

32

Julio 2013

Revista Penal

Julio 2013



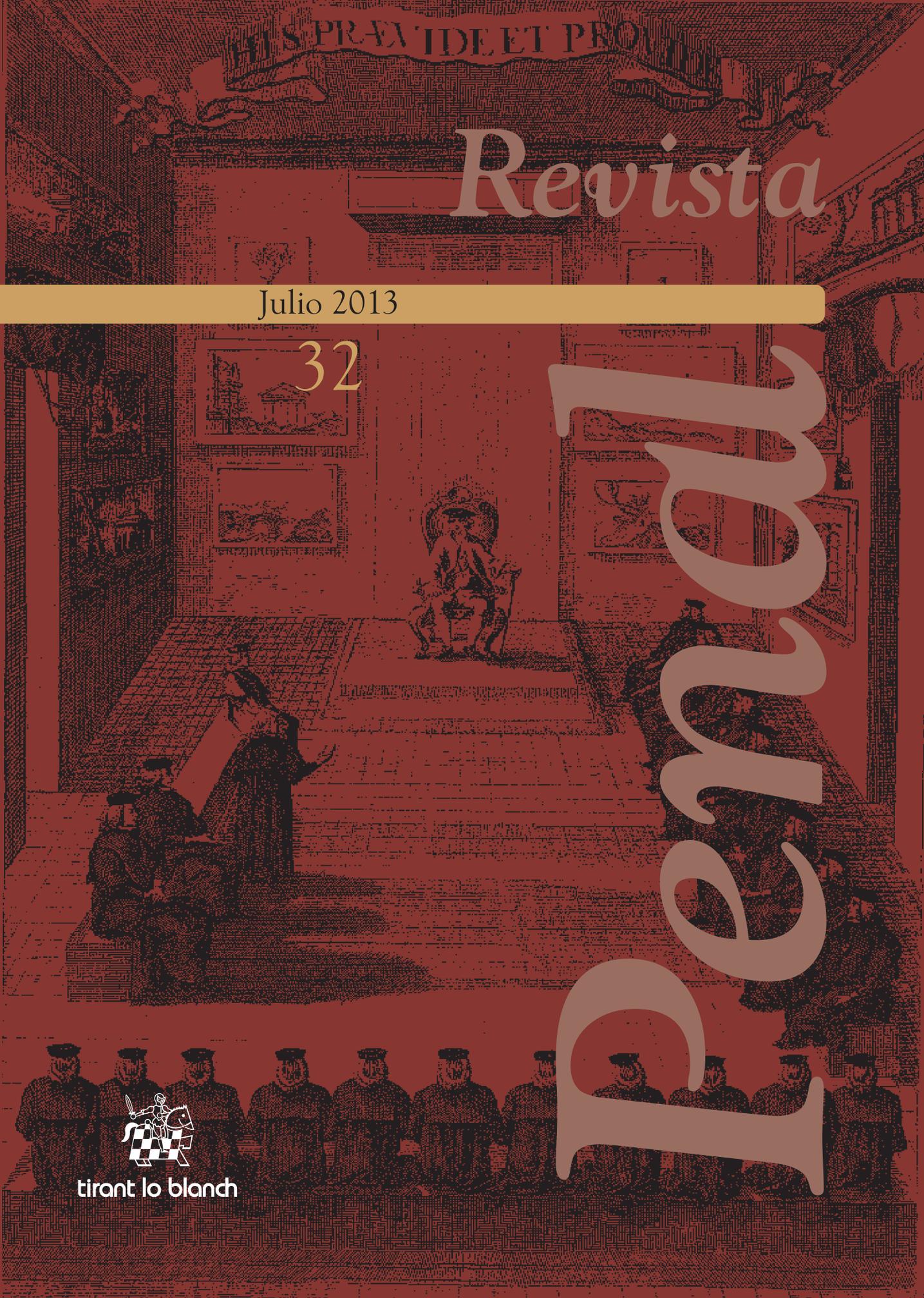
tirant lo blanch

S PRAVIDE ET PRO

Revista

32

Penal



Revista Penal

Número 32

Sumario

Doctrina:

- Aspectos problemáticos del delito de tráfico de órganos, por *Carmen Alastuey Dobón* 3
- Derecho Penal mínimo de los bienes jurídicos colectivos (Derecho Penal mínimo máximo) por *Mercedes Alonso Álamo* 23
- Investigando crímenes internacionales ante la Corte Penal Internacional: ¿existe una estrategia de enjuiciamiento coherente y comprensiva?, por *Kai Ambos e Ignaz Stegmüller*..... 41
- La protección de sistemas de información crítica y la Ley 53/07 de la República Dominicana sobre crímenes y delitos de alta tecnología, por *Désirée Barinas Ubiñas*..... 60
- Securitización, por *María Laura Böhm*..... 72
- Peligrosa irretroactividad y retroactividad para los peligrosos o socialmente indeseables por *Emiliano Borja Jiménez*..... 91
- La conducción tras el consumo de alcohol y drogas tóxicas: el inciso segundo del artículo 379.2 CP como infracción formal por *Luis Cáceres Ruiz*..... 113
- Reflexiones sobre los actos neutrales y la cooperación delictiva desde los criterios de la imputación objetiva, por *María José Cuenca García*..... 141
- La protección penal del medio ambiente a través de los delitos de incendio, por *Pastora García Álvarez y Carmen López Peregrín* 153
- El terrorismo al amparo de la reforma efectuada por la Ley Orgánica 5/2010: concepto y elementos por *Elena Núñez Castaño*..... 179
- La imprescriptibilidad de las violaciones contra los derechos humanos cometidas en Uruguay (1973-1985) por *Jan-Michael Simon y Pablo Galain Palermo* 222
- CATORCE (14) AÑOS. Una propuesta de criterio “vinculante”, intocable desde los actuales postulados del Derecho penal de la seguridad, para la fijación del límite mínimo de la Ley reguladora de la responsabilidad penal del menor, por *María A. Trapero Barreales* 250

Sistemas penales comparados: Corrupción en el sector público y privado (Corruption in public and private sector) 283

Crónicas:

- “Cruce de caminos”. Laudatio en honor de Hernán Hormazábal y José Ramón Serrano-Piedecasas Fernández, por *Eduardo Demetrio Crespo* 331
- La pena de muerte en el International Forum on Crime and Criminal Law in the Global Era (IFCCLGE) por *Miguel Ángel Núñez Paz* 335
- Notas sobre genoma humano y Derecho penal y comentarios a las XX Jornadas de Derecho y Genoma Humano, organizadas por la Cátedra Interuniversitaria de Derecho y Genoma Humano, Director Carlos M. Romeo Casabona, Bilbao 21 y 22 mayo 2013 por *Francisco Muñoz Conde*..... 337



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
jferreolive@gmail.com

Comité Científico Internacional

Kai Ambos. Univ. Göttingen	Victor Moreno Catena. Univ. Carlos III
Luis Arroyo Zapatero. Univ. Castilla-La Mancha	Francisco Muñoz Conde. Univ. Pablo Olavide
David Baigún. Univ. Buenos Aires	Enzo Musco. Univ. Roma
Ignacio Berdugo Gómez de la Torre. Univ. Salamanca	Francesco Palazzo. Univ. Firenze
Gerhard Dannecker. Univ. Heidelberg	Teresa Pizarro Beleza. Univ. Lisboa
Jorge Figueiredo Dias. Univ. Coimbra	Claus Roxin. Univ. München
George P.Fletcher. Univ. Columbia	José Ramón Serrano Piedecosas. 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
José Luis González Cussac. Univ. Valencia	Joachim Vogel. Univ. München
Winfried Hassemer. Univ. Frankfurt	Eugenio Raúl Zaffaroni. Univ. Buenos Aires
Borja Mapelli Caffarena. Univ. Sevilla	

Consejo de Redacción

Miguel Ángel Núñez Paz, Susana Barón Quintero y Víctor Macías Caro (Universidad de Huelva). Adán Nieto Martín, Eduardo Demetrio Crespo y Ana Cristina Rodríguez (Universidad de Castilla-La Mancha). Emilio Cortés Bechiarelli (Universidad de Extremadura) Lorenzo Bujosa Badell, Eduardo Fabián Caparros, Nuria Matellanes Rodríguez, Ana Pérez Cepeda y Nieves Sanz Mulas (Universidad de Salamanca), Paula Andrea Ramírez Barbosa (Universidad Externado, Colombia), Paula Bianchi (Universidad de Los Andes, Venezuela), Carmen Gómez Rivero y Elena Núñez Castaño (Universidad de Sevilla), Pablo Galain Palermo (Max Planck Institut - Universidad Católica de Uruguay).

Sistemas penales comparados

Martin Paul Wassmer (Alemania)	Sergio J. Cuarezma Terán (Nicaragua)
Luis Fernando Niño (Argentina)	Carlos Muñoz Pope (Panamá)
Alexis Couto de Brito (Brasil)	Víctor Roberto Prado Saldarriaga (Perú)
Roberto Madrigal Zamora (Costa Rica)	Bárbara Kunicka-Michalska (Polonia)
Elena Núñez Castaño (España)	R. Baris Erman (Turquía)
Angie A. Arce Acuña (Honduras)	Pablo Galain Palermo (Uruguay)
Manuel Vidaurri Aréchiga (México)	Jesús Enrique Rincón Rincón (Venezuela)

www.revistapenal.com

© TIRANT LO BLANCH
EDITA: TIRANT LO BLANCH
C/ Artes Gráficas, 14 - 46010 - Valencia
TELF.S.: 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: PMc Media

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.



Aspectos problemáticos del delito de tráfico de órganos

Carmen Alastuey Dobón

Revista Penal, n.º 32. - Julio 2013

Ficha técnica

Autora: Carmen Alastuey Dobón

Adscripción institucional: Profesora Titular de Derecho penal de la Universidad de Zaragoza (e-mail: alastuey@unizar.es)

Sumario: I. Introducción. II. Legitimación político-criminal del artículo 156 bis CP. III. La cuestión del bien jurídico protegido. 1. Posibles vías de interpretación. 2. Confrontación con los distintos argumentos y toma de postura. 3. Algunas repercusiones de la tesis defendida. IV. Las dificultades en la determinación de las conductas típicas. 1. Los conceptos de obtención, tráfico ilegal y trasplante de órganos. 1.1. Obtención de órganos. 1.2. Tráfico ilegal de órganos. 1.3. Trasplante de órganos. 2. Conductas típicas de promoción, favorecimiento, facilitación o publicitación de las actividades anteriores. 2.1. Promoción, favorecimiento o facilitación. 2.2. Publicitación. 3. Conducta típica de consentir la realización del trasplante por parte del receptor. V. Relaciones con otras figuras delictivas. VI. Conclusión y breve propuesta de *lege ferenda*.

Abstract: The organ trafficking crime (art. 156 bis CP) poses some significant problems of interpretation, both concerning the identification of the legally protected interest as regarding the determination of the typified behaviours. According to the interpretation proposed in this paper, this particular crime is aimed at the protection of a collective legally protected interest: the conditions that ensure the proper functioning of the national transplant system, based on the principles of altruism, gratuitousness and universal access. Moreover, this paper argues that the interpretation of that typified behaviours must be strict, to enable the distinction between degrees of execution as well as between authorship and participation. Finally, in relation to concurrence issues, this research comes to the conclusion that there is a concurrence of crimes between organ trafficking and some aggravated injury crimes.

Key Words: Organ trafficking, Criminal Law, legally protected interest, typified behaviors, concurrence issues.

Resumen: El delito de tráfico órganos (art. 156 bis CP) plantea considerables problemas de interpretación, tanto por lo que respecta a la identificación del bien jurídico protegido como en lo concerniente a la determinación de las conductas típicas. De acuerdo con la interpretación propuesta en este trabajo, el delito se orienta a la protección de un bien jurídico colectivo: las condiciones que garantizan el adecuado funcionamiento del sistema nacional de trasplantes, basado en los principios de altruismo, gratuidad y acceso universal. Por otra parte, se defiende una interpretación restrictiva de las conductas típicas, a fin de posibilitar la distinción entre grados de ejecución, así como entre autoría y participación. Finalmente, en materia de relaciones concursales, se considera, como conclusión más relevante, que entre este delito y los tipos agravados de lesiones debe apreciarse un concurso de delitos.

Palabras clave: Tráfico de órganos, Derecho penal, bien jurídico protegido, conductas típicas, relaciones concursales.

Observaciones: Este trabajo ha sido elaborado en el marco del proyecto de investigación titulado "Globalización y Derecho Penal" (DER 2009-13.111), financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación, y dirigido por el Dr. h. c. mult. D. Luis Gracia Martín, Catedrático de Derecho penal de la Universidad de Zaragoza.

Recepción del artículo: 08-11-2012

Evaluación favorable: 09-01-2013

I. INTRODUCCIÓN

La Ley Orgánica 5/2010 de 22 de junio, cuya entrada en vigor tuvo lugar el 23 de diciembre de 2010, introdujo en el Código penal, al final del Título III del Libro II, es decir, entre las figuras delictivas de lesiones, un nuevo precepto —el art. 156 bis— donde se tipifican una serie de conductas que pueden agruparse bajo la denominación genérica de “tráfico de órganos”. En concreto, se sanciona allí a quienes promuevan, favorezcan, faciliten o publiciten la obtención, el tráfico ilegal de órganos humanos ajenos o el trasplante de los mismos, así como al receptor del órgano que, conociendo su origen ilícito, consienta la realización del trasplante¹.

Se trata de un precepto poco afortunado, fruto de un modo precipitado de legislar, que plantea interrogantes en todos los aspectos relevantes para su interpretación, tal y como se ha puesto de manifiesto en los estudios doctrinales que se le han dedicado hasta el momento. Ello es debido, fundamentalmente, a su cuestionable ubicación, a la indeterminación que se aprecia en la descripción de las conductas típicas y a la previsión de una sanción sorprendente por elevada, además de idéntica a las penas establecidas en los tipos agravados de lesiones de los artículos 149 y 150 CP (prisión de seis a doce años o prisión de tres a seis años, en función de si el órgano tiene la consideración de principal o no la tiene). Estas decisiones que ha tomado el legislador, a mi modo de ver equivocadas, propician, en primer lugar, que resulte problemático precisar cuál sea el bien jurídico protegido, concretamente si es de naturaleza in-

dividual o supraindividual. En segundo lugar, emergen dudas sobre las conductas que pueden considerarse incluidas en el tipo penal, dado que a las dificultades para interpretar los conceptos típicos de “obtención, tráfico ilegal y trasplante de órganos” se une el hecho de que el tipo no exige la efectiva materialización de esos actos, sino que se conforma con sancionar su promoción, favorecimiento, facilitación o publicitación. Por último, y como consecuencia de todo ello, no están claras las relaciones de este delito con otras figuras, en particular con los ya citados delitos de lesiones y con el también novedoso delito de trata de seres humanos del artículo 177 bis CP, teniendo en cuenta que una de las posibles finalidades de la trata de personas es la extracción de sus órganos corporales.

En las páginas que siguen se pretende aportar una interpretación, de entre otras posibles, sobre las tres cuestiones que acaban de mencionarse: bien jurídico protegido, conductas típicas y relaciones con otras figuras delictivas. Conviene que ese análisis vaya precedido de una referencia al contexto político-criminal que ha motivado la creación del precepto.

II. LEGITIMACIÓN POLÍTICO-CRIMINAL DEL ARTÍCULO 156 BIS CP

Según declara el legislador en el apartado X del Preámbulo de la Ley Orgánica 5/2010, la introducción de este precepto en el Código penal trata de dar respuesta “al fenómeno cada vez más extendido de la compraventa de órganos humanos”, así como de atender “al llamamiento de diversos foros internacionales a

1 La redacción completa del art. 156 bis CP es la que sigue: “1. Los que promuevan, favorezcan, faciliten o publiciten 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 trata 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”. El precepto no sufrió modificaciones sustanciales a lo largo de la tramitación parlamentaria del Proyecto de Ley. De hecho, los apartados primero y segundo se han mantenido inalterados respecto a su redacción inicial, si bien se introdujeron algunos cambios en el apartado tercero, en materia de consecuencias aplicables a las personas jurídicas.

abordar su punición”, destacándose al respecto la Resolución 57.18 de la Asamblea de la OMS, sobre trasplante de órganos y tejidos humanos, de 22 de mayo de 2004, y la Declaración de Estambul sobre el tráfico de órganos y el turismo de trasplantes de mayo de 2008.

No cabe duda de que el sentido político-criminal del precepto se deduce del contexto internacional. Desde hace tiempo se viene alertando en diversos foros internacionales sobre el hecho de que los órganos humanos han devenido en objeto de comercio². Las razones por las que se ha llegado a esta situación pueden intuirse fácilmente. A lo largo de la segunda mitad del siglo XX se fueron produciendo grandes avances científicos en los procedimientos médicos de trasplante de órganos humanos, lo que ha elevado considerablemente el potencial terapéutico de la técnica. Estos progresos han supuesto un incremento de la demanda de órganos a nivel mundial, que se encuentra con el muro de la escasez en la oferta, pues se estima que esta solo cubre el 10% de las necesidades³. La abismal diferencia entre la oferta y la demanda ha propiciado la realización de conductas de tráfico con seres humanos con la finalidad de extraer sus órganos, así como los viajes de pacientes de países ricos a países pobres para comprar órganos a personas con escasos recursos económicos.

A la hora de concretar los hechos que tienen lugar es de utilidad recurrir a la ya mencionada Declaración de Estambul de 2008 sobre el tráfico de órganos y el turismo de trasplantes. Se hace referencia allí a tres tipos de conductas que concurren en muchas ocasiones de forma interrelacionada:

– En primer lugar, el *tráfico de órganos*, que es definido como “la obtención, transporte, transferencia, encubrimiento o recepción de personas vivas o fallecidas o sus órganos mediante una amenaza, uso de la fuerza u otras formas de coacción, secuestro, fraude, engaño o abuso de poder o de posición vulnerable, o la entrega o recepción de pagos o beneficios por parte de un tercero para obtener el traspaso de control sobre el donante potencial, dirigido a la explotación mediante la extracción de órganos para el trasplante”. Esta defini-

ción se basa en el art. 3 del Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar el tráfico de personas, especialmente mujeres y niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional.

– En segundo lugar, la *comercialización de trasplantes*, entendida como “política o práctica en la que un órgano se trata como una mercancía, incluida la compra, venta o utilización para conseguir beneficios materiales”, y —en tercer lugar, el *viaje para trasplantes*, que consiste en “el traslado de órganos, donantes, receptores o profesionales del trasplante fuera de los fronteras jurisdiccionales dirigido a realizar un trasplante”, viaje que se convierte en *turismo de trasplantes* “si implica el tráfico de órganos o la comercialización de trasplantes, o si los recursos (órganos, profesionales y centros de trasplantes) dedicados a suministrar trasplantes a pacientes de otro país debilitan la capacidad del país de ofrecer servicios de trasplantes a su propia población”.

Una vez constatada la realidad de los fenómenos descritos, las organizaciones internacionales han rechazado el modelo de obtención de órganos a través de un mercado regulado⁴ y han concentrado sus esfuerzos, en consecuencia, en promover la persecución de la comercialización de órganos. La 63.ª Asamblea de la OMS de 21 de mayo de 2010, en la línea de lo ya manifestado por esta Organización en ocasiones anteriores⁵, insta a los Estados Miembros “a promover el desarrollo de sistemas de donación altruista, voluntaria y no remunerada de células, tejidos y órganos humanos”, así como “a combatir la búsqueda de beneficio económico o de ventajas comparables en las transacciones con partes del cuerpo humano, el tráfico de órganos y el turismo de trasplantes, incluso alentando a los profesionales de la salud a notificar a las autoridades pertinentes estas prácticas cuando tengan conocimiento de ellas”. Además, esa misma Asamblea aprueba los Principios Rectores de la OMS sobre Trasplante de Células, Tejidos y Órganos Humanos⁶, donde se insiste en la promoción de la donación altruista y gratuita y en la prohibición de la compra u oferta (Principios Rectores 5, 6 y 7).

2 En 1991, la Resolución WHA 44.25, de la 44.ª Asamblea Mundial de la Salud, aprobó los principios rectores sobre Trasplante de Órganos Humanos, donde se expresaba ya la preocupación por la compraventa de órganos para trasplantes.

3 Véase el Informe de la Secretaría de la 63.ª Asamblea Mundial de la Salud, de 25 de marzo de 2010.

4 Sobre los argumentos a favor y en contra de la compraventa legal de órganos, véase ROMEO CASABONA, *Los principios jurídicos aplicables a los trasplantes de órganos y tejidos*, en ROMEO CASABONA (Coord.): “El nuevo régimen jurídico de los trasplantes de órganos y tejidos”, Comares, Granada, 2005, p. 52.

5 Véase la Resolución de la OMS citada en nota 2.

6 Se trata, en realidad, de una actualización de los Principios Rectores aprobados en 1991.

En el mismo sentido, la Declaración de Estambul de 2008 manifiesta que “el tráfico de órganos y el turismo de trasplantes violan los principios de igualdad, justicia y respeto de la dignidad humana y deberían prohibirse”, y elabora principios de actuación y propuestas a los Estados dirigidas a la lucha contra estos fenómenos.

En el ámbito del Consejo de Europa, es de obligada mención el Convenio de 4 de abril de 1997 sobre Derechos Humanos y Biomedicina, y su Protocolo adicional sobre trasplante de órganos y tejidos de origen humano, de 24 de enero de 2002. Los arts. 21 y 22 del Protocolo prohíben que el cuerpo humano y sus partes den lugar a beneficios económicos o ventajas comparables, así como los anuncios sobre necesidad o disponibilidad de órganos con vistas al ofrecimiento de un beneficio económico o ventaja comparables. Igualmente es objeto de prohibición el tráfico de órganos y tejidos.

Por lo que respecta a los pronunciamientos sobre la materia en el seno de la Unión Europea, resulta de particular relevancia la Directiva de 7 de julio de 2010, del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre normas de calidad y seguridad de los órganos humanos destinados al trasplante (Directiva 2010/45/UE). En ella se considera una práctica inaceptable “el tráfico de órganos, a veces vinculado a la trata de seres humanos con el fin de extraerles los órganos, lo cual constituye una violación grave de los derechos fundamentales, y, en particular de la dignidad humana y la integridad física”. Por ello, la Directiva se fija, entre otros objetivos, el de luchar contra el tráfico de órganos, a cuyo efecto en su art. 13 insta a los Estados miembros a velar por que las donaciones procedentes de donantes fallecidos o vivos sean voluntarias o no retribuidas, y por que la obtención de órganos se realice sin ánimo de lucro. Además, en el mismo precepto se obliga a los Estados miembros a prohibir el anuncio de la necesidad o disponibilidad de órganos, si con tal publicidad se pretende ofrecer o tratar de obtener un beneficio económico o una ventaja comparable.

Estos planteamientos internacionales no nos resultaban en absoluto ajenos. En efecto, la legislación española en materia de trasplantes de órganos y tejidos humanos parte del principio de gratuidad de las donaciones y, correlativamente, prohíbe el comercio con partes del cuerpo, de manera que se anticipa a las citadas reclamaciones de los foros internacionales. De

acuerdo con el artículo 2 de la Ley 30/1979, de 27 de octubre, sobre extracción y trasplante de órganos, “no se podrá percibir compensación alguna por la donación de órganos”. E insiste: “en ningún caso existirá compensación económica alguna para el donante ni se exigirá al receptor precio alguno por el órgano trasplantado”. A la gratuidad de las donaciones de tejidos humanos se refiere el artículo 5 del Real Decreto 411/1996, de 1 de marzo, por el que se regulan las actividades relativas a la utilización de tejidos humanos. Finalmente, 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, consagra asimismo los principios de voluntariedad, altruismo, gratuidad, ausencia de ánimo de lucro y anonimato en las donaciones (art. 2). Por lo que respecta al principio de gratuidad, es concretado en el art. 8 en los siguientes términos: “1. No se podrá percibir gratificación alguna por la donación de órganos humanos por el donante, ni por cualquier otra persona física o jurídica. (...) 3. Se prohíbe hacer cualquier publicidad sobre la necesidad de un órgano o tejido o sobre su disponibilidad, ofreciendo o buscando algún tipo de gratificación o remuneración. 4. No se exigirá al receptor precio alguno por el órgano trasplantado”.

En el marco de esta legislación y al amparo de los avances en la investigación científica, España ha consolidado un sistema de trasplantes cuyo éxito es mundialmente reconocido, que ha ejercido una influencia decisiva en la redacción de los textos procedentes de las organizaciones internacionales, así como en la Directiva Europea⁷. Ello ha contribuido a que las prácticas relacionadas con el comercio ilegal de órganos no constituyan un problema interno, lo que permite explicar la ausencia de un debate en nuestro país sobre la necesidad de sancionar esas conductas. De hecho, llama la atención que ni en el momento de promulgarse la Ley de 1979 ni en todos sus dilatados años de vigencia se haya planteado la posibilidad de prever un régimen sancionador específico para los casos de vulneración de los principios que consagra⁸, más allá de la aplicación de las sanciones administrativas previstas en la Ley General de Sanidad para las infracciones en materia sanitaria tipificadas allí de un modo muy general⁹.

7 Al respecto, FELIP I SABORIT, *Tráfico de órganos*, en “Memento Experto. Reforma Penal 2010. Ley Orgánica 5/2010”, Ediciones Francis Lefebvre, Madrid, 2010, p. 42.

8 Sobre ello, ROMEO CASABONA, *Los principios jurídicos aplicables a los trasplantes de órganos y tejidos*, ob. cit., p. 55.

9 El art. 23 del Real Decreto 2070/1999 se remite en materia de infracciones y sanciones al Capítulo VI del Título I de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad.

En cuanto a la intervención del Derecho penal para hacer frente a este tipo de conductas, antes de la reforma de 2010 los fenómenos de tráfico de órganos y de comercialización de trasplantes, en las definiciones ofrecidas por la Declaración de Estambul, eran impunes como tales¹⁰. Solo una concreta manifestación de esas actividades podía ser punible —y sigue siéndolo ahora— a través de los delitos de lesiones (arts. 149 y 150 CP): la extracción de un órgano a una persona viva en los aludidos contextos de tráfico o de comercialización, incluyendo la tentativa y los actos preparatorios de provocación, conspiración y proposición para delinquir. Es evidente que en esos ámbitos de actuación resulta inaplicable la causa de justificación prevista en el art. 156 CP, pues o no hay consentimiento del donante o este se encuentra viciado o ha sido obtenido mediante precio o recompensa, amén de que la extracción no se habrá llevado a cabo en un supuesto de trasplante de órganos “efectuado con arreglo a lo dispuesto en la Ley”¹¹.

La situación de la legislación española en materia sancionadora hasta el año 2010 contrastaba con la de las legislaciones de otros países europeos, donde desde los años 90 se han ido incorporando tipos penales que sancionan el tráfico de órganos con distintas variantes. Sirvan al respecto unos ejemplos. En Francia, la Ley n.º 94-653, de 29 de julio de 1994, introdujo en el Código penal de ese país, en el capítulo dedicado a las infracciones en materia de ética biomédica —insertado en el título de las infracciones en materia de salud pública—, una serie de delitos entre los que destacan por su mayor gravedad, en primer lugar, la obtención de órganos, tejidos o células mediando contraprestación económica, así como la mediación para favorecer la obtención en esas circunstancias o la cesión a título oneroso de órganos, tejidos o células ajenos (tráfico en sentido estricto) y, en segundo lugar, la obtención de esas partes del cuerpo con consentimiento viciado por parte del donante (arts. 511-2 a 511-5), especificándose que en este último caso el donante ha de ser una persona viva. Se prevén penas de prisión de siete o cinco años, en

función de cuál sea el objeto de la acción, además de penas de multa.

Asimismo, en Alemania, la Ley de Trasplantes (TPG) que entró en vigor el 1 de diciembre de 1997, en sus párrafos 17 y 18, tipifica la conducta de traficar con órganos y tejidos, incluyendo al donante del órgano, así como las de extraer, trasplantar, o dejarse trasplantar un órgano o tejido que ha sido objeto de tráfico. La ley alemana establece penas de prisión de hasta cinco años o, como alternativa, multa en algunos casos. En cuanto al donante y al receptor como sujetos activos, se prevé la posibilidad de atenuarles la pena o incluso de renunciar a ella.

Y en Italia, la Ley n.º 91 de 1 de abril de 1999, que regula la extracción y trasplante de órganos y tejidos, contempla un régimen sancionador en su art. 22 que incluye infracciones administrativas y penales. Entre las últimas se cuenta la obtención de órganos o tejidos de personas fallecidas con ánimo de lucro, o practicar cualquier clase de comercio con esos órganos o tejidos, y la obtención de órganos o tejidos mediante abuso, sin ánimo de lucro, también de personas fallecidas. Si concurre ánimo de lucro la pena de prisión puede llegar hasta los cinco años, además de imponerse una multa; en caso contrario, la prisión tendrá una duración máxima de dos años. En el caso de donantes vivos, hay que acudir a los delitos de lesiones del Código penal italiano (arts. 582-583), donde no existe una tipificación expresa del tráfico.

Pues bien, ante este panorama de ámbito internacional, y si se tiene presente, además, que nuestros tipos agravados de lesiones de los artículos 149 y 150 no ofrecen una respuesta adecuada a los fenómenos descritos, dado que estos tipos tradicionales no consiguen abarcar todas las formas de tráfico de órganos¹², parecía conveniente, e incluso necesario, que nuestra legislación penal diese un paso más, y se hiciera eco de la demanda internacional de penalización de las conductas de comercio con órganos o de obtención de estos en contextos de trata de seres humanos¹³. Esta loable pretensión es la que ha guiado al legislador de 2010, y

10 Por eso mismo, no es cierto que el Código penal ya contemplara estas conductas en el delito de lesiones, como declara el legislador en el Preámbulo de la Ley Orgánica 5/2010.

11 Véanse al respecto ROMEO CASABONA, *Los principios jurídicos aplicables a los trasplantes de órganos y tejidos*, ob. cit., p. 53; y CARRASCO ANDRINO, en ÁLVAREZ GARCÍA (Dir.): “Derecho penal español, Parte especial (I)”, 2.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, p. 266.

12 En el mismo sentido, con respecto a los tipos del Derecho penal alemán, KÖNIG, en SCHROTH/KÖNIG/GUTMANN/ODUNCU: *Transplantationsgesetz*, 1. Auflage, Beck, München, 2005, p. 283, n. m. 16.

13 Como señalaba Romeo Casabona en el año 2005, aunque la regulación penal no fuese urgente, no había que descartar “la inclusión de infracciones administrativas y penales que pudieran hacer frente a las vías de escape que ofrece el ordenamiento jurídico

ha sido plasmada, por una parte, mediante la tipificación del delito de trata de seres humanos en el art. 177 bis, concretamente, en los casos en que la finalidad de la trata es la extracción de los órganos corporales de la víctima y, por otra parte, a través del delito del art. 156 bis. Aunque más adelante volveremos sobre ello, interesa resaltar ya en este momento que, si regresamos a los hechos definidos en la Declaración de Estambul, nos encontramos con que las conductas allí denominadas “tráfico de órganos” son en realidad las propias de la trata de personas con la finalidad de extraer sus órganos corporales, conductas que encuentran acomodo en el art. 177 bis de nuestro Código penal. Por su parte, el art. 156 bis pretende hacer frente al fenómeno de comercialización con órganos —el tráfico propiamente dicho, o tráfico en sentido estricto—, como se declara en el Preámbulo de la Ley Orgánica 5/2010¹⁴.

En definitiva, a la pregunta de si está justificada la existencia de la nueva regulación creo que debe contestarse afirmativamente. Cuestión distinta es que sea adecuada la concreta forma elegida para legislar sobre esta materia. Particularmente, por lo que respecta al art. 156 bis, el precepto incurre en considerables defectos, como ya ha sido indicado y se pondrá de manifiesto más ampliamente en lo que sigue.

III. LA CUESTIÓN DEL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

1. Posibles vías de interpretación

La primera dificultad que se plantea en la interpretación del delito de tráfico de órganos es la relativa a la determinación del bien jurídico protegido. A la hora de abordar esta cuestión, hay que tomar como punto de partida que el fenómeno de tráfico de órganos, entendido como comercio con órganos, “presenta diversos perfiles de lesividad”, de dimensión individual y colectiva, tal y como pone de manifiesto certeramente *García Al-*

bero. En efecto, desde el punto de vista individual, se compromete la integridad física y salud del donante, no solo por la extracción del órgano en sí, en caso de que esta tenga lugar, sino también por las condiciones sanitarias en las que esa extracción pueda llevarse a cabo. Además, puede incidir también en la salud del receptor, pues el trasplante se realizará sin respetar los procesos de selección de órganos que minimicen los riesgos de transmisión de enfermedades. Y, por lo que respecta a la perspectiva supraindividual, se ven comprometidos los principios de altruismo y solidaridad en la donación, y de equidad en el acceso a trasplantes¹⁵.

Pues bien, ante la imposibilidad de formular un bien jurídico que consiga abarcar todos esos intereses que pueden verse afectados por los comportamientos de tráfico de órganos, el legislador se enfrenta a la tarea de elegir la dimensión que desea situar en un primer plano, y que ha de servir para determinar el contenido de injusto específico del delito. Pero lo cierto es que no resulta sencillo identificar cuál es la opción que se ha plasmado en la ley. Al respecto, la doctrina ha abierto tres posibles vías de interpretación. En opinión de algunos autores, se protege un bien jurídico individual, coincidente con el objeto de tutela de los delitos de lesiones cobijados bajo el mismo título que el delito que nos ocupa: la integridad física y la salud del donante. Otro sector doctrinal, por el contrario, opina que se tutela un bien jurídico colectivo, fundamentalmente la salud pública en alguna de sus posibles concreciones. Finalmente, una tercera opinión estima que se trata de un delito pluriofensivo, en el que se protege tanto un bien jurídico colectivo como el bien jurídico individual “integridad física y salud del donante”.

Entre los primeros, destaca *García Albero*¹⁶. Tras indicar cuáles son los intereses que pueden verse afectados por las conductas de tráfico, de acuerdo con las definiciones que aparecen en los textos internacionales, concluye que el legislador español ha decidido prote-

en la actualidad en relación con la prohibición formal de la compraventa de órganos”. Así, ROMEO CASABONA, *Los principios jurídicos aplicables a los trasplantes de órganos y tejidos*, ob. cit., p. 55. En términos similares, en Alemania, KÖNIG, *Das strafbewehrte Verbot des Organhandels*, en ROXIN/SCHROTH (Hrsg.): “Handbuch des Medizinstrafrechts”, 4. Auflage, Boorberg, Stuttgart, 2010, p. 505. Aunque este autor es muy crítico con la concreta regulación del delito de tráfico de órganos en la legislación de ese país, acepta no obstante que la ausencia de casos conocidos en el propio país no ha de traducirse en una decisión de no actuar por parte del legislador, a la espera de que un peligro en ciernes se convierta en un daño real.

14 Queda al margen, acertadamente, el denominado “viaje para trasplantes”, pues no tiene relevancia penal si no se vincula a la obtención de órganos en contextos de trata o de comercialización. Si existe esta vinculación (“turismo de trasplantes”) ya será punible como trata o como comercio con órganos.

15 GARCÍA ALBERO, *El nuevo delito de tráfico de órganos*, en QUINTERO OLIVARES (Dir.): “La reforma penal de 2010: análisis y comentarios”, Aranzadi, Pamplona, 2010, p. 144.

16 GARCÍA ALBERO, *El nuevo delito de tráfico de órganos*, ob. cit., pp. 144-145.

ger únicamente la salud e integridad física del donante vivo. Ello se deduciría de la ubicación sistemática del precepto, entre los delitos de lesiones, y de que el objeto de la acción lo sea el órgano ajeno, con la consiguiente impunidad del donante. Además, el criterio vendría confirmado por la distinción penológica que realiza el precepto según se trate de un órgano principal o no principal. Un amplio sector de la doctrina se ha sumado a este planteamiento, por lo que podemos decir que representa en estos momentos la opinión mayoritaria¹⁷. La defensa de esta tesis implica sostener que el contenido de injusto específico del delito de tráfico de órganos está configurado exclusivamente por el peligro para ese bien jurídico individual, de manera que serían objeto de incriminación autónoma conductas que, bien constituyen actos preparatorios de las lesiones graves tipificadas en los arts. 149 y 150 CP, bien representan una intervención en esas lesiones a título de participación. De este modo, el art. 156 bis daría lugar a un “adelantamiento de la barrera de protección de la salud individual”¹⁸, es decir, el sentido de la regulación quedaría limitado a evitar la extracción de un órgano a una persona viva (lesión del bien jurídico) fuera de los supuestos amparados por la legislación vigente.

Entre quienes defienden que el bien jurídico protegido es de carácter colectivo se sitúa Muñoz Conde¹⁹, para quien el precepto trata de evitar que la cesión de un órgano “se convierta en un negocio para terceras personas que se aprovechen tanto de la necesidad del que para conseguir dinero ofrece uno de sus órganos para que se trasplante a otro, como del que paga grandes cantidades de dinero por el órgano que una vez trasplantado puede salvar su vida o mejorar su salud”. De ahí deduce que el objeto de tutela “es más bien de carácter social que individual”, aunque no realiza ulteriores precisiones. Por su parte, Gómez Tomillo²⁰,

si bien había sostenido en un primer momento que el bien jurídico protegido era la dignidad de la persona, estima ahora que esta se configura más bien como la *ratio legis* del precepto, mientras que el bien jurídico estaría constituido por “las condiciones para un adecuado desenvolvimiento de la extracción y trasplante de órganos”, objeto de protección que el autor reconoce próximo “a la idea de salud pública”. Finalmente, Queralt²¹, muy crítico con el precepto, tras indicar las dificultades que se presentan a la hora de precisar cuál es el bien jurídico protegido, se inclina por entender que lo que se protege es la salud pública, más concretamente, el monopolio público que ejerce en España la Organización Nacional de Trasplantes, aunque añade a continuación, movido por la ubicación del precepto, que “tal vez sea un delito pluriofensivo”.

Por último, en la defensa del carácter pluriofensivo del delito se ubica la tesis de *Felip i Saborit*²². A su modo de ver, se protege aquí la salud pública, entendida como las condiciones que posibilitan la salud de la población, condiciones que se concretan en “el funcionamiento del sistema nacional de trasplantes, construido sobre la gratuidad, el altruismo, así como la equidad en la selección y el acceso al trasplante”. Pero, teniendo en cuenta la ubicación del precepto, considera que el legislador ha introducido un criterio de selección de las conductas más graves para la salud pública, en el sentido de que el ámbito de las conductas punibles se restringe a aquellas que pongan en peligro la salud de alguna persona determinada. También se inserta en esta línea Carrasco Andrino²³, quien parte de que al estar ya protegidos por los delitos de lesiones los intereses individuales que se ven afectados por el tráfico de órganos, el nuevo delito “debe fundamentarse en la salvaguardia de un interés supraindividual: la tutela de la gratuidad en la donación y de la equidad en la selección y acceso

17 Así, CARBONELL MATEU/GONZÁLEZ CUSSAC, en VV. AA.: “Derecho penal. Parte especial”. 3.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, p. 159; ALONSO DE ESCAMILLA, en LAMARCA PÉREZ (Coord.): “Derecho penal. Parte especial”, 6.ª ed., Colex, Madrid, 2011, p. 87; AGUADO LÓPEZ, en BOIX REIG (Dir.): “Derecho penal. Parte especial”, Volumen I, iustel, Madrid, 2010, p. 164; DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, *El delito de tráfico de órganos humanos*, en DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO (Dir.): “Estudios sobre las reformas del Código penal (Operadas por las LO 5/2010, de 22 de junio y 3/2010, de 28 de enero)”, Civitas, Madrid, 2011, p. 280; PUENTE ABA, *La protección frente al tráfico de órganos: su reflejo en el Código Penal español*, Revista de Derecho y Proceso penal, n.º 26, 2011, p. 144; SERRANO GÓMEZ/SERRANO MAÍLLO, *Derecho penal. Parte especial*, 16.ª ed., Dykinson, Madrid, 2011, p. 122, quienes añaden, además, la vida como bien jurídico protegido; y NAVARRO BLASCO, *Sobre el tráfico de drogas, armas y órganos*, Revista jurídica de Catalunya, n.º 4, 2011, p. 1073.

18 GARCÍA ALBERO, *El nuevo delito de tráfico de órganos*, ob. cit., p. 145.

19 MUÑOZ CONDE, *Derecho penal. Parte especial*, 18.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, p. 132.

20 GÓMEZ TOMILLO, en GÓMEZ TOMILLO (Dir.): “Comentarios al Código penal”, 2.ª ed., Lex Nova, Valladolid, 2011, p. 617.

21 QUERALT JIMÉNEZ, *Derecho penal español. Parte especial*, 6.ª ed., Atelier, Barcelona, 2010, pp. 146-147.

22 FELIP I SABORIT, *Tráfico de órganos*, ob. cit., pp. 43-44.

23 CARRASCO ANDRINO, en ÁLVAREZ GARCÍA (Dir.): “Derecho penal español, Parte especial (I)”, ob. cit., pp. 265-267.

al trasplante”; pero, desde el punto de vista de la tipificación concretamente establecida por el legislador, le parece más correcto interpretar el precepto como delito pluriofensivo, en el que se protege tanto la salud pública como la salud del donante. Se trataría así de proteger “un bien jurídico de naturaleza supraindividual o colectiva con referente individual —salud del donante—, que ha de ser puesto en peligro o incluso lesionarse”.

2. Confrontación con los distintos argumentos y toma de postura

La disparidad de criterios doctrinales es comprensible, pues en el precepto quedan patentes incoherencias derivadas de un defecto de enfoque del legislador: por un lado afirma en el Preámbulo de la Ley Orgánica 5/2010 que su objetivo es sancionar la compraventa de órganos humanos y, a la vez, por otro lado, que esas conductas ya estaban castigadas en los tipos de lesiones. Como consecuencia de esa falta de claridad en el planteamiento, nos encontramos con que hay elementos en la regulación, empezando por su propia existencia, que solo adquieren sentido desde la perspectiva de la salvaguarda de intereses de naturaleza colectiva; pero también hallamos otros elementos que parecen apuntar a la tutela exclusiva de la salud del donante. Por eso resulta tan controvertida la cuestión del bien jurídico, hasta el punto de que se genera la desoladora impresión de que ninguna opinión puede defenderse con absoluto convencimiento de su acierto, pues con seguridad habrá argumentos de peso que la contradigan.

Ahora bien, con las reservas indicadas, un análisis de los argumentos, así como de las consecuencias a las que conducen las distintas posturas, me lleva a concluir que ya de *lege lata* puede estimarse que el objeto de tutela en este delito es uno de naturaleza colectiva, tal y como se expone a continuación, sin perjuicio de que deba abogarse porque de *lege ferenda* esta orientación se vea refrendada con una contundencia que se echa en falta en la regulación actual²⁴.

Por lo que respecta a la salud e integridad física del donante como bien jurídico protegido en el delito de tráfico de órganos, cabe oponer, de entrada, la evidencia de que un precepto destinado a combatir el tráfico de órganos

solo está justificado si con él se pretende la tutela de intereses colectivos, habida cuenta de que la afección a la salud del donante provocada por la extracción del órgano —consumada, en grado de tentativa, así como los actos preparatorios punibles— ya está convenientemente sancionada en los tipos de lesiones²⁵. También quienes parten de que el objeto de tutela es de carácter individual reconocen que esa configuración simplifica en exceso los intereses que se ven comprometidos por el tráfico de órganos, si bien creen que la concreta regulación no posibilita otra interpretación, teniendo en cuenta, primero, la ubicación del precepto, segundo, el hecho de que el objeto material del delito lo sean los órganos ajenos y, tercero, la previsión de una penalidad diferenciada en función del carácter principal o no principal del órgano.

La inclusión sistemática del precepto dentro del Título dedicado a las lesiones ciertamente apoya la tesis indicada, aunque es un argumento formal que a mi entender, por sí solo, no resulta decisivo. Por otra parte, el legislador ha decidido penalizar las conductas que determinen o vayan dirigidas a la obtención o tráfico —así como al ulterior trasplante— exclusivamente de órganos humanos ajenos, con la consecuencia de que ninguna actuación del donante resulta punible, ni siquiera las que consistan en la publicitación u oferta de sus órganos en condiciones de absoluta libertad a cambio de precio. Pues bien, la impunidad del donante puede ser considerada, sin duda, como un argumento favorable a la interpretación del bien jurídico en clave individual, siguiendo la lógica propia de los tradicionales delitos de lesiones: la salud e integridad personales no se protegen frente a los ataques del portador del bien jurídico, por lo que son impunes las autolesiones, así como la prestación del consentimiento para ser lesionado²⁶. Por esa misma razón, tiene que quedar impune el donante que consiente la extracción actual o potencial²⁷. No obstante, la impunidad del donante puede explicarse también desde la protección de un bien jurídico colectivo, como sucede, por ejemplo, en el Código penal francés. En esa regulación, el donante queda impune a pesar de regularse el tráfico de órganos al margen de los delitos de lesiones, entre los delitos contra la salud pública. Se trata de una decisión político-criminal que

24 Véase *infra* VI.

25 Al respecto, FELIP I SABORIT, *Tráfico de órganos*, ob. cit., pp. 43-44; y CARRASCO ANDRINO, en ÁLVAREZ GARCÍA (Dir.): “Derecho penal español, Parte especial (I)”, ob. cit., pp. 266-267.

26 Sobre ello, por todos, Díez RIPOLLÉS, *Los delitos de lesiones*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, pp. 38 y 118.

27 PUENTE ABA, *La protección frente al tráfico de órganos*, ob. cit., pp. 144-145.

28 Con razón, CARRASCO ANDRINO, en ÁLVAREZ GARCÍA (Dir.): “Derecho penal español, Parte especial (I)”, ob. cit., p. 272.

puede encontrar su razón de ser en el hecho de que el donante, en los supuestos más frecuentes en la práctica, es el eslabón más débil de la cadena de tráfico, pues normalmente será víctima de coacciones o amenazas, o se abusará de su situación de necesidad. Además, aunque el tipo proteja un bien jurídico colectivo, su salud, como la de cualquier donante potencial, aparece como uno de los bienes jurídicos complementados por este. En cambio, el hecho de que se prevea en el precepto una pena distinta según si el órgano es principal o no, solo tiene sentido, ciertamente, desde la protección de la salud e integridad física del donante²⁸.

Sin embargo, no todos los elementos de la regulación abonan la interpretación del bien jurídico en clave individual. Para empezar, debe insistirse en lo que esa tesis representa en términos de contenido de injusto material del delito: teniendo en cuenta las posibilidades que ya ofrecen los delitos de lesiones “tradicionales”, se trataría de un delito de peligro para la salud del donante cuyo ámbito de aplicación quedaría restringido a los actos preparatorios no subsumibles en los conceptos de conspiración, proposición y provocación para delinquir. En tal caso, como ya se ha indicado²⁹, la gravedad de la sanción carecería de justificación, pues se castigarían con idéntica pena las conductas que suponen una lesión del bien jurídico que aquellas que se encuentran muy alejadas de la lesión y que solo implican un peligro abstracto para el bien jurídico. Si no fuera posible encontrar otra fundamentación para el delito, habría que proponer su derogación.

Pero, además, y sobre todo, hay que tener presente que las conductas típicas no se limitan a los actos que supongan un peligro para la salud de donante, y que por tanto han de ser previos a la extracción del órgano. Como se indicará en el epígrafe siguiente con más detalle, el precepto abarca conductas que, en función del momento en que se desarrollen, presentan una diversa significación para la salud individual del donante, pues, efectivamente, en primer lugar, cabe incluir en el tipo

conductas que tienen lugar con carácter previo a la extracción del órgano y que, por ello, en tanto que actos preparatorios, representan un peligro para el bien jurídico. Pero, en segundo lugar, el tipo abarca también la propia extracción del órgano y, finalmente, se incluyen conductas que tienen lugar con posterioridad a la extracción del órgano, como por ejemplo la publicitación de un órgano ya extraído o incluso el propio trasplante del órgano³⁰. El hecho de que estas conductas estén incluidas en el tipo supone, entiendo, un escollo insalvable para la citada interpretación del objeto de protección. De ser cierto que se protege la salud del donante, no se explicaría la punición de conductas que se llevan a cabo después de que se haya producido el menoscabo de su salud e integridad física. En un tipo que trata de evitar la lesión de la salud del donante no tienen cabida los hechos que acaecen con posterioridad a esa lesión.

En cambio, desde mi punto de vista, todas las conductas que se tipifican en el art. 156 bis conllevan la afectación de un bien jurídico colectivo, que puede definirse como las condiciones que garantizan el adecuado funcionamiento del sistema nacional de trasplantes, basado en los principios de altruismo, gratuidad y acceso universal, que sirve de complemento a un bien jurídico individual: la salud de los potenciales donantes y receptores de órganos. El menoscabo del bien jurídico colectivo es apreciable en el hecho de que las acciones descritas en el precepto desestabilizan la ordenación de los procedimientos que rigen en materia de trasplante de órganos, lo que produce al menos dos efectos: en primer lugar, impide garantizar la posibilidad de acceso al órgano por parte de potenciales receptores en condiciones de igualdad y, en segundo lugar, crea una situación de inseguridad para la salud individual de los potenciales donantes, fundamentalmente, pero también de los potenciales receptores, en la medida en que el órgano obtenido ilícitamente no ha sido sometido al control legalmente establecido, a lo que se añade el hecho de que el trasplante puede llevarse a cabo en unas condiciones sanitarias inadecuadas³¹.

29 CARRASCO ANDRINO, en ÁLVAREZ GARCÍA (Dir.): “Derecho penal español, Parte especial (I)”, ob. cit., pp. 266-267; FELIP I SABORIT, *Tráfico de órganos*, ob. cit., p. 43.

30 Véase MUÑOZ CONDE, *Derecho penal*, ob. cit., pp. 129-130.

31 Entiendo, por ello, que el bien jurídico colectivo descrito desempeña tanto la función positiva de “promoción” como la negativa de “prestación de seguridad” a las que se refiere GRACIA MARTÍN, *La modernización del Derecho penal como exigencia de la realización del postulado del Estado de Derecho (social y democrático)*, Revista de Derecho penal y Criminología, 3.ª época, n.º 3, 2010, pp. 62-63. Véanse, por lo demás, en cuanto a la tesis, aquí compartida, de la autonomía de los bienes jurídicos colectivos respecto de los individuales y respecto a su consideración como las condiciones esenciales para el desarrollo de los bienes jurídicos individuales, entre otros muchos, GRACIA MARTÍN, ob. cit., pp. 63 ss.; BUSTOS RAMÍREZ, *Los bienes jurídicos colectivos*, en “Control social y sistema penal”, PPU, Barcelona, 1987, pp. 196 ss.; SOTO NAVARRO, *La protección penal de los bienes jurídicos colectivos en la sociedad moderna*, Comares, Granada, 2003, pp. 233 ss.; y MAYO CALDERÓN, *La tutela de un bien jurídico colectivo por el delito societario de administración fraudulenta*, Comares, Granada, 2005, pp. 101 ss.

Aun partiendo de esta premisa, los aludidos elementos de la regulación que parecen fundamentarse en la tutela de un bien jurídico individual han llevado a algunos autores, como hemos visto, a defender que estamos ante un delito pluriofensivo en el que se protege tanto un bien jurídico colectivo como un bien jurídico individual³². Desde esta consideración, el precepto tipificaría conductas que afectan al bien jurídico colectivo siempre que impliquen un peligro (abstracto, en principio) o incluso una lesión para la salud del donante. Pero, a mi modo de ver, la tesis de la pluriofensividad no puede convencer por varias razones. En primer lugar, debe ponerse de manifiesto de nuevo el hecho de que algunas de las conductas que encajan en el tipo penal no implican un peligro para la salud del donante, por realizarse con posterioridad a la extracción del órgano. Por tanto, como mucho, y desde los postulados de la propia tesis, podría decirse que se da una “pluriofensividad eventual” “en el sentido de que, junto a un bien jurídico que aparece siempre como objeto de protección, pueden presentarse en algunos casos lesiones o puestas en peligro de otros”, pero entonces no se da una auténtica pluriofensividad, es decir, no puede tratarse de un delito pluriofensivo en sentido estricto³³.

En segundo lugar, y fundamentalmente, la cuestión central que se plantea en este punto es si es admisible la figura de un delito pluriofensivo en el que se protege junto a un bien jurídico colectivo o complementario el bien jurídico individual complementado por aquel. Entiendo que la respuesta ha de ser negativa. Ante

todo, debe huirse de la tentación de caracterizar como pluriofensivo todo delito en el que se proteja un bien jurídico de los que se han dado en llamar “colectivo con referente individual”³⁴. Con esta confusa terminología, vinculada con frecuencia a la explicación de una determinada categoría de delitos, en mi opinión erróneamente considerados de peligro abstracto³⁵, se hace referencia en realidad a bienes jurídicos colectivos que se encuentran especialmente vinculados con determinados bienes jurídicos individuales. Esta especial vinculación se debe a que en ellos predomina la función de contención de riesgos para esos bienes jurídicos individuales. Como ejemplos cabe citar la seguridad vial y las distintas concreciones del bien jurídico categorial “salud pública”. Desde el momento en que se identifica un objeto de protección autónomo, independiente de los bienes jurídicos individuales³⁶, que se ve afectado mediante las conductas típicas, resulta innecesaria y perturbadora la referencia a los bienes jurídicos individuales como objeto de tutela. Dada la relación de complementariedad (funcionalidad) existente entre el bien jurídico colectivo y el bien jurídico individual, una lesión del primero en los términos indicados implica *de facto*, siempre, un menoscabo, aunque sea mínimo, para el segundo —aunque no con referencia a una persona concreta, sino a una pluralidad indeterminada de individuos—. Pero ello no tiene por qué suponer que al menoscabo del bien jurídico individual (ni siquiera en términos de peligro abstracto) haya de otorgársele necesariamente virtualidad alguna en la interpretación del tipo, es decir, que haya que incorporarlo al objeto

32 Véanse *supra* notas 22 y 23.

33 Véase GUARDIOLA GARCÍA, *La realización arbitraria del propio derecho*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, pp. 214-215, quien señala que en estos delitos en los que un bien jurídico resulta necesariamente afectado, mientras que se da una eventual afectación a otro, es el primero el que constituye el objeto de protección. Sobre las características que han de cumplir los delitos pluriofensivos véase también DOVAL PAIS, *Delitos de fraude alimentario. Análisis de sus elementos esenciales*, Aranzadi, Pamplona, 1996, pp. 220 ss.

34 De otra opinión, MATA Y MARTÍN, *Bienes jurídicos intermedios y delitos de peligro*, Comares, Granada, 1997, pp. 21 ss.; respecto del delito de tráfico de drogas, JOSHI JUBERT, *Los delitos de tráfico de drogas I. Un estudio analítico del art. 368 CP*, J. M. Bosch, Barcelona, 1999, p. 45; y, en cuanto al tráfico de órganos, CARRASCO ANDRINO, en ÁLVAREZ GARCÍA (Dir.): “Derecho penal español, Parte especial (I)”, ob. cit., pp. 267 y 274.

35 Véanse las consideraciones críticas formuladas por GRACIA MARTÍN, *Prolegómenos para la lucha por la modernización y expansión del Derecho penal y para la crítica del discurso de resistencia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, pp. 78 y 79, nota 96.

36 La cuestión es controvertida. En contra de la consideración de la salud pública como bien jurídico colectivo, por ejemplo, RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *Delitos de peligro, dolo e imprudencia*, Universidad Complutense/Ministerio de Justicia, Madrid, 1994, pp. 309-310; DOVAL PAIS, *Delitos de fraude alimentario*, ob. cit., pp. 242 y ss., en especial pp. 246, 254 y 265; de la misma opinión, en relación con todos los delitos contra la seguridad colectiva, FEIJÓO SÁNCHEZ, *Delitos contra la seguridad colectiva: ¿tentativas imprudentes?*, La Ley, 1997-1, pp. 2004-2005. A favor, respecto a la salud pública en materia de delitos alimentarios, véanse ARENAS RODRIGÁNEZ, *Protección penal de la salud pública y fraudes alimentarios*, EDESA, Madrid, 1992, pp. 148-149; y ANDRÉS DOMÍNGUEZ, *Los delitos contra la salud pública: especial referencia al delito de adulteración y tráfico de animales (art. 364.2)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, p. 77; y, en los delitos de tráfico de drogas, JOSHI JUBERT, *Los delitos de tráfico de drogas*, ob. cit., pp. 39 ss. Por lo que respecta a la seguridad vial, con referencia a las distintas posturas doctrinales, véase GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ (y otros), en GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ (Coord.): *Protección penal de la seguridad vial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, pp. 27 y ss., en particular, pp. 31-32.

de protección³⁷, sino que su protección constituirá únicamente la *ratio legis*.

En algunos tipos penales, el legislador puede libremente limitar la protección penal de un bien jurídico colectivo a los casos en que la conducta acarree un peligro para el bien jurídico individual complementado. Esta restricción puede venir dada por la exigencia de un resultado de peligro concreto, de lo que constituye un claro ejemplo, entre otros, el delito de conducción temeraria (art. 380 CP), o por la exigencia de una aptitud de la conducta para lesionar el bien jurídico individual. Pero en estos casos el delito no se convierte por ello en uno pluriofensivo, sino que sigue siendo un delito contra el bien jurídico colectivo, si bien el legislador ha decidido especificar en qué concretas condiciones adquirirá relevancia penal el ataque al bien jurídico colectivo. Esas especificaciones (o concreciones, o restricciones) a veces son necesarias para distinguir unos tipos penales de otros o los tipos penales de las infracciones administrativas, como sucede en el mencionado delito contra la seguridad vial.

En definitiva, y por lo que respecta al delito que nos ocupa, creo que es identificable un objeto de tutela que excede de la dimensión individual, y que es el único que ha de tomarse como punto de referencia en la interpretación del precepto, aunque en casos concretos las conductas típicas supongan un peligro abstracto para la salud de una persona concreta o, incluso su lesión, en el caso de la extracción del órgano. Este bien jurídico colectivo resulta afectado por todas las conductas típicas. Ahora bien, no todas las conductas descritas en el tipo dan lugar a la lesión del bien jurídico. Solo la efectiva materialización de las conductas de tráfico y obtención ilegal de órganos, así como el trasplante de un órgano ilícitamente obtenido, tal y como más adelante serán definidos estos conceptos, supone un menoscabo en términos de lesión de las condiciones que garantizan el adecuado funcionamiento del sistema nacional de trasplantes. En cambio, los actos de promoción, favoreci-

miento, facilitación o publicitación de esas actividades determinan únicamente un peligro para el bien jurídico colectivo protegido.

3. Algunas repercusiones de la tesis defendida

Tanto quienes defienden que el bien jurídico protegido es la salud del donante como quienes interpretan que estamos ante un delito pluriofensivo, en el que la salud del donante se incorpora al objeto de protección, concluyen coherentemente que han de quedar fuera del tipo las conductas cuyo objeto sean órganos de personas fallecidas³⁸. En cambio, desde la concepción del bien jurídico que aquí se considera más acertada, es posible considerar igualmente punible la obtención, el tráfico y el trasplante ilegales de órganos procedentes de donantes fallecidos³⁹. La exigencia típica de la ajenidad del órgano excluye al donante del círculo de posibles sujetos activos, pero no determina que el donante del órgano que constituirá el objeto de la acción tenga que estar vivo. A mayor abundamiento, tanto las legislaciones penales de los países europeos anteriormente mencionadas, como los textos internacionales de referencia se orientan igualmente en esa dirección. En particular, la Directiva 2010/45/UE, en su art. 13.1, amplía la prohibición del tráfico a los órganos de donantes fallecidos.

Por otra parte, la interpretación realizada del bien jurídico repercute en las cuestiones concursales. Por lo que respecta a las relaciones que se generan dentro del mismo tipo, nos encontramos ante un delito de los que se han dado en llamar “con conceptos globales”⁴⁰, en los que se describen una pluralidad de actos que han de valorarse unitariamente. Pues bien, al ser el bien jurídico protegido de carácter colectivo, esa unidad de valoración se mantiene aun cuando el acto o los actos típicos involucren a órganos de distintas personas. Existirá en ese caso un único delito de tráfico de órganos.

Finalmente, y por lo que respecta a las relaciones con otras figuras delictivas, cuando además del delito

37 Al respecto, GRACIA MARTÍN, *La modernización del Derecho penal*, ob. cit., pp. 66-67.

38 Así, GARCÍA ALBERO, *El nuevo delito de tráfico de órganos*, ob. cit., p. 145; PUENTE ABA, *La protección frente al tráfico de órganos*, ob. cit., pp. 146 s.; FELIP I SABORIT, *Tráfico de órganos*, ob. cit., p. 44, alegando además razones político-criminales y éticas; y CARRASCO ANDRINO, en ÁLVAREZ GARCÍA (Dir.): “Derecho penal español, Parte especial (I)”, ob. cit., pp. 266 y 267. Cuestión distinta, aunque relacionada con la anterior, es el tratamiento que otorgan estos autores a los supuestos de homicidio y asesinato con la finalidad de extraer los órganos. Lo coherente con su tesis sería considerar que en esos casos hay que castigar solo por esos delitos, y no por el de tráfico de órganos, pues los órganos se obtendrán de una persona fallecida (así, GARCÍA ALBERO, ob. cit., p. 147; CARRASCO ANDRINO, ob. cit., p. 272). No obstante, FELIP I SABORIT, ob. cit., p. 44, considera que el tipo de tráfico de órganos abarca también estos supuestos.

39 En el mismo sentido, GÓMEZ TOMILLO, en GÓMEZ TOMILLO (Dir.): “Comentarios al Código penal”, ob. cit., p. 617.

40 Véase ESCUCHURI AISA, *Teoría del concurso de leyes y de delitos. Bases para una revisión crítica*, Comares, Granada, 2004, pp. 386-387, quien cita como ejemplo de estos delitos, entre otros, el de tráfico de drogas.

de tráfico de órganos se cometa un delito de lesiones, mediante la obtención ilegal del órgano, habrá un concurso de delitos⁴¹.

IV. LAS DIFICULTADES EN LA DETERMINACIÓN DE LAS CONDUCTAS TÍPICAS

En el art. 156 bis, apartado primero, encontramos un tipo mixto alternativo, donde se describen las conductas típicas de promover, favorecer, facilitar o publicitar la obtención, el tráfico ilegal o el trasplante de órganos humanos ajenos. Se hace necesario, en primer lugar, precisar los conceptos de obtención, tráfico ilegal y trasplante de órganos, y ello por dos motivos: por un lado, porque constituyen los hechos de referencia de las conductas típicas de promoción, favorecimiento, etc., cuyo contenido habrá de examinarse después; y, por otro lado, porque dichos actos, como es obvio, se encuentran también abarcados por el tipo, es decir, constituyen a su vez conductas típicas.

Además, el apartado segundo del art. 156 bis tipifica la conducta del receptor de consentir que se le practique el trasplante conociendo el origen ilícito del órgano.

1. Los conceptos de obtención, tráfico ilegal y trasplante de órganos

1.1. Obtención de órganos

La Directiva 2010/45/UE, en su art. 3 j) define la obtención de órganos como “el proceso por el cual los órganos donados quedan disponibles”. En el mismo sentido, el art. 3.6 del Real Decreto 2070/1999 ofrece la siguiente definición de extracción del órgano: “proceso por el cual se obtienen el o los órganos de un donante vivo o fallecido para su posterior trasplante en uno o varios receptores”. La obtención del órgano equivale, por tanto, a su extracción⁴². Tanto la Directiva como el Real Decreto se refieren a un “proceso”, término que, en su acepción gramatical, abarca las distintas fases de

un fenómeno y operación. Ello ha llevado a algún autor a incluir en el término “obtención” todas las fases que conducen a la disponibilidad del órgano: la captación del órgano, la preparación médica, la extracción del órgano, su conservación, etc.⁴³. Esta interpretación amplia del concepto de “obtención” es, desde luego, posible, pero dificulta la interpretación de las conductas típicas de promoción, favorecimiento y facilitación de la obtención⁴⁴. Por ello, estimo preferible partir de que con la “obtención” se hace referencia a la terminación de ese proceso, al momento mismo en que el órgano queda disponible; en definitiva, a la operación quirúrgica en la que el órgano es extraído. Por razones evidentes la conducta concierne, fundamentalmente, al médico.

El legislador adiciona el adjetivo “ilegal” al tráfico de órganos, donde no hacía falta, pero no lo hace, en cambio, en relación con la “obtención de órganos”. No obstante, solo tiene sentido la sanción de las conductas de promoción, favorecimiento, facilitación o publicitación si van referidas a una obtención ilegal de órganos. La ilegalidad de la obtención proviene de la contravención de la normativa vigente en materia de trasplantes. Por tanto, como ya ha sido advertido⁴⁵, el tenor literal del precepto abarca cualquier incumplimiento de los requisitos legales que rigen la extracción de órganos para trasplantes, como, por ejemplo, la concurrencia de alguna irregularidad meramente formal en el procedimiento de obtención del órgano⁴⁶. Ahora bien, a mi modo de ver, dada la gravedad de las penas, y teniendo presente el bien jurídico protegido, en este punto se impone llevar a cabo una interpretación teleológico-restrictiva, de manera que únicamente realicen el tipo las conductas que supongan o se dirijan a una obtención de órganos que atente frontalmente contra los principios básicos que orientan la normativa de trasplantes, en particular, los principios de altruismo y gratuidad. En consecuencia, obtención ilegal es aquella que se realiza sin el consentimiento del donante o con un consenti-

41 Véase *infra* V.

42 Véase DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, *El delito de tráfico de órganos humanos*, ob. cit., p. 283.

43 En este sentido, GARCÍA ALBERO, *El nuevo delito de tráfico de órganos*, ob. cit., p. 146; y CARRASCO ANDRINO, en ÁLVAREZ GARCÍA (Dir.): “Derecho penal español, Parte especial (I)”, ob. cit., p. 269.

44 Por ejemplo, si consideramos que captar el órgano ya es obtener el órgano, ¿qué es favorecer la obtención del órgano?

45 GARCÍA ALBERO, *El nuevo delito de tráfico de órganos*, ob. cit., p. 146; GÓMEZ TOMILLO, en GÓMEZ TOMILLO (Dir.): “Comentarios al Código penal”, ob. cit., p. 618; PUENTE ABA, *La protección frente al tráfico de órganos*, ob. cit., p. 146.

46 Véanse los requisitos y condiciones que han de cumplirse para la extracción de órganos procedentes de donantes vivos y fallecidos en los arts. 9 y 10, respectivamente, del Real Decreto 2070/1999. Un defecto formal podría ser la ausencia en el documento de cesión de alguna de las firmas de los asistentes a que se refiere el art. 9.4, párrafo segundo. Sobre ello, con otros ejemplos, GÓMEZ TOMILLO, en GÓMEZ TOMILLO (Dir.): “Comentarios al Código penal”, ob. cit., p. 618.

miento viciado por el uso de violencia, coacción, amenaza, engaño o abuso de situación de necesidad⁴⁷,⁴⁸ y también la que se practica mediando condicionamiento económico (venta del órgano), si bien en este último supuesto estaremos a la vez ante un caso de tráfico de órganos, concepto al que inmediatamente nos vamos a referir. En definitiva, obtención ilegal es la que infringe la legislación vigente en materia de consentimiento.

1.2. Tráfico ilegal de órganos

En nuestra legislación, el concepto de “tráfico” es utilizado en la redacción de otros tipos penales (tráfico de personas, tráfico de drogas, etc.), pero es evidente que su significado no es unívoco⁴⁹. El sentido que se le otorga en esos ámbitos depende fundamentalmente de cuál sea el objeto del tráfico, así como del bien jurídico que se estime protegido⁵⁰.

Por lo que a nosotros nos interesa, a la hora de definir el tráfico de órganos es preciso dilucidar previamente la cuestión de si debe partirse o no del concepto que ofrece la Declaración de Estambul, como hace un sector de la doctrina⁵¹. Como ya vimos, en dicho documento se considera tráfico de órganos “la obtención, transporte, transferencia, encubrimiento o recepción de personas vivas o fallecidas o sus órganos mediante una amenaza, uso de la fuerza u otras formas de coac-

ción, secuestro, fraude, engaño o abuso de poder o de posición vulnerable, o la entrega o recepción de pagos o beneficios por parte de un tercero para obtener el traspaso de control sobre el donante potencial, dirigido a la explotación mediante la extracción de órganos para el trasplante”. Sin embargo, el concepto que proporciona este texto internacional⁵² es, por un lado, como ha señalado un sector de la doctrina, excesivamente amplio⁵³, pues incluye la propia obtención del órgano, que el art. 156 bis regula diferenciadamente⁵⁴ y, además, coincide en gran parte con la definición de trata de seres humanos con fines de extracción de sus órganos corporales regulada en el art. 177 bis, cuyo rasgo definitorio es la utilización de medios que determinan un vicio en el consentimiento del potencial donante. Pero, por otro lado, resulta restringido en exceso, al excluir expresamente la “comercialización de trasplantes”, donde se incluyen las conductas de comercio con órganos.

Por todo ello, parece más adecuado definir el tráfico de órganos, como concepto que ha de servir para la interpretación del art. 156 bis, de un modo distinto a como lo hace la Declaración de Estambul, en un sentido más acorde con el significado gramatical del término y con nuestra tradición jurídica. Al respecto, se abren dos posibilidades. Cabe en primer lugar con-

47 Realizan también esta interpretación restrictiva, FELIP I SABORIT, *Tráfico de órganos*, ob. cit., p. 45; y CARRASCO ANDRINO, en ÁLVAREZ GARCÍA (Dir.): “Derecho penal español, Parte especial (I)”, ob. cit., p. 269.

48 En el caso de órganos de personas fallecidas, habrá obtención ilegal en caso de que la extracción tenga lugar constando su oposición expresa —véase art. 5.2 de la Ley 30/1979 y art. 10 a) del Real Decreto 2070/1999— y también cuando haya sido víctima de un homicidio o asesinato para extraerle sus órganos.

49 Con razón dice SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, *Los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros*, Atelier, Barcelona, 2002, pp. 81 s. que es uno de los conceptos “más ambivalentes de los que la tradición y el constante uso han incorporado al acervo jurídico”.

50 Así, en el tráfico de personas el concepto se identifica con el movimiento o traslado de personas de un punto geográfico a otro. Véanse, entre otros muchos, SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, *Los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros*, ob. cit., p. 82, con ulteriores referencias; RODRÍGUEZ MESA, *Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, p. 63; GUARDIOLA LAGO, *El tráfico de personas en el Derecho penal español*, Aranzadi, Pamplona, 2007, pp. 278 ss., 282; y PÉREZ ALONSO, *Tráfico de personas e inmigración clandestina. (Un estudio sociológico, internacional y jurídico-penal)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, pp. 232 ss., 411 ss. En el tráfico de drogas, por “tráfico” se entiende la transmisión o expansión de la droga. Se discute si tiene que haber ánimo de lucro o no; si se exige ánimo de lucro, en el tráfico solo se incluye la venta, mientras que si no se exige, como hacen la doctrina y jurisprudencia mayoritarias, se incluyen también los actos de donación. Sobre todo ello, por ejemplo, ACALE SÁNCHEZ, *Salud pública y drogas tóxicas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, pp. 42 ss.; JOSHI JUBERT, *Los delitos de tráfico de drogas*, ob. cit., pp. 131-133; SEQUEROS SAZATORNIL, *El tráfico de drogas ante el ordenamiento jurídico*, La Ley, Madrid, 2000, pp. 101 s.

51 GARCÍA ALBERO, *El nuevo delito de tráfico de órganos*, ob. cit., pp. 142, 144 y 146; PUENTE ABA, *La protección frente al tráfico de órganos*, ob. cit., pp. 138 ss., 145 ss.; y DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, *El delito de tráfico de órganos humanos*, ob. cit., p. 281.

52 Que no es vinculante para el Estado español, como recuerdan QUERALT JIMÉNEZ, *Derecho penal español*, ob. cit., p. 146; y ROMEO CASABONA, *La prohibición del tráfico ilegal y la exclusión de la comercialización de los órganos y tejidos*, Revista Aranzadi Doctrinal, núm. 7/2010, p. 6.

53 CARRASCO ANDRINO, en ÁLVAREZ GARCÍA (Dir.): “Derecho penal español, Parte especial (I)”, ob. cit., p. 270.

54 Un ejemplo de la imposibilidad de distinguir el tráfico de la obtención ilegal de órganos, si se parte del concepto de tráfico de órganos de la Declaración de Estambul, se encuentra en PUENTE ABA, *La protección frente al tráfico de órganos*, ob. cit., p. 146.

cebir el tráfico como movimiento o traslado del objeto de un lugar a otro, tal y como ha defendido algún autor⁵⁵. Y, en segundo lugar, es posible, y a mi entender más acertado, vincular el tráfico con la comercialización, como transacción lucrativa, como hace la mayoría de la doctrina, apartándose del concepto de tráfico de órganos ofrecido por la Declaración de Estambul. Desde este punto de vista, y en una primera aproximación, constituirá tráfico de órganos cualquier acción que suponga la transmisión de un órgano mediando precio u otra contraprestación con valor económico. Trafica con órganos, por tanto, quien compra o vende un órgano⁵⁶. Ahora bien, aclarado este punto, se requieren ulteriores precisiones, tanto en cuanto a los actos de compra como a los de venta, que adquieren relevancia a la hora de determinar quién puede ser sujeto activo del tráfico.

En cuanto a la venta, el donante que vende uno de sus órganos, aunque lo haga sin defecto alguno de consentimiento por su parte, queda impune, dado que por expresa disposición legal el objeto del tráfico han de ser los órganos humanos ajenos⁵⁷. Serán punibles, por

tanto, únicamente los actos de venta de un órgano ajeno efectuados por intermediarios⁵⁸.

Y, por lo que a la compra respecta, se plantea la interesante cuestión de si el que paga por un órgano debe actuar con ánimo de obtener a su vez un beneficio material para poder ser castigado por tráfico. Expresado a la inversa, la pregunta que surge es si trafica con órganos el que compra un órgano para sí, esto es, el receptor. El hecho de que el art. 156 bis, en su apartado segundo, castigue al receptor que consiente que le sea trasplantado un órgano conociendo su origen ilícito no resta sentido a la cuestión planteada, pues es posible que no se llegue a trasplantar el órgano, aunque este haya sido obtenido y se haya traficado con él con esa finalidad. Lo que se plantea, por tanto, es si puede castigarse al receptor por conductas que tienen lugar en un momento anterior al trasplante⁵⁹. A mi modo de ver, debe considerarse que realiza el tipo tanto el intermediario que compra un órgano para venderlo a una tercera persona, como quien lo compra para sí mismo, pues, si se toma como punto de referencia el bien jurídico protegido, este se ve afectado tanto en un caso como en

55 Así, QUERALT JIMÉNEZ, *Derecho penal español*, ob. cit., p. 147, para quien el tráfico consiste en llevar el órgano de un lugar a otro. Como a su modo de ver el lucro no es inherente al tráfico, cuando este concurra debe aplicarse la agravante de precio (ob. cit., p. 148).

56 En este sentido, GÓMEZ TOMILLO, en GÓMEZ TOMILLO (Dir.): "Comentarios al Código penal", ob. cit., p. 618, quien define el tráfico como "intercambio de órganos por precio". CARRASCO ANDRINO, en ÁLVAREZ GARCÍA (Dir.): "Derecho penal español, Parte especial (I)", ob. cit., p. 270, lo define como "la entrega del órgano a cambio de un precio", con lo que parece restringir el tráfico a la venta; y para FELIP I SABORIT, *Tráfico de órganos*, ob. cit., p. 44, el tráfico es 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, etc.". En esta última definición se incluyen solo los casos de compra de órganos, pero no los de venta.

57 Como ya hemos señalado *supra*, en las legislaciones de otros países, como en Alemania, se castiga también al donante —§ 17 (1) TPG—. Véanse, con consideraciones críticas, SCHROTH, *Das Organhandelsverbot —Legitimität und Inhalt einer paternalistischen Strafrechtsnorm*, en "Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag am 15. Mai 2001", Walter de Gruyter, Berlin, 2001, pp. 880-882; y KÖNIG, *Das strafbewehrte Verbot des Organhandels*, ob. cit., pp. 514 ss.

58 Aunque existe alguna semejanza entre el concepto de tráfico de órganos y el de tráfico de drogas que se utiliza en el art. 368 CP, se aprecian entre ambos considerables diferencias, dado que tanto el objeto del tráfico como los perfiles del bien jurídico protegido son distintos. Como ya hemos indicado, cuando se trata de traficar con drogas, la doctrina y jurisprudencia mayoritarias entiende por "tráfico" toda forma de transmisión de la droga, con independencia de que concurra o no ánimo de lucro en la transmisión, por lo que se incluyen no solo la conductas de venta o adquisición de droga, sino también los actos de donación (véanse, entre otros, JOSHI JUBERT, *Los delitos de tráfico de drogas*, ob. cit., pp. 133 y 149 ss.; y SEQUEROS SAZATORNIL, *El tráfico de drogas ante el ordenamiento jurídico*, ob. cit., pp. 101 s., y las sentencias del Tribunal Supremo citadas por ambos autores. Sobre los casos de donación considerados atípicos véase JOSHI JUBERT, ob. cit., pp. 155 ss.). Es evidente, sin embargo, que cuando el objeto de tráfico son los órganos humanos, el tráfico como comercio y la cesión altruista no pueden cobijarse bajo el mismo paraguas conceptual, sino que han de aparecer como contrapuestos, dado que, precisamente, la entrega altruista de órganos no solo no está prohibida, sino que está fomentada por el Derecho. Sobre esta diferencia esencial, también en el Derecho penal alemán, SCHROTH, *Das Organhandelsverbot*, ob. cit., p. 883; y KÖNIG, *Das strafbewehrte Verbot des Organhandels*, ob. cit., p. 513.

59 CARRASCO ANDRINO, en ÁLVAREZ GARCÍA (Dir.): "Derecho penal español, Parte especial (I)", ob. cit., p. 267, entiende que el apartado segundo del precepto constituye la única vía para castigar al receptor. De no existir ese apartado, el receptor hubiera quedado impune "al ser un partícipe necesario en un delito de encuentro". Por su parte, FELIP I SABORIT, *Tráfico de órganos*, ob. cit., p. 46, si bien se refiere también a la caracterización del delito como de encuentro, entiende que ello es relevante respecto al tratamiento jurídico penal que ha de darse al donante, como partícipe necesario, cuestión resuelta por el legislador; en cambio, en su opinión, la conducta del receptor podrá subsumirse en el tipo por regla general.

otro⁶⁰. Ello con independencia de que en la mayor parte de los casos el receptor se encontrará en una situación de inexigibilidad que habrá de determinar su absoluta. En consecuencia, desde este planteamiento, el concepto de tráfico de órganos incluye la compra de un órgano sin ánimo de lucro⁶¹.

En relación con la compra de órganos es preciso recordar que el art. 8.2 del Real Decreto 2070/1999, en consonancia con lo dispuesto en el art. 2 de la Ley 30/1979, establece que “la realización de los procedimientos médicos relacionados con la extracción no será, en ningún caso, gravosa para el donante vivo ni para la familia del fallecido”. Por tanto, ha de considerarse atípica la oferta u entrega de prestaciones que no implican la obtención de un lucro por parte del donante sino que tienen como objetivo cubrir los gastos o las pérdidas de ingresos que se deriven de una donación, así como la oferta de revisiones médicas futuras relacionadas con la donación⁶².

A la vista de lo expuesto, puede concretarse aun más el concepto de tráfico de órganos en nuestro ordena-

miento jurídico-penal. Este consistirá en la entrega de dinero (u otra contraprestación que suponga una mejora en la situación patrimonial de quien la recibe) a cambio de un órgano o la entrega de un órgano ajeno a cambio de dinero (u otra contraprestación que suponga una mejora en la situación patrimonial de quien la recibe).

En otro orden de cosas, interesa también determinar cuál es el momento en que se perfecciona el tráfico. Ello depende de la mayor o menor amplitud con que se interprete el concepto de “tráfico”, lo que a su vez está en función del modo en que se han redactado las conductas típicas. En ocasiones, es el tráfico lo que constituye la conducta típica, como sucede en el art. 368 CP. Cuando esto es así, el concepto suele interpretarse más ampliamente; y así, en los casos de compraventa de drogas, se considera con carácter general que el tráfico se perfecciona, y por tanto, se consume el delito, con el mero acuerdo de voluntades entre comprador y vendedor, sin que sea necesaria una trasmisión física de la sustancia⁶³. En cambio, en el art. 156 bis son objeto de

60 Tampoco aquí puede llegarse a la misma solución que en los casos de compra en el delito de tráfico de drogas. Ya es sabido que la adquisición de droga para el propio consumo no se considera una conducta incluida en el tipo (JOSHI JUBERT, *Los delitos de tráfico de drogas*, ob. cit., pp. 141-143), pues en ese caso no se afecta al bien jurídico por no haber riesgo de difusión indiscriminada de la droga. Por otra parte, aunque este no es el lugar indicado para tratar la problemática de los delitos de encuentro (sobre ello véase CARRASCO ANDRINO, *Los delitos plurisubjetivos y la participación necesaria*, Comares, Granada, 2002, *passim*; sobre el concepto, p. 59), entiendo que no puede considerarse al receptor partícipe necesario impune, pues él no es el sujeto pasivo de la conducta típica.

61 En Alemania, la opinión mayoritaria parte de que el receptor que compra un órgano para que le sea trasplantado no es autor del tráfico. El argumento fundamental que se utiliza es que la Ley de Trasplantes (TPG) asume el concepto de tráfico válido para el delito de tráfico de drogas, y utilizado en la Ley de estupefacientes (BtMG). En esta última se distingue entre tráfico (*Handeltreiben*) y adquisición o compra (*Erwerb*). La compra constituye tráfico solo cuando se lleva a cabo con la intención de obtener una ganancia mediante una nueva transmisión de la mercancía. La BtMG castiga también, independientemente del tráfico, la adquisición de droga sin traficar con ella. Además, como segundo argumento se aduce que si fuera posible castigar al receptor por tráfico no sería necesario el tipo penal que sanciona al receptor que consiente que le sea trasplantado el órgano. No obstante, se admite castigar al receptor como partícipe del tráfico, siempre que su actuación exceda el mínimo necesario para la realización del tráfico, al tratarse de un delito de encuentro (por todos, KÖNIG, en *Transplantationsgesetz*, ob. cit., §§ 17, 18, nn. mm. 32 y 33).

62 A este respecto, GÓMEZ TOMILLO, en GÓMEZ TOMILLO (Dir.): “Comentarios al Código penal”, ob. cit., pp. 618-619; FELIP I SABORIT, *Tráfico de órganos*, ob. cit., p. 45; CARRASCO ANDRINO, en ÁLVAREZ GARCÍA (Dir.): “Derecho penal español, Parte especial (I)”, ob. cit., p. 270. De acuerdo con el Principio Rector 5 de los Principios Rectores de la OMS sobre trasplante de células tejidos y órganos humanos, en su párrafo segundo, “la prohibición de vender o comprar células, tejidos y órganos, no impide reembolsar los gastos razonables y verificables en que pudiera incurrir el donante, tales como la pérdida de ingresos o el pago de los costos de obtención, procesamiento, conservación y suministro de células, tejidos u órganos para trasplante”. La Directiva 2010/45/UE, en su art. 13.2 señala igualmente que “el principio de gratuidad no impedirá a los donantes vivos recibir una compensación, siempre que esta se limite estrictamente a resarcir los gastos y la pérdida de ingresos relacionados con la donación”.

63 Sobre esa interpretación absolutamente mayoritaria del tráfico de drogas por parte de la jurisprudencia, véase JOSHI JUBERT, *Los delitos de tráfico de drogas*, ob. cit., pp. 141, 235-237. Igualmente, en el tipo penal alemán de tráfico de órganos —§ 17 (1) de la Ley de Trasplantes— se sanciona la conducta de traficar con órganos, y se interpreta también que la consumación del delito tiene lugar ya, en el caso del vendedor, con la oferta y, para el comprador, cuando tenga una posibilidad real de obtener el órgano. Es decir, se consideran tráfico las acciones que se dirigen a perfeccionar el negocio ilegal, sin que sea exigible la trasmisión del órgano (véanse KÖNIG, *Das strafbewehrte Verbot des Organhandels*, ob. cit., p. 513; SCHROTH, *Das Organhandelsverbot*, ob. cit., p. 883). Esta interpretación amplia tiene como consecuencia que la tentativa queda prácticamente sin ámbito de aplicación. En este sentido, KÖNIG, en *Transplantationsgesetz*, ob. cit., §§ 17, 18, n. m. 52. En España, SEQUEROS SAZATORNIL, *El tráfico de drogas ante el ordenamiento jurídico*, ob. cit., pp. 121 ss. Considera, en contra del criterio jurisprudencial mayoritario, que en los casos de tráfico de drogas debe admitirse la tentativa, JOSHI JUBERT, ob. cit., pp. 141, 244-245.

sanción la promoción, el favorecimiento, la facilitación o la publicitación del tráfico. Aquí el tráfico aparece no solo como conducta típica, como veremos, sino también como concepto de referencia de otras conductas típicas o, mejor dicho, como el hecho a cuya realización se orientan las conductas de promoción, favorecimiento, facilitación o publicitación. Pues bien, con el fin de dotar de contenido a estos conceptos típicos, y facilitar así su exégesis, conviene interpretar el concepto de la manera más estricta posible, al igual que vimos al perfilar el concepto de “obtención” de órganos. En consecuencia, habrá tráfico cuando se haya perfeccionado la compraventa de un órgano, aunque ello no implica que la consumación del delito requiera haber llegado hasta esa fase.

Era innecesaria la mención a la ilegalidad del tráfico, pues el traficar con órganos es siempre una actividad ilegal.

1.3. Trasplante de órganos

De acuerdo con el art. 3.7 del Real Decreto 2070/1999, se entiende por trasplante de órganos 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”. Asimismo, de acuerdo con el art. 3 q) de la Directiva 2010/45/UE, el trasplante se define como el “proceso destinado a restaurar determinadas funciones del cuerpo humano transfiriendo un órgano de un donante a un receptor”.

Al igual que sucede con la obtención de órganos, el trasplante ha de ser ilegal y se plantea, además, la duda de si hay que considerar típico todo trasplante ilegal de órganos. Por las mismas razones que allí vimos, la pregunta debe responderse en el mismo sentido. No toda vulneración de los requisitos procedimentales a los que se refieren los arts. 15 y siguientes del citado Real Decreto realiza el tipo del art. 156 bis, sino que el requisito típico de la ilegalidad del trasplante ha de interpretarse restrictivamente, en el sentido de que se trate del trasplante de un órgano procedente de alguna de las otras dos modalidades típicas: la obtención ilegal (esto es, la practicada con un defecto de consentimiento o la no consentida) o el tráfico ilegal (comercialización con órganos)⁶⁴.

2. Conductas típicas de promoción, favorecimiento, facilitación o publicitación de las actividades anteriores

Es preciso distinguir las conductas de promoción, favorecimiento o facilitación de la actividad de publicitación.

2.1. Promoción, favorecimiento o facilitación

Las conductas de obtención, tráfico y trasplante de órganos, tal y como acaban de ser definidos estos conceptos, implican una lesión del bien jurídico colectivo que se ha defendido como protegido en el delito del art. 156 bis. El legislador podría haber construido un delito de lesión, tipificando únicamente estas tres conductas. Sin embargo, lamentablemente, ha decidido tipificar la promoción, favorecimiento o facilitación de esas actividades, haciendo oídos sordos a las críticas doctrinales vertidas en relación con los tipos en los que se utiliza la misma fórmula, de los que representan claro ejemplo los arts. 318 bis y 368 CP. Estas críticas son de aplicación aquí en idénticos términos: una vez más, la redacción del tipo abarca y equipara muy variadas conductas, de diversa significación en cuanto al grado de afectación al bien jurídico protegido, por lo que se ve comprometido el principio de proporcionalidad de las penas. Además, dada la amplitud de la redacción, el tenor literal es capaz de abarcar a título de autoría todo comportamiento que suponga una mínima aportación causal al hecho de referencia, equiparando, por tanto, autoría y participación⁶⁵.

En el delito que tratamos se da la circunstancia añadida de que no solo son tres las conductas típicas —queda aparte la publicitación—, sino que también son tres las conductas de referencia. Así, y teniendo en cuenta la amplitud de los propios conceptos de promover, favorecer y facilitar, el tenor literal comprende cualquier contribución a los actos de obtención, tráfico y trasplante de órganos: captación de personas dispuestas a donar sus órganos en los contextos indicados o captación de posibles receptores, oferta de dinero a potenciales donantes, amenazas o coacciones a estos, conductas de intermediación entre donante y receptor, traslado al donante o al receptor o a ambos al lugar donde ha de realizarse el trasplante, organización de la intervención quirúrgica de extracción o del trasplante del órgano por parte del personal sanitario, etc.

64 En este sentido, FELIP I SABORIT, *Tráfico de órganos*, ob. cit., p. 45.

65 Por lo que respecta al delito de tráfico ilegal de personas, véanse SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, *Los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros*, ob. cit., pp. 87 y ss.; y PÉREZ ALONSO, *Tráfico de personas e inmigración clandestina*, ob. cit., p. 394. En cuanto al tráfico de drogas, JOSHI JUBERT, *Los delitos de tráfico de drogas*, ob. cit., pp. 177-178.

Por todo ello se impone, a mi modo de ver, la necesidad de llevar a cabo una interpretación restrictiva del tenor literal del precepto, que permita distinguir entre conductas que suponen una ejecución total del tipo (consumación) y otras que determinan una ejecución parcial del mismo (tentativa), con la consiguiente atenuación de la pena para estas últimas (art. 62 CP). Dado que, según se ha defendido aquí, no todas las conductas que realizan plenamente el tipo del art. 156 bis suponen la lesión del bien jurídico protegido, creo necesario indicar con carácter previo que parto de que la distinción entre tentativa y consumación es exclusivamente, y a todos los efectos, de carácter formal, es decir, no depende de la lesión o el peligro para el bien jurídico⁶⁶. Tanto en los delitos de peligro como en los delitos de lesión el delito se consuma cuando se realizan totalmente los elementos del tipo descritos en el precepto correspondiente de la Parte especial del Código penal y, además, tanto en unos como en otros, cabe la tentativa en casos de realización parcial del tipo⁶⁷.

Una vez aclarado esto, la empresa de distinguir entre consumación y tentativa en el delito de tráfico de órganos conlleva algunas dificultades. En primer lugar, se requiere precisar en qué momento se consuma el delito, es decir, qué actos determinan una ejecución total del tipo. Pues bien, realizan el tipo plenamente, en primer lugar y sin duda alguna, las propias conductas de obtención, tráfico y trasplante de órganos⁶⁸. Desde el punto de vista del grado de afectación al bien jurídico, se trata, además, de las conductas más graves. Pero es evidente que la consumación del delito no precisa en todo caso que se hayan perfeccionado esos actos, sino que el delito también se consuma cuando esas actividades se ven favorecidas, facilitadas o promovidas, sin que se llegue a su efectiva realización. Siendo esto así, hace falta determinar cuál debería ser el mínimo requerido para estimar el delito consumado. Este mínimo podría estar representado por las conductas que determinen un inicio en la ejecución de los actos de referencia⁶⁹. Es

decir, por ejemplo, realizarían el delito consumado: 1. La entrega, previo acuerdo, de una cantidad de dinero por un órgano, aunque el órgano no llegue a entregarse —y no se haya perfeccionado el tráfico, por tanto—. 2. Las actuaciones que supongan el inicio de la operación quirúrgica de extracción. 3. Las actividades que determinen el comienzo de la operación mediante la cual se ha de trasplantar el órgano. Las conductas que se encuentran en una fase anterior al comienzo de la ejecución de los actos de referencia podrían dar lugar a una tentativa de delito (por ejemplo, acuerdo de entrega de un órgano a cambio de dinero u oferta de dinero a un potencial donante que es rechazada, amenazas o coacciones para obtener un órgano o preparación médica de la intervención de extracción o de trasplante, organización de viajes para trasplantes, etc.).

Resulta asimismo difícil distinguir entre conductas de autoría y de participación, dada la particular estructura del tipo. Sin embargo, si se admite la interpretación restrictiva de las conductas típicas que acaba de proponerse, es imaginable la inducción: si una persona convence a otra para que compre un órgano, y la compra tiene lugar o, al menos, se llega a entregar dinero por el órgano, será inductora de un delito consumado de tráfico de órganos, si el inducido ofrece dinero pero no se acepta el ofrecimiento, será inductor de un delito de tráfico de órganos en grado de tentativa. Igualmente, no debe descartarse la apreciación de la cooperación necesaria o de la complicidad en casos de sujetos que sin llevar a cabo ningún elemento del tipo ni ostentar el dominio del hecho, desarrollen contribuciones causales de escasa significación material, en el sentido en que lo ha desarrollado nuestra jurisprudencia en materia de tráfico de drogas.

2.2. Publicitación

La tipificación de la publicidad responde a la demanda de diversos foros internacionales (Principio Rector

66 Véanse JESCHECK/WEIGEND, *Tratado de Derecho Penal, Parte general*, (Traducción de Miguel Olmedo Cardenete), 5.ª ed., Comares, Granada, 2002, p. 556; GRACIA MARTÍN, *El "iter criminis" en el Código penal español de 1995*, en DÍEZ RIPOLLÉS (Dir.): "El sistema de responsabilidad en el nuevo Código penal.", Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ, Madrid, 1997, p. 261; MIR PUIG, *Derecho penal, Parte general*, 9.ª ed., Reppertor, Barcelona, 2011, p. 361.

67 De otra opinión JOSHI JUBERT, *Los delitos de tráfico de drogas*, ob. cit., p. 244, quien considera que para aplicar las reglas de la tentativa se requiere "que la conducta prevista en la Parte Especial signifique la lesión del bien jurídico, es decir, sea de consumación material", por lo que no cabe la tentativa en los delitos de peligro.

68 Obviamente, sería un absurdo pensar que el precepto castiga el favorecimiento, promoción, etc., de esas actividades, pero no las conductas de tráfico, obtención y trasplante propiamente dichas. Como dice SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS en relación con el delito de tráfico ilegal de personas (*Los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros*, ob. cit., p. 87, nota 80), la forma más clara de promover el tráfico es llevarlo a cabo.

6 de la OMS y art. 13.3 de la Directiva 2010/45/UE)⁷⁰ y encuentra su razón de ser en las facilidades que ofrecen las nuevas tecnologías de la comunicación e información para poner en contacto a personas interesadas en la realización de esas actividades, facilidades que están siendo ya utilizadas⁷¹. En consecuencia, el precepto sanciona el hecho de ofertar, por un medio de difusión susceptible de alcanzar a un número indeterminado de personas, la puesta en práctica de las actividades de obtención, tráfico y trasplante ilegales de órganos. Así, se incluye dar publicidad a la disponibilidad de órganos, siempre que los órganos sean ajenos, pero también la oferta pública de dinero a cambio de un órgano, la oferta de instalaciones y actuaciones médicas para realizar el trasplante, la oferta de intermediación, etc.

3. Conducta típica de consentir la realización del trasplante por parte del receptor

El art. 156 bis, en su apartado 2, recoge un tipo penal distinto del anterior, cuyo sujeto activo solo puede ser el receptor del órgano. La conducta típica consiste en consentir que le sea trasplantado un órgano conociendo su origen ilícito. Se prevé entonces la aplicación de las mismas penas establecidas en el apartado anterior, aunque se permite que estas sean rebajadas en uno o dos grados atendiendo a las circunstancias del hecho y del culpable.

El legislador ha decidido no castigar al donante que, libremente, decide ofrecer un órgano a cambio de una ventaja económica, pero sí ha querido castigar al receptor del órgano ilícitamente obtenido⁷². De acuerdo con la opinión que se ha defendido aquí, si el receptor com-

pra un órgano para que le sea trasplantado incurre ya en tráfico de órganos *ex art.* 156 bis, apartado primero. En el segundo apartado no se le sanciona por el tráfico, sino por consentir el trasplante ilegal. Ciertamente, en la mayoría de las ocasiones en las que se plantea la aplicación de este tipo penal, el receptor habrá realizado previamente el tipo del tráfico, y se dará en ese caso un concurso de leyes, pero ello no convierte en innecesario el apartado segundo del art. 156 bis, pues cabe la posibilidad de que un sujeto consienta en que le sea trasplantado un órgano a sabiendas de su origen ilícito sin haber realizado anteriormente conductas de tráfico, por ejemplo, porque alguien cercano, conocedor de su situación, lo ha comprado para él.

La frecuencia con que concurrirán situaciones de menor exigibilidad ha llevado al legislador a prever la posibilidad de atenuar la pena, si bien ello no ha de ser óbice para aplicar el estado de necesidad exculpante cuando se den sus requisitos⁷³.

V. RELACIONES CON OTRAS FIGURAS DELICTIVAS

Las consideraciones realizadas sobre el bien jurídico protegido así como sobre la interpretación de las conductas típicas permiten extraer las siguientes conclusiones en cuanto a las principales relaciones concursales del delito de tráfico de órganos:

Cuando efectivamente se produzca la extracción de un órgano a un donante vivo, la conducta realizará el delito de tráfico de órganos (en la modalidad de “obtención”) y, además, un delito de lesiones agravadas, bien del art. 149, bien del art. 150. Habrá entonces un

69 Realizan una interpretación similar respecto del delito de tráfico ilegal de personas, aunque no coinciden en la conducta que determina en su opinión el inicio de la ejecución del tráfico, RODRÍGUEZ MESA, *Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros*, ob. cit., p. 86 s. (exige para la consumación que el desplazamiento de personas se haya puesto en marcha); SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, *Los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros*, pp. 92 ss., 102 (exige que el sujeto que va a ser objeto de tráfico quede sometido a condiciones de privación de derechos esenciales). Hace coincidir ambos planteamientos, PÉREZ FERRER, *Análisis dogmático y político-criminal de los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros*, Dykinson, Madrid, 2006, p. 68. Véanse también PÉREZ ALONSO, *Tráfico de personas e inmigración clandestina*, ob. cit., pp. 430-431; y MARTÍNEZ ESCAMILLA, *La inmigración como delito. Un análisis político-criminal, dogmático y constitucional del tipo básico del art. 318 bis CP*, Atelier, Barcelona, 2007, p. 127 s.

70 En nuestra legislación interna, véase el art. 7 del Real Decreto 2070/1999.

71 Por todos, GARCÍA ALBERO, *El nuevo delito de tráfico de órganos*, ob. cit., pp. 145 s.

72 El castigo del receptor es frecuente en las legislaciones europeas. En Alemania se castiga también expresamente al receptor que consiente el trasplante de un órgano que ha sido objeto de tráfico —§ 17 (2) TPG—. Véanse, con consideraciones críticas, SCHROTH, *Das Organhandelsverbot*, ob. cit., pp. 888 s.; y KÖNIG, *Das strafbewehrte Verbot des Organhandels*, ob. cit., pp. 519 s. En Francia no hay mención expresa del receptor, pero puede ser considerado sin duda autor del tráfico, al sancionarse el pago por la obtención de un órgano en el párrafo primero del art. 511-2 del Código penal, y castigarse la intermediación para obtener un órgano previo pago en el párrafo segundo del mismo precepto. En definitiva, se castiga tanto al receptor que compra para sí como al intermediario que compra para él.

73 En el mismo sentido, FELIP I SABORIT, *Tráfico de órganos*, ob. cit., p. 46; GÓMEZ TOMILLO, en GÓMEZ TOMILLO (Dir.): “Comentarios al Código penal”, ob. cit., p. 619. De otra opinión, CARRASCO ANDRINO, en ÁLVAREZ GARCÍA (Dir.): “Derecho penal español, Parte especial (I)”, ob. cit., p. 268.

concurso ideal de delitos⁷⁴. Si la extracción ha tenido lugar con el consentimiento del donante “válida, libre, espontánea y expresamente emitido”, lo que sucederá siempre cuando la iniciativa parta del propio donante, el concurso se realizará con el tipo atenuado del art. 155, pues, aunque en el supuesto planteado concurrirá precio, entiendo que el precio o recompensa excluye la eficacia del consentimiento a los efectos del art. 156 pero no del art. 155⁷⁵. Ahora bien, si el consentimiento se otorga previa oferta económica al donante, es decir, cuando hay un abuso de una situación de necesidad, faltará la espontaneidad del consentimiento, y no podrá operar el art. 155⁷⁶. En caso de realizarse varias extracciones a varios donantes, habrá un concurso real entre ellas que, entrará, a su vez, en concurso ideal con el delito de tráfico de órganos⁷⁷.

Si la obtención ha tenido lugar mediante amenazas, violencia, o incluso causando la muerte del donante, habrá concurso real entre los delitos de amenazas o coacciones o asesinato u homicidio y el delito de tráfico de órganos⁷⁸.

Finalmente, interesa detenerse en las relaciones del delito de tráfico de órganos con el delito de trata de seres humanos⁷⁹. Como ya sabemos, el art. 177 bis.1 c) contempla como una de las finalidades de la trata la

extracción de los órganos corporales de la víctima de trata. Pues bien, cuando se lleven a cabo las conductas de trata, con sus medios comisivos característicos, con esa finalidad, se dará siempre, a la vez, un delito de tráfico de órganos consumado o en grado de tentativa⁸⁰. Si el órgano llega a extraerse habrá, además un delito de lesiones. En cuanto a la relación concursal entre la trata y el tráfico de órganos, hay que atender a lo dispuesto en la regla prevista en el apartado 9 del art. 177 bis, en virtud de la cual las penas previstas para la trata han de imponerse sin perjuicio de las que correspondan a los demás delitos efectivamente cometidos, incluidos los constitutivos de la correspondiente explotación. La regla remite, por tanto, a la solución del concurso de delitos, que tendrá que ser ideal⁸¹. Ello no da lugar, a mi entender, a vulneración alguna del principio *ne bis in idem*, pues ambos delitos se orientan a la protección de intereses distintos, y de naturaleza colectiva en un caso e individual en otro⁸².

VI. CONCLUSIÓN Y BREVE PROPUESTA DE *LEGE FERENDA*

En las páginas precedentes se ha puesto de manifiesto que el art. 156 bis plantea considerables problemas

74 A favor del concurso ideal, FELIP I SABORIT, *Tráfico de órganos*, ob. cit., p. 48. Considera que la relación es de concurso de leyes, dada su opinión sobre el bien jurídico protegido, a resolver por especialidad a favor del art. 156 bis, GARCÍA ALBERO, *El nuevo delito de tráfico de órganos*, ob. cit., p. 149.

75 En este sentido, DIEZ RIPOLLÉS, *Los delitos de lesiones*, ob. cit., p. 141. De otra opinión, ROMEO CASABONA, *Los principios jurídicos aplicables a los trasplantes de órganos y tejidos*, ob. cit., p. 53, nota 110.

76 FELIP I SABORIT, *Tráfico de órganos*, ob. cit., p. 49.

77 Para GARCÍA ALBERO, *El nuevo delito de tráfico de órganos*, ob. cit., p. 149, en ese caso entre la primera extracción y el art. 156 bis habrá un concurso de normas, y el resto de las extracciones entrarán en concurso real de delitos.

78 Cfr. CARRASCO ANDRINO, en ÁLVAREZ GARCÍA (Dir.): “Derecho penal español, Parte especial (I)”, ob. cit., p. 272.

79 Véase un estudio de los aspectos jurídicos de la trata de seres humanos, desde una perspectiva internacional, en BOLDOVA/ URRUELA/LÍBANO/BOLAÑOS/FARJAS, *Trata de seres humanos, en especial menores*, en *Revista de Derecho migratorio y Extranjería*, n.º 23, marzo de 2010, pp. 51 ss.

80 No sucede lo mismo a la inversa, pues puede haber tráfico de órganos sin trata, por ejemplo, cuando se compra un órgano a un donante que lo ha vendido libremente.

81 Véanse GARCÍA ALBERO, *El nuevo delito de tráfico de órganos*, ob. cit., p. 149; CARRASCO ANDRINO, en ÁLVAREZ GARCÍA (Dir.): “Derecho penal español, Parte especial (I)”, ob. cit., p. 274; GÓMEZ TOMILLO, en GÓMEZ TOMILLO (Dir.): “Comentarios al Código penal”, ob. cit., p. 620 (concurso real); QUERALT JIMÉNEZ, *Derecho penal español*, ob. cit., p. 149 (concurso real); y MUÑOZ CONDE, *Derecho penal*, ob. cit., p. 134 (concurso ideal).

82 Sobre el bien jurídico protegido en el delito de trata de seres humanos véase, por todos, VILLACAMPA ESTIARTE, *El delito de trata de seres humanos. Una incriminación dictada desde el Derecho internacional*, Aranzadi, Pamplona, 2011, pp. 396 ss. No obstante, esa autora entiende que, dada la coincidencia parcial absoluta de ambos tipos penales, la aplicación de un concurso de delitos podría vulnerar el *non bis in idem*, pues no hay diferencia de hecho, sujeto o fundamento. Cree en consecuencia que la relación entre ambos tiene que ser de concurso de leyes, a resolver generalmente en favor de la aplicación del delito de tráfico de órganos por establecer este una pena superior. Ahora bien, si tras el proceso de trata se ha llegado a extraer el órgano, como entonces, según la opinión de esta autora —que sigue a García Albero en cuanto al bien jurídico protegido en el tráfico de órganos, así como en cuanto a las consecuencias que de ello se derivan en materia de concurso con los delitos de lesiones— habría que apreciar solo el delito de tráfico de órganos (y no, además las lesiones), el tráfico de órganos habría de entrar en concurso de delitos con la trata, pues solo así sería posible captar el desvalor total del hecho (véase ob. cit., p. 446).

de interpretación, tanto por lo que respecta a la identificación del bien jurídico protegido como en lo concerniente a la determinación de las conductas típicas. En el primer caso, el origen del problema se encuentra en que el legislador, queriendo castigar la compraventa de órganos humanos, mantiene no obstante el precepto muy vinculado a los delitos de lesiones. Y, en cuanto a la descripción de las conductas típicas, se recurre una vez más a un modelo impreciso, basado en la utilización de los verbos “promover, favorecer y facilitar”.

De acuerdo con la interpretación que aquí se ha propuesto, el delito de tráfico de órganos se orienta a la protección de un bien jurídico colectivo: las condiciones que garantizan el adecuado funcionamiento del sistema nacional de trasplantes, basado en los principios de altruismo, gratuidad y acceso universal. Por otra parte, se ha llevado a cabo una interpretación restrictiva

de las conductas típicas, a fin de posibilitar la distinción entre grados de ejecución, así como entre autoría y participación. Finalmente, en materia de relaciones concursales la conclusión más relevante es que entre este delito y los tipos agravados de lesiones debe apreciarse un concurso de delitos.

A mi modo de ver, sería más adecuado que el precepto se ubicase entre los delitos contra la salud pública, o inmediatamente después, en un capítulo independiente. Además, según creo, carece de sentido la distinción penológica establecida en función del carácter principal o no del órgano, pues es en el ámbito de los delitos de lesiones —cuyo tipo correspondiente se aplicará en grado de consumación si el órgano es extraído— donde procede realizar esa valoración diferenciada. También debería revisarse la gravedad de la pena, pues resulta excesivamente elevada.