

## A vueltas con la nueva tipificación del tráfico de órganos: bien jurídico, sujetos y conductas punibles\*

María del Mar Carrasco Andrino

*Universidad de Alicante*

---

CARRASCO ANDRINO, MARÍA DEL MAR. A vueltas con la nueva tipificación del tráfico de órganos: bien jurídico, sujetos y conductas punibles. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. 2021, núm. 23-12, pp. 1-71.  
<http://criminet.ugr.es/recpc/23/recpc23-12.pdf>

RESUMEN: La LO 1/2019 ha modificado el delito de tráfico de órganos, reformulando las conductas típicas e introduciendo otras nuevas, que hacen más compleja la determinación del bien jurídico protegido con la inclusión de los órganos de fallecidos y la referencia típica a las víctimas en los tipos agravados. Este trabajo se dedica a ésta y otras cuestiones interpretativas, en el que se concluye no solo que el donante no puede ser sujeto activo del delito, sino que además la tutela penal se ha decantado de su lado.

PALABRAS CLAVE: tráfico de órganos, comercio de trasplantes, legalización del comercio de órganos, víctima del tráfico de órganos, receptor del tráfico de órganos, corrupción del profesional sanitario.

TITLE: **Regarding the new crime of organ trafficking: interest protected, subjects and criminal behaviours**

ABSTRACT: This work tackles several questions arising from the LO 1/2019 regarding the crime of organ trafficking. The Law has introduced new behaviors and it has modified the former crimes. As a result of these amendments the determination of the legal interest protected is even more complex. On the one hand, because the amendment has included the concept “organs of the deceased donors”. On the other hand, because the draft has added a reference to the victims in the previous aggravated behavior. One of the main conclusions to be drawn from the analysis of the amendments is that the donor cannot be considered criminal perpetrator anymore but also that the criminal protection has opted for his side.

KEYWORDS: organ trafficking, transplant trade, legalizing organs markets, victim of organs trafficking, organ trafficking recipient, corruption of the healthcare professional.

Fecha de recepción: 15 enero 2021

Fecha de publicación en RECPC: 11 junio 2021

Contacto: [mar.carrasco@ua.es](mailto:mar.carrasco@ua.es)

---

*SUMARIO: I. La realidad del tráfico de órganos: formas y características. II. Comerciar con órganos humanos: ¿una actividad legal? III. El problema del bien jurídico protegido en el delito de tráfico de órganos. IV. Los órganos humanos ajenos como objeto del tráfico. V. Los tipos del apartado 1º del art. 156 bis CP. 1. Conducta típica: 1.1. El concepto penal de tráfico de órganos y el sujeto activo. 1.2. La extracción u obtención ilícita. 1.3. La preparación, preservación, almacenamiento, transporte, traslado, recepción, importación o exportación de órganos ilícitamente extraídos. 1.4. El uso de órganos ilícitamente extraídos con la finalidad de su trasplante o para otros fines. 2. Tipo subjetivo. 3. Iter criminis. 4. Autoría y participación. VI. La proposición o captación de donante o receptor de órganos. VII. El ofrecimiento o entrega de dádiva o retribución a personal facultativo, funcionario o particular. VIII. La solicitud o recepción de la dádiva o retribución o aceptación de su ofrecimiento o promesa por profesional sanitario. IX. Los tipos agravados. 1. Agravaciones que tienen que ver con la víctima del delito. 1.1. La puesta en grave peligro de la vida o integridad física o psíquica de la víctima del delito. 1.2. La menor edad o especial vulnerabilidad de la víctima por razón de su edad, discapacidad, enfermedad o situación. 2. Agravaciones que tienen que ver con el sujeto activo. 2.1. La condición de facultativo, funcionario público o particular que ejerce profesión o cargo en centros público o privados del ámbito sanitario. 2.2. La pertenencia a organización o grupo criminal dedicado a tales actividades. X. La punición del receptor del trasplante: el consentimiento del trasplante ilegal. XI. La responsabilidad penal de las personas jurídicas. XII. La regla concursal. XIII. Otras consecuencias penales y aplicación del tráfico de órganos en el espacio. XIV. Conclusiones valorativas. Bibliografía.*

---

\* Trabajo realizado en el seno del Proyecto de Investigación PID2019-107974RB-I00 “Derecho penal y distribución de la riqueza en la sociedad tecnológica”.

## **I. La realidad del tráfico de órganos: formas y características**

El perfeccionamiento de la terapia de trasplantes, la única posible frente a determinadas enfermedades mortales, ha permitido la generalización y expansión a nivel mundial de este tratamiento, tanto en países desarrollados como en vías de desarrollo, generándose una demanda creciente de órganos humanos destinados a trasplante, que no puede cubrirse con la oferta proveniente de las donaciones altruistas, ya sean de cadáver o de donante vivo. Esta escasez de órganos se presenta como una oportunidad de negocio para las organizaciones criminales, que aprovechan las asimetrías legales y socioeconómicas existentes entre distintas partes del planeta. 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<sup>1</sup>. La extrema pobreza de algunos sectores de la población en los países menos desarrollados, unida a la referida escasez de órganos humanos para trasplante han abonado la existencia de un comercio ilícito de órganos humanos, fundamentalmente a través de las “donaciones” entre personas vivas, pero también gracias a la venta de órganos y tejidos de cadáveres. En particular se han identificado tres asimetrías que explican este floreciente mercado negro<sup>2</sup>: la primera

<sup>1</sup> Vid. MAY, 2017, p. 29. Las cifras son un estimativo, a partir de los estudios realizados en 2014, que sugieren que en torno al 10% de los trasplantes realizados en el mundo son de carácter ilegal. El informe recoge los precios de los cinco órganos más frecuentemente trasplantados: riñón, hígado, corazón, pulmón, páncreas; lo que paga el receptor, lo que cobra el “donante” y sus intermediarios.

<sup>2</sup> Vid. DE JONG, 2017, pp. 73 y 74.

tiene que ver con la ausencia de medios legales o de otra índole para prohibir y perseguir estos hechos; la segunda se refiere al dato de que en determinados lugares, que llegan incluso a conocerse como “las aldeas de los riñones” (*Kidney towns/villages*) o “de los medio hombres” (*half men villages*), el vender un riñón se ha convertido en algo prácticamente rutinario o relativamente cotidiano; la tercera incide en la corrupción de las autoridades, lo que posibilita maximizar los beneficios económicos que se generan. En un informe presentado a la OMS en 2007 se estimaba que, de los trasplantes de riñón realizados en aquel entonces, entre el 5% y el 10% procedían de este comercio infame<sup>3</sup>.

El tráfico de órganos humanos para trasplante se presenta, así, como una escalofriante realidad que tiene dimensiones transnacionales, y que se manifiesta, como veremos seguidamente a través del análisis de casos, bajo diferentes formas, que van desde la trata de seres humanos, la venta de órganos de fallecidos, la venta de riñones por personas con pocos recursos, la compra de órganos por los enfermos necesitados de trasplante en el mercado negro hasta la publicidad de la venta de órganos en internet<sup>4</sup>. En el ámbito europeo se vincula principalmente al denominado turismo de trasplante<sup>5</sup>. La expresión turismo de trasplante fue utilizada en la resolución sobre el trasplante de órganos y tejidos humanos adoptada en la Asamblea de la OMS en 2004 (WHA 57.18) para referirse a los trasplantes realizados en el extranjero, en los que el receptor obtiene el órgano, bien a través de tráfico o bien por otros medios que infringen la normativa del país de origen. El turismo de trasplante viene asociado, por tanto, a la comercialización de trasplantes, e implica la existencia de intermediarios que organizan el viaje del receptor y reclutan a los donantes. Estos, a su vez, son reclutados entre la población marginal, más pobre, para quienes vender el órgano representa la única salida a la indigencia<sup>6</sup>. Este es esencialmente también el concepto acogido en la Declaración de Estambul, aprobada en 2008 y revisada en 2018 por la Sociedad de Trasplantes y la Sociedad Internacional de Nefrología<sup>7</sup>. El fenómeno

<sup>3</sup> SHIMAZONO, 2007, p. 959. Los datos aportados revelan que, al menos, 100 nacionales de países como Arabia Saudí (700 en 2005), Taiwán (450 en 2005), Malasia (131 en 2004) y Corea del Sur (124 en los primeros ocho meses de 2004) fueron al extranjero para un trasplante comercial de riñón; y que al menos 20 nacionales de otros países, como Australia, Japón, Omán, Marruecos, India, Canadá y los Estados Unidos, viajaron como turistas de trasplante a por órganos procedentes del tráfico.

<sup>4</sup> AMBAGSTSHEER/ ZAITCH/WEIMAR, 2013, p. 1.

<sup>5</sup> Vid. GIMMARINARO, 2013, p.45.

<sup>6</sup> Vid. BUDIANI-SABERI/ KARIM, 2009, p. 53, quienes indican que lo que busca el vendedor-donante es saldar de esta manera las deudas que le impiden salir de la miseria. La realidad, sin embargo, es bien distinta: aunque logren pagar sus deudas, su situación económica suele acabar empeorando, debido al deterioro de su salud tras la extirpación del órgano. En particular, empeoran su estado de salud 78% de los donantes en Egipto, 86% de los de la India, 60% de los de Irán, 98% en el caso de Pakistán y 48% en Filipinas.

<sup>7</sup> La Declaración de Estambul distingue entre tráfico de órganos, comercio de trasplantes y turismo de trasplantes. Este último engloba un viaje para trasplantes, en el que hay comercialización de trasplantes o tráfico de órganos o si los recursos (órganos, profesionales y centros de trasplantes) dedicados a suministrar trasplantes a pacientes de otro país debilitan la capacidad del país de ofrecer servicios de trasplantes a su propia población. A su vez, la comercialización de trasplantes es una política o práctica en la que un órgano se trata como una mercancía, incluida la compra, venta o utilización para conseguir beneficios materiales; y el tráfico

comenzó a apreciarse por los expertos en la década de los 80, cuando pacientes asiáticos con recursos comenzaron a viajar a la India y a otras partes del sudeste de Asia para recibir órganos de donante pobres<sup>8</sup>. El seguimiento y tratamiento posterior que requieren estos pacientes trasplantados en sus países de origen permitiría documentar fácilmente estos hechos.

El viaje del receptor al extranjero no es la única forma de turismo de trasplantes, también se documentan casos en los que es el “donante vivo” el que se desplaza al país de origen del receptor o, incluso otros, en los que ambos –receptor y donante– se trasladan a un tercer país en donde tiene lugar el trasplante. Esto último fue lo que ocurrió en el Hospital *St. Augustine* en Sudáfrica, conocido como el caso *Netcare*, tomando el nombre del grupo de hospitales privados más grande en Sudáfrica al que pertenecía el *St. Augustine*<sup>9</sup>. Constituye la primera condena en esta materia en la que un grupo hospitalario está involucrado como persona jurídica. Concretamente, se condenó en 2013 a *Netcare* a una multa de 4 millones de Rand (aproximadamente 380.000 dólares) por 109 trasplantes ilegales realizados en el Hospital de *St. Augustine* entre 2001 y 2003. Además de *Netcare* fueron condenados un nefrólogo, un receptor israelí, dos brókeres y un intérprete. En Brasil fue encarcelado el bróker brasileño-israelí.

Los hechos se remontan a 2001, cuando un intermediario israelí acordó con *Netcare* la provisión de servicios médicos a pudientes enfermos israelíes necesitados de un riñón, que viajarían allí para recibir el trasplante. El coste del paquete completo, incluido el riñón, los servicios médicos, el transporte y el alojamiento era de unos 120.000 dólares. Inicialmente los donantes-vendedores eran también israelíes. Se les abonó unos 20.000 dólares por uno de sus riñones. Más tarde los intermediarios se dieron cuenta que reclutar estos donantes en Brasil o Rumania resultaba más barato: el coste oscilaba entre unos 2000 o 3000 dólares. Las personas involucradas en este comercio de trasplantes incluían a reclutadores locales en el país de origen de los donantes (un militar israelí, ya jubilado, expatriado en Brasil y un capitán también jubilado de la policía militar brasileña), quienes se encargaban también de gestionar los documentos de viaje (visas, pasaportes, etc.) y las reservas correspondientes; también acompañantes locales para su llegada a Sudáfrica, que hacían las veces de intérpretes; coordinadores de trasplante del hospital, quienes se ocupaban de donantes y receptores para que firmaran una declaración de parentesco, con la que se facilitaban

de órganos se aproxima a la trata con fines de extracción de órganos, dado que consiste en la obtención, transporte, transferencia, encubrimiento o recepción de personas vivas o fallecidas o sus órganos mediante una amenaza, uso de la fuerza u otras formas de coacción, secuestro, fraude, engaño o abuso de poder o de posición vulnerable, o la entrega o recepción de pagos o beneficios por parte un tercero para obtener el traspaso de control sobre el donante potencial, dirigido a la explotación mediante la extracción de órganos para trasplante.

<sup>8</sup> Vid. VERMONT-MANGOLD, 2003.

<sup>9</sup> Cfr. DE JONG, 2017, p. 45 y ss.; AMBAGTSHEER/GUNNARSON/DE JONG/LUNDIN/VAN BALEN/ORR/BYSTRÖM/WEIMAR, 2016, p. 97 y ss.

los trámites legales del trasplante; un nefrólogo sudafricano, que derivaba a los pacientes a dicho hospital y los cirujanos de los trasplantes, de los cuales sólo cuatro fueron acusados y arrestados, aunque finalmente quedaron en libertad por falta de pruebas<sup>10</sup>.

En Colombia también se han documentado casos de tráfico de órganos<sup>11</sup>, en donde los donantes se buscan, con redes de brókeres y “exploradores”, entre los sectores más desfavorecidos de la población o bien a través de anuncios en internet. Una vez reclutado es introducido en la red que cuenta con médicos, hospitales, transporte, alojamiento, etc. Los receptores suelen ser norteamericanos, por su mayor proximidad geográfica, pero también japoneses e israelíes. Aunque ha habido cambios legislativos para tratar de paliar este comercio ilegal, las trabas legales puestas a la donación inter vivos se burlan, bien arreglando matrimonios entre los receptores y los donantes colombianos o en otros casos desplazando a los donantes a países limítrofes para practicar el trasplante.

En EEUU también se ha enjuiciado un caso de tráfico de órganos. En 2012, Rosenbaum, un israelí afincado en EEUU, fue condenado a dos años y medio de prisión por haber organizado durante, al menos 10 años trasplantes ilegales en distintos hospitales del país que involucraban tráfico de órganos. Supone la primera condena a un bróker en EEUU por negociar la venta del riñón en tres trasplantes ilegales. Rosenbaum contactaba con el receptor y después, a través de sus asociados en Israel, reclutaba al donante, encargándose de su viaje y entrada al país, así como de elaborar una historia que engañase al hospital sobre el carácter voluntario de la donación. Al principio, tanto los pacientes como los donantes procedían de Israel, realizándose los trasplantes en el mismo hospital. El desplazamiento se justificaba por las mejores instalaciones médicas en EEUU y por el reembolso de los gastos por la seguridad social israelí. Estos primeros donantes eran en realidad emigrantes de Europa del Este que residían en Israel. Más tarde, los receptores fueron norteamericanos de las comunidades judías de Nueva York y Nueva Jersey, mientras que los donantes seguían siendo israelíes. En esta fase, el trasplante se realizaba en el hospital seleccionado por el receptor y abonado por los seguros médicos estadounidenses. En el caso Rosenbaum no se pudo acreditar que las autoridades de los hospitales o el personal médico implicado tuvieran conocimiento del comercio ilícito que había detrás<sup>12</sup>.

Algunas políticas sanitarias han contribuido a fomentar el tráfico de órganos a comienzos de la primera década del siglo XXI. Así se señala la llevada a cabo en algunos países como Israel o Arabia Saudí que favorecía que las compañías de seguros médicos privados e incluso la Seguridad Social, subvencionaran los trasplantes realizados en el extranjero ante la escasez de órganos en el propio país. En efecto,

<sup>10</sup> Cfr. AMBAGTSHEER/GUNNARSON/DE JONG/LUNDIN/VAN BALEN/ORR/BYSTRÖM/WEIMAR, 2016, p. 100.

<sup>11</sup> Vid. MENDOZA, 2010, p. 377 y ss.

<sup>12</sup> Vid. DE JONG, 2017, pp. 18, 47 y 48.

por razones religiosas el número de donaciones de órganos de personas fallecidas era muy reducido en estos países, lo que provocaba que muchos enfermos de riñón estuvieran condenados de por vida a diálisis, por lo que el trasplante era una terapia económicamente más conveniente<sup>13</sup>.

En Europa, el caso más conocido es el de *Medicus Clinic* que tuvo lugar en Pristina (Kosovo) en 2008<sup>14</sup>. La primera sentencia condenatoria se dictó el 29 de abril de 2013, condenando a cinco personas por haber realizado 24 trasplantes ilegales en la citada clínica (*Basic Court of Pristina P 309/10 y P 340/10*). En concreto se condenó al urólogo, propietario de dicho hospital, a 8 años de prisión y a una multa de 10.000 euros, y a su director -hijo de aquél- a 7 años y 3 meses de prisión y multa también de 10.000 euros por crimen organizado y tráfico de personas con el fin de extraer sus órganos; a tres médicos, el anestesista jefe a 3 años de prisión y dos anestesistas más a 1 año de prisión a cada uno de ellos por lesiones graves. Consiguieron huir el bróker israelí y el cirujano de nacionalidad turca que realizaba los trasplantes. Los hechos revelan que el propietario y el director del hospital, puestos de acuerdo con un cirujano de trasplantes turco y un bróker israelí planearon comerciar con trasplantes ilegales en el *Medicus Clinic*, llevando a cabo, entre marzo y noviembre de 2008, 24 operaciones de trasplante ilegal de riñón. Los donantes identificados procedían de Israel (4), Turquía (3), Moldavia (1), Rusia (3), Ucrania (2), Kazajstán (1) y Bielorrusia (1), de nueve se desconoce su nacionalidad. Eran contactados por los brókeres a través de búsquedas en internet y por anuncios de periódico. Se les prometía un pago de más de 30.000 dólares por su riñón, aunque al final o recibían menos cantidad de lo prometido o nada en absoluto. El Tribunal consideró que habían sido víctimas de abuso de su situación de vulnerabilidad económica, en algunos casos incluso de coerción, y en otros apreció engaño. Después de realizarse el análisis de sangre para determinar su compatibilidad con el receptor, volaban a Pristina con una carta de invitación emitida por *Medicus Clinic* en la que se indicaba que venían a realizarse un determinado chequeo médico, en donde eran recogidos y conducidos directamente a la clínica. Los receptores provenían también de distintos países: Ucrania (1), Israel (14), Turquía (1), Polonia (1), Canadá (1) y Alemania (1), de cinco se

<sup>13</sup> El menor coste de la terapia de trasplante -frente al que representa la diálisis y los cuidados médico sanitarios asociados a las patologías que requieren trasplante- llevaron a que la administración sanitaria de algunos países o las compañías de seguro privadas abonaran el coste del trasplante en el extranjero. En el caso israelí, no sólo se pagaron subsidios por las compañías de seguros, sino que además cirujanos del *Rabin Medical Center* de Tel Aviv viajaron con sus pacientes para practicar el trasplante en el extranjero del órgano comprado (vid. FRIELAENDER, 2002, p. 972). En el mismo sentido, DE JONG, 2017, p. 51; BUDIANI-SABERI/DELMONICO, 2008, p. 927 manifiestan que algunas compañías de seguros estadounidenses han aplicado como estrategia para disminuir las largas listas de espera y los altos coste médicos y quirúrgicos el fomentar el turismo de trasplante.

<sup>14</sup> El caso fue conocido en 2010, a través del informe elaborado por MARTY, 2010, pp. 16 y ss. Un resumen de los hechos y de la sentencia del caso pueden verse en AMBAGTSHEER/GUNNARSON/DE JONG/LUNDIN/VAN BALEN/ORR/BYSTRÖM/WEIMAR, 2016, p. 101. Las sentencias de 2013 del *Basic Court of Pristina*, del *Court of Appels* de 2015 y del Tribunal Supremo de Kosovo de 2016 pueden consultarse en <https://www.eulex-kosovo.eu/>

desconoce su nacionalidad. Se encontraban desesperados por una solución que les salvara de años en la diálisis, fueron contactados directamente por los brókeres. El Tribunal de Apelación (caso nº PAKR52/14) en sentencia de 6 de noviembre de 2015 confirmó las condenas, si bien rebajó las penas, pues entendió que solo estaban debidamente probados 7 trasplantes ilícitos -y no 24-. El asunto llegó al Tribunal Supremo de Kosovo (caso nº Pml.Kzz 92/2016, sentencia de 15-12-2016), quien anuló las condenas del urólogo propietario de la clínica, de su hijo, el director de ésta, y del anestesista, ordenando la repetición del juicio al Juzgado de Pristina, al apreciar violación de normas procesales, que tenían que ver con la abstención -que no se produjo de uno de los jueces que intervinieron en el juicio por haber practicado algunas diligencias de investigación previas. El nuevo juicio, cuya sentencia se dictó el 24 de mayo de 2018 por el Juzgado Básico de Pristina, volvió a condenar al urólogo propietario de la clínica y al anestesista, cuyas penas han sido, reducidas en 6 meses para el primero y 2 años para el segundo, quedando, respectivamente en 7 años y medio, para uno, y 1 año, para el otro<sup>15</sup>.

Otros casos de tráfico de órganos han llegado a los tribunales de distintos países europeos<sup>16</sup>. En 2002 en Alemania se condenó a un hombre por tentativa de tráfico de órganos a 18 meses de cárcel, aunque la pena fue suspendida. El hombre se había puesto en contacto con hospitales de EEUU en los que se realizaban trasplantes, ofreciendo órganos humanos por 10.000 dólares. Supuestamente los órganos provenían de Europa del Este, donde había mantenido contacto con agencias gubernamentales oficiales<sup>17</sup>.

En 2003 en Austria también se condenó a un hombre por poner un anuncio en internet ofreciendo su riñón por al menos 80.000 euros. Con ese dinero pretendía paliar la mala situación económica de la empresa de su novia<sup>18</sup>.

En 2005 en Rumania hubo otra condena por tráfico de órganos. La policía fue alertada después de que en una prisión se realizara una revisión médica rutinaria, en donde se advirtió que a un preso se le había extirpado un riñón. Aunque éste dijo que se lo habían extirpado por razones médicas, en los hospitales no constaba ninguna historia clínica al respecto. La investigación policial evidenció que había vendido su órgano a un austriaco de origen serbio por 10.500 libras. El trasplante se había producido en 2001, encubierto como una donación de pariente<sup>19</sup>.

<sup>15</sup> Información obtenida de <https://www.reuters.com/article/us-kosovo-organ-trafficking-idUSKCN1IP2JV> (última consulta 31 mayo de 2021), a falta de la publicación de la sentencia en el portal de Eulex.

<sup>16</sup> Cfr. DE JONG, 2017, p. 91, nota 71. También se mencionan casos en otros países como Bulgaria o la República de Moldavia, que implican tráfico de personas, en GIMMARINARO, 2013, p. 66 y ss.

<sup>17</sup> Este es el caso del *Landsgericht* de Munich I, 23-5-2002, un extracto de la sentencia puede consultarse en *Neue Juristischen Wochenschrift* 2002, 2655. Un año antes fue condenado un joven por el *Amtsgericht* de Homberg (Efze) 22-1-2001, por ofrecer en eBay uno de sus riñones a un precio mínimo de 100.000 marcos (vid. [http://www.transplantation-information.de/gerichtsurteile/gericht\\_urteile\\_meldungen.html](http://www.transplantation-information.de/gerichtsurteile/gericht_urteile_meldungen.html), última consulta 11-1-2021).

<sup>18</sup> Cfr. DE JONG, 2015, P. 23 y 24.

<sup>19</sup> Cfr. IONESCU, 2005, p. 1918.

En 2007 en Ucrania una madre fue acusada de tratar de vender uno de los riñones de su hija en internet. Fue condenada a 5 años de prisión<sup>20</sup>.

Aunque la forma más conocida de tráfico de órganos afecta a donantes vivos, también hay casos vinculados a extracción de órganos de fallecidos en algunos países de Sudamérica y de Asia, que se entregaron a cambio de dinero a extranjeros que necesitaban un trasplante de riñón, de hígado o corazón<sup>21</sup>. A este respecto es conocido el informe presentado por el Juez Dick Marty el 12 diciembre de 2010 en el Consejo de Europa, en el que se denunció la existencia de una red organizada de tráfico de órganos, principalmente de riñones, que se nutría de los órganos procedentes de prisioneros serbios en manos del Ejército de liberación Kosovar (KLA *Kosovo Liberation Army*), en el que participó el conocido como grupo de Grenica. Los hechos se remontan a 1999 y se extienden durante la primera década del siglo XXI. Los prisioneros eran alojados y bien alimentados en casas alejadas de las poblaciones (Burrel, Bicaj, Cahan, Rripe, etc.), aunque estratégicamente bien situadas cerca de una autopista o del aeropuerto de Tirana –caso de Fushë-Krujë-, según fueran estaciones de paso o de destino. Según el informe, los órganos eran extraídos después de pegarles un tiro en la cabeza.

También es conocido el caso de China<sup>22</sup>, donde los órganos de condenados a muerte han sido supuestamente usados para trasplantes realizados a extranjeros en el país, constituyendo una fuente de financiación del propio sistema de salud chino<sup>23</sup>. Lo que explica la existencia de una regulación como la dictada en 1984 sobre el uso de los cadáveres y los órganos de los criminales ejecutados<sup>24</sup>, que permitía la extracción de órganos cuando hubiera consentimiento del condenado o de su familia, pero también cuando el cuerpo no era reclamado por la familia<sup>25</sup>. El informe de KILGOUR y MATAS<sup>26</sup> revela que además muchos de estos condenados eran

<sup>20</sup> Cfr. HOLMES, 2009, p. 491.

<sup>21</sup> Concretamente, PEARSON, 2004, pp. 10 y 11, menciona casos en Argentina, Brasil y Rusia, en donde se han extraído órganos de personas, respecto de las cuales se había declarado la muerte cerebral prematuramente.

<sup>22</sup> Según citan BUDIANI-SABERI/DELMONICO, 2008, pp. 925, 927, aproximadamente un total de 11.000 trasplantes hechos en China en 2006 lo fueron de órganos extraídos de prisioneros ejecutados. También reconoce la existencia de este tráfico la Organización Mundial de la Salud, *World Health Organization, Illicit Organ Trafficking and the Black Market for Human Body Parts, Note to the Committee, September 2009*, p. 8, manifestando que las propias autoridades gubernativas venden los órganos de los ejecutados cuando sus cuerpos no son reclamados inmediatamente.

<sup>23</sup> Vid. BRIGGS, 1996, p. 239.

<sup>24</sup> En este sentido, *The Bellagio Task Force Report on Transplantation, Bodily Integrity and the international Traffic in Organs*, 1-1-1997, p. 10, indica que ésta es la explicación de que una norma como “rules concerning the utilization of corpses or organs from the corpses of executed prisoners” se promulgara en 1984 en China. En este mismo sentido, considerando que la venta de órganos de los ejecutados a muerte se presenta como una lucrativa fuente de ingresos para el gobierno chino, MATAS, 2010.

<sup>25</sup> Se extrae de la *Regulations on the use of Dead Bodies of Organs From Condemned Criminals* de 1984, según la cual se podía extraer los órganos en tres supuestos: con consentimiento del condenado, con consentimiento de la familia, o bien cuando la familia no reclama el cuerpo del ejecutado (vid. MATAS, 2010).

<sup>26</sup> MATAS/KILGOUR, 2007, pp. 2 y 3 (disponible en <http://organharvestinvestigation.net/report0701/report20070131-esp.pdf>, última consulta 12-1-2021).



miembros de la perseguida secta del Falung Gong, a los que se realizaba un análisis de sangre y el examen de los órganos después de haber sido detenidos. El procedimiento parece que fue seguido también en Taiwán con prisioneros condenados a muerte entre 1987 y 1994.

A pesar de que en 2007 China prohibió el tráfico de órganos<sup>27</sup>, los casos de extranjeros que han pagado por un trasplante en este país se siguen sucediendo<sup>28</sup>, entre los que se encuentran algunos españoles: tres que habrían recibido un trasplante de hígado y un cuarto, de riñón (EL PAIS, 14-03-2010).

Desde la entrada en vigor del art. 153 bis CP, dos casos han llegado a los Tribunales. Uno de ellos cuenta ya con sentencia firme. Se trata de la STS 710/2017, 27 octubre (ROJ: STS 3792/2017), que confirma la condena impuesta por AP Barcelona, Sección 7ª, en su sentencia 793/2016, de 13 octubre (ROJ: SAP B 8032/2016) a cuatro individuos por tráfico de órganos, entre ellos, también el receptor. Los hechos refieren como el receptor y sus hermanos ayudados por un tercero contactan con un inmigrante irregular en situación de indigencia, con quien acuerdan que se hará pasar por amigo del receptor, donando uno de sus riñones, a cambio de la entrega de una cantidad de dinero. El donante acaba por no prestar su consentimiento, siendo agredido y coaccionado por ello. El otro ha dado lugar al procesamiento de cinco personas (SAP Valencia, Sección 2ª, 482/2019, 7-10, ROJ: SAP V 3883/2019), quienes habían ofrecido también dinero a inmigrantes irregulares sin recursos para que “donaran” parte de su hígado a un pudiente paciente libanés. En ambos se trataba de enmascarar el acuerdo comercial con una “donación” inter vivos y practicar el trasplante en un hospital español.

El comercio ilegal también afecta a los tejidos humanos (córneas, válvulas del corazón, huesos, ligamentos, materia dura, etc.), una actividad no prohibida expresamente en todos los países. En este sentido el art. 156 bis CP sólo ha tipificado el tráfico de órganos, quedando fuera del tipo los tejidos y células humanos. Esta otra clase de tráfico resulta menos compleja y ha sido más ampliamente descrita, pues, de una parte, los tiempos de isquemia no están tan restringidos como en el caso de los órganos, y por otra, las posibilidades de almacenaje también son mayores (crioconservación, liofilización, etc.). El uso de los tejidos en la medicina moderna es masivo y va en aumento. Se han reportado casos de tráfico de tejidos en los que están

<sup>27</sup> La normativa que regula el trasplante de órganos humanos - Regulation on Human Organ Transplantation- prohibiendo el tráfico de éstos entró en vigor el 1 de marzo de 2007. En ella la donación entre vivos queda limitada a personas vinculadas genéticamente o por lazos familiares. La falsificación de documentos con ayuda de médicos y abogados ha sido una de las formas de eludir esta normativa (vid. GABRIELLI, 2011, p. 195). No obstante, este cambio legislativo ha supuesto algunas condenas (vid. El diario *El País* “Primer juicio por trasplante ilegal de órganos en China, 17-03-2010).

<sup>28</sup> Vid. a este respecto el informe del Prof. JIEFU HUANG, Viceministro de Salud de la República Popular China, 2011, p. 54, reconoce que debido a la escasez de órganos y a la especulación de los intermediarios se ha incrementado la venta de órganos (riñones e hígados) por la gente pobre y vulnerable, a pesar de las reformas emprendidas.

involucradas funerarias que han proporcionado todo tipo de tejidos de cadáveres de forma irregular, lo que incrementa el riesgo de transmisión de enfermedades que en muchas ocasiones no son fácilmente detectables con los análisis rutinarios<sup>29</sup>.

## II. Comerciar con órganos humanos: ¿una actividad legal?

En las últimas décadas, como consecuencia de la escasez mundial están surgiendo voces, fundamentalmente de economistas, pero también de profesionales de la medicina y la criminología, en favor de la legalización del comercio de órganos humanos<sup>30</sup>. Así, por ejemplo, la Asociación Médica Americana ha solicitado revisar la prohibición de pagos directos a los donantes, de manera que sea posible llevar a cabo estudios piloto que evalúen la efectividad de introducir incentivos económicos en las tasas de donación. También la Sociedad de Trasplantes británica, tradicionalmente contraria a un sistema de mercado de órganos, está de acuerdo en que debe abrirse el debate público sobre las ventajas e inconvenientes de un sistema mercantilista<sup>31</sup>.

Las estrategias que cuentan con más apoyo son dos: una, permitir que las personas puedan vender sus órganos después de su muerte; y de otra, el establecimiento de un mercado regulado en el que el Estado es quien fija el precio e interviene en la transacción, comprando el órgano que paga el receptor<sup>32</sup>. La primera se abre paso con fuerza en los últimos años, pues, al no causar daño al donante, no suscita tantas inquietudes éticas como la comercialización de órganos de personas vivas<sup>33</sup>. Adoptan distintas formas, bien como mercados a término, en los que se negocia directamente con el donante –mercantilización primaria-, adquiriendo el derecho a extraer el órgano del vendedor una vez que haya fallecido y abonando lo acordado cuando está vivo o después de muerto a sus herederos; o bien, negociando con terceros –mercantilización secundaria-, ya sean los familiares o los que tienen de facto el cuerpo del fallecido a su disposición (hospital), la compra de los órganos de aquel. Los potenciales compradores pueden ser los propios receptores, pero también el Estado, organizaciones independientes, seguros médicos, etc. El precio no necesariamente ha de ser dinerario, sino que puede adoptar cualquier otra fórmula con valor económico como, por ejemplo, rebajas del seguro médico, un seguro de vida o de salud, abono de las expensas funerarias, exenciones de impuestos, fondos educativos para otros

<sup>29</sup> Vid. CAPLAN/DOMINGUEZ-GIL/MATESANZ/PRIOR, 2009, p. 59

<sup>30</sup> Vid. TABARROK, 2010, p. 1.

<sup>31</sup> Cfr. AINLEY, 2011, pp. 446 y 448

<sup>32</sup> Vid. CAPLAN/DOMINGUEZ-GIL/MATESANZ/PRIOR, 2009, p. 31.

<sup>33</sup> Se trata de políticas que tratan los órganos de donantes fallecidos como una mercancía o como cosas que pueden ser objeto de comercio y a los que se les asigna un precio en dinero, de forma abierta o encubierta (vid. EPSTEIN/MARTIN/DANOVITCH, 2011, p. 959, los autores advierten de algunas prácticas que no constituyen comercialización de órganos de fallecidos como, por ejemplo, el ofrecer prioridad en las listas de espera para trasplante como incentivo para suscribir la tarjeta de donante, dado que el beneficio no es fungible, no se le asigna precio en dinero. Resultan más controvertidas otras prácticas en las que se ofrecen incentivos financieros a los servicios de salud (hospitales, etc.) por la recuperación de órganos de cadáveres.

miembros de la familia, etc. Actualmente solo existen casos de mercantilización secundaria<sup>34</sup>.

Con respecto a la segunda fórmula, el establecimiento de un mercado regulado estatalmente, incide sobre todo en la compraventa de órganos de personas vivas. Este ha sido el modelo adoptado por Irán<sup>35</sup>, que en 1998 decidió implantar un sistema de pago, controlado por el Estado, para incentivar las donaciones de riñón y que parece haber conseguido eliminar las listas de espera en el trasplante de este órgano<sup>36</sup>, pero no así el mercado negro, pues siguen existiendo recompensas no declaradas del receptor al donante y también turismo de trasplante de extranjeros que acuden con donantes de su misma nacionalidad<sup>37</sup>.

Los defensores de los biomercados aducen que, de un parte, se reducirían, sino eliminarían, las listas de espera para el trasplante, sobre todo de riñón y de hígado, salvándose así más vidas<sup>38</sup>; y de otra, la legalización permitiría además acabar con el tráfico ilícito de órganos. Esta última idea encuentra refuerzo en los estudios criminológicos existentes sobre actividades ilegales impulsadas por la propia demanda (drogas, alcohol, prostitución, etc.), en los que se constata que, en no pocos casos, la prohibición trae consigo mayor violencia y corrupción, y con ello, la aparición de un mercado negro, en el que los precios son más elevados, de manera que se incrementan las tasas de criminalidad y victimización que se quieren combatir<sup>39</sup>.

Los argumentos de índole práctica o económica inciden, de una parte, en el ahorro<sup>40</sup> que supone para el sistema de salud la terapia de trasplante, menos costosa que la diálisis o que los cuidados sanitarios de patologías crónicas<sup>41</sup>; y de otra, en la mayor calidad del trasplante, porque la tasa de supervivencia es mayor cuando el órgano trasplantado proviene de una persona joven y de un donante vivo que de un cadáver<sup>42</sup>. Pero la seguridad del trasplante también puede verse afectada en la medida en que el vendedor oculte datos sobre su salud que pudieran hacer peligrar la venta o que el mismo personal médico sea quien oculte información relevante, si con ello puede

<sup>34</sup> Cfr. EPSTEIN/MARTIN/DANOVITCH, 2011, pp. 959 y 960.

<sup>35</sup> Vid. una exposición sobre el funcionamiento del mismo CARRASCO ANDRINO, 2015, p. 29 y ss.; MOYA GUILLEM, 2018, p. 134 y ss.

<sup>36</sup> Cfr. CAPLAN/DOMINGUEZ-GIL/MATESANZ/PRIOR, 2009, p. 31.

<sup>37</sup> GHODS, 2009, p. 189 y 190.

<sup>38</sup> Vid. BECKER/ELÍAS, 2007, pp. 14 y 15, quienes manifiestan que el tiempo de espera es un factor riesgo medible en el trasplante de órganos, dado que el riesgo de morir se incrementa con el tiempo de espera, debido al deterioro de la salud y la calidad de vida de pacientes que esperan la llegada de un trasplante. Así, los pacientes sometidos a diálisis prolongadas con frecuencia acaban sufriendo diabetes y otras enfermedades, además de reducir las tasas de éxito del trasplante.

<sup>39</sup> Vid. COLUMB/AMBAGTSHEER/BOS/IVANOVSKI/MOORLOCK/WELMAR, 2017, pp. 209 y ss.

<sup>40</sup> Cfr. STEINER, 2010, p. 257.

<sup>41</sup> BECKER/ELÍAS, 2007, pp. 9 a 11, estiman que la introducción de incentivos económicos sólo incrementaría los costes del trasplante en no más de 12%. Concretamente, fijan el precio por un riñón humano en 15.200 dólares, en el que comprenderían los siguientes costes: el de riesgo de muerte del donante, una compensación por el tiempo perdido en la recuperación y otra por el riesgo de disminuir su calidad de vida.

<sup>42</sup> Cfr. FRIEDLAENDER, 2002, p. 972.

obtener un beneficio económico por la extracción o el trasplante<sup>43</sup>. A este respecto conviene tener en cuenta que se reportan más casos de complicaciones médicas y de infecciones, incluidos el VIH y la hepatitis B y C en pacientes que viajaron al extranjero para ser trasplantados, pagando por el órgano (turismo de trasplantes) que en los efectuados en el sistema local de trasplantes<sup>44</sup>.

De mayor calado son los argumentos filosóficos que insisten en que la prohibición es una muestra de paternalismo estatal que choca con la libertad de decidir<sup>45</sup>, con la autonomía de la voluntad de sus ciudadanos para elegir el destino de su propio cuerpo (derecho de propiedad sobre el propio cuerpo)<sup>46</sup>, y que no está presente cuando los grupos sociales más acomodados deciden realizar actividades deportivas o recreativas más o menos peligrosas para su vida o su salud<sup>47</sup>. Se llega a afirmar incluso que los pobres solo cuentan con su capital biológico para progresar económica y socialmente<sup>48</sup>. La idea, en definitiva, es que si hay un consentimiento libre y consciente no se ve impedimento para no permitir la venta de los propios órganos, siempre que se establezca un protocolo de consentimiento informado para el vendedor<sup>49</sup>. Lo cierto es que la realidad criminológica del tráfico de órganos muestra como los donantes son reclutados entre las capas de la sociedad más desfavorecidas, en sociedades con mayores desigualdades sociales y mayores índices de pobreza. En estas situaciones de vulnerabilidad parece complicado hablar de verdadera libertad. En realidad, la invocación a sistemas de mercado más que fundarse en la autonomía de la voluntad, la pone ciertamente en peligro. El argumento de la autonomía de la voluntad y del capital biológico aboca a sociedades injustas que se aprovechan de las desigualdades, de la pobreza de otros<sup>50</sup>. Parece difícilmente imaginable que en una sociedad próspera existan ciudadanos deseosos de vender sus órganos, ya sea mientras estén vivos o una vez muertos. Resulta reveladora a este respecto, la experiencia que proporciona el pago por los ovocitos humanos o por el vientre de alquiler, en los países en los que está admitido legalmente. La realidad del tráfico de órganos evidencia que la pretendida libertad del donante se encuentra en no pocos casos condicionada por la servidumbre de deudas, por obligaciones familiares o presiones domésticas, por el

<sup>43</sup> Vid. EPSTEIN/MARTÍN/DANOVITCH, 2011, p. 961. Los autores se refieren a los problemas que en EEUU ha traído la donación pagada de sangre, que ha tenido que ser discontinuada precisamente por el incremento del riesgo de infección, pues cuando hay dinero en juego se tiende a ocultar información crítica.

<sup>44</sup> Así, SHIMAZONO, 2007, p. 11.

<sup>45</sup> Así, Frielaender se refiere a la actitud paternalista que se tiene con los donantes porque son pobres e ignorantes y ponen en peligro su salud, al paternalismo del médico con los donantes y sus pacientes, cuando éstos se encuentran más informados que antes y demandan el consejo del profesional, no la toma de decisión (vid. FRIELAENDER, 2002, p. 973).

<sup>46</sup> Los pilares del concepto liberal de la libertad –libertad de elección y derecho de propiedad– están en los argumentos utilizados por los defensores de la legalización de los biomercados (cfr. STEINER, 2010, p. 264).

<sup>47</sup> Así, BARNETT/SALIBA/WALKER, 2001, pp. 381 y 382.

<sup>48</sup> BARNETT/SALIBA/WALKER, 2001, p. 379 y 380.

<sup>49</sup> BARNETT/SALIBA/WALKER, 2001, p. 382; en el mismo sentido, BECKER/ELÍAS, 2007, p. 21 y 22.

<sup>50</sup> Vid. GIORDANO, 2018, p. 108 y ss.; ALARCOS, 2006, p. 48 y ss.

engaño, etc. En este sentido, se ha advertido que la posibilidad de comprar un órgano, en aquellas zonas en las que prolifera el mercado negro, libera a los miembros de la familia de la obligación moral de donar y al receptor de su sentimiento de culpa ante la merma de la salud que representa la donación hecha por un allegado<sup>51</sup>.

Finalmente, el establecimiento de biomercados pone, además, en riesgo el propio sistema de trasplante basado en donaciones altruistas. Las experiencias en países desarrollados y en vías de desarrollo muestran que la introducción de incentivos económicos para fomentar la donación se hace a costa de las donaciones altruistas, y genera desconfianza de la sociedad en el sistema<sup>52</sup>. El interés económico puede generar dudas sobre la atención médica que se recibiría por parte de los pacientes que fueran potenciales donantes en situaciones de grave trauma o de daños neurológicos<sup>53</sup>. En este sentido, la experiencia de los escándalos producidos en Alemania por la alteración de la lista de espera, fruto de la manipulación, por alguno de los médicos responsables del centro de trasplantes, de los datos de sus pacientes, muestra la vulnerabilidad del sistema: la cantidad de órganos donados disminuyó alrededor de un tercio<sup>54</sup>.

### III. El problema del bien jurídico protegido en el delito de tráfico de órganos

La LO 5/2010 tipificó por primera vez en nuestro ordenamiento jurídico el delito de tráfico de órganos humanos en el art. 156 bis CP, dentro del Título III, dedicado a las lesiones. Según dispuso su Preámbulo, se trataba de dar satisfacción al llamamiento que, desde diversos foros internacionales, se había hecho para incriminar un fenómeno creciente: la compraventa de órganos humanos destinados a trasplante. La LO 1/2019, 20 febrero ha modificado el tipo penal, según dispone en su preámbulo, para adaptarlo a las previsiones contenidas en el Convenio del Consejo de Europa sobre la lucha contra el tráfico de órganos humanos de 25 marzo de 2015.

La determinación del bien jurídico protegido en el tipo del art. 156 bis CP sigue siendo una cuestión compleja. De una parte, la reforma de 2019 ha mantenido su ubicación sistemática entre los delitos de lesiones, lo que aboca a la tutela de un interés individual, difícil de identificar ya solo con la salud del donante, pues el ámbito típico del precepto abarca también el tráfico de órganos procedentes de cadáver. De otra parte, la incriminación del tráfico de órganos, tanto antes como ahora, sólo se justifica por la preservación de intereses supraindividuales que se conectan con la salud pública o con las condiciones de seguridad y salud establecidas legalmente para la terapia del trasplante.

<sup>51</sup> Vid. SCHEPER-HUGES, 2017, p. 112.

<sup>52</sup> Cfr. HALSTEAD/WILSON, 1991, p. 7.

<sup>53</sup> Así, CAPLAN/DOMINGUEZ-GIL/MATESANZ/PRIOR, 2009, p. 32; también EPSTEIN/MARTÍN/DANOVITCH, 2011, p. 961.

<sup>54</sup> Vid. JÄGER, 2017, p. 52.

En efecto, como hemos visto, el fenómeno del tráfico de órganos humanos incide sobre una pluralidad de intereses, individuales y supraindividuales. En primer lugar, afecta obviamente a la salud e integridad física del donante vivo que se ve privado del órgano, pero también a la del receptor, en la medida en que las condiciones en que se realiza el trasplante incrementan los riesgos propios de la intervención y de transmisión de enfermedades (infecciones, complicaciones quirúrgicas, tuberculosis, carcinomas, etc.). En este sentido, los estudios empíricos de pacientes que han recibido un trasplante ilegal de riñón en el extranjero indican que el receptor necesita hospitalización inmediata cuando regresa a su país de origen, y que en un porcentaje elevado (52%) desarrolla enfermedades infecciosas graves<sup>55</sup>. Algunos estudios<sup>56</sup> indican también que la salud del donante vivo, vendedor de sus órganos, se deteriora entre un 58% y un 86%, además de sufrir otros problemas psicológicos e incluso sociales —marginación—<sup>57</sup>. Si el donante, además, no ha entregado voluntariamente el órgano, sino que éste ha sido obtenido empleando los medios de la trata, se afectará además la libertad y dignidad del donante al que se cosifica o instrumentaliza en beneficio de otro —el receptor del órgano—.

En segundo término, el tráfico de órganos menoscaba los principios sobre los que se asienta el Sistema Nacional de Trasplantes: la equidad en la selección y acceso al trasplante y la gratuidad o altruismo en la donación, mencionados en el art. 4 del RD 1723/2012, 28 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. En particular, el llamado “turismo de trasplantes” tiene como efecto una merma de la capacidad del Sistema Nacional de Trasplantes de un país para ofrecer este tipo de tratamiento a su población, afectando a la equidad en el acceso a estas terapias, por ejemplo, cuando se venden los órganos de donantes fallecidos a receptores extranjeros. Unos principios que tratan de preservar en último término la libertad y dignidad del individuo, su no instrumentalización, al igual que la salud de los donantes y los receptores. En este sentido, en el CP francés, el delito de tráfico de órganos se encuadra dentro de las infracciones de la ética biomédica referida a los principios jurídicos esenciales en el empleo de las nuevas tecnologías médicas, de los que forma parte el de no comercialización del cuerpo humano<sup>58</sup>.

1. En la redacción originaria dada al tipo del art. 156 bis CP, antes de la reforma de LO 1/2019, esta multiplicidad de intereses presentaba un difícil encaje. Como indicó un autorizado sector doctrinal, el delito de tráfico de órganos se había

<sup>55</sup> Vid. CAPLAN/DOMÍNGUEZ-GIL/MATESANZ/PRIOR, 2009, p. 63.

<sup>56</sup> Cfr. BUDIANI-SABERI/DELMONICO, 2008, 8, pp. 927 y 928; BUDIANI-SABERI/KARIM, 2009, p. 53.

<sup>57</sup> Vid. SCHEPER-HUGES, 2005, 14, pp. 201 y ss., recogiendo a este respecto el testimonio escalofriante de vendedores de riñones en distintas partes del mundo.

<sup>58</sup> Sobre su regulación, vid. CARRASCO ANDRINO, 2015, p. 77 y ss.; MOYA GUILLEM, 2018, p. 110.

configurado como un tipo de peligro que protegía un interés individual: la salud e integridad del donante vivo<sup>59</sup>. Se aducían varias razones. Por un lado, su ubicación sistemática entre los delitos de lesiones y no dentro de los que protegían la salud pública<sup>60</sup>. Por otro lado, el que el objeto material estuviese entonces limitado a los órganos humanos ajenos, pues habían de ser “de otro”, lo que excluía como sujeto activo al propio donante y limitaba el tráfico punible al de órganos procedentes de persona viva<sup>61</sup>. Aunque esto último resultaba cuestionado por otros autores, que sí consideraban abarcados por el tipo los órganos procedentes de cadáver<sup>62</sup>. Pero, quizás, la razón de mayor peso residía en que el texto derogado fijaba la pena en atención al carácter principal o no principal del órgano objeto de tráfico, lo que solo podía explicarse desde el punto de vista de la preservación de la salud del donante<sup>63</sup>.

Esta conclusión ponía en cuestión la necesidad misma del precepto, dado que causar lesiones —o incluso la muerte— a otro con la finalidad de extraer sus órganos, aunque mediara consentimiento, ya era delito antes de la introducción del art. 156 bis CP. Concretamente, antes de la reforma del CP operada por la LO 5/2010, la extracción de órganos humanos que no se produjera de acuerdo con la legislación vigente en materia de trasplantes podía constituir delito de lesiones de los arts. 149 o 150 CP o, en su caso, de homicidio<sup>64</sup>. Así de una manera clara cuando se trataba de la extracción no consentida de órganos humanos sanos de una persona viva, puesto que se produce una pérdida anatómica o una disminución funcional, aun cuando el órgano tenga capacidad de regeneración (como es el caso del hígado). En el caso de extracción consentida se cuestionaba la aplicación de la exención o atenuación de la pena prevista en los arts. 156 y 155 CP; y tanto una como otra posibilidad quedaban descartadas. La primera, porque la exención relativa al trasplante de órganos requiere que el trasplante se efectúe conforme a lo dispuesto en la Ley; ésta ha de ser la Ley 30/1979, de 27 de octubre, y el RD 1723/2012, 28 de diciembre, que la desarrolla, en donde se establece el principio de gratuidad en la donación, prohibiendo la percepción de compensación alguna por la donación de órganos (art. 2 Ley 30/1979 y 7

<sup>59</sup> De esta opinión, aunque considerando que de *lege ferenda* debería protegerse la salud pública GARCÍA ALBERO, 2010a, pp. 186 y 187; el mismo, 2010b, pp. 144 y 145; CARBONELL MATEU/GONZALEZ CUSSAC, 2010, p.159; BENITEZ ORTUZAR, 2011, p. 119; reconociendo una pluralidad de intereses involucrados de carácter individual y colectivo (salud personal, salud pública, libertad y dignidad del donante, etc.) NAVARRO BLASCO, 2011, p. 1273; PUENTE ABA, 2011, p. 144; limitándose a una perspectiva de *lege data*, DÍAZ-MAROTO VILLAREJO, 2011, p. 280.

<sup>60</sup> Entre otros, PUENTE ABA, 2011, p. 144; BENÍTEZ ORTUZAR, 2011, p. 118; GARCÍA ALBERO, 2010a, p. 186.

<sup>61</sup> TAMARIT SUMALLA/GARCÍA ALBERO, 2011, p. 966.

<sup>62</sup> Vid. GÓMEZ TOMILLO, 2011, p. 617; GÓMEZ RIVERO, 2013, p. 17 (versión digital); ALASTUEY DOBÓN, 2013, p. 13.

<sup>63</sup> Por todos, GARCÍA ALBERO, 2010a, p. 189.

<sup>64</sup> Vid. ROMEO CASABONA, 2010, p. 3 (versión digital), distinguiendo entre que el cirujano responsable de la extracción y/o del implante sea conocedor o no de la existencia de precio, lo que, según el caso, llevaría a considerar al vendedor del órgano y al paciente como inductores o como autores mediatos, si bien con la salvedad de que el donante del órgano no podría ser sancionado finalmente al ser el sujeto pasivo del delito.

RD 1723/2012) y exigiendo que el consentimiento se preste de manera expresa, libre, consciente y desinteresada (art. 4 Ley 30/1979 y 8 RD 1723/2012); además de que la extracción fuera compatible con la vida del donante, limitándose por ello la donación a los órganos pares o a parte de los impares que fueran regenerables<sup>65</sup> (art. 8.1.b RD 1723/2012). En consecuencia, una extracción de órganos de donante vivo realizada por precio era contraria a la normativa de trasplantes y resultaba ya punible con arreglo a los arts. 149 o 150 CP. La segunda -la atenuación-, tampoco podía entrar en juego, dado que, al mediar precio, el consentimiento dejaba de ser válido al perder la espontaneidad requerida, pues quedaba condicionado por la prestación económica<sup>66</sup>. No obstante, algunos autores admitían la aplicación de la atenuante, aunque mediara precio o recompensa, siempre que el consentimiento fuera válido y libre, pues, de una parte, se consideraba que seguía existiendo libertad, aunque fuera limitada<sup>67</sup>, y de otra, interpretaban la espontaneidad requerida por el art. 155 CP en el sentido de que fuera “el sujeto pasivo el que tome la iniciativa en el desencadenamiento del comportamiento de otro que concluirá en la producción de un delito de lesiones consentidas”<sup>68</sup>. En consecuencia, tanto quien realizaba el trasplante ilegal, como quien había ayudado, colaborado o instigado al mismo, resultaba punible conforme a los delitos de lesiones graves, con mayor o menor responsabilidad según cual fuera el entendimiento de la espontaneidad del consentimiento.

En este contexto la introducción del tipo del art. 156 bis CP supuso un adelantamiento de las barreras de intervención, pues tipificaba conductas de promoción y favorecimiento del tráfico que constituían, en realidad, actos preparatorios o de complicidad, que en el nuevo tipo estaban castigados con la misma pena que la causación efectiva de lesiones graves. Con lo cual, si el nuevo delito se interpretaba como un tipo de peligro respecto de la salud individual, la pena asignada resultaba desproporcionada, pues era la misma que se atribuía a la causación de las lesiones graves de los arts. 149 y 150 CP, según que se tratase de órgano principal (6 a 12 años prisión) o no principal (3 a 6 años de prisión), y sobre todo, teniendo en cuenta que, conforme al art. 151 CP, la provocación, conspiración y proposición en las lesiones se sanciona con la pena inferior en uno o dos grados.

Por otra parte, se aducía también que el tipo no solo comprendía conductas de peligro más o menos próximo para la salud del donante, sino también conductas posteriores a su lesión, como la de trasplante, lo que resultaba difícilmente justificable desde un bien jurídico exclusivamente en clave individual<sup>69</sup>.

<sup>65</sup> Por todos, GÓMEZ RIVERO, 2003, p. 292.

<sup>66</sup> Específicamente sobre este problema, vid. MUÑOZ CONDE, 2008, p. 461; ROMEO CASABONA, 2005, p. 53, nota 110. De forma general, vinculando el significado del término “espontáneo” a la inexistencia de precio o recompensa, GONZALEZ RUS, 2011, p. 111.

<sup>67</sup> GARCÍA ÁLVAREZ, 1999, p. 482 y 483; GÓMEZ RIVERO, 2003, p. 286 y 287; GÓMEZ RIVERO, 2011, p. 613.

<sup>68</sup> Cfr. DIEZ RIPOLLÉS, 1997, p. 573.

<sup>69</sup> ALASTUEY DOBÓN, 2013, p. 11; MOYA GUILLEM, C. 2018, p. 242.



Así las cosas, la incriminación específica del tráfico de órganos no podía legitimarse únicamente en la protección de un interés individual, ya tutelado por los tipos de lesiones. Es por ello que algunos autores vincularon la incriminación del tráfico de órganos a la pluriofensividad, sustentada en la tutela de varios bienes jurídicos individuales: para unos, la salud e integridad física del donante y la dignidad del ser humano<sup>70</sup>, en la medida en que el cuerpo humano y sus partes, al ser objeto de comercialización, son tratados como cosas<sup>71</sup>; para otros, la vida, la integridad corporal y la salud de las personas<sup>72</sup>.

En esta misma línea de buscar un distinto contenido de injusto al tipo del art. 156 bis CP, un sector doctrinal conectó la incriminación del tráfico de órganos directamente con la salvaguardia de un interés supraindividual, la salud pública, y concretamente con los principios de gratuidad, voluntariedad y de equidad en la selección y acceso al trasplante sobre los que se sustenta el Sistema Nacional de Trasplantes y con ello, en definitiva, con las condiciones de seguridad y salud en las que debe realizarse la terapia de trasplante. Así, hubo quien lo identificó directamente con el Sistema Nacional de Trasplantes<sup>73</sup>, o con “las condiciones para un adecuado desenvolvimiento de la extracción y trasplante de órganos”<sup>74</sup> o con las que garanticen el adecuado funcionamiento del sistema nacional de trasplantes, basado en los principios de altruismo, gratuidad y acceso universal<sup>75</sup> o, en fin, de forma restrictiva identificando la salud pública con la de indeterminados receptores<sup>76</sup>.

Partidario de esta dimensión colectiva, aunque más vinculada a la idea de dignidad, parece ser también la opinión de MUÑOZ CONDE, al afirmar que el bien jurídico protegido “es más bien de carácter social que individual”, en la medida en que se trata de evitar la explotación de la necesidad ajena, tanto del que necesita dinero y dona su órgano, como del que lo requiere para salvar su vida o mejorar su salud<sup>77</sup>.

Sin embargo, estas interpretaciones chocaban con la configuración típica del delito en ese momento. Pues, de una parte, era discutible que el tráfico de órganos de donantes fallecidos estuviera abarcado por el tipo, y de otra, no daban respuesta

<sup>70</sup> Vid. HERRERA MORENO, 2010, p. 117; ANARTE BORRALLA/AGUADO LÓPEZ, 2010, p. 164.

<sup>71</sup> A esta idea kantiana del ser humano se refería GÓMEZ TOMILLO, 2010, p. 618, para sustentar que el bien jurídico protegido en el tráfico de órganos era la dignidad de la persona. Su posición se ha matizado en la 2ª edición de la obra, en el sentido de considerar que la dignidad sólo constituye la *ratio legis* del precepto, adscribiendo el objeto de tutela a “las condiciones para un adecuado desenvolvimiento de la extracción y trasplante de órganos, muy próximo, pues a la idea de salud pública” (2011, p. 617).

<sup>72</sup> SERRANO GÓMEZ/SERRANO MAÍLLO, 2010, p. 126.

<sup>73</sup> Vid. QUERALT JIMÉNEZ, 2010, p. 147; PUENTE ABA, 2011, p. 144, aludiendo también a la vida y la dignidad del donante, además de su salud, así como a los principios de gratuidad y solidaridad y la capacidad del sistema sanitario para garantizar una adecuada prestación de la terapia de trasplante. En la misma línea se manifiesta SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, 2012, p. 93, quien admite que de forma mediata se trata de prevenir lesiones de otros bienes jurídicos, como la salud del donante e incluso del receptor y la dignidad del donante.

<sup>74</sup> GÓMEZ TOMILLO, 2011, p. 617.

<sup>75</sup> ALASTUEY DOBÓN, 2013, p.11.

<sup>76</sup> MOYA GUILLEM, C. 2018, p. 255.

<sup>77</sup> MUÑOZ CONDE, 2013, p. 123.

satisfactoria a por qué la pena se fijaba en función de la gravedad de la lesión, según que el órgano extraído o trasplantado fuera principal o no principal, algo que inevitablemente abocaba a salud del donante vivo. Así las cosas, la opción interpretativa que nos parecía más correcta en ese momento fue la de entender abarcados ambos intereses, el colectivo y el individual, en el injusto típico: la salud pública concretada en los principios o condiciones que garantizan el sistema de trasplante –voluntariedad, gratuidad, equidad en el acceso a dicha terapia, etc.- y la salud individual del donante<sup>78</sup>. La intervención penal se circunscribía de esta manera no a cualquier atentado a las condiciones de seguridad y salud que rodeaban la terapia de trasplante (salud pública), sino sólo a aquel que supusiese un peligro, aunque fuera abstracto, o lesionara la salud del donante (principio de intervención mínima). Es cierto que con ello se limitaba el ámbito típico a las donaciones entre vivos, pero también es verdad que era y es la esfera en la que tiene una mayor incidencia el comercio de trasplantes, y en la que se produce ciertamente una mayor instrumentalización del ser humano, que es el fundamento de la prohibición internacional de este tráfico infame<sup>79</sup>.

En esta misma línea, GÓMEZ RIVERO orientaba el bien jurídico inmediatamente protegido a las condiciones de calidad y seguridad del trasplante de órganos, ampliando los bienes jurídicos individuales, implicados de forma mediata en el injusto, a la vida y a la salud no sólo del donante, sino también del receptor, ya fuera éste el destinatario final al que se le implantara el órgano ilícitamente obtenido o el receptor potencial al que se hubiera destinado el órgano, desviado ilícitamente para su implantación en otro receptor distinto<sup>80</sup>. Pero esta visión planteaba, con la antigua regulación, los siguientes inconvenientes: por un lado, no casaba con la incriminación del receptor que contenía el número 2 del art. 156 bis CP, pues resultaba difícilmente explicable que quien era sujeto activo del delito pudiera ser a la vez sujeto protegido por la norma. Por otro lado, la referencia a la salud de los potenciales receptores, como la propia autora reconocía, formaba parte del contenido del bien jurídico colectivo salud pública, a cuyo servicio están los principios fundadores del sistema de trasplantes, sobre todo teniendo en cuenta que los órganos humanos destinados a trasplante son bienes escasos sobre los que recae una fuerte demanda. Se trataba, pues, no de la afectación de la salud individual de un potencial receptor concreto, sino de garantizar los principios esenciales de gratuidad, voluntariedad y de equidad en el acceso a la terapia de trasplantes como condiciones que inciden en la calidad y seguridad de dicha terapia tanto para donante como para receptor. Por otra parte, la mención al receptor potencial realmente sólo tiene sentido en relación con

<sup>78</sup> Vid. FELIP I SABORIT, 2010, p. 43, marginal 620; GÓMEZ MARTÍN, 2011, p. 369; CARRASCO ANDRINO, 2015, pp. 111 y 112.

<sup>79</sup> Cfr. FELIP I SABORIT, 2010, p. 44, marginal 622, quien además señala que es en este ámbito donde se aprecia una mayor instrumentalización del ser humano; también SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, 2012, p. 96

<sup>80</sup> GÓMEZ RIVERO, 2013, p. 9 y ss. (versión digital).

las donaciones de fallecidos, en las que rige el principio de confidencialidad tanto frente a terceros como frente al receptor final (art. 5.2. RD 1723/2012), y el receptor no está determinado, sino en base a una lista de espera construida a partir de criterios clínicos, de equidad, calidad, seguridad y eficiencia (art. 13.1 RD 1723/2012), que pueden variar por la existencia de riesgo vital; mientras que en las donaciones que se realizan entre vivos, el órgano debe ser destinado a “persona determinada [que no necesariamente identificada, pues es posible entre personas no relacionadas genéticamente, ni por parentesco o amistad íntima] con el propósito de mejorar sustancialmente su pronóstico vital o sus condiciones de vida” (art. 8.1 e) RD 1723/2012). Quiere decirse con ello que cuando el sujeto vende, por ejemplo, su riñón para que sea implantado en otro, no se está perjudicando o incrementando el peligro para la salud de ningún potencial receptor, dado que de no mediar precio el órgano no estaría disponible. Pero es que incluso puede suceder que la lista de espera avance, si el comprador estaba en ella, beneficiando así a otros potenciales receptores. Aunque también es posible que quien no reúne las condiciones médicas para ser incorporado a la lista de espera, acabe siéndolo finalmente si tras el trasplante ilegal practicado surgen complicaciones que aconsejen una nueva terapia de trasplante<sup>81</sup>. Pero obviamente en este último caso no puede sostenerse que se afecte la salud de los potenciales receptores, por lo que no es sino un funcionamiento adecuado a los principios de eficiencia y equidad en la selección y acceso al trasplante.

El TS en la Sentencia 710/2017, 27-10 (ROJ: STS 3792/2017), ha manifestado 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 no principalidad, puedan ser objeto de tráfico”.

2. La ampliación del ámbito típico a los órganos humanos de personas fallecidas y la redefinición de las conductas típicas que ha traído la LO 1/2019 obligan a repensar el bien jurídico protegido en este delito.

Así, aunque se mantiene su ubicación típica entre los delitos de lesiones, resulta ahora difícilmente sostenible la tesis de la salud del donante como único interés tutelado, en la medida en que también están abarcados por el tipo los órganos de cadáver<sup>82</sup>, como se constata no solo porque la fijación de la pena se articula ahora en función de si el órgano procede de persona viva o fallecida, sino además por la expresa inclusión, como un caso de tráfico, de la extracción u obtención sin la autorización exigida por la Ley para el supuesto de donante fallecido [art. 156 bis.1, a) CP].

<sup>81</sup> Este parece que fue el caso de Oscar Garay, difundido por el diario *El País* 14-3-2010, quien pagó 130.000 euros por un trasplante hepático en China (vid. [http://elpais.com/diario/2010/03/14/domingo/1268542353\\_850215.html](http://elpais.com/diario/2010/03/14/domingo/1268542353_850215.html)).

<sup>82</sup> También ALASTUEY DOBÓN, 2020, p. 5 (versión digital).

Pero tampoco parece que pueda sustentarse que el bien jurídico protegido se agote en la salud pública. En primer lugar, porque algunas de las conductas típicas no necesariamente inciden en este ámbito. Así, por ejemplo, el apartado 1 c) del art. 156 bis CP, en donde se incrimina el uso de órganos humanos ilícitamente extraídos “para otros fines”, distintos del de trasplante, con lo que entran en el tipo usos como el ritual o el de investigación, que quedan fuera de aquella esfera. Es cierto que una interpretación restrictiva podría limitar el tipo solo a aquellos otros usos en los que se apreciara peligrosidad para la salud pública. En este sentido, el informe explicativo del Convenio europeo contra el tráfico de órganos, en el que se funda la reformulación del tipo en estudio, indica en su punto nº 21 que fue particularmente considerada la finalidad de recolección de células y tejidos destinados a elaborar otros productos médicos, como, por ejemplo, las válvulas del corazón. Pero lo cierto es que se acogen también otras conductas, como las que recaen sobre la gratuidad de la donación (circunstancia 3ª del apartado a) del art. 156 bis. 1 CP o del número 2 del mismo artículo), que no tienen por qué suponer una peligrosidad distinta de la que supondría su realización en un contexto de legalidad <sup>83</sup>.

En segundo lugar, porque la distinta pena de prisión que marca el tipo, según que el órgano proceda de persona viva –prisión de 6 a 12 años- o de cadáver –prisión de 3 a 6 años-, no se puede explicar únicamente desde la perspectiva de la salud pública. Esta diferencia penológica, aparte de resultar desproporcionada, alienta la idea de que el Legislador sigue considerando la tutela de los intereses individuales del “donante” –salud, vida, acaso condiciones que garantizan su libertad-, pues solo un distinto contenido de injusto en las conductas que involucran a un “donante” vivo justifica este significativo salto de pena. La pena de prisión en el tráfico de órganos en tales casos es la misma que la prevista para las lesiones graves del art. 149 CP. Pero es que, además, el apartado 4 del art. 156 bis CP recoge agravaciones que tienen como referencia a la “víctima del delito”, lo que desmonta un bien jurídico puramente colectivo o institucional, al menos, en los casos de “órganos de persona viva”. Si bien el que la cualificación incida en la puesta en grave peligro de la vida o la integridad física o psíquica de la víctima, obliga a su exclusión del tipo básico, si es que no se quiere caer en un *bis in idem*. Y todo ello al margen, de que la agravación representa una nueva vulneración del principio de proporcionalidad, pues la pena supera la de los correspondientes tipos de lesión: una prisión que comienza en 12 años y 1 día y llega hasta los 18 años.

Si se examina el Preámbulo de la LO 1/2019, aunque parece colocar en primera línea el ataque a intereses individuales, en realidad acaba vinculando la tutela penal a la preservación del sistema de trasplantes, o mejor dicho, a la confianza en el mismo. Concretamente, se declara que el tráfico de órganos humanos “constituye

<sup>83</sup> También, respecto mismo texto en el Convenio del Consejo de Europa, GÓMEZ RIVERO, 2019, p. 80 y 81.

una grave violación de los derechos fundamentales de las personas y atenta gravemente contra bienes jurídicos como la vida, la integridad física y la dignidad humana, además de suponer una amenaza para la salud pública”, manifestando más adelante que “a fin de preservar este estado [en alusión a la regulación del sistema de trasplantes] y ante la constatación de riesgos crecientes (...) ha de fortalecerse un sistema cuyas quiebras, a la postre, atentaría contra la confianza en el mismo de la población en su conjunto”. Qué quiebras sean estas se deduce de la nueva configuración típica del tráfico de órganos que pivota sobre la extracción u obtención ilícita de éstos. Una ilicitud que se delimita típicamente por la infracción de sólo algunas de las normas que regulan la terapia de trasplante, concretamente aquellas que tienen que ver o con el consentimiento del donante vivo, o con la autorización en el caso del donante fallecido o, en fin, con la quiebra del principio de gratuidad. Es este el elemento común a los tres supuestos que integran el concepto legal de tráfico de órganos y sobre el que se apoyan las restantes conductas del art. 156 bis CP, y es en el que, a nuestro modo de ver, hay que buscar la clave para el bien jurídico protegido.

En particular, la escasa doctrina que ya se ha pronunciado sobre ello apunta a la tutela del sistema de trasplantes. Así, criticando este concepto de salud pública, de corte más institucional, al que la nueva tipificación aboca y que se aleja del contenido tradicional relativo a las normas de seguridad y calidad del órgano y del trasplante, se manifiesta GARCÍA ALBERO. En concreto, se refiere a las condiciones legales que marcan la obtención y extracción de órganos humanos, todas en el caso de fallecidos, o sólo las que tienen que ver con el consentimiento libre, informado y no incentivado económicamente, en el caso de las personas vivas<sup>84</sup>.

En esta misma línea, aunque de forma más amplia, se ha pronunciado también ALASTUEY DOBÓN<sup>85</sup>, identificando el bien jurídico con las condiciones esenciales que garantizan el adecuado funcionamiento del sistema nacional de trasplantes basado en los principios de altruismo, gratuidad y acceso universal, a la par que se ofrece una posible explicación a la mención de la “víctima” en los tipos agravados, que entiende referida, no a la del delito de tráfico, sino a la que, en su caso, lo sea de las lesiones o de la trata de seres humanos<sup>86</sup>; o a la mayor penalidad que fija el tipo para el caso de órganos de personas vivas, lo que considera se justifica en el incremento de injusto que deriva de la mayor facilidad para burlar los controles legales en estos supuestos.

Por su parte, MOYA GUILLÉN define el bien jurídico como la salud de indeterminados receptores<sup>87</sup>. Pero desde esta visión resulta difícil explicar la incriminación

<sup>84</sup> Vid. GARCÍA ALBERO, 2019, p. 46 y 47.

<sup>85</sup> Vid. ALASTUEY DOBÓN, 2020, p. 12.

<sup>86</sup> Plantea la misma interpretación de los tipos agravados, apoyándose en el *Explanatory Report* del Convenio contra el Tráfico de Órganos Humanos, MOYA GUILLEM, 2019, p. 22.

<sup>87</sup> Cfr. MOYA GUILLEM, 2019, p. 7 y ss. En el mismo sentido, refiriéndose a la salud de los potenciales donantes y receptores MUÑOZ CONDE, 2019, p. 125.

de algunas conductas típicas, en las que no se aprecia esta peligrosidad (usos distintos del trasplante, explantes por precio, etc.), aparte de que resulta paradójico que se sancionen con menor pena los supuestos que *a priori* podrían desplegar una mayor peligrosidad para potenciales receptores -los que involucran extracciones *mortis causa*-, que los que van dirigidos a un sujeto determinado -las que involucran extracciones de vivo-.

Desde otra opción interpretativa, se distingue el bien jurídico según que el tráfico incida en órganos de vivos o de fallecidos: mientras que en el primer caso el tipo se configura como pluriofensivo, porque junto al sistema de trasplantes se tutela también la integridad física y psíquica individual del donante; en las conductas que involucran órganos procedentes de fallecidos, la tutela se circunscribe exclusivamente al bien jurídico colectivo<sup>88</sup>.

Estamos de acuerdo en que, con la nueva tipificación, el bien jurídico se encuentra más próximo a la tutela del sistema de trasplantes, y en particular, a las condiciones legales establecidas para la obtención y extracción de órganos humanos, pues la definición típica de tráfico de órganos se sustenta sobre la infracción de esta normativa. Precisamente el que la ilicitud de la obtención y extracción se haya vinculado a los requisitos legales para la prestación del consentimiento del donante vivo, a la autorización exigida por la Ley en el caso de fallecidos, y a la gratuidad o altruismo por la obtención o extracción del órgano, evidencia que la tutela penal se ha decantado del lado del donante, tratando de preservar su poder de disposición, respecto de los órganos de vivos, o el de sus allegados, en el caso de fallecidos. Un poder de disposición que se configura como una excepción al carácter inviolable e indisponible del cuerpo humano en cuanto que soporte de la persona, que se es o que se fue -prohibición de comercialización del cuerpo o sus partes-, que se vincula constitucionalmente al derecho a la incolumidad personal. Y es que este derecho dota a su titular de un poder de disposición sobre cualquier intervención que se lleva a cabo sobre su propio cuerpo, aunque un poder limitado, pues ha de ir dirigido a la salvaguarda de la misma realidad corporal<sup>89</sup>. De manera que la normativa de donación de órganos, como excepción legal a los principios de inviolabilidad e intangibilidad del cuerpo humano, se justifica por el mayor beneficio que reporta para la salud del potencial receptor, y que, precisamente para evitar el riesgo de “cosificación” o instrumentalización del ser humano, se exige, del lado del donante vivo, una toma de decisión incondicionada, en la que también pesan las consecuencias para la vida y salud de éste; y del lado del fallecido, preservar la voluntad presunta o manifestada del donante o el poder de disposición sobre el cuerpo de éste que ahora recae sobre sus familiares o allegados. Es cierto que, como veremos, en el caso del órgano del fallecido, la autorización que exige la ley incluye condiciones que se dirigen también a

<sup>88</sup> De esta opinión, BENITEZ ORTUZAR, 2020, p. 118 y 119.

<sup>89</sup> Vid. PASCUAL MEDRANO, 2018, pp. 60 y ss.

preservar la salud de los potenciales receptores, pero esto no parece que sea el elemento determinante de este injusto penal, en el que se castigan otros usos distintos al del trasplante de los órganos humanos obtenidos o extraídos ilícitamente.

En definitiva, la tutela penal trata de salvaguardar la autonomía en el ejercicio del poder de disposición establecido legalmente en materia de donación de órganos en cuanto que manifestación del principio de intangibilidad corporal vinculado a la dignidad humana. Es lo que la doctrina alemana ha identificado como el peligro de “auto corrupción” que, del lado del donante, podría llevarle a adoptar una decisión perniciosa para su salud, y del lado del receptor, al peligro de degradación y de explotación que supondría el estar dispuesto a pagar cualquier precio para obtener un órgano que le puede mejorar sustancialmente la salud, o incluso salvarle la vida<sup>90</sup>.

Desde esta perspectiva, puede explicarse la distinta punición –aunque sea completamente desproporcionada- de las conductas que involucran órganos de persona viva o de fallecida, pues las consecuencias de la toma de decisión son bien distintas: en un caso está en juego la salud o incluso la vida del individuo, y en el otro, respetar el sentimiento de los vivos para con los difuntos como manifestación del principio constitucional de dignidad humana y en el que también puede estar involucrado el derecho a la intimidad familiar, como ha reconocido el TEDH. En efecto, en la STEDH, Sección 4ª, 24 junio 2014 (Caso *Petrova v. Letonia*, asunto 4605/05) el Tribunal reconoce que se vulneró el derecho a la intimidad familiar de la demandante, la madre de un joven que sufrió un accidente de tráfico y al fallecer en el hospital a consecuencia de las graves heridas, le fueron extirpados los riñones y el bazo, sin que se recabase la voluntad de la madre, ni se le informase sobre la extracción. El Tribunal reconoce que forma parte del derecho a la intimidad de la vida familiar, el expresar su voluntad sobre la extracción de los órganos del familiar fallecido, que no había manifestado nada al respecto en vida.

Así pues, lo determinante para la tipicidad es el peligro abstracto para esta libertad de decisión (un peligro general individual), esto es, que la conducta sea idónea para poder afectar la prestación del consentimiento en el ámbito de la donación de órganos. No bastará, por ello, con la infracción de las normas administrativas que regulan este proceso. Es cierto que, en algunas modalidades, ya se habrá llegado incluso a la toma de decisión (claramente cuando se ejecuta la extracción, o en las conductas posteriores a esta), su incriminación aquí se sustenta –al igual que ocurre en otros delitos con objetos ilícitos como la pornografía infantil- en su función como motor del ilícito y su papel como agotamiento material del ilícito, pues es la necesidad y escasez del órgano lo que genera la búsqueda de donantes. Así el uso de los órganos humanos extraídos ilícitamente puede verse como una especie de receptación de la previa extracción ilícita.

<sup>90</sup> PELCHEN llama la atención sobre el distinto tratamiento que recibe quien actúa para satisfacer sus propias necesidades en la Ley sobre drogas y en la de Trasplantes: mientras en la primera la adquisición de droga para el autoconsumo es impune, en la segunda quien se deja trasplantar un órgano proveniente del tráfico ilícito es en principio punible (2011, Rn 3); también, SCHROTH, 2001, p. 880; KÖNIG, 2005a, Rn 22.

#### IV. El objeto del tráfico: órganos humanos ajenos

El objeto material de las conductas de tráfico del art. 156 bis. 1 CP se corresponde con los órganos humanos, sancionándose con mayor o menor pena según se trate del órgano de una persona viva o fallecida.

Esta referencia expresa a los órganos de fallecidos, introducida con la reforma de la LO 1/2019, ha zanjado la cuestión que sobre este extremo se planteaba con la anterior regulación, en la que a partir de la referencia típica a “los órganos humanos ajenos” se discutía si estos abarcaban los que pertenecieran a otro, distinto del autor y, por tanto, con indiferencia de si se encontraba vivo o fallecido<sup>91</sup>; o a otro que, como el autor pero distinto de él, había de ser un ser humano vivo -de la misma forma que ocurre en los delitos de homicidio y lesiones-, dado que la pena se fijaba en atención al carácter principal o no del órgano y a que se ubicaba entre los delitos de lesiones<sup>92</sup>.

En cualquier caso, el tipo deja fuera las conductas que incidan sobre órganos, tejidos y células de origen animal (xenotrasplantes, xenoinjertos), así como las que recaen sobre células y tejidos humanos (óvulos, esperma, córnea, médula ósea, etc.), los fluidos como la sangre o los productos de desecho humano como la placenta, cordón umbilical, etc., sin perjuicio de lo que más adelante diremos sobre el uso de los órganos obtenidos ilícitamente (art. 156 bis.1.c CP) y con independencia de que puedan constituir otro delito, como el farmacológico del art. 361 CP<sup>93</sup> o las lesiones, por ejemplo, cuando se extrae la córnea perdiendo el ojo su funcionalidad<sup>94</sup>.

En cuanto al concepto de órgano, el art. 3.19 RD 1723/2012, que recoge la definición proporcionada por la Directiva 2010/53/UE, en su art. 3 h), dispone que es “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 ejemplo de órganos esta normativa menciona a los riñones, el corazón, los pulmones, el hígado, el páncreas, el intestino y “cuantos otros con similar criterio puedan ser obtenidos y trasplantados de acuerdo con los avances científicos y técnicos” (art. 3.19 RD 1723/2012).

Resulta discutible si quedan abarcados por el tipo los casos de trasplante parcial, esto es, de trasplante de parte de un órgano que no provoca una pérdida funcional relevante como por ejemplo partes del hígado, islotes pancreáticos, etc. Es cierto que

<sup>91</sup> Cfr. GÓMEZ TOMILLO, 2011, p. 617; GÓMEZ RIVERO, 2013, p. 17; ALASTUEY DOBÓN, 2013, p. 13; incluyendo órganos de embriones y fetos, MOYA GUILLEM, 2018, p. 264.

<sup>92</sup> Entre otros, GARCÍA ALBERO, 2010a, p. 186 y 187; CARBONELL MATEU/GONZALEZ CUSSAC, 2010, p. 159; FELIP I SABORIT, 2010, p. 44, marginal 622; DÍAZ-MAROTO VILLAREJO, 2011, p. 280; BENITEZ ORTÚZAR, 2011, p. 121; CARRASCO ANDRINO, 2015, p. 131 y 132; HERRERA MORENO, 2010, p. 120; PUENTE ABA, 2011, p. 146; SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, 2012, p. 95.

<sup>93</sup> El autor plantea esta posibilidad a partir de un concepto amplio de medicamento o incluso un delito de profanación de cadáveres (cfr. FELIP I SABORIT, 2012, p. 253).

<sup>94</sup> El ejemplo es de GARCÍA ALBERO, 2010a, p.190.



de admitirse esta posibilidad se podría acabar considerando típico lo que el Legislador claramente ha querido dejar fuera del tipo: el tráfico ilícito respecto de células y tejidos. Pero también hay que tener en cuenta que tanto la Directiva 2010/53/UE como el RD 1273/f2012 amplían el concepto de órganos a partes de éstos “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”. En consecuencia, una interpretación extensiva permite incluir las conductas típicas que recaen sobre partes sustanciales del órgano que permitan esta autonomía y funcionalidad, como ocurre, por ejemplo, respecto de partes del hígado, dado que este órgano es regenerable y mantiene la funcionalidad<sup>95</sup>.

En cuanto a si han de considerarse típicos los trasplantes de extremidades o partes del cuerpo como la cara, la mano, el brazo, las piernas, la pared abdominal, laringe, etc. parece que la respuesta debe ser afirmativa, dado que, de una parte, el RD 1273/2012 ha ampliado el concepto de órgano a los tejidos compuestos vascularizados (art. 3.19), y de otra, tienen al igual que los órganos propiamente dichos autonomía funcional, sin que por otra parte, el significado gramatical del término “órgano” lo impida, que según la RAE se identifica en su segunda acepción con “cada una de las partes del cuerpo animal o vegetal que ejercen una función”<sup>96</sup>.

Aunque la nueva redacción típica parece haber eliminado la necesidad de que los órganos humanos objeto de tráfico sean ajenos, pues ha desaparecido este adjetivo de la mención que a aquellos se hace en el primer párrafo del número 1 del art. 156 bis CP, lo cierto es que una lectura más detenida del precepto lleva a otra conclusión. En particular, la definición legal de lo que constituya tráfico punible se construye en torno a la extracción u obtención ilícita de “órganos humanos ajenos”, primera de las conductas recogida en el art. 156 bis.1 a) CP, y a la que se van refiriendo las otras enumeradas en las letras b) y c) del mismo apartado, al recaer sobre los “órganos ilícitamente extraídos”. Esto, en consecuencia, excluye al donante –vivo- como posible sujeto activo de las conductas de tráfico previstas en el número 1.

Finalmente, tras la reforma introducida por la LO 1/2019, el *quantum* de la pena prisión permanece invariable, modificándose únicamente el criterio de asignación: ahora se fija, no en atención al carácter principal o no principal del órgano, sino a si procede de persona viva o de fallecida: prisión de 6 a 12 años en el primer caso, y de 3 a 6 años en el otro. Esta distinción penológica se explica de distinta forma por los autores en función del entendimiento del bien jurídico protegido por el que se haya optado. Así, quienes se inclinan por un bien jurídico supraindividual ligado a la salud

<sup>95</sup> También FELIP I SABORIT, 2021, marginal 7481.1; BENITEZ ORTUZAR, 2020, p. 120. En contra, en cambio CARBONELL MATEU/GONZALEZ CUSSAC, 2010, p. 160; CARBONELL MATEU, 2016, p.119; GARCÍA ALBERO, 2010a, p. 190, admitía esta posibilidad antes de la reforma de 2019, respecto del tipo original del 156 bis CP; posición que cambia tras la modificación del art. 156 bis con la reforma de 2019, rechazando su inclusión por prohibirlo el principio de interpretación estricta (cfr. 2019, p. 49).

<sup>96</sup> También GÓMEZ TOMILLO, 2011, p. 619.

pública, a las condiciones esenciales del sistema de trasplantes aluden a razones de política criminal, que tienen que ver con la mayor incidencia de este fenómeno criminal en las extracciones de órganos en personas vivas que en fallecidas y con la mayor vulnerabilidad de los primeros, acuciados por situaciones de necesidad económica, coaccionados o intimidados<sup>97</sup>. Para quien, además de la salud pública, entiende protegida la salud individual del donante en los casos de órganos procedentes de personas vivas, la mayor pena se explica por este mayor contenido de injusto<sup>98</sup>. En nuestro caso, ya hemos indicado que quizás esta diferencia penológica tendría que ver con la distinta trascendencia que tiene una toma de decisión en este ámbito para el donante vivo o para los familiares o allegados del fallecido. Por otra parte, la criminología del delito revela que el mercado negro de órganos humanos tiene mayor incidencia en el ámbito de las donaciones entre vivos, que en las de fallecidos, pues aquellas permiten una programación a la carta, apreciándose además una mayor instrumentalización del ser humano, que habitualmente consiente motivado por una situación de necesidad económica o de otro tipo más o menos acuciante<sup>99</sup>.

## V. Los tipos del apartado 1º del art. 156 bis CP

### 1. *Conducta típica*

La conducta típica del apartado 1º consiste en promover, favorecer, facilitar, publicitar o ejecutar el tráfico de órganos humanos. Las disquisiciones doctrinales que se formularon con el anterior texto legal acerca del concepto de tráfico ilegal han quedado superadas con el nuevo texto introducido por la reforma LO 1/2019, que proporciona una interpretación auténtica de lo que constituye tráfico de órganos humanos. Como veremos, esta definición aglutina las distintas fases por las que atraviesa este comercio infame: desde la extracción u obtención ilícita hasta el uso de órgano. La combinación de aquellos verbos típicos con estas conductas de tráfico da lugar a un tipo mixto alternativo que comprende las siguientes modalidades típicas:

- a) promover, favorecer, facilitar, publicitar y ejecutar la extracción u obtención ilícita de órganos humanos ajenos
- b) promover, favorecer, facilitar, publicitar y ejecutar la preparación, preservación, almacenamiento, transporte, traslado, recepción, importación o exportación de órganos ilícitamente extraídos
- c) promover, favorecer, facilitar, publicitar y ejecutar el uso de órganos ilícitamente extraídos con la finalidad de su trasplante o para otros fines.

<sup>97</sup> MOYA GUILLEM, 2019, p. 8; ALASTUEY DOBÓN, 2020, p. 7 y 13, quien se refiere también a la mayor facilidad para burlar los mecanismos legales vigentes en materia de trasplantes de vivos.

<sup>98</sup> Así BENITEZ ORTUZAR, 2020, p. 119.

<sup>99</sup> FELIP I SABORIT, 2021, marginal 7478.2; También respecto del tipo penal anterior a la reforma 2019, SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, 2012, p. 97.

Antes de entrar en el examen de cada una de estas modalidades, conviene referirse a los verbos típicos, comunes a todas ellas. El significado gramatical de estos términos típicos pone de manifiesto la gran amplitud del tipo, en el que tienen cabida actos preparatorios, de complicidad o cooperación y los propiamente ejecutivos de aquellas otras actividades que configuran el tráfico de órganos definido legalmente. Así en su significado literal promover es “iniciar o activar una cosa, procurando su realización” y también “provocar, producir o causar”; facilitar significa “hacer más fácil algo o proporcionar algo”; favorecer es equivalente a “ayudar o apoyar” y publicitar consiste en “dar a conocer algo por medio de la publicidad”. Se considera así 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; el favorecimiento y la facilitación se aproximarían a las conductas de participación: favorecer sería cualquier acción de apoyo o ayuda a las conductas de tráfico, y facilitar aludiría a la eliminación de obstáculos o proporcionar medios para cometer el delito. Se ha querido ver en ello que el favorecimiento se aproxima a actos de complicidad y la facilitación a comportamientos de cooperación necesaria<sup>100</sup>.

Por su parte, la publicidad sería un claro acto de promoción, cuya tipificación expresa puede obedecer a las recomendaciones hechas en tal sentido en distintos textos internacionales. En particular, el art. 13.3 de la Directiva 2010/52/UE 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”. También el Principio Rector 6 de la OMS sobre Trasplante de Células, Tejidos y Órganos humanos prohíbe la incitación comercial de estas actividades. La preocupación internacional por esta conducta de promoción resulta comprensible a la vista de que las nuevas tecnologías de la información y comunicación, y esencialmente de la red internet, facilitan el encuentro de donantes, receptores e intermediarios. Los anuncios encontrados en la internet profunda, ofreciendo, bajo el eufemismo “servicios de coordinación internacional de trasplantes”, la intermediación en comercio de trasplantes, son una muestra de ello. El tipo comprende cualquier forma de divulgación que tenga un alcance a un colectivo de individuos, más o menos indeterminado. Así, por ejemplo, la oferta de instalaciones médicas o de servicios médicos para realizar el trasplante, ofrecer dinero a cambio de un órgano, ofrecer actividades de intermediación (contactar con la clínica, etc.).

En relación con la modalidad típica de “publicitar” la obtención, el tráfico y/o el trasplante ilícito algún autor se ha cuestionado la posibilidad de aplicar el régimen de responsabilidad escalonada que fija el art. 30 CP<sup>101</sup>. A nuestro modo de ver debe

<sup>100</sup> Vid. Así BENITEZ ORTUZAR, 2020, p.122.

<sup>101</sup> Cfr. GÓMEZ TOMILLO, 2011, p. 620, el autor rechaza esta posibilidad finalmente, pues entraría en contradicción el amplio alcance de la conducta típica, en la que se incardinan conductas de participación e incluso de preparación al hecho delictivo central, que es el tráfico de órganos humanos. En el mismo sentido, GÓMEZ RIVERO, 2013, p. 21.

excluirse, pues el injusto del hecho no incide en la libertad de expresión, para el que está pensada esta clausula limitativa de la responsabilidad penal.

### 1.1. *El concepto penal de tráfico de órganos: la exclusión del donante como sujeto activo*

El concepto penal de tráfico de órganos, introducido por el Legislador de 2019 en el art. 156bis CP, se construye a partir de la ilicitud, también definida legalmente, de la extracción u obtención de aquellos. En este sentido, la referencia típica a “los órganos ilícitamente extraídos” en las conductas de las letras b) y c) del apartado 1 no deja lugar a dudas de esta limitación, y es la que explica –como ya dijimos- que el donante vivo no pueda ser sujeto activo de las mismas, dado que se parte de que la extracción y obtención recaen sobre los que son ajenos<sup>102</sup>. No compartimos, por tanto, aquellas interpretaciones que, obviando esta referencia gramatical, defienden que el donante vivo pueda ser sujeto activo de las conductas recogidas en los apartados b) y c)<sup>103</sup>, e incluso de los contenidos en la letra a) del apartado 1 en relación con la tercera circunstancia que determina la ilicitud de la extracción, considerando que en tal caso, si el donante solicita la dádiva que convierte en ilícita la extracción, esta conducta es punible como “co-ejecución” del tráfico o al menos como promoción, favorecimiento o facilitación del mismo<sup>104</sup>. Y ello por la potísima razón de que nos encontramos ante un supuesto de participación necesaria impune en esa modalidad típica. Impune porque la tipificación incide en el favorecimiento, facilitación o promoción de la extracción de órganos humanos ajenos, y necesaria porque –como reconoce el citado autor al valorar aquel comportamiento como “co-ejecución”- la conducta que se castiga es la complementaria: la de quien ofrece o entrega la dádiva al donante para obtener sus órganos. Nos encontramos ante lo que GROPP ha denominado un delito centrípeto en el que el injusto multiplicador proviene del lado de la demanda –como evidenciamos en la primera parte de este trabajo-, de manera que resulta más eficaz sancionar directamente la conducta de la parte que genera el peligro y en la que se concentra el efecto multiplicador o propagador del injusto, lo que explica la impunidad del partícipe necesario –cuya conducta es complementaria, pero no se ha tipificado- en base a los principios de igualdad y proporcionalidad<sup>105</sup>.

### 1.2. *La extracción u obtención ilícita*

La extracción u obtención ilícita de órganos humanos ajenos se convierte en el concepto de referencia de las otras modalidades de tráfico. La ilicitud, a su vez, viene dada, no por la quiebra de cualquier aspecto de la normativa sobre donación de

<sup>102</sup> También ALASTUEY DOBÓN, 2020, p. 6; MUÑOZ CONDE, 2019, p. 126.

<sup>103</sup> Así, MOYA GUILLEM, 2019, p. 14.

<sup>104</sup> De esta opinión, GARCÍA ALBERO, 2019, p. 65.

<sup>105</sup> Vid. GROPP, 1992, pp. 236 y ss.

órganos humanos para trasplante, sino solo de la que tiene que ver esencialmente con los principios de voluntariedad y gratuidad en aquellas actividades.

La referencia típica a “la forma y con los requisitos previstos legalmente”, en el caso del donante vivo, y a “la necesaria autorización exigida por la ley en el caso del donante fallecido” convierte al tipo en una norma penal en blanco con los problemas e implicaciones que esto supone. La normativa de referencia es esencialmente la Ley 30/1979, de 27 de octubre, sobre Extracción y Trasplante de Órganos y el Real Decreto 1723/2012, de 28 de diciembre, que la desarrolla, pues es en ella en la que se fijan aquellas condiciones y requisitos.

Por extraer se entiende “sacar o poner algo fuera de donde estaba”; y por obtener “alcanzar, conseguir y lograr algo que se merece, solicita o pretende” (RAE). Ahora bien, en el ámbito de la donación de órganos, la obtención se identifica con “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” (art. 3.17 RD 1723/2012). De lo que resulta que el concepto de obtención es más amplio que el de extracción, que quedaría así comprendido en aquél, al igual que la preparación del órgano, conducta que se incorpora en el segundo grupo de conductas de tráfico recogidas en la letra b de este apartado 1º. Así las cosas, para evitar redundancias innecesarias y dotar de contenido propio a cada una de las modalidades, hay que entender que la obtención comprende el proceso de donación del órgano desde que comienza a recabarse el consentimiento del donante vivo o a constatarse la falta de oposición del fallecido hasta que se inicia la operación de extirpación del mismo, dado que ésta integra la otra modalidad típica de extracción, y dejando fuera también la actividad de preparación del órgano, incluida expresamente en la letra b del apartado 1º.

La ilicitud de la extracción u obtención viene dada por la presencia de alguna de las siguientes circunstancias:

- a) La ausencia de consentimiento libre, informado y expreso del donante vivo en la forma y con los requisitos previstos legalmente. A ellos se refieren los arts. 4 Ley 30/1979 y el 8 del RD 1723/2012, a saber:
  - Requisitos de capacidad. Se requiere ser mayor de edad y gozar de plenas facultades mentales. Los menores no pueden consentir, aun cuando cuenten con el consentimiento de sus padres o tutores. Tampoco quienes padezcan deficiencias psíquicas, enfermedad mental o por cualquier otra causa no puedan manifestar un consentimiento libre, expreso y consciente. En consecuencia, una persona discapacitada podrá ser donante, siempre que se garanticen estos requisitos de capacidad.
  - El consentimiento ha de ser informado, lo que se traduce en la necesidad de explicar los riesgos y consecuencias de la extirpación, las repercusiones que puede tener sobre su vida personal, familiar y profesional, e incluso la forma

de proceder ante la contingencia de que una vez extraído el órgano no fuera posible su trasplante al receptor al que iba destinado. Una información que deberá proporcionarse en el formato adecuado, que garantice la accesibilidad y comprensión para todos, y especialmente para personas discapacitadas que puedan ser donantes.

- Requisitos de forma: el consentimiento se ha de prestar por escrito y ante la autoridad competente, que es el juez de primera instancia de la localidad donde va a realizarse la extracción o el trasplante. A ello se refiere el apartado 4 del art. 8 del RD 1723/2012, en el que se dispone que se debe prestar consentimiento expreso ante el Juez en la comparecencia que tendrá lugar en el procedimiento de jurisdicción voluntaria, que se puede instar a solicitud del propio donante o comunicación del director del centro sanitario en el que vaya a realizarse la extracción, y en la que estarán presentes el médico que vaya a practicar la extracción, quien dará las explicaciones oportunas antes de la prestación del consentimiento por el donante, el médico que certifique el estado de salud del donante y el médico que vaya a practicar el trasplante. El documento de cesión extendido por el juez deberá ser firmado por el donante y los demás asistentes. Si alguno de los asistentes dudara de que el consentimiento se presta de manera libre, expresa, consciente y desinteresada podrá oponerse eficazmente a la donación. Entre la firma de este documento y la extracción habrán de mediar, al menos, 24 horas, pudiendo revocarse el consentimiento en cualquier momento antes del inicio de la intervención sin sujeción a formalidad alguna.
- b) La ausencia de la necesaria autorización exigida por la ley en el caso del donante fallecido. Si se acude a la Ley 30/1979 la única mención a la autorización se hace para un caso particular: cuando se trata de la obtención de órganos de fallecidos por muerte accidental o cuando medie una investigación judicial, en cuyo caso, se requiere la autorización del juez que corresponda antes de efectuarse la obtención, la cual habrá de concederse siempre que no se obstaculice el resultado de la investigación penal en curso. A ello se refiere también el RD 1723/2012. No parece, sin embargo, que sea ésta la autorización concernida en el tipo penal, pues su finalidad nada tiene que ver con el bien jurídico protegido. Más bien, hay que entender que aquella mención típica ha de referirse al “documento de autorización” que ha de firmar el responsable de la coordinación hospitalaria de trasplantes o persona en quien delegue, y en el que ha de constar: las comprobaciones sobre la voluntad del fallecido o de quienes ostenten su representación legal; que se ha facilitado a los familiares la información necesaria acerca del proceso de obtención, siempre que las circunstancias objetivas no lo hayan impedido, haciendo constar esta última situación si ocurriera; que se ha comprobado y certificado la

muerte, adjuntando éste; que se cuenta con la autorización del juez en el caso de muerte accidental o cuando medie investigación judicial; que el centro donde se va a realizar la obtención está autorizado para ello y que dicha autorización está en vigor; los órganos para los que no se autoriza la obtención, teniendo en cuenta las restricciones que puede haber establecido el donante; el nombre, apellidos y cualificación profesional de los médicos que han certificado la muerte, y que ninguno de estos facultativos forma parte del equipo extractor o trasplantador (apartado 6 del art. 9 RD 1723/2012). De lo que resulta que la ilicitud penal de la obtención y extracción de órganos de fallecidos es más amplia que la de donantes vivos, lo que conduce al dislate de proteger más los casos que tienen asignada una menor pena. En efecto, mientras en la donación de vivos la ilicitud de la extracción o la obtención se hace depender en el tipo sólo de los incumplimientos relativos al consentimiento del donante y al principio de gratuidad, en la de fallecidos, se abarcan todos los incumplimientos que impiden la autorización, como el relativo al centro autorizado o al personal médico cualificado. Estamos, por ello, de acuerdo con la Doctrina que propugna una interpretación restrictiva que limita el contenido de la autorización legal a lo que tiene que ver con la constatación de la muerte y con la indagación de la no oposición expresa del fallecido<sup>106</sup>. Y es que en este sentido el art. 5 Ley 30/1979 marca estos requisitos como mínimos para proceder a la extracción u obtención de órganos de cadáver, guardando un paralelismo con los que se fijan en el art. 4 para los donantes vivos.

- c) 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 sí o por persona interpuesta, o se aceptare ofrecimiento o promesa. Aun cuando algún autor ha considerado que en este caso se abre la posibilidad de sancionar al donante<sup>107</sup>, lo cierto es que el tipo limita la obtención y extracción típicas a las de órganos humanos ajenos, lo que no impide que para caracterizar la ilicitud de tales actividades se fije en si se ha solicitado por el donante o por un tercero, si se ha aceptado el ofrecimiento o la promesa o si se ha recibido retribución o dádiva. Y es que, respecto del donante, el órgano sigue siendo propio, con lo que ni siquiera se podría decir que el donante favorece la obtención ilícita como forma de tráfico punible. Distinto es el caso del tercero o de la persona interpuesta.

Esta circunstancia se cumple cuando se solicita o recibe o se acepta el ofrecimiento o promesa de la retribución por el donante o por un tercero, a cambio de la extracción u obtención. Nos encontramos con fórmulas típicas de pluripersonalidad, en las que

<sup>106</sup> Vid. ALASTUEY DOBÓN, 2020, p. 8; GARCÍA ALBERO, 2019, p. 46. De otra opinión, en coherencia con el bien jurídico protegido que define -salud pública como salud de indeterminados receptores- MOYA GUILLEM, 2019, p. 13 y 14.

<sup>107</sup> Así, GARCÍA ALBERO, 2019, p. 55 y 56.

es necesaria la presencia de, al menos, dos sujetos y de dos conductas, si bien, no todas ellas se han tipificado en la norma de la Parte Especial, generando lo que se conoce como participación necesaria impune<sup>108</sup>. Así, basta la solicitud de la dádiva por el donante, sin necesidad de que se produzca la aceptación por la contraparte, y con ello el acuerdo, para perfeccionar la circunstancia. Esta otra conducta del mismo hecho no está tampoco comprendida en la expresión típica “aceptación del ofrecimiento o promesa”, pues ahí se trata de quien acepta recibir la dádiva o recompensa, no de quien acepta entregarla, a cambio de la extracción u obtención. Ahora bien, como quiera que lo relevante aquí es definir cuándo la extracción u obtención se convierte en ilícita penalmente, aquellas otras conductas pueden tener cabida en el tipo como promoción, favorecimiento o facilitación del tráfico, siempre, claro está, que se trate de órganos ajenos.

La acción de solicitar supone la mera propuesta o petición de la recompensa, mientras que en la aceptación del ofrecimiento o promesa o en la recepción de la recompensa se produce un acuerdo de voluntades, aunque sea con el acto concluyente de “tomar lo que le dan”. Luego, la ilicitud se produce tanto si hay acuerdo –aceptación del ofrecimiento o promesa, recepción de la retribución- como si no lo hay –solicitud-, tanto si se ha producido la entrega de la dádiva como si solo se ha prometido.

Desde esta perspectiva, el tercero tendrá que situarse del lado de quienes pueden intervenir en el proceso de obtención o extracción del órgano, desde los familiares del fallecido hasta el personal del hospital, etc., que pueden proporcionar el órgano a cambio de una dádiva o recompensa. No existe, por tanto, solapamiento con las conductas del apartado 2 del art. 156 bis CP, en cuya letra b) se tipifica el ofrecer o entregar dádiva o retribución a determinados sujetos.

La referencia típica a que la conducta se realice por sí o por persona interpuesta no resultaba necesaria y además es perturbadora. Lo primero, porque si lo que se pretendía es referirse a la autoría mediata, única modalidad de autoría en la que se hace mención a la actuación “por medio de otro”, ésta ya se encuentra contemplada en el art. 28 CP. Pero es que, además, esta fórmula da cabida a formas de participación –el intermediario puede ser un partícipe- como se ha constatado en el cohecho, donde se emplea una expresión semejante. Por ello, tampoco tiene mayor trascendencia el que esta mención no se haya incluido también respecto de la aceptación del ofrecimiento o promesa.

Con la expresión “en provecho propio o ajeno” se alude al beneficio que se obtiene o se espera obtener con la dádiva solicitada, recibida, aceptada o prometida, siendo indiferente que la motivación sea el propio beneficio o el de un tercero (allegado, familiares o terceros ajenos), incluyendo por tanto también motivaciones más o menos altruistas.

<sup>108</sup> Vid. sobre el concepto de delito pluripersonal como un problema de tipicidad, CARRASCO ANDRINO, 2002, p. 50 y ss.



La dádiva o retribución puede ser de cualquier clase, lo que abre la posibilidad a que lo que se entrega como pago o recompensa no sea ni necesariamente dinero ni tampoco algo evaluable económicamente como, por ejemplo, los favores de índole sexual, la continuación de una relación sentimental, etc. Ahora bien, la referencia típica a los “gastos o pérdidas de ingresos derivados de la donación”, junto a los principios de gratuidad, altruismo y ausencia de ánimo de lucro que rigen en materia de donación de órganos humanos (art. 4 RD 1723/2012) y que tienen un contenido económico, permitiría restringir la interpretación a cualquier recompensa dineraria o no, pero cuantificable económicamente: desde la entrega de un bien (un coche de lujo, una casa, etc.) hasta el pago de prestaciones (viajes, financiación de cursos académicos, etc.) o adopción de decisiones que se traducen en un beneficio económico (ascensos laborales o profesionales, asignación de un puesto de trabajo, etc.). En el caso enjuiciado por la SAP Valencia, Sección 2ª, 482/2019, 7-10 (ROJ: SAP V 3883/2019), se ofrecieron a los sucesivos potenciales donantes: “trabajo en el Líbano y tratarlo como uno más de la familia”, 40.000 euros, traer a los hijos desde Palestina junto a un gran regalo, etc. En el caso se trataba de un nacional del Líbano que, aquejado de una enfermedad hepática, decide contactar con familiares residentes en España para buscar potenciales donantes a cambio de precio, para que se le practique en España un trasplante de hígado, haciéndolos pasar por viejos amigos que de forma altruista están dispuestos a realizar la donación de parte de su hígado.

La Doctrina alemana se refiere a una ventaja, de carácter material o inmaterial, pero objetivamente mensurable<sup>109</sup>, no siéndolo, por ejemplo, la esperanza del donante de que la receptora siga manteniendo una relación sentimental con él<sup>110</sup>. En este sentido, el Convenio del Consejo de Europa se refiere a un “beneficio económico o ventaja semejante”, aclarando el informe explicativo que lo que se pretende es evitar que se obtengan ganancias económicas con el cuerpo humano o sus partes (punto 39), excluyéndose por ello las llamadas donaciones cruzadas o entre parejas (punto 40), en las que la donación se realiza por el miembro sano de una pareja hacía el miembro enfermo de la otra pareja y, a su vez, el sano de ésta última en favor del enfermo de la otra. También los Principios Rectores de la OMS sobre trasplante de células, tejidos y órganos humanos (Resolución WHA 63.22) se refieren a “pago monetario u otra recompensa de valor monetario”. GARCÍA ALBERO se plantea si algunos de los incentivos que se han ofrecido a los familiares del difunto para “recompensar” que no se opongan a la extracción, como cubrir los gastos del sepelio o los de repatriación del cadáver de quien fallece en el extranjero, podrían tener cabida en el tipo penal<sup>111</sup>. Lo determinante, a

<sup>109</sup> Así, no son objetivamente mensurables, y por ello quedan fuera del tipo, el actuar movido por la ambición o la vanidad del médico que practica el trasplante. En cambio, sí que tendrían cabida una mejora concreta de las condiciones de trabajo o de investigación del profesional médico (vid. KÖNIG, 2005b, Rn. 45).

<sup>110</sup> Cfr. SCHROTH, 2001, p. 886.

<sup>111</sup> Cfr. GARCÍA ALBERO, 2019, p. 56

nuestro modo de ver, será si dicha recompensa es idónea para condicionar la voluntad en este sentido.

Del concepto de dádiva o retribución se excluye expresamente en el tipo el resarcimiento de gastos o pérdida de ingresos derivados de la donación. Una aclaración que se contempla ya en los textos internacionales y que no era necesario introducir (Convenio europeo de Tráfico de Órganos, Principios Rectores de la OMS, etc.) y que afecta claramente a las donaciones de vivos. Aquí tienen cabida gastos médicos para realizar las pruebas correspondientes para garantizar la calidad y seguridad de la extracción, los relativos al desplazamiento del donante desde su lugar de residencia al hospital o a la inversa, su manutención durante este tiempo y el necesario para su recuperación tras la extirpación, es decir, todos los que no supongan ganancia por la obtención del órgano y que, por ello, no se manifiesten como idóneos para condicionar la decisión de entregar el órgano. En esta línea, en la Doctrina alemana se plantea dejar fuera del tipo también aquellos desembolsos que van dirigidos a contrarrestar riesgos futuros, más o menos previsibles, como, por ejemplo, la contratación de un seguro de vida o de incapacidad en favor del donante<sup>112</sup>.

### 1.3. *La preparación, preservación, almacenamiento, transporte, traslado, recepción, importación o exportación de órganos ilícitamente extraídos*

En esta segunda modalidad se incluyen las conductas que integran una nueva fase en el proceso de comercialización: las de aseguramiento y traslado o desplazamiento del órgano como mercancía ilícita. Algunas de estas actividades están definidas en la normativa de trasplantes. En particular, la preparación alude al “conjunto de procedimientos a que se somete un órgano para que llegue al receptor en condiciones de trasplantarlo” (art. 3 RD 1723/2012), lo que comprende su preservación, empaquetado y etiquetado, incorporando diversa información (su procedencia y destino, características del donante y del órgano, sobre la extracción y las soluciones empleadas para la preservación, etc.). En consecuencia, por preparar el órgano habrá que entender aquella actividad necesaria que asegure su traslado y entrega en óptimas condiciones.

La preservación consiste en la “utilización de agentes o procedimientos químicos, físicos o de otro tipo con el fin de detener o retrasar el deterioro que sufren los órganos, desde el fallecimiento hasta el trasplante en el caso de la donación tras la muerte diagnosticada por criterios circulatorios y respiratorios, o desde su extracción hasta su trasplante, en el caso de la donación tras la muerte diagnosticada por criterios neurológicos o de la donación de vivo” (art. 3 RD 1723/2012). Luego, la preservación del órgano se refiere a aquellas actividades que se dirigen a evitar su posible

<sup>112</sup> Cfr. TAG, 2007, Rn. 25; críticamente con esta interpretación tan amplia que incluye la previsión de riesgos futuros, KÖNIG, 2010, p. 515, para quien puede suponer una puerta hacia la comercialización legalizada de órganos.

deterioro desde el fallecimiento hasta su uso, y que en el caso de fallecidos por asistolia pueden comenzar incluso antes de su extracción. Ahora bien, como el tipo limita estas conductas a las que recaen sobre “los órganos ilícitamente extraídos”, la preservación debe quedar limitada a las actividades posteriores a la extracción, dejando las que tienen lugar antes de ésta dentro de las previstas en la letra a) del apartado 1º.

El almacenamiento en cuanto que reunión o acopio en cantidad de algo, no es una conducta que tenga sentido en el tráfico de órganos para trasplante, pues el rápido tiempo de isquemia lo convierte en inservible. Más relevante resulta, en cambio, cuando el órgano va a ser destinado a otros usos: investigación o la obtención de tejidos o células.

El significado de transporte o traslado es equivalente e indicativo del desplazamiento del órgano de un lugar a otro. La importación o exportación serían, así, formas de traslado en las que se destaca el desplazamiento hacia el territorio español desde el extranjero o a la inversa. La recepción del órgano alude a la llegada del órgano a su destino, a la entrega al destinatario, haciéndose cargo del mismo. Así, por ejemplo, cuando llega al centro o al equipo médico que va a efectuar el trasplante ilegal.

El objeto material de todas estas conductas ha de ser el órgano ilícitamente extraído, con lo que el desvío fuera del sistema legal de trasplantes de órganos lícitamente extraídos queda fuera del tipo penal; siendo además indiferente que se hayan cumplido o no los requisitos legales a que están sometidas tales actividades y, como se ha puesto de relieve, el que tales incumplimientos dentro del sistema legal de obtención de órganos puedan incidir sobre la salud individual, la colectiva, o incluso la equidad en el acceso a la terapia del trasplante, etc.<sup>113</sup>.

#### *1.4. El uso de órganos ilícitamente extraídos con la finalidad de su trasplante o para otros fines*

El uso del órgano constituye la última fase en el proceso de tráfico de órganos. Usar el órgano es hacerlo servir para algo (RAE), mencionándose expresamente en el tipo el fin de trasplante, pero dejando abierta la puerta a finalidades distintas. En este sentido, el informe explicativo del Convenio del Consejo de Europa sobre Tráfico de Órganos alude particularmente a la investigación científica y a la recolección de tejidos y células para elaborar productos farmacéuticos o de uso terapéutico (válvulas del corazón, material de osteosíntesis, terapias celulares, etc.) (párrafo 21), advirtiéndose que la lista no es exhaustiva, pues pretende acoger otras finalidades distintas de su implantación que en el futuro la investigación científica pudiera desvelar para el uso de órganos humanos.

Ciertamente la utilización del órgano humano en el ámbito del trasplante es la finalidad que constituye el motor de este mercado infame y la que más

<sup>113</sup> En este sentido, GARCÍA ALBERO, 2019, p. 45 y 56.

frecuentemente se reporta en los documentos internacionales (su uso en rituales es más testimonial). Por eso hubiera sido más adecuado, en aras del principio de intervención mínima, que el Legislador hubiera hecho uso de la discrecionalidad que permitía el citado Convenio Europeo (art. 30) e incriminar únicamente la finalidad de trasplante. No obstante, también se han documentado casos de suministro ilegal de material humano para la elaboración de productos médicos en la industria biotecnológica, como el de la empresa *Biomedical Tissue Services* ocurrido en 2005, cuyo director Michael Mastromarino pagaba a los enterradores de Nueva York y Pensilvania unos 1000 dólares por cadáver, falseando los documentos de donantes y la causa de la muerte<sup>114</sup>. El peligro para la salud pública en estos casos es evidente: la obtención ilegal del tejido pone en cuestión su calidad y seguridad, con los riesgos que ello pueda suponer para los receptores, y sin perjuicio de que estas conductas pudieran constituir otros ilícitos penales (profanación de cadáver, delito farmacológico).

En cualquier caso, la utilización de una fórmula tan abierta convierte en superflua la propia mención típica a los fines, haciendo que sea típico cualquier destino que se le dé al órgano ilícitamente extraído. La función limitadora que pudiera desempeñar este elemento subjetivo del injusto se pierde. Además de que acto seguido –como ha señalado GARCÍA ALBERO<sup>115</sup>– surge la pregunta por el bien jurídico: ¿qué es lo que se está protegiendo con la incriminación de cualquier uso del órgano? Quizás reprimir cualquier conducta que pueda convertirse en motor o elemento motivador de una extracción u obtención ilícita de órganos y, en consecuencia, la ofensividad estaría en la peligrosidad que el uso representa como fomento de nuevas extracciones u obtenciones ilícitas de órganos humanos.

Pero también cabe otra opción interpretativa, una de corte restrictivo que limite los posibles fines típicos a aquellos otros usos que fueran equiparables al de trasplante en cuanto a los requisitos de consentimiento y gratuidad, que son los que determinan en definitiva la ilicitud de la extracción u obtención. Esto restringiría los fines a los de investigación científica y los de extracción de células y tejidos para su aplicación en humanos, como se desprende del RD-Ley 9/2014 por el que se establecen las normas de calidad y seguridad para la donación, la obtención, la evaluación, el procesamiento, la preservación, el almacenamiento y la distribución de células y tejidos humanos y se aprueban las normas de coordinación y funcionamiento para su uso en humanos, en cuyos arts. 3, 7 y 8, se proclama, respectivamente, la

<sup>114</sup> El caso es citado por CAPLAN/DOMÍNGUEZ-GIL/MATESANZ/PRIOR, 2009, p. 59 (vid. sobre este caso también la noticia “Michael Mastromarino, ladrón de cadáveres” publicada en *El País* 9-8-2013). También se hace referencia a otros casos, en los que son encontrados cadáveres a los que les faltan determinadas piezas anatómicas. Los autores sugieren que detrás de estos hechos se esconde la existencia de un comercio ilegal que tiene que ver con la obtención de material humano destinado directamente al trasplante (córneas) o a la elaboración de productos médicos después de su liofilización o criopreservación (hueso, ligamentos, válvulas, etc.).

<sup>115</sup> GARCÍA ALBERO, 2019, p.57.

gratuidad y el carácter no lucrativo de la donación, el consentimiento expreso e informado del donante vivo, y la ausencia de oposición expresa del fallecido; principios que también se contemplan en la Ley 14/2007, 3 julio, de Investigación biomédica.

En cualquier caso, estamos de acuerdo con GARCÍA ALBERO<sup>116</sup> en que no tendrían cabida en el tipo aquellos usos (terapéuticos, diagnósticos) que reviertan en beneficio del propio donante, aunque se aprecie algún defecto de consentimiento en la obtención o extracción ilícita.

## 2. *Tipo subjetivo*

El delito es doloso. El sujeto tiene que conocer, en cualquiera de las modalidades típicas, que la extracción u obtención es ilícita según cualquiera de las circunstancias que la configuran, y también la procedencia del órgano de persona viva o fallecida, pues este es un elemento que condiciona la gravedad de la pena. Algunas de las modalidades incluyen elementos subjetivos del injusto a los que nos hemos ido refiriendo en la conducta típica, bien porque no constituyen un elemento común a todas las modalidades (caso del “en provecho propio o ajeno” de la circunstancia 3ª que convierte en ilícita la extracción u obtención del órgano), o porque el elemento, según como se interprete, puede no acabar aportando nada en la delimitación del hecho típico (caso de la finalidad de trasplante o de otros fines).

El error sobre la procedencia del órgano (creer que proviene de persona fallecida, cuando en realidad ha sido extraído de persona viva) supondrá un error sobre un hecho que cualifica la infracción a resolver por el art. 14.2 CP.

En cuanto al error sobre alguna de las circunstancias concretas que determinan la ilicitud de la obtención u extracción, su relevancia dependerá de que concurra o no otra de estas circunstancias, sobre las que sí existe conocimiento. Así si el sujeto cree que la obtención se ha realizado de persona fallecida con la debida autorización que requiere la ley, pero se sabe que medió precio, el error será irrelevante. Pero si el sujeto cree que el órgano procede de donante vivo, que ha consentido de acuerdo con lo preceptuado en la ley y de forma gratuita, cuando no es así, el error será relevante y habrá de resolverse acudiendo al art. 14.1 CP, dado que es un elemento del tipo.

## 3. *Iter criminis*

En la medida en que se castiga el “promover, favorecer, facilitar y publicitar” junto con el “ejecutar el tráfico de órganos humanos”, estamos ante un delito de los que la Doctrina alemana denomina “de emprendimiento”, en los que la equiparación de la tentativa y la consumación del hecho en la norma de la Parte Especial aboca a la no aplicación de las normas de la Parte General en materia de desistimiento

<sup>116</sup> *Ibidem*, p. 58.

voluntario<sup>117</sup>, y que en nuestro sistema jurídico debería suponer también un cuestionamiento acerca de la aplicabilidad de las reglas generales en materia de tentativa y participación, dado que sus formas se encuentran ya comprendidas en la norma de la Parte Especial.

El empleo de esta técnica legislativa supone una quiebra del principio de proporcionalidad, pues se equiparan penológicamente conductas de preparación (publicitar, promover, facilitar) con otras de ejecución imperfecta (favorecer, facilitar) y con las propiamente de consumación (ejecución del tráfico), lo que en este caso resulta todavía más acusado por la desmesura de las penas.

La determinación del momento consumativo del delito no resulta, por ello, fácil. Ya con la regulación anterior a la reforma de 2019 se discutía si era un delito de mera actividad o de resultado. Así, se propuso, para limitar la extensión del tipo –que empleaba la misma fórmula del “promover, favorecer, facilitar y publicitar”–, entender que la consumación tenía lugar con la obtención del órgano, lo que se producía cuando se llegaba a un acuerdo entre el donante y el intermediario o el receptor, o con la realización del trasplante<sup>118</sup>; mientras otros, sin embargo, interpretaban que la obtención debía quedar fuera del tipo de tráfico de órganos, pues se trataba de favorecer o facilitar, no de ejecutar la obtención, entrando esto último en el ámbito de las lesiones<sup>119</sup>. Una conclusión que no compartíamos, porque, de una parte, la literalidad del tipo permitía incluir la obtención ilícita como un favorecimiento de las siguientes fases: el tráfico y el trasplante<sup>120</sup>; y de otra, porque, de seguirse esa opinión, debería haberse excluido también el “trasplante ilegal”, lo que no resultaba coherente con la incriminación del receptor que consiente el trasplante, a no ser que se limitara el tipo a la fase de acuerdo, previa a la intervención quirúrgica. Frente a ello, estaban quienes consideraban que el tráfico de órganos respondía a una

<sup>117</sup> Se hace con ello referencia a la categoría desarrollada por la Doctrina alemana a partir de la regulación contenida en el párrafo 11.1 nº 6 StGB, según la cual emprender un hecho significa tanto su tentativa como su consumación, distinguiéndose a su vez entre los delitos de emprendimiento propios, en los que figura la palabra emprendimiento, y los impropios, en los que se castiga ya la actuación con una determinada tendencia (vid. JESCHECK, 1981, p. 362; ROXIN, 2006, p. 336). Es cierto que, en el Derecho español, a diferencia del alemán, no figura expresamente esta categoría, pero sí contiene preceptos como el presente en los que se produce esta equiparación de las penas entre tentativa, e incluso preparación con la consumación (vid. sobre esta categoría en Derecho español, JAVATO MARTÍN, 2011, p. 35 y ss.). Las consecuencias que se aplican a esta categoría por la Doctrina alemana son la desaparición de la atenuación por la tentativa y el que no rija el efecto eximente del desistimiento voluntario (vid. JESCHECK, 1981, pp. 715 y 716).

<sup>118</sup> Así, GÓMEZ TOMILLO, 2011, p. 618 y 619, al considerar que el trasplante es el resultado de las modalidades de favorecimiento de la obtención y del trasplante.

<sup>119</sup> De esta opinión, BENÍTEZ ORTÚZAR entiende que la conducta de obtención queda fuera del tipo, dado que éste se refiere a promover, favorecer, facilitar o publicitar, de manera que la obtención en sí supondrá unas lesiones graves del art. 149 o 150 CP (2011, p.120; en el mismo sentido, HERRERA MORENO, 2010, p. 119).

<sup>120</sup> También TAMARIT SUMALLA/GARCÍA ALBERO, 2011, p. 967, quienes indicaban acertadamente que “tanto promueve, favorece o facilita el bróker o intermediario que pone en contacto a un paciente-receptor con una clínica en el extranjero dedicada a turismo de trasplantes, como quien recluta al donante, lo traslada, quien practica la operación o quien pone el quirófano y el personal sanitario auxiliar”. En el mismo sentido, ALASTUEY DOBÓN, 2013, p. 14.

estructura de mera actividad, en la medida en que cualquier acto de promoción, favorecimiento o facilitación perfecciona el tipo<sup>121</sup>. La única sentencia dictada hasta el momento por el TS así lo ha entendido también (STS 710/2017, 27-10, ROJ: STS 3792/2017). Se trataba de un caso en el que se había ofrecido a un súbdito marroquí en situación irregular en España, sin trabajo y que subsistía pidiendo limosna, el pago de una cantidad de dinero por la donación de su riñón. Las actuaciones desplegadas llegan hasta la realización de las pruebas correspondientes al preoperatorio y la visita a la Notaría para firmar la declaración jurada correspondiente, ejerciendo incluso violencia ante la negativa de la víctima a continuar con el proceso. El Tribunal argumenta que la *“tipicidad se asienta sobre cuatro verbos nucleares: favorecer, promover, y facilitar, los mismos que en el delito contra la salud pública por tráfico de drogas, y publicitar, actuaciones sobre el trasplante y el tráfico de órganos, describiendo con esas conductas actuaciones que suponen la punición de conductas iniciales del trasplante como la desarrollada por los acusados”*.

A nuestro modo de ver esta controversia, que resulta trasladable al tipo vigente con el que comparte gran parte de las conductas, se explica por la naturaleza de delito de emprendimiento y por la forma en que esta categoría es entendida. En efecto, se ha dicho que esta categoría delictiva admite dos configuraciones: una, en la que la pluralidad delictiva en que consiste el emprendimiento se concibe como modalidades comisivas autónomas, respecto de las que se determinará su concreta estructura de lesión o de peligro, de resultado o de mera actividad; y otra, en la que son modalidades típicas que se analizan en relación con una unidad lesiva de referencia, que marcará su carácter de acto preparatorio o de ejecución, de manera que su tipificación conjunta implica una excepción a las reglas de la punición de la tentativa y a los actos preparatorios punibles<sup>122</sup>. Este último entendimiento es el que parece seguirse cuando se aboga por una calificación global del delito como de mera actividad o de resultado, aunque después no se aplique la consecuencia de exceptuar las reglas generales de punición de la tentativa y se busque un momento consumativo, expresivo de una mínima lesividad, que permita deslindar la consumación de la tentativa y castigar, así, con menos pena algunas de las conductas que, de otro modo, entrarían en la literalidad del tipo, consumándolo formalmente. Este mínimo se cifró en las conductas que representen un inicio de ejecución de los actos de referencia<sup>123</sup>, entonces fueron la obtención ilícita, el tráfico y el trasplante ilegal, ahora serían los de tráfico ilegal (obtención o extracción ilícita, preparación, preservación, almacenamiento, transporte, traslado, recepción, importación o exportación y uso de órganos

<sup>121</sup> Así, HERRERA MORENO, 2010, p. 118; GÓMEZ MARTÍN, 2011, p. 370; también FELIP I SABORIT, 2010, p. 45, marginal 626, si bien abogando por fijar un momento consumativo -la obtención o el acuerdo de compraventa en el tráfico- que permitiera sancionar menos, a través de la tentativa, conductas que tienen un distinto significado.

<sup>122</sup> Sobre este particular, vid. DE LA CUESTA AGUADO, 2013, pp. 79 y ss.

<sup>123</sup> ALASTUEY DOBÓN, 2013, p. 19.

ilícitamente extraídos). De acuerdo con ello, se apuntaron como consumación la entrega de dinero al donante para que consienta la extracción de su órgano, el inicio de la operación quirúrgica de extracción o de trasplante; dejándose para la tentativa el mero acuerdo con el donante, o el ofrecimiento de compra del órgano que es rechazado por el donante, las amenazas para obtener el órgano, o la preparación médica de la intervención quirúrgica, organización de viajes, etc.

Pero esta interpretación, sin dejar de ser un intento loable, porque persigue restringir el tipo y sancionar menos algunas conductas, choca, tanto entonces como ahora, con la propia literalidad del precepto, que junto a la “promoción”, “favorecimiento” o “facilitación”, tipifica también la “publicidad”, y ahora la “ejecución” de las conductas de referencia que integran el tráfico de órganos. No puede ser que un anuncio para actuar de “coordinador internacional de trasplantes” consume formalmente el tipo, y no, en cambio, el acuerdo alcanzado con el donante, o ejercer intimidación para conseguir el consentimiento. Y es que la mención expresa en el tipo a la “ejecución” obliga también a delimitarla de las otras modalidades típicas. Quizás el límite de la tipicidad puede venir marcado por la exigencia de que la conducta desplegada haya sido exitosa, en cuanto que suponga ya el inicio de contacto con un potencial donante. Así respecto de la publicidad supondría que el mensaje hubiera llegado a alguien.

En la Jurisprudencia alemana se han fallado dos casos interesantes a este respecto: uno, el *Amtsgericht de Homberg* (Efze, en el Estado de Hesse) el 22-11-2001, que condenó a un joven por ofrecer en eBay uno de sus riñones por un precio mínimo de 100.000 marcos, por entender que la subasta en internet constituye una oferta vinculante<sup>124</sup>); el otro, del *Landsgericht de Munich I*, 23-5-2002 (*Neue Juristischen Wochenschrift* 2002, 2655), en el que un sujeto, después de recabar de diversas embajadas y consulados una lista de clínicas dedicadas a trasplantes en sus respectivos países, envía un telefax a varias de ellas ofreciendo órganos humanos para su venta. El Tribunal entendió que, aunque el tipo de tráfico de órganos, como el de drogas, requiere para su consumación que se desplieguen esfuerzos para la venta posterior, sin que sea necesario que la mercancía haya sido finalmente entregada, castigó por tentativa, pues, como delito de declaración (*erklärungsdelikt*), el ofrecimiento tiene que haber llegado efectivamente a sus destinatarios, de lo que no había constancia.

A ello se añade el que el Legislador de 2019 ha decidido castigar, además, los actos preparatorios, una desmesura, pues se aplica sobre conductas que representan ya una preparación delictiva, y respecto de las cuales será difícil establecer una delimitación clara, sobre todo si se tiene en cuenta, además, la tipificación expresa de la captación de reclutadores de donantes o de receptores y de otros intermediarios que reclutan a personal sanitario. Con lo que las posibilidades aplicativas de los actos preparatorios quedan restringidas. En el caso enjuiciado por la STS 710/2017, 27-10

<sup>124</sup> Vid. SCHROTH, 2001, p. 887; KÖNIG, 2005b, Rn 23.



(ROJ: STS 3792/2017), y también el resuelto por la SAP Valencia, Sección 2ª, 482/2019, 7-10, son varios los sujetos, entre ellos el receptor y algunos de sus familiares, los que se conciertan con un tercero que, como intermediario, se encarga de buscar al potencial donante.

En fin, una previsión que no era necesaria a la vista de la amplitud de la tipificación del delito de tráfico de órganos, y que tampoco venía exigida por el Convenio del Consejo de Europa sobre Tráfico de Órganos, que tan solo requería la tipificación de los actos de complicidad y de la tentativa (art. 9), a lo que se da ya cumplimiento con una configuración tan amplia de la conducta típica en el apartado 1º del art. 156 bis CP, y en todo caso, con la aplicación de las reglas de Parte General.

#### **4. Autoría y participación**

Como acabamos de indicar, la tipificación en la norma de la Parte Especial de formas de participación junto a las de autoría debería excluir la aplicación de las reglas de la Parte General, pues cualquier acto de colaboración se convierte en autoría del tráfico de órganos.

No obstante, como nos enseña la experiencia jurisprudencial en otros delitos de estructura semejante (tráfico de drogas, delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros, etc.), es posible establecer una cierta graduación en los niveles de favorecimiento o facilitación del hecho, de manera que puedan reservarse a la participación en este delito aquellas contribuciones que no lo son de forma directa a quien ejecuta el hecho, sino que son aportaciones que facilitan el hecho a quien es el facilitador o favorecedor del mismo, por ejemplo, transportando al donante o al receptor al hospital, actuando como intérprete, etc.

En los dos casos enjuiciados en España, el de la citada STS 710/2017 ( ROJ: STS 3792/2017), y el de la SAP Valencia, Sección 2ª, 482/2019, 7-10 (ROJ: SAP V 3883/2019), se condena a todos los intervinientes como coautores, tanto a los familiares como al intermediario. En el primer caso, al padre del receptor porque era el director de la trama urdida para conseguir un donante, quien pagaba y acompañaba a su hijo en las visitas médicas, en las que eran informados de los aspectos médicos y legales; al hermano del receptor porque también desempeña un papel activo, acompañando a su hermano a alguna consulta médica, facilitándole su tarjeta sanitaria para que se hiciera pasar por él y ejerciendo la fuerza física para coaccionar al donante; y al intermediario porque se encargó de contactar con posibles donantes, no limitándose a hacer solo funciones de traducción o conducción de vehículos.

## **VI. La proposición o captación de donante o receptor de órganos**

El apartado 2º a) del art. 156 bis CP castiga la solicitud, recepción, por sí o por persona interpuesta, de dádiva o retribución de cualquier clase, o la aceptación de

ofrecimiento o promesa por proponer o captar a un donante o a un receptor. No se establece, por tanto, ninguna limitación típica a la condición de sujeto activo, más allá de que se trate de un sujeto distinto al donante o receptor del órgano, pues no se trata de proponerse uno mismo como donante o receptor, sino de proponer o captar a otro<sup>125</sup>. Únicamente el apartado 5º del art. 156 bis CP, como veremos más adelante, agrava estas conductas cuando la realiza el funcionario público, el personal sanitario o el particular con ocasión del ejercicio de su profesión o cargo en centros públicos o privados en el ámbito sanitario.

La tipificación expresa de esta conducta no era necesaria, pues, como favorecimiento o facilitación de la obtención o extracción ilícita o del uso, ya podía entenderse comprendida en el apartado 1º del art. 156 bis CP, dada la amplitud del tipo<sup>126</sup>. En este sentido, GARCÍA ALBERO advierte que su incriminación autónoma tendría mayor sentido si se hubiera previsto para estas contribuciones periféricas una pena de menor gravedad que la fijada en el apartado 1º, lo que no ha sido el caso<sup>127</sup>.

Aunque se ha dicho que representa la tipificación expresa de la conducta complementaria a la contenida en la tercera de las circunstancias –el precio– que determina la calificación de ilícita para la extracción u obtención del órgano<sup>128</sup>, lo cierto es que allí nada se dice del ofrecimiento de una recompensa al donante. No se limita, por tanto, el ámbito de la conducta típica al de la circunstancia 3ª del apartado 1 a) del art. 156 bis CP, sino que puede incidir también en la propuesta de donantes que encajen en los otros supuestos de ilicitud; y en todo caso, la propuesta o captación de un receptor encajaría mejor como favorecimiento del uso del órgano.

Como ya dijimos más atrás, los verbos típicos empleados (solicitar, recibir, aceptar ofrecimiento o promesa) encierran estructuras pluripersonales, en las que es necesaria la presencia de, al menos, dos sujetos y también de dos conductas, aunque no todas han sido incriminadas en la norma de la Parte Especial, generando lo que se conoce como participación necesaria impune. Así, basta con la solicitud de la dádiva, sin necesidad de que se produzca la aceptación por la contraparte y, con ello, el acuerdo para perfeccionar el tipo. En consecuencia, la acción de solicitar supone la mera propuesta o petición de la recompensa, mientras que la aceptación del ofrecimiento o promesa o la recepción de la recompensa implican un acuerdo de voluntades, lo que tiene relevancia en el ámbito de la participación como expondremos seguidamente.

El tipo es doloso, debiendo abarcar el conocimiento de que la captación del donante o del receptor lo será para una obtención u extracción ilegal o para un trasplante ilegal, respectivamente.

Es necesaria también la concurrencia de un elemento subjetivo del injusto, pues

<sup>125</sup> También GARCÍA ALBERO, 2019, p. 59

<sup>126</sup> En el mismo sentido, ALASTUEY DOBÓN, 2020, p. 10.

<sup>127</sup> Cfr. GARCÍA ALBERO, 2019, p. 60.

<sup>128</sup> Así, BENITEZ ORTUZAR, 2020, p. 126.

la solicitud o recepción de la dádiva o la aceptación de ofrecimiento vienen guiadas por la finalidad de proponer o captar a un donante o a un receptor. Estamos, pues, ante un delito mutilado de dos actos, en el que el tipo sanciona la realización de una conducta con la finalidad de llevar a cabo otra, que queda fuera ya del tipo penal<sup>129</sup>.

La referencia típica al “en provecho propio o ajeno” es otro elemento subjetivo del injusto, que hace referencia al beneficio de cualquier clase, pero cuantificable económicamente, en coherencia con la necesidad de que la dádiva o retribución también lo sean. La referencia al provecho ajeno permite incluir motivaciones más o menos altruistas como la aceptación de la retribución para beneficiar a terceros (costear los estudios de un familiar, donarlo a terceros, etc.).

Además, estamos ante un delito mutilado en dos actos, de manera que la consumación se produce con la mera solicitud, la recepción o la aceptación de la dádiva o promesa con la finalidad de captar o proponer, pero sin necesidad de que se haya efectivamente captado a nadie o se les haya siquiera llegado a formular propuesta alguna.

Su naturaleza es, por tanto, de un delito de mera actividad. En el caso de la solicitud, la consumación se produce cuando la petición se formula a su destinatario. Es posible la tentativa, siempre que, formulada la solicitud, por ejemplo, por escrito o a través de persona interpuesta, ésta no llegue finalmente a su destino. En cuanto a la recepción de la dádiva o retribución y a la aceptación del ofrecimiento o promesa, se requiere un acuerdo con el otro sujeto –partícipe necesario- que puede haberse alcanzado en el mismo instante o con carácter previo. En tales casos, la apreciación de una tentativa prácticamente deviene imposible, porque producido el acuerdo, aunque se hubiera iniciado el envío de la dádiva y esta no hubiera llegado a destino, ya se hubiera producido la consumación del tipo como “aceptación del ofrecimiento o promesa”.

Con la expresión típica “por sí o por persona interpuesta” se alude a lo que pueden constituir distintas formas de autoría o una cooperación necesaria, según cuales sean las circunstancias particulares del caso. Algo que no resultaba necesario a la vista de lo dispuesto en el art. 28 CP. Por ello no tiene relevancia el que sólo se haya previsto respecto de las modalidades de “solicitar” y “recibir”, a no ser que con ello se quiera configurar como delito de propia mano la aceptación del ofrecimiento o promesa, en cuanto que expresión de una voluntad personal propia.

Más interesante resulta el problema de la punición de quien es el partícipe necesario en esta estructura pluripersonal a la que nos hemos referido más arriba, esto es, de quien realiza la conducta complementaria a la tipificada en el apartado 2 a), a saber, quien recibe la solicitud, aceptándola, quien entrega la dádiva o quien formula el ofrecimiento o promesa. ¿Pueden ser sancionados como partícipes de este delito? La respuesta ha de ser negativa, pues, como partícipe necesario, el hecho en el que

<sup>129</sup> También, GARCÍA ALBERO, 2019, p. 59.

interviene no le es ajeno, sino que por su propia naturaleza –la estructura pluripersonal- es un hecho propio, de manera que decae el fundamento sobre el que se asienta la responsabilidad en la participación delictiva. A mayor abundamiento, el delito como hecho unitario realizado necesariamente por una pluralidad de sujetos, no puede decirse que sea ajeno a ninguno de ellos, sino que en realidad pertenece a todos en su conjunto, y ello tanto cuando realiza el comportamiento necesario requerido por el tipo como cuando supera lo allí previsto. La intraneidad del sujeto que interviene necesariamente en el hecho punible le impide ser partícipe –eventual- en el mismo<sup>130</sup>.

Sin embargo, la cuestión se complica, porque dichas intervenciones pueden tener cabida en el apartado 1º del art. 156 bis, dada la amplia descripción de la conducta típica, o ser vistas incluso como actos preparatorios, que son punibles de acuerdo con el apartado 8, pues ciertamente no puede decirse que quien paga la dádiva que se le solicita o quien la entrega u ofrece entregarla con el fin de que se capte o haga propuesta a un receptor o un donante, no esté favoreciendo o promoviendo la obtención ilegal de órganos humanos o el uso de los ilícitamente extraídos.

## VII. El ofrecimiento o entrega de dádiva o retribución a personal facultativo, funcionario o particular

El apartado 2º b) del art. 156 bis CP sanciona la corrupción activa de profesionales sanitarios: ofrecer o entregar, por sí o por persona interpuesta, dádiva o retribución de cualquier clase a los sujetos típicos. Aunque puede ser cometido por cualquiera (delito común), ha de ser excluido el donante, dado que no resultaría lógico que éste fuera el que ofrece o entrega la dádiva o retribución para que le sea extraído su órgano. El tipo se ha calificado de una especie de cohecho activo *sui generis*<sup>131</sup>, pues el sujeto pasivo de la acción no es únicamente el funcionario público, sino también el personal facultativo y el particular con ocasión del ejercicio de su profesión o cargo en clínicas, establecimientos o consultorios, públicos o privados.

El funcionario público es el definido en el art. 24 CP, con la limitación de que tiene que desempeñar sus funciones en el ámbito sanitario, de manera que su ejercicio le facilite lo que se le demanda con el ofrecimiento o la entrega: llevar a cabo o facilitar la extracción u obtención ilícitas o la implantación de órganos ilícitamente extraídos, lo que incluye personal sanitario, pero también personal con funciones administrativas (director, jefe de servicio, etc.).

Al personal sanitario se refiere el apartado 5 *in fine*, declarando que comprende “médicos, personal de enfermería y cualquier otra persona que realice una actividad sanitaria o sociosanitaria”. La actividad sanitaria alude al conjunto de acciones de

<sup>130</sup> Vid. más ampliamente, CARRASCO ANDRINO, 2002, p. 117 y ss.

<sup>131</sup> Así, ALASTUEY DOBÓN, 2020, p. 10.

promoción, prevención, diagnóstico, tratamiento o rehabilitación, dirigidas a fomentar, restaurar o mejorar la salud de las personas realizadas por profesionales sanitarios (art. 2 del RD 1277/2003, de 10 de octubre, por el que se establecen las bases generales sobre autorización de centros, servicios y establecimientos sanitarios). La actividad sociosanitaria tiene una dimensión más amplia, por cuanto engloba acciones de carácter asistencial respecto de personas dependientes, que pueden ser de índole curativa, educativa o social. Estas actividades han de prestarse en clínicas, establecimientos, consultorios, públicos o privados, y posibilitar la realización de los fines típicos: llevar a cabo o facilitar la extracción u obtención ilícitas o la implantación de órganos ilícitamente extraídos. En este sentido, la expresión “con ocasión del ejercicio de su profesión o cargo” expresa la idea de que la actividad profesional coloque al sujeto ante la posibilidad de llevar a cabo lo que se demanda con la entrega de la dádiva.

Este delito responde a una estructura pluripersonal, en la que se presupone la existencia de una pluralidad de sujetos y de conductas, que pueden haber sido todas ellas o solo algunas incriminadas en la norma de la Parte Especial, lo que tiene consecuencias en el ámbito de la participación<sup>132</sup>. En este caso, el tipo apartado 2 b) del art. 156 bis CP solo sanciona la conducta de ofrecer o entregar a; mientras que su complementaria, la de aceptar ofrecimiento, recibir o solicitar dádiva o retribución, está tipificada, con mayor pena, en el apartado 5 del art. 156 bis CP.

Como ha señalado SÁNCHEZ TOMÁS<sup>133</sup> en relación con el cohecho, las conductas de ofrecer o entregar se diferencian en que la primera supone una propuesta de acuerdo de entrega de una prestación (la dádiva o retribución) a cambio de recibir una contraprestación (llevar a cabo las finalidades típicas); mientras que la segunda, la entrega, evidencia la existencia de un acuerdo por el que se acepta la prestación y se compromete a realizar la contraprestación. En consecuencia, el ofrecimiento se consuma cuando el destinatario recibe dicha comunicación, bien directamente del sujeto proponente o bien a través de la persona interpuesta, sin necesidad de que se alcance un acuerdo; mientras que la entrega requiere para su consumación que haya un acuerdo, aceptándola, ya sea porque ha sido previamente ofrecida por el mismo sujeto o porque fue previamente solicitada por quien ahora la recibe. Solo la primera de las posibilidades se presenta como una progresión del ofrecimiento. En cualquier caso, tanto cuando la entrega obedece a la petición del receptor como cuando responde al ofrecimiento del sujeto activo, la conducta de aceptación del receptor será sancionada por el tipo del apartado 5 del art. 156bis CP, con una mayor pena, al igual que cuando es este mismo sujeto el que toma la iniciativa, demandando la entrega que se le hace.

El tipo requiere dolo directo, pues la conducta típica persigue una determinada

<sup>132</sup> Vid. nota 126.

<sup>133</sup> SÁNCHEZ TOMÁS, 2013, p. 430.

finalidad: llevar a cabo o facilitar la extracción u obtención ilícitas o la implantación de órganos ilícitamente extraídos. Este elemento subjetivo del injusto convierte al tipo en uno mutilado en dos actos: se ofrece o se entrega la dádiva para después llevar a cabo otra conducta, cuya realización no es necesaria para la consumación del tipo.

Además, ha de concurrir otro elemento subjetivo del injusto: la conducta ha de llevarse a cabo “en provecho propio o ajeno”. Un provecho que se vincula no a la dádiva o retribución –como sí sucede en los otros tipos de tráfico en los que está presente–, sino a su ofrecimiento o entrega para que se facilite o lleve a cabo la extracción o implantación ilícita. Se plantea por ello, si el provecho es, como en el resto de los tipos de tráfico de órganos, de índole económica o ha de tener un alcance más amplio, que remita a la persecución de cualquier beneficio que pueda derivarse de aquellas conductas. La restricción del provecho a la finalidad de lucro permite excluir del ámbito típico al receptor del trasplante ilegal y a las personas próximas a éste que actúan *pietatis causa*, limitando el alcance del tipo a las conductas de los intermediarios que, con una finalidad comercial, se dedican a captar a profesionales en el ámbito sanitario. Este es también el sentido que se otorga al elemento del “beneficio económico o ventaja comparable” y a la incriminación de estas conductas en el art. 7.2 del Convenio del Consejo de Europa de Tráfico de Órganos (vid. informe explicativo numeral 52 a 54). La gravedad de las penas, muy superiores a las que reciben estas conductas en el Derecho comparado (en Derecho italiano respecto de los órganos procedentes de vivo la prisión se queda en 3 a 6 años, art. 22 bis.1 Ley 91/1999), también aconseja una interpretación restrictiva del tipo.

Se trata de un delito mera actividad y mutilado en dos actos, por lo que basta para la consumación con que se formule el ofrecimiento o se realice la entrega de la dádiva o retribución al personal sanitario, funcionario público o particular, con el fin de que se lleve a cabo o se facilite la extracción u obtención ilícita o la implantación de los órganos ilícitamente extraídos, sin necesidad de que se hayan ni siquiera comenzado a ejecutar estos fines.

La estructura pluripersonal de cada modalidad típica determina el momento consumativo y también la calificación de la intervención del otro sujeto. En particular, el ofrecimiento se consuma cuando la comunicación llega al personal sanitario, funcionario público o particular que presta servicios en ámbito sanitario, sin necesidad de que acepte. Si lo hace será sancionado, no como partícipe de este delito, sino por el tipo previsto en el apartado 5º, como veremos seguidamente. Cabe la tentativa, cuando, por ejemplo, se formula el ofrecimiento por escrito o a través de persona interpuesta, pero no llega nunca a su destino.

La entrega, por su parte, supone un acuerdo de voluntades entre los sujetos intervinientes, que puede ser anterior o simultáneo. Pero, como sucede en la modalidad anterior, la conducta de solicitud o de aceptación del ofrecimiento que motiva la entrega al profesional sanitario será ya punible por la vía del apartado 5º, que impone

una mayor pena a este grupo de sujetos. También es posible la tentativa en la “entrega”, cuando alcanzado el acuerdo –punible para el profesional sanitario como delito consumado del tipo del apartado 5º-, se envía la dádiva sin que esta llegue a destino.

Fuera de estas aportaciones complementarias, son posibles las restantes formas de participación. También son punibles los actos preparatorios de estas conductas, conforme a lo dispuesto en el apartado 8º, lo que parece un exceso en la intervención penal, máxime con las penas de las que se parte, y lo alejado que queda el peligro para el bien jurídico. Algo, que, por otra parte, en los supuestos más graves podría tener encaje en las asociaciones ilícitas del art. 515 CP.

### **VIII. La solicitud o recepción de la dádiva o retribución o aceptación de su ofrecimiento o promesa por profesional sanitario**

Nos encontramos ante un delito especial, en el que el sujeto activo, que coincide con el pasivo –de la acción- del delito acabado de examinar en el apartado 2b del art. 156 bis CP, es el facultativo, funcionario público o particular que, con ocasión del ejercicio de su profesión o cargo, en centros sanitarios públicos o privados, realiza la conducta complementaria a la prevista en dicho apartado 2 b) del art. 156 bis CP. De ellos ya nos hemos ocupado en el epígrafe anterior.

Es también un delito pluripersonal en sentido amplio, de los de encuentro, en el que todas las aportaciones se encuentran tipificadas, si bien con distinta pena, más grave respecto de los profesionales sanitarios o funcionarios públicos, por la mayor facilidad que les otorga el cargo o las funciones para la comisión del delito. La conducta típica recoge lo que no es más que el reverso de la estructura pluripersonal tipificada en el apartado 2.b) del art. 156 bis CP, que ahora consiste en solicitar o recibir la dádiva o retribución o aceptar el ofrecimiento o la promesa de recibirla por llevar a cabo o facilitar la extracción u obtención ilícitas o la implantación de órganos extraídos ilícitamente. Así a la conducta de “solicitar” y “recibir” le corresponde la de “entregar”, y a la de “aceptar el ofrecimiento” le corresponde la de “ofrecer”.

Se sanciona, por tanto, la corrupción pasiva del funcionario público, el facultativo o el particular que desempeñan sus funciones o su cargo en el ámbito sanitario, a los que –como hemos adelantado- se les asigna una pena más grave -concretamente la pena superior en grado a la prevista en el tipo de corrupción pasiva más una inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión u oficio, para ejercer cualquier profesión sanitaria o para prestar servicios de toda índole en clínicas, establecimientos o consultorios, públicos o privados, por el tiempo de la condena- no por la infracción de deberes profesionales, que también, sino por la especial posición en la que se encuentran respecto a las garantías que deben ofrecer en la terapia de trasplantes y la donación de órganos humanos.

Al significado de los verbos típicos y del objeto material (dádiva o retribución) ya nos hemos referido más atrás, tan solo recordar ahora que “el solicitar” no requiere que se alcance un acuerdo para consumir el tipo, solo que la propuesta comunicativa llegue a su destinatario, a diferencia de lo que sucede con “el recibir” o “el aceptar el ofrecimiento”, en los que se manifiesta la conjunción de voluntades que representa el acuerdo. En cuanto a la dádiva o retribución, los honorarios médicos por realizar la operación de extirpación o de implante serían suficientes para integrar el tipo, pues aquí no se menciona la obtención de un provecho. No es necesario que se trate de unos honorarios desorbitados o excesivos.

El tipo requiere dolo directo, en la medida en que la conducta típica se ha de realizar con una específica finalidad, la de “facilitar o llevar a cabo la extracción u obtención ilícitas o la implantación de órganos ilícitamente extraídos”, que constituye un elemento subjetivo del injusto y convierte al tipo en uno mutilado de dos actos. Se sanciona una conducta para llevar a cabo posteriormente otra, que no es necesario realizar para que el tipo se consume.

A diferencia de la corrupción activa, en la pasiva no se exige que se actúe “en provecho propio o ajeno”, lo que constituye un argumento más para restringir el significado de este elemento a un provecho que tiene que ver con la finalidad comercial de las conductas; ya que resulta evidente que, en la corrupción pasiva, el profesional sanitario o funcionario que demanda o acepta una dádiva o retribución se mueve por una finalidad de lucro, que forma parte del contenido del dolo.

Nos encontramos ante un delito de mera actividad, en el que es posible la tentativa. Como ya se ha indicado, el momento consumativo en la solicitud viene determinado cuando el proceso comunicativo de petición alcanza a su destinatario, por lo que es posible la tentativa cuando, formulada la solicitud, por ejemplo, por escrito o a través de persona interpuesta, ésta no llega, sin embargo, a su destinatario.

En cambio, en relación con otras modalidades típicas -“recibir dádiva” y “aceptar el ofrecimiento o promesa”- al requerirse un acuerdo con el otro sujeto –sancionado en el apartado 2 b)-, que puede haberse alcanzado en el mismo instante o con carácter previo, la apreciación de la tentativa deviene imposible, porque producido el acuerdo, aunque se hubiera iniciado el envío de la dádiva y esta no hubiera llegado a destino, ya se habría completado el tipo con la “aceptación del ofrecimiento o promesa”.

Además, estamos ante un delito de encuentro, en el que se han tipificado, con distinta pena, las conductas complementarias, y por ello, cada uno será autor del tipo correspondiente, teniendo en cuenta que se está ante uno y el mismo delito. A partir de aquí nada obsta a la aplicación de las reglas generales de participación que puedan a la vez ser consideradas formas de promoción o facilitación del tráfico ilegal (apartado 1º), lo que habría de resolverse de acuerdo con las reglas del concurso de leyes.



## IX. Tipos agravados

Los apartados 4, 5 y 6 del art. 156 bis CP incrementan la pena, subiéndola, al menos, en un grado respecto a la del tipo básico cuando concurren una serie de circunstancias o condiciones que tienen que ver o con el sujeto activo (ser facultativo, funcionario público o particular con funciones en el ámbito sanitario, pertenencia a grupo u organización criminal, condición de jefe, administrador o encargado de estos) o con la víctima del delito (puesta en peligro grave de su vida o integridad física o psíquica; o ser menor o persona especialmente vulnerable).

### 1. *Agravaciones que tienen que ver con la víctima del delito*

#### 1.1. *La puesta en grave peligro de la vida o integridad física o psíquica de la víctima del delito (art. 156bis. 4 a) CP)*

El ámbito de aplicación de la agravante viene referido a las conductas previstas en el apartado 1, esto es, a las de promoción, favorecimiento, facilitación, publicidad o ejecución de tráfico de órganos humanos, imponiendo la pena superior en grado a la allí prevista. Con ello, se alcanzan penas absolutamente desmesuradas, pues quiebra la proporcionalidad más elemental, ya que la creación de un peligro para la vida supera el marco penal del homicidio, entrando incluso en el del asesinato. Así, cuando la conducta afecta al órgano de persona viva, la pena de prisión sube de doce años y un día a dieciocho años, superando el límite máximo de los quince años previstos para el homicidio, y adentrándose en el mínimo de lo fijado para el delito de asesinato.

El fundamento de la agravación reside en el mayor contenido de injusto que representa la puesta en grave peligro de la vida, integridad física o psíquica de la víctima del delito (peligro concreto). Con ello, se limita, de una parte, la operatividad de la agravante a sólo algunas de las conductas del apartado 1º: las propiamente de ejecución del tráfico, y particularmente, las relativas a la extracción u obtención ilícitas o al uso con finalidad de trasplante, en cuya ejecución puede crearse dicho peligro concreto para el donante o para el receptor. De otra parte, la peligrosidad ha de referirse a riesgos adicionales a los que de por sí suponen estas operaciones quirúrgicas cuando se realizan conforme a criterios médicos y de acuerdo con la *lex artis*, bien porque la extracción resultara contraindicada para el donante por sus condiciones de salud, bien porque la intervención se realiza en condiciones materiales o personales que incrementan el riesgo (falta de asepsia, impericia del personal sanitario, etc.), etc.

El peligro ha de ser grave, lo que, referido a la vida, vendrá determinado por el grado de probabilidad de que se produzca la muerte, y en el caso de las lesiones, además por la magnitud de la lesión que hubiera podido producirse (lesiones graves del art. 149 o 150 CP), y que habrá de ser distinta de la que resulta de la extirpación del órgano.

Finalmente, se plantea la cuestión acerca de quién es la “víctima del delito”, y

cuya mención –como vimos- se percibe como obstáculo en la configuración supra-individual del bien jurídico protegido, al identificarse ésta con el sujeto pasivo del delito o titular del bien jurídico protegido. Es por ello que un sector de la Doctrina ha tratado de buscar explicaciones alternativas que sitúan a “la víctima del delito” en el radio de acción de otros delitos como las lesiones o la trata de seres humanos<sup>134</sup> o sólo la trata<sup>135</sup> con los que pueda concurrir el tráfico de órganos. La víctima del delito, por tanto, lo será eventualmente quien lo sea de la trata o quien lo es de las lesiones, aunque hayan sido consentidas. Más convincente nos parece la interpretación que propone GARCÍA ALBERO<sup>136</sup>, para quien la condición de víctima ha de referirse al delito de tráfico y viene condicionada por dos elementos: la vulnerabilidad y la iniciativa. Con respecto a la primera, entiende que, como concepto indeterminado que es, admite graduación, de manera que pueden darse situaciones de vulnerabilidad que no alcancen el grado requerido en la trata de seres humanos –que además exige el abuso de aquella-, a saber, situaciones económicas apremiantes, deudas, inmigración irregular, etc., en las que no pueda afirmarse con rotundidad que el individuo no tenía otra alternativa real o aceptable que aceptar la oferta. A ello se añade el criterio de la iniciativa, sobre el que sustenta la punición del donante o su consideración como víctima. Así, el auto ofrecimiento del donante le hace inhábil para ser víctima, pues su actuación sería ya punible como favorecimiento del tráfico.

Pero lo cierto es que cabe otra posibilidad interpretativa: que la víctima del delito pueda serlo eventualmente el donante vivo o el receptor de un trasplante ilegal que desconozca el origen ilícito del órgano. Y ello sin necesidad de afirmar que la víctima del delito haya de ser forzosamente el titular del bien jurídico protegido, pues, tanto el art. 2 del Estatuto de la Víctima, que hace pivotar el concepto de víctima sobre el daño o perjuicio sufrido por la persona física o su patrimonio y directamente causado por el delito, como el propio CP (por ejemplo, en el art. 242.3 CP), extienden su alcance también al sujeto pasivo de la acción. Así las cosas, la agravación también podría aplicarse a conductas que recaen sobre órganos de fallecidos que hubieran sido usados con la finalidad de trasplante, en los que las condiciones que rodean la implantación (caracterización del órgano o del donante, preservación, impericia, condiciones de salud del receptor, etc.) puedan suponer un peligro adicional al de la intervención misma.

### *1.2. La menor edad o especial vulnerabilidad de la víctima por razón de su edad, discapacidad, enfermedad o situación (art. 156 bis.4 b) CP).*

El fundamento de la agravación reside en la mayor indefensión de estos sujetos frente a la posible instrumentalización por terceros como fuente de obtención de

<sup>134</sup> Así, ALASTUEY DOBÓN, 2020, p. 10.

<sup>135</sup> De esta opinión, MOYA GUILLEM, 2019, p. 22.

<sup>136</sup> Vid. GARCÍA ALBERO, 2019, p. 65 y 66.

órganos humanos. Lo que limitaría aquí el concepto de víctima al donante vivo, respecto del que la normativa extrapenal establece las garantías para la prestación de su consentimiento, y en el que las circunstancias aquí recogidas incidirían claramente.

Por menor de edad ha de entenderse el que no alcanza los 18 años cumplidos, edad que otorga la capacidad para disponer del propio órgano para donar a otro. Recogida la minoría de edad, la especial vulnerabilidad por razón de edad vendrá dada por lo avanzado de ésta.

En cuanto a la discapacidad habrá de remitirse a lo dispuesto en el art. 25 CP, en donde ésta se asocia a deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales de carácter permanente y que, al interactuar con diversas barreras, puedan limitar o impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás.

La enfermedad incluirá cualquier dolencia que coloque al sujeto en la imposibilidad de prestar el consentimiento o de comprender su alcance. Finalmente, la vulnerabilidad por razón de la situación de la víctima permite incluir una gran variedad de condiciones o circunstancias en las que pueda apreciarse un mayor peligro de ser instrumentalizado por terceros, por ejemplo, necesidades económicas apremiantes, indigencia, inmigrante irregular, etc.

La concurrencia de esta circunstancia con la de puesta en peligro grave de la vida o la integridad física o psíquica de la víctima sube la pena a su mitad superior.

## ***2. Agravaciones que tienen que ver con el sujeto activo***

### ***2.1. La condición de facultativo, funcionario público o particular que ejerce profesión o cargo en centros público o privados del ámbito sanitario***

El apartado 5 del art. 156 bis CP recoge un tipo agravado por razón del sujeto activo y un tipo autónomo, aunque dependiente del previsto en el apartado 2 b) del art 156 bis CP, al que ya nos hemos referido más atrás –corrupción pasiva de estos sujetos-, que sube la pena a la superior en grado imponiendo además una inhabilitación especial de profesión u oficio en el ámbito sanitario por el tiempo de la condena, cuando el sujeto activo es facultativo, funcionario público o particular con ocasión del ejercicio de su profesión o cargo en centros públicos o privados en el ámbito sanitario.

La agravación se aplica a las conductas previstas en el apartado 1 y 2 del art. 156 bis CP, que de esta forma pasan a ser delitos especiales impropios: uno, respecto de las conductas de tráfico de órganos -desde la promoción, favorecimiento, facilitación, publicidad, ejecución de la extracción u obtención ilícita de órganos humanos ajenos hasta el uso de órganos ilícitamente extraídos-, y otro, respecto de las actividades de intermediación del apartado 2, tanto las de solicitar o recibir dádiva o retribución o aceptar ofrecimiento por proponer o captar a donantes o receptores (letra

a), como las de ofrecer o entregar dádiva al personal facultativo (letra b).

El fundamento de la agravación reside en la facilidad para la comisión del delito que representa la prestación de servicios en el ámbito sanitario o sociosanitario, con mayores posibilidades no solo de medios sino también de acceso a potenciales donantes o receptores. En este sentido, se llama la atención de la mayor amplitud que tiene la pena conjunta de inhabilitación especial respecto de la prevista en el apartado 6, pues, aquí comprende cualquier profesión sanitaria o prestación servicios de toda índole en clínicas, establecimientos o consultorios, públicos o privados.

En cuanto a la determinación de quien sea el facultativo, funcionario público o particular nos remitimos a lo ya manifestado más atrás.

## *2.2. La pertenencia a organización o grupo criminal dedicado a tales actividades*

El apartado 6 del art. 156 bis CP contempla dos agravaciones según el grado de implicación del sujeto activo en la criminalidad organizada: una valora la pertenencia del culpable a organización o grupo criminal, y la otra cualifica el ser jefe, administrador o encargado de dichas organizaciones o grupos.

Lo primero que se advierte es que no opera sobre todos los tipos de tráfico. Curiosamente deja fuera de su ámbito de aplicación a los tipos del apartado 2º, en los que se sancionan las conductas propias de los intermediarios que actúan en el contexto de tales organizaciones criminales. A este respecto, la mención de la circunstancia prevista en el apartado 5, parece remitir sólo al tipo agravado del apartado 1º por esta circunstancia. Se produce así una agravación escalonada de los tipos básicos del apartado 1º y de los agravados del apartado 4º y la circunstancia del 5º, según que cual sea el grado de participación del culpable en la organización o grupo criminal:

- a) La pertenencia del culpable a dichas organizaciones o grupos determina la aplicación de la pena superior en grado a la del tipo básico del apartado 1º más una inhabilitación especial de profesión oficio, industria o comercio por el tiempo de la condena, esto es, prisión 12 años y 1 día a 18 años, tratándose de órgano de persona viva; prisión de 6 años y 1 día a 9 años, si es de persona fallecida, más la inhabilitación especial referida.
  - a. Si concurre alguna de las circunstancias agravatorias basadas en la situación de la víctima (apartado 4º), se aplicarán las penas referidas en su mitad superior, esto es, prisión 15 a 18 años, respecto de órgano de vivo, y prisión de 7 años 6 meses a 9 años, si lo es de fallecido, más la inhabilitación especial de profesión u oficio.
  - b. Si concurre la circunstancia agravatoria relativa al sujeto activo (apartado 5º) se impondrán las penas previstas en este tipo agravado en su mitad superior, esto es, la pena de prisión del tipo básico en su mitad superior (prisión 15 a 18 años, respecto de órgano de vivo, y prisión de 7 años 6 meses a 9 años, si lo es de fallecido) más la inhabilitación

especial para empleo o cargo público, profesión u oficio o para ejercer cualquier profesión sanitaria o prestar servicios de toda índole en clínicas por el tiempo de la condena.

- b) Si el culpable fuera el jefe, administrador o encargado de dichas organizaciones o grupos criminales, se aplicará “la pena en su mitad superior”. La referencia a la pena en singular plantea la duda de si ésta abarca o no la inhabilitación especial incluida en el primer párrafo de este apartado 6º. A mi modo de ver, ha de entenderse incluida, aunque es muestra de una mala técnica legislativa, pues de otro modo se llegaría al absurdo de que quien tiene un grado de implicación mayor en la organización no acabará siendo sancionado más que con prisión. Es por ello, que en estos casos la pena será la superior en grado a la del tipo básico del apartado 1º, en su mitad superior, más la inhabilitación especial de profesión, oficio, industria o comercio por el tiempo de la condena.
- a. De modo facultativo, cuando las circunstancias así lo motiven, se puede elevar la pena a la inmediatamente superior en grado, esto es, se puede llegar a aplicar una pena superior en dos grados a la prevista en el tipo básico (18 años y 1 día a 27 años, respecto de órgano de vivo; 9 años y 1 a 13 años y 6 meses), planteándose la misma cuestión respecto a la inhabilitación especial, que ha de considerarse incluida en la referencia a “la pena”.
- b. Si concurre alguna de las circunstancias agravantes relativas a la víctima del delito (apartado 4º) o la de ser el culpable facultativo, funcionario público o particular que, con ocasión del ejercicio de su profesión u oficio, en centros públicos o privados sanitarios comete el delito (apartado 5º), la pena se eleva a la inmediatamente superior en grado, lo que supone la aplicación de una pena superior en dos grados a la del tipo básico del apartado 1º más la inhabilitación especial.

Para la determinación de lo que sea una organización o grupo criminal hay que acudir a lo dispuesto en el art. 570 bis. 1 y 570 ter. 1 CP, respectivamente. El tipo agravado desplaza la aplicación de estos otros delitos, por especialidad, al limitar su juego a grupos u organizaciones criminales dedicados a las actividades de tráfico de órganos. Mientras que la organización criminal se caracteriza por ser una agrupación de más de dos personas con carácter estable o por tiempo indefinido, en la que de manera concertada y coordinada hay reparto de tareas o funciones con el fin de cometer delitos, el grupo criminal supone la unión de más de dos personas que tiene por finalidad la perpetración concertada de delitos, pero en la que falta alguna o algunas de las características de la organización. Para distinguir estos casos de los de codeincuencia será necesario que exista cierta reiteración en las conductas o una mínima organización o permanencia que evidencien el propósito de reiterarlas.

## X. La punición del receptor del trasplante: el consentimiento del trasplante ilegal

El apartado 3º 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. Se le sanciona con las mismas penas del apartado 1, cuando consiente la realización del trasplante conociendo su origen ilícito. Por receptor se entiende la persona que recibe el trasplante de uno o varios órganos con fines terapéuticos [art. 3 m) Directiva 2010/53/UE; art. 3.24 RD 1723/2012, 28-12].

Es una tipificación expresa de quien es un eslabón necesario en el tráfico de órganos, pues, en definitiva, es quien paga por el órgano, financiando este comercio infame y de este modo, al menos, favorece las conductas definidas como tráfico ilícito en el apartado 1º. Esto es, el receptor tendría cabida ya como posible sujeto activo de los tipos del apartado 1º y, para quienes<sup>137</sup> interpreten el “provecho propio o ajeno” del apartado 2º de forma amplia, comprensiva de una ventaja de cualquier índole, no necesariamente económica, tampoco habría problema para incluirlo en los del apartado 2. La pregunta entonces es ¿a qué responde su incriminación expresa?

Una posibilidad podría ser entender que el apartado 3º castiga una nueva modalidad típica, una conducta no contemplada en los otros tipos: el mero consentimiento del trasplante por parte del receptor, conociendo el origen ilícito del órgano, pero sin necesidad de que haya tomado parte activa en la captación del donante o en la obtención ilícita del órgano y/o del personal sanitario que pudiera estar o no involucrado. De ser esto así, la atenuación facultativa de la pena quedaría limitada a este nuevo supuesto típico, excluyendo su aplicación cuando lleva a cabo una participación más activa, que lo situaría ya en otros tipos penales de tráfico.

A este respecto, ya un sector de la Doctrina se había manifestado antes de la reforma de LO 1/2019, apreciando que la referencia típica a “la valoración de las circunstancias relativas al hecho” daba entrada a la consideración del comportamiento del receptor; de manera que, si había tomado la iniciativa en la obtención ilegal del órgano, o en el trasplante ilegal, debía excluirse la atenuación<sup>138</sup>.

Esta misma idea había sido ya manifestada por la Doctrina alemana en la interpretación de una cláusula semejante, la prevista en el parágrafo 18.4 de su Ley de Trasplantes, que permite la atenuación o exención de responsabilidad del receptor. Se entiende, así, que una contribución punible del receptor, que es un partícipe necesario, sólo se sustenta cuando su intervención supera la medida de lo típicamente necesario, esto es, cuando hace algo más que consentir el trasplante de un órgano de procedencia ilícita, como, por ejemplo, si realiza una búsqueda activa de alguien en

<sup>137</sup> 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.

<sup>138</sup> De otra opinión, considerando que una conducta de inducción determina la imposición de las penas del número 1 del art. 156 bis CP (ANARTE BORRALLA/AGUADO LÓPEZ, 2010, p. 165. También, PUENTE ABA, 2011, p. 147.

situación de necesidad para ser donante potencial en colaboración con el traficante de órganos<sup>139</sup>.

Lo cierto es que –como ya indicaron algunos autores- lo normal será que el receptor, además, de consentir, haya inducido al hecho como consecuencia de la situación de angustia y necesidad en la que se encuentra<sup>140</sup>. Por otra parte, también hay otras circunstancias del hecho que pueden tomarse en consideración, como por ejemplo las que rodean la prestación del consentimiento del donante, el desconocimiento de la mayor o menor gravedad de la situación de necesidad en que se halle, etc. Además, tanto antes como ahora, la constatación de una contribución adicional por parte del receptor no será suficiente para descartar la atenuación, que requiere tener en cuenta también las circunstancias del culpable, y particularmente las que incidan en la disminución de la culpabilidad en base al principio de inexigibilidad<sup>141</sup>. En el caso de la STS 710/2017, 27-10 (ROJ: STS 3792/2017), 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.

En realidad, la incriminación expresa del receptor persigue enviar un mensaje claro de punibilidad a quien, como se ha dicho, es un partícipe necesario<sup>142</sup> en este comercio infame, al igual que lo es el donante, pues sin ellos no puede darse este fenómeno criminal. Estamos ante lo que GROPP califica como delito centrípeto, en cuanto que la multiplicación del peligro para el bien jurídico deriva de la conducta que atrae a otros a la comisión del delito, la que se constituye en el motor del injusto<sup>143</sup>. Claramente aquí la que protagonizan los intermediarios, pero también el receptor. Ahora bien, éste último no se encuentra en la misma posición que aquellos, pues, al igual que ocurre con el donante, se halla en una situación de vulnerabilidad. De aquí que el Convenio del Consejo de Europa sobre Tráfico de Órganos no haya impuesto la sanción ni del receptor ni del donante, dejándolo a criterio de cada Estado.

Desde este punto de vista, la tipificación expresa en el apartado 3º de la mínima participación que puede tener el receptor en el tráfico de órganos –consentir el trasplante de un órgano que sabe tiene procedencia ilícita-, en la que, aunque se asigna la misma pena que los traficantes, se contempla la atenuación facultativa en uno o

<sup>139</sup> Vid. KÖNIG, 2005b, Rn. 32 y 33; SCHROTH, 2001, pp. 888 y 889; KÖNIG, 2010, p. 520.

<sup>140</sup> Vid. CARBONELL MATEU/GONZÁLEZ CUSSAC, 2010, p. 160.

<sup>141</sup> Vid. GÓMEZ RIVERO, 2013, p. 20; también BENITEZ ORTUZAR, 2011, p. 124 y 125, entiende que se abarcan los dos supuestos: tanto cuando el receptor toma la iniciativa en la búsqueda del órgano ilegal como cuando sólo consiente en la implantación del órgano que sabe tiene un origen ilícito.

<sup>142</sup> Reconocía esta condición de partícipe necesario también FELIP I SABORIT, 2010, p. 46, marginal 629. No comparto, pues, la idea de algunos autores de que el receptor del órgano sea una especie de receptor (vid. GÓMEZ RIVERO, 2013, p. 19 de la versión digital; SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, 2012, p. 99).

<sup>143</sup> Vid. GROPP, 1992, p. 213.

dos grados atendiendo a las circunstancias del hecho y del culpable, representa una valoración del Legislador que, en nuestra opinión, cierra la posibilidad a una exención completa, por ejemplo, en caso de urgencia vital; pues evidencia que aquél es consciente de la situación de necesidad en la que puede encontrarse el sujeto, próxima a un estado de necesidad exculpante, o de miedo insuperable, en la medida en que puede generar una situación de motivación anormal frente al Derecho -una disminución de la exigibilidad- que le lleva a prever la posibilidad de atenuar la pena atendiendo a aquellas circunstancias. El mensaje del Legislador es claro: en todo caso, sea cual sea la situación en la que se encuentre el receptor, hay pena para él, aunque pueda ser minorada por las circunstancias particulares del caso.

Sin embargo, para un autorizado sector doctrinal la expresa previsión de una atenuación facultativa para el receptor no produce ningún efecto oclusivo respecto de la exención por estado de necesidad o miedo insuperable<sup>144</sup>.

Ahora bien, por lo que se refiere al estado de necesidad, esta conclusión choca con el escollo de la dignidad personal (art. 10 CE) 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. No se trata de salvaguardar la dignidad de la persona, incluso a costa de lo que disponga su titular en una manifestación de paternalismo duro, sino una forma de preservar la autonomía de la voluntad frente al peligro de “auto corrupción” en el ámbito de la donación de órganos, esto es, el riesgo de que el donante acabe tomando una decisión que daña su salud y que de otro modo no habría adoptado, en base a consideraciones de índole económica. Un peligro de “corrupción” que la Doctrina alemana extiende también al receptor, quien puede, por su situación, correr el riesgo de tomar una decisión que no es manifestación de su personalidad, sino de su situación de sufrimiento<sup>145</sup>.

Además, como acertadamente ha advertido GÓMEZ RIVERO, la relación de adecuación 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 sólo 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<sup>146</sup>. En consecuencia, no es posible apreciar una exención por estado de necesidad, ni completo ni incompleto, la lesión de la salud del donante

<sup>144</sup> Así, FELIP I SABORIT, 2010, p. 46, marginal 630; GÓMEZ TOMILLO, 2011, p. 609; ROMEO CASABONA, 2010, p.8 (versión digital) admite que “en la hipótesis de un peligro cierto e inminente para la vida del paciente éste recurra a un órgano en el mercado negro, circunstancia que excluiría su culpabilidad material; ANARTE BORRALLO/AGUADO LÓPEZ, 2010, p. 165, lo admite en caso de ser el órgano necesario para seguir viviendo; en el mismo sentido, SERRANO GÓMEZ/SERRANO MAÍLLO, 2010, p. 129; NAVARRO BLASCO, 2011, p. 182; ALASTUEY DOBÓN, 2013, p. 20; MOYA GUILLEM, 2018, p. 302 y 303.

<sup>145</sup> Vid. sobre el particular, SCHROTH, 2001, p. 879 y ss.; también KÖNIG, 2005a, Rn.22.

<sup>146</sup> Vid. GÓMEZ RIVERO, 2003, pp. 294 y 295; la misma, 2013, p. 20.



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.

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 consustancial 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”*.

La previsión de la atenuación, a mi modo de ver, cierra también la posibilidad de apreciar una exención por miedo insuperable<sup>147</sup>, dado que las circunstancias del culpable ya se están valorando legalmente al ofrecer la posibilidad de atenuar la pena. El caso de los familiares del enfermo se presenta más problemático, ya que el texto legal no los menciona, por lo que en puridad no quedan abarcados por la atenuación, aunque se encuentren en una situación excepcional de motivación anormal. Con lo cual, al no haber sido valorada su situación personal por el Legislador, podría pensarse en la apreciación de un miedo insuperable, si bien esta posibilidad supondría en cierta medida una quiebra del principio de igualdad, en la medida en que lo que se niega a quien sufre el conflicto en carne propia, se admitiría para quien le afecta de forma indirecta. Otra posibilidad sería acudir a la atenuante analógica del art. 21.7 CP. Por ello de *lege ferenda* resultaría conveniente que la atenuación facultativa

<sup>147</sup> 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.

fuera ampliada a estos sujetos. 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, como se hace en otros delitos como el cohecho<sup>148</sup>.

De cualquier modo, la pena fijada para el receptor no deja de ser excesiva si, de una parte, se tiene en cuenta que su intervención en el hecho delictivo viene motivada por su situación de excepcionalidad, y de otra, que la atenuación es sólo facultativa, por lo que en principio se le asigna la misma pena que al traficante de órganos humanos<sup>149</sup>. Una menor pena para el receptor hubiera tenido en cuenta su peculiar posición –como ocurre por ejemplo en el caso del aborto con consentimiento de la mujer embarazada–, abriendo la puerta a la aplicación de una exención por inexigibilidad de conducta adecuada a Derecho.

Luego, desde el punto de vista objetivo el tipo se consuma con la mera aceptación del trasplante, sin necesidad de que este se haya ejecutado, ni tampoco extraído ya el órgano. Resulta, por ello, indiferente si el sujeto interviene o no activamente en la obtención ilícita del órgano, lo que podrá ser considerado como circunstancia del hecho que, junto a las personales (existencia o no de urgencia vital, simple mejoramiento de las condiciones de salud y de vida, etc.), pueden servir para fundamentar una atenuación de la pena.

En cuanto al tipo subjetivo requiere dolo, cuyo elemento intelectual ha de abarcar el conocimiento del origen ilícito del órgano, lo que remite al conocimiento de alguna de las circunstancias del apartado 1º que marcan la ilicitud de la extracción u obtención del mismo, bien de forma segura o incluso eventual. Lo que podrá ser considerado también para la atenuación facultativa de la pena. Así, en la SAP Barcelona 8032/2016, 13-10 (ROJ: SAP B 8032/2016), el receptor conocía el carácter ilegal de la donación del riñón, porque sabía que se le iba pagar dinero al donante, y había manifestado, siendo falso, que era amigo de éste.

Finalmente, no le son de aplicación las agravaciones relativas a la víctima del apartado 4º.

## XI. Responsabilidad penal de las personas jurídicas

El apartado 7 art. 156bis CP sanciona a la persona jurídica que, de acuerdo con lo previsto en el art. 31 bis CP, pueda ser responsable de estos delitos. Ciertamente esta extensión de la punibilidad no podrá aplicarse respecto de todos los tipos; no, por ejemplo, respecto del receptor del órgano; pero sí, se puede aplicar la agravación del apartado 5º que se fundamenta en la prestación de servicios en el ámbito sanitario,

<sup>148</sup> GARCÍA ALBERO, 2019, p. 64.

<sup>149</sup> Entre otros, consideran excesiva la pena asignada al receptor, ALEMÁN LÓPEZ, 2012, p. 12 (versión digital), quien reclama una atenuación obligatoria; GARCÍA ALBERO, 2019, p. 64.

que trasladado a la persona jurídica apuntaría al hospital que facilita o realiza las extracciones ilícitas o los trasplantes ilegales, siempre y cuando no se trate de hospitales públicos, pues entonces estarían cubiertos por la exclusión prevista en el art. 31 quinquies CP; también tendrá cabida, como promoción del tráfico ilegal, la actuación de agencias de viaje que faciliten el paquete de turismo de trasplante (viaje, alojamiento, hospital, intervención, etc.), o las compañías de seguros médicos que sufragan el coste de la intervención ilícita; laboratorios que realicen pruebas diagnósticas, etc. Los ejemplos los encontramos en los casos recopilados en la primera parte de este trabajo (el del hospital de Sudáfrica, etc.).

La pena en estos casos es una multa del triple al quíntuple del beneficio obtenido, más la posibilidad de imponer las penas del art. 33.7 letras b) a g) (disolución, suspensión de actividades, intervención judicial, etc.). La referencia al beneficio obtenido no resulta muy afortunada como criterio de determinación de la pena de multa, pues si aquel no puede acreditarse, la pena no podrá aplicarse<sup>150</sup>. No hay más que pensar en el caso israelí, en el que las compañías de seguro médico subvencionaron el trasplante ilegal en otros países, porque resultaba más barato que mantener el tratamiento de diálisis.

## XII. La regla concursal

El apartado 9 del art. 156 bis CP recoge una cláusula concursal, introducida con la reforma de la LO 1/2019, 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 art. 177 bis de este Código y demás delitos efectivamente cometidos”. Se resuelve así por el Legislador la discusión doctrinal que suscitaba la relación del delito de tráfico de órganos con el de trata de seres humanos y con el de lesiones, ahora reservada a los casos de órganos procedentes de persona viva.

En efecto, antes de la reforma, por aplicación de la cláusula del art. 177 bis. 9 CP, la posición más extendida defendía la existencia de un concurso de delitos entre la trata y el tráfico de órganos, diferenciándose las opiniones en el tipo de concurso, real<sup>151</sup> o ideal<sup>152</sup>. Y es que esta cláusula recogía la solución que los Tribunales habían adelantado en los casos más frecuentes de trata, aquellos que tienen como fin la explotación sexual de la víctima, cuando concurren con el correspondiente delito de determinación a la prostitución del art. 188.1 CP, en los que se decantaba por el concurso real (acuerdo del Pleno no Jurisdiccional de la Sala 2ª de 26 de febrero de 2008).

<sup>150</sup> También, BENITEZ ORTUZAR, 2020, p. 127.

<sup>151</sup> QUERALT JIMÉNEZ, 2010, p. 149; BENÍTEZ ORTÚZAR, 2011, p. 123; HERRERA MORENO, 2010, p. 119. También GÓMEZ TOMILLO, 2011, p.620, quien ha modificado su postura inicial recogida en la primera edición del libro, que abogaba por un concurso de normas, como consecuencia de la variación también de su opinión respecto al bien jurídico protegido, antes identificado con la dignidad personal, ahora más próximo a la salud pública.

<sup>152</sup> MUÑOZ CONDE, 2013, p. 125; ALASTUEY DOBÓN, 2013, p. 4.

No obstante, algunos autores<sup>153</sup>, a partir de una interpretación más restrictiva de la cláusula legal del art. 177 bis.9 CP, que la reservaba para los delitos que materializaran la explotación, a cuya finalidad se orientaba la trata, sostuvieron la existencia de un concurso de normas entre la trata y el tráfico de órganos; pues en el caso de la finalidad de “extracción de sus órganos corporales” los delitos que pueden materializar esta explotación son los de lesiones, homicidio, asesinato, detención ilegal, de manera que el desvalor propio del tráfico de órganos quedaba absorbido por el tipo del art. 177 bis CP. Esta interpretación chocaba, sin embargo, con la referencia expresa al art. 318 bis CP, un delito de peligro y de mera actividad, con el que compartía conducta típica y que por ello conducía a la apreciación de un concurso ideal.

Tras la introducción de la cláusula concursal en el art. 156 bis.9 CP, en la que se menciona expresamente el delito de trata, no cabe duda de que la relación es de concurso de delitos<sup>154</sup>, a nuestro modo de ver, de carácter ideal, en la medida en que comparten sustrato material. Ahora bien, para no incurrir en un *bis in idem* no podrán apreciarse conjuntamente los tipos agravados por razón de la víctima de la trata y del tráfico de órganos. El concurso ideal tendrá que construirse entre el tipo básico de uno y el agravado del otro. Aquí queda patente la desmesura de las penas del tráfico de órganos (para órganos de vivo, de 6 a 12 años de prisión en el tipo básico, 12 años y 1 día a 18 años de prisión tipo agravado) frente a las de la trata (de 5 a 8 años de prisión, 8 años y 1 día a 12 años), teniendo en cuenta que, en este último, los medios comisivos (violencia, intimidación, engaño, abuso de situación de superioridad, de necesidad o vulnerabilidad de la víctima, de manera que la persona en cuestión no tiene otra alternativa, real o aceptable, que someterse al abuso) suponen un plus de injusto que no está presente en el tráfico de órganos.

Con respecto a las lesiones, la cuestión no deja de ser problemática porque el art. 156 bis.1 contempla no sólo la promoción, favorecimiento o facilitación de la extracción ilícita, sino también la ejecución, con lo que la lesión de la salud del donante vivo que representa la operación quirúrgica de extracción estaría contemplada en el tipo, y dado que el tipo agravado del apartado 4 a) abarca la puesta en peligro de la vida o la integridad física o psíquica –lesiones que hemos dicho han de ser distintas a las de la misma pérdida del órgano–, la aplicación de la cláusula del apartado 9, que conlleva la apreciación de concurso de delitos, procederá cuando se produzca el resultado de la lesión adicional o la pérdida de la vida, lesiones u homicidio en concurso con el tipo básico del tráfico de órganos. Nuevamente se constata la distorsión valorativa a que conduce la desproporción de las penas en el tráfico de órganos, cuyos tipos agravados, en los que solo se contempla el peligro para la vida o la salud (prisión de 12 años y 1 día a 18 años), superan el marco penal establecido para los

<sup>153</sup> TAMARIT SUMALLA/GARCÍA ALBERO, 2011, p. 972; MOYA GUILLEM, 2018, p. 317.

<sup>154</sup> En este mismo sentido, ALASTUEY DOBÓN, 2020, p. 14; críticamente, GARCÍA ALBERO, 2019, p.71 y 72.

tipos de lesión correspondientes: el tipo más grave de lesiones, el art. 149 CP castiga con la pena del tipo básico del tráfico (6 a 12 años), y el de homicidio, como bien es sabido, va de 10 a 15 años prisión.

El tipo agravado del apartado 5 del art. 156 bis CP, en lo que se refiere al sujeto activo funcionario público, sanciona conductas que también son encuadrables en los tipos de cohecho, con los que entendemos que guarda una relación de concurso de normas, que se resuelve en favor del tráfico por razón de consunción<sup>155</sup>.

Con respecto al tráfico de órganos procedente de persona fallecida puede plantearse su relación con el delito de profanación de cadáveres del art. 526 CP. Ciertamente, la única conducta de este delito que podría entrar en juego en el tráfico de órganos sería la de “profanar el cadáver faltando al respeto debido a la memoria de los muertos”. Pero no parece que la conducta de extracción del órgano suponga por sí misma una “falta de respeto”, a no ser que se quiera ver dicha falta de respeto en proceder a la extracción con la finalidad de trasplante, en contra de lo manifestado en vida en este sentido (voluntad contraria a la donación). En cualquier caso, consideramos que en el hipotético caso en el que pudiera apreciarse esta lesividad, ésta quedaría absorbida en el tráfico de órganos, dado que incluye esta afectación del principio de dignidad humana que se proyecta en el cuerpo de la persona que se fue.

Más posible será la concurrencia del tráfico de órganos en estos casos con los delitos de falsedades del art. 390 CP, si, por ejemplo, se oculta la voluntad contraria que hubiera manifestado en vida.

Finalmente, existe concurso de normas entre el tipo agravado de pertenencia a organización o grupo criminal dedicado a estas actividades (art. 156 bis.6 CP) y los tipos de los arts. 570 bis.1 y 570 ter.1 CP, que se resuelve por especialidad en favor del tipo agravado.

### **XIII. Otras consecuencias penales y aplicación del tráfico de órganos en el espacio**

La reforma operada por la LO 1/2019 ha introducido en el art. 127 bis CP los delitos de tráfico de órganos entre el catálogo de los que admiten el decomiso ampliado de “los bienes, efectos y ganancias pertenecientes a una persona condenada” por alguno de estos delitos, cuando se resuelva que provienen de una actividad delictiva, y no se acredite su origen lícito. De manera irónica GARCÍA ALBERO ya advertido de la posibilidad de que pudiera decretarse el comiso del órgano trasplantado ilícitamente, en cuanto que efecto del delito<sup>156</sup>. Además, el apartado 10º del art. 156 bis CP prevé el reconocimiento de las condenas de Jueces o Tribunales

<sup>155</sup> Para GARCÍA ALBERO, 2019, p.62, la relación es de especialidad en favor del tráfico de órganos, y solo si el sobornado realiza actos adicionales de tráfico, entonces habrá concurso entre cohecho y el tráfico de órganos, conforme a las reglas generales.

<sup>156</sup> Cfr. GARCÍA ALBERO, 2019, p. 64

extranjeros por delitos de tráfico de órganos a los efectos de la apreciación de reincidencia, salvo que el antecedente penal haya sido cancelado o pueda serlo con arreglo al Derecho español. En todo caso, habrá de tratarse de condenas firmes.

Como se expuso al comienzo, los casos de tráfico de órganos en nuestro país son prácticamente inexistentes, debido en buena medida al sistema de garantías y controles que establece la normativa de trasplantes. Los supuestos más frecuentes y ciertamente más fácilmente detectables son los asociados a turismo de trasplante, esto es, aquellos que se cometen fuera del territorio español. ¿Qué posibilidades hay de que puedan ser enjuiciados en España?

La posibilidad de perseguir las conductas de tráfico de órganos cometidas fuera de España viene condicionada por lo dispuesto en el art. 23 LOPJ. Así, una vía sería la aplicación del principio de personalidad, cuando los criminalmente responsables sean españoles o extranjeros que hubieran adquirido la nacionalidad española con posterioridad a la comisión del hecho, aunque condicionado a que el hecho sea también punible en lugar de comisión (doble incriminación), se interponga querrela del agraviado o del Ministerio Fiscal ante Tribunales españoles, y que el delincuente no haya sido absuelto, indultado o penado en el extranjero, o en este último caso, no hay cumplido condena (art. 23.2 LOPJ). Claro, esta vía plantea el inconveniente de la doble incriminación, pues uno de los obstáculos en la lucha contra el tráfico de órganos es la existencia de vacíos legales en muchos de los países donde se captan a los donantes, en los que dicho tráfico puede ser ilícito pero no punible, o incluso en los que puede haberse adoptado un régimen de venta regulada de los propios órganos o de los familiares fallecidos o incluso que sea el propio Estado quien lo haga, como ocurría en China respecto de la disposición de los órganos de condenados a muerte que no eran reclamados por sus familiares.

No obstante, en estos casos los hechos son ilícitos, pero no punibles, en el otro país, los Tribunales españoles podrían ser competentes en base al principio de territorialidad cuando se hubiesen ejecutado parte de los actos típicos en nuestro país. Ahora bien, dada la amplitud de la conducta típica del art. 156 bis CP, la cuestión será si éstos manifiestan suficiente lesividad para integrar el tipo. Así, por ejemplo, cuando es el facultativo el que deriva al paciente a un centro extranjero en el que se practica dicho comercio ilegal, o cuando el receptor inicia en España las gestiones para que se le implante en el extranjero el órgano obtenido por precio (contactos con el hospital, los facultativos, la agencia, etc.). En principio, tales hechos encajan en la literalidad del precepto en cuanto que facilitan o promueven el tráfico de órganos; si bien, teniendo en cuenta la gravedad de la pena habría que exigir una cierta lesividad de la conducta desplegada en nuestro país.

Por otra parte, el tráfico de órganos no se ha incluido de forma explícita entre los delitos a los que es aplicable el principio de justicia universal, a pesar de que los casos más frecuentes en España –difundidos incluso en los periódicos– son los de

españoles que se desplazan a otros países para procurarse un órgano a cambio de precio, después de haber sido rechazados por razones clínicas en el sistema de trasplante español.

Ahora bien, se llama la atención sobre la posibilidad que ofrece la letra p) del art. 23.4 LOPJ, y que extiende la jurisdicción universal sobre “cualquier otro delito cuya persecución se imponga con carácter obligatorio por un Tratado vigente para España o por otros actos normativos de una Organización Internacional de la que España sea miembro, en los supuestos y condiciones que se determine en los mismos”. A este respecto el Convenio del Consejo de Europa sobre Trasplantes de Órganos dispone, en su art. 10, los siguientes criterios de competencia de los Tribunales de un Estado parte:

a) principio de territorialidad: cuando el delito se cometa en su territorio, a bordo de un buque con pabellón de ese Estado o de una aeronave matriculada con arreglo a las leyes de ese Estado parte.

b) principio de personalidad activa: cuando el delito se haya cometido por uno de sus nacionales o por una persona que tenga su residencia habitual en su territorio. No obstante, se permite al Estado presentar reserva para no aplicarlo o hacerlo con condiciones adicionales, aunque en todo caso se tiene que garantizar que la competencia no quedará supeditada a la condición de denuncia de la víctima o a la puesta a disposición de información por el Estado del lugar en que se haya cometido el delito.

c) principio de personalidad pasiva: cuando el delito se cometa contra uno de sus nacionales o contra una persona que tenga su residencia habitual en su territorio.

En consecuencia, por esta vía sería posible la persecución del tráfico de órganos cometido en el extranjero saltándose la exigencia de la doble incriminación y de la necesidad de querrela del agraviado o del Ministerio Fiscal, y con las limitaciones que marca el nº5 del art. 23 LOPJ, una vez que el Convenio ha sido ratificado por España el 15-12-2020 (BOE 17-2-2021), y con su entrada en vigor el 1 de abril 2021. Si bien hay que tener en cuenta que se ha formulado reserva expresa de no aplicación de las reglas de competencia establecidas en la letra e) apartado 1 del art. 10 del Convenio, lo que afecta a la personalidad activa cuando quien haya cometido el delito sea una persona que tenga su residencia habitual en España, quizás por la ausencia de criterios interpretativos que aporten seguridad jurídica sobre este concepto.

En cualquier caso y como ya ha sido advertido por algún autor<sup>157</sup>, un sistema de notificación obligatoria desde el sistema sanitario -en el que forzosamente han de detectarse los receptores de turismo de trasplante ante la necesidad de seguimiento médico posterior-, que alertase a las autoridades competentes de la posible existencia de tráfico de órganos, impulsaría ciertamente la persecución de estos delitos y contribuiría a que no fueran catalogados como mero Derecho Penal simbólico.

<sup>157</sup> Vid. CANCIO MELÍA, 2017, p. 29, nota 42.

#### XIV. Conclusiones valorativas

La LO 1/2019 ha modificado sustancialmente la tipificación del tráfico de órganos, según dispone su Preámbulo, para adaptarse a las previsiones contenidas en el Convenio del Consejo de Europa sobre Trasplantes de Órganos. Se incorporan así las conductas asociadas a las distintas fases por las que atraviesa este mercado ilícito, incluyendo, los usos del órgano humano ilícitamente extraído. Positivamente se valora la tipificación de la corrupción activa y pasiva del personal sanitario, pero también de quienes hacen labores de intermediación, captando a donantes y/o receptores.

A pesar de las críticas doctrinales vertidas sobre la ubicación sistemática del precepto, tras su introducción al CP en 2010, la reforma ha mantenido su ubicación entre los delitos de lesiones, al igual que su misma desproporcionada penalidad, que ahora se hace depender de que el órgano proceda de persona viva o de fallecida, lo que plantea -como hemos visto- no pocos dislates valorativos a la vista de la amplitud de la gran amplitud del tipo. Todo ello deja irresuelta la cuestión del bien jurídico protegido, cuya determinación se hace, si cabe, todavía más compleja que antes, no sólo por la ampliación del ámbito típico a los órganos de fallecidos o la referencia típica a “la víctima” en los tipos agravados, sino por la incriminación de todos los usos del órgano ilícitamente extraído u obtenido.

En este sentido, es cierto que la nueva regulación parece más próxima a un bien jurídico colectivo o institucional, relacionado con las condiciones legales establecidas para la obtención y extracción de órganos humanos, pues no en vano el concepto de tráfico de órganos -ahora definido en el tipo- se sustenta sobre la infracción de esta normativa. Pero no lo es menos que la sola referencia a la salud pública no permite aglutinar todas las modalidades típicas del art. 156bis CP. La opción interpretativa que se propone en el presente trabajo trata de aunar esta concreta tipificación, considerando la prohibición de comerciar con el cuerpo o sus partes, consagrada en distintos instrumentos internacionales, que se vincula constitucionalmente con el derecho a la incolumidad personal. Se observa así que el elemento nuclear de la definición auténtica del tráfico de órganos reside en la ilicitud de su extracción u obtención, lo que a su vez queda determinado por los incumplimientos relativos al consentimiento del “donante” vivo, a la autorización en el caso de fallecidos o al principio de gratuidad. Todo lo cual apunta al proceso de toma de decisión en la donación del órgano, a la preservación de la autonomía en el ejercicio del poder de disposición en este ámbito. Es cierto que algunas modalidades típicas serán claramente posteriores a este proceso, pero su incriminación obedece a su carácter prodromico, a su función de motor del ilícito y de agotamiento material del delito.

Así las cosas, la tutela penal se decanta del lado del donante, que, en cualquier caso, queda fuera del ámbito típico del precepto, en la medida en que la extracción u obtención ilícita concernida en el tipo es la de los órganos humanos ajenos, a la que el resto de las conductas típicas del apartado 1º del art. 156bis CP quedan referidas.



Tampoco puede ser sujeto activo del apartado 2º, pues, o bien se sanciona la proposición o captación de donante o receptor -no la “autoproposición” como donante-, o bien se castiga el ofrecimiento o la entrega de dádiva o retribución a determinados sujetos para llevar a cabo o facilitar la extracción u obtención ilícita o la implantación del órgano ilícitamente extraído, con lo que no parece lógico que sea el propio donante el que realice dicha entrega u ofrecimiento.

La tipificación expresa de los actos preparatorios en el apartado 8º no deja de ser un exceso, a la vista de la amplitud típica del delito de tráfico de órganos que no sólo abarca conductas que representan ya una preparación delictiva de la obtención o extracción ilícita del órgano -conducta nuclear del tipo-, y que aglutinan las distintas fases por las que atraviesa este comercio indigno, -desde la publicidad hasta la extirpación y uso del órgano-, equiparadas bajo una misma penalidad en claro quebranto del principio de proporcionalidad; sino que además, contempla como tipos específicos la captación de reclutadores de donantes o receptores o de otros intermediarios en este proceso. Un exceso incriminatorio que no venía exigido por el Convenio europeo de Tráfico de Órganos, que sólo requería la tipificación de actos de complicidad y tentativa, a lo que entendemos ya se da cumplimiento con la configuración tan amplia de la conducta típica -promover, favorecer, facilitar, publicitar y ejecutar-, y en todo caso con la aplicación de las reglas generales.

La desmesura de las penas, que superan con mucho las previstas en el Derecho comparado, apreciable en los tipos de los apartados 1º a 5º, genera dislates valorativos imposibles de explicar en la aplicación de los tipos agravados, especialmente del relativo a la puesta en grave peligro para la vida o integridad física o psíquica de la víctima del delito.

En este exceso incriminador en pos de la vida, la integridad física, la dignidad humana y la salud pública -como reza el Preámbulo de la LO 1/2019- se echa en falta, sin embargo, que no se haya actuado con ese mismo celo para incluir expresamente este delito dentro del principio de justicia universal -aunque la reciente ratificación del Convenio europeo de Tráfico de órganos pueda abrir vías de persecución-, pues el alcance global, propio de la criminalidad organizada, al que apunta la realidad criminológica de este delito hacen más probables las formas de turismo de trasplante, aunque no solo, como demuestran los dos casos que han llegado a nuestros Tribunales. También el establecimiento de una obligación de notificación desde el ámbito sanitario a las autoridades competentes en materia de persecución penal reforzaría la seriedad de la amenaza penal.

Finalmente, ni en el tipo original de tráfico de órganos ni en el actualmente vigente tendrían cabida conductas como las que ocurrieron en Alemania en el denominado “escándalo de los trasplantes”, en donde los médicos manipularon los datos clínicos de sus pacientes para que avanzaran en la lista de espera, falseando los resultados de las analíticas, interfirieron en los protocolos de diálisis, obviaron los 6 meses de

carencia de alcohol o incluso dejaron que el estado de salud de sus pacientes empeorara para conseguir determinados resultados clínicos. Las dificultades dogmáticas para imputar en tales casos homicidio, lesiones o tentativas de tales delitos respecto de los pacientes que han resultado desplazados en la lista de espera se han expuesto en la doctrina alemana<sup>158</sup>. Ciertamente parece mucho más efectivo para prevenir tales hechos el reforzamiento de la transparencia y los mecanismos de control respecto de la conformación de la lista de espera para la adjudicación de órganos procedentes de cadáver, algo en lo que el sistema de trasplantes español parece ser referente mundial.

### Bibliografía

- ANARTE BORRALLA, E.; AGUADO LÓPEZ, S. (2010) “Lección V: Las Lesiones”, en BOIX REIG, J. (Dir.) *Derecho Penal, Parte Especial*, vol. I, Madrid, pp.119-170.
- AINLEY, R. (2011) “Organ transploitiation: a model law approach to combat human trafficking and transplant tourism”, *Oregon Review of International Law* 13 (2), pp. 427-466.
- ALARCOS, F. (2006) “Tráfico de órganos: un nuevo salto en la historia de los trasplantes. Los trasplantes y el tráfico de órganos desde la ética”, *Crítica* nº 940, pp. 48-51.
- ALASTUEY DOBÓN, C. (2013) “Aspectos problemáticos del delito de tráfico de órgano”, *Revista Penal*, nº 32, pp. 3-22.
- ALASTUEY DOBÓN, C. (2020) “¿Qué protege el delito de tráfico de órganos? -A propósito de la reforma operada por la Ley Orgánica 1/2019-“, *Diario La Ley*, nº 9558, pp. 1-21
- ALEMÁN LÓPEZ, M.A. (2012) “Una breve consideración sobre la excesiva penalidad establecida para el receptor de órganos humanos en el nuevo artículo 156 bis del Código penal”, en *La Ley Penal: revista de Derecho Penal, Procesal y Penitenciario*, n 94-95, pp. 1-18 (versión digital).
- AMBAGTSHEER, F.; ZAITCH, D.; WEIMAR, W. (2013) “The battle for human organs. Organs trafficking and transplant tourism in a global context”, *Global Crime*, 14 (1), 1-26
- AMBAGTSHEER, F.; GUNNARSON, M.; DE JONG, J.; LUNDIN, S.; VAN BALEN, L.J.; ORR, Z.; BYSTRÖM, I.; WEIMAR, W. (2016) “Trafficking in human beings for the purpose of organ removal. A case study report”, en AMBAGTSHEER, F.; WEIMAR, W. (eds.) *Hott Project. Results and Recommendations*. Pabst Science Publishers, Lengrich.
- BARNETT II, W.; SALIBA, M.; WALKER, D. (2001) “A free market in Kidneys: efficient and equitable”, en *The Independent Review*, Vol. V, Nº 3.
- BECKER, G.S. ; ELÍAS, J.J. (2007) “Introducing incentives in the market for live and cadaveric organ donations”, en *Journal of Economic Perspectives*, vol. 21, nº3, pp. 3-24.
- BENITEZ ORTUZAR, I.F. (2011) “Obtención, tráfico y trasplante ilícito de órganos humanos”, en MORILLAS CUEVA, K. (Coord.) *Sistema de Derecho Penal Español. Parte Especial*, Madrid, pp. 115-126.

<sup>158</sup> Vid. JÄGER, 2017, p. 41 y ss., quien recoge las distintas posiciones doctrinales respecto de la existencia de relación causalidad, imputación objetiva para apreciar un delito de homicidio o de tentativa homicidio, o la posible subsunción en un delito de lesiones o de tentativa de lesiones peligrosas.

- BENITEZ ORTUZAR, I.F. (2020) “Obtención, tráfico y trasplante ilícito de órganos humanos”, en MORILLAS CUEVA, L. (Dir.) *Sistema de Derecho Penal, Parte Especial*, 3ª ed., Madrid, pp. 109-131.
- BRIGGS, J.D. (1996) “The use of organs from executed prisoners in China”, *Nephrology, Dialysis, Transplantation*, vol. 11, nº 2, pp. 238-240.
- BUDIANI-SABERI, D.A.; DELMONICO, F.L. (2008) “Organ trafficking and transplant tourism: a commentary of a global reality”, *American Journal of Transplantation*, 8, pp. 925-929.
- BUDIANI-SABERI, D. A.; KARIM, K. A. (2009) “Los determinantes sociales del tráfico de órganos: una reflexión sobre la inequidad social”, en *Medicina Social*, vol. 4, nº1, pp. 52-55.
- CANCIO MELIÁ, M. (2017) “Tráfico de órganos y Derecho penal. Reflexiones desde la perspectiva española”, en KUDLICH, H.; MONTIEL, J.P.; ORTIZ DE URBINA, I. (eds.) *Cuestiones actuales del Derecho penal médico*, Madrid, pp. 19-33.
- CAPLAN, A.; DOMINGUEZ-GIL, B.; MATESANZ, R.; PRIOR, C. (2009) *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 Study.
- CARBONELL MATEU, J.C.; GONZALEZ CUSSAC, J.L. (2010) “Lección VI. Lesiones”, en VIVES ANTÓN, T.S.; ORTS BERENGUER, E.; CARBONELL MATEU, J.C.; GONZÁLEZ CUSSAC, J.L.; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C. *Derecho Penal, Parte Especial*, 3ª ed., actualizada de acuerdo con la Ley Orgánica 5/2010, Valencia, pp. 131-163.
- CARBONELL MATEU, J.C. (2016) “Lección 6. Lesiones”, en GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. (Coord.), *Derecho penal. Parte Especial, 5º ed. revisada y actualizada a la LO 1/2015*, Valencia, pp. 101-122.
- CARRASCO ANDRINO, M.M. (2002) *Los delitos plurisubjetivos y la participación necesaria*, Granada.
- CARRASCO ANDRINO, M.M. (2015) *El comercio de órganos humanos para trasplante: análisis penal*, Valencia.
- COLUMB, S.; AMBAGTSHEER, F.; BOS, M.; IVANOVSKI, N.; MOORLOCK, G.; WELMAR, W. (2017) “Re-conceptualizing organ trade. Separating “trafficking” from “trade” and the implications for law and policy”, *Transplant International*, 30(2), pp. 209-213.
- DE JONG, J. (2015) *The trade in human organs and human trafficking for the purpose of organ removal. An exploratory study into the involvement of the Netherlands and Europe*, ed. Police Central Unit, The Netherlands.
- DE JONG, J. (2017) *Human trafficking for the purpose of organ removal*, PhD Universidad de Utrecht.
- DE LA CUESTA AGUADO, P. M. (2013) *Delitos de Tráfico ilegal de Personas, Objetos o Mercancías*, Valencia.
- DÍAZ-MAROTO VILLAREJO, J. (2011) “El delito de tráfico de órganos humanos”, en *Estudios sobre las Reformas del Código Penal operadas por la LO 5/2010, de 22 de junio y 3/2011, de 28 de enero*, Madrid, pp.275-288.
- DIEZ RIPOLLÉS, J.L. (1997) “Artículos 155-156”, en DIEZ RIPOLLÉS, J.L.; GRACÍA MARTÍN, L. (Coords.) *Comentarios al Código Penal, Parte Especial*, t. I, Títulos I a VI y faltas correspondientes, Valencia.
- EPSTEIN, M.; MARTIN, D.; DANOVITCH, G. (2011) “Caution: deceased donor organ commercialism;”, *European Society for Organ Transplantation*, 24, pp. 958-964.

- FELIP I SABORIT, D. (2010) “Tráfico de órganos”, en ORTIZ DE URBINA GIMENO, I. (Coord.) *Memento Experto Reforma Penal*, Madrid, marginales 600-652
- FELIP I SABORIT, D. (2012) “Delitos de lesiones: el nuevo delito de tráfico, obtención y trasplante ilegales de órganos humanos”, en SILVA SÁNCHEZ, J.M./PASTOR MUÑOZ, N (Dir./Coord.) *El nuevo Código Penal, comentarios a la reforma*, Madrid, pp. 243-269.
- FELIP I SABORIT, D. (2021) “Tráfico de órganos”, en ORTIZ DE URBINA GIMENO, I. (Coord.) *Memento Experto Reforma Penal*, Madrid, marginal 7470-7485.
- FRIELAENDER, M.M. (2002) “The right to sell or buy a kidney: are we falling our patients?”, *The Lancet*, vol. 359, pp. 971-973.
- GARCÍA ALBERO, R. (2010a) “El nuevo delito de tráfico de órganos”, en ALVAREZ GARCÍA, F.J.; GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. (Dirs.) *Comentarios a la Reforma de Código Penal de 2010*, Valencia, pp.183-192.
- GARCÍA ALBERO, R. (2010b) “El nuevo delito de tráfico de órganos”, en QUINTERO OLIVARES, G. (Dir.) *La Reforma Penal de 2010: Análisis y Comentarios*, Navarra, pp. 141-149.
- GARCÍA ALBERO, R. (2019) “El reformado delito de tráfico de órganos: crónica de una oportunidad perdida”, en QUINTERO OLIVARES, G.; MORALES PRATS, F.; TAMARIT SUMALLA, J.M.; GARCÍA ALBERO, R. *Las reformas penales de 2019*, Cizur Menor, pp. 37-74.
- GARCÍA ÁLVAREZ, P. (1999) *La puesta en peligro de la vida y/o la integridad física asumida voluntariamente por su titular*, Valencia.
- GABRIELLI, E. (2011) *Organe come merce: prospettive criminologiche e normative nel mercato mondiale*, Tesis di Laurea, Università delli Studi di Trento.
- GHODS, A.J. (2009) “Ethical Issues and Living Unrelated Donor Kidney Transplantation”, *Iranian Journal of Kidney Diseases*, vol. 3, nº 4, pp. 183-191.
- GIMMARINARO, M.G. (2013) *Trafficking in Human Beings for the Purpose of Organ Removal in the OSCE Region: Analysis and Findings*, Office of the Special Representative and Co-ordinator for Combating Trafficking in Human Beings, OSCE.
- GIORDANO, V. (2018) “El tráfico mundial de órganos: comercialidad del cuerpo humano y prácticas de desigualdad”, en *Derechos y Libertades*, n 39, época II, pp. 97-119.
- GÓMEZ MARTÍN, V. (2011) “artículo 156 bis”, en CORCOY BIDASOLO, M./MIR PUIG, S. (Dirs.) *Comentarios al Código Penal, Reforma LO 5/2010*, Valencia, pp. 369-371
- GÓMEZ RIVERO, M.C. (2003) *La Responsabilidad penal del Médico. Doctrina y Jurisprudencia*, Valencia.
- GÓMEZ RIVERO, M.C. (2011), “artículo 155 CP”, en GÓMEZ TOMILLO, M. (Dir.) *Comentarios al Código penal*, 1º ed., Valladolid, pp. 612-616.
- GÓMEZ RIVERO, M.C. (2013) “El delito de tráfico ilegal de órganos humanos”, en *Revista Penal*, nº 31, pp. 113-139.
- GÓMEZ RIVERO, M.C. (2019) “El convenio del Consejo de Europa sobre la lucha contra el tráfico de órganos humanos. Principios e implementación en el Ordenamiento español”, en GALÁN MUÑOZ, A.; MENDOZA CALDERON, S. (Dirs.) *Globalización y lucha contra las nuevas formas de criminalidad transnacional*, Valencia, pp. 55-94.
- GÓMEZ TOMILLO, M. (2010) “artículo 156 bis CP”, en GÓMEZ TOMILLO, M. (Dir.) *Comentarios al Código penal*, 1º ed., Valladolid, pp. 617-620.
- GÓMEZ TOMILLO, M. (2011) “artículo 156 bis CP”, en GÓMEZ TOMILLO, M. (Dir.) *Comentarios al Código penal*, 2ª ed., Valladolid, pp. 617-620.

- GONZÁLEZ RUS, J.J. (2011) “Las Lesiones”, en MORILLAS CUEVA, L. (Coord.) *Sistema de Derecho Penal Español, Parte Especial*, Madrid.
- GROPP, W. (1992) *Deliktstypen mit sonderbeteiligung*, Tübingen, 1992.
- HALSTEAD, B. ; WILSON, P. (1991) “Body crime” : Human organ procurement and alternatives to the international black market”, *Australian Institute of Criminology, trends and issues in crime and criminal justice*, n 30, pp. 1-8
- HERRERA MORENO, M. (2010) “Lesiones, violencia de género y tráfico de órganos”, en POLAINO NAVARRETE, M. (Dir.) *Lecciones de Derecho Penal, Parte Especial*, tomo I, adaptadas a las Leyes Orgánicas 2/2010 y 5/2010 de Reforma del Código Penal, Madrid pp. 99-122.
- HOLMES, P. (2009) *Manual for Law Enforcement Officers on Detection and Investigation of Trafficking-related Crimes*, International Organization for Migration (IOM), Kyiv.
- IONESCU, C. (2005) “Donor charged in Romania’s first organ trafficking trial”, *The Lancet*, vol. 365, issue 9475, p. 1918.
- JÄGER, C. (2017) “La punibilidad de la intervención manipuladora en la adjudicación post mortem de órganos”, en KUDLICH, H.; MONTIEL, J.P.; ORTIZ DE URBINA, I. (eds.) *Cuestiones actuales del Derecho penal médico*, Madrid, pp. 35-53
- JAVATO MARTÍN, A.M. (2011) “Libertad de reunión y Derecho penal. Análisis de los artículos 513 y 514 del Código penal”, en *InDret* 3, pp. 1-49.
- JESCHECK, H.H. (1981) *Tratado de Derecho penal, Parte General, traducción y adicciones de Derecho español por S. Mir Puig y F. Muñoz Conde*, vol. I, Barcelona.
- HUANG, J. “Special report from China”, *Transplantation Journal*, vol. 91, n° 118, Supplement 11S, *Third WHO Global Consultation on Organ Donation and Transplantation: Striving to Achieve Self-Sufficiency, March 23–25, 2010, Madrid, Spain, June 15th, 2011*, p. 54.
- KÖNIG, P. (2005a) “Verbotsvorschriften Organhandel. Vorbemerkungen“, en SCHROTH, U./KÖNIG, P./GUTMANN, T./ODUNCU, F. *Transplantationgesetz Kommentar (TPG)*, 1. Auflage, Rn 1-28.
- KÖNIG, P. (2005b) “TPG 18 Organhandel“, en SCHROTH, U./KÖNIG, P./GUTMANN, T./ODUNCU, F. *Transplantationgesetz Kommentar (TPG)*, 1. Auflage, Rn 1-74.
- KÖNIG, P. (2010) “Das strafbewehrte Verbot des Organhandels”, en *Handbuch des Medizinstrafrechts*, 4 Auflage, pp. 501-529
- MARTY, D. (2010) *Inhuman treatment of people and illicit trafficking in human organs in Kosovo*, *Committee on Legal Affairs and Human Rights*, Council of Europe.
- MATAS, D. (2010) “Ending Abuse of Organ Transplantation in China”, *The Epoch Time, English Edition*, 18 August.
- MATAS, D.; KILGOURD, D. (2007) *Cosecha Sangrienta, Informe revisado sobre alegatos de extirpación de órganos a practicantes de Falun Gong en China*.
- MAY, C. (2017) *Transnational Crime and Developing world*, Global Financial Integrity.
- MENDOZA, R.L. (2010) “Colombia’s organ trade: Evidence from Bogotá and Medellín”, *Journal of Public Health*, pp. 375-384.
- MOYA GUILLEM, C. (2018) *La Protección jurídica frente al tráfico de órganos humanos. Especial referencia a la tutela penal en España (art. 156 bis CP)*, Madrid.
- MOYA GUILLEM, C. (2019) “Reflexiones sobre la Ley Orgánica 1/2019 en materia de tráfico de órganos. Nuevos horizontes de interpretación”, en *Revista General de Derecho Penal*, n 31, pp. 1-29.
- MUÑOZ CONDE, F. (2008) “Algunas cuestiones relacionadas con el consentimiento del paciente y el tratamiento médico”, en *Problemas Actuales del Derecho Penal y la*

- Criminología. Estudios penales en memoria de la Profesora Dra. María del Mar Díaz Pita*, Valencia, pp. 447-478.
- MUÑOZ CONDE, F. (2013) *Derecho Penal, Parte Especial*, 19ª ed., completamente revisada y puesta al día, Valencia.
- MUÑOZ CONDE, F. (2019) *Derecho penal, Parte Especial*, 22º ed., Valencia.
- NAVARRO BLASCO, E. (2011) “Sobre el tráfico de drogas, armas y órganos”, *Revista Jurídica de Cataluña*, n 4, pp. 165-183.
- PASCUAL MEDRANO, A. “La interminable configuración del derecho fundamental a la integridad física”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, 114, 2018, pp. 47-72.
- PEARSON, E. (2004) “Coercion in the kidney trade? A background Study on trafficking in human organs worldwide. Sector Project against Trafficking in Women “, *Deutsche Gesellschaft für Technische Zusammenarbeit (GTZ) GmbH*, pp. 1-40.
- PELCHEN, A. (2011) „TPG 18 Organhandel”, en ERBS/KOHLHAAS *Strafrechtliche Nebengesetze 185, Ergänzungslieferung*, Rn. 1-7
- PUENTE ABA, L.M. (2011) “La protección frente al tráfico de órganos: su reflejo en el Código penal español”, *Revista de Derecho y Proceso Penal*, nº 26, pp. 135-152.
- QUERALT JIMÉNEZ, J.J. (2010) *Derecho Penal Español, Parte Especial*, 6ª ed. Revisada y actualizada, Barcelona.
- ROMEO CASABONA, C.M. (2005) “Los principios jurídicos aplicables a los trasplantes de órganos y tejidos”, en ROMEO CASABONA, C.M. (Coord.) *El Nuevo Régimen Jurídico de los Trasplantes de Órganos y Tejidos*, Granada, pp. 1-82.
- ROMEO CASABONA, C.M. (2010) “La prohibición del tráfico ilegal y la exclusión de la comercialización de los órganos y tejidos”, en *Revista Aranzadi Doctrinal*, nº 7, pp. 171-180.
- ROXIN, C. (2006) *Derecho Penal, Parte General*, tomo I, traducción de la 2ª ed. Alemana por D.M Luzón Peña, M. Díaz y García Conlledo y J. de Vicente Remesal, Madrid.
- SÁNCHEZ TOMÁS, J. (2013) “Lección 12ª. Cohecho”, en ÁLVAREZ GARCÍA, F.J. (Dir.) *Tratado de Derecho Penal Español. Parte Especial, III. Delitos contra las Administraciones Pública y de Justicia*, Valencia, pp. 375-459.
- SCHEPER-HUGES, N. (2005) “El comercio infame: capitalismo milenarista, valores humanos y justicia global en el tráfico de órganos”, *Revista de Antropología Social*, 14, pp. 195-236.
- SCHEPER-HUGES, N. (2017) “Cicatrices: recuerdos personificados del trasplante de órganos y del tráfico de órganos”, *Papeles de Relaciones Ecosociales y Cambio Global*, nº137, pp. 105-123.
- SCHROTH, U. (2001) “Das Organhandelsverbot. Legitimität und Inhalt einer paternalistischen Strafrechtsnorm”, en *Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag am 15.mai.2001*, Berlín, pp. 869-890.
- SERRANO GÓMEZ, A.; SERRANO MAÍLLO, A. (2010) *Derecho Penal, Parte Especial*, 15ª ed., Madrid.
- SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, J.L. (2012) “Tráfico de órganos humanos y lesiones”, en *Cuadernos de Política Criminal*, nº 107, pp. 87-112.
- SHIMAZONO, Y. (2007) “The state of the international organ trade: a provisional picture based on integration of available information”, *Bulletin of the World Health Organization*, 85 (12), pp. 955-962.
- STEINER, P. (2010) *La Transplantation D’Organes, Un commerce nouveau entre les êtres humains*, ed. Gallimard.
- TABARROK, A. (2010) “The meat market”, *The Wall Street Journal*, 8 de enero.

- TAG, B. (2007) “TPG 18 Organdhandel”, en *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch: StGB Band 6, JGG (Auszug), Nebenstrafrecht I*, 1 Auflage, Rn 1-39.
- TAMARIT SUMALLA, J.M.; GARCÍA ALBERO, R. (2011) “Artículo 156 bis”, en QUINTERO OLIVARES, G.; MORALES PRATS, F. (Dir.; Coord.) *Comentarios al Código Penal Español*, tomo II, 6ª ed., Cizur Menor.
- VERMONT-MANGOLD (2003) *El tráfico de órganos en Europa. Informe*, Informe de la Comisión de Salud Social y Familia, Consejo de Europa.