



UNIVERSITAT DE  
BARCELONA

Observatori de  
Bioètica i Dret  
Universitat de Barcelona



Revista de Bioética y Derecho

Perspectivas Bioéticas

www.bioeticayderecho.ub.edu - ISSN 1886-5887

## DOSSIER MONOGRÁFICO XIII CONGRESO MUNDIAL IAB

**La Convención sobre la lucha contra el Tráfico de Órganos, una mirada desde la bioética**

**A bioethics approach to the Convention against trafficking in Human Organs**

**MARIA ÀNGELS PORXAS ROIG \***

### OBSERVATORI DE BIOÈTICA I DRET DE LA UNIVERSITAT DE BARCELONA

La Revista de Bioética y Derecho se creó en 2004 a iniciativa del Observatorio de Bioética y Derecho (OBD), con el soporte del Máster en Bioética y Derecho de la Universidad de Barcelona: [www.bioeticayderecho.ub.edu/master](http://www.bioeticayderecho.ub.edu/master). En 2016 la revista Perspectivas Bioéticas del Programa de Bioética de la Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales (FLACSO) se ha incorporado a la Revista de Bioética y Derecho.

Esta es una revista electrónica de acceso abierto, lo que significa que todo el contenido es de libre acceso sin coste alguno para el usuario o su institución. Los usuarios pueden leer, descargar, copiar, distribuir, imprimir o enlazar los textos completos de los artículos en esta revista sin pedir permiso previo del editor o del autor, siempre que no medie lucro en dichas operaciones y siempre que se citen las fuentes. Esto está de acuerdo con la definición BOAI de acceso abierto.

\* Maria Àngels Porxas Roig. Licenciada en Derecho, Máster en Derechos Humanos e investigadora en formación del Departamento de Derecho Público, Universitat de Girona, España. E-mail: [m.porxas@gmail.com](mailto:m.porxas@gmail.com).

\* Este artículo es parte del Proyecto de Investigación: DER 2014-57167-P sobre Transferencias de Material Biológico de la Universitat de Barcelona.

\* Trabajo presentado en la sesión especial de la Red Iberoamericana de la International Association of Bioethics (IAB) celebrada en el XIII Congreso Mundial de Bioética de la IAB: "Individuos, intereses públicos y bienes públicos", en Edimburgo (Escocia), del 14 al 17 de junio de 2016.

## Resumen

El artículo analiza jurídicamente desde una perspectiva bioética el Convenio sobre la lucha contra el tráfico de Órganos del Consejo de Europa (2015). Se sistematizan y se reflexiona sobre los valores y novedades que aporta el Convenio: la mercantilización del cuerpo humano como vulneración de los derechos humanos y la delimitación de las donaciones de órganos a los actos de gratuidad con consentimiento informado. El Convenio es significativo por su aporte a los derechos humanos y al debate sobre la libre disponibilidad del cuerpo. Pero no se posiciona sobre ciertas cuestiones altamente controvertidas: la donación por parte de personas incapaces de consentir y la compensación por donación; dando un amplio margen de apreciación a los Estados que puede mermar su potencial efectividad.

**Palabras clave:** Convenio contra el Tráfico de Órganos; donación; bioética; trasplantes; compensación; mercantilización; consentimiento.

## Abstract

The article analyzes the Convention against trafficking with Human Organs from the Council of Europe (2015) from a legal and bioethical perspective. It systematizes and considers the contributions of the Convention: commercialization with the human body as a violation of human rights and the delimitation of organ donations to free and informed consented acts. The Convention is significant for its contribution to the human rights and to the debate of the limits on the use and control over one's body. But it takes no position on certain highly controversial issues: donation by incompetent people and compensation for donation; giving a broad margin of appreciation to States parties may undermine its potential effectiveness.

**Keywords:** Convention against trafficking in Human Organs; donation; bioethics; transplant; compensation; commercialization; consent.

## 1. Introducción

El Convenio contra el Tráfico de Órganos (CTO) del Consejo de Europa, abierto para firma y ratificación en marzo de 2015 en Santiago de Compostela, es el primer instrumento internacional vinculante dedicado exclusivamente a la lucha contra el tráfico de órganos.

La escasez de órganos disponibles ha llevado a muchos países a elaborar estrategias y sistemas nacionales de trasplante destinados a aumentar su oferta.<sup>1</sup> Uno de los sistemas de trasplante globalmente reconocido y líder mundial, con más de 36 donantes por millón de población (pmp), es el Modelo Español. El éxito de este modelo se debe a un conjunto de medidas transversales que engloban aspectos legales, económicos, políticos y médicos: una coordinación a todos los niveles, una comunicación eficaz y transparente a la población sobre la donación y el trasplante, así como una legislación adecuada con claras definiciones de muerte encefálica, de las condiciones para la extracción de órganos, de la ausencia de motivación económica, etc. A pesar de ello, España cuenta con una lista de espera para recibir un órgano de aproximadamente 5000 personas y todavía un 10% de los pacientes mueren durante este período de espera.<sup>2</sup>

Se calcula que de los más de 119.000 trasplantes de órganos anuales,<sup>3</sup> entre un 5% y un 10% de los trasplantes de hígado provienen de transacciones comerciales,<sup>4</sup> con una clara tendencia a ser los países denominados “en vías de desarrollo” en las regiones de Asia, África, América Latina y Europa del Este los principales exportadores de órganos, y principalmente los habitantes de los países de Norte América, Europa Occidental e Israel, los receptores de dichos órganos. La compraventa de órganos, pues, aunque difícilmente cuantificable debido a su naturaleza de comercio ilícito, es una realidad y está vinculada al denominado “turismo de trasplante”. Esta actividad ha sido descrita por la Declaración de Estambul como el movimiento de órganos, donantes, receptores o profesionales del trasplante a través de fronteras jurisdiccionales con objetivos de trasplante que implican tráfico de órganos o comercialización del trasplante.

---

<sup>1</sup> Organización Mundial de la Salud, “Principios rectores de la OMS sobre trasplante de células, tejidos y órganos humanos”, WHA63.22 , 21 de Mayo de 2010, disponible en: <http://www.who.int/transplantation>.

<sup>2</sup> Organización Nacional de Trasplantes. Ver en: <http://www.ont.es/>.

<sup>3</sup> Global Observatory on Organ Donation and Transplantation, “Report on Organ Donation and Transplantation Activities”, 2014, disponible en: <http://www.transplant-observatory.org/reports/>.

<sup>4</sup> LOPEZ FRAGA, MARTA *et al*: “A needed Convention against trafficking in human organs”, *The Lancet*, Vol 383, 28 de junio de 2014, 2187-2188.

En el campo de las transacciones comerciales de órganos humanos, Irán constituye una experiencia paradigmática. Este país, con una política de regularización de la compraventa de órganos monopolizada por el Estado, se vanagloria de haber eliminado las listas de espera de los enfermos que esperan un trasplante de órganos, así como el mercado negro de hígados.<sup>5</sup> A pesar de estos datos exitosos, su política de trasplante no se libra de críticas y debates, particularmente alrededor de la idea de la cosificación del cuerpo humano, la explotación de los pobres, la estigmatización de los donantes y la supresión de la donación altruista.<sup>6</sup>

El CTO, tal como se afirma en su preámbulo, viene a completar los instrumentos jurídicos existentes en el ámbito de la trata de seres humanos, mediante la tipificación de nuevos delitos. El Protocolo para Prevenir, Reprimir y Castigar la Trata de Personas, que suplementa el Convenio de Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional (2000); el Convenio en Acción contra el Tráfico en Seres Humanos del Consejo de Europa (2005), que criminaliza el tráfico con humanos destinado a la extracción de órganos; así como el Convenio relativo a los Derechos Humanos y la Biomedicina (1997) y su Protocolo adicional sobre el trasplante de órganos y de tejidos de origen humano (2002), conforman el marco jurídico internacional que el CTO viene a suplir.

Ya encontramos una prohibición específica a las transacciones financieras con el cuerpo humano en el artículo 21 del Convenio de Derechos Humanos y Biomedicina ; y más recientemente, también en el artículo 22 del Protocolo Adicional referente al Trasplante de Órganos y Tejidos de Origen Humano , se prohíbe de forma más concreta el tráfico con órganos y tejidos. El principio ético-filosófico de la prohibición de lucro con el cuerpo humano, sobre el que se basan estas restricciones, aunque generador de disenso entre la doctrina,<sup>7</sup> fue incluido en 2010 entre los Principios Rectores de la Organización Mundial de la Salud sobre trasplante de células, tejidos y órganos humanos (2010).

Dos años antes, en 2008, el mismo fue acuerdo de consenso entre los participantes en la Cumbre Internacional sobre turismo de trasplantes y tráfico de órganos y los miembros de *la Transplantation Society* y la Sociedad Internacional de Nefrología, propulsores de la Declaración de Estambul en Tráfico de Órganos y Turismo de Trasplante (2008), sin fuerza vinculante pero un referente en el asentamiento de los principios éticos del trasplante de órganos.

---

<sup>5</sup> ARAMESH, KIARASH, "A closer look at the Iranian Model of Kidney Transplantation", *American Journal of Bioethics*, Vol. 14, núm. 10, 2014, 35-36.

<sup>6</sup> *Idem*.

<sup>7</sup> Para más información leer: KOPLIN, J., (2014), y ZARGOOSHI, J., (2014), SJECKER, N., (2014) y LAWLOR, R., (2011).

Fue también en 2008 cuando el Consejo de Europa y la Organización de las Naciones Unidas llevaron a cabo un Estudio Conjunto<sup>8</sup> sobre el tráfico de órganos, del que posteriormente nacería el CTO, concluyendo con una serie de prioridades necesarias: 1) Diferenciar claramente entre tráfico en seres humanos para la extracción de órganos, y la extracción *per se*; lo que no se había hecho en un instrumento vinculante hasta el momento; 2) apoyar el principio de prohibición de lucrarse con el cuerpo humano o sus partes; 3) promover la donación de órganos; y 4) encontrar una definición consensuada internacionalmente para el tráfico de órganos, células y tejidos.

En lo siguiente analizo la consecución de estos objetivos y reflexiono sobre los valores y novedades que aporta el Convenio jurídicamente y en clave bioética en el campo del tráfico de órganos y la protección de los derechos humanos.

## 2. Los principios y novedades del Convenio

El CTO es un convenio de derecho criminal porque lucha contra el tráfico de órganos mediante la obligación a los Estados Parte de criminalizar dichas prácticas, particularmente mediante la introducción de nuevas ofensas que suplementan los instrumentos legales existentes. Su firma está abierta a Estados no parte del Consejo con el objetivo de contribuir de una forma significativa a la erradicación de estas prácticas.

La importancia del Convenio en relación a los derechos humanos radica en que reconoce la extracción ilícita de órganos *per se* cómo un abuso de derechos humanos, independiente del uso posterior de los órganos y de la condición del donante de persona explotada. Una necesidad que ya había sido puesta de manifiesto anteriormente.<sup>9</sup> Hasta ahora el tráfico estaba asociado a la explotación de la persona donante y al posterior trasplante de órganos; así, por ejemplo, aquellos que habían consentido a donar a cambio de un beneficio económico, o simplemente habían cedido bajo métodos manipulativos, pero donde no había mediado la fuerza o coerción, no entraban en el ámbito del tráfico de órganos, tampoco cuando el órgano extraído era usado para otros fines diferentes al trasplante. Con la introducción de este concepto de extracción ilícita desvinculado del contexto y del uso posterior que se haga de los órganos, se pretende conseguir un mayor

---

<sup>8</sup> CAPLAN, ARTHUR *et al.*, "Trafficking in organs, tissues and cells and trafficking in human beings for the purpose of the removal of organs", Estudio Conjunto del Consejo de Europa/ Naciones Unidas, Directiva General de Derechos Humanos y Asuntos Jurídicos del Consejo de Europa, 2009.

<sup>9</sup> BUDIANI-SABERI, DEBRA & COLUMB, SEÁN, "A human rights approach to human trafficking for organ removal", *Medical Health Care and Philosophy*, Vol. 16, 2013, 897-914; CAPLAN, ARTHUR *et al.*, *op. cit.* 8.

alcance. Además, el uso subsecuente de los órganos ilícitamente extraídos, ya sea la implantación u otro distinto, también será considerado un delito separadamente, cuando cometido intencionadamente (art. 5). Este punto, por sí mismo, representa un gran avance para los derechos humanos.

El CTO construye el concepto de “órgano ilícitamente extraído” sobre los principios del consentimiento libre e informado y la gratuidad de la donación, claramente establecidos en el artículo 4 del texto y cuya ausencia es condicionante para la existencia de tráfico: “deberá tipificarse como delito en el Derecho interno de los Estados Parte la extracción, intencionada, de órganos humanos de donantes vivos cuando esta se realiza sin el consentimiento libre, informado y específico del donante o cuando a cambio de la extracción se haya ofrecido o se haya concedido al donante vivo, o a un tercero, un beneficio económico o ventaja comparable.”

Respecto al donante cadáver y a su consentimiento, el Convenio establece que la extracción debe ser autorizada por la legislación interna, evitando posicionarse entre uno de los dos sistemas utilizados por los Estados para la extracción cadáver: el *opt-in*, aquél en que se exige el consentimiento previo del fallecido durante la vida, o en su forma más amplia, el de la familia del fallecido después de su muerte; o el *opt-out*, aquél en que se presume la voluntad de donar a no ser que el muerto se hubiera opuesto expresamente. Una regulación que se posicionara únicamente a favor de una de las dos prácticas hubiera implicado la criminalización automática de los sistemas nacionales de trasplante de algunos países. Así, se considerará extracción ilícita de órganos, y por lo tanto constituirán tráfico de órganos, aquellas extracciones con ausencia de consentimiento libre, informado y específico del donante o de la familia en caso de donación cadáver y/o en las que no haya gratuidad.

El Convenio establece un *catch-all approach*, en la que todos los actores involucrados en los actos de tráfico, tanto en su promoción, propuesta, captación, ofrecimiento, aceptación, preparación, preservación, almacenamiento, transporte, traslado, recepción, importación y exportación de órganos humanos ilícitamente extraídos (arts. 7 y 8), deberán ser criminalizados. Así, todo los que participen en alguno de estos actos, haciendo un énfasis especial en los profesionales sanitarios, tanto trabajadores públicos como de entidades privadas, así como en las corporaciones, deberán ser perseguidos y se les exigirá responsabilidad. El Convenio solo es neutral respecto al donante y al receptor, a los que los Estados pueden optar discrecionalmente para criminalizar, o no hacerlo. Arriesgándose con esta ambigüedad a que estos sujetos pasen a ser a su vez víctimas y perpetradores.

### 3. Controversias y cuestiones no resueltas: la donación de personas que no tienen capacidad para consentir y la compensación por donación

El Convenio, como culminación de un proceso de negociación entre estados con sistemas legislativos y éticos diversos, encuentra en el consentimiento y la no mercantilización del cuerpo humano dos puntos de entendimiento con el consecuente aporte a la bioética. Pero estos principios no son absolutos:

Por un lado, respecto al consentimiento, se permite a los Estados hacer una reserva de ley a este punto; es decir, no vincularse opcionalmente al requisito del consentimiento libre, informado y específico. Las legislaciones nacionales son muy diversas y algunos Estados permiten la extracción de órganos de personas consideradas incapaces para consentir. Ante la ausencia de un posicionamiento ético compartido sobre esta cuestión, el Convenio opta por dar un amplio margen de apreciación a los Estados estableciendo dicha excepción, evitando así posicionarse al respecto de la delicada cuestión de la extracción a personas con graves deficiencias psíquicas o a personas cuyo estado no les permite expresar su consentimiento.

Existen dos posicionamientos irreconciliables en este ámbito: por un lado los que consideran que, por razones éticas, no puede permitirse la extracción a personas incapaces para consentir porque esto constituiría un abuso desconsiderado, una “obligación de donar” al discapacitado psíquico que no se requiere a los demás, y por lo tanto un trato desigual y discriminatorio. Por otro lado, los que consideran que es aceptable bajo ciertas circunstancias. Sus defensores argumentan que debe ponderarse el deber de proporcionar ayuda con el deber de proteger a las personas vulnerables y que, cuando la extracción no supone un agravio demasiado grande para la integridad del donante, pero el potencial beneficio para el receptor es significativo, el trasplante puede ser moralmente deseable. Desde esta posición suele defenderse la necesidad de la concurrencia de una serie de requisitos como, por ejemplo: que la donación de la persona incapaz sea el último recurso, que el receptor será familiar o persona estrechamente vinculada con el donante, que la condición médica del donante sea la adecuada y no concurra en un riesgo exagerado comparado con el esperado beneficio al receptor, así como que los posibles efectos psicológicos para el donante no sean negativos, o al contrario, que la donación le pueda proporcionar un efecto psicológico positivo.<sup>10</sup>

---

<sup>10</sup> VAN ASSCHE, KRISTOF *et al.*, “Living Organ Procurement from the Mentally Incompetent: The need for more appropriate guidelines”, *Bioethics*, Vol. 28, Núm. 3, 2014, 101-109.

Conforme a estas dos líneas de pensamiento, en los sistemas nacionales hay diferentes formas de legislar la extracción de órganos a personas sin capacidad para consentir. Así, encontramos Estados como Bélgica con legislaciones altamente permisibles, que consienten explícitamente este tipo de extracción, incluso para órganos que no se regeneran; u otras que no permiten la extracción a personas con discapacidades psíquicas ni en circunstancias excepcionales.<sup>11</sup> Con esta heterogeneidad de regularizaciones, lo que es lícito en un estado podría ser perseguido como tráfico de órganos en otro estado. Autores como Pietrobon A. (2016)<sup>12</sup> entienden que había formas más simples de resolver el problema. Por ejemplo, estableciendo la condición que la extracción estuviera “autorizada por la legislación interna”, igual que se resolvió con las donaciones procedentes de cadáver, logrando una mayor seguridad jurídica. Pero la divergencia era tal que los negociadores no pudieron llegar a ningún acuerdo y se optó para proveer dicha reserva de ley, “en casos excepcionales y de conformidad con las salvaguardias adecuadas”, al art. 4.1.a que exige el consentimiento libre, informado y específico del donante, lo que deja la puerta abierta a la extracción a personas sin capacidad para consentir, entre otras situaciones como podrían ser la extracción sin consentimiento en situaciones de urgencia, sin especificarse, además, cuáles son las salvaguardas adecuadas. En contraposición, la Convención para la Protección de los Derechos Humanos y la Biomedicina y su Protocolo Adicional establecen, en los artículos 20 y 14, respectivamente, que solo se podrá llevar a cabo la extracción de tejidos que se pueden regenerar a una persona que no tenga capacidad para expresar su consentimiento, bajo ciertos criterios exhaustivamente especificados,<sup>13</sup> pero no permiten bajo ninguna circunstancia la extracción de un órgano.

El requerimiento de algunas delegaciones durante la negociación del CTO de introducir dicha reserva,<sup>14</sup> pero sin las especificaciones de los Convenios anteriores, deja la puerta abierta a

---

<sup>11</sup> *Idem*.

<sup>12</sup> PIETROBON, ALESSANDRA. “Challenges in implementing the European Convention against Trafficking in Human Organs”, *Leiden Journal of International Law*, 2016: 29, pp. 485-502.

<sup>13</sup> Los mismos requisitos se enumeran tanto en el artículo 20 del Convenio Europeo sobre los Derechos Humanos y la Biomedicina, (1997); como en el artículo 14 del Protocolo adicional al Convenio relativo a los derechos humanos y la biomedicina sobre el trasplante de órganos y de tejidos de origen humano (2002):i) si no se dispone de un donante compatible capaz de expresar su consentimiento;ii) si el receptor es hermano o hermana del donante; iii) si la donación puede salvar la vida del receptor; iv) si el representante, una autoridad o una persona o instancia designada por la ley ha dado específicamente y por escrito su autorización, de acuerdo con la autoridad competente; v) si el donante potencial no expresa su rechazo a la misma.

<sup>14</sup> Consejo de Europa, “Explanatory Report to the Council of Europe Convention against Trafficking in Human Organs”, Series de Tratados del Consejo de Europa-Nº 216, Santiago de Compostela, 25 de marzo de 2015.



amplios margen de apreciación por parte de los Estados. Esta vaguedad, en países con legislaciones tan permisivas como la belga, o en sistemas donde no existen controles efectivos sobre el origen de los órganos, facilita la extracción sistemática a estas personas, e incluso a otros colectivos vulnerables.

A pesar de que, al llevar a cabo una reserva en este punto, el propio CTO exige que se mencione la norma nacional pertinente, en opinión de la autora esta no es garantía suficiente.

El amplio margen de apreciación otorgado a los Estados en este punto no resuelve el dilema que se origina por la necesidad de equilibrar el respeto por la dignidad y la autonomía de las personas y la obligación de ayudar a esos en situaciones clínicas desesperadas. Por lo general, el conflicto ético resultante de la necesidad de equilibrar el riesgo del trasplante y de sus consecuencias por parte del donante y el potencial beneficio del receptor, se resuelve con el ejercicio de autonomía del donante que expresa su consentimiento una vez ha conocido y comprendido toda la información al respecto. Esta autonomía solo se puede ver limitada por la práctica médica: cuando el beneficio del trasplante no pese más que los riesgos, o el riesgo para el donante es demasiado elevado, el profesional debe optar por no llevarlo a cabo. Precisamente, cuando un donante no puede consentir, este equilibrio se ve gravemente afectado. Además, como ya se ha mencionado, se le impone una obligación de ayudar que no se impone al resto de la población, un paradójico altruismo obligado.

Sin menoscabar la necesidad de diferenciar entre grados y formas de incompetencia, si consideramos que el consentimiento por parte de prisioneros de guerra o personas que son traficadas sería inválido porque sería imposible conocer si este ha sido viciado, deberíamos aplicar el mismo criterio al consentimiento dado por personas consideradas incapaces para decidir, ya que el mismo no se puede comprobar. De lo contrario, concurriríamos en un caso de discriminación, opuesto a uno de los principios rectores del CTO (art. 3). No permitimos bajo ninguna circunstancia la extracción de órganos a personas con capacidad para decidir sin su voluntad, pero establecemos ciertas excepciones en las que sí se permite la extracción de órganos a personas incapaces debido a la imposibilidad de conocer su voluntad al respecto. Priorizamos el beneficio del que recibirá el órgano a la autonomía del donante, lo que no hacemos cuando se trata de una persona capacidad para consentir.

Analizar la ética de la donación por parte de personas incapaces para consentir sobrepasa el objeto de este estudio, pero es necesaria esta reflexión para comprender la importancia de la reserva establecida en el Convenio en este punto, que a pesar de ser consecuencia de la amplia divergencia ético-legislativa entre los estados en la cuestión, sitúa al CTO en contraposición con el Convenio de Oviedo y su Protocolo Adicional, los primeros tratados internacionales vinculantes

que regulan cuestiones biomédicas y normativizan los principios bioéticos en el ámbito internacional.

En cambio, a pesar que el CTO no determina los requisitos para la validez del consentimiento, lo que también podría implicar diferencias sustanciales en su forma y contenido según la legislación nacional, el Informe que interpreta el Convenio<sup>15</sup> explica (pgf. 32) que el concepto de consentimiento debe ser idéntico al expresado en la Convención de Derechos Humanos y Biomedicina y su Protocolo. Por lo tanto, sí se remite a los precedentes para esta cuestión, aunque no para establecer una regla universal respecto la extracción a personas mentalmente incapaces.

Otra cuestión controvertida y sobre la que el CTO no se ha posicionado claramente, hace referencia a la gratuidad de la donación. El Convenio especifica que “la compensación por pérdida de ganancias u otros gastos justificables causados por la extracción o las exámenes médicos pertinentes, o la compensación por daños que no sea inherente a la extracción de órganos, no serán considerados pago” (art. 4.3). Los negociadores consideraron necesario incluir esta especificación, que ya existe en el Protocolo Adicional, para distinguir claramente entre una compensación a los donantes regulada por los Estados, del beneficio económico procedente de la explotación del cuerpo o sus partes. Así, la expresión “ganancia económica o ventaja comparativa” no se aplica a un acuerdo autorizado bajo ley nacional como, por ejemplo, la donación por pares o cruzada o algún otro tipo de incentivo.

Con esta excepción a la gratuidad, lo que parecía un claro posicionamiento en contra del lucro del cuerpo, la postura más popular en Europa aunque controversia entre los bioeticistas, debemos preguntarnos si la intención del CTO es la de legitimar los mercados compensatorios regulados. Esta cláusula facilitará que Estados como, por ejemplo, Australia, donde se está llevando a cabo un programa para compensar económicamente a los donantes de órganos,<sup>16</sup> sean signatarios del Convenio, permitiendo a los gobiernos implementar políticas de provisión de compensaciones económicas a los donantes.<sup>17</sup>

Pero, a su vez, esta vaguedad mantiene abierto el debate sobre la cosificación del cuerpo, los límites de la autonomía sobre el propio cuerpo y sus partes, y abre la puerta a las

---

<sup>15</sup> Consejo de Europa, “Explanatory Report to the Council of Europe Convention against Trafficking in Human Organs”, Series de Tratados del Consejo de Europa-Nº 216, Santiago de Compostela, 25 de marzo de 2015.

<sup>16</sup> Departamento de Salud del Gobierno Australiano, “Leave for Living Organ Donors”, ver en: <http://www.health.gov.au/>.

<sup>17</sup> Este es un Convenio del Consejo de Europa cuya firma y ratificación está abierta a todos los Estados, con el objetivo de conseguir más eficiencia.

compensaciones por donación; compensaciones que son fuente de un sinnúmero de discusiones doctrinales respecto a sus impactos en la pobreza y la desigualdad; sin menoscabar la complicada tarea de delimitar donde termina el pago y donde empieza la compensación. En este sentido, tampoco existe evidencia sobre cuál es la opción más positiva.

Hay otras cuestiones éticamente controvertidas en la lucha contra el tráfico de órganos sobre las que el Convenio no consigue un consenso y no se pronuncia:

Primeramente, debe destacarse que el Convenio no establece una definición de tráfico de órganos, una de las cuatro necesidades primordiales destacadas por el Estudio Conjunto previo al documento.<sup>18</sup> Aunque sí diferencia por primera vez, como ya se ha mencionado más arriba, que la extracción ilegal de órganos pasa a ser una ofensa criminal en sí misma, sin necesidad de relacionarla con la explotación de personas. Lo que implica el reconocimiento internacional del tráfico de órganos como una violación de derechos humanos “per se”.

Por otro lado, reconociendo que esta es una práctica de carácter marcadamente transnacional, el Convenio establece obligaciones de cooperación entre los Estados (art. 17) y abre a Estados no parte del Consejo de Europa la firma y ratificación del mismo. Teniendo en cuenta que la obtención de órganos por nacionales de países económicamente más favorecidos en países menos desarrollados constituye una realidad y uno de los motores económicos del tráfico de órganos, la garantía que dichos trasplantes serán llevados a cabo bajo los principios del consentimiento informado y la gratuidad son dudosos, favoreciendo la explotación de los sujetos más vulnerables en las regiones con menos garantías. El artículo 10 del CTO, consecuente con la naturaleza transfronteriza de la práctica que se quiere eliminar y con el carácter de un instrumento criminal, establece la posibilidad de que los Estados Parte persigan las ofensas cometidas por alguno de sus nacionales o por los que residen ahí habitualmente, independientemente de donde se cometa dicha ofensa, así como la persecución de extracciones de órganos que se lleven a cabo fuera de su sistema de trasplante. Haciendo una lectura amplia de este artículo, existiría la posibilidad de luchar contra el “turismo de trasplante” mediante el ejercicio de la jurisdicción extraterritorial, aunque no hay una referencia explícita al mismo.

Pero en oposición a esta interpretación, en el párrafo 3 del mismo artículo se establece de nuevo una reserva de ley, dejando a discreción de las partes la persecución extraterritorial de sus nacionales; con lo que disminuye la eficacia total del Convenio. Sin menoscabar, por último aunque no menos importante, que no resuelve como debería ponderarse el deber de confidencialidad del

---

<sup>18</sup> E CAPLAN, ARTHUR *et al.*, *op. cit.* 7.

médico y la obligación de denunciar a un paciente del que se tiene la duda o certeza que obtuvo un órgano en el extranjero.

## 4. Conclusión

El CTO es un instrumento fundamental para avanzar en la lucha contra el tráfico de órganos. A pesar de no conseguir un consenso para establecer una definición de tráfico de órganos, sí reconoce por primera vez la extracción ilícita de órganos como una violación de derechos humanos “per se” sin necesidad de estar relacionada con la explotación. Además, dedica una parte de sus provisiones a reforzar los derechos de las víctimas donantes así como a la promoción de sistemas nacionales de trasplantes transparentes y equitativos, lo que ayuda a reducir la solicitud de venta de órganos y promueve las donaciones altruistas. También establece el consentimiento informado y la gratuidad de la donación como principios rectores, aunque limita la eficacia de su potencial a la voluntad de los estados de comprometerse a las responsabilidades extraterritoriales, con lo que disminuyen las opciones de luchar eficazmente contra un fenómeno transnacional y uno de los motores económicos del tráfico de órganos: el denominado “turismo de trasplante”.

El Convenio evita entrar en terrenos ética y jurídicamente complejos como la licitud de la extracción de órganos a personas sin capacidad para decidir, una cuestión muy sensible regulada por los precedentes Convenio sobre los Derechos Humanos y la Biomedicina y su Protocolo Adicional, pero sobre la que los negociadores del CTO no llegan a un acuerdo, otorgando, de nuevo, un amplio margen de apreciación a los Estados que puede desproteger a ciertos colectivos vulnerables. También adopta una posición imprecisa respecto las compensaciones económicas regularizadas, prohibiendo el beneficio económico o ventaja comparable pero no la mera compensación económica, con la inseguridad jurídica que supone dejar la interpretación y definición de los límites de estos términos a los Estados, pudiendo variar significativamente según el contexto.

En conclusión, el amplio margen de apreciación otorgado a los Estados para implementar los que se erigen como sus principios rectores: el consentimiento y la gratuidad de la donación; y el ambiguo o nulo posicionamiento del Convenio en algunas cuestiones controvertidas, puede mermar su potencial efectividad. La lucha contra el tráfico de órganos requiere de un posicionamiento ético claro para una legislación igualmente clara.

De todas formas, el CTO proporciona a los Estados un marco ético general compartido y una guía de mínimos para mejorar problemas complejos de salud global imposibles de solucionar sin una respuesta colectiva. Se trata de un Convenio criminal internacional, lo que constituye una aproximación al problema para una regulación efectiva de este tema, pero no la única necesaria. La tipificación penal es el último recurso para terminar con ciertas prácticas consideradas indeseadas, y es necesario para la protección de derechos y libertades fundamentales que algunos actos sean criminalizados. Pero no se puede reducir el problema a una cuestión de provisión y demanda de órganos, de crimen organizado y justicia criminal, sino que se trata, a su vez, de un asunto de derechos humanos y justicia global, amenazados por una práctica que viola derechos fundamentales, perpetúa la explotación de personas e impacta negativamente en los sistemas públicos de salud de los países afectados, y por lo que debe situarse también en relación con la actividad del turismo de trasplante. En este sentido, brillan por su ausencia en el texto términos como justicia, autonomía o igualdad. Será necesaria hacer una lectura transversal del Convenio junto con otros tratados de derechos humanos para que esta sea completa.

## Bibliografía

- ◆ ARAMESH, KIARASH, “A closer look at the Iranian Model of Kidney Transplantation”, *The American Journal of Bioethics*, Vol. 14, núm. 10, 2014, 35-36.
- ◆ BUDIANI-SABERI, DEBRA & COLUMB, SEÁN, “A human rights approach to human trafficking for organ removal”, *Medical Health Care and Philosophy*, Vol. 16, 2013, 897-914.
- ◆ CAPLAN, ARTHUR *et al*, “Trafficking in organs, tissues and cells and trafficking in human beings for the purpose of the removal of organs”, Estudio Conjunto del Consejo de Europa/ Naciones Unidas, Directiva General de Derechos Humanos y Asuntos Jurídicos del Consejo de Europa, 2009.
- ◆ Conferencia Internacional sobre Turismo de Trasplante y Tráfico de Órganos, “La Declaración de Estambul sobre Tráfico de Órganos y Turismo de Trasplante”, Estambul, del 30 de Abril al 2 de Mayo, 2008, disponible en: <http://www.declarationofistanbul.org/> (último acceso 10 de octubre de 2016).
- ◆ Consejo de Europa, “Convention for the protection of Human Rights and Dignity of the Human Being with regard to the Application of Biology and Medicine: Convention on Human Rights and Biomedicine”, ETS Nº 164, Oviedo, 4 de abril de 1997, disponible en:

<https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/164> (último acceso 10 de octubre de 2016).

- ◆ Consejo de Europa, “Additional Protocol to the Convention on Human Rights and Biomedicine concerning Transplantation of Organs and Tissues of Human Origin”, ETS N° 186, Strasbourg, 24 de enero de 2002, disponible en: <https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/186> (último acceso 10 de octubre de 2016).
- ◆ Consejo de Europa, “Convention on Action against Trafficking in Human Beings”, ETS N° 197, Varsovia, 16 de mayo de 2005, disponible en: <https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/197> (último acceso 10 de octubre de 2016).
- ◆ Consejo de Europa, “Explanatory Report to the Council of Europe Convention against Trafficking in Human Organs”, Series de Tratados del Consejo de Europa-ETS N° 216, Santiago de Compostela, 25 de marzo de 2015, disponible en: <https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/216> (último acceso 10 de octubre de 2016).
- ◆ KOPLIN, JULIAN, “Assessing the Likely Harms to Kidney Vendors in Regulated Organ Markets”, *The American Journal of Bioethics*, Vol. 14, núm. 10, 2014, 7-14.
- ◆ VAN ASSCHE *et al*, “Living Organ Procurement for the Mentally Incompetent: the need for more appropriate guidelines”, *Bioethics*, Vol. 28, núm. 3, 2014, 101-109.
- ◆ LAWLOR, ROB, “Organ sales needn’t be exploitative (but it matters if they are)”, *Bioethics*, Vol. 25, núm. 5, 2011, 250-259.
- ◆ LOPEZ FRAGA, MARTA *et al*: “A needed Convention against trafficking in human organs”, *The Lancet*, Vol 383, 28 de junio de 2014, 2187-2188.
- ◆ Organización de las Naciones Unidas, Alto Comisionado para los Derechos Humanos, “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”, Palermo, 15 de noviembre de 2000, disponible en: <http://www.un.org/> (último acceso 10 de octubre de 2016).
- ◆ Organización Mundial de la Salud, “Principios rectores de la OMS sobre trasplante de células, tejidos y órganos humanos”, WHA63.22 , 21 de Mayo de 2010, disponible en: <http://www.who.int/transplantation> (último acceso 10 de octubre de 2016).
- ◆ Organización Nacional de Trasplantes. Ver en: <http://www.ont.es/> (último acceso 10 de octubre de 2016).

- ◆ PIETROBON, ALESSANDRA. “Challenges in implementing the European Convention against Trafficking in Human Organs”, *Leiden Journal of International Law*, 2016: 29, pp. 485-502.
- ◆ S. JECKER, NANCY, “Selling Ourselves: The Ethics of Paid Living Kidney Donation”, *The American Journal of Bioethics*, Vol. 14, núm. 10, 2014, 1-6.
- ◆ ZAGOOSHI, J., “Iranian kidney donors: Motivations and Relations with Recipients”, *Journal of Urology*, Vol. 165, 386-392.
- ◆ Global Observatory on Organ Donation and Transplantation, “Report on Organ Donation and Transplantation Activities”, 2014, disponible en: <http://www.transplant-observatory.org/reports/> (último acceso 10 de octubre de 2016).

**Fecha de recepción: 10 de octubre de 2016**

**Fecha de aceptación: 10 de febrero de 2017**