

# EL DELITO DE TRÁFICO DE ÓRGANOS HUMANOS EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL

*Oscar González Barnadas*  
*Abogado*  
*Gratacós Abogados*

**SUMARIO: I. Introducción. II. Marco legal. III. Aspectos controvertidos del delito. IV. El delito de tráfico de órganos en nuestro Código Penal:** 1. El bien jurídico protegido. 2. El aspecto material del hecho típico. 3. La acción típica: tipo objetivo y tipo subjetivo. 4. Autoría y participación. **V. Conclusiones. VI. Bibliografía.**

## RESUMEN

A raíz de la reforma del Código Penal que opera desde la entrada en vigor de la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, se introdujo en nuestro ordenamiento jurídico la tipificación del nuevo delito de tráfico de órganos humanos. Este movimiento legislador se produjo a partir de la actividad de los organismos internacionales en el marco de proscribir tal conducta, a la vista del incipiente aumento de este tipo de conductas que tienen lugar en Europa, que acarrearán el nacimiento de un nuevo mercado ilícito que atenta contra la seguridad de ciertos colectivos económicamente inestables. En este estudio dejaremos constancia de cuál es la verdadera función punitiva del artículo 156 bis, así como de a qué sujetos atañe, cuáles son sus elementos típicos, su objeto material, qué problemas plantea y cuáles son los aspectos controvertidos, y qué bien jurídico protege realmente.

## PALABRAS CLAVE

Tráfico de órganos, comercio de órganos, mercado negro, conducta reprochable penalmente.

## ABSTRACT

As a result of the reform of the Criminal Code by the Organic Law 5/2010, 22nd June, has been introduced the new organ trafficking crime into our legal system. This legislative movement came from the activity of international organizations within the framework of outlawing such behavior, in view of the emerging increase in this type of conduct taking place in Europe, leading to the creation of a new illicit market against the security of some economically unstable groups. In this study we will record the true punitive function of article 156 bis, as well as of which individuals it relates to, which are its punitive elements, its material object, what problems it raises and what the controversial aspects are, and which is the protected interest.

## KEYWORDS

Organ trafficking, organ trade, black market, reprehensible conduct.

## I. INTRODUCCIÓN

En las últimas décadas se ha multiplicado la demanda de trasplantes clínicos de órganos humanos, y todo ello como consecuencia de numerosas enfermedades cuya curación depende de este tipo de intervenciones, pues carecemos de mecanismos médicos hábiles para sanarlos y el órgano en cuestión necesita ser a menudo reemplazado en su totalidad.

Esta situación generada por los notables avances en la medicina moderna ha generado una confianza ciega de la población en este tipo de prácticas, que debido a su común fructificación y a su elevado porcentaje de éxito entre pacientes terminales, está siendo cada vez más demandada. Es precisamente como consecuencia de los motivos expuestos que en los países más desarrollados hemos apreciado un creciente número de trasplantes de órganos que escapan de los límites dispuestos por la Administración, generando consigo la emergencia de un auténtico mercado negro de carácter clínico que traspasa nuestras propias fronteras.

El trasplante de órganos es un relativamente moderno avance médico que conlleva la curación de miles de personas al año como consecuencia de su buen funcionamiento, de acuerdo con los principios y requisitos establecidos por cada Estado y siguiendo el código de *buena praxis* médica, por lo que requiere de una regulación y organización específicas. Tal y como afirman los profesores Fonseca Ferrandis y Romeo Casabona, el mecanismo de trasplante de órganos elaborado y puesto al alcance de los usuarios que lo necesiten por parte de la Administración se basa en la solidaridad entre ciudadanos. Es por ello que siempre se usa el término de **donación** de órganos habida cuenta que los principios de gratuidad y altruismo deben estar siempre presentes a la hora de llevar a cabo este tipo de intervenciones dentro del marco de la legalidad.

El problema vendrá cuando nos distanciamos de esa legalidad y la donación se convierte en una compraventa. Cuando la gratuidad y altruismo se convierten en onerosidad y ánimo de lucro. Entramos aquí en un terreno pantanoso que desemboca, literalmente, en aguas internacionales.

El exponencial crecimiento de este tipo de prácticas ilegítimas, a menudo aprovechando las carencias económicas de países tercermundistas o personas en graves apuros financieros, ha dado lugar a la movilización de las instituciones internacionales

y, por consiguiente, las internas de cada Estado que ello conlleva, con motivo de impedir la proliferación de este incipiente mercado clandestino dedicado a la compraventa ilegítima de salud a cambio de dinero.

Es así como nace la prohibición del tráfico de órganos y del mercado ilícito de órganos humanos, que llevan aparejado el denominado “turismo de trasplantes”. Tanto es así que el legislador español se ha visto obligado e impulsado internacionalmente a responder ante esta creciente y alarmante situación con la inclusión en el Código Penal, mediante la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, de reforma del Código Penal, del artículo 156 bis que prevé esta conducta.

A continuación analizaremos la concreta redacción del precepto legal así como las figuras afines a la conducta penalmente reprochable y los distintos puntos controvertidos que enlazan con el tipo penal objeto del presente estudio.

## II. MARCO LEGAL FRENTE A LA CONDUCTA DE TRÁFICO DE ÓRGANOS

En la exposición de motivos de la reforma del Código Penal (Preámbulo, epígrafe X) formulada por la Ley 5/2010 se alude a la inclusión del nuevo tipo relativo a la obtención o el tráfico de órganos humanos, así como el trasplante de los mismos, 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. El propio Código vincula la inclusión de la nueva figura delictiva a lo dispuesto por la OMS en el año 2004, en que declaró que “*la venta de órganos era contraria a la Declaración Universal de Derechos Humanos, exhortando a los médicos a que no realizaran trasplantes si tenían sospechas de que el órgano había sido objeto de una transacción*”; y más recientemente a lo dispuesto por la Cumbre internacional sobre turismo de trasplantes y tráfico de órganos (mayo de 2008) donde se consensuó la denominada “Declaración de Estambul” y en donde se ratifica por parte de los representantes de 78 países que dichas prácticas son totalmente contrarias a los principios de igualdad, justicia y respeto a la dignidad humana.

Es especialmente importante destacar los siguientes textos legales en relación a este fenómeno:

1. *Declaración de Estambul*. Se elaboran propuestas de actuación para guiar a los distintos países en el modo de erradicar este tipo de actuaciones.

2. *Principios rectores sobre trasplante de células, tejidos y órganos humanos, aprobados por la 63ª Asamblea de la Organización Mundial de la Salud de 21 de mayo de 2010.* Se condena aquí expresamente el tráfico de órganos y el turismo de trasplantes.

3. *Directiva 2004/23/CE, del Parlamento europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004,* relativa al establecimiento de normas de calidad y de seguridad para la donación, la obtención, la evaluación, el procesamiento, la preservación, el almacenamiento y la distribución de células y tejidos humanos

4. *Directiva 2006/17/CE, de la Comisión, de 8 de febrero de 2006,* por la que se aplica la *Directiva 2004/23/CE del Parlamento Europeo y del Consejo* en lo relativo a determinados requisitos técnicos para la donación, la obtención y la evaluación de células y tejidos humanos.

5. *Directiva 2006/86/CE de la Comisión, de 24 de octubre de 2006,* por la que se aplica la *Directiva 2004/23/CE del Parlamento Europeo y del Consejo* en lo que se refiere a los requisitos de trazabilidad, la notificación de las reacciones y los efectos adversos graves y determinados requisitos técnicos para la codificación, el procesamiento, la preservación, el almacenamiento y la distribución de células y tejidos humanos.

En las Directivas anteriores se aboga por perseguir mediante todos los mecanismos legales a disposición de los Estados aquellas conductas tendentes a la comercialización con órganos humanos con ánimo de lucro y a cambio de recompensa.

Por último, por lo que respecta al Estado español:

- *Ley 30/1979, de 27 de octubre,* sobre extracción y trasplante de órganos.
- *Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio,* por la que se modifica la *Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.* Se incluye por primera vez el artículo 156 bis del Código penal, que contiene el denominado delito de tráfico de órganos.
- *Real Decreto 1723/2012, de 28 de diciembre,* por el que se regulan las actividades de obtención, utilización clínica y coordinación territorial de los órganos humanos destinados al trasplante y se establecen requisitos de calidad y seguridad.

- *Real Decreto-ley 9/2014, de 4 de julio,* por el que se establecen las normas de calidad y seguridad para la donación, la obtención, la evaluación, el procesamiento, la preservación, el almacenamiento y la distribución de células y tejidos humanos y se aprueban las normas de coordinación y funcionamiento para su uso en humanos.

Otros textos ya derogados que deben ser mencionados por su importancia y repercusión en la definitiva redacción del artículo 156 bis CP a raíz de la reforma del Código penal que opera desde el año 2010 son los siguientes:

- *Real Decreto 2070/1999, de 30 de diciembre,* por el que se regulaban las actividades de obtención y utilización clínica de órganos humanos y la coordinación territorial en materia de donación y trasplante de órganos y tejidos.
- Este texto fue derogado para dar lugar al *Real Decreto 1723/2012, de 28 de diciembre,* aludido *ut supra.*
- *Real Decreto 1301/2006, de 10 de noviembre,* por el que se establecían las normas de calidad y seguridad para la donación, la obtención, la evaluación, el procesamiento, la preservación, el almacenamiento y la distribución de células y tejidos humanos y se aprobaban las normas de coordinación y funcionamiento para su uso en humanos.

Mediante éste último, el legislador prohibía la extracción y tráfico de órganos humanos si mediase algún tipo de condicionante externo sobre el perjudicado. Sin embargo, el Tribunal Supremo anuló, por insuficiencia de rango, el mencionado real decreto mediante su reciente sentencia de 30 de mayo de 2014, de la cual se desprende la nueva regulación sobre estos extremos en el *Real Decreto-ley 9/2014, de 4 de julio,* referenciado anteriormente.

El profesor Carlos María Romeo Casabona, autor de la obra titulada “*Los trasplantes de órganos. Informe y documentación para la reforma de la legislación española sobre trasplantes de órganos*”, fue el principal inspirador de la ley sobre extracción y trasplante de órganos de 1979. El profesor Casabona aboga por la conciliación de dos principios esenciales: la salvaguardia de los derechos individuales y la satisfacción de las necesidades sociales.

El profesor Romeo Casabona ofrece la posibilidad a la población de contribuir al bien común con el mayor abanico de garantías posibles, contribuyendo a la longevidad del colectivo en una sociedad que debe edificarse sobre los pilares de la solidaridad, cuanto menos en la vertiente clínica, mediante los sistemas de extracción y trasplante de órganos (ya sea *inter vivos* o *post-mortem*). Ahora bien, concreta el autor que deberán respetarse en todo caso la integridad física y la menor lesividad en el donante vivo, y las creencias ideológicas y religiosas del eventual donante si, una vez fallecido, no hubiere consentido la violación de su constitución interna<sup>1</sup>.

Un tema de conflicto muy importante para el autor es el trasplante de órganos en menores de edad. La respuesta que debemos dar en estos casos debe ser cautelosa. Cuando la donación es *inter vivos* constituye una conducta peligrosa *in fine*, para todas las edades, que ningún beneficio reporta al donante. En estos casos, cuando se trata de menores, el daño deviene especialmente grave pues estamos ante personas que se encuentran en una fase de desarrollo biológico y se pondrían en mayor riesgo tanto su fisiología como su integridad psíquica<sup>2</sup>. Así, en estos casos debemos estar a lo dispuesto en el artículo 156 CP, en que se anula el consentimiento otorgado por los menores y **por sus representantes legales** como eximente de responsabilidad penal ante un escenario de lesiones derivadas de un trasplante de órganos voluntario.

### III. ASPECTOS CONTROVERTIDOS DEL DELITO

El tráfico de órganos se define en la precitada Declaración de Estambul como “*la captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de personas **vivas o fallecidas** o sus órganos, recurriendo a la amenaza o al uso de la fuerza u otras formas de coacción, al rapto, al fraude, al engaño, al abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad, o a la concesión o recepción de pagos o beneficios por parte de un tercero para obtener el control sobre el donante potencial, con fines de explotación mediante la extracción de órganos para trasplante*”.

Es especialmente importante tener en cuenta todos aquellos conceptos que engloba la definición

inmediatamente anterior que nos brinda la Declaración de Estambul toda vez que existe más de una figura afín y que está interrelacionada y vinculada estrechamente con la de tráfico de órganos propiamente dicha, que generan cierta confusión o controversia a la hora de distinguirse las unas de las otras. Hacemos referencia a la **comercialización de trasplantes**, al **viaje para trasplantes** y al **turismo de trasplantes**.

Reza la propia Declaración que la comercialización de trasplantes es “*una política o práctica en la que un órgano se trata como una mercancía, incluida la compra, venta o utilización para conseguir beneficios materiales*”. Entendemos que la comercialización de trasplantes se diferencia del tráfico en que en el primer supuesto no se le exige al sujeto activo de un *animus* concreto, siendo lo característico de su conducta la venta del órgano a cambio de recompensa. Ésta no tiene porque ser una figura delictiva al amparo de lo preceptuado en nuestro Código Penal dado que el propio donante puede decidir de forma completamente voluntaria vender -y no donar- alguno de sus órganos o parte de ellos y éste no incurriría en delito alguno; sí que lo harían los demás sujetos intervinientes. Ahora bien, este fenómeno puede estar íntimamente ligado con el de tráfico ilícito si una vez extraído el órgano en cuestión de forma ilegítima y en contra de los intereses y voluntades de su legítimo propietario, el mismo extractor procede a la compraventa de dicho órgano en el mercado ilícito a cambio de remuneración.

Por otro lado, también se distingue el concepto de viaje para trasplantes, que según la misma Declaración es “*el traslado de órganos, donantes, receptores o profesionales del trasplante fuera de las fronteras jurisdiccionales dirigido a realizar un trasplante. El viaje para trasplantes se convierte en turismo de trasplantes si implica el tráfico de órganos o la comercialización de trasplantes, o si los recursos (órganos, profesionales y centros de trasplantes) dedicados a suministrar trasplantes a pacientes de otro país debilitan la capacidad del país de ofrecer servicios de trasplantes a su propia población*”. En cuanto al denominado “turismo de trasplantes”, el artículo que castiga el tráfico de órganos en nuestro ordenamiento jurídico (156 bis CP) sólo será aplicable a receptores españoles cuando el hecho sea constitutivo de delito en el país en que se realice el trasplante (artículo 23.3 LOPJ), o cuando se realicen los actos previos al trasplante -favorecimiento, facilitación, promoción o publicidad- en territorio nacional<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> ROMEO CASABONA, Carlos María: *Los trasplantes de Órganos*, Ed. Bosch, Barcelona, 1978.

<sup>2</sup> ROMEO CASABONA, Carlos María: *Los trasplantes de Órganos*, Ed. Bosch, Barcelona, 1978, p. 163.

<sup>3</sup> GÓMEZ MARTÍN, Víctor: “Delitos contra la salud in-

Por todo lo expuesto debemos entender que el delito de tráfico de órganos que se recoge en nuestra norma penal vigente con la reforma que opera desde el año 2010 acoge la definición de la conducta de tráfico de órganos que rubrica el texto acordado en el seno de la Cumbre celebrada en Estambul del 30 de abril al 2 de mayo de 2008, que exige de una acción subjetivante en el autor de un clamoroso *animus delinquendi* que subsima en su realización figuras delictivas típicas de otros delitos como la “amenaza o el uso de la fuerza u otras formas de coacción, el rapto, el fraude, el engaño, el abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad, o la concesión o recepción de pagos o beneficios por parte de un tercero para obtener el control sobre el donante potencial, con fines de explotación mediante la extracción de órganos para trasplante”. Y es que en ello radica el núcleo fundamental y decisivo de la penalización del tráfico de órganos habida cuenta que los actos de **donación** son plenamente legales y legítimos y los que devienen jurídico-penalmente reprochables son, en su amplia mayoría, aquellos en los que no media el consentimiento de la víctima, el cual se reprime y anula mediante coacción, engaño o abuso de poder<sup>4</sup>.

Un último punto controvertido reside en el hecho de que existen dos posturas claramente contradictorias en relación a la legalización o no de un mercado legal de órganos a nivel Estatal. Las normas internacionales aludidas al comienzo son manifiestamente contrarias tanto al tráfico de órganos como a su comercialización. Si bien es cierto que su repudio al tráfico de órganos es por todos compartido, los argumentos esgrimidos para justificar su postura en cuanto a la negativa a aceptar la comercialización de órganos no obtenidos sin el consentimiento de su legítimo propietario son más polémicos. Dichos argumentos encuentran su base en la consideración de que, si bien es cierto que cada individuo es libre de disponer sobre su cuerpo y su propia integridad, no es menos cierto que en multitud de ocasiones, pese a haber sido concedido un expreso consentimiento por parte del donante, aquél no es totalmente libre y se halla viciado habitualmente por carencias económicas y precarias situaciones personales.

dividual. Trasplante de órganos, esterilización y cirugía transexual”, en CORCOY BIDASOLO, Mirentxu (dir.): *Manual de Derecho Penal. Parte Especial*, Valencia, 2015, p. 112.

4 GARCÍA VÁZQUEZ, Sonia: “Inmigración ilegal y trata de personas en la Unión Europea: la desprotección de las víctimas”, *Revista de Derecho Constitucional Español*, 2008, núm. 10, p. 235

Es por ello que los que defienden esta postura alegan que lo que se trata de impedir es una serie de toma de decisiones acordadas por personas que atraviesan grandes dificultades económicas, permitiéndose así una explotación de las mismas a la hora de **forzar** la emisión de su consentimiento que en ningún momento deviene genuino y libre sino más bien vendido al mejor postor<sup>5</sup>. Se alude también que la libre comercialización de órganos humanos atentaría contra la dignidad de las personas y se crearía un mercado al que tan solo podrían acceder las personas mejor posicionadas económicamente.<sup>6</sup>

Los detractores de esta postura abogan por la creación de un mercado legal y transparente de órganos en el que cada sujeto, en el pleno ejercicio de su libertad personal de disponer de su propio cuerpo, sea capaz de enajenar un órgano no vital y cuya extracción no comporte un grave e irreparable riesgo, al Estado a cambio de un precio fijo. A partir de ahí el Estado podría disponer de él y donarlo a las organizaciones médicas correspondientes. Las ventajas que alegan son en primer lugar la desaparición del mercado negro<sup>7</sup> y las peligrosas intervenciones clandestinas, las cuales sí que entrañan graves riesgos; en segundo lugar, consideran que así aumentaría el número de órganos disponibles; y, en tercer lugar, se fijaría un precio real acorde a un baremo y garante de seguridad en el cobro, evitando así engaños y aprovechamientos indebidos y generando posibilidades de actuación remunerada para personas sin recursos económicos<sup>8</sup>.

#### IV. EL DELITO DE TRÁFICO DE ÓRGANOS EN NUESTRO CÓDIGO PENAL

Nuestro Código Penal contempla la penalización del delito de tráfico de órganos en el artículo 156 bis.

5 MENDOZA CALDERÓN, Silvia: “Una primera aproximación al artículo 156 bis del código penal: ¿Un futuro ejemplo más del derecho penal simbólico?”, *Revista de derecho penal y criminología*, 3ª. Época, núm. 11, 2014, p. 163.

6 PUENTE ABA, Luz María: “La protección frente al tráfico de órganos: su reflejo en el Código penal español”, *Revista Derecho y Proceso Penal*, núm. 26, 2011, pp. 135-152.

7 PUENTE ABA, Luz María: “La protección frente al tráfico de órganos: su reflejo en el Código penal español”, *Revista Derecho y Proceso Penal*, núm. 26, 2011, pp. 135-152. Citando MASON, J. Kenyon; LAURIE, Graeme. T: *Law and Medical Ethics*, Oxford, 2011, pp. 545 y ss.

8 MENDOZA CALDERÓN, Silvia: “Una primera aproximación al artículo 156 bis del código penal: ¿Un futuro ejemplo más del derecho penal simbólico?”, *Revista de derecho penal y criminología*, 3ª. Época, núm. 11, 2014, p. 162.

Dicho precepto emana de la ya aludida Declaración de Estambul, así como de la Resolución WHA63.22 de 21 de mayo de 2010, relativa a los principios rectores de la OMS sobre trasplantes de células, tejidos y órganos humanos:

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

## 1. Bien jurídico protegido

No nos parece desacertada la inclusión de este nuevo delito en el Título relativo a las lesiones toda vez que es palmario lo que ha llevado al legislador a incluirlo ahí. Ahora bien, es cierto que este delito deviene de difícil clasificación habida cuenta que entendemos que con él se lesiona más de un interés. Por un lado tenemos la salud individual e integridad física del emisor y del receptor del órgano, y por el otro advertimos una lesión a la dignidad de las personas así como una cierta lesión en la salud pública<sup>9</sup>, y más concretamente contra el correcto funcionamiento del sistema de trasplantes. Se trata pues de un delito de naturaleza pluriofensiva<sup>10</sup>.

La lesión a la salud individual y a la dignidad de las personas es notoria en este tipo de delitos y no suscita mayores controversias. No sucede lo mismo con la lesión a la salud pública. Entendemos que en cierta parte se lesiona la salud pública en base a que lo que comporta el tráfico ilícito de órganos humanos es un abrumante e insalubre descontrol médico en todas las intervenciones de trasplante clandestinas que se llevan a cabo. Eso comporta un grave riesgo para la salud de la sociedad plural debido a que se están ya no extrayendo sino introduciendo dentro de los organismos de la ciudadanía, a menudo con apariencia de legitimidad y *buena praxis*, elementos foráneos que no pasan control alguno y pueden fácilmente ser

completamente lesivos para su receptor. Sobre esta base el delito de tráfico de órganos se llega a asemejar a otro conocido delito de tráfico como es el delito de tráfico de drogas. En ambos casos se compromete la salud de la ciudadanía con una conducta que atenta contra el bienestar conjunto de la población pues coinciden en comerciar con elementos que pueden resultar nocivos, y hasta letales, con la ulterior voluntad de venderlos al mejor postor y que éste los termine incorporando a su propio organismo siendo sus consecuencias altamente peligrosas.

A mayor abundamiento, es por todos sabido que el latente mercado negro de órganos atenta contra la visión pacífica y ordenada que tenemos de nuestra sociedad. Es impecinable que la salud pública como bien jurídico protegido se lesiona con la mera existencia de un mercado en auge que pone en jaque los intereses de los habitantes. Consideramos pues que la amenaza de ser extorsionado o engañado por un sector que busca sacar provecho de nuestra situación económica -máxime en la precariedad que sacude en nuestros días a un notable sector de la población- provoca también un constante menoscabo en la salud pública.

La tendencia doctrinal mayoritaria sobre el bien jurídico-penalmente protegido de la salud pública, defendida entre otros por García-Pablos de Molina y Carbonell Mateu, es entender que este concepto va dirigido **a la comunidad** y no al individuo, asumiendo el Estado el deber de asegurar la calidad de vida y la salud, en el buen cumplimiento del mandato legal que se desprende del derecho a la protección de la salud comprendido en el artículo 43 CE<sup>11</sup>. De este modo aseguran los autores que el Estado requiere de una legislación intervencionista que proteja la salud pública y que castigue todas aquellas conductas que atenten con ella.

Muñoz Conde asegura que lo que busca el artículo 156 bis, además de castigar la evidente lesión a la salud individual del damnificado, es evitar que dichos actos se conviertan en un negocio para terceras personas, quienes se aprovechan de la necesidad del que para conseguir dinero ofrece uno de sus órganos para que se trasplante a otro, por lo que se lesiona la

<sup>9</sup> GÓMEZ RIVERO, María del Carmen: “El delito de tráfico ilegal de órganos humanos”, *Revista penal*, num. 31, 2013, p. 118, citando entre otros, MUÑOZ CONDE, Francisco: *Derecho penal, parte especial*, Valencia, 2010, p. 132; QUE-RALT JIMÉNEZ, Joan: *Derecho penal español, parte especial*, Barcelona, 2010, p. 147.

<sup>10</sup> GÓMEZ MARTÍN, Víctor: “Delitos contra la salud individual. Trasplante de órganos, esterilización y cirugía transexual”, en CORCOY BIDASOLO, Mirentxu (dir.): *Manual de Derecho Penal. Parte Especial*, Valencia, 2015, p. 112.

<sup>11</sup> La primera remisión que encontramos sobre este extremo es lo dispuesto en el artículo 43 de la Constitución Española, que en su párrafo primero reconoce el derecho a la protección de la salud, y en el párrafo segundo estipula que: “Compete a los poderes públicos organizar y tutelar la salud pública a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios. La ley establecerá los derechos y deberes de todos al respecto”.

salud pública<sup>12</sup>. Mientras que Queralt sostiene que no puede estimarse que se protege ni la salud del receptor ni la del donante sino la salud pública, ya que la lesión del donante ya encaja en los tradicionales delitos de lesiones al margen de cual fuera la concreta finalidad de la lesión<sup>13</sup>.

No olvidamos que lo que castiga el delito del artículo 156 bis es la obtención o el tráfico ilícito de órganos humanos ajenos o el trasplante de los mismos protegiendo, como no puede ser de otro modo, al sujeto que le han extraído el órgano en cuestión sin su necesario consentimiento. Sobre este pretexto no es de extrañar que se enmarque el delito en el Título reservado a las lesiones, pero es nuestro deber plantearnos que sucedería en aquellos casos en que se comprometiera también, sea por falta de control, salubridad, higiene, personal debidamente acreditado, etc. a los sujetos que reciben el órgano con total apariencia de legalidad, mediante engaño, y se les lesione con ello gravemente su salud. Entendemos que para estos casos existe, además de una lesión al bien jurídico de su propia salud individual, una lesión a la salud entendida como pública pues se está comercializando, traficando y suministrando mediante un mercado que opera *contra legem* un seguido de elementos de ilícito comercio que afectan a la salud colectiva de todos sus eventuales receptores. Será necesario en estos casos imputar al infractor la lesión a los dos bienes jurídicos diferenciados, de salud individual entendida como unas lesiones y salud pública entendida como el delito de tráfico, subsumiendo en él las figuras de la coacción, amenaza o engaño que operen en cada caso, acudiendo a la institución del **concurso delictivo**, concurso que, de entender que el bien jurídico protegido es únicamente la salud individual en el artículo 156 bis CP como hace parte de la doctrina, nos resultaría imposible de aplicar.

Así, el profesor Fonseca Ferrandis recuerda que la sanción penal viene dada a las conductas tendentes a obtener órganos humanos ajenos que atenten contra los artículos 8 y 9 RD 1723/2012 y que supongan un riesgo para la salud entendida como pública<sup>14</sup>.

El bien protegido jurídicamente de “la salud” nos sitúa inexcusablemente ante un **delito de mera**

12 MUÑOZ CONDE, Francisco: *Derecho penal, Parte especial*, Valencia, 2013, pp. 122 y ss.

13 QUERALT JIMÉNEZ, Joan: *Derecho penal español, Parte especial*, Barcelona, 2010, p. 147.

14 FONSECA FERRANDIS, Fernando: *Trasplantes, calidad y administraci3n p3blica*, Ed. Comares, Granada, 2010, pp. 165 y ss.

**actividad y de peligro abstracto**, que es la naturaleza que posee el delito de tráfico de órganos, ya que para que se produzca dicho delito no se requiere que se haya ocasionado un daño concreto. En base a estas consideraciones deducimos que la consumación de las acciones reprochables se produce en el momento en que se pone en peligro la salud pública o individual de las personas. El delito de peligro abstracto requerirá en este caso una eventualidad de que pueda ser la conducta peligrosa para castigarse, bastando para ello una probabilidad de concurrencia del peligro.

## 2. El aspecto material del hecho típico

El Código Penal español tan solo habla en su artículo 156 bis de órganos humanos, excluyendo del hecho jurídico-penalmente relevante cualquier tipo de conducta que contemple la acción típica pero cuyo objeto material no sea un órgano humano. Además se exige que el órgano humano sea ajeno, motivo por el cual queda exento de **repercusión penal** el supuesto típico de la “*obtención o el trasplante*” cuando el órgano humano sea propio, supuesto al que nos referiremos más adelante.

El precepto castiga al que promueve, favorece, facilita o publicita la obtención, el tráfico ilícito o el trasplante de un órgano humano ajeno. También al receptor del órgano que a sabiendas de su ilícito origen consintiera la realización de la intervención. No se castiga, por consiguiente, al propietario de dicho órgano, a pesar incluso de haber otorgado su consentimiento libremente. En los casos en los que se lleven a cabo las conductas típicas y, además, se culmine la acción con la efectiva extracción del órgano, deberemos atender a la apreciación de un concurso de delitos con el correspondiente delito de lesiones<sup>15</sup>. Ello es gracias a la naturaleza pluriofensiva de que goza el delito pues si el único bien jurídico protegido aquí fuese la salud individual del donante sería altamente complicado justificar un concurso delictivo con el delito de lesiones habida cuenta que protegerían el mismo bien jurídico.

Cabe destacar que es fácil confundir ciertos términos en este caso. Y es que tal y como preceptúan los artículos inmediatamente anteriores al que venimos haciendo referencia -estos son el 155 y 156- el consentimiento válida, libre, consciente y expresamente

15 GÓMEZ MARTÍN, Víctor: “Delitos contra la salud individual. Trasplante de órganos, esterilización y cirugía transexual”, en CORCOY BIDASOLO, Mirentxu (dir.): *Manual de Derecho Penal. Parte Especial*, Valencia, 2015, p. 113.

otorgado por parte del sujeto pasivo para la producción de unas lesiones por parte del sujeto activo (no facultativo), si bien es cierto que no eximirían de responsabilidad penal al último, sí que la atenuarían. Ahora bien, los dos artículos reseñados *ut supra* hacen referencia al delito de lesiones, que a pesar de venir contemplado en el mismo Título que el tráfico de órganos y estar regulado en el articulado que lo precede no tienen ni la misma naturaleza ni finalidad -motivo por el cual deberemos atender en numerosas ocasiones a concursos delictivos entre ambos- ni se pueden aplicar de forma análoga las figuras que limitan el primero sobre el segundo. Por todo ello y habida cuenta de que no se prevé la figura del consentimiento como atenuación en el delito cuyo estudio aquí acontece, concluimos que pese a mediar consentimiento válida y libremente otorgado por parte del “donante” ello no puede dimanar en una atenuación específica de la pena que debiere ser impuesta<sup>16</sup>.

Asimismo el objeto material del delito recae sobre “órganos humanos ajenos”. Por órgano humano debe entenderse “aquella parte diferenciable del cuerpo humano constituida por diversos tejidos que mantiene su estructura, vascularización y capacidad para desarrollar funciones fisiológicas con un grado importante de autonomía y suficiencia” (art. 3.1, párr. I RD 2070/99 de 30 de diciembre). Quedan por tanto fuera de la acción típica los tejidos humanos (nervioso, adiposo, muscular, etc.)<sup>17</sup>.

Según el profesor Romeo Casabona, pueden ser objeto de donación los órganos cuya extracción no altere la salud del emisor de forma permanente y no ponga en riesgo su vida. El dador no puede ver mermada su integridad física o psíquica como consecuencia de la donación, ni ver restringida ninguna de las funciones básicas de su organismo<sup>18</sup>.

### 3. La acción típica

#### A. Tipo objetivo

Como ya hemos mencionado, el Código Penal castiga al que promueva, favorezca, facilite o

publicite la obtención o el tráfico ilegal o el trasplante de un órgano humano ajeno. Vemos pues como la conducta tipificada es de un muy amplio espectro toda vez que no solo castiga al ejecutor de la acción que realmente culmina la lesión física sino que abre la puerta a subsumir en el propio precepto actos de muy diversas clases. Esta conducta da cabida en el tipo penal a casi cualquier comportamiento. La jurisprudencia constitucional matiza que “los tipos genéricos no son inconstitucionales, pudiéndose integrar por otras normas y contener conceptos indeterminados, siempre que no sean tan abiertos que su aplicación dependa de la decisión arbitraria de los tribunales” (STC 8/81, de 21 de junio)<sup>19</sup>.

Mientras que Queralt Jiménez afirma que la acción típica de **tráfico** de órganos consiste en llevar el órgano de un lugar a otro, cuya modalidad incluye los pasos de extracción u obtención, su transporte, su almacenamiento y su ulterior implantación<sup>20</sup>, Gómez Rivero sostiene que la modalidad de **obtención** abarca el proceso mediante el que los órganos “donados” quedan a disposición de un tercero, comprendiendo conductas tanto de extracción como actos de adjudicación del órgano a ese tercero. El **trasplante** debe ser entendido como el acto de sustituir el órgano enfermo por el nuevo órgano, sano. Asimismo Gómez Rivero continúa matizando que debe entenderse por **tráfico ilegal** un concepto amplio y general de aquellas situaciones en que se incumplen las condiciones de las que la normativa hace depender la legalidad del tráfico<sup>21</sup>.

A juicio de la doctrina mayoritaria siempre será atípica la donación de órganos bajo promesa de reembolso de los gastos o de las pérdidas de ingresos derivados de la donación, o el intercambio de órganos motivado por la ausencia de compatibilidad entre el donante y el receptor originarios<sup>22</sup>.

19 Consideración referida al delito de tráfico de drogas, pero de análoga significación y aplicación a lo establecido para el delito que aquí nos ocupa, cuyo encabezamiento en el precepto penal reza de igual modo.

20 QUERALT JIMÉNEZ, Joan: *Derecho penal español. Parte especial*, Barcelona, 2010, pp. 146 y ss.

21 MENDOZA CALDERÓN, Silvia: “Una primera aproximación al artículo 156 bis del código penal: ¿Un futuro ejemplo más del derecho penal simbólico?”, *Revista de derecho penal y criminología*, 3<sup>a</sup>. Época, núm. 11, 2014, p. 173, citando GÓMEZ RIVERO, María del Carmen: “El delito de tráfico ilegal de órganos humanos”, *Revista penal*, num. 31, 2013, pp. 124 y ss.

22 GÓMEZ MARTÍN, Víctor: “Delitos contra la salud individual. Trasplante de órganos, esterilización y cirugía transexual”, en CORCOY BIDASOLO, Mirentxu (dir.): *Manual de Derecho Penal. Parte Especial*, Valencia, 2015, p. 113.

16 PUENTE ABA, Luz María: “La protección frente al tráfico de órganos: su reflejo en el Código penal español”, *Revista Derecho y Proceso Penal*, num. 26, 2011, pp. 135-152.

17 GÓMEZ MARTÍN, Víctor: “Delitos contra la salud individual. Trasplante de órganos, esterilización y cirugía transexual”, en CORCOY BIDASOLO, Mirentxu (dir.): *Manual de Derecho Penal. Parte Especial*, Valencia, 2015, p. 113.

18 ROMEO CASABONA, Carlos María: *Los trasplantes de Órganos*, Ed. Bosch, Barcelona, 1987, p. 81.

En estos casos no se vulneran los principios de gratuidad y altruismo en los trasplantes.

El Código Penal distingue, a efectos de pena, entre órganos principales y no principales en clara respuesta a un posicionamiento de índole proteccionista a la hora de reservar una penalidad y un castigo más severo sobre aquellas conductas que afecten en mayor gravedad a los intereses de la población en general y cada individuo en particular. Sería un órgano principal, concepción a la que nos aproxima García Albero “*aquel que posea actividad funcional independiente y relevante para la vida, la salud o el normal desenvolvimiento del individuo, independientemente de que se trate de órganos dobles*”<sup>23</sup>.

Conviene recordar que en España rige el Real Decreto 1723/2012, de 28 de diciembre, por el que se regulan las actividades de obtención, utilización clínica y coordinación territorial de los órganos humanos destinados al trasplante y se establecen requisitos de calidad y seguridad. Dispone dicho Real Decreto que 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.

Es en base a los precitados principios que queda absolutamente proscrita en España la comercialización con órganos humanos ajenos a cambio de recompensa<sup>24</sup>. Claro reflejo de ello es lo dispuesto en el precepto penal, que alude a la prohibición de la “obtención ilegal” de un órgano humano. A *sensu contrario*, nada se dice acerca de si queda proscrita **penalmente** la misma conducta por lo que respecta a la comercialización remunerada de órganos propios o de una persona fallecida, máxime en este último

23 MENDOZA CALDERÓN, Silvia: “Una primera aproximación al artículo 156 bis del código penal: ¿Un futuro ejemplo más del derecho penal simbólico?”, *Revista de derecho penal y criminología*, 3ª. Época, núm. 11, 2014, p. 176, citando GARCÍA ALBERO, Ramón Miguel; “El nuevo delito de tráfico de órganos”, en ALVAREZ GARCÍA, Francisco Javier; GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis: *Comentarios a la reforma penal de 2010*, Valencia, 2010. Cita la autora como ejemplo de sentencias que recaen sobre lesiones relacionadas órganos principales las *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*.

24 En el caso de comercialización con órganos propios a cambio de una remuneración, la conducta en la que incurre el propietario vendedor será siempre sancionable dado que está prohibido ese ilícito comercio, pero no lo será desde el marco jurídico-penal ya que el Código tan solo contempla la pena en la modalidad de órganos humanos **ajenos**.

supuesto cuando no es difícil advertir que lo que protege el Código *prima facie* es la salud individual del legítimo propietario del órgano, por lo que a primera vista debería regir el principio *permittitur quod non prohibetur*.

Sobre estos extremos hay un sector doctrinal que opina acertadamente a la luz de lo que se desprende del artículo 5.2 Ley 30/1979, de 27 de octubre, sobre extracción y trasplante de órganos -que alude a que la extracción de los órganos de personas fallecidas podrá realizarse **cuando no se hubiera dejado constancia expresa de su oposición**-, que ante una situación y un escenario como el que planteamos debe oponerse la redacción de lo dispuesto en la Declaración de Estambul, que sí contempla la protección del cuerpo inerte de una persona fallecida y su derecho a no haber autorizado en vida la extracción de sus órganos *post-mortem*. A pesar de esta última postura, el derecho penal español no la prevé específicamente y, por consiguiente, si los órganos provienen de donantes fallecidos, la conducta será atípica<sup>25</sup>. Lo mismo sucederá cuando el titular de un órgano decide voluntariamente enajenarlo a otro a cambio de un precio convenido *inter partes*, toda vez que la norma penal no sanciona dicha conducta pues se trata de una autolesión o autopuesta en peligro inhábil para desprender efectos jurídico-penales. Sí será penalmente relevante la conducta del tercero no titular del órgano que actúa en la acción ilícita aún con el consentimiento válida y libremente expedido por parte del legítimo propietario del mismo.

Apreciamos la existencia, como bien advierte Muñoz Conde, de un notable “**paternalismo estatal moderado**”, en el que se protege a la víctima incluso en contra de sus deseos al haber autorizado consciente y libremente la extracción del órgano y sí se castiga a las terceras personas cuya actuación no viene forzada por razones de necesidad. Todo ello tiene sentido al amparo del principio de protección del débil frente al fuerte, de aquél que por razones y motivaciones económicas se ve obligado a ceder frente al acaudalado cuya situación de dominación absorbe la totalidad de la carga punitiva del ilícito<sup>26</sup>.

25 GÓMEZ MARTÍN, Víctor: “Delitos contra la salud individual. Trasplante de órganos, esterilización y cirugía transexual”, en CORCOY BIDASOLO, Mirentxu (dir.): *Manual de Derecho Penal. Parte Especial*, Valencia, 2015, p. 112.

26 MENDOZA CALDERÓN, Silvia: “Una primera aproximación al artículo 156 bis del código penal: ¿Un futuro ejemplo más del derecho penal simbólico?”, *Revista de derecho penal y criminología*, 3ª. Época, núm. 11, 2014, p. 171, citando MUÑOZ CONDE, Francisco: *Derecho penal, Parte especial*, Valencia, 2013, pp. 122 y ss.

El artículo 156 bis. 2 CP castiga al receptor del órgano **que conozca su origen ilícito**, preveyéndose la misma sanción penal que para los traficantes (156 bis. 1 CP). En caso de no conocer el receptor ese origen ilícito no se estaría dando el presupuesto que prevé el precepto penal y la conducta sería atípica. A continuación, en el mismo precepto, se reserva la posibilidad de atenuar específicamente la pena al receptor del órgano atendiendo a las circunstancias del hecho y del culpable, apreciando y respetando el legislador la habitual concurrencia en este tipo de delitos de una especie de **estado de necesidad**. Esta reserva legal va claramente referida a aquellas situaciones de excepcionalidad en que el receptor autoriza el trasplante aún a sabiendas de su ilegalidad con la finalidad de impedir un mal propio mayor en una situación de “vital necesidad”, como último mecanismo para salvar su vida, como receptor-enfermo<sup>27</sup>.

Entiende parte de la doctrina abanderada por Alemán López que existen situaciones excepcionales en que se puede llegar a apreciar la concurrencia de una **eximente de responsabilidad penal** sobre el receptor del órgano. Todo ello tendría cabida en supuestos aislados cuya valoración debe hacerse al margen de una común puesta en escena de un trasplante de órganos, en que procede la inmediata victimización del donante. Al amparo del principio de no exigibilidad de comportamientos heroicos o sobrehumanos, caben ciertas situaciones en que siendo el receptor del órgano un enfermo terminal o potencialmente moribundo a la espera de un trasplante de origen lícito, consiente el trasplante del mismo órgano procedente del mercado ilícito, siempre y cuando le conste de manera indiscutible el consentimiento válida y libremente otorgado por parte del donante no víctima. Ante estas situaciones parece particularmente lesiva la atenuación específica de uno o dos grados contemplada en el artículo 156 bis. 2 por lo que algunos autores como Felip i Saborit la han criticado duramente. A su juicio lo más conveniente aquí sería apreciar la concurrencia de las circunstancias que eximen completamente de responsabilidad penal previstas en el artículo 20 CP, que serían de aplicación al receptor del órgano que actúa motivado en todo momento por una situación que se asemeja a un latente estado de necesidad o miedo insuperable<sup>28</sup>.

27 MENDOZA CALDERÓN, Silvia: “Una primera aproximación al artículo 156 bis del código penal: ¿Un futuro ejemplo más del derecho penal simbólico?”, *Revista de derecho penal y criminología*, 3ª. Época, núm. 11, 2014, p. 178, citando MUÑOZ CONDE, Francisco: *Derecho penal, Parte especial*, Valencia, 2013, pp. 122 y ss.

28 ALEMÁN LÓPEZ, Miguel Ángel: “Una breve

Por último, el artículo 156 bis. 3 alude y castiga a las personas jurídicas cuando, de acuerdo con lo establecido en el artículo 31 bis, una persona jurídica sea responsable de los delitos comprendidos en el artículo cuyo estudio hemos realizado.

### **B. Tipo subjetivo**

No cabe duda de que el tipo subjetivo delictivo que abarca todo el artículo 156 bis desde su incorporación a nuestro ordenamiento penal es de carácter **doloso** habida cuenta de que se requiere para su consumación el conocimiento y voluntad de traficar con órganos humanos ajenos, pudiendo bastar para ello la concurrencia de **dolo eventual**.

El dolo eventual existe cuando alguien acepta la realización de una conducta claramente ilícita sin mostrar ningún interés por averiguar sus circunstancias y condiciones (STS de 15 de junio de 2011). Pensamos en los típicos supuestos de secuestros o trata de personas en que se especifica al sujeto activo ceder a la víctima a la eventual organización delictiva en óptimas condiciones, viva o muerta, sin heridas internas y siempre en un plazo breve de tiempo para evitar la necrosis orgánica.

No se castiga subjetivamente la imprudencia.

## **4. Autoría y participación**

La redacción del encabezamiento del precepto “*Los que promuevan, favorezcan, faciliten o publiciten la obtención o el tráfico ilegal de órganos humanos (...)*” abre la puerta a la penalización en forma de autoría de la práctica unanimitad de conductas relacionadas con el delito. La autoría no exige así la extracción definitiva del órgano en cuestión. La abierta redacción del tipo penal hace extremadamente complejo encontrar conductas de mera complicidad, no siendo punibles, en cambio, los actos preparatorios<sup>29</sup>.

De igual modo que en el delito de tráfico de drogas cuyo precepto (368 CP) queda encabezado

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, pp. 10 y 11, citando FELIP I SÁBORIT, David en CARBONELL MATEU, Juan Carlos; GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis: *Derecho penal, parte especial*, Valencia, p. 160.

29 GÓMEZ MARTÍN, Víctor: “Delitos contra la salud individual. Trasplante de órganos, esterilización y cirugía transexual”, en CORCOY BIDASOLO, Mirentxu (dir.): *Manual de Derecho Penal. Parte Especial*, Valencia, 2015, p. 112.

observando prácticamente las mismas conductas, lo que pretende en nuestro caso el legislador es utilizar una fórmula tan amplia que proteja a la sociedad y a su buen funcionamiento en relación a este delito desde todas las ópticas posibles, dejando que sea la jurisprudencia la que matice qué concretas actuaciones quedan subsumidas en tan amplio abanico de opciones. *A priori* labores como trasladar a un eventual donante ilegal al lugar de la extracción, facilitar las gestiones u ofrecer en un perfil de una red social dinero a cambio de contactos con posibles receptores serán consideradas como autoría delictiva. También el reclutamiento y selección de donantes o receptores, organización de viajes de turismo de órganos, sufragio de las intervenciones, etc<sup>30</sup>.

Existen aisladas posturas doctrinales que abogan por que si el donante ha expresado su consentimiento libre y conscientemente para un trasplante oneroso de uno de sus órganos, sin que éste esté viciado por carencias económicas, el abultado peso de la repercusión penal no puede recaer íntegramente sobre el receptor del mismo o quien promueva, favorezca, facilite o publicite el trasplante sino que deberá ser valorada su conducta como una especie de cooperación necesaria a la consumación del delito toda vez que sin su actuación no se hubiera perfeccionado el mismo. Ahora bien, afortunadamente Muñoz Conde y la mayoría de autores se inclinan por afirmar que estas teorías chocan frontalmente con el derecho a la autonomía y al libre desarrollo de la personalidad que están garantizados constitucionalmente ya que el hecho de pretender castigar al Estado al que libremente vende uno de sus órganos como medio para “imponer un orden moral” o “educar a terceros” es un atentado contra los legítimos derechos que prevé la constitución<sup>31</sup>. Así queda recogido finalmente en el Código Penal, de forma y modo que el vendedor que quiera subastar libremente uno de sus órganos no vitales queda exonerado de todo tipo de penalidad, la cual se reserva íntegramente para los verdaderos infractores, los traficantes o los receptores que hacen posible la existencia de ese mercado clandestino al que accede ulteriormente el vendedor con plena disposición y dominio de su integridad física.

30 *Ibidem*. pp. 112 y 113.

31 MENDOZA CALDERÓN, Silvia: “Una primera aproximación al artículo 156 bis del código penal: ¿Un futuro ejemplo más del derecho penal simbólico?”, *Revista de derecho penal y criminología*, 3ª. Época, núm. 11, 2014, p. 172, citando MUÑOZ CONDE, Francisco: “Algunas cuestiones relacionadas con el consentimiento del paciente y el tratamiento médico”, en MUÑOZ CONDE, Francisco (Director): *Problemas actuales del Derecho penal y la Criminología. Estudios penales en memoria de la Profesora Dra. María del Mar Díaz Pita*, Valencia, 2008, pp. 458 y ss.

## V. CONCLUSIONES

I. La demanda de trasplantes de órganos humanos es cada vez más frecuente en el seno de los Estados más occidentales, todo ello como consecuencia de un sinfín de enfermedades que acarrear la imperiosa necesidad de substituir el órgano afectado en su totalidad, siendo insuficiente un “simple” tratamiento con medicinas avanzadas. Éste es el motivo que impulsa el preocupante incremento de un mercado oculto de tráfico ilícito con órganos y tejidos humanos.

Frente a los principios de gratuidad y solidaridad que deben regir toda donación acorde a los estándares reglamentarios (Real Decreto 1723/2012, de 28 de diciembre) de toda suerte altruistas, comienza a imponerse en la práctica forense el criterio de la onerosidad, haciendo tambalear los pilares básicos que fundamentan la delicada intervención legal supranacional que avala la lesión a los bienes jurídicos afectados en una actividad quirúrgica de semejante envergadura.

¿Qué duda cabe de que las carencias económicas y la exclusión social fuerzan a determinados sectores de población que viven en la precariedad, al límite de sus posibilidades, con una familia a cargo y sin acceso a la educación, a llevar a cabo actividades altamente perjudiciales? Por suerte o por desgracia, los avances tecnológicos proporcionan redes de contacto a nivel global cuyo mal uso hace posible el aprovechamiento de dichas circunstancias de flaqueza económica por los estamentos más pudientes de la población desarrollada.

II. Pese a la ratificación íntegra por parte de este autor de lo subrayado en el punto inmediatamente anterior, es importante acotar un aspecto fundamental de la conducta penológica del delito que hemos tratado en este estudio. Si bien es cierto que los criterios que deben regir en los trasplantes de órganos humanos son los de altruismo, gratuidad y solidaridad, el sujeto pasivo de la extracción no incurrirá en delito alguno -a contrario de lo que sucedería con quien obtiene el órgano a cambio de recompensa- si decide libremente venderlo, pues suyo es el poder inmediato de disposición sobre su propio cuerpo e integridad física.

Choca con lo anteriormente expuesto cuando la libre voluntad del legítimo propietario del órgano en cuestión queda anulada, viciada, por la concurrencia de coacciones, engaños o abusos de poder. El aliciente económico al que nos venimos refiriendo en

colectivos vulnerables deviene un aspecto al que este autor considera supresivo de la libre voluntad del donante. Es decir, alguien que decide vender “libremente” sus órganos a cambio de una retribución económica que le supone algo tan básico como la manutención de su familia, entendemos que no ha podido tomar la decisión libremente sino más bien obligado por una causa de fuerza mayor. Es aquí cuando debe entrar en juego el agravamiento de la conducta del que se aprovecha de esa situación mediante semejantes abusos de superioridad fáctica.

III. En cuanto a la tipificación del delito en el Código penal vigente, la naturaleza pluriofensiva del hecho delictivo produce un conflicto interno de compleja resolución. ¿Dónde es más correcto situarlo dentro del propio código? Pues bien, como hemos visto entendemos que el artículo 156. bis CP implica la lesión de más de un bien jurídico, perfectamente diferenciables los unos de los otros. Mientras que la lesión a la integridad física y a la dignidad de las personas no provoca mayores controversias, apreciamos una palmaria lesión a la salud pública de la colectividad de individuos que conforman la sociedad.

De este modo, a nuestro juicio debe incluirse la vulneración de la salud pública como bien jurídico tutelado bajo el paraguas del supracitado precepto. La libre circulación, el comercio y el tráfico insalubre con elementos que, una vez introducidos en el organismo, pueden resultar de toda suerte nocivos, carentes de ningún tipo de control médico acreditado y tratados por un personal absolutamente desacreditado y bajo circunstancias comúnmente deplorables, produce un desorbitado riesgo en la salud colectiva de la población y afecta a la visión pacífica de la misma. Es por ello que debemos prestar especial atención en lo que se refiere al enjuiciamiento de este tipo delictivo, a las figuras del concurso de delitos.

IV. El consentimiento libre y válido por parte del sujeto pasivo, al que le extraen el órgano afectado ulteriormente por una conducta de tráfico, no conlleva una atenuación específica de la pena que debe imponerse al sujeto activo del delito de tráfico de órganos. En modo alguno procede en estos casos una aplicación análoga de lo dispuesto para los delitos de lesiones.

Como consecuencia de este mismo razonamiento, los delitos de tráfico de órganos deberán implementarse junto a los delitos de lesiones mediante la figura concursal cuando se culmine la acción de tráfico -favorecer, facilitar o publicitar el tráfico o el

trasplante ilegal de un órgano humano ajeno- con la intervención quirúrgica efectiva sobre el sujeto pasivo, con el consiguiente menoscabo a su integridad física. Ahora bien, ¿qué sucede en este último supuesto cuando el consentimiento **a las lesiones** está válida, libre y espontáneamente efectuado? Entendemos que procederá imputar ambas conductas penológicas mediante concurso delictivo, atenuando específicamente pero las lesiones por la concurrencia de la circunstancia atenuante concreta del libre consentimiento que, como hemos aludido, no será extrapolable al delito de tráfico.

V. La redacción literal del tipo, de características semejantes a las contempladas en otros delitos de tráfico como el narcotráfico, promueve la acción penal sobre todo aquél que se halle implicado en el *iter criminis*. El brazo ejecutor no es sino un partícipe más en la conducta, cuya pena se verá incrementada no en su vertiente de “tráfico” sino mediante el concurso delictivo con las lesiones causadas.

VI. Es criterio de este autor interpretar de forma extensiva lo dispuesto en la Declaración de Estambul acerca de la protección jurídica de la integridad física de las personas fallecidas que no autorizasen en vida o se hubieran posicionado manifiestamente en contra de la extracción de sus órganos *post-mortem*. Entendemos que la extracción ilegítima de dichos órganos y su tráfico ilegal deben ser objeto de tutela penal pese a no contemplarse dicha concreta modalidad en nuestro ordenamiento criminal. *A sensu contrario*, nos adherimos a la concepción dogmática mayoritaria por lo que respecta a la atipicidad de la conducta de quien decide libremente enajenar sus órganos onerosamente, no mereciendo la misma protección, como ya hemos mencionado, el receptor del órgano e instigador de la transacción, que deviene imputable.

Cabrá diferenciar de este último supuesto el caso en que el receptor del órgano, habiendo sido objeto de manipulación o engaño, desconociese el origen ilícito del órgano que recibiere. Dadas las circunstancias, el CP español no penaliza la precitada conducta, que deberá entenderse atípica, valorando -entendemos que en cada concreta situación- la eventual concurrencia de la institución de la **ignorancia deliberada** que deviene asimismo hábil para revertir la amnistía penal.

VII. El **estado de necesidad**, circunstancia jurídica personal extensamente desarrollada por el profesor Santiago Mir Puig, es una figura que no podemos perder de vista en el tratamiento del delito objeto

aquí de estudio. No podemos obviar que el afloramiento de esta creciente modalidad delictiva se debe a las necesidades incurables de un sector de la población -tal y cómo nos referíamos al inicio de estas conclusiones- que necesitan una solución drástica a su patología, que pasa por la necesaria restitución del órgano afectado en su totalidad. Ante la amenaza de muerte, los seres humanos pueden sufrir auténticas crisis emocionales que desvíen su habitual percepción del límite que separa lo legítimo de lo que no lo es. Todo ello sucede frecuentemente, conllevando un desvalor de acción y de resultado impropias de los usos habituales del actor. Es por ello por lo que el artículo 156 bis. 2 contempla la atenuación de la pena del receptor del órgano “atendiendo a las circunstancias del hecho y del culpable” y que parte de la doctrina aboga, en situaciones límite, por la posibilidad de eximirle totalmente de responsabilidad penal.

VIII. A contrario de lo que suscriben determinados sectores aislados de la dogmática jurídica más conservadora, debemos inclinarnos por coger el testigo de Muñoz Conde en el sentido de deber primar el derecho a la autonomía y el libre desarrollo de la personalidad de aquél que pretende vender uno de sus órganos (no movido por razones de necesidad financiera) por encima de la voluntad de algunos de castigar dicha conducta bajo el paraguas de la imposición de un deber moral universal.

## VI. BIBLIOGRAFÍA

- ALEMÁN LÓPEZ, Miguel Ángel: “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.
- CORCOY BIDASOLO, Mirentxu (dir.): *Manual de Derecho Penal. Parte Especial*, Valencia, 2015.
- FONSECA FERRANDIS, Fernando: *Trasplantes, calidad y administración pública*, Ed. Comares, Granada, 2010.
- GARCÍA VÁZQUEZ, Sonia: “Inmigración ilegal y trata de personas en la Unión Europea: la desprotección de las víctimas”, *Revista de Derecho Constitucional Español*, 2008, núm. 10.
- GÓMEZ RIVERO, María del Carmen: “El delito de tráfico ilegal de órganos humanos”, *Revista penal*, núm. 31, 2013.

- MENDOZA CALDERÓN, Silvia: “Una primera aproximación al artículo 156 bis del código penal: ¿Un futuro ejemplo más del derecho penal simbólico?”, *Revista de derecho penal y criminología*, 3ª. Época, núm. 11, 2014.
- MIR PUIG, Santiago: *Derecho Penal. Parte General*. 9ª. ed., Barcelona, 2011.
- MUÑOZ CONDE, Francisco: *Derecho penal, Parte especial*, Valencia, 2013.
- PUENTE ABA, Luz María: “La protección frente al tráfico de órganos: su reflejo en el Código penal español”, *Revista Derecho y Proceso Penal*, núm. 26, 2011.
- QUERALT JIMÉNEZ, Joan: *Derecho penal español, Parte especial*, Barcelona, 2010.
- ROMEO CASABONA, Carlos María: *Los trasplantes de órganos. Informe y Documentación para la Reforma de la Legislación Española sobre trasplantes de órganos*, Ed. Bosch, Barcelona, 1978.