tal y como fue concebido a principios de la década de los noventas. Los defensores de esta tercer corriente de opinión, son aquellos que asumen válidamente la defensa de los intereses del sector económico, y que se aproximan a los legisladores haciendo notar el valor indiscutible de las empresas en la creación de empleos y generación de satisfactores, exponiendo enfáticamente sus preocupaciones respecto a posibles escenarios adversos, que imaginan pueden preverse con reformas legislativas demasiado progresistas. Este sector ha encontrado en los viejos juristas gubernamentales renuentes al cambio, aliados útiles para resistir el desarrollo del sistema de justicia ambiental. Este encuentro de intereses ha generado una fuerte sinergia negativa a la propuesta desarrollar la Justicia, que se traduce en actos de presencia en el Congreso de la Unión, con posiciones que confrontan a los legisladores reformistas. No es extraño entonces que algunos Senadores

y diputados encuentren desconcierto al recibir opiniones conflictivas frente a las iniciativas que buscan impulsar el sistema de responsabilidad ambiental.

El debate continúa a la fecha, a pesar del mandamiento indubitable del constituyente permanente, quien al reformar el artículo 17 de la Constitución federal, ordenó al Congreso de la Unión *expedir las leyes* (en plural) *que regulen las acciones colectivas*, precisando que *tales leyes* (en plural) *determinarán las materias de aplicación, los procedimientos judiciales y los mecanismos de reparación*.

En suma, la confrontación de posiciones continúa hoy a pesar de las previsiones del sistema constitucional vigente, y aún cuando en el ámbito internacional la discusión fue superada en 1992, cuando México suscribió la Declaración de Río de Janeiro que señala: *“Los Estados deben desarrollar la legislación nacional relativa a la responsabilidad y la indemnización respecto de las víctimas de la contaminación y otros daños ambientales (principio 13). El mejor modo de tratar las cuestiones ambientales es con la participación de todos los ciudadanos interesados, en el nivel que corresponda. Los Estados deben proporcionar acceso efectivo a los procedimientos judiciales y administrativos, entre éstos el resarcimiento de daños y los recursos pertinentes (principio 10)”*.

En el año 2012, este debate continuará en el contexto de la modificación del artículo 4º de la Constitución Federal, que fue aprobada el 9 de septiembre del 2011 por el Congreso de la Unión, y enviado a los Congresos de los estados y la Asamblea Legislativa del Distrito Federal. El nuevo texto constitucional hará aún más evidente la futilidad de los argumentos que resisten el avance hacia reformas en materia de responsabilidad ambiental, y su inevitable vinculación del proceso de acción colectiva. El mandato constitucional del nuevo artículo 4º en materia de derechos humanos, es contundente:

“El daño y deterioro ambiental generará responsabilidad para quien lo provoque en términos de lo dispuesto por la ley.”

Aciertos y adeudos de la reforma de acciones colectivas.

La reforma del artículo 17 párrafo tercero de la Constitución, y la creación del nuevo Libro Quinto del Código Federal de Procedimientos Civiles, significa la culminación de un arduo proceso legislativo que tuvo por objeto desarrollar el sistema de justicia mexicano, a efecto de hacer posible la defensa de los intereses colectivos en lo general. En materia ambiental,

este momento legislativo representa en realidad el inicio, o de manera más precisa, el reinicio de un debate mucho más profundo y especializado, pues mientras las reformas procesales de acción colectiva abren la puerta del Poder Judicial de la Federación a los afectados en sus intereses colectivos; los ciudadanos, las autoridades, los jueces y los demandados se encontrarán aún desprovistos de las más elementales herramientas normativas, para hacer valer sus pretensiones en materia ambiental. La discusión de la defensa del interés colectivo en nuestra materia no ha entonces concluido.

Decíamos que nuestra intención es reflexionar sobre los aspectos plausibles de la reforma de acciones colectivas. Sostenemos que representa un paso fundamental para actualizar el sistema de justicia mexicano. Con esta reforma los ciudadanos afectados por el daño ambiental podremos acceder al Poder Judicial, directamente en defensa del derecho de toda persona a un medio ambiente adecuado, como lo prevé la Constitución, y sin intermediaciones de la autoridad administrativa. Rompiéndose con ello el monopolio de las Procuradurías ambientales, algo similar a la reforma penal de 2001-2002, en la que se eliminó la querrela (monopolio) de la SEMARNAT, como requisito de procedibilidad para que el Ministerio Público pudiera ejercer acción penal ante un Juez, por delitos ambientales denunciados por los ciudadanos.

Por otro lado, la reforma de acciones colectivas acertadamente federaliza tanto la facultad para expedir leyes procedimentales, como la jurisdicción para conocer de las acciones colectivas que será exclusiva de los Jueces de Distrito del Poder Judicial de la Federación. Muchos otros aspectos resultan plausibles y útiles, aunque frecuentemente inadecuados para la materia ambiental (Por ejemplo, el número de treinta miembros de una colectividad necesarios para accionar por daño ambiental, o el monopolio de la PROFEPA para demandar la reparación del daño al entorno en exclusión expresa de las Procuraduría Ambientales estatales).

Fue clara la ausencia de un debate experto en materia ambiental en el proceso de reforma de acciones colectivas. Lo decimos porque lo evidencia la lectura de los nuevos textos normativos, y por haber atestiguado personalmente el proceso de debate, en el que de principio a fin el tema ambiental pasó a un segundo o tercer lugar. Los autores de la reforma, concentrados en la defensa de otros intereses colectivos (de consumidores, en materia de servicios públicos y financieros) presumieron incorrectamente la suficiencia de los nuevos textos, para solventar temas tanto sustantivos como procesales ambientales, que son indispensables para atender los conflictos que en la realidad se suscitan en esta materia.

El nuevo Libro Quinto del Código Federal de Procedimientos Civiles, hace promesas que posteriormente incumple cuando se trata de la materia ambiental. Por ejemplo, el artículo 582

señala que “la acción colectiva podrá tener pretensiones **declarativas, constitutivas y de condena**”. Promesa que no se actualiza, dado a que la propia reforma prevé que la acción difusa sólo permitirá reclamar judicialmente **la reparación del daño** causado a la colectividad, limitando con ello las pretensiones que los ciudadanos pueden llevar en materia ambiental al Poder Judicial.

¿Qué otras pretensiones nacen con un conflicto ambiental? Sin duda algunas pretensiones de condena a la reparación del daño como fue ya previsto por la reforma, pero también otras de naturaleza cautelar, que exigen figuras como los *injunctions* norteamericanos, que constituyen un remedio en la forma de una orden judicial, por la que se ordena a una persona física o moral se abstenga de realizar actos específicos (que pudieran resultar ambientalmente peligrosos por ejemplo). También pretensiones declarativas, e incluso de naturaleza preventiva, como las que solventa la imposición de daños punitivos por el juez, necesarios para mandar mensajes socialmente relevantes, dirigidos a garantizar que ciertas conductas antisociales e ilegales no se repetirán en el futuro. Ante estas pretensiones fundamentales para la defensa del interés colectivo ambiental, la reforma de acciones colectivas resulta a todas luces insuficiente. Lo mismo puede decirse del concepto de daño, su reparación y compensación.

La reforma de acciones colectivas se ha limitado a señalar que en las acciones difusas, típicamente aquellas en materia ambiental, el Juez sólo podrá condenar al demandado a la reparación del daño causado a la colectividad, consistente en la restitución de las cosas al estado que guarden antes de la afectación (situación que en materia ambiental resulta casi siempre imposible), y en su defecto al pago en dinero dirigido a constituir un Fondo administrado por el Consejo de la Judicatura, que nada tiene que ver con la compensación de los servicios ambientales que se pierden con el daño a los elementos naturales. La reforma deja a los ciudadanos sin respuesta en cuestiones ambientales tan elementales, como:

- ¿Cuándo se daña el interés ambiental colectivo o al derecho de los mexicanos a un medio ambiente adecuado?;
- ¿Qué es el daño ambiental?, y quizá de igual importancia, ¿qué no es daño ambiental?;
- ¿Cómo se cuantifica ambientalmente y se repara ese daño?;
- ¿Cómo y cuándo debe compensarse?;
- ¿Qué debe prevalecer, la reparación material del daño in natura o la compensación de los elementos naturales en otros sitios y por otros medios no económicos?;
- ¿Qué lugar tiene la reparación ambiental de los elementos naturales, respecto a la reparación del patrimonio de sus propietarios?; entre muchos otros tópicos.

Estos espacios de indefinición son naturales, pues no pueden preverse en un solo ordenamiento procesal sistemas de responsabilidad tan especializados como el que es necesario en materia ambiental. Razón por la cual el constituyente atinadamente previó que el sistema de acciones colectivas se constituiría *por más de una ley procesal*.

El diálogo necesario para transitar hacia un sistema de justicia ambiental preventivo, más equitativo y eficaz.

El avance del trabajo legislativo del 2011, en materia de acciones colectivas resulta de gran importancia, pero como hemos visto es aún insuficiente. Sin un ordenamiento especializado ambiental tendremos resoluciones administrativas, sentencias civiles y penales divergentes, respecto de un mismo caso de daño ambiental, así como estándares de reparación y compensación desiguales, creándose espacios de impunidad. Los jueces y las autoridades interpretarán estos conceptos en forma desigual a su leal saber y entender, dejando que sean los criterios definitivos de jurisprudencia los que resuelvan en definitiva la divergencia de interpretaciones, situación que puede tardar años y quizá décadas. La sociedad no puede esperar tanto para ello. Para concluir esta tarea en materia ambiental es necesario vincular el Libro Quinto del Código Federal de Procedimientos Civiles, con un régimen especial de responsabilidad ambiental que no puede obedecer a la lógica civil. La defensa del interés ambiental debe implicar un ordenamiento de orden público. Es necesario establecer de una vez por todas un concepto único de daño ambiental, de reparación y compensación que sea adecuados a la dinámica en la materia, plazos de prescripción, formas y sujetos de legitimación que respondan a la realidad socio-ecológica mexicana, figuras preventivas, daños punitivos que realmente desincentiven las conductas dolosas que atentan en contra del entorno, regulación de los mecanismos alternativos de reparación de daños, hipótesis de solidaridad, subsidiariedad, carga de la prueba, medios de prueba, auxilio a la autoridad judicial por los órganos técnicos, entre una larga lista de tópicos altamente especializados.

Esta temática ha sido materia de largo debate a propósito de la iniciativa de Ley Federal de Responsabilidad Ambiental, que fue aprobada por el Senado de la República el 6 de diciembre del 2011. En el proceso de su debate hemos observado la incidencia de las tres corrientes legislativas comentadas al inicio de este ensayo, así como la movilización de los intereses de los diferentes sectores de la sociedad en el Congreso de la Unión. La confrontación de posiciones entre legisladores ha sido intensa y los debates extensivos.

Afortunadamente, hemos presenciado procesos de escucha y consideración recíproca entre legisladores, expertos y



http://consumidores.org.mx/publican_reforma_de_acciones_colectivas.html

representantes de los sectores económicos respecto de las preocupaciones, objeciones y los temas de fondo relativos a la Ley Federal de Responsabilidad Ambiental. El reto de dar respuesta a cada argumento ha sido de gran relevancia, y el saldo ha sido al final positivo.

El texto de la iniciativa fue aprobado con 73 votos positivos, cero en contra y 4 abstenciones. Los Senadores de los cuatro principales partidos políticos que subieron a la tribuna el 6 de diciembre pasado para debatir el tema, coincidieron en la relevancia de la Ley, defendiendo su contenido y expresando apoyo por sus grupo partidistas. La razón del por qué las corrientes legislativas se pronunciaron a favor del proyecto, aún a pesar de la lamentable resistencia de los viejos juristas de la administración pública ambiental, la encontramos en el diálogo inteligente y maduro que dio lugar al desarrollo de las figuras, instituciones y mecanismos de interacción contenidos en la iniciativa.

Durante los intensos debates y deliberaciones llevados a cabo en la Comisión de Medio Ambiente, Recursos Naturales y Pesca, que presidieron al dictamen de primera lectura de la iniciativa, se expresaron preocupaciones válidas de los diversos representantes del sector económico y social. Entre ellas destaca la posibilidad de que el sistema de responsabilidad ambiental fuese utilizado para fines ilegítimos, ejercer presión injustificada sobre las empresas e inversionistas, o para sancionar excesivamente casos de daños de menor cuantía, entre muchas otras objeciones relativas a las propuestas de distribución de la carga probatoria, la legitimación irrestricta de las autoridades estatales, pasando por temas de fondo como la definición del daño ambiental, la prelación y mecanismos de compensación y la creación del Fondo de Responsabilidad Ambiental. A cada propuesta resultó una o más soluciones que requirieron de creatividad jurídica. Finalmente el dictamen que fue aprobado presenta una iniciativa que responde de manera más clara a la realidad mexicana.

La Ley Federal de Responsabilidad Ambiental aprobada por los Senadores de la República, destaca por su carácter preventivo, aún y cuando incorpora por primera ocasión en nuestro sistema legal la figura de daños punitivos. Este carácter se logra al prever fuertes incentivos y beneficios para las empresas y personas que han demostrado en el pasado su esfuerzo por cumplir con la ley ambiental y prevenir daños al entorno. La certificación voluntaria en auditoría ambiental, el desarrollo de órganos internos de vigilancia y control del cumplimiento de las normas y obligaciones ambientales, la capacitación del personal, la contratación optativa de seguros de responsabilidad ambiental, la autocomposición y el uso de mecanismos alternos de resolución de controversias, se consideran elementos fundamentales para motivar a las empresas con beneficios jurídico procesales, distinguiéndolas de aquellas personas que operan abiertamente en la ilegalidad o simplemente combaten la responsabilidad ambiental. La ley define con claridad lo que se entiende por daño ambiental y lo que no constituye esta categoría jurídica, haciendo uso de la lógica administrativa y los instrumentos de política ambiental ampliamente explorados en los últimos 15 años, otorgando con ello certeza jurídica a los inversionistas, a las entidades económicas y al sector productivo. Se conceden nuevas facultades y medios económicos a la autoridad ambiental para realizar acciones prioritarias de reparación del daño, a través del Fondo de Responsabilidad Ambiental, así como acción para repetir judicialmente en contra del responsable. Se reconoce la importancia del trabajo procesal de las Organizaciones No Gubernamentales y se crea un sistema de sinergias entre la PROFEPA y las Procuradurías Ambientales estatales para ejercer la acción colectiva de reparación de daños, regulándose mecanismos claros para apoyar al órgano jurisdiccional en su

ardua tarea de dictar sentencia en esta materia. Por primera vez se logra la unificación de los sistemas de reparación del daño ambiental en sedes penal, civil, administrativa y de acción colectiva, y se introduce un fuerte estímulo para que los conflictos ambientales se diriman mediante el diálogo, la concertación y el uso de mecanismos alternos al proceso contencioso. Cada instrumento y cada texto del Dictamen aprobado fue producto de la construcción del diálogo y la concertación responsable de quienes participaron en el proceso legislativo, dando cuenta de la factibilidad de arribar mediante esta vía, a acuerdos que avancen el sistema de justicia mexicano.

En este 2012, año en el que se cumple el vigésimo aniversario de la histórica Cumbre de las Naciones Unidas Sobre Medio Ambiente y Desarrollo, y la suscripción de los principios de justicia ambiental contenidos en la Declaración de Río de Janeiro, la reforma de acciones colectivas entrará en vigor en nuestro país haciendo evidente la imperiosa necesidad de concluir la construcción del sistema de responsabilidad ambiental, y sus vínculos hacia el sistema de defensa judicial del interés colectivo.

Estamos seguros que nuestros legisladores en la Cámara de Diputados, a los que corresponderá a partir de febrero aprobar la Ley Federal de Responsabilidad Ambiental, y su asociación con el nuevo Libro Quinto del Código Federal de Procedimientos Civiles, apreciarán que *esta idea, que se ha mantenido viva por más de dos décadas, ha dejado de ser políticamente imposible, transformándose en una reforma políticamente inevitable.* ■

Responsabilidad Social



Líder en México en Medios Online con contenido de Responsabilidad Social

expok SINTESIS
1er Newsletter de RSE
sintesis.expok.com.mx

expok NEWS
1er Portal de Noticias RSE
www.expoknews.com

expok MASR
Análisis de Casos
www.masr.com.mx

Pacto Mundial
Stakeholder
ONG
Análisis de Casos
Derechos Humanos
Análisis de Casos Medio Ambiente
Cadena de Valor Responsabilidad Social Pacto Mundial
Análisis de Casos