

EL DELITO DE TRÁFICO DE ÓRGANOS¹

Una primera aproximación Al artículo 156 bis del código penal: ¿Un futuro ejemplo más del derecho penal simbólico?

Por Silvia Mendoza Calderón

Profesora Contratada Doctora de Derecho penal. Universidad Pablo de Olavide, de Sevilla

SUMARIO: I. Introducción. II. Algunas consideraciones en relación a los textos internacionales sobre el tráfico ilegal de órganos humanos. III. La obtención y utilización clínica de los órganos humanos destinados al trasplante y sus requisitos de calidad y seguridad. IV. la introducción del delito de tráfico de órganos en el código penal español. 1. El bien jurídico protegido en el artículo 156 bis cp. 2. Elementos típicos del delito previsto en el art. 156 bis cp. 2.1. Tipo objetivo. a) la exclusión del ámbito típico de la figura del donante de órganos. b) la promoción, favorecimiento, facilitación o publicidad de la obtención o el tráfico ilegal de órganos humanos ajenos o el trasplante de los mismos. c) la controvertida punición del receptor de los órganos. 2.2. Tipo subjetivo. 3. Grados de ejecución delictiva. Autoría y participación. 4. Relaciones concursales. V. Conclusiones.

I. Introducción

Según habrían confirmado los especialistas, al menos el 10% de los órganos que se trasplantan en el mundo procederían del tráfico ilegal. Normalmente, estos casos se producen cuando personas gravemente enfermas con recursos económicos no dudan en acudir

¹ Esta investigación se ha llevado a cabo en el Marco del Proyecto de Investigación del Ministerio de Economía y Competitividad, DER2011-27473.

a cualquier lugar del mundo, en busca de alguna persona capaz de entregar una parte de su cuerpo, a cambio de dinero. Este tráfico de órganos se asentaría fundamentalmente en países de Asia, como Pakistán, en zonas de América Latina, antiguos países de la República Soviética y también, en Extremo Oriente. Por otra parte, los receptores de dichos órganos se encontrarían generalmente en países desarrollados, fundamentalmente, Israel y Estados Unidos².

En el año 2011, se produjo la primera condena por tráfico ilegal de órganos en los Estados Unidos, a pesar de que desde 1984, existía una normativa al respecto. El acusado, I. L. *Rosenbaum*, se declaró culpable de tres cargos de tráfico de órganos y un cargo de conspiración en un tribunal federal de Nueva Jersey. La investigación encontró que el acusado pagaba dinero a personas en Israel dispuestas a donar sus órganos y una vez en Estados Unidos, se les mostraba una historia clínica falsa del paciente, que hacía parecer genuina la donación. Fue condenado a dos años y medio de prisión por trasplante ilegal de órganos y conspiración, debiendo cumplir una pena de 30 meses de cárcel, tres años de libertad condicional, pagar una multa de 5.000 dólares y devolver 420.000 dólares por los trasplantes negociados³.

En Europa, es desgraciadamente celebre lo sucedido en Kosovo. Por una parte, en mayo de 2013 se ha condenado por el Tribunal de Pristina (Kosovo) a los directores de una clínica y a distintos médicos y anestesiólogos a 20 años de prisión por tráfico de órganos, crimen organizado y fraude, entre otros delitos. Los acusados habían creado una red que reclutaba a sus víctimas en diferentes países y los trasladaba a su clínica para extraerles los órganos, que posteriormente, trasplantaban a otras personas a cambio de amplias sumas de dinero. Se producían desembolsos de hasta 130.000 euros por parte de los beneficiarios, mientras que las víctimas perdían sus órganos a veces, sin ni siquiera recibir los pagos prometidos⁴. Sirva como

² Cfr. La Vanguardia, en su edición de 27 de junio de 2013.

³ Cfr. La Voz de América, en su edición de 12 de julio de 2012.

⁴ Cfr. EL PAÍS, en su edición de 4 de mayo de 2013. Se recoge que sería la primera sentencia en el mundo que condena a médicos por estas prácticas; había habido otras sentencias, pero nunca con médicos. Indica la publicación que este caso recuerda al destapado en 2011: una red de tráfico de órganos que operó tras el conflicto en Kosovo, entre 1999 y 2000. El caso, investigado por el Consejo de Europa, atribuía al Ejército de Liberación de Kosovo —principal fuerza rebelde frente a Serbia— el liderazgo de la organización. Los culpables extraían los órganos a prisioneros serbios y los mataban de un tiro al terminar. El Consejo de Europa estableció un nexo entre los dos episodios al considerar en 2011 que el caso investigado por Eulex demostraba que esas prácticas podían llegar hasta hoy. Asimismo, sobre la investi-

ejemplo, el caso el bielorruso A. K. que en octubre de 2008 vio en Internet una oferta de 10.000 euros por un riñón. A. K. necesitaba dinero para pagarse los estudios y atender a su padre enfermo, por ello, accedió a vender un riñón a través de dos intermediarios, que le suministraron un primer pago de 6.100 euros y condicionaron el resto a que fuese capaz de encontrar a otros donantes. Al final, solo recibió 400 más y fue amenazado con sufrir «terribles consecuencias» si contaba lo ocurrido. Su riñón fue trasplantado a un ciudadano israelí en una clínica de Pristina⁵.

Asimismo, en el *Informe del Consejo de Europa sobre el tráfico ilegal de órganos humanos en Kosovo, de 12 de diciembre de 2010*, (Comisión de Asuntos Jurídicos y de Derechos de los Ciudadanos del Consejo de Europa) titulado «*Trato inhumano de personas y tráfico ilegal de órganos humanos en Kosovo*», resultado de una investigación de dos años, ya se hacía referencia a la extirpación y al tráfico ilegales de órganos humanos con presos como víctimas (sobre todo de origen serbio), al tráfico ilegal de armas y al tráfico de personas para explotación sexual o de otro tipo⁶.

En Asia, se ha señalado que de los 2.000 riñones que se trasplantan al año en Pakistán, dos terceras partes tendrían destinatarios extranjeros y provendrían de campesinos que viven en condiciones de insalubridad y pobreza extremas. Estas personas ganarían sueldos de miseria, una media de 15 dólares al mes, adquiriendo una gran cantidad de deudas. En algunos pueblos del Punjab (una región medio india, medio pakistani), según habría indicado la prensa, casi todos sus habitantes habrían vendido un riñón. Su situación económica en cambio, no mejoraría porque lo que ganan, apenas les daría para saldar su deuda, y por otro lado, habría que valorar la considerable merma de su salud que podría implicar que dejaran de trabajar al no recibir asistencia médica en la fase de recuperación⁷.

gación abierta en el seno del Consejo de Europa, cfr. Euronews, «Los crímenes de Kosovo en el punto de mira de Estrasburgo», (25/01/2011).

⁵ Cfr. EL PAÍS, en su edición de 4 de mayo de 2013.

⁶ E-000002/2011, 13 de enero de 2011 E-000002/2011. Pregunta con solicitud de respuesta escrita a la Comisión. Artículo 117 del Reglamento. Nikolaos Chountis (GUE/NGL). Asimismo, en el **Proyecto de Convenio del Consejo de Europa contra la trata de Órganos Humanos conforme a la Recomendación 2009 (2013)**, se ha incluido la incorporación del principio de la no comercialización del cuerpo humano. Cfr. *Draft Council of Europe Convention against Trafficking in Human Organs, Doc. 13338, 22 October 2013*. Cfr. igualmente, la *Resolución 1782 (2011) sobre la investigación del tráfico ilícito de órganos humanos en Kosovo*.

⁷ Cfr. EL PAÍS, http://elpais.com/diario/2009/05/03/eps/1241332014_850215.html, consultada en octubre 2013.

Según el Registro Mundial de Transplantes, España alcanzaría los treinta y dos donantes renales por millón de habitantes. A pesar de ser líder mundial en este campo, la cifra se quedaría pequeña si se tiene en cuenta que la lista de espera sería de cinco mil personas. Por otra parte, según el Informe ***Organ Trafficking de la Organización Mundial de la Salud***, algunas asociaciones de consumidores en España, habrían denunciado en 2009 anuncios de españoles que ofrecían riñones a cambio de dinero (entre 15.000 y 100.000 euros) en Madrid, Castellón, Málaga y Sevilla⁸.

Asimismo, según algunos datos recogidos en Internet, existirían una serie de «tarifas» de órganos para trasplantes clandestinos: el precio más alto le correspondería a la médula ósea con 165.278,32 euros, seguida del corazón, hígado y pulmón con un precio de 150.253 euros. Un riñón podría alcanzar hasta los 102.172 euros⁹.

II. Algunas consideraciones en relación a los textos internacionales sobre el tráfico ilegal de órganos humanos

Conforme a la ***Declaración de Estambul de 2 de mayo de 2008***¹⁰, ***sobre Tráfico de órganos***, hay que distinguir entre las conductas de tráfico de órganos en sentido estricto, comercio de órganos y turismo para trasplante.

⁸ Cfr. EL PAIS, en su edición de 31 de julio de 2011. Cfr. asimismo el estudio del Consejo de Europa y de las Naciones Unidas «*Trafficking in organs, tissues and cells and trafficking in human beings for the purpose of the removal of organs*», (2009). Cfr. Igualmente la 63.^a Asamblea Mundial de la Salud, celebrada el 21 de mayo de 2010, en relación a los *principios rectores de la Organización Mundial de la Salud, sobre trasplante de células, tejidos y órganos humanos*. En Alemania, en 2012, un médico de Gotinga, fue acusado de recibir dinero a cambio de manipular listas de espera para trasplantes de órganos y en Baja Sajonia se sospecha que, entre los años 2004 y 2006, se manipuló la lista de espera para trasplantes de hígado con miras a introducir en un puesto privilegiado a 23 pacientes antes del momento que les correspondía. El médico al que se le atribuyen las manipulaciones en Gotinga también había trabajado en Ratisbona. Cfr. <http://www.dw.de/transplante-de-organos-crece-el-escandalo/a-16138977>, consultada en septiembre 2013

⁹ Cfr. www.kranzyinfo.com/trafico-de-organos-corrupcion, consultada en noviembre 2013.

¹⁰ *Participantes en la Cumbre internacional sobre turismo de trasplantes y tráfico de órganos convocada por la Sociedad de trasplantes y la Sociedad internacional de nefrología en Estambul, Turquía, del 30 de abril al 2 de mayo de 2008.*

En relación al **tráfico de órganos**, se entendería la obtención, transporte, transferencia, encubrimiento o recepción de personas vivas o fallecidas o de sus órganos, mediante una amenaza, el 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 trasplante¹¹.

Por otro lado, el «**comercio de órganos**» comprendería a aquella práctica en la cual un órgano sería tratado como un bien económico, que puede ser comprado, vendido o utilizado como mercancía.

El concepto de «**viaje para trasplante**» abarcaría aquel traslado de donantes de órganos, receptores o profesionales relacionados con trasplante que cruzan fronteras jurisdiccionales con el objetivo de realizar trasplantes. Dichos viajes se convertirían en «**turismo para trasplante**» si involucran tráfico de órganos y la comercialización de los mismos o de otros recursos como profesionales o centros de trasplante dedicados a entregar trasplantes a pacientes del extranjero, minando de esta manera la capacidad del país para entregar adecuados servicios de trasplante para su propia población¹².

Como habría puesto de relieve PUENTE ABA reviste gran importancia la distinción entre el tráfico de órganos y el comercio de órganos, puesto que se trataría de dos fenómenos diferentes y existirían diversos intereses afectados. En ambas conductas se conculcarían **los principios de gratuidad y altruismo** en las donaciones de órganos pero presentando perspectivas diferentes. En el caso del tráfico de órganos, siempre existiría una víctima del tráfico o trata, es decir, **una persona que habría sido forzada de varias formas posibles a ceder su órgano a otro**. Se trataría de una extracción, no de una donación, de órganos. En cambio, en el comercio de órganos aunque

¹¹ GARCÍA ALBERO, «El nuevo delito de tráfico de órganos», en ÁLVAREZ GARCÍA, GONZÁLEZ CUSSAC, *Comentarios a la reforma penal de 2010*, Valencia, 2010, TOL1.951.706. Citando el art. 3 del Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar el tráfico de personas, que complementa la Convención de Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional.

¹² **Cfr. Proyecto de Convenio del Consejo de Europa contra la trata de Órganos Humanos conforme a la Recomendación 2009 (2013), en su apartado 3.1.1 (Draft Council of Europe Convention against Trafficking in Human Organs, Doc. 13338, 22 October 2013)** donde se especifica que se ha rechazado en relación al tráfico de órganos una definición omnicompreensiva, prefiriéndose una enumeración singular de los actos criminales, debido a la complejidad que representa el fenómeno del tráfico de órganos.

tampoco se acomoda con el principio de gratuidad, estaríamos ante **un acto voluntario**, en el que una persona decide entregar un órgano propio a cambio de precio¹³.

En el ámbito europeo, la *Directiva 2010/53/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de julio de 2010, sobre normas de calidad y seguridad de los órganos humanos destinados al trasplante*, habría incidido en que la utilización de órganos en trasplantes conllevaría riesgos de transmisión de enfermedades, siendo necesaria una buena organización de los sistemas nacionales e internacionales de trasplante y la utilización de los mejores conocimientos, tecnologías y tratamientos médicos innovadores disponibles para reducir significativamente los riesgos asociados a los órganos trasplantados para los receptores.

Del mismo, habría manifestado que entre las prácticas inaceptables en materia de donación y trasplante de órganos se incluiría el tráfico de órganos, a veces vinculado a la trata de seres humanos con el fin de extraerles los órganos, que constituiría **una violación grave de los derechos fundamentales y, en particular, de la dignidad humana y la integridad física**¹⁴.

Se recalca sobre todo, que **el altruismo** sería un factor importante en la donación de órganos, ya que para garantizar la calidad y seguridad de los órganos, los programas de trasplante de órganos se basarían en **los principios de donación voluntaria y no retribuida**. Cuando la donación no fuera voluntaria o se realizara con fines lucrativos, se señala que la calidad del proceso de donación podría quedar en entredicho, porque la mejora de la calidad de vida de una persona o la salvación de su vida **no constituiría el objetivo principal o único**. Si los donantes buscan un beneficio económico o están sometidos a cualquier forma de coerción, puede que la historia clínica obtenida del posible donante vivo o de los familiares del posible donante fallecido carezca de la precisión suficiente por lo que

¹³ Cfr. PUENTE ABA, «La protección frente al tráfico de órganos: su reflejo en el Código penal español», *Revista Derecho y Proceso Penal*, núm. 26, 2011, págs. 135-152. Asimismo señala que el concepto de tráfico de órganos abarcaría diversos supuestos que no podrían incardinarse en el fenómeno de la trata de seres humanos, como serían los supuestos de conductas relacionadas con la obtención de órganos de personas fallecidas.

¹⁴ Se señala en la mencionada normativa, que como principio general, el intercambio de órganos con terceros países debe ser supervisado por la autoridad competente y que dicho intercambio de órganos con terceros países únicamente deberá permitirse si se cumplen normas equivalentes a las establecidas en la Unión Europea.

respecta a las condiciones y enfermedades potencialmente transmisibles del donante al receptor.

Respecto a la **voluntariedad**, en la Unión Europea coexistirían varios modelos de consentimiento para la donación, **tanto sistemas de inclusión opcional**, en los que el consentimiento para la donación de órganos *debe ser obtenido de forma explícita*, como **sistemas de exclusión opcional**, en los que la donación puede llevarse a cabo, *al menos que existan pruebas de objeción a la donación*¹⁵.

Asimismo, la Directiva europea establece que la donación en vida coexistiría con la donación tras el fallecimiento debiendo el donante vivo ser evaluado adecuadamente para determinar su idoneidad para la donación y minimizar el riesgo de transmisión de enfermedades al receptor. Dicho donante tiene que poder decidir libremente **sobre la base de toda la información pertinente, y debe ser informado de antemano sobre la finalidad y la naturaleza de la donación, sus consecuencias y sus riesgos.**

III. La obtención y utilización clínica de los órganos humanos destinados al trasplante y sus requisitos de calidad y seguridad

El *Real Decreto 1723/2012, de 28 de diciembre*, se aplica en España a la donación, la evaluación, la caracterización, la extracción,

¹⁵ Cfr. VOIGHT, «Sistemas de donación de órganos», en <http://www.gobernabilidad.cl/modules.php?name=News&file=print&sid=2504>, consultada en septiembre de 2013, indica que en Austria, donde se consagra una versión estricta de la presunción de consentimiento, igualmente la familia puede ser tenida en cuenta; o en España, donde la extracción de órganos puede ser llevada a cabo por ley sin el consentimiento de la familia, los órganos coordinadores a cargo del proceso de donación no autorizan la extracción de órganos sin la aprobación explícita de la familia. Respecto a la legislación francesa, cfr. en relación al tráfico de órganos, células y tejidos humanos, señala el artículo L1272-1 del Código de la Salud Pública, que como se indica en el art. 511-2 del Código penal francés, el que obtenga de un individuo cualquiera de sus órganos a cambio de precio, se castigará con siete años de prisión y multa de cien mil euros. Con la misma pena se sanciona al que disponga de un órgano de una persona viva, aunque sea para fines terapéuticos, sin que el consentimiento se haya obtenido conforme a lo establecido en el artículo L1231-1 o sin las autorizaciones correspondientes. Vid. al respecto, BLOCKX., *Témoignage du corps humain et consentement éclairé: mens rea in corpore tacito?*, *Revue de droit de la santé*, núm. 3, 2002-2003, pág. 161. Cfr. PROTHAUS, «Un droit penal per les besoins de la bioethique», *Revue de science criminelle et de droit penal comparé*, núm.1, 2000, págs. 39 ss, cuestionando la eficacia de la utilización de legislación penal especial en la materia.

la preparación, la asignación, el transporte y el trasplante de órganos y su seguimiento, así como el intercambio de órganos humanos con otros países. Por supuesto, siempre que los órganos se vayan a utilizar **con finalidad terapéutica**, es decir, con el propósito de favorecer la salud o las condiciones de vida de su receptor, sin perjuicio de las investigaciones que puedan realizarse adicionalmente¹⁶.

En primer lugar, se establece que en la obtención y la utilización de órganos humanos se deberá respetar los derechos fundamentales de la persona y los postulados éticos que se aplican a la práctica clínica y a la investigación biomédica. De igual forma, deberán seguirse los principios **de voluntariedad, altruismo, confidencialidad, ausencia de ánimo de lucro y gratuidad, de forma que no sea posible obtener compensación económica ni de ningún otro tipo por la donación de ninguna parte del cuerpo humano.**

En este sentido, en el artículo 7 de este *Real Decreto 1723/2012* se recoge que no se podrá percibir gratificación alguna por la donación de órganos humanos por el donante, ni por cualquier otra persona física o jurídica. Tampoco se podrán ofrecer o entregar beneficios pecuniarios o de cualquier otro tipo en relación con la asignación de uno o varios órganos para trasplante, así como solicitarlos o aceptarlos.

Sin embargo, la realización de los procedimientos médicos relacionados con la obtención no puede ser, en ningún caso, gravosa para el donante vivo ni para la familia del fallecido, ya que el principio de gratuidad no impide a los donantes vivos el resarcimiento de los gastos y la pérdida de ingresos directamente relacionados con la donación. Se estima, que cuando dicha restitución resulte procedente, habrá de efectuarse necesariamente a través de los mecanismos que se puedan prever a tal efecto por las administraciones competentes.

¹⁶ Quedan excluidos del ámbito de este real decreto: a) los órganos, cuando su extracción tenga como finalidad exclusiva la realización de estudios o análisis clínicos, u otros fines diagnósticos o terapéuticos; b) la sangre y sus derivados; c) los tejidos y células y sus derivados, a excepción de los tejidos compuestos vascularizados; d) los gametos; e) los embriones y fetos humanos; f) el pelo, las uñas, la placenta y otros productos humanos de desecho; g) la realización de autopsias clínicas, conforme a lo establecido en la Ley 29/1980, de 21 de junio, de autopsias clínicas, y en el Real Decreto 2230/1982, de 18 de junio, sobre autopsias clínicas; h) la donación del propio cuerpo para su utilización en estudios, docencia o investigación; i) el xenotrasplante. Cfr. igualmente la Ley 30/1979, de 28 de octubre sobre extracción y trasplante de órganos.

Se prohíbe igualmente, hacer cualquier publicidad sobre la necesidad de un órgano o sobre su disponibilidad, ofreciendo o buscando algún tipo de gratificación o remuneración. **En ningún caso, se exigirá al receptor precio alguno por el órgano trasplantado.**

En relación a los requisitos para la obtención de los órganos debe distinguirse los supuestos de donantes vivos de aquellos casos en los que el donante es una persona que ha fallecido.

Para la obtención de órganos procedentes de *donantes vivos* para su ulterior trasplante deben cumplirse los siguientes requisitos: en primer lugar, el donante **debe ser mayor de edad**, gozar de plenas facultades mentales y de un estado de salud adecuado; segundo, debe tratarse de un **órgano, o parte de él, cuya obtención sea compatible con la vida** y cuya función pueda ser compensada por el organismo del donante de forma adecuada y suficientemente segura; en tercer lugar, en todo caso, el donante habrá de **ser informado previamente** de las consecuencias de su decisión, de los riesgos, para sí mismo o para el receptor, así como de las posibles contraindicaciones, y de la forma de proceder prevista por el centro ante la contingencia de que una vez se hubiera extraído el órgano, no fuera posible su trasplante en el receptor al que iba destinado. El donante **debe otorgar su consentimiento de forma expresa, libre, consciente y desinteresada.**

Por otra parte, el donante **no deberá padecer o presentar deficiencias psíquicas**, enfermedad mental o cualquier otra condición por la que no pueda otorgar su consentimiento en la forma indicada. **Tampoco podrá realizarse la obtención de órganos de menores de edad, aun con el consentimiento de los padres o tutores.**

El destino del órgano obtenido será su trasplante a una persona determinada con el propósito **de mejorar sustancialmente su pronóstico vital o sus condiciones de vida.**

Se detalla que no se obtendrán ni se utilizarán órganos de donantes vivos si no se esperan suficientes posibilidades de éxito del trasplante, si existen sospechas de que se altera el libre consentimiento del donante, o cuando por cualquier circunstancia pudiera considerarse **que media condicionamiento económico, social, psicológico o de cualquier otro tipo.**

En cualquier caso, para proceder a la obtención, será preceptivo disponer de un informe del Comité de Ética correspondiente.

Los donantes vivos se seleccionan sobre la base de su salud y sus antecedentes clínicos. El estado de salud físico y mental del donante

deberá ser acreditado por un médico cualificado distinto de aquéllos que vayan a efectuar la extracción y el trasplante, que informará sobre los riesgos inherentes a la intervención, las consecuencias previsibles de orden somático o psicológico, las repercusiones que pueda suponer en su vida personal, familiar o profesional, así como de los beneficios que se esperan del trasplante y los riesgos potenciales para el receptor. De este modo, debe trasladarse al donante vivo la importancia que reviste la transmisión de sus antecedentes personales. A la luz del resultado de este examen, se podrá excluir a cualquier persona cuando la obtención pueda suponer un riesgo inaceptable para su salud, o el trasplante del órgano obtenido para la del receptor¹⁷.

Como ha resaltado MUÑOZ CONDE, a diferencia de lo que ocurre con la Ley alemana, que exigiría para el transplante de órganos únicos de una persona viva a otra que «el trasplante sea entre parientes en primer y segundo grado, cónyuges, prometidos o personas ligadas por una reconocida vinculación personal especial con el donante», la Ley española no exige ninguna vinculación entre el donante y el receptor.

¹⁷ Para proceder a la obtención de órganos de donante vivo, se precisará la presentación, ante el Juzgado de Primera Instancia de la localidad donde ha de realizarse la extracción o el trasplante, a elección del promotor, de una solicitud del donante o comunicación del Director del centro sanitario en que vaya a efectuarse, o la persona en quien delegue, en la que se expresarán las circunstancias personales y familiares del donante, el objeto de la donación, el centro sanitario en que ha de efectuarse la extracción, la identidad del médico responsable del trasplante y se acompañará el certificado médico sobre la salud mental y física del donante. El donante deberá otorgar su consentimiento expreso ante el Juez durante la comparecencia a celebrar en el expediente de Jurisdicción Voluntaria que se tramite, tras las explicaciones del médico que ha de efectuar la extracción y en presencia del médico al que se refiere el apartado 3 de este artículo, el médico responsable del trasplante y la persona a la que corresponda dar la conformidad para la intervención, conforme al documento de autorización para la extracción de órganos concedida. El documento de cesión del órgano donde se manifiesta la conformidad del donante será extendido por el Juez y firmado por el donante, el médico que ha de ejecutar la extracción y los demás asistentes. Si alguno de los anteriores dudara de que el consentimiento para la obtención se hubiese otorgado de forma expresa, libre, consciente y desinteresada, podrá oponerse eficazmente a la donación. De dicho documento de cesión se facilitará copia al donante. En ningún caso podrá efectuarse la obtención de órganos sin la firma previa de este documento. Entre la firma del documento de cesión del órgano y la extracción del mismo deberán transcurrir al menos veinticuatro horas, pudiendo el donante revocar su consentimiento en cualquier momento antes de la intervención sin sujeción a formalidad alguna. Dicha revocación no podrá dar lugar a ningún tipo de indemnización. La obtención de órganos procedentes de donantes vivos sólo podrá realizarse en los centros sanitarios expresamente autorizados para ello, debiendo informar del procedimiento a la autoridad competente responsable con anterioridad a su realización. Deberá proporcionarse al donante vivo asistencia sanitaria para su restablecimiento y se facilitará su seguimiento clínico en relación con la obtención del órgano.

Por lo tanto, en el Derecho español no se daría la polémica que habría provocado el denominado *cross-over* o trasplante entre parejas que previamente no tienen ninguna relación¹⁸.

En estos casos, el marido quiere donar uno de sus riñones, pero tiene con la mujer una incompatibilidad sanguínea. En esta situación, puede encontrar otro matrimonio que tiene el mismo problema, pero que no tiene la incompatibilidad sanguínea que él tiene con su mujer y por lo tanto, puede donar un riñón que ella necesita, a cambio de que el haga lo mismo respecto a la otra mujer. La cuestión residiría en si se da la «especial vinculación personal» entre donante y receptor que exigiría la Ley alemana¹⁹.

SCHREIBER habría sostenido que la situación de necesidad en la que se encontrarían ambas parejas fundamentaría la especial vinculación personal que exige la ley alemana, y que en este caso, el trasplante sería legalmente admisible. En cambio, SCHROTH mantiene que en estas situaciones, el hecho de que se compartan sufrimiento, no fundamentaría todavía la existencia de una estrecha relación personal²⁰.

La cuestión no carecería de trascendencia, porque en la Ley alemana se sanciona con pena la infracción de esta prohibición legal. En este sentido, SCHROTH habría sostenido una «reducción teleológica» de la prohibición contenida en la Ley alemana entendiendo que la vinculación personal exigible se daría cuando entre ellos existan sentimientos de afectividad y la relación tenga origen en sus respectivas biografías, siendo necesario el conocimiento público de la misma, bastando con que dicha situación sea patente para el médico²¹.

¹⁸ MUÑOZ CONDE, «Algunas cuestiones relacionadas con el consentimiento del paciente y el tratamiento médico», en MUÑOZ CONDE (Director), *Problemas actuales del Derecho penal y la Criminología. Estudios penales en memoria de la Profesora Dra. María del Mar Díaz Pita*, Valencia, 2008, págs. 458 ss. Asimismo sobre **el principio de subsidiariedad en la regulación alemana**, de las donaciones de órganos de donantes vivos frente a las donaciones post-mortem, cfr. TAMBORNINO, «Organ Transplantation», marzo, 2010, pág. 11, en <http://www.drze.de/in-focus/organ-transplantation>, consultada en octubre 2013. Se recoge que una donación de órganos de donantes vivos solamente es permisible cuando no están disponibles órganos de personas fallecidas en el momento de la extracción.

¹⁹ MUÑOZ CONDE, «Algunas cuestiones relacionadas con el consentimiento del paciente y el tratamiento médico», en MUÑOZ CONDE (Director), *Problemas actuales del Derecho penal y la Criminología. Estudios penales en memoria de la Profesora Dra. María del Mar Díaz Pita*, Valencia, 2008, págs. 458 ss

²⁰ MUÑOZ CONDE, *ul. op. cit.*, págs. 458 ss.

²¹ MUÑOZ CONDE, *ul. op. cit.*, págs. 458 ss. Cfr. igualmente, SCHROTH, en ROXIN, SCHROTH, *Medizinstrafrecht*, 2.^a Edición, págs. 257 ss.

En España, no plantearían inconvenientes los trasplantes *cross-over*, pero de la polémica alemana puede concluirse como afirma MUÑOZ CONDE que la motivación de la exigencia de dicha vinculación especial se debería a que cuando no se dicha vinculación podría haberse sospechado que la donación encubriese una operación económica²².

En el supuesto **de donantes fallecidos** es necesario: primero, que la persona fallecida de la que se pretende obtener órganos, **no haya dejado constancia expresa de su oposición a que después de su muerte se realice la obtención de órganos**. Dicha oposición, así como su conformidad si la desea expresar, podrá referirse a todo tipo de órganos o solamente a alguno de ellos y será respetada. En segundo lugar, **en el caso de que se trate de menores de edad o personas incapacitadas, la oposición** podrá hacerse constar por quienes hubieran ostentado en vida de aquéllos **su representación legal**, conforme a lo establecido en la legislación civil.

Por ello, siempre que se pretenda proceder a la obtención de órganos de donantes fallecidos en un centro autorizado, el responsable de la coordinación hospitalaria de trasplantes deberá realizar determinadas comprobaciones pertinentes sobre la voluntad del fallecido: investigar si el donante hizo patente su voluntad a alguno de sus familiares, o a los profesionales que le han atendido en el centro sanitario, a través de las anotaciones que los mismos hayan podido realizar en la historia clínica, o en los medios previstos en la legislación vigente; examinar la documentación y pertenencias personales que el difunto llevaba consigo²³.

²² MUÑOZ CONDE, *ul. op. cit.*, págs. 458 ss.

²³ La obtención de órganos de fallecidos sólo podrá hacerse previo diagnóstico y certificación de la muerte realizados con arreglo a lo establecido en este real decreto y en particular en el anexo I, las exigencias éticas, los avances científicos en la materia y la práctica médica generalmente aceptada. Los profesionales que diagnostiquen y certifiquen la muerte deberán ser médicos con la cualificación adecuada para esta finalidad, distintos de aquéllos que hayan de intervenir en la extracción o el trasplante y no estarán sujetos a las instrucciones de estos últimos. La muerte del individuo podrá certificarse tras la confirmación del cese irreversible de las funciones circulatoria y respiratoria o del cese irreversible de las funciones encefálicas. Será registrada como hora de fallecimiento del paciente la hora en que se completó el diagnóstico de la muerte. El cese irreversible de las funciones circulatoria y respiratoria se reconocerá mediante un examen clínico adecuado tras un período apropiado de observación. Los criterios diagnósticos clínicos, los períodos de observación, así como las pruebas confirmatorias que se requieran según las circunstancias médicas, se ajustarán a los protocolos incluidos en el anexo I.

En el supuesto expresado en el párrafo anterior, y a efectos de la certificación de muerte y de la obtención de órganos, **será exigible la existencia de un certificado**

Por otra parte, con el fin de proteger la salud de donantes vivos y receptores, se garantizará la trazabilidad de todos los órganos obtenidos, asignados, trasplantados o desestimados en España, implementándose un sistema de identificación de donantes y receptores que permita identificar cada donación y cada uno de los órganos y receptores asociados a ella²⁴.

En relación a las infracciones administrativas en el artículo 32 *del Real Decreto 1723/2012, de 28 de diciembre*, se contienen entre otras conductas, como **infracciones muy graves** la realización de cualquier actividad regulada sin respetar los principios de voluntariedad, altruismo, ausencia de ánimo de lucro o gratuidad; la publicidad sobre la necesidad o la disponibilidad de un órgano, ofreciendo o solicitando algún tipo de gratificación o remuneración; la obtención de órganos de donante vivo en ausencia de cumplimiento de cualquiera de los requisitos previos, como los relativos a la mayoría de edad, facultades mentales, estado de salud y consentimiento; y la obtención de órganos de donante fallecido en ausencia cualquiera de los requisitos previos establecidos, en particular, los relativos a la investigación sobre la voluntad del fallecido respecto a la donación de órganos y el diagnóstico y la certificación de la muerte.

Entre las **infracciones graves** se detallan asimismo la publicidad sobre la necesidad de órganos en beneficio de personas concretas, de centros sanitarios o instituciones, fundaciones o empresas determinadas, así como la publicidad engañosa que induzca a error sobre la obtención y la utilización clínica de órganos humanos; y entre **las infracciones leves** el incumplimiento de los requisitos de etiquetado y transporte de órganos humanos.

de muerte extendido por un médico diferente de aquel que interviene en la extracción o el trasplante. El cese irreversible de las funciones encefálicas, esto es, la constatación de coma arreactivo de etiología estructural conocida y carácter irreversible, se reconocerá mediante un examen clínico adecuado tras un período apropiado de observación. En el supuesto expresado en el párrafo anterior, y a efectos de la certificación de muerte y de la obtención de órganos, será exigible la existencia de un certificado de muerte firmado por tres médicos, entre los que debe figurar un neurólogo o neurocirujano y el Jefe de Servicio de la unidad médica donde se encuentre ingresado, o su sustituto. En ningún caso dichos facultativos podrán formar parte del equipo extractor o trasplantador de los órganos. En los casos de muerte accidental, así como cuando medie una investigación judicial, antes de efectuarse la obtención de órganos deberá recabarse la autorización del juez que corresponda, el cual, previo informe del médico forense, deberá concederla siempre que no se obstaculice el resultado de la instrucción de las diligencias penales.

²⁴ Cfr. Artículos 21 y 22 del *Real Decreto 1723/2012, de 28 de diciembre*.

En los supuestos en que las infracciones pudieran ser constitutivas de delito, se pasará el tanto de culpa a la jurisdicción competente y no se seguirá el procedimiento sancionador mientras la autoridad judicial no dicte resolución firme que ponga fin al procedimiento. De no haberse estimado la existencia de delito, se continuará el expediente sancionador tomando como base los hechos que los Tribunales hayan considerado probados²⁵.

IV. La introducción del delito de tráfico de órganos en el Código Penal Español

En la *Exposición de Motivos de la Ley orgánica 5/2010, de 22 de junio*, se destacó que como respuesta al fenómeno cada vez más extendido de la compraventa de órganos humanos y al llamamiento de diversos foros internacionales a abordar su punición, se habría incorporado como infracción penal la obtención o el tráfico ilícito de órganos humanos, así como el trasplante de los mismos. Se reconoce que aunque nuestro Código Penal ya contemplaba estas conductas en el delito de lesiones, era necesario dar un tratamiento diferenciado a dichas actividades castigando a todos aquellos que promovieran, favorecieran o publicitaran la obtención o el tráfico ilegal de órganos humanos ajenos o su trasplante. Por otra parte, se habría considerado preciso incriminar incluso a la figura del receptor de órganos que conociendo su origen ilícito, consintiera en la realización del trasplante.

²⁵ Las infracciones a que se refiere el artículo 33 serán sancionadas con multa de acuerdo con la graduación establecida en el artículo 58 de la *Ley 33/2011, de 4 de octubre*, el artículo 45 de la *Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre*, y en el artículo 36 de la *Ley 14/1986, de 25 de abril*. En el art. 58 de la *Ley 33/2011, de 4 de octubre* se establece que la comisión de infracciones en materia de salud pública dará lugar a la imposición de las siguientes sanciones, sin perjuicio de las que puedan establecer las comunidades autónomas y Entidades locales en el ámbito de sus competencias: a) en el caso de infracción muy grave: Multa de 60.001 hasta 600.000 euros, pudiendo rebasar esta cuantía hasta alcanzar el quíntuplo del valor de mercado de los productos o servicios objeto de la infracción; b) en el caso de las infracciones graves: Multa de 3.001 hasta 60.000 euros; c) en el supuesto de las infracciones leves: Multa de hasta 3.000 euros. Sin perjuicio de la sanción económica que pudiera corresponder, en los supuestos de infracciones muy graves, se podrá acordar por la autoridad competente el cierre temporal de los establecimientos o servicios por un plazo máximo de cinco años.

Como ha puesto de manifiesto GARCÍA ALBERO, tal novedosa figura delictiva no figuraba en el Anteproyecto de reforma del Código penal, pero fue incorporada al Proyecto a instancia del Ministerio de Sanidad y Política Social²⁶.

Actualmente, en el artículo 156 bis del Código penal se sanciona la conducta de los *que promuevan, favorezcan, faciliten o publiciten la obtención o el tráfico ilegal de órganos humanos ajenos o el trasplante de los mismos, que serán castigados con la pena de prisión de seis a doce años si se tratara de un órgano principal, y de prisión de tres a seis años si el órgano fuera no principal.*

De igual forma, se añade que *si el receptor del órgano consintiera la realización del trasplante conociendo su origen ilícito será castigado con las mismas penas que en el apartado anterior, que podrán ser rebajadas en uno o dos grados atendiendo a las circunstancias del hecho y del culpable.*

En el art. 156.3 bis CP se establece que cuando de acuerdo con lo establecido en el artículo 31 bis una persona jurídica sea responsable de los delitos comprendidos en este artículo, se le impondrá la pena de multa del triple al quíntuple del beneficio obtenido y que atendidas las reglas establecidas en el artículo 66 bis, los jueces y tribunales podrán asimismo imponer las penas recogidas en las letras b) a g) del apartado 7 del artículo 33.

Como habría sostenido GÓMEZ RIVERO, de una lectura conjunta de los distintos instrumentos internacionales que reflejan la preocupación por el tráfico ilegal de órganos se desprende el interés por asegurar de forma amplia la calidad y la seguridad de los órganos, tejidos y células humanas destinadas al trasplante, así como las condiciones de su realización en la secuencia que abarca desde su extracción hasta la efectiva implantación en el receptor. El mensaje y la preocupación de estos instrumentos reclamarían una protección más amplia, que la otorgada por los delitos contra bienes jurídicos individuales²⁷.

²⁶ GARCÍA ALBERO, «El nuevo delito de tráfico de órganos», en ÁLVAREZ GARCÍA, GONZÁLEZ CUSSAC, *Comentarios a la reforma penal de 2010*, Valencia, 2010, TOL1.951.706.

²⁷ GÓMEZ RIVERO, «El delito de tráfico ilegal de órganos humanos», *Revista penal*, núm. 31, 2013, pág. 117.

1. El bien jurídico protegido en el artículo 156 bis CP

Una de las cuestiones más debatidas por parte de la doctrina, ha sido la adecuada delimitación del bien jurídico protegido en el nuevo tipo delictivo. A pesar de reconocerse la necesidad de tipificación de esta serie de conductas, se habría señalado la opacidad del texto legal de la reforma, debido posiblemente a la ausencia de tradición en nuestro ordenamiento jurídico de un delito que tipificara expresamente las conductas relacionadas con el tráfico de órganos (ya que hasta la reforma de 2010 su castigo solamente podía situarse con clásicos delitos que protegen bienes jurídicos individuales como lesiones, homicidio, libertad o integridad moral)²⁸.

Sin embargo, a nuestro juicio, una cuestión que merece ser abordada como paso previo al examen del concreto bien jurídico protegido en el tipo del art. 156 bis CP, sería el debate sobre si debería existir un «mercado legal de tráfico de órganos», que habría sido planteada por algunos autores.

Recoge PUENTE ABA, que se habría sostenido una postura favorable a la creación de un mercado legal de órganos, cuando éste fuera articulado de tal forma que el donante enajenara un órgano propio al Estado o a una organización internacional a cambio de un precio fijado, para su posterior distribución por parte de estas entidades²⁹.

Los defensores de esta teoría la justificarían principalmente en tres motivos: en primer lugar, se alude a que de este modo podría desaparecer el «mercado negro» o no regulado de órganos, con ventas entre particulares o a profesionales que pueden enriquecerse con tal actividad. En segundo lugar, se considera que podría aumentar el número de órganos disponibles; y en tercer lugar, se estima que con estas conductas a la vez se generaría una posibilidad de actuación remunerada para personas sin recursos, sobre todo teniendo en cuenta que no se prohíben otras actividades arriesgadas para la salud que se realizan con el fin de obtener ganancias patrimoniales³⁰.

Frente a estas posturas, estos argumentos habrían sido especialmente atacados por quienes se opondrían a la configuración de un mercado legal de órganos, aduciendo que de esta forma se estaría

²⁸ GÓMEZ RIVERO, *ul. op. cit.*, pág. 118.

²⁹ PUENTE ABA, «La protección frente al tráfico de órganos: su reflejo en el Código penal español», *Revista Derecho y Proceso Penal*, núm. 26, 2011, págs. 135-152.

³⁰ PUENTE ABA, «La protección frente al tráfico de órganos: su reflejo en el Código penal español», *Revista Derecho y Proceso Penal*, núm. 26, 2011, págs. 135-152. Citando (cfr. nota 21) MASON, LAURIE, *Law and Medical Ethics*, Oxford, 2011, págs. 545 s.

permitiendo una explotación de las personas con escasos recursos económicos (que no podrían tener otra forma de obtener ganancias patrimoniales), cuyo consentimiento por lo tanto no sería genuino y libre, y tampoco podrían ver eliminada su situación de pobreza por las ganancias obtenidas con la venta de un órgano. Del mismo modo, también se habría destacado como otro argumento en contra de la creación de este «mercado legal de órganos», las importantes desigualdades económicas en el plano de los receptores, puesto que solo podrían acceder al mismo las personas de mejor condición económica, sumándose a este hecho las enormes dificultades para fijar un precio para los diferentes tipos de órganos y la problemática de la existencia de diversidad de precios según los países o la discutida compatibilidad de estas conductas con el respeto de la dignidad humana o los principios de gratuidad y altruismo, que habrían venido presidiendo la donación y el transplante de órganos³¹.

Una vez delimitado este aspecto, en torno a la necesidad de su tipificación expresa, como habría afirmado MUÑOZ CONDE, a pesar de que *la Exposición de Motivos de la Ley orgánica 5/2010*, señalaba que no era necesaria la tipificación del delito de tráfico de órganos, puede considerarse que esta afirmación sería verdad solo en parte, ya que aunque la extracción misma de un órgano pudiera ser constitutiva de un delito de mutilación de órganos principal o no principal, las conductas posteriores de tráfico o de transplante del órgano, salvo que hubieran sido concertadas previamente a la intervención, podían quedar impunes o constituir un delito de encubrimiento, y tampoco se comprenderían las conductas anteriores o no directamente vinculadas con la extracción como la promoción del tráfico³².

³¹ PUENTE ABA, «La protección frente al tráfico de órganos: su reflejo en el Código penal español», *Revista Derecho y Proceso Penal*, núm. 26, 2011, págs. 135-152.

³² MUÑOZ CONDE, *Derecho penal, Parte especial*, Valencia, 2013, págs. 122 ss. Cfr. igualmente, págs. 113 s y 121 donde se recoge que en el delito de lesiones se encuentra ya tipificados supuestos de mutilación de órganos. Asimismo, la regulación de tráfico de órganos prohibido expresamente la venta de órganos, por lo tanto en estos casos no es válido el consentimiento del donante, conforme a lo dispuesto en los artículos 155 y 156.1 CP. En el 156 CP el consentimiento en el caso de transplante de órganos de la persona afectada es lo que realmente justifica estas intervenciones poniendo el legislador especial énfasis en que el consentimiento sea válido, es decir, que no se haya obtenido viciadamente mediante precio o recompensa o que el otorgante no sea menor de edad o incapaz. Fuera del ámbito de aplicación del art. 155 CP quedarían los supuestos de participación en una autolesión y la autolesión misma que serían conductas atípicas. En los casos de puesta en peligro por tercero con consentimiento del afectado lo que se plantearía es la posible responsabilidad del tercero por un delito de lesiones imprudentes del art. 152 CP.

En relación a cuál sería el concreto bien jurídico protegido en la norma penal, se habría esgrimido que las conductas de tráfico de órganos no afectarían únicamente a la salud personal, tanto del donante como del receptor, sino que también resultarían comprometidas la libertad y la dignidad del donante, en los casos en los que no se produjese una cesión del órgano en forma voluntaria, y asimismo, habría una dimensión lesiva de carácter supraindividual pues se comprometerían los principios de gratuidad y solidaridad que presiden la donación y el trasplante de órganos³³.

En este aspecto, siguiendo a GÓMEZ RIVERO, puede sintetizarse en relación a cual sería el bien jurídico protegido en este tipo delictivo que se habrían producido dos corrientes diversas: por una parte, algunos autores habrían considerado que el delito toma como referente de su protección el interés individual de preservar la salud de las personas, básicamente del donante³⁴, y por otra, se habría defen-

³³ PUENTE ABA, «La protección frente al tráfico de órganos: su reflejo en el Código penal español», *Revista Derecho y Proceso Penal*, núm. 26, 2011, págs. 135-152. Sobre la fundamentación de la prohibición penal del tráfico de órganos basada en la dignidad humana, MUÑOZ CONDE, «Algunas cuestiones relacionadas con el consentimiento del paciente y el tratamiento médico», en MUÑOZ CONDE (Director), *Problemas actuales del Derecho penal y la Criminología. Estudios penales en memoria de la Profesora Dra. María del Mar Díaz Pita*, Valencia, 2008, págs. 462 ss, donde se recoge que si se admitiera que en el tráfico de órganos, el mismo ser humano o sus restos mortales serían objeto de intereses financieros y ello supondría tanto como instrumentalizarse en beneficio de terceros, argumenta que esta idea que puede explicar la prohibición del tráfico de órganos cuando el donante vivo recibe en vida una contraprestación económica a cambio de su donación, no puede trasladarse cuando el donante quiere que se pague a su familia después de la muerte. Ello explicaría, por qué antes de la Ley orgánica 5/210, el tráfico de órganos solo podía constituir un delito de lesiones para terceros, (médicos, intermediarios o el propio receptor), pero no para el donante, que con su consentimiento todo lo mas que puede conseguir es que la pena del delito de lesiones que han cometido las terceras personas pudiera ser atenuada conforme a lo dispuesto en el art. 155 CP, ya que el efecto eximente del art. 156 CP sería con el cumplimiento de lo dispuesto en la normativa de trasplante de órganos. Se añade que si se sigue la teoría de la imputación objetiva de ROXIN, el consentimiento de la víctima en la propia lesión o en la puesta en peligro, excluiría la imputación a terceros del resultado lesivo. Si bien, ello plantearía inconvenientes con lo dispuesto en el parágrafo 226.^a, del Código penal alemán, que excluye la eficacia eximente en el delito de lesiones cuando «éste es contrario a las buenas costumbres».

³⁴ GÓMEZ RIVERO, «El delito de tráfico ilegal de órganos humanos», *Revista penal*, núm. 31, 2013, pág. 118. Citando entre otros, GARCÍA ALBERO, «El nuevo delito de tráfico de órganos», en ÁLVAREZ GARCÍA, GONZÁLEZ CUSSAC (coordinación), *Comentarios a la reforma penal de 2010*, Valencia, 2010, págs. 183 ss.; DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, «El delito de tráfico de órganos humanos», en DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO (Director), *Estudios sobre las reformas del Código penal: (operadas por la LO 5/2010, de 22 de junio, y 3/2011, de 28 de enero)*, 2011, págs. 279 s.

dido que se protegería un bien jurídico de dimensión colectiva que desbordaría la óptica individual de los sujetos en concreto afectados para preservar las condiciones de seguridad del tráfico de órganos, y en términos amplios, la salud pública³⁵.

En lo que respecta a la primera postura, se fundamentaría en la ubicación sistemática del precepto y en la atención prestada, en las concretas penas asignadas por el delito, ya que éstas se gradúan en función de que el órgano sobre el que recaigan las distintas conducta típicas sea o no principal, fijando el legislador el marco penal para cada uno de estos casos en correspondencia exacta con lo previsto para los delitos de lesiones recogidos en los artículos 149 y 150 CP³⁶.

GARCÍA ALBERO habría resaltado que en el tráfico de órganos entendido en sentido amplio con inclusión del comercio y turismo, presentaría diversos perfiles de lesividad, de dimensión distinta (individual y colectiva). En la vertiente individual, el tráfico compromete en primer lugar a la integridad física y la salud del donante, bien por la conducta misma de extracción del órgano, bien por las condiciones en que pueda realizarse dicha extracción y la ausencia de controles sanitarios y cuidados posteriores en el donante. El éxito del trasplante no solo concierne a la salud del receptor sino también a la salud del donante vivo. En su modalidad de trata, (tráfico en sentido estricto), el tráfico atentaría adicionalmente contra la libertad y dignidad del donante, que es cosificando y tratado como mercancía al servicio de toros, el receptor. Pero la lesividad de estas conductas no se limita al potencial donante-víctima, sino que el uso terapéutico del trasplante no esta exento de riesgos básicamente de transmisión de enfermedades y de ahí la importancia del proceso de selección y evaluación de donantes y órganos³⁷.

Por ello, indica GARCÍA ALBERO que no puede negarse que el tráfico de órganos presenta una dimensión lesiva supraindividual, al comprometer valores básicos como los principios de altruismo y solidaridad en la donación y equidad en el acceso a la terapia de trasplante. Asimismo, la conductas de turismo de trasplante, comprometerían la capacidad del sistema sanitario de determinaos países para ofrecer servicios a su propia población, atentando contra

³⁵ GÓMEZ RIVERO, «El delito de tráfico ilegal de órganos humanos», *Revista penal*, núm. 31, 2013, pág. 118, citando entre otros, MUÑOZ CONDE, *Derecho penal, parte especial*, Valencia, 2010, pág. 132; QUERALT JIMÉNEZ, *Derecho penal español, parte especial*, Barcelona, 2010, pág. 147.

³⁶ GÓMEZ RIVERO, *ul. op. cit.*, págs. 118 s.

³⁷ GARCÍA ALBERO, «El nuevo delito de tráfico de órganos», en ÁLVAREZ GARCÍA, GONZÁLEZ CUSSAC, *Comentarios a la reforma penal de 2010*, Valencia, 2010, TOL1.951.706.

la equidad en el acceso de esta terapia. Sin embargo, añade que el legislador español **habría prescindido de todos esos perfiles complejos, para situarse frente al solo plano de la protección de la salud e integridad física del donante. En consecuencia, solo se protegería la integridad y salud del donante vivo**³⁸.

La segunda vertiente mencionada, en cambio, partiría de la interpretación que se desprendería de los documentos internacionales citados en *la Exposición de Motivos de la Ley orgánica 5/2010*, cuya protección excedería de la preocupación por castigar puntualmente el tráfico de órganos conforme a un delito de lesiones, homicidio, contra la libertad o integridad moral. Desde este punto de vista, se estimaría que sería absurdo que el legislador español pretendiera dar respuesta a esta inquietud incorporando un tipo delictivo cuyo valor fuera solo redundante respecto a la protección ya otorgada por los clásicos delitos de lesiones, sin aportar nada más³⁹.

En este sentido, MUÑOZ CONDE habría considerado que en el art. 156.1 bis CP se trataría más que de proteger la integridad física o la salud de la persona que en el caso concreto cede algún órgano, de evitar que dichos actos se conviertan en un negocio para terceras personas que se aprovechen de la necesidad del que para conseguir dinero ofrece uno de sus órganos para que se trasplante a otro. Por ello, el bien jurídico protegido sería más bien de carácter social que individual⁴⁰.

QUERALT habría sostenido que debería haberse considerado a este delito entre los delitos contra la salud pública, ya que no podría estimarse que se protege ni la salud del receptor ni la del donante, ya que por otra parte la lesión del donante ya encajaba en los tradicio-

³⁸ GARCÍA ALBERO, «El nuevo delito de tráfico de órganos», en ÁLVAREZ GARCÍA, GONZÁLEZ CUSSAC, *Comentarios a la reforma penal de 2010*, Valencia, 2010, TOL1.951.706. FERNÁNDEZ BAUTISTA, CORCOY BIDAOSLO, CARDENAL MONTRAVETA, MIR PUIG, BOLEA BORDÓN, GALLEGO SOLER, GÓMEZ MARTÍN, SANTANA VEGA, MIR PUIG, HORTAL IBARRA, CARPIO BRIZ, ARZA, BESIO, *Comentarios al Código penal*, Valencia, 2011, TOL2.049.008. Se considera que los delitos previstos en el precepto son de naturaleza pluriofensiva. Por una parte, de la ubicación sistemática del precepto se deduce que es preciso que la conducta ponga en peligro la salud individual de alguna persona. Por otra, se atenta contra la salud pública, más concretamente contra el correcto funcionamiento del sistema de trasplantes. Esta última circunstancia excluye del tipo aquellos supuestos en los que los órganos provengan de donantes fallecidos.

³⁹ GÓMEZ RIVERO, «El delito de tráfico ilegal de órganos humanos», *Revista penal*, núm. 31, 2013, págs. 118 s.

⁴⁰ MUÑOZ CONDE, *Derecho penal, Parte especial*, Valencia, 2013, págs. 122 ss.

nales delitos de lesiones al margen de cual fuera la concreta finalidad de la lesión⁴¹.

Asimismo, también se ha detallado que el delito de tráfico y trasplante ilegal de órganos sería un delito de lesión de un bien jurídico supraindividual, la salud pública, que utiliza como referente típico el peligro que se generaría para un interés individual, la salud del donante. La nueva incriminación se fundamentaría en la necesidad de proteger una de las condiciones que posibilitan la salud de la población, estimándose que todas las conductas descritas en el art.156 bis serían actos de debilitamiento de un elemento constitutivo de la salud pública, el funcionamiento del sistema nacional de trasplantes, construido sobre la gratuidad, el altruismo así como la equidad en la selección y el acceso al trasplante. Sin embargo, para establecer el grado de afectación del bien jurídico supraindividual que pueda legitimar una pena tan importante y seleccionar así sólo las conductas más graves para la salud pública, el legislador habría introducido un referente individual, la salud del donante, que habría de ser puesta en peligro. Se estima que la ubicación sistemática del precepto sería un argumento decisivo en este sentido, entendiéndose que la conducta debería implicar un riesgo para la salud de alguna persona determinada. La consecuencia más importante de esta concepción del bien jurídico sería que quedan excluidas del tipo las actuaciones que tengan como objeto el trasplante de órganos provenientes de donantes fallecidos⁴².

GÓMEZ RIVERO habría puesto de relieve que del tenor literal del art. 156 bis CP parece deducirse que se contemplaría las conductas que recaigan sobre órganos de donantes vivos y también el comercio ilegal de los extraídos de personas ya fallecidas, con lo que afirmar que en tales casos se trataría de preservar solo la integridad, la salud o incluso la vida del donante resultaría manifiestamente un sinsentido⁴³.

Asimismo, en relación al argumento de que las concretas penas asignadas por el delito se gradúan en función de que el órgano sobre el que recaigan las distintas conducta típicas, afirma que aun recono-

⁴¹ QUERALT JIMÉNEZ, *Derecho penal español, Parte especial*, Barcelona, 2010, pág. 147. PUENTE ABA, «La protección frente al tráfico de órganos: su reflejo en el Código penal español», *Revista Derecho y Proceso Penal*, núm. 26, 2011, págs. 135-152.

⁴² VV. AA, «Delitos contra las personas. Tráfico de órganos», en http://www.individual.efl.es/ActumPublic/ActumG/MementoDoc/MPEN_07475_7485.pdf, consultada en diciembre 2013.

⁴³ GÓMEZ RIVERO, «El delito de tráfico ilegal de órganos humanos», *Revista penal*, núm. 31, 2013, pág. 119.

ciendo la potencia formal de este argumento, cuando se razona desde una perspectiva **material** el objeto de protección es distinto del de los referidos delitos de lesiones. Primero, no podría entenderse que el legislador esta 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 presente allí donde el órgano sea no solo principal, sino también vital. Segundo, porque si en el art. 156 bis CP se protegiera la salud e integridad física habría que entender que el legislador ha roto en relación con las lesiones que traen causa de un trasplante no solo las reglas generales de autoría y participación, sino también las que atienden a la fase *del iter criminis*. Debería asumirse entonces que la conducta preparatoria de ofertar un riñón se castigaría con una pena de hasta doce años de prisión como si de su pérdida efectiva se tratase, siendo una pena claramente desproporcionada a la prevista en el art. 151 CP para los actos preparatorios punibles de lesiones. Finalmente, en tercer lugar, recalca que si se atiende en exclusiva a la situación de peligro en que se encuentra el donante, habría que concluir afirmando que el legislador se ha desentendido de la situación de riesgo para la salud de la otra parte como es el receptor, respecto al que sin embargo, la clandestinidad del órganos puede determinar que se someta al implante fuera del circuito de centros garantizado⁴⁴.

Por ello, si realmente, el sentido del art. 156 bis CP⁴⁵ fuera dispensar protección a la salud, la única razón para que no le alcanzara las

⁴⁴ GÓMEZ RIVERO, *ul. op. cit.*, pág. 120.

⁴⁵ En relación al **Anteproyecto de Reforma del Código penal de octubre de 2012 y al Proyecto de 20 de septiembre de 2013, de Reforma del Código penal**, se prevé en cuanto a la supresión de las faltas contra las personas que recogía el Título I del Libro III del Código Penal, que en su mayoría se trata de conductas tipificadas ya como delitos, que pueden incluirse en cada uno de ellos como subtipo atenuado aplicable a los supuestos en los que las circunstancias del hecho evidencian una menor gravedad. Así, desaparecen las faltas de lesiones, **y con ello el problema de la distinción delito-falta por la necesidad de tratamiento médico o quirúrgico**. Las lesiones de menor gravedad, en atención al medio empleado y al resultado producido, se van a sancionar en el subtipo atenuado del artículo 147.2, aumentando el margen de apreciación para la imposición de la pena de tal forma que sea el Juez o Tribunal el que fije y gradúe la pena en función de la concreta gravedad. Se tipifica como delito leve «el que golpear o maltratare de obra a otro sin causarle lesión», esto es, la falta del actual artículo 617.2, que se agrava en el caso de víctimas vulnerables por el artículo 153, al igual que las lesiones leves del artículo 147.2. En atención a la escasa gravedad de las lesiones y de los maltratos de obra, sólo van a ser perseguibles «mediante denuncia de la persona agraviada o de su representante legal». Con ello se evita la situación actual, en la que un simple parte médico de lesiones de escasa entidad obliga al Juez de Instrucción a iniciar todo un proceso judicial y a citar al lesionado para que acuda obligatoriamente al Juzgado a fin de hacerle el ofrecimiento de acciones como

reglas del art. 155 CP⁴⁶ sería la de encontrarnos en un supuesto de **paternalismo extremo**, difícilmente compatible con los esquemas que en general inspiran el Derecho penal, y sobre todo, con el protagonismo de la autonomía de la voluntad en materia de lesiones⁴⁷.

perjudicado, con los inconvenientes que ello le ocasiona. Parece más adecuado que sólo se actúe cuando el perjudicado interponga denuncia.

Se añade que en cuando al homicidio y lesiones imprudentes, se estima oportuno reconducir las actuales faltas de homicidio y lesiones por imprudencia leve hacia la vía jurisdiccional civil, de modo que sólo serán constitutivos de delito el homicidio y las lesiones graves por imprudencia grave (artículos 142 y 152 del Código Penal). No toda actuación culposa de la que se deriva un resultado dañoso debe dar lugar a responsabilidad penal, sino que el principio de intervención mínima y la consideración del sistema punitivo como última ratio, determinan que en la esfera penal deban incurrirse exclusivamente los supuestos más graves de imprudencia, reconduciendo otro tipo de conductas culposas a la vía civil, en su modalidad de responsabilidad extracontractual o aquiliana de los artículos 1902 y siguientes del Código Civil, a la que habrá de acudir quien pretenda exigir responsabilidad por culpa de tal entidad.

Las amenazas y coacciones de carácter leve se sancionan como subtipo atenuado en cada uno de los respectivos delitos, manteniéndose la exigencia de su persecución sólo a instancia de parte. En cambio, las injurias leves y las vejaciones injustas quedan al margen del ámbito penal, por tratarse de ofensas de carácter privado cuya reparación puede exigirse en la vía jurisdiccional civil o mediante los actos de conciliación. La intención, por tanto, es que sólo se deriven a la vía penal aquellas conductas que tengan verdadera entidad y relevancia, cuando además no existan medios alternativos para la solución del conflicto. De igual modo, se da un mejor tratamiento a la posible esterilización de las personas con discapacidad, que se circunscribe a supuestos excepcionales en los que se produzca grave conflicto de bienes jurídicos protegidos. El nuevo artículo 156 se remite a las leyes procesales civiles, que regularán los supuestos de esterilización de la forma más adecuada y garantista para los derechos de las personas con discapacidad. En tanto se dicte esta nueva normativa, se mantendrá la vigencia de la actual regulación que contempla el Código.

⁴⁶ En relación **al Proyecto de 20 de septiembre de 2013**, en el apartado centésimo cuarto, se modifica el artículo 156 CP: «No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, el consentimiento válida, libre, consciente y expresamente emitido exime de responsabilidad penal en los supuestos de trasplante de órganos efectuado con arreglo a lo dispuesto en la Ley, esterilizaciones y cirugía transexual realizadas por facultativo, salvo que el consentimiento se haya obtenido viciadamente, o mediante precio o recompensa, o el otorgante sea menor de edad o carezca absolutamente de aptitud para prestarlo, en cuyo caso no será válido el prestado por éstos ni por sus representantes legales. No será punible la esterilización acordada por órgano judicial en el caso de personas que de forma permanente no puedan prestar en modo alguno el consentimiento al que se refiere el párrafo anterior; siempre que se trate de supuestos excepcionales en los que se produzca grave conflicto de bienes jurídicos protegidos, a fin de salvaguardar el mayor interés del afectado, todo ello con arreglo a lo establecido en la legislación civil». En el apartado centésimo quinto, se introduce un nuevo artículo 156 ter: «a los condenados por la comisión de uno o más delitos comprendidos en este Título se les podrá imponer además una medida de libertad vigilada.»

⁴⁷ GÓMEZ RIVERO, «El delito de tráfico ilegal de órganos humanos», *Revista penal*, núm. 31, 2013, pág. 121.

No obstante, se habría detallado que la elevación a objeto inmediato de tutela de un bien jurídico colectivo no impide reconocer que mediatamente estaría también en juego la protección de bienes individuales, como puede ser la preservación de la salud o la vida de los distintos individuos. La atención a los intereses de alcance individual se erigiría no en el fundamento del precepto, sino en su límite. El art. 156 bis CP requeriría la comprobación *de un injusto material de la conducta, mas allá de la contravención administrativa, cifrado en que reporte un peligro, aun abstracto, para cualquiera de las partes afectadas*. Entre ellas se incluirían no solo al donante o al receptor, sino también a los potenciales destinatarios del órgano en situación de urgencia, que de este modo verían frustrada su intervención con la consiguiente situación de riesgo para su vida o la salud. Por estos motivos, GÓMEZ RIVERO reclama que habría sido mas conveniente la ubicación de este dentro de los delitos contra la Salud Pública, en el Título que versa sobre los Delitos contra la Seguridad colectiva⁴⁸.

2. Elementos típicos del delito previsto en el art. 156 bis CP

2.1. Tipo objetivo

a) *La exclusión de responsabilidad penal de la figura del donante de órganos*⁴⁹

La conducta **del titular del órgano** que lo cede a cambio de una contraprestación económica queda impune, ya que el art. 156.1 bis CP

⁴⁸ GÓMEZ RIVERO, «El delito de tráfico ilegal de órganos humanos», *Revista penal*, núm. 31, 2013, págs. 122 ss. Cfr. en relación a los derechos del receptor de los órganos, ROMEO CASABONA, «Los principios jurídicos aplicables a los trasplantes de órganos y tejidos», en ROMEO CASABONA (Coordinador), *El nuevo régimen jurídico de los trasplantes de órganos y tejidos*, Granada, 2005, pág. 48 s, señala que en relacion con los trasplantes estan presentes de forma específica otros derechos de menor intelección como serían los derechos de igualdad y equidad en el acceso al trasplante y en concreto, al órgano procedente de un cadáver; para lo que deben ser fijados previamente criterios objetivos generales de acceso. Se plantea la cuestión de la selección de los receptores y criterios para establecer la prioridad de unos frente otros. Sostiene que en cualquier caso debe acudirse a criterios médicos estrictamente objetivos, tanto para la selección de los potenciales receptores como para la prioridad ante el supuesto de concurrencia simultánea de varios candidatos. Se deben rechazar criterios sociales o económicos o morales ni como criterio de selección o de prioridad ni como criterio de exclusión del tratamiento.

⁴⁹ Cfr. **Proyecto de Convenio del Consejo de Europa contra la trata de Órganos Humanos conforme a la Recomendación 2009 (2013), en su apartado 3.1.1** donde se recoge la libertad de los Estados para penalizar o no penalizar a las figuras del donante y del receptor de órganos, si bien en cualquier caso siempre debe garantizarse que las sanciones sean justas y proporcionadas.

se refiere a órganos humanos «ajenos». Sin embargo, su consentimiento, viciado por la contraprestación económica carece de efectos eximentes para terceros, tratándose de un supuesto de autolesión o autopuesta en peligro **en el que la víctima queda exenta de pena, pero no así el tercero que actúa contando con su consentimiento**⁵⁰. MUÑOZ CONDE sostiene que este tipo de «**paternalismo estatal moderado**» en el que se protege a la víctima incluso en contra de su voluntad, 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 económica⁵¹.

En relación a la penalización de la conducta del **donante**, MUÑOZ CONDE habría destacado que éste constituye solo una especie de «participación necesaria» como es la colaboración de la víctima en otros muchos delitos, que precisamente se crean para proteger a la persona que colabora en su realización como en el antiguo delito de usura, o en el del abuso de menores, en los que la víctima a pesar de su contribución a la realización del delito queda impune. Ello, sin embargo, no excluiría la antijuricidad de la conducta del tercero que se fundamentaría en el hecho mismo del abuso de la situación de necesidad de la misma. En estos casos se podría hablar de un **paternalismo jurídico penal indirecto**, que es el paternalismo que ocurre cuando se pretende ayudar a la víctima de un daño potencial que colabora en su propio daño, dirigiendo la represión penal contra el tercero que se aprovecha de ella⁵².

⁵⁰ MUÑOZ CONDE, *Derecho penal, Parte especial*, Valencia, 2013, págs. 116 s, indica que en determinados casos de exposición voluntaria a actividades peligrosas no puede darse una relevancia plena al consentimiento cuando se debilita de protección de bienes jurídicos fundamentales como la vida o la salud de las personas que se encuentran en situación precaria. No solamente en los casos de transplante ilegal de órganos existiría un supuesto de voluntad viciada, sino que existiría una practica atentarlo a la dignidad humana o sumamente peligrosa para la vida. En este tipo de conductas no se debe exonerar de responsabilidad a los terceros que fomentan estas actividades o las explotan comercialmente aprovechándose de la necesidad económica de otro ser humano.

⁵¹ MUÑOZ CONDE, *Derecho penal, Parte especial*, Valencia, 2013, págs. 122 ss. Cfr. ALEMÁN LÓPEZ, «Una breve consideración sobre la excesiva penalidad establecida para el receptor de órganos humanos en el nuevo art. 156 bis del Código penal», *La Ley penal*, 94-95, junio-julio 2012, pág. 7, que critica este aspecto de la falta de punición de la figura del donante (cuando no se trate de donante-víctima). Cita como ejemplo el parágrafo 18 de la *Transplantationsgesetz* alemana que prevé el castigo tanto del receptor como del donante de órganos.

⁵² MUÑOZ CONDE, «Algunas cuestiones relacionadas con el consentimiento del paciente y el tratamiento médico», en MUÑOZ CONDE (Director), *Problemas actuales del Derecho penal y la Criminología. Estudios penales en memoria de la Profesora Dra. María del Mar Díaz Pita*, Valencia, 2008, págs. 463 ss. Cfr. sobre la necesidad de ti-

Añade, que también habría que analizar aquellos casos en los que el donante no esté en dicha situación de necesidad, y que simplemente quiera el dinero que le ofrecen a cambio de alguno de sus órganos no vitales para comprarse un autor o una casa o para donarlo o para dejarlo en herencia. En estos casos, por ejemplo, el legislador alemán habría querido solucionar el problema castigando tanto al que compra el órgano como al donante del mismo, para evitar en forma general la explotación de personas que se encuentran en situación de necesidad, generalmente del tercer mundo. En este caso, el bien jurídico protegido sería de carácter social o universal, la protección de los necesitados y de los que en cualquier parte del mundo se ven obligados a vender sus órganos no vitales a cambio de prestaciones económicas. Sin embargo, habría que tener en cuenta que lo que no se puede hacer es utilizar este instrumento jurídico para llegar (hasta el punto que llega el legislador alemán) empleando el *direkter Strafrechtspaternalismus* (**paternalismo jurídico penal directo**) o **un harter Strafrechtspaternalismus** (**paternalismo jurídico penal duro o extremo**), cuando castigaría incluso a la persona que consiente a cambio de dinero en ceder sus órganos, al argumentarse contra este modelo su dudosa compatibilidad con el derecho a la autonomía y el libre desarrollo de la personalidad garantizados constitucionalmente, pues se utiliza el castigo del donante y con ello su propia persona como un medio con el que el Estado pretendería proteger un determinado orden moral o educar a terceras personas⁵³.

b) *La promoción, favorecimiento, facilitación o publicidad de la obtención o el tráfico ilegal de órganos humanos ajenos o el trasplante de los mismos*

Como ha puesto de manifiesto GARCÍA ALBERO, la descripción de la conducta típica del art. 156 bis CP, se realiza sobre el **deliberadamente impreciso** modelo incriminador propio del Derecho penal postmoderno, cuyo ejemplo señero sería el delito de tráfico de drogas. Cuando se trata de reprimir cualquier tráfico se añadiría automáticamente los **verbos «promover, favorecer y facilitar»**,

pificación de un delito expreso de tráfico de órganos, Cfr. en relación a los derechos del receptor de los órganos, ROMEO CASABONA, «Los principios jurídicos aplicables a los trasplantes de órganos y tejidos», en ROMEO CASABONA (Coordinador), *El nuevo régimen jurídico de los trasplantes de órganos y tejidos*, Granada, 2005, págs. 53 ss.

⁵³ MUÑOZ CONDE, «Algunas cuestiones relacionadas con el consentimiento del paciente y el tratamiento médico», en MUÑOZ CONDE (Director), *Problemas actuales del Derecho penal y la Criminología. Estudios penales en memoria de la Profesora Dra. María del Mar Díaz Pita*, Valencia, 2008, págs. 458 ss.

fundiendo en una viscosa amalgama conductas de desigual significación, tanto desde la perspectiva del *iter criminis* como desde la perspectiva de autoría y participación⁵⁴.

La doctrina asimismo también ha destacado que en el art. 156 bis CP se configura un tipo mixto alternativo. Se castigaría cuatro comportamientos que se refieren a su vez a tres actividades distintas. Se sanciona las conductas de **promover, favorecer, facilitar o publicitar**, cuando recaen sobre las conductas de obtención, tráfico ilegal o trasplante de órganos. El trasplante se encarnaría como el referente del resto, en cuanto que representa la meta con la que debe realizarse la obtención y el tráfico⁵⁵.

QUERALT JIMÉNEZ sostiene que el tráfico de órganos consiste en llevar de un lugar a otro, es decir, des la fuente, el donante, a su destino, el receptor; por ello se incluyen los pasos de extracción u obtención, su transporte y su almacenamiento conservación y finalmente implantación. El tráfico consistiría en todas esas acciones o cualquier fase de las mismas, aunque no todas deban formar parte de un mismo plan criminal o de una misma organización, sino que puede ser parte de un mercado ilegal en el que cada sujeto aporta o detrae según sus necesidades⁵⁶.

Por **obtención** entenderíamos el proceso por el cual los órganos donados quedarían disponibles, abarcando tanto conductas de extracción como actos de adjudicación del órgano extraído de un tercero, bien sea con la finalidad de comercializar con él o bien sea con la de trasplantarlo al destinatario. Por *trasplante*, se abarcaría a 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 fallecido⁵⁷.

Asimismo, por **tráfico ilegal**, sería necesario manejar un concepto amplio del mismo, comprensivo no solo de los supuestos en que media una contraprestación económica y la practica se realiza con el consentimiento de las partes, sino en general de aquellos en los

⁵⁴ GARCÍA ALBERO, «El nuevo delito de tráfico de órganos», en ÁLVAREZ GARCÍA, GONZÁLEZ CUSSAC, *Comentarios a la reforma penal de 2010*, Valencia, 2010, TOL1.951.706.

⁵⁵ GÓMEZ RIVERO, «El delito de tráfico ilegal de órganos humanos», *Revista penal*, núm. 31, 2013, pág. 124.

⁵⁶ QUERALT JIMÉNEZ, *Derecho penal español. Parte especial*, Barcelona, 2010, págs. 146 ss.

⁵⁷ GÓMEZ RIVERO, «El delito de tráfico ilegal de órganos humanos», *Revista penal*, núm. 31, 2013, págs. 124 ss.

que se registra un incumplimiento de las condiciones de las que la respectiva normativa hace depender la legalidad del tráfico⁵⁸.

Se habría recalcado que el núcleo del delito estaría constituido por el tráfico, es decir, el pago por la donación de órganos, tanto al propio donante o a personas allegadas, como a intermediarios, médicos, personal sanitario, funcionarios que autorizan o toleran tales actividades, etc. Este tráfico podría ser tanto directo como encubierto: por ejemplo, muestras de gratitud que ocultan el pago acordado o el abono de cantidades astronómicas por la atención médica recibida. Se estima que serían atípicas, la promesa de reembolso de los gastos o las pérdidas de ingresos directamente derivados de la donación, así como la oferta de prestaciones médicas futuras, siempre que tengan relación con las secuelas de la extracción o los pactos para intercambiar órganos a causa de la falta de inmunocompatibilidad entre el donante y receptor originarios⁵⁹.

Por otra parte, se habría destacado que con el castigo de las conductas de *promover o facilitar* se comprendería la conducta de *publicitar* que el legislador ha tipificado expresamente, posiblemente debido a la facilidad de esta práctica llevada a cabo a través de Internet⁶⁰.

En este sentido, se ha añadido que la redacción del precepto sería de tal amplitud que permitiría incluir **conductas** de muy **diversa naturaleza**, de manera que cualquier contribución a un acto de comercio con órganos humanos, siempre que se sea consciente de ello, será típico a título de autoría: reclutamiento y selección de donantes o receptores, organización de viajes a las clínicas extranjeras, revisiones médicas al posible donante, sufragio de la intervención (así en el caso de las aseguradoras). Se abarcarían a título de autoría, comportamientos previos a la realización del acto de tráfico concreto (así, la publicitación de ofertas) y posteriores, como la intervención en el trasplante conociendo el origen ilícito del órgano⁶¹.

GARCÍA ALBERO resalta que la incriminación expresa de **la publicidad** constituiría una meditada decisión, ya que habría sido la escasez mundial de órganos, pero fundamentalmente las facilita-

⁵⁸ GÓMEZ RIVERO, *ul. op. cit.*, págs. 124 ss.

⁵⁹ VV. AA, «Delitos contra las personas. Tráfico de órganos», en http://www.individual.efl.es/ActumPublic/ActumG/MementoDoc/MPEN_07475_7485.pdf, consultada en diciembre 2013.

⁶⁰ GÓMEZ RIVERO, *ul. op. cit.*, págs. 124 ss.

⁶¹ VV. AA, «Delitos contra las personas. Tráfico de órganos», en http://www.individual.efl.es/ActumPublic/ActumG/MementoDoc/MPEN_07475_7485.pdf, consultada en diciembre 2013.

des que ofrecería Internet, lo que habrían convertido al tráfico y al turismo de trasplantes en un problema global. Contactar con un cliente-paciente sería relativamente fácil al proliferar en la Red webs donde los intermediarios (que se autodenominan «*coordinadores internacionales de trasplantes*») ofrecerían sus servicios. No obstante, también abundarían foros en los que particulares ofrecerían riñones a cambio de dinero. Afirma este autor, que de considerarse el bien jurídico protegido la integridad física individual, publicitar la oferta del propio órgano a cambio de precio no constituiría una conducta subsumible en el precepto, porque siendo impune la autoacusación de lesiones, a *fortiori* lo sería el acto preparatorio⁶².

Señala PUENTE ABA que el artículo 156 bis CP se refiere solo a órganos humanos, de modo que no tendrían cabida ni las células ni los tejidos humanos. En relación a si cabría incluir en el tipo penal a parte de un órgano, indica que cuando se trate de una parte muy sustancial (como puede ocurrir en trasplantes de hígado) si podría considerarse objeto material de este delito una parte del órgano, pero no en aquellos casos de partes poco significativas⁶³.

GARCÍA ALBERO ha señalado que quedan excluidos del tipo la sangre y sus componentes, las células y los tejidos humanos, así como los órganos, los tejidos y las células de origen animal, sin perjuicio de que los trasplantes ilícitos de tejidos humanos (como médula ósea) podrían dar lugar a responsabilidad criminal por delito de lesiones⁶⁴.

Al margen del tipo previsto en el art. 156 bis CP quedan los casos de obtención, tráfico o trasplante que recaiga sobre los procedentes de animales, es decir, los casos de xenotrasplante o trasplante xenogénico. Por otra parte, también quedan fuera del ámbito típico la sangre y sus componentes⁶⁵.

Por órgano podrían estimarse los riñones, el corazón, los pulmones, el hígado, el páncreas, el intestino y cuantos otros con similar

⁶² GARCÍA ALBERO, «El nuevo delito de tráfico de órganos», en ÁLVAREZ GARCÍA, GONZÁLEZ CUSSAC, *Comentarios a la reforma penal de 2010*, Valencia, 2010, TOL1.951.706.

⁶³ PUENTE ABA, «La protección frente al tráfico de órganos: su reflejo en el Código penal español», *Revista Derecho y Proceso Penal*, núm. 26, 2011, págs. 135-152.

⁶⁴ GARCÍA ALBERO, «El nuevo delito de tráfico de órganos», en ÁLVAREZ GARCÍA, GONZÁLEZ CUSSAC, *Comentarios a la reforma penal de 2010*, Valencia, 2010, TOL1.951.706.

⁶⁵ GÓMEZ RIVERO, «El delito de tráfico ilegal de órganos humanos», *Revista penal*, núm. 31, 2013, págs. 127 s.

criterio puedan ser extraídos y trasplantados de acuerdo con los avances científico técnicos⁶⁶.

Recoge GARCÍA ALBERO, que el Tribunal Supremo, tras recordar que la distinción sería eminentemente valorativa, define al órgano principal como «aquel que posea actividad funcional independiente s relevante para la vida, para la salud o para el normal desenvolvimiento del individuo, independientemente de que se trate de órganos dobles en cuanto que la pérdida de uno de ellos se traduce en una minusvalía anatómica y fisiológica importante⁶⁷. Es decir, el riñón sería órgano principal al igual que el pulmón y el corazón, si bien, el tráfico de estos últimos, se situaría en el ámbito de las donaciones *postmortem* y con ello, fuera del precepto⁶⁸.

Se ha especificado que los órganos normalmente susceptibles de tráfico (riñón e hígado) han venido siendo considerados órganos **principales** de forma constantes por la jurisprudencia. Sólo otros supuestos todavía poco usuales en materia de trasplantes, como el de bazo, podrán ser considerados órganos **no principales**⁶⁹.

En relación a la necesidad de que las conductas típicas sean «ilegales», planteándonos la existencia de una norma penal en blanco, hace que deba plantearse la cuestión de si nos hallamos ante un modelo de **accesoriedad extrema** o de **accesoriedad limitada**⁷⁰. Esta cuestión tomaría importancia, sobre todo, a la hora de delimitar las

⁶⁶ GÓMEZ RIVERO, *ul. op. cit.*, pág. 128. A favor de la inclusión de miembros corporales como puede ser una mano o un pie, en tantos miembros corporales que desarrollen funciones autónomas.

⁶⁷ Sobre delitos de lesiones relacionados con órganos principales, cfr. *Sentencia núm. 479/2013 de 2 junio, AP Madrid (Sección 29.ª), sentencia núm. 44/2013 de 26 abril, AP Madrid (Sección 23.ª), sentencia núm. 4/2013 de 18 enero.*

⁶⁸ GARCÍA ALBERO, «El nuevo delito de tráfico de órganos», en ÁLVAREZ GARCÍA, GONZÁLEZ CUSSAC, *Comentarios a la reforma penal de 2010*, Valencia, 2010, TOL1.951.706. No obstante, cfr. respecto al trasplante de pulmón, <http://www.nlm.nih.gov/medlineplus/spanish/ency/article/003010.htm>, consultada en noviembre 2013, donde se recoge que en los casos de trasplante de pulmón el donante generalmente debe ser alguien menor de 65 años con muerte cerebral, pero que aún permanece con soporte vital. Los tejidos del donante deben ser lo más compatibles posible con su tipo de tejido para reducir las probabilidades de que el cuerpo vaya a rechazar el pulmón trasplantado. No obstante se señala que un donante vivo también puede dar un pulmón, si bien se necesitan dos o más personas. Cada persona dona un segmento (lóbulo) de su pulmón para formar un pulmón entero para la persona que lo recibe.

⁶⁹ VV. AA, «Delitos contra las personas. Tráfico de órganos», en http://www.individual.efl.es/ActumPublic/ActumG/MementoDoc/MPEN_07475_7485.pdf, consultada en diciembre 2013.

⁷⁰ GÓMEZ RIVERO, «El delito de tráfico ilegal de órganos humanos», *Revista penal*, núm. 31, 2013, págs. 126 ss.

conductas penalmente relevantes contenidas en el art. 156 bis CP de las meras infracciones administrativas recogidas en la normativa reguladora de extracción, donación y trasplante de órganos.

En este aspecto, la ilegalidad de la práctica no solamente requeriría una afectación genérica de las condiciones de calidad y seguridad del proceso de donación y trasplante de órganos sino que habrá que demostrarse como indica GÓMEZ RIVERO, que adicionalmente se descubra una vinculación con la preservación de las condiciones de seguridad de los implicados en la práctica, es decir, no solo en relación con el donante y el receptor sino con los potenciales destinatarios del órganos en cuestión, que se destina no a quien mas lo necesita, sino al mejor postor. Por ello, como ilegal a efectos penales habrán de estimarse supuestos en los que medie entrega de dinero, extracción sin mediar consentimiento del donante por engaño, coacción, amenaza, o por tratarse de sujetos menores o incapaces, etc. Sin embargo, habrá de sancionarse en el orden administrativo meras irregularidades administrativas o en su caso, por tipos penales genéricos, casos como por ejemplo la conculcación de la confidencialidad de la donación⁷¹.

QUERALT JIMÉNEZ habría puesto de relieve que en ninguno de los supuestos aparecería como elemento la necesidad de demostrar un **ánimo de lucro**, precio o beneficio. Por ello, sostiene que en estos casos habría que apreciar la existencia de una agravante genérica de precio recompensa o promesa⁷².

c) La controvertida punición del receptor de los órganos

A pesar de lo destacado en relación a la figura del donante, el tratamiento penal de la figura del receptor de órganos requeriría asimismo de una visión individualizada.

GARCÍA ALBERO destaca que la opción legislativa por sancionar al receptor-cliente está en sintonía con la mayor parte del ordenamiento jurídico de nuestro entorno y resulta coherente tanto desde un delito articulado en torno a la idea de la represión del simple comercio, como desde la protección del bien jurídico salud e integridad del donante. En aquellos países donde se reprime el comercio de órganos y trasplantes como algo diferenciado de la trata de personas por

⁷¹ GÓMEZ RIVERO, *ul. op. cit.*, págs. 126 ss.

⁷² QUERALT JIMÉNEZ, *Derecho penal español. Parte especial*, Barcelona, 2010, págs. 146 ss.

un lado y del delito de lesiones por otro (caso alemán y suizo, o caso francés) es lógico el castigo no solo del cliente receptor sino también del donante cuando este no se ve compelido a ofrecer su órgano y actúa a cambio de una ventaja económica, es decir, en los casos de donante no víctima. En tales casos se señala que lo habitual es prever una cláusula bien de exoneración de la pena, bien de atenuación, o bien ambas cuando concurren determinadas circunstancias que mengüen la exigibilidad de la conducta en ambos (por ejemplo en el parágrafo 18.4 de la TFG alemana)⁷³.

En cualquier caso, en España la impunidad no alcanzaría al receptor del órgano, conforme a lo dispuesto en el art. 156.2 bis CP, siempre **que «conozca su origen ilícito»**, criticándose el que se castigue este delito con la misma pena que para los traficantes, ya que en estos casos el receptor puede hallarse en una especie de estado de necesidad. De ahí que pueda rebajarse la pena «en atención a las circunstancias del hecho y del culpable». Asimismo, si no existe una ilegalidad originaria en la extracción misma del órgano tampoco se daría el presupuesto de aplicación del apartado segundo, del conocimiento ilícito del órgano que se trasplanta⁷⁴.

ALEMÁN LÓPEZ ha puesto de relieve que no puede tildarse de sorpresiva esta punición si se sigue la evolución de los principios que rigen en materia de trasplante de órganos, así como las políticas y recomendaciones adoptadas tanto por la Unión Europea como por los distintos organismos internacionales del sector. La prohibición de la conducta del receptor que paga por la obtención del órgano, según las OMS se fundamenta en que el pago por células, tejidos y órganos tiende a aprovecharse de los grupos más vulnerables, socavando la donación altruista y alentando al lucro incontrolado y la trata de seres humanos⁷⁵.

Se señala que cuando el legislador utiliza el término receptor se debe entender al destinatario y al beneficiario directo del órgano que va a ser trasplantado, es decir, aquella persona que recibe el trasplante de un órgano con fines terapéuticos⁷⁶.

⁷³ GARCÍA ALBERO, «El nuevo delito de tráfico de órganos», en ÁLVAREZ GARCÍA, GONZÁLEZ CUSSAC, *Comentarios a la reforma penal de 2010*, Valencia, 2010, TOL1.951.706.

⁷⁴ MUÑOZ CONDE, *Derecho penal, Parte especial*, Valencia, 2013, págs. 122 ss.

⁷⁵ ALEMÁN LÓPEZ, «Una breve consideración sobre la excesiva penalidad establecida para el receptor de órganos humanos en el nuevo art. 156 bis del Código penal», *La Ley penal*, 94-95, junio-julio 2012, pág. 8.

⁷⁶ ALEMÁN LÓPEZ, *ul. op. cit.*, pág. 9.

Esta definición resultaría a juicio de la doctrina esencial, en cuanto el sujeto activo del subtipo previsto en el apartado segundo del art. 156 bis CP será siempre una persona necesitada de un órgano para poder mantener unas mínimas condiciones de vida que permitan su supervivencia o bien, para facilitar una mejora de su salud o su calidad de vida⁷⁷.

Asimismo, se ha indicado que existirían motivos para poder apreciar en casos excepcionales la concurrencia de una eximente de responsabilidad penal amparada fundamentalmente en el principio de *no exigibilidad de un comportamiento distinto*, en el sentido de que el Derecho no puede exigir actuaciones heroicas ni sacrificios sobrehumanos. Se citan los supuestos de receptores enfermos terminales o en situación moribunda que se encuentren a la espera de un órgano y que decidan consentir el trasplante de un órgano vital a sabiendas de su origen al margen de la legalidad, que no necesariamente tienen que consistir en el pago u ofrecimiento de una retribución económica, pero constándole de manera indiscutible el consentimiento libre y voluntario prestado por un donante vivo no víctima⁷⁸.

En este sentido, algunos autores como FELIP I SABORIT habrían afirmado que los enfermos a la espera de un trasplante que les salve la vida se encuentran a menudo en una situación motivacional anormal similar al estado de necesidad exculpante o al miedo insuperable, aduciendo que aunque el legislador haya previsto la posibilidad de atenuar la pena en uno o dos grados, ello no sería obstáculo para que en algunas situaciones extremas les sean aplicables directamente al enfermo las eximentes completas previstas en el art. 20 CP⁷⁹.

No obstante, en cualquier caso se habría recalcado que en todo caso habrá que cuestionar de este precepto, la excesiva pena prevista para el receptor del órgano y el carácter meramente **facultativo** atribuido al Juzgador para proceder a la rebaja punitiva, en lugar de la imposición de una pena atenuada con carácter preceptivo⁸⁰.

⁷⁷ ALEMÁN LÓPEZ, *ul. op. cit.*, pág. 9.

⁷⁸ ALEMÁN LÓPEZ, *ul. op. cit.*, pág. 10.

⁷⁹ ALEMÁN LÓPEZ, «Una breve consideración sobre la excesiva penalidad establecida para el receptor de órganos humanos en el nuevo art. 156 bis del Código penal», *La Ley penal*, 94-95, junio-julio 2012, pág. 11. Citando FELIP I SABORIT, en CARBONELL MATEU, GONZÁLEZ CUSSAC, *Derecho penal, parte especial*, Valencia, pág. 160.

⁸⁰ ALEMÁN LÓPEZ, *ul. op. cit.*, pág. 12. Señala que siendo coherentes con una reconocida disminución del grado de culpabilidad lo procedente hubiera sido prever para el receptor una pena atenuada respecto a la prevista en el apartado

2.2. Tipo subjetivo

En cuanto al **tipo subjetivo** del delito, nos encontramos ante un tipo eminentemente doloso, no penalizándose su comisión imprudente. No solamente se requeriría el conocimiento y voluntad de traficar con órganos ajenos, sino que también deberá exigirse que el responsable actúe con conocimiento de que el destino de los órganos cuya extracción, tráfico o trasplante favorece es el trasplante a un tercero⁸¹.

3. Grados de ejecución delictiva. Autoría y participación

Desde esta perspectiva, GARCÍA ALBERO habría puesto de relieve que la técnica de tipificación utilizada en el art. 156 bis CP genera problemática para localizar formas imperfectas de ejecución y conductas de simple complicidad. Tanto promueve, favorece o facilita el intermediario que pone en contacto a un paciente receptor con una clínica en el extranjero dedicada al turismo de trasplantes, como quien recluta al donante, quien lo traslada, quien practica la operación, quien pone el quirófano y el personal sanitario auxiliar, etc.⁸².

Por otra parte, se ha estimado que se trataría de un delito de mera actividad, que se conforma con una situación de peligrosidad abstracta que el legislador asocia a la realización de aquellas conductas⁸³.

El art. 156 bis CP contempla un delito común, que puede ser cometido por cualquier persona que realice las conductas previstas. La doctrina ha considerado que el legislador ha empleado una fórmula tan amplia en su descripción, que cualquier contribución podría estimarse como autoría. Sin embargo, se detalla que al igual que ha sucedido en el caso del delito de tráfico de drogas, sea de esperar que

⁸¹ GÓMEZ RIVERO, «El delito de tráfico ilegal de órganos humanos», *Revista penal*, núm. 31, 2013, pág. 133. Admite la realización de este delito con dolo eventual, citando como ejemplo el caso de un sicario al que se le encarga matar a una persona y entregar de inmediato su cuerpo a un equipo médico. Asimismo se indica, que en el caso español, al contrario que en la normativa alemana, no se precisa que la extracción, el comercio o el trasplante estén inspirados por la específica finalidad terapéutica. A juicio de la autora resultaría punible conforme al art. 156 bis CP la comisión de estos actos con finalidad experimental, de investigación o incluso cosmética.

⁸² GARCÍA ALBERO, «El nuevo delito de tráfico de órganos», en ÁLVAREZ GARCÍA, GONZÁLEZ CUSSAC, *Comentarios a la reforma penal de 2010*, Valencia, 2010, TOL1.951.706.

⁸³ GÓMEZ RIVERO, «El delito de tráfico ilegal de órganos humanos», *Revista penal*, núm. 31, 2013, pág. 134.

la jurisprudencia realice una labor de cierta depuración de las contribuciones para permitir calificar como complicidad las conductas de menor entidad⁸⁴.

4. Relaciones concursales

En lo que respecta a las **relaciones concursales** GARCÍA ALBERO sostiene que la ubicación sistemática del precepto así como el bien jurídico tutelado, (salud e integridad física individual), impedirían que pueda apreciarse un concurso de delitos, real o ideal, cuando efectivamente se ha llevado a cabo el trasplante o cuanto menos la extracción con un delito de lesiones consumado del 149 o 150 CP⁸⁵.

En cambio, GÓMEZ RIVERO afirma que el art. 156 bis CP habrá de entrar en todo caso, en relación de concurso de delito con el o los delitos de lesiones. La diferente dimensión a la que atenderían los tipos delictivos sería la respuesta. En este sentido, detalla que al tomar el art. 156 bis CP como punto de referencia un bien jurídico de alcance colectivo, quien fomenta la extracción de un 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 que llegar si una misma modalidad afectara a una pluralidad de sujetos, (por ejemplo, diversas extradiciones de órganos procedentes de personas distintas) casos en los que tanto las distintas acciones respondan a **una misma unidad temporal**, habrían de considerarse constitutivas de un solo delito del art. 156 bis CP. Asimismo, por ejemplo, una organización dedicada al tráfico de órganos que efectivamente hubiera extraído los de veinte personas, habría cometido tan solo un delito del art. 156 bis CP, mientras que lógicamente habrían de apreciarse tantos delitos de lesiones como extracciones no consentidas hubieran tenido lugar. La misma regla cuando el órgano fuera vital y se plantee el correspondiente delito con homicidio o incluso asesinato⁸⁶.

⁸⁴ GÓMEZ RIVERO, *ul. op. cit.*, pág. 130.

⁸⁵ GARCÍA ALBERO, «El nuevo delito de tráfico de órganos», en ÁLVAREZ GARCÍA, GONZÁLEZ CUSSAC, *Comentarios a la reforma penal de 2010*, Valencia, 2010, TOL1.951.706.

⁸⁶ GÓMEZ RIVERO, «El delito de tráfico ilegal de órganos humanos», *Revista penal*, núm. 31, 2013, pág. 136.

Asimismo, en los casos en los que se produzcan coacciones o amenazas, habrá de apreciarse un concurso de delitos en cuanto el empleo de la fuerza física o psíquica sería un elemento del injusto no previsto en el art. 156 bis CP. Esta regla solo podrá excluirse donde se aprecie un concurso de delitos entre el tráfico de órganos y la trata de seres humanos que tuviera por objeto a mayores de edad puesto que el injusto de este comprende el empleo de tales medios comisivos⁸⁷.

En relación con lo dispuesto en el art. 177 bis (trata de seres humanos), el propio precepto incorpora una regla concursal, por lo que no procedería aplicar concurso de leyes. Este criterio legal vendría a confirmar el adoptado por el *Acuerdo de Pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo* de 2 de febrero de 2008, en relación al concurso real entre el art. 318 bis CP y el art. 188 CP cuando al tráfico ilegal le sigue la determinación coactiva al ejercicio de la prostitución de la víctima⁸⁸.

V. Conclusiones

A pesar de reconocerse, que tanto los principios y recomendaciones de la Organización Mundial de la Salud como la normativa comunitaria abogaban por que los Estados establecieran prohibiciones incluso de naturaleza penal para todas aquellas conductas que implicasen tráfico o comercio de órganos humanos, la doctrina ha destacado que el art. 156 bis CP, aunque supondría un paso importante en lucha contra el tráfico ilegal de órganos humanos, no parecería haber respondido enteramente a las expectativas deseadas, quizás por una imprecisa e incompleta redacción del precepto⁸⁹.

Las críticas doctrinales en relación al art. 156 bis CP se centrarían fundamentalmente en torno a su ubicación sistemática, que condiciona notablemente la interpretación de cuál sería el bien jurídico protegido en el tipo delictivo; en la falta de precisión técnica en su tipificación; y asimismo, se cuestionaría la eficacia jurídico penal

⁸⁷ GÓMEZ RIVERO, *ul. op. cit.*, pág. 137.

⁸⁸ GARCÍA ALBERO, «El nuevo delito de tráfico de órganos», en ÁLVAREZ GARCÍA, GONZÁLEZ CUSSAC, *Comentarios a la reforma penal de 2010*, Valencia, 2010, TOL1.951.706. Igualmente, si bien indicando la opción de concurso de delitos, GÓMEZ RIVERO, «El delito de tráfico ilegal de órganos humanos», *Revista penal*, núm. 31, 2013, pág. 137.

⁸⁹ ALEMÁN LÓPEZ, «Una breve consideración sobre la excesiva penalidad establecida para el receptor de órganos humanos en el nuevo art. 156 bis del Código penal», *La Ley penal*, 94-95, junio-julio 2012, pág. 6.

que podría conllevar este nuevo tipo delictivo en relación a la persecución de esta serie de conductas.

En este sentido, ROMEO CASABONA habría indicado que serían muchos los problemas dogmáticos que plantearía este nuevo precepto, dada la confusión y la oscuridad de su sentido. Destaca que ofrece numerosas reflexiones su acierto político-criminal, siendo cuestionable la falta eficacia de su incriminación una vez adoptada por el legislador la decisión de la sanción penal del tráfico de órganos⁹⁰.

Asimismo, GÓMEZ RIVERO habría resaltado las incoherencias que reflejan la ubicación del precepto y su redacción típica, incidiendo acertadamente en el «*continuo balanceo entre el injusto del tráfico de órganos y las lesiones*» que presentaría la interpretación del tipo delictivo, debido a la ubicación del precepto entre los delitos que protegen la integridad física y la salud física y mental, en lugar de la sede relativa a los delitos contra la salud pública. A ello, se sumaría 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 los delitos de lesiones⁹¹.

Admite ROMEO CASABONA que este delito constituiría otra de las materias fallidas por el legislador, quien no debería olvidar que las leyes requieren una exquisitez en su redacción pues sus preceptos no serían compartimentos estancos, sino que se relacionan y complementan los unos con otros, pudiendo afectar incluso al contenido de otros preceptos que no han sido objeto de modificación formal. Ello sería especialmente relevante en materia penal, en la que siempre debe asegurarse el debido respeto al principio de taxatividad penal, con el fin de que los destinatarios primarios y secundarios de la norma puedan conocer con toda claridad el alcance de aquella, atendiendo así a las exigencias de seguridad jurídica⁹².

Desde nuestra perspectiva, concordamos plenamente con la doctrina cuando sostiene que la única explicación plausible de la incorporación al Código penal del delito de tráfico de órganos previsto en el art. 156 bis CP sería la tutela de un bien jurídico supraindividual,

⁹⁰ ROMEO CASABONA, «La prohibición del tráfico ilegal y la exclusión de la comercialización de los órganos y tejidos. Art. 156 bis CP», *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 7, 2010, pág. 179 s.

⁹¹ GÓMEZ RIVERO, «El delito de tráfico ilegal de órganos humanos», *Revista penal*, núm. 31, 2013, pág. 138.

⁹² ROMEO CASABONA, *ul. op. cit.*, pág. 179 s.

orientado a garantizar las condiciones de calidad y seguridad del trasplante de órganos con todas las implicaciones que ello conlleva⁹³.

Sin embargo, a nuestro juicio, del examen realizado puede surgir una serie de cuestiones que deben ser adecuadamente sopesadas para poner de manifiesto, como ha indicado la doctrina, las importantes deficiencias de técnica legislativa de las que adolece el precepto y que condicionaran su futura interpretación por parte de la jurisprudencia.

En primer lugar, no puede prescindirse de que a pesar de los numerosos instrumentos internacionales al respecto, tal figura delictiva no figuraba previamente en el Anteproyecto de reforma del Código penal, sino que fue incorporada al Proyecto a instancia del Ministerio de Sanidad y Política social, pudiendo haber influido en las deficiencias técnicas que se le critican el hecho de su apresurada incorporación.

En segundo lugar, a pesar de que se reconozca que el tráfico de órganos presentaría una dimensión lesiva supraindividual, la cuestión central a nuestro juicio, residiría en que el legislador español si se atiende solo a la ubicación sistemática del precepto, parecería que habría prescindido de todos esos múltiples perfiles para situarse frente al exclusivo plano de la protección de la salud e integridad física del donante, con lo cual, parecería que solo se protegería la integridad y salud del donante vivo, apartándose notablemente de la realidad práctica sobre la que pretende incidir, teniendo en cuenta la trascendencia e importancia de los trasplantes de órganos en los supuestos de donación post-mortem⁹⁴ cuando en algunos **países rige el principio de subsidiariedad** de las donaciones de órganos de donantes vivos frente a las donaciones post-mortem, en el sentido de que una donación de órganos de donantes vivos solamente sería permisible cuando no estén disponibles órganos de personas fallecidas en el momento de la extracción⁹⁵.

Asimismo, de seguirse esta postura, como ha indicado la doctrina, parecería que el legislador español pretende dar respuesta a esta inquietud internacional, incorporando un tipo delictivo cuyo valor

⁹³ GÓMEZ RIVERO, *ul. op. cit.*, pág. 138.

⁹⁴ GARCÍA ALBERO, *ul. op. cit.*

⁹⁵ Cfr. TAMBORNINO, «Organ Transplantation», marzo, 2010, pág. 11, en <http://www.drze.de/in-focus/organ-transplantation>, consultada en octubre 2013.

sería solo redundante respecto a la protección ya otorgada por los clásicos delitos de lesiones, sin aportar nada más⁹⁶.

A mayor abundamiento, el considerar al bien jurídico tutelado, la salud e integridad física individual, impedirían que pudiera apreciarse un concurso de delitos, real o ideal, cuando efectivamente se ha llevado a cabo el trasplante o cuanto menos la extracción con un delito de lesiones consumado del 149 o 150 CP⁹⁷.

Por otra parte, el delito previsto en el art. 156 bis CP adolece de muchas de las deficiencias siempre resaltadas por la doctrina en relación a las manifestaciones del «**moderno Derecho penal**». Primero, nos encontramos con la eterna polémica sobre la correcta delimitación de los tipos delictivos en este campo para diferenciarlos adecuadamente de los injustos administrativos. Esta delimitación no siempre resulta clara ni precisa, teniendo que acudir, como no puede ser de otra forma, a reclamar para la infracción penal prevista en el art. 156 bis CP de la comprobación de un injusto material de la conducta, mas allá de la contravención administrativa, cifrado en que reporte un peligro, aun abstracto, para cualquiera de las partes afectadas, entendiendo por tales no solo al donante o al receptor, sino también a los potenciales destinatarios del órgano en situación de urgencia, que verían frustrada su intervención con la consiguiente situación de riesgo para su vida o la salud⁹⁸.

Segundo, el tipo examinado sigue asimismo «**el deliberadamente impreciso modelo incriminador**» propio del Derecho penal postmoderno, al añadirse las conocidas formas de «**promover, favorecer y facilitar**», que presentarían desigual significación, tanto desde la perspectiva del *iter criminis* como desde la perspectiva de autoría y participación⁹⁹, debiendo esperar a la delimitación que realice del tipo la jurisprudencia para valorar el alcance real de formas imperfectas de ejecución o de formas de mera complicidad en el delito.

Por otra parte, también debemos resaltar que existe una redacción típica del precepto alejada completamente de la realidad sobre la que se quiere proyectar, que sería mucho más compleja. Si con

⁹⁶ GÓMEZ RIVERO, «El delito de tráfico ilegal de órganos humanos», *Revista penal*, núm. 31, 2013, págs. 118 s.

⁹⁷ GARCÍA ALBERO, «El nuevo delito de tráfico de órganos», en ÁLVAREZ GARCÍA, GONZÁLEZ CUSSAC, *Comentarios a la reforma penal de 2010*, Valencia, 2010, TOL1.951.706.

⁹⁸ GÓMEZ RIVERO, «El delito de tráfico ilegal de órganos humanos», *Revista penal*, núm. 31, 2013, págs. 122 ss.

⁹⁹ GARCÍA ALBERO, *ul. op. cit.*

este delito se intenta dar respuesta a los compromisos obtenidos en los textos internacionales, frente a los tipos cualificados previstos en materia de salud pública en los que se prevén en algunos casos cualificaciones agravatorias en los supuestos de que la víctima sea menor de edad, que se haya empleado engaño o intimidación o que el responsable se haya prevalido de una relación de superioridad laboral o profesional¹⁰⁰, estas circunstancias no están previstas en el delito contenido en el art. 156 bis CP, cuando qué duda cabe de que la conducta presentarían un mayor desvalor en los casos, por ejemplo, de que la víctima de la extracción ilegal del órgano fuera un menor de edad¹⁰¹, debiendo acudirse a algunas de las circunstancias previstas en el art. 177 bis CP cuando el tráfico de órganos se realice en un contexto de trata de seres humanos¹⁰².

En definitiva, creemos que habrá que valorar si la introducción del nuevo tipo delictivo previsto en el art. 156 bis CP no será finalmente otra forma más de expresión del denominado «**Derecho penal simbólico**» en el sentido de poder estimar la existencia de una «**ley reactiva**» como ejemplo de Ley en la que predominaría simplemente el objetivo de demostrar **la rapidez de reflejos de acción del legislador ante la aparición de problemas nuevos o una «ley**

¹⁰⁰ Cfr. art. 361 bis CP.

¹⁰¹ Cfr. sobre la desaparición de niños en Mozambique, http://elpais.com/diario/2004/03/11/internacional/1078959605_850215.html, consultada en febrero 2013.

¹⁰² Conforme a lo previsto en el art. 177 bis. 4 CP, se considera que se impondrá la pena superior en grado a la prevista en el apartado primero de este artículo cuando: con ocasión de la trata se ponga en grave peligro a la víctima; la víctima sea menor de edad; la víctima sea especialmente vulnerable por razón de enfermedad, discapacidad o situación. Si concurriera más de una circunstancia se impondrá la pena en su mitad superior. En el apartado 5 se dispone que se impondrá la pena superior en grado a la prevista en el apartado 1 e inhabilitación absoluta de seis a doce años a los que realicen los hechos prevaliéndose de su condición de autoridad, agente de ésta o funcionario público. Si concurriera además alguna de las circunstancias previstas en el apartado 4 de este artículo se impondrán las penas en su mitad superior.

Asimismo se determina en el apartado 6 que se impondrá la pena superior en grado a la prevista en el apartado 1 de este artículo e inhabilitación especial para profesión, oficio, industria o comercio por el tiempo de la condena, cuando el culpable perteneciera a una organización o asociación de más de dos personas, incluso de carácter transitorio, que se dedicase a la realización de tales actividades. Si concurriera alguna de las circunstancias previstas en el apartado 4 se impondrán las penas en la mitad superior. Si concurriera la circunstancia prevista en el apartado 5 se impondrán las penas señaladas en este en su mitad superior. Cuando se trate de los jefes, administradores o encargados de dichas organizaciones o asociaciones, se les aplicará la pena en su mitad superior, que podrá elevarse a la inmediatamente superior en grado. En todo caso se elevará la pena a la inmediatamente superior en grado si concurriera alguna de las circunstancias previstas en el apartado 4 o la circunstancia prevista en el apartado 5 del art. 177 bis CP.

simplemente de *compromiso*» cuyo papel más significativo sería el de mostrar a las fuerzas políticas que las han impulsado el respeto de los acuerdos alcanzados¹⁰³.

Bibliografía

- ALEMÁN LÓPEZ, «Una breve consideración sobre la excesiva penalidad establecida para el receptor de órganos humanos en el nuevo art. 156 bis del Código penal», *La Ley penal*, 94-95, junio-julio 2012.
- BARATTA, «Funciones instrumentales y simbólicas del Derecho penal: Una discusión desde la perspectiva de la criminología crítica», en *Pena y Estado*, núm. 1, 1991.
- BLOCKX, Témoignage du corps humain et consentement éclairé: mens rea in corpore tacito?, *Revue de droit de la santé*, núm. 3, 2002-2003.
- DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, «El delito de tráfico de órganos humanos», en DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO (Director), *Estudios sobre las reformas del Código penal: (operadas por la LO 5/2010, de 22 de junio, y 3/2011, de 28 de enero)*, 2011.
- DÍEZ RIPOLLÉS, «El Derecho penal simbólico y los efectos de la pena», en *Boletín Mexicano de Derecho comparado*, núm. 130, 2011, en <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/boletin/cont/103/art/art3.htm>, consultado en octubre 2013.
- FERNÁNDEZ BAUTISTA, CORCOY BIDAOSLO, CARDENAL MONTRAVETA, MIR PUIG, BOLEA BORDÓN, GALLEGOS SOLER, GÓMEZ MARTÍN, SANTANA VEGA, MIR PUIG, HORTAL IBARRA, CARPIO BRIZ, ARZA, BESIO, *Comentarios al Código penal*, Valencia, 2011.

¹⁰³ Cfr. DÍEZ RIPOLLÉS, «El Derecho penal simbólico y los efectos de la pena», en *Boletín Mexicano de Derecho comparado*, núm. 130, 2011, en:

<http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/boletin/cont/103/art/art3.htm>, consultado en octubre 2013. BARATTA pone de manifiesto que la progresiva expansión de la protección penal a favor de intereses colectivos y de funciones de la Administración pública, conduce a la pérdida de nitidez de los límites protectores del bien jurídico, favoreciéndose un concepto del mismo en el que prima su función promocional, con una administrativización del Derecho penal al transformarse el Estado moderno en un Estado de prevención. BARATTA, «Funciones instrumentales y simbólicas del Derecho penal: Una discusión desde la perspectiva de la criminología crítica», en *Pena y Estado*, núm. 1, 1991, págs. 37 ss.

- GARCÍA ALBERO, «El nuevo delito de tráfico de órganos», en ÁLVAREZ GARCÍA, GONZÁLEZ CUSSAC, *Comentarios a la reforma penal de 2010*, Valencia, 2010, TOL1.951.706.
- GÓMEZ RIVERO, «El delito de tráfico ilegal de órganos humanos», *Revista penal*, núm. 31, 2013.
- MUÑOZ CONDE, *Derecho penal, Parte especial*, Valencia, 2013.
- «Algunas cuestiones relacionadas con el consentimiento del paciente y el tratamiento médico», en MUÑOZ CONDE (Director), *Problemas actuales del Derecho penal y la Criminología. Estudios penales en memoria de la Profesora Dra. María del Mar Díaz Pita*, Valencia, 2008.
- PUENTE ABA, «La protección frente al tráfico de órganos: su reflejo en el Código penal español», *Revista Derecho y Proceso Penal*, núm. 26, 2011.
- PROTHAUS, «Un droit penal per les besoins de la bioethique», *Revue de science criminelle et de droit penal comparé*, núm.1, 2000.
- QUERALT JIMÉNEZ, *Derecho penal español, parte especial*, Barcelona, 2010.
- ROMEO CASABONA, «Los principios jurídicos aplicables a los trasplantes de órganos y tejidos», en ROMEO CASABONA (Coordinador), *El nuevo régimen jurídico de los trasplantes de órganos y tejidos*, Granada, 2005.
- «La prohibición del tráfico ilegal y la exclusión de la comercialización de los órganos y tejidos. Art. 156 bis CP», *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 7, 2010.
- SCHROTH, en ROXIN, SCHROTH, *Medizinstrafrecht*, 2.^a edición, 2005.
- TAMBORNINO, «Organ Transplantation», marzo, 2010, pág. 11, en <http://www.drze.de/in-focus/organ-transplantation>, consultada en octubre 2013.
- VOIGHT, «Sistemas de donación de órganos», en <http://www.gobernabilidad.cl/modules.php?name=News&file=print&sid=2504>, consultada en septiembre de 2013.