

Derecho civil 980

el rubro genérico: "Rehabilitación agraria". En estas disposiciones quedaron establecidas las bases jurídicas para recomponer la propiedad ejidal.

Las disposiciones sobre la rehabilitación agraria contenidas en la Ley, prácticamente sólo enuncian las ideas sobre el particular; sin embargo, algo tan trascendental requiere de una sólida y amplia fundamentación jurídica en la que se contemple todas las implicaciones que un cambio de esta naturaleza podría provocar en más de la mitad del territorio de la tierra con aptitud productiva.

Concluyen diciendo que un programa de rehabilitación agraria congruente, claro y factible de empezar a realizarse en el corto plazo, podría constituir una de las nuevas banderas del Partido Revolucionario.

LUIS M. PONCE DE LEÓN ARMENTA

DERECHO CIVIL

ALSTON, Philip, "The Unborn Child and Abortion under Draft Convention on the Rights of the Child", *Human Rights Quarterly*, Maryland, vol. 12, núm. 1, febrero de 1990, pp. 156-178.

Este artículo analiza, básicamente, el problema de la relación entre aborto y derecho a la vida, a la luz del proyecto, hoy nueva Convención, sobre los derechos del niño.

El autor inicia su análisis desde la premisa de que prácticamente todos los instrumentos internacionales sobre derechos humanos tienen reconocido claramente el derecho a la vida, pero todos guardan silencio sobre sus alcances y, en especial, sobre su proyección a los "no nacidos", premisa de la cual no escapa el proyecto de Convención que analiza. Sin embargo, es relevante el estudio que se reseña precisamente porque enfoca, como centro de su análisis, el contenido del párrafo sexto de las declaraciones preliminares del proyecto, en el cual se señala que "el niño, en razón de su inmadurez física y mental, necesita protección y cuidados especiales, incluida la protección legal tanto antes como después de su nacimiento".

En este contexto, el autor señala que el objetivo de su estudio es el análisis de las perspectivas actuales de las provisiones y esquemas a la luz del proyecto, hoy Convención.

De su reporte sobre los antecedentes de ese párrafo es importante resaltar el debate que existe entre las declaraciones sobre la necesidad de proteger a los(as) niños(as) en razón de su inmadurez tanto física como mental, y los derechos ya obtenidos por las mujeres sobre todo en lo referente al aborto. Considero pertinente aclarar que el autor se refiere siempre al proyecto de la Convención, pero dado que ésta ya fue aprobada y suscrita por México, sus comentarios adquieren un peso singular. Sobre todo, es importante fijar la atención en los cuestionamientos que hace Alston al respecto, a la luz de los debates suscitados a raíz de la aparición del Código Penal chiapaneco en 1990, pues parece que ni siquiera en el seno de las Naciones Unidas existe un criterio firme respecto a los alcances del derecho a la vida.

El estudio que se reseña inicia con una rápida ojeada a los trabajos de las declaraciones de 1929 y 1959, así como de los primeros proyectos de la nueva Convención. En este recorrido es evidente la falta de definición provocada por las posturas contradictorias relativas al aborto y al llamado derecho del "no nacido".

En su análisis sobre la parte operativa del proyecto de Convención, reporta el cuestionamiento hecho por la delegación de Barbados sobre esta falta de definición que intentó salvarse incluyendo la frase "todo(a) niño(a) tiene derecho a nacer deseado"; sin embargo, las respuestas a esta propuesta dejaron sin resolver la cuestión.

Este problema fue discutido en los trabajos, en especial, al decir de Alston, al ser tratados los artículos 1º (que define el concepto de "niño"); el 6º (relativo al derecho a la vida); el 41 (relativo a las causas de salvaguarda o excepción), y con las propuestas relativas a las nuevas formas y tecnologías de la reproducción.

Explica que las discusiones más fuertes se dieron en los trabajos de los párrafos preliminares del proyecto. Los debates se llevaron ocho años, pues el preámbulo que contiene estos párrafos expresa las razones o motivos que llevan a la firma un tratado o convención internacional y, por tanto, son las bases para su interpretación, de tal suerte que la expresión "los niños necesitan especial tutela y cuidado, incluida una adecuada protección legal tanto después como antes de su nacimiento", contiene un reconocimiento expreso y absoluto del derecho a la vida de los no nacidos. Así lo expresó la declaración de la República Federal de Alemania.

Ahora bien, al decir de Alston, la discusión no está cerrada ya que todavía no se aclara si la expresión "niño" equivale a "feto". Según este autor, tampoco se puede decir que una obligación —como la contenida en el preámbulo— deba ser leída como un mandato para reconocer el

derecho a la vida del feto, sólo incluye la obligación de tomar las medidas apropiadas de protección del mismo. Realmente las afirmaciones de Alston parecen un juego de palabras. ¿Qué diferencia existe entre ambos enunciados? Desde mi punto de vista ninguna; sin embargo, el juego de palabras utilizado habla del enorme conflicto político que existe cuando se toca el tema del aborto. En realidad nadie quiere definir la existencia del derecho a la vida del no nacido y sus alcances, pero tampoco quieren tomar una postura claramente definida frente a la reproducción y a los derechos que le asisten, en este rubro, a la mujer.

Aún dentro de esta definición, el artículo que reseño abre la puerta a una posible diferenciación entre el derecho a la vida y la protección del no nacido: las manipulaciones genéticas. Pero no fue esa su intención, ya que se concreta a hacer algunas consideraciones adicionales a este tipo de prácticas, y dentro de éstas diferencia los términos de concepción y fertilización. Sería interesante seguir esta línea de diferenciación ya que, sin cuestionar los derechos de la mujer a la salud, a su propio cuerpo y a decidir de manera libre y responsable sobre el número y espaciamiento de sus hijos e hijas, se daría un paso en el control de las prácticas de fecundación asistida, así como en las investigaciones, salvaguardando la dignidad humana.

La conclusión a la que llega el autor es la ya conocida: todas las propuestas para reconocer explícitamente el derecho a la vida del no nacido fueron rechazadas, aunque sí se habla de una protección, de tal suerte que será cada Estado el que señale las políticas legislativas a seguir entre la liberalización del aborto y esa protección.

Alicia Elena PÉREZ DUARTE Y NOROÑA

GROMB, Sophie, "La Loi du 20 décembre 1988 relative à la Protection des Personnes qui se Prêtent à des Recherches Biomédicales: la fin d'une hypocrisie", *Revue Internationale de Criminologie et de Police Technique*, Génova, vol. XLIV, núm. 1, enero-marzo de 1991, pp. 26-35.

La autora observa que el desarrollo de los servicios médicos pone de manifiesto el nivel de vida y de industrialización de un país. En este ámbito reviste importancia capital la investigación biomédica, tanto en lo que respecta a la salud individual como en lo que concierne al avance de la industria farmacéutica. Se cita el concepto que proporciona el

senador Claude Huriot —coautor de la Ley analizada en este artículo— acerca de aquel punto: “Toda investigación organizada con un propósito médico, que tenga por objeto el mejor conocimiento de la vida y del ser humano en particular”.

Vale distinguir entre dos actividades que pueden quedar encuadradas bajo aquel concepto. Por una parte, se hallan los actos realizados sobre un enfermo con la finalidad de restablecer su salud, y por la otra, aquellos actos cuyo objetivo no es terapéutico, sino de conocimiento. Tradicionalmente se ha proscrito estos últimos; no obstante, en la realidad se presentan con gran frecuencia. A esto se refiere la “hipocresía” de que habla la doctora Gromb, y que cesó, en su opinión, merced a la Ley francesa del 20 de diciembre de 1988. La autora examina las dos vertientes de esta cuestión: penal y civil.

La situación penal entrañaba severas paradojas antes de la expedición del ordenamiento comentado. Era lícito practicar experimentos sobre un paciente con propósito terapéutico; no lo era, en cambio, la realización de tales prácticas con objetivo de experimentación. Empero, determinadas normas sobre salud y especialidades farmacéuticas obligaban a los fabricantes de artículos de esta naturaleza a realizar experimentos que podían devenir ilícitos bajo la estricta aplicación de la ley penal. Sin embargo, el Estado no llevó adelante mayores esfuerzos para perseguir, verdaderamente, las conductas de este tipo.

La Ley de 1988 da un gran paso en favor de la experimentación con fines científicos. En efecto, el artículo 209-I manifiesta: “quedan autorizados los ensayos, estudios o experimentos practicados sobre el ser humano para desarrollar conocimientos médicos o biológicos. . .”. Para ello hay diversas condiciones; así: que el experimento no implique ningún riesgo serio y previsible para la salud del sujeto; que sea útil para personas que presenten las mismas características de edad, enfermedad o incapacidad de aquella sobre quien se realice; y que no pueda ser efectuado de otra manera.

En cuanto al régimen civil, la autora destaca también cierta notoria paradoja. Existe un principio jurídico terminante en el sentido de que el cuerpo humano se halla sustraído al comercio. Empero, la realidad corre en otra dirección. Además, hay normas que permiten actos de disposición sobre el cuerpo, aunque sin finalidades mercantiles. Tales son los casos de donación de córneas (regulada por una Ley de 1949), donación de órganos para ser extraídos del cuerpo del donante *post mortem* y utilizados con propósitos terapéuticos o científicos (considerada en un ordenamiento de 1976), y donación de sangre (regida por normas de 1952).

No obstante los términos de las disposiciones aplicables a esos casos, es evidente que ha habido operaciones comerciales sobre dichos órganos o sustancias. Más aún, muchas personas sólo acceden a ser donadores en función de contraprestaciones económicas. La Ley que comenta la doctora Gromb no permite directamente la práctica de experimentos médicos y la disposición de órganos a cambio de una contraprestación económica; sin embargo, autoriza a compensar al sujeto en función de los daños que resienta. Esta excepción puede significar, en rigor, una nueva regla.

Sergio GARCÍA RAMÍREZ

NOYES, Lynne E., "Superfund: A 'Super' Abrogation of State Sovereign Immunity. *Pennsylvania v. Union Gas Co.*", *Missouri Law Review*, Columbia, vol. 55, núm. 2, primavera de 1990, pp. 557-589.

En junio de 1989 la Suprema Corte de los Estados Unidos dictó una resolución con base en la decimoprimera enmienda a la Constitución de los Estados Unidos, para incorporar la obligación de pago de daños a un ciudadano privado por parte del Estado, fundando la acción en la CERCLA (Comprehensive Environmental Response Compensation and Liability Act). De acuerdo con la decisión del Tercer Circuito de Apelación en el caso de *United States vs. Union Gas Co.* [832 F.2d 1343 (3d Circ. 1987)] cinco miembros de la Corte encontraron que la CERCLA estaba enmendada por la Superfund o SARA (Superfund Amendments and Reauthorization Act) claramente expresada como el intento del Congreso para permitir demandas en contra del Estado en Cortes, para permitir el pago de daños previstos en el estatuto.

La mayoría consideró que el Congreso tiene la autoridad constitucional para revocar la inmunidad soberana del Estado, conforme a la decimoprimera enmienda, cuando la legislación pruebe la cláusula que esté expresamente en el texto.

Las ramificaciones de este caso a nivel constitucional y con los problemas ambientales, hacen que para el autor sea la revisión del mismo.

La Union Gas Corporation operó una planta cerca de Brodhead Creek en Stroudsburg, Pennsylvania, entre 1890 y 1948; después de esta fecha la planta fue desmantelada.

En 1953 y 1970 la empresa vendió parte de los terrenos al municipio de Stroudsburg. En 1950, debido a inundaciones, el estado de Pennsylva-

nia y el Cuerpo de Ingenieros de la Armada realizaron trabajos hidráulicos de protección. En 1980 el municipio asignó estas áreas al estado; en octubre, cuando éste realizaba excavaciones, encontró un depósito de alquitrán de carbón (*coal tar*), que empezaron a descargarse dentro de la bahía municipal.

Según la Superfund, la bahía de Brodhead es sitio de la nación. Para limpiar la contaminación que provocó la descarga, el estado y el gobierno federal dragaron un canal de la bahía y construyeron una pared de contención. El gobierno federal reembolsó al gobierno del estado aproximadamente 720,000 dólares, con base en la Superfund.

Para repetir el pago, el gobierno federal demandó a la Union Gas Co. en la Corte del Distrito Este de Pennsylvania. Fundó su demanda en las secciones 9,604 y 9,607 de la CERCLA y varias acciones de la Clean Water Act.

Los Estados Unidos demandaban el pago a la empresa por la responsabilidad que ésta tenía por no haber utilizado el terreno para depósito cerca de la bahía municipal. A su vez, la compañía demandó al municipio alegando que como "propietarios y operadores" el municipio y el estado les dieron todas las facilidades para utilizar cualquier sustancia peligrosa. Además demandó al Estado el pago de la "limpieza" o "descontaminación". La empresa creía que el Estado era responsable con base en la CERCLA, porque ellos habían incurrido en "negligencia causada u ocasionada en los trabajos que provocaron la descarga del alquitrán de carbón (*coal tar*) dentro de la bahía".

En el caso se alegó que la CERCLA es un cuerpo legal que tiene por objeto proteger la salud y el ambiente al establecer los principios que deben cumplirse en el manejo de desechos y sitios de destino final de sustancias peligrosas.

En 1979 la EPA (Environmental Protection Agency) estimó que aproximadamente treinta y cinco mil sitios de destino final de sustancias peligrosas se encontraban fuera de control. De estos sitios alrededor de dos mil presentan serios riesgos para la salud pública. El Acta de Disposición Final de Residuos establece un régimen de manejo de desechos sólidos y peligrosos, que fue diseñado específicamente para prohibir la posibilidad de eliminación a cielo abierto. La EPA encuentra que en este caso existen principios inadecuados debido a que no se hace más riguroso el régimen en el caso de sitios de residuos peligrosos. La CERCLA establece el principio de encontrar mecanismos para el control de este problema a través de medidas de "limpieza" o "descontaminación" de sitios, haciendo responsable de ello a las "personas", "propietarios y operadores".

La tercera parte de este artículo es la que se refiere al análisis constitucional del asunto, la cual tiene que ver con la decimoprimer enmienda, que prevé la posibilidad de abrogar la inmunidad soberana del Estado por dos vías: de forma estatutaria por parte del Congreso, para promover demandas en contra de los estados, y los estados pueden abrogar su inmunidad soberana para demandar y consentir ser demandados; el Congreso puede abrogar la inmunidad del Estado sólo cuando exista un fundamento absolutamente claro en el texto del estatuto.

En el caso analizado, el problema es la vaguedad de los términos "personas" y "propietarios u operadores", en los que no queda claro el hecho de que el Estado y el gobierno federal tengan obligación alguna para el caso de reparación de daños ambientales.

El autor establece en su cuarto apartado una evolución de los precedentes que dieron lugar a la decimoprimer enmienda, que es importante tanto desde el punto de vista constitucional como para el sistema de concurrencias y competencias en materia ambiental, en donde algunas de las consideraciones de agencias como la EPA han puesto en duda el principio de inmunidad soberana en ciertos casos.

Como conclusión, el autor señala que la multicitada enmienda juega un papel en el mantenimiento del equilibrio entre los poderes de los estados y el federal. La inconsistente aplicación de la misma no puede ser considerada solamente por el texto y la intención de la estructura de la Constitución. Cuando los derechos de los estados, los cuales son resguardados por la enmienda de referencia, han sido abrogados, el Estado se protege porque el Congreso podría abrogar también las de él, siempre y cuando ello se dé con el acuerdo de los poderes plenarios constitucionales y quede claramente expresada la intención de la abrogación.

El autor critica la posibilidad de la demanda retroactiva de daños en virtud de que los estados no pueden prever el monto de las indemnizaciones a las que pueden ser condenados en sus respectivos presupuestos.

El artículo es interesante porque nos brinda el análisis de un problema que a nivel constitucional se encuentra en el derecho ambiental, tema de la responsabilidad civil en organismos públicos, sobre todo cuando se llega a las demandas de reparación de daños, en que para poder lograr el pago efectivo, se debe señalar objetiva y claramente al sujeto responsable.