



TRABAJO FIN DE GRADO

GRADO EN DERECHO

CURSO ACADÉMICO 2021 / 2022

TÍTULO:

LA REFORMA DEL DELITO DE TRÁFICO DE ÓRGANOS

WORK TITLE:

THE REFORM OF THE CRIME OF ORGAN TRAFFICKING

AUTORA:

ANDREA GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ

DIRECTOR:

JOSE LUIS LÓPEZ DEL MORAL

A mis padres:

*Papá, mamá, sin las alas y las oportunidades que
me brindáis, esto jamás hubiera sido posible.*

Gracias por regalarme un futuro.

Os quiero

RESUMEN

En el presente estudio se pretende analizar el delito de tráfico de órganos, figura jurídica introducida a partir de la entrada en vigor de la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, que modificó la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, introduciendo la tipificación del nuevo delito de tráfico de órganos.

Este impulso legislativo se produjo a partir de la actividad de los organismos internacionales en el marco de la prohibición de la referida conducta, con el fin de armonizar todos los sistemas legislativos europeos en la materia, a causa del creciente aumento de este tipo de conductas.

Palabras clave: Tráfico de órganos, consentimiento, obtención ilegal de órganos, turismo de trasplante.

ABSTRACT

This study aims to analyze the crime of organ trafficking, a legal figure introduced from the entry into force of Organic Law 5/2010, of June 22, which modified Organic Law 10/1995, of November 23, of the Penal Code, introducing the typification of the new crime of organ trafficking.

This legislative impulse was produced from the activity of international organizations within the framework of prohibiting such conduct, in order to harmonize all European legislative systems on the matter due to the incipient increase in this type of conduct.

Keywords: Organ trafficking, consent, ilegal obtaiment of human organs and transplant tourism.

ÍNDICE

Abreviaturas

- I. INTRODUCCIÓN
- II. TRASPLANTE DE ÓRGANOS LEGITIMADO
- III. EVOLUCIÓN DE LA TIPIFICACIÓN DEL DELITO DE TRÁFICO DE ÓRGANOS
- IV. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO
- V. TIPO BÁSICO Y TIPO CUALIFICADO
- VI. LEGISLACIÓN ADICIONAL
- VII. AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN: Especial referencia a la controvertida punición del receptor de los órganos
- VIII. TRATA DE SERES HUMANOS CON FINES DE EXTRACCIÓN DE ÓRGANOS
 - i. Antecedentes
 - ii. Causas
 - iii. Prevención
- IX. IMPLICACIÓN DEL CRIMEN ORGANIZADO EN EL NEGOCIO INTERNACIONAL DE ÓRGANOS
- X. TURISMO DE TRASPLANTE
- XI. DERECHO COMPARADO
- XII. ASPECTOS PROCESALES. LA PRUEBA EN EL DELITO DE TRÁFICO DE ÓRGANOS
- XIII. CONCLUSIONES

ABEVIATURAS

Art.: Artículo

O.N.T.: Organización Nacional de Trasplantes

C.P.: Código Penal

U.C.I.: Unidad de Cuidados Intensivos

B.O.E.: Boletín Oficial del Estado

Núm.: Número

U.N.O.C.D.: Naciones Unidas contra la Droga y el Delito

C.O.F.S.: Coalición Soluciones Pérdida de Órganos

O.N.G.: Organización No Gubernamental

I. INTRODUCCIÓN

La delincuencia se manifiesta como uno de los fenómenos más preocupantes de la sociedad actual; estando implícito en este fenómeno, el creciente avance de la compraventa y tráfico de órganos humanos. Esta circunstancia hizo necesario tipificar esta figura delictiva denominada *delito de tráfico ilegal de órganos* en el Código Penal (en adelante, CP).¹

El presente estudio pretende realizar un análisis de las diversas cuestiones problemáticas, tales como la determinación del bien jurídico protegido (al tratarse de un delito pluriofensivo), la responsabilidad penal del receptor y los problemas concursales, entre otros.

Asimismo, se analizará la función punitiva del art. 156 bis, así como su evolución, los sujetos que pueden intervenir en el delito, los elementos típicos, y la incidencia que tiene el crimen organizado en este tipo de delitos.

A su vez, este delito, de carácter transnacional, afecta de forma global a numerosos países, que conforman entre ellos, el denominado turismo de trasplante ilegal, dando lugar a situaciones hostiles y muy peligrosas para la integridad y vida humana, además de afectar directamente a los sistemas de salud, pues en numerosas ocasiones llegan a corromperse por la falta de ética y moral de facultativos que se inmiscuyen y colaboran en delitos tales como el tráfico ilegal de órganos.

¹ Ley Orgánica (en adelante, LO) 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, publicado en el Boletín Oficial del Estado (BOE), número (núm.) 281, del 14 de noviembre de 1995, última actualización publicada el 29 de julio de 2022.

II. TRASPLANTE DE ÓRGANOS LEGITIMADO

Como consecuencia del avance de la medicina, muchas personas han podido salvar su vida gracias a los órganos de otras personas que han decidido donarlos de forma altruista. Es por ello que en España se reconoce y legitima el trasplante de órganos, siempre y cuando se reúnan los requisitos establecidos en la legislación correspondiente.

Pero ¿qué es un trasplante? Según la Organización Nacional de Trasplante (en adelante, ONT), un trasplante es sustituir un órgano o tejido enfermo por otro que funcione adecuadamente. Hoy en día constituye una técnica médica muy desarrollada que logra magníficos resultados para los receptores. No obstante, necesita obligatoriamente la existencia de donantes.

Se pueden realizar trasplantes de órganos llamados “sólidos” (pulmones, riñones, corazones, hígados), de tejidos (hueso, tendón, córneas, piel, válvulas cardíacas), o de precursores hematopoyéticos (que son las células madre y se extraen de la sangre, del cordón umbilical y la placenta).

En cuanto a los tipos de trasplantes existentes, existen distintas modalidades siendo los más habituales los de riñón, de hígado y de corazón.

También podemos clasificarlos en función del tipo de donante. Se dividen en:

- Donación de cadáver: aquí encontramos a donantes fallecidos por muertes encefálicas que provienen de accidente de tráfico, laborales o de fallecimiento en la UCI; y donantes en asistolia (por parada cardíaca).
- Donación de vivo: en este apartado encontramos donación emparentada, que se da entre familiares consanguíneos o figuras análogas; donación no emparentada; donación cruzada; donación en cadena; y donación altruista.

Ahora bien, serán susceptibles de trasplante aquellas personas enfermas que sufren un daño irreversible en uno de sus órganos y no pueden curarse con otro tipo de tratamiento médico.

En España, la donación y el trasplante se encuentran regulados por la Ley 30/1979, de 27 de octubre, sobre extracción y trasplante de órganos (en adelante, Ley 30/1979)², que garantiza, entre otros, dos aspectos fundamentales: el carácter altruista de la donación y la equidad en el acceso al trasplante, en cumplimiento de los criterios que se establecen teniendo en cuenta el aspecto territorial y el aspecto clínico.

Según los datos de la ONT, España es líder mundial en donación y trasplantes durante 28 años consecutivos. En datos, el total de trasplantes de órganos efectuados en nuestro país se elevan a 100.116.³

En cuanto a las normas reguladoras de esta materia, la Ley 30/1979 expone en su art. 4 los requisitos que han de cumplirse por la persona viva donante del órgano. Estos son:

- 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 decisión⁴. Esta información se referirá a las consecuencias previsibles de su orden somático, psíquica y psicológico, a las eventuales repercusiones que la*

² Ley 30/1979, de 27 de octubre, sobre extracción y trasplante de órganos, publicado en el BOE, núm. 266, de 6 de noviembre de 1979, última actualización publicada el 2 de agosto de 2011.

³ CINFA SALUD EQUIPO MÉDICO. Trasplantes. CinfaSalud. 30 de marzo de 2016.

⁴ Este apartado hace una referencia clara al consentimiento informado al que han de someterse los pacientes en sus intervenciones médicas para poderlas llevar a cabo de acuerdo a la legislación. El consentimiento informado es muy importante ya que permite al paciente elegir someterse a dicha intervención o no, por lo que la omisión del consentimiento informado conlleva la vulneración del derecho de elección del paciente.

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 regularmente se determine, tras las explicaciones del Médico que ha de efectuar la extracción, obligado este 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.*

Igualmente, es importante destacar la diferencia entre los requisitos exigidos al donante vivo y al donante cadáver. La diferencia estriba, fundamentalmente, en que el donante vivo ha de consentir libre y expresamente a la donación del órgano tras ser debidamente informado, gozando de capacidad plena; mientras que en el caso del donante cadáver, la Ley 30/1979 hace mención al principio del “consentimiento presunto”, a todo fallecido se reputa donante salvo que en vida haya mostrado su oposición a la donación de todos o de parte de sus órganos.

Por otro lado, el Real Decreto 1723/2012, de 28 de diciembre, por el que se regulan las actividades de obtención clínica y coordinación territorial de los órganos humanos destinados al trasplante y se establecen requisitos de calidad y

seguridad (en adelante, RD 1723/2012)⁵, regula las actividades de obtención, utilización clínica y coordinación territorial de los órganos humanos destinados al trasplante, estableciéndose requisitos de calidad y seguridad.

El objeto de ambas normas es tratar de regular todo lo relativo a la materia que nos ocupa, así como delimitar las condiciones en que dicha actividad se puede llevar a cabo.

III. EVOLUCIÓN DE LA TIPIFICACIÓN DEL DELITO DE TRÁFICO DE ÓRGANOS

En los últimos tiempos se ha multiplicado la demanda de trasplantes clínicos de órganos, a causa de las numerosas enfermedades cuya curación depende exclusivamente de dicha intervención.

Gracias a los avances de la medicina, este tipo de intervenciones son habituales y han generado una confianza en ellas por parte de la población para salvar vidas, por lo que es una intervención muy demandada por los pacientes.

Es precisamente a causa esa gran demanda que existe, que no hay abastecimiento suficiente, a pesar de estar España encabezada en líder de trasplantes. Aquí nacen las donaciones altruistas de órganos, donde los principios que rigen son la gratuidad y el altruismo; sin embargo, esa realidad puede verse alejada de la legalidad cuando se convierte en una compraventa. Y es aquí donde surge el problema: aparece el de tráfico de órganos.

Esta práctica alejada de la gratuidad y el altruismo, crece exponencialmente, dando lugar a que las instituciones internacionales y nacionales elaboren

⁵ Real Decreto 1723/2012, de 28 de diciembre, por el que se regulan las actividades de obtención clínica y coordinación territorial de los órganos humanos destinados al trasplante y se establecen requisitos de calidad y seguridad, publicado en el BOE, núm. 313, de 29 de diciembre de 2012.

normativas cuyo objeto es la prohibición de esta práctica, dando lugar al tráfico ilícito de órganos.

Tanto es así que el legislador español decidió incluir y tipificar esta figura delictiva en el CP, mediante la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del CP (en adelante, LO 5/2010)⁶. Esta es la primera inclusión del delito de tráfico de órganos en el Ordenamiento Jurídico español; sin embargo, el legislador, en 2019, decidió hacer una reforma del texto legal y modificó el delito de tráfico de órganos.

Esta nueva reforma se materializó con la LO 1/2019, de 20 de febrero, por la que se modifica el CP, para trasponer Directivas de la Unión Europea en los ámbitos financiero y de terrorismo, y abordar cuestiones de índole internacional (en adelante, LO 1/2019)⁷.

Dicha Ley tiene por objeto la trasposición a nuestro ordenamiento interno de normas comunitarias, así como para completar el régimen de prevención y persecución del delito de tráfico de órganos humanos adaptándolo a las previsiones contenidas en el Convenio del Consejo de Europa sobre la lucha contra el tráfico de órganos humano que se abrió a la firma en Santiago de Compostela el 25 de marzo de 2015.

Asimismo, el texto legal indica que: *“Con la presente reforma del artículo 156 bis se completa el régimen de prevención y persecución del delito de tráfico de órganos humanos, que constituye una grave violación de los derechos fundamentales de las personas y atenta gravemente contra bienes jurídicos como la vida, la integridad física y*

⁶ 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. publicado en el BOE, núm. 152, de 23 de junio de 2010.

⁷ 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, publicado en el BOE, núm. 45, de 21 de febrero de 2019.

la dignidad humana, además de suponer una gran amenaza para la salud pública. Para ello, se adapta dicho régimen 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.

Cierto es que, gracias a unos robustos controles que imponen los principios de voluntariedad, altruismo, confidencialidad, ausencia de ánimo de lucro y gratuidad, nuestro país ha sido y continúa siendo un referente normativo en Europa e Iberoamérica desde que se promulgó la vigente ley sobre la materia, la Ley 30/1979, de 27 de octubre, sobre extracción y trasplante de órganos, que encuentra desarrollo en el Real Decreto 1723/2012, de 28 de diciembre, por el que se regulan las actividades de obtención, utilización clínica y coordinación territorial de los órganos humanos destinados al trasplante y se establecen requisitos de calidad y seguridad, mediante la que se transpuso 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.

Sin embargo, a fin de preservar este estado y ante la constatación de riesgos crecientes, tales como la proliferación de grupos de delincuencia organizada de carácter transnacional que hacen uso de la violencia, el engaño o las amenazas, o aprovechan situaciones de precariedad del supuesto donante para adquirir altos beneficios, ha de fortalecerse un sistema cuyas quiebras, a la postre, atentarían contra la confianza en el mismo de la población en su conjunto, base del éxito de esta regulación.

En armonización por tanto con las previsiones del convenio de referencia, se procede así a una más clara delimitación de las conductas típicas, se agravan las penas en supuestos de especial reproche y se explicitan los supuestos de actuación de organización o grupo criminal de forma análoga al tratamiento en estos supuestos del delito de trata de seres humanos, incluyendo, además, la agravante de reincidencia internacional.”

Es por ello que, este delito ha tenido una evolución significativa en el Ordenamiento Jurídico español, ya que en 2010 se prohibió y tipificó a través de la LO 5/2010; y posteriormente, con objeto de completar y prevenir la consecución de este delito, se modificó a través de la LO 1/2019.

IV. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

Nos encontramos ante un delito regulado en el art. 156 bis del CP, dentro del Título III de las lesiones, el cual sufrió una modificación por la LO 1/2019.

Siguiendo la doctrina de un sector minoritario con el que estamos de acuerdo, el bien jurídico protegido de este delito no es único, sino que, nos encontramos con un delito pluriofensivo que ataca, tanto a la integridad física y al sistema de salud, así como el principio de igualdad y la dignidad de las personas tal y como se desprende de la STS 710/2017, de 20 de octubre.

Asimismo, en relación con esta postura, se distinguen dos variantes doctrinales: una que afirma que se protegen tanto la salud pública como la individual⁸, y otra que considera que se tutela la salud individual junto con la dignidad^{9,10}

En cuanto al objeto material del delito, corresponde a los órganos humanos ajenos, definidos en el RD 1723/2012, como aquella parte diferenciada del cuerpo humano constituida por diversos tejidos que mantiene su estructura, vascularización y capacidad para desarrollar funciones fisiológicas con un grado importante de autonomía y suficiencia, como: riñones, corazón, pulmones, hígado páncreas, intestino y demás órganos con similar criterio.

⁸ Martín-Caro Sanchez, J.A., «De las lesiones. Artículo 156 bis», Sánchez Melgar, J. (Coord.), *Código Penal. Comentarios y jurisprudencia*. Tomo I, Sepin, Granada, 2010, p. 1099.

⁹ Juanes Peces, A., *Reforma del Código penal*, cit., p. 41; Herrera Moreno, M., «Delitos relativos al tráfico de órganos (artículo 156 bis Cp)», cit., p. 117; y Aguado López, S., «Lección V: Las lesiones», cit., p. 164.

¹⁰ MOYA GUILLEM, C. (2014). *Consideraciones sobre el delito de tráfico de órganos humanos*. El bien jurídico protegido.

Tratándose de un delito común, el sujeto activo podrá ser cualquier persona, a excepción del donante, que no podrá ser nunca sujeto activo, actuando de forma atípica.

Por su parte, el sujeto pasivo, al tratarse de un delito pluriofensivo, serán:

- La colectividad, como titular del bien jurídico protegido.
- El donante.

Este delito no prevé la comisión imprudente, requiriéndose, al menos, la comisión del delito a través del dolo eventual.

V. TIPO BÁSICO Y TIPO CUALIFICADO

El art. 156 bis del CP establece y regula el delito de tráfico de órganos. El tipo básico lo encontramos en el art. 156 bis. 1, exponiendo lo siguiente:

“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:

1º 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.

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.”

De la lectura de este precepto, podemos extraer que el legislador penal configura el delito de tráfico de órganos como un tipo mixto alternativo, reprochando penalmente tanto la conducta del sujeto que extrae los órganos humanos ajenos sin mediar consentimiento del donante vivo, o en su caso, autorización legal del donante fallecido, como la conducta de aquellos sujetos que preparan, preservan, almacenan, transportan, trasladan, reciben, importan o exportan dichos órganos.

Tanto es así que el legislador nos abre un abanico de circunstancias en las que los sujetos puedan estar cometiendo este tipo penal, donde se castigan a todos aquellos que intervienen en el proceso de este delito, que puede cometerse de forma autónoma en la modalidad del 156 bis.1b), que será objeto de análisis posteriormente, o bien puede cometerse en concurso con otros delitos tales como lesiones, homicidio o detención ilegal.

A nuestro juicio, si bien es cierto que el análisis del tráfico de órganos puede conllevar la consideración de la comisión de varios hechos delictivos para conseguir el fin último que es la extracción del órgano, en la práctica no es premisa necesaria que existan delitos previos, tales como la detención ilegal del sujeto, puesto que la mayoría de estos delitos se cometen captando a personas que consienten en que se les extraiga un órgano mediante precio a causa de su precariedad económica.

De igual manera, el art. 156 bis CP establece que, si el receptor del órgano consintiere la realización del trasplante, conocedor de su origen ilícito, será castigado con las mismas

penas previstas en el apartado 1, que podrán ser atenuadas en uno o dos grados atendiendo a las circunstancias del hecho.

Asimismo, en el art. 156 bis.4) CP, se regula el tipo cualificado, que se aplicará en caso de la concurrencia de una serie de circunstancias en las que se impondrán las penas superiores en grado a las previstas en el apartado 1, esto es, que:

- a) Se hubiera puesto en grave peligro la vida o la integridad física o psíquica de la víctima del delito.
- b) La víctima sea menor de edad o especialmente vulnerable por razón de su edad, discapacidad, enfermedad o situación.

A continuación, el art. 156 bis.5) CP, nos expone la punición de la conducta del facultativo que realice las actividades descritas previamente, solicitando o recibiendo una retribución, incurriendo en la pena señalada en ellos superior en grado, además de la inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión u oficio. Si concurrieren, además, las circunstancias previstas en el apartado 4, se impondrán las penas en su mitad superior.

Sin embargo, el apartado 6) del art. 156 bis CP, alude a las organizaciones criminales, puesto que, este delito, además de poder entrar en concurso con los delitos de detención ilegal, secuestro, y lesiones, puede entrar en concurso con delitos de pertenencia a organizaciones criminales. Igualmente, este tipo de delitos, pueden ir acompañados de sujetos que pertenecen a bandas criminales, perteneciendo así al crimen organizado.

Esto se debe a que es un delito complejo de cometer (si bien se puede cometer de forma autónoma, con arreglo al art. 156 bis.1b), ya que puede haber varios sujetos que se reparten las tareas ejecutivas entre sí.

Por ejemplo, es factible que cuando se cometa este delito, haya varios sujetos: unos encargados de detener ilegalmente o secuestrar a la víctima y otros sujetos encargados de extraer el órgano.

Además, este delito puede estar vinculado a los delitos de trata de personas, regulado en el art. 177 bis CP. Por este motivo, el art. 156 bis. 9) establece que, en todo caso, las penas

previstas en este artículo se impondrán sin perjuicio de las correspondientes por la comisión del delito del art. 177 bis.

Por último, según lo dispuesto en el 156 bis.8) CP, considera que la provocación, la conspiración, y la proposición para cometer los delitos previstos en este precepto se castigarán con la pena inferior en uno a dos grados. Es decir, el legislador opta en este tipo de delitos por castigar los actos preparatorios previos al inicio de la ejecución material del hecho delictivo.

VI. LEGISLACIÓN ADICIONAL

En cuanto a la legislación adicional, cabe mencionar la normativa administrativa existente en materia de obtención, extracción y trasplante de órganos, mencionada previamente en el epígrafe “trasplante de órganos legitimado”:

- Ley 30/1979, de 27 de octubre, sobre extracción y trasplante de órganos.
- RD 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.

Si nos adentramos en el ámbito internacional, encontramos legislación que hace referencia al delito de tráfico de órganos, cuyo objeto en esta materia se centra en armonizar los sistemas legislativos de cada Estado para poder conseguir una legislación equitativa y con los mismos propósitos, que son eliminar las conductas ilegales que perjudican en muchos ámbitos, tales como el crimen organizado, la corrupción de los facultativos en los centros médicos perjudicando los sistemas de salud, la integridad física y psíquica de los perjudicados, así como la vida de las víctimas, que en muchas ocasiones es arrebatada¹¹.

¹¹ En concreto, cuando el receptor del órgano extraído ilegalmente necesite un órgano vital, p.ej. el corazón, órgano sin el cual no puede seguir viviendo una persona.

A estos efectos, el artículo único de la LO 1/2019, establece la modificación del CP, incorporándose al mismo, entre otros, una nueva letra a bis) en el apartado 1 del artículo 127 bis, con la siguiente redacción: “a bis) *Delitos de tráfico de órganos*”. Asimismo, se modifica la redacción del art. 156 bis correspondiente al delito de tráfico de órganos.

Por otro lado, en el año 2008, el Consejo de Europa y las Naciones Unidas promovieron, con la colaboración de la ONT de España, un estudio conjunto sobre el tráfico de órganos, tejidos y células, y la trata de personas con fines de extracción de órganos, que culminó con el Convenio del Consejo de Europa sobre la lucha contra el tráfico de órganos.

Este estudio ponía de manifiesto la existencia en textos legales internacionales de una definición universalmente aceptada de la trata de personas, en las que se incluye del mismo modo la trata con fines de extracción de órganos. Dichos textos contienen disposiciones para combatir y prevenir este delito y proteger a las víctimas.

Posteriormente, se desarrolló la Directiva 2011/36/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de abril de 2011¹², relativa a la prevención y Lucha contra la Trata de Seres Humanos y Protección de las víctimas.

El estudio realizado, concluyó que el delito de tráfico de órganos no se abordaba adecuadamente en los instrumentos legales existentes a nivel internacional, resultando necesaria la elaboración de un Tratado sustentado en que dicho tráfico constituye una violación de derechos fundamentales, al vulnerar la dignidad humana y el derecho a la vida.

¹² Directiva 2011/36/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de abril de 2011, relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas y por la que se sustituye la Decisión marco 2002/629/JAI del Consejo.

En conclusión, el objeto de este instrumento internacional es proporcionar una definición internacionalmente aceptada del tráfico de órganos y especificar las medidas a desarrollar para combatir y prevenir este delito, así como para proteger a sus víctimas.¹³

VII. AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN: ESPECIAL REFERENCIA A LA CONTROVERTIDA PUNICION DEL RECEPTOR DE LOS ÓRGANOS

Antes de proceder a analizar la autoría y participación del delito de tráfico de órganos, consideramos necesario plasmar la diferencia entre las mismas y sus tipos.

El art. 27 del CP, declara responsables del delito a los autores y a los partícipes, esto es, el CP ofrece un concepto unitario de autor. Sin embargo, MUÑOZ CONDE considera que, a pesar de que el art. 28 adopte dicho criterio que abarca todas las formas de intervención en el delito, desde un punto de vista dogmático, debe distinguirse entre los que son autores propiamente dichos y los que se consideran autores pero no lo son propiamente.

De este texto podemos extraer que MUÑOZ CONDE no comparte el criterio adoptado por el legislador, el cual realiza un concepto unitario de autor, ya que expone que, *“en cualquier caso, más allá de la enunciación legal de cuáles sean las genuinas formas de autoría y las que sólo a efectos de pena se equiparan a estas, lo importante es determinar las características que definen su concepto y por qué hay que diferenciarlo de otras formas de intervención punible en la realización de un delito”*.

¹³ La Moncloa. 10/03/2020. Convenio del Consejo de Europa sobre la lucha contra el tráfico de órganos (Consejo de Ministros). Lamoncloa.gob

A nuestro juicio, compartimos la opinión de MUÑOZ CONDE, considerando la opción del legislador desacertada, ya que no es proporcional aplicar el mismo reproche penal al autor ejecutivo, que a un coautor o un cooperador necesario.

En consecuencia, definiendo al autor como aquel que tiene el dominio final del hecho, es decir, aquel que ostenta el poder de decidir el sí y el cómo de la realización del delito, podemos clasificar los tipos de autorías del siguiente modo:

El primer lugar, en la autoría directa individual o inmediata, el sujeto obra por sí mismo, no precisando intervención alguna para la realización del hecho delictivo, llevándolo a cabo directa y personalmente de forma inmediata.

En segundo lugar, en la autoría mediata, el sujeto no ejecuta de forma directa y personal el hecho, sino que se sirve de un instrumento humano, que no conoce la voluntad real del autor, para su realización. En este caso se castiga al autor real que tiene el dominio final del hecho, y no al instrumento que actúa de buena fe. Es decir, el instrumento constituye un mero trámite para el autor a la hora de realizar el hecho delictivo, ya que hay ausencia de acción y voluntad.

Por último, nos encontramos con la figura de la coautoría, que se asemeja a la conspiración, al consistir en la realización conjunta de un delito por varias personas que colaboran de forma consciente y voluntaria.

Esta categoría, a su vez, se divide en dos:

- a) Coautoría ejecutiva:
 - Directa: cuando todos los coautores realizan todos los hechos.
 - Parcial: cuando existe un reparto en las tareas ejecutivas.
- b) Coautoría no ejecutiva: cuando en el reparto de tareas, algunos sujetos que no están presentes en el momento de la ejecución, sí tienen el dominio final del hecho.

A tenor de lo expuesto en la coautoría, el dominio final del hecho lo ostentan varias personas, asumiendo por igual la responsabilidad en su realización, imputando el resultado final de forma individual a cada coautor con independencia de su aportación material.

Así pues, el sujeto ha de contribuir de algún modo en la realización del delito (no necesariamente con actos ejecutivos, siendo válidos también los no ejecutivos), de tal forma que dicha contribución pueda estimarse como un eslabón importante en el acontecer delictivo.

En efecto, consideramos que cada coautor responderá del hecho delictivo siempre que este permanezca en el ámbito de la decisión común acordada.

Por el contrario, cualquier tipo de exceso de uno de los coautores repercutirá individualmente en la imputación objetiva y subjetiva del resultado. De manera que, este sujeto responderá a título de dolo o, en su caso, a título de imprudencia sin que en modo alguno se extienda esta responsabilidad a los demás sujetos implicados, que no responderán del exceso.

Por lo que respecta a la participación, ésta se define como la cooperación dolosa de un delito ajeno en el que el partícipe contribuye, pero no posee el dominio final del hecho.

En relación con los principios rectores de la participación, podemos distinguir los siguientes:

- *Principio de unidad del título de imputación:* el delito por el que pueden ser enjuiciados los distintos intervinientes en su realización es el mismo para todos los sujetos.
- *Principio de accesoriadad de la participación:* la responsabilidad del partícipe viene subordinada al hecho cometido por el autor.
- *Principio de accesoriadad limitada:* para poder hablar de participación, un determinado sujeto ha de haber cometido un hecho típico y antijurídico atribuible a título de autor.

Dentro de los tipos de participación, en primer lugar, conviene mencionar la inducción, la cual debe ser eficaz, esto es, poseer la entidad suficiente para que el inducido decida cometer el delito y comience su ejecución.

El ofrecimiento o promesa de cualquier clase de recompensa, incluso de forma anónima, goza de la entidad suficiente para fundamentar una responsabilidad por inducción, en la que han de cumplirse unos principios que fundamentan este concepto, la proposición y la provocación, sin los cuales, no es posible castigar al inductor.

Dentro de la inducción podemos encontrarnos con la presencia de distintas especialidades que acarrearán diferentes problemas, que son: el agente provocador, el exceso del inducido y la inducción en cadena.

- El *agente provocador* se trata de un policía encubierto que, en la investigación de un hecho delictivo, induce al sujeto investigado a cometer un delito, procediendo a su detención en el momento de ejecución de la acción típica, resultando un acto nulo del que no deriva responsabilidad penal alguna para el sujeto inducido.
- El *exceso del inducido* es el caso de un sujeto que induce a otro a cometer un delito por el que responderá en calidad de inductor, sin que puedan atribuírsele otros delitos que haya podido cometer el inducido sin la intervención del aquel.
- Por último, en la *inducción en cadena*, un sujeto induce a otro para que éste, a su vez, induzca a un tercero a llevar a cabo un hecho delictivo, hasta alcanzar al autor directo del hecho principal.

En segundo lugar, la cooperación necesaria, que se califica como una modalidad de participación, en la cual, el cooperador necesario asumirá igual pena que el autor de los hechos constitutivos del delito, al tratarse de una aportación esencial para la comisión del delito, aun careciendo del dominio final del hecho.

Aun calificándose como forma de participación, por la entidad cuantitativa de la intervención del partícipe, el legislador la equipara a la autoría a efectos de pena.

Por último, el art. 29 CP regula la figura del cómplice, que coopera con actos anteriores o simultáneos que favorecen la ejecución del delito, siendo merecedor de una pena inferior en grado a la fijada por la Ley para el autor de los hechos.¹⁴

No obstante, el análisis general expuesto de la participación en el hecho delictivo, en nuestra opinión, no se predica para el delito de tráfico de órganos, ya que en este tipo de delitos es difícil encontrar supuestos de complicidad y de cooperación necesaria, puesto que la conducta tipificada contempla los verbos “*promover, facilitar, favorecer, publicitar o ejecutar*”, englobando las acciones que se pueden llevar a cabo, dejando así apartada la figura de la participación, porque cualquiera que realice dichas conductas, será reputado autor.

Por lo que se refiere al análisis de la punibilidad del receptor de los órganos procedentes del tráfico ilegal, en primer lugar, conviene esclarecer la denominación oficial que se otorga a los sujetos receptores de dichos órganos.

Según reza en la Directiva 2010/53/UE¹⁵, su art. 2. m) nos define a la figura del receptor como aquella persona a la que se trasplanta un órgano.

Asimismo, el RD 1723/2012 establece y regula las actividades de obtención, utilización clínica y coordinación territorial de los órganos humanos destinados al trasplante y se disponen los requisitos para llevar a cabo dicha actividad.

El apartado tercero del art. 156 bis CP mantiene la punición del receptor del trasplante en los mismos términos que antes de la reforma de LO 1/2019, sancionando al receptor del órgano con la misma pena del apartado primero, cuando éste consiente la realización del trasplante conociendo su origen ilícito.

¹⁴ Muñoz Conde, F. (s. f). *Derecho Penal, Parte General*. Tirant lo Blanch.

¹⁵ 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, publicado en el DOUE, núm. 207, de 6 de agosto de 2010.

El receptor del órgano constituye un eslabón principal y necesario en el tráfico de órganos, ya que es por quien se extrae el órgano, aunque hace falta evidenciar que, a pesar de ser un elemento principal, en nuestra opinión se trata de un sujeto fungible, pues puede ser sustituido sin que ello impida la ejecución del hecho.

Retomando la explicación acerca de la punición del receptor, es necesaria su tipificación, al tratarse del sujeto que desembolsa una cantidad económica y financia el comercio ilegal de órganos.

En definitiva, el receptor puede tener cabida como sujeto activo de los tipos del apartado primero del art. 156 bis CP, pudiendo incluirse del mismo modo en el apartado segundo del mencionado precepto, a los efectos de aquellos que interpreten el “*provecho propio o ajeno*” de forma no restrictiva.¹⁶

Continuando con el análisis del tipo penal, en concreto el apartado tercero del art. 156 bis CP, desde nuestro punto de vista el legislador castiga una nueva modalidad típica, cuyo objeto es el mero consentimiento del trasplante por parte del receptor, concedor del origen ilícito del órgano, sin necesidad de su participación activa en la obtención del mismo, o bien, en la captación del donante.

En este apartado radica la importancia del consentimiento, esto es, la clave de la punición de esta conducta, al entenderse que, mediando consentimiento, eres concedor absoluto del negocio del tráfico de órganos, que menoscaba la dignidad, integridad y la vida humana.¹⁷

¹⁶ Así GARCÍA ALBERO, 2019, p. 63, “(...) *se refiere a que bien puede ser quien ofrece la retribución para captar a un donante; quien paga directamente al donante antes de la extracción del órgano, etc. (...)*”.

¹⁷ *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. 2021, núm. 23-12, pp. 1-71 – ISSN 1695-0194

A nuestro entender, si existe voluntad de llevar a cabo el trasplante de un órgano obtenido por medios ilegales, media dolo en la acción, lo que supone que la conducta del receptor sea, en principio, punible.

A su vez, cabe destacar que puede ser posible que, el receptor, además de consentir, haya inducido al hecho como consecuencia de la situación personal de angustia y necesidad en la que se encuentra.

Partiendo de esa base, en la que el receptor se encuentra en una situación de necesidad y miedo, ¿cabría en el análisis jurídico del delito, una alegación al miedo insuperable o estado de necesidad?

Desde nuestro punto de vista, depende de las circunstancias de cada caso en concreto, pero consideramos que, el estado de necesidad no reúne todos los requisitos requeridos, ya que para poder alegar un estado de necesidad ha de probarse que, se ha realizado un hecho delictivo para evitar un mal mayor.

En este caso, no hay una situación sobrevenida en la que, para evitar un mal mayor (nuestra muerte), cometemos un mal menor (aceptar el órgano a sabiendas de que procede de tráfico ilegal), pues ambos bienes están equiparados y no estamos ante una situación sobrevenida, sino ante una situación buscada, donde además, apelamos al crimen organizado.

En el caso de la STS 710/2017, 27-10 (ROJ: STS 3792/2017), el Tribunal Supremo decide mantener la rebaja en un grado, atendiendo al grado de implicación en el hecho del culpable, que participaba en la entrega de cantidades de dinero y en la culpabilidad que deriva del aprovechamiento de la situación de necesidad del donante.

Es por ello que, realmente, la incriminación expresa del receptor busca enviar un mensaje claro de punibilidad a quien sea un partícipe necesario en este comercio ilegal, ya que al ser un elemento principal en la cadena del tráfico ilegal, sin ellos este fenómeno criminal sería imposible de producirse.

Asimismo, la tipificación expresa del apartado tercero que hace alusión a la mínima participación del receptor en el tráfico ilegal de órganos, al consentir el trasplante que sabe que tiene procedencia ilícita, en la que, se asigna la misma pena que a los traficantes pero, con una atenuación facultativa de la misma en uno o dos grados, atendiendo a las circunstancias del hecho y del culpable, hace una alusión clara, en mi opinión, a una negativa a la exención total de la responsabilidad penal, en casos en que el receptor tenga una situación personal de completa necesidad.

En consecuencia de ello, no cabrá, como he añadido a la nota al pie nº4, percibir un estado de necesidad o un miedo insuperable. Es por ello que, el Legislador prevé una punibilidad certera para el receptor del órgano, sin perjuicio de su atenuación facultativa por las circunstancias en que se encuentre. De esta manera, como he dicho previamente, se plantea evitar que existan posibles receptores de órganos, siendo esto una manera eficaz de erradicar este comercio ilegal.

Ahora bien, por lo que se refiere al estado de necesidad, esta conclusión choca con el problema de la dignidad personal art. 10 de la Constitución Española (en adelante, CE)¹⁸ y con la instrumentalización que supone comerciar con los órganos de un tercero para salvar la vida o mejorar la salud de otro, aprovechándose de la situación de vulnerabilidad en la que pueda encontrarse el donante vivo.

Además, como acertadamente ha advertido GÓMEZ RIVERO, la relación entre el mal causado y el que se pretende evitar requiere que el bien que se sacrifique para salvar a otro esté también en situación de peligro, y ello no solo cuando se trate de bienes de igual valor –vida frente a vida-, sino también cuando, siendo de distinto valor, sean bienes jurídicos eminentemente personales como ocurre con la vida y la salud. En consecuencia, no es posible apreciar una exención por estado de necesidad, ni completo ni incompleto, la lesión de la salud del donante de órganos no constituye un medio adecuado para salvar la vida o mejorar la salud del receptor. Por las mismas razones tampoco será posible apreciar un estado de necesidad para los familiares del receptor.

¹⁸ Constitución Española, publicado en el BOE, núm. 311, de 29 de diciembre de 1978, última actualización publicada el 27 de octubre de 2011.

Tanto la SAP Barcelona 8032/2016, 13-10 (ROJ: SAP B 8032/2016), que juzga el caso en primera instancia, como la del TS que desestima la casación, rechazan la apreciación de la exención incompleta por estado de necesidad de quien alega que sufría una situación de necesidad derivada de su estado de enfermedad y de la necesidad de trasplante.

Concretamente se manifiesta que *“es el propio ordenamiento jurídico y el sistema de salud pública el que plantea el remedio a la situación que da solución a la situación que el recurrente expone: la enfermedad y la necesidad de trasplante. Ese remedio es la alternativa dispuesta para subvenir a la situación que se describe, no siendo admisible una actuación por vía de hecho dirigida a procurarse un órgano a espaldas del ordenamiento y de los principios que lo informan”* (STS 710/2017, 27-10).

Particularmente la AP Barcelona manifiesta que *“la relación de adecuación entre el mal causado y el que se pretende evitar, en tanto límite con- sustancial a esa causa de justificación, requiere, entre otras exigencias, que el bien que se sacrifica a costa de otro se encuentre en situación de peligro. (...) Esta exigencia, que claramente se advierte cuando los bienes en conflicto son de igual valor, resulta también trasladable a los casos en que, pese a tener distinto rango, tienen la cualidad de esenciales, como es el caso de la vida o la salud. Porque también en ellos a los ojos del Derecho resulta inadecuada, por excesiva, la pretensión de salvar uno de esos bienes provocando la pérdida de otro, pretensión que resultaría contraria a la dignidad de la persona”*.

Por otro lado, y dejando aparte la causa de exclusión del estado de necesidad, procedo a analizar el miedo insuperable¹⁹.

¹⁹ De esta opinión también parecen ser CARBONELL MATEU/GONZÁLEZ CUSSAC, 2010, p. 160, pues indica que la situación de excepcionalidad del receptor ya ha sido contemplada por el Legislador con la atenuación facultativa; en el mismo sentido, DIAZ-MAROTO VILLAREJO, 2011 p. 285; GARCÍA ALBERO, 2010a, p. 191, al manifestar que la cláusula atenuatoria da cabida a determinadas situaciones límite; MUÑOZ CONDE, 2013, p. 124, al reconocer que la atenuación facultativa acoge las situaciones de desesperación del receptor que no va a abstenerse de pagar lo que se le pida si con ello mejora su salud o salva su vida. Lo admite, en cambio, GOMEZ RIVERO, 2013, p. 21, tanto para el receptor como para sus familiares.

A la luz del criterio adoptado por MUÑOZ CONDE, esta figura responde a la idea de no exigibilidad, según el cual el sujeto está exento de responsabilidad. Sin embargo, el miedo al que se alude es aquel que, aun afectando psíquicamente al que lo sufre, le deja una opción o una posibilidad de actuación.

El miedo insuperable es considerado por algún autor como una causa de justificación, pero el componente subjetivo (miedo) de esta eximente hace preferible tratarla en el ámbito de la culpabilidad.

A tal efecto, VARONA GÓMEZ, considera que basta “la razonabilidad de la creencia de la persona en la presencia de un mal amenazante”. En esta eximente, lo importante es la intensidad con la que se siente el miedo, y no, como en el estado de necesidad, un juicio valorativo objetivo sobre los motivos del conflicto.²⁰

Al igual que se cierra la posibilidad de exención total por estado de necesidad, también la cierra al miedo insuperable. Ahora bien ¿qué ocurre con los familiares del enfermo? Esto resulta problemático, ya que el Legislador no los menciona, por lo que expresamente no están abarcados por la atenuación.

En consecuencia, al no haber sido apreciados en el texto legal, podrían incurrir en miedo insuperable, pero, no resultaría lógico ni coherente negar esta causa de justificación al receptor del órgano, y si reconocérsela a quien le afecta de forma indirecta, quebrando por tanto el principio de igualdad. Es por ello que, una opción viable para abarcar a los familiares a la atenuación y no a la exención es aplicar la atenuante del art. 21.7 CP.

En este sentido, GARCÍA ALBERO reclama la posibilidad de atenuación de la responsabilidad para ascendientes, descendientes, hermanos, cónyuges o personas vinculadas de forma estable por análoga relación de afectividad.²¹

²⁰ MUÑOZ CONDE, F. (2015). Tirant lo Blanch. *Derecho Penal, Parte General*. El miedo insuperable. Págs. 418-420.

²¹ *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. 2021, núm. 23-12, pp. 1-71 – ISSN 1695-0194 (AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN).

Otra cuestión a tener en cuenta, apelando al principio de proporcionalidad es la siguiente: ¿Es equitativo imponer la misma pena al receptor del órgano (sin perjuicio de los atenuantes, en su caso), cuya salud se encuentra en tela de juicio, y por tanto se encuentra en una situación de vulnerabilidad especial, que al traficante en sí? Y es que si bien es cierto que al ser un elemento principal y esencial dentro del mercado ilícito, su figura hace que este negocio nunca termine, quizá pueda apreciarse excesiva su igual pena, ya que la comisión del hecho delictivo viene motivado por una situación excepcional, pudiendo abrirse la posibilidad de aplicar una exención por inexigibilidad de conducta adecuada a Derecho. Por otro lado, el tipo se consume con la mera aceptación del trasplante, sin necesidad de haberse ejecutado el mismo, ni tampoco extraído ya el órgano.

Otro aspecto esencial por analizar dentro de este delito, cuanto menos complejo, es el error de prohibición. Esta figura jurídica trata de aquel error por el cual el sujeto desconoce la prohibición y actúa creyendo que el comportamiento que está llevando a cabo es conforme a Derecho.

Esta figura dentro de este delito crea una controvertida situación, ya que si bien es muy evidente que el hecho de que te detengan ilegalmente y te extraigan un órgano sin tu consentimiento es ilegal, no ocurre lo mismo con las personas que compran un órgano procedente de una persona que voluntariamente decide vender su órgano (la conducta del vendedor de órganos propios no se encuentra tipificada en el CP, ya que el delito de tráfico de órganos que nos ofrece el legislador exige ajenidad). Aquí es donde entra en juego el error de prohibición (recordemos, vencible o invencible).

Ahora bien, ¿este error de prohibición es vencible o invencible? En mi opinión, este error debe ser vencible, ya que el hecho de comprar un órgano tiene entidad suficiente como para informarse antes de llevarlo a cabo. Informarse conlleva darse cuenta que esta conducta no está amparada por el ordenamiento jurídico, siendo ésta ilegal. Es por ello que, si bien es cierto que puede dar lugar a confusión, no considero que el desconocimiento pueda eximir de responsabilidad penal, ya que el error es muy fácil de vencer.

Por último, nos parece importante a destacar la posible punibilidad del vendedor, ya que lo tipificado es la comercialización de órganos ajenos, pero ¿qué ocurre con la comercialización de órganos propios?

En este caso, la conducta en la que incurre el propietario vendedor es sancionable, ya que está prohibido dicho comercio. Sin embargo, no será sancionable desde el punto de vista jurídico penal, pues el CP únicamente contempla la pena en la modalidad de órganos ajenos, por lo que cuando el titular de un órgano decida voluntariamente enajenarlo a cambio de un precio convenido *inter partes*, la norma penal no sancionará la conducta citada, pues se trata de una autolesión o autopuesta en peligro inhábil para desprender de ello efectos jurídico-penales.²²

VIII. TRATA DE SERES HUMANOS CON FINES DE EXTRACCIÓN DE ÓRGANOS

i. Antecedentes

Si bien es cierto que el delito de tráfico de órganos es en sí mismo un problema grave y complejo, a ello hay que añadir que en muchas ocasiones este injusto va ligado de otros, como la trata de personas con fin de extracción de órganos, por lo que su gravedad aumenta y su complejidad concursal también. Es por ello que, es de suma importancia tener en cuenta este tipo de fenómenos con el fin de poder analizarlos de una forma más realista y de esta manera, poder poner fin al problema mejor.

La práctica de trasplante de órganos ha aumentado en los últimos 25 años, así como los incidentes de extracción de órganos de una persona objeto de secuestro, detención ilegal, homicidio, o asesinato, entre otros.

²² GONZÁLEZ BARNADAS, O. (2017). *El delito de tráfico de órganos humanos en el ordenamiento jurídico español*. Autoría y participación. Pág. 52.

El Informe Global de la UNOCD de la trata de personas 2014 afirma que, se ha detectado tráfico de personas para extracción de órganos en 16 países en todas las regiones del mundo.

Asimismo, para poder hablar de este fenómeno delictivo, hay que conocer cómo se define y delimita el mismo, para poder estudiarlo de la manera más precisa. Es así que, el tráfico con fines de extracción de órganos se define en el Protocolo de Palermo de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional de la siguiente manera:

“Por trata de personas se entenderá la captación, el transporte, traslado, acogida o la recepción de personas, recurriendo a la amenaza o al uso de la fuerza u otras formas de coacción, rapto, fraude, engaño, abuso de poder, o de situación de vulnerabilidad o a la concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra, con fines de explotación. La explotación incluirá, como mínimo la explotación de la prostitución de otros u otras formas de explotación sexual, los trabajos de servicios forzados esclavitud o similares, la servidumbre o la extracción de órganos.”

Un factor clave en la consecución de este delito es la situación de extrema pobreza y necesidad en que se encuentran las víctimas. Tanto es así que, como hemos visto en numerosas ocasiones en las noticias, las mafias y organizaciones delictivas engañan a las víctimas. Asimismo, las organizaciones delictivas también extorsionan, de manera que, las víctimas finalmente se ven obligados a prestarse a extraer los órganos.

ii. Causas

Las causas que están detrás de este fenómeno son diversas. La principal es la gran disparidad existente entre la necesidad de órganos y el suministro de órganos viables disponibles para el trasplante. Hay una demanda persistente y creciente de órganos en todo el mundo, y no siempre se pueden cubrir los trasplantes por inexistencia de órganos.

Asimismo, la necesidad de aquellas personas que necesitan un trasplante de órganos crea una oportunidad lucrativa explotada por las peligrosas redes de tráfico.

Cabe destacar también la disparidad entre la situación económica de la persona víctima de la trata, y la persona solicitante del órgano, por lo que proporcionan los fondos necesarios para financiar las actividades de los traficantes de personas.

iii. Prevención

Como a todos los fenómenos delictivos, existen medios para poder erradicar este delito. La coalición para Soluciones de Pérdida de Órganos (COFS), es una organización no gubernamental internacional de salud y derechos humanos “con la misión de combatir el tráfico de personas para un órgano y acabar con la dependencia de los pobres como fuente de suministro de órganos. COFS combina prevención, defensa de políticas y apoyo a los sobrevivientes para combatir el tráfico de órganos.

Actualmente, la organización está desarrollando una herramienta en línea de reporte de informes para recopilar, estandarizar y ayudar con el análisis de los informes de casos y examinar los vínculos y patrones en torno a las actividades de la trata de personas para la extracción de órganos.²³

Además, debido a la íntima relación que une al delito de tráfico de órganos y a la trata de personas con fines de extracción de órganos, ambos tipificados en el CP, (encontrando en el art. 156 bis el delito de tráfico de órganos y en el art. 177 bis el delito de trata de seres humanos con fines de extracción de órganos), ello puede dar lugar a un concurso de delitos, ya que, en muchas ocasiones pueden concurrir.

²³ Trata de personas con fin de extracción de órganos. *Sistersagainsttrafficking.org*

En estos casos, será de aplicación lo dispuesto en el art. 77 del CP, el cual expone que “lo dispuesto en los dos artículos anteriores no es aplicable en el caso de que un solo hecho constituya dos o más delitos (concurso ideal), o cuando uno de ellos sea medio necesario para cometer el otro (concurso medial).”

Igualmente, si se llegase a producir la extracción efectiva del órgano, también será de aplicación esta regla del concurso ideal de delitos a la que remite expresamente el noveno apartado del propio art. 177 bis.1.c CP, que dispone que *“en todo caso, las penas previstas en este artículo se impondrán sin perjuicio de las que correspondan, en su caso, por el delito del artículo 318 bis de este Código y demás delitos efectivamente cometidos, incluidos los constitutivos de la correspondiente explotación.”*

IX. IMPLICACIÓN DEL CRIMEN ORGANIZADO EN EL NEGOCIO INTERNACIONAL DE ÓRGANOS

El mercado negro de órganos está marcado por un fuerte lazo de unión a las redes del crimen organizado. Esto es así debido a la necesidad de organización y reparto de tareas ejecutivas que hacen este delito posible. Es por ello que, es de vital importancia afrontar este fenómeno analizándolo desde un punto de vista de crimen organizado, sin que se puedan estudiar los casos como aislados.

Las redes de crimen organizado son tan poderosas que han incluso traspasado las fronteras nacionales, convirtiéndose en redes internacionales con contactos en todo el mundo. Por consiguiente, es fundamental e indispensable que las fuerzas y cuerpos de seguridad nacionales estén en contacto con otros países, para así poder detener y combatir este fenómeno con más éxito.

Tanto es así que, el 25 de marzo de 2015, se firmó el Convenio contra el Tráfico de Órganos Humanos del Consejo de Europa²⁴.

Se trata de un marco que compromete a los Estados firmantes a incorporar delitos específicos sobre esta actividad al tiempo que se busca la protección de las víctimas de este delito.

Cada año, según la OMS, el mercado negro de órganos mueve 100.000 trasplantes, calculando que, al menos, se generan 550 millones de euros anuales, sin descartar sumas mayores.

X. TURISMO DE TRASPLANTE

Este epígrafe está íntimamente relacionado con el anterior “implicación del crimen organizado en el negocio internacional de órganos”, ya que el mismo es la premisa necesaria para que se produzca el llamado “turismo de trasplante”. Pero ¿de qué se trata este fenómeno? Se trata de un concepto que engloba más bien diferentes conductas próximas. Una persona que busca un órgano viaja donde pueda hallar un donante clandestino. De esta manera, se generan redes internacionales que se ocupan de contactar con aquellas personas que buscan un órgano y proporcionárselo de manera clandestina desde otro país (véase Pakistán, India o Filipinas, países que surten a ciudadanos principalmente de Europa del este y Oriente Próximo, en busca de órganos).

Este fenómeno del turismo de trasplante suele involucrar a pacientes con un nivel económico alto, que viajan a países en vías de desarrollo donde personas en necesidad, muy vulnerables, están dispuestas a vender sus órganos.

²⁴ Instrumento de Ratificación del Convenio del Consejo de Europa sobre la lucha contra el tráfico de órganos humanos, hecho en Santiago de Compostela el 25 de marzo de 2015, publicado en el BOE, núm. 41, de 17 de febrero de 2021.

XI. DERECHO COMPARADO

El delito de tráfico de órganos es una figura delictiva que siempre ha estado presente, sin embargo, en los últimos años ha adquirido una mayor relevancia debido como resultado de las crisis económicas derivadas de la situación de inestabilidad política, circunstancia que hace que la necesidad y la precariedad aumenten, dando lugar a la venta voluntaria de los órganos para subsistir.

Este es el caso de Siria, donde millones de civiles sufren cada día esta lacra, motivados por la desesperación de no encontrar sustento para poder vivir. Muchos de ellos se hallan en campos de refugiados, y son explotados²⁵ para sacar beneficio de esa venta de órganos.

Pero en España también ocurre, y en 2014 hubo cinco detenidos en el primer caso detectado de venta de órganos. Un rico político libanés ofreció 40.000 euros a inmigrantes irregulares por una parte de su hígado a una ONG de Valencia que denunció esta operación frustrada.

La primera sentencia en condenar este delito fue la STS de 27 de octubre de 2017. La Sala de lo Penal confirmó las penas por los delitos de tráfico ilegal de órganos principales humanos, coacciones, usurpación del estado civil a los tres miembros de una familia y a un tercero que ofrecieron 6000 euros a un ciudadano marroquí, en una situación irregular en España por el trasplante de sus riñones a uno de los condenados, que se encontraba enfermo.

²⁵ “Yo exploto a la gente”, dijo Abu Jaafar, antiguo guardia de seguridad en un bar, hasta que conoció a una banda que traficaba con órganos. Hoy en día se dedica a encontrar gente desesperada dispuesta a vender una parte de su cuerpo. Estos clientes son los refugiados sirios. Su base de operaciones es un pequeño café en un edificio dilapidado cubierto con lonas de plástico en un suburbio del sur de Beirut. Es ahí donde Jafaar negoció la venta de órganos de cerca de 30 refugiados en los últimos tres años, los cuales son exportados a otros países. – BBC NEWS

Otro país relevante a analizar en relación con este delito es la República Popular de China, ya que el gobierno nacional lleva a cabo desde la década de 1960 uno de los programas más amplios de trasplantes del mundo. No obstante, se ha probado que no cumple con los requisitos de la OMS de transparencia y trazabilidad sobre el origen y la obtención de los órganos, considerándola como el país con mayor volumen de tráfico de órganos.

Sin embargo, en Irán está legalizada la compraventa de órganos desde 1996. Se trata de una acción que sólo contemplan personas con graves problemas económicos, y que, según refleja un artículo publicado en el periódico británico *The Guardian*, se desarrolla de la siguiente manera: los vendedores de órganos dejan sus datos en anuncios que exponen en la vía pública. En su gran mayoría los trasplantes se hacen en los centros médicos de la capital Teherán. El vendedor suele recibir entre 4.000 y 7.000 dólares.

Por otro lado, también han aumentado las organizaciones criminales que se dedican a comercializar ilegalmente con los órganos. De hecho, la INTERPOL publica un informe donde alerta y estudia la trata de personas para la extracción de sus órganos, actividad ilícita debida en gran medida a la escasez mundial de órganos para efectuar trasplantes éticos y legales. En el informe se anima a los organismos encargados de la aplicación de la ley a establecer prioridades, para poder identificar a posibles víctimas, investigar casos de trata de personas motivados por el comercio de órganos, y luchar contra las redes delictivas que posibilitan esta actividad.²⁶

²⁶ INTERPOL. (s. f.). INTERPOL destaca en un informe la actividad de trata de personas para la extracción de órganos en África septentrional y occidental. INTERPOL. Recuperado 30 de septiembre de 2021, de <https://www.interpol.int/es/Noticias-y-acontecimientos/Noticias/2021/INTERPOL-destaca-en-un-informe-la-actividad-de-trata-de-personas-para-la-extraccion-de-organos-en-Africa-septentrional-y-occidental>

XII. ASPECTOS PROCESALES: LA PRUEBA

El enjuiciamiento de los delitos de tráfico de órganos debe considerar la complejidad de este delito para decidir cuándo y cómo tomar declaración de la víctima, testigo esencial de los hechos. Será el órgano instructor el que tomará declaración a las víctimas identificadas formalmente de las investigaciones policiales llevadas a cabo.

Pero la prueba testifical no es la única prueba posible en este delito. Se puede acordar la decisión judicial de tomar declaración como prueba preconstituida. Tanto es así que debemos recordar la reiterada y consolidada doctrina del TS sobre este delito que insiste en el hecho de que esta declaración se practique con carácter de prueba preconstituida al amparo de los arts. 448 y 777 Ley de Enjuiciamiento Criminal.

La STS 53/2014, de 4 de febrero, expone que “constituye una norma de experiencia que en los delitos de trata de seres humanos la presión sobre los testigos-víctima sometidos a la trata u explotación, es muy intensa, por lo que el recurso a la prueba preconstituida debe ser habitual ante la muy probable incidencia de su desaparición, huida al extranjero e incomparecencia al juicio oral, motivada ordinariamente por el temor a las eventuales consecuencias de una declaración contra sus victimarios”.

El momento de practicar la prueba preconstituida conlleva evitar fórmulas que impliquen precipitar el tiempo de una declaración que, como se ha visto, tiene componentes específicos que tienen que ser observados por el órgano instructor responsable de tomar declaración como garante procesal de la investigación y de la protección de las víctimas.

Por otro lado, hay que partir de la base de que la prueba preconstituida es una parte del juicio oral, y por lo tanto, se tiene que practicar con las mismas garantías que el resto de pruebas que se practiquen en el juicio oral.

Otro aspecto esencial a la hora de llevar a cabo el proceso es la averiguación patrimonial de las personas investigadas.

Este delito es la tercera actividad criminal más rentable del mundo, por ello, es imprescindible a efectos procesales que desde el inicio de la investigación se acuerden medidas para acreditar el beneficio ilícito obtenido por los traficantes, para poder garantizar responsabilidades civiles y las consecuencias accesorias que se deriven del delito, así como la ejecución de posibles sanciones pecuniarias.

Es por ello que, es preciso determinar la estructura económica y financiera de los autores del delito, con diligencias de averiguación patrimonial y la adopción de las medidas cautelares precisas.

Otra prueba esencial en este proceso es la prueba pericial psiquiátrica/psicológica forense de las víctimas, cuyo objeto es elaborar una valoración integral, física y psíquica de la víctima.²⁷

²⁷ Carme Guil Roman; Josep Antoni Rodríguez Sáez; Carolina Villacampa Estiarte; Rosa Cendón Leris; Sandra Camacho Padilla; Lidia Serratusell Salvadó; Rosa Aragonés De la Cruz; M. Pilar Izaguerri Gracia; Sara Gómez Expósito; Alexandre Xifró Collsamata, & Observatorio Catalán De La Justicia En Violencia Machista. (2021). *Guía de buenas prácticas en la instrucción y en el enjuiciamiento de los delitos de tráfico de seres humanos*.

XIII. CONCLUSIONES

El presente estudio ha tratado de realizar un análisis y una aproximación al art. 156 bis del Código Penal, en el cual está tipificado el tráfico de órganos.

Asimismo, se ha tratado de estudiar las distintas figuras que se encuentran alrededor de este tipo, tales como la trata de seres humanos con fines de extracción de órganos, delito tipificado en el art. 177 bis.1.c, así como la implicación del crimen organizado.

Otro aspecto importante a reseñar es lo que ocurre cuando nos encontramos ante la concurrencia de los delitos de tráfico de órganos y trata de seres humanos con fines de extracción de órganos (pues se encuentran íntimamente ligados), resolviéndose atendiendo a lo dispuesto en el art. 77 del CP, mediante un concurso ideal, o en su caso, medial.

Igualmente, y para concluir, consideramos importante destacar que el legislador ha regulado satisfactoriamente el bien jurídico protegido (el cual consideramos pluriofensivo), sin embargo, encontramos contradicciones en la redacción del mismo, pues la conducta del vendedor del órgano propio se encuentra eximido de responsabilidad penal, al estar únicamente tipificado la comercialización de órganos ajenos.

Dicha fórmula del legislador se entiende atendiendo a la situación de necesidad por precariedad económica del vendedor. No obstante, puede suceder que un sujeto decida vender uno de sus órganos simplemente para obtener más dinero y satisfacer un mero lujo. De hecho, hay alguna opinión en EE.UU que considera esta posibilidad como una manifestación del derecho a disponer del propio cuerpo. Dicha afirmación, si bien no creemos que sea correcta, pues atentaría contra la dignidad del ser humano, justificaría la tipificación de la conducta del vendedor.

JURISPRUDENCIA

STS 710/2017, 27-10 (ROJ: STS 3792/2017).

SAP Barcelona 8032/2016, 13-10 (ROJ: SAP B 8032/2016).

STS 53/2014, de 4 de febrero (ROJ: STS 53/2014)

BIBLIOGRAFÍA

CARRASCO ANDRINO, M.M. “*A vueltas con la nueva tipificación del tráfico de órganos: bien jurídico, sujetos y conductas punibles*”. Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, núm. 23-12, pp. 1-71 – ISSN 1695-0194, 2021. Disponible en: https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/115711/1/Carrasco-Andrino_2021_RECPC.pdf

Cinfa Salud Equipo Médico. Trasplantes. CinfaSalud, 30 de marzo de 2016. Disponible en: <https://cinfasalud.cinfa.com/p/trasplantes/>

Convenio del Consejo de Europa sobre la lucha contra el tráfico de órganos (Consejo de Ministros). La Moncloa, 10 de marzo de 2020. Disponible en: <https://www.lamoncloa.gob.es/consejodeministros/Paginas/enlaces/100320-enlace-organos.aspx>

CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA, publicado en el BOE, núm. 311, de 29 de diciembre de 1978, última actualización publicada el 27 de octubre de 2011.

GONZÁLEZ BARNADAS, O. (2017). *El delito de tráfico de órganos humanos en el ordenamiento jurídico español*. Autoría y participación. Pág. 52.

MARTÍN-CARO SANCHEZ, J.A., «De las lesiones. Artículo 156 bis», Sánchez Melgar, J. (Coord.), *Código Penal. Comentarios y jurisprudencia*. Tomo I, Sepin, Granada, 2010, p. 1099.

MOYA GUILLEM, C. (2014). *Consideraciones sobre el delito de tráfico de órganos humanos*. El bien jurídico protegido.

MUÑOZ CONDE, F. “*Derecho Penal, Parte General*”. Ed. Tirant lo Blanch.

MUÑOZ CONDE, F. (2015). Tirant lo Blanch. *Derecho Penal, Parte General*. El miedo insuperable. Págs. 418-420.

JUANES PECES, A., *Reforma del Código penal*, cit., p. 41; Herrera Moreno, M., «Delitos relativos al tráfico de órganos (artículo 156 bis Cp)», cit., p. 117; y Aguado López, S., «Lección V: Las lesiones», cit., p. 164.

REJÓN, R. “*El tráfico internacional de órganos humanos es una realidad palpable, no se trata de rumores*”. El Diario.es, 24 de marzo de 2015. Disponible en: https://www.eldiario.es/sociedad/trafico-organos-negocio-organizado-internacional_128_4309538.html

U.S. CATHOLIC SISTERS AGAINST HUMAN TRAFFICKING. “*Trata de personas con fin de extracción de órganos*”. Sistersagainsttrafficking.org, 2019. Disponible en: https://www.ipjc.org/wp-content/uploads/2019/01/USCSAHT-HT-and-Organ-Harvesting-module_spanish.pdf