



TRABAJO FIN DE GRADO

GRADO EN DERECHO

CURSO ACADÉMICO 2021 / 2022

**EL DERECHO PENAL COMO INSTRUMENTO PARA LA
INTERVENCIÓN EN LOS MERCADOS.
A PRÓPOSITO DEL DELITO DE TRÁFICO DE ÓRGANOS
DEL ARTÍCULO 156 BIS DEL CÓDIGO PENAL ESPAÑOL.**

.....

**CRIMINAL LAW AS AN INSTRUMENT FOR INTERVENTION
IN MARKETS.
ON ORGAN TRAFFICKING CRIME FROM ARTICLE 156 BIS
OF THE SPANISH CRIMINAL CODE**

.....

AUTORA: ANDREA BARQUÍN GARCÍA

DIRECTORA: DRA. PAZ MERCEDES DE LA CUESTA AGUADO

RESUMEN:

Nuevas formas delictivas han surgido en nuestro Código Penal en esta última década; muchas comparten una estructura similar y versan sobre un mismo objeto típico: la sanción del tráfico ilegal de objetos, personas o mercancías. Estas nuevas figuras delictivas tienen su origen en el proceso de globalización de la economía y la consiguiente liberalización de los mercados, lo que ha llevado a algunos Estados, como es el caso de España, a la utilización de Derecho Penal como instrumento de control de estos para la protección de intereses y valores, tales como: la salud pública, la seguridad, el medioambiente o la libre concurrencia.

El delito de tráfico de órganos es un ejemplo de este nuevo Derecho penal globalizado, el que, en ciertos extremos, colisiona con los elementos clásicos de la Dogmática Penal, generando una infinidad de problemas para el entendimiento y la aplicación de este nuevo tipo penal recogido en el artículo 156 bis del Código Penal incorporado por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, y reformado por la Ley Orgánica, 1/2019, de 20 de febrero.

El interprete se encuentran con problemas tales como, una excesiva abstracción del bien jurídico protegido lo que impide el cumplimiento de sus funciones dogmáticas; así como la construcción de tipos mixtos alternativos con conductas típicas amplias que podrían vulnerar el principio de taxatividad y en los que se sanciona con la misma pena conductas de autoría con otras de mero favorecimiento, lo que genera una desproporción entre la sanción y el riesgo creado por el sujeto.

Palabras clave: tráfico de órganos, globalización, delitos de tráfico, bien jurídico protegido, mercados.

ABSTRACT:

New forms of crime have emerged in our Criminal Code in the last decade; many of them share a similar structure and deal with the same typical object: the punishment of illegal trafficking of objects, persons or goods. These new offenses have their origin in the process of globalization of the economy and the consequent liberalization of markets, which has led some States, as is the case of Spain, to use Criminal Law as an instrument of control of these for the protection of interests and values, such as: public health, safety, the environment or free competition.

The crime of organ trafficking is an example of this new globalized criminal law, which, in certain extremes, collides with the classic elements of Criminal Dogmatic, generating a myriad of problems for the understanding and application of this new criminal type contained in Article 156 bis of the Criminal Code incorporated by the Organic Law 5/2010, of June 22, and reformed by the Organic Law, 1/2019, of February 20.

The interpreter encounters problems such as, an excessive abstraction of the legal interest protected, which impedes fulfillment of its dogmatic functions; as well as the construction of alternative mixed types with broad typical conducts that could violate the principle of taxativity and in which the same penalty is imposed for conducts of authorship with others of mere favoring, which generates a disproportion between the sanction and the risk created by the subject.

Keywords: organ trafficking, globalization, trafficking offenses, protected legal interest, markets.

ÍNDICE DE ABREVIATURAS:	5
I. CUESTIONES INTRODUCTORIAS Y DE POLÍTICA CRIMINAL.	6
1.1. TRÁFICO DE ÓRGANOS: UNA REALIDAD GLOBAL.	6
1.2. ANTECEDENTES HISTÓRICOS DEL DELITO DE TRÁFICO DE ÓRGANOS EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL.	8
1.3. REFLEXIONES DE POLÍTICA CRIMINAL.	10
1.3.1. Sobre la necesidad de tipificación expresa del tráfico de órganos. ..	10
1.3.2. El artículo 156 bis CP. como delito de tráfico.	13
1.3.3. La intervención penal en los mercados.	14
1.3.4. Cuestiones generales sobre la forma de tipificación del tráfico en nuestro Ordenamiento Jurídico.	15
II. EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO.	16
2.1. EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO EN LOS DELITOS DE TRÁFICO. .	16
2.2. EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO EN EL DELITO DE TRÁFICO DE ÓRGANOS DEL ARTÍCULO 156 BIS.	20
2.2.1. El bien jurídico protegido con la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio. 21	
2.2.2. El bien jurídico tras la reforma de la Ley Orgánica 1/2019, de 20 de febrero.	24
III. ANÁLISIS DOGMÁTICO DEL TIPO BÁSICO DEL ARTÍCULO 156 BIS CP.	28
3.1. OBJETO TÍPICO.	30
3.2. CONDUCTAS TÍPICAS.	31
3.2.1. Conductas recogidas en el apartado 1 del artículo 156 bis CP.	31
3.2.2. Conductas recogidas en el apartado 2 del artículo 156 bis CP.	39
3.3. SUJETOS DEL DELITO.	40
3.3.1. La apreciación de un Estado de necesidad.	42
IV. BREVE REFERENCIA AL TIPO SUBJETIVO DEL ARTÍCULO 156 BIS CP.	44
V. CONCLUSIONES.	45
VI. BIBLIOGRAFÍA Y RELACIÓN DE SENTENCIAS.	51
6.1. BIBLIOGRAFÍA.	51
6.2. RELACIÓN DE SENTENCIAS.	52
6.3 OTROS DOCUMENTOS UTILIZADOS.	53

ÍNDICE DE ABREVIATURAS:

CE. Constitución Española.

CP. Código Penal.

FJ Fundamento Jurídico.

LO Ley Orgánica.

OMS Organización Mundial de la Salud.

ONT Organización Nacional de Trasplante

RD Real Decreto.

SAP Sentencia de Audiencia Provincial.

SNT Sistema Nacional de Trasplantes.

STS Sentencia del Tribunal Supremo.

TS Tribunal Supremo.

UE Unión Europea.

I. CUESTIONES INTRODUCTORIAS Y DE POLÍTICA CRIMINAL.

1.1. TRÁFICO DE ÓRGANOS: UNA REALIDAD GLOBAL.

Los grandes avances médicos y farmacológicos del último siglo han generado una gran expansión del trasplante de órganos humanos en todo el mundo, como así muestran los datos del Registro Mundial de Trasplantes¹, que eleva la cifra total, a pesar de la pandemia por la Covid-19, a 122.34 los órganos trasplantados² respecto de los 82 países participantes en el año 2020³.

Por su parte, el proceso de globalización, presente en la sociedad actual, ha conllevado una mayor interdependencia entre los distintos países del mundo, lo que supone una mayor facilidad para el tráfico de mercancías a nivel mundial. Esta circunstancia unida a la confianza que los avances médicos y farmacológicos han generado en estas operaciones ha provocado un incremento de la demanda de órganos, que no se ve satisfecha a través de los sistemas legales de donación de órganos. Esa insatisfecha demanda, conformada por personas enfermas necesitadas de un trasplante, es el caldo de cultivo idóneo para la formación de organizaciones criminales dedicadas al comercio de órganos humanos, que se valen principalmente de personas que se encuentran en un contexto económico y social desfavorable y marginal⁴.

Se estima que el tráfico de órganos genera unos beneficios que oscilan entre los 840 millones y los 1.7 billones de dólares al año. Además, en torno al 10% de los trasplantes realizados en el mundo tienen carácter ilegal⁵.

¹ Órgano gestionado por la Organización Nacional de Trasplantes (ONT) en colaboración con la Organización Mundial de la Salud (OMS).

² Véase nota de prensa “España mantiene su liderazgo mundial en donación de órganos en 2020, a pesar de la pandemia”, Ministerio de Sanidad, 16 de agosto de 2021. Disponible en: <https://www.sanidad.gob.es/gl/gabinete/notasPrensa.do?id=5435> [Citado: 4 de mayo de 2022].

³ Datos que se publican en la “Newsletter Transplant” del Consejo de Europa. Disponible en: <http://www.ont.es/publicaciones/Paginas/Publicaciones.aspx> [Citado: 4 de mayo de 2022].

⁴ Véase JULIO LASCANO, C., “Tráfico ilícito de objetos prohibidos: bienes culturales y órganos y tejidos humanos extraídos forzosamente a través de la trata de personas”, en *Política Criminal ante el reto de la delincuencia transnacional*, de Pérez Cepeda (Dir.), Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, p. 945.

⁵ Datos obtenidos del Informe “Transnational Crime and the Developing World”, Global Financial Integrity, marzo de 2017, p. 12. Disponible en: https://www.gfintegrity.org/wp-content/uploads/2017/03/Transnational_Crime-final.pdf, [Citado: 3 de junio de 2022]

Como señala CARRASCO ANDRINO, el mercado de tráfico de órganos es un mercado exitoso en la actualidad y tres son sus principales razones. En primer lugar, la ausencia de medios legales para la sanción y persecución de estos delitos de índole transnacional⁶. La proliferación de las relaciones en un mundo global supone una afección clara a los tradicionales elementos del Derecho Penal, tales como la aplicación de la ley penal en el espacio⁷. Por ello, el sistema penal está evolucionando, y constituye nuevos contextos y tipifica nuevas conductas, tales como la sanción expresan del delito de tráfico de órganos, que atiende a la presente realidad social⁸.

En segundo lugar, estas operaciones de tráfico se han convertido en rutinarias y conforman una práctica habitual en determinados países, como sucede con la conocida “Aldea del Riñón” en Hokse (Nepal), donde las redes del tráfico se han aprovechado de de las altas tasas de analfabetismo de la población y de sus necesidades económicas⁹.

Y, en tercer y último lugar, el tráfico ilegal está en claro ascenso¹⁰ por la propia participación, en algunos países, de las autoridades en la realización de estos ilícitos, generándose una red de corrupción, lo que ha fortalecido a las organizaciones criminales dedicadas a estas prácticas¹¹.

Por otro lado, este mercado ilegal podríamos clasificarlo en tres grandes grupos en atención a las circunstancias presentes en el caso concreto:

- a) *El tráfico de órganos en sentido estricto*, usualmente definido por las instancias internacionales en términos de trata ya que supone la obtención, transporte, transferencia, encubrimiento o recepción de personas vivas o

⁶ JULIO LASCANO, C., “Tráfico ilícito de objetos prohibidos: bienes culturales y órganos y tejidos humanos extraídos forzosamente a través de la trata de personas”, cit., pp. 919-921.

⁷ CARRASCO ANDRINO, M.M., “El delito de tráfico de órganos humanos y comercio de trasplantes”, en *Tratado Derecho Penal Parte Especial*, de Álvarez García (Dir.) Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, pp. 545.

⁸ Más ampliamente en DE LA CUESTA AGUADO, P.M., *Delitos de tráfico ilegal de personas, objetos o mercancías*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

⁹ Véase MONIRUZZAMAN, M., “Transplant and Trafficking in Nepal: The Ethical Concerns”, *The blog from the Center for Bioethics and Social Justice at Michigan State University*. Disponible en <https://msubioethics.com/2015/11/19/transplant-and-trafficking-in-nepal/>, [Citado: 4 de junio de 2022].

¹⁰ JULIO LASCANO, C., “Tráfico ilícito de objetos prohibidos: bienes culturales y órganos y tejidos humanos extraídos forzosamente a través de la trata de personas”, cit., p. 945.

¹¹ CARRASCO ANDRINO, M.M., “El delito de tráfico de órganos y comercio de trasplantes”, cit., pp. 544 y 545.

fallecidas o de sus órganos mediante el uso de amenaza, fuerza u otras formas de coacción, secuestro, fraude, engaño, o abuso de poder o de posición de vulnerabilidad ¹².

- b) *El comercio de órganos* supone la realización de una transacción económica de forma voluntaria que tenga por objeto un órgano humano ¹³, es decir, el órgano humano se trata como un bien económico susceptible de ser comprado vendido o utilizado como mercancía ¹⁴.
- c) Y, por último, el “*turismo de trasplante*”, concepto utilizado por primera vez en la resolución sobre el trasplante de órganos y tejidos adoptada en la Asamblea de la OMS en 2004 ¹⁵, para referirse a aquellos supuestos en los que el trasplante se realiza en el extranjero donde el órgano es obtenido por el receptor a través de tráfico u otros mecanismos que no están permitidos en su país de origen. Este último fenómeno es el más vinculado a Europa.

A pesar de la clasificación que realiza la Doctrina en tres grandes grupos diferenciados, estos se encuentran fuertemente interrelacionados en la práctica ¹⁶.

1.2. ANTECEDENTES HISTÓRICOS DEL DELITO DE TRÁFICO DE ÓRGANOS EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL.

El tráfico de órganos humanos fue tipificado por primera vez en el ordenamiento jurídico español en el artículo 156 *bis* del Título III *De las lesiones* del Libro II del Código Penal (CP.), a través de la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, para tratar de dar respuesta a la extendida y creciente práctica de la compraventa de órganos humanos ¹⁷, y

¹² Véase GARCÍA ALBERO, R., “El nuevo delito de tráfico de órganos” en *Comentarios a la Reforma Penal de 2010*, de Álvarez García y González Cussac (Dir.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pp. 183 y 184.

¹³ GARCÍA ALBERO, R., “El nuevo delito de tráfico de órganos”, cit., pp. 183 y 184.

¹⁴ MENDOZA CALDERÓN, S., “El delito de tráfico de órganos. Una primera aproximación: Al artículo 156 bis del código penal: ¿Un futuro ejemplo más del derecho penal simbólico?” en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, nº11, p. 151. Disponible en https://www.ajs.es/sites/default/files/2020-05/vol24n1_04_Estudio.pdf.

¹⁵ Datos obtenidos del Informe “Trasplante de órganos y tejidos humanos”, Organización Mundial de la Salud, 8 de abril 2004], Disponible en: https://apps.who.int/gb/archive/pdf_files/WHA57/A57_17-sp.pdf [Citado: 7 de mayo de 2022].

¹⁶ GARCÍA ALBERO, R., “El nuevo delito de tráfico de órganos”, cit., pp. 183 y 184.

¹⁷ JULIO LASCANO, C., “Tráfico ilícito de objetos prohibidos: bienes culturales y órganos y tejidos humanos extraídos forzosamente a través de la trata de personas”, cit., p. 945.

con ello, adaptarse al panorama internacional que, desde años atrás venía reclamando mecanismos sólidos para paliar el tráfico ilegal de órganos humanos¹⁸.

La Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio señalaba en la Exposición de Motivos que la OMS, en el año 2004, declaró que la venta de órganos era contraria a la *Declaración Universal de Derechos Humanos*. Por su parte, la Declaración de Estambul sobre el tráfico de órganos y el turismo de trasplantes¹⁹ proclamaba que tales prácticas habían de ser erradicadas por violar los principios de justicia, igualdad y respeto a la dignidad humana²⁰.

A pesar de que no existía en el CP una tipificación expresa de estas prácticas hasta la entrada en vigor de esta Ley 5/2010 de 22 de junio, la Ley 30/1979, de 27 de octubre sobre extracción y trasplante de órganos ya venía prohibiéndolas. Junto al 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*, instrumentos normativos donde el Legislador ha traspuesto 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*.

Desde la entrada en vigor del precepto en el año 2010, dos han sido los casos que han llegado a los Tribunales Españoles. Por un lado, nos encontramos con la sentencia 13 de octubre 2016, ARP 2016/1192, de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 7ª), la que, con cierta vocación didáctica, condena a tres personas como coautores de un delito consumado de tráfico ilegal de órganos principales humanos, donde se aplica al sujeto receptor el subtipo atenuado conforme a lo establecido en el apartado 3 del artículo 156 bis. CP.²¹ Esta condena de la Audiencia Provincial de Barcelona se ha visto reafirmada por la sentencia núm. 710/2017 de 27 de octubre, RJ 2017/4967, de la Sala de lo Penal

¹⁸ALASTUEY DOBÓN, M.C., “Qué protege el delito de tráfico de órganos?: a propósito de la reforma operada por la Ley Orgánica 1/2019, de 20 de enero, en *Revista Diario La Ley*, nº 9558, p. 1.

¹⁹ Con ocasión de la Cumbre internacional realizada sobre turismo de trasplante 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.

²⁰ 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.

²¹ SAP Barcelona, Sección 7ª, 1992/2016, de 13 de octubre, (Ponente: Sr. De Alfonso Laso).

(Sección 1ª) del Tribunal Supremo, la cual ha desestimado los Recursos de Casación interpuestos contra la citada sentencia, convirtiéndose así en la primera condena firme de este delito en España²².

Por otro lado, el Auto de Procesamiento de 2 julio de 2015 del Juzgado de Instrucción Número 3 de Valencia señala la existencia de indicios incriminatorios de la participación de los procesados en un delito de tráfico ilegal de órganos y de trata de seres humanos, pero, esta segunda causa se encuentra en una fase procesal previa y pendiente de resolución.

Finalmente, la Ley Orgánica 1/2019, de 20 de febrero, ha reformado sustancialmente el artículo 156 bis CP. sobre el delito de tráfico de órganos, y ha adaptado así, el Código Penal a las previsiones contenidas en el Convenio del Consejo de Europa *sobre la lucha contra el tráfico de órganos humanos*, abierto a la firma en Santiago de Compostela el 25 de marzo de 2015²³.

1.3. REFLEXIONES DE POLÍTICA CRIMINAL.

1.3.1. Sobre la necesidad de tipificación expresa del tráfico de órganos.

Algunos autores, como PUENTE ABA, reflexionan sobre nuevos escenarios donde elaborar una normativa reguladora de las condiciones y estructura de un mercado legal de órganos humanos. Estos nuevos escenarios deben garantizar unas condiciones de seguridad, por ello, no se contempla como posible la realización de las transacciones de forma directa y libre entre particulares, sino que el Estado o una Organización Internacional actuará en todo caso como un intermediario. En este sentido, la persona donante deberá entregar el órgano -propio- a estas entidades públicas, quienes igualmente se encargarán de su distribución al receptor. Además, la transacción del órgano se hará a cambio de un precio previamente establecido, no siendo posible la negociación de este entre las partes²⁴. Quienes apoyan la legalización de este mercado argumentan que

²² STS 4967/2017, de 27 de octubre, (Ponente: Sr. Martínez Arrieta).

²³ Ley Orgánica 1/2019, de 20 de febrero, Por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, para trasponer Directivas De la Unión Europea en los ámbitos financiero y de terrorismo, y abordar cuestiones de índole internacional.

²⁴ Más ampliamente en PUENTE ABA, L.M., “La protección frente al tráfico de órganos: su reflejo en el Código Penal español”, en *Revista Derecho y Proceso Penal*, nº 26, 2011, pp. 135- 152.

supondría la eliminación de las redes del *mercado negro* dedicado al comercio de órganos, ya que numerosos estudios criminológicos evidencian que la prohibición de un comercio trae consigo la violencia y corrupción en torno al mismo, así como, un incremento sustantivo de los precios, lo que favorece al aumento de las tasas de criminalidad y victimización²⁵.

Así mismo, un mercado legal y regularizado generaría un aumento significativo de la oferta de órganos, y así, se eliminarían listas de esperas y se incrementaría sustancialmente la calidad de vida de las personas. Además, generaría una fuente de ingresos regular y controlada para personas dotadas de pocos recursos económicos, así mismo, este sector de la Doctrina ha criticado que existen otras múltiples actividades igualmente arriesgadas para la salud, que se realizan con fines meramente lucrativos y que no se encuentran prohibidas en nuestro ordenamiento²⁶.

En este sentido, adopta una postura favorable a la legalización de un comercio de órganos, la Asociación Médica Americana, que ha propuesto la realización de estudios pilotos que evalúen la efectividad de introducir incentivos económicos en las tasas de donación. Por su parte, la Sociedad de Trasplantes británica ha dejado atrás su criterio tradicional y actualmente se muestra abierta al debate público sobre las ventajas e inconvenientes del comercio de órganos²⁷.

Como es lógico, no faltan contraargumentos frente a esta posición favorable al comercio libre de los órganos humanos. En primer lugar, una de las principales críticas es que favorece la explotación de aquellas personas situadas en un contexto social y económico penoso, quienes se verían obligadas a formar parte de este mercado y que darían un consentimiento, que, en ningún caso, podría calificarse como libre y voluntario.

En segundo lugar, no nos podemos olvidar de la desigualdad manifiesta que generaría en la obtención de los trasplantes ya que estas prácticas se desligarían de los principios rectores de nuestro Sistema Nacional de Trasplantes (SNT)²⁸ y darían carácter

²⁵ CARRASCO ANDRINO, M.M., “El delito de tráfico de órganos humanos y comercio de trasplantes”, cit., p. 555.

²⁶ PUENTE ABA, L.M., “La protección frente al tráfico de órganos: su reflejo en el Código Penal español”, pp. 545 y ss.

²⁷ CARRASCO ANDRINO M.M., “El delito de tráfico de órganos humanos y comercio de trasplantes”, cit., p. 554.

²⁸ Principios de voluntariedad, altruismo, confidencialidad, ausencia de ánimo de lucro y gratuidad.

preferente en la obtención de estos a aquellas personas con una mayor capacidad económica, lo que evidenciaría, una vez más, las desigualdades económicas y sociales que genera, y de las que se vale, este fenómeno de comercialización de órganos ²⁹.

A pesar de la existencia de posturas favorables a la legalización del comercio de órganos humanos, en nuestro Ordenamiento Jurídico se encuentran estas conductas sancionadas penalmente desde el año 2010 cuando el Legislador español decidió introducir al Código Penal de manera expresa el delito de traficar con órganos³⁰.

Por su parte, MUÑOZ CONDE califica como necesaria esta tipificación autónoma. Además, también muestra una postura favorable al régimen implantado con la reforma de LO 1/2019, de 20 de febrero, que aumenta sustancialmente el marco punitivo de las conductas vinculadas con esta práctica. Apunta el autor que, con anterioridad a la introducción en CP. del artículo 156 bis, de todas las conductas que ahora se encuentran sancionadas, se podía, sin necesidad de tipificación expresa, sancionar la extracción misma del órgano al acudir a los tipos penales ya existentes sobre mutilación de órganos (arts. 149 o 150 CP.), aplicables también, en su caso, al posterior trasplante al receptor.

Debemos recordar que la legislación española sobre trasplantes prohibía la contraprestación en la operación, por tanto, el consentimiento del donante, cuando mediase ánimo lucrativo, en todo caso, era inválido, por lo que, no era posible la aplicación los artículos 155 CP. y 156 CP., donde se recogía una atenuación de la pena cuando mediase consentimiento en las lesiones.

En consecuencia, la extracción en sí misma de órganos de donante vivo realizada por precio o recompensa, al ser contraria a la normativa de trasplantes, ya resultaba punible con arreglo a los artículos 149 o 150 CP. antes de la tipificación del tráfico ilegal de órganos en el artículo 156 bis CP.³¹

²⁹ PUENTE ABA, L.M., La protección frente al tráfico de órganos: su reflejo en el Código Penal español, cit., pp. 135-152.

³⁰ Véase ALASTUEY DOBÓN M.C., ¿Qué protege el delito de tráfico de órganos?: a propósito de la reforma operada por la Ley Orgánica 1/2019, de 20 de enero, cit., p. 1.

³¹ MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal. Parte Especial*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 122 y 123.

1.3.2. El artículo 156 bis CP. como delito de tráfico.

En nuestro Código Penal encontramos dispersos distintos tipos penales, que, sin una vinculación aparente entre sí, muestran características comunes, incluso en algunos supuestos, idénticas, todos ellos dirigidos a sancionar conductas “de tráfico de personas, objetos y mercancías”. En estos tipos penales, la acción típica es muy similar en cuanto a su objeto, que no es otro que el tráfico comercial de mercancías, objetos, o personas, tratadas como objeto de transacción en la estructura del mercado, como sucede con el artículo 156 bis.1. CP. Lo que da nombre a los conocidos como *delitos de tráfico* donde se encuentran inmerso *el tráfico de órganos humanos* (art. 156.1 bis CP.), objeto de estudio en este trabajo, así como otros tantos, tales como: el *tráfico de personas* (arts. 177 bis CP., 313 CP. y 318 bis CP.); *tráfico de mano de obra* (art. 312 CP.), *tráfico de sustancias dopantes* (361 bis CP.), *tráfico de drogas y percusores* (arts. 368 y ss.); *tráfico de monedas* (art. 386 CP.), entre otros³².

La justificación de la intervención penal en este tipo de delitos viene dada, o bien, por la peligrosidad inherente al objeto del tráfico, o bien, cuando el tráfico recae sobre personas, por el respeto a la Dignidad Humana, que goza de reconocimiento constitucional en el artículo 10.1 CE., pero difícilmente cumple con las funciones dogmáticas de los bienes jurídicos protegidos ya que es excesivamente abstracta³³. En este sentido, algunos autores como GÓMEZ TOMILLO o MUÑOZ CONDE señalan que el bien jurídico tutelado en el artículo 156 bis CP. guarda relación con el concepto abstracto de Dignidad Humana, como más adelante se analizará.

Además, el propio tráfico comercial ostenta sustantividad propia para justificar la intervención penal en el mismo, como señala la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, núm. 321/2005, de 10 de marzo³⁴.

³² DE LA CUESTA AGUADO, P.M., *Delitos de tráfico ilegal de personas, objetos o mercancías*, cit., pp. 18 y 19.

³³ DE LA CUESTA AGUADO, P.M., *Delitos de tráfico ilegal de personas, objetos o mercancías*, cit., p. 16.

³⁴ STS 321/2005, de 10 de marzo (Ponente: Sr. Granados Pérez), FJ N°2: “Traficar, acorde con nuestro Diccionario de la Lengua, supone tanto como comerciar o negociar, y para que exista la conducta delictiva tipificada en el artículo 312.1 del Código Penal, se exige que sea ilegal y que se refiera a mano de obra.”

Ahora bien, las necesidades de Política Criminal que justifican la intervención penal en los mercados no parecen cumplir, de forma satisfactoria, los principios y objetivos que inspiran el empleo del instrumento penal. De este modo, nos encontramos en la práctica con numerosos problemas dogmáticos, tales como: la delimitación del bien jurídico a proteger; una excesiva amplitud de las conductas típicas que podría atentar contra el principio de taxatividad; necesidad de acudir a un concepto unitario de autoría; construir estructuras típicas complejas; así como la variada terminología empleada en la redacción de los verbos típicos para describir realidades sustancialmente similares, si no idénticas³⁵.

1.3.3. La intervención penal en los mercados.

Hablamos de Derecho Penal globalizado para hacer a referencia al Derecho penal actual, marcado por la globalización de la economía, los mercados y las comunicaciones, cuyo objetivo primordial es la búsqueda de soluciones rápidas y prácticas de los problemas con trascendencia penal³⁶.

En este contexto de globalización y apertura de los mercados³⁷, algunos Estados acuden al Derecho Penal como instrumento de control de estos para establecer las reglas de participación y sus límites. El recurso al arma penal como instrumento de control de los mercados se ha justificado en la protección de la seguridad, la salud pública o de intereses económicos estratégicos. De este modo, el Legislador se lanza a construir estos tipos penales de tráfico, que operan como instrumentos para garantizar la presencia en el mercado de principios tales como, la libre concurrencia, la igualdad o la transparencia. Estos nuevos tipos penales contruidos en un contexto social y económico globalizado forman parte de la nueva rama del Derecho Penal, el Derecho Penal Económico³⁸.

Conforme a lo anteriormente expuesto, estos delitos de tráfico podemos calificarlos como delitos económicos, los cuales se alejan de la dogmática clásica penal,

³⁵ DE LA CUESTA AGUADO, P.M, *Delitos de tráfico ilegal de personas, objetos o mercancías*, cit., pp. 15-18.

³⁶ Más ampliamente en MARTÍNEZ -BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho Penal Económico y de la Empresa, Parte General*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, p. 69.

³⁷ La economía mundial actual viene marcada por múltiples acuerdos geopolíticos entre Estados que persiguen la creación de un mercado global sin restricciones donde la producción esté deslocalizada.

³⁸ Véase DE LA CUESTA AGUADO, P.M., “Protección penal de los consumidores” en *Revista General de Derecho*, nº 89, pp.5608 y 5609.

y que, en la mayoría de los casos, buscan la protección de bienes jurídicos colectivos como consecuencia de las nuevas necesidades sociales. Además de, tratarse de delitos que integran el acuñado Derecho Penal de la globalización, el cual deja sobre la mesa una infinidad de problemas dogmáticos y de Política Criminal. Esta realidad pone de manifiesto como los Estados, a través de una inadecuada utilización de la intervención penal, están construyendo un Derecho penal expansivo, intervencionista y “práctico”, que solo se preocupa de la obtención de una solución rápida de los conflictos³⁹.

1.3.4. Cuestiones generales sobre la forma de tipificación del tráfico en nuestro Ordenamiento Jurídico.

El tráfico comprende desde la fabricación del producto hasta su puesta a disposición al consumidor final. Se puede observar, como el Legislador penal, en este tipo de delitos, ha querido estar presente en todas las fases del tráfico⁴⁰, aunque no se tipifiquen de forma efectiva todas ellas en todos los acuñados delitos de tráfico.

En esta nueva forma de tipificación, como se ha señalado, el Legislador pretende estar presente en todas las etapas de la actividad productiva y comercial, sin embargo, no se realiza una graduación de la sanción penal en función al riesgo creado por cada sujeto en atención a la fase del proceso en la que se encuentre. En otras palabras, El Legislador no establece una proporcionalidad entre el riesgo elevado y la responsabilidad penal del sujeto en atención a su aportación en la cadena de tráfico, lo que da lugar a tipos mixtos alternativos, que, a su vez, integran verbos típicos de difícil delimitación, en los que la realización de alguna de las modalidades típicas supone la consumación del delito y que, ninguna previsión guardan a cerca de la realización conjunta de varias de estas conductas por parte del mismo sujeto⁴¹.

Este problema expuesto en el párrafo anterior, se encuentran presente en el delito de tráfico de órganos, donde nos encontramos un tipo mixto alternativo⁴² donde se

³⁹ DE LA CUESTA AGUADO P.M., *Delitos de tráfico ilegal de personas, objetos o mercancías*, cit., pp. 32-39.

⁴⁰ FASES DEL TRÁFICO: 1) Fase previa de preparación; 2) Fase de publicidad; 3) Fase de producción; 4) Fase de introducción en el mercado; 5) Fase de transacciones comerciales; 6) Posesión y 7) Uso.

⁴¹ DE LA CUESTA AGUADO, P.M., *Delitos de tráfico ilegal de personas, objetos o mercancías*, cit., pp. 80 y 81.

⁴² CARRASCO ANDRINO, M.M., “El delito de tráfico de órganos humanos y comercio de trasplantes”, cit., p. 569.

sancionan conductas de autoría de lesión consumada (v.gr., extraer el órgano) y conductas de mero favorecimiento (v.gr., publicitar), con una misma pena,⁴³ que solamente difiere en atención a si el órgano humano procede de persona fallecida o viva, pero en ningún caso, atiende al riesgo elevado en las distintas fases del tráfico, ya que en todo caso, se parte del mismo marco penal abstracto.

Estos *delitos de tráfico* son el resultado del propio devenir de la globalización de la economía y los mercados ya que la globalización ha afectado notoriamente al Derecho Penal en un doble sentido: por un lado, ha provocado la alteración de los elementos tradicionales de este; y por otro lado, se ha convertido en la propia justificación de la intervención penal⁴⁴. Intervención penal que, en múltiples ocasiones, es exigida por las propias instancias internacionales, como se deduce de las Exposiciones de Motivos de la LO 5/2010, de 22 de junio y de la LO 1/2019 de 20 de febrero en relación con el delito de tráfico de órganos, donde se alude a instrumentos internacionales para la justificación tanto de la introducción del precepto, como de su posterior reforma, respectivamente.

II. EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO.

2.1. EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO EN LOS DELITOS DE TRÁFICO.

Como se ha señalado desde un primer momento, la globalización de la economía y los mercados ha generado nuevos escenarios con trascendencia penal. A la hora de abordar su regulación, estos nuevos escenarios han generado una colisión con los elementos que hasta el momento constituían la sólida base del Derecho Penal.

En este sentido, uno de los mecanismos a los que se recurre para afrontar estos nuevos objetivos de punición es el adelanto de la intervención penal, sin esperar a la afcción efectiva sobre el bien jurídico protegido. Dos son las vías principales a las que se ha acudido para la consecución de esta “adaptación al medio” mediante el anticipo la intervención penal: por un lado, el uso de bienes jurídicos cada vez más abstractos, sin

⁴³ GARCÍA ALBERO, R., “El nuevo delito de tráfico de órganos”, cit., pp. 189.

⁴⁴ DE LA CUESTA AGUADO, P.M., *Delitos de tráfico ilegal de personas, objetos o mercancías*, cit., pp. 41-46.

una adscripción individual; y, por otro lado, la construcción de estructuras típicas de peligro⁴⁵.

En la Doctrina se detecta una vinculación automática entre bienes jurídicos colectivos y delitos de peligro, que claramente vemos reflejada en el delito contenido en el artículo 156 bis CP., donde a pesar de su ubicación en los delitos lesiones, un sector de la Doctrina entiende que se trata de una protección penal de un bien jurídico colectivo;⁴⁶ y, por otro lado, refleja conductas típicas que no exigen la causación de un resultado lesivo, pues como se analizará de forma pormenorizada más adelante, se pretende castigar todas las fases productivas, sin necesidad de que se llegue a realizar la propia extracción del órgano en sí, y, por tanto, sin necesidad de un daño material. Esta técnica de tipificación es propia del moderno Derecho Penal económico ya que la técnica legislativa de los delitos de peligro se ha convertido en un recurso habitual y creciente para la protección de intereses económicos individuales y colectivos, y más aún, respecto de aquellos bienes jurídicos supraindividuales un tanto difusos, cuya intangibilidad dificulta su definición y la concreción de qué conductas revisten los requisitos de ofensividad bastante para ser incriminadas⁴⁷.

Centrándonos en las consideraciones sobre el bien jurídico protegido, se observa este fenómeno de abstracción en los denominados *delitos de tráfico*, que impide el cumplimiento efectivo de las funciones dogmáticas de los bienes jurídicos, así como su concreta determinación y límites en cada tipo penal en particular. Estamos ante bienes jurídicos que parecen ser fruto de una inadecuada intervención penal, donde primero se toma la decisión político criminal de intervenir, y luego se selecciona, o en su caso, se construye *ad hoc*, un bien jurídico al que “proteger” para legitimar así dicha intervención penal.

Sirviéndonos como ejemplo de esta realidad, tenemos el bien jurídico “salud” en el delito de tráfico de órganos, que como, se analizará más adelante, genera un importante

⁴⁵ TIEDEMANN, K., *Manual de Derecho Penal Económico, Parte General y Especial*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pp. 66-68.

⁴⁶ MOYA GUILLEM, C., *La protección jurídica frente al tráfico de órganos*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2018, pp. 243 y 244.

⁴⁷ Más ampliamente en PAREDES CASTAÑÓN, J.M., “Los delitos de peligro como técnica de incriminación en el Derecho Penal económico: bases político-criminales.”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, nº 11 pp. 96-99.

debate doctrinal sobre qué es lo verdaderamente protegido por el artículo 156 bis CP., donde algunos autores lo identifican con el bien jurídico colectivo ligado a la “salud pública”, mientras otros, entienden que se protege la “salud” de carácter individual. Pero también es ejemplo de esta actual problemática de abstracción y delimitación de los bienes jurídicos protegidos en los *delitos de tráfico*, el bien jurídico “salud Pública” en el delito de tráfico de drogas (art. 368 y ss. CP.); el “Orden Público” en el tráfico de armas (art. 566 CP.) o la “Biodiversidad” en el tráfico de especies protegidas (art. 334 CP.)⁴⁸.

El principal problema es que el uso de bienes jurídicos tan abstractos como estos que venimos reiterando, sin adscripción individual, combinado con estructuras de peligro, hace que se pierda la percepción inmediata del valor protegido⁴⁹. Ahora bien, esto se produce -o se acrecienta- principalmente por dos razones: el uso de bienes jurídicos que realmente no representan un valor o interés merecedor de protección penal; y por la construcción de tipos penales que proclaman la protección de un determinado bien jurídico que en realidad no tutelan⁵⁰, por lo que, la Doctrina se debe parar a reflexionar sobre dos cuestiones: ¿realmente legítima y es merecedor de intervención penal dicho valor o interés tutelado? y, por otro lado, ¿se está utilizando el bien jurídico protegido como un mero recurso formal para el cumplimiento de requisitos dogmáticos? Parece que en determinados supuestos y en relación con estos delitos, la respuesta es afirmativa.

Precisamente, el delito de tráfico de órganos plantea numerosos problemas respecto de los extremos anteriormente señalados. Un sector autorizado de la Doctrina señala que este nuevo precepto incluido en nuestro ordenamiento jurídico podría ser sometido a crítica tanto por la ausencia de bien jurídico, como, en el caso de poder determinar uno, por la manifiesta distancia que guarda con los valores constitucionalmente merecedores de protección penal.⁵¹ Esta confusión sobre la delimitación del bien jurídico protegido en estos nuevos tipos penales se debe fundamentalmente al abandono del debate parlamentario donde se reflexionaba sobre la

⁴⁸ DE LA CUESTA AGUADO, P.M., *Delitos de tráfico ilegal de personas, objetos o mercancías*, cit., pp. 97-99.

⁴⁹ MÉNDEZ RODRÍGUEZ, C., *Los delitos de peligro y sus técnicas de tipificación*, Ed. Servicio Publicaciones Facultad Derecho, Madrid, 1993, p.13.

⁵⁰ DE LA CUESTA AGUADO, P.M., *Delitos de tráfico ilegal de personas, objetos o mercancías*, cit., pp. 55 y 56.

⁵¹ DE LA CUESTA AGUADO, P.M., *Delitos de tráfico ilegal de personas, objetos o mercancías*, cit., pp. 101-102.

legitimación de la intervención penal en lo que se refiere al bien jurídico merecedor de protección. Y ahora nos encontramos que ese periodo de reflexión y debate se deja a un lado, y pasamos a legislar directamente conforme a lo exigido por las instancias internacionales y así, “adecuar nuestro Ordenamiento Jurídico a compromisos internacionales”⁵², como claramente refleja la Exposición de motivos de la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio y la Ley Orgánica 1/2019, de 20 de enero, donde ambas basan la introducción del artículo 156 bis CP., así como su modificación y ampliación, respectivamente, en la adecuación de nuestro sistema penal a la normativa internacional.

Desde mi perspectiva, estas nuevas formas de tipificación que buscan dar respuesta a las nuevas amenazas de la sociedad actual no deben suponer, en ningún caso, la afección a los principios básicos de nuestro Ordenamiento Jurídico. Es cierto que vivimos en una sociedad cada vez más globalizada, tendente a una liberalización de los mercados, y que en este contexto existen intereses y valores merecedores de protección jurídica, donde se observa como necesaria la construcción de mecanismos sólidos por parte de los Estados para hacer frente a estos nuevos problemas y conseguir una protección efectiva de estos valores e intereses. La tendencia actual es la de proteger estos intereses a través de la construcción de tipos penales. Sin embargo, el recurso al arma penal debe ser la última *ratio* en nuestro ordenamiento jurídico y, además, ha de estar reservada para la sanción aquellas conductas más graves, por lo que, si la verdadera intención del Legislador es intervenir y controlar un mercado progresivamente más liberalizado, debería optar por herramientas más eficaces, tales como potenciar los controles a través del Derecho Administrativo.

Además, se observa como la tipificación, o al menos, la forma de tipificación adoptada por el Legislador de estas nuevas conductas da lugar a tipos penales confusos donde el bien jurídico es difícil de determinar y donde este apenas cumple funciones dogmáticas.

Así mismo, nos encontramos ante tipos penales difícilmente aplicables donde se acude a las conocidas formas de “promover, favorecer, facilitar y publicitar”, que, como

⁵² DE LA CUESTA AGUADO, P.M, *Delitos de tráfico ilegal de personas, objetos o mercancías*, cit., pp. 49-62.

señala GARCÍA ALBERO, presentan desigual significado, tanto en lo relativo al *iter criminis*, como desde la perspectiva de la autoría y participación⁵³.

Observamos como la introducción del delito de tráfico de órganos es un ejemplo más de un Derecho penal poco depurado que busca una solución rápida, sin atender a las consecuencias prácticas, y se convierte en una ley de “compromiso” donde simplemente se pretende cumplir las demandas exigidas por los textos internacionales vinculantes para nuestro país, convirtiéndose en un ejemplo más del denominado Derecho penal simbólico⁵⁴.

2.2. EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO EN EL DELITO DE TRÁFICO DE ÓRGANOS DEL ARTÍCULO 156 BIS.

La delimitación del bien jurídico protegido en el delito de tráfico de órganos ha generado un profundo debate doctrinal, latente en la actualidad. Lejos de ser dilucidado por la reforma de la LO 1/2019, de 20 de febrero, esta ha generado nuevas dudas. Estas nuevas dudas atienden a la decisión del Legislador de mantener su ubicación sistemática entre los delitos de lesiones, lo cual aduce a la protección de un interés individual⁵⁵ -la salud del donante-, pero igualmente, introduce, dentro del marco típico, el tráfico de órganos procedente de un cadáver, donde difícilmente se puede alegar la protección de la salud del donante por encontrarse este ya fallecido.

Tanto antes de la reforma, como ahora, existen argumentos suficientes para sostener que el tráfico de órganos no solo incide en intereses individuales, pues es clara su afección a intereses de carácter supraindividual o colectivo. Es innegable la incidencia que produce este fenómeno en la salud e integridad física del donante vivo, pues son sus órganos los que van a ser objeto de tráfico, pero igualmente es claro el eventual daño a la salud del receptor ya que las condiciones sanitarias de realización del trasplante no suelen ser las óptimas, lo que incrementa el riesgo propio de la intervención, así como de

⁵³ GARCÍA ALBERO, R., “El nuevo delito de tráfico de órganos”, cit., p.189.

⁵⁴ MENDOZA CALDERÓN, S., “Una primera aproximación al artículo 156 bis del Código Penal: ¿un futuro ejemplo más del derecho penal simbólico?”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, nº11, pp. 186 y 187.

⁵⁵ GARCÍA ALBERO, R., “El nuevo delito de tráfico de órganos”, cit., p. 186.

transmisión de enfermedades⁵⁶. Existen informes que evidencian estos datos, como es el informe conjunto Consejo de Europa/ Naciones Unidas, 2009, el cual señala que las personas que han recibido un trasplante ilegal de riñón en el extranjero necesitan de hospitalización inmediata cuando regresan a su país de origen, además de un porcentaje del 52% de estos desarrollan enfermedades infecciosas graves⁵⁷. Así mismo, el 33% de los receptores requirió de ingreso hospitalario urgente a su llegada, el 70% desarrolló una complicación quirúrgica y el 52% una infección oportunista⁵⁸.

Por otra parte, se aprecia un atentado claro a los principios que configuran el SNT, - los principios de voluntariedad, altruismo, confidencialidad, ausencia de ánimo de lucro y gratuidad (artículo 4 RD 1723/2012, de 28 de diciembre)-, que afectan, por tanto, a intereses que exceden de una adscripción individual y que se mueven dentro de una órbita social.

A pesar de no haber supuesto la reforma del año 2019 el fin de la discusión generada en la Doctrina, sí ha incidido de manera clara en los argumentos y reflexiones que se venían sosteniendo, lo que ha generado nuevos interrogantes y ha hecho llegar a nuevas conclusiones sobre lo que protege el artículo 156 bis CP. Por ello, resulta conveniente realizar una visión de las posiciones doctrinales esgrimidas tanto con anterioridad como con posterioridad a dicha reforma.

2.2.1. El bien jurídico protegido con la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio.

La configuración originaria del artículo 156 bis CP parecía contraria a la protección de intereses y valores supraindividuales, por ello, un importante sector doctrinal entendió que la protección dada por este tipo penal era solamente a la salud e integridad del donante vivo, configurándose, por tanto, como un bien jurídico de carácter individual. Esta posición se basaba en los siguientes argumentos y era defendida principalmente por GARCÍA ALBERO⁵⁹:

⁵⁶ CARRASCO ANDRINO, M.M., “El delito de tráfico de órganos y comercio de trasplantes”, cit., pp. 556 y 557.

⁵⁷ Datos obtenidos del Informe “Trafficking in organs, tissues and cells and trafficking in human beings for the purpose of the removal of organs,” Joint Council of Europe/ United Nations, 2009, p. 63. Disponible en: <https://rm.coe.int/16805ad1bb> [Citado: 12 de mayo 2022].

⁵⁸ Informe “Trafficking in organs, tissues and cells and trafficking in human beings for the purpose of the removal of organs,” Joint Council of Europe/ United Nations, cit., p. 63.

⁵⁹ GARCÍA ALBERO, R., “El nuevo delito de tráfico de órganos”, cit., p. 186.

- 1) La ubicación sistemática en los delitos de lesiones, y no en aquellos que protegen el bien jurídico colectivo “salud pública”.
- 2) El objeto material del delito debía recaer sobre órganos ajenos, sin poder ser el donante, en ningún caso, el sujeto activo de la conducta típica.
- 3) La procedencia del órgano debía ser de persona viva para su punición.
- 4) La fijación de la pena en función del carácter principal o no principal del órgano objeto de tráfico.

Todos estos extremos, en especial el número cuarto, evidenciaban la finalidad de proteger la salud e integridad del donante vivo que guarda este tipo penal.

Sin embargo, la caótica configuración del tipo penal, en ciertos extremos, parecía proteger intereses colectivos. Por un lado, la introducción de este precepto supuso el adelanto de la intervención penal a través de la sanción de conductas de promoción y favorecimiento, a las cuales se les atribuía las mismas penas que la causación efectiva de lesiones graves (artículos 149 y 150 CP), por lo que, si el delito estaba configurado como un delito de peligro protector de un bien jurídico individual, su pena sería en todo caso desproporcionada, pues era la misma que se atribuía en los artículos 149 y 150 CP. por una causación efectiva de la mutilación de un órgano principal o no principal, respectivamente⁶⁰.

Tampoco parecía justificable la argumentación dada sobre ser el bien jurídico protegido la salud individual del donante vivo, si teníamos en cuenta que el artículo 156 bis CP sancionaba conductas posteriores a la extracción del órgano. En otras palabras, el precepto castigaba conductas que habrían tenido lugar una vez afectada la salud e integridad individual del donante vivo, lo cual resultaba inexplicable si este conformaba su bien jurídico protegido⁶¹.

Por su parte, un sector de la Doctrina consideraba que la salud individual del donante no era el bien jurídico protegido por el artículo 156 bis CP., ya que esta ya se

⁶⁰ ALASTUEY DOBÓN, C., “Qué protege el delito de tráfico de órganos?: a propósito de la reforma operada por la Ley Orgánica 1/2019, de 20 de enero”, cit., p.1.

⁶¹ CARRASCO ANDRINO, M.M., “El delito de tráfico de órganos y comercio de trasplantes”, cit., p. 559.

encontraba tutelada por los preexistentes delitos de lesiones⁶². Por ello, algunos autores al apreciar que se protegía tanto intereses individuales como colectivos entendieron que estábamos ante un supuesto de *pluriofensividad* del delito. Sin embargo, otros autores entienden que no podemos hablar de una *pluriofensividad* en sentido estricto, sino de una *pluriofensividad eventual* ya que atención a la conducta realizada, es uno o varios los bienes jurídicos protegidos⁶³.

Por otro lado, un sector doctrinal entendió que lo realmente protegido por este precepto tenía alcance supraindividual y guardaba relación con la salud pública. Algunos autores, como QUERALT JIMÉNEZ, lo identificaron directamente con el SNT y sus principios rectores (principios de voluntariedad, altruismo, confidencialidad, ausencia de ánimo de lucro y gratuidad), quien, además, añadía que no podía entenderse protegida la salud individual del donante por estar ya está protegida a través de los delitos de lesiones tradicionales⁶⁴. Otros no lo identificaban directamente con el SNT, y entendían que lo realmente protegido eran “las condiciones para un adecuado desenvolvimiento de la extracción y trasplante de órganos”⁶⁵. Y otros veían esta salud pública identificada con la salud de un grupo indeterminado de receptores⁶⁶.

Por su parte, MUÑOZ CONDE sostenía que el bien jurídico era más bien de carácter social que individual, pero relacionado con el concepto abstracto de Dignidad Humana y entendía que el precepto penal buscaba evitar que terceras personas se aprovecharan de las necesidades económicas de unas y medicas de otras, generando un negocio en el que se instrumentalice y explote a las personas intervinientes en él⁶⁷.

Pero como bien señalaba GARCÍA ALBERO, aunque no se pueda negar la dimensión supraindividual del tráfico de órganos ya que atenta contra los principios básicos de altruismo y solidaridad de la donación y de equidad en el acceso a la terapia

⁶² QUERALT JIMÉNEZ, J.J., *Derecho pena español, Parte especial*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 134 y 133

⁶³ ALASTUEY DOBÓN, M.C., “Aspectos problemáticos del delito de tráfico de órganos” en *Revista Penal*, nº 32, p. 12.

⁶⁴ QUERALT JIMÉNEZ, J.J., *Derecho pena español, Parte especial*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 134 y 133.

⁶⁵ CARRASCO ANDRINO, M.M., “El delito de tráfico de órganos y comercio de trasplantes”, cit., pp. 556 y 557.

⁶⁶ Más ampliamente en MOYA GUILLEM, C., *La protección jurídica frente al tráfico de órganos*.

⁶⁷ MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal. Parte Especial*, cit., p. 125.

de trasplantes, es clara la posición adoptada por el Legislador español en su primera redacción, que apuesta por la protección de valores de adscripción individual como es la salud e integridad física del donante vivo, y por ello, para este autor, la salud individual del donante es el único bien jurídico protegido⁶⁸.

Las interpretaciones estrictas donde solo se entendían protegido bienes jurídicos colectivos chocaban con la configuración típica del momento, orientada notablemente a una protección individual, pero también era obvia la dimensión colectiva del fenómeno de comercialización de órganos. Con todo, un sector autorizado de la Doctrina entendió como postura más coherente con el panorama del momento, era la de una intermedia, en la que se entendía que en el injusto protegía intereses tanto colectivos como individuales -supuesto de *pluriofensividad*-, donde se entendía protegido: por un lado, la salud pública identificada con los principios del SNT; y por otro lado, a salud individual del donante.

Por su parte, la Jurisprudencia no ha querido dejar de pronunciarse sobre la identificación del bien jurídico protegido en el artículo 156 bis CP., el TS en su sentencia 710/2017 de 27 de octubre, la cual confirma la única condena por el artículo 156 bis CP. en nuestro país, señala que *el tipo penal introducido en el año 2010 no trata solamente de proteger la salud o la integridad física de las personas, sino que el objeto de protección va más allá destinado a proteger la integridad física, desde luego, pero también las condiciones de dignidad de las personas, evitando que las mismas por sus condicionamientos económicos puedan ser cosificadas, tratadas como un objeto detentador de órganos que, por su bilateralidad o por su no principalidad, pueden ser objeto de tráfico* ⁶⁹.

2.2.2. El bien jurídico tras la reforma de la Ley Orgánica 1/2019, de 20 de febrero.

La reforma ha obligado a la Doctrina a repensar cuál es el bien jurídico protegido, ya que se han introducido modificaciones sustanciales sobre el precepto, tales como, la inclusión en el ámbito típico el tráfico de un órgano procedente de un cadáver; así como una notoria redefinición de las conductas típicas.

⁶⁸ GARCÍA ALBERO, R., “El nuevo delito de tráfico de órganos”, cit., pp. 186.

⁶⁹ STS, 710/2017, de 27 de octubre, (Ponente: Sr. Andrés Martínez Arrieta).

A pesar de que, como se analizará más adelante, sigue siendo manifiesta la inclinación del tipo penal hacia la protección de la salud del donante, no podemos dejar de señalar que la reforma ha dado mayor peso a aquellas posiciones doctrinales que proclamaban la tutela de unos intereses de índole colectivo. En este sentido, si atendemos a la propia Exposición de Motivos de LO 1/2019, de 20 de febrero, observamos que es muy reveladora, ya que, a pesar de situar a los intereses individuales como el núcleo de la protección penal, identifica igualmente la tutela con la conservación de los principios rectores de nuestro SNT ⁷⁰.

La nueva tipificación del tipo hace insostenible una tesis en la que se entienda exclusivamente protegida salud individual del donante, pues se castiga expresamente la extracción u obtención ilícita de un órgano sin la autorización exigida por la Ley para el supuesto de que el órgano proceda de un cadáver (artículo 156 bis.1. a. CP), donde es obvio que no se protege la salud del donante por encontrarse este ya fallecido.

Sin embargo, existe una diferencia penológica en atención a la procedencia del órgano humano: si procede de persona viva – prisión de 6 a 12 años- ; o de cadáver – prisión de 3 a 6 años-. Esta diferencia introducida en el año 2019 no sería comprensible si entendiéramos que el artículo 156 bis CP. solo protege la salud pública, pues no habría un trato desigual, por lo que, la mayor sanción al proceder el órgano procede de persona viva pone de manifiesto la voluntad protectora del Legislador con la salud del donante vivo. Además, existen agravaciones por razón de la *víctima del delito*, lo que impide la observancia de un bien jurídico estrictamente colectivo (salud pública) o institucional (más concretamente, los principios rectores del SNT)⁷¹.

Algunos autores, al defender que estamos ante un bien jurídico colectivo o supraindividual, tratan de dar respuestas a aquellos extremos de la configuración típica que parecen protectores intereses de carácter individual. En este sentido, explican que la mayor penalidad en el caso de recaer la operación sobre persona viva atiende a un incremento del injusto, y no por razones de protección individual al donante vivo. Igualmente, se explica la referencia a la “víctima” en los tipos agravados, por entender

⁷⁰ Ley Orgánica 1/2019, de 20 de febrero.

⁷¹ CARRASCO ANDRINO, M.M., “El delito de tráfico de órganos y comercio de trasplantes”, cit., pp. 562 y 563.

esta no vinculada al delito de tráfico, sino al eventual delito de lesiones o de trata de seres humanos que pudiera conjuntamente producirse⁷².

Por su parte, otros autores explican la diferencia de tratamiento penal entre donante vivo y fallecido en atención a otro criterio. Sostienen que, en función de si las conductas de tráfico recaen sobre un órgano procedente de persona viva o de una fallecida, el bien jurídico protegido varía. Si versa sobre órganos de vivos, el tipo penal se configura como pluriofensivo, donde se protege el SNT junto con la salud e integridad física y psíquica del donante. Mientras si el tráfico recae sobre órganos procedente de fallecidos, la tutela es exclusivamente de un bien jurídico colectivo⁷³. Por ello, algunos autores, como ALASTUEY DOBÓN, hablan de un supuesto de pluriofensividad eventual⁷⁴.

Como se pone de manifiesto en los párrafos anteriores, las posiciones doctrinales son muy diversas. No obstante, existe un acuerdo claro por parte de la Doctrina mayoritaria sobre la reconducción provocada por la reforma del 2019 hacia la tutela de un bien jurídico colectivo, que es identificado mayoritariamente con el Sistema de Trasplantes, y más concretamente, con la protección de las condiciones legales establecidas para la obtención y extracción de órganos humanos ya que el carácter típico de la conducta está determinado por la infracción de la normativa de trasplantes vigente. Pues el texto legal señala que, se entenderá por tráfico de órganos la extracción u obtención ilícita de órganos humanos ajenos, cuando concurra alguna de las siguientes circunstancias: *1.ª que se haya realizado sin el consentimiento libre, informado y expreso del donante vivo en la forma y con los requisitos previstos legalmente; 2.ª que se haya realizado sin la necesaria autorización exigida por la ley en el caso del donante fallecido; 3.ª que, a cambio de la extracción u obtención, en provecho propio o ajeno, se solicitare o recibiere por el donante o un tercero, por sí o por persona interpuesta, dádiva o retribución de cualquier clase o se aceptare ofrecimiento o promesa. No se entenderá por dádiva o retribución el resarcimiento de los gastos o pérdida de ingresos derivados de la donación.*

⁷² ALASTUEY DOBÓN, M.C., C/ “¿Qué protege el delito de tráfico de órganos? a propósito de la reforma operada por la Ley Orgánica 1/2019, 20 de febrero”, cit., p. 8.

⁷³ BENÍTEZ ORTÚZAR, I.F., “Obtención, tráfico y trasplante ilícito de órganos humanos”, en *Sistema de Derecho Penal. Parte especial*, de Morillas Cueva (Dir.), Ed. Dykinson, Madrid, 2020, pp. 109 y ss.

⁷⁴ ALASTUEY DOBÓN, M.C., “Aspectos problemáticos del delito de tráfico de órganos”, cit., p. 12.

Por su parte, otro sector de la Doctrina observa como la normativa de trasplantes configura una excepción a los principios de inviolabilidad e indisponibilidad del cuerpo humano y otorga un poder de disposición sobre su propio cuerpo al potencial donante, o en su caso, a sus familiares, en caso de persona fallecida. ¿Y en qué se justifica dicha excepción a tales principios vinculados con el derecho a la indemnidad personal? En el mayor beneficio para la salud del receptor, además sin olvidar, que las exigencias que establece nuestra legislación pretenden la no instrumentalización y comercialización del ser humano, así como asegurar la toma de una decisión incondicionada por parte del donante vivo donde se proteja su salud e integridad; y del lado del fallecido, la salvaguarda de la voluntad manifestada por el donante o, en su caso, el poder de disposición sobre el cuerpo de aquel de sus familiares⁷⁵.

Desde esta perspectiva, en la que se justifica la tutela penal en el principio de intangibilidad corporal vinculado a la Dignidad humana y la evitación de la comercialización y degradación del ser humano, se puede dar una explicación de la diferencia penológica entre persona viva y fallecida. En el primero de los casos, se justifica su mayor punición en la protección de la salud del donante; y en el segundo, es menor dicha punición por protegerse el sentimiento de los vivos para con los difuntos, como manifestación del valor superior de la Dignidad humana y en el que también puede estar circunscrito el derecho a la intimidad familiar, como señala la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Sección 4º, 24 de junio 2014, (*Caso Petrova vs. Letonia*, asunto 4605/05)⁷⁶.

Todas las tesis doctrinales planteadas aportan argumentos suficientes para hacerse valer, en vista de que no es una tarea sencilla la delimitación de la naturaleza de este bien jurídico, así como su contenido y límites, pues no son pocos los problemas apreciados en torno a la concreción de los valores e intereses de relevancia constitucional protegidos a través de estos nuevos tipos penales que aspiran a la regulación y control de los mercados globalizados, escenario donde se ve envuelto el tráfico de órganos.

⁷⁵ CARRASCO ANDRINO, M.M., “El delito de tráfico de órganos y comercio de trasplantes”, cit., pp. 565.

⁷⁶ CARRASCO ANDRINO, M.M., “El delito de tráfico de órganos y comercio de trasplantes”, cit., pp. 565 y 566.

A mi parecer, no se puede circunscribir este delito a la salvaguarda de intereses estrictamente individuales, pues es ostensible su afección a una esfera colectiva, que podrá ser en mayor o menor medida entendida como la protección a los principios y condicionantes de nuestro SNT, pero donde es innegable la tutela que confiere a valores referidos a la salud pública, entendida esta por un sector doctrinal como los medios básicos para el mantenimiento de la vida humana⁷⁷.

La configuración del tipo penal en el Título III, *de las lesiones*, no parece ser la más adecuada ya que regula la punición de las conductas de tráfico sobre órganos procedentes de donante fallecido, la sanción de conductas posteriores a la extracción del órgano, etc., lo que sería propio de una ubicación sistemática en los delitos protectores de la “salud pública”. No obstante, tampoco sería en nada pacífica su inclusión en los delitos contra la salud pública por presentar igualmente su redacción actual, características propias de la salud individual como bien jurídico protegido, como, por ejemplo, la diferencia penológica – en todo caso desproporcionada- entre donante vivo y donante fallecido.

Esta configuración caótica dada por el Legislador evidencia el nuevo devenir del Derecho penal que busca soluciones rápidas, además de adoptar una tipificación expansiva y poco depurada para así cumplir de manera fácil con los compromisos internacionales, pero a costa de la elaboración de unos tipos penales de difícil aplicación, y en cierto modo, ineficaces.

III. ANÁLISIS DOGMÁTICO DEL TIPO BÁSICO DEL ARTÍCULO 156 BIS CP.

Debido a la extensión del artículo 156 bis, fruto de la reforma de la LO 1/2019, 20 de febrero, se centrará este análisis en la estructura típica del tipo básico del delito de tráfico de órganos.

⁷⁷ PÉREZ-SAUQUILLO MUÑOZ, C., *Legitimidad y técnicas de la protección penal de bienes jurídicos supraindividuales*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, p.193.

El tipo básico del delito de tráfico ilegal de órganos recogido en los tres primeros apartados del artículo 156 bis CP:

1. Los que de cualquier modo promovieren, favorecieren, facilitaren, publicitaren o ejecutaren el tráfico de órganos humanos serán castigados con la pena de prisión de seis a doce años tratándose del órgano de una persona viva y de prisión de tres a seis años tratándose del órgano de una persona fallecida.

A estos efectos, se entenderá por tráfico de órganos humanos:

a) La extracción u obtención ilícita de órganos humanos ajenos. Dicha extracción u obtención será ilícita si se produce concurriendo cualquiera de las circunstancias siguientes:

1.ª que se haya realizado sin el consentimiento libre, informado y expreso del donante vivo en la forma y con los requisitos previstos legalmente;

2.ª que se haya realizado sin la necesaria autorización exigida por la ley en el caso del donante fallecido,

3.ª que, a cambio de la extracción u obtención, en provecho propio o ajeno, se solicite o recibiére por el donante o un tercero, por sí o por persona interpuesta, dádiva o retribución de cualquier clase o se aceptare ofrecimiento o promesa. No se entenderá por dádiva o retribución el resarcimiento de los gastos o pérdida de ingresos derivados de la donación.

b) La preparación, preservación, almacenamiento, transporte, traslado, recepción, importación o exportación de órganos ilícitamente extraídos.

c) El uso de órganos ilícitamente extraídos con la finalidad de su trasplante o para otros fines.

2. Del mismo modo se castigará a los que, en provecho propio o ajeno:

a) solicitaren o recibieren, por sí o por persona interpuesta, dádiva o retribución de cualquier clase, o aceptaren ofrecimiento o promesa por proponer o captar a un donante o a un receptor de órganos;

b) ofrecieren o entregaren, por sí o por persona interpuesta, dádiva o retribución de cualquier clase a personal facultativo, funcionario público o particular con ocasión del ejercicio de su profesión o cargo en clínicas, establecimientos o consultorios, públicos o privados, con el fin de que se lleve a cabo o se facilite la extracción u obtención ilícitas o la implantación de órganos ilícitamente extraídos.

3. Si el receptor del órgano consintiere la realización del trasplante conociendo su origen ilícito será castigado con las mismas penas previstas en el apartado 1, que podrán ser rebajadas en uno o dos grados atendiendo a las circunstancias del hecho y del culpable.

3.1. OBJETO TÍPICO.

El objeto típico de las conductas de tráfico del artículo 156 bis. 1 CP se corresponde con los órganos humanos, sancionándose con una mayor o menor pena si este procede de persona viva o fallecida desde la reforma de la LO 1/2019, de 20 de febrero. Con la inclusión expresa de los órganos procedentes de persona fallecida se zanja la discusión doctrinal a cerca de si la expresión típica “órganos humanos ajenos” incluía tanto los de terceras personas vivas como muertas. Aunque autores, como ALASTUEY DOBÓN, entendían claramente que la referencia a “ajeno” ya en la legislación derogada, englobaba tanto conductas realizadas sobre órganos de vivos, como órganos de fallecidos, siempre y cuando las realizasen personas distintas al donante⁷⁸.

En todo caso, como señala GARCÍA ALBERO, solo entra dentro del ámbito de punición los órganos humanos. En este sentido, el artículo 3.7 de la Directiva 2010/53/UE señala que se deberá entender por órgano “una parte diferenciada del cuerpo humano formada por diferentes tejidos, que mantiene su estructura, vascularización y capacidad para desarrollar funciones fisiológicas con un nivel de autonomía importante”⁷⁹. En atención a esta definición se excluye del tipo penal, la sangre y sus componentes, las células y los tejidos humanos, sin perjuicio de que los trasplantes ilícitos de tejidos humanos (como el de médula ósea) podrían dar lugar a responsabilidad criminal por delito de lesiones⁸⁰. Así mismo, se encuentran excluidos del artículo 156 bis CP, aquellos órganos, tejidos o células de origen animal.

El propio artículo 3.19. RD 1723/2012, de 28 de diciembre, donde se encuentra una definición similar al dado por la Directiva 2010/53/UE, establece una lista ejemplificativa de lo concebido como órganos: “los riñones, el corazón, los pulmones, el hígado, el páncreas, el intestino”, y añade “y cuantos otros con similar criterio puedan ser obtenidos y trasplantados de acuerdo con los avances científicos y técnicos”⁸¹.

⁷⁸ ALASTUEY DOBÓN, M.C., “¿Qué protege el delito de tráfico de órganos? A propósito de la reforma operada por la Ley Orgánica 1/2019, 20 de enero”, cit., pp. 7 y 8.

⁷⁹ 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.

⁸⁰ GARCÍA ALBERO, R., “El nuevo delito de tráfico de órganos”, cit., p. 189.

⁸¹ 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.

Otra cuestión sobre la que nos vamos a detener son los supuestos de trasplante parcial, donde solo se extrae parte de un órgano y no este en su integridad. Si atendemos a la normativa de trasplantes tanto comunitaria – Directiva 2010/53/UE- como la nacional – RD 1723/2012- , consideran órgano igualmente, a estos efectos, a “la parte de este cuya función sea la de ser utilizada en el cuerpo humano con la misma finalidad que el órgano completo, manteniendo los requisitos de estructura y vascularización.” Con todo, una interpretación extensiva entendería también como conductas típicas aquellas que recaigan sobre partes sustanciales del órgano que permitan su autonomía y funcionalidad. Sin embargo, sin poder desatender que dicha interpretación, si fuera demasiado extensiva, podría acabar incluyendo dentro del ámbito de punición elementos, como células y tejidos, los cuales claramente han querido ser excluidos por el Legislador ⁸².

Por otro lado, el Reglamento considera órganos, a estos efectos, a los tejidos compuestos vascularizados, por lo que, estos deberán de entenderse igualmente incluidos en el tipo. Por ello, como señala CARRASCO ANDRINO, las conductas que recaigan sobre la cara, el brazo, la pared abdominal, la laringe y similares también serán típicas.

A pesar de que con la reforma la referencia al carácter ajeno del órgano que exige el tipo, encuentre su ubicación en otro apartado, sigue siendo necesaria la ajenedad en los órganos objeto de tráfico para la realización de las conductas típicas del artículo 156 bis CP., por lo que, se excluye, en todo caso, al donante vivo como sujeto activo de este tipo penal⁸³.

3.2. CONDUCTAS TÍPICAS.

3.2.1. Conductas recogidas en el apartado 1 del artículo 156 bis CP.

En primer lugar, nos vamos a centrar en las conductas recogidas en el apartado 1 del artículo 156 bis CP, donde se castiga a aquellos que “de cualquier modo promovieren, favorecieren, facilitaren, publicitaren o ejecutaren el tráfico de órganos humanos”. Además, el propio precepto realiza una interpretación auténtica sobre lo que constituye

⁸² CARRASCO ANDRINO, M.M., “El delito de tráfico de órganos y comercio de trasplantes”, cit., pp. 567.

⁸³ ALASTUEY DOBÓN, M.C., “Aspectos problemáticos del delito de tráfico de órganos”, cit., p. 13.

tráfico de órganos humanos para así, poder dejar atrás los problemas interpretativos generados por la redacción originaria, que no daba una definición de tráfico, y donde el Legislador penal se limitaba a castigar el “tráfico ilegal de órganos humanos ajenos o el trasplante de los mismos”, sin poderse deducir de forma clara, cuál era la definición de tráfico a la que hacía referencia.

La reforma de la LO 1/2019, de 20 de febrero, ha dado lugar a la construcción de un tipo mixto alternativo⁸⁴ donde se encuentran aglutinadas todas las conductas entendidas como constitutivas de tráfico de órganos, que así expresamente declara el Legislador. Se observa como el tipo penal, con la estructura típica propia de los delitos de tráfico, pretende englobar todas las fases de la actividad del tráfico, sin hacer una distinción punitiva en atención al daño generado por cada sujeto activo⁸⁵. Las modalidades típicas resultantes son las siguientes:

Promover, favorecer, facilitar, publicitar y ejecutar:

1. La extracción u obtención ilícita de órganos humanos ajenos.
2. La preparación, preservación, almacenamiento, transporte, traslado, recepción, importación o exportación de órganos ilícitamente extraídos.
3. El uso de órganos ilícitamente extraídos con la finalidad de su trasplante o para otros fines

En primer lugar, debemos determinar el significado de los verbos típicos “promovieren, favorecieren, facilitaren, publicitaren o ejecutaren” como verbos comunes a todas las modalidades típicas; verbos que denotan un carácter extensivo, los cuales generan problemas de *iter criminis* y de autoría y participación⁸⁶.

Si atendemos a una interpretación gramatical de estos verbos, según la Real Academia Española, promover es “impulsar el desarrollo o la realización de algo”; favorecer equivale a “ayudar o apoyar” o “mejorar”; facilitar se refiere a “hacer fácil o posible la ejecución de algo o la consecución de un fin” o “proporcionar o entregar”;

⁸⁴ CARRASCO ANDRINO, M.M., “El delito de tráfico de órganos humanos y comercio de trasplantes”, cit., p. 569.

⁸⁵ DE LA CUESTA AGUADO, P.M., *Delitos de tráfico ilegal de personas, objetos o mercancías*, cit., pp. 80 y 81.

⁸⁶ GARCÍA ALBERO, R., “El nuevo delito de tráfico de órganos”, cit., p. 189.

publicitar nos dice el Diccionario que su sentido gramatical es de “promocionar algo mediante publicidad”.

Sobre la base de la propia literalidad de estos conceptos, CARRASCO ANDRINO establece una conexión entre el verbo típico y la fase de ejecución del delito. En primer lugar, la autora señala *que la promoción se identifica con actividades realizadas al inicio, más propiamente con la fase de preparación delictiva, en la que se impulsa la ejecución futura del hecho*; En segundo lugar, *el favorecimiento y la facilitación se aproximarían a las conductas de participación: por un lado, favorecer sería cualquier acción de apoyo o ayuda a las conductas de tráfico, por su parte, facilitar aludiría a la eliminación de obstáculos o proporcionar medios para cometer el delito*. Además, establece una conexión entre el favorecimiento y actos de complicidad; y entre la facilitación y comportamientos de cooperación necesaria⁸⁷.

Por otro lado, en torno al verbo típico “publicitar”, nos encontramos con una importante incidencia sobre él por parte de instancias internacionales, pues conocedoras de la fugaz difusión a través de los medios digitales actuales del contenido publicitario, manifiestan de manera tajante su prohibición, como así lo hace, el art. 13.3 de la Directiva 2010/52/UE el cual prohíbe “anunciar la necesidad o disponibilidad de órganos, si con tal publicidad se pretende ofrecer o tratar de ofrecer un beneficio económico o una ventaja comparable”⁸⁸.

En cuanto a la modalidad *ejecutar*, esta hace referencia a la propia realización de las conductas típicas alternativas del tipo penal⁸⁹.

Se observa la ilicitud en la extracción de los órganos como elemento común a las diferentes modalidades típicas de las letras a), b) y c) del apartado 1 del artículo 156 bis CP. Todas las modalidades sancionables están construidas en torno a la ilicitud en la extracción u obtención del órgano. Por tanto, al contrario, es posible una extracción y obtención de órganos lícita, y será aquella que se realice conforme a la normativa de

⁸⁷ CARRASCO ANDRINO, M.M., “El delito de tráfico de órganos y comercio de trasplantes”, cit., p 569.

⁸⁸ CARRASCO ANDRINO, M.M., “El delito de tráfico de órganos y comercio de trasplantes”, cit., pp. 568-570.

⁸⁹ MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal. Parte Especial*, cit., p. 125.

trasplantes, cumpliendo sus requisitos y condicionantes que garantizan los principios de voluntariedad y gratuidad en estas actuaciones.

- **Letra a) del apartado 1 del artículo 156 bis CP.:**

El artículo 156 bis. 1.a) CP sanciona propiamente la conducta consistente en la extracción y obtención ilícita de los órganos humanos ajenos. El precepto señala que se considerará ilícita en tres supuestos. Pero antes de entrar a valorar estos, debemos señalar qué se entiende por extraer y por obtener, pues bien, según la RAE, extraer es “poner algo fuera de donde estaba” y obtener es “alcanzar, conseguir y lograr algo que se merece, solicita o pretende”. No obstante, encontramos un concepto de “obtención” definido en la normativa de trasplantes, significativamente más amplio, el artículo 3.17 RD 1723/2012 señala que por obtención se entenderá “el proceso por el que los órganos donados quedan disponibles para su trasplante en uno o varios receptores, y que se extiende desde la donación hasta la extracción quirúrgica de los órganos y su preparación.”

Una vez definido lo que se entiende por “extracción” y “obtención”, el precepto señala cuando estas se dan en términos de ilicitud, y, por tanto, deviene la conducta típica. Las circunstancias que determinan su ilicitud son las siguientes:

- 1) La ausencia del consentimiento libre, informado y expreso del donante vivo en la forma y con los requisitos previstos legalmente. No entraremos a analizar uno por uno dichos requisitos, basta para estos efectos saber que son los

recogidos en el artículo 4 de la Ley 30/1979⁹⁰ y el artículo 8 del RD 1723/2012.⁹¹

⁹⁰ La obtención de órganos procedentes de un donante vivo, para su ulterior injerto o implantación en otra persona, podrá realizarse si se cumplen los siguientes requisitos.

a) Que el donante sea mayor de edad.

b) Que el donante goce de plenas facultades mentales y haya sido previamente informado de las consecuencias de su decisión. Esta información se referirá a las consecuencias previsibles de orden somático, psíquica y psicológico, a las eventuales repercusiones que la donación pueda tener sobre su vida personal, familiar y profesional, así como a los beneficios que con el trasplante se espera haya de conseguir el receptor.

c) Que el donante otorgue su consentimiento de forma expresa, libre y consciente, debiendo manifestarlo, por escrito, ante la autoridad pública que reglamentariamente se determine, tras las explicaciones del Médico que ha de efectuar la extracción, obligado éste también a firmar el documento de cesión del órgano. En ningún caso podrá efectuarse la extracción sin la firma previa de este documento. A los efectos establecidos en esta Ley, no podrá obtenerse ningún tipo de órganos de personas que, por deficiencias psíquicas o enfermedad mental o por cualquiera otra causa, no puedan otorgar su consentimiento expreso, libre y consciente.

d) Que el destino del órgano extraído sea su trasplante a una persona determinada, con el propósito de mejorar sustancialmente su esperanza o sus condiciones de vida, garantizándose el anonimato del receptor.

⁹¹ 1. La obtención de órganos procedentes de donantes vivos para su ulterior trasplante podrá realizarse si se cumplen los siguientes requisitos:

a) El donante debe ser mayor de edad, gozar de plenas facultades mentales y de un estado de salud adecuado.

b) 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.

c) 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. La información y el consentimiento deberán efectuarse en formatos adecuados, siguiendo las reglas marcadas por el principio de diseño para todos, de manera que resulten accesibles y comprensibles a las personas con discapacidad.

d) 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.

e) 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.

2. 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 a que se refiere este artículo, 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.

3. Los donantes vivos se seleccionarán 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

- 2) La ausencia de la necesaria autorización exigida por Ley en el caso de donante fallecido.
- 3) La existencia de dádiva o retribución de cualquier clase a cambio de la extracción u obtención, solicitada o recibida, en provecho propio o ajeno, por el donante o un tercero, por si o persona interpuesta, o se aceptare ofrecimiento o promesa.

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. En este sentido, 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 receptor.

Los anteriores extremos se acreditarán mediante un certificado médico que hará necesariamente referencia al estado de salud, a la información facilitada y a la respuesta y motivaciones libremente expresadas por el donante y, en su caso, a cualquier indicio de presión externa al mismo. El certificado incluirá la relación nominal de otros profesionales que puedan haber colaborado en tales tareas con el médico que certifica.

4. 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.

5. 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.

6. 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.

7. 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.

8. No obstante lo dispuesto en el artículo 7, deberá proporcionarse al donante vivo asistencia sanitaria para su restablecimiento y se facilitará su seguimiento clínico en relación con la obtención del órgano.

En esta tercera circunstancia determinante de la ilicitud, se habla de la figura del donante. A pesar de que algunos autores entendieran esta referencia expresa al donante como una posibilidad de sancionarle por la realización de esta conducta típica del artículo 156 bis CP., no nos podemos olvidar de que el objeto típico de este delito está conformado por órganos humanos ajenos, por lo que, si recayese esta conducta sobre un órgano propio, no se podría apreciar su ilicitud, ni si quiera podría entenderse como un acto de favorecimiento para la obtención ilícita⁹².

En cuanto al análisis de los términos aquí empleados, empezaremos por el concepto de dádiva o retribución, respecto de los cuales el Legislador expresamente señala que no se entenderá por estos los gastos o pérdida de ingresos derivados de la donación. Esa dádiva o retribución, en principio, no tiene que ser evaluable económicamente, sin embargo, si atendemos a los principios rectores del SNT, de gratuidad, altruismo y ausencia de ánimo de lucro, podría darse una interpretación divergente y más restrictiva, al entender que dicha dádiva o retribución debería necesariamente estar circunscrita a un ámbito puramente económico para la apreciación de su carácter ilícito⁹³. La Doctrina alemana se refiere a esta como una ventaja de carácter material o inmaterial, pero objetivamente mesurable. Por su parte, el Consejo de Europa habla de un beneficio económico o ventaja semejante⁹⁴.

Por otro lado, en el precepto se habla tanto de solicitar como de recibir, tanto de aceptar como de prometer, lo que evidencia que se castiga tanto si existe acuerdo entre las partes, como si solo existe un mero ofrecimiento o promesa, al igual que es indiferente la entrega efectiva de la dádiva para la determinación de su ilicitud, circunstancias, que, en su caso, se tendrán en cuenta para la individualización de la pena a lo largo del marco penal abstracto.

⁹² ALASTUEY DOBÓN, M.C., “Aspectos problemáticos del delito de tráfico de órganos”, cit., p. 13.

⁹³ CARRASCO ANDRINO, M.M., “El delito de tráfico de órganos y comercio de trasplantes”, cit., p. 575.

⁹⁴ CARRASCO ANDRINO, M.M., “El delito de tráfico de órganos y comercio de trasplantes”, cit., p. 575.

Además, se hace mención de que se realice la conducta “en provecho propio o ajeno”, este elemento subjetivo del injusto hace alusión al beneficio que se pretende obtener, el cual puede ser reportado tanto a uno mismo como a un tercero. Por otro lado, el precepto señala que dicha solicitud o recepción puede ser por sí mismo o por persona interpuesta, esta referencia típica ha sido considerada cuanto menos innecesaria, pues la autoría mediata ya está recogida expresamente en nuestro Código Penal en el artículo 28.

Se observa, pues, que estamos ante fórmulas típicas de pluripersonalidad, en las que es necesaria la participación de, al menos, dos sujetos, y de dos conductas, sin embargo, no todas ellas son punibles, lo que constituye un tipo penal de participación necesaria impune⁹⁵.

- Letra b) del apartado 1 del artículo 156 bis CP.:

Por su parte, el artículo 156 bis.1. b) CP recoge *la preparación, preservación, almacenamiento, transporte, traslado, recepción, importación o exportación de órganos ilícitamente extraídos*.

De todos estos conceptos típicos, encontramos la definición de los dos primeros en el artículo 3.20 y 3.21, respectivamente, del RD 1723/2012. Se entiende por *preparación*, conforme a la normativa, *todas aquellas actuaciones dirigidas a que el órgano sea recibido por el receptor en condiciones óptimas para poder ser trasplantado*, y por, *preservación*, *utilizar los medios adecuados para el mantenimiento del órgano íntegro desde el fallecimiento del donante hasta su trasplante*. El resto de los conceptos típicos, para su definición basta con acudir al significado gramatical conforme a lo establecido por la RAE y sin obviar el contexto donde se dan y el objeto sobre el que recaen -un órgano ilícitamente extraído-, por lo que, aunque exista alguna irregularidad en la realización de estas tareas de preparación, traslado, almacenamiento, etc., si estas recaen sobre un órgano lícitamente extraído, serán impunes como delito tráfico de órganos, sin perjuicio de la responsabilidad que pudieran causar su inadecuada

⁹⁵ CARRASCO ANDRINO, M.M., “El delito de tráfico de órganos y comercio de trasplantes”, cit., p. 574.

realización, pero sin poder nunca ser sancionadas por este precepto ya que solo es posible su punición si estas recaen sobre un órgano ilícitamente extraído.

- **Letra c) del apartado 1 del artículo 156 bis CP.:**

Y, por último, la letra c) del apartado 1 del artículo 156 bis CP. recoge *el uso de órganos ilícitamente extraídos con la finalidad de trasplantes u otros fines*. Dentro de las fases del tráfico⁹⁶, el uso supone el fin de aquel, entendido este como el *hacer servir una cosa para algo* (RAE). La utilidad que se le reporte al órgano, como señala expresamente el texto legal, puede ser el de su trasplante - uso principal-, pero también para el de otros fines distintos. Y es en esta última referencia de esta tercera modalidad típica donde mayores interrogantes doctrinales se han planteado⁹⁷. Si atendemos, al informe explicativo del Convenio del Consejo de Europa sobre tráfico de órganos, para esos *otros fines*, se alude a la investigación científica y a la recolección de tejidos y células para elaborar productos farmacéuticos o de uso terapéutico, donde, además, se establece una lista ejemplificativa para salvaguardarse de posibles futuros avances científicos.

3.2.2. Conductas recogidas en el apartado 2 del artículo 156 bis CP.

Este segundo apartado tipifica como tráfico de órganos, una serie de conductas denominadas por MUÑOZ CONDE como “de intermediación”. Por un lado, conductas realizadas en provecho propio o ajeno, por sí o persona interpuesta, de solicitud o recepción de retribuciones o dádivas, de aceptación o promesa, de proposición o captación de donante o receptor (artículo 156 bis. 2.a. CP) y, por otro lado, de ofrecimiento o entrega de dádiva o retribución a personal facultativo, funcionario público o particular con ocasión de su trabajo en clínicas, consultorios, públicos o privados, para la obtención de órganos por medio de conductas ilegales al incumplir los requisitos exigidos en la normativa de trasplantes (artículo 156 bis.2. b. CP)⁹⁸.

⁹⁶ Fases del tráfico: 1) Fase previa de preparación; 2) de publicidad; 3) de producción; 4) de introducción en el mercado; 5) de transacciones comerciales; 6) Posesión y 7) Uso.

⁹⁷ ALASTUEY DOBÓN, M.C., “¿Qué protege el delito de tráfico de órganos?: a propósito de la reforma operada por la Ley Orgánica 1/2019, 20 de febrero”, cit., p. 21.

⁹⁸ MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal. Parte Especial*, cit., p. 135.

Respecto de las conductas de la letra a), debemos señalar que nos encontramos ante un delito mutilado en dos actos⁹⁹, de manera que para la consumación del tipo es necesario que estas conductas se hagan con el propósito de captar o proponer, pero es indiferente para su consumación que se llegue efectivamente a captar a ningún donante o receptor, ni siquiera es necesario que se haya formulado la propuesta ante estos.

Así mismo, las conductas de la letra b) también constituyen un delito de mera actividad y mutilado en dos actos¹⁰⁰, ya que para su consumación basta con que se ofrezca o entregue la retribución o dádiva a los sujetos señalados en el tipo, con el fin de que se lleve a cabo se facilite la extracción u obtención ilícita o la implantación de los órganos ilícitamente extraídos, sin necesidad de que se hayan comenzado a ejecutar dichas operaciones.

Este segundo inciso, como señala ALASTUEY DOBÓN, constituye un cohecho activo *sui generis*, pero extralimitándolo de la figura del funcionario público (definido por el artículo 24 CP), ya que también se refiere al personal facultativo (definido por el apartado 5 del artículo 156 bis CP), y extendiéndolo igualmente al particular con ocasión del ejercicio de su cargo en clínicas o consultorios, públicos o privados¹⁰¹.

3.3. SUJETOS DEL DELITO.

En primer lugar, en relación con la clasificación del delito en atención al sujeto activo, el delito es común¹⁰², pues, a excepción del donante, puede ser sujeto activo cualquier persona ya que no se exige cualidades especiales para poder desempeñar las conductas típicas. Por su parte, si consideramos que el tipo protege un bien jurídico de adscripción individual, como es la salud e integridad del donante, este sería el sujeto pasivo del delito, mientras que si, consideramos que estamos ante un bien jurídico colectivo, donde no existe adscripción individual, no existe propiamente sujeto pasivo.

⁹⁹ Más ampliamente en GIL GIL, A., “El concepto de intención en los delitos de resultado cortado. Especial consideración del elemento volitivo de la intención” en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, nº6, pp. 115 y 116. Disponible en <http://e-spacio.uned.es/fez/view/bibliuned:revistaDerechoPenalyCriminologia-2000-6-2020>.

¹⁰⁰ GIL GIL, A., “El concepto de intención en los delitos de resultado cortado. Especial consideración del elemento volitivo de la intención”, cit., pp. 115 y 116.

¹⁰¹ ALASTUEY DOBÓN, M.C., “¿Qué protege el delito de tráfico de órganos?: a propósito de la reforma operada por la Ley Orgánica 1/2019, 20 de febrero”, cit., p.15.

¹⁰² GÓMEZ RIVERO, M.C., “El delito de tráfico ilegal de órganos humanos”, cit., p. 129.

Como se acaba de señalar y se ha señalado en múltiples ocasiones a lo largo del trabajo, el donante no puede ser sujeto activo del tipo penal, pues su objeto típico son los órganos humanos ajenos, por lo que, aunque este ofrezca sus órganos a cambio de dinero, lo que quebraría el carácter gratuito y altruista de la donación, no obtendría sanción alguna, por lo que, esta prohibición tiene un carácter meramente simbólico para el donante, pues ningunas son sus consecuencias penales. Los motivos que han llevado al Legislador a conferir dicha impunidad al donante se entienden desde un punto de vista social, donde no se quiere incluir dentro del ámbito típico aquellas personas que, presionadas por unas sangrantes necesidades económicas, ofrecen sus órganos a cambio una contraprestación. En este sentido y en palabras de MUÑOZ CONDE, podríamos estar ante un supuesto de los denominados de “participación necesaria impune”¹⁰³.

Ahora bien, el receptor, a pesar de poder estar inmerso en un contexto difícil, ya no por razones económicas, sino condicionado por el padecimiento de una grave enfermedad, incluso una mortal, no goza de dicha impunidad. De hecho, se recoge de manera expresa su responsabilidad penal en el apartado 3 del artículo 156 bis CP, donde el Legislador señala que, si hubiera consentido la realización del trasplante siendo conocedor de su origen ilícito -dolo-, será castigado con las mismas penas que aquellos que podríamos denominar propiamente como traficantes. Ahora bien, a pesar de la rotundidad de este primer inciso del apartado 3 que declara la responsabilidad penal del receptor, equiparándolo con las del resto de sujetos participantes, más adelante, se introduce una atenuación de la pena en uno o dos grados en atención a las circunstancias del hecho y del culpable, rebaja que, en mi opinión, en todo caso debe entenderse como necesaria, pues no es comparable las circunstancias y móviles de los operadores de estas redes del mercado negro de órganos - traficantes- a aquellos que atañan al receptor, pues se encuentra en una situación de necesidad, donde necesitar de un trasplante para mejorar su salud y calidad de vida, o incluso en ciertos casos, dicho trasplante es necesario para poder prolongar su vida, lo que en cierto modo, le obliga a estar dispuesto a pagar cualquier precio por él¹⁰⁴.

¹⁰³ MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal. Parte Especial*, cit., pp. 136 y 137.

¹⁰⁴ MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal. Parte Especial*, cit., pp. 136 y 137.

Tanto el donante como el receptor se encuentran en una situación de vulnerabilidad, es por ello, por lo que, el Convenio del Consejo de Europa sobre Tráfico de Órganos no impone una sanción a estos, sino que deja en manos de cada Estado dicha decisión punitiva¹⁰⁵. Y por su parte, el Legislador español decidió solo excluir del marco punitivo al donante y no al receptor.

Si acudimos al tratamiento jurisprudencial de los sujetos, la sentencia de 13 de octubre, ARP 2016/1192 de la Audiencia Provincial de Barcelona, castiga al receptor, pero lo hace subsumiendo la conducta en el subtipo atenuado, que ya venía recogido en la redacción originaria en el apartado 2 del artículo 156 bis. En caso concreto, la rebaja solo fue de un grado en atención a las circunstancias del caso¹⁰⁶.

Así mismo, se pronuncia en el FJ 5º de la mencionada sentencia sobre la concurrencia del estado de necesidad en la persona del receptor. La Audiencia Provincial de Barcelona realiza una reveladora reflexión sobre la concurrencia de esta circunstancia eximente de responsabilidad penal recogida en el artículo 20. 5º CP en el delito de tráfico de órganos, así como, la posibilidad de apreciar a una causa exculpatoria de miedo insuperable (artículo 20. 6º CP). Sin embargo, en este preciso caso, ambas circunstancias fueron desestimadas.

3.3.1. La apreciación de un Estado de necesidad.

La apreciación de un Estado de necesidad sobre la figura del receptor ha sido una cuestión muy debatida por parte de la Doctrina pues este se encuentra sumido en un contexto complejo por el padecimiento de una enfermedad grave y por ello, puede verse fuertemente alentado a obtener de forma ilícita un trasplante, lo que podría eximirle de responsabilidad penal al apreciar un estado de necesidad disculpante en sede de culpabilidad. Sin embargo, el precepto penal ya contempla una atenuación facultativa de la pena en uno o dos grados en la figura del receptor en atención a “las circunstancias del hecho y del culpable”.

¹⁰⁵ CARRASCO ADNINO, M.M., “El delito de tráfico de órganos y comercio de trasplantes”, cit., p. 599.

¹⁰⁶ SAP Barcelona, Sección 7ª, 1192/2026, de 13 de octubre.

El estado de necesidad viene regulado en el artículo 20. 5º CP. Tradicionalmente se han deducido de este precepto dos eximentes de naturaleza y efectos distintos: *el estado de necesidad justificante* -en sede de antijuridicidad- y *el estado de necesidad disculpante o absolutorio* – en sede de culpabilidad-. El que opera como causa de justificación, se caracteriza por la existencia de dos bienes jurídicos donde se sacrifica el de inferior valor para salvar el de mayor valor. Sin embargo, en el de naturaleza exculpatoria, el bien jurídico que se lesiona no es inferior al que se pretende salvar. Por ello, en este segundo supuesto, la conducta no está justificada, pero al encontrarse en circunstancias excepcionales, deviene innecesaria la imposición de la pena correspondiente ya que el Derecho no debe exigir comportamientos heroicos¹⁰⁷.

En relación con el delito de tráfico de órganos contenido en el artículo 156 bis CP., un sector doctrinal entiende que el Legislador al realizar esa atenuación expresa de la pena en la figura del receptor, cierra la posibilidad de una exención completa a través de un estado de necesidad disculpante ya que -entiende este sector- el Legislador al realizar esa valoración pretende que se imponga una pena al receptor en todo caso con independencia de las circunstancias que lo rodean, las que, a lo sumo, podrán minorar la pena en uno o dos grados.¹⁰⁸ Además, como señala GÓMEZ RIVERO, la relación de adecuación entre mal causado y el que se pretende evitar requiere que el bien jurídico que se sacrifique para salvar el otro esté también en situación de peligro, incluso cuando sean bienes de distinto valor, pero eminentemente personales, como ocurre con la vida y la salud. Por consiguiente, la lesión a la salud del donante no constituye un medio adecuado para salvar o mejorar la del receptor, por lo que, no se podría apreciar una eximente por estado de necesidad, ni completa ni incompleta.

En cambio, otro sector autorizado de la Doctrina entiende que la atenuación facultativa de la pena para el receptor no impide la apreciación de un estado de necesidad disculpante; autoras, como ALASTUEY DOBÓN o MOYA GUILLEM, admiten dicha exención en caso de tratarse de un órgano necesario para seguir viviendo y otros, como

¹⁰⁷ MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E., “La antijuridicidad.” en *Lecciones de Derecho penal, parte general*, de Moreno-Torres Herrera (Dir.), Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 142 y 143.

¹⁰⁸ CARRASCO ANDRINO, M.M., “El delito de tráfico de órganos humanos y comercio de trasplantes”, cit., p. 599.

GÓMEZ TOMILLO, lo admiten en caso de que exista un peligro cierto e inminente para la vida del receptor.

Por su parte, la Jurisprudencia entiende que, a pesar de la existencia de una rebaja expresa por razones de humanidad en atención a las circunstancias del caso y del culpable, es igualmente posible la apreciación de un estado de necesidad exculpante en aquellos casos en los que exista un riesgo vital para el receptor. No obstante, la Audiencia Provincial de Barcelona, en el único caso enjuiciado sobre tráfico de órganos, desestimó la apreciación de un estado de necesidad por entender que el receptor, en el caso concreto, gozaba de buena salud y no se apreciaba urgencia en el trasplante¹⁰⁹.

IV. BREVE REFERENCIA AL TIPO SUBJETIVO DEL ARTÍCULO 156 BIS CP.

El delito de tráfico de órganos es de carácter doloso¹¹⁰, no se castiga en su modalidad imprudente conforme a lo dispuestos en el artículo 12 CP. El sujeto debe tener pleno conocimiento y voluntad de la realización de la conducta típica ya que debe abarcar todos los elementos típicos del injusto, entre los que se encuentra, la procedencia del órgano, pues es también parte de la tipicidad. Además, la procedencia del órgano supone una importante diferencia penológica, prisión de 6 a 12 años – de persona viva- de 3 a 6 años – persona fallecida-, por lo que, si existe error sobre la procedencia del órgano objeto de tráfico, al tratarse esta de un hecho que cualifica la infracción penal, impedirá su apreciación conforme al artículo 14.2 CP¹¹¹.

Así mismo, el error sobre los elementos que constituyen la ilicitud del tráfico (*la extracción u obtención sin consentimiento libre, informado y expreso; sin la autorización exigida por la Ley en caso de fallecido; a cambio de dádiva o retribución...*) deberán de tener el tratamiento penal de error de tipo, por lo que, habrá que acudir para su resolución al artículo 14.1 CP, que señala que la determinación del error como invencible, excluye de responsabilidad penal, y el calificado como error vencible, se castigará como

¹⁰⁹ SAP, Barcelona, Sección 7ª, 2016/1192, de 13 de octubre.

¹¹⁰ Además, en algunas modalidades típicas del artículo 156 bis C.P., se exigen otros elementos subjetivos del injusto (también denominados *dolos específicos*), como es la expresión “en provecho propio o ajeno” que figura en el apartado 1, 3ª y en el apartado 2 del artículo 156 bis CP.

¹¹¹ PÉREZ ALONSO, A., *El error sobre las circunstancias del delito*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p.50.

imprudente, sin embargo, como ya se ha señalado, este tipo penal no cuenta con modalidad imprudente, por lo que, dará lugar a la exclusión de responsabilidad penal en todo caso la apreciación de error de tipo¹¹².

V. CONCLUSIONES.

I.

En los últimos años, se ha producido un aumento significativo de la demanda de órganos gracias a los numerosos avances médicos y farmacológicos, que no se ha visto satisfecha por los sistemas legales de donación de trasplantes, lo que ha llevado a la obtención de estos a través del tráfico ilegal de órganos. La globalización ha facilitado el traslado y transporte de los órganos y ha contribuido a que el tráfico de órganos tenga una marcada índole transnacional, circunstancia que dificulta su persecución a través de los elementos tradicionales del Derecho Penal.

II.

El delito de tráfico de órganos humanos fue introducido por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, en el artículo 156 *bis* del Título III *De las lesiones* del Libro II del Código Penal, para tratar de dar respuesta a la extendida y creciente práctica de la compraventa de órganos humanos, y con ello, adaptarse a las exigencias de los instrumentos internacionales que, desde años atrás, venían reclamando mecanismos sólidos para paliar el tráfico ilegal de órganos humanos, fundamentalmente estos dos instrumentos internacionales: la Declaración de Estambul *sobre el tráfico de órganos y el turismo de trasplantes* del 2 de mayo de 2008 y 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*.

Más tarde, la Ley Orgánica 1/2019, de 20 de febrero, ha reformado sustancialmente el artículo 156 *bis* CP sobre el delito de tráfico de órganos, y ha adaptado al Código Penal a las previsiones contenidas en el Convenio del Consejo de Europa *sobre la lucha contra el tráfico de órganos humanos*, abierto a la firma en Santiago de Compostela el 25 de marzo de 2015.

¹¹² Más ampliamente en RAMOS TAPIA M.I., “Delito de acción. La tipicidad (III)” en *Lecciones de Derecho Penal, Parte General*, de Moreno-Torres Herrera (Dir.), Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, p.128.

Esta tipificación autónoma del tráfico de órganos es necesaria, así como el aumento del marco punitivo de las conductas vinculadas a esta practica ejecutada por la LO 1/2019, de 20 de febrero, ya que con anterioridad solo era típica la extracción misma del órgano, a través de los tipos penales ya existentes sobre mutilación de órganos (arts. 149 o 150 CP), aplicables también, en su caso, al posterior trasplante al receptor.

III.

La forma de tipificación de las conductas vinculadas al tráfico de órganos se ve inmersa en la de los denominados delitos de tráfico. Estas estructuras típicas muestran características comunes, incluso en algunos supuestos, idénticas y todas ellas van dirigidas a la sanción de conductas “de tráfico de personas, objetos o mercancías”. Estas estructuras son consecuencia del fenómeno de la globalización y la consiguiente, liberalización de los mercados, como formulas que tratan de proteger determinados valores e intereses (la salud pública; la seguridad; la libre concurrencia, etc.) a través de la intervención penal en los mercados. Sin embargo, las necesidades de Política Criminal que justifican dicha intervención penal no parecen cumplir, de forma satisfactoria, los principios y objetivos que inspiran el empleo del instrumento penal, de este modo, nos encontramos en la práctica con numerosos problemas dogmáticos en la tipificación de estas conductas, tales como: la delimitación del bien jurídico a proteger; una excesiva amplitud de las conductas típicas que podría atentar contra el principio de taxatividad; estructuras típicas complejas, necesidad de acudir a un concepto unitario de autor.

Además, en esta nueva forma de tipificación de los delitos de tráfico, el Legislador pretende estar presente en todas las etapas de la actividad productiva y comercial, sin embargo, no se realiza una graduación de la sanción penal en función al riesgo creado por cada sujeto en atención a la fase del proceso en la que se encuentre, lo que da lugar a tipos mixtos alternativos, en los que la realización de alguna de las modalidades típicas supone la consumación del delito y que, ninguna previsión guardan a cerca de la realización conjunta de varias de estas conductas por parte del mismo sujeto.

IV.

La globalización ha dado pie a nuevos escenarios con trascendencia penal, cuya regulación ha colisionado, en algunos extremos, con la dogmática clásica del Derecho

Penal. En este sentido, uno de los mecanismos a los que se recurre para afrontar estos nuevos objetivos de punición es el adelanto de la intervención penal, sin esperar a la afección efectiva sobre el bien jurídico protegido. Dos son las vías principales para la consecución del adelanto de la intervención penal: por un lado, el uso de bienes jurídicos cada vez más abstractos, sin una adscripción individual; y, por otro lado, la construcción de estructuras típicas de peligro. Por ello, en la Doctrina se detecta una vinculación automática entre bienes jurídicos colectivos y delitos de peligro, que claramente vemos reflejada en el delito contenido en el artículo 156 bis CP, donde a pesar de su ubicación en los delitos lesiones, un sector mayoritario de la Doctrina entiende que lo realmente protegido es un bien jurídico de carácter colectivo o supraindividual; y así mismo, refleja conductas típicas que no exigen la causación de un resultado lesivo, pues se pretende castigar todas las fases productivas, sin necesidad de que se llegue a realizar la propia extracción del órgano en sí, y, por tanto, sin necesidad de un daño material.

Esta técnica de tipificación es propia del moderno Derecho Penal económico ya que la técnica legislativa de los delitos de peligro se ha convertido en un recurso habitual y creciente para la protección de intereses económicos individuales y colectivos. Y más aún, respecto de aquellos bienes jurídicos supraindividuales, un tanto difusos, cuya intangibilidad dificulta su definición y la concreción de qué conductas revisten los requisitos de ofensividad bastante para ser incriminadas, como ocurre con el bien jurídico protegido del artículo 156 bis CP., cuya delimitación y concreción continúa siendo discutida por la Doctrina española.

V.

Desde la introducción del delito de tráfico de órganos en el año 2010, la delimitación del bien jurídico protegido por este precepto ha generado un profundo debate doctrinal, latente en la actualidad. Lejos de ser dilucidado por la reforma de la LO 1/2019, de 20 de febrero, esta ha generado nuevas dudas ya que el Legislador ha decidido mantener la ubicación sistemática del tráfico de órganos entre los delitos de lesiones, esta opción parece orientar la intervención penal a la protección de un interés individual -la salud del donante-. Sin embargo, introduce, dentro del marco típico, el tráfico de órganos procedente de un cadáver y sanciona conductas posteriores a la extracción del órgano, lo que difícilmente permite observar como únicamente protegido la salud del donante ya que la sanción de esas conductas va dirigida a la protección de un bien jurídico colectivo vinculado con la salud pública.

Las posiciones doctrinales son muy diversas, hay quienes sostienen, incluso que estamos ante un delito *pluriofensivo*, donde se protege tanto un bien jurídico de adscripción individual, la salud e integridad física del donante, como uno colectivo, como es la salud pública. No obstante, a pesar de que algunos autores sigan manteniendo actualmente una tesis individualista sobre los intereses protegidos en este tipo penal, existe un acuerdo claro por parte de la Doctrina mayoritaria sobre la reconducción provocada por la reforma del 2019 hacia la tutela de un bien jurídico colectivo, que es identificado mayoritariamente con el Sistema de Trasplantes, y más concretamente, con la protección de las condiciones legales establecidas para la obtención y extracción de órganos humanos ya que, si se observa la redacción del precepto penal, el carácter típico de la conducta está determinado por la infracción de la normativa de trasplantes vigente, lo que lleva a que entender por parte de la Doctrina mayoritaria que el respeto a esta es lo realmente protegido por el artículo 156 bis CP.

VI.

El objeto típico de las conductas de tráfico del artículo 156 bis. 1 CP se corresponde con los órganos humanos, sancionándose con una mayor o menor pena si este procede de persona viva o fallecida desde la reforma de la LO 1/2019, de 20 de febrero. Así mismo, para su sanción ha de ser ajeno, circunstancia que impide al donante ser sujeto activo del delito.

Respecto de los supuestos de trasplante parcial, se considera a estos efectos órganos a aquella parte de aquel cuya función sea la de ser utilizada en el cuerpo humano con la misma finalidad que el órgano completo, manteniendo los requisitos de estructura y vascularización. Y por último, también se incluye dentro del objeto típico los tejidos compuestos vascularizados.

VII.

La reforma introducida por la LO 1/2019, de 20 de febrero ha dado lugar a la construcción de un tipo mixto alternativo donde se encuentran aglutinadas todas las conductas entendidas como constitutivas de tráfico de órganos, que así expresamente declara el Legislador. Se observa como el tipo penal, con la estructura típica propia de los delitos de tráfico, pretende englobar todas las fases de la actividad del tráfico, sin

hacer una distinción punitiva en atención al daño generado por cada sujeto activo. Además, está compuesto por los verbos típicos “promover, favorecer, facilitar y publicitar”, que, como señala GARCÍA ALBERO, siendo muy habituales estas formas típicas en esta clase de delitos, generan problemas tanto en lo relativo al *iter criminis*, como desde la perspectiva de la autoría y participación, además de ser excesivamente amplios.

VIII.

La configuración actual da una definición auténtica de lo que se entiende por tráfico de órganos, para así poder dejar atrás los problemas interpretativos generados por la redacción originaria, que no daba una definición de tráfico, y donde el Legislador penal se limitaba a castigar el “tráfico ilegal de órganos humanos ajenos o el trasplante de los mismos”, sin poderse deducir de forma clara, cuál era la definición de tráfico a la que hacía referencia. En este sentido, se entenderá por tráfico la realización de cualquiera de las conductas recogidas en la letra a), b) o c) del artículo 156 bis. 1. CP.

IX.

En nuestro ordenamiento jurídico, la obtención, el tráfico y el trasplante de órganos no son conductas prohibidas en tanto se ajusten a las exigencias y condicionantes de la Ley 30/1979, de 27 de octubre, *sobre extracción y trasplante de órganos* y el RD 1723/2012 por el que se regula *las normas de calidad y seguridad de los órganos humanos destinados al trasplante*, por lo que, es posible una extracción y obtención de órganos lícita.

Se observa la ilicitud en la extracción u obtención de los órganos como elemento común a las diferentes modalidades típicas de las letras a), b) y c) del apartado 1 del artículo 156 bis CP. La tipicidad del tráfico de órganos depende de su carácter ilícito, que este viene marcado por: el incumplimiento de los requisitos recogidos en la normativa de trasplantes relativos al consentimiento libre, informado y expreso del donante vivo; o bien por la ausencia de la autorización exigida por la Ley en caso de donante fallecido; o cuando se solicite o medie entre las partes cantidades dinerarias.

X.

En relación con los sujetos del delito, el Convenio del Consejo de Europa sobre Tráfico de Órganos no obliga a sancionar ni al donante ni al receptor del órgano ya que entiende que ambos pueden verse inmersos en una situación de vulnerabilidad, por lo que, deja en manos de cada Estado la decisión punitiva de sancionarlos. En este sentido, el Legislador español ha decidido excluir solamente del marco punitivo al donante y, sin embargo, sancionar al receptor.

En atención a la redacción del tipo penal, el donante no puede ser sujeto activo de este delito ya que el objeto típico son los órganos humanos ajenos, por lo que, aunque este ofrezca sus órganos a cambio de dinero, lo que quebraría el carácter gratuito y altruista de la donación, no obtendría sanción alguna, por ello, esta prohibición tiene un carácter meramente simbólico para el donante, pues ninguna son sus consecuencias penales. Distinta suerte corre el receptor, pues se recoge de manera expresa su responsabilidad penal en el apartado 3 del artículo 156 bis CP. cuando este consienta la realización del trasplante conociendo su origen ilícito. A pesar de que este apartado parte del mismo marco penal abstracto para el castigo del receptor, se prevé una rebaja de la pena en uno o dos grados en atención a las circunstancias del hecho y del culpable.

XI.

El delito de tráfico de órganos es de carácter doloso, no se castiga en su modalidad imprudente conforme a lo dispuestos en el artículo 12 CP. La procedencia del órgano supone una importante diferencia penológica: prisión de 6 a 12 años – de persona viva- de 3 a 6 años – persona fallecida-, por lo que, si existe error sobre la procedencia del órgano objeto de tráfico, al tratarse esta de un hecho que cualifica la infracción penal, impedirá su apreciación conforme al artículo 14.2 CP.

Así mismo, el error sobre los elementos que constituyen la ilicitud del tráfico (*la extracción u obtención sin consentimiento libre, informado y expreso; sin la autorización exigida por la Ley en caso de fallecido; a cambio de dádiva o retribución...*) deberán de tener el tratamiento penal de error de tipo, por lo que, habrá que acudir para su resolución al artículo 14.1 CP

VI. BIBLIOGRAFÍA Y RELACIÓN DE SENTENCIAS.

6.1. BIBLIOGRAFÍA.

- ALASTUEY DOBÓN, M. C., “Aspectos problemáticos del delito de tráfico de órganos” en *Revista Penal*, nº 32, pp. 3-23.
- ALASTUEY DOBÓN, C., “Qué protege el delito de tráfico de órganos?: a propósito de la reforma operada por la Ley Orgánica 1/2019, de 20 de enero”, en *Revista Diario La Ley*, nº9558, pp. 1-37.
- BENÍTEZ ORTÚZAR, I.F., “Obtención, tráfico y trasplante ilícito de órganos humanos”, en *Sistema de Derecho Penal. Parte especial*, de Morillas Cueva (Dir.) Ed. Dykinson, Madrid, 2020, pp. 109- 132.
- CARRASCO ANDRINO, M.M., “El delito de tráfico de órganos humanos y comercio de trasplantes”, en *Tratado Derecho Penal. Parte Especial*, de Álvarez García (Dir.), Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, pp. 541-609.
- DE LA CUESTA AGUADO, P.M., “Protección penal de los consumidores” en *Revista General de Derecho*, nº 89, pp. 5607-5619.
- DE LA CUESTA AGUADO, P.M., *Delitos de tráfico ilegal de personas, objetos o mercancías*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.
- GARCÍA ALBERO, R., “El nuevo delito de tráfico de órganos” en *Comentarios a la Reforma Penal de 2010*, de Álvarez García y González Cussac (Dir.), Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pp. 183-192.
- GIL GIL, A., “El concepto de intención en los delitos de resultado cortado. Especial consideración del elemento volitivo de la intención” en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, nº6, pp. 103- 138.
- GÓMEZ RIVERO, M.C., “El delito de tráfico ilegal de órganos humanos” en *Revista Penal*, nº31, pp. 113-139.
- JULIO LASCANO, C., “Tráfico ilícito de objetos prohibidos: bienes culturales y órganos y tejidos humanos extraídos forzosamente a través de la trata de personas” en *Política Criminal ante el reto de la delincuencia transnacional*, de Pérez Cepeda (Dir.), Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, pp. 919-964.
- TIEDEMANN, K., *Manual de Derecho Penal Económico, Parte General y Especial*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.
- MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E., “La antijuridicidad.” en *Lecciones de Derecho penal, parte general*, de Moreno-Torres Herrera (Dir.), Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 137-150.
- MARTÍNEZ -BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho Penal Económico y de la Empresa, Parte General*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.

- MÉNDEZ RODRÍGUEZ, C., *Los delitos de peligro y sus técnicas de tipificación*, Ed. Servicio Publicaciones Facultad Derecho, Madrid, 1993.
- MENDOZA CALDERÓN, S., “Una primera aproximación al artículo 156 bis del Código Penal: ¿un futuro ejemplo más del derecho penal simbólico?”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, nº11, pp. 147- 188.
- MONIRUZZAMAN, M., “Transplant and Trafficking in Nepal: The Ethical Concerns”, MSU Bioethics. The blog from the Center for Bioethics and Social Justice at Michigan State University. Disponible en <https://msubioethics.com/2015/11/19/transplant-and-trafficking-in-nepal/>
- MOYA GUILLEM, C., *La protección jurídica frente al tráfico de órganos*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2018.
- MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal. Parte Especial*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.
- PAREDES CASTAÑÓN, J.M., “Los delitos de peligro como técnica de incriminación en el Derecho Penal económico: bases político-criminales.”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, nº 11 pp. 95-164.
- PÉREZ ALONSO, A., *El error sobre las circunstancias del delito*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.
- PÉREZ-SAUQUILLO MUÑOZ, C., *Legitimidad y técnicas de la protección penal de bienes jurídicos supraindividuales*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.
- PUENTE ABA, L.M., “La protección frente al tráfico de órganos: su reflejo en el Código Penal español”, en *Revista Derecho y Proceso Penal*, nº 26, pp. 135-152.
- QUERALT JIMÉNEZ, J.J., *Derecho pena español, Parte especial*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.
- RAMOS TAPIA, M.I. “Delito de acción. La tipicidad (III)” en *Lecciones de Derecho Penal, Parte General*, de Moreno-Torres Herrera (Dir.), Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 121-136.

6.2. RELACIÓN DE SENTENCIAS.

Tribunal Supremo

- STS 321/2005, de 10 de marzo (Ponente: Sr. Carlos Granados Pérez,)
- STS 4967/2017, de 27 de octubre, (Ponente: Sr. Andrés Martínez Arrieta)

Audiencia Provincial

- SAP, Barcelona, Sección 7ª, 1992/2016, de 13 de octubre.

6.3 OTROS DOCUMENTOS UTILIZADOS.

- Informe “Trafficking in organs, tissues and cells and trafficking inhuman beings for the purpose of the removal of organs,” Joint Council of Europe/ United Nations, 2009, Disponible en: <https://rm.coe.int/16805ad1bb> [Citado: 12 de mayo 2022].
- Informe “Transational Crime and the Developing World”, Global Financial Integrity, marzo de 2017, Disponible en: https://www.gfintegrity.org/wp-content/uploads/2017/03/Transnational_Crime-final.pdf, [Citado: 3 de junio de 2022].
- Informe “Trasplante de órganos y tejidos humanos”, Organización Mundial de la Salud, 8 de abril 2004], Disponible en: https://apps.who.int/gb/archive/pdf_files/WHA57/A57_17-sp.pdf [Citado: 7 de mayo de 2022].
- Nota de prensa “España mantiene su liderazgo mundial en donación de órganos en 2020, a pesar de la pandemia”, Ministerio de Sanidad, 16 de agosto de 2021, Disponible en: <https://www.sanidad.gob.es/gl/gabinete/notasPrensa.do?id=5435> [Citado: 4 de mayo de 2022].