

V Congreso Jurídico Internacional sobre formas contemporáneas de esclavitud

Veinte años después
del Protocolo de Palermo

TOMO II

Capítulo 2



Organización
Internacional
del Trabajo



CICAJ
PUCP



RED IBEROAMERICANA DE INVESTIGACIÓN
SOBRE FORMAS CONTEMPORÁNEAS
DE ESCLAVITUD Y DERECHOS HUMANOS



PODER JUDICIAL
DEL PERÚ



COMISIÓN DE JUSTICIA DE GÉNERO
DEL PODER JUDICIAL

V CONGRESO JURÍDICO INTERNACIONAL SOBRE FORMAS CONTEMPORÁNEAS DE ESCLAVITUD

Veinte años después del Protocolo de Palermo

Tomo II

**V Congreso Jurídico
Internacional
sobre formas
contemporáneas de
esclavitud**

Veinte años después del
Protocolo de Palermo

Tomo II

Coordinador

Julio Alberto Rodríguez Vásquez

Lima, febrero de 2023



—
Departamento
Académico de Derecho



CICAJ
PUCP

Centro de Investigación, Capacitación y Asesoría Jurídica del Departamento Académico de Derecho (CICAJ-DAD)

Jefe del DAD

David Lovatón Palacios

Directora del CICAJ-DAD

Betzabé Marciani Burgos

Consejo Directivo del CICAJ

Renzo Cavani Brain

Erika García-Cobián Castro

Gilberto Mendoza del Maestro

Equipo de Trabajo

Rita Del Pilar Zafrá Ramos

Carlos Carbonell Rodríguez

Jackeline Fegale Polo

Eryk Giovany Rodríguez Robles

Genesis Mendoza Lazo

V Congreso Jurídico Internacional sobre Formas Contemporáneas de Esclavitud. 20 años después del Protocolo de Palermo. Tomo II

Coordinador: Julio Alberto Rodríguez Vásquez

Imágenes de cubierta: Los Muertos Crew/Pexels.com y Benhur Emmanuel/Pexels.com

Primera edición digital: febrero de 2023

© Pontificia Universidad Católica del Perú
Departamento Académico de Derecho
Centro de Investigación, Capacitación y Asesoría Jurídica
Av. Universitaria 1801, Lima 32 - Perú
Teléfono: (511) 626-2000, anexo 4930 y 4901
<http://departamento.pucp.edu.pe/derecho/>

Corrección de estilo: Mercedes Dioses Villanueva

Diagramación: Tarea Asociación Gráfica Educativa
Pasaje María Auxiliadora 156 - Breña
tareagrafica@tareagrafica.com
Teléf.: 424-8104 – 424-3411
Febrero 2023

Derechos reservados. Se permite la reproducción total o parcial de los textos con permiso expreso de los editores.

Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú N° 2023-02032
ISBN: 978-612-49252-1-4

LA TRATA DE PERSONAS CON FINES DE EXTRACCIÓN DE ÓRGANOS EN EL VIGÉSIMO ANIVERSARIO DEL PROTOCOLO DE PALERMO

Clara Moya Guillem¹⁴

Resumen

Aunque la incorporación de la extracción de órganos a las finalidades de explotación, que definen la trata de personas, fue sumamente discutida durante la confección del Protocolo de Palermo, pasados más de veinte años desde su aprobación se ha consolidado y recogido en las legislaciones penales de gran parte de los Estados. En consecuencia, sobre todo en la última década, han comenzado a dictarse sentencias condenatorias en aplicación de los correspondientes delitos de trata de personas con fines de extracción de órganos en los países de los cinco continentes. La mayoría de ellas describen como hechos probados situaciones de turismo de trasplantes, que encajan en la definición internacional de trata de personas con fines de extracción de órganos y, a su vez, en la de tráfico de órganos. Esta es la razón por la que en este trabajo, tras examinar la etiología de la trata de personas con fines de extracción de órganos, y el modo en el que se lleva a cabo, se distinguen los tres fenómenos aludidos (el tráfico de órganos, la trata de personas con fines de extracción de órganos y el turismo de trasplantes) y se examina la regulación en este ámbito. La conclusión alcanzada es que la represión penal de la trata de personas con fines de extracción de órganos debería contemplarse como un subtipo cualificado del delito de tráfico de órganos, y no como una modalidad delictiva de la trata de personas.

¹⁴ Universidad de Alicante, Alicante, España. Correo electrónico: clara.mg@ua.es

Abstract

Although the inclusion of organ removal into the purposes of exploitation that define trafficking in persons was highly debated during the drafting of the Palermo Protocol, more than twenty years after its approval, it has been established and included in the criminal legislation of most States. As a result, particularly in the last decade, convictions have begun to be handed down in countries on all five continents for the relevant offences of trafficking in persons for organ removal. Most of them present as proven facts situations of transplant tourism, which fit the international definition of trafficking in persons for organ removal and, in turn, organ trafficking. This is why this paper, after examining the etiology of trafficking in persons for organ removal and how it is carried out, differentiates between the three phenomena (organ trafficking, trafficking in persons for organ removal and transplant tourism) and examines regulation in this field. The conclusion reached is that the criminal repression of trafficking in persons for organ removal should be considered as a qualified subtype of the crime of organ trafficking and not as a criminal modality of trafficking in persons.

Palabras clave: tráfico de órganos, trata de personas, trata de seres humanos, extracción de órganos, turismo de trasplantes, Protocolo de Palermo.

Keywords: organ trafficking, trafficking in persons, trafficking in human beings, organ removal, transplant tourism, Palermo Protocol.

Sumario

1. Perfiles criminológicos de la trata de personas con fines de extracción de órganos. 1.1. Caso Medicus clinic de Kosovo. 1.2. Caso Netcare de Sudáfrica. 1.3. Caso Gurgaon de India. 1.4. Resolución N.º 0086-2018 de Costa Rica. 2. Delimitación del fenómeno y su etiología. 2.1. Diferencias y similitudes entre el tráfico de órganos, la trata de personas

con fines de extracción de órganos y el turismo de trasplantes. 2.2. La etiología de la trata de personas con fines de extracción de órganos. 3. Regulación internacional y doméstica. 3.1. Regulación internacional. Los instrumentos adoptados por la ONU. 3.2. Regulaciones domésticas. Especial referencia a las figuras delictivas del ordenamiento jurídico español. 4. Recapitulación de conclusiones y propuesta de lege ferenda. 5. Referencias bibliográficas.

1. Perfiles criminológicos de la trata de personas con fines de extracción de órganos

La Organización de las Naciones Unidas (en adelante, ONU) afirmaba, en el año 2006, que el tráfico de órganos era un fenómeno relativamente desconocido porque no se ofrecían datos concretos sobre su envergadura, ni existían suficientes estudios sobre los elementos que lo caracterizaban. Asimismo, advertía, entonces, que la determinación de sus dimensiones reales, y la comprensión de su naturaleza y del *modus operandi* de quienes lo cometen eran difíciles debido a la índole clandestina del problema y a los distintos agentes involucrados¹⁵.

No obstante, transcurridos más de veinte años desde la aprobación del *Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, que complementa la Convención contra la delincuencia organizada transnacional* (en adelante, Protocolo de Palermo), a pesar de que debe presuponerse todavía una elevada cifra negra en relación con el tráfico de órganos en general y con la trata de personas con fines de extracción de órganos en particular, se dispone de alguna información al respecto, proporcionada por las principales organizaciones internacionales. Concretamente, han aportado datos de sumo interés tanto la Oficina de Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (en adelante, UNODC), como la Comisión Europea.

En el *Global Report on Trafficking in persons 2020*, publicado por la UNODC, se afirma que la mayoría de las víctimas de trata de personas detectadas lo son con fines de explotación sexual y laboral (un 50% y un 38%, respectivamente, sobre el total). Sin embargo, también se localizan víctimas de trata de personas con otras finalidades de explotación (un 12%¹⁶). Específicamente, por lo que se refiere a la trata de personas con

¹⁵ Informe “Prevención, lucha y sanciones contra el tráfico de órganos humanos” del 15.º periodo de sesiones de la Comisión de Prevención del Delito y Justicia Penal del Consejo Social y Económico de la ONU de 2006 (E/CN.15/2006/10).

¹⁶ Esta cifra parece haberse incrementado si atendemos al *Global Report on Trafficking in*

finés de extracción de órganos, en el citado informe se determina que en el año 2017 fueron 25 las víctimas detectadas, y que en 2018 (último año analizado en el informe) ascendieron a más de 40¹⁷.

Por su parte, en la Estrategia de la UE en la lucha contra la trata de seres humanos 2021-2025, publicada en 2021 por la Comisión Europea, la tasa de víctimas de trata de personas con otras finalidades de explotación (al margen de la sexual y la laboral) se eleva al 18%¹⁸, y en el *Third report on the progress made in the fight against trafficking in human beings*, publicado en

persons 2018 de la UNODC, que situaba la tasa de víctimas de trata de personas con otros fines de explotación en el 7%. https://www.unodc.org/documents/data-and-analysis/glotip/2018/GLOTiP_2018_BOOK_web_small.pdf (última consulta: 30/3/2022).

¹⁷ *Global Report on Trafficking in persons 2020* de la UNODC.

https://www.unodc.org/documents/data-and-analysis/tip/2021/GLOTiP_2020_15jan_web.pdf (última consulta: 2/3/2022), p. 36.

Son ya cinco los informes de la UNODC en los que se da cuenta de la extensión de la trata de personas a nivel mundial. En el primero, publicado en 2012, se indicaba que, entre los casos de trata de personas detectados, los que se habrían llevado a cabo con otros fines de explotación que no fuesen la sexual ni la laboral, representarían un 6% sobre el total. Concretamente, durante el año 2010 se evidenció que 591 víctimas de trata de seres humanos lo fueron, por ejemplo, con fines de extracción de órganos, con fines de celebración de matrimonios forzados o con fines de explotación para realizar actividades delictivas. Estos resultados del año 2010, según el *Global Report on Trafficking in Persons 2012* de la UNODC, se basan en 9007 víctimas de trata de seres humanos detectadas. En el *Global Report on Trafficking in persons 2014* de la UNODC se afirmaba que, en el periodo transcurrido entre el año 2010 y el 2012, las víctimas de trata de seres humanos con fines de extracción de órganos supusieron un 0,2% sobre el total (de dieciséis países). En el *Global Report on Trafficking in persons 2016* de la UNODC se determinaba que entre el año 2014 y el 2016 se habían detectado aproximadamente 120 víctimas de trata de seres humanos con fines de extracción de órganos a nivel mundial (de diez países). Y en el *Global Report on Trafficking in persons 2018* se estimó que las víctimas de trata de seres humanos con fines de extracción de órganos, detectadas desde 2014 hasta 2017, fueron aproximadamente 100.

¹⁸ *Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions* [COM(2021) 171 final] *on the EU Strategy on Combatting Trafficking in Human Beings 2021-2025*.

https://ec.europa.eu/home-affairs/system/files_en?file=2021-04/14042021_eu_strategy_on_combatting_trafficking_in_human_beings_2021-2025_com-2021-171-1-en.pdf (última consulta: 15/4/2022).

2020 por este mismo organismo, se establece, en relación estrictamente con la trata de personas con fines de extracción de órganos, que se detectaron diecisiete casos en la Unión Europea entre los años 2017 y 2018¹⁹.

La trascendencia de la trata de personas con fines de extracción de órganos, en cualquier caso, varía sustancialmente en función del área geográfica, objeto de análisis y del sexo de las víctimas. Las zonas con mayor tasa de victimización serían el Norte de África y Oriente Medio²⁰. De hecho, en el *Global Report on Trafficking in persons 2016* de la UNODC se estableció que la incidencia de este fenómeno habría alcanzado el 3% en el norte de África. Y, por su parte, los varones mayores de edad serían el grupo con una propensión victimal más acentuada²¹.

Con todo, para poder aproximarse al fenómeno criminal en estudio deviene imprescindible analizar las sentencias condenatorias dictadas en este contexto. Seguidamente, van a describirse cuatro de los casos que han albergado mayor repercusión mundialmente, para de este modo poder perfilar la realidad criminológica que se esconde tras las estimaciones acabadas de mencionar. En particular, se va a hacer referencia al caso *Medicus clinic* de Kosovo, al caso *Netcare* de Sudáfrica, al caso *Gurgaon* de India y a la resolución N.º 00864-2018 de Costa Rica.

¹⁹ *El Third report on the progress made in the fight against trafficking in human beings*, publicado en 2020 por la Comisión Europea. https://ec.europa.eu/anti-trafficking/third-report-progress-made-fight-against-trafficking-human-beings_en (última consulta: 30/3/2022).

²⁰ Advierte la UNODC del incremento del riesgo tanto de trata de personas como de tráfico ilícito de migrantes generado por el conflicto en Ucrania en *Conflict in Ukraine: key evidence on risks of trafficking in persons and smuggling of migrants* (2022). https://www.unodc.org/documents/data-and-analysis/tip/Conflict_Ukraine_TIP_2022.pdf (última consulta: 16/4/2022).

²¹ Las víctimas de trata de personas con fines de extracción de órganos suponen aproximadamente el 1% sobre el total de víctimas detectadas, concretamente, si se trate de víctimas varones mayores de edad. Así se determina tanto en el *Global Report on Trafficking in persons 2016* de la UNODC como en sus equivalentes publicados en 2018 y 2020.

1.1. Caso *Medicus clinic* de Kosovo

Por lo que respecta a Kosovo, la investigación en general del tráfico de órganos ha sido especialmente compleja por la inestable situación del país. Esta es precisamente la razón por la que el Consejo de Europa y la European Union Rule of Law Mission in Kosovo (en adelante, EULEX) han sido los organismos responsables de la instrucción y enjuiciamiento de las denuncias sobre el asunto. De este modo, han conseguido probarse ya algunos sucesos, entre los que se encuentra el conocido caso *Medicus clinic*.

En la sentencia dictada por este caso en 2013, que ha sido confirmada en última instancia en 2018, se acreditaron al menos 24 casos de trata de personas con fines de extracción de órganos (Ambagtsheer, 2021). Los hechos probados desvelan que una red criminal reclutaba a donantes de diferentes países: Bielorrusia, Israel, Kazajistán, Moldavia, Turquía, Rusia y Ucrania; todos ellos donantes de entre 20 y 30 años, y los trasladaba a la clínica *Medicus* ubicada en Pristina (Kosovo) para extraerles los órganos, que eran vendidos a receptores de aproximadamente 50 años, procedentes de Canadá, Alemania, Israel, Polonia y Estados Unidos. La sentencia corrobora que los receptores pagaban hasta 130 000 euros, mientras que los donantes, en ocasiones, perdían sus órganos sin recibir el pago prometido o recibéndolo solo parcialmente (Ambagtsheer et al., 2016, pp. 100-103).

Por estos hechos, se condenó a cuatro personas a penas de hasta ocho años de prisión. Concretamente, se condenó a ocho años de prisión al director de la clínica; a siete años y tres meses de prisión, a su hijo; a tres años de prisión al jefe de la sección de anestesia del hospital; y a un año de prisión al asistente del anestesista. Sin embargo, aunque el tribunal de apelaciones de Kosovo confirmó dichas condenas dictadas en 2013 en el año 2016, un fallo de la Corte Suprema anuló la sentencia sobre la base de irregularidades procesales y se abrió un nuevo juicio en 2017. Tras este nuevo proceso penal, en mayo de 2018 se dictó una sentencia mediante la que se confirmaron los hechos probados y se condenó por trata de personas con fines de extracción de órganos y crimen organizado al director de la clínica y al jefe

de la sección de anestesia. Los otros dos condenados en la sentencia dictada en 2013 todavía se encuentran en búsqueda y captura por Interpol en el momento de elaborar este trabajo²².

1.2. Caso *Netcare* de Sudáfrica

En cuanto a Sudáfrica, el conocido caso *Netcare* ha puesto de manifiesto que se realizaron al menos 109 trasplantes ilegales de riñón, entre los años 2001 y 2003, en el St. Augustine's Hospital (Allain, 2011). Los donantes eran rumanos y brasileños, y los receptores mayoritariamente israelíes. Estos últimos pagaron por el riñón, los servicios sanitarios, el viaje y el alojamiento, aproximadamente, 120 000 dólares. En cambio, a los donantes solo les pagaron entre 3000 y 6000 dólares.

En ese momento, en Sudáfrica, se exigía que cualquier trasplante entre vivos no relacionados contase con la autorización previa de un comité creado *ad hoc*. Por ello, la empresa *Netcare Kwa-Zulu* tramitó la obtención de documentación falsa que certificara que los donantes y los receptores implicados en la trama eran familiares y, con esta misma finalidad, la compañía contrató a dos nefrólogos coordinadores para que les ayudasen a gestionar los trámites administrativos oportunos. Al parecer, a los receptores israelíes la Sanidad Pública les reembolsó los gastos correspondientes al trasplante, llegándoles a pagar entre 37 000 y 70 000 dólares americanos por los gastos ocasionados (Ambagtsheer, 2021).

Por estos hechos, en el año 2010, se condenó por primera vez a una persona jurídica por hechos relacionados con la trata de personas con fines de extracción de órganos. Específicamente, se condenó a la compañía privada *Netcare Kwa-Zulu* al pago de una multa de 380 000 dólares²³. Además, posteriormente,

²² Esta información puede leerse, por ejemplo, en “Kosovo convicts two in organ – trading trial” del *Balkan Transitional Justice* (24 /5/2018). <https://balkaninsight.com/2018/05/24/kosovo-organ-trafficking-medicus-trial-verdict-05-24-2018/> (última consulta: 6 /4/2022).

²³ Se trata del “*The State v. Netcare Limited, case N.º 41*”, *Commercial Crime Court, Regional Court of Kwazulu Natal Durban, South Africa* (3 de septiembre de 2010). Tras

se condenó a cuatro nefrólogos que intervinieron en el proceso y a dos coordinadores de trasplantes a penas de cinco años de prisión²⁴.

1.3. Caso *Gurgaon* de India

El caso *Gurgaon* de India ha sido otro de los casos más escandalosos de trata de personas, con fines de extracción de órganos, conocidos hasta el momento²⁵.

En 2008 se arrestó a varias personas, y se localizaron en total tres hospitales y diez laboratorios en los que se desarrollaban actividades ilegales relacionadas con el trasplante de riñón.

La red criminal encargada de su ejecución habría estado en funcionamiento unos siete años, y habría realizado alrededor de 500 trasplantes ilegales. La mayoría de los receptores fueron indios, aunque desde 2005 también habrían sido trasplantados numerosos extranjeros (de EE. UU., Reino Unido, Canadá, Australia, Arabia Saudí y Grecia). Los donantes, por su parte, eran en su mayoría habitantes de localidades rurales de India, desempleados y jóvenes (de entre 20 y 35 años de edad). La captación se llevaba a cabo mediante la promesa de un trabajo y, una vez en el destino, les ofrecían entre 1000 y 2500 dólares por entregarles su riñón. Algunos aceptaban y a quienes se negaban les extirpaban el riñón empleando violencia o intimidación.

Sobre la base de estos hechos, en marzo de 2013, un tribunal condenó a cinco de los acusados a penas de prisión de hasta siete años y absolvió a otros cinco.

este suceso, y en conexión con el mismo, otro culminó con la condena en Brasil de dos sujetos por tráfico de órganos (Efrat, 2013; Scheper-Hugues, 2009).

²⁴ Véase, al respecto, el documento “Trafficking in human organs” (EP/EXPO/B/DROI/FWC/2013-08/Lot8/03) del *Directorate-General for External Policies Policy Department*, publicado el 25 de julio de 2015. [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2015/549055/EXPO_STU\(2015\)549055_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2015/549055/EXPO_STU(2015)549055_EN.pdf) (última consulta: 2/4/2022), p. 38. Sin embargo, solo se ha localizado la sentencia del caso *State vs. Ziegler*.

²⁵ La información que se expone en relación con este caso ha sido extraída del ya citado estudio del Parlamento Europeo “Trafficking in human organs” (EP/EXPO/B/DROI/FWC/2013-08/Lot8/03).

1.4. Resolución N.º 00864-2018 de Costa Rica

Por último, en diciembre de 2017 se condenó, en Costa Rica, al jefe de nefrología del hospital Calderón Guardia y a un intermediario a penas de 12 y 8 años de prisión, respectivamente, por trata de personas con fines de extracción de órganos. Otros tres doctores acusados fueron finalmente absueltos por falta de pruebas en relación con el elemento subjetivo del injusto.

De acuerdo con los hechos probados, ambos formaban parte de una red criminal internacional que, entre 2009 y 2013, compró riñones a personas en situación de necesidad socioeconómica para ser trasplantados en receptores que habrían sido israelíes. Se consiguieron probar al menos catorce casos.

Como se puede observar, en definitiva, en todos los casos referenciados, que han concluido con sentencias condenatorias en la última década, son los receptores (personas solventes económicamente) quienes se trasladaron a terceros países para que les fuese trasplantado el órgano de un donante muy joven y en situación de necesidad o vulnerabilidad, que consintió la extirpación a cambio de un precio muy inferior al que los enfermos habían pagado por la intervención. En otras palabras, el *modus operandi* característico de los casos de trata de personas con fines de extracción de órganos más conocidos es constitutivo del denominado “turismo de trasplantes”, que se examina en el siguiente epígrafe.

De hecho, cada vez son más los pacientes que viajan en busca de un órgano. Son más de 6000 los casos reportados a nivel mundial de pacientes que habrían recibido un trasplante en el extranjero entre 1971 y 2013; y de ellos, 1238 (un 21%) admiten haber pagado por la intervención (Ambagtsheer y Van Balen, 2020). Algunos han llegado a pagar más de 300 000 dólares y, en cambio, los donantes en ocasiones no han recibido nada. Son los intermediarios, el personal sanitario y las autoridades corruptas quienes se llevan los mayores beneficios.

2. Delimitación del fenómeno y su etiología

Hace más de una década que se viene denunciando que habitualmente se confunde el tráfico de órganos y la trata de personas con fines de extracción de órganos, así como que este desconcierto dificulta la eficacia de los esfuerzos para combatir el problema y proporcionar protección adecuada a sus víctimas²⁶. Estos fenómenos, asimismo, se equiparan en ocasiones al turismo de trasplantes, lo que todavía complica más la lucha contra el crimen en estudio.

2.1. Diferencias y similitudes entre el tráfico de órganos, la trata de personas con fines de extracción de órganos y el turismo de trasplantes

Para delimitar los tres fenómenos a los que se acaba de hacer alusión (el tráfico de órganos, la trata de personas con fines de extracción de órganos y el turismo de trasplantes) conviene acudir a la última edición de la *Declaración de Estambul sobre el tráfico de órganos y el turismo de trasplantes* (2018)²⁷.

Según este instrumento normativo internacional, el “tráfico de órganos” “consiste en cualquiera de las siguientes actividades:

- a) la extracción de órganos de donantes vivos o fallecidos sin consentimiento válido o autorización o a cambio de un beneficio económico o ventaja comparable para el donante y/o o una tercera parte;

²⁶ Estudio conjunto de Naciones Unidas y el Consejo de Europa *Trafficking in organs, tissues and cells and trafficking in human beings for the purpose of the removal of organs*, publicado en 2009. <https://rm.coe.int/16805ad1bb> (última consulta: 1/4/2022).

²⁷ Este instrumento normativo internacional es el que toma como referente la Red/Consejo Iberoamericano de Donación y Trasplante. Así lo establece, por ejemplo, en la *Recomendación REC-RCIDT-2020 (28) sobre sistemas de información nacionales de donación y trasplante*. http://www.ont.es/publicaciones/Documents/NEWSLETTER%20IBEROAMERICA-2020_09_03_2021.pdf (última consulta: 1/4/2022). La repercusión de la Declaración de Estambul en este ámbito viene dada porque fue adoptada por 150 organizaciones médicas y científicas relacionadas con el trasplante de órganos, y por 78 países.

- b) el transporte, la manipulación, el trasplante o cualquier otro uso de dichos órganos;
- c) el ofrecimiento de una ventaja indebida o su solicitud por parte de un profesional sanitario, funcionario público o empleado del sector privado para facilitar o realizar dicha extracción o uso;
- d) la propuesta o captación de donantes o receptores, cuando se efectúa para obtener un beneficio económico o ventaja comparable; o
- e) la tentativa de cometer, o la ayuda o la inducción a la comisión de cualquiera de estos actos”²⁸.

Por su parte, la “trata de personas con fines de extracción de órganos” es definida como la “captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de personas, recurriendo a la amenaza o al uso de la fuerza u otras formas de coacción, al rapto, al fraude, al engaño, al abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad o a la concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra, con el objetivo de la extracción de órganos”.

Por último, la Declaración de Estambul define el “viaje para trasplantes” como el movimiento de personas a través de las fronteras con el propósito del trasplante. Y aclara que el “viaje para trasplantes” se convierte en “turismo de trasplantes” cuando implica trata de personas con fines de extracción de órganos o tráfico de órganos, o cuando la dedicación de recursos (órganos, profesionales y centros de trasplante) a la provisión de la terapia del trasplante a pacientes no residentes disminuye la capacidad del país de proporcionar servicios terapéuticos en este ámbito a su propia población.

Considerando, pues, que una de las actividades constitutivas de tráfico de órganos es la tentativa, ayuda o inducción a la extracción de órganos de donantes vivos sin su válido consentimiento, la diferencia entre el tráfico de

²⁸ Esta definición deriva, según sostiene el propio documento, del artículo 2 del *Convenio del Consejo de Europa sobre la lucha contra el Tráfico de Órganos Humanos* (2015).

órganos y la trata de personas con fines de extracción de órganos es que, en el primero, el elemento central es el órgano y el uso que se le da al mismo, mientras que la trata de personas es un crimen donde la explotación de la víctima es el elemento central. Por ende, los actos tendentes a la obtención ilegal de órganos constitutivos de tráfico de órganos pueden referirse a órganos de donantes vivos o fallecidos y llevarse a cabo con o sin el consentimiento del donante. Por el contrario, los actos tendentes a la obtención ilegal de órganos integrantes de la trata de personas siempre aluden a personas vivas que no han prestado su consentimiento válido. Esto implica que toda conducta que encaje en la definición de trata de personas con fines de extracción de órganos lo hará necesariamente en la de tráfico de órganos, a modo de círculo concéntrico.

Por su parte, tanto la trata de personas con fines de extracción de órganos como el tráfico de órganos conformarán, a su vez, turismo de trasplantes si se ha procedido al cruce de fronteras por parte del donante y/o del receptor.

En conclusión, la trata de personas con fines de extracción de órganos es una de las formas en las que se manifiesta el tráfico de órganos, que es un fenómeno mucho más amplio. Y, a su vez, como se ha podido observar en la exposición de casos del anterior epígrafe, el turismo de trasplantes es una de las formas en las que suele manifestarse la trata de personas con fines de extracción de órganos.

En efecto, los cuatro supuestos anteriormente narrados son casos constitutivos de turismo de trasplantes que encajan en la definición de trata de personas con fines de extracción de órganos y, simultáneamente, en la de tráfico de órganos. Y, precisamente por esta relación de subsunción entre los tres fenómenos, todos tienen una misma etiología²⁹, que, según

²⁹ Como establece el ya mencionado estudio conjunto de Naciones Unidas y el Consejo de Europa *Trafficking in organs, tissues and cells and trafficking in human beings for the purpose of the removal of organs* (2009), entre las similitudes entre el tráfico de órganos y la trata de personas con fines de extracción de órganos se encuentran las causas que los generan y las consecuencias para los individuos implicados en cuanto al riesgo para su salud.

todas las publicaciones en este ámbito, reside en el insuficiente número de órganos disponibles para trasplantar³⁰. Como indica la Organización Mundial de la Salud (en adelante, OMS) en el Preámbulo de los Principios rectores sobre trasplante de células, tejidos y órganos humanos de 2010 (WHA 63.22),

[...] la escasez de órganos disponibles no solo ha llevado a muchos países a elaborar procedimientos y sistemas destinados a aumentar la oferta, sino que también ha estimulado el tráfico comercial de órganos humanos, sobre todo de donantes vivos no emparentados con los receptores. Las pruebas de la existencia de ese comercio, y del tráfico de seres humanos que lo acompaña, se han hecho más evidentes en los últimos decenios. Además, la facilidad cada vez mayor para las comunicaciones y viajes internacionales ha llevado a muchos pacientes a viajar al extranjero para acudir a centros médicos que hacen publicidad de su capacidad para realizar trasplantes y suministrar órganos donados por una tarifa única que lo incluye todo.

2.2. La etiología de la trata de personas con fines de extracción de órganos

El último *Newsletter Trasplant 2020*³¹, relativo a los datos sobre donación y trasplante de órganos del año 2019, contiene información que permite explicar la causa por la que surge toda forma de tráfico de órganos.

³⁰ La insuficiencia de órganos disponibles para trasplantar es la principal causa por la que surge el tráfico de órganos. Así se afirma, por ejemplo, en el Informe *Prevención, lucha y sanciones contra el tráfico de órganos humanos* del 15.º periodo de sesiones de la Comisión de Prevención del Delito y Justicia Penal del Consejo Social y Económico de la ONU del año 2006; en el *Estudio conjunto sobre el Tráfico de órganos, tejidos y células y la Trata de seres humanos con el objetivo de extracción de órganos* del Consejo de Europa y la ONU de 2009; y en el *Plan de acción para la donación y el trasplante de órganos (2009-2015): cooperación reforzada entre los Estados miembros* de la Comisión, de 2008.

³¹ El *Newsletter Transplant 2020*, que confeccionan anualmente la Organización Nacional de Trasplantes de España (ONT) y el Consejo de Europa. http://www.ont.es/publicaciones/Documents/NEWSLETTER%202020_baja.pdf (última consulta: 1/4/2022).

Si consideramos la información que facilitan los catorce países latinoamericanos participantes en el informe³², se observa que al 31 de diciembre de 2019 había 60 846 pacientes en lista de espera y que ese mismo año se contabilizaron 5657 enfermos fallecidos a la espera de un trasplante. Siendo ello así, casi un 10% de los pacientes en lista de espera habrían fallecido sin recibir el trasplante que necesitaban. Por su parte, según la información presentada por los 26 países europeos que colaboran en el informe³³, al 31 de diciembre de 2019 había 54 473 pacientes en lista y en ese año murieron 3497 enfermos, lo que supone aproximadamente un 6,5% de mortalidad en lista. Es más, para los que sobreviven, un largo periodo de permanencia en lista de espera influye negativamente sobre su salud y sobre el futuro éxito del trasplante.

Esta trágica realidad es, en efecto, la principal causa por la que surge y se consolida el tráfico de órganos en todas sus modalidades, incluida la trata de personas con fines de extracción de órganos.

De igual modo, la desigualdad económica contribuye a la aparición y al posterior arraigo de toda forma de tráfico de órganos, sobre todo, de la trata de personas con fines de extracción de órganos y, más específicamente, del turismo de trasplantes.

Ya en el año 1996, la Resolución del Parlamento Europeo sobre la trata de personas (A4-0326/95) afirmó que el fenómeno es la consecuencia de unas relaciones económicas desequilibradas a nivel internacional y que afecta tanto a la política de desarrollo como a la de cooperación internacional. Del mismo modo, en la actualidad, concretamente mediante la Resolución A/RES/71/322, aprobada por la Asamblea General el 8 de septiembre de 2017, la ONU se ha mostrado “alarmada por el posible aumento de la

³² Argentina, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Cuba, República Dominicana, Ecuador, México, Panamá, Paraguay, Perú, Uruguay y Venezuela.

³³ Austria, Bélgica, Bulgaria, Croacia, Chipre, República Checa, Estonia, Dinamarca, Finlandia, Francia, Alemania, Grecia, Hungría, Irlanda, Italia, Lituania, Letonia, Malta, Países Bajos, Polonia, Portugal, Rumanía, Eslovaquia, España, Suecia y Reino Unido.

explotación por grupos delictivos de las necesidades, la pobreza y la miseria humanas con miras al tráfico de órganos humanos mediante el uso de la fuerza, la coacción, el secuestro, el fraude o el engaño”.

A mayor abundamiento, la Resolución 75/195, del 16 de diciembre de 2020, titulada “Fortalecimiento y promoción de medidas eficaces y de la cooperación internacional en materia de donación y trasplante de órganos para prevenir y combatir la trata de personas con fines de extracción de órganos y el tráfico de órganos humanos”, determina que “si bien existen diferencias entre los delitos de tráfico de órganos humanos y trata de personas con fines de extracción de órganos, ambos delitos guardan relación con la escasez de órganos humanos disponibles para el trasplante y con las dificultades sociales y económicas que hacen vulnerables a las personas, y que la prevención y respuesta a ambos delitos debe llevarse a cabo de manera eficaz y coordinada”.

Los donantes, por lo general, se encuentran en una situación de extrema pobreza y los receptores se enfrentan a su grave estado de salud³⁴. Por ello, unos están dispuestos a ceder uno de sus órganos a cambio de mejorar su situación económica, y los otros se ofrecen a entregar grandes cantidades de dinero para sobrevivir.

Según la doctrina especializada, cuando a los donantes se les pregunta acerca de los motivos que les han llevado a vender un órgano, la pobreza, las deudas y la incapacidad para mantener a sus familias son las razones más señaladas (Mendoza, 2011; Jafar, 2009; Shimazono, 2007; y Cohen, 2003). A modo de ejemplo, un estudio llevado a cabo en Pakistán afirmó que el 93% de los encuestados habían vendido un riñón para pagar una deuda, y se estima que la mayoría de ellos tenía un nivel de estudios muy bajo (Naqvi, 2007). En Egipto, igualmente, se constató que más de un 62% de

³⁴ Debe tenerse en cuenta que para evitar utilizar diversos términos con la finalidad de hacer referencia a la persona que cede un órgano, según el modo en el que lo haga, en el trabajo se emplea indistintamente el término “donante”, aunque en ocasiones se aluda a quien lo vende y no a quien lo dona gratuitamente.

los vendedores eran analfabetos (Budiani-Saberi y Mostafa, 2011; Moazam *et al.*, 2009). Y en un estudio llevado a cabo en Colombia se estimó que, aproximadamente, el 90% de los donantes estaban entre los estratos más pobres de la población colombiana (Mendoza, 2012).

Concretamente, las rutas seguidas apuntan como “países receptores”, entre otros, a Canadá, Australia, Israel y Reino Unido, y como “países vendedores”, mayoritariamente, a China, Bangladesh, Ucrania, Moldavia, Brasil, Bolivia y Pakistán. Además, algunos Estados, como Colombia, Filipinas, Egipto y la India, hacen simultáneamente de “países donantes” y “países receptores” (Pascalev *et al.*, 2013).

3. Regulación internacional y doméstica

La política criminal diseñada para hacer frente a la trata de personas con fines de extracción de órganos coincide en la práctica con la totalidad de los Estados. Tal y como se indica en el *Global Report on Trafficking in persons 2020* de la UNODC, en agosto de 2020, 169 países habían tipificado penalmente el fenómeno en términos muy similares.

Ello se debe, sobre todo, a que prácticamente todos los Estados han suscrito las resoluciones internacionales contra la trata de personas que se han venido dictando desde organismos como la ONU. En el siguiente epígrafe se hará referencia a las más relevantes. Y, seguidamente, se examinará la regulación penal que han adoptado algunos Estados en este ámbito, tomando como punto de partida la legislación española.

3.1. Regulación internacional. Los instrumentos aprobados por la ONU

Teniendo en consideración el alcance y la gravedad del tráfico de órganos, los documentos más importantes aprobados en el seno de la ONU para hacerle frente, al margen del Protocolo de Palermo, al que luego me referiré, han sido, por un lado, las diversas resoluciones adoptadas por la OMS

en materia de trasplante de órganos, tejidos y células, que condenan su comercialización³⁵; por otro lado, la Resolución 59/156, del 20 de diciembre 2004, titulada “Prevención, lucha y sanción del tráfico de órganos”; y, finalmente, la Resolución 75/195, de 16 de diciembre de 2020, titulada “Fortalecimiento y promoción de medidas eficaces y de la cooperación internacional en materia de donación y trasplante de órganos para prevenir y combatir la trata de personas con fines de extracción de órganos y el tráfico de órganos humanos”³⁶.

En todas ellas se exige a los Estados que desarrollen, en sus respectivas legislaciones, medidas para mejorar la práctica del trasplante de órganos sobre la base de los principios de voluntariedad y gratuidad. Se critica, asimismo, la falta de atención prioritaria que los Estados miembros y las organizaciones supranacionales han dedicado al problema. Y, por último, se insta a los Estados a sancionar penalmente el tráfico de órganos de un modo adecuado. En relación con esto último, la última de las resoluciones mencionadas, aprobada en diciembre de 2020, insta a los Estados a “fortalecer los marcos legislativos, entre otras cosas revisando, desarrollando o modificando dichos marcos, según proceda, para prevenir y combatir la trata de personas con fines de extracción de órganos y el tráfico de órganos humanos, concretamente tipificando como delito esas prácticas y adoptando disposiciones para garantizar la rendición de cuentas de los responsables”.

³⁵ Resolución de la OMS 40.13, sobre los principios acerca del trasplante de órganos de 1987; Resolución de la OMS 42.5, sobre prevención de la compra y venta de órganos humanos, de 1989; Resolución 44.25, sobre el trasplante de órganos humanos, de 1991; Resolución 57.18, sobre el trasplante de órganos y tejidos humanos, de 2004; Resolución 63.22, sobre el trasplante de órganos y tejidos humanos, de 2010.

³⁶ Esta última norma viene precedida por otras (la Resolución 73/189, del 17 de diciembre de 2018, titulada “Fortalecimiento y promoción de medidas eficaces y de la cooperación internacional en materia de donación y trasplante de órganos para prevenir y combatir la trata de personas con fines de extracción de órganos y el tráfico de órganos humanos”; la Resolución 74/176, del 18 de diciembre de 2019, titulada “Medidas para mejorar la coordinación de la lucha contra la trata de personas”; y las resoluciones de la Comisión de Prevención del Delito y Justicia Penal 23/2, del 16 de mayo de 2014, y 25/1, del 27 de mayo de 2016, relativas a la prevención), aunque en ella se recogen sus principales aportaciones.

Todas estas resoluciones adoptadas en el seno de la ONU abordan el amplio fenómeno del tráfico de órganos y, por lo tanto, se refieren también a la trata de personas con fines de extracción de órganos. Sin embargo, en el artículo 3 del Protocolo de Palermo se contempla este último fenómeno de manera específica.

En dicha norma se define la trata de personas como: “[l]a captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de personas, incluido el intercambio o la transferencia de control sobre estas personas, mediante la amenaza o el uso de la fuerza u otras formas de coacción, el rapto, el fraude, el engaño, el abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad, o mediante la entrega o recepción de pagos o beneficios para lograr el consentimiento de una persona que posea el control sobre otra persona, con el fin de explotarla”. Y se añade que “[l]a explotación incluirá, como mínimo, la explotación de la prostitución ajena, u otras formas de explotación sexual, el trabajo o los servicios forzados, incluida la mendicidad, la esclavitud o prácticas similares a la esclavitud, la servidumbre, la explotación para realizar actividades delictivas o la extracción de órganos”.

Por tanto, el concepto jurídico-penal de trata de personas, que se facilita desde el derecho internacional, se caracteriza por la concurrencia de tres elementos: la conducta (captar, transportar, trasladar, acoger o recibir personas), el modo (la amenaza o el uso de la fuerza u otras formas de coacción, el rapto, el fraude, el engaño, el abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad, o mediante la entrega o recepción de pagos o beneficios para lograr el consentimiento de una persona que posea el control sobre otra persona) y la finalidad (la explotación de la prostitución ajena, u otras formas de explotación sexual, el trabajo o los servicios forzados, incluida la mendicidad, la esclavitud o prácticas similares a la esclavitud, la servidumbre, la explotación para realizar actividades delictivas o la extracción de órganos).

No obstante, la propia UNODC ha admitido, recientemente, que la extracción de órganos es única entre las finalidades de explotación

estipuladas, ya que no constituye una práctica inherentemente explotadora³⁷. Es más, en los trabajos preparatorios del Protocolo de Palermo se pone de manifiesto cómo, en un primer momento, no se incluyó en la definición de trata de personas esta finalidad de explotación. Y, posteriormente, cuando se propuso su inclusión, hubo un intenso debate en torno a los términos en los que debía aparecer. Así, inicialmente, se sugirió como finalidad “la extirpación o el tráfico de órganos, tejidos o partes del cuerpo humano”. También se propusieron las expresiones “extirpación ilícita de órganos”, “transferencia de órganos de personas con fines de lucro” y “tráfico de órganos”, así como ampliar la formulación para que incluyesen “otras partes del cuerpo”³⁸. Finalmente, se decidió incluir la extracción de órganos (no de tejidos, células ni otras partes del cuerpo humano, y no específicamente con el propósito de comercializar con ellos) entre los fines de explotación. Pero esto no obsta que deba diferenciarse esta finalidad de las clásicas formas de explotación que se tratan de impedir mediante la tipificación penal de la trata de personas.

Tres son las diferencias fundamentales entre la extracción de órganos y el resto de finalidades contempladas en la definición de trata de personas que impiden, bajo mi punto de vista, su equiparación: en primer lugar, que al donante no se le somete a la voluntad del explotador de una forma duradera en el tiempo como sucede, por ejemplo, con la explotación

³⁷ *Legislative guide for the Protocol to Prevent, Suppress and punish trafficking in persons, especially women and children* de la UNODC publicado en 2020. https://www.unodc.org/documents/human-trafficking/2020/TiP_LegislativeGuide_Final.pdf (última consulta: 5/4/2022). Ya en esta dirección se pronunciaba la ONU en el documento *Key concepts of the Trafficking in Persons Protocol, with a focus on the United Nations Office on Drugs and Crime issue papers on abuse of a position of vulnerability consent, and exploitation* (CTOC/COP/WG.4/2015/4), publicado en 2015. https://www.unodc.org/documents/treaties/organized_crime/2015_CTOC_COP_WG4/V1506009.pdf (última consulta: 5/4/2022).

³⁸ Al respecto, véanse los *Travaux préparatoires de las negociaciones para la elaboración de la Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional y sus protocolos*, publicados en 2008. https://www.unodc.org/documents/treaties/UNTOC/Publications/Travaux%20Preparatoire/04-60077_Ebook-s.pdf (última consulta: 27/3/2022).

laboral; en segundo lugar, que el explotador no obtiene un beneficio continuado, sino que, a lo sumo, logra un lucro aislado que impide sacar más rédito de la víctima a partir de ese momento (e incluso puede suceder que con la extirpación del órgano no se persiga ninguna finalidad lucrativa, sino la mejora en la salud de un familiar o de uno mismo); y, en tercer lugar, que la extracción de órganos no se prohíbe como tal por los ordenamientos jurídicos (como sucede con el resto de finalidades que son *per se* ilegales y, por lo general, constitutivas de delito), sino que, muy al contrario, está permitida (incluso incentivada) bajo determinadas condiciones. Estas tres divergencias entre la extracción de órganos y el resto de los fines previstos en la definición de trata de personas no pueden salvarse ni siquiera interpretando, como estimo que debe hacerse, que los ilícitos penales relativos a la trata de personas con fines de extracción de órganos solo se consuman si se refieren a una extirpación con fines comerciales (Moya, 2020, p. 199).

A pesar de ello, la mayoría de los Estados han incorporado a sus respectivas legislaciones el delito de trata de personas en los términos establecidos en el Protocolo de Palermo y, por ende, han incluido la extracción de órganos como una de sus finalidades. El problema es que lo han hecho, a pesar de prever también un delito de tráfico de órganos, que, en parte, reprime el mismo comportamiento: la promoción de la obtención de órganos de personas vivas sin su válido consentimiento.

3.2. Regulaciones domésticas. Especial referencia a las figuras delictivas del ordenamiento jurídico español

El solapamiento normativo aludido *supra* entre el delito de tráfico de órganos humanos y el de trata de personas con fines de extracción de órganos se da, por ejemplo, en la legislación española.

Mediante la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, se incorporó al Código Penal tanto el artículo 156 bis, que recoge el delito de tráfico de órganos, como el artículo 177 bis, que sanciona la trata de personas.

El delito de tráfico de órganos ha sido sustancialmente reformado a través de la Ley Orgánica 1/2019, del 20 de febrero, de manera que en la actualidad reprime con penas de hasta doce años, entre otras conductas, el favorecimiento de la extracción u obtención ilícitas de órganos humanos ajenos.

Específicamente, el artículo 156 bis establece, en su primer apartado, que “[l]os que de cualquier modo promovieren, favorecieren, facilitaren, publicitaren o ejecutaren el tráfico de órganos humanos serán castigados con la pena de prisión de seis a doce años tratándose del órgano de una persona viva y de prisión de tres a seis años tratándose del órgano de una persona fallecida. A estos efectos, se entenderá por tráfico de órganos humanos:

a) La extracción u obtención ilícita de órganos humanos ajenos. Dicha extracción u obtención será ilícita si se produce concurriendo cualquiera de las circunstancias siguientes:

- 1.^a que se haya realizado sin el consentimiento libre, informado y expreso del donante vivo en la forma y con los requisitos previstos legalmente;
- 2.^a que se haya realizado sin la necesaria autorización exigida por la ley en el caso del donante fallecido,
- 3.^a que, a cambio de la extracción u obtención, en provecho propio o ajeno, se solicitare o recibiere por el donante o un tercero, por sí o por persona interpuesta, dádiva o retribución de cualquier clase o se aceptare ofrecimiento o promesa. No se entenderá por dádiva o retribución el resarcimiento de los gastos o pérdida de ingresos derivados de la donación.

b) La preparación, preservación, almacenamiento, transporte, traslado, recepción, importación o exportación de órganos ilícitamente extraídos.

c) El uso de órganos ilícitamente extraídos con la finalidad de su trasplante o para otros fines”.

Por su parte, aunque el delito de trata de personas se ha modificado mediante la Ley Orgánica 1/2015, del 30 de marzo, y también mediante la Ley

Orgánica 8/2021, del 4 de junio, la finalidad de extracción de órganos no ha sufrido ningún cambio. Así, el artículo 177 bis establece, en su primer apartado, que “[s]erá castigado con la pena de cinco a ocho años de prisión como reo de trata de seres humanos el que, sea en territorio español, sea desde España, en tránsito o con destino a ella, empleando violencia, intimidación o engaño, o abusando de una situación de superioridad o de necesidad o de vulnerabilidad de la víctima nacional o extranjera, o mediante la entrega o recepción de pagos o beneficios para lograr el consentimiento de la persona que poseyera el control sobre la víctima, la captare, transportare, trasladare, acogiere, o recibiere, incluido el intercambio o transferencia de control sobre esas personas, con cualquiera de las finalidades siguientes: a) La imposición de trabajo o de servicios forzados, la esclavitud o prácticas similares a la esclavitud, a la servidumbre o a la mendicidad. b) La explotación sexual, incluyendo la pornografía. c) La explotación para realizar actividades delictivas. d) La extracción de sus órganos corporales. e) La celebración de matrimonios forzados. [...]”.

Por lo tanto, ante un caso de trata de personas con fines de extracción de órganos del que deban conocer los jueces o tribunales españoles, resultan de aplicación ambas figuras delictivas. Es más, si la extirpación del órgano finalmente se ha materializado debe apreciarse, asimismo, el correspondiente delito de lesiones. Y, consecuentemente, deben resolverse los correspondientes concursos de normas y/o delitos concurrentes. Este es, al menos, bajo mi punto de vista, el modo en el que debería haberse procedido en las sentencias dictadas en España, hasta el momento, en este ámbito, cuyos hechos probados encajan perfectamente en la definición de trata de personas con fines de extracción de órganos, pero que han aplicado, indebidamente, solo el delito de tráfico de órganos y no el de trata de personas. Me refiero a la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona 793/2016, del 13 de octubre, confirmada por la Sentencia del Tribunal Supremo 710/2017, del 27 de octubre; y a la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia 482/2019, del 7 de octubre.

Y la misma confusión puede surgir en otros países europeos como Alemania³⁹, Francia⁴⁰, Italia⁴¹ o Reino

³⁹ El trasplante de órganos en Alemania se regula en la Ley de Donación, Extracción y Trasplante de Órganos (*Transplantationsgesetz-TPG*), del 5 de noviembre de 1997, y en esta norma se sanciona la compraventa de órganos y tejidos humanos. Al respecto, en el ya citado informe *Prevención, lucha y sanciones contra el tráfico de órganos humanos* (E/CN.15/2006/10), Alemania declaró que dos de los comportamientos sancionados penalmente a través de la *Transplantationsgesetz-TPG* (la extracción de órganos o tejidos a un menor de edad y la extirpación de los de un mayor de edad sin su consentimiento libre e informado) eran la forma en la que se tipificaba la trata de personas con fines de extracción de órganos. Sin embargo, en 2016 se criminalizó la trata de personas entre los delitos contra la libertad personal a través de la Ley para Mejorar la Represión de la Trata de Seres Humanos. Así, en el parágrafo 232 de la *StGB* se sanciona ahora, de forma expresa, la trata de personas con fines de extracción de órganos. Pero las infracciones de la *Transplantationsgesetz-TPG* no se han derogado, por lo que los diversos ilícitos penales se solapan.

⁴⁰ El Código Penal francés contempla hasta cuatro figuras delictivas que castigan cuatro grupos de comportamientos relacionados con el uso de órganos humanos: en primer lugar, la obtención de órganos, la mediación para favorecer la obtención de un órgano, y la cesión de un órgano ajeno, con ánimo de lucro (art. 511-2); en segundo lugar, la extracción de un órgano de una persona viva mayor de edad, sin haber obtenido su consentimiento o sin que se haya autorizado, así como la extracción de un órgano a un menor o incapaz, fuera de los casos previstos por la ley (art. 511-3); en tercer lugar, la extracción o el trasplante de órganos en un establecimiento que carezca de la autorización prevista en el Código de Salud Pública, o la ejecución de esas mismas conductas tras la retirada o la suspensión de dicha autorización (art. 511-7); y, en cuarto lugar, la distribución o cesión de órganos sin respetar las reglas de seguridad sanitaria exigidas en el Código de Salud Pública (art. 511-8). A pesar de ello, el artículo 225-4 del Código Penal francés prevé el delito de trata de personas entre los delitos contra la dignidad humana, en los mismos términos que el Código Penal español, lo que implica la existencia de duplicidad de infracciones penales para el mismo comportamiento.

⁴¹ La Ley italiana N.º 91 de 1999, en su artículo 22 bis, insertado bajo la rúbrica “De las sanciones relacionadas con el tráfico de órganos humanos con fines de trasplante”, castiga al que haya mediado en la donación de órganos con ánimo de lucro. Por su parte, el artículo 601 bis del Código Penal, bajo el nomen “Tráfico de órganos de persona viva”, contempla dos grupos de modalidades delictivas. En su primer apartado, sanciona a quienes, ilícitamente, comercien, vendan, compren o de cualquier otro modo o por cualquier otro título obtengan o trafiquen con órganos o partes de órganos procedentes de personas vivas. Este apartado, por lo tanto, se considera sancionador de las conductas que cronológicamente suceden a la prevista en el artículo 22 bis de la Ley N.º 91 de 1999; es decir, posteriores a la mediación en la donación de órganos. Y el segundo apartado

Unido⁴², así como en países latinoamericanos, como, por ejemplo, Argentina⁴³,

del artículo 601 bis castiga a quien realice conductas relacionadas con el turismo de trasplantes o su publicidad y para quien publique o difunda anuncios con fines de tráfico de órganos humanos. Por su parte, la trata de personas con fines de extracción de órganos en Italia se sanciona en el artículo 601 del Código Penal. Pero, adviértase que esta última figura delictiva se solapa con las previstas en las normas anteriores.

⁴² En la Human Tissue Act de 2004 se castiga a quienes vulneren los requisitos establecidos sobre el consentimiento del donante (art. 5). Además, bajo la rúbrica “Prohibition of commercial dealings in human material for transplantation”, se sanciona a quienes realicen cualquier actividad tendente a la compra o a la venta de material controlado, a los que dirijan una organización cuyas actividades consistan en el comercio de dicho material, y a quienes publiquen o distribuyan anuncios que promocionen la disponibilidad o la necesidad de material controlado, con ánimo de lucro (art. 32). Finalmente, se reprime a la persona culpable de publicar o distribuir anuncios sobre la disponibilidad de órganos o sobre su necesidad. Y la trata de personas se recoge actualmente en la Modern Slavery Act 2015. En esta norma se entiende que “una persona comete un delito si organiza o facilita el viaje de otro con fines de explotación. Será irrelevante si la víctima da su consentimiento (tanto si es un adulto como si es un niño)” (art. 2). A continuación, la ley aclara que una persona puede, en particular, organizar o facilitar el viaje mediante la captación, el transporte, la transferencia, la acogida o la recepción, incluido el intercambio del control sobre la víctima. E, igualmente, determina que, a los efectos de esta ley, se entenderá que una persona organiza o facilita el viaje de la víctima con fines de explotación si tiene la intención de explotarla o si sabe que otro lo hará. Los fines de explotación a los que se refiere esta norma son los siguientes: “esclavitud, servidumbre y trabajo forzoso u obligatorio; explotación sexual; extirpación de órganos, etc.”. Por ende, de nuevo, se trata de una doble incriminación de un mismo comportamiento.

⁴³ La Ley argentina N.º 24.193, de trasplantes de órganos y tejidos, sanciona al que, siendo “un profesional del arte de curar o una persona que ejerza actividades de colaboración del arte de curar”, entregue u ofrezca beneficios a un potencial donante o a un tercero para lograr la obtención de órganos o tejidos; reciba, exija para sí o para terceros, o acepte una promesa de beneficios, con el fin de lograr la obtención de órganos o materiales anatómicos, sean o no propios; o intermedie con ánimo de lucro en la obtención de órganos o materiales anatómicos provenientes de personas o de cadáveres (art. 28). A estos mismos sujetos activos se les sanciona con la pena de prisión incluso a perpetuidad si la extracción del órgano se realiza por cualquiera a una persona viva vulnerando la normativa vigente (art. 30). Además, la Ley N.º 26.842, Prevención y Sanción de la Trata de Personas y Asistencia a sus Víctimas de 2012, ha incorporado al Código Penal el artículo 145 bis, que castiga al que realice conductas de trata de personas. Por lo tanto, una vez más, podrán darse solapamientos normativos en este ámbito.

Chile⁴⁴, Colombia⁴⁵ o México⁴⁶, en los que también se regulan

⁴⁴ En Chile la regulación del trasplante de órganos se halla en la Ley N.º 19.451 de 1996, de Normas sobre Trasplante y Donación de Órganos. Esta norma proclama el principio de gratuidad y sanciona penalmente, en relación con el tráfico de órganos procedentes de personas vivas, tres supuestos: el primero comprendería los actos tendentes a la venta de un órgano por parte del propio donante; el segundo se correspondería con los actos tendentes a la compra de un órgano por parte del receptor; y el tercero sería aquel en el que el sujeto activo es un tercero (ni donante ni receptor del órgano objeto de trasplante), que o bien ofrece o proporciona dinero para conseguir un órgano, o bien gestiona la venta de un órgano a un tercero (art. 13). Por su parte, la Ley N.º 20.507, por la que se tipifican los delitos de tráfico ilícito de migrantes y trata de personas y establece normas para su prevención y más efectiva persecución criminal del 2011, añadió al Código Penal el título “De los delitos de tráfico de inmigrantes y trata de personas”, que castiga a quienes cometan trata de personas (art. 411 quáter) en los mismos términos que lo hace la legislación española comentada en el texto.

⁴⁵ La Ley colombiana N.º 919 de 2004, por la que se prohíbe la comercialización de componentes anatómicos humanos para trasplante, castiga al que, ofreciendo o buscando algún tipo de gratificación o remuneración: trafique, compre, venda o comercialice componentes anatómicos humanos; sustraiga un componente anatómico de persona viva o muerta sin la correspondiente autorización; participe en calidad de intermediario en la compra, venta o comercialización del componente; o, realice publicidad sobre la necesidad de un órgano o tejido, o sobre su disponibilidad (art. 2). Y el delito de trata de personas se incorporó al Código Penal mediante la Ley N.º 985 de 2005, por medio de la cual se adoptan medidas contra la trata de personas, y normas para la atención y protección de las víctimas de la misma, entre los delitos contra la autonomía personal (art. 188.a CP). El tipo penal dispone sanción penal para “[e]l que capte, traslade, acoja o reciba a una persona, dentro del territorio nacional o hacia el exterior, con fines de explotación”. Y, a continuación, aclara que “se entenderá por explotación el obtener provecho económico o cualquier otro beneficio para sí o para otra persona, mediante la explotación de la prostitución ajena u otras formas de explotación sexual, los trabajos o servicios forzados, la esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, la servidumbre, la explotación de la mendicidad ajena, el matrimonio servil, la extracción de órganos, el turismo sexual u otras formas de explotación”. En definitiva, se vuelven a sancionar en dos normas penales distintas los comportamientos tendentes a la obtención de órganos, sin la válida anuencia del donante.

⁴⁶ En la Ley General de Salud de México se prevén tres tipos penales. En primer lugar, se castiga al que traslade o realice actos tendentes a trasladar fuera del territorio nacional órganos, tejidos y sus componentes de seres humanos vivos o de cadáveres sin permiso de la Secretaría de Salud (art. 461). En segundo lugar, se condenan tres grupos de modalidades delictivas distintas: la obtención, conservación, utilización, preparación o suministro ilícito de órganos, tejidos y sus componentes, cadáveres o fetos de seres

penalmente ambos fenómenos solapándose entre ellos.

4. Recapitulación de conclusiones y propuesta *de lege ferenda*

Las principales conclusiones alcanzadas en este trabajo pueden resumirse en las siguientes cuatro:

1. La trata de personas con fines de extracción de órganos es una forma de tráfico de órganos cada vez más extendida que suele manifestarse en forma de turismo de trasplantes.
2. Aunque suelen abordarse indiscriminadamente estas tres prácticas ilegales (el tráfico de órganos, la trata de personas con fines de extracción de órganos y el turismo de trasplantes), al tener la misma etiología, deben diferenciarse para prevenirlas y combatirlas adecuadamente.
3. Con este propósito, entre otros, las principales organizaciones internacionales han aprobado instrumentos normativos frente a toda forma de tráfico de órganos y han exigido a los Estados que lo sancionen penalmente.

humanos; el comercio o la realización de actos de simulación jurídica que tengan por objeto la intermediación onerosa de órganos, tejidos (incluyendo la sangre), cadáveres, fetos o restos de seres humanos; y, por último, el trasplante de un órgano o tejido sin atender las preferencias y el orden establecido en las listas de espera (art. 462). Por su parte, el artículo 10 de la Ley General para Prevenir, Sancionar y Erradicar los Delitos en Materia de Trata de Personas, y para la Protección y Asistencia a las Víctimas de estos Delitos de 2012, castiga “[t]oda acción u omisión dolosa de una o varias personas para captar, enganchar, transportar, transferir, retener, entregar, recibir o alojar a una o varias personas con fines de explotación”. Este mismo precepto aclara que “se entenderá por explotación de una persona a: la esclavitud; la condición de siervo; la prostitución ajena u otras formas de explotación sexual; la explotación laboral; el trabajo o servicios forzados; la mendicidad forzosa; la utilización de personas menores de dieciocho años en actividades delictivas; la adopción ilegal de persona menor de dieciocho años; el matrimonio forzoso o servil; tráfico de órganos, tejidos y células de seres humanos vivos; y experimentación biomédica ilícita en seres humanos”. Siendo esto así, se da nuevamente el solapamiento normativo al que se alude en el texto.

4. El problema es que los Estados, siguiendo el dictado de los instrumentos normativos internacionales, se han limitado a incorporar a sus respectivas legislaciones, por un lado, el delito de tráfico de órganos y, por otro lado, el delito de trata de personas con fines de extracción de órganos, sin dar respuesta a los solapamientos que entre ellos se generan.

Sentado lo anterior, parece conveniente proponer un cambio en todas las legislaciones penales que contengan una regulación como la descrita en el anterior epígrafe, que trate de salvar, en la medida de lo posible, algunos de los inconvenientes revelados y que, al mismo tiempo, sea absolutamente respetuoso con los instrumentos internacionales aprobados en este ámbito. Esta sugerencia, teniendo en cuenta la simetría de los delitos de trata de personas y de los de tráfico de órganos que se recogen en las normas de la mayoría de los Estados referenciados, sería perfectamente extrapolable a todas ellas.

A grandes rasgos, a mi juicio, lo más adecuado sería, por un lado, modificar los delitos de tráfico de órganos, de modo que, al sancionar los actos tendentes a la obtención ilegal de órganos, distinguan aquellos que cuenten con el consentimiento del donante de los que se lleven a cabo sin contar con su válida anuencia. Y, por otro lado, parece razonable excluir la trata de personas con fines de extracción de órganos de los respectivos delitos de trata de personas y sancionarla como una modalidad agravada de los delitos de tráfico de órganos.

En otras palabras, siguiendo esta propuesta, en el marco de los delitos de tráfico de órganos, se castigarían con una pena menor aquellos casos de favorecimiento de la obtención ilegal de órganos de personas fallecidas, y aquellos otros que se lleven a cabo en personas vivas que presten su consentimiento a la extirpación. En cambio, se reprimiría con una pena más severa la facilitación de la obtención ilegal de órganos realizada sin la válida anuencia del donante vivo, que ahora se incluye como modalidad delictiva de la trata de personas. Este último comportamiento merecería mayor

reproche penal puesto que, a pesar de que sería una manifestación más del tráfico de órganos, supone un atentado contra la libertad y la integridad moral del donante, además de una grave lesión para la salud pública (Moya, 2020, pp. 142-160).

En conclusión, los actos tendentes a la obtención ilegal de órganos, que se lleven a cabo sin contar con el consentimiento del donante, deberían considerarse un subtipo cualificado de los delitos de tráfico de órganos que contemplan actualmente las legislaciones domésticas y no una modalidad de los delitos de trata de personas.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Allain, J. (2011). Trafficking of persons for the removal of organs and the admission of guilt of a South African hospital. *Medical Law Review*, 19(1), 117-122. <https://doi.org/10.1093/medlaw/fwr001>
- Ambagtsheer, F. (2021). *Understanding the challenges to investigating and prosecuting organ trafficking: a comparative analysis of two cases*, *Trends in Organized Crime*, 1-28. <https://doi.org/10.1007/s12117-021-09421-2>
- Ambagtsheer, F., Gunnarson, M., De Jong, J., Lundin, S., Van Balen, L., Orr, Z., Byström, I. y Weimar, W. (2016). Trafficking in human beings for the purpose of organ removal. A case study report. En Ambagtsheer, F. y Weimar, W. (Eds.). *Trafficking in human beings for the purposal of organ removal. Results and Recommendations*, Pabst, Lengerich, 91-116.
- Ambagtsheer, F. y Van Balen, L. (2020). “I’m not Sherlock Holmes”: suspicions, secrecy and silence of transplant professionals in the human organ trade. *European Journal of Criminology*, 17(6), 764-783. <https://doi.org/10.1177/1477370818825331>
- Budiani-Saberi, D., y Mostafa, A. (2011). Care for commercial living donors: the experience of an NGO’s outreach in Egypt. *Transplant International*, 24, 317-323. <https://doi.org/10.1111/j.1432-2277.2010.01189.x>
- Cohen, L. (2003). Where in hurts: Indian material for an ethics of organ transplantation. *Zygon*, 38, 663-688. <https://doi.org/10.1111/1467-9744.00527>

- Efrat, A. (2013). The rise and decline of Israel's participation in the global organ trade: causes and lessons. *Crime, Law and Social Change*, 1-25. <https://doi.org/10.1007/s10611-013-9435-0>
- Jafar, T.H. (2009). Organ trafficking: global solutions for a global problema. *American Journal of Kidney Diseases*, 54, 1145-1157. <https://doi.org/10.1053/j.ajkd.2009.08.014>
- Mendoza, R. L. (2011). Price deflation and the underground organ economy in the Philippines. *Journal of Public Health*, 33, 101-107. <https://doi.org/10.1093/pubmed/fdq016>
- Mendoza, R. L. (2012). Transplant management from a vendor's perspective. *Journal of Health Management*, 14, 67-74. <https://doi.org/10.1177/097206341101400106>
- Moazam, F., Zaman, R. M. y Jafarey, A. M. (2009). Conversations with kidney vendors in Pakistan: An ethnographic study. *The Hasting Center Report*, 39, 29-44. <https://doi.org/10.1353/hcr.0.0136>
- Moya, C. (2020), *La trata de seres humanos con fines de extracción de órganos. Análisis criminológico y jurídico-penal*. Tirant lo Blanch.
- Naqvi, S. A., Ali, B., Mazhar, F., Zafar, M. N., y Rizvi, S. A. (2007). A socio-economic survey of kidney vendors in Pakistan. *Transplant International*, 20, 934-939. <https://doi.org/10.1111/j.1432-2277.2007.00529.x>
- Pascalev, A., Van Assche, K., Sandor, J. Codreanu, N., Naqvi, A., Gunnarson, M., Frunza, M., y Yankov, J. (2013). *Trafficking in human beings for the purpose of organ removal. A comprehensive literature review*. <http://hottproject.com/userfiles/HOTTProject-TraffickinginHumanBeingsforthePurposeofOrganRemoval-AComprehensiveLiteratureReview-OnlinePublication.pdf> (última consulta: 12/3/2021).

Scheper-Hughes, N. (2009). Black markets in organs. Face to face with Gaddy Tauber, Human trafficker, organs broker, holocaust survivor, *Business Today*, 46.

Shimazono, Y. (2007). The state of the international organ trade: a provisional picture based on integration of available information. *Boletín de la Organización Mundial de la Salud*, 85, 955-962.

Referencias documentales internacionales

Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions [COM(2021) 171 final] *on the EU Strategy on Combatting Trafficking in Human Beings 2021- 2025*.

Convenio del Consejo de Europa sobre la lucha contra el Tráfico de Órganos Humanos (2015).

Declaración de Estambul sobre el tráfico de órganos y el turismo de trasplantes (2018).

Documento *Trafficking in human organs* (EP/EXPO/B/DROI/FWC/2013-08/Lot8/03) del *Directorate-General for External Policies Policy Department* (2015).

Estrategia de la UE en la lucha contra la trata de seres humanos 2021-2025 de la Comisión Europea (2021).

Estudio conjunto de Naciones Unidas y el Consejo de Europa *Trafficking in organs, tissues and cells and trafficking in human beings for the purpose of the removal of organs* (2009).

Global Report on Trafficking in Persons 2012 de la UNODC.

Global Report on Trafficking in persons 2014 de la UNODC.

Global Report on Trafficking in persons 2016 de la UNODC.

Global Report on Trafficking in persons 2018 de la UNODC.

Global Report on Trafficking in persons 2020 de la UNODC.

Informe “Prevención, lucha y sanciones contra el tráfico de órganos humanos” del 15.º periodo de Sesiones de la Comisión de Prevención del Delito y Justicia Penal del Consejo Social y Económico de la ONU de 2006 (E/CN.15/2006/10).

Key concepts of the Trafficking in Persons Protocol, with a focus on the United Nations Office on Drugs and Crime issue papers on abuse of a position of vulnerability consent, and exploitation (CTOC/COP/WG.4/2015/4), 2015.

Legislative guide for the Protocol to Prevent, Suppress and Punish Trafficking in Persons, Especially Women and Children de la UNODC (2020).

Plan de acción para la donación y el trasplante de órganos (2009-2015): cooperación reforzada entre los Estados miembros de la Comisión Europea (2008).

Principios rectores de la OMS sobre trasplante de células, tejidos y órganos humanos de 2010 (WHA 63.22).

Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, que complementa la Convención contra la delincuencia organizada transnacional (2000).

Recomendación REC-RCIDT-2020 (28) sobre sistemas de información nacionales de donación y trasplante de la Red/Consejo Iberoamericano de Donación y Trasplante.

Resolución de la ONU 59/156, del 20 de diciembre 2004, titulada “Prevención, lucha y sanción del tráfico de órganos”.

Resolución de la ONU 74/176, del 18 de diciembre de 2019, titulada “Medidas para mejorar la coordinación de la lucha contra la trata de personas”.

Resolución de la ONU 75/195, del 16 de diciembre de 2020, titulada “Fortalecimiento y promoción de medidas eficaces y de la cooperación internacional en materia de donación y trasplante de órganos para prevenir y combatir la trata de personas con fines de extracción de órganos y el tráfico de órganos humanos”.

Resolución de la ONU A/RES/71/322, aprobada por la Asamblea General el 8 de septiembre de 2017.

Third report on the progress made in the fight against trafficking in human beings (2020).

Travaux préparatoires de las negociaciones para la elaboración de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y sus Protocolos (2008).