

CAPÍTULO VII

LA RETROACTIVIDAD DEL ACUERDO DE NO ENJUICIAMIENTO: UN EJERCICIO DE LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL DE LA LIBERTAD

**DIEGO PREZZI SANTOS,
ANTONIO JOSÉ MATTOS DO AMARAL,
TÂNIA LOBO MUNIZ**

CAPÍTULO VIII

LA EJECUCIÓN PENAL Y LA PREVENCIÓN ESPECIAL DEL CASTIGO: UNA MIRADA DESDE LA CRIMINOLOGÍA CRÍTICA Y LA LÓGICA DE LA REDUCCIÓN DE DAÑOS

**CARLOS EDUARDO
CUNHA MARTINS SILVA,
EDSON AMARAL**

CAPÍTULO IX

ECOCIDIO, UNA NUEVA MIRADA A LOS DELITOS MEDIOAMBIENTALES DESDE LA PERSPECTIVA DEL DERECHO PENAL INTERNACIONAL: UN TEMA PENDIENTE PARA LA AGENDA SOCIAL

CRISTHIAN RODRIGO BARRIOS VARÓN

“Es un honor presentar esta obra, que aborda las inconsistencias inherentes al derecho penal, explorando sus matices a través de los prismas de la legitimidad y transdisciplinariedad. La misma se erige como un compendio de reflexiones profundas y análisis transversales, sobre diversas temáticas cruciales en el ámbito jurídico, desentrañando las complejidades que rodean los asuntos críticos analizados. El libro, dividido en una amplia serie de capítulos, ofrece una visión panorámica en cada uno de ellos de un aspecto específico de las tensiones y paradojas presentes en el derecho penal.

‘Las inconsecuencias del derecho penal frente al principio de legitimidad’, fruto del esfuerzo colaborativo de académicos y expertos jurídicos, se posiciona como un recurso invaluable para quienes buscan profundizar en las complejidades del derecho contemporáneo, por su dedicación y contribución a este análisis exhaustivo, que no solo enriquece el debate jurídico, sino que también invita a la reflexión crítica sobre la evolución y coherencia del sistema legal”.

PABLO RAFAEL BANCHIO

Posdoctor en Nuevas Tecnologías y Derecho
(Universidad de Reggio Calabria –Italia–).

Posdoctor en Derechos Humanos (UCES –Argentina–).
Doctor en Derecho (UCES –Argentina–).

Coordinador académico de Maestría y Doctorado
en Ciencias Jurídicas (FICS).

Profesor titular de Ética en IUSE (Buenos Aires, Argentina).

JIB
BOSCH EDITOR

ISBN: 979-13-87828-15-8
9 791387 828158

J.I. TORRES MANRIQUE

JIB Las inconsecuencias del derecho penal frente al principio de legitimidad

JORGE ISAAC TORRES MANRIQUE

DIRECTOR

Las inconsecuencias del derecho penal frente al principio de legitimidad

PRÓLOGO

**PABLO RAFAEL
BANCHIO**

PRÓLOGO

PABLO RAFAEL BANCHIO

INTRODUCCIÓN

CAPÍTULO I

LA TRANSDISCIPLINARIEDAD EN EL DELITO POR EMOCIÓN VIOLENTA O CRIMEN PASIONAL

JUAN CARLOS HUANCA MOLINA

CAPÍTULO II

TRIBUNALES PENALES INTERNACIONALES «AD HOC»: PERSPECTIVAS HISTÓRICAS Y CRÍTICAS

**JOHN VICTOR JACHTCHECHEN,
PRISCILA CANEPARO**

CAPÍTULO III

LA CONSTANTE REFORMA DE LA AGRAVANTE DE ODIO O DE OBRAR POR MOTIVOS DISCRIMINATORIOS EN EL CÓDIGO PENAL ESPAÑOL

MIGUEL ABEL SOUTO

CAPÍTULO IV

REFLEXIONES EN TORNO A LA MAXIMIZACIÓN DEL DERECHO PENAL Y AL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO

**CUAUHTÉMOC MANUEL DE
DIENHEIM BARRIGUETE**

CAPÍTULO V

EL TURISMO DE TRASPLANTES Y EL TRÁFICO DE ÓRGANOS Y TEJIDOS HUMANOS COMO DELITOS DE CARÁCTER TRANSFRONTERIZO. DISPOSICIONES GENERALES. CUESTIONES RELATIVAS A LA PENALIZACIÓN DEL TRÁFICO DE ÓRGANOS Y TEJIDOS HUMANOS

ELENA EVGENYEVNA GULYAEVA

CAPÍTULO VI

¿EL EPÍGRAFE DE LOS PRINCIPIOS PENALES, UNA QUIMERA? INCONSISTENCIAS ENTRE LO ESCRITO Y LO REAL

MARLON ERNESTO CHIRIBOGA AGUIRRE

Las inconsecuencias del derecho penal frente al principio de legitimidad

JORGE ISAAC TORRES MANRIQUE
DIRECTOR

Las inconsecuencias del derecho penal frente al principio de legitimidad

PRÓLOGO
PABLO RAFAEL BANCHIO

Barcelona 2025


BOSCH EDITOR

© MAYO 2025 JORGE ISAAC TORRES MANRIQUE (Director)

© MAYO 2025



Librería Bosch, S.L.

<http://www.jmboscheditor.com>

<http://www.librieriabosch.com>

E-mail: editorial@jmboscheditor.com

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la ley. Dirijase a CEDRO (Centro Español de Derechos Reprográficos) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra (www.conlicencia.com; 91 702 19 70 / 93 272 04 45).

ISBN PAPEL: 979-13-87828-15-8

ISBN PDF: 979-13-87828-16-5

ISBN EPUB: 979-13-87828-17-2

D.L.: B 10785-2025

Diseño portada y maquetación: CRISTINA PAYÁ  +34 672 661 611

Printed in Spain – Impreso en España

DIRECCIÓN CIENTÍFICA

PRESIDENTE

Jorge Isaac Torres Manrique

MIEMBROS

Deilton Ribeiro Brasil, Cleide Calgaro, Ana Alice De Carli, Zulmar Fachin, Jéssica Fachin, Elena Evgenyevna Gulyaeva, Akil Ali Saiyed, Larisa Sannikova, Elena Tilovska-Kechegi, Kyvalya Garikapati, Sérgio Tibiriçá Amaral, Riccardo Perona, Rubén Miranda Gonçalves, Mariângela Guerreiro Milhoranza, Priscila Caneparo Dos Anjos, Mohd Imran, Prabhpreet Singh, Yulia Kharitonova, Sofia Filippova, Elizaveta Gromova, Manuel Bermúdez- Tapia, Zeynep Banu Dalaman, Douglas de Castro, Muhammad Safdar Bhatti, Faiz Ayat Ansari, Egor Kuznetsov, Irfan Ullah Stanikzai, José Sebastián Cornejo Aguiar, Magno Federici Gomes, Héctor Miguel Manríquez Zapata, Pablo Rafael Banchio, Pedro Luis Bracho-Fuenmayor.

COAUTORES

Antonio José Mattos do Amaral, Carlos Eduardo Cunha Martins Silva, Cristhian Rodrigo Barrios Varòn, Cuauhtémoc Manuel De Dienheim Barriguete, Diego Prezzi Santos, Edson Amaral, Elena Evgenyevna Gulyaeva, John Victor Jachtchechen, Juan Carlos Huanca Molina, Marlon Ernesto Chiriboga Aguirre, Miguel Abel Souto, Priscila Caneparo, Tânia Lobo Muniz.

ÍNDICE

PRÓLOGO. PABLO RAFAEL BANCHIO	15
INTRODUCCIÓN.....	19
CAPÍTULO I	
LA TRANSDISCIPLINARIEDAD EN EL DELITO POR EMOCIÓN VIOLENTA O CRIMEN PASIONAL. JUAN CARLOS HUANCA MOLINA ...	21
1. Introducción.....	21
2. Concepto de emoción.....	22
3. Naturaleza.....	22
4. Función jurídica.....	23
5. Estado de emoción violenta.....	25
6. La penalidad.....	29
7. Criterios para catalogar un homicidio por emoción violenta o crimen pasional desde el prisma de la psicología criminal.....	30
8. Conclusiones.....	32
9. Sugerencias.....	34
10. Bibliografía.....	35

CAPÍTULO II**TRIBUNALES PENALES INTERNACIONALES «AD HOC»:
PERSPECTIVAS HISTÓRICAS Y CRÍTICAS. JOHN VICTOR JACHT-
CHECHEN, PRISCILA CANEPARO**

	37
1. Introducción	37
2. Los tribunales internacionales ad hoc: el Tribunal de Nuremberg	39
3. El Tribunal de Tokio.....	41
4. El Tribunal de Yugoslavia	42
5. El Tribunal de Ruanda.....	44
6. Críticas a los tribunales “ad hoc”	48
7. Conclusión.....	51
8. Referencias bibliográficas.....	52

CAPÍTULO III**LA CONSTANTE REFORMA DE LA AGRAVANTE DE ODIO O
DE OBRAR POR MOTIVOS DISCRIMINATORIOS EN EL CÓDIGO
PENAL ESPAÑOL. MIGUEL ABEL SOUTO.....**

	57
1. Delitos de discurso del odio, delitos de odio y política criminal	57
2. La permanente reforma	60
3. Motivos, razones y clases de discriminación	65
4. Discriminación por asociación o refleja y por error.....	73
5. Consideraciones finales de política criminal.....	79

CAPÍTULO IV**REFLEXIONES EN TORNO A LA MAXIMIZACIÓN DEL DE-
RECHO PENAL Y AL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO.
CUAUHTEMOC MANUEL DE DIENHEIM BARRIGUETE.....**

	85
1. Introducción.....	85
2. La maximización del derecho penal.....	86

3.	El derecho penal del enemigo.....	89
4.	Crítica del derecho penal máximo y del derecho penal del enemigo a la luz del garantismo.....	92
5.	Bibliografía.....	99

CAPÍTULO V

EL TURISMO DE TRASPLANTES Y EL TRÁFICO DE ÓRGANOS Y TEJIDOS HUMANOS COMO DELITOS DE CARÁCTER TRANSFRONTERIZO. DISPOSICIONES GENERALES. CUESTIONES RELATIVAS A LA PENALIZACIÓN DEL TRÁFICO DE ÓRGANOS Y TEJIDOS HUMANOS. ELENA EVGENYEVNA GULYAEVA.		101
-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	--	-----

1.	Cuestiones de criminalización del turismo de trasplantes	106
2.	Los derechos somáticos como nueva generación de derechos de la personalidad	119

CAPÍTULO VI

¿EL EPÍGRAFE DE LOS PRINCIPIOS PENALES, UNA QUI-MERA? INCONSISTENCIAS ENTRE LO ESCRITO Y LO REAL. MARLON ERNESTO CHIRIBOGA AGUIRRE		129
-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	--	-----

1.	Introducción.....	129
2.	¿Porque la política criminal en los sistemas penales democráticos debe tener a la dignidad humana como el epígrafe de los derechos fundamentales?	131
3.	¿El funcionamiento efectivo de los sistemas penal de latinoamérica están respondiendo al garantismo y la dignidad humana que tratan de establecer en sus constituciones?.....	141
4.	Conclusiones.....	145
5.	Bibliografía.....	145

CAPÍTULO VII

LA RETROACTIVIDAD DEL ACUERDO DE NO ENJUICIAMIENTO: UN EJERCICIO DE LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL DE LA LIBERTAD. **DIEGO PREZZI SANTOS, ANTONIO JOSÉ MATOS DO AMARAL, TÂNIA LOBO MUNIZ**

147

1. Introducción	147
2. Jurisdicción constitucional de la libertad	149
3. (Ir)retroactividad de la ley penal: análisis del artículo 5, inciso XL de la Constitución Federal	152
4. El artículo 28-a del Código de procedimiento penal: norma definitoria del acuerdo de no enjuiciamiento	154
5. Análisis crítico de los argumentos a favor y en contra de la retroactividad del ANPP	157
6. Consideraciones finales	162
7. Referencias	163

CAPÍTULO VIII

LA EJECUCIÓN PENAL Y LA PREVENCIÓN ESPECIAL DEL CASTIGO: UNA MIRADA DESDE LA CRIMINOLOGÍA CRÍTICA Y LA LÓGICA DE LA REDUCCIÓN DE DAÑOS. **CARLOS EDUARDO CUNHA MARTINS SILVA, EDSON AMARAL**

167

1. Introducción	167
2. Ejecución penal: (i)legalidad e (in)dignidad humana	170
3. El cumplimiento de la pena y la prevención especial de las sanciones penales desde la perspectiva de la criminología crítica	178
4. Posibilidades de reducción de daños en el sistema penitenciario brasileño	184
5. Consideraciones finales	192
6. Referencias bibliográficas	193

CAPÍTULO IX

ECOCIDIO, UNA NUEVA MIRADA A LOS DELITOS MEDIOAM-
BIENTALES DESDE LA PERSPECTIVA DEL DERECHO PENAL
INTERNACIONAL: UN TEMA PENDIENTE PARA LA AGENDA
SOCIAL. **CRISTHIAN RODRIGO BARRIOS VARÓN**.....

197

1.	Introducción	198
2.	En busca de una definición de medioambiente	199
3.	El medio ambiente como bien jurídico tutelado	203
4.	Una aproximación a los delitos medioambientales de mayor impacto	208
	4.1. Residuos electrónicos	210
5.	A manera de conclusión.....	213
6.	Bibliografía	215

CAPÍTULO V**EL TURISMO DE TRASPLANTES Y EL TRÁFICO DE ÓRGANOS Y TEJIDOS HUMANOS COMO DELITOS DE CARÁCTER TRANSFRONTERIZO. DISPOSICIONES GENERALES. CUESTIONES RELATIVAS A LA PENALIZACIÓN DEL TRÁFICO DE ÓRGANOS Y TEJIDOS HUMANOS****ELENA EVGENYEVNA¹**

La transplantología de órganos, tejidos y células humanas implica algunos conceptos y términos específicos. Los trasplantes de un donante fallecido son los más controvertidos, ya que es más fácil establecer la voluntad real cuando el donante está vivo. La presunción de disconformidad es bastante

1 Doctora en Derecho Internacional y Europeo, la Profesora Asociada del Departamento de Derecho Internacional de la Academia Diplomática del Ministerio de Asuntos Exteriores de Rusia; Miembro de la Asociación Rusa de Derecho Internacional, Miembro de la Asociación Europea de Derecho Internacional, Miembro del Consejo de Relaciones Internacionales del Instituto Internacional de Derechos Humanos (IIDH -América), Miembro del Consejo Constitucional de Justicia (Argentina); 119021, Moscow, Ostozhenka 53/2, Building 1. e-mail: gulya-eva@yandex.ru. ORCID: 0000-0001-8376-7212.

común en muchos países. La presunción de no consentimiento reconoce que una persona no está dispuesta a que sus órganos se trasplanten a otra persona; los órganos pueden extraerse para trasplante si la persona seguía viva y dio su consentimiento al procedimiento, o si los familiares dan su consentimiento tras el fallecimiento. Se distingue entre «consentimiento restringido» y «consentimiento ampliado». El consentimiento estrecho requiere la voluntad expresa del donante en vida de donar sus órganos; el consentimiento amplio requiere no sólo el consentimiento del donante establecido en vida, sino también el consentimiento de sus familiares establecido tras el fallecimiento del donante.

Estos planteamientos de la transplantología tienen como principal objetivo proteger los derechos humanos, concretamente el derecho a la salud, una de cuyas manifestaciones es el derecho a no someterse a ninguna intervención médica sin el consentimiento libre. De lo contrario, el personal médico y otras personas podrían dedicarse al tráfico de órganos, tejidos y células.

También existe la presunción de donación, que se aplica en los Países Bajos, por ejemplo. La presunción de donación implica que se puede extraer un órgano del cuerpo de un donante fallecido si hay un receptor que lo necesita, independientemente de la voluntad del donante fallecido y de sus familiares. Así, el legislador neerlandés considera justo realizar una intervención médica para trasplantar un órgano de un donante a un receptor independientemente de la voluntad del donante y sus familiares, ya que la vida y la salud del receptor son más importantes que el honor y la dignidad de un donante ya fallecido. Este principio inhibe intrínsecamente el desarrollo de servicios de trasplante delictivos, ya que en tales condiciones aumenta la «oferta legítima» de órganos de donantes.

El tráfico de órganos humanos es una de las manifestaciones de la explotación contra los seres humanos, es decir, la trata de personas. Así, la trata de seres humanos es «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 al soborno, a pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra, con fines de explotación. La explotación incluye, como mínimo, 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 o la extracción de órganos». Cabe destacar especialmente que, según el artículo 3, letra c), «la captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de un niño con fines de explotación se considerará “trata de personas” aun cuando no se recurra a ninguno de los medios enunciados en la letra a) del mismo artículo».

La trata con fines de extracción de órganos también se refleja en el Protocolo Facultativo de 2000 de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía. Según el artículo 2, «por trata de niños se entenderá todo acto o transacción en virtud del cual un niño es transferido por una persona o grupo de personas a otra persona o grupo de personas a cambio de remuneración o de cualquier otra retribución». Según el artículo 3.1, los Estados Partes se comprometen a tipificar como delito una serie de actos en su legislación penal, independientemente del lugar en que se cometan (ya sea a escala nacional o transnacional) y del número de autores (ya sean individuos o grupos organizados). La trata de niños con fines de «transferencia de órganos con ánimo de lucro» está incluida en esta lista. Además, la tentativa, la complicidad o la participación en la comisión de dicho delito también deben estar tipificadas como delito en la legislación nacional del Estado Parte.

El Convenio del Consejo de Europa contra el Tráfico de Órganos Humanos de 2015, adoptado en Santiago de Compostela, también pretende combatir el tráfico de órganos humanos. Una forma de combatir esta actividad delictiva es que los Estados parte tipifiquen como delito los actos de tráfico de órganos a nivel nacional. Además, según el artículo 4, es delito extraer un órgano tanto del cuerpo de un donante vivo como de un donante fallecido en los siguientes casos

- (a) La extracción de un órgano tiene lugar sin el consentimiento libre, informado y específico tanto del donante vivo como del fallecido o, en el caso de un donante fallecido, la extracción de un órgano que no está permitida por la legislación nacional;
- (b) Se ofrece al donante vivo (o a un tercero en el caso de un donante fallecido) un beneficio económico (u otro beneficio comparable)

a cambio de los órganos extraídos, o recibe directamente dicho beneficio;

- (c) A cambio de los órganos extraídos al donante fallecido, el tercero ha recibido una oferta o recibe directamente un beneficio económico u otra ventaja comparable.

Sin embargo, según el art. 4 para. 3, la prestación económica y otras ventajas comparables no pueden considerarse pagos que compensen la pérdida de ingresos u otros gastos justificables derivados de la extracción del órgano o relacionados con exámenes médicos, así como la indemnización en caso de daños que sean parte integrante de la extracción del órgano. Los Estados Partes también se comprometen a sancionar la extracción de órganos para trasplante cuando tenga lugar fuera de sus sistemas nacionales de trasplante, y cuando la extracción sea contraria a los principios básicos de la legislación y la normativa nacionales que rigen la trasplantología (artículo 4, apartado 4).

El tráfico de órganos, tejidos y células suele implicar el tráfico con fines de extracción, por lo que nuestro estudio aborda ambas cuestiones conjuntamente. Además, la trasplantología ilegal también puede darse en el marco del turismo de trasplantes. El estudio de la trasplantología ilegal y la elaboración de estadísticas se complica por el hecho de que a menudo los implicados en el tráfico de órganos no denuncian los delitos cometidos (mientras que los donantes temen compartir información, a los receptores e intermediarios no les conviene hablar de ello).

El Convenio del Consejo de Europa sobre la Lucha contra la Trata de Seres Humanos es uno de los actos internacionales concebidos para combatir la trata de seres humanos. Sus disposiciones son en gran medida similares a las de otros instrumentos internacionales de lucha contra la trata. Según el artículo 4 (a), por «trata de seres humanos» se entenderá 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 fines de explotación. La explotación incluye,

como mínimo, 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 o la extracción de órganos».

Algunos han aprobado la venta de órganos, tejidos y células humanas, argumentando que los seres humanos son intrínsecamente libres de disponer de sus vidas y sus cuerpos según su propia voluntad y, por tanto, que limitar el «alcance de su control» sobre sus propios cuerpos es inaceptable. Por ejemplo, Michael Gill y Robert Sade creen que la venta de una persona y la venta de un órgano humano no son fenómenos relacionados, por lo que el tráfico de órganos no debe prohibirse. Una persona, al vender su órgano, se guía por su propia voluntad respecto a su propio cuerpo. Tras la venta de un riñón, el cuerpo del donante permanece, y dicho donante sella su propio destino, tanto cuando se vende el riñón como después de que se haya producido la venta. Además, el dinero que puede obtenerse de la venta de un riñón ayuda al donante a aumentar el «grado de control» sobre su vida. La venta es sólo un medio de influir en el destino de una persona y, por tanto, en su vida. Pero debe subrayarse que en este caso estamos hablando de una venta que no está relacionada con la explotación del donante - de lo contrario, tal venta de un órgano, tejido o célula está directamente relacionada con la trata de seres humanos (basada en la definición dada en el artículo 3(a) del 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, 2000). Así pues, la venta de un órgano, tejido o célula humanas por libre voluntad del donante es esencialmente un ejemplo de utilización de los derechos humanos somáticos, que no puede considerarse una injerencia en el interés público ni un acto delictivo.

Sin embargo, muchas personas se guían por el hecho de que, incluso con la expresión de la voluntad del donante, la venta de órganos y tejidos humanos sigue siendo una violación de los derechos humanos. Por ejemplo, la vida de una persona (el receptor) no puede importar más que la vida de otra (el donante), ya que, en cualquier caso, cuando se extraiga el órgano, el cuerpo del donante no funcionará tan bien como antes de la intervención quirúrgica, mientras que la condición física del receptor mejorará drásticamente (de hecho, al provocar cambios irreparables en el cuerpo del donante).

Para combatir la trata de personas con fines de extracción y venta de órganos, se ha elaborado el Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional de 2000, cuyas disposiciones obligan a los Estados Partes a tipificar como delito a nivel nacional determinados actos (incluida la trata de personas con fines de extracción de órganos) cuando se cometen intencionadamente, así como a tipificar como delito las tentativas de cometer estos actos.

La Iniciativa Mundial para Luchar contra la Trata de Personas ha descrito 3 tipos principales de tráfico de órganos:

- Cuando se coacciona a una persona mediante engaño o se la obliga a «renunciar» a un órgano;
- Cuando una persona, por razones económicas, consiente en la extracción de un órgano, pero al final el pago que recibe por su órgano es desproporcionadamente pequeño en comparación con lo prometido, o no hay tal pago en absoluto;
- Cuando se extrae un órgano a una persona sin su conocimiento durante una intervención supuestamente terapéutica.

En los tres casos, los donantes pueden considerarse las víctimas, ya que en ninguno de los tipos de tráfico de órganos mencionados el donante recibe el apoyo material adecuado y, en algunos casos, actúa contra su voluntad; los intermediarios y médicos que engañan a los donantes deben considerarse responsables.

1. CUESTIONES DE CRIMINALIZACIÓN DEL TURISMO DE TRASPLANTES

El llamado «turismo de trasplantes» es una de las formas más extendidas de tráfico de órganos: cuando el sistema de trasplante de órganos no está bien regulado en un Estado y no hay donante para el órgano necesario, una persona decide «buscar» ilegalmente un órgano en otros países. La Declaración de Es-

tambul sobre Tráfico de Órganos y Turismo de Trasplantes de 2008 se ocupa de este fenómeno, que también aborda la trata de seres humanos con fines de extracción de órganos. El turismo de trasplantes puede considerarse como «un viaje con fines de trasplante, que está asociado con la trata de seres humanos o con el tráfico de órganos humanos, o si los recursos (órganos, personal médico, instalaciones de trasplante) se utilizan para trasplantar órganos a pacientes no residentes, socavando al mismo tiempo la capacidad del país para proporcionar órganos de donantes a su propia población». No es infrecuente que se capte a extranjeros para trasplantes a través de ofertas especiales publicadas en Internet. La mayoría de los receptores proceden del norte de Europa, Norteamérica y países asiáticos ricos; viajan en el marco del turismo de trasplantes a países pobres de Asia y Europa del Este, Sudamérica y África, donde compran órganos a donantes empobrecidos.

Las formas que puede adoptar el turismo de trasplantes son las siguientes:

- Un receptor de un país de renta alta o media es enviado a un país de renta baja, donde se encuentra un donante adecuado (la mayoría de las veces pobre y socialmente vulnerable). Todos los procedimientos médicos para el trasplante tienen lugar en ese país;
- El donante y el receptor del mismo país se trasladan a otro país, donde tienen lugar los procedimientos médicos del trasplante;
- El receptor y el donante, que no residen en el mismo país, se trasladan a un tercer país, donde tienen lugar los procedimientos médicos del trasplante;
- El receptor se traslada al país en el que se encuentran tanto el receptor como la clínica que presta la atención médica.

El receptor o el donante se trasladan en función de las leyes de los países en los que residen. Si, por ejemplo, el receptor no tiene el donante de órganos necesario en el país en el que vive, o si la lista de espera para un trasplante es demasiado larga, y el receptor teme morir antes de que le llegue su turno, puede empezar a buscar un donante adecuado en un país donde el tráfico de órganos no esté prohibido, o en un país donde aunque esté prohibido, estos

servicios estén disponibles ilegalmente a gran escala. El receptor también puede encontrar un donante en un país donde el trasplante ilegal no sea posible, y viajar con él a un tercer país donde el tráfico de órganos sea habitual.

El turismo transfronterizo de trasplantes supone un peligro especial para la comunidad mundial porque, a diferencia de otras formas de explotación humana (como la explotación sexual o el trabajo forzado), el tráfico de órganos a través del turismo de trasplantes amenaza directamente la integridad física; además, su puesta en práctica se refleja en la naturaleza compleja y complicada de la estructura organizativa, ya que todas las manipulaciones relacionadas requieren la participación de un gran número de personas (incluido personal médico, empleados y otros).

El comercio de órganos no se realiza exclusivamente entre el donante y el receptor, sino con la participación de intermediarios, que son quienes reciben la mayor parte de los beneficios del trasplante. Según una investigación de Claire Nullis Capp, los intermediarios reciben entre 100.000 y 200.000 dólares por sus servicios, mientras que los propios donantes reciben unos 1.000 dólares (aunque el precio real de un órgano es de unos 5.000 dólares). Es evidente que el donante se encuentra en una situación de desventaja e incluso de vulnerabilidad. Este caso también puede plantear la cuestión no sólo de la legitimidad del comercio de órganos, sino también de su ética.

En opinión de Roberto Andorno, el tráfico de órganos, tejidos y células puede constituir una «autotransferencia a la esclavitud», en la que el donante decide vender su órgano. Aunque el donante no vende todo su cuerpo, lo hace con una parte del mismo, lo que no hace sino agravar la explotación de las personas pobres y sin educación. Igualmente importante, el tráfico de órganos, incluso con la voluntad expresa del donante, menoscaba la dignidad humana, ya que el principio de dignidad humana es incompatible con la comercialización del cuerpo humano y sus partes. Una persona es un ser humano y, por tanto, ni la persona ni sus partes pueden considerarse una mercancía.

En India, el turismo de trasplantes está muy desarrollado, aunque ya en 1994 se publicó la «Ley de Trasplantes de Órganos Humanos», que ilegaliza que alguien ofrezca o reciba un pago por proporcionar un órgano o tejido para trasplante. No obstante, desde 2000 India figura entre los países con mayor

número de trasplantes de órganos y tejidos realizados a pacientes de Estados Unidos, Europa Occidental, Japón, Australia, Corea del Sur, Taiwán y Oriente Próximo. En algunos países (uno de los cuales es India), incluso con una ley que prohíbe el tráfico de órganos, la práctica delictiva de realizar trasplantes de órganos, tejidos y células de donantes a cambio del pago por sus «servicios» se ha convertido en un hecho frecuente a lo largo de los años. El donante y el receptor pueden, por ejemplo, redactar documentos según los cuales el donante actúa por motivos altruistas o es pariente del receptor, por lo que es necesario vigilar con especial cuidado las bases del trasplante de órganos de donantes vivos.

Por ello, la base para el trasplante de órganos de donantes vivos debe vigilarse con especial cuidado. El turismo de trasplantes sólo es posible si los intermediarios y el personal médico que organizan y llevan a cabo el turismo de trasplantes trabajan bien juntos. Estas personas pueden, por ejemplo, dar a conocer sus servicios publicando los anuncios pertinentes en Internet. Por ejemplo, según datos publicados por Yosuke Shimazono, algunos sitios web anuncian sus servicios para un trasplante completo de riñón con la condición de que se paguen todos los gastos por entre 70.000 y 160.000 dólares. Yosuke Shimazono señala también que algunos países utilizan el turismo de trasplantes como herramienta de desarrollo económico, y la prestación de este tipo de servicios de pago puede expresar tanto un «reparto injusto» de órganos post mortem como el componente ético del propio procedimiento (sobre todo si el trasplante se realiza en un país cuya legislación contiene disposiciones poco desarrolladas para proteger a los donantes vivos de la coacción, la explotación y el daño físico, o si tales disposiciones no se aplican realmente).

El trasplante de órganos y tejidos humanos está regulado por diversas disposiciones legales y recibe una valoración jurídica y social diferente en función de una serie de factores. En primer lugar, el trasplante puede realizarse utilizando órganos y tejidos de personas ya fallecidas o de donantes vivos. En segundo lugar, la provisión de órganos, tejidos y células para trasplante es gratuita o remunerada. La donación de órganos, tejidos y células a cambio de una remuneración suele estar directamente relacionada con el tráfico de órganos, tejidos y células humanos. Uno de los problemas más comunes es que dicho comercio puede ser ilegal; además, los donantes que pretenden vender

sus órganos y tejidos en vida, tras todos los procedimientos necesarios para trasplantar un órgano o tejido, reciben poco o ningún pago, mientras que los intermediarios y el personal médico aportan la mayor parte de los ingresos.

Los donantes de órganos implicados en el turismo de trasplantes a veces abandonan su país para someterse a trasplantes de órganos y tejidos en otro país. Como parte del tráfico de órganos, a los donantes se les puede retirar el pasaporte (para limitar su libertad de movimiento); además, la mayoría de los donantes son engañados tanto por los médicos como por los intermediarios sobre la naturaleza de las operaciones de trasplante, asegurándoles que los riesgos de deterioro de la salud del donante son mínimos o inexistentes. El seguimiento médico de los donantes tras el trasplante puede ser breve e inadecuado, o estar completamente ausente, con el consiguiente perjuicio para su salud (por no hablar de su bienestar mental).

Los enfermos recurren al turismo de trasplantes cuando hay escasez de órganos de donantes en su propio país, o la lista de espera para un órgano de donante y una intervención quirúrgica es demasiado larga. En muchos países está prohibido el tráfico de órganos, por lo que los ciudadanos de esos países pueden recurrir potencialmente al turismo de trasplantes: el principio del enfoque no comercial en la trasplantología puede verse en Dinamarca, Italia, Hungría, Bulgaria, Argentina y muchos otros países.

Artículo 21 del Convenio para la protección de los derechos humanos y la dignidad en relación con las aplicaciones de la biología y la medicina: El Convenio sobre los Derechos Humanos y la Biomedicina de 1996 desempeña un papel importante en la trasplantología, según el cual el cuerpo humano y sus partes no deben ser un recurso para obtener beneficios materiales. Una disposición similar se encuentra en el artículo 21 (ni el cuerpo humano ni sus partes se utilizarán para obtener beneficios económicos u otras ventajas similares) y el artículo 22 (se prohíbe el comercio de órganos y tejidos) del Protocolo Adicional de 2002 al Convenio sobre los Derechos Humanos y la Biomedicina relativo al trasplante de órganos y tejidos humanos. Las disposiciones anteriores se basan en la premisa de que los seres humanos y sus «partes constitutivas» (a saber, órganos, tejidos y células) no pueden ser mercancías ni objeto de relaciones de mercado. Los seres humanos, así como los órganos, tejidos y células humanos, no deben ser considerados ni por los legisladores

ni por la sociedad como una mercancía capaz de servir como objeto de comercialización, ya que tal relación constituye una comercialización. Aunque hay quien sostiene que una persona, al tener derechos sobre su propio cuerpo, debería poder disponer de él (y de sus partes) como mejor le parezca, este planteamiento beneficia a los segmentos más ricos de la población, ya que esta actitud ante el cuerpo animará necesariamente a los pobres a comerciar con sus propios órganos, lo que de hecho casi nunca acaba bien para esos donantes. El vendedor (ya sea un donante, un médico o un empleado de una compañía de seguros) equipara automáticamente las citadas partes del cuerpo humano con una cosa o una mercancía cuando indica el precio de un órgano, un tejido o una célula.

El Convenio sobre Derechos Humanos y Biomedicina antes mencionado contiene otras disposiciones importantes:

- «Los intereses y el beneficio de la persona prevalecerán sobre los intereses de la sociedad o de la ciencia» (art. 2). Este artículo puede contradecir el principio del consentimiento presunto, cuyo objetivo principal es ayudar a la sociedad (en concreto, ayudar al sistema sanitario a encontrar donantes de órganos);
- «Una intervención médica sólo podrá efectuarse previo consentimiento voluntario e informado de la persona interesada. Esa persona es informada previamente de la finalidad y la naturaleza de la intervención, así como de sus consecuencias y riesgos. Esta persona podrá retirar libremente su consentimiento en cualquier momento» (art. 5). Este planteamiento del trasplante también contradice el principio del consentimiento presunto, habitual en algunos países europeos. Sin embargo, esta disposición también se dirige contra la explotación de los donantes vivos en materia de manipulación médica forzosa de la extracción de órganos;
- El capítulo 6 protege de la explotación a las personas cuyas capacidades físicas y mentales, así como su edad, no les permiten dar un consentimiento razonable e informado. Estas personas sólo podrán ser sometidas a intervenciones médicas en el marco de

la transplantología en los casos en que estas intervenciones sean necesarias para mejorar su salud física.

El tráfico de órganos también puede tener lugar durante conflictos armados. Así, la portavoz del Ministerio de Asuntos Exteriores de Rusia, María Zajárova, dijo en una sesión informativa el 31 de agosto de 2017 que hay informes según los cuales el Estado Islámico «aumenta los ingresos procedentes de la llamada “tributación” de los territorios controlados, la extorsión, el secuestro para pedir rescate y el comercio de antigüedades». Por desgracia, cada vez hay más pruebas de que se trafica activamente con órganos humanos....». Y en 2016 RIA Novosti publicó un artículo «Residentes de Alepo contaron cómo los militantes vendían heridos por órganos por 290 dólares», según el cual los militantes atacaban a los residentes locales para extraer órganos y sus partes para la venta, y los heridos y muertos eran vendidos para su posterior uso en transplantología («feria» se encontraba en la frontera sirio-turca).

Un vivo ejemplo de turismo de trasplantes es una clínica de Kosovo que vendía órganos humanos. En 2013 fueron condenados el director de la clínica, Lutfi Dervishi, su hijo Arban Dervishi, el anestesista jefe Sokol Najini y otros dos cómplices. Los traficantes de esta red ilegal de trasplantes ofrecían pagos de hasta 26.000 dólares a residentes turcos, moldavos y rusos para que vinieran a Kosovo y vendieran un órgano. Las víctimas firmaban documentos falsos, según los cuales supuestamente donaban sus órganos a sus familiares por razones altruistas (en total había 24 donantes implicados; muchos de ellos no recibieron pago ni atención médica adecuada). Así, en noviembre de 2008, un residente turco sospechoso fue visto en el aeropuerto de Pristina. Estaba débil, temblaba y tenía una gran cicatriz en el cuerpo (más tarde dijo que le habían «robado» el riñón de la clínica donde trabajaban los médicos mencionados).

Las Directrices de la OMS para el Trasplante de Células, Tejidos y Órganos Humanos fueron aprobadas por la 63ª Asamblea Mundial de la Salud en mayo de 2010.

La directriz 1 establece normas específicas que regulan el trasplante de células, órganos y tejidos de personas fallecidas, según las cuales estas inter-

venciones médicas sólo deben realizarse cuando exista consentimiento para el procedimiento (conforme a la ley) y no haya motivos para creer que la persona fallecida se oponía a la extracción de sus células, tejidos y órganos.

La directriz 2 afecta al conjunto de personas que certifican la muerte de un posible donante. Estos médicos no deben participar directamente en el trasplante de células, tejidos y órganos (no deben extraer ni trasplantar tejidos, células y órganos del donante que han considerado fallecido). Además, estos profesionales médicos no deben ser los médicos tratantes de los posibles receptores. Este principio contribuye a reducir la posibilidad de falsificación de la muerte del donante, ya que los médicos que intervienen simultáneamente en la declaración de fallecimiento de una persona, la extracción de tejidos, células y órganos y su trasplante a un receptor pueden tener un interés económico en la obtención de órganos del donante y la posterior realización de un trasplante.

La directriz 3 contiene las siguientes disposiciones principales:

- se recomienda que los trasplantes de personas fallecidas se realicen en primer lugar;
- los trasplantes de personas vivas deben realizarse siempre que el donante sea mayor de edad;
- el donante vivo debe tener al menos uno de los tres tipos de relación con el receptor: genética, legal o emocional;
- la donación en vida debe ser puramente voluntaria
- el donante debe recibir cuidados profesionales, así como estar en observación posterior (tras la operación de trasplante);
- la selección de los donantes debe controlarse según criterios establecidos;
- el donante no puede ser una persona incompetente
- el donante debe estar plenamente informado tanto de los riesgos como de todas las posibles consecuencias del trasplante.

El tráfico de órganos queda excluido por este principio: a menudo no existen vínculos afectivos, jurídicos y genéticos entre el donante y el receptor; el donante en el comercio de células, tejidos y órganos actúa principalmente por motivos materiales y no altruistas; como se demuestra en los casos mencionados, a menudo se engaña a los donantes sobre la naturaleza del proceso de trasplante y no reciben una atención médica completa. También es posible que en el tráfico de órganos no se tenga en cuenta la voluntad del donante (como en los casos de Alepo).

La directriz 4 establece un límite de edad para los donantes. El donante vivo de tejidos, células y órganos, por ejemplo, debe ser mayor de edad (con algunas excepciones especificadas en la legislación nacional). De este modo, se protege la vida y la salud de los menores. Además, aunque un adulto se convierta en donante, se recomienda encarecidamente obtener su consentimiento antes de llevar a cabo una intervención médica para extraer un tejido, una célula o un órgano. Las disposiciones de este principio también afectan directamente a las personas incapaces. Si se respeta este principio, quedan excluidos los actos de tráfico de tejidos, células y órganos de menores e incapaces, ya que suelen encontrarse en la posición más vulnerable y desprotegida, lo que los hace más propensos a sufrir trasplantes ilegales.

La directriz 5 excluye por completo la comercialización de la donación al prohibir que se proporcione un órgano al donante; no obstante, el donante puede esperar que se le reembolsen los «gastos razonables y controlables» en que haya incurrido (por ejemplo, podría tratarse de los honorarios de asistencia al donante, la indemnización por incapacidad o pérdida de ingresos y otros gastos similares). Así pues, se vuelve a insistir en la necesidad de que existan motivos altruistas que induzcan al donante a actuar adecuadamente en el contexto del trasplante. Los pagos efectuados al donante deben ser lo más transparentes posible para eliminar la posibilidad de tráfico de órganos. Este principio pretende proteger a los pobres y vulnerables, víctimas potenciales de los trasplantes ilegales. Los Estados, por su parte, pueden controlar la transparencia de las cirugías de trasplante para prevenir y reprimir posibles delitos. El comentario aborda la posibilidad de que el receptor haga regalos al donante. Se señala que tales acciones tampoco deben constituir un pago encubierto por los «servicios» del donante.

La directriz 6 especifica la necesidad de publicitar la necesidad tanto de donantes como de receptores exclusivamente de conformidad con la legislación nacional. Debe prohibirse la publicidad de la necesidad de órganos, tejidos y células cuya recepción esté condicionada a un pago material. También debe prohibirse la publicidad del suministro de células, tejidos y órganos a cambio de una remuneración. También debe prohibirse la publicidad de ofertas de pago a un familiar de una persona fallecida o a otras partes con acceso y, por tanto, posesión de órganos, tejidos y células de donantes. También debe prohibirse la prestación por una persona de servicios de intermediación en este ámbito. Deben prohibirse determinados tipos de publicidad, incluida la publicidad para vender células, tejidos y órganos para trasplantes, la publicidad para comprar células, tejidos y órganos para trasplantes, la publicidad para encontrar al pariente más próximo de un donante fallecido, y algunas otras.

La directriz 7 aborda las actividades de quienes participan directamente en los trasplantes de órganos, tejidos y células, es decir, el personal médico: estas personas no deben realizar manipulaciones de trasplantes, y las aseguradoras sanitarias y otros posibles pagadores no deben pagar los costes de los trasplantes si los tejidos, células u órganos para el trasplante no se han obtenido de buena fe (coaccionando a un donante para que trasplante, o coaccionando a un familiar directo de un donante fallecido).

La directriz 8 pide que se prohíba tanto a las clínicas de trasplantes como a las instituciones médicas y a sus empleados recibir honorarios desproporcionados (honorarios superiores a la remuneración razonable por los servicios prestados) en relación con la realización de trasplantes o el suministro de órganos, tejidos y células.

La directriz 9 pretende regular el desarrollo y la aplicación de métodos y criterios para la distribución de órganos de donantes, que no deben tener como objetivo principal el enriquecimiento económico de ninguna persona, y las normas para la distribución de órganos de donantes deben ser justas y transparentes.

La directriz 10 se centra en el bienestar físico del donante y del receptor. Por ello, los procedimientos médicos que se apliquen deben ser de alta

calidad, seguros y eficaces. Se requiere una evaluación de los posibles efectos y resultados del trasplante para documentar los beneficios y perjuicios de la intervención médica, respectivamente. Además, se hace hincapié en el valor evidente y la vulnerabilidad de los tejidos, células y órganos humanos, por lo que es necesario prestarles una atención especial, así como aumentar las precauciones y las medidas de preservación en relación con ellos. Ello exige el uso de sistemas de garantía de calidad que incorporen la trazabilidad y la vigilancia, seguidos de la notificación de acontecimientos y reacciones adversas a los tejidos, las células y los órganos humanos, ya procedan «de recursos nacionales» o de países extranjeros.

La directriz 11 recomienda que las actividades relacionadas con los trasplantes se lleven a cabo de forma abierta y transparente y que no se oculten los resultados (la apertura no se extiende a la información confidencial sobre donantes y receptores para garantizar su anonimato).

La trata de seres humanos con fines de extracción de órganos también se refleja en los actos legislativos de los órganos de la Unión Europea, concretamente en la Directiva 2011/36/UE del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la prevención y la lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas de 2011. La Directiva establece que la trata de seres humanos con fines de extracción de órganos constituye una grave violación de la dignidad humana y de la integridad física.

El artículo 2, apartado 1, establece que todos los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para garantizar la punibilidad de determinados actos de carácter internacional. Estos actos son: la captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de personas (incluido el intercambio o la transferencia de control sobre estas personas) con fines de explotación, mediante la amenaza o el uso de la fuerza u otras formas de coacción, el rapto, el engaño, el abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad o la concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga control sobre otra.

De acuerdo con el Artículo 2(3), la explotación incluye como mínimo las siguientes formas: prostitución u otras formas de explotación sexual; trabajo forzoso, incluida la mendicidad, esclavitud u otras formas de explotación

análogas a la esclavitud y la servidumbre; explotación en el contexto de actividades delictivas; y extracción de órganos.

De conformidad con el artículo 3, la incitación a cometer los actos descritos en el artículo 2, la complicidad en la comisión de los mismos actos y la tentativa de cometerlos deben ser punibles por los Estados Partes.

Esta Directiva también especifica las penas para los actos mencionados.

Especialmente destacable es el hecho de que esta Directiva, en su art. 5, reconoce la posibilidad de incluir a las personas jurídicas en el círculo de los responsables de los actos descritos (mientras que el Convenio para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la biología y la medicina: Convenio relativo a los Derechos Humanos y la Biomedicina, 1997, y el Protocolo Adicional al Convenio relativo a los Derechos Humanos y la Biomedicina sobre Trasplante de Órganos y Tejidos Humanos no incluye directamente a las personas jurídicas como responsables).

Del material examinado, podemos concluir que la transplantología debería ser puramente voluntaria y altruista. Sin embargo, algunos abogan por la comercialización del sector.

Amy Friedman (cirujana de trasplantes en EE.UU.) cree que la comercialización de la donación es necesaria, porque ayudará a combatir tanto el mercado negro de órganos humanos como la escasez de material donante que afecta a la mayor parte del mundo. Su postura es que el desarrollo de un ámbito claro de compensación debida a un donante vivo por su órgano podrá, de hecho, excluir la explotación como tal, que se produce, entre otras cosas, debido al turismo de trasplantes. La legalización permanente del pago por los «servicios» de un donante vivo evitaría la explotación, además de servir para establecer la igualdad de trato tanto para el donante como para el receptor. Sin embargo, la donación voluntaria remunerada debería limitarse a un solo Estado para excluir una posible explotación. El donante debería proporcionar su material sólo a residentes legales de su propio país, lo que anularía la explotación de donantes de países con bajos ingresos.

Anthony Monaco (genetista estadounidense y ex presidente de la Sociedad Americana de Trasplantes) no condena los argumentos de los partidarios

de la comercialización de los trasplantes. Al contrario, compara los beneficios económicos de la donación de órganos con el servicio militar. Así, en su opinión, los voluntarios que se alistan en el ejército estadounidense están motivados por el idealismo y el patriotismo, pero no hay que olvidar que se sienten atraídos por las matrículas universitarias, las asignaciones y primas relacionadas con el servicio, los importantes pagos económicos por lesiones y la pérdida de la vida.

Por lo tanto, al examinar el problema del comercio ilícito de órganos, tejidos y células humanos, se observa que chocan dos posturas principales a la hora de intentar regular este ámbito. Por un lado, no se puede negar la existencia de los derechos somáticos, que son tan importantes como otros derechos humanos y libertades fundamentales. Por otro lado, la garantía directa de los derechos somáticos puede ser, de hecho, una explotación encubierta de los seres humanos. La demanda de órganos, tejidos y células humanos no puede reducirse a cero, lo que, de hecho, sirve como recurso inagotable para la delincuencia. Minimizar los riesgos y el alcance de la criminalización de la transplantología puede lograrse mediante la elaboración detallada del marco jurídico y normativo que rige los trasplantes, no sólo a escala internacional, sino también nacional. Como se indica en el capítulo 2 de nuestro estudio, incluso en los países en los que el tráfico de órganos, tejidos y células está estrictamente prohibido, el mercado negro puede florecer; esta tendencia puede romperse si actúan las organizaciones internacionales y otras estructuras, cuyos representantes tendrían acceso a los archivos y bases de datos nacionales que procesan la información en el sistema sanitario. Permitir el acceso a expertos independientes extranjeros para que supervisen cada caso de trasplante de órganos, tejidos o células humanas ayudaría a establecer las verdaderas razones del consentimiento de un donante para que se le extraigan sus órganos, tejidos o células, lo que ayudaría a identificar los casos delictivos de tráfico de órganos, tejidos y células.

Los actos jurídicos internacionales estudiados muestran que la mayoría de los Estados siguen considerando delito el tráfico de órganos, tejidos y células humanos. En nuestra opinión, el principal problema para combatir este tipo de delitos es precisamente la falta de un mecanismo internacional de este tipo que controle las verdaderas causas de la donación.

2. LOS DERECHOS SOMÁTICOS COMO NUEVA GENERACIÓN DE DERECHOS DE LA PERSONALIDAD

En el ámbito internacional, la mayoría de los Estados han llegado a la conclusión de que debe garantizarse un determinado conjunto de derechos humanos y libertades básicas, incluidos los derechos reproductivos. Algunos tratados internacionales establecen algún tipo de garantía para los derechos reproductivos, pero el problema de los conflictos entre las disposiciones del derecho internacional y el derecho nacional es relevante, porque no existen actos jurídicos internacionales que unifiquen la regulación de las relaciones sociales relacionadas con los derechos reproductivos a nivel nacional e internacional. La falta de unificación del derecho internacional y nacional conduce a una fuente constante de conflictos y situaciones delictivas. El problema se origina en el hecho de que la mayoría de los tratados internacionales, aunque hacen referencia a la garantía de determinados derechos humanos y libertades fundamentales, sin embargo a menudo es posible encontrar una disposición, según la cual, debido a desacuerdos entre representantes de diferentes países, la regulación de determinadas cuestiones se deja en manos de los legisladores nacionales. Las disposiciones del derecho internacional son más bien suaves y generales, quizás incluso de carácter recomendatorio, por lo que la protección de los derechos reproductivos y otros derechos humanos fundamentales en presencia de un elemento extranjero es muy controvertida y difícil, ya que el derecho nacional y el internacional entran en conflicto.

El derecho internacional contiene disposiciones para regular y proteger la vida privada y familiar, pero no existe un marco claro que ayude a los poderes legislativo y ejecutivo del gobierno nacional a definir los límites y los elementos constitutivos de la vida familiar y privada que merecen ser protegidos. Es imposible garantizar la no injerencia en la vida privada y familiar en ausencia de un marco claro.

El choque de intereses públicos y personales en la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales es difícil de evitar. Aunque existen ideas de que los derechos humanos deberían primar sobre la moralidad pública, este planteamiento es controvertido porque la definición de mo-

alidad en el ámbito internacional es problemática debido a que en el ámbito internacional existe un choque de diferentes sociedades que interpretan el concepto de moralidad de diferentes maneras. Ésta es también una de las razones por las que resulta difícil unificar el derecho internacional y nacional en lo que respecta a la garantía y protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales.

La doctrina ofrece la siguiente definición de los derechos somáticos: «este grupo de tales [derechos], que se basan en una certeza cosmovisiva fundamental del ‘derecho’ del individuo a disponer independientemente de su cuerpo: llevar a cabo su «modernización», «restauración» e incluso «reconstrucción fundamental», modificar las posibilidades funcionales del cuerpo y ampliarlas con medios técnicos y agregativos o farmacológicos...»².

En otras palabras, los derechos somáticos incluyen aquellos derechos que son inherentes a todo ser humano; se refieren principalmente a aquellas oportunidades que permiten a una persona realizar ciertos cambios en su cuerpo con la ayuda de la medicina y la ciencia: eutanasia, derechos reproductivos positivos y negativos (inseminación artificial y esterilización, respectivamente), cambio de sexo biológico, trasplantes de órganos y tejidos...³ Los límites y principios que definen los derechos somáticos varían de una sociedad a otra, ya que están determinados no tanto por aspectos técnicos (las capacidades objetivas de la medicina) como por las medidas sociales más antiguas del bien y el mal: la religión, la ética, las opiniones tradicionales y filosóficas sobre la vida humana y su valor. Las fuentes más comunes de conflicto son el comercio y la donación de órganos y tejidos humanos, la maternidad subrogada y la interrupción del embarazo: estos «servicios» tienen una relación directa con los derechos reproductivos humanos, ya que alteran fundamentalmente la integridad del cuerpo humano, y quienes optan por recibir alguno de es-

2 Kruss V. I. Personal (“somatic”) human rights in the constitutional and philosophical-legal dimension: to the problem statement / V. I. Kruss // State and law. - Moscow: Nauka. - 2000. - N° 10. - P. 43-50.

3 Kokambo Y. D. Human somatic rights as a new generation of personality rights // Bulletin of the Amur State University. Series: Humanities. 2015. N° 68

tos «servicios» suelen verse limitados por el marco jurídico, así como moral y ético, de su sociedad. Para evitarlo, algunas personas deciden prestar o recibir servicios fuera de su país de origen o de residencia. Esto da lugar a casos de colisión no sólo entre el Derecho privado y el público dentro del mismo país, sino también entre las normas jurídicas de dos o incluso más países. Pueden darse casos de conflicto entre las normas civiles y penales de dos o más países, de los que encontraremos ejemplos en los siguientes capítulos de nuestra obra.

La generación de derechos somáticos está regulada por una serie de actos jurídicos internacionales, entre los que destacan los siguientes:

- El Convenio para la protección de los derechos humanos y la dignidad con respecto a las aplicaciones de la biología y la medicina, adoptado por el Consejo de Europa en 1997.
- La Resolución 2001/39 de 26 de julio de 2004. «Privacidad genética y no discriminación».
- Resolución 2003/69 de 25 de abril de 2003 sobre «Derechos humanos y bioética».
- Declaración de las Naciones Unidas sobre la Clonación Humana, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 2005.

Los derechos somáticos se diferencian de otros derechos en que están relacionados simultáneamente con la integridad física de la persona, su estado psicológico y espiritual y su personalidad. Alexander I. Kovler incluye en los derechos somáticos el derecho a la vida y a la dignidad de la persona, la libertad de conciencia, el derecho a la libertad y a la inviolabilidad personal, así como algunos otros derechos, considerando que estos derechos son la raíz de todos los derechos personales, es decir, cree que los derechos somáticos son uno de los tipos de derechos personales⁴. Algunos juristas, sin embargo, creen que los derechos somáticos se derivan de los derechos socioeconómicos y cul-

4 Kovler A. I. Anthropology of Law. M., 2002.

turales (por ejemplo, el condicionamiento del tráfico de órganos al derecho a la salud y a la atención médica).⁵

Puede producirse una colisión de intereses públicos y privados en el ejercicio o la vulneración de los derechos somáticos si se produce un caso de lesión de la salud. Los casos entran dentro de la esfera del Derecho público en caso de que dicho daño a la salud se considere grave o moderado en gravedad (lo que, a su vez, conlleva acciones penales). Esta situación sólo es posible si el sujeto que ha causado el daño a la salud no es la persona cuya salud se ha visto perjudicada (es decir, excluimos los casos de suicidio y similares)⁶.

Mikhail A. Lavrik elaboró una de las clasificaciones más populares de los derechos humanos somáticos:

- El derecho a la muerte;
- Derechos humanos en relación con sus órganos y tejidos;
- Derechos humanos sexuales;
- Derechos humanos reproductivos;
- El derecho a la reasignación de género;
- El derecho a clonar un cuerpo humano entero u órganos individuales;
- Derecho a consumir drogas y sustancias psicotrópicas⁷.

Examinamos los derechos humanos somáticos y reproductivos en relación con los crímenes de carácter internacional y los crímenes transnacionales, que son el objeto mismo de estos derechos.

5 Lavrik M. A. To the theory of somatic human rights // Siberian Law Bulletin. 2005. N° 3. (Pp. 24-25).

6 Pikurov N. I. Private life and criminal law: the search for a balance between the interests of the state and the individual: a monograph. Moscow: Yurite. 2021. P. 127

7 Lavrik M. A. To the theory of somatic human rights // Siberian Law Bulletin. 2005. N° 3. P. 24-25.

La doctrina del Derecho Internacional distingue dos «conceptos» importantes para nuestro trabajo: los crímenes internacionales y los crímenes de carácter internacional (o crímenes convencionales).

El crimen internacional es un acto ilícito culpable que atenta contra la seguridad internacional, el orden jurídico mundial y sus distintas esferas. Es ilícito por la voluntad acordada de Estados soberanos que reconocen este delito como infracción penal⁸. Ejemplos de crímenes internacionales son el genocidio, los crímenes contra la humanidad y otros. Basándose en los trabajos de I.I. Karpets, los crímenes de carácter internacional son «actos previstos por acuerdos (convenios) internacionales que no constituyen crímenes contra la humanidad, pero que entorpecen las relaciones normales entre Estados y perjudican la cooperación pacífica en diversos ámbitos de relaciones (económicas, socioculturales, patrimoniales, etc.), así como a organizaciones y ciudadanos, punibles según las normas establecidas en acuerdos (convenios) internacionales ratificados en el orden establecido»⁹.

V. P. Panov considera que los delitos de carácter internacional son delitos comunes «complicados por un elemento extranjero» (o bien los sujetos son ciudadanos de distintos países, o bien el objeto del delito no coincide con el lugar de su comisión, o bien el lado objetivo está reconocido como socialmente peligroso en un tratado internacional). Además, según sus trabajos, los delitos de carácter internacional no tienen un vínculo directo con un Estado concreto, que actúa como sujeto del delito; un delito de este tipo infringe tanto el ordenamiento jurídico internacional como el nacional¹⁰.

C. V. Cernichenko considera que los delitos de carácter internacional son agravios reconocidos por los países como delitos cometidos por indivi-

8 Spiridonov A. P., Baburin V. B. Types of Crimes in International Criminal Law // Scientific Vestnik of the Omsk Academy of the Ministry of Internal Affairs of Russia. 2012. N° 2. p. 3

9 Karpets I. I. Crimes of international character. P 48 // Crimes of international character / Karpets I.I. - M.: Yurid. lit., 1979. - 264 p.

10 Panov V.P. International Law. - Moscow: Infra, 1997. - P. 13.

duos concretos¹¹. Sin embargo, los delitos internacionales no amenazan sólo a un Estado concreto, sino a la comunidad mundial en su conjunto, por lo que es necesario aunar esfuerzos para combatirlos.

Los derechos somáticos forman una generación distinta de derechos humanos, cuyo estudio es de gran relevancia para el siglo XXI debido a los avances tecnológicos y médicos, cuyos frutos y servicios son cada día más populares. En la doctrina, podemos encontrar la siguiente definición de derechos somáticos: «este grupo de tales [derechos], que se basan en una cosmovisión fundamental de confianza en el «derecho» de la persona a disponer autónomamente de su cuerpo: a llevar a cabo su «modernización», «restauración» e incluso «reconstrucción fundamental», a modificar las posibilidades funcionales del cuerpo y ampliarlas con medios técnico-agresivos o medicamentosos». Es decir, los derechos somáticos engloban aquellos derechos que son inherentes a todo ser humano; están relacionados principalmente con aquellas oportunidades que permiten a una persona realizar ciertos cambios en su cuerpo con la ayuda de la medicina y la ciencia: eutanasia, derechos reproductivos positivos y negativos (inseminación artificial y esterilización, respectivamente), cambio de sexo biológico, trasplantes de órganos y tejidos. El control de los límites y principios que definen los derechos somáticos varía de una sociedad a otra, ya que están determinados no tanto por aspectos técnicos (las capacidades objetivas de la medicina) como por las medidas sociales más antiguas de lo que está bien y lo que está mal: la religión, la ética, las visiones tradicionales y filosóficas de la vida humana y su valor. La trata de seres humanos, la donación de órganos y tejidos, la maternidad subrogada y la interrupción del embarazo son las mayores fuentes de conflicto: estos «servicios» tienen una relación directa con los derechos reproductivos humanos, ya que alteran fundamentalmente la integridad del cuerpo humano, y quienes deciden recibir cualquiera de estos «servicios» a menudo se ven limitados por el marco jurídico, así como moral y ético, de la sociedad de la que forman parte. Para evitarlo, algunas personas deciden prestar o recibir servicios fuera de su país de origen o de residencia.

11 International Criminal Law / ed. by V.N. Kudryavtsev. - Moscow: Nauka, 1999. - P. 149.

Esto da lugar no sólo a la colisión del Derecho privado y público dentro del mismo país, sino también a la colisión de las normas jurídicas de dos o incluso más países. Los casos posibles son aquellos en los que existe un conflicto entre las leyes civiles y penales de dos o más países, de los que pueden encontrarse ejemplos en los siguientes capítulos de nuestra obra.

Examinamos los derechos humanos somáticos y reproductivos en relación con los crímenes internacionales y los crímenes transnacionales, cuyos objetos son precisamente estos derechos.

En la doctrina del derecho internacional se distinguen dos conceptos importantes para nuestro trabajo: crimen internacional y crimen de naturaleza internacional (o crimen convencional). El artículo 2 de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio define los «delitos internacionales» como delitos contra la seguridad internacional, el orden jurídico internacional y sus distintas esferas. El delito internacional es ilícito por la voluntad acordada de Estados soberanos que reconocen este delito como punible penalmente. Ejemplos de crímenes internacionales son el genocidio, los crímenes contra la humanidad y otros.

Basándose en los trabajos de I.I. Karpets, los crímenes de carácter internacional son «actos previstos por acuerdos (convenios) internacionales, no relacionados con crímenes contra la humanidad, pero que entorpecen las relaciones normales entre Estados y causan daños a la cooperación pacífica en diversos ámbitos de relaciones (económicas, socioculturales, patrimoniales, etc.), así como a organizaciones, ciudadanos, punibles según las normas establecidas en acuerdos (convenios) internacionales, ratificados en el orden prescrito».

Panov V. considera que los delitos de carácter internacional son delitos ordinarios «complicados por un elemento extranjero» (o bien los sujetos son ciudadanos de distintos países, o bien el objeto del delito no coincide con el lugar de su comisión, o bien el lado objetivo está reconocido como socialmente peligroso en un tratado internacional).

Además, según sus escritos, los delitos de carácter internacional no tienen relación directa con un Estado concreto como sujeto del delito; tal delito infringe tanto el orden jurídico internacional como el nacional.

C. V. Chernichenko considera que los delitos de carácter internacional son agravios reconocidos por los países como delitos cometidos por individuos concretos. En este caso, los delitos de carácter internacional no sólo son peligrosos para un Estado en particular, sino para la comunidad mundial en su conjunto, en vista de lo cual se requieren esfuerzos conjuntos para combatirlos.

Los delitos de carácter internacional son aquellos en los que el objeto del delito son determinados intereses y prerrogativas que tienen un valor uniformemente elevado para una serie de Estados, tal y como se refleja en el tratado o acuerdo internacional pertinente. Varios Estados, por ejemplo, pueden reconocer un acto como perjudicial para los intereses y valores de esos Estados cuando firman un convenio, por el que las partes en ese convenio se comprometen a modificar en consecuencia las legislaciones penales nacionales, tipificando el acto (o la omisión) como delito. El acto en sí no tiene una motivación política cuando se cometen tales agravios, sino que se convierte en internacional al ser tipificado como delito por varios Estados, lo que se refleja en su acuerdo negociado conjuntamente.

Las personas (o grupos de ellas), y no los propios Estados, son los sujetos de los delitos de carácter internacional. Están sujetas a responsabilidad penal en virtud del Derecho penal nacional, que a su vez refleja ciertas disposiciones específicas de determinados tratados internacionales.

La doctrina también distingue por separado los denominados delitos transfronterizos o transnacionales. La diferencia entre los delitos transnacionales y los delitos internacionales radica en que éstos son competencia de dos o más Estados, ya que el acto ilícito se comete en el territorio de un Estado y las consecuencias peligrosas se manifiestan en el territorio del segundo Estado, o los actos delictivos son cometidos por el sujeto del delito en el territorio de más de un Estado. Los delitos de este tipo no suelen estar tipificados en los convenios internacionales; no infringen el orden mundial general y no afectan a los intereses globales de la humanidad. La participación de dos o más Estados en la administración de justicia se basa en el hecho de que el delito se caracteriza intrínsecamente por la presencia de un elemento extranjero, de modo que no pueden llevarse a cabo procedimientos adecuados y completos sin la cooperación de los Estados implicados. Del mismo modo, dicha cooperación

también puede ser necesaria en la lucha preventiva contra la delincuencia. Los delitos transnacionales también son posibles si el delito en el territorio de un Estado es cometido por un extranjero o un apátrida.