

38

INCLUYE ACCESO
A LA VISUALIZACIÓN
ONLINE DEL FONDO
COMPLETO DE
LA REVISTA

FONDS PRAVIDEET PRO

Revista

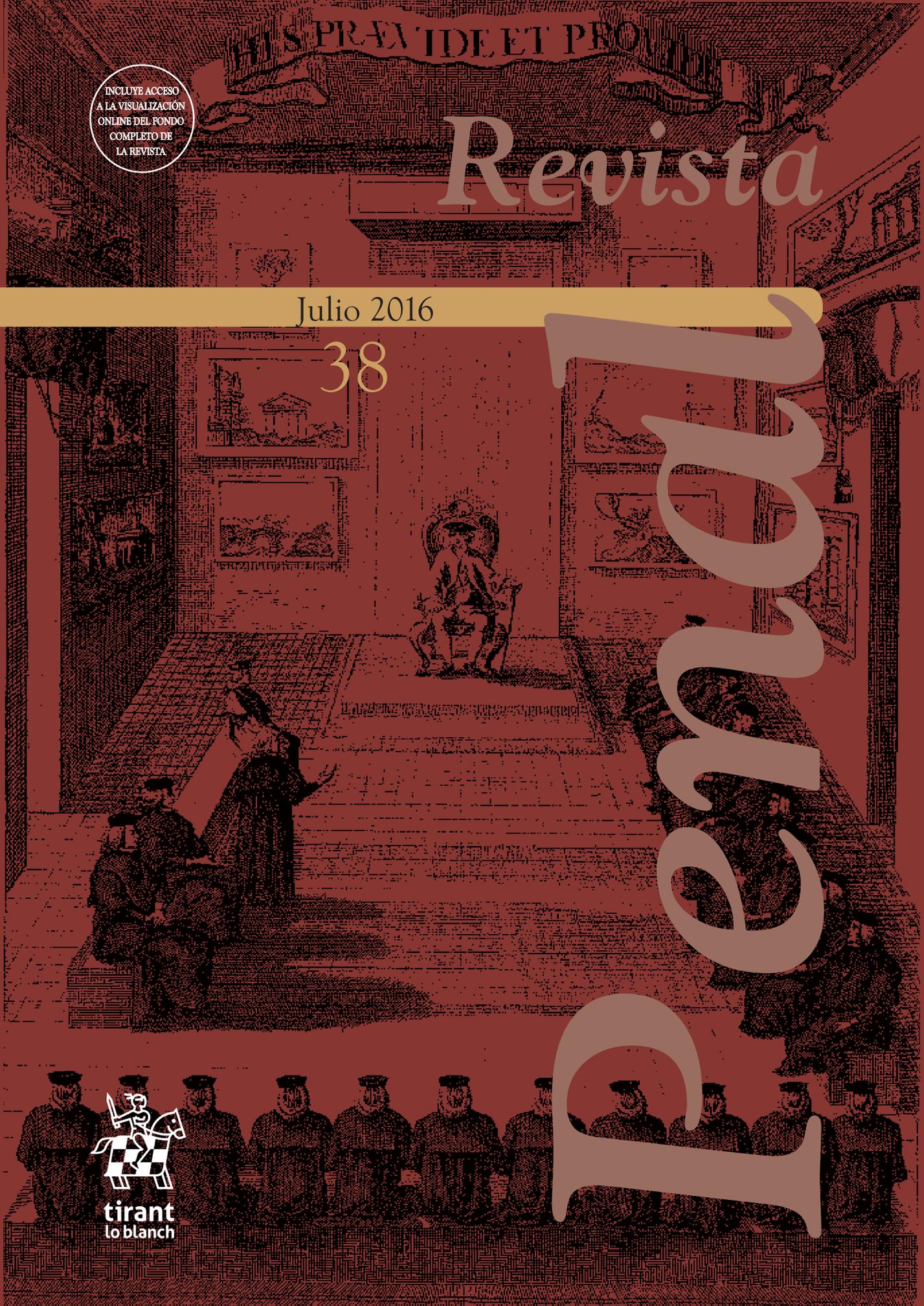
Julio 2016

38

Revista Penal

Penal

Julio 2016



Revista Penal

Número 38

Sumario

Doctrina:

– Culpabilidad jurídico-penal, motivos y emociones. La existencia enigmática de la libertad de voluntad, por Mercedes Alonso Álamo	5
– El nuevo concepto de pornografía infantil: una interpretación realista, por Miguel Ángel Boldova Pasamar.	40
– Algunas consideraciones sobre las consecuencias jurídicas del derribo de aviones secuestrados, por Paulo César Busato	68
– La cámara oculta en el proceso penal, por Javier Ángel Fernández-Gallardo	85
– Estafa, falsedad, administración desleal y fraude de subvenciones: una revisión de sus relaciones concursales, por M ^a Carmen Gómez Rivero	107
– El comiso ampliado como paradigma del moderno Derecho penal, por María Concepción Gorjón Barranco	127
– Concepto, función y naturaleza jurídica de las consecuencias jurídicas accesorias del delito, por Luis Gracia Martín	147
– El <i>stalking</i> en el Derecho comparado: la obligación de incriminación de la Convención de Estambul y técnicas de tipificación, por Anna Maria Maugeri	226
– Una nueva perspectiva en relación con el bien jurídico protegido en el delito de falsedad de los documentos societarios, por David Pavón Herradón	254
– Nuevos perfiles de la corrupción y política criminal: los delitos de corrupción entre particulares y de fraude en el deporte en los ordenamientos jurídico-penales de España y Portugal, por Javier Sánchez Bernal	276
– Ámbito de aplicación y proyecciones de reforma del artículo 156 bis del Código Penal español a la luz del Convenio del Consejo de Europa de 2014 contra el tráfico de órganos, por Vincenzo Tigano	299
– Las agresiones a profesionales sanitarios desde la perspectiva del Derecho sancionatorio. Particular consideración del delito de atentado, por Asier Urruela Mora	322
Sistemas penales comparados: Financiación del terrorismo (Terrorism Financing)	346
Noticias: Cooperación científica jurídico-penal entre Alemania y América Latina de igual a igual: El Centro de Estudios de Derecho Penal y Procesal Penal (CEDPAL) de la Universidad de Göttingen. A su vez, un homenaje a Claus Roxin	399
Notas bibliográficas: por Cristina del Real Castrillo	403



Universidad
de Huelva



UNIVERSIDAD
DE SALAMANCA



tirant lo blanch

Publicación semestral editada en colaboración con las Universidades de Huelva, Salamanca, Castilla-La Mancha, Pablo Olavide de Sevilla y la Cátedra de Derechos Humanos Manuel de Lardizábal.

Dirección

Juan Carlos Ferré Olivé. Universidad de Huelva
jcferreolive@gmail.com

Secretarios de redacción

Víctor Manuel Macías Caro. Universidad Pablo de Olavide
Miguel Bustos Rubio. Universidad de Salamanca

Comité Científico Internacional

Kai Ambos. Univ. Göttingen	Borja Mapelli Caffarena. Univ. Sevilla
Luis Arroyo Zapatero. Univ. Castilla-La Mancha	Victor Moreno Catena. Univ. Carlos III
Ignacio Berdugo Gómez de la Torre. Univ. Salamanca	Francisco Muñoz Conde. Univ. Pablo Olavide
Gerhard Dannecker. Univ. Heidelberg	Enzo Musco. Univ. Roma
José Luis de la Cuesta Arzamendi. Univ. País Vasco	Francesco Palazzo. Univ. Firenze
Albin Eser. Max Planck Institut, Freiburg	Teresa Pizarro Beleza. Univ. Lisboa
Jorge Figueiredo Dias. Univ. Coimbra	Claus Roxin. Univ. München
George P. Fletcher. Univ. Columbia	José Ramón Serrano Piedecabras. Univ. Castilla-La Mancha
Luigi Foffani. Univ. Módena	Ulrich Sieber. Max Planck. Institut, Freiburg
Nicolás García Rivas. Univ. Castilla-La Mancha	Juan M. Terradillos Basoco. Univ. Cádiz
Vicente Gimeno Sendra. UNED	Klaus Tiedemann. Univ. Freiburg
José Manuel Gómez Benítez. Univ. Complutense	John Vervaele. Univ. Utrecht
Carmen Gómez Rivero. Univ. Sevilla	Eugenio Raúl Zaffaroni. Univ. Buenos Aires
José Luis González Cussac. Univ. Valencia	Manuel Vidaurri Aréchiga. Univ. La Salle Bajío

Consejo de Redacción

Miguel Ángel Núñez Paz y Susana Barón Quintero (Universidad de Huelva), Adán Nieto Martín, Eduardo Demetrio Crespo y Ana Cristina Rodríguez (Universidad de Castilla-La Mancha), Emilio Cortés Bechiarelli (Universidad de Extremadura), Fernando Navarro Cardoso y Carmen Salinero Alonso (Universidad de Las Palmas de Gran Canaria), Lorenzo Bujosa Badell, Eduardo Fabián Caparros, Nuria Matellanes Rodríguez, Ana Pérez Cepeda, Nieves Sanz Mulas y Nicolás Rodríguez García (Universidad de Salamanca), Paula Andrea Ramírez Barbosa (Universidad Externado, Colombia), Paula Bianchi (Universidad de Los Andes, Venezuela), Elena Núñez Castaño (Universidad de Sevilla), Pablo Galain Palermo (Max Planck Institut - Universidad Católica de Uruguay), Alexis Couto de Brito y William Terra de Oliveira (Univ. Mackenzie, San Pablo, Brasil).

Sistemas penales comparados

Navid Aliabasi (Alemania)	Ludovico Bin (Italia)
Luis Fernando Niño (Argentina)	Manuel Vidaurri Aréchiga (México)
William Terra de Oliveira (Brasil)	Sergio J. Cuarezma Terán (Nicaragua)
Felipe Caballero Brun (Chile)	Carlos Enrique Muñoz Pope (Panamá)
Jia Jia Yu (China)	Víctor Roberto Prado Saldarriaga (Perú)
Álvaro Orlando Pérez Pinzón (Colombia)	Barbara Kunicka-Michalska (Polonia)
Roberto Madrigal Zamora (Costa Rica)	Volodymyr Hulkevych (Ucrania)
Elena Núñez Castaño (España)	Pablo Galain Palermo (Uruguay)
Angie A. Arce Acuña (Honduras)	Jesús Enrique Rincón Rincón (Venezuela)

www.revistapenal.com

© TIRANT LO BLANCH
EDITA: TIRANT LO BLANCH
C/ Artes Gráficas, 14 - 46010 - Valencia
TELF.: 96/361 00 48 - 50
FAX: 96/369 41 51
Email: tlb@tirant.com
http://www.tirant.com
Librería virtual: http://www.tirant.es
DEPÓSITO LEGAL: B-28940-1997
ISSN.: 1138-9168
IMPRIME: Guada Impresores, S.L.
MAQUETA: Tink Factoría de Color

Si tiene alguna queja o sugerencia envíenos un mail a: atencioncliente@tirant.com. En caso de no ser atendida su sugerencia por favor lea en www.tirant.net/index.php/empresa/politicas-de-empresa nuestro Procedimiento de quejas.



Ámbito de aplicación y proyecciones de reforma del artículo 156 bis del Código Penal español a la luz del Convenio del Consejo de Europa de 2014 contra el tráfico de órganos

Vincenzo Tigano

Revista Penal, n.º 38 - Julio 2016

Ficha Técnica

Autor: Vincenzo Tigano.

Title: Scope and Reform Projections of Section 156 of the Spanish Criminal Code in the Light of the 2014 Council of Europe Convention against Trafficking in Human Organs.

Adscripción institucional: Investigador en la Universidad de Catanzaro (Italia).

Sumario: 1. Premisa. 2. El Convenio del Consejo de Europa contra el tráfico de órganos. 3. El tipo penal del artículo 156 bis del Código penal: los conceptos de «obtención» y «trasplante» de órganos. 4. Continuación. La indeterminación del concepto de «tráfico ilegal de órganos humanos»: el recurso del uso convencional del lenguaje. 4.1. La interpretación del término «tráfico» en el ámbito del tipo del Código penal. 4.2. Tráfico y comercio de órganos: ¿dos fenómenos criminales que se superponen? 4.3. Las conexiones con el delito de trata de seres humanos: la Declaración de Estambul. 4.4. ¿El tráfico de órganos como una forma específica de lesiones personales? 5. Intentos para definir el tráfico de órganos a la luz del bien jurídico protegido por el artículo 156 bis. 6. La noción de tráfico ilegal de órganos humanos a la luz del acto incriminado por el artículo 156 bis. 6.1. Los actos de promoción, favorecimiento, facilitación y publicidad. 6.2. La ausencia de una incriminación expresa de los actos ejecutivos del tráfico ilegal de órganos humanos. 6.3. El espacio residual de incriminación de la complicidad. 7. Conclusiones.

Resumen: Este artículo analiza si el art. 156 CP está o no en condiciones de reprimir las diversas facetas del tráfico de órganos humanos tomando en consideración el Convenio del Consejo de Europa de 2014.

Palabras clave: tráfico de órganos humanos, artículo 156, Consejo de Europa, trata de seres humanos, lesiones

Abstract: This paper analyzes whether Section 156 of the Spanish Criminal Code can effectively repress trafficking in human organs taking into account the 2014 Council of Europe Convention.

Key words: Traffic in Human Organs, Section 156, Council of Europe, Traffic in Human Beings, Bodily Injuries

Observaciones: traducción directa del italiano por Juan Pablo Castillo Morales, Profesor Ayudante de Derecho Penal en la Universidad de Valparaíso (Chile) y doctorando en la Universidad de Trento (Italia).

Rec: 28-04-2016 **Fav:** 17-06-2016.

1. Premisa

La Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio de 2010, introdujo en el Código penal español el artículo 156 bis, que sanciona penalmente el tráfico de órganos y

otros actos relacionados a este fenómeno criminal con penas privativas de la libertad que pueden llegar hasta los doce años de prisión. El tipo penal, hasta hoy sin aplicación efectiva en el plano jurisprudencial, ha sido recientemente objeto de un procedimiento penal

instruido por el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana (TSJCV) contra cinco sujetos acusados de haber intentado comprar un riñón en favor de un libanés millonario (también entre los imputados) que fue a España para someterse a un trasplante clandestino¹.

Entre los ordenamientos europeos, el español es uno de los primeros en haber intervenido legalmente en esta materia, anticipándose incluso a la Directiva 2010/53/UE, aprobada el 7 de julio de 2010 por el Parlamento europeo y el Consejo «sobre normas de calidad y seguridad de los órganos humanos destinados al trasplante», que, indirectamente, ha contribuido a la lucha contra el tráfico de órganos².

El análisis que nos proponemos en esta sede está destinado a examinar la legislación penal española en el sentido aquilatar si está o no en condiciones de reprimir las diversas facetas que puede asumir el mentado fenómeno, tomando en consideración, además, la reciente adopción del Convenio del Consejo de Europa contra el tráfico de órganos humanos.

2. El Convenio del Consejo de Europa contra el tráfico de órganos

El Convenio, primer instrumento normativo internacional especialmente destinado a la represión del tráfico de órganos, ha sido adoptado por el Consejo de Europa el 9 de julio de 2014. La ceremonia de apertura de la firma del Convenio ha tenido lugar los días 24 y 25 de marzo de 2015 en la ciudad de Santiago de Compostela. La elección de España como sede oficial, como bien ha precisado el Comité de Ministros del Consejo de Europa, constituye un reconocimiento al profuso compromiso de este país con la promoción de la donación y trasplante de órganos, como, asimismo, con la represión de su tráfico.

Tomando nota de la dificultad de definir de modo unitario el tráfico de órganos —fenómeno amplio y heterogéneo—, el Convenio ha optado por delinear de forma separada todos los actos criminales allí conteni-

dos³: en esa dirección, el artículo 2, párrafo 2, establece que por tráfico de órganos humanos «se entenderá cualquier actividad ilícita en materia de órganos humanos, según lo prescrito en el artículo 4, apartado 1, y en los artículos 5, 7, 8 y 9 del presente Convenio» [*«trafficking in human organs» shall mean any illicit activity in respect of human organs as prescribed in Article 4, paragraph 1 and Articles 5, 7, 8 and 9 of this Convention»*].

La primera conducta incriminada, reconducible a la macrocategoría del «*trafficking in human organs*», consiste en la remoción ilícita de los órganos humanos (artículo 4, párrafo 1). En este caso, el carácter ilícito deriva, de un lado, de la falta de un consentimiento libre, informado y específico del donante o, en el caso de la donación *ex mortuo*, de la autorización prevista por la ley nacional (letra a.); y, de otro, de la oferta, proveniente de terceros, o recibo, por parte del donante, de dinero u otra utilidad similar a cambio de la extracción del órgano (letras b. y c.). Las conductas, activas y omisivas, previstas en las letras a., b., y c., del artículo 4, párrafo 1, no constituyen en sí mismas *trafficking in human organs*, pero configuran los presupuestos para que pueda calificarse como tal la remoción de los órganos por parte del personal médico. La víctima del delito delineado sólo es el donante del órgano, ya que, de hecho, no se prevé el correspondiente delito de trasplante ilícito de órganos humanos, fundado en los mismos presupuestos. El bien jurídico vulnerado por esta figura típica es la libertad de autodeterminación del donante, no sólo comprometida por la falta de consentimiento informado, sino también por el pago de una suma de dinero que excluye inevitablemente la espontaneidad, y por lo tanto la libertad, de la donación.

Las otras conductas de *trafficking* son encuadrables en dos categorías.

La primera reagrupa los hechos «prodrómicos», es decir, aquellos que anteceden a la remoción o trasplante ilícito del órgano. En ésta se incluye, ante todo, la *solicitation* o el *recruitment* del donante o del receptor

1 El caso fue reportado, entre otros, por Á. CARVAJAL, *El detenido por intentar comprar un hígado convenció a 9 personas*, en *www.elmundo.es*, 12 marzo de 2014. La sola tentativa de adquirir órganos humanos constituye una conducta típica al tenor de lo previsto en el artículo 156 bis del Código penal; véase *infra*, § 6.2.

2 El artículo 13 de la Directiva establece que las donaciones de órganos *ex vivo* y *ex mortuo* deben ser «*voluntarias y no retribuidas*»; que debe evitarse «*cualquier incentivo o beneficio económico para los posibles donantes*», salvo la posibilidad de prever a favor del donante una compensación por el daño emergente y el lucro cesante derivada de la extracción del órgano; que debe prohibirse la publicidad de la solicitud y oferta de órganos con fines de lucro. La Directiva, en todo caso, no ha fijado normas mínimas relativas a la definición del delito de tráfico de órganos y las sanciones aplicables a éste, tal como establece, sin embargo, el artículo 83 del TFUE.

3 *Council of Europe, European Committee on Crime Problems (CDPC), Explanatory Report to the Council of Europe Convention against Trafficking in Human Organs*, 9 de julio de 2014, § 23.

del órgano, ejecutada con la finalidad de obtener, por sí mismo o a través de otros, una ganancia patrimonial u otra ventaja análoga (artículo 7, párrafo 1). La conducta de *recruitment* constituye el eslabón entre el *trafficking in human persons* y el *trafficking in human organs*, y se lo reconduce al área de relevancia penal de este último delito porque se realiza sin el empleo de métodos coercitivos o engañosos. También en este caso el bien jurídico tutelado por la norma es la libertad de autodeterminación, tanto del donante como del receptor del órgano. La disposición, que exige expresamente la apreciación económica (*financial*) de la ganancia o provecho perseguido, no podrá aplicarse cuando el reclutador o solicitante del donante sea el futuro receptor del órgano o una persona que actúe en su exclusivo interés personal, ya que el objetivo que en este caso persigue el autor del acto mira la salvaguarda de la propia salud física o a la de otros⁴.

Entre los hechos prodrómicos se incluye, de un lado, la promesa, oferta o dación de cualquier ventaja indebida al personal médico, funcionarios públicos o a quienes dirigen o trabajen en entes sanitarios privados, destinada a obtener la ejecución o facilitación de la operación de remoción o trasplante del órgano ilícitamente extraído (corrupción «activa», artículo 7, párrafo 2); de otro lado, y a la inversa, la solicitud o recepción, por parte de los sujetos señalados, de una ventaja indebida para realizar o facilitar la intervención de remoción o trasplante (corrupción «pasiva», artículo 7, párrafo 3). Las dos disposiciones —sólo indirectamente destinadas a reprimir el *trafficking*— expresan de forma inmediata la exigencia de garantizar la imparcialidad y transparencia en el ejercicio de las funciones administrativas públicas⁵ y, asimismo, «*values like trust, confidence or loyalty*» en el ámbito privado⁶. La ventaja, que puede ser tanto económica como no patrimonial⁷, debe ser indebida (*undue*), esto es, contraria a lo previsto por las leyes que regulan los servicios públicos y el trabajo en el sector privado⁸. El desvalor autónomo que caracteriza a estos ilícitos de corrupción devela lo

discutible de la decisión de colocarlos al interior de la macrocategoría del *trafficking in human organs*, ya que de esa forma se corre el riesgo de comprometer la homogeneidad ofensiva del delito en examen.

La segunda categoría de hechos encuadrables bajo el *trafficking in human organs* comprende las conductas posteriores a la remoción ilícita de los órganos: de un lado, la utilización de los órganos extraídos ilícitamente para cualquier propósito que suceda a la remoción, incluido el de trasplantarlos (artículo 5); de otro, la preparación, preservación, depósito, transporte, traslado, recepción, importación y exportación de órganos humanos extraídos ilícitamente [*preparation, preservation, storage, transportation, transfer, receipt, import and export of illicitly removed human organs*] (artículo 8). Con estas formas de delito el Consejo de Europa ha querido tutelar la salud pública, por cuanto la circulación clandestina de un órgano extraído ilegalmente y, en consecuencia, que ha eludido los controles sanitarios impuestos por la ley, porta el riesgo de comprometer la integridad física de los potenciales receptores.

El párrafo 4 del artículo 4 y el artículo 6 prevén que los Estados contrayentes deben considerar la adopción («*shall consider taking*») de las medidas legislativas necesarias para criminalizar la remoción y trasplante de órganos ejecutadas con infracción de los respectivos sistemas legales internos: se trata de ilícitos no reconducibles a la categoría más amplia de los delitos de *trafficking*, a menos que integren alguna de las figuras previstas por los artículos 4, párrafos 1, 5, 7 u 8⁹ (por ejemplo, piénsese en la extracción realizada con infracción de las normas nacionales que regulan la forma de otorgar el consentimiento informado por parte del donante, ya comprendida en la figura de la extracción ilícita del artículo 4, párrafo 1, letra a.).

Todas las conductas previstas por el Convenio, como establece cada artículo en particular, serán penalmente relevantes en tanto se cometan *intentionally*: este coeficiente psicológico, entendido en su acepción general, será interpretado al tenor de lo que cada legislación na-

4 *Ivi*, § 53.

5 Cfr. *Council of Europe, Explanatory Report to the Criminal Law Convention on Corruption, Starsbourg*, 27 de enero de 1999, § 32.

6 *Ivi*, § 52

7 *Ivi*, § 37.

8 *Ivi*, § 38: «Para los redactores del Convenio, el adjetivo «indebido» busca excluir las ventajas permitidas por la ley o por normas administrativas, como regalos menores, regalos de muy bajo costo o regalos socialmente aceptados» [«*For the drafters of the Convention, the adjective «undue» aims at excluding advantages permitted by the law or by administrative rules as well as minimum gifts, gifts of very low value or socially acceptable gifts*»].

9 En este sentido, *Council of Europe, Explanatory Report to the Council of Europe Convention against Trafficking in Human Organs, cit.*, § 43.

cional, a la luz de los principios penales vigentes en éstas, reputo al respecto, esto es, cuál ha de ser el nivel de intensidad de los momentos representativo y volitivo¹⁰. Cada ordenamiento conserva el poder de decidir de forma autónoma si prevé también la punibilidad de los *non-intentional acts*¹¹.

Por su parte, el artículo 9 prevé la obligación de incriminar el favorecimiento o el concurso voluntario en los delitos regulados en el Convenio (párrafo 1) y, además, la tentativa (párrafo 2), especificando que, respecto de esta última, los Estados de la Unión Europea que lo ratifiquen podrán declarar que se reservan el derecho de no aplicarla [la punibilidad de la tentativa], o aplicarla sólo en casos específicos o cumpliéndose ciertas condiciones [*«declare that it reserves the right not to apply, or to apply only in specific cases or conditions, paragraph 2 to offences established in accordance with Article 7 and Article 8»*]. Una particular importancia adquiere la obligación de criminalizar el concurso de personas en las conductas de *trafficking*, ya que por esta vía se podría cubrir la punibilidad de aquellos actos no contemplados expresamente por el Consejo de Europa y, no obstante, merecedores de pena, como ocurre con los de *transportation, transfer, receipt* del donante o del receptor¹² —ajenos al empleo de medios coercitivos o engañosos y, por lo mismo, no subsumibles en el *trafficking in persons*— y ejecutados con la voluntad de contribuir materialmente a la intervención de extracción ilícita o de utilizar el órgano removido a los fines del trasplante.

El artículo 13 del Convenio obliga a los legisladores de los Estados contrayentes a prever como agravantes facultativas de las *criminal offences* indicadas las siguientes circunstancias: causar la muerte o daños psicofísicos serios a la víctima (a.), haber cometido el hecho con abuso de la propia posición (b.), cometer el delito en el contexto de una organización criminal (c.), reincidir respecto de los delitos previstos en el mismo Convenio (d.) y, por último, cometer el hecho dañando a un niño o contra una persona particularmente vulne-

rable (e.). Del empleo de la frase *«may [...] be taken into consideration»* se colige que la recepción legislativa interna deberá permitir que los jueces puedan tener en cuenta las agravantes al momento de determinar la pena respecto de los delitos de *trafficking*. Se advierte la intención del Convenio de que la aplicación de estas circunstancias tenga carácter facultativo¹³.

Tomando en consideración el fin de lucro que subyace al *trafficking in human organs*, el Consejo de Europa ha reconocido un posible vínculo con la actividad criminal desplegada por aquellas personas jurídicas — mayoritariamente pertenecientes al sector empresarial sanitario— que operan en el contexto económico global y que buscan obtener una ventaja de la ejecución de actos criminales que responden al fenómeno examinado. A este propósito, el artículo 11 prevé la obligación de adoptar las medidas legislativas necesarias para asegurar la responsabilidad de las personas jurídicas para cuyo beneficio se hayan cometido, a través de su alta dirección¹⁴ o por subordinados a ella (párrafo 2), los delitos previstos en el Convenio. En este último caso el ente sólo será responsable si la comisión del delito ha sido posible merced a la omisión del deber de supervigilancia que debe ejercerse sobre el subordinado. El artículo 11, párrafo 1, sólo supedita la responsabilidad del ente a la circunstancia de que el sujeto haya actuado *for their benefit* [del ente], no refiriéndose, en cambio, al hecho de no haber adoptado un modelo de organización idóneo para evitar la comisión de los delitos previstos en el Convenio. Obviamente, y no obstante la ausencia de una referencia normativa expresa, es legítimo que cada Estado adherente al Convenio, según prevea la normativa nacional vigente al respecto, pueda subordinar la responsabilidad del ente a la circunstancia de contar con un modelo organizativo.

En fin, al tenor del artículo 12, párrafo 1, los delitos previstos en el Convenio deben sancionarse con penas efectivas, proporcionales y disuasivas; además, respecto del delito del artículo 4, párrafo 1 y, en su caso (*«where appropriate»*), de los establecidos en los

10 *Ivi*, § 28.

11 *Ibidem*.

12 El artículo 8 sólo toma en consideración la obligación de incriminar los actos de circulación realizados en *«illicitly removed human organs»*.

13 En ese sentido, *Council of Europe, European Committee on Crime Problems (CDPC), Explanatory Report to the Council of Europe Convention against Trafficking in Human Organs, cit.*, § 89.

14 Al tenor del párrafo 1 del artículo 11, el sujeto con posición de liderazgo es aquel que goza de una «posición directiva, basada en: a. un poder de representación de la persona jurídica; b. la autoridad para tomar decisiones en nombre de la persona jurídica; c. la autoridad para ejercer control dentro de la persona jurídica» [*«leading position within it base on: a. a power of representation of the legal person; b. an authority to take decisions on behalf of the legal person; c. an authority to exercise control within the legal person»*].

artículos 5, 7, 8 y 9, deberá preverse una pena privativa de la libertad personal que pueda dar lugar a la extradición¹⁵. Según el párrafo 2, las sanciones que se impongan a las personas jurídicas también deberán ser efectivas, proporcionales y disuasivas, y su naturaleza puede ser —según se destacó *supra*— penal, civil o administrativa, incluidas las «*criminal or non-criminal monetary sanctions*», y que pueden acarrear, además, penas accesorias destinadas a supervisar al ente infractor o prohibirle que ejerza su actividad¹⁶.

3. El tipo penal del artículo 156 bis del Código penal: los conceptos de «obtención» y «trasplante» de órganos

El artículo 156 bis del Código penal sanciona los actos que faciliten el tráfico de órganos humanos en los siguientes términos:

«1. *Los que promuevan, favorezcan, faciliten o publiquen la obtención o el tráfico ilegal de órganos humanos ajenos o el trasplante de los mismos serán castigados con la pena de prisión de seis a doce años si se tratara de un órgano principal, y de prisión de tres a seis años si el órgano fuera no principal.*

2. *Si el receptor del órgano consintiera la realización del trasplante conociendo su origen ilícito será castigado con las mismas penas que en el apartado anterior; que podrán ser rebajadas en uno o dos grados atendiendo a las circunstancias del hecho y del culpable.*

3. *Cuando de acuerdo con lo establecido en el artículo 31 bis una persona jurídica sea responsable de los delitos comprendidos en este artículo, se le impondrá la pena de multa del triple al quintuple del beneficio obtenido.*

Atendidas las reglas establecidas en el artículo 66 bis los jueces y tribunales podrán asimismo imponer las penas recogidas en las letras b) a g) del apartado 7 del artículo 33».

Bastante tiempo antes de la adopción del Convenio, el ordenamiento español ya había tomado en cuenta el fenómeno criminal del tráfico de órganos, buscando su castigo mediante un tipo penal *ad hoc* que, dicho sea de pasada, contemplaba la responsabilidad de los

entes por este delito. Sin embargo, para que pueda afirmarse que el artículo 156 bis garantiza la conformidad del ordenamiento interno a los términos del Convenio del Consejo de Europa —y, por ende, la punibilidad de todas las conductas ilícitas delineadas por este instrumento internacional— sin necesidad de ajustar su normativa para una adecuada recepción, se hace necesario analizar sus elementos constitutivos.

Postergando para un segundo momento la clarificación del significado de las conductas de promoción, favorecimiento, facilitación y publicidad, urge, de modo preliminar, establecer el significado de las expresiones «obtención», «trasplante» y «tráfico» de órganos, que constituyen el objeto de las conductas antes mencionadas.

En términos generales, la expresión «*obtención de órganos humanos ajenos*» puede ser interpretada de dos formas distintas. Según una primera interpretación literal, obtener un órgano significa adquirir su disponibilidad material: piénsese en el portador, en el encargado de la conservación o del ocultamiento del órgano, en el personal médico o paramédico y, en general, en cualquiera que, en el proceso de circulación oculta, acepte la entrega del órgano. Según una interpretación más amplia, obtener un órgano también comprende la recepción «biológica» realizada mediante una operación de trasplante.

Desde una perspectiva literal, la primera interpretación parece preferible, ya que el legislador, por lo general, suele referirse al sujeto que se somete al trasplante como aquel que *recibe* el órgano y no como aquel que lo *obtiene*. En efecto, esta lectura se impone a partir de lo previsto en el apartado segundo del artículo 156 bis. Otra confirmación de la validez de esta línea de interpretación proviene del Real Decreto 1723/2012, de 28 de diciembre de 2012, cuerpo normativo con el que el ordenamiento español recibió la Directiva 2010/53/UE «*sobre normas de calidad y seguridad de los órganos humanos destinados a trasplantes*»¹⁷, cuyo artículo 3 (17) define la obten-

15 La referencia es al artículo 2 del Convenio Europeo de Extradición (ETS No. 24), que reza: «Darán lugar a la extradición aquellos hechos que las Leyes de la Parte requirente y de la Parte requerida castiguen, bien con pena privativa de libertad o medida de seguridad privativa de libertad cuya duración máxima sea de un año por lo menos, bien con pena más severa» [*extradition is to be granted in respect of offences punishable under the laws of the requesting and requested Parties by deprivation of liberty or under a detention order for a maximum period of at least one year or by a more severe penalty*].

16 Las penas accesorias tomadas en consideración por el Convenio, al tenor del párrafo 2 del artículo 12, son: «a. inhabilitación temporal o permanente para el ejercicio de actividades comerciales; b. sometimiento a vigilancia judicial; c. medida judicial de liquidación» [*a. temporary or permanent disqualification from exercising commercial activity; b. placing under judicial supervision; c. a judicial winding-up order*].

17 El artículo 3 (j) de la Directiva establece que por «obtención» («*procurement*») se entiende «el proceso por el cual los órganos donados quedan disponibles» [*means a process by which the donated organs become available.*].

ción como el «proceso por el que los órganos donados quedan disponibles para su trasplante en uno o varios receptores».

A su turno, el término «trasplante» ha sido interpretado a la luz de su significado lingüístico común, reconocido, por lo demás, por el Real Decreto 2070/1999, que lo define como la «utilización terapéutica de los órganos humanos que consiste en sustituir un órgano enfermo, o su función, por otro sano procedente de un donante vivo o de un donante fallecido». Se trata, como en los otros casos, de una actividad ejecutada en contraste con las disposiciones de la ley, por lo que la norma alude al trasplante de un órgano extraído ilícitamente o, en cualquier caso, puesto en circulación de forma clandestina.

El artículo 156 bis tampoco ha definido la expresión «tráfico ilegal de órganos». Además, ni en el resto del Código penal ni en leyes especiales internas se divisa una definición. En consecuencia, para determinar su significado se hace preciso adoptar un procedimiento interpretativo que tome en cuenta las convenciones lingüísticas, el bien jurídico protegido por esta norma y las otras conductas sancionadas por el tipo.

4. Continuación. La indeterminación del concepto de «tráfico ilegal de órganos humanos»: el recurso del uso convencional del lenguaje

Partiendo de la interpretación de la expresión «tráfico», parecería que el legislador se ha remitido, para su interpretación, al lenguaje común. La voz *tráfico*, en su acepción semántica mínima, puede referirse a la «circulación jurídica de un bien», comprensiva de los negocios que implican la transferencia de la propiedad del mismo, como la compraventa, donación, exporta-

ción o importación: «*Traficar, acorde con nuestro Diccionario de la Lengua, supone tanto como comerciar o negociar*»¹⁸.

Sin embargo, el concepto padece de un alto grado de indeterminación¹⁹, atribuida a una zona de penumbra generada, a su vez, por una serie de casos marginales que, a partir de las convenciones lingüísticas difundidas en la sociedad²⁰, son potencialmente reconducibles al tráfico. Piénsese, ante todo, en las formas de circulación material del bien, como su entrega, custodia, transporte o recepción. Pues bien, no sorprende que a menudo se las considere extrañas al área semántica del término²¹ —como se puede constatar de un examen de la jurisprudencia pronunciada sobre los tipos penales más relevantes de tráfico— y que se las sitúe, en cambio, entre los actos que simplemente facilitan la obtención final o el consumo del bien. Por otro lado, existe una serie de casos marginales todavía más problemáticos, sea porque son extraños a la fase de la circulación del bien o prodrómicos (como ocurre con la producción y elaboración del mismo). Los mismos problemas se advierten respecto de la publicación de su oferta. La zona de penumbra del término conlleva el riesgo de extenderlo de forma desmesurada, al punto de comprender, en la fase inicial, el reclutamiento de las personas seleccionadas para ceder el bien de su propiedad (piénsese en los donantes de órganos en tanto «propietarios» biológicos hasta antes del momento de la extracción) y, en la fase final, la obtención y utilización del objeto del tráfico.

Todavía más compleja resulta la interpretación de la expresión «tráfico de órganos», ya que el concepto plantea un conjunto de incertezas semánticas originadas a partir de su superposición, de un lado, con el fenómeno —distinto— de la trata de seres humanos destinada a la

18 STS 321/05, 10-3, sentencia dictada respecto del tráfico ilegal de mano de obra (artículo 312, apartado 1, C.p.).

19 Sobre la necesidad de que las normas penales sean lo suficientemente precisas, de conformidad al principio de taxatividad, véase V. FERRERES, *El principio de taxatividad en materia penal y el valor normativo de la jurisprudencia*, Civitas, Madrid, 2002, *passim*; J. J. MORESO, *Principio de legalidad y causas de justificación*, en *Doxa* 24, 2001, p. 532.

20 Según J. C. BAYÓN, *Principios y reglas: legislación y jurisdicción en el Estado constitucional*, en *Jueces para la democracia*, 27, 1996, p. 44, los casos marginales o «áreas de penumbra» son el conjunto de aquellos objetos «de los que no sabríamos decir con certeza si están incluidos o excluidos de la denotación de un término, éste será tanto más vago cuanto mayor sea su zona de penumbra». Respecto de la relación de proporcionalidad entre la determinación de la norma penal y la amplitud del área de penumbra (o casos marginales) que un elemento de la norma puede acarrear, véase P. E. NAVARRO CONICET - L. MANRIQUE, *El desafío de la taxatividad*, en *Anuario de Derecho penal y Ciencias penales*, 2005, pp. 810 y ss.

21 En cambio, según P. M. DE LA CUESTA AGUADO, *Delitos de tráfico ilegal de personas, objetos o mercancías*, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 3ª Época, no. 9, 2013, p. 83, la circulación material de los bienes no constituye precisamente un caso marginal, sino el producto de una interpretación amplia del término tráfico: el verbo *traficar* «por un lado es sinónimo de comercio, de intercambio de bienes y servicios a cambio de precio o contraprestación, generalmente económica y, por otro lado, en un sentido más extenso hace referencia al movimiento o desplazamiento de personas o mercancías por cualquier medio de transporte [...]. En cualquier caso, cuando la referencia se hace al tráfico, al legislador penal le interesa el desplazamiento (físico o jurídico)».

extracción de órganos²², y, de otro, con la hipótesis específica del comercio de órganos humanos²³. La propia amplísima definición de *trafficking in human organs* del artículo 2 del Convenio del Consejo de Europa, demuestra, en seguida, cómo el fenómeno criminal en examen puede asumir una dimensión asaz vasta, comprensiva de una serie de conductas absolutamente heterogéneas —incluso desde la perspectiva de la diversidad de los bienes jurídicos respectivamente ofendidos— que sólo tienen en común el objeto material, esto es, un órgano obtenido a partir de una remoción ilegítima, también entendida como «tráfico». De este modo, hasta que no tenga lugar una recepción específica del Convenio por parte del ordenamiento español —a través de la que el legislador nacional defina expresamente, al tenor de lo previsto por este instrumento internacional, cada una de las conductas reconducibles al tráfico ilegal de órganos humanos— no se podrá interpretar este concepto a la luz del Convenio sin correr el riesgo de generar ulteriores zonas de penumbra.

4.1. La interpretación del término «tráfico» en el ámbito del tipo del Código penal

A fin de desatar los nudos interpretativos de la expresión «tráfico ilegal de órganos», es preciso desa-

rollar, de modo preliminar, un análisis de la técnica normativa utilizada por el legislador en la formulación de otros tipos de *tráfico* de bienes o personas. Analizando la formulación de estos delitos y su aplicación jurisprudencial, se advertirá que los jueces han empleado de modo extendido la técnica interpretativa basada en las convenciones lingüísticas, las que han sido adaptadas, en cada caso, a las particularidades de los distintos fenómenos criminales de *tráfico*. Entre los tipos penales que sancionan hechos de tráfico ilícito distintos de los que son objeto de nuestro examen y que emplearemos en este ejercicio de cotejo, destacan, en lo que a *cosas* atañe, el de tráfico de estupeficientes (artículo 368 del Código penal) y el de armas (artículo 566, apartado 1, n. 3 del Código penal); por otra parte, tratándose de los delitos en que el objeto del tráfico son las personas, aludiremos al de tráfico ilegal de migrantes (artículo 318 *bis* del Código penal) y a la trata de seres humanos (artículo 177 *bis* del Código penal).

Así como ocurre con el tipo de tráfico de órganos, en los dos primeros delitos señalados, la conducta inculpada de «tráfico» tampoco ha sido definida por el legislador. Sin embargo, identificar el significado del mismo ha sido más sencillo debido a la clara tipificación de una serie de otros actos inculcados, lo que

22 Sin perjuicio de la difundida tendencia a identificarlos, el estudio conjunto del Consejo de Europa y de las Naciones Unidas, *Trafficking in Organs, Tissues and Cells and Trafficking in Human Beings for the Purpose of the Removal of Organs*, 2009, p. 11, ha evidenciado que el tráfico de seres humanos destinado a la extracción de órganos y el tráfico de órganos *strictu sensu*, son dos fenómenos sólo parcialmente convergentes y, en cualquier caso, merecedores de una regulación separada: «Sin embargo, pronto se hizo evidente, en primer lugar, que la trata de seres humanos destinada a la extracción de órganos era sólo una pequeña parte del problema más grande del tráfico de órganos, tejidos y células (OTC) y, en consecuencia, aquélla no podía analizarse sin tener en cuenta éste. En segundo lugar, se identificó la existencia de una seria confusión en el plano legal y académico entre «tráfico de OTC» y «trata de seres humanos destinada a la extracción de órganos». En tercer lugar, las soluciones para prevenir ambas situaciones han de ser distintas, ya que distinto es el «objeto traficado»: en un caso son «órganos, tejidos y células» y en el otro la «persona» objeto de la trata con la finalidad específica de remover sus órganos». [«However, it quickly became obvious, first of all, that trafficking in human beings for the purpose of organ removal was a small part of the bigger problem of trafficking in organs, tissues and cells (OTC) and therefore the former could not be examined without the latter. Secondly, the existence of serious confusion in the legal and scientific communities between «trafficking in OTC» and «trafficking in human beings for the purpose of the removal of organs» was identified. Thirdly, the solutions for preventing both types of trafficking should necessarily be different because the «trafficked objects» are different: in one case the «organs, tissues and cells» and in the other case the «person him/herself» who is trafficked for the specific purpose of removing his/her organs]. En el contexto específico del ordenamiento español, el mismo artículo 177 *bis*, apartado 9, parece aclarar la divergencia entre los dos tipos, al disponer, entre otras consideraciones, que las penas previstas por este artículo no excluye la aplicabilidad de las penas previstas por los tipos penales que inculpan autónomamente la obtención del propósito de explotación, tipificado como mera finalidad que debe perseguirse —según el modelo del dolo específico— en las letras a), b) y c) del apartado 1: en este sentido, véase R. GARCÍA ALBERO, *El nuevo delito de tráfico de órganos (art. 156 bis)*, en F. J. ÁLVAREZ GARCÍA - J. L. GONZÁLEZ CUSSAC (Dir.), *Comentarios a la reforma penal de 2010*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pp. 191-192. Sobre las interconexiones entre los dos fenómenos, véase *infra*, § 5.3.

23 Los dos fenómenos reciben un tratamiento separado y distinto por F. AMBAGTSHEER - W. WEIMAR, *A Criminological Perspective: Why Prohibition of Organ Trade Is Not Effective and How the Declaration of Istanbul Can Move Forward*, en *American Journal of Transplantation*, 2012, p. 573, para quienes fijar el precio de un órgano (el llamado comercio de órganos) es distinto de constreñir a alguien a cederlo (el llamado tráfico de órganos). Una opinión distinta es sustentada por D.A. BUDIANI SABERI - F.L. DELMONICO, *Organ Trafficking and Transplant Tourism: A Commentary on the Global Realities*, *American Journal of Transplantation*, 2008, 8, p. 926, quienes afirman la existencia de un vínculo de necesaria interrelación entre el comercio y el tráfico de órganos. Sobre la posición de la doctrina española, véase *infra*, § 5.2.

ha permitido circunscribir el perímetro semántico que cabe atribuir a la conducta de «tráfico».

El artículo 368, apartado 1, sanciona los *actos de cultivo, elaboración o tráfico* de estupefacientes. El cultivo y la elaboración de estupefacientes constituyen actividades sancionadas autónomamente por el tipo, por lo que la conducta de *tráfico* —según la progresión criminal expresada por el orden con que el legislador ha enumerado las distintas conductas— termina por comprender los actos a través de los que las sustancias ya producidas y elaboradas se mueven desde la esfera de dominio del productor a la del consumidor. La jurisprudencia ha estimado que el tráfico se realiza mediante actos de transferencia de la propiedad, sea a título oneroso o gratuito —*venta, permuta y donación*²⁴—; en cambio, las conductas a través de las que se hace circular el estupefaciente, las encuadra entre los actos de *promoción, favorecimiento o facilitación* del consumo del mismo, autónomamente penados en la segunda parte del apartado 1 del artículo 368, con la misma sanción de las conductas precedentemente señaladas²⁵.

El artículo 566, apartado 1, n. 3, del Código penal, sanciona el tráfico de armas o de municiones de guerra o defensa o de armas químicas o biológicas no autorizadas por la ley o por la autoridad competente; en tanto, el n. 1 prevé la punibilidad (con una pena superior) de la fabricación, comercialización o constitución de un depósito de las mismas armas. En esta hipótesis, la conducta de tráfico está aún más acotada desde el punto

de vista semántico, dado que el número 1 sanciona autónomamente —además de la producción— el comercio de las armas ilegales: por tanto, se podría afirmar que el concepto de «tráfico» comprende, por defecto, la transferencia a título gratuito de la propiedad de las armas producidas ilegítimamente. Incluso la cesión, transporte y recepción de las armas, conductas a través de las que se transfiere materialmente el objeto del delito, en base a una interpretación extensiva del término²⁶, podrían estar comprendidas entre los actos ejecutivos de *tráfico*: esta opción hermenéutica permitiría colmar la aparente laguna del artículo 566 que no sanciona la conducta de favorecimiento a la utilización de armas ilegales, a diferencia de cuanto acontece, *mutatis mutandis*, con el artículo 368 previamente analizado.

Entre las conductas aquí examinadas, por el calibre ofensivo que la caracteriza²⁷, la trata de seres humanos es el delito más cercano al tráfico de órganos. Además, dicha cercanía se desprende del hecho que la extracción de órganos constituye, según el tipo penal, uno de los objetivos que integran el dolo específico de las conductas incriminadas. Se puede advertir que el artículo 177 *bis* ha sido redactado de forma bastante precisa, dado que el concepto de «trata», que es homólogo al de tráfico²⁸, ha sido específicamente definido²⁹ al tenor de cuanto establecen las normas internacionales dictadas al respecto³⁰: es culpable de trata de seres humanos aquel que, *empleando violencia, intimidación o engaño, o abusando de una situación de superioridad o de*

24 STS 24/2007, 25-1.

25 STS 203/1999, 12-2; 330/2004, 12-3; 1145/2005, 11-10.

26 Cfr. P. M. DE LA CUESTA AGUADO, *Delitos de tráfico*, ult. loc. cit.

27 Así, M. GÓMEZ TOMILLO, *Artículo 156 bis*, en M. GÓMEZ TOMILLO (Dir.), *Comentarios al Código penal*, Lex Nova, Valladolid, 2011, p. 620, para quien el interés protegido por ambos preceptos penales sería el mismo, a saber, la integridad moral, por lo que, en consecuencia, se configuraría un concurso aparente entre las dos normas.

28 El legislador ha empleado el concepto de «trata» en el artículo 177 *bis* para distinguirlo del fenómeno criminal de tráfico ilegal de personas migrantes, sancionado, en cambio, por el artículo 318 *bis*. Cfr. M. CANCIO MELIÁ - M. MARAVER GÓMEZ, *El derecho penal español ante la inmigración*, cit., p. 49, quienes —aludiendo al *UN Protocol to Prevent, Suppress and Punish Trafficking in Persons, Especially Women and Children* (el llamado *Trafficking Protocol*) y al *UN Protocol against the Smuggling of Migrants by land, sea and air (Smuggling of Migrants Protocol)*, *supplementing the United Nations Convention against Transnational Organized Crime*— han destacado que «mientras que en la versión en inglés se establece una diferencia entre «tráfico» y «contrabando» de inmigrantes, en la versión en español el «tráfico» se equipara plenamente al «contrabando» de inmigrantes, es decir, al hecho de favorecer la entrada ilegal de los inmigrantes, introduciendo un término distinto, como es la «trata» de personas, para definir los casos en los que no se exige que la entrada sea ilegal, que se corresponde con lo que en inglés se denomina «*trafficking*» [...]. La «trata de personas» —lo que en inglés se denomina «*trafficking in persons*» o «*trafficking of human beings*»— vendría a ser, por tanto, un supuesto especial de «tráfico ilegal de personas» en el que lo determinante no es la entrada o la residencia ilegal, sino la forma en la que se favorece el tránsito de la persona».

29 Sin embargo, según E. POMARES, *El delito de trata de seres humanos con finalidad de explotación laboral*, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2011, núm. 13-15, p. 15:3, de conformidad al principio de legalidad, el legislador debió haber introducido las definiciones legislativas de los conceptos empleados en el artículo 177 *bis* para facilitar la aplicación jurisprudencial del precepto penal.

30 Véase el artículo 3 (a) del *UN Protocol to Prevent, Suppress and Punish Trafficking in Persons, Especially Women and Children* (el llamado *Trafficking Protocol*); el artículo 1 del *Council Framework Decision of 19 July 2002 on combating trafficking in human beings* (2002/629/JHA); y el artículo 2 de la *Directive 2011/36/EU of the European Parliament and of the Council of 5 April 2011 on preventing and combating trafficking in human beings and protecting its victims*.

necesidad o de vulnerabilidad de la víctima nacional o extranjera, la captare, transportare, trasladare, accogliere, recibiere o la alojare, para someterlo a la esclavitud, trabajos forzados, explotación sexual o pornográfica, o para la extracción de sus órganos. La *trata*, a través de la que la persona termina siendo degradada a mera *res*, no puede sino concretarse a partir del momento de la *captación*, como se advierte a partir del tenor literal del mismo tipo penal, el que también incluye entre las conductas sancionadas como *trata* los actos posteriores de transferencia y recepción. Puesto que el artículo 177 *bis* no considera expresamente la compraventa de seres humanos entre las conductas tipificadas, la comercialización de la persona deviene una mera eventualidad que no caracteriza el hecho típico; aunque pueda considerarse que entre los propósitos de la explotación contenidos en el tipo se incluye la intención de obtener una ventaja económica a partir de la persona objeto de la *trata*, dicha voluntad no está expresamente tipificada y no es, en consecuencia, indispensable para la configuración del tipo³¹.

El artículo 318 *bis*, que sanciona la promoción, favorecimiento o facilitación del *tráfico ilegal o inmigración clandestina* de personas³² —pero no la realización de los actos ejecutivos de dicho tráfico—, también carece de una definición normativa del concepto.

En algunas ocasiones, la jurisprudencia ha interpretado el término en un sentido restringido, esto es, como equivalente a *comercio, aprovechamiento* u obtención de un lucro³³. De este modo, los jueces han identificado el tráfico con la explotación indebida, por parte de terceros, de las condiciones de vulnerabilidad de los migrantes. Sin embargo, de acoger esta interpretación,

no se comprende por qué el artículo 318 *bis* no sanciona los actos ejecutivos de este tráfico, sino tan sólo su promoción, favorecimiento y facilitación.

En otras sentencias, los jueces han estimado que el concepto de tráfico comprende la «circulación», «movimiento», «tránsito» o «cambio de sitio de personas»³⁴. También ha sido identificado, de modo todavía más contundente, como «cualquier movimiento de personas extranjeras que trate de burlar la legislación española sobre inmigración»³⁵. Siguiendo esta interpretación, las conductas ejecutivas del tráfico ilegal —no tipificadas por la ley— consistirían en el traspaso de los confines fronterizos nacionales por parte de los mismos migrantes o en la permanencia irregular en territorio extranjero.

La última opción interpretativa parece preferible, por cuanto confiere coherencia a lo establecido en el artículo 318 *bis*, norma que no sanciona las conductas ejecutivas de tráfico ilegal, sino que incrimina exclusivamente la conducta desplegada por los terceros que han favorecido el movimiento irregular de los migrantes (precisamente, el tráfico), en sintonía con la definición del delito de *smuggling* contenida en el artículo 3 del *Smuggling of Migrants Protocol*³⁶. En esa línea, la omisión del legislador está orientada a evitar una estigmatización en contra de los migrantes, por regla general, sujetos débiles y forzados a traspasar ilegítimamente las fronteras nacionales por motivos políticos o económicos³⁷.

En definitiva, el delito base del inciso primero del artículo 318 *bis* presupone que el migrante haya realizado, voluntariamente y en su propio interés, la conducta de atravesar ilegítimamente la frontera. Por tanto, se trata de

31 Así, E. POMARES, *El delito de trata de seres humanos*, cit., p. 15:15, nota 53.

32 Según M. CANCIO MELIÁ - M. MARAVER GÓMEZ, *El derecho penal español ante la inmigración: un estudio político-criminal*, en *Revista Cenipec* 25.2006, pp. 50-51, las dos expresiones —tráfico ilegal e inmigración clandestina de personas— pueden reputarse sinónimas. La jurisprudencia, en cambio, en ocasiones se ha mostrado contraria a esta equiparación (STS 302/2007, 3-4). Así, ha considerado que por tráfico ha de entenderse no simplemente el «tránsito» de personas, sino también el comercio o aprovechamiento de cualquier clase, normalmente con objeto de obtener un lucro, debiendo ser éste ilegal, esto es, contrario a la normativa administrativa de fronteras; mientras que por inmigración clandestina debe entenderse cualquier burla, más o menos subrepticia, de los controles legales de inmigración, fuera también de cualquier autorización administrativa.

33 STS 1059/2005, 28-9.

34 STS 1059/2005, 28-9.

35 STS 52/2006, 19-01; 284/2006, 6-3; 1087/2006, 10-11.

36 «Por «tráfico ilícito de migrantes» se entenderá la facilitación, con la finalidad de obtener, directa o indirectamente, un beneficio financiero o material a partir de la entrada ilegal de una persona a un Estado Parte del que dicha persona no es nacional o residente permanente». [««Smuggling of migrants» shall mean the procurement, in order to obtain, directly or indirectly, a financial or other material benefit, of the illegal entry of a person into a State Party of which the person is not a national or a permanent resident»].

37 En este sentido, el artículo 5 del *Smuggling of Migrants Protocol* señala: «Los migrantes no serán objeto de un enjuiciamiento penal al tenor del presente Protocolo por el hecho de haber sido objeto de las conductas previstas en el artículo 6 de este Protocolo» [«Migrants shall not become liable to criminal prosecution under this Protocol for the fact of having been the object of conduct set forth in article 6 of this Protocol»].

una situación distinta de la tenida en vista por el artículo 177 bis sobre trata de seres humanos, donde el autor del crimen, empleando la coerción o el engaño, confiere a la víctima un trato de mercancía susceptible de transporte. En este último caso, la víctima no ejecuta libremente la conducta de moverse, sino que es el mismo traficante quien la constriñe a hacerlo, ejerciendo contra ella una presión física o psíquica tal que su consentimiento, incluso si se manifiesta, se presume viciado³⁸. De lo anterior se sigue que aunque sea la propia víctima la que se mueva de un Estado a otro, es como si ésta fuese desplazada materialmente, cual objeto, por el traficante: por esa razón, el artículo 177 bis —a diferencia del artículo 318 bis— sanciona la ejecución de la *trata*.

Sin embargo, los resultados de la aplicación de estos dos tipos penales ha terminado por redimensionar la diferencia existente entre las conductas incriminadas. En efecto, la jurisprudencia ha considerado que el tipo de favorecimiento al tráfico ilegal se consume con la ejecución de las conductas de captación, transporte, intermediación o cualquier otra que suponga la promoción o favorecimiento de la inmigración clandestina o el tráfico ilegal³⁹. Por otra parte, el eventual empleo de medios coercitivos o engañosos por parte de quienes favorezcan la comisión de este delito configura la circunstancia agravante del artículo 318 bis, apartado 2, dando lugar, de ese modo, a una discutible superposición de los dos tipos⁴⁰.

Concluido este rápido examen, se puede afirmar que, incluso en las hipótesis señaladas precedentemente, excepto en la del artículo 177 bis, no se halla una definición legislativa del término *tráfico*. En consecuencia, se deberá juzgar si el significado que las sentencias judiciales atribuyen a dicha expresión —en base a las convenciones lingüísticas difundidas o según las técnicas de redacción de los tipos— permiten establecer un paralelismo semántico entre las diversas tipologías delictivas y, en consecuencia, enfocarse en el sentido de la expresión *tráfico ilegal de órganos humanos* al interior del artículo 156 bis.

4.2. Tráfico y comercio de órganos: ¿dos fenómenos criminales que se superponen?

Una primera corriente de pensamiento ha identificado el tráfico ilegal de órganos humanos con el fenómeno normalmente conocido como comercio de órganos. En particular, este sector de la doctrina ha interpretado restrictivamente el término *tráfico*, estimando que expresa «el pago por la donación de órganos, tanto al propio donante o a personas allegadas, como a intermediarios, médicos, personal sanitario, funcionarios que autorizan o toleran tales actividades»⁴¹. En este sentido, la prohibición del tráfico de órganos estaría orientada a tutelar la dignidad del donante, entendida como la no reducción del cuerpo humano a bien económicamente valorado.

Sin embargo, no hay indicios normativos expresos que justifiquen la precedente concepción hermenéutica. Por el contrario, una señal en sentido opuesto se desprende de la ausencia de cualquier alusión al principio de gratuidad de las donaciones en el artículo 156 bis, a diferencia de cuanto ocurre, por ejemplo, con el artículo 2 de la Ley 30/1979, los artículos 2 y 8 del Real Decreto 2070/1999 y con los artículos 4 y 7 del Real Decreto 1723/2012.

De otra parte, el único punto de apoyo a partir del que se podría explicar una intención legislativa en el sentido señalado anteriormente está en la Exposición de Motivos de la Ley 5 de 2010, donde se afirma que el delito contenido en el artículo 156 bis ha sido introducido «como respuesta al fenómeno cada vez más extendido de la compraventa de órganos humanos». Con todo, si de verdad el legislador hubiese querido conservar el propósito inicialmente manifestado, habría tenido que emplear una fórmula más apropiada respecto de la de *tráfico*, como «compraventa» o «comercio», como hizo en el artículo 566, apartado 1, n. 1º del Código penal. Incluso hubiese sido suficiente incluir el dolo específico del ánimo de lucro o la modalidad de conducta de aprovecharse de la situación

38 Según A. J. PECES, *Principios inspiradores de la reforma del Código Penal operada en virtud de la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio*, en M. DEL CARMEN - A. FIGUERO (coord.), *Reforma del Código penal*, El Derecho, Madrid, 2010, p. 45, precisamente la presencia del consentimiento del sujeto pasivo en el artículo 318 bis y su ausencia en el artículo 177 bis, es el elemento que distingue los dos tipos penales.

39 STS 1059/05, 28-09; 284/06, 6-3.

40 Según M. CANCIO MELIÁ - M. MARAVER GÓMEZ, *El derecho penal español ante la inmigración*, cit., p. 51, el hecho que el legislador haya introducido en la forma agravada del delito del artículo 318 bis algunos elementos típicos del tipo de trata del artículo 177 bis, «reduce, en realidad, el ámbito de aplicación que en teoría correspondería al delito de trata de personas».

41 D. FELIP SABORIT, *Tráfico de órganos*, en Í. ORTIZ DE URBINA (coord.), *Memento Experto. Reforma penal*, 2010, Ed. Francis Lefebvre, Madrid, 2010, pp. 44-45; B. MENDOZA BUERGO, *Tráfico de órganos*, en F. MOLINA FERNÁNDEZ (coord.), *Memento Práctico - Penal*, 2011. *Parte Especial*, Ed. Francis Lefebvre, Madrid, 2010, 7479.

de vulnerabilidad del donante, como hace el artículo 177 *bis* (cuyo dolo específico, sin embargo, atañe a la finalidad de explotación, entendida en un sentido no estrictamente económico⁴²) o el tercer apartado del artículo 318 *bis* (que, en todo caso, tipifica los elementos señalados como constitutivos de la circunstancia agravante del favorecimiento del tráfico ilegal de migrantes, y no como requisitos esenciales del tipo base).

Por tanto, ante la ausencia de alguna de las precedentes especificaciones, nada impediría que los jueces interpretasen el tráfico ilegal de órganos humanos como la cesión a título gratuito u oneroso⁴³, donde sólo este último caso el tráfico coincidiría con el comercio de órganos.

En consecuencia, el tráfico y el comercio de órganos son fenómenos sólo potencialmente convergentes y, en cualquier caso, independientes uno respecto del otro.

4.3. Las conexiones con el delito de trata de seres humanos: la Declaración de Estambul

Otros estudiosos han interpretado la expresión «tráfico ilegal de órganos humanos» a la luz de los instrumentos normativos internacionales existentes en esta materia. Antes de la adopción del Convenio del Consejo de Europa, el punto de referencia ha sido la Declaración de Estambul de 2008⁴⁴, instrumento que contiene por primera vez a nivel internacional una definición normativa del fenómeno criminal, estructurada en base a la noción de «*trafficking in human beings*» (*trata*) prevista por el artículo 3 (a) del *Trafficking Protocol*⁴⁵.

Según la Declaración, «El tráfico de órganos consiste en el reclutamiento, transporte, traslado, acogida o recepción de personas vivas o muertas o sus órganos, mediante la amenaza o el uso de la fuerza u otras formas de coerción, rapto, fraude, engaño, abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad, o la entrega a o recibo de un tercero de pagos o beneficios para obtener la transferencia del control sobre el potencial donante, con el propósito de explotarlo a fin de remover los órganos para el trasplante» [*«Organ trafficking is the recruitment, transport, transfer, harboring or receipt of living or deceased persons or their organs by means of the threat or use of force or other forms of coercion, of abduction, of fraud, of deception, of the abuse of power or of a position of vulnerability, or of the giving to, or the receiving by, a third party of payments or benefits to achieve the transfer of control over the potential donor, for the purpose of exploitation by the removal of organs for transplantation»*].

En base a tal previsión, los elementos que distinguen el tráfico de órganos respecto de la trata de personas, consisten, de un lado, en la delimitación del propósito de la explotación a la sola remoción de los órganos y, de otro, en la extensión del objeto material de la conducta, ya que, junto a las personas vivas, la Declaración de Estambul incluye a las «*deceased persons*», es decir, los cadáveres y sus órganos.

En cuanto a los puntos de contacto entre los dos crímenes, se ha sostenido que el elemento que caracteriza al tráfico de órganos es el mismo que distingue la trata de seres humanos, esto es, el empleo de medios coercitivos o engañosos que vulneran la libertad moral del in-

42 Véase *supra*, § 4.1.

43 Esta interpretación ha sido avalada por la jurisprudencia con referencia a la noción de *tráfico de drogas* del artículo 368 C.p.; véase *supra*, § 4.1.

44 La Declaración de Estambul ha sido considerada cual punto de referencia para la interpretación de la expresión «tráfico de órganos humanos» por J. DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, *El delito de tráfico de órganos humanos*, en J. DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO (Directores), *Estudios sobre las reformas del Código Penal (Operadas por las LO 5/2010, de 22 de junio, y 3/2011, de 28 de enero)*, Thomson Reuters - Civitas, Navarra, 2011, p. 281; L. M. PUENTE ABA, *La protección frente al tráfico de órganos: su reflejo en el Código penal español*, en *Rev. De derecho y proceso penal*, 2011, vol. 26, pp. 135 y ss., y disponible también en www.ecrim.es/publications/2011/TraficoOrganos.pdf, pp. 1 y ss. (esta última versión es la que hemos tomado como referencia en el resto de esta contribución).

45 *Trafficking Protocol*, artículo 3 (a): «Se entenderá por «tráfico de personas» el reclutamiento, transporte, traslado, acogida o recepción de personas, mediante la amenaza o al uso de la fuerza u otras formas de coerción, rapto, fraude, engaño, abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad, o la entrega o recibo de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona sometida al control de otra con el objeto de explotarla. Dicha explotación comprende, como mínimo, la orientada a la prostitución de otros además de otras formas de explotación sexual, los trabajos o servicios forzados, la esclavitud o prácticas análogas a ésta, la servidumbre o la extracción de órganos». [*««Trafficking in persons» shall mean the recruitment, transportation, transfer, harbouring or receipt of persons, by means of the threat or use of force or other forms of coercion, of abduction, of fraud, of deception, of the abuse of power or of a position of vulnerability or of the giving or receiving of payments or benefits to achieve the consent of a person having control over another person, for the purpose of exploitation. Exploitation shall include, at a minimum, the exploitation of the prostitution of others or other forms of sexual exploitation, forced labour or services, slavery or practices similar to slavery, servitude or the removal of organs»*].

dividuo⁴⁶. Según esta corriente de pensamiento, incluso si la existencia de una contraprestación económica no constituye un rasgo distintivo del tráfico de órganos⁴⁷, a este último crimen sería reconducible la hipótesis en que el vendedor del órgano ha sido constreñido o inducido a realizar la transacción económica⁴⁸.

Con todo, esta interpretación, completamente fundada en la definición normativa de «tráfico de órganos» de la Declaración de Estambul, admite algunas críticas. En efecto, dicha definición es amplia y poco razonable. Es excesivamente amplia y, por tanto, no homogénea, ya que comprende en su ámbito de aplicación tanto el tráfico de órganos humanos *strictu sensu* como la *trata* de personas destinada a la remoción de órganos. Sin embargo, los comportamientos concebidos por la Declaración como *trafficking in human organs* ya eran objeto (en los instrumentos legislativos que buscan reprimir este último fenómeno criminal) de una regulación autónoma. La transposición de la definición resulta, además, poco razonable, por cuanto extiende toda la definición contenida en el *Trafficking Protocol* a las personas fallecidas y sus órganos, incluida la referencia a los medios coercitivos o engañosos que son utilizados para la trata de personas. En tales casos, como resulta obvio, los comportamientos por incriminar, excepto el *recruitment* (que, siendo el primer *step* del *trafficking*, es la única conducta que exige un contacto entre el traficante y el sujeto «propietario» biológico del órgano o, en su caso, los parientes del sujeto fallecido y, en consecuencia, una potencial coerción), no pueden realizarse mediante la coerción o el engaño exigidos para la consumación de la figura criminal, ya que las conductas de *transport*, *transfer*, *harboring or receipt* sólo pueden realizarse mediante una violencia física o psíquica, fraude o engaño, cuando tienen por objeto una persona viva, en condiciones de sufrir una limitación de su propia voluntad; por el contrario, dichos medios no pueden desplegarse contra un cadáver o sus órganos

en tanto objetos inanimados incapaces de padecer una coerción física o —con mayor razón— psíquica. Por otra parte, una vez que ha tenido lugar el reclutamiento del órgano o del cadáver, ni el sujeto ni los parientes del difunto, sufrirán, respectivamente, una coerción en las fases posteriores de la remoción, la que se agota cuando el órgano se separa del objeto del *trafficking*.

Ciertamente, las críticas destacadas acá derivan del hecho que mientras la no vinculante Declaración de Estambul ha extendido de un modo acrítico la definición de *trafficking in persons* contenida en el *Trafficking Protocol* al *trafficking in human organs*, el *Trafficking Protocol*, por el contrario, ha sido redactado teniendo en vista el específico fenómeno de la trata de seres humanos y no el ilícito de obtención de órganos humanos, que —según la intención del instrumento normativo— representa sólo uno de los fines de la trata⁴⁹.

En base a las razones precedentes, si el artículo 156 *bis* fuese interpretado a la luz de la definición adoptada por la Declaración de Estambul y, por tanto, utilizando el concepto de *trata* para definir el «tráfico ilegal de órganos humanos», se arriesga incurrir en una interpretación analógica *in malam partem*.

4.4. ¿El tráfico de órganos como una forma específica de lesiones personales?

El artículo 156, que antecede al artículo 156 *bis*, atribuye eficacia eximente al consentimiento válido, libre, consciente y expresamente emitido respecto de intervenciones de trasplante de órganos, esterilización y cirugía transexual, y que de no mediar serían punibles como lesiones personales⁵⁰. La norma —que constituye una derogación del artículo 155, donde se establece que el consentimiento prestado válidamente a un hecho de lesiones sólo importa una reducción de la pena «en uno o dos grados»— prevé que no habrá exención

46 Cfr. L.M. PUENTE ABA, *La protección frente al tráfico de órganos*, cit., p. 7, para quien «fundamentalmente, el elemento nuclear del tráfico de órganos consiste en la actuación en contra del consentimiento de la víctima, el «donante» del órgano, que se ve compelida a realizar esta actividad porque está coaccionada, es engañada, o se abusa de su situación de vulnerabilidad, inferioridad o dependencia».

47 Véase el párrafo precedente.

48 Así, L. M. PUENTE ABA, *La protección frente al tráfico de órganos*, cit., p. 9. En cambio, J. DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, *El delito de tráfico de órganos humanos*, cit., p. 282, aunque acoge la definición de la Declaración de Estambul, termina por asimilar equívocamente los conceptos de tráfico y comercio de órganos.

49 S. SCARPA, *Trafficking in Human Beings: Modern Slavery*, Oxford University Press, New York, 2008, p. 166.

50 Para un adecuado examen de la cuestión relativa al encuadre jurídico del consentimiento, véase el análisis de C. I. MACHADO RODRÍGUEZ, *El consentimiento en materia penal*, en *Revista Derecho Penal y Criminología*, n. 95, 2012, pp. 29 y ss., en que concluye que el consentimiento constituye una «causa de exclusión de la «imputación objetiva» [...]. Es decir, el consentimiento de la víctima opera excluyendo la tipicidad de las lesiones» (45). También en este sentido, B. DE LA GÁNDARA VALLEJO, *Consentimiento, bien jurídico e imputación*, Cóllex, Madrid, 1995, pp. 89 y ss.

de la pena cuando el consentimiento se haya obtenido «viciadamente, o mediante precio o recompensa, o el otorgante sea menor de edad o incapaz».

Ya vimos que el término «trasplante» debería interpretarse a la luz de cuanto establece el R. D. 2077/1999⁵¹. Con todo, debe considerarse que el legislador, al redactar el artículo 156, ha querido razonablemente concebirlo como el «proceso total de extracción de un órgano o tejido de una persona y la posterior implantación de ese órgano o tejido en otra persona» —es decir, comprensivo tanto de la extracción cuanto del trasplante *strictu sensu*—, en base a la amplia definición contenida en el artículo 2 del Protocolo adicional del Convenio de Oviedo relativo al trasplante de órganos y de tejidos de origen humano, de 4 de diciembre de 2001. Si bien es cierto que la definición del Protocolo no ha sido específicamente acogida por la ley española, se debería tener en cuenta para interpretar el artículo 156 y, de esa forma, captar las reales intenciones del legislador y ponderar la utilidad práctica de la norma. En efecto, el artículo 156 debe referirse, sobre todo, a las intervenciones de extracción de órganos, porque es en esos casos en que el paciente (el donante) sufre inevitablemente el perjuicio para su integridad física⁵²; el trasplante, en cambio, consiste en una intervención quirúrgica normalmente realizada en beneficio del receptor, por lo que es difícilmente hipotizable que éste no haya prestado su consentimiento para dicha intervención⁵³. Por lo demás, esta interpretación se inspira en el principio de igualdad, ya que sería discriminatorio aplicar el artículo 155 (que sólo prevé una atenuación de la pena cuando el consentimiento se ha prestado válidamente) a la extracción de órganos, y aplicar, en cambio, el artículo 156 (que atribuye al consentimiento válido una función eximente) al trasplante de órganos. En el contexto de los procesos de donación de órganos

realizados con apego a la ley, las dos intervenciones integran dos fases necesariamente interconectadas y, en consecuencia, igualmente irrelevantes en el plano penal.

Por tanto, ante la presencia de un consentimiento válidamente emitido por el paciente, tanto la extracción como el trasplante de órganos estarán exentas de pena, ya que, como especifica el artículo 156, se han realizado «con arreglo a lo dispuesto en la Ley».

En ausencia de un consentimiento válidamente prestado, la intervención de extracción de un órgano dará lugar a alguno de los delitos de lesiones personales agravadas, previstos por los artículos 149 y 150. La primera disposición establece la pena de prisión de seis a doce años en el caso en que las lesiones ocasionadas consistan en la pérdida o inutilidad de un órgano principal⁵⁴; la segunda fija la pena de prisión de tres a seis años cuando la pérdida o inutilidad recae en un órgano no principal⁵⁵. En cuanto al trasplante de órganos, éste constituye una actividad quirúrgica de tipo curativo. Por tanto, si la intervención produce un efecto favorable, esto es, una mejoría permanente de las condiciones de salud del paciente, el trasplante no podrá integrar el hecho típico del delito de lesiones, incluso ante la falta de consentimiento del receptor del órgano⁵⁶. El delito de lesiones tampoco se configurará cuando el resultado sea desfavorable (por ejemplo, en el caso del rechazo del órgano donado a causa de reacciones inmunitarias del organismo receptor no evitables por el médico) ya que —en este caso— concurre el respeto a la *lex artis* y la prestación del consentimiento del paciente⁵⁷. Si el trasplante realizado con inobservancia de la *lex artis* causa lesiones al paciente (piénsese en el caso en que se contrae una enfermedad viral a causa de la falta o incompleta ejecución del *test* sanitario del órgano o en la hipótesis del rechazo de un órgano a causa de una

51 Véase *supra*, § 3.

52 Así, J. J. GONZÁLEZ RUS, *Curso de derecho penal español. Parte especial*, vol. I, Madrid, 1996, p. 146; S. B. BRACE CENDÁN, *Los delitos de lesiones en el Código Penal de 1995*, en *Dereito*, vol. 8, n. 1, 1999, p. 67; J. L. LÓPEZ DEL MORAL, *Bases legales de la donación de vivo*, en *Nefrología*, 2010, 30 (Suppl. 2), p. 28.

53 Cfr. S. B. BRACE CENDÁN, *Los delitos de lesiones*, ult. loc. cit.

54 Un órgano se considera principal cuando su pérdida o inutilidad supone una disminución significativa de las expectativas de vida del sujeto pasivo: así, J. L. DIEZ RIPOLLÉS, *Los delitos de lesiones*, Valencia, 1997, pp. 92 y ss. En jurisprudencia (STS 1696/02, 14-10), se ha destacado que el órgano se considera principal cuando es funcional a la sobrevivencia, salud o desarrollo normal del individuo.

55 Entre los órganos considerados no principales, están los dedos de las manos y los pies, dientes y tímpano: así, S. B. BRACE CENDÁN, *Los delitos de lesiones*, cit., p. 61.

56 Así, con especial alusión al trasplante de órganos, C. M. ROMEO CASABONA, *El médico y el derecho penal. 1: La actividad curativa (licitud y responsabilidad penal)*, Bosch, Barcelona, 1981, p. 200.

57 Cfr. C. M. ROMEO CASABONA, *El médico y el derecho penal*, cit., p. 173; P. SIMÓN, *El consentimiento informado*, Ed. Triacastela, Madrid, 2000, pp. 184-185, para quien contar con el consentimiento del paciente constituye una obligación derivada del respeto de la *lex artis*; en este caso se podría excluir la culpabilidad del médico.

evidente incompatibilidad con el grupo sanguíneo del receptor), el consentimiento eventualmente prestado por el paciente respecto de la intervención, según prevé el artículo 156, no eximirá al personal médico y paramédico de la responsabilidad culposa por dichos resultados⁵⁸. Resultan pertinentes, por tanto, los artículos 147 y siguientes del Código penal, aplicados en combinación con lo previsto en el artículo 152 (lesiones culposas).

De este breve examen sobre la relación entre las lesiones personales y la donación de órganos, se advierte que, entre los artículos 149 y 150 y el artículo 156 bis existe un nexo lógico, expresado por la identidad del objeto material de los tipos penales (los órganos humanos⁵⁹), por su ubicación conjunta dentro del Título III del Libro II del Código penal (rubricado «De las lesiones») y, sobre todo, por la similitud en la intensidad de las penas en cuestión.

Antes de la introducción del artículo 156 bis, Romeo Casabona había afirmado que la compraventa de órganos era punible como delito de lesiones y que no era aplicable el artículo 156, ya que la norma atribuye una función eximente al consentimiento respecto de la extracción y trasplante sólo cuando dicha manifestación de voluntad no se ha prestado a cambio de un *precio* o de una *recompensa*⁶⁰. Sin embargo, esta tesis es criticable porque prescinde de la diferencia semántica existente entre los conceptos de «compraventa», que alude al negocio jurídico a título oneroso a través del que se transfiere la propiedad de una cosa, y «lesiones», que responde al hecho de causar un perjuicio a la integridad psicofísica de la víctima. En consecuencia, desde ninguna perspectiva puede afirmarse que el comercio de un órgano pueda configurar el hecho típico del delito de lesiones; a lo sumo, la prestación de una suma de dinero para adquirir un órgano podría constituir una instigación del delito de lesiones que se concreta en la extracción sin el consentimiento válido del paciente.

Más allá de la crítica, el pensamiento de este autor constituye un adecuado punto de partida para la definición del término *tráfico*, que, a diferencia del concepto de compraventa, está dotado de un campo de significados lingüísticos amplio y heterogéneo. Así, remitiéndonos al citado artículo 156, se podría definir el tráfico de órganos como la ejecución de la operación de extracción a partir de un consentimiento *obtenido viciadamente o mediante precio o recompensa* o prestado por un *menor de edad o incapaz*. Por otra parte, y según se anticipó precedentemente, el término *tráfico* también podría emplearse para aludir —amén de la circulación del objeto— su producción o, como en el caso examinado, la conducta a través de la que se éste se hace utilizable. En ese sentido, también se señala el artículo 4 de la Convención COE de 2014 que, según se vio, define el tráfico de órganos como la extracción de órganos humanos obtenidos sin el consentimiento libre, informado y específico del donante o cuando dicho consentimiento se ha dado o recibido a cambio de una suma de dinero, tanto en los casos de extracción de donante vivo como en los de donante muerto.

En seguida, una vez definido el *tráfico* de órganos como la ejecución de la operación de extracción sin el válido consentimiento del paciente, se debería sancionar su ejecución mediante la aplicación de los tipos de lesiones agravadas por la pérdida de un órgano principal (artículo 149) o no principal (artículo 150). En ese sentido, el artículo 156 bis reviste la función de conminar la misma pena prevista por los citados tipos penales también a los actos de promoción, favorecimiento, facilitación y publicidad del *tráfico*, conductas que, de otro modo, habrían sido punibles con penas inferiores en tanto encuadrables como tentativa de lesiones⁶¹ o como actos de complicidad del mismo delito (en la medida que lo haya cometido un sujeto distinto de aquel que procede a la extracción o tras-

58 Así, C. M. ROMEO CASABONA, *El médico y el derecho penal*, cit., p. 354: «El consentimiento comprende todas las posibilidades de éxito y los riesgos previsibles, los cuales también son asumidos por el paciente. Sin embargo, el consentimiento del paciente sólo puede extenderse al tratamiento realizado correctamente, es decir, médicamente indicado como medida terapéutica y realizado conforme a la *lex artis*».

59 Se trata, en realidad, de una identidad parcial del objeto material: el artículo 149 sanciona con la prisión de seis a doce años la pérdida o inutilidad de un órgano principal o de un sentido, o la impotencia, esterilidad, una grave deformidad o una grave enfermedad física o psíquica; el artículo 150 castiga con la prisión de tres a seis años la pérdida o inutilidad de un órgano no principal, o de una deformidad.

60 C. M. ROMEO CASABONA, *Los principios jurídicos aplicables a los trasplantes de órganos y tejidos*, en VV.AA., *El Nuevo régimen jurídico de los trasplantes de órganos y tejidos*, al cuidado de C. M. ROMEO CASABONA, p. 53, para quien la compraventa de órganos humanos provenientes de personas vivas «está castigada penalmente como un delito de lesiones (arts. 147 y ss. y 156 del CP)».

61 Según el artículo 62 C.p., «A los autores de tentativa de delito se les impondrá la pena inferior en uno o dos grados a la señalada por la Ley para el delito consumado, en la extensión que se estime adecuada, atendiendo al peligro inherente al intento y al grado de ejecución alcanzado».

plante)⁶². Un indicio en este sentido está en el apartado X de la Exposición de motivos de la Ley 5 de 2010, en que se destaca que «*aunque nuestro Código Penal ya contempla estas conductas en el delito de lesiones, se considera necesario dar un tratamiento diferenciado a dichas actividades castigando a todos aquellos que promuevan, favorezcan, faciliten o publiciten la obtención o el tráfico ilegal de órganos humanos ajenos o su trasplante*».

Sin embargo, la operación hermenéutica proyectada por la Exposición de motivos no está respaldada por el tenor literal del artículo 156, que no menciona el tráfico de órganos.

Además, del cotejo con los tipos penales de tráfico de drogas y de armas, se colige que el legislador ha preferido delinear y sancionar autónomamente —respecto de las conductas de tráfico allí tipificadas— las conductas a través de las que se produce y hace posible el acceso al objeto material de tales delitos (piénsese en los *actos de cultivo y elaboración*, del artículo 368, o de *fabricación*, del artículo 566). Tratándose del tráfico de órganos, análogamente se podría considerar que la acción ilícita a través de la que se accede al órgano, es decir, la operación de extracción sin el consentimiento del donante, deba ser autónomamente identificada —y no sólo sancionada— como hecho de lesiones personales y no como *tráfico*.

En fin, esta tácita inserción del tráfico de órganos en el delito de lesiones parece frustrar todo intento de definir y sancionar autónomamente, mediante un tipo *ad hoc* que reconozca sus rasgos característicos, el fenómeno criminal en examen, permitiendo, de ese modo, que la pena pueda desarrollar de modo más eficaz su función de prevención general, evitando recurrir a otros

tipos que, indefectiblemente, sólo pueden captar algunos aspectos del fenómeno.

5. Intentos para definir el tráfico de órganos a la luz del bien jurídico protegido por el artículo 156 bis

Aunque las precedentes opciones interpretativas en torno al significado del «*tráfico ilegal de órganos humanos*» son discutibles, la tarea de elegir una entre todas ellas exige, a este punto, un cotejo con el bien jurídico tutelado por el artículo 156 bis, donde la expresión ha sido utilizada por primera vez por el legislador penal nacional⁶³.

Dada la ubicación de la disposición al interior del Título III del Libro II del Código penal, rubricado «De las lesiones», el bien protegido es la salud individual de las personas involucradas en el tráfico, obtención o trasplante ilegal del órgano, es decir, el donante y el receptor. Desde este punto de vista, debería excluirse la posibilidad de que el tipo penal sancione el comercio de órganos, ya que su castigo nace —como se destacó anteriormente— de la necesidad de salvaguardar intereses distintos de la salud humana.

En cambio, parece atendible aquella interpretación que remite al ámbito de aplicación del artículo 156 bis todas aquellas conductas a través de las que el órgano es introducido en el sistema clandestino de trasplantes y, por tanto, en infracción de las normas que resguardan la calidad y seguridad del órgano y de las mismas operaciones de extracción y trasplante⁶⁴. En efecto, tratándose de operaciones realizadas de manera oculta, el donante probablemente estará más expuesto a una inadecuada asistencia médica *post* operatoria, en tanto que el receptor se arriesga a no sobreponerse de buena forma al trasplante de un órgano cuya salubridad y

62 Artículo 63 C.p.: «A los cómplices de un delito consumado o intentado se les impondrá la pena inferior en grado a la fijada por la Ley para los autores del mismo delito».

63 Sobre dicha función del bien jurídico, véase J. A. LASCURAÍN SÁNCHEZ, *Bien jurídico y objeto protegible*, en *Anuario de Derecho penal y Ciencias penales*, 2007, pp. 127 y ss.

64 Al respecto, se pueden aplicar normas de ley primaria y normas administrativas, generales y específicas: la Ley 30/1979, de 27 de octubre, sobre extracción y trasplante de órganos; la Ley 30/1979, de 27 de octubre; la Ley 14/1986, de 25 de abril; la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre; la Ley 41/2002, de 14 de noviembre; la Ley 16/2003, de 28 de mayo; el Título VI de la Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública; el Real Decreto 2070/1999, de 30 de diciembre, por el que se regulan las actividades de obtención y utilización clínica de órganos humanos y la coordinación territorial en materia de donación y trasplante de órganos y tejidos; Real Decreto 1277/2003, de 10 de octubre, por el que se establecen las bases generales sobre autorización de centros, servicios y establecimientos sanitarios; el Real Decreto 1825/2009, de 27 de noviembre, por el que se aprueba el Estatuto de la Organización Nacional de Trasplantes; el Real Decreto 1301/2006, de 10 de noviembre, por el que se establecen las normas de calidad y seguridad para la donación, la obtención, la evaluación, el procesamiento, la preservación, el almacenamiento y la distribución de células y tejidos humanos y se aprueban las normas de coordinación y funcionamiento para su uso en humanos, modificado por el Real Decreto-ley 16/2012, de 20 de abril, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud y mejorar la calidad y seguridad de sus prestaciones; y, por último, el Real Decreto 1723/2012, de 28 de diciembre, por el que se regulan las actividades de obtención, utilización clínica y coordinación territorial de los órganos humanos destinados al trasplante y se establecen requisitos de calidad y seguridad.

compatibilidad no ha sido acreditada precedentemente⁶⁵.

En estas hipótesis se reconoce una puesta en peligro de la salud individual del donante o del receptor, pero también de la salud pública si se piensa en todos los potenciales receptores del órgano⁶⁶. En efecto, si los órganos traficados no son finalmente trasplantados a las personas originalmente designadas como beneficiarias, la colectividad sufriría los riesgos asociados a la inobservancia de las normas de calidad y seguridad de los órganos humanos.

La identificación de la salud como bien protegido importa, según algunos, la exclusión de la aplicación del tipo penal tratándose de los actos ejecutados respecto de órganos provenientes de sujetos fallecidos⁶⁷. Sin embargo, es necesario tener en cuenta que incluso en estos casos subsiste el riesgo de repercusiones perjudiciales para la salud del receptor, por lo que seguiría comprendido dentro del fenómeno del tráfico de órganos. Lo anterior halla sustento hermenéutico incluso a partir de la definición de la Declaración de Estambul, ya que ésta también estima, entre los objetos del *organ trafficking*, los órganos provenientes de *deceased persons* o los mismos cadáveres, y del artículo 4 del Convenio del Consejo de Europa, que califica como tráfico de órganos la extracción ilícita de los órganos provenientes tanto de personas vivas como muertas.

A la luz de esta primera identificación del bien jurídico protegido por el artículo 156 bis, se puede sostener que el tipo penal constituye un delito de peligro

abstracto⁶⁸, dado que la punibilidad prescinde de la circunstancia de que la salud de los sujetos involucrados esté efectivamente en peligro: de hecho, podría ocurrir que, no obstante la violación de las disposiciones que regulan la fase sucesiva a la extracción y la relativa a la circulación de los órganos por trasplantar, el donante haya recibido una adecuada asistencia *post* operatoria y el órgano esté sano y sea, además, histológicamente compatible con el beneficiario. Sobre este aspecto, la doctrina más sabia ha evidenciado que las sanciones conminadas por el artículo 156 bis —idénticas a las previstas para los delitos de lesiones agravadas de los artículos 149 y 150, en que el bien jurídico de la salud es efectivamente lesionado y no sólo puesto en peligro— serían desproporcionadas si no se considerase el tipo como uno de carácter pluriofensivo⁶⁹. En este sentido, podría identificarse un ulterior bien protegido por la norma, a saber, la libertad de autodeterminación del donante o del receptor, en tanto sujetos vulnerables condicionados al intercambio ilegal a partir, respectivamente, de sus necesidades económicas y de salud⁷⁰. La represión del tráfico de órganos también puede relacionarse a la tutela de la dignidad humana, concebida cual expresión del principio de la gratuidad de la donación de los órganos⁷¹: se trata de un bien que adquiere relevancia cuando los órganos humanos ilegítimamente insertos en el mercado clandestino de los trasplantes son objeto de comercialización⁷².

En cualquier caso, la identificación de los bienes jurídicos en juego⁷³ no puede prescindir de la exigencia

65 Así, S. MEYER, *Trafficking in Human organs in Europe. A Myth or an Actual Threat?*, en *European Journ. Of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, 2006, pp. 221 y ss.; J. C. CARBONELL MATEU - J. L. GONZÁLEZ CUSSAC, *Tráfico de órganos*, en T. S. VIVES ANTÓN (coord.), *Derecho penal. Parte especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pp. 156 y ss.

66 Según J. QUERALT JIMÉNEZ, *Derecho penal español. Parte especial*, Atelier, Barcelona, 2010, p. 147, el delito estaría orientado a tutelar exclusivamente la salud pública. En un sentido similar, véase también V. GÓMEZ MARTÍN, *Artículo 156 bis*, en M. CORCOY BIDASOLO - S. MIR PUIG, *Comentarios al Código Penal. Reforma LO 5/2010*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, p. 369.

67 Así, R. GARCÍA ALBERO, *El nuevo delito de tráfico de órganos*, cit., pp. 186-187; M. GÓMEZ TOMILLO, *Artículo 156 bis*, cit., p. 618; L. M. PUENTE ABA, *La protección frente al tráfico de órganos*, cit., p. 18; B. MENDOZA BUERGO, *Tráfico de órganos*, cit., 7478.2.

68 Cfr. B. MENDOZA BUERGO, *Tráfico de órganos*, cit., 7478.

69 Así, B. MENDOZA BUERGO, *Tráfico de órganos*, ult. loc. cit. Sobre la conexión entre el principio de proporcionalidad y la identificación del bien jurídico protegido por la norma incriminante, véase N. J. DE LA MATA BARRANCO, *Aspectos nucleares del concepto de proporcionalidad de la intervención penal*, en *Anuario de Derecho penal y Ciencias penales* 2007, p. 174.

70 Así, L. M. PUENTE ABA, *La protección frente al tráfico de órganos*, cit., p. 7; 10, para quien, prescindiendo del uso de la coerción o engaños, «no se considera libre la decisión de vender un órgano motivada por graves necesidades económicas».

71 Cfr. G. A. FLORES MADRIGAL, *El derecho a la protección de la vida y la integridad física*, en D. CIENFUEGOS SALGADO - M. C. MACÍÁ VÁSQUEZ (coord.), *Estudios en homenaje a Marcia Muñoz de Alba Medrano: Protección de la persona y derechos fundamentales*, Instituto de Investigaciones Jurídicas (UNAM), México DF, 2006, pp. 139 y ss.; M. GÓMEZ TOMILLO, *Artículo 156 bis*, cit., p. 618; C. MOYA GUILLEM, *Tratamiento jurídico-penal del tráfico de órganos, tejidos y células en la legislación italiana y española*, en A. PÉREZ MIRAS - E. RAFFIOTTA - G.M. TERUEL LOZANO (direct.), *Desafíos para los derechos de la persona ante el siglo XXI: Vida y Ciencia*, Editorial Aranzadi, Pamplona, 2013, p. 333.

72 Sobre la eventual convergencia de los dos fenómenos distintos de tráfico y comercio de órganos, véase *supra*, § 4.2.

73 No se trata, en todo caso, de una selección arbitraria: los bienes identificados deben encontrar fundamento jurídico tanto en los principios del consentimiento, gratuidad y anonimato de la donación, como en las reglas sobre control, información y distribución equitativa

de tutelar, ante todo, la salud de los donantes y receptores: éste es el bien que —más allá de su predominio frente a los otros intereses jurídicos protegidos— debe ser constantemente considerado como el fundamento teleológico de la incriminación de las conductas delinckadas por el artículo 156 *bis*.

En esta dirección, no entraría en el concepto la promesa o la prestación de una recompensa al donante en un momento posterior a la extracción órgano y de su inserción en el circuito legal de trasplantes: en este caso, la violación del principio de la gratuidad no ha incidido en la validez del consentimiento prestado para la extracción, ni tampoco en la integridad de la salud del donante y del receptor (en el entendido, obviamente, que la circulación de órgano haya tenido lugar respetando las reglas que garantizan su calidad y seguridad y resguardando la asistencia sanitaria al donante y al receptor). Obviamente, el hecho *de quo* presupone la violación —antes que la regla de la gratuidad de la donación del órgano— del principio del anonimato del donante y del receptor, ya que la revelación de las respectivas identidades hace posible el pago de una retribución por la donación. En este sentido, también se destaca que resultaría extraña al concepto de tráfico de órganos las conductas de divulgación de los datos personales del donante o del receptor, ya que, en tanto violación del artículo 7 de la Ley 41/2002 y, específicamente, del artículo 4 de la Ley 30/1979, artículo 5 del R. D. 2070/1999 y los artículos 4 y 5 del R. D. 1723/2012, se trataría de conductas que sólo ofenden el derecho a la *intimidad* de los dos sujetos involucrados en el trasplante, sin ninguna incidencia en el respectivo derecho a la salud.

En lo relativo a la selección oculta del beneficiario, realizada en infracción del sistema de equidad que inspira la distribución de los órganos (a partir de lo previsto en el artículo 2 R. D. 2070/1999 y artículos 4 y 13 del R.D. 1723/2012), cabe decir que se trata de una conducta no peligrosa para la salud del receptor efectivo —en el supuesto que previamente se haya respetado el protocolo legal de control de seguridad del órgano— aunque, no obstante, perjudicial para la persona que tenía derecho sobre ese trasplante (es decir, aquel que fue indebidamente suprimido de la lista de espera): se trata, en consecuencia, de una acción encuadrable en el tráfico de órganos.

6. La noción de tráfico ilegal de órganos humanos a la luz del acto incriminado por el artículo 156 bis

La cuestión relativa al significado que cabe atribuir dentro del artículo 156 *bis* a la expresión «tráfico ilegal de órganos humanos», no puede encontrar una solución real sin que se aclare el significado de las conductas sancionadas por el tipo penal que incrimina a quienes *promuevan, favorezcan, faciliten o publiquen* el tráfico de órganos humanos a otros, o la obtención o el trasplante del mismo. Se trata de un tipo de conductas alternativas, con el que el legislador ha entendido definir puntualmente todos los comportamientos que gravitan en torno al tráfico de órganos, reduciendo, de este modo, las posibles zonas de sombra derivadas de la generalidad de la expresión. Sin embargo, en el plano aplicativo, la multiplicidad de las conductas sancionadas implica una reducción posterior del concepto «tráfico ilegal de órganos humanos», dado que algunas

del órgano donado. Sobre el particular, el artículo 4 del R.D. 1723/2012 señala: «Principios fundamentales que rigen la obtención y la utilización clínica de los órganos humanos.

1. En la obtención y la utilización de órganos humanos se deberán respetar los derechos fundamentales de la persona y los postulados éticos que se aplican a la práctica clínica y a la investigación biomédica.

2. Se respetarán los principios de voluntariedad, altruismo, confidencialidad, ausencia de ánimo de lucro y gratuidad, de forma que no sea posible obtener compensación económica ni de ningún otro tipo por la donación de ninguna parte del cuerpo humano.

3. La selección y el acceso al trasplante de los posibles receptores se regirán por el principio de equidad.

4. Se adoptarán medidas de seguridad y calidad con el fin de reducir las pérdidas de órganos, minimizar los posibles riesgos, tratar de asegurar las máximas posibilidades de éxito del trasplante y mejorar la eficiencia del proceso de obtención y trasplante de órganos».

La norma citada comprende lo dispuesto en el artículo 2 del R.D. 2070/1999, que, a su vez, dispone: «Normas y principios generales.

1. En dichas actividades [relacionadas con la obtención y utilización clínica de órganos humanos, incluida la donación, la extracción, la preparación, el transporte, la distribución y las actividades del trasplante y su seguimiento] deberán respetarse los derechos a que se refiere el artículo 10 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, el artículo 9 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, y las normas y principios recogidos en la Ley 30/1979, de 27 de octubre, sobre Extracción y trasplante de órganos, concretamente los de voluntariedad, altruismo, gratuidad, ausencia de ánimo de lucro y anonimato, de forma que no sea posible obtener compensación económica ni de ningún otro tipo por la donación de ninguna parte del cuerpo humano.

Asimismo, se garantizará la equidad en la selección y acceso al trasplante de los posibles receptores, y se adoptarán las medidas necesarias para minimizar la posibilidad de transmisión de enfermedades u otros riesgos y para tratar de asegurar las máximas posibilidades de éxito del órgano a trasplantar. Se establecerán sistemas de evaluación y control de calidad».

de las acciones abstractamente incluidas en su campo semántico y teleológico podrían, en cambio, estar concretamente subsumidas en las conductas de promoción, favorecimiento, facilitación y publicidad de la obtención o del trasplante ilegal de órganos. A ello se agrega, en seguida, la constatación de que los actos ejecutivos del tráfico ilegal, obtención y trasplante de órganos no han sido, en cambio, punidos por la norma, causando —según veremos— evidentes complejidades en la aplicación.

6.1. Los actos de promoción, favorecimiento, facilitación y publicidad

Ya que el delito se consuma sólo promoviendo, favoreciendo, facilitando o publicitando el tráfico ilegal, obtención o trasplante de órganos, prescindiendo de la realización efectiva de estos últimos, se puede afirmar que se trata de un delito de conducta, es decir, «sin que se exija la verificación de resultado típico alguno, más allá de la propia ejecución de la conducta»⁷⁴. Las conductas incriminadas, carentes de una definición legislativa que distinga claramente las unas de las otras, están dotadas de un vasto calibre ofensivo, idóneo para comprender dentro del hecho típico los actos preparatorios, la tentativa y las conductas de complicidad del tráfico, obtención y trasplante ilegal de los órganos humanos. La formulación del precepto constituye una señal de la anticipación y ampliación de la tutela penal vinculada a los riesgos que el tráfico de órganos puede generar para la salud de la colectividad entera, pero que, paralelamente, contrasta con el principio de ofensividad. Además, la técnica casuística adoptada por el legislador está en condiciones de comprometer el principio de taxatividad, no sólo a causa del empleo de términos cuyo significado es poco preciso, sino también por la vía de la construcción de un tipo de tal amplitud que no es capaz de abrazar, en su contenido de desvalor⁷⁵, un conjunto de hechos homogéneos.

Este mismo rigor omnicompreensivo ha sido utilizado en el artículo 318 bis que incrimina a quien «promueva, favorezca o facilite el tráfico ilegal o la inmigración clandestina de personas». Según la jurisprudencia que se ha pronunciado sobre este tipo penal —que críticamente ha evidenciado el amplísimo campo de incriminación cubierto por estas conductas facilitadoras—, la *promoción* comprende la provocación, determinación o incitación; el *favorecimiento*, por su parte, constituye cualquier acción de ayuda o apoyo al tráfico ilegal; la *facilitación*, en fin, consiste en la remoción de los obstáculos o en la prestación de los instrumentos dirigidos a hacer posible el tráfico⁷⁶.

Respecto del artículo 368 —que, al compás de un técnica legislativa similar a la empleada por el artículo 156 bis, incrimina los actos de *promoción, favorecimiento o facilitación* del consumo de sustancias estupefacientes— la jurisprudencia ha considerado que el legislador, mediante un concepto ampliado de autor⁷⁷, ha diluido la distinción entre autoría y complicidad, en el sentido que aquélla «engloba cualquier género de conductas decisivas o de cooperación, necesarias y no necesarias, lo que pone de relieve la voluntad del legislador de proteger con un rigor inusitado el bien jurídico»⁷⁸.

Volviendo al artículo 156 bis, puede considerarse que las conductas de promoción, favorecimiento y facilitación son de sencilla interpretación a partir de las sentencias pronunciadas respecto de los artículos 368 y 318 bis, por cuanto se trata de términos cuyo significado, no obstante su amplitud, ha sido identificado en base a su normal uso lingüístico al interior de la sociedad.

En cuanto a la conducta de publicidad, extraña al tipo penal desde el punto de vista jurídico-comparado, puede interpretársela como la «difusión de la disponibilidad de órganos y trasplante de los mismos en favor de quienes los desee sin necesidad de seguir los engo-

74 C. BLANCO LOZANO, *Tratado de Derecho Penal Español*, v. 2, t. II., Barcelona, 2005, p. 387.

75 En general, sobre este punto, véase G. GRASSO, *Il reato omissivo improprio*, Giuffrè, Milano, 1983, pp. 214-215. F. PALAZZO, *Orientamenti dottrinali ed effettività giurisprudenziale del principio di determinatezza - tassatività in materia penale*, en *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1991, p. 354; A. M. MAUGERI, *La responsabilità da comando nello statuto della Corte Penale internazionale*, Giuffrè, Milano, 2007, p. 702.

76 STS 1059/2005, 28-9; 302/2007, 3-4; 554/2007, 25-06; 561/2007, 15-6; 582/2007, 21-6; 17/2009, 21-1; 175/2012, 15-03. Los jueces han afirmado que «cualquier acción prestada al inicio o durante el desarrollo del ciclo emigratorio o inmigratorio y que auxilie a su producción en condiciones de ilegalidad, está incluida en la conducta típica».

77 Así, STS 135/2006, 14-2; 115/2010, 18-2; 518/2010, 17-5. En doctrina, véase J. I. GALLEGU SOLER, *Delitos de tráfico de drogas*, en M. C. BIDASOLO, *Derecho Penal. Parte Especial. Doctrina y jurisprudencia con casos solucionados*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pp. 624 y ss.; S. B. ARAÚJO REBOUÇAS, *Autoría y participación en los delitos de tráfico de drogas: derecho penal español y derecho comparado*, en *Riv. Fac. Dir. Fortaleza*, vol. 34, 2013, pp. 550 y ss.

78 STS 135/06, *cit.*

rosos trámites oficiales»⁷⁹. La conducta de publicidad recuerda la de *provocación*, prevista en el artículo 18, apartado 1, del Código penal, norma que alude a aquellos actos preparatorios que, independientemente de la ejecución efectiva del delito, son merecedores de pena. La disposición reza: «*La provocación existe cuando directamente se incita por medio de la imprenta, la radiodifusión o cualquier otro medio de eficacia semejante, que facilite la publicidad, o ante una concurrencia de personas, a la perpetración de un delito*». En esta dirección, la publicidad también puede considerarse como una conducta meramente preparatoria del tráfico, obtención o trasplante del órgano. Es patente, según se advertirá, la extrema anticipación de la punibilidad aprestada por el legislador.

La incriminación de los actos de publicidad en el artículo 156 *bis* cumple la función de reprimir a quienes utilicen los medios de comunicación de masas para difundir el conocimiento respecto de la oferta de órganos en el mercado negro. Habrá publicidad cuando la información adquiera una amplia difusión, como acontece con una inserción en un diario o en *internet*. De este modo, por el contrario, no constituye publicidad la información que el personal sanitario pueda entregar a pacientes singulares sobre los países extranjeros en que la ejecución de las conductas ilícitas es permitida por la *lex loci*⁸⁰; con todo, si esa comunicación individual asume el carácter de un consejo o una instigación, podría eventualmente configurarse el delito de promoción del tráfico ilícito.

A la luz de lo precedentemente destacado, se puede concluir que la fórmula legislativa adoptada también contrasta con el principio de proporcionalidad, en el sentido de que el artículo 156 *bis* prevé una reacción penal uniforme respecto de conductas que difieren entre sí desde el punto de vista del nivel de ofensividad al bien jurídico tutelado por el tipo.

6.2. La ausencia de una incriminación expresa de los actos ejecutivos del tráfico ilegal de órganos humanos

Las críticas relativas a la técnica de tipificación utilizada por el artículo 156 *bis* adquieren mayor vigor cuando se tiene en cuenta que el legislador ha omitido incriminar los actos ejecutivos del tráfico de órganos: las únicas conductas expresamente sancionadas son, por tanto, las de promoción, favorecimiento y publi-

cidad. Una opción punitiva de este tipo parece, *prima facie*, oscura, máxime si se piensa que dentro de otros tipos penales estructuralmente similares —por ejemplo, el artículo 368, que sanciona los actos de promoción, favorecimiento y facilitación del consumo de sustancias estupefacientes— el legislador ha precisado que, ante todo, deben ser sancionados «los que ejecuten actos de cultivo, elaboración o tráfico». Precisamente por lo anterior, la mentada omisión del artículo 156 *bis* parece responder a una específica elección legislativa.

Una primera lectura destinada a hallar una explicación racional al silencio del legislador, puede recogerse de un cotejo entre los artículos 156 *bis* y 318 *bis* del Código. En este último el legislador se ha limitado a incriminar los actos de promoción, favorecimiento y facilitación del tráfico de migrantes, sin sancionar su ejecución. En este caso, la omisión se atribuye a la circunstancia de que el tráfico ilegal o inmigración clandestina son conductas ejecutadas personalmente por los mismos extranjeros que se mueven de un país a otro, infringiendo la normativa que regula el traspaso de las fronteras; por tanto, el legislador se abstiene de incriminar los actos ejecutivos del tráfico ilegal consumados por los propios inmigrantes para evitar una estigmatización en contra de sujetos vulnerables, inducidos por sus condiciones de pobreza y desesperación a transgredir las reglas que regulan el ingreso al territorio nacional. De este modo, la punibilidad se reserva para los terceros que han contribuido a dicha inmigración clandestina.

Esta comparación con el artículo 318 *bis* sugiere que el artículo 156 *bis* ha acogido una noción extremadamente restrictiva del concepto «*tráfico ilegal de órganos humanos*», ya que lo identifica con la cesión clandestina del órgano a favor de alguien que tiene la intención de recibirlo mediante un trasplante. Razonando de este modo, puede afirmarse que el legislador ha omitido sancionar los actos ejecutivos del tráfico de órganos porque éstos son normalmente ejecutados por el propio donante. De este modo, tal como ocurre con el tráfico ilícito de migrantes, el legislador ha querido evitar la estigmatización de un sujeto vulnerable (como lo es el donante), forzado a actuar por necesidades económicas. Sin perjuicio de la explicación a esta omisión legislativa, el objetivo de evitar la incriminación del donante (sin que ello hubiese significado sustraer del área de lo penalmente relevante los actos ejecutivos del

79 J. QUERALT JIMÉNEZ, *Derecho penal español. Parte especial, cit.*, p. 159.

80 En este sentido, véase *Council of Europe - United Nations, Joint Study, Trafficking in Organs, Tissues and Cells and Trafficking in Human Beings for the Purpose of the Removal of Organs*, 2009, p. 83.

tráfico) se hubiese alcanzado atribuyendo una justa importancia a la expresión «órganos humanos *ajenos*»⁸¹ o, eventualmente, incluyendo una cláusula expresa de no punibilidad a favor del donante.

La necesidad de incriminar los actos ejecutivos del tráfico de órganos se revela problemática cuando se piensa que el tipo, así entendido, no permite punir la introducción de órganos en el sistema ilegal de trasplantes por parte del tercero (el intermediario) que, contra la voluntad de la víctima, cierra el acuerdo de cesión con el potencial receptor. En este caso, el único *escamotaje* para superar la revisión crítica relativa a la falta de incriminación del intermediario, consistiría en considerar la cesión del órgano contra la voluntad del donante como un *post factum* del delito de trata de personas, en el sentido de que toda persona que tome posesión del órgano contra la voluntad de su legítimo «propietario» tiene que previamente haberla reclutado a través de la coerción o engaño con el objeto de extraer sus órganos. Además, es preciso que luego del reclutamiento haya procedido, personalmente o a través de un médico inducido a intervenir ilícitamente⁸², a la intervención quirúrgica. En consecuencia, aunque no sea posible sancionar la sucesiva ejecución del tráfico de órganos, deviene aplicable el delito previsto en el artículo 177 *bis*, en concurso con los delitos de los artículos 149 ó 150, según el órgano extraído sea principal o no.

La interpretación restrictiva proyectada del concepto de *tráfico* permitiría encuadrar entre los actos de promoción, favorecimiento, facilitación y publicidad del tráfico de órganos del artículo 156 *bis*, sólo aquellas conductas antecedentes e instrumentales a la introducción del órgano en el sistema ilegal de trasplantes, como ocurre, por ejemplo, con establecer el vínculo entre el donante y el receptor. Todas las otras conductas posteriores a la conclusión del acuerdo, consistentes en la cesión material, transporte o utilización del mismo órgano, podrán reconducirse a los actos de promoción, favorecimiento, facilitación o publicidad de la obtención o del trasplante del órgano.

Sin embargo, ante la importancia que a este tema atribuye la reciente Convención CEO, cabe preguntar-

se si constituye una opción racional circunscribir hasta ese punto el sentido de la expresión «*tráfico ilegal de órganos humanos*» y, por tanto, el ámbito de aplicación de las conductas facilitadoras de dicho fenómeno criminal.

Una lectura distinta respecto de la falta de incriminación de los actos ejecutivos del *tráfico ilegal de órganos humanos*, se aferra a la interpretación ya examinada del tráfico de órganos como una forma específica de lesiones personales⁸³. En esta dirección, se podría considerar que el legislador, definiendo implícitamente el tráfico de órganos como la extracción de órganos sin el consentimiento del paciente, ha sancionado su ejecución mediante el delito de lesiones agravadas de los artículos 149 y 150, explicándose, de esa forma, el silencio que guarda el artículo 156 *bis* en este aspecto.

Además, este razonamiento argumentativo garantizaría una delimitación más razonable del ámbito de aplicación de las conductas sancionadas por el artículo 156 *bis*, amén de un mayor apego de la ley española al Convenio del Consejo de Europa. De hecho, la extracción realizada sin el válido consentimiento de donante (figura ilícita que ha de introducirse a partir de lo previsto en el artículo 4 párrafo 1 a. del Convenio) ya constituye —en base a la interpretación aquí propuesta— un acto ejecutivo de *tráfico* sancionado al tenor de los artículos 149 y 150. En ese orden de ideas, la corrupción activa y pasiva del médico, dirigida a completar la extracción ilícita, y la solicitud y reclutamiento del potencial donante con fines de lucro (previstas en el *trafficking* del artículo 7 del Convenio) ya constituyen, al tenor del artículo 156 *bis*, conductas facilitadoras del tráfico. Por su parte, la preparación, conservación, elaboración, transporte, transferencia, recepción, importación y exportación del órgano ilícitamente removido (previstas en el *trafficking* del artículo 8 del Convenio) ya están incriminadas en tanto conductas facilitadoras de la obtención clandestina del órgano. La corrupción activa y pasiva del médico realizada para obtener la ejecución del trasplante del órgano de origen ilícito, el reclutamiento del receptor con fines de lucro y la utilización del órgano ilícitamente extraído para la reali-

81 Respecto de la imposibilidad de sancionar al donante que contribuya al tráfico de sus propios órganos, véase *infra*.

82 En este caso, el intermediario reviste un papel asimilable al ejecutor directo del crimen, en base a cuanto dispone el artículo 28 del C.p., «*Son autores quienes realizan el hecho por sí solos, conjuntamente o por medio de otro del que se sirven como instrumento.*

También serán considerados autores:

a) *Los que inducen directamente a otro u otros a ejecutarlo.*

b) *Los que cooperan a su ejecución con un acto sin el cual no se habría efectuado».*

83 Véase *supra*, § 4.4.

zación de un trasplante⁸⁴ (reconducibles al *trafficking* de los artículos 7 y 5 del Convenio, respectivamente) pueden reconocerse entre las conductas facilitadoras del trasplante ilegal del órgano. En fin, los actos de *aiding*, *abetting* o *attempt* de los delitos de *trafficking* (merecedores de tipificación penal según el artículo 9 del Convenio) son típicos a partir del artículo 156 *bis* en la medida que den lugar a alguna de las conductas de promoción, favorecimiento, facilitación o publicidad del tráfico, obtención o trasplante ilegal del órgano⁸⁵.

El apartado segundo del art. 156 *bis* sanciona, con un delito específico, el beneficiario que consintiera a lo trasplante conociendo origen ilícito de los órganos. Las penas son las mismas que las impuestas por delitos formulados en el apartado primero, pero la norma establece al mismo tiempo que el tribunal tiene el poder de rebajarlas en uno o dos grados atendiendo a las circunstancias del hecho y del culpable⁸⁶. En este caso concreto, el legislador ha deseado golpear una especie de receptación «*biológica*», pero no ha insertado una cláusula de subsidiariedad que excluya la aplicación del delito en el caso de que el receptor haya intervenido como autor o cómplice del delito del apartado primero (a diferencia de lo que el artículo 298 C.p. ha establecido para el delito de receptación económica⁸⁷): lo que podría suceder, por ejemplo, si el receptor haya dado dinero al donante para que se somete al explante, o

haya corrompido el cirujano para que realice la extracción o el trasplante ilegal, o haya pagado los traficantes para obtener el órgano explantado ilegalmente. En cualquier caso, la receptación «*biológica*» de órganos humanos es un delito subsidiario a lo establecido por el apartado primero, y por lo tanto sólo se debe aplicar el precepto principal, de acuerdo con las reglas del concurso aparente de leyes penales (art. 8 C.p.).

En seguida, se destaca que con la expresión «órganos *ajenos*» el artículo 156 *bis* excluye que el tipo pueda aplicarse para sancionar al donante que participa en acciones de tráfico de sus propios órganos⁸⁸. El Convenio, por el contrario, no se ha expresado sobre la exigencia de sancionar al donante y al receptor ni ha contemplado una atenuación de la pena respecto de ellos⁸⁹.

6.3. El espacio residual de incriminación de la complicidad

El artículo 156 *bis* parece criticable por cuanto su estructura determina una excesiva amplitud del concepto de autor y un adelantamiento de la barrera de punibilidad. Lo anterior es atribuible a que al interior del hecho típico es posible hallar actos dotados de un significado amplio y heterogéneo, y caracterizados, recíprocamente, por su diversidad desde la perspectiva del bien jurídico protegido⁹⁰.

84 Como el artículo 156 *bis*, el Convenio tampoco ha establecido la necesidad de incriminar, en sí y por sí, el trasplante de los órganos provenientes de la extracción ilícita cuando se trata, en todo caso, de una intervención destinada a mejorar las condiciones de salud del paciente beneficiario. Si el trasplante realizado en violación de las normas que regulan la seguridad e información de los órganos objeto de la donación no termina bien, son aplicables los tipos de lesiones personales: véase *supra*, § 4.4.

85 Así, por ejemplo, la compraventa de órganos, entendida como tentativa de realizar una extracción ilícita, según los artículos 4, párrafo 4, y 9 del Convenio (si la extracción se realiza, el acto precedente de compraventa integrará uno de sus presupuestos de ilicitud, según prevé el artículo 4, párrafo 1, b. y c.), ya es encuadrable entre los actos que promueven el tráfico ilícito, según el artículo 156 *bis*. Por otro lado, la tentativa de reclutamiento o de solicitud del donante o del receptor con fines de lucro, según el artículo 7, párrafo 1, y 9 del Convenio, ya está tipificada por el artículo 156 *bis* como promoción o, eventualmente, publicidad del tráfico o del trasplante del órgano.

86 Cfr. J. DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, *El delito de tráfico de órganos humanos*, cit., p. 185, según el que, en todo caso, se podría excluir la punibilidad del receptor en virtud de un «estado de necesidad exculpante» si versare en una situación de peligro tal para su vida que sólo puede superarse mediante la inmediata ejecución del trasplante de órgano.

87 Art. 298 Código penal: «1. El que, con ánimo de lucro y con conocimiento de la comisión de un delito contra el patrimonio o el orden socioeconómico, en el que no haya intervenido ni como autor ni como cómplice, ayude a los responsables a aprovecharse de los efectos del mismo, o reciba, adquiera u oculte tales efectos, será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años».

88 Así, B. MENDOZA BUERGO, *Tráfico de órganos*, cit., 7480.1.

89 Sobre este aspecto el *Explanatory report* del Convenio señaló que «Los negociadores decidieron dejarlo abierto para que las Partes decidan si se debe aplicar el artículo 4, apartado 1, los artículos 5, 7 y 9 al donante o al receptor. De este modo, los Estados no tienen la obligación legal de aplicar estas disposiciones al donante y al receptor. [«The negotiators decided to leave it open for Parties to decide whether to apply Article 4, paragraph 1, Articles 5, 7 and 9 to the donor or the recipient. There is thus no legal obligation for the States to apply these provisions to the donor and the recipient»] (§ 29). Sobre este tópico, véase T.R. BEARD - D.L. KASERMAN - R. OSTERKAMP, *The Global Organ Shortage. Economic Causes, Human Consequences, Policy Responses*, Stanford University Press, 2013, p. 67, quienes han destacado que rara vez los donantes y los receptores de órganos son perseguidos penalmente, sin perjuicio de que algunos ordenamientos los reputen sujetos activos del delito de tráfico de órganos junto a los intermediarios y personal médico. Crítico respecto de la sanción contra el donante y el receptor, en tanto sujetos vulnerados y susceptibles a la explotación, S. SCARPA, *Trafficking in Human Beings*, cit., p. 166.

90 Así, J. DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, *El delito de tráfico de órganos humanos*, cit., p. 282.

Ante todo, se deduce que, objetivamente, la punibilidad de la complicidad (artículo 29)⁹¹ cuenta con un exiguo espacio (cuando no derechamente nulo): en la práctica, la prestación consciente y voluntaria de cualquier contribución a un acto de tráfico de órganos casi siempre será calificada como autoría⁹².

Sin embargo, algunas sentencias dictadas en materia de favorecimiento del consumo ilícito de estupefacientes, han identificado, en base a un razonamiento que también es aplicable al artículo 156 bis, un espacio residual de punibilidad para la complicidad tratándose de la conducta de *favorecimiento del favorecedor* (favorecimiento secundario)⁹³ «con la que se hace referencia a conductas que sin promover, favorecer o facilitar directamente el consumo ilegal, auxilian a quien ejecuta los verdaderos actos típicos conforme al citado artículo 368»⁹⁴. Siguiendo este razonamiento, podría considerarse favorecedor secundario del tráfico ilegal de órganos y, por tanto, cómplice en los términos de los artículos 29 y 156 bis, al conductor que a sabiendas es contratado por el intermediario (el favorecedor primario, sancionado según el artículo 156 bis) para que conduzca a la víctima al pabellón donde los cirujanos llevarán a cabo la extracción (ejecutores materiales del tráfico, sancionados a partir de los artículos 149 ó 150). Por su parte, será favorecedor secundario de la obtención de órganos aquel que custodie provisoriamente el órgano por encargo del verdadero intermediario. A su vez, se puede considerar entre los favorecedores secundarios del trasplante de órganos a aquel que hospeda al beneficiario en el lugar donde se desarrolló la operación por cuenta de quienes han organizado la ejecución del trasplante ilegal. En términos generales, puede concluirse que el ámbito de aplicación de la complicidad del delito del artículo 156 bis comprende sólo las contribuciones *periféricas, no nucleares, prescindibles y no esenciales*⁹⁵, es decir, contribuciones de mínima importancia que, aunque hayan condicionado decurso causal del resultado concreto, podrían ser hipotética-

mente sustituidas por otras sin que ello signifique una alteración sensible del curso de los hechos.

Además, considerando que el artículo 156 bis constituye un delito de consumación anticipada, en el que se advierte una anticipación del umbral de punibilidad hasta la abstracta puesta en peligro del bien protegido, el terreno de la tentativa (artículo 17 del C.p.) es anulado: una eventual anticipación ulterior de dicho umbral colisionaría inevitablemente con el principio de ofensividad. Así, no debería sancionarse la simple tentativa de «tomar contacto» con el donante para convencerlo de someterse a una extracción clandestina de un órgano, como ocurriría, por ejemplo, mediante el envío de un *e-mail* privado no abierto por el destinatario pero descubierto por la autoridad policial, o la inserción de una publicidad de tráfico ilegal en un sitio de *internet* prohibida por el *service provider* antes de su efectiva visualización pública.

7. Conclusiones

En conclusión, puede afirmarse que la esperable reforma para adecuar la legislación interna a lo previsto por el Convenio —también en vista de su futura suscripción y ratificación por parte del ordenamiento español— debe moverse siguiendo algunas pautas básicas.

Ante todo, se precisa de una definición del concepto de «tráfico ilegal de órganos humanos». Si, en el cumplimiento de dicha operación, se adopta la línea interpretativa propuesta aquí —que fundamentalmente se ha remitido a la noción de «extracción realizada mediante un consentimiento obtenido viciadamente, mediante precio o recompensa, u otorgado por un menor de edad o por un incapaz»—, el hecho debería contenerse autónomamente en una disposición separada (un artículo 156 bis reformado) que determine su salida formal del campo de aplicación de los artículos 149 y 150. Dicha norma debería sancionar los actos ejecutivos del tráfico de órganos con una pena superior respecto de la prevista para los delitos de lesiones agravadas de los artículos

91 Artículo 29 C.p.: «Son cómplices los que, no hallándose comprendidos en el artículo anterior, cooperan a la ejecución del hecho con actos anteriores o simultáneos». Según la jurisprudencia, «El cómplice es un auxiliar eficaz y consciente de los planes y actos de los ejecutores materiales, y lo hace de una manera facilitadora pero no nuclear ni esencial» (STS 1277/2004, 7-12; STS 1387/2004, 27-12; STS 1371/2004, 23-11; STS 933/2009, 1-10). Su colaboración sería «fácilmente reemplazable [...], esporádica y de escasa consideración» (STS 384/2009, 13-4), y, asimismo, «mínima, por su carácter episódico, o [...] de escasa relevancia» (STS 5/2009, 8-1).

92 Así, J. C. CARBONELL MATEU - J. L. GONZÁLEZ CUSSAC, *Tráfico de órganos*, cit., p. 159; R. GARCÍA ALBERO, *El nuevo delito de tráfico de órganos (art. 156 bis)*, cit., p. 145.; J. QUERALT JIMÉNEZ, *Derecho penal español. Parte especial*, cit., p. 147; M. GÓMEZ TOMILLO, *Artículo 156 bis*, cit., p. 620.

93 STS 6823/1997, 14-11; 643/2002, 17-01; 93/2005, 31-1; 1276/2009, 21-12; 1594/2012, 29-2.

94 STS 93/2005, cit.

95 STS 1594/2012, cit.

149 y 150, considerando, de ese modo, no sólo el deterioro físico que se experimenta a partir de la pérdida de un órgano, sino también el mayor desvalor derivado de la lesión de la libertad de autodeterminación y dignidad del donante.

Las conductas de promoción, favorecimiento y facilitación (actualmente contenidas en el artículo 156 *bis*) deberían tener espacio dentro de una nueva disposición legal, sucesiva a la que sancione la ejecución del tráfico (es decir, un nuevo artículo 156 *ter*), y que otorgue una tutela penal con una carga sancionatoria acorde al estadio de anticipación de dichas conductas, es decir, inferior en términos de intensidad a la prevista para la ejecución del tráfico.

Además, la conducta de publicidad, que, según se examinó, puede concebirse cual un verdadero y auténtico acto preparatorio, podría derogarse y añadirse en su remplazo un apartado que tipifique de forma autónoma la provocación, conspiración y proposición del tráfico, obtención o trasplante ilegal de órganos, según un modelo normativo que, dicho sea de pasada, ya ha sido utilizado por el legislador en otros tipos para la tutela de intereses jurídicos relevantes⁹⁶ y reconocido, en términos generales, por los artículos 17 y 18 del Cód-

go penal. Esta norma, que supondría un adelantamiento todavía mayor del umbral de la punibilidad, debería, simultáneamente, prever sanciones inferiores respecto de las previstas para los delitos de promoción, favorecimiento y facilitación.

Por otra parte, sería necesario insertar una cláusula de subsidiariedad que excluya la aplicación del delito de receptación biológica (establecido por el actual art. 156 *bis*, segundo apartado) en el caso de que el receptor haya intervenido como autor del delito de promoción, favorecimiento, facilitación del tráfico, de la obtención o del trasplante ilícito de los órganos humanos.

En fin, debería introducirse —a partir de cuanto establece el artículo 13 del Convenio— un conjunto de circunstancias agravantes cuya aplicación signifique la imposición de una pena superior a quien cometa el hecho (según el esquema utilizado, *inter alios*, por el artículo 177 *bis*, apartados 4, 5 y 6) en el contexto de su participación en una organización criminal ligada a esta actividad ilícita, abusando de su propia condición de autoridad o cuando la víctima sea menor de edad o especialmente vulnerable en razón de una enfermedad, discapacidad o situación.

96 El legislador ha procedido en esta dirección en los delitos de lesiones personales y trata (artículos 151 y 177 *bis*, apartado 8, del C.p., respectivamente).