

31

Enero 2013

Revista Penal

Enero 2013

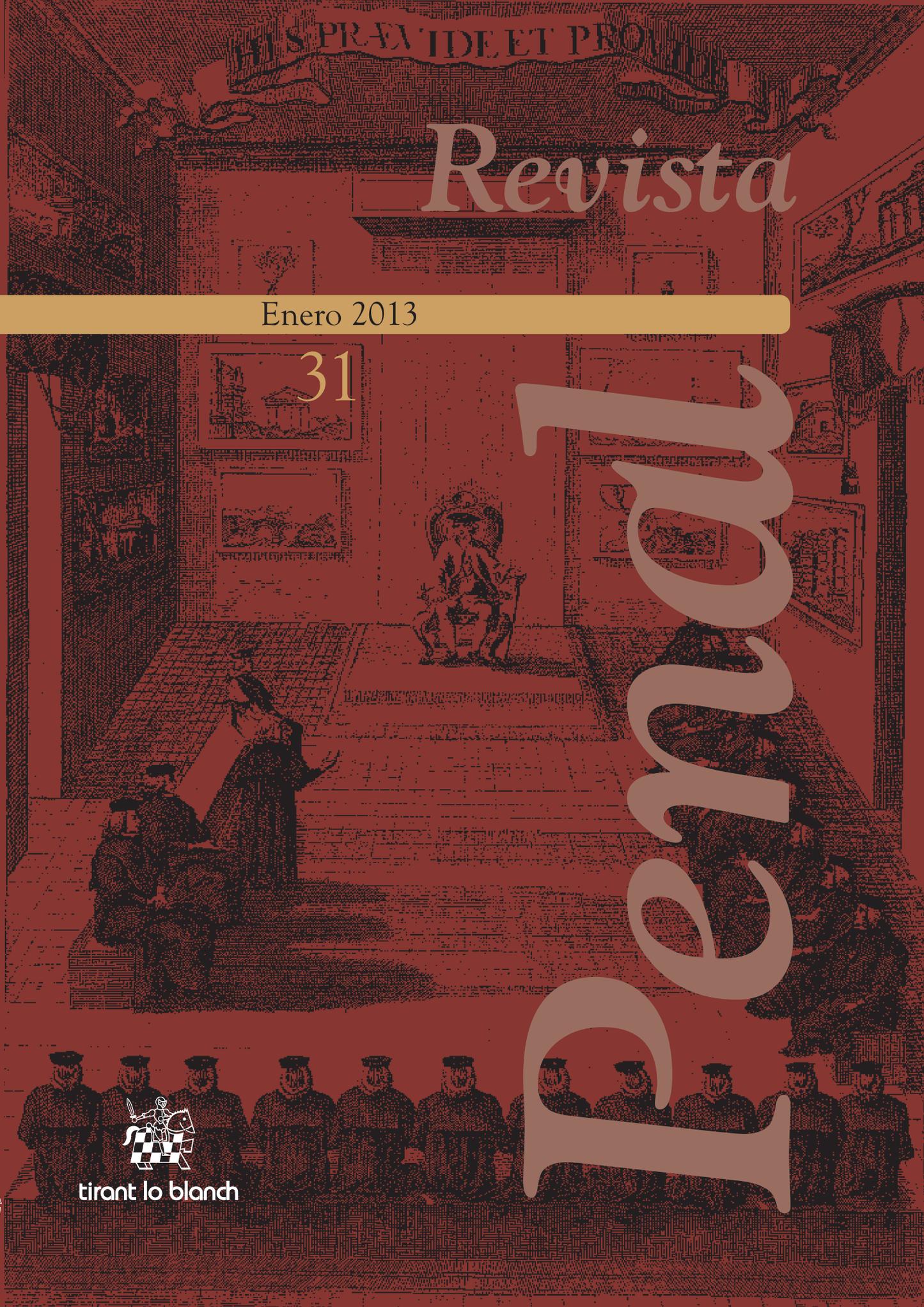


tirant lo blanch

31

Revista

Penal



Revista Penal

Número 31

Sumario

Doctrina

– Sobre el fundamento y la justificación de las medidas de seguridad aplicables al delincuente habitual “peligroso”, por <i>Viviana Caruso Fontán</i>	3
– Principios y garantías de la mediación penal desde un enfoque resocializador y victimológico, por <i>Vicenta Cervelló Donderis</i>	22
– Cambios jurisprudenciales y retroactividad desfavorable (A propósito de la STEDH Del Rio Prada c. España) por <i>María Luisa Cuerda Arnau</i>	52
– Observaciones sobre el principio de inviolabilidad de la libertad personal, por <i>Massimo Luigi Ferrante</i>	70
– Las penas aplicables a las personas jurídicas en el Código penal español, por <i>Manuel Gallego Díaz</i>	85
– El actuar en lugar de otro y la responsabilidad penal de las personas jurídicas: significado previo y posterior a la reforma del Código penal, por <i>María Soledad Gil Nobajas</i>	100
– El delito de tráfico ilegal de órganos humanos, por <i>M^o del Carmen Gómez Rivero</i>	113
– La relevancia práctica del principio acusatorio (mejor denominado, principio de proporcionalidad), en la LORPM (art. 8 párrafo segundo): ¿aplicación obligatoria de las medidas de internamiento al menor cuando, por idéntica infracción, el CP no prevé pena privativa de libertad para el adulto?, por <i>Leticia Jericó Ojer</i>	140
– El uso de las nuevas tecnologías como método de blanqueo de capitales, por <i>Covadonga Mallada Fernández</i>	161
– La autoría mediata por dominio de un aparato de poder como instrumento para la elaboración jurídica del pasado, por <i>Francisco Muñoz Conde</i>	171
– La medida de internamiento en régimen cerrado en la LORPM ¿Estamos ante un Derecho penal de la seguridad? por <i>Inés Olaizola Nogales</i>	190
– El tratamiento de la homosexualidad en la legislación penal española, por <i>Cristina Rodríguez Yagüe</i>	221
– El futuro del Derecho penal internacional, por <i>Gerhard Werle y Boris Burghardt</i>	247
Sistemas penales comparados: Detenciones ilegales (Illegal detention)	262
Bibliografía: Notas bibliográficas, por <i>Francisco Muñoz Conde y María Luisa Escalada</i>	326



Universidad
de Huelva



UNIVERSIDAD
DE SALAMANCA



tirant lo blanch

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

Dirección

Juan Carlos Ferré Olivé. Universidad de Huelva
ferreolive@terra.es

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 Piedecabras. Univ. Castilla-La Mancha
Luigi Foffani. Univ. Módena	Ulrich Sieber. Max Planck Institut- Freiburg
Nicolás García Rivas. Univ. Castilla-La Mancha	Juan M. Terradillos Basoco. Univ. Cádiz
Vicente Gimeno Sendra. UNED	Klaus Tiedemann. Univ. Freiburg
José Manuel Gómez Benítez. Univ. Complutense	John Vervaele. Univ. Utrecht
José Luis González Cussac-Univ. Jaume I	Joachim Vogel. Univ. Tübingen
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 Victor 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)
Zunyou Zhou (China)	Víctor Roberto Prado Saldarriaga (Perú)
Álvaro Orlando Pérez Pinzón (Colombia)	Bárbara Kunicka-Michalska (Polonia)
Roberto Madrigal Zamora (Costa Rica)	Frederico de Lacerda da Costa Pinto (Portugal)
Elena Núñez Castaño (España)	Ana Cecilia Morún (Rep. Dominicana)
Angie A. Arce Acuña (Honduras)	Svetlana Paramonova (Rusia)
Victor Manuel Macías Caro (Italia)	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.



El delito de tráfico ilegal de órganos humanos

M^a del Carmen Gómez Rivero

Revista Penal, n.º 31. - Enero 2013

Ficha técnica

Autora: María del Carmen Gómez Rivero

Adscripción institucional: Catedrática de Derecho Penal. Universidad de Sevilla

Sumario: I. Consideraciones previas. II. La preocupación por erradicar y castigar el tráfico ilegal de órganos. Un breve recorrido por los distintos instrumentos internacionales y comunitarios. III. La delimitación del bien jurídico protegido por el art. 156 bis CP. IV. Los elementos del tipo del delito del tráfico ilegal de órganos humanos. 1. Elementos del tipo objetivo. 1.1. Las conductas típicas. 1.2. La ilegalidad como característica común a las distintas modalidades típicas. 1.3. El objeto material de la conducta: los órganos humanos ajenos. 1.4. Los sujetos del delito. 2. Elementos del tipo subjetivo. V. La consumación del delito. VI. Las consecuencias jurídicas previstas por el art. 156 bis. VII. Relaciones concursales. VIII. Valoración final. IX. Bibliografía citada.

Abstract: The present article deals with the interpretation of the art. 156 bis Penal Code, introduced by LO 5/2010, concerning trafficking in human organs. For this purpose, the paper point out the interest protected by the norm, which appears as a debated question due the characteristics of this crime in Penal Code. The paper considers that the protected interest is the state control of different acts concerning transplantation human organs, which includes among other aspects publics health policies. According with this viewpoint, the meanings of elements of the offense relating to the protection of life and health consists of reducing the scope of the offense.

Key Words: Interest protected, illegally obtaining human organs, illegal trafficking in human organs, advertising, authorship and participation, consummation, concurrence

Resumen: El trabajo se ocupa de delimitar el alcance del art. 156 bis, introducido al CP por la reforma operada por la LO 5/2010, relativo al tráfico ilegal de órganos. Punto de partida de esta tarea es precisar cuál sea el bien jurídico protegido en la norma, una cuestión que se presenta ciertamente compleja a la luz de los elementos típicos del delito. La presente contribución parte de que el interés protegido es el control estatal de los distintos actos relacionados con el trasplante, lo que implica, junto con otros intereses de alcance colectivo, la preservación de políticas públicas de salud. A partir de lo anterior, la presencia de elementos típicos relacionados con la vida o salud de los concretos afectados opera como un criterio de restricción del alcance del precepto.

Palabras clave: Interés protegido; obtención ilegal de órganos, trasplante, tráfico ilegal de órganos, publicidad, autoría y participación, consumación, concursos

Recepción del artículo: 10-09-2012

Evaluación favorable: 30-09-2012

I. Consideraciones previas

Mucho se ha escrito sobre la realidad que envuelve al tráfico ilegal de órganos humanos. De ella dan cuenta interesantes estudios en la materia, que ponen sobre el tapete no sólo las cifras de su práctica, sino también los móviles que con frecuencia la inspiran, los precios que suelen alcanzar los distintos órganos en el mercado ilegal, o los principales países a los que pertenecen tanto sus oferentes como sus demandantes¹. Por encima de estos pormenores, lo cierto es que cada trato esconde tras de sí, con más o menos variantes que recuerdan que *los infelices lo son cada uno a su manera*, la historia de un intercambio de desasosiegos, aun cuando de distinta índole. Por un lado, la penuria económica del donante, perteneciente en la mayoría de los casos a los países del llamado Tercer Mundo, dispuesto a vender una parte de su cuerpo a cambio de un precio, por definición insuficiente para rescatarle definitivamente de su miseria. Por otro lado, la angustia del receptor, decidido a pagar ingentes cantidades de dinero con tal de conseguir, como sea, el único remedio para su enfermedad. Pero todavía, junto a las dos partes de este intercambio de zozobras suele aparecer en escena una tercera, ajena a cualquier situación de necesidad, y que actúa con el único fin de obtener un provecho a costa de los respectivos pesares de aquellos. Se trata de los intermediarios, a menudo estructurados en redes organizadas y cuyo potencial logístico se orienta, unas veces a poner en contacto a las dos partes necesitadas; otras, simplemente, a la captación de personas con las que por medio del engaño, la violencia o el abuso, nutrir la oferta de ese mercado clandestino.

Haciendo abstracción de las implicaciones éticas y sociales de esta realidad, resulta evidente desde un plano estrictamente jurídico que el tráfico ilegal de órganos humanos representa un fenómeno frente al cual

el Ordenamiento jurídico no puede permanecer impasible, tampoco cuando se trata del Ordenamiento de los países que, como el nuestro, no encabezan el listado de procedencia de los donantes por precio. Bastaría para entenderlo con tener presente el temor a que en el futuro en ellos proliferase el comercio ilegal de órganos, incluyendo el riesgo de convertirse en cobijo de organizaciones dedicadas a su práctica. Precisamente para combatirla, la reforma del Código penal operada por la LO 5/2010, de 22 de junio, tipificó por primera vez en nuestro Derecho el delito de tráfico ilegal de órganos humanos. Según explica la propia Exposición de Motivos de la Ley, su presencia obedece a la voluntad de dar cumplimiento a las directrices fijadas por distintos instrumentos, ya sean internacionales o ya se ciña su alcance al ámbito de la Unión Europea. En este sentido, la referida Exposición de Motivos cita específicamente los pronunciamientos en la materia de la Organización Mundial de la Salud así como la Declaración de Estambul, documentos que, según enseguida comprobaremos, representan tan sólo un fragmento —y no necesariamente el más reciente ni siquiera el más importante²— de la preocupación expresada en la materia por distintos foros internacionales.

No se agota, sin embargo en aquellos pronunciamientos internacionales la justificación que ofrece la Exposición de Motivos de la LO 5/2010 para incorporar al Código penal el delito de tráfico ilegal de órganos humanos. Alude igualmente al alcance cada vez más extendido del fenómeno, una preocupación que se sitúa en clara sintonía con la alerta que recogen otros documentos internacionales³. Con todo, y aun partiendo de lo documentado de este tipo de prácticas, hay que reconocer que el volumen de su realización no es elevado⁴, y menos aún en nuestras fronteras. Sí lo es, sin embargo, la importancia de cada caso registrado, dada la gravedad de los diferentes intereses implicados en

1 Así por ejemplo, según el Estudio conjunto elaborado por el Consejo de Europa y las Naciones Unidas, *Trafficking in organs, tissues and cells and trafficking in human beings for the purpose of removal of organs*, de 2009, el tráfico de órganos podría estar detrás del 5 al 10 por ciento de todos los trasplantes renales que se practican cada año en el mundo.

Entre la abundante literatura al respecto, véase por ejemplo el detallado trabajo de SCHEPER-HUGHES, "El comercio infame: capitalismo milenarista, valores humanos y justicia global en el tráfico de órganos", en *Revista de Antropología Social*, 2005, núm. 15, pp. 195 ss.; el artículo de FERRADO, M., "Tráfico de órganos. Un negocio oscuro y atroz", publicado en el diario *El País*, el 3 de mayo de 2009, o el recorrido por la realidad de distintos países que ofrece CARRASCO ANDRINO, M.M., *Derecho Penal Español, Parte Especial (I)*, 2ª ed. (dir. Álvarez García), Valencia, 2011, pp. 259 ss.

2 En concreto, llama la atención que no haga referencia a la Directiva del año 2010 a la que enseguida nos referiremos.

3 Véase el Estudio conjunto elaborado por el Consejo de Europa y las Naciones Unidas ya citado en la nota anterior, p. 5.

4 De hecho, así lo reconocía la Resolución del Parlamento Europeo de 22 de abril de 2008, sobre donación y trasplante de órganos: "aunque las estimaciones actuales sitúan el tráfico de órganos en un nivel relativamente bajo respecto a los demás tipos de tráfico, el tráfico de órganos y tejidos se está convirtiendo en un creciente problema mundial que ocurre a escala nacional y transfronteriza y que está avivado por la demanda (se calcula que hay entre 150 y 250 casos al año en la UE)".

los términos que tendremos ocasión de ir refiriendo, así como el riesgo potencial de su incremento a la vista de lo atractivo de las ganancias económicas que ofrece.

De hecho, similares razones a las que han impulsado a nuestro legislador a tipificar el delito de tráfico ilegal de órganos humanos, motivaron ya antes a otros Códigos penales a incorporar la correspondiente previsión que, con más o menos extensión, sancione este tipo de prácticas. Es el caso de dos importantes modelos de referencia, como son el francés y el alemán, que contemplaban ya en sus respectivos Derechos previsiones penales relativas al tráfico ilegal tanto de órganos como de tejidos humanos. En concreto, bajo la rúbrica *De la protección del cuerpo humano*, el Código penal francés desde 1994 castiga en sus arts. 511-2 y siguientes todo un abanico de conductas comprensivas prácticamente de cualquier secuencia relacionada con la obtención, tráfico o trasplante ilegal de órganos, tejidos o células. En el caso alemán el delito relacionado con el tráfico de órganos se contempla en la *Gesetz über die Spende, Entnahme und Übertragung von Organen und Geweben*, conocida como *Transplantationsgesetz*, de 5 de noviembre de 1997, que en sus parágrafos 18 y ss. castiga el tráfico, la extracción o el trasplante ilegal de órganos o tejidos humanos.

No puede decirse, pues, que estemos ante una previsión novedosa desde el punto de vista del Derecho comparado, aunque sí desde luego desde la perspectiva de nuestro Ordenamiento. Con la mirada puesta en él, lo primero que se impone es dar respuesta a la pregunta relativa a si realmente antes de la introducción de este delito en el Código penal podía hablarse de una impunidad absoluta de las conductas relacionadas con el tráfico de órganos. Y al respecto, la rotundidad de la respuesta negativa no se hace esperar. Hay que reconocer, en efecto, que nuestro Código penal contaba ya antes de la reforma con preceptos bajo los que subsumir, si no todas, sí muchas de las conductas que rodean al mercado ilegal de órganos. Así, allí donde la ausencia o vicios en el consentimiento prestado por el donante del órgano no pudiera calificarse como libre, resultarían de aplicación los correspondientes tipos de lesiones, al no poderse comprender entonces la conducta bajo el supuesto de hecho del art. 156 CP que, como es sabido,

exime de pena el trasplante de órganos realizado “con arreglo a lo dispuesto en la ley” siempre que medie el “consentimiento válida, libre, consciente y expresamente emitido”⁵. Por otra parte, en esos mismos casos podía resultar de aplicación un delito contra la libertad o incluso contra la integridad moral, por cuanto que no cabe duda que aquella práctica representa la mayoría de las veces un atentado contra la dignidad del sujeto que la soporta. Todo ello sin olvidar la posibilidad de aplicar el delito de trata de seres humanos, que antes de la reforma de 2010 había de encontrarse en las previsiones del art. 318 CP.

Lógicamente, el reconocimiento de la existencia de tipos penales genéricos a los que reconducir muchas de las conductas relacionadas con el tráfico ilegal de órganos no supone concluir sin más afirmando que el delito ahora incorporado sea vacío o cuando menos superfluo. Porque evidente es también que aquellos distintos tipos delictivos no podían colmar siempre las necesidades de castigo que rodean a su práctica. Bastaría con pensar en los casos en que, si bien mediara el consentimiento de las partes, la extracción del órgano o su posterior implante se realizara en condiciones de falta de seguridad y, en todo caso, burlando los controles estatales que tienen por objeto la preservación de políticas públicas de salud⁶. La pregunta es si, realmente, esos espacios hasta ahora ajenos a la intervención penal no sólo son merecedores de tutela, sino que también están necesitados de protección en esta rama del Ordenamiento jurídico. Por otra parte, si la respuesta fuese afirmativa, todavía quedaría por aclarar si el concreto diseño del precepto introducido por la reforma de 2010 resulta coherente con ese interés previamente definido. Vayamos por partes. Y para ello, nada mejor que adentrarnos en el alcance de las directrices internacionales hasta ahora emanadas de distintas instancias.

II. La preocupación por erradicar y castigar el tráfico ilegal de órganos. Un breve recorrido por los distintos instrumentos internacionales y comunitarios

Como anticipábamos, la preocupación por garantizar las condiciones de seguridad y calidad de los órganos humanos destinados al trasplante así como prohibir su

⁵ Del alcance de sus previsiones tuve ocasión de ocuparme en *La responsabilidad penal del médico*, 2ª ed., Valencia, 2008, pp. 290 ss., donde limitaba el sentido de su alcance precisamente al donante, no al receptor, respecto al que en tanto el trasplante tuviera finalidad terapéutica el valor de este precepto sería meramente declarativo.

⁶ Sobre la situación anterior a la reforma y las posibilidades de castigar el tráfico de órganos conforme a los genéricos tipos de lesiones, véase por todos MUÑOZ CONDE, F., “Einige Fragen des ärztlichen Heileingriffs im spanischen Strafrecht”, en *Handbuch des Medizinstrafrechts*, 3. Aufl., 2007, pp. 408 ss., pp. 703 ss.

tráfico ilegal ha estado presente en distintos instrumentos internacionales.

Singular mención merecen, ante todo, las *Resoluciones de la Organización Mundial de la Salud relativas al tráfico de órganos y tejidos humanos*. En concreto, son de citar las Resoluciones WHA 40.13, de 1987, WHA 42.5, de 1989⁷ y WHA 44.25, de 1991⁸, orientadas a reprimir el tráfico ilegal de órganos humanos y a asegurar las condiciones de su extracción y trasplante. Basadas en ellas, la Resolución WHA 57.18, adoptada en 2004 por la 57ª Asamblea Mundial de la Salud sobre trasplante de órganos y tejidos humanos, instó a los Estados a la adopción de una serie de medidas para garantizar la seguridad y calidad tanto en relación con los trasplantes alógenicos como xenogénicos. Ya de forma más reciente deben citarse los pronunciamientos contenidos en los *Principios rectores sobre trasplante de células, tejidos y órganos humanos*, aprobados por la 63ª Asamblea de la OMS, de 21 de mayo de 2010. En ellos se subraya la gratuidad de las donaciones de órganos y se condena su tráfico y el turismo de trasplantes, como medidas con las que garantizar la seguridad, calidad y eficacia de los procedimientos de donación y de trasplante, así como del material humano empleado. El documento incide igualmente en la transparencia y trazabilidad, asegurando al mismo tiempo la protección del anonimato y la privacidad de los donantes y receptores.

Esencial es igualmente la cita de la *Declaración de Estambul sobre el tráfico de órganos y el turismo de trasplantes*, aprobada en la Cumbre internacional sobre turismo de trasplantes y tráfico de órganos convocada por la Sociedad de trasplantes y la Sociedad internacional de nefrología celebrada en 2008, que insiste en que el tráfico de órganos y el turismo de trasplantes violan los principios de igualdad, justicia y respeto de la dignidad humana.

Ya en el ámbito de la Unión Europea, la preocupación es singularmente visible desde finales de los años 70. En concreto, ya el 11 de mayo de 1978 el Consejo de Ministros del Consejo de Europa adoptó su *Decisión (78)29 sobre la armonización de las legislaciones de los Estados miembros respecto de la extirpación, in-*

jertos y trasplantes de material humano, en la que además de sentar las exigencias relativas al consentimiento del donante y la confidencialidad, declaró que ningún material humano puede ofrecerse con fines lucrativos. Dicha declaración fue confirmada en la tercera Conferencia de los Ministros de Sanidad Europeos, celebrada en París los días 16 y 17 de noviembre de 1987.

Inevitable resulta por otra parte la referencia al *Convenio del Consejo de Europa relativo a los derechos humanos y la biomedicina*, adoptado en Oviedo el 4 de abril de 1997, que entró en vigor el 1 de diciembre de 1999. Según reza su artículo 21, “El cuerpo humano y sus partes, como tales, no deberán ser fuente de aprovechamiento”. A este Convenio se adjuntó un *Protocolo adicional referido al trasplante de órganos y tejidos de origen humano*, elaborado el 24 de enero de 2002, cuyo 21 dispone en su apartado primero que el cuerpo humano y sus partes no pueden constituir fuente de lucro o de otras ventajas similares, y en el segundo establece el deber de prohibir la publicidad de la oferta o demanda de órganos o tejidos mediando precio. Por su parte, el art. 22 consagra la obligación de prohibir el tráfico de órganos y tejidos⁹.

Sin abandonar el ámbito comunitario debe mencionarse la *Recomendación (2004) 7 del Comité de Ministros del Consejo de Europa*, adoptada el 19 de mayo de 2004, que insta a los Estados miembros a la adopción de medidas legales para la represión de la extracción e implantación ilegal de órganos y tejidos humanos, el tráfico ilegal de órganos, su publicidad, así como de lucha contra las organizaciones dedicadas a su tráfico (art. 4). Por su parte, la *Comunicación de la Comisión sobre donación y trasplante de órganos*, de 30 de mayo de 2007 [COM (2007) 275 final], manifiesta igualmente su preocupación por la lucha contra el tráfico de órganos.

En la misma línea es digna de mención la Resolución del Parlamento Europeo, de 22 de abril de 2008, *sobre donación y trasplante de órganos*. Tras destacar que la donación de órganos por motivos económicos es contraria a la dignidad de la persona, e instar a la Comisión para luchar contra el tráfico de órganos y tejidos así como contra el turismo de trasplantes, “insta a los

7 Por la que Asamblea de la Salud pidió a los Estados Miembros que adoptaran medidas apropiadas para evitar la compra y venta de órganos humanos para trasplante.

8 Que aprobó los Principios Rectores sobre Trasplante de Órganos Humanos.

9 Véase el comentario a los aspectos relativos a la donación contenidos en el Convenio, especialmente relacionado con los menores e incapaces, de TORRES FERNÁNDEZ, E., “La donación de órganos o tejidos de donante vivo por personas incapaces de consentir a la luz del Convenio relativo a los derechos humanos y la biomedicina y su protocolo adicional”, en *Estudios Jurídico-penales sobre genética y biomedicina, Libro homenaje al Prof. Dr. Ferrando Mantovani*, Madrid, 2006.

Estados miembros a modificar, si procede, sus códigos penales con el fin de que los responsables del tráfico de órganos sean objeto de acciones judiciales adecuadas, incluyendo sanciones para el personal médico que intervenga en el trasplante de órganos procedentes del tráfico, y a desplegar, al mismo tiempo, todos los esfuerzos necesarios para disuadir a los receptores potenciales de recurrir a la oferta del tráfico de órganos y tejidos”. Incluye igualmente la exigencia de medidas orientadas a la “responsabilización penal de los ciudadanos europeos que hayan comprado órganos dentro o fuera de la Unión Europea”.

Pero sin duda, y dejando a un lado las Directivas relativas a las células y tejidos humanos¹⁰, singular importancia adquiere la *Directiva 2010/45, del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre normas de calidad y seguridad de órganos humanos destinados al trasplante*, de 7 de junio de 2010. A partir de la consideración de que para salvaguardar la salud pública y prevenir la transmisión de enfermedades a través de los órganos deben tomarse medidas durante su obtención, transporte y utilización, establece la obligación de los Estados de contemplar sanciones efectivas, proporcionadas y disuasorias para quienes violen los principios que deben regir la donación (gratuidad, no publicidad, consentimiento, confidencialidad y en general garantías para la seguridad y calidad de los órganos).

Hasta aquí el recorrido por los diversos documentos internacionales en la materia. Por encima de sus peculiaridades, lo cierto es que apenas puede discutirse que la esencia de la preocupación que transmiten a los Estados y las consiguientes medidas a cuya adopción les instan exceden con mucho a la petición de que en sus respectivos ordenamientos internos castiguen el tráfico de órganos humanos conforme a los clásicos delitos de *lesiones*, como atentados contra la libertad o contra la *dignidad*. Porque cualquier Código penal de Derecho comparado contempla en su articulado provisiones más que suficientes para asegurar el castigo de estas conductas conforme a los correspondientes delitos que protegen los distintos intereses citados. Dirigirles una petición en tales términos no obedecería, pues, a una necesidad real. Por el contrario, si alguna razón de ser quiere darse a tales iniciativas es la de asegurar una respuesta frente a los múltiples riesgos que acechan al

comercio ilegal de órganos, y que exceden con mucho al injusto que puntualmente focalizan aquellos clásicos tipos delictivos. Basta, en efecto, una lectura conjunta de los distintos documentos que hemos ido citando para advertir que tras ellos se mueve el interés por asegurar de forma amplia la calidad y seguridad de los órganos, tejidos y células humanas destinados al trasplante, así como las condiciones de su realización en la secuencia que abarca desde su extracción hasta la efectiva implantación en el receptor. Y aun cuando ciertamente este interés comprende la evitación de lesiones, atentados contra la libertad o contra la dignidad, su alcance sobrepasa estos aspectos. Así, por ejemplo, no cabe duda de que la extracción de un órgano a una persona fallecida cumpliendo el sentido de su voluntad previamente manifestada pero que después se destina al mejor postor, encajaría entre las prohibiciones que quieren reprimir aquellos documentos, por cuanto se afecta la calidad y seguridad del trasplante y, con ello, aspectos como la transparencia, racionalidad o justicia de la práctica. Sin embargo su castigo quedaría extramuros de las posibilidades que ofrecen aquellos clásicos delitos.

El mensaje y la preocupación, pues, de dichos instrumentos reclama la dispensa de una protección más amplia al punto de mira que es propio de los delitos contra bienes jurídicos individuales. Y adelantando en buena medida conclusiones, es ese plus el que dota de sentido a la incorporación de un tipo específico en nuestro Ordenamiento, como en cualquier otro de Derecho comparado, que castigue específicamente el delito de tráfico ilegal de órganos. Cuestión distinta será la forma en la que en concreto se plasmen los rasgos de ese delito y, consiguientemente, el juicio más o menos positivo que la regulación en cuestión merezca. Centrándonos lógicamente en exclusiva en nuestro Código penal, de todos estos aspectos nos ocupamos en lo que sigue.

III. La delimitación del bien jurídico protegido por el art. 156 bis CP

La principal dificultad interpretativa que plantea el delito que comentamos se concentra a la hora de determinar cuál sea el bien jurídico que protege. Sabido es que la respuesta que se dé a esta cuestión, en éste como en cualquier otro tipo delictivo, condiciona de princi-

10 De las que se ocupó la Directiva 2004/23/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, relativa al establecimiento de normas de calidad y seguridad para la donación, la obtención, la evaluación, el procesamiento, la preservación, el almacenamiento y la distribución de células y tejidos humanos; así como la Directiva 2006/17/CE, de la Comisión, de 8 de febrero de 2006, por la que se aplica la Directiva 2004/23/CE del Parlamento Europeo y del Consejo en lo relativo a determinados requisitos técnicos para la donación, la obtención y la evaluación de células y tejidos humanos.

pío a fin la interpretación del respectivo delito de que se trate, esto es, desde la exégesis de su alcance hasta la resolución de las eventuales relaciones concursales que se planteen con otros preceptos penales. Pero no sólo eso. Junto con lo anterior, la identificación del bien protegido tutelado por la norma penal se erige en el delito que nos ocupa en un elemento esencial a la hora de justificar su presencia en el Código penal. Y es que, en efecto, si se llegara a la conclusión de que, atendiendo a los rasgos típicos del art. 156 bis el interés protegido coincide exactamente con el de otros preceptos penales, las dudas en torno a la necesidad de su tipificación expresa resultarían más que fundadas.

La importancia, pues, de la delimitación del interés protegido está fuera de discusión. Resulta, sin embargo, que la trascendencia de la tarea contrasta con la opacidad del texto legal, de cuya lectura difícilmente puede extraerse una solución que resistiera su calificación como inequívoca. A ello ha contribuido a buen seguro la ausencia de tradición en nuestro ordenamiento jurídico de un delito que tipificara expresamente las conductas relacionadas con el tráfico ilegal de órganos, de modo tal que, según ya veíamos, hasta la reforma de 2010 su castigo sólo encontraba acomodo, en su caso, en los clásicos delitos que protegen bienes jurídicos fundamentales de alcance individual (básicamente los de lesiones y homicidio, libertad o dignidad), bien en los tipos que castigan el traslado o, en general, la utilización de personas con aquellos fines y que, también desde la reforma de 2010, encuentran su exacto encaje en el delito de trata de seres humanos contemplado en el art. 177 bis.

Motivado por una u otra causa, a primera vista cualquier postura acerca de cuál sea el interés protegido por el art. 156 bis parece poder encontrar argumentos que la respalden. No hay mejor prueba que el dato de que en la doctrina no falten partidarios de los dos posicionamientos más radicales imaginables; a saber, el que, de un lado, defiende que este delito toma como refe-

rente de su protección el interés individual consistente en preservar la salud de las personas, básicamente del donante¹¹ y, de otro, el que entiende que la finalidad del precepto es la de proteger un bien jurídico de dimensión colectiva que, como tal, desbordaría la óptica individual de los sujetos en concreto afectados para preservar las condiciones de seguridad del tráfico de órganos y, en términos amplios, de la salud pública¹².

Como decíamos, ninguna de las dos posturas está huérfana de argumentos. A la primera de ellas respalda, con un valor nada desdeñable, la ubicación del delito en el Título III del Libro II del Código penal, dedicado a las lesiones. Todavía los seguidores de esta opción encuentran otro apoyo legal que parece ser decisivo para apoyarla; a saber, la atención a las concretas penas asignadas por el delito. No se olvide que éstas se gradúan en función de que el órgano sobre el que recaigan las distintas conductas típicas sea o no principal, fijando el legislador el marco penal para cada uno de estos casos en correspondencia exacta con el previsto en los arts. 149 y 150 para los casos, respectivamente, de pérdida o inutilización de un órgano principal o no. El culmen de todos estos argumentos pareciera encontrarse en las palabras de la Exposición de Motivos de la LO 5/2010, para la que “aunque nuestro Código Penal ya contempla estas conductas en el delito de lesiones, se considera necesario dar un tratamiento diferenciado a dichas actividades castigando a todos aquellos que promuevan, favorezcan, faciliten o publiciten la obtención o el tráfico ilegal de órganos humanos ajenos o su trasplante”.

Por su parte, tampoco faltan razones a los partidarios de considerar que el bien jurídico protegido tiene alcance supraindividual. Ante todo cuentan en su haber con argumentos de orden lógico o, si se quiere, gestados desde la confianza en la racionalidad de las decisiones legales. Para empezar porque, según ya apuntábamos, el sentido que cabalmente cabe atribuir a los documentos internacionales, a alguno de los cuales alude

11 Es la postura sostenida por GARCÍA ALVERO, R., “El nuevo delito de tráfico de órganos”, en *Comentarios a la reforma penal de 2010* (coord. Álvarez García/González Cussac), Valencia, 2010, pp. 183 ss., 186 ss.; publicado también en *La nueva reforma penal de 2010: análisis y comentarios* (coord. Quintero Olivares), Navarra, 2010, pp. 141 ss.; DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, J., “El delito de tráfico de órganos humanos”, en *Estudios sobre las reformas del Código Penal: (operadas por las LO 5/2010, de 22 de junio, y 3/2011, de 28 de enero)*, Julio Díaz-Maroto y Villarejo (dir.), Gonzalo Rodríguez Mourullo (pr.), 2011, pp. 279 s; BENÍTEZ ORTÚZAR, I., *Sistema de Derecho penal español. Parte Especial* (coord. Morillas Cueva), Madrid, 2011, pp. 118 s.

12 En este sentido MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal. Parte Especial*, 18 ed., Valencia, 2010, pag. 132; QUERALT JIMÉNEZ, J., *Derecho penal español. Parte Especial*, 6ª ed., Barcelona, 2010, p. 147; GÓMEZ MARTÍN, V., *Derecho penal. Parte Especial, tomo I* (dir. Corcoy Bidasolo), Valencia, 2011, p. 102; CARRASCO ANDRINO, M.M., *Derecho Penal Español. Parte Especial, ob. cit.*, pp. 265 ss.; FELIP I SABORIT, D., “Delito de lesiones; el nuevo delito de tráfico, obtención y trasplante ilegales de órganos humanos”, en *El nuevo Código penal. Comentarios a la reforma* (dir. Silva Sánchez), Madrid, 2012, pp. 245 ss., 250 s.

la Exposición de Motivos de la LO 5/2010, excede con mucho de la preocupación por castigar puntualmente el tráfico de órganos conforme a un delito de lesiones, homicidio, contra la libertad o la dignidad. Y, en consecuencia, como absurdo habría de tildarse que el legislador español pretendiera dar respuesta a aquella inquietud incorporando un tipo delictivo cuyo valor fuese tan solo redundante respecto a la protección dispensada ya por los clásicos delitos de lesiones, sin aportar nada más. Todavía, junto con los argumentos anteriores tampoco faltarían otros relativos a la concreta configuración del art. 156 bis, argumentos que igualmente vendrían a avalar aquella conclusión a la que, adelantamos ya, que nos adherimos en este trabajo.

Ante todo, a sostener esta postura motiva un argumento, si se quiere en negativo, como es el rechazo a entender que esté en juego el bien jurídico individual cifrado en la preservación de la vida o salud del donante. Aun cuando sobre este aspecto tendremos ocasión de volver, adelantamos ya que el art. 156 bis refiere las distintas conductas que contempla a los “órganos humanos ajenos”, sin incluir ninguna exigencia adicional que acote su objeto. Quiere con esto decirse que su tenor literal no sólo permite comprender las conductas que recaigan sobre órganos obtenidos o que vayan a obtenerse de donantes *vivos*, sino también el comercio ilegal de los extraídos de personas ya *fallecidas*, ya sea por muerte natural o tras su ejecución por el cumplimiento de la pena capital. En relación con lo primero, bastaría con pensar en el personal médico de un hospital que extrajera órganos de los pacientes fallecidos para después comerciar con ellos. Afirmar que en tales casos se trata de preservar la integridad, salud o incluso la vida del donante resulta manifiestamente un sinsentido¹³.

Es más, a la misma conclusión de descartar aquél bien jurídico individual atento a la seguridad del donante habría de llegarse en muchos casos de comercio o, en general, de tráfico ilegal de órganos procedentes de un donante vivo. Bastaría con detenernos ahora en la conducta de *tráfico*. La descripción legal, en efecto, permite castigar tal hecho en su contemplación aislada, esto es, al margen de la legalidad o no de la extracción, siempre que el tráfico se realice de modo *ilegal*. Re-

sulta así que igualmente integra el ámbito típico el supuesto en el que el órgano se haya obtenido lícitamente (pongamos de nuevo el ejemplo de la extracción lícita en un hospital), pero que después el coordinador de trasplantes lo venda dentro del mismo país o incluso lo exporte a terceros a cambio de un precio, burlando de este modo las condiciones requeridas para garantizar la seguridad y calidad del proceso. De nuevo en este caso difícilmente podría sostenerse que el alcance del bien jurídico es la preservación de la salud del donante. Otro tanto habría de decirse cuando se analiza la conducta del *trasplante*. Ciertamente es que allí donde no se cumplan los requisitos sanitarios exigidos para su práctica se comprometen las condiciones de seguridad para la vida o integridad física. Pero se trata en todo caso ahora de la del potencial receptor, no la del donante, única sin embargo cuya atención pudiera dar cierto sentido a la pretensión de distinguir entre órganos principales o no principales a efectos de la graduación de la pena.

Por otra parte, y por similares razones, tampoco podría concentrarse en todos los casos el objeto de protección en la *vida* del donante del órgano. Así resulta sólo con atender al dato de que, si bien el legislador se refiere a los órganos principales junto con los no principales, entre aquellos no se cuentan necesariamente los que tienen una función vital sino, como es sabido, los que cumplen una función autónoma dentro del cuerpo humano. Equiparar ambos bajo la categoría amplia de órganos principales no sólo sería un contrasentido desde el punto de vista de su respectiva contemplación valorativa, sino también atendiendo al injustificado efecto privilegiante que entonces estaría introduciendo respecto a las penas asignadas al homicidio o al asesinato.

Obviamente los argumentos anteriores relacionados con los específicos supuestos que hemos ido refiriendo no impiden reconocer que en otros se afecten las condiciones de seguridad para la vida y salud del donante. Bastaría pensar ahora en los casos en los que se reclutasen a personas con el fin de extraerle sus órganos que, además, después se trasplantasen a sujetos en condiciones de riesgo para su vida o salud. El supuesto paradigmático de cuanto ahora referimos bien pudiera encontrarse en la actividad de mafias o en general de

13 Es lo que ha motivado que también en el Derecho comparado la doctrina se haya esforzado por descubrir el interés que pueda estar tras la prohibición de traficar con los órganos de personas ya fallecidas, y que algunos autores cifran en bienes jurídicos colectivos, como pueda ser la confianza en el respeto de las decisiones. Entre la abundante literatura germana, véase por ejemplo SEELMANN, K., “Organtransplantation —die strafrechtlichen Grundlagenprobleme”, en *Organtransplantation*, hrsg. Brudermüller/Seelmann, Würzburg, 2000, pp. 29 ss.

organizaciones destinadas al tráfico de personas con el fin de extraerle sus órganos. Que en casos como éste se lesiona la salud del donante y además se pone en peligro la del receptor parece fuera de dudas. Pero sin perjuicio de referirnos con más detalle a estos casos, lo que de momento queremos significar es que tampoco en ellos la protección de la vida o salud de esos sujetos implicados es, al menos no en todos los casos, la razón de ser que en primera instancia impulsa al legislador a la incorporación de este precepto.

Cierto es que en contra de este, como de cualquier otro argumento que excluyera con carácter general que el bien jurídico protegido es de carácter individual y, más específicamente, que se ciñe a la protección de la salud e integridad física del donante, podría esgrimirse una objeción que encuentra su más enérgico respaldo en la contemplación de las penas asignadas al precepto, que coinciden a todas luces, según ya vimos, con las reservadas para las lesiones en función de que consistan en la pérdida de un órgano principal (art. 149) o no (art. 150). Ahora bien, aun reconociendo la potencia *formal* de este argumento para reconducir a las lesiones el bien jurídico protegido por el art. 156 bis, entiendo, sin embargo, que cuando se razona desde una perspectiva *material*, si de algo es indicio tal plasmación de las penas es, precisamente, de que el objeto de protección es distinto del de los referidos delitos. Y ello por varias razones. La primera, porque de otra forma habría de entenderse que el legislador está pensando como único referente de la situación de peligro a que da paso el tráfico ilegal de órganos en las lesiones, desconociendo entonces el riesgo para la vida de las personas, sin duda presente allí donde el órgano sea, no sólo principal, sino también vital. La segunda, porque si en el art. 156 bis se protegiera la salud e integridad física habría de entenderse que el legislador ha roto en relación con las lesiones que traen causa de un trasplante no sólo las reglas generales de autoría y participación, sino también las que atienden a la fase del *iter criminis*. Debería aceptarse, en definitiva, que la conducta preparatoria, por ejemplo de ofertar un riñón, se castiga con una pena de hasta doce años de prisión, como si de su pérdida efectiva se tratase, una pena claramente desproporciono-

nada respecto a la que asigna el legislador a los actos preparatorios punibles de las lesiones conforme al art. 151 CP¹⁴. En tercer lugar, porque si atiende en exclusiva a la situación de peligro en que se encuentra una de las partes, el donante, habría que concluir afirmando que el legislador se ha desentendido de la situación de riesgo para la salud de la otra parte del intercambio, el receptor, respecto al que sin embargo la “clandestinidad” del órgano puede determinar que se someta a su implante fuera del circuito de centros que cuentan con las garantías necesarias para la intervención.

Pero los argumentos continúan. Recordemos que la ubicación sistemática del art. 156 bis determina que a él no alcance la rebaja de la pena prevista en el art. 155, una conclusión difícil de sostener si el bien jurídico fuera de alcance individual, cifrado en concreto en la protección de la salud. En efecto, partiendo de que ciertamente la conducta no podría quedar exenta de pena conforme al art. 156, en tanto que para ello sería necesario que el trasplante de órganos se realizara “con arreglo a lo dispuesto en la ley”, y nuestra ley prohíbe, entre otros aspectos, la remuneración¹⁵, no se alcanzaría a entender por qué en estos casos no viniera en consideración la rebaja de la pena contemplada en el art. 155 CP para cualquier otro ámbito en el que tenga lugar la lesión. Si realmente el sentido del art. 156 bis fuese dispensar protección a la salud, la única explicación para que no le alcancen las reglas del art. 155 habría de encontrarse en un *paternalismo extremo*, una opción en todo caso difícilmente compatible con los esquemas que en general inspiran nuestro Derecho penal y, de forma especial, con el protagonismo de la autonomía de la voluntad en materia de lesiones¹⁶. Por último, todavía es posible aportar otro argumento en la línea de fundamentar que el bien jurídico protegido por el art. 156 bis tiene un punto de mira distinto a la protección de la lesión del concreto individuo afectado. Y es que la redacción del precepto apunta en *plural* a la obtención, tráfico o trasplante de los órganos, redacción con la que parece literalmente sugerir que el acento del injusto del delito no reside, como tal, en la evitación de un resultado, sino en la prohibición de las acciones de tráfico.

14 FELIP I SABORIT, D., “Delito de lesiones; el nuevo delito de tráfico, obtención y trasplante ilegales de órganos humanos”, *ob. cit.*, p. 250.

15 Así lo establece el art. 8 del RD 2070/1999.

16 No es por ello de extrañar que este paternalismo, que parece estar en la base de la regulación alemana, haya recibido enérgicas críticas por parte de la doctrina de ese país. Véase por todos SCHROTH, “Die strafrechtlichen Tatbestände des Transplantationsgesetzes” en *JZ*, 1997, pp. 1153 ss.

A la vista de estos argumentos, entendemos que el objeto de protección del art. 156 bis se cifra en la preservación en general de las condiciones esenciales bajo las cuales resulta lícita la práctica de los actos que rodean al trasplante, desde la extracción del órgano hasta su implantación, lo que, como se ha dicho, comporta un debilitamiento del funcionamiento del Sistema Nacional de Trasplantes¹⁷. En concreto, el precepto sería expresión de la preocupación estatal por preservar, ante todo, el control de este tipo de prácticas, atribuido en el orden administrativo a la Organización Nacional de Trasplantes y, con ella, de los principios que han convertido a nuestro país en pionero en la materia. Se trata de la universalidad, anonimato, gratuidad, así como del estricto cumplimiento de las garantías sanitarias, aspectos todos ellos contemplados por la Ley 30/1979 sobre extracción y trasplante de órganos, así como por el RD 2070/1999¹⁸.

Mas específicamente, bajo aquella preocupación se hallan razones relacionadas con la observancia de las políticas sanitarias que garantizan las condiciones de su buena práctica en general, más allá, por tanto, de la eventual afectación o puesta en peligro de la salud de uno o varios sujetos en concreto. Sólo así, por ejemplo, se evita la transmisión de enfermedades a través del trasplante de órganos¹⁹, lo que enlaza inequívocamente con las políticas públicas de salud²⁰. Pero también dentro de aquellos intereses relacionados con las políticas sanitarias en sentido amplio hay que contar los que atienden al respeto de criterios de *justicia*. Así se explica teniendo en cuenta que la conducta recae sobre bienes escasos cuyo uso demanda la racionalización de su empleo para atender en primera instancia a las necesidades más graves y urgentes. Lógicamente, estamos

pensando ahora en los casos en los que la ilegalidad de la conducta recaiga, no sobre la extracción del órgano, sino sobre el trasplante. No cabe duda, en efecto, de que tras la prohibición de comercializar con los órganos legalmente donados se encuentran argumentos relacionados con la racionalización de los recursos disponibles por el sistema nacional y su ajuste a estrictos criterios de atención a las urgencias que en cada momento se consideren prioritarias entre sus ciudadanos²¹. Por esta vía se implica, en fin, la preservación genérica de la salud de los potenciales enfermos en lista de espera que, por sus circunstancias, demanden de forma perentoria el órgano en cuestión, con severo riesgo de otra forma para su vida o salud. Debe observarse que al atenderse de forma genérica a los *potenciales* receptores, no se trata de proteger la vida o salud de ninguno de ellos en concreto, sino que la tutela recae en primer plano sobre el colectivo en cuyo beneficio redundaría el control en el proceso del trasplante de órganos²². Todavía dentro del capítulo relativo a la atención de esas políticas, no hay que olvidar el interés en que el tráfico ilegal de órganos no repercuta en el volumen de las donaciones legales. Así resultaría si entre la población se extendiese el temor a que el órgano donado pudiera entrar en un circuito ilegal, de tal modo que, al final, fuese a parar simplemente al mejor postor. Es indiscutible que ese temor pesaría en los eventuales donantes a la hora de prestar su consentimiento, con la consiguiente merma en el número de órganos disponibles.

Ahora bien, la elevación a objeto inmediato de tutela de un bien jurídico colectivo no impide reconocer que mediatamente está también en juego la protección de bienes individuales. Así resulta, en primer lugar, de la atención a las políticas públicas de salud que ya hemos

17 FELIP I SABORIT, D., "Delito de lesiones; el nuevo delito de tráfico, obtención y trasplante ilegales de órganos humanos", *ob. cit.*, p. 250.

18 A la hora de cerrar estas páginas se encuentra en proceso de tramitación el proyecto de Real Decreto por el que se regulan las actividades de obtención, utilización clínica y coordinación territorial de los órganos humanos destinados al trasplante y se establecen requisitos de calidad y seguridad, que incorpora al ordenamiento jurídico español el contenido de la Directiva 2010/53, de 7 de julio de 2010.

19 La comunicación de la Comisión sobre Donación y trasplante de órganos enuncia entre los riesgos del uso de órganos con fines terapéuticos la transmisión del virus VIH, de la hepatitis B y C, de bacterias, hongos y parásitos, así como distintos tipos de cáncer.

20 Como escribiera FELIP I SABORIT, "todas las conductas descritas en el art. 156 bis CP son actos de debilitamiento de un elemento constitutivo de la salud pública, el funcionamiento del sistema nacional de trasplantes, contruidos sobre la gratuidad, el altruismo, así como la equidad en la selección y el acceso al trasplante", en "Delito de lesiones: el nuevo delito de tráfico, obtención y trasplante ilegales de órganos humanos", *ob. cit.*, p. 250.

21 Como escribe CARRASCO ANDRINO, M.M., "el llamado «turismo de trasplantes» merma la capacidad que tiene el Sistema Nacional de Trasplantes de un país para ofrecer este tipo de tratamiento a su población, afectando a la equidad en el acceso a estas terapias, por ejemplo cuando se venden los órganos de donantes fallecidos a receptores extranjeros", en *Derecho Penal Español*, *ob. cit.*, p. 265.

22 En este sentido se explica que, ya en el orden reglamentario, el art. 4.3 del Proyecto de RD mencionado más arriba incluya entre los principios fundamentales que rigen la obtención y la utilización clínica de los órganos humanos la *equidad* en la selección y el acceso al trasplante de los posibles receptores.

mencionado, y que evidentemente tienen como objetivo último la preservación de la salud o la vida de los distintos individuos. Pero no sólo eso. También, por ejemplo, la prohibición de extraer de forma ilegal los órganos humanos trata de evitar, entre otras cosas, que la práctica se realice sin contar con el consentimiento, o al menos, sin el consentimiento libremente expresado del donante, lo que sin lugar a dudas enlaza el supuesto de hecho castigado en este delito con el interés protegido en los tipos de lesiones. Lo mismo hay que decir cuando se contemplan los hechos desde la perspectiva del receptor. Ciertamente es que aun cuando el trasplante se realice en centros que no cuentan con las condiciones de seguridad, si aquél acepta voluntariamente el riesgo que para su salud comporta la práctica, el Derecho penal erige en principio rector el de la asunción voluntaria de la situación de riesgo, despojando al sujeto de protección conforme al expediente de las conocidas como *autopuestas en peligro*. Pero no siempre su actuación puede reconducirse a dicho principio. Bastaría con pensar en los casos en que, aun conocedor de la procedencia del órgano, al receptor se le asegurase falsamente que el lugar y métodos conforme a los que va a realizarse el trasplante cumplen estrictamente las condiciones de seguridad requeridas por este tipo de intervenciones.

Sin abandonar el capítulo de intereses con referente individual, alguna mención merece, por otra parte, la implicación de la protección de la *dignidad* de los afectados por la práctica del tráfico ilegal de órganos²³. Bastaría con pensar ahora en el caso del donante en situación de indigencia al que a cambio de una promesa o remuneración económica se le motivase para acceder a la donación. Me parece a todas luces evidente que, al margen del posible delito de lesiones que en su caso pudiera apreciarse —aun atenuado conforme al art. 155 CP— en casos como éste se afecta la dignidad de la persona a la que su estado motiva a vender sus órganos. Con todo, también en relación con este interés hay que reconocer que la óptica del precepto desborda la dimensión estrictamente individual que está en la base de los delitos que en el Código penal preservan la dignidad, especialmente los relativos a la integridad moral. En su lugar, el protagonismo lo adquiere la prohibición de traficar con órganos humanos en cuanto práctica ciertamente contraria a la dignidad humana pero también a la ética y a los valores morales de la sociedad, lo que

de nuevo remite a un bien jurídico de alcance colectivo que excede a la dignidad de la persona en concreto afectada por la transacción. Todo ello sin perjuicio, una vez más, de que de manera mediata se implique la dignidad de las personas específicamente involucradas por la práctica.

Llegados a este punto podemos concluir afirmando que la única razón que cabalmente se sitúa en condiciones de justificar la presencia del art. 156 bis en el Código penal se desentiende de proteger en primera instancia bienes jurídicos individuales. En su lugar, las claves de su comprensión han de verse en la tutela de una amalgama de intereses atentos a la garantía del cumplimiento de las condiciones bajo las que se realizan los actos relacionados con el trasplante. Solo esa perspectiva se sitúa por lo demás en condiciones de explicar algunos aspectos sobre los que hemos llamado la atención, como que la ubicación del precepto quede al margen de las reglas de atenuación de la pena contempladas en el art. 155 CP para los casos en que medie el consentimiento del lesionado.

Ahora bien, hasta aquí las razones para entender que la dimensión del precepto desborda la protección de bienes individuales y en su lugar enlaza con intereses de calado colectivo. Distinto de lo anterior es que la necesidad de respetar el principio de *intervención mínima* determine que no cualquier lesión de aquellos intereses se sitúe sin más en condiciones de justificar la aplicación del art. 156 bis. Porque entonces, si así fuera, no habría más que concluir reconociendo que la norma penal sólo es un refuerzo de la normativa administrativa, una conclusión que no podría tacharse más que de criticable a la vista de los principios que en general legitiman la intervención penal en cualquier ámbito. Para salvaguardarlos, entiendo que el propio precepto ofrece claves con las que proceder a una cierta restricción del vasto ámbito de conductas que de otra forma resultarían en él incluidas. Ciertamente se trata de claves que parecen ser más el resultado del desenfoco del legislador respecto a la realidad que está castigando que trazos firmes en la configuración del delito. Pero siquiera sea de esa forma, entiendo que ofrecen al intérprete bases para fundamentar una restricción de su alcance. Entre ellas hay que contar la exigencia, según veremos, de que el órgano en cuestión sea ajeno, o la propia gravedad de las penas previstas para quienes realicen las conductas

23 Sobre este bien jurídico llamaba la atención GÓMEZ TOMILLO, M., *Comentarios al Código penal, Primera edición, Comentario al art. 156 bis*, Valladolid, 2010. De forma más matizada, véanse sus comentarios al mismo precepto en la segunda edición de la obra (2011), donde afirma que “la dignidad, más que el bien jurídico protegido, puede estimarse que es la *ratio legis* del precepto”, p. 611.

descritas en el art. 156 bis. Aun cuando ciertamente se trata de aspectos poco afortunados desde la aceptación de que el bien jurídico protegido es colectivo, permiten al menos justificar la exigencia de cierta implicación del injusto con una situación de peligro, al menos abstracta, con los bienes fundamentales cifrados en la vida o salud de *cualquiera de los intervinientes en el acto de donación*, esto es, del donante o del receptor²⁴.

En efecto, hay que reconocer que la presencia de estos elementos delata que en el trasfondo del art. 156 bis está presente, al menos de manera mediata, la preocupación por proteger la vida y la salud de los sujetos implicados por la donación o recepción de los órganos. Así, la exigencia de que éste sea ajeno conecta sin lugar a dudas con un elemento definitivo del alcance de la prohibición en los delitos de lesiones o de homicidio, en tanto que ambos requieren que la conducta recaiga sobre un tercero, distinto al que realiza la acción. Por ello, desvincular la protección que ofrece el art. 156 bis de la vida o salud de los afectados en última instancia por la conducta supondría ignorar un elemento claramente presente en el precepto. Otro tanto hay que decir de las concretas penas en él contempladas. Aun cuando es cierto que puedan resultar criticables por las razones que veremos al tratar las consecuencias jurídicas del delito, lo elevado de la pena de prisión es de nuevo una muestra inequívoca de que el precepto reclama la implicación —indirecta— de los bienes jurídicos fundamentales a la vida o a la salud.

Si se admite lo anterior resulta que la atención a los intereses de alcance individual se erige entonces, no en el *fundamento* del precepto, sino en su *límite*. De esta forma podría sostenerse que nuestro legislador se sitúa en una posición distinta a la seguida por otros ordenamientos de Derecho comparado, como es el caso del alemán, que parece decidido a castigar cualquier contravención de la normativa sectorial reguladora del trasplante de órganos²⁵. Frente a tan vasto alcance de la norma penal, habrá de entenderse que nuestro art. 156 bis requiere la comprobación de un injusto material de la conducta —más allá de la contravención administrativa— cifrado en que reporte un peligro, aun abstracto, para cualquiera de las partes afectadas. Entre ellas ha de incluirse no sólo al donante o al receptor, sino

también a los potenciales destinatarios del órgano en situación de urgencia, que de este modo ven frustrada la intervención, con la consiguiente situación de riesgo para su vida o salud. Se explicaría así, por ejemplo, el castigo de la venta de órganos realizada desde el propio hospital para destinarlos a quienes paguen el mejor precio. Aun cuando por las condiciones en las que se hubiera realizado la extracción así como las que rodeasen al trasplante no pudiera decirse que se ponga en peligro ni la vida ni la salud del receptor concreto que paga el precio, la atención a la de los potenciales receptores en situación de extrema necesidad a las que se priva de acceder al órgano justificaría la intervención penal.

Llegados a este punto, no queda más que concluir que la ubicación del art. 156 bis entre los que el legislador dedica a las lesiones resulta distorsionante. En su lugar habría sido conveniente reservar su ubicación al capítulo relativo a los *Delitos contra la salud pública*, en el Capítulo III del Título XVII, relativo a su vez a los *delitos contra la seguridad colectiva*. Pero como enseguida veremos, no es este el único aspecto que resulta criticable en la plasmación del precepto. Otros tantos se ponen de manifiesto al estudiar, en concreto, los elementos típicos de este delito. De ello nos ocupamos en lo que sigue.

IV. Los elementos del tipo del delito del tráfico ilegal de órganos humanos

En el apartado anterior hemos delimitado el interés de protección que dote de sentido a la incorporación del art. 156 bis y, anticipándonos en cierto modo al estudio de los concretos aspectos de su plasmación, hemos marcado algunos límites a su tutela. Es el momento ahora de detenernos en la concreta forma en la que nuestro legislador traza sus perfiles. Ello supone determinar por cuáles de las opciones posibles se ha decantado, opciones que oscilan desde la posibilidad de castigar a cualquier interviniente (incluido el donante y/o receptor del órgano); de limitar el objeto de la conducta a los órganos o extenderlo de forma amplia también a los tejidos y células que puedan ser objeto de tráfico; de exigir o no la presencia de alguna finalidad en la práctica (como la terapéutica); de requerir la presencia de un resultado o por el contrario conformar

24 Nos distanciamos así de la postura de quienes, aun cuando exigen un referente individual para legitimar la intervención penal en la materia, lo concentran en la exigencia de una situación de peligro para la salud del donante en exclusiva. Es el caso de FELIP I SABORIT, D., en "Delito de lesiones: el nuevo delito de tráfico, obtención y trasplante ilegales de órganos humanos", *ob. cit.*, pp. 250 s. En el mismo sentido CARRASCO ANDRINO, M.M., *Derecho Penal Español*, *ob. cit.*, p. 267.

25 Por todos, KÖNIG, P., "Das strafbewehrte Verbot des Organshandels", en *Handbuch des Medizinstrafrechts*, 3. Aufl., 2007, pp. 408 ss., con interesantes consideraciones críticas respecto al extenso ámbito de aplicación.

los tipos como de mera actividad o, sólo por citar otra cuestión, de respetar los criterios de autoría y participación que reconozca la dogmática jurídica penal o, por el contrario, equiparar en pena cualquier contribución al tráfico ilegal de órganos. De todo esto nos ocupamos en lo que sigue, respetando para ello la sistemática que distingue entre el estudio de los elementos del tipo objetivo y subjetivo del delito.

1. Elementos del tipo objetivo

1.1. Las conductas típicas

El art. 156 bis se configura conforme a la técnica de los llamados *tipos mixtos alternativos*. En concreto, castiga cuatro comportamientos que refiere, a su vez, a tres actividades distintas. Así, sanciona las conductas de promover, favorecer, facilitar o publicitar cuando recaen sobre las conductas de obtención, tráfico ilegal o trasplante de órganos.

En realidad, pese a la paridad con la que se enuncian las distintas modalidades típicas, hay que reconocer que la de trasplante se erige en referente del resto, en cuanto que representa a su vez la meta con la que deben realizarse las otras dos, esto es, la obtención y el tráfico. Sin esa finalidad, en efecto, la obtención de un órgano habría de calificarse, en el caso de proceder de una persona viva, simplemente como un delito de homicidio o asesinato, de lesiones o incluso contra la libertad o dignidad; y de proceder de una persona fallecida, todo lo más como un delito de profanación de cadáveres. La misma solución habría de sostenerse aun cuando la extracción tuviera una finalidad ajena al trasplante, como pudiera ser la experimentación. Otro tanto ha de decirse en relación con el tráfico de órganos. De nuevo, de realizarse la conducta con cualquier fin distinto al trasplante (realización de rituales, experimentación, etc.) sólo podrían venir en consideración los clásicos delitos que contempla el Código penal para proteger la vida o salud de las personas o, en su caso, los relativos al respecto a los difuntos.

Entrando en el alcance de cada una de las conductas típicas, en primer lugar, el legislador refiere la obtención ilegal de los órganos. Si hacemos abstracción del adjetivo, la obtención se define en la Directiva 2010/45 como “el proceso por el cual los órganos donados quedan disponibles” (art. 3 j)²⁶. Se trata de un concepto que abarca sin lugar a dudas la conducta de *extracción* del órgano, que se define en el art. RD 2070/1999 como el “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”. Pero permite también incluir en su seno el acto de adjudicación del órgano ya extraído a un tercero, bien sea con la finalidad de comercializar con él, bien de trasplantarlo al destinatario. Con todo, en tanto que esta segunda acepción de la “obtención” encuentra su encaje en la modalidad de tráfico ilegal a la que después nos referiremos, su alcance a efectos del delito debe ceñirse al de la extracción del órgano de que se trate.

Siguiendo de nuevo la definición ofrecida por el RD 2070/1999, por *trasplante* se entiende “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”²⁷.

Más compleja se presenta la comprensión de lo que se considere tráfico ilegal de órganos. De hecho, las dificultades vienen ya propiciadas por el hecho de que en puridad la noción de tráfico ilegal permite abarcar no sólo el traslado físico de órganos, sino también su obtención e implante²⁸. Sin embargo, la necesidad de reservar un espacio propio a cada una de esas conductas determina la conveniencia de limitar el concepto de tráfico a las actividades de transporte, mantenimiento y almacenamiento de los órganos. Más allá de este aspecto, las dudas interpretativas en torno al alcance de su concepto se plantean a la hora de dilucidar si el término empleado por el legislador abarca otros límites, como son los de *comercio de órganos* y *turismo de trasplantes*. Recordemos que

26 El proyecto de Real Decreto por el que se regulan las actividades de obtención, utilización clínica y coordinación territorial de los órganos humanos destinados al trasplante y se establecen requisitos de calidad y seguridad entiende por tal “el proceso que se extiende desde la donación hasta la extracción quirúrgica y la preparación de uno o varios órganos, de un donante vivo o fallecido, y por el que aquéllos quedan disponibles para su trasplante en uno o varios receptores”.

27 El Proyecto de RD ya citado define el trasplante en términos prácticamente idénticos a los de la Directiva 2010/45, al entender por tal el “proceso destinado a restaurar determinadas funciones del cuerpo humano mediante la sustitución de un órgano enfermo, o su función, por otro procedente de un donante vivo o de un donante fallecido”. En cuanto que este proyecto de RD la desarrolla, de tenor parecido es la definición que ofrece la Directiva 2010/45, cuando aclara que por tal se entiende “el proceso destinado a restaurar determinadas funciones del cuerpo humano transfiriendo un órgano de un donante a un receptor” (art. 3 q).

28 QUERALT JIMÉNEZ, J., *Derecho penal español. Parte Especial, ob. cit.*, p. 147.

cada uno de estos conceptos obedece a realidades distintas, según aclaran algunos documentos internacionales. Así, la Declaración de Estambul reserva el término *tráfico de órganos* para los casos en que la conducta se realice sin contar con el consentimiento del afectado, bien sea por mediar engaño, abuso, la entrega de dinero o por el empleo de medios coactivos o intimidatorios, representando, pues, supuestos de trata²⁹. Frente a él, el concepto de *comercialización de trasplantes* lo reserva ese mismo documento para los supuestos de comercio consentido por las dos partes del intercambio³⁰. Por último, el concepto de *turismo de trasplantes* corresponde a los casos de traslado de órganos, donantes, receptores o profesionales del trasplante fuera de las fronteras jurisdiccionales de un Estado con el fin de realizar un trasplante, siempre que implique el tráfico de órganos o la comercialización de trasplantes o un debilitamiento de la capacidad del país para ofrecer los servicios de trasplantes a su propia población.

Sin embargo, no todos los documentos en la materia respetan el trazo estricto de esta definición. Por el contrario, conforme a algunos es posible manejar un concepto amplio de tráfico ilegal, comprensivo no sólo de los supuestos en que media una contraprestación económica y la práctica se realiza con consentimiento de las partes, sino en general de aquellos en los que se registra un incumplimiento de las condiciones de las que en la respectiva normativa se hace depender la legalidad del tráfico. Es lo que se deduce de estudio conjunto elaborado por el Consejo de Europa y las Naciones Unidas de 2009³¹ así como de la Directiva 2010/45/UE, en tanto que contempla la trata sólo como un supuesto de la conducta más amplia de tráfico y cifra en general los objetivos de la lucha contra el tráfico ilegal en la garantía de las condiciones de seguridad y calidad de los órganos, lo que incluye “la designación de autoridades competentes, la autorización de centros de trasplante y el establecimiento de condiciones de obtención y de sistemas de trazabilidad”.

A la vista de lo anterior, no puede decirse, pues, que el empleo del concepto de *tráfico* en el Código penal represente un elemento normativo de significación inequívoca ni que, por ello, el legislador penal tenga necesariamente que vincularse a los parámetros que ofrece la Declaración de Estambul. Y no sólo por razones relacionadas específicamente con la naturaleza de este documento³², sino porque ya en el sentido de abogar por un entendimiento del tráfico de modo amplio habla la atención al resto de las conductas que contempla la norma penal; esto es, las de obtención y trasplante ilegal. Si en relación con ellas no se exige necesariamente el empleo de aquellos métodos comisivos, sino sólo de forma genérica su ilegalidad, habría de considerarse injustificada tal restricción cuando del tráfico se trata.

Obviamente cuestión distinta a la inconsistencia de vincular el concepto de tráfico con la definición que ofrece la Declaración de Estambul es que en la práctica lo normal sea que aquél se asocie a la consecución de una ventaja patrimonial ilícita y, con ello, que esté presente la situación de necesidad de quien la recibe. Pero también en los casos en que el donante actúe inspirado por un afán meramente lucrativo así como en aquellos otros en que la entrega de dinero no tenga como destinatario a éste, habrá de entenderse que estamos ante un supuesto de tráfico ilegal. En esta última fenomenología habría de incluirse, por ejemplo, el caso de una donación altruista y realizada con las condiciones exigidas por la correspondiente normativa pero que, sin embargo, posteriormente sea objeto de mercantilización. Pensemos en la actuación del responsable del área de coordinación de trasplantes de un hospital que destinase el órgano al mejor postor, ya sea dentro o fuera de nuestras fronteras. Lo mismo habría que decir cuando se trate de cualquier forma de desplazamiento de los órganos al margen de la normativa que regula las condiciones de seguridad y control, siempre lógicamente que estén orientados a ser trasplantados a una persona. Así, por ejemplo, el intercambio de órganos

29 Según dispone, “el tráfico de órganos es 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”.

30 “La comercialización de trasplantes es una política o práctica en la que un órgano se trata como una mercancía, incluida la compra, venta o utilización para conseguir beneficios materiales”.

31 *Trafficking in organs, tissues and cells and trafficking in human beings for the purpose of removal of organs*, de 2009, *ob. cit.*, pp. 96 s.

32 En este sentido denuncia ROMEO CASABONA C., que la naturaleza misma del documento resiste su conversión en referente normativo, puesto que “no es un instrumento jurídico internacional de organismos gubernamentales oficiales, y no cabe, por ello, su firma y ratificación por el Estado español”, en “La prohibición del tráfico ilegal y la exclusión de la comercialización de los órganos y tejidos”, en *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm 7/2010.

fuera de los requisitos de garantía legalmente establecidos habrá de considerarse también constitutivo de este delito, en tanto compromete las condiciones de calidad y seguridad del trasplante³³.

Por lo demás, en tanto el tipo se conforma con la realización de cualquiera de esas conductas, quedan englobadas en él modalidades que representan un grado de proximidad muy distinto respecto a la efectiva extracción, tráfico o trasplante de órganos. Así, se equipara la extracción con la publicidad del comercio de órganos. Y si bien en éste como en tantos otros delitos en los que el legislador recurre a esta técnica de equiparación de las diversas contribuciones el juicio que merece es como regla general negativo, por cuanto desconoce los criterios que en general inspiran la graduación de la pena en el orden penal, hay que reconocer que aquellas críticas deben necesariamente matizarse a la vista de las peculiaridades del objeto de protección en el delito que ahora nos interesa.

En efecto, si se parte, como aquí hacemos, de que el art. 156 bis protege un bien jurídico que enlaza con la preservación de las condiciones bajo las cuales puede considerarse lícita la secuencia que media desde la extracción al trasplante de un órgano, parece lógico que la acción típica no se agote en la efectiva realización de las conductas con mayor peso en la producción de un resultado, sino que de forma general se extienda a la práctica de las que, también con carácter previo, suponen una alteración de aquellas condiciones esenciales para garantizar la calidad y seguridad del proceso. El peso se hace recaer, en definitiva, en el *desvalor de acción*, y no en el de resultado. De hecho, según tendremos ocasión de poner de relieve al ocuparnos de los sujetos del delito, esta misma razón explica que se equiparen en pena las contribuciones de autoría con aquellas otras que en principio representarían tan solo una forma de participación.

De momento interesa llamar de otra parte la atención en que, así delimitado el alcance y la razón de ser del castigo de las conductas típicas, hay que reconocer que los verbos empleados por el legislador resultan redun-

dantes. En concreto, cuesta descubrir la diferencia que media, por ejemplo, entre las modalidades de facilitar o favorecer cualquiera de las actividades que castiga el art. 156 bis. Al final queda la impresión de que el legislador simplemente se ha dejado llevar por la fórmula ya acuñada para tipificar otras conductas de tráfico —de manera significada, el tráfico de drogas—, de modo tal que la amplia redacción de la fórmula tan sólo se justifica por su capacidad omnicomprendiva para recoger cualquier supuesto de colaboración. Por otra parte, es evidente que con el castigo de las conductas de promover o facilitar, se comprendía ya la de *publicitar*, que sin embargo también el legislador tipifica de manera expresa. La razón para su mención habría de verse, no sólo en la preocupación por erradicarla en cuanto instrumento decisivo para mantener la oferta y la demanda de órganos, así como en la especial facilidad de su práctica gracias a Internet. También en la pretensión por elevar a la categoría de delito la prohibición ya recogida en el RD 2070/1999, cuyo art. 8.3 prohíbe expresamente “hacer cualquier publicidad sobre la necesidad de un órgano o tejido o sobre su disponibilidad, ofreciendo o buscando algún tipo de gratificación o remuneración”³⁴.

1.2. La ilegalidad como característica común a las distintas modalidades típicas

A diferencia de otros tipos delictivos que castigan la realización de conductas que en todo caso han de considerarse contrarias a Derecho, obvio es que ni la obtención, ni el tráfico ni el trasplante de órganos humanos son prácticas como tales prohibidas. Al contrario, representan una pieza esencial dentro del sistema sanitario. De ahí que su tipicidad se haga depender de la comprobación de la *ilegalidad* de las condiciones con las que se llevan a cabo. Ciertamente es que el legislador sólo adjetiva expresamente como “ilegal” la conducta de tráfico. Con todo, evidente es que también deben serlo las de obtención y trasplante sobre las que recaen las acciones típicas de promover, favorecer, facilitar o publicitar.

33 En sentido crítico véase PUENTE ABA, L., “La protección frente al tráfico de órganos: su reflejo en el Código Penal español”, *Revista de derecho y proceso penal*, n.º. 26, 2011 pp. 135 ss.: “ciertamente el legislador penal puede pretender sancionar cualquier conducta realizada al margen del sistema legal de trasplantes, que no respete los principios de altruismo y gratuidad de las donaciones, pero aun así resulta necesario distinguir el significado y la gravedad de los distintos comportamientos implicados para graduar la sanción penal aplicable a cada uno de ellos”. Aun reconociendo que asiste la razón a la autora en lo que se refiere a la necesidad de graduar la respuesta penal conforme a la gravedad que reviste cada supuesto, no es menos cierto que tal resultado ya se asegura a través de la correspondiente relación concursal con el delito de trata de seres humanos e incluso con carácter general con los delitos de coacciones o amenazas.

34 La misma prohibición se contempla en el art. 13.3 de la Directiva 2010/45, así como en el Principio 6 de la Declaración de Estambul.

Precisamente la referencia a la *ilegalidad* de la práctica permite contemplar el precepto como una *norma penal en blanco*, por cuanto que para determinar cuándo sea ese el caso habrá de comprobarse el incumplimiento de los requisitos exigidos en la correspondiente regulación específicamente relacionada con los órganos humanos³⁵, de forma especial en la Ley 30/1979, de 27 de octubre, *sobre extracción y trasplante de órganos* así como en el RD 2070/1999, *por el que se regulan las actividades de obtención y utilización clínica de órganos*. Conforme a esta normativa, habrían de respetarse los principios de altruismo, solidaridad, gratuidad, información, consentimiento informado de los donantes vivos, comprobación de la no oposición de los fallecidos y finalidad terapéutica previstos.

Ahora bien, una cosa es que el incumplimiento de los requisitos legal o reglamentariamente exigidos determine la ilegalidad del tráfico de órganos y otra que la infracción de cualquier exigencia contemplada en la normativa administrativa implique que la conducta, por ejemplo de trasplante, haya de considerarse ilegal. En definitiva, se trata de responder a la pregunta en torno a si estamos ante un modelo de *accesoriedad extrema* o si, por el contrario, el orden penal impone algún filtro frente al resultado que arrojaría la mera importación de los requisitos procedentes de la normativa sectorial.

La respuesta puede extraerse de cuantas consideraciones tuvimos ocasión de realizar a la hora de identificar el bien jurídico protegido por el art. 156 bis. Recordemos que entonces sosteníamos que en él se tutelaban intereses de alcance colectivo, si bien con un referente mediato cifrado en la preservación de la salud —y lógicamente también la vida— de los implicados en el proceso de tráfico. De ahí debe deducirse que la ilegalidad de la práctica que interesa al precepto que comentamos no sólo requiere la afectación genérica de las condiciones de calidad y seguridad en el proceso que va desde la donación de órganos hasta el trasplante. Necesario será que adicionalmente pueda descubrirse aquella vinculación con la preservación —mediata— de las condiciones de seguridad de los implicados en la práctica, esto es, no sólo el donante o receptor, sino también los potenciales destinatarios del órgano en cuestión que, aun extraído lícitamente, se destina des-

pues, no a quien más lo necesita, sino al mejor postor. Conforme a lo anterior, por ejemplo, como ilegal a efectos penales habrá de considerarse la obtención de órganos mediando la entrega de dinero para que se destine a un paciente concreto, la extracción sin mediar el consentimiento del donante, ya sea por falta de información, por empleo de amenazas o coacciones o por tratarse de sujetos menores o incapaces, la realización de tales actividades en centros no acreditados que, más allá de la irregularidad administrativa, no cuenten con las condiciones mínimas para garantizar el éxito de la intervención (supuestos en que pudiera comprometerse siquiera sea en términos abstractos la vida o salud del donante y/o receptor), o la extracción de órganos sin pasar los controles sanitarios que aseguren que no portan enfermedades transmisibles (de nuevo afectación de la salud, individual o colectiva). Por el contrario, habrá de sancionarse en el orden administrativo o, en su caso, por los correspondientes tipos penales genéricos, el registro de otras irregularidades que no tengan incidencia —siquiera sea mediata— en la vida y salud de los afectados por el tráfico. Es lo que sucedería con la violación de la confidencialidad de la donación, requisito que aun cuando cobra un protagonismo indiscutible en la legislación administrativa para conformar la legalidad de la práctica, habrá de encontrar protección por cauces ajenos al art. 156 bis. Tampoco adquirirán relevancia penal las irregularidades que no redunden propiamente en la operación realizada. Es lo que sucederá en los casos de entrega de precio con posterioridad a una donación legal³⁶.

1.3. El objeto material de la conducta: los órganos humanos ajenos

El legislador cifra el objeto de las distintas conductas que tipifica en los *órganos humanos ajenos*. Claramente fuera del ámbito de aplicación de la norma queda la obtención, tráfico o trasplante que recaiga sobre los procedentes de animales, esto es, el que se conoce como *xenotrasplante* o trasplante xenogénico. Es cierto que también con su práctica ilegal se implican políticas públicas de salud, con la inmediata puesta en peligro de la vida o salud del receptor del órgano. Pero por ra-

35 Dejamos al margen la concerniente a las células y tejidos humanos, de lo que se ocupa el RD 1301/2006, de 10 de noviembre, por el que se establecen las normas de calidad y seguridad para la donación, obtención, la evaluación, el procesamiento, la preservación, el almacenamiento y la distribución de células y tejidos humanos.

36 En este sentido PUENTE ABA, L., "*La protección frente al tráfico de órganos: su reflejo en el Código Penal español*", *ob. cit.*

zones obvias ni existe un donante al que proteger, ni se trata de bienes escasos que pudieran dar lugar a un comercio clandestino con perjuicio para la vida o salud de los potenciales receptores en lista de espera, aspectos todos ellos que, según ya vimos, conforman el bien jurídico en la clave de una dimensión colectiva.

Concentrado, pues, el tráfico ilegal al material humano, debe observarse que al margen de ámbito típico del precepto quedan tanto la sangre y sus componentes como las células y tejidos. La línea seguida por nuestro legislador contrasta así con la amplitud de otros preceptos que sancionan en el orden penal el tráfico de órganos en el Derecho comparado, como es el caso de Alemania o Francia³⁷. Y aun cuando es cierto que de esta forma se garantiza el trazo de la intervención penal frente a ámbitos exclusivamente prohibidos por la legislación administrativa, hay que reconocer que la mayoría de los intereses afectados por el tráfico ilegal de órganos están también presentes en relación con las células y tejidos humanos. De hecho, la preocupación por proteger los órganos humanos, por un lado, y las células y tejidos, de otro, ha sido paritaria en los distintos documentos comunitarios. Recordemos que mientras de los primeros se ocupa la Directiva 2010/45, los segundos son el centro de atención de una Directiva previa, la 2004/23, de 31 de marzo de 2004, *relativa al establecimiento de normas de calidad y seguridad para la donación, la obtención, la evaluación, el procesamiento, la preservación, el almacenamiento y la distribución de células y tejidos humanos*. Este documento reclama en su art. 27 a los Estados la adopción de medidas *eficaces, proporcionadas y disuasorias*, en idénticos términos a como lo hace el art. 23 de la Directiva 2010/45. Comoquiera que sea, en tanto que el legislador ha excluido las células y tejidos del objeto del delito, su tráfico habrá de castigarse, en su caso, conforme a los delitos de lesiones (en el supuesto por ejemplo de una extracción de piel), contra la dignidad

(si se tratase de la extracción no consentida de material que no comporta lesión, como pueda ser óvulos) y en todo caso su tráfico conforme a un delito farmacológico, si es que se acepta una comprensión amplia del concepto de *medicamento*³⁸.

Por lo demás, a la hora de delimitar lo que se entiende por órganos humanos, debe tenerse presente que nos encontramos de nuevo ante un concepto normativo cuya concreción requiere acudir a la normativa administrativa que en primera instancia regula la materia. En concreto, conforme al art. 3.1 del RD 2070/1999, de 30 de diciembre, se entiende por órganos “aquella parte diferenciable del cuerpo humano constituida por diversos tejidos que mantiene su estructura, vascularización y capacidad para desarrollar funciones fisiológicas con un grado importante de autonomía y suficiencia”³⁹.

A la luz de esta definición surge la duda en torno a si deben entenderse incluidos en el concepto también los miembros corporales, como pueda ser una mano o un pie. Si se parte, como creo que debe hacerse, de que el protagonismo lo cobra la finalidad de su orientación a un trasplante, no deben verse razones para dejar las conductas a ellos referidas fuera del ámbito típico del precepto, en tanto los miembros corporales desarrollen funciones autónomas⁴⁰. De hecho, si aceptamos que los términos empleados por el legislador representan conceptos normativos, que colman su significado a partir del recurso a la normativa sectorial, la respuesta afirmativa puede deducirse del RD 2070/1999, que tras definir en su art. 3.1 lo que se entienda por órgano aclara que, como tales, han de considerarse “los riñones, el corazón, los pulmones, el hígado, el páncreas, el intestino y cuantos otros con similar criterio puedan ser extraídos y trasplantados de acuerdo con los avances científico-técnicos”⁴¹.

Alguna mención adicional requiere la cuestión en torno a si quedan comprendidas en el ámbito típico del art. 156 bis las conductas de extracción, tráfico y tras-

37 Con independencia de que las previsiones penales de este país asignen pena distinta para las conductas que contemplan, según recaigan sobre órganos o sobre células y tejidos.

38 FELIP I SABORIT, D., en “Delito de lesiones: el nuevo delito de tráfico, obtención y trasplante ilegales de órganos humanos”, *ob. cit.*, p. 253.

39 Definición prácticamente coincidente con la que ofrece la Directiva 2010/45/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de julio de 2010 (art. 3 h).

40 GÓMEZ TOMILLO, M., *Comentarios al Código penal*, *ob. cit.*, p. 619.

41 Debe observarse que la definición del proyecto de Real Decreto citado coincide con la que ya ofrece el RD 2070/1999, si bien no sólo aclara que igualmente se comprenden las partes de órganos. También añade que “A efectos de este real decreto, también se consideran órganos los tejidos compuestos vascularizados”. Según explica el Preámbulo del Proyecto de Real Decreto, la razón se debe a la escasez de los trasplantes alogénicos de tejido compuesto, así como a la imposibilidad de su almacenamiento, lo que determina la asimilación de su proceso de obtención y trasplante al de los órganos.

plante de partes de órganos; de forma paradigmática, de una parte del hígado para que se regenere en el receptor. Teniendo en cuenta que también en estos casos se implican los mismos intereses que cuando se trata del tráfico de órganos completos, entiendo que la respuesta debe ser afirmativa. Esta solución la confirma, además, la contemplación del precepto sobre la base de conceptos normativos, cuya concreción requiere recurrir a la correspondiente normativa. En este sentido, la Directiva 2010/45/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de julio de 2010, tras definir en la letra d) de su art. 3 el órgano como una parte del cuerpo humano formada por diferentes tejidos, equipara a su concepto “la parte de éste cuya función sea la de ser utilizada en el cuerpo humano con la misma finalidad del órgano completo, manteniendo los requisitos de estructura y vascularización”⁴². Cuestión distinta es que, admitida tal posibilidad, la parte del órgano extraída haya de considerarse a efectos de determinación de la pena como *no principal*⁴³.

Así delimitado lo que se entienda por órganos humanos, la única restricción que incorpora el legislador es la relativa a que tengan el carácter de *ajenos*, esto es, que pertenezcan a un sujeto distinto al que realiza las conductas típicas, restricción que evidentemente tiene consecuencias a la hora de delimitar los sujetos del delito en los términos que tendremos ocasión de referir más adelante. Lo que nos interesa de momento destacar es que, más allá de esta acotación, no puede extraerse del precepto ninguna limitación adicional por lo que a la cualidad del órgano se refiere. Resulta así que quedan comprendidos tanto los órganos procedentes de personas *vivas* como de las *ya fallecidas*. Porque tanto en uno como en otro caso están presentes buena parte de los intereses que hemos identificado a la hora de delimitar el bien jurídico protegido por la norma y, con

ello, los aspectos que legitiman la intervención penal en los términos que tuvimos ocasión de señalar⁴⁴. El alcance típico del art. 156 bis se situaría así en la línea, no sólo de la *Declaración de Estambul*, que al definir lo que se entienda por tráfico de órganos comprende tanto los provenientes de personas vivas como de las ya fallecidas, sino de la *Directiva Europea de Calidad y Seguridad para Trasplantes*, que igualmente comprende de uno y otro supuesto.

1.4. Los sujetos del delito

El art. 156 bis es un delito *común* que puede ser, por tanto, cometido por cualquiera que realice las distintas conductas típicas que castiga, sin que de hecho contemple siquiera ninguna cualificación o pena específica para los casos en que lo cometa un profesional sanitario. Por otra parte, según comprobamos al comentar las acciones típicas, el legislador ha empleado una fórmula amplia en su descripción, que en lo que ahora nos interesa arroja como resultado que cualquier contribución se considere como una forma de autoría. De hecho, la manera en la que el precepto describe la acción típica determina que, en realidad, sólo se contemplen los actos de participación, sin que, paradójicamente, pueda decirse que se encuentren expresamente tipificados los de autoría⁴⁵. En concreto, habrán de considerarse comprendidas en el tipo prácticas como las recogidas específicamente en algunos documentos comunitarios, entre ellas, la facilitación por parte de los profesionales de la salud del tráfico de órganos y tejidos (por ejemplo, remitiendo al paciente a un servicio de trasplantes extranjero que pueda estar implicado en dicho tráfico) o la conducta de los proveedores de seguros médicos que faciliten las actividades que fomenten directa o indirectamente el tráfico de órganos como, por ejemplo, el reembolso de los gastos generados por un trasplante

42 En tanto que incorpora a nuestro Derecho sus previsiones, el art. 3.19 del Proyecto de Real Decreto incluye la misma regla.

43 FELIP I SABORIT, D., en “Delito de lesiones: el nuevo delito de tráfico, obtención y trasplante ilegales de órganos humanos”, *ob. cit.*, pp. 253 ss.; GARCÍA ALVERO, R., “El nuevo delito de tráfico de órganos”, *ob. cit.*, p. 190.

44 Distinta es la conclusión para quienes consideran, bien que se protege la salud en exclusiva del donante, bien para aquellos que aun cuando parten de que el bien jurídico es colectivo exigen comprobar que la conducta comporta un peligro para la salud, en exclusiva, del donante. Este último es el caso de FELIP I SABORIT, D., “Delito de lesiones; el nuevo delito de tráfico, obtención y trasplante ilegales de órganos humanos”, *ob. cit.*, p. 251. Véase también BENÍTEZ ORTÚZAR, I., *Sistema de Derecho penal español. Parte Especial*, *ob. cit.*, p. 122. No obstante, también a la misma conclusión llegan algunos autores que parten de que el bien jurídico es pluriobjetivo. Por todos, CARRASCO ANDRINO, M.M., *Derecho Penal Español, Parte Especial (I)*, *ob. cit.*, p. 272.

45 Esto marca incluso una diferencia con el que suele manejarse como paradigma de la elevación a la condición de autoría de lo que no son sino formas de participación. Me refiero al delito de tráfico de drogas. En él, el legislador contempla actos claramente de autoría (la ejecución de actos de cultivo, elaboración o tráfico), aun cuando luego los equipare en pena a los de participación (promover, favorecer o facilitar el consumo ilegal). A diferencia de este tipo delictivo, el art. 156 bis sólo tipifica expresamente esas formas periféricas de intervención (promover, favorecer, facilitar o publicitar) la obtención, el tráfico ilegal o el trasplante, pero sin contemplar propiamente la realización de cualquiera de estas tres actividades.

ilegal⁴⁶. Cuestión distinta será que, del mismo modo en que ha procedido la jurisprudencia en relación con el delito de tráfico de drogas, sea esperable de los Tribunales de justicia una labor de cierta depuración de las contribuciones para permitir calificar como complicidad las de menor entidad⁴⁷.

Si bien en general la opción legislativa de equiparar contribuciones de diferente intensidad resulta criticable, la contemplación de este delito como de mera actividad, en el que lo importante es la atención al *desvalor de acción* y no de resultado, permite justificar que el legislador valore por igual contribuciones que sin embargo tienen un peso muy distinto en la consecución del éxito final del tráfico de órganos. Son estas mismas razones las que, según ya vimos al estudiar la conducta típica, justifican también que el precepto castigue de forma amplia modalidades que, en realidad, representan fases previas a la práctica efectiva de la obtención, tráfico o trasplante de órganos. De hecho, esta comprensión amplia determina que también se integren en el tipo las colaboraciones que propiamente tienen lugar tras el momento de la obtención, tráfico e incluso el trasplante. Bastaría pensar, por ejemplo, en el caso de quien colaborase con una entidad dedicada al trasplante ilegal de órganos prestando cuidados postoperatorios a los receptores⁴⁸. Obviamente lo anterior no quiere decir que no sean imaginables supuestos de *encubrimiento*. Pero requisito para ello será que la actuación posterior a la realización de la respectiva modalidad típica no coadyuve a la consecución de la conducta, sino que se oriente a eludir la acción de la justicia⁴⁹.

Alguna mención especial merece la opción seguida por el legislador en relación con el tratamiento que reserva a cada una de partes protagonistas del trasplante: el donante y el receptor.

En primer lugar, en lo que al *donante* se refiere, el legislador ha optado decididamente por renunciar a su castigo. Así se deduce de la exigencia de que las respectivas conductas que contempla recaigan sobre órganos humanos *ajenos*. La razón de ser de esta opción resulta evidente en los casos en que la donación sea fruto del ejercicio de violencia, engaño, amenazas o coacciones al donante. Tampoco se presenta difícil su justificación allí donde hubiera emitido su consentimiento motivado por una situación de precariedad. Porque, como aclara MUÑOZ CONDE, la impunidad “se explica por las razones de necesidad económica en las que normalmente se encuentra el sujeto que ofrece sus órganos a cambio de una contraprestación”⁵⁰.

Sin embargo, la razón de ser de esta opción legislativa deja de ser diáfana en los casos en los que el donante consienta a la extracción de su órgano en condiciones de ilegalidad. Pensemos en la venta de un riñón a cambio de un precio, pero sin que en atención a las circunstancias del caso el consentimiento prestado pueda calificarse desde un punto de vista material como inválido, ni siquiera viciado en algún aspecto. Bastaría poner como ejemplo el caso de quien ofreciera su órgano a cambio de una importante suma de dinero para comprarse una nueva vivienda o incluso un capricho⁵¹ a sabiendas de que entrará en un circuito ilegal. Afirmar que en estos casos la impunidad del donante se explica sobre la base del consentimiento prestado para la lesión de un bien disponible tropezaría con dos importantes argumentos. El primero, que sabido es que nuestro Código penal sólo reserva una atenuación de la pena para las lesiones realizadas mediando el consentimiento del titular del bien jurídico (art. 155). El segundo, que aun desconociendo lo anterior, aquel razonamiento sólo sería admisible si se partiera de la comprensión del bien jurídico en clave de garantizar la salud del donante⁵².

46 Recogidas por la Resolución del Parlamento Europeo de 22 de abril de 2008, punto 54.

47 GÓMEZ TOMILLO, M., *Comentarios al Código penal*, ob. cit., p. 620. Esta pretensión resulta tanto más deseable a la vista de que algunos documentos internacionales distinguen entre las contribuciones que pueden realizar determinados sujetos, especialmente los profesionales sanitarios. Así, por ejemplo, el Estudio conjunto del Consejo de Europa y Naciones Unidas, ya citado, distingue entre las contribuciones que directamente inciden en el tráfico de órganos, merecedoras de sanción penal, y aquellas otras periféricas, como facilitar información sobre la posibilidad de realizar turismo de trasplantes que, según el documento, no merecerían ser criminalizadas, p. 83.

48 Nos referimos lógicamente a los casos en que ese cuidado está concertado de antemano al tráfico, y no a los casos de los profesionales que prestasen asistencia a quien la necesita sin haber participado en la práctica.

49 Recordemos que el art. 451.3 a) menciona específicamente el delito de tráfico de seres humanos entre aquellos en los que es punible el llamado favorecimiento personal.

50 MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal, Parte Especial*, ob. cit., p. 132.

51 Como la noticia que saltaba a los medios de comunicación en junio de 2011, de un joven chino que vendió un riñón para comprarse el *tablet* de Appel, en <http://es.noticias.yahoo.com/vende-riñón-comprase-ipad-2>.

52 Recurre a este argumento, entre otros, PUENTE ABA, L., “La protección frente al tráfico de órganos: su reflejo en el Código Penal español”, ob. cit.

El argumento decae, sin embargo, si se acepta, como hacemos en este trabajo, que el interés protegido es de carácter supraindividual y se traduce en preservar las condiciones de seguridad y calidad en el proceso que va desde la extracción al trasplante de los órganos, siempre que pueda comportar un riesgo, siquiera hipotético, para la salud de los potenciales afectados por la conducta. Desde este punto de vista, si se admite que ésta es apta para contribuir o favorecer la puesta en peligro de la vida o salud de terceros, no se alcanza a entender que una forma de *cooperación necesaria* en dicha situación de peligro o de lesión, caso de que llegue a materializarse, hubiera de quedar impune.

Según entiendo, los argumentos anteriores motivan a entender que la restricción debe explicarse más por razones de *política criminal* que relacionadas con la ausencia de intereses que merecieran protección penal. A buen seguro en la adopción de tal opción ha pesado el reconocimiento de que, si no en todos, sí en la mayoría de los casos, el donante actuará en una situación de necesidad económica. Ciertamente es que si era esta la situación que realmente quería castigar nuestro legislador, le bastaba con haber incorporado una cláusula, al modo en que lo hace la regulación alemana, permitiendo la renuncia a la pena o, al menos, la atenuación del castigo para el donante⁵³. Frente a esa opción, sin embargo, se ha decantado por excluir definitivamente su castigo aun en los casos en que no actuase impulsado por una situación de necesidad, renunciando, pues, a depurar las distintas situaciones imaginables. Comoquiera que sea, hay que reconocer que resulta una solución difícilmente comprensible si se tiene en cuenta que el mismo art. 156 bis castiga conductas que, sin embargo, son de mera participación en el riesgo para la lesión del destinatario. Recordemos que es típico, por ejemplo, publicitar la venta de un órgano ya extraído.

Junto con el donante, mención especial merece la postura adoptada por el legislador en relación con el *receptor* del órgano. El apartado segundo del art. 156 bis permite la rebaja de su pena en uno o dos grados cuando consiente la realización del trasplante conociendo su origen ilícito.

Con carácter previo a entrar en la valoración que merece tal atenuación punitiva, conviene reparar en que la inclusión de esta cláusula adquiere ya valor a la hora de dejar sentado, por vía indirecta si se quiere, que el receptor del órgano es merecedor de sanción penal. Es más, su castigo se condiciona al simple conocimiento del origen ilícito del órgano, lo que de otro modo pudiera haber resultado dudoso si se parte de que esa conciencia, como tal, no supone ni tiene por qué suponer una contribución al tráfico de órganos que en todo caso ya se ha realizado. Más bien recuerda a una especie de *receptación*, en tanto que el receptor se limita a aprovecharse de los efectos de lo que ha sido el objeto de un delito ya cometido previamente por otros. A nadie se esconde, sin embargo, que las peculiaridades de esta forma de contribución frente a la colaboración o aprovechamiento que sería propia de los delitos relativos al patrimonio suscita serias dudas en cuanto a la justificación del castigo. Tal vez la objeción más contundente sea la expresada en la doctrina alemana por SCHROTH, quien al comentar el castigo que igualmente reserva para el receptor del órgano la *Transplantationsgesetz*, se pregunta la razón que justificase el castigo de quien se limita a beneficiarse del objeto del delito ya cometido cuando éste revierte en su salud. Sobre todo cuando, como observa el mismo autor, se tiene en cuenta que de todas formas el órgano ya extraído sólo tiene un destino si no se implanta: su pérdida⁵⁴.

Sea como fuere y partiendo del dato cierto de que nuestro Código Penal castiga al receptor, hemos anunciado ya que le reserva una pena privilegiada, al permitir su rebaja en uno o dos grados. Tal posibilidad la condiciona a la atención por parte del juez a las “circunstancias del hecho y del culpable”. Se trata ciertamente de una cláusula que inyecta al precepto un claro componente de inseguridad jurídica⁵⁵, pero que en todo caso tiene el mérito de permitir ajustar la respuesta penal a las circunstancias del hecho y de su autor.

A la hora de determinar cuál sea el fundamento de esa atenuación, entiendo que debe descartarse su reconducción a los esquemas de un *estado de necesidad*, como causa de justificación incompleta. Sobre este aspecto

53 Así lo dispone el párrafo 18.4 de la *Transplantationsgesetz*.

54 SCHROTH, U., “Die strafrechtlichen Grenzen der Organlebenspende sowie der Knochenmarkstransplantation”, en *Handbuch des Medizinstrafrechts*, 2008, p. 387.

55 Hasta el punto de que en la doctrina alemana es posible encontrar posturas que tachan de incompatible con el principio de legalidad la cláusula correspondiente que igualmente contempla la *Transplantationsgesetz*, extensible no sólo al receptor, sino al donante, castigado también conforme a esta regulación. Por todos, SCHROTH, U., “Die strafrechtlichen Grenzen der Organlebenspende sowie der Knochenmarkstransplantation”, *ob. cit.*, p. 387; el mismo en “Die strafrechtlichen Tatbestände des Transplantationsgesetzes”, *ob. cit.*, p. 1151.

tuve ya ocasión de pronunciarme en otro lugar. Como entonces sostenía, la relación de adecuación entre el mal causado y el que se pretende evitar, en tanto límite consustancial a esa causa de justificación, requiere, entre otras exigencias, que el bien que se sacrifica a costa de otro se encuentre en una situación de peligro. Porque de otra forma su lesión no podría considerarse como un *medio adecuado* para salvar al que se encuentra en riesgo. Esta exigencia, que claramente se advierte cuando los bienes en conflicto son de igual valor, resulta también trasladable a los casos en que, pese a tener distinto rango, tienen la cualidad de esenciales, como es el caso de la vida o la salud. Porque también en ellos a los ojos del Derecho resulta inadecuada, por excesiva, la pretensión de salvar uno de esos bienes provocando la pérdida de otro, pretensión que resultaría contraria a la dignidad de la persona⁵⁶. Descartado por ello que la reducción de la pena que contempla el art. 156 bis 2 pueda encontrar su referente en los esquemas del estado de necesidad, su paralelismo ha de hallarse en lo que de otra forma podría haberse reconducido al expediente general de la *inexigibilidad de otra conducta*. Ahora bien, con ser cierto que efectivamente a ello responde la atención a las circunstancias del *culpable*, la referencia adicional a la contemplación de las del *hecho* obliga también a tener presentes aspectos que exceden a la estricta atención a su eventual situación de desesperación. En concreto, aun concurriendo ésta, no puede admitirse del mismo modo la procedencia de la rebaja de la pena cuando se trate del conocimiento, por ejemplo, de que el órgano procede de una persona ya fallecida que no consintió la donación, que cuando el receptor ha tenido un papel activo en la obtención, haciendo por ejemplo un encargo concreto a una organización dedicada a la trata de personas con fines de tráfico de órganos.

Precisamente la atención a la variedad de situaciones que pueden plantearse explica que se discuta en la doctrina si el régimen especial que contempla el Código es aplicable a todos los casos en que intervenga el receptor o si, por el contrario, se ciñe en exclusiva a aquellos en los que se limite a tener conocimiento de la ilegalidad en su origen del órgano que se le trasplanta. De

seguirse esta segunda interpretación, quedarían fuera del ámbito de aplicación de esta atenuante los casos en los que el receptor se hubiera reservado alguna contribución adicional, como pueda ser desde la solicitud del órgano hasta la prestación de cualquier colaboración para facilitar su obtención o el tráfico. Aun reconociendo que la letra de la ley limita literalmente tal rebaja de la pena a los casos en que *consintiera la realización del trasplante conociendo su origen ilícito*⁵⁷, entiendo que el fundamento de la atenuación persiste con independencia de la índole de la contribución concreta que aporte el destinatario del órgano, puesto que también en esos otros supuestos puede estar presente el fundamento de la atenuante⁵⁸. Cuestión distinta será, según apuntábamos líneas más arriba, que la mayor gravedad de la contribución en el caso concreto junto con otras circunstancias concurrentes, como la ausencia de urgencia de la intervención, lleven al juez a considerar que no procede la aplicación de la citada rebaja.

Por lo demás, y aun cuando es cierto que no lo menciona el precepto, las mismas razones de atenuación de la pena serían extrapolables a los familiares del receptor que cooperen en la operación. Pensemos en el padre que proporciona el dinero para la compra del órgano que necesita su hijo. En todo caso, ante la ausencia de mención al régimen de estos sujetos, la eventual atenuación de la pena de que pudieran beneficiarse habrá de discurrir conforme a los expedientes generales que contempla el Código penal. Descartado que pueda apreciarse un *estado de necesidad*, debido a las mismas razones que ya hemos sostenido en relación con el receptor, vendrá en consideración, en su caso, la *inexigibilidad* de una conducta distinta por miedo insuperable, ya sea como causa de exclusión o de atenuación de la culpabilidad.

Sin abandonar el capítulo de las previsiones específicamente contempladas por el art. 156 bis, mención especial merece la contenida en su apartado tercero, relativa a los casos en que sea una persona jurídica la responsable del delito conforme al art. 31 bis CP. Para estos supuestos dispone la aplicación de la pena de multa del triple al cuádruple del beneficio obtenido así como la posibilidad de imponer las penas previstas

56 GÓMEZ RIVERO, M. C., *La responsabilidad penal del médico*, ob. cit., p. 297.

57 Lo que ha motivado que algunos autores hayan secundado una interpretación estricta. Es el caso de PUENTE ABA, L., "La protección frente al tráfico de órganos: su reflejo en el Código Penal español", ob. cit., por lo que concluye que quedarían fuera del beneficio penológico "todos aquellos que toman la iniciativa de esta actividad ilegal de obtención y trasplante de órganos, generalmente a través del denominado turismo de trasplantes".

58 La misma opinión deduzco de las consideraciones de ROMEO CASABONA, C., "La prohibición del tráfico ilegal y la exclusión de la comercialización de los órganos y tejidos", ob. cit.

en los arts. b) a g) del art. 33.7. Se trata sin lugar a dudas de una previsión justificada a la vista de la elevada posibilidad de la intervención de este tipo de entes en la comisión del delito, desde las agencias de viajes dedicadas a gestionar el *turismo de trasplante*, hasta las compañías de seguro que se ofrecen a asegurar el reembolso de los gastos ocasionados⁵⁹. Con todo, y teniendo en cuenta la especial facilidad para que el delito se cometa por organizaciones y grupos criminales habría sido conveniente que el legislador hubiera contemplado una cláusula al modo del art. 369 bis, relativo al tráfico de drogas, disponiendo la imposición de penas especiales para estos supuestos, a graduar conforme al concreto rol que desempeñe el sujeto dentro de la organización. En su ausencia, habrá de recurrirse a las previsiones genéricas contempladas en los arts. 570 bis y ter. Recordemos por lo demás que en estos casos el art. 282 bis. 4, a) LECr. —reformado por la LO 5/2010— permite la intervención del agente encubierto.

Por último, y para cerrar el capítulo de cuestiones relacionadas con la autoría, alguna mención especial merece la cuestión relativa a si en los casos de publicidad de órganos en un medio o soporte de difusión mecánico resultan de aplicación las reglas del art. 30 CP. Aun cuando en principio nada se opondría a su aplicación, considero que asiste la razón a quienes destacan la dudosa compatibilidad de aquellas reglas especiales de autoría con la vocación del art. 156 por castigar todas las formas de colaboración a las conductas típicas, también las de complicidad⁶⁰.

2. Elementos del tipo subjetivo

El castigo de las distintas conductas tipificadas en el art. 156 bis requiere que se hayan realizado con dolo, no siendo punible, por tanto, la imprudencia, como sucedería cuando el sujeto incurriese en un *error de tipo*. Es más, de acuerdo con cuanto hemos apuntado a la hora de delimitar las conductas típicas, debe observarse que el precepto no sólo requiere el conocimiento y voluntad de traficar con órganos humanos ajenos. Debe entenderse también implícita en él la exigencia de que el responsable actúe con conocimiento de que el destino de los órganos cuya extracción, tráfico o trasplante favorece es el trasplante a un tercero. El conocimiento

de esta finalidad, que resulta obvio en la modalidad de trasplante, adquiere igualmente relevancia en la delimitación del alcance típico de las de extracción y tráfico. Recordemos que sin aquella orientación la conducta sólo podría calificarse como un delito de lesiones, homicidio, contra la libertad, dignidad o incluso contra el respeto de los difuntos. Por ello, en los casos en que el sujeto obre desde el desconocimiento de tal finalidad, su responsabilidad habrá de canalizarse en exclusiva conforme a aquellos tipos delictivos.

Cuestión distinta de la anterior es la relativa a si las exigencias que hemos ido describiendo resisten la posibilidad de que este delito pueda cometerse a título de *dolo eventual*. Según entiendo, la respuesta ha de ser afirmativa, en tanto que del art. 156 bis no pueden extraerse argumentos para exigir un conocimiento y voluntad directos de cometer delito. De hecho, la eventualidad podrá alcanzar no sólo al sentido de la contribución (por ejemplo, prestar un local), sino a la finalidad de una conducta previamente ilícita y querida con dolo directo. Sería el caso, por ejemplo, del sicario al que se le encargase matar a una persona y entregar de inmediato su cuerpo a un equipo médico. Además, obviamente, del correspondiente delito de asesinato, bastaría para castigarle conforme al tipo que comentamos la comprobación de que tenía motivos para sospechar con una alta probabilidad tal destino, mostrándose indiferente respecto a ella.

Por lo demás, y para concluir la referencia a los elementos relacionados con el tipo subjetivo del delito, debe observarse que nuestro ordenamiento, a diferencia de lo que sucede en el alemán, no requiere que la extracción, el comercio o el trasplante estén inspirados por la específica finalidad terapéutica⁶¹. Resulta también punible conforme al art. 156 bis la comisión de cualquiera de estos actos con finalidad experimental, de investigación o incluso cosmética, una solución digna de aplauso a la vista de que en estos casos están presentes los mismos intereses que justifican, en los términos que ya vimos, la incorporación de este delito al Código penal. Consecuencia de lo anterior es que el eventual error del sujeto sobre la concreta finalidad que inspira el tráfico habrá de considerarse irrelevante.

59 CARRASCO ANDRINO, M.M., *Derecho Penal Español, Parte Especial (I)*, ob. cit., p. 271.

60 GÓMEZ TOMILLO, M., *Comentarios al Código penal*, 2ª ed., ob. cit., p. 620.

61 Así resulta de los parágrafos 17 y 18 de la *Transplantationsgesetz*, lo que no ha dejado de recibir críticas por parte de la doctrina. Véase por todos la que formula KÖNIG, P., "Das strafbewehrte Verbot des Organshandels", en *Handbuch des Medizinstrafrechts*, ob. cit., p. 413 s., 417.

V. La consumación del delito

Según tuvimos ocasión de comprobar al tratar las distintas modalidades, el art. 156 bis pone el acento en el *desvalor de acción*, y no en el de resultado. El precepto castiga, en efecto, las conductas de promover, favorecer, facilitar o publicitar la obtención, el tráfico o el trasplante de órganos con independencia del específico peso que cada una de ellas tenga en el éxito final de lo pretendido. Estamos, por tanto, ante un delito de *mera actividad*, que se conforma con la situación de peligrosidad abstracta que el legislador asocia a la realización de aquellas conductas. Así debe considerarse en tanto que prescinde de cualquier exigencia concreta, no ya de *lesión* —en tanto que ni exige la efectiva extracción del órgano⁶² ni cualquier otro resultado⁶³—, sino incluso de peligro *concreto* para los sujetos afectados por la práctica, un resultado éste que sin embargo podría haber asegurado fácilmente sólo con incluir la referencia a que las conductas de obtención, tráfico o trasplante se realizaran *poniendo en peligro la vida o salud de las personas*, al modo por ejemplo del delito farmacológico (art. 361 CP). En su lugar, recurre a la técnica propia de los delitos de *peligro abstracto*, de tal modo que el legislador *presume* la implicación de esos bienes jurídicos con la realización de cualquiera de las conductas típicas.

Sin perjuicio de que en general el recurso a esta técnica se tache como poco deseable desde el respecto de estrictos parámetros de proporcionalidad con la gravedad del daño producido, hay que admitir que encuentra cierta explicación en el delito que nos ocupa a partir de la previa comprensión del bien jurídico en él protegido en los términos de preservación de intereses de calado colectivo, según hemos sostenido. Porque desde esta perspectiva, lo que destaca es la aportación de una contribución, de la índole que sea, a su eventual afectación, difuminándose sin embargo la importancia de su efectivo alcance en la producción de un resultado relativo a los concretos bienes individuales en juego.

Ahora bien, el hecho de justificar la razón por la cual la consumación de las conductas se desvincule del efectivo éxito final del trasplante, extracción o tráfico a cuya realización coadyuvan, no supone ignorar la necesidad de comprobar que comportan una lesividad

mínima que legitime la intervención penal. Conforme a esta exigencia, los Tribunales habrán de excluir del ámbito típico casos como el de quien publicita el tráfico de órganos sin saber que no cuenta con el respaldo logístico de quienes sin embargo en un momento se lo ofrecieron; esto es, los casos en los que aun cuando el anuncio encontrase demanda, sería imposible el cumplimiento de la oferta.

Distinto de lo anterior es que las respectivas conductas que tipifica el art. 156 bis requieran, como tales, consumarse para que se hagan merecedoras de la pena que contempla el precepto. Quiere esto decir que si el sujeto promete una contribución que *favorece* por ejemplo el tráfico de órganos pero posteriormente no llega a materializarla, su conducta habrá de calificarse como un acto preparatorio, impune al no castigarse en relación con este delito.

VI. Las consecuencias jurídicas previstas por el art. 156 bis

Hemos referido ya que el legislador gradúa las penas asignadas al art. 156 bis atendiendo a que el órgano sobre el que recaigan las respectivas conductas tenga o no la cualidad de principal. Partiendo de cuantas consideraciones sostuvimos a la hora de delimitar el bien jurídico protegido en la norma penal, no puede más que concluirse que el recurso al mismo parámetro que guía la cuantificación de la pena propia del delito de lesiones resulta ciertamente un elemento distorsionante.

En efecto, a la vista de que en el art. 156 bis se protege un interés colectivo cifrado de modo amplio en la garantía de las condiciones de calidad y seguridad del trasplante de órganos, si bien con referente en la preservación de la vida y/o salud tanto del donante como de los receptores (potenciales o reales), la asignación de las penas previstas para las lesiones de los arts. 148 y 149 CP —hasta doce años— no sólo desenfoca dicho bien jurídico, sino que parece excesiva. De hecho, si se vuelve la vista a otros sistemas de Derecho comparado que, con independencia de sus variaciones, han incorporado este delito, se observa que las penas con que se castiga son considerablemente inferiores. Así resulta al atender al parágrafo 18 de la *Transplantationsgesetz* alemana, que reserva para quien comercie con órganos,

62 De una opinión distinta se muestra GÓMEZ TOMILLO, M., *Ibid.*, p. 618, 619 s., para quien la efectiva verificación del trasplante ilegal constituye el resultado de las conductas de extracción y trasplante.

63 Como la existencia de un acuerdo entre el oferente y el intermediario o receptor en el caso de la modalidad de tráfico, resultado que sin embargo en ocasiones se ha exigido en la doctrina. Es el caso de FELIP I SABORIT, D., en "Delito de lesiones: el nuevo delito de tráfico, obtención y trasplante ilegales de órganos humanos", *ob. cit.*, p. 255.

los ceda o consienta en su trasplante una pena de prisión de hasta cinco años o bien una pena de multa. Incluso para los casos en que el sujeto realice la conducta de modo profesional, las penas de prisión oscilan de uno a cinco años. La distinta intensidad de las penas se advierte también en la regulación francesa, que por ejemplo para los supuestos más graves de obtención de un órgano por precio o de extracción de órganos para el trasplante sin mediar el consentimiento del titular (511-2) prevé, además de una multa, una pena de 7 años de prisión. Frente a ello, da la impresión de que si bien nuestro legislador ha sido consciente del significado de las recomendaciones internacionales en la materia, a la hora de asignar las penas ha desenfocado el alcance exacto de su calado, dejándose llevar sin más por la imposición de las que sin embargo serían propias si el bien jurídico a proteger fuera la salud.

Lo elevado de las penas de prisión contrasta, por otra parte, con la ausencia de previsiones específicas para determinados supuestos. Es el caso, en primer lugar, de la pena de inhabilitación para el caso en que la conducta en cuestión se realizara por parte de profesionales de la salud, siempre que estuviera propiciada precisamente por el aprovechamiento de la condición de quien actúa (pensemos por ejemplo en el caso de un coordinador de trasplantes que desviara los órganos a una red de tráfico). Recordemos que esta previsión vendría en cierto modo reclamada por algunos pronunciamientos comunitarios en la materia. Baste con traer a colación la Resolución del Parlamento Europeo de 22 de abril de 2008 que, según destacábamos al comienzo de este trabajo, incluye entre las medidas penales a cuya adopción insta a los Estados, la de incluir sanciones para el personal médico que intervenga en el trasplante de órganos procedentes del tráfico ilegal. Por otra parte, se echa en falta que no se contemple el *comiso* de los instrumentos que hayan servido a la comisión del delito

así como de los beneficios que hayan generado las actividades⁶⁴. Precisamente en atención a éstos habría resultado conveniente la inclusión de una pena de *multa* —prevista según vimos en otros sistemas de Derecho comparado—, que aun cuando se fijase conforme a los esquemas de los *días-multa*, permitiera su conversión en proporcional cuando los beneficios superasen su importe.

Por último, si bien ahora desde la perspectiva de las posibilidades de su aplicación, hay que dar la razón a quienes denuncian lo criticable que resulta que la LOPJ no haya contemplado el tráfico de órganos entre los supuestos que permiten la aplicación extraterritorial de la ley penal⁶⁵, ya sea en virtud del llamado *principio real o de protección de intereses* (art. 23.3 LOPJ) o de *justicia universal* (art. 23.3 LOPJ), capítulo en el que por lo demás se han incluidos otros delitos como el tráfico ilegal de drogas o el tráfico ilegal y la inmigración clandestina de personas. Al no incluirse el art. 156 bis entre aquellos delitos que permiten la aplicación *extraterritorial* de la ley penal, en los casos en que no pudiera establecerse una vinculación territorial de los hechos con España y éstos no fueran constitutivos de delito en el país en el que se realizaron, tampoco resultarían de aplicación otros principios, como el de *personalidad*, cuando el sujeto, siquiera sea como receptor, cometiera una conducta punible conforme a nuestro Código⁶⁶. Con todo, a la vista de que el art. 156 bis incrimina de forma amplia cualquier conducta relacionada con el tráfico de órganos, cabe la posibilidad de entender que la realización de gestiones desde nuestro país (como el anuncio de la oferta⁶⁷ o la demanda, o el concierto con la otra parte, aun ubicada ésta fuera de nuestras fronteras) es subsumible en el delito y, con ello, que el hecho ha sido cometido, al menos en parte en nuestro territorio⁶⁸.

64 QUERALT JIMÉNEZ, J., *Derecho penal español. Parte Especial, ob. cit.*, p. 149.

65 Por todos ROMEO CASABONA, C., "La prohibición del tráfico ilegal y la exclusión de la comercialización de los órganos y tejidos", *ob. cit.*, quien denuncia por ello que la reforma no se haya acompañado de la modificación de la LOPJ.

66 Es lo que sucede, por ejemplo, con los supuestos registrados de españoles que viajan al extranjero para recibir un órgano. Entre ellos figura el de Óscar Garay, en 2010. Dos meses después de que le confirmaran que, debido a sus circunstancias, no era apto para entrar en la lista de trasplantes, viajó a Pekín, donde previo pago de aproximadamente 130.000 euros, le trasplantaron un hígado, probablemente procedente de un ejecutado por el régimen. El castigo de éste y de otros casos queda por completo fuera del ámbito de la jurisdicción española, ya que aun cuando su conducta resultara punible conforme al art. 156 bis, no se daría el requisito de la doble incriminación. La única posibilidad de permitir supuestos como éste sólo vendría de la mano de la interpretación que a continuación formulamos en el texto.

67 Siempre que no se trate de la realizada por el donante, impune según ya hemos visto.

68 La ausencia de esta referencia ha motivado enérgicas críticas al precepto por parte de la doctrina. Es el caso de QUERALT JIMÉNEZ, J., "la norma se presenta por méritos propios como una muestra no ya de Derecho penal simbólico, sino *propagandístico*", en *Derecho penal español. Parte Especial, ob. cit.*, p. 146.

VII. Relaciones concursales

En el capítulo de las relaciones concursales, alguna reflexión despierta en primer lugar la posible comisión de más de una de las modalidades típicas que contempla el art. 156 bis. De hecho, esta posibilidad está servida atendiendo a la fenomenología frecuente de casos que se va a plantear en la práctica. Baste tener en cuenta que la obtención de un órgano con la finalidad de traficar con él supone por definición una actividad de favorecimiento o facilitación de las conductas de tráfico o trasplante, tipificadas igualmente por el precepto. Frente a la pretensión de castigar estos supuestos conforme a tantos delitos del art. 156 bis como conductas en él tipificadas integren, la comprensión de la norma conforme a un *tipo mixto alternativo* determina que la apreciación de una de esas conductas absorba al resto. Resta observar, si acaso, que en tanto sostenemos que el art. 156 bis toma como punto de referencia un bien jurídico de alcance colectivo, la solución anterior no se afecta por el hecho de que las distintas acciones realizadas por un mismo sujeto activo recaigan sobre personas distintas. Así, quien fomenta la extracción del órgano de un donante en condiciones ilegales e igualmente contribuye a su tráfico e incluso al trasplante al receptor que ofrece un precio, no estaría cometiendo tantos delitos como modalidades recayesen sobre sujetos distintos, sino uno solo. A la misma conclusión habría de llegarse si una misma modalidad afectara a una pluralidad de sujetos (por ejemplo, diversas extracciones de órganos procedentes de personas distintas), casos en los que, en tanto las distintas acciones respondan a una misma unidad temporal, habrían de considerarse constitutivas de un solo delito del art. 156 bis.

Mayor dificultad plantea el tratamiento de las relaciones concursales del precepto que comentamos con otros tipos penales; de forma especial con los delitos contra la *vida* o *salud*. Así, en relación con las lesiones, el concurso se planteará allí donde se trate de la extracción no consentida de órganos que, como pueda ser un riñón, suponen para el donante inequívocamente una merma de su salud con independencia de las condiciones en las que se realice la extracción. Lo mismo hay que decir cuando el órgano sea vital, supuesto en el que ahora el concurso se plantearía con los delitos de homicidio o de asesinato, o incluso con uno de colaboración al suicidio, si es que el donante hubiera prestado su consentimiento para la extracción. Obviamente, en uno y otro caso el problema no surge sólo respecto a las formas consumadas, sino también respecto a las intentadas e incluso respecto a los actos preparatorios, castigados como es sabido tanto para los delitos de lesiones

como contra la vida. Bastaría pensar en el concierto de dos individuos para extraer un órgano a una determinada persona, caso en el que se plantea la relación entre el acto preparatorio del delito de lesiones respecto a la calificación del art. 156 bis.

La determinación de las reglas conforme a las cuales deba discurrir el concurso de calificaciones requiere volver la vista a la comprensión del bien jurídico protegido de que partimos en clave de la protección de intereses de dimensión colectiva, si bien con un referente mediato cifrado en la preservación de la vida o la salud de las partes implicadas. Si esto es así, bien podría sostenerse que como línea de principio la solución de la relación concursal planteada habría de ajustarse a las reglas que en general inspiran la sostenida respecto a tantos otros delitos en los que de forma mediata o secundaria se involucra la tutela de un bien jurídico individual. En concreto, pudiera pensarse que si la conducta de extracción, trasplante o tráfico constitutiva de un delito contra la vida o salud llegara a materializarse tan sólo en un sujeto, sin potencialidad de alcanzar a otros, el delito individual absorbe al de peligro. Es lo que sucedería, por ejemplo, si pudiera demostrarse que el autor participó sólo de forma puntual en la extracción de un órgano de un sujeto que no consintió en ello.

Según entiendo, sin embargo, contra esta solución hablan varios argumentos. Para empezar, porque aun cuando las conductas de tráfico y las de lesión se materializasen en un único sujeto, la solución del concurso de leyes desconocería la dimensión más amplia del bien jurídico protegido por la norma, en los términos que ya tuvimos ocasión de destacar. Pero además, aun cuando se hiciera abstracción de ellos y se concediera protagonismo al argumento de que la lesión es una secuencia de la conducta de obtención de órganos, que por tanto va irremediabilmente embebida en ésta, a la solución del concurso de leyes se opondrían otras razones. Entre ellas, que la extracción estaría dando vida a otras conductas que exceden con mucho a la de *promover o facilitar la obtención* de órganos. Porque no puede discutirse que esa extracción favorece a su vez el tráfico y el trasplante ilegal de órganos, modalidades que adicionalmente tipifica el art. 156 bis, y cuyo injusto no puede subsumirse en el delito de lesiones.

Entiendo, por ello, que el art. 156 bis habrá de entrar en todo caso en relación de concurso de delitos con el correspondiente(s) delito(s) de lesiones. La diferente dimensión a la que atienden, respectivamente, el art. 156 bis y estos otros tipos delictivos queda por lo demás de manifiesto cuando se tiene en cuenta que, por ejemplo, una organización dedicada al tráfico de órganos

que efectivamente hubiera extraído los de veinte personas, habría cometido tan sólo un delito del art. 156 bis, mientras que, lógicamente, habrían de apreciarse tantos delitos de lesiones como extracciones no consentidas hubieran tenido lugar. Casi ni que decir tiene, por lo demás, que la misma regla habrá de sostenerse para los casos en que, por tener el órgano extraído el carácter no sólo de principal, sino también vital, se plantee el correspondiente concurso con el delito de homicidio o incluso de asesinato. También en estos casos junto con el delito del art. 156 bis habrán de apreciarse tantos delitos de homicidio o asesinato como sujetos en concreto implicados.

Resta tan sólo observar que el diseño concursal planteado se mantiene no sólo en relación con las formas consumadas de lesiones u homicidio, sino también, en su caso, respecto a las formas intentadas de estos delitos e incluso en relación con los actos preparatorios. Pensemos por ejemplo en la organización dedicada al tráfico de órganos que hubiera reclutado a una serie de personas con la finalidad de extraerle un órgano vital. En este caso, además de la actividad de favorecimiento de la obtención o tráfico ilegal de órganos del art. 156 bis, así como, en su caso, de un delito de trata de personas, sería responsable de los correspondientes actos preparatorios de homicidio o asesinato.

Especial referencia reclama, por otra parte, la relación del art. 156 bis con el delito de *trata de seres humanos* con finalidad de extracción de sus órganos corporales (art. 177 bis 1.c), castigado con la pena de cinco a ocho años de prisión. Obviamente el concurso sólo va a presentarse allí donde la conducta en cuestión constitutiva del tráfico ilegal de órganos se realice sirviéndose el autor de cualquiera de los medios que elevan a típica la trata, esto es, empleando violencia, intimidación o engaño, o abusando de una situación de superioridad o de necesidad o vulnerabilidad de la víctima o ésta sea menor de edad.

Basta con leer las conductas tipificadas en el art. 177 bis 1.c) para comprender que pueden considerarse comprendidas de forma genérica en el concepto de *favorecimiento o facilitación* de la extracción, tráfico o trasplante ilegal de órganos. No de otra forma pueden calificarse conductas como las de captación, transporte, traslado, acogida, recibimiento o alojamiento de la persona a la que se va a extraer el órgano de que se trate. La integración de estas conductas en el supuesto de hecho típico del art. 156 bis queda fuera de dudas desde el momento en que, como hemos tenido ocasión de sostener al trazar la consumación del delito, éste precepto no requiere la producción de resultado alguno, sino que se perfecciona con la realización de los actos que representan en general

una forma de facilitar o favorecer la obtención, tráfico o trasplante de órganos. Así entendido, pudiera parecer en una primera aproximación que el delito de trata de seres humanos debiera entenderse absorbido por el de tráfico de órganos humanos. Sin embargo, a esta conclusión se opone la regla concursal contemplada en el apartado 9 del art. 177 bis, conforme a la cual, las penas en él previstas se impondrán sin perjuicio de las que correspondan por los delitos efectivamente cometidos, incluido el art. 318 bis así como los correspondientes a la explotación. La preocupación del legislador por castigar en toda su extensión este tipo de prácticas determina, pues, que *ope legis*, haya de apreciarse un concurso de delitos entre ambas calificaciones.

Al margen de esa regla que ofrece el legislador, hay que reconocer que en determinados casos resulta evidente la autonomía del delito de trata de personas con respecto al de tráfico de órganos. Me refiero a aquéllos en que la conducta de trata quedase en forma intentada o incluso no alcanzara los umbrales de la fase ejecutiva del delito. Porque, según hemos sostenido, el art. 156 bis, si bien no es un delito de resultado, requiere que la conducta en cuestión llegue a consumarse. Resulta así que, por ejemplo, si el autor pretendiera captar a un sujeto con la finalidad de extraerle los órganos, pero fuera detenido antes de la consecución de su propósito, sería de aplicación una tentativa del art. 177 bis. Si, introduciendo una variante en el ejemplo, tan sólo se hubiera concertado para la captación de la víctima con los mismos fines y fuera detenido antes de dar inicio a los actos ejecutivos, su calificación habría de discurrir de nuevo conforme al art. 177 bis, ahora según su apartado 8, que castiga los actos preparatorios.

Por último, en lo que se refiere a la relación del precepto que comentamos con las coacciones o amenazas que eventualmente el sujeto hubiera podido cometer, habrá de apreciarse el correspondiente concurso de delitos, en tanto que el empleo de fuerza física o psíquica es un elemento ajeno al contenido de injusto castigado en el art. 156 bis. Esta regla sólo habrá de excluirse allí donde adicionalmente se haya apreciado un concurso de delitos entre el de tráfico de órganos y la trata de seres humanos que tuviera por objeto a mayores de edad, puesto que el injusto de éste comprende el empleo de tales medios comisivos.

VIII. Valoración final

A la vista de cuantas consideraciones hemos realizado, resulta inevitable concluir con cierta desazón acerca de la racionalidad del nuevo art. 156 bis. Porque

tras su análisis no queda más que la impresión de estar ante una especie de esquizofrenia a la hora de conjugar, de un lado, el sentido y razón de ser que justifique la presencia del precepto en el Código penal y, de otro, determinados rasgos con los que se ha acuñado en la reforma de 2010. Por una parte, es cierto que la única explicación plausible de su incorporación es la tutela de un bien jurídico supraindividual, orientado a garantizar las condiciones de calidad y seguridad del trasplante de órganos con todas las implicaciones que ello conlleva. Es la que está en la base de los documentos internacionales que instan a los Estados a garantizar las condiciones del tráfico y trasplante de órganos y, de hecho, es a esa esencia a la que claramente responden las previsiones correspondientes de otros sistemas de Derecho comparado, como son el alemán o el francés, que sin ambages apuntan a la tutela de un interés colectivo. Hemos comprobado, en efecto, cómo en relación con el modelo alemán, a ese interés obedece no sólo la ubicación formal del precepto en una ley especial relacionada con el tráfico de órganos, sino también la configuración material de delito. Así lo delata tanto el castigo del receptor como del donante, la comprensión en el objeto del delito no sólo de los órganos humanos, sino también de las células o tejidos, así como la concreta pena asignada a estas conductas, que dista con mucho de la que correspondería al injusto de las lesiones. Lógicamente, cuestión distinta a la identificación de este objeto de protección será que después se critique o no la conveniencia de un precepto que sancione estas conductas en el orden más grave así como su compatibilidad con el principio de *minima intervención* que justifica su recurso, lo que dará entonces paso a todo el halo de cuestiones que rodean a esa discusión, incluida la relativa a si realmente estamos ante una expresión más del llamado *Derecho penal simbólico*⁶⁹. Pero al margen de todo ello, lo cierto es que el trazo del precepto, su utilidad así como sus consiguientes relaciones con otros tipos delictivos resultan meridianos.

Frente a esta claridad, la opción de nuestro legislador conduce a un inevitable callejón sin salida. Para empezar, es evidente que si en la línea de esos otros ordenamientos de Derecho comparado ha optado por incorporar un precepto que recoja las exigencias internacionales en materia de tráfico y trasplante de órganos, hay que entender que su punto de mira está en la preservación de las condiciones que lo rodean, no en la protección de bienes jurídicos de calado indivi-

dual, básicamente la salud del donante. Porque ni a eso instaban los compromisos internacionales ni, aunque se concediera que fuera ese el alcance de tales documentos, para atenderlos era lógica la incorporación de una norma penal que no hiciera más que redundar en el castigo de los hechos como lesiones.

Las incoherencias comienzan cuando esta evidencia se pone en relación con la concreta forma en que nuestro legislador ha plasmado los rasgos del art. 156 bis, y que supone un continuo balanceo entre el injusto del tráfico de órganos y el de las lesiones. Así resulta sólo con contemplar la ubicación del precepto en el Código penal, entre los que protegen la integridad y salud física y mental, en lugar de en la sede relativa a los delitos contra la salud pública. A ello se suma todavía la exclusión del ámbito típico de la actuación del donante, la limitación del objeto de la conducta a la extracción de órganos —dejando fuera las células y tejidos— y, sobre todo, la equiparación de las penas de este precepto con las del delito de lesiones. Evidentes son también, sin embargo, los elementos que desde la propia plasmación positiva del art. 156 bis alejan este precepto de aquellos que protegen la salud. Baste con atender a la sustracción de las penas a cualquier posibilidad de atenuación por el consentimiento de lesionado, o al claro anticipo del castigo y la equiparación en pena de las conductas más alejadas de la lesión del bien jurídico, parámetros todos ellos ajenos por completo a las reglas que en general inspiran el delito de lesiones en su modalidad consumada.

A la vista del atolladero al que aboca la plasmación del art. 156 bis, nos hemos decantado por sostener la única interpretación del precepto que entendemos que lo dota de racionalidad; a saber, que en él se protegen intereses de calado colectivo que desbordan la óptica individual de las lesiones, y a cuya tutela instan los distintos documentos internacionales en la materia. Obvio es que el convencimiento acerca de que sólo puede ser éste el punto de partida de la comprensión de la norma no elimina las dificultades para su aplicación sin fisuras, de la misma forma que los partidarios de la opción contraria —la protección de la salud— no podrían ignorar los argumentos en contra de su exégesis. Resultaría pues, no sólo conveniente sino urgente que el legislador revisara el tenor literal del precepto para evitar que cuando el aplicador del Derecho tenga que enfrentarse con él deba optar por distintas guías interpretativas que no consiguen sacudirse de sus respectivas objeciones.

69 En la doctrina alemana, por todos, SCHROTH, "Die strafrechtlichen Tatbestände des Transplantationsgesetzes", *ob. cit.*, p. 1152.

IX. Bibliografía citada

- BENÍTEZ ORTÚZAR, I., *Sistema de Derecho penal español. Parte Especial (coord. Morillas Cueva)*, Madrid, 2011.
- CARRASCO ANDRINO, M.M., *Derecho Penal Español, Parte Especial (I)*, 2ª ed. (dir. Álvarez García), Valencia, 2011.
- DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, J., “El delito de tráfico de órganos humanos”, en *Estudios sobre las reformas del Código Penal: (operadas por las LO 5/2010, de 22 de junio, y 3/2011, de 28 de enero)*, Julio Díaz-Maroto y Villarejo (dir.), Gonzalo Rodríguez Mourullo (pr.), 2011.
- FERRADO, M., “Tráfico de órganos. Un negocio oscuro y atroz”, publicado en el diario *El País*, el 3 de mayo de 2009.
- FELIP I SABORIT, D., “Delito de lesiones; el nuevo delito de tráfico, obtención y trasplante ilegales de órganos humanos”, en *El nuevo Código penal. Comentarios a la reforma (dir. Silva Sánchez)*, Madrid, 2012.
- GARCÍA ALVERO, R., “El nuevo delito de tráfico de órganos”, en *Comentarios a la reforma penal de 2010* (coord. Álvarez García/González Cussac), Valencia, 2010, publicado también en *La nueva reforma penal de 2010: análisis y comentarios* (coord. Quintero Olivares), Navarra, 2010.
- GÓMEZ MARTÍN, V., *Derecho penal. Parte Especial, tomo I* (dir. Corcoy Bidasolo), Valencia, 2011.
- GÓMEZ RIVERO, M.C., *La responsabilidad penal del médico*, 2ª ed., Valencia, 2008.
- GÓMEZ TOMILLO, M., *Comentarios al Código penal, Primera edición*, Comentario al art. 156 bis, Valladolid, 2010; segunda edición, Valladolid, 2011.
- MUÑOZ CONDE, F., “Einige Fragen des ärztlichen Heileingriffs im spanischen Strafrecht”, en *Handbuch des Medizinstrafrechts*, 3 Auf., 2007.
– *Derecho Penal, Parte Especial*, 18 ed., Valencia, 2010.
- KÖNIG, P., “Das strafbewehrte Verbot des Organshandels”, en *Handbuch des Medizinstrafrechts*, 3 Auf., 2007.
- PUENTE ABA, L., “La protección frente al tráfico de órganos: su reflejo en el Código Penal español”, *Revista de derecho y proceso penal*, n.º 26, 2011.
- QUERALT JIMÉNEZ, J., *Derecho penal español. Parte Especial*, 6ª ed., Barcelona, 2010.
- ROMEO CASABONA C., “La prohibición del tráfico ilegal y la exclusión de la comercialización de los órganos y tejidos”, en *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 7/2010.
- SCHEPER-HUGHES, “El comercio infame: capitalismo milenarista, valores humanos y justicia global en el tráfico de órganos”, en *Revista de Antropología Social*, 2005.
- SEELMANN, K., “Organtransplantation —die strafrechtlichen Grundlagenprobleme”, en *Organtransplantation*, hrsg. Brudermüller/Seelmann, Würzburg, 2000.
- SCHROTH, U., “Die strafrechtlichen Tatbestände des Transplantationsgesetzes” en *JZ*, 1997.
– “Die strafrechtlichen Grenzen der Organlebenspende sowie der Knochenmarktransplantation”, en *Handbuch des Medizinstrafrechts*, 2008.
- TORRES FERNÁNDEZ, E., “La donación de órganos o tejidos de donante vivo por personas incapaces de consentir a la luz del Convenio relativo a los derechos humanos y la biomedicina y su protocolo adicional”, en *Estudios Jurídico-penales sobre genética y biomedicina, Libro homenaje al Prof. Dr. Ferrando Mantovani*, Madrid, 2006.