

NUEVOS DESARROLLOS EN LA LUCHA INTERNACIONAL CONTRA EL TRÁFICO DE ÓRGANOS HUMANOS: EL CONVENIO DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

NEW DEVELOPMENTS IN THE INTERNATIONAL FIGHT AGAINST TRAFFICKING IN HUMAN ORGANS: THE CONVENTION OF SANTIAGO DE COMPOSTELA

Xavier Pons Rafols *

Sumario: INTRODUCCIÓN. I. EL DERECHO INTERNACIONAL, LOS TRASPLANTES DE ÓRGANOS Y LA LUCHA CONTRA EL TRÁFICO DE ÓRGANOS HUMANOS. II. LA LABOR DEL CONSEJO DE EUROPA EN MATERIA DE TRASPLANTES DE ÓRGANOS Y DE LUCHA CONTRA EL TRÁFICO DE ÓRGANOS HUMANOS. III. EL ALCANCE Y EL CONTENIDO DEL CONVENIO DEL CONSEJO DE EUROPA CONTRA EL TRÁFICO DE ÓRGANOS HUMANOS. IV. CONSIDERACIONES FINALES.

RESUMEN: Los avances científicos han hecho que en las últimas décadas y ante determinadas patologías se hayan extendido las terapias mediante trasplantes de órganos humanos. Este incremento del número de trasplantes y de la demanda de trasplantes se enfrenta a una progresiva escasez de órganos disponibles. En este contexto, han surgido actividades ilícitas como la trata de personas con fines de extracción de órganos y el tráfico de órganos humanos que se consideran una violación de los derechos humanos y una grave amenaza para la salud individual y para la salud pública. La lucha internacional contra este fenómeno delictivo ha sido objeto de un nuevo desarrollo jurídico internacional mediante el reciente Convenio del Consejo de Europa contra el tráfico de órganos humanos, adoptado en Santiago de Compostela el 25 de marzo de 2015. Este estudio aborda un planteamiento general de la cooperación internacional y del Derecho Internacional en la esfera de los trasplantes de órganos y del tráfico de órganos humanos y se focaliza en la labor del Consejo de Europa y, especialmente, en el alcance y contenido de este nuevo Convenio.

ABSTRACT: Scientific advances in recent decades and to certain diseases have spread therapies using transplantation of human organs. This increase in the number of transplants and the demand for transplants is facing a progressive shortage of available organs. In this context, there have been illegal activities such as trafficking in human beings for the purpose of the removal of organs and trafficking in human organs that are considered a violation of human rights and a serious threat to individual health

Fecha de recepción del original: 16 de noviembre de 2015. Fecha de aceptación de la versión final: 29 de enero de 2016.

* Catedrático de Derecho Internacional Público de la Universidad de Barcelona. Correo electrónico: xpons@ub.edu. Este estudio se enmarca en el Proyecto de Investigación referencia DER2012-36793, financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad.

and public health. The international fight against this criminal phenomenon has been the subject of a new international legal development through recent Council of Europe Convention against Trafficking in Human Organs, adopted in Santiago de Compostela on 25 March 2015. This study addresses a general approach on international cooperation and international law in the field of transplantation of organs and organ trafficking and focuses on the work of the Council of Europe, especially in the scope and content of the new Convention.

PALABRAS CLAVE: Consejo de Europa, órganos humanos, trasplante de órganos, tráfico ilícito.

KEY WORDS: Council of Europe, human organs, organs transplant, illegal traffic.

INTRODUCCIÓN

El 25 de marzo de 2015 se abrió a la firma, en Santiago de Compostela, el Convenio del Consejo de Europa contra el tráfico de órganos humanos ¹. Se trata de un instrumento jurídico internacional que constituye un nuevo y relevante desarrollo en la acción internacional de lucha contra el tráfico de órganos humanos, un fenómeno criminal execrable que se ha extendido en los últimos años a la par que se han expandido y mejorado las técnicas de trasplantes de órganos humanos y tejidos. En esta dinámica, de alguna manera, se ha repetido, de nuevo, una evolución en paralelo con incidencia -en lo que a los efectos de este estudio se refiere- en el Derecho Internacional: de un lado, los constantes avances en las ciencias biomédicas y en las técnicas médicas en las últimas décadas -a un nivel y con una expansión nunca antes conocida y que tienen, por definición, una dimensión transnacional- han generado importantes beneficios para la salud humana y para el bienestar de los seres humanos; pero, de otro lado, las mejoras en las atenciones médicas y las nuevas perspectivas científicas han generado también nuevas posibilidades de riesgos potenciales para los seres humanos y nuevas actividades delictivas conexas a estos progresos, que pueden tener también alcance transnacional ².

¹ Vid. *Council of Europe Treaty Series*, No 216, disponible en <http://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/216>, consultado el 8 de octubre de 2015. Existe una versión en español del Convenio establecida por la Oficina de Interpretación de Lenguas del Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación disponible en la página web de la Conferencia Internacional de Alto Nivel sobre la lucha contra el tráfico de órganos humanos celebrada en Santiago de Compostela el 25-26 de marzo de 2015, disponible en <http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/cdpc/conference/Traducci%C3%B3n%20Tratado%20Tr%C3%A1fico%20C3%93rganos.pdf>, consultada el 8 de octubre de 2015.

² La aproximación jurídica internacional a los rápidos avances en las ciencias biomédicas, aunque ya empieza a tener cierta entidad, sigue siendo limitada por reciente y, en gran medida, no tiene carácter jurídicamente obligatorio. Como fuentes institucionales fundamentales en el plano universal tiene, por supuesto, a la Organización Mundial de la Salud (OMS), con todas sus directrices y recomendaciones sobre aspectos relacionados con las enfermedades, la medicina y los progresos científicos en este campo; así como a la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO), que ha desarrollado una amplia labor en la esfera de la bioética y los derechos humanos en relación con los avances médicos. En el plano regional, es el Consejo de Europa el que ha alcanzado los mayores desarrollos en este ámbito, incorporando de manera especial instrumentos jurídicos obligatorios. Este amplio y diverso conjunto de textos internacionales tiene, a mi entender, algunos elementos comunes

Una de estas dimensiones -auténticas nuevas fronteras de la ciencia y también del Derecho Internacional- es la relativa a los trasplantes de órganos humanos, que han alcanzado en los últimos años cotas muy elevadas, abarcando prácticamente los órganos principales del ser humano -el riñón, el hígado, el corazón, el páncreas y el pulmón³-, así como los trasplantes de otros tejidos y células⁴. Los antecedentes médicos de estos avances se remontan a los años cincuenta del siglo pasado⁵ y, desde entonces, se ha asistido a un crecimiento exponencial del número de trasplantes y de órganos y tejidos susceptibles de ser trasplantados, aunque también es cierto que esta evolución se ha operado fundamentalmente en los países de ingresos altos y medianos, con las técnicas y con la financiación necesaria para abordarlos⁶. Las mejoras en estas técnicas y en la cirugía de trasplantes, y los progresos científicos en los medicamentos y tratamientos frente a las reacciones inmunes, han optimizado enormemente las expectativas de vida de los pacientes trasplantados y, consiguientemente, ha aumentado la demanda de órganos para trasplante.

A ello debe añadirse que también se ha constatado que, por ejemplo -y al margen de las obvias mejoras en la calidad de vida del paciente-, el coste de un trasplante de riñón es mucho más económico que el del mantenimiento de una diálisis de por vida para el paciente renal, lo que introduce un elemento de eficiencia y racionalidad económica nada despreciable en los momentos actuales. Nos hallamos, por tanto, en definitiva, ante un progreso técnico y científico de gran valor para la salud humana, que constituye en la

fundamentalmente en la dimensión de los grandes principios jurídicos rectores respecto de los avances científicos y tecnológicos, de la biomedicina y de la investigación y experimentación en seres humanos. En efecto, como abordaré más adelante, se ocupen ya de los aspectos bioéticos o formulen recomendaciones sobre cuestiones relacionadas con la calidad y la seguridad, estos instrumentos giran en torno al ser humano y más concretamente, al principio de la dignidad del ser humano y a los derechos humanos. Así se opera claramente desde los años ochenta y noventa del siglo pasado cuando se empezaron a elaborar los primeros instrumentos internacionales relevantes en este ámbito [vid. en general, sobre todo ello, PONS RAFOLS, X., "Biomedicina y Derecho Internacional: nuevas fronteras de la ciencia, nuevas dimensiones de los derechos humanos", en BADIA MARTÍ, A.; PIGRAU SOLÉ, A.; OLESTI RAYO, A. (Coords.), *Derecho Internacional y Comunitario ante los retos de nuestro tiempo. Homenaje a la profesora Victoria Abellán Honrubia*, ed. Marcial Pons, Madrid 2009, Vol. I, pp.571-597].

³ Los más comunes son los de riñón e hígado y, a gran distancia, los de corazón, páncreas y pulmón.

⁴ En este estudio me centro en los trasplantes de órganos y en la lucha contra el tráfico de órganos, en la medida en que los trasplantes de tejidos y células, aunque inherentemente conectados con los trasplantes de órganos, configuran un régimen distinto tanto por razones biológicas como por la existencia de mecanismos de comercialización de tejidos y células, ya sea para fines de trasplante o para otros fines, como los cosméticos o los de la industria farmacéutica [vid. en relación con la perspectiva internacional sobre el trasplante de tejidos y células, los aspectos éticos y su necesaria regulación, también a escala nacional e internacional, en SCHULZ-BALDES, A.; BILLER-ANDORNO, N.; MORGAN CAPRON, A., "International perspectives on the ethics and regulation of human cell and tissue transplantation", *Bulletin of the World Health Organization*, 2007, 85, pp. 941-948].

⁵ Se considera que el primer trasplante de riñón exitoso se llevó a cabo en 1954. Los mayores de cierta edad también recordarán el famoso primer trasplante de corazón con éxito realizado en 1967 en Sudáfrica por Christiaan Barnard. Estos mismos lectores recordaran también, por ejemplo, el controvertido primer trasplante de corazón que realizó en España, en 1968, Cristóbal Martínez de Bordiu, yerno del dictador Francisco Franco.

⁶ Vid., por ejemplo, sobre la relación entre renta nacional bruta per cápita y trasplantes el análisis de WHITE, D.L., *et alter*, "The global diffusion of organ transplantation: trends, divers and policy implications", *Bulletin of the World Health Organization*, 2014, 92, pp. 826-835.

actualidad una práctica sanitaria habitual y que se ofrece ampliamente en las carteras de servicios de los sistemas sanitarios de los Estados desarrollados⁷. Práctica sanitaria que, indubitadamente, se ha traducido e incorporado en las correspondientes normas legales internas y, a nuestros efectos, en la medida en que es un fenómeno de alcance internacional, también en normas internacionales, ya sean jurídicamente obligatorias o de carácter voluntario⁸.

La demanda y el incremento del número de trasplantes han puesto también de manifiesto, de manera progresiva, el grave problema de la escasez de órganos disponibles para trasplante. El planteamiento general y el preferido, técnica y éticamente, para los trasplantes de órganos es el de la utilización de órganos de cadáveres, es decir, la donación a través de donante fallecido, en algunos casos, al menos inicialmente, con muerte cardíaca, y más recientemente, de manera generalizada, a partir del diagnóstico de muerte cerebral. Más allá de la conciencia ciudadana sobre las donaciones de órganos y de las campañas para impulsarlas y consentirlas en vida por parte del futuro donante, este caudal de donantes se ha ido viendo mermado por la misma prolongación de las expectativas de vida y por la reducción de la accidentalidad viaria, que era una de las vías principales de obtención de donaciones⁹. A lo que debe añadirse que en diversas partes del mundo siguen persistiendo obstáculos religiosos, jurídicos y culturales que generan resistencia a la donación *post mortem*. Estas dificultades en relación con los donantes fallecidos han comportado que -al menos para algunos órganos- se haya extendido también la necesidad de completar la batería de donaciones disponibles mediante el crecimiento de las donaciones de órganos de donantes vivos, es decir, el aumento de los trasplantes intervivos, directamente o mediante nuevos procedimientos como la cadena de donantes o las donaciones cruzadas¹⁰.

⁷ Debe señalarse, de manera particular, que está internacionalmente reconocido que España ha alcanzado un alto grado de capacidad técnica y, sobre todo, organizativa, en materia de trasplantes, siendo, en este sentido, considerada un modelo a escala internacional la Organización Nacional de Trasplantes (vid. las informaciones y estadísticas sobre los trasplantes y la labor de la ONT en España en su página web <http://www.ont.es>, consultada el 1 de octubre de 2015). Lo que no es obstáculo para que pueda también criticarse su funcionamiento (vid., en este sentido crítico a COSTAS-LOMBARDÍA, E.; FERERES CASTIEL, J. “The Easy Success of the Spanish Model for Organ Transplantation”, *Artificial Organs*, Vol. 35, No. 9, 2011, pp. 835-837).

⁸ Vid., en general, sobre esta materia en España a ROMEO CASABONA, C.M. (coord.), *El nuevo régimen jurídico de los trasplantes de órganos y tejidos*, editorial Comares, Granada 2005 y a MARINA RIOPÉREZ, P., *El jurista ante el trasplante de órganos humanos. Régimen jurídico-administrativo*, Universidad de Granada, Granada 2006.

⁹ De ahí también que en algunos Estados en vez de requerirse el consentimiento previo del donante ya fallecido para la extracción de órganos con fines de trasplante, se establezca en sus legislaciones internas el criterio del consentimiento presunto, en el sentido de que se estima el consentimiento para la donación *post mortem* de todo potencial donante salvo que conste fehacientemente la voluntad contraria expresada en vida del donante.

¹⁰ Sobre las consideraciones éticas en relación con la autonomía, la seguridad, la salud, la calidad de vida y la privacidad de los donantes vivos vid. el *Documento sobre trasplante de órganos de donante vivo*, del *Grup d'Opinió* del Observatorio de Bioética y Derecho de la Universidad de Barcelona, Barcelona 2011.

En cualquier caso, lo cierto es que tanto por la mejora de las técnicas de trasplantes, de medicamentos más eficaces para impedir el rechazo de los órganos trasplantados y la multiplicación de la demanda, como por la escasez de donantes fallecidos e insuficiencia de órganos disponibles, se han aumentado -a veces, dramáticamente- las listas de espera para trasplante. Una disponibilidad insuficiente de órganos y unas listas de espera que han contribuido, a su vez, a generar y expandir el fenómeno del tráfico ilícito de órganos humanos para trasplantes, así como de lo que se ha venido en denominar el turismo de trasplantes, que obtiene provecho de regulaciones internas menos exigentes¹¹. Todo ello, además de originar algunos desarrollos normativos en los ordenamientos penales internos, ha comportado también la necesidad de incrementar la cooperación internacional en la lucha contra el tráfico de órganos humanos y contra el tráfico de seres humanos con fines de extracción de órganos.

La lucha internacional contra este fenómeno delictivo, que forma parte también de las dinámicas de la delincuencia organizada transnacional, ha sido objeto de un nuevo desarrollo jurídico internacional mediante el reciente Convenio del Consejo de Europa contra el tráfico de órganos humanos, adoptado en Santiago de Compostela el 25 de marzo de 2015. El objeto central de este estudio es, precisamente, el análisis de este nuevo desarrollo de la cooperación internacional contra el tráfico de órganos. A tal efecto, se ordena el estudio con un primer apartado con un planteamiento general de la cooperación y del Derecho Internacional en la esfera de los trasplantes de órganos y del tráfico de órganos humanos (I). Un segundo apartado se ocupa, más concretamente, de la labor llevada a cabo por el Consejo de Europa tanto en relación con el trasplante de órganos y tejidos -que se enmarca en su labor en materia de biomedicina y derechos humanos- como en relación con la lucha contra la trata de seres humanos y el tráfico de órganos humanos (II). Finalmente, un tercer apartado, más extenso y con mayores desarrollos, analiza el alcance y contenido del Convenio del Consejo de Europa sobre la lucha contra el tráfico de órganos humanos, adoptado en Santiago de Compostela y que, a la fecha de cerrar este estudio, aún no ha recibido ninguna manifestación del consentimiento de entre, de momento también, sus dieciséis Estados firmantes, entre los que -por razones obvias al haber sido el Estado anfitrión del acto de autenticación- se halla España (III).

¹¹ Como ya he indicado en la Nota 4, se estima también de gran envergadura la existencia de un mercado y de una circulación internacional de tejidos y células humanas para trasplantes (y otras finalidades) y se han extendido los denominados “biobancos”, pendientes también de regulación internacional; aspectos todos ellos de gran interés y proyección futura, pero que se escapan del objeto concreto de este estudio. También resulta ajeno a este estudio la limitada pero necesaria actuación internacional para el establecimiento de mecanismos de vigilancia y reglamentación eficaz de los xenotrasplantes, que pueden complementar la limitada oferta de material humano para trasplantes pero que, en el momento actual, presentan riesgos y problemas específicos, que se agravan con los riesgos potenciales de propagación de nuevos patógenos con la práctica del “turismo de xenotrasplantes” en países donde no se aplican los controles necesarios.

I. EL DERECHO INTERNACIONAL, LOS TRASPLANTES DE ÓRGANOS Y LA LUCHA CONTRA EL TRÁFICO DE ÓRGANOS HUMANOS

A título de planteamiento general en relación con el tema objeto de este estudio, voy a referirme ahora, en primer lugar, a la dimensión internacional y a los principios jurídicos internacionales sobre los trasplantes de órganos humanos (1). Abordaré, en segundo lugar, una panorámica general sobre los elementos principales de la acción internacional en la lucha contra el tráfico de órganos humanos (2).

1. La dimensión internacional y los principios jurídicos internacionales sobre los trasplantes de órganos humanos.

A medida que han ido evolucionando las técnicas sobre trasplantes y, especialmente, la organización y gestión de los sistemas nacionales de trasplantes, se han ido estableciendo también mecanismos de autorización y supervisión del intercambio internacional de órganos humanos con la finalidad de facilitar la movilidad segura y con controles de calidad de los órganos disponibles, satisfaciendo así las necesidades de receptores en lista de espera en otros Estados. Es decir, se ha ido generando un fortalecido mecanismo para coordinar las necesidades, condiciones, compatibilidades y aptitudes de los posibles receptores en un Estado con la existencia y características de órganos donados en los distintos Estados coordinados. Con todo ello, de alguna manera, se han expandido mecanismos como el existente en España y que dirige la Organización Nacional de Trasplantes (ONT)¹² a efectos de regular las actividades relacionadas con la obtención y utilización clínica de órganos humanos, estableciendo requisitos relacionados con la calidad y la seguridad de los mismos, garantizando un alto nivel de protección de la salud humana y reduciendo, así, en lo posible, la pérdida de los órganos disponibles.

Ambos elementos -la evolución científica y la dimensión internacional- condujeron a la Organización Mundial de la Salud (OMS) a la adopción en 1991 de unos “Principios Rectores de la OMS sobre trasplante de células, tejidos y órganos humanos”¹³, que fueron revisados y actualizados en el año 2010¹⁴. Los once Principios Rectores establecen criterios voluntarios, es decir, jurídicamente no vinculantes, en materia de trasplantes, como el necesario consentimiento del donante, la prevención de conflictos de intereses profesionales, la preferencia por las donaciones de cadáveres, la equidad y transparencia en la asignación de órganos, la protección de los menores, la calidad de los procedimientos, la transparencia organizativa o la gratuidad de las donaciones. A los efectos que me interesa destacar, el Principio Rector 5 establece la prohibición de “la compra, o la oferta de compra, de células, tejidos u órganos para fines de trasplantes, así

¹² Entre las funciones de la ONT se incluye la coordinación de la obtención, distribución nacional e intercambio internacional de órganos, tejidos y células para su trasplante (vid. artículo 28 del Real Decreto 1723/2012, de 28 de diciembre, por el que se regulan las actividades de obtención, utilización clínica y coordinación territorial de los órganos humanos destinados al trasplante y se establecen requisitos de calidad y seguridad, BOE de 29 de diciembre de 2012).

¹³ Resolución WHA44.25, de la Asamblea Mundial de la Salud, de 1991.

¹⁴ Mediante la Resolución WHA63.22 de la Asamblea Mundial de la Salud, de 21 de mayo de 2010.

como su venta por personas vivas o por los allegados de personas fallecidas”, ya que se entiende que este comercio tiende a aprovecharse injustamente de los grupos más pobres y vulnerables, socava los principios de la donación altruista y alienta el lucro incontrolado y la trata de seres humanos. En este mismo sentido, en la Resolución de la Asamblea Mundial de la Salud actualizando los Principios Rectores se reiteraba el compromiso con “la dignidad y la solidaridad humana que condenan la adquisición de partes del cuerpo humano para el trasplante y la explotación de las poblaciones más pobres y vulnerables y el tráfico humano que se deriva de esas prácticas”.

Este último enfoque recoge claramente, a mi juicio, lo que constituye el principio jurídico internacional esencial en el ámbito de los trasplantes de órganos humanos y, consiguientemente, también en el ámbito de la lucha contra el tráfico de órganos humanos, que es el principio de la “dignidad humana”. Así lo incorpora en su mismo título el Convenio del Consejo de Europa para la protección de los Derechos Humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la biología y la medicina, adoptado en Oviedo el 4 de abril de 1997¹⁵, y al que más adelante volveré a referirme. Conocido de manera más simplificada como el Convenio sobre los derechos humanos y la biomedicina, el Convenio -además de en su mismo enunciado- focaliza su ámbito de protección en la dignidad del ser humano al establecer en su artículo 1 que las Partes “protegerán al ser humano en su dignidad y su identidad y garantizarán a toda persona, sin discriminación alguna, el respeto a su integridad y a sus demás derechos y libertades”¹⁶. A este planteamiento esencial se añade el establecimiento en el Convenio de un triple nivel de derechos, del individuo, de la sociedad y de la propia especie humana, previéndose claramente “la primacía del ser humano” sobre el sólo interés de la ciencia y la sociedad (artículo 2). Junto a estos dos principios, se prevé también en el artículo 3 que las Partes adoptarán las medidas adecuadas con el fin de garantizar “un acceso equitativo a una atención sanitaria de calidad apropiada”. De esta manera se expresan los principios y conceptos más básicos del Convenio, cuyas disposiciones -así como las del conjunto de los Protocolos Adicionales a los que luego también me referiré-, deben interpretarse a la luz de estos principios¹⁷.

En este sentido, el mismo origen del Convenio debe situarse en la voluntad de armonizar las reglas existentes para hacer frente a potenciales peligros para la dignidad humana que podrían derivarse de unas prácticas inadecuadas de la biología y la medicina. En lo que a nuestros efectos se refiere, este enfoque se expresa de manera contundente en el artículo 21 del Convenio de Oviedo cuando se establece -como veremos más adelante- el principio jurídico general de la prohibición de lucro en

¹⁵ BOE de 20 de octubre de 1999.

¹⁶ Y de ahí se deriva también, a los efectos que me interesa remarcar, el derecho de autonomía del paciente y el necesario consentimiento ante cualquier intervención médica y experimento científico y, a nuestros efectos, ante la extracción de órganos y tejidos con fines de trasplante u otros fines.

¹⁷ Vid. en este sentido, por ejemplo, DUTE, J., “The leading principles of the Convention on Human Rights and biomedicine”, en GEVERS, J.K.M.; HONDIUS, E.H.; HUBBEN, J.H. (eds.), *Health Law, Human Rights and the Biomedicine Convention. Essays in Honour of Henriette Roscan Abbing*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden 2005, p. 4 y pp. 7-9.

relación con el cuerpo humano o sus partes ¹⁸. Se trata, a mi juicio, de la formulación de un principio general que deriva directamente del principio de la protección de la dignidad humana y que se articula en un momento en el que los trasplantes ya han alcanzado velocidad de crucero, especialmente en el mundo desarrollado, y en el que empezaban a detectarse los síntomas del fenómeno vinculado al comercio ilegal de órganos humanos; de ahí su virtualidad en esta esfera.

De igual manera, las tres declaraciones claves de la UNESCO sobre los aspectos éticos de los avances en las ciencias médicas parten también del reconocimiento de este principio de la dignidad humana. Así lo hace la Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos ¹⁹ y la Declaración sobre los Datos Genéticos Humanos ²⁰, pero resulta especialmente relevante el planteamiento que ofrece la Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos ²¹. En esta última Declaración, de alcance más general, se establecen los principios que deben respetarse en esta esfera y el primero de ellos es, precisamente, el de la dignidad humana ²². En efecto, el artículo 3 de la Declaración prevé que “[S]e habrán de respetar plenamente la dignidad humana, los derechos humanos y las libertades fundamentales” y, al mismo tiempo, establece que “[L]os intereses y el bienestar de las persona deberían tener prioridad con respecto al interés exclusivo de la ciencia o la sociedad”. En este orden de ideas, entiendo que el punto de partida del Derecho Internacional en relación con los trasplantes de órganos humanos debe situarse en el concepto de la dignidad del ser humano y en los derechos humanos, que se traduce, por ejemplo, en que las reglas de asignación de órganos para trasplante deban ser equitativas, justificadas externamente y transparentes ²³.

Además, junto a este principio esencial de la dignidad del ser humano y de las consideraciones bioéticas subyacentes, creo que otro principio central del ordenamiento internacional relacionado con los trasplantes de órganos humanos y, en general, con

¹⁸ Principio general que de otra parte, también está recogido en el artículo 3 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

¹⁹ Que en su artículo 1 reconoce que “el genoma humano es la base de la unidad fundamental de todos los miembros de la familia humana y del reconocimiento de su dignidad intrínseca y su diversidad”. La Declaración fue adoptada por la Conferencia General de la UNESCO en su 29ª reunión, el 11 de noviembre de 1997 (Resolución 29 C/16).

²⁰ Que pretende fundamentalmente “velar por el respeto de la dignidad humana y la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales en la recolección, el tratamiento, la utilización y la conservación de los datos genéticos humanos, los datos proteómicos humanos y las muestras biológicas de las que estos datos provengan” (artículo 1). La Declaración fue adoptada por la Conferencia General de la UNESCO en su 32ª reunión, el 16 de octubre de 2003 (Resolución 32 C/22).

²¹ Adoptada por la Conferencia General de la UNESCO el 19 de octubre de 2005 (Resolución 33 C/36). Vid., en general sobre esta Declaración GROS ESPIELL, H.; GÓMEZ SÁNCHEZ, Y. (coords.), *La Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos de la UNESCO*, ed. Comares, Granada 2006 y BYK, Ch., *Bioéthique et droit international. Autour de la Déclaration Universelle sur la bioéthique et les droits de l’homme*, Lexis Nexis, París 2007.

²² Vid. al respecto la interesante reflexión sobre el concepto de dignidad humana de GARCÍA MANRIQUE, R., “La dignidad y sus menciones en la Declaración”, en CASADO, M. (coord.), *Sobre la Dignidad y los Principios. Análisis de la Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos de la UNESCO*, ed. Civitas/Thomson Reuters, Pamplona 2009, pp. 43-64.

²³ Vid. el Principio Rector 9 de las Directrices de la OMS de 2010.

otros avances en los campos biomédicos, gira en torno a las cuestiones de seguridad, calidad y eficacia de los procedimientos médicos. En este sentido, en relación con los trasplantes de órganos, las Directrices de la OMS consideran explícitamente que deben aplicarse procedimientos de alta calidad, seguros y eficaces tanto para los donantes como para los receptores y que debe optimizarse constantemente el nivel de seguridad, eficacia y calidad de los órganos, tejidos y células para trasplante, incluida su trazabilidad²⁴. De igual forma, el Consejo de Europa ha adoptado también instrumentos de carácter voluntario y con un importante componente técnico, como son la *Guide to the quality and safety of organs for transplantation* y la *Guide to the quality and safety of tissues and cells for human application*²⁵. En esta misma perspectiva -y aunque no son objeto de este estudio-, baste con señalar también diversas normas de la Unión Europea, como la Directiva 2004/23/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, relativa al establecimiento de normas de calidad y de seguridad para la donación, la obtención, la evaluación, el procesamiento, la preservación, el almacenamiento y la distribución de células y tejidos humanos²⁶, y la Directiva 2010/45/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de julio de 2010, sobre normas de calidad y seguridad de los órganos humanos destinados al trasplante²⁷, así como sus normas de desarrollo.

2. La lucha internacional contra las actividades delictivas relacionadas con el trasplante de órganos humanos.

Como ya he indicado, la escasez de órganos humanos para trasplantes ante el aumento de la demanda de trasplantes ha provocado un fenómeno oscuro de incremento de actividades ilícitas vinculadas con los trasplantes, con comercialización ilícita de órganos humanos en diversas formas delictivas. Actividad delictiva que, como tantos otros aspectos relacionados con los avances científicos y tecnológicos, tiene en nuestros días una evidente dimensión transnacional, que se beneficia además de las tecnologías de la información y comunicación como plataforma de publicidad y contactos. Se trata de un fenómeno sin datos oficiales o con datos inciertos en la misma medida en que se mueve en la ilegalidad, pero cuya magnitud se estima que puede alcanzar perfectamente el 10% del total de trasplantes²⁸. En ciertos Estados de determinadas regiones del planeta -como algunos países asiáticos, del próximo oriente, de la Europa oriental, del África del sur o de América del sur- se han denunciado actividades relacionadas con este fenómeno delictivo con suficiente fundamento y entidad como para generar cada vez mayor preocupación internacional.

²⁴ Vid. el Principio Rector 10 de las Directrices de la OMS de 2010.

²⁵ Elaboradas por el *European Directorate for the Quality of Medicines and Health Care* (EDQM), disponibles en <https://www.edqm.eu/en/organ-tissues-cells-transplantation-guides-1607.html>, consultado el 9 de octubre de 2015.

²⁶ DOUE de 7 de abril de 2004.

²⁷ DOUE de 6 de agosto de 2010.

²⁸ Así lo indica MAKEI, V., “El tráfico de personas por sus órganos”, *Revista Migraciones Forzosas*, Núm. 49, junio 2015, p. 91. De manera más acotada, la OMS estimaba en 2007 que entre el 5 y el 10% de los trasplantes de riñón que se llevaban a cabo anualmente en el mundo se realizaban vía tráfico de órganos (vid. BUDIANI-SABERI, D.A.; DELMONICO, F.L., “Organ Trafficking and Transplant Tourism: A Commentary on the Global Realities”, *American Journal of Transplantation*, 2008, Núm. 8, p. 927).

El fenómeno tiene una cierta invisibilidad en parte también porque, al igual que sucede con otras materias objeto de tráfico ilícito, existen diversas vías para el “blanqueo” ya no sólo de los beneficios, sino de los mismos órganos humanos, debido a la propia globalización y la liberalización de los intercambios comerciales, a la diversidad de legislaciones de los Estados sobre la materia, a prácticas corruptas en determinados sectores profesionales que, a menudo, resultan impunes, al reembolso de costos por las aseguradoras de determinados países o a la ambivalencia de las situaciones de donantes-vendedores de órganos como víctimas vulnerables y de receptores-compradores de órganos, pacientes vulnerables también, que actúan conscientemente de manera ilícita y que no siempre son objeto de persecución penal ²⁹.

La actividad delictiva a la que me estoy refiriendo puede darse de diversas formas o modalidades. De un lado, mediante el tráfico de personas -normalmente en situación altamente vulnerable- con fines de explotación, incluyendo, como uno de los contenidos de esta explotación, la derivada de la extracción de órganos para su posterior utilización en trasplantes ³⁰. De otro lado, mediante lo que se ha venido en denominar el turismo de trasplantes, que implica el desplazamiento del receptor o del donante -o, incluso del donante y del receptor- a un Estado donde los controles o la legislación es más laxa o inexistente -contraviniéndose así los marcos regulatorios de sus países de origen- para proceder a un trasplante de órganos adquiridos mediante contraprestación económica de donantes fallecidos o de donantes vivos locales -o que se han desplazado a estos efectos-, que han accedido a la donación sin mayores informaciones sobre los riesgos de la donación y por hallarse en situación de pobreza extrema o de gran vulnerabilidad ³¹. Finalmente, la tercera forma delictiva sería propiamente la del tráfico de órganos entre países y su comercio internacional ilícito. Algunas de las distintas vertientes de este fenómeno -como enseguida señalaré- han sido ya abordadas en determinados instrumentos jurídicos internacionales, pero hay aspectos que o bien no están regulados o bien su regulación resulta débil y carece de los mecanismos coercitivos necesarios para poder terminar con esta actividad ilegal.

²⁹ Como indica Silke Meyer, “this business takes place in an *invisible niche*” [MEYER, S., “Trafficking in Human Organs in Europe. A myth or an Actual Threat?”, en TERRITO, L.; MATTESON, R., *The International Trafficking of Human Organs*, CRC Press, Boca Raton (Florida), 2012, p. 37]. Vid., asimismo, el sugerente análisis de MANZANO, A.; MONAGHAN, M.; POTRATA, B.; CLAYTON, M., “The Invisible Issue of Organ Laundering”, *Transplantation*, Vol. 98, N° 6, 2014, pp. 600-603.

³⁰ Vid., al respecto los completos y exhaustivos Informes describiendo casos, marco jurídico, y *modus operandi* del delito de tráfico de personas con el propósito de extracción de órganos elaborados por la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC, *Trafficking in Persons for the Purpose of Organ Removal. Assessment Toolkit*, Viena 2015, disponible en https://www.unodc.org/documents/human-trafficking/2015/UNODC_Assessment_Toolkit_TIP_for_the_Purpose_of_Organ_Removal.pdf, consultado el 8 de octubre de 2015) y por la Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa (OSCE, *Trafficking in Human Beings for the Purpose of Organ Removal in the OSCE Region: Analysis and Findings*, Viena 2013, disponible en <http://www.osce.org/secretariat/103393?download=true>, consultado el 8 de octubre de 2015).

³¹ Vid. sobre ello en SHIMAZONO, Y., “The state of the international organ trade: a provisional picture based on integration of available information”, *Bulletin of the World Health Organization*, 2007, 85, p. 956.

Todas estas modalidades delictivas pueden tener graves consecuencias para la salud de las personas que, bajo explotación, engaño, fraude o compra en situación de vulnerabilidad, actúan como donantes de órganos sin los debidos controles ni los seguimientos médico-sanitarios adecuados ³². También pueden tener estas serias consecuencias para los receptores de órganos, puesto que el control y la calidad de los servicios de trasplante, en la medida que operan directa o parcialmente en la ilegalidad o en un tercer Estado sin los rígidos controles pertinentes, resulta, por definición, menor y puede generar riesgos adicionales para la salud del receptor. Además, este comercio de órganos humanos o, en general, de servicios sanitarios relacionados con los trasplantes puede derivar asimismo en una inequitativa asignación de órganos o pueden generar importantes problemas éticos y legales, especialmente cuando ocurren en Estados donde las normas para proteger a los donantes vivos de las coacciones, de las presiones emocionales, de la explotación o del daño físico no están suficientemente desarrolladas ³³. A este respecto, una deriva particularmente destacable del tráfico de órganos humanos, de gran gravedad y altamente reprobable, es la de la utilización de órganos de personas presas para trasplantes, ya sea de donantes vivos o, particularmente, de presos ejecutados ³⁴.

Sea cual sea la forma en que se opere el delito no hay duda de que nos encontramos ante un fenómeno que viola derechos humanos básicos y que constituye una amenaza directa a la salud individual y a la salud pública. Como acabo de indicar al describir las modalidades del delito, esta actividad delictiva afecta especialmente a los sectores más pobres y vulnerables, que pueden acabar vendiendo sus órganos arrastrados por su situación económica y que no son conscientes del deterioro de su salud futura o de las implicaciones laborales que podrá tener para ellos. Se trata de situaciones que se dan en los distintos planos nacionales pero que configuran, claramente, un problema que es de alcance internacional y que, por tanto, más allá de las normas nacionales existentes -de medidas de control de los trasplantes o de sanción penal tanto en relación con el tráfico de seres humanos con fines de extracción de órganos como en relación con el turismo

³² Diversos estudios han constatado claramente “the deterioration of health condition of commercial living donors, long-term financial disadvantages, social rejection, and regrets about their commercial donation” (MIJODIV-DAS, S., “Medical Tourism. Organ trafficking and Kidney Transplantation”, en TERRITO, L.; MATTESON, R., *The International Trafficking of .., op. cit.*, p. 121).

³³ Vid. SHIMAZONO, Y., “The state of the international organ trade ..”, *op. cit.*, p. 957. Este autor establece, incluso, referencias específicas en relación con los principales Estados exportadores o importadores de órganos y destinatarios del turismo de trasplantes.

³⁴ Esta práctica, durante muchos años habitual en China, constituye claramente una violación de las normas humanitarias que claramente prohíben la extracción de órganos o tejidos de prisioneros vivos, incluso con su consentimiento, con finalidad de trasplante. Así se pronunció en 1997 un Grupo de Trabajo que analizó el problema y en el que participó el Comité Internacional de la Cruz Roja (vid. “The Bellagio Task Force Report on Transplantation, Bodily Integrity, and the International Traffic in Organs”, *Transplantation Proceedings* 1997; 29:2739-45). Vid. también sobre esta práctica en China en DANOVITCH, G.M.; SHAPIRO, M.E.; LAVEE, J., “The Use of Executed Prisoners as a Source of Organs Transplants in China Must Stop”, *American Journal of Transplantation*, 2011; 11:426-428, así como NEAGLE, J., “China Profit\$ from Prisoners. Organ Procurement and the Ethical Issue of Consent”, en TERRITO, L.; MATTESON, R., *The International Trafficking of .., op. cit.*, pp. 13-21.

de trasplantes o el tráfico ilícito de órganos humanos³⁵-, requiere del desarrollo de normas internacionales y de mecanismos de cooperación internacional.

En relación con el denominado turismo de trasplantes puede indicarse, inicialmente, que la expresión fue utilizada por la propia OMS en 2004 cuando aprobó la Resolución WHA57.18³⁶. En esta Resolución, además de preocuparse por la gestión responsable del material humano para trasplante y su trazabilidad -así como de los trasplantes xenogénicos-, la OMS instaba a los Estados Miembros a que adoptasen medidas “para proteger a los grupos más pobres y vulnerables frente al ‘turismo de trasplante’ y la venta de tejidos y órganos, prestando atención al problema más general que supone el tráfico internacional de tejidos y órganos humanos”³⁷. La OMS se manifestaba así consciente de los riesgos éticos y de seguridad que conlleva el trasplante de órganos alogénicos -y de tejidos y células- y subrayaba la necesidad de prestar la debida atención al riesgo del tráfico de órganos.

En este mismo orden de ideas, y a iniciativa de diversas sociedades científicas, se celebró en el año 2008 en Estambul una Conferencia internacional que alumbró la “Declaración de Estambul sobre el tráfico de órganos y el turismo de trasplantes”³⁸. Pese a su carácter no oficial y estrictamente recomendatorio a título de estándares profesionales fundamentales, la Declaración constituye un marco general para la gestión de la donación de órganos y de las actividades de trasplante y para abordar, así, los problemas de la venta de órganos, el turismo de trasplantes y el tráfico de los donantes de órganos ante la escasez mundial de los mismos. Como seguimiento de esta Declaración y de la correspondiente acción internacional debe señalarse que algunos Estados con situaciones críticas en materia de comercialización de órganos o de turismo de trasplantes, como Pakistán, India, China, Filipinas, Egipto y Colombia, han modificado en los últimos años sus legislaciones internas en línea con las recomendaciones internacionales³⁹.

En el plano intergubernamental y a escala universal debo referirme también a la Resolución 59/156, de la Asamblea General de las Naciones Unidas, de 20 de diciembre

³⁵ En el caso concreto de España, la reforma del Código Penal de 2010 (Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio) añadió un nuevo artículo al Código Penal -el artículo 156 bis- incorporando el delito de tráfico ilegal de órganos humanos para dar una respuesta penal tanto al tráfico interno como al llamado turismo de trasplantes [vid., al respecto, en general, MOYA GUILLEM, C., “Consideraciones sobre el delito de tráfico de órganos humanos”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 18 (2014), pp. 45-66].

³⁶ Resolución WHA57.18, de la Asamblea Mundial de la Salud, de 22 de mayo de 2004.

³⁷ *Ibid.*, párrafo 1.5)

³⁸ Vid. el texto en español de la “Declaración de Estambul sobre el tráfico de órganos y el turismo de trasplantes”, en *Gaceta Médica de México*, 2009, Vol. 145, Núm. 3, pp. 249-254, disponible en http://www.anmm.org.mx/GMM/2009/n3/62_vol_145_n3.pdf, consultado el 15 de octubre de 2015.

³⁹ Vid. en este sentido el análisis de DANOVITCH, G.M. *et alter*, “Organ Trafficking and Transplant Tourism: The Role of Global Professional Ethical Standards – The 2008 Declaration of Istanbul”, *Transplantation*, 2013, Vol. 95, Núm. 11, pp. 1306-1312. Lo que no significa, sin embargo, que el fenómeno haya desaparecido por completo (vid., por ejemplo, el reciente estudio sobre este problema en la India de BUDIANI-SABERI, D.A. *et alter*, “Human Trafficking for Organ Removal in India: A Victim-Centered, Evidence-Based Report”, *Transplantation*, 2014, Vol. 97, Núm. 4, pp. 380-384).

de 2004, sobre “Prevención, lucha y sanciones contra el tráfico de órganos humanos”, cuando, por primera vez, se expresó en este foro universal la preocupación internacional respecto del tráfico de órganos. Se trató, sin embargo, de una Resolución aislada y que se enmarcaba en el contexto de la acción de las Naciones Unidas en relación con la delincuencia organizada transnacional. La Asamblea General se limitaba en esta Resolución, fundamentalmente, a instar a los Estados Miembros a adoptar las medidas necesarias para prevenir, combatir y sancionar la extirpación ilícita y el tráfico de órganos humanos, alentando el futuro seguimiento de esta cuestión. A tal efecto, se pidió al Secretario General que preparase un estudio para presentarlo a la Comisión de Prevención del Delito y Justicia Penal, dependiente del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas. Este estudio, librado en 2006, constituye un completo análisis de la evolución y de la amplitud de este fenómeno, del marco jurídico existente en lo relativo a la reglamentación de la donación y el trasplante de órganos y de las medidas para luchar contra el tráfico de órganos y tejidos humanos ⁴⁰.

El Secretario General reconocía en el estudio que existía un mercado negro internacional de órganos humanos, aunque las dimensiones reales del tráfico de órganos humanos resultaban difíciles de determinar debido a la misma índole clandestina del problema, al *modus operandi* de quienes cometen esta actividad delictiva, a la falta de una definición uniforme ⁴¹ y a que se trata normalmente de delitos conexos o asociados con otros tipos de delito ⁴². Pese a estas dificultades, el estudio analizaba los datos básicos del problema y el panorama jurídico general sobre la materia, tanto desde el plano internacional como por parte de los Estados -a partir de las repuestas recibidas de los mismos-, así como el alcance de esta compleja actividad delictiva ⁴³. Es a la luz de este Informe y de la Resolución de la Asamblea General que, finalmente, la Comisión de Prevención del Delito y Justicia Penal adoptó recientemente, en mayo de 2014, la Resolución 23/2 ⁴⁴, sobre “Prevención y lucha contra el tráfico de órganos humanos y la trata de personas con fines de extracción de órganos”. El contenido de la Resolución, sin embargo, no resulta demasiado destacable puesto que más allá de los considerandos generales y las referencias a los instrumentos jurídicos existentes se limitaba a alentar a los Estados a tomar medidas para combatir el tráfico ilícito de órganos humanos y a pedir a la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (*United Nations Office on Drugs and Crime*, UNODC) que preparase un nuevo estudio sobre el tráfico de órganos humanos para que la Comisión lo pueda examinar en su 25º período de sesiones, a celebrar en 2016.

⁴⁰ Vid. *Prevención, lucha y sanciones contra el tráfico de órganos humanos. Informe del Secretario General*, Documento E/CN.15/2006/10, de 21 de febrero de 2006.

⁴¹ *Ibid.*, párrafos 4 y 5.

⁴² Como los de corrupción, asesinato, estafa e incumplimiento del deber profesional o denegación de atención (*ibid.*, párrafo 80).

⁴³ En efecto, en la medida en que los grupos delictivos organizados diversifican sus actividades y reaccionan con flexibilidad y rapidez han encontrado mercados nuevos y nuevos artículos de comercio ilícito como el tráfico de órganos humanos, por la gran demanda y la insuficiencia de la oferta (*ibid.*, párrafo 75).

⁴⁴ Resolución adoptada por la Comisión de Prevención del Delito y Justicia Penal en su 23º período de sesiones, vid. el Informe de la Comisión en el Documento E/2014/30-E/CN.15/2014/20.

Junto a todas estas recomendaciones e instrumentos jurídicos de carácter voluntario a los que me he referido sólo existen hasta el momento -y al margen de las normas de la Unión Europea-, tres instrumentos jurídicos internacionales vinculantes que se refieren a las actividades ilícitas relacionadas con el tráfico de órganos humanos. Me refiero, de un lado, al Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño, relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía⁴⁵, que establece la obligación de los Estados de sancionar penalmente el ofrecimiento, entrega o aceptación, por cualquier medio, de un niño con el objeto, entre otros, de “[T]ransferencia con fines de lucro de órganos del niño”⁴⁶. En segundo lugar, debe indicarse el Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional⁴⁷, que en el delito de trata de personas con fines de explotación incluye, entre otras formas de explotación, “la extracción de órganos”⁴⁸. Finalmente, en tercer lugar, debo referirme -y volveré sobre él más adelante- al Convenio del Consejo de Europa sobre la lucha contra la trata de seres humanos⁴⁹, que también incluye en el concepto de trata de seres humanos con vistas a su explotación “la extirpación de órganos”⁵⁰.

En este orden de ideas, entiendo que uno de los problemas esenciales es el de la identificación o deslinde del delito de tráfico de órganos humanos con el de la trata de personas con fines de extracción de órganos. Como ya he señalado, sigue siendo la trata de personas el eje central de las actividades de las Naciones Unidas en esta esfera y, en este sentido, la Relatora Especial de las Naciones Unidas sobre la trata de personas, especialmente mujeres y niños, ha considerado como “injustificada” e “inútil” la distinción entre la trata de personas con fines de extracción de órganos y el tráfico de órganos⁵¹. Me parece, sin embargo, que se trata de conductas delictivas distintas, conexas quizás en muchas ocasiones aunque con elementos del crimen diferentes atendiendo al mismo objeto del delito -las personas o los órganos- y que, por lo tanto, pueden ser susceptibles de un tratamiento diferencial. En esta misma línea se expresó también el *Joint Study* entre el Consejo de Europa y las Naciones Unidas de 2009 sobre

⁴⁵ Protocolo adoptado en Nueva York el 25 de mayo de 2000 y en vigor desde el 18 de enero de 2002 (BOE de 31 de enero de 2002).

⁴⁶ Artículo 3.1.a).i) del Protocolo.

⁴⁷ Adoptado en Nueva York el 15 de noviembre de 2000 y en vigor desde el 25 de diciembre de 2003 (BOE de 11 de diciembre de 2003).

⁴⁸ Artículo 3.a) del Protocolo adicional.

⁴⁹ Convenio n° 197 del Consejo de Europa, hecho en Varsovia el 16 de mayo de 2005, en vigor de forma general desde el 1 de febrero de 2008 y para España desde el 1 de agosto de 2009 (BOE de 10 de septiembre de 2009).

⁵⁰ Artículo 4.a) del Convenio.

⁵¹ Vid. una de las conclusiones de su *Informe de la Relatora Especial sobre la trata de personas, especialmente mujeres y niños*, Documento A/68/256, de 2 de agosto de 2013, párrafo 63. El criterio de la Relatora Especial es que “la cuestión principal, a saber, la explotación de las personas que se ven obligadas por la necesidad o la fuerza a proporcionar órganos para trasplante a personas dentro de sus propios países o a extranjeros, se encuadra perfectamente en la definición jurídica internacional de la trata de personas” (párrafo 47).

esta materia, que ha inspirado las labores del Consejo de Europa que han confluído en la adopción del Convenio de Santiago de Compostela, y al que enseguida me referiré ⁵².

En este orden de ideas, quizás más que centrar el delito en el “tráfico” o “comercio” de partes del cuerpo humano -que también-, entiendo que resulta acertada por su carácter más amplio la propuesta del Consejo de Europa en el Convenio al que se dedican estas páginas de enfocar el delito en la “extracción ilícita” de órganos y en el “uso” de órganos ilícitamente extraídos, sea para implantación o para otros fines. De la evolución práctica que tengan estos desarrollos normativos operados en el marco del Consejo de Europa dependerá verificar si, como temía la Relatora Especial, se pueda desarrollar un régimen jurídico paralelo que socave el régimen jurídico ya muy completo elaborado para la trata de personas ⁵³. Lo que sí se revela claro es que, a diferencia del planteamiento que se ha seguido en el Consejo de Europa, en el ámbito universal, aunque haya Estados que postulen la adopción de otro Protocolo Adicional al Convenio de las Naciones Unidas sobre la delincuencia organizada transnacional en relación con el tráfico de órganos, hay muchas resistencias y temores, por parte de la misma Relatora Especial, de que nuevos regímenes jurídicos no añadan ningún valor sustantivo, introduzcan todavía más confusión y generen duplicaciones innecesarias ⁵⁴.

En esta perspectiva, los instrumentos legales para combatir el tráfico de seres humanos con fines de extracción de órganos se revelan débiles, entre otras cosas porque los tres componentes o elementos constitutivos de este problema ⁵⁵ son difíciles de probar, ya que no siempre existe uso de la fuerza o fraude y el abuso de posición de vulnerabilidad resulta algo mal definido y, además, ni se cubren los supuestos de tráfico de órganos de cadáveres, ni la desviación de órganos obtenidos adecuadamente para usos ilícitos ⁵⁶. En definitiva, entiendo que el marco normativo internacional de lucha contra el tráfico de seres humanos con fines de extracción de órganos puede y debe completarse específicamente con nuevos instrumentos en materia de tráfico de órganos humanos, como hace el nuevo Convenio del Consejo de Europa.

⁵² Vid. *Trafficking in organs, tissues and cells and trafficking in human beings for the purpose of the removal of organs, Joint Study*, 2009. Estudio conjunto encargado por el Consejo de Europa y las Naciones Unidas, 2009, p. 93, disponible en https://www.coe.int/t/dghl/monitoring/trafficking/Docs/News/OrganTrafficking_study.pdf, consultado el 5 de octubre de 2015.

⁵³ *Ibid.*, párrafo 64.

⁵⁴ *Ibid.*, párrafo 100.

⁵⁵ La acción (¿qué se hace?), los medios (¿cómo se hace?) y el propósito (¿por qué se hace?).

⁵⁶ Vid. en este sentido, LÓPEZ-FRAGA, M.; DOMINGUEZ-GIL, B.; CAPTON, A.M.; VAN ASSCHE, K.; MARTIN, D.; COZZI, E.; DELMONICO, F.L., “A needed Convention against trafficking in human organs”, *The Lancet*, Vol. 383, 2014, pp. 2187-2188.

II. LA LABOR DEL CONSEJO DE EUROPA EN MATERIA DE TRASPLANTES DE ÓRGANOS Y DE LUCHA CONTRA EL TRÁFICO DE ÓRGANOS HUMANOS

En la materia que nos ocupa la labor del Consejo de Europa puede analizarse desde una doble perspectiva. De un lado, en relación con la biomedicina deben subrayarse las implicaciones que respecto al tráfico de órganos humanos implica el Convenio sobre los derechos humanos y la biomedicina y, especialmente, el Protocolo Adicional a este Convenio sobre el trasplante de órganos y tejidos de origen humano (1). En segundo lugar, el Consejo de Europa ha adoptado también medidas e incluso -como he indicado- un Convenio en relación con la lucha contra la trata de seres humanos y, a los efectos que ahora interesan, sobre el tráfico de seres humanos con fines de extracción de órganos, así como otras medidas específicas en relación con el tráfico de órganos humanos que han culminado, precisamente, en el Convenio de Santiago de Compostela objeto de este estudio (2).

1. El Convenio del Consejo de Europa sobre los derechos humanos y la biomedicina y su Protocolo Adicional sobre trasplante de órganos y tejidos de origen humano.

En el ámbito de la biomedicina y el Derecho Internacional el instrumento jurídico internacional obligatorio más completo y desarrollado sigue siendo, como ya he señalado, el Convenio sobre los derechos humanos y la biomedicina, adoptado en Oviedo en 1997⁵⁷. Este Convenio se concibió como un Convenio marco y, por consiguiente, desde su adopción, el Consejo de Europa ha ido adoptando diversos Protocolos adicionales sobre diversos aspectos específicos relacionados con la biomedicina y los derechos humanos. Se trata de los siguientes Protocolos adicionales: el Protocolo Adicional de 12 de enero de 1998 sobre la prohibición de la clonación de seres humanos⁵⁸, el Protocolo Adicional de 31 de enero de 2002 concerniente al trasplante de órganos y tejidos de origen humano⁵⁹, particularmente relevante para este estudio; al Protocolo Adicional de 25 de enero de 2005 relativo a la investigación en biomedicina⁶⁰; y, finalmente, al Protocolo Adicional de 27 de noviembre de 2008 relativo a las pruebas genéticas con fines médicos⁶¹.

⁵⁷ En vigor desde el 1 de diciembre de 1999 y para España desde el 1 de enero de 2000 (BOE de 20 de octubre de 1999). Entre la amplia bibliografía sobre este Convenio puede consultarse en la doctrina iusinternacionalista española a FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE, C., “El Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y la Dignidad del Ser Humano con respecto a la aplicación de la Biología y la Medicina: Convención sobre Derechos Humanos y Biomedicina”, *Revista de Derecho y Genoma Humano*, 1997, Núm. 7, pp. 105-120; así como REQUENA CASANOVA, M., “España ratifica el Convenio para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la biología y la medicina (Convenio relativo a los derechos humanos y la biomedicina)”, *Revista Española de Derecho Internacional*, 1999.2, pp. 794-799.

⁵⁸ En vigor desde el 1 de marzo de 2001, BOE de 1 de marzo de 2001.

⁵⁹ BOE de 29 de enero de 2015.

⁶⁰ En vigor desde el 1 de septiembre de 2007, pero del que España todavía no es parte.

⁶¹ Aun no en vigor y que España no ha ratificado.

A los efectos que nos interesan, conviene formular ahora un breve análisis de las disposiciones sobre trasplantes de órganos y tejidos del Convenio sobre los derechos humanos y la biomedicina⁶², así como del Protocolo Adicional específico sobre esta materia. En este sentido, en relación con los trasplantes de órganos y tejidos, el Convenio establece dos disposiciones generales respecto de la extracción de órganos y tejidos de donantes vivos para trasplantes, concretamente los artículos 19 y 20, que configuran el Capítulo VI del Convenio. El primero de estos artículos dispone como regla general la exigencia de que la extracción de órganos o de tejidos para trasplantes sólo podrá efectuarse de un donante vivo en interés terapéutico del receptor y cuando no se disponga del órgano o del tejido apropiados de una persona fallecida ni de un método terapéutico alternativo de eficacia comparable, lo que significa claramente primar las donaciones *post mortem* y sólo, como último recurso, las donaciones intervivos. El segundo requisito general es el del necesario consentimiento libre e informado, que deberá ser expresa y específicamente otorgado por el donante, bien por escrito o ante una autoridad, y que podrá ser retirado libremente en cualquier momento⁶³.

El artículo 20, por su parte, se ocupa de proteger a las personas incapacitadas para expresar su consentimiento a la extracción de órganos y, por consiguiente, establece como regla general que no podrá procederse a ninguna extracción de órganos o de tejidos de una persona que no tenga capacidad para expresar su consentimiento. Excepcionalmente, y reforzando esta prohibición, el Convenio prevé que, conforme a la ley, la extracción de tejidos regenerables -pero sólo de tejidos regenerables- de una persona que no tenga capacidad para expresar su consentimiento podrá autorizarse si no se dispone de un donante compatible, si el receptor es hermano o hermana del donante, si la donación es para preservar la vida del receptor, si se ha dado específicamente y por escrito la autorización de su representante, de una autoridad o de una persona o institución designada por la ley, y si el donante potencial no expresa su rechazo a la misma.

Desde otra perspectiva, pertinente también a nuestros efectos, el artículo 21 del Convenio establece claramente -como ya he indicado- que “[E]l cuerpo humano y sus partes, como tales, no deberán ser objeto de lucro”. Se trata del planteamiento de la extracomercialidad del cuerpo humano que se condice con lo que he señalado antes respecto de la dignidad del ser humano como principio jurídico fundamental en toda esta materia y respecto del carácter altruista que debe tener la donación de órganos y tejidos. En cualquier caso, en la medida en que el artículo en cuestión se refiere al “cuerpo humano” entiendo que comprende tanto el cuerpo humano de seres humanos

⁶² Análisis que más ampliamente ha desarrollado en España, entre otros, ANGOITIA GOROSTIAGA, V., “Extracción de órganos y de tejidos de donantes vivos con fines de trasplante y prohibición de lucro y utilización de una parte del cuerpo humano (Capítulos VI y VII)”, en ROMEO CASABONA, C.M. (ed.), *El Convenio de Derechos Humanos y Biomedicina. Su entrada en vigor en el ordenamiento jurídico español*, editorial Comares, Granada 2002, pp. 257-323; y del mismo autor, “El Convenio del Consejo de Europa para la protección de los derechos humanos y de la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la biología y de la medicina: Convenio sobre los derechos humanos y la biomedicina y el Protocolo Adicional sobre trasplante de órganos y tejidos de origen humano”, en ROMEO CASABONA, C.M. (coord.), *El nuevo régimen jurídico de los trasplantes de órganos ..*, *op. cit.*, pp. 95-135.

⁶³ Artículo 19 en relación con el artículo 5 del Convenio.

vivos como de seres humanos ya fallecidos que, en consecuencia, tampoco pueden ser objeto de comercio. Finalmente, el artículo 22 prevé que si una parte del cuerpo humano ha sido extraída en el curso de una intervención, no podrá conservarse ni utilizarse con una finalidad distinta de aquella para la que hubiera sido extraída, salvo de conformidad con los procedimientos de información y de consentimiento adecuados.

En relación con el Protocolo Adicional sobre el trasplante de órganos y tejidos de origen humano -en vigor desde el 1 de mayo de 2006⁶⁴- debe señalarse, en primer lugar, que no sólo cubre la extracción de órganos y tejidos de donantes vivos para trasplantes como hacía el Convenio, ya que también regula la extracción de órganos y tejidos de personas fallecidas⁶⁵, así como la implantación de órganos o tejidos que han sido extraídos con finalidad distinta de la donación para trasplante. A unos primeros artículos definiendo el objeto, alcance y ámbito de aplicación del Protocolo⁶⁶, le sigue una detallada regulación que desarrolla los principios establecidos en el Convenio de Oviedo en relación con la extracción de órganos y tejidos procedentes de personas vivas, con la extracción de órganos y tejidos de personas fallecidas y con la implantación de órganos y tejidos extraídos con finalidad distinta de la donación para la implantación. Estos tres aspectos configuran el contenido material esencial del Protocolo.

Por lo que se refiere al primero de estos aspectos, debe indicarse, de entrada, que el Protocolo reitera las normas generales ya establecidas en los artículos 19 y 20 del Convenio de Oviedo respecto de la regla general en materia de extracción de órganos y tejidos procedentes de personas vivas y respecto al necesario consentimiento del donante vivo, así como sobre la protección de las personas incapacitadas para expresar su consentimiento a la extracción de órganos o de tejidos⁶⁷. Desarrollando de manera específica estas normas, los artículos 10, 11 y 12 del Protocolo se ocupan de la protección de los donantes vivos potenciales en el sentido, de un lado, de que pueda efectuarse la donación si el donante tiene relaciones personales estrechas con el receptor o que la donación se ajuste a las condiciones definidas en la ley y previa autorización de una autoridad independiente; o, de otro lado, en el sentido de evaluar y limitar los riesgos para la salud física y mental del donante; así como, en cualquier caso, respecto del deber de garantizar que el donante esté plenamente informado del objetivo y naturaleza de la extracción y de sus consecuencias y riesgos.

⁶⁴ Para España -sólo muy recientemente- desde el 1 de abril de 2015 (BOE ya citado de 29 de enero de 2015).

⁶⁵ En este sentido, como acabo de indicar, creo que resulta igualmente aplicable el principio fundamental de la dignidad humana y del respeto a esta dignidad aunque nos hallemos ante el supuesto de donaciones de personas fallecidas. Creo que puede sostenerse que este principio tiene proyección después de la muerte en relación con el respeto del cuerpo del difunto. A ello se refiere el artículo 18 del Protocolo cuando establece que “[E]n el marco de la extracción, deberá tratarse el cuerpo humano con respeto y deberá tomarse toda medida razonable para restablecer la apariencia del cuerpo”.

⁶⁶ Como se indica en el artículo 1, el foco central del Protocolo Adicional es también el de proteger “a la persona en su dignidad y su identidad” y, a tal efecto, como se subraya en el preámbulo, los trasplantes de órganos y tejidos deberían efectuarse “en condiciones que protejan los derechos y libertades de los donantes, de los donantes potenciales y de los receptores de órganos y de tejidos”.

⁶⁷ Los artículos 9 y 13 del Protocolo repiten conjuntamente las reglas generales y las condiciones establecidas en el artículo 19 del Convenio de Oviedo; y el artículo 14 del Protocolo es una repetición del artículo 20 del Convenio.

En segundo lugar, respecto de la extracción de órganos y tejidos de donantes fallecidos el Protocolo innova normativamente en la misma medida en que -como digo- el Convenio de Oviedo no contemplaba este supuesto⁶⁸. El punto de partida de esta regulación es que la extracción de órganos sólo podrá efectuarse si se ha certificado debidamente el fallecimiento, de conformidad con la ley, lo que en la mayoría de países se define legalmente como muerte cerebral. El artículo 16 del Protocolo, a los efectos de garantizar absolutamente la ausencia de ningún interés directo, exige también que los facultativos que certifiquen el fallecimiento sean distintos de los facultativos que participen directamente en el proceso de extracción de órganos o en las etapas posteriores al trasplante, así como distintos de los encargados de la asistencia a los eventuales receptores de estos órganos y tejidos. Igualmente, el artículo 17 exige que se haya obtenido el consentimiento o las autorizaciones requeridas por la ley para efectuar la extracción de órganos o tejidos del cuerpo de una persona fallecida y se establece que no deberá efectuarse la extracción si la persona fallecida se había opuesto a ello. A este respecto, debe indicarse que hay países que han establecido la presunción de donante, en el sentido de que si no hay objeción en vida expresamente manifestada, se presume el consentimiento del difunto. De hecho, entre la tesis del *opting in* (hay extracción sólo si hay consentimiento) y la del *opting out* (no hay extracción si ha habido oposición expresa) el Protocolo se mantiene en una cierta confusión a la que no ayuda para nada lo que se establece en el *Explanatory Report* del Protocolo en el sentido de que se podría autorizar la extracción de órganos y tejidos de donante difunto por parte de un representante legal o entidad competente, lo que no se condice con la presunción de consentimiento⁶⁹. Por último, como ya he dicho, se prevé también el tratamiento con respeto del cuerpo humano (artículo 18) y la adopción de medidas para favorecer la donación de órganos y tejidos (artículo 19).

En tercer lugar, respecto de la extracción de órganos o tejidos con finalidad distinta de la donación para la implantación, el Protocolo tiene una sola disposición -el artículo 20- que establece que si la extracción se ha hecho con finalidad distinta de la donación para implantación, la implantación solo se podrá realizar si se han explicado a la persona donante las consecuencias y riesgos eventuales y se ha obtenido su consentimiento informado o la autorización apropiada⁷⁰. Se trata de supuestos específicos en los que,

⁶⁸ Aunque no pueda considerarse como un desarrollo de las dos limitadas disposiciones del Convenio de Oviedo, debe entenderse que el principio general del artículo 1 del Convenio respecto de la protección de la dignidad humana, constituye base suficiente para formular normas adicionales y complementarias que aseguren y protejan los derechos de los donantes vivos, de los potenciales y futuros donantes, vivos y fallecidos, y de los receptores de órganos y tejidos, que es lo que acaba siendo el objeto de este Protocolo adicional [vid. al respecto, por ejemplo, la discusión de NYS, H., "Organ transplantation", en GEVERS, J.K.M.; HONDIUS, E.H.; HUBBEN, J.H. (eds.), *Health Law, Human Rights and the Biomedicine Convention ...*, op. cit., pp. 225-226, aunque este autor hace confluir esta discusión con la consideración de si las personas fallecidas son "seres humanos" o "personas" a los efectos del Convenio].

⁶⁹ *Explanatory Report*, párrafos 99 y 100. De tal manera que, como indica Nys, parecería que el artículo 17 del Protocolo -que requiere el consentimiento pero también dispone que no deberá efectuarse la extracción si la persona fallecida se había opuesto a ello- es la expresión de un sistema de *opting in*, pero el *Explanatory Report* parece más bien interpretar que el artículo 17 ampara también un sistema de *opting out* (vid. NYS, H., "Organ transplantation", op. cit., p. 229).

⁷⁰ Esta disposición debe relacionarse con lo dispuesto en el artículo 22 del Convenio de Oviedo que establece que "[C]uando una parte del cuerpo humano haya sido extraída en el curso de una intervención,

por razones médicas, se extraen órganos y tejidos y, posteriormente, estos órganos o tejidos -o parte de estos tejidos- son objeto de implantación en pacientes receptores⁷¹, requiriéndose el consentimiento y la información apropiada, con el registro de la misma a efectos de asegurar la trazabilidad de los órganos y tejidos y, por tanto, evitar su ilícita comercialización.

Otras disposiciones relevantes del Protocolo, especialmente a los efectos de este estudio, son los artículos 21 y 22 del mismo. El primero de ellos establece claramente, de nuevo, el principio general ya contenido en el artículo 21 del Convenio de Oviedo, de que “[E]l cuerpo humano y sus partes, como tales, no deberán ser objeto de lucro o ventajas comparables”. En todo caso, el Protocolo desarrolla esta prohibición de lucro estableciendo que no afectará a los pagos que no constituyan lucro o ventaja comparable y que correspondan, en particular, a la indemnización por la pérdida de ingresos sufrida por un donante vivo o a todo desembolso justificable ocasionado por la extracción o relacionada con ella, al pago de los gastos causados por la realización de otros actos médicos en el marco del trasplante y a la reparación del perjuicio injustificado consiguiente a la extracción de órganos o tejidos de un donante vivo.

Finalmente, el artículo 22 del Protocolo, bajo la misma perspectiva establecida en el artículo 21 del Convenio de Oviedo y en el artículo 21 del Protocolo, dispone de manera específica que “[S]e prohibirá el tráfico de órganos o de tejidos”, en la medida en que este comercio genera lucro o beneficios financieros o de otra índole. Se trata de una derivada evidente de las disposiciones sobre prohibición del lucro, pero como valor añadido a las disposiciones del Convenio de Oviedo entiendo que es altamente subrayable su tratamiento específico y su formulación autónoma y con carácter absoluto en este artículo 22 del Protocolo. De otro lado, a esta disposición también se aplican, obviamente, los artículos 24 a 26 del Protocolo que establecen las medidas que han de adoptar las Partes frente a la contravención de las disposiciones del Protocolo, entre ellas la adopción de las sanciones apropiadas para los casos de incumplimiento de sus disposiciones.

En definitiva, los instrumentos jurídicos internacionales adoptados en el marco del Consejo de Europa en relación con los derechos humanos y la biomedicina establecen, de un lado, disposiciones generales sobre los trasplantes de órganos y tejidos, expresión de los principios jurídicos fundamentales a los que ya me he referido; y, de otro lado, prevén claramente la prohibición absoluta del comercio de partes del cuerpo humano, concretamente de órganos y tejidos, con lo que abordan también la necesaria persecución penal e internacional de todas las actividades delictivas relacionadas con el tráfico de órganos y tejidos. Cuestión distinta es que, finalmente, el Convenio de Santiago de Compostela sólo aborde la lucha contra el tráfico de órganos humanos, no

no podrá conservarse ni utilizarse con una finalidad distinta de aquella para la que hubiera sido extraída, salvo de conformidad con los procedimientos de información y de consentimiento adecuados”.

⁷¹ Es el supuesto del denominado trasplante “dominó” en el que los órganos extraídos de un paciente receptor de trasplante siguen siendo, pese a ello, aptos para proceder a otro trasplante.

ocupándose específicamente de los tejidos ni de las células, que también pueden ser objeto de trasplante ⁷².

2. Las medidas del Consejo de Europa en relación con la lucha contra la trata de seres humanos y contra el tráfico de órganos humanos

En una dinámica paralela a la que ya he señalado, el Consejo de Europa también ha abordado la lucha contra la trata de seres humanos en su ya citado Convenio de 16 de mayo de 2005. Como he indicado, este Convenio criminaliza la trata de seres humanos con fines de explotación, incluyendo entre las modalidades de explotación, la “extirpación de órganos” ⁷³. Nos encontramos, por tanto, en la misma dialéctica a la que ya me he referido respecto del delito del tráfico de seres humanos con fines de extracción o extirpación de órganos y su deslinde con el delito de tráfico de órganos humanos. Mientras el Protocolo Adicional sobre trasplantes de órganos y tejidos se refiere en su artículo 22 al “tráfico de órganos y tejidos”, el Convenio sobre la trata de seres humanos se centra exclusivamente en la otra categoría, la del tráfico de personas con objeto de extracción de órganos ⁷⁴. En este sentido, sin embargo, mientras en el ámbito universal de las Naciones Unidas parece privilegiarse la consideración única del régimen de lucha contra la trata de seres humanos, incluyendo la trata con fines de extracción de órganos -al menos, en la posición de la Relatora Especial-, la dinámica del Consejo de Europa, pionero en normas sobre los derechos humanos y la biomedicina, mantiene un enfoque diferencial de las actividades delictivas relacionadas con los trasplantes de órganos. Enfoque diferencial que se ha completado y complementado con el reciente Convenio de Santiago de Compostela.

La línea estratégica que ha conducido a este Convenio y a esta clara diferenciación de actividades delictivas tuvo su punto de partida en el ya citado estudio conjunto auspiciado por el Consejo de Europa y las Naciones Unidas y publicado en 2009 sobre *Trafficking in organs tissues and cells and trafficking in human beings for the purposes of the removal of organs* ⁷⁵. El estudio subrayaba datos sobre el alcance de este doble fenómeno marcando claramente, sobre todo, la distinción entre las dos modalidades

⁷² Esto revela dos aspectos: por una parte, que en términos científicos los órganos son biológicamente más complejos y completos que los tejidos y, de otra parte, que si en relación con los órganos hay consenso general, no lo hay respecto de si la evolución de la ciencia en relación con los tejidos y células de origen humano y sus transformaciones puede permitir su comercialización.

⁷³ Artículo 4.a) del ya citado Convenio del Consejo de Europa sobre la lucha contra la trata de seres humanos.

⁷⁴ De manera adicional puede indicarse que ésta es también la perspectiva de la Directiva 2011/36/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de abril de 2011, relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y la protección de las víctimas y por la que se sustituye la Decisión marco 2002/629/JAI del Consejo, de 19 de julio de 2002 (DOUE de 15 de abril de 2011). La definición de la trata de seres humanos en esta Directiva de 2011 incluye expresamente -lo que no se hacía en la Decisión marco de 2002, por lo que el concepto actual es más amplio- la trata de seres humanos que tiene como objeto, entre otras conductas, “la extracción de órganos”, que constituye una grave violación de la dignidad humana y de la integridad física de las personas.

⁷⁵ *Joint Study* ya citado y del que fueron autores A. Caplan, B. Domínguez-Gil, R. Matesanz y C. Prior. De entre los cuatro autores del estudio debe subrayarse el papel de dos especialistas españoles de la ONT, Beatriz Domínguez y Rafael Matesanz.

delictivas, tratándolas como dos fenómenos distintos y como dos crímenes diferentes. Sobre esta base, se apuntaban como recomendaciones de acción el necesario fortalecimiento de los sistemas institucionales y organizativos nacionales de los trasplantes, la promoción de las donaciones de órganos, el reforzamiento del principio de la prohibición de lucro con el cuerpo humano y sus partes y el refuerzo de la lucha contra las dos modalidades delictivas a través de la necesaria recopilación de datos, el establecimiento de una definición internacional acordada de los delitos relacionados con el tráfico de órganos, tejidos y células, y el fortalecimiento de los criterios internacionales y de los instrumentos jurídicos internacionales ya existentes ⁷⁶.

La necesidad de acordar una definición internacional del delito de tráfico de órganos y su deslinde con el del tráfico de personas con fines de extracción de órganos ante la confusión existente era lo que llevaba a los autores del *Joint Study* a proponer un nuevo desarrollo convencional específico en materia penal ⁷⁷. En lo que ahora interesa, el *Joint Study* recomendaba la adopción de un instrumento jurídico internacional estableciendo una definición de tráfico de órganos, tejidos y células y medidas para prevenir este tráfico y proteger y asistir a las víctimas, así como medidas penales efectivas para castigar este delito.

En este contexto, la misma Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, expresando su profunda preocupación y formulando recomendaciones en el contexto de las investigaciones criminales sobre las denuncias de tráfico de órganos por parte del Ejército de Liberación de Kosovo en el contexto del conflicto bélico de 1999 y su inmediato período posterior, dio la bienvenida al *Joint Study* y subrayó la necesidad de avanzar en un instrumento jurídico internacional en la medida en que el “trafficking of human organs is now an extremely serious problem worldwide, manifestly contravening the most basic standards in terms of human rights and dignity”, subrayando así tanto los principios que ya he señalado como la preocupación internacional por este fenómeno delictivo ⁷⁸.

A la luz de las recomendaciones del *Joint Study*, el Comité de Ministros del Consejo de Europa invitó al Comité Director de Bioética ⁷⁹, al Comité Europeo de Problemas Penales ⁸⁰ y al Comité Europeo sobre Trasplantes de Órganos ⁸¹ a que identificaran los principales elementos que podrían formar parte de un instrumento jurídico internacional. En su Informe, sometido al Comité de Ministros en abril de 2011 ⁸², los tres órganos,

⁷⁶ Vid. las Conclusiones y Recomendaciones del *Joint Study* en pp. 93 y ss.

⁷⁷ Porque, de otra parte, en el *Joint Study* se señalaba que ya existían normas suficiente y que “there was thus no need for an additional international legal instrument dealing specifically with human trafficking for organ removal” (*Ibid.* p. 97).

⁷⁸ Vid. la Resolución 1782 (2011), de 25 de enero de 2011, de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa.

⁷⁹ *Steering Committee on Bioethics* (CDBI).

⁸⁰ *European Committee on Crime Problems* (CDPC).

⁸¹ *European Committee on Transplantation of Organs* (CD-P-TO).

⁸² Vid. *Additional Opinion of the Steering Committee on Bioethics (CDBI), the European Committee on Crime Problems (CDPC), the European Committee on Transplantation of Organs (CD-P-TO), identifying the main elements that could form part of a binding legal instrument against the trafficking in*

reconociendo la dimensión transnacional del tráfico de órganos y la necesidad de combatir a escala internacional esta actividad, recomendaban la adopción de un instrumento jurídicamente vinculante y establecían los principales elementos de derecho penal material del mismo, así como los otros elementos de protección de víctimas, de prevención y de cooperación internacional que debería tener el nuevo instrumento jurídico.

Siguiendo estas recomendaciones, el Comité de Ministros estableció un Comité *ad hoc* de expertos sobre el tráfico de órganos humanos, tejidos y células (PC-TO), presidido por Hans-Holger Hernfeld, al que se encargó la elaboración de un proyecto de Convenio contra el tráfico de órganos humanos y, en su momento, de un proyecto de Protocolo en relación con el tráfico de tejidos y células⁸³. Lo relevante en este estadio era el criterio de formular una nueva distinción: ya no sólo entre tráfico de seres humanos para extracción de órganos y tráfico de órganos, tejidos y células, sino también la distinción entre el tráfico de órganos y el tráfico de tejidos y células, que respondía a la distinción biológica y a la distinta aproximación político-jurídica que ya he señalado. El Comité *ad hoc* llevó a cabo sus labores bajo la autoridad del Comité Europeo de Problemas Penales y se inspiró en las orientaciones del Informe de los tres órganos y presentó su proyecto de Convenio ya sólo referido al tráfico de órganos, excluyendo de su ámbito de aplicación el tráfico de tejidos y células, ya que recomendó no abordarlos de momento⁸⁴. La cuestión clave para esta exclusión es, como ya he indicado, la no existencia de criterios completos y armonizados en relación con la extracción y uso de tejidos y células, por mucho que su tráfico ilícito constituya también una grave violación de los derechos humanos y una amenaza a la salud individual y a la salud pública.

El proyecto de Convenio, después de diversas revisiones, fue aprobado por el Comité Europeo de Problemas Penales (CDPC) en su sexagésimo tercera sesión, en diciembre de 2012⁸⁵. Durante este proceso, también la Asamblea Parlamentaria del Consejo de

organs, tissues and cells (OTC), Documento CDPC/CDBI/CD-P-TO (2011), disponible en [http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/cdpc/CDPC%20documents/CDPC_CDBI_CD-P-TO\(2011\)%20-%20e%20-%20Additional%20opinion%20on%20main%20elements%20of%20possible%20binding%20legal%20in](http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/cdpc/CDPC%20documents/CDPC_CDBI_CD-P-TO(2011)%20-%20e%20-%20Additional%20opinion%20on%20main%20elements%20of%20possible%20binding%20legal%20instrument%20agains.pdf)strument%20agains.pdf, consultado el 8 de octubre de 2015.

⁸³ De manera previa a este proceso el Comité Europeo de Bioética elaboró un documento con las repuestas de los Estados Miembros a un cuestionario sobre el tráfico de órganos humanos [vid. *Replies on the questionnaire for Member States, Steering Committee on Bioethics and European Health Committee*, Documento CDBI/INF (2003) 11 Rev. 2, disponible en [http://www.coe.int/t/dg3/healthbioethic/Activities/05_Organ_transplantation_en/CDBI_INF\(2003\)11rev2.pdf](http://www.coe.int/t/dg3/healthbioethic/Activities/05_Organ_transplantation_en/CDBI_INF(2003)11rev2.pdf), consultado el 8 de octubre de 2015].

⁸⁴ *Preliminary Draft Council of Europe Convention against Trafficking in Human Organs*, Documento PC-TO (2012) 1-rev 1, disponible en [http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/cdpc/Bureau%20documents/PC-TO\(2012\)1%20rev%201%20final%2009%2003%202012.pdf](http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/cdpc/Bureau%20documents/PC-TO(2012)1%20rev%201%20final%2009%2003%202012.pdf), consultado el 9 de octubre de 2015.

⁸⁵ *European Committee on Crime Problems (CDPC), 63rd Plenary Session, Strasbourg, 4-7 December 2012*, Documento CDPC (2012) 20.

Europa avaló unánimemente la adopción del futuro Convenio⁸⁶. El CDPC adoptaría también en su siguiente reunión el *Explanatory Report*⁸⁷ y todo ello se elevó al Comité de Ministros del Consejo de Europa para su aprobación. El 9 de julio de 2013 el Comité de Ministros transmitió el proyecto de Convenio a la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa para que ésta emitiera su opinión⁸⁸. En su Opinión, la Asamblea Parlamentaria sugirió algunas modificaciones, que no fueron finalmente tenidas en cuenta⁸⁹. Por último, el Comité de Ministros recibió el *Explanatory Report* y aprobó el proyecto de Convenio el 9 de julio de 2014, al mismo tiempo que adoptaba una Declaración sobre la prohibición de cualquier forma de comercialización de órganos humanos, reafirmando así el principio jurídico esencial de que ni el cuerpo humano ni sus partes pueden ser objeto de lucro⁹⁰. Para la firma del Convenio, se celebró en Santiago de Compostela una Conferencia Internacional de Alto Nivel, en cooperación con las autoridades españolas, en ocasión de la cual el Convenio fue abierto a la firma el 25 de marzo de 2015.

III. EL ALCANCE Y EL CONTENIDO DEL CONVENIO DEL CONSEJO DE EUROPA CONTRA EL TRÁFICO DE ÓRGANOS HUMANOS

El Convenio de Santiago de Compostela contra el tráfico de órganos humanos es el último desarrollo internacional -en el ámbito del Consejo de Europa- en relación con la lucha contra esta lacra. Para ordenar su análisis voy a ocuparme, en primer lugar, del objeto y ámbito de aplicación del Convenio (1). En segundo lugar, abordaré los aspectos de derecho penal sustantivo, fundamentalmente la tipificación penal de los delitos asociados al tráfico de órganos humanos (2). En tercer lugar, me referiré a las cuestiones de jurisdicción y cooperación internacional penal (3). Finalmente, analizaré las medidas de protección, las medidas preventivas, y los mecanismos de seguimiento que se prevén en el Convenio (4).

1. El objeto y el ámbito de aplicación del Convenio

Debo indicar, de entrada, el carácter complementario e interrelacionado de este nuevo Convenio con los otros instrumentos jurídicos internacionales ya existentes en relación con el tráfico de seres humanos a efectos de extracción de órganos, cuyo principal foco

⁸⁶ Recomendación 2009 (2013), de 23 de enero de 2013 de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa.

⁸⁷ *European Committee on Crime Problems (CDPC), Bureau Meeting, Zagreb, 11-12 April 2013*, Documento CDPC-BU (2013) 2.

⁸⁸ Opinión 286 (2013) aprobada por el *Standing Committee* actuando en nombre de la Asamblea Parlamentaria el 22 de noviembre de 2013.

⁸⁹ La Asamblea Parlamentaria recomendaba, fundamentalmente, reforzar las medidas preventivas y de seguimiento, así como eliminar la posibilidad de formular reservas expresamente autorizadas al Convenio.

⁹⁰ *Statement by the Committee of Ministers on the prohibition of any form of commercialisation of human organs*, adoptado el 9 de julio de 2014, disponible en <http://www.coe.int/en/web/bioethics/-/statement-by-the-committee-of-ministers-on-the-prohibition-of-any-form-of-commercialisation-of-human-organs>, consultado el 9 de octubre de 2015.

de interés es la lucha contra el tráfico de personas. El Convenio de Santiago de Compostela complementa perfectamente las consecuencias y limitaciones de este enfoque -a las que ya me he referido- ya que centra su interés en la “extracción ilícita” de órganos y en el “uso” de los órganos ilícitamente extraídos. Superando el debate conceptual entre tráfico de personas con fines de extracción de órganos y tráfico de órganos humanos, el Convenio focaliza el delito y la lucha en la extracción ilícita de órganos y en el uso de los órganos ilícitamente extraídos, con lo que abarca tanto la modalidad de tráfico de personas con fines de extracción de órganos como la del tráfico de órganos y, sobre todo, encierra de una manera más global y completa el crimen que se pretende perseguir y sus distintas manifestaciones.

En este sentido, en el mismo Preámbulo del Convenio se mencionan, de un lado, el Convenio del Consejo de Europa sobre los derechos humanos y la biomedicina y el Protocolo Adicional sobre trasplante de órganos y tejidos de origen humano; y, de otro lado, el Convenio del Consejo de Europa para la lucha contra la trata de seres humanos y el Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional. Se trata, por tanto, de un conjunto de disposiciones convencionales con las que se relaciona el nuevo Convenio, conformando así un entramado normativo internacional sobre la materia en el que los derechos y obligaciones que deriven de todos estos otros instrumentos internacionales no se verán afectados por el Convenio de Santiago de Compostela, tal como reza expresamente su artículo 26.1.

Es más, y atendiendo a que este Convenio de Santiago de Compostela -como es habitual en los Convenios del Consejo de Europa- ofrece una regulación de contenidos mínimos exigibles a los Estados Parte y a la Unión Europea, nada impide que las Partes puedan celebrar entre sí acuerdos bilaterales o multilaterales sobre las cuestiones reguladas “con el fin de completar o reforzar sus disposiciones o de facilitar la aplicación de los principios que el mismo consagra” (artículo 26.2). El Convenio tiene, en este sentido, una vocación de perdurabilidad y de proyección futura sobre una materia emergente, de magnitud imprecisa pero de evidente gravedad y que puede seguir teniendo nuevos desarrollos en diversidad de formas delictivas en función también de los mismos avances científicos y tecnológicos en el campo médico.

De otra parte, además del doble ámbito sustantivo de la labor del Consejo de Europa en materia de derechos humanos y biomedicina y en materia de lucha contra la trata de personas al que ya me he referido, el Convenio debe inscribirse también en otra deriva material importante de la labor convencional del Consejo de Europa, ya que se trata de un nuevo convenio sobre materias penales, respecto de las cuales ya se han adoptado diversos convenios, de carácter general o de carácter más específico. A este respecto, por ejemplo, puede señalarse en relación con los temas referentes a la salud pública y la medicina, el reciente Convenio del Consejo de Europa sobre la falsificación de productos médicos y delitos similares que supongan una amenaza para la salud pública

⁹¹. Traigo este elemento a colación precisamente porque se trata de un tipo de convenios que tienen una estructura muy semejante, estableciendo disposiciones de derecho penal material, de procedimiento y derecho procesal, de cooperación internacional entre los Estados, en relación con la adopción de medidas preventivas y de protección de las víctimas, así como, finalmente, estableciendo mecanismos de seguimiento.

Además de estos elementos estructurales y sistemáticos en relación con los otros convenios de carácter penal, lo relevante a nuestros efectos del Convenio de Santiago de Compostela es su misma finalidad específica. Así, el artículo 1 establece que los fines del Convenio son la prevención y la lucha contra el tráfico de órganos humanos mediante la tipificación como delitos de ciertos actos; la protección de los derechos de las víctimas de los delitos establecidos por el Convenio; y el fomento de la cooperación en el ámbito nacional e internacional en las actuaciones contra el tráfico de órganos humanos. Para ello, se establecen a lo largo de su texto dispositivo diversas disposiciones sobre derecho penal sustantivo, sobre derecho penal procesal, sobre medidas de protección de las víctimas, sobre medidas preventivas internas e internacionales y sobre mecanismos de seguimiento en relación con la implementación del Convenio.

Por lo que se refiere a su ámbito de aplicación y después de que el Comité de Expertos *ad hoc* pospusiera para un futuro indeterminado la elaboración de un protocolo adicional sobre tráfico de tejidos y células, el Convenio quedó circunscrito exclusivamente al tráfico de órganos humanos. Bajo esta perspectiva, el artículo 2 del Convenio acota su ámbito de aplicación “al tráfico de órganos humanos con fines de trasplante o con otros fines y a otras formas de extracción o implantación ilícitas”. Es decir, como acabo de indicar, toda actividad delictiva relacionada con el tráfico de órganos humanos para los fines que sea -incluso si el fin es la extracción de tejidos y células cuyo tráfico no está cubierto por el Convenio- que se considere ilícita, siendo el criterio para esta ilicitud su misma definición en el Convenio como actos que los Estados deben tipificar en sus ordenamientos penales internos ⁹².

Acotado el Convenio al tráfico de órganos humanos, se utiliza para definir qué se entiende por órgano humano la misma noción utilizada por la Directiva de la Unión Europea 2010/53/EU a la que antes ya me he referido. Esta noción establece que se entiende por órgano humano “una parte diferenciada del cuerpo humano, formada por diferentes tejidos, que mantiene su estructura, vascularización y capacidad para desarrollar funciones fisiológicas con un nivel de autonomía importante. Se considerará que una parte de un órgano es también un órgano si su función es utilizarse para el

⁹¹ Convenio núm. 211, hecho en Moscú el 28 de octubre de 2011, que ha entrado en vigor el 1 de enero de 2016 al cumplirse los requisitos previstos en el artículo 28.3 del mismo. España es uno de los cinco Estados que lo han ratificado hasta la fecha (BOE de 30 de noviembre de 2015).

⁹² El actual artículo 156 bis del Código Penal español ya contempla todas las conductas para las que se exige tipificación penal en el nuevo Convenio del Consejo de Europa, lo que no obsta a que sea recomendada una modificación sustancial de esta figura delictiva [vid. en este sentido, los comentarios de MOYA GUILLEM, C., “El Convenio contra el tráfico de órganos humanos del Consejo de Europa (2014). Nuevas claves para la interpretación del delito del artículo 156 bis del Código Penal”, *Revista General de Derecho Penal*, Núm. 22, 2014, especialmente, pp. 19-20].

mismo fin que el órgano completo en el cuerpo humano, manteniendo los requisitos de estructura y vascularización” (artículo 2.2). Queda establecido, por tanto, de la misma definición ofrecida por el Convenio, su limitado ámbito material circunscrito a los órganos humanos que, ciertamente, en la organización biológica y tal como se desprende de la definición utilizada en el Convenio, se encuentran a un nivel de complejidad superior al de los tejidos.

Respecto del ámbito de aplicación territorial del Convenio, además del territorio de las Partes que sean Estados, en su artículo 29 se prevé -como se hace de manera habitual en los Convenios del Consejo de Europa pensando en los territorios con un estatuto jurídico especial⁹³- que cualquiera de sus Estados contratantes podrá, en el momento de la firma o del depósito de su instrumento de ratificación, aceptación o aprobación, “designar el territorio o territorios a los cuales se aplicará el presente Convenio”; así como que toda Parte podrá hacer extensiva la aplicación del Convenio a cualquier otro territorio de cuyas relaciones internacionales sea responsable o en cuyo nombre esté autorizado a contraer compromisos, mediante un declaración que se podrá formular en cualquier momento⁹⁴.

Señalados estos aspectos sustantivos del ámbito de aplicación del Convenio, conviene también subrayar que, desde el punto de vista subjetivo, el Convenio de Santiago de Compostela, como de otra parte tantos otros Convenios del Consejo de Europa, está abierto a la firma de los Estados miembros del Consejo de Europa, de la Unión Europea⁹⁵ y de los Estados no miembros del Consejo de Europa que gocen de la condición de observadores⁹⁶. Respecto de otros Estados no miembros del Consejo de Europa se prevé que podrán también devenir partes del Convenio previa invitación del Comité de Ministros⁹⁷. En otras palabras, debe subrayarse que se trata de un Convenio que no está restringido sólo a los actuales 47 Estados Miembros del Consejo de Europa, lo que potencialmente -además del efecto emulador- podría tener consecuencias relevantes⁹⁸.

⁹³ En el caso de Dinamarca por Groenlandia y las Islas Feroe, y en el caso de Gran Bretaña por Gibraltar, la Isla de Man, Jersey y Guernesey.

⁹⁴ Al igual que en cualquier momento se podrá retirar toda declaración tanto de designación de los territorios o de hacer extensiva la aplicación del Convenio a otros territorios (artículo 29.3).

⁹⁵ Aunque la Unión Europea no tiene competencias en materia de sanción penal individual, su posible participación en el Convenio podría resultar relevante en los aspectos de las medidas preventivas y de la cooperación internacional.

⁹⁶ Condición que en el momento actual sólo ostentan los siguientes Estados: Canadá, Santa Sede, Israel (observador ante la Asamblea Parlamentaria), Japón, México y los Estados Unidos.

⁹⁷ El procedimiento para esta invitación establecido en el artículo 28.1 del Convenio no deja de ser complejo y lento y hubiera sido deseable mayor generosidad para permitir la máxima participación en el Convenio. Este artículo establece que “La decisión de invitar a Estados no miembros a firmar el Convenio se adoptará por la mayoría prevista en el artículo 20 d) del Estatuto del Consejo de Europa y por unanimidad de los representantes de los Estados Contratantes con derecho a formar parte del Comité de Ministros. Esta decisión se adoptará tras haberse obtenido el acuerdo unánime de los demás Estados/la Unión Europea que hayan consentido en obligarse por el presente Convenio”. Es decir, se requiere la unanimidad de los Estados contratantes que formen parte del Comité de Ministros y la unanimidad de las Partes que ya hayan consentido en el Convenio.

⁹⁸ Aunque los Convenios del Consejo de Europa abiertos a Estados no miembros del Consejo tampoco reciben muchas ratificaciones. Por señalar un ejemplo, baste con indicar que ni la Unión Europea ni

Por último, respecto de su aplicación temporal, el Convenio prevé su entrada en vigor el primer día del mes siguiente a la expiración de un plazo de tres meses a partir de la fecha en que cinco signatarios, entre ellos al menos tres Estados Miembros del Consejo de Europa hayan expresado su consentimiento (artículo 28.3). En el momento de cerrar este estudio (enero de 2016) sólo han firmado el Convenio 16 Estados -no lo ha hecho la Unión Europea-, y ninguno de estos Estados contratantes ha expresado todavía su manifestación del consentimiento. Adoptado el Convenio con duración indefinida debe indicarse también que en el mismo se prevé, igualmente, una regulación específica sobre las propuestas de enmiendas al Convenio⁹⁹, así como la posibilidad de su denuncia¹⁰⁰.

2. Los aspectos de derecho penal sustantivo: la tipificación penal de los delitos asociados al tráfico de órganos humanos

El núcleo central del Convenio gira en torno a la definición de las conductas que los Estados Parte deberán tipificar como delitos con arreglo a su ordenamiento interno. Se trata de la definición de un conjunto de tipos delictivos variados y bastante amplio en cuyo concepto central más que el “tráfico de órganos” se aborda, como digo, la “extracción ilícita de órganos” en las circunstancias y con los “usos” o finalidades previstas en el Convenio. Lo cierto es que formulada de esta manera la esencia del tipo delictivo se conecta con el tráfico de seres humanos con la finalidad de extracción de órganos así como con la actividad previa y necesaria de obtención de órganos humanos para su posterior entrada en el tráfico o comercio ilícito. De alguna manera, por tanto, constituye un enfoque mucho más amplio para luchar contra el tráfico de órganos que el que se hubiera limitado a penalizar el comercio de órganos, algo que, obviamente, también se penaliza. Bajo esta amplia perspectiva, el Convenio prevé hasta siete tipos delictivos distintos que deben tipificarse internamente.

En primer lugar y como punto de partida, se establece la tipificación como delito de la “extracción, si se ha cometido intencionadamente, de órganos humanos de donantes vivos o muertos” cuando la extracción se ha realizado en alguna de las tres circunstancias contempladas en el artículo 4.1 del Convenio: si se ha realizado sin el consentimiento libre, informado y específico del donante antes o después de su fallecimiento o, en el caso del donante fallecido, sin que la extracción esté autorizada por la legislación interna; si a cambio de la extracción de órganos se haya ofrecido o se le haya concedido al donante vivo, o a un tercero, “un beneficio económico o una ventaja comparable”; o si a cambio de la extracción de órganos de un donante difunto, se haya ofrecido o reconocido a un tercero “un beneficio económico o una ventaja comparable”. Tal como está definido el tipo delictivo basta con que concurra una de las tres circunstancias señaladas -que, en el fondo, son diversas modalidades de la conducta

ningún Estado no miembro del Consejo de Europa se han adherido al Convenio de Oviedo sobre derechos humanos y biomedicina.

⁹⁹ Artículo 27 del Convenio.

¹⁰⁰ Que se podrá formular en cualquier momento mediante notificación dirigida al Secretario General del Consejo de Europa y que surtirá efecto el primer día del mes siguiente a la expiración de un plazo de tres meses a partir de la fecha de recepción de la notificación (artículo 32 del Convenio).

delictiva- y, en todo caso, la extracción se ha de haber cometido “intencionadamente” para poder considerarla un delito. De conformidad con los criterios internacionales a los que antes me he referido, se establece también que la expresión “beneficio económico o ventaja comparable” no incluirá la compensación por pérdida de ingresos o cualquier otro gasto justificado causado por la extracción, por exámenes médicos relacionados con la misma, o la compensación por daños que no sean inherentes a la extracción de órganos (artículo 4.3).

Este mismo artículo 4 del Convenio matiza la definición del tipo delictivo al establecer la posibilidad de que las Partes en el Convenio, mediante una declaración, se reserven el derecho a no aplicar el tipo delictivo a la extracción de órganos de donantes vivos, aunque no haya consentimiento libre, informado y específico, “en casos excepcionales y de conformidad con las salvaguardias adecuadas”, con lo que se pretende dar amparo a los supuestos en los que el donante no está capacitado para otorgar su consentimiento pero la legislación nacional establece las garantías necesarias (artículo 4.2). Igualmente, y con una perspectiva de contenido de mínimos, se prevé en el artículo 4.4 que las Partes podrán considerar tipificar como delito la extracción intencional de órganos “cuando la extracción se realice fuera del marco de su sistema nacional de trasplantes, o cuando la extracción se realice vulnerando los principios esenciales de las leyes o reglamentos nacionales sobre trasplantes”, con lo que esta posible tipificación se remite a los ordenamientos internos.

En segundo lugar, se tipifica como delito el “uso de órganos ilícitamente extraídos”, si se ha realizado intencionadamente, para fines de implantación u otros fines distintos (artículo 5). De tal manera que lo que opera el Convenio es la tipificación, de un lado, de la extracción intencionada de órganos en las circunstancias ya citadas y, de otro lado, del uso de los órganos ilícitamente extraídos, porque se puede tratar de la misma operación delictiva o de delitos distintos aunque evidentemente relacionados. Todo ello con independencia de que su “uso” sea para trasplante o para otros usos posibles, como la investigación o, por ejemplo, el uso de órganos para la extracción de tejidos y células de los mismos. En cualquier caso, el artículo 30 del Convenio permite a las Partes reservarse la aplicación del artículo 5 y declarar que optan por su aplicación si el delito - el “uso”- se ha cometido o bien únicamente a efectos de implantación o bien a efectos de implantación y otros efectos.

En tercer lugar, y de manera parecida a lo que acabo de señalar respecto de la extracción fuera del marco del sistema nacional de trasplantes, el artículo 6 del Convenio confiere a las Partes la posibilidad de tipificar como delito, siempre que se haya realizado intencionadamente, la “implantación” de órganos procedentes de donantes vivos o difuntos cuando se realice fuera del marco de su sistema nacional de trasplantes o cuando la implantación se realice vulnerando los principios de la reglamentación nacional sobre trasplantes. Es decir, que la misma posibilidad discrecional que se confiere a la Partes en relación con la tipificación de la extracción contemplada en el artículo 4.4 del Protocolo se prevé también en relación con la “implantación”, lo que, como ya he indicado, confirma el carácter de contenido mínimo y deja en manos del ordenamiento interno completar o reforzar sus disposiciones penales en este sentido.

En cuarto lugar, el Convenio también tipifica “la propuesta a un donante o receptor de órganos o su captación, si se ha cometido intencionadamente, si se ha llevado a cabo para beneficio económico o para obtener una ventaja comparable para la persona que propone o capta o para un tercero”, es decir, la captación de donantes o receptores (artículo 7.1). Además de la propuesta o captación, también se tipifica como delito, en quinto lugar, “la promesa, ofrecimiento o dádiva por cualquier persona, directa o indirectamente, de cualquier ventaja indebida” a los profesionales sanitarios, ya sean de instituciones públicas como de privadas, con el fin de que se lleve a cabo o se facilite la “extracción o implantación de un órgano humano” (artículo 7.2) cuando dicha extracción o implantación tiene lugar en las circunstancias previstas en los delitos tipificados anteriormente. En sexto lugar, además de la promesa, ofrecimiento o dádiva, se prevé la tipificación también de la “solicitud o aceptación” por parte de los profesionales sanitarios de cualquier ventaja indebida con el fin de que se lleve a cabo la extracción o implantación de un órgano humano en las circunstancias delictivas ya previstas (artículo 7.3). En otras palabras, se contempla tanto la corrupción activa como pasiva en relación con la extracción ilícita o el uso de órganos ilícitamente extraídos. Sin embargo, el artículo 30 del Convenio permite también a las Partes reservarse y declarar que pueden optar por aplicar los supuestos previstos en los artículos 7.2 y 7.3 sólo cuando los delitos se hayan cometido a efectos de implantación o bien cuando lo hayan sido a efectos de implantación y otros efectos.

En séptimo lugar y para completar la panoplia de actividades delictivas relacionadas con el tráfico de órganos humanos, el Convenio prevé también la tipificación como delito, si se ha cometido intencionadamente, de “la preparación, preservación y almacenamiento de órganos humanos ilícitamente extraídos”, así como “el transporte, traslado, recepción, importación y exportación de órganos humanos ilícitamente extraídos” (artículo 8). Con la tipificación de este último tipo delictivo entiendo que en el Convenio se constata claramente que se tipifican, en las condiciones y con la intencionalidad requeridas, tanto la extracción, como el uso, como la implantación, como la propuesta, captación, ofrecimiento y solicitud de ventajas indebidas, como la preparación, preservación, almacenamiento, transporte, traslado, recepción, importación y exportación de órganos humanos, con lo que, como he indicado antes, se cubre toda la amplia gama de posibles delitos relacionados con el tráfico de órganos humanos.

Finalmente, el Convenio también exige la tipificación como delito, si se ha cometido intencionadamente, de la complicidad en la comisión de cualquiera de los delitos tipificados, así como la tentativa intencionada de cometer cualquiera de ellos (artículo 9.1 y 9.2). En cualquier caso y en relación con la tentativa, el artículo 9.3 en conexión con el artículo 30 del Convenio permite a las Partes la formulación de reservas -en este sentido, reservas expresamente autorizadas- y no aplicar o aplicar únicamente en determinados supuestos o condiciones, la tentativa intencionada de cometer los delitos de propuesta, captación, ofrecimiento y solicitud o aceptación de ventajas indebidas y la de cometer los delitos de preparación, preservación, almacenamiento, transporte, traslado, recepción, importación y exportación de órganos humanos ilícitamente extraídos; es decir, los delitos contemplados en los artículos 7 y 8 del Convenio.

3. Jurisdicción, derecho procesal y cooperación internacional penal

Por lo que se refiere a las disposiciones sobre jurisdicción y cooperación internacional el Convenio regula diversos aspectos que, en síntesis, pueden ordenarse refiriéndonos a la competencia, al modo de hacer efectiva la responsabilidad penal y a la cooperación internacional.

Las disposiciones del Convenio sobre el establecimiento de la competencia jurisdiccional respecto de los delitos tipificados establecen, inicialmente, unas condiciones para el ejercicio de la jurisdicción. Concretamente, los apartados 1 y 2 del artículo 10 prevén que cada Parte ejercerá su competencia cuando el delito se cometa o bien en su territorio, o bien a bordo de un buque de pabellón de esa Parte, o bien a bordo de una aeronave matriculada con arreglo a las leyes de esa Parte, o bien por uno de sus nacionales, o bien por una persona que tenga su residencia habitual en su territorio, o bien contra uno de sus nacionales, o bien contra una persona que tenga su residencia habitual en su territorio¹⁰¹. De entrada, por tanto, estamos, de un lado, ante siete criterios alternativos que se basan o bien en el principio de territorialidad o bien en el principio de nacionalidad o bien en el principio de residencial habitual, estos dos últimos tanto en relación con el presunto autor del delito como en relación con la víctima. De otro lado, queda claro que no se prevé expresamente una competencia universal sobre este delito -salvo que un presunto delincuente se encuentre en el territorio de una Parte y ésta no lo extradite a otro Estado, basándose únicamente en su nacionalidad, tal como dispone el artículo 10.6 del Convenio-, aunque los cuatro últimos criterios implican ejercicio extraterritorial de la jurisdicción¹⁰².

En relación con las formas de hacer efectiva la responsabilidad, el Convenio prevé diversas disposiciones. De un lado, se establece que la iniciación y continuación de las actuaciones penales respecto de estos delitos -actuaciones que han de resultar eficaces¹⁰³- no han de estar subordinadas a la presentación de una denuncia previa y que puedan continuar, incluso, aunque la denuncia se hubiese retirado¹⁰⁴. De otro lado, que las Partes han de adoptar las medidas legislativas necesarias para garantizar que las personas jurídicas puedan también ser consideradas responsables de los delitos tipificados cuando hayan sido cometidos en su provecho por cualquier persona natural

¹⁰¹ Debe subrayarse, en todo caso, que estos dos últimos supuestos -en relación con las víctimas- tienen una ubicación sistemática distinta (el apartado 2 del artículo 10) y aunque la versión en español utiliza el mismo verbo y tiempo verbal que en el apartado 1 de dicho artículo (cada Parte “adoptará” o las Partes “adoptarán”), las versiones auténticas en francés e inglés matizan el carácter obligatorio del ejercicio de la competencia en estos supuestos cuando disponen “*Each Party shall endeavour to take*” o “*Chaque Partie s’efforce de prendre*”.

¹⁰² Ahora bien, si en relación con las víctimas acabo de señalar en la nota anterior los matices que introduce el artículo 10.2, respecto del supuesto de que los presuntos autores del delito sean nacionales de la Parte o tengan su residencia habitual en su territorio el artículo 10.3 del Convenio faculta a las Partes a declarar que se reservan el derecho a no aplicar o a aplicar únicamente en determinados casos y condiciones las normas sobre competencia.

¹⁰³ Artículo 16 del Convenio.

¹⁰⁴ Artículo 15 del Convenio.

que ostente un cargo directivo en el seno de la persona jurídica¹⁰⁵. Esta responsabilidad, que podrá ser penal, civil o administrativa, se entenderá sin perjuicio de la responsabilidad penal de las personas naturales que hayan cometido el delito¹⁰⁶. En tercer lugar, el Convenio prevé que las Partes han de garantizar que los delitos tipificados sean punibles con sanciones “efectivas, proporcionadas y disuasorias”, que pueden incluir sanciones de privación de libertad que puedan dar lugar a la extradición, así como el embargo y decomiso del producto de los delitos y el cierre provisional o definitivo de cualquier establecimiento para llevar a cabo cualquiera de los delitos tipificados¹⁰⁷. Finalmente, existen en el Convenio disposiciones específicas para que las Partes tengan en cuenta circunstancias agravantes para la determinación de las sanciones en la medida en que no formen parte ya de los elementos constitutivos del delito, así como para que se tengan en cuenta las condenas firmes impuestas por otra Parte en relación con estos delitos¹⁰⁸.

Por lo que se refiere a la cooperación internacional penal, el Convenio prevé diversas dimensiones en su artículo 17. Así, de un lado, se establece que las Partes cooperarán mutuamente hasta el máximo posible -de conformidad con lo dispuesto en el Convenio, en otros instrumentos internacionales que sean pertinentes y en su legislación nacional- en relación con las investigaciones o actuaciones relativas a los delitos tipificados, entre otras cosas en materia de embargo y decomiso. Esta cooperación, hasta el máximo posible, ha de incorporar también la extradición y asistencia judicial en materia penal entre las Partes en relación con estos delitos y en aplicación de los tratados internacionales regionales y bilaterales que sean pertinentes. Respecto de las solicitudes de extradición o de asistencia judicial el Convenio prevé incluso que si una Parte supedita la extradición o asistencia judicial a la existencia de un tratado y la otra Parte no ha suscrito un tratado de este tipo, se podrá considerar el Convenio de lucha contra el tráfico de órganos humanos como fundamento jurídico suficiente para conceder la extradición o la asistencia judicial.

Desde otra perspectiva, el Convenio establece también disposiciones en relación con la cooperación internacional -hasta el máximo posible- en la adopción de las medidas necesarias con el fin de prevenir el tráfico de órganos humanos, aunque no se desarrollen medidas específicas. A estos efectos, las Partes informarán al Comité de seguimiento -al que enseguida me referiré- del número de casos de tráfico de órganos humanos en sus respectivos territorios y designarán un punto nacional de contacto para el intercambio de información referente a este tipo de delitos¹⁰⁹.

¹⁰⁵ Los apartados 1 y 2 del artículo 11 del Convenio establecen los casos en los que una persona jurídica puede ser considerada responsable.

¹⁰⁶ Artículos 11.3 y 11.4 del Convenio.

¹⁰⁷ Artículo 12 del Convenio.

¹⁰⁸ Artículos 13 y 14 del Convenio.

¹⁰⁹ Artículo 22 del Convenio.

4. Las medidas de protección, medidas preventivas y mecanismos de seguimiento

Con la perspectiva integradora y holística a la que me he referido anteriormente y más allá de las disposiciones de carácter penal el Convenio prevé también disposiciones específicas tanto respecto de la protección de las víctimas, como medidas de carácter preventivo como, en especial, un nuevo mecanismo de seguimiento para supervisar la aplicación del Convenio.

Por lo que se refiere a la protección de las víctimas, el Convenio establece que las Partes habrán de proteger los derechos e intereses de las víctimas de los delitos tipificados garantizando su acceso a la información, ayudando a las víctimas en su recuperación y recogiendo el derecho de las víctimas a recibir una compensación a cargo de los perpetradores ¹¹⁰. Específicamente, se prevé que deben protegerse los derechos e intereses de las víctimas en todas las fases de las actuaciones y procesos penales, informándoles de sus derechos y de su papel y de la situación de los procedimientos administrativos o judiciales correspondientes, permitiéndolas comparecer, asegurando la asistencia letrada -gratuita si procede- y adoptando medidas eficaces para su seguridad a efectos de protegerlas de intimidación o represalia ¹¹¹; protección contra represalias o intimidación que también debe proporcionarse a los testigos que presten testimonio respecto de los delitos cubiertos por el Convenio ¹¹².

En relación con las medidas para prevenir la comisión de los delitos tipificados asociados con el tráfico de órganos humanos y para luchar contra esta lacra, el Convenio, además de las actuaciones de ámbito internacional que antes ya he mencionado, establece que las Partes deben adoptar medidas preventivas en una triple dirección ¹¹³. De un lado, garantizando la existencia de un sistema nacional transparente para el trasplante de órganos humanos, un acceso equitativo de los pacientes a los servicios de trasplantes y la adecuada recogida, análisis e intercambio de información referente a los delitos tipificados en el Convenio. De otro lado, las Partes también deberán adoptar medidas para facilitar información y reforzar la capacidad de los profesionales y promover campañas de sensibilización dirigidas a la ciudadanía acerca de la ilegalidad y los peligros del tráfico de órganos humanos. Finalmente, se establece asimismo que las Partes adoptarán las medidas legislativas y de otra índole necesarias para “prohibir la publicidad, con el fin de obtener un beneficio económico o una ventaja comparable, de la necesidad o disponibilidad de órganos humanos” ¹¹⁴.

Por último, debe subrayarse el establecimiento del Comité de la Partes, como mecanismo de seguimiento encargado de supervisar la aplicación del Convenio. Por lo que se refiere a su composición, el punto de partida relevante es que este mecanismo de seguimiento no estará compuesto por expertos independientes nombrados a título personal -lo que, a mi juicio, hubiera sido deseable- sino que, siguiendo la misma

¹¹⁰ Artículo 18 del Convenio.

¹¹¹ Artículo 19 del Convenio.

¹¹² Artículo 20 del Convenio.

¹¹³ Artículo 21 del Convenio.

¹¹⁴ Artículo 21.3 del Convenio.

mecánica de otros Convenios del Consejo de Europea, el mecanismo -en forma de Comité de las Partes- estará integrado, esencialmente, por representantes de las Partes. Por comprensibles razones operativas el mismo Convenio prevé que no se constituirá el Comité hasta que el Convenio haya entrado en vigor para el décimo signatario que lo ratifique, es decir, hasta que haya un número suficiente de Partes como para poder asegurar su operatividad y credibilidad ¹¹⁵. En cualquier caso, además de su composición primigenia, el Convenio prevé que a los efectos de dar a sus labores un enfoque multisectorial y multidisciplinar podrán participar, en su momento, en las labores del Comité de las Partes otros representantes aunque, en ningún caso, estos otros representantes tendrán derecho a voto. En este sentido, el artículo 24 del Convenio prevé que podrán designar representantes la Asamblea Parlamentaria, el ya citado Comité Europeo de Problemas Penales (CDPC) ¹¹⁶, así como otros comités intergubernamentales o científicos pertinentes del Consejo de Europa. Igualmente, podrán admitirse representantes de otros órganos del Consejo de Europa y, como observadores, se contempla la participación de representantes de organismos internacionales, de organismos oficiales de las Partes y de la sociedad civil y organizaciones no gubernamentales.

En relación con las funciones del Comité de las Partes la más relevante, como ya he indicado, es la de supervisar la aplicación del Convenio, aplicando para ello un enfoque multisectorial y multidisciplinar, pero no se previó finalmente, como sugería la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, un mecanismo de informes de las Partes para garantizar y pautar este seguimiento. Junto a ello, el Comité tiene como funciones las de facilitar la recogida, análisis e intercambio de información, experiencias y buenas prácticas para mejorar la capacidad de los Estados para prevenir y combatir el tráfico de órganos humanos; facilitar la utilización y aplicación efectivas del Convenio; emitir dictámenes sobre cualquier cuestión relativa a la aplicación del mismo; formular recomendaciones específicas a las Partes referentes a la aplicación ¹¹⁷; y, aunque sistemáticamente se ubica en otro Capítulo del Convenio, también le corresponde al Comité de las Partes facilitar la solución amistosa de todas las dificultades relativas a la aplicación del Convenio ¹¹⁸.

IV. CONSIDERACIONES FINALES

A título de consideraciones finales de este estudio creo que puede indicarse, en primer lugar, que la perspectiva del Derecho Internacional en relación con los avances y las cuestiones relacionadas con la biomedicina moderna se basa, en gran medida, en el concepto esencial de la dignidad del ser humano y del respeto de sus derechos humanos, lo que implica también la no comercialización del cuerpo humano o de partes del mismo. Este enfoque se ha articulado en distintos instrumentos jurídicos internacionales,

¹¹⁵ Artículo 23 del Convenio.

¹¹⁶ Comité Europeo de Problemas Penales al que, de otra parte, y de manera paradójica, el Comité de las Partes reportará periódicamente sobre sus actividades (artículo 25.4 del Convenio).

¹¹⁷ Artículo 25 del Convenio.

¹¹⁸ Artículo 31 del Convenio.

en su mayor parte de carácter voluntario, relacionados con los trasplantes de órganos. En estos instrumentos, además de normas y recomendaciones relativas al consentimiento de los donantes o la seguridad y calidad de los órganos para trasplantes, se ha establecido también claramente la prohibición del tráfico de órganos humanos. A mi juicio, existe, por tanto, un consenso internacional suficiente como para afirmar de manera contundente que esta actividad ilícita constituye una grave violación de los derechos humanos y una amenaza a la salud individual y a la salud pública. El problema estriba en que, quizás, mientras el fenómeno ilícito ha continuado no se le ha dado una respuesta internacional suficientemente adecuada, más allá de las medidas y de las respuestas penales adoptadas en los ordenamientos internos.

Debe señalarse, en segundo lugar, que esta actividad delictiva está, ciertamente, perseguida internacionalmente en el marco de los Convenios internacionales existentes sobre la trata de seres humanos con fines de extracción de órganos. Estos instrumentos internacionales -al margen de las normas de la Unión Europea- tienen su eje central, en el plano universal, en el Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional, y, en el plano regional europeo, en el Convenio del Consejo de Europa sobre la lucha contra la trata de seres humanos. Sin embargo, de lo analizado en este estudio creo que pueden formularse dos observaciones centrales a este marco normativo: de un lado, que la trata de personas con fines de extracción de órganos, aunque esté estrechamente relacionada, no puede identificarse plenamente con el delito del tráfico de órganos humanos; y, de otro lado, que este marco normativo acaba resultando débil e incompleto en la medida en que, entre otros aspectos, no alcanza todas las actividades ilícitas relacionadas con el tráfico de órganos, pues ni se refiere a los supuestos de tráfico de órganos de cadáveres ni a la desviación de órganos obtenidos legalmente. De ahí que resulte absolutamente pertinente la adopción de un Convenio como el de Santiago de Compostela para luchar contra esta lacra, completando y complementando, así, las normas ya existentes.

En tercer lugar, entiendo que la intensa labor convencional del Consejo de Europa -que alcanza, desde hace tiempo, muchos y diferentes planos normativos- se ha aproximado también en las últimas décadas tanto a las cuestiones relacionadas con los derechos humanos y los avances científicos y tecnológicos en la biomedicina como a las materias de carácter penal y de cooperación penal internacional. Ambas perspectivas confluyen plenamente en el reciente Convenio de Santiago de Compostela contra el tráfico de órganos humanos, que tiene la virtualidad de focalizar su objeto en la tipificación de la extracción ilícita y del uso de órganos ilícitamente extraídos. En este sentido, creo que el enfoque adoptado resulta más amplio y global del existente en el plano internacional hasta el momento y, en consecuencia, puede resultar más efectivo en la lucha internacional contra el tráfico de órganos humanos. De lo que no hay ninguna duda es que debe reforzarse la acción internacional contra el tráfico de órganos humanos, tanto con medidas penales eficaces y disuasorias, como con cooperación policial y judicial internacional, como, particularmente, con medidas preventivas y de protección, que requieren también la cooperación internacional. Un amplio conjunto de medidas que el Convenio de Santiago de Compostela incorpora en su contenido.

En definitiva, creo que debe valorarse positivamente este avance normativo en el marco del Consejo de Europa fundamentalmente por el hecho de señalar la dirección a seguir y por servir de guía que puede emularse internacionalmente en la lucha contra el tráfico de órganos humanos. Entiendo, en este sentido, que la evolución reciente de la biomedicina, el proceso de globalización y, sobre todo, la progresiva humanización de la comunidad internacional y las nuevas concepciones y fronteras de los derechos humanos conducen inexorablemente a considerar que el tráfico de órganos humanos es un problema de alcance mundial que contraviene los principios básicos más fundamentales que comparten todos los seres humanos en términos de derechos humanos y de dignidad. Por lo que, sin duda, ha de perseguirse y ponerse fin.