

# Tráfico de órganos y Derecho penal: los límites de la globalización: Reflexiones desde la perspectiva española

MANUEL CANCIO MELIÁ  
Universidad Autónoma de Madrid

**Resumo:** O artigo trata, criticamente, da tipicidade do delito de tráfico de órgãos no âmbito da legislação espanhola. Analisa o problema do aumento de volume de transplantes de órgãos – a partir da evolução das técnicas médicas - e as diferenças de qualidade de vida entre o Norte e o Sul globais, que ensejam a existência de um mercado clandestino para esses órgãos. Assim, analisa a legitimidade do Direito Penal para tutelar essas situações, mormente no que diz respeito a existência de um bem jurídico individual ou coletivo a ser protegido pela norma penal incriminadora.

**Palavras-chave:** Direito Penal; Tráfico de órgãos; Globalização

**Abstract:** This article critically analyzes the criminal conduct of organ trafficking under Spanish law. It describes the increase in numbers of organ transplantation – thanks to the evolution of medical techniques - and the differences in quality of life between global North and South, which lead to the existence of a clandestine market for these organs. Thus, it explains the legitimacy of Criminal Law in dealing with these situations, regarding, in particular, the existence of an individual or collective criminally relevant interest to be taken into consideration by the incriminating legal rule.

**Keywords:** Criminal Law; Organs traffic; Globalization

## 1. El problema y su contexto

a) Probablemente hay pocos ámbitos de la medicina moderna que muestren sus problemas básicos con mayor claridad –también para el lego– que el de la cirugía de trasplantes. Por un lado, su continuo progreso provoca una escasez cada vez más acusada de órganos: manteniéndose por lo general constante la oferta de órganos trasplantables, el desarrollo de nuevas técnicas crea una demanda en continua expansión, por lo que el progreso médico significa siempre, paradójicamente –mientras no sea posible crear órganos artificiales,

claro— la creación continua de nuevas necesidades de tratamiento<sup>1</sup>. La escasez de órganos plantea al moderno Estado social, que domina y organiza el sistema sanitario, retos máximos, y no sólo en cuanto a la distribución efectiva y eficiente de recursos, sino también —en muchas ocasiones es cuestión de vida o muerte— en lo que se refiere a la organización de un mecanismo justo de distribución. Por otro lado, la medicina de trasplantes proyecta un potentísimo haz de luz sobre el abismo entre el Norte-Oeste del planeta, rico y organizado — más o menos— en términos de Estado social, y el Sur pobre del mundo, tal y como este hiato se manifiesta en materia de asistencia sanitaria. A pesar de que los conocimientos, los medios técnicos y las infraestructuras necesarias hace mucho tiempo que ya no son exclusivas de algunos países occidentales, por lo general sólo en éstos existe una regulación jurídica efectivamente implantada (y, en consecuencia, basada en criterios previamente determinados en el espacio público y con vigencia general) respecto de los criterios de priorización del acceso a los órganos susceptibles de trasplante. En los demás países del planeta en los que está presente la medicina de trasplantes, al menos *de facto* el poder económico es el criterio decisivo, siendo una especie de estado de naturaleza económico el medio en el que se producen los trasplantes.

Estos dos factores —una demanda en continua expansión a consecuencia de los progresos de la medicina y el hiato entre los sistemas sanitarios y las condiciones de vida asociadas a ellos entre Norte y Sur globales— se funden en un comercio transnacional, global<sup>2</sup>: existe un mercado en el que la demanda de receptores ricos (sean enfermos de los países de Occidente —“turismo de trasplantes”<sup>3</sup>— que no tienen opciones de trasplante en sus respectivos sistemas sanitarios públicos nacionales, o pacientes de otras partes del mundo con la fortuna necesaria) encuentra la oferta de donantes pobres<sup>4</sup>.

**b)** Como es sabido, España ocupa desde hace años una posición de liderazgo mundial en la medicina de trasplantes: en ningún otro país del planeta se trasplantan tantos órganos<sup>5</sup>. No

---

<sup>1</sup> Así, por ejemplo, TAMARIT SUMALLA/GARCÍA ALBERO, en: Quintero Olivares/Morales Prats (ed.), *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, 9ª ed., 2011, pp. 139 y s.

<sup>2</sup> Cfr. ante todo el estudio conjunto de Consejo de Europa y Naciones Unidas de 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, [https://www.coe.int/t/dghl/monitoring/trafficking-/Docs/News/OrganTrafficking\\_study.pdf](https://www.coe.int/t/dghl/monitoring/trafficking-/Docs/News/OrganTrafficking_study.pdf).

<sup>3</sup> Como parte del llamado “turismo de circunvalación” o de elusión (*Circumvention Tourism*), esto es, aquellos viajes de pacientes a otros países para llevar a cabo tratamientos médicos que son ilícitos en su país de origen, vid. COHEN, Cornell Law Review 97 (2012), pp. 1309 y ss.

<sup>4</sup> Sigue siendo particularmente impresionante el análisis de este comercio infame, *rotten trade*, en el trabajo de la antropóloga SCHEPER-HUGHES, Journal of Human Rights vol. 2 no. 2 (2003), pp. 197 y ss.

<sup>5</sup> En febrero de 2016 se alcanzó la cifra de cien mil trasplantes, siendo de éstos 62.967 de riñón, 23.881 de hígado, 7.616 de corazón, 3.824 de pulmón, 1.703 de páncreas y 125 de intestino; vid. <http://www.ont.es/prensa/NotasDePrensa/24%20febrero%202016.%20Espa%C3%B1a%20supera%20ya%20los%20100.000%20trasplantes%20de%20C3%B3rganos.pdf>; la tasa de donantes está por encima de 39 por millón de habitantes, cfr. <http://www.ont.es/prensa/NotasDe-Prensa/NP%20Ba-lance%20Datos%202015.pdf>; vid. también, por ejemplo, FELIP I SABORIT, en: Molina Fernández (ed.), *Memento Penal*, 3ª ed., 2015, n.m. 7475.

hemos de abordar aquí la cuestión de cuáles son las razones que han conducido a esta situación, pero cabe apuntar que al menos tres factores han influido en ello: en primer lugar, la opción legislativa, en la normativa de trasplantes, por una regla de oposición (es decir, que en el caso de muerte cerebral, se parte de la base de que la donación estaba en la voluntad del fallecido, a menos que éste se hubiera manifestado expresamente en contra, o que lo hagan sus familiares), en segundo lugar, la competencia en la materia de una organización eficiente, estrictamente jurídico-pública y organizada –en un país muy descentralizado territorialmente como España, donde el ámbito sanitario es competencia de las Comunidades Autónomas<sup>6</sup>– en términos unitarios, la Organización Nacional de Trasplantes (ONT<sup>7</sup>), que coordina las correspondientes unidades de los distintos hospitales públicos, y, en tercer lugar, parece también que ciertas peculiaridades culturales respecto de la significación del cuerpo de una persona muerta que facilitan las donaciones en caso de muerte cerebral (un indicio: en la de antiguo tan católica España, la cremación –antiguamente considerada heterodoxa– está mucho más extendida que en otros países, lo que parece indicar que al español medio le es más bien indiferente lo que suceda con su cadáver, siendo entonces más sencilla la donación).

c) Aunque, como es claro, con una disposición tan afortunada de la organización jurídica e institucional de la medicina de trasplantes es muy poco probable<sup>8</sup> que se produzcan prácticas ilícitas como las que dieron lugar al escándalo de donación de órganos alemán<sup>9</sup> o incluso se genere un completo mercado clandestino en el país, también resulta evidente que la mencionada globalización *oscura* de un mercado de órganos humanos en régimen de estado de naturaleza puede llegar a afectar a cualquier país y a cualquier sistema de trasplantes público: es posible que pacientes excluidos de la lista de espera por su falta de idoneidad para el trasplante por parte del sistema estatal intenten salvar su vida en otro lugar mediante compra, y también puede suceder que se recurra a potenciales donantes vivos pobres que residan en el territorio del país para un trasplante comercial a realizar en el extranjero<sup>10</sup>. Como

<sup>6</sup> Las Comunidades Autónomas que constituyen los entes territoriales en los que se estructura el Estado pueden equipararse en materia de competencias, por ejemplo, a los *Länder* (Estados federados) alemanes. Que España no se defina abiertamente como Estado federal se debe a las repercusiones políticas del enfrentamiento entre nacionalismo español-centralista y nacionalismos vasco y catalán (independentis-tas), que marca la historia del país desde hace dos siglos.

<sup>7</sup> Cfr. Respecto de su organización y estructura <http://www.ont.es/home/Paginas/LaONT.aspx>.

<sup>8</sup> Vid. en este sentido, por ejemplo, QUERALT JIMÉNEZ, *Derecho Penal español. Parte Especial*, 7ª ed., 2015, p. 157.

<sup>9</sup> Cfr. por ejemplo *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch-TAG*, 2ª ed., 2013, t. 6, TPG, comentario previo a los §§ 17 y ss., n.m. 7; KUDLICH, NJW 2013, pp. 917 y ss.

<sup>10</sup> Aunque también se conocen casos de pacientes españoles que han acudido al extranjero para trasplantes comerciales (por la necesidad de un tratamiento posterior al trasplante, tratamiento de seguimiento hecho en el país de residencia del receptor), no ha habido, en lo que se alcanza a ver, persecución judicial de estos supuestos, a pesar de que la ONT al menos en un caso (un ciudadano español que había sido excluido de la posibilidad de trasplante por razones médicas y viajó a la República Popular de China para recibir un trasplante de hígado en el año 2008; <http://www.ont.es/prensa-NotasDePrensa/8%20de%20mayo%20de%202013%20%20Comunicad%20ONT%20contra%20promoción%20turismo%20de%20trasplantes.pdf>) denunció a un receptor (aduciendo que aunque el hecho fue anterior a la

es palmario, en los países del Norte/Oeste de los que surgen los receptores es fácil averiguar *ex post facto* cuántos de estos turistas de trasplantes hay, ya que siempre es necesario un tratamiento de seguimiento posterior a la intervención.<sup>11</sup>

d) Especialmente la realidad del mercado negro globalizado ha conducido a que se acuda al Derecho penal en esta materia<sup>12</sup>. En el plano internacional, la Declaración de Estambul sobre el tráfico de órganos y el turismo de trasplantes del año 2008 –y la resolución de la Organización Mundial de la Salud derivada de aquella– ha conducido a que varios países hayan acogido un modelo de regulación penal próximo, tomado directamente de aquella Declaración. En lo que alcanzo a ver, en el caso de Brasil, la entrada en vigor de una tipificación penal más allá de la mera extracción de órganos o de su relación con los supuestos de trata de personas está aún pendiente de su entrada en vigor, a través del Proyecto de Ley (Senado) 403/2007<sup>13</sup>.

En efecto: todo el modelo de un sistema de trasplantes racional, justo y gratuito de los países de Occidente se ve radicalmente cuestionado por esta irrupción de un estado de naturaleza comercial – y, en consecuencia, es objeto de condena por diversas y muy influyentes organizaciones inter- y supranacionales<sup>14</sup>. En esta línea<sup>15</sup>, el legislador español

---

introducción del delito del art. 156 bis CP (2010), el sujeto se habría vanagloriado de lo que hizo en los medios de comunicación, justificando su conducta e incurriendo en opinión de la ONT en publicidad del turismo de trasplantes). Los dos únicos procesos penales de los que se tiene noticia se refieren a la segunda de las constelaciones mencionadas en el texto: desde 2014 se han conocido dos casos en los que se trataba del establecimiento de un contacto para llevar a cabo una donación comercial por parte de migrantes pobres residentes en territorio español, en un caso (hígado), para un rico hombre de negocios libanés con el plan de llevar a cabo el trasplante en el extranjero, mientras que el otro supuesto (riñón) se refería a la hija de un dirigente de una organización criminal asentada en España (vid. respectivamente <http://www.ont.es/prensa/NotasDePrensa/12%20MAR-%2014%20detenidos%20tras-plante.pdf> [en este caso, se aproxima la apertura de juicio oral: [http://ccaa.elpais.com/ccaa/2015/07/16/va-lencia/143704-5171\\_538824.html](http://ccaa.elpais.com/ccaa/2015/07/16/va-lencia/143704-5171_538824.html)] y <http://www.ont.es/prensa/NotasDePrensa/18%20May%2015%20-N%20de%20Prensa%20DG%20POLICIA%20%20ONT.pdf>).

<sup>11</sup> CARRASCO ANDRINO, en: Álvarez García (ed.), *Derecho Penal español. Parte Especial*, t. I, 2ª ed., 2011, p. 260. Sobre esta base, el Grupo de Custodios de la Declaración de Estambul, la Sociedad Internacional de Nefrología y la ONT han constatado que entre el 40% y el 70% de los turistas de trasplantes sufren una infección, que en el 20% de los casos cursa con la muerte; vid. <http://www.consalud.es/profesionales/entre-el-40-y-el-70-de-los-turistas-detrasplantes-desarrollan-una-infeccion-25757>.

<sup>12</sup> En este sentido, la ONT reivindica expresamente haber “impulsado” la introducción del nuevo delito, vid., por ejemplo, <http://www.ont.es/prensa/NotasDePrensa/8%20de%20mayo%20de%202013%20%20-Comunicad%20ONT%20contra%20promoción%20turismo%20de%20trasplantes.pdf>.

<sup>13</sup> Que modificaría, de modo muy similar a la regulación española o de otros países inspirada por la Declaración, el art. 15 de la Ley nº 9.434, de 4.2.1997.

<sup>14</sup> Vid. en este contexto sólo la Resolución 59/156 (2004) de la Asamblea General de las Naciones Unidas, la Directiva de la Unión Europea 2010/53/JAI sobre estándares de calidad y seguridad en órganos destinados al trasplante y la Declaración de Estambul (2008: vid. versión española en [http://www.declarationofistanbul.org/images/stories/translations/DOI\\_Spanish.pdf](http://www.declarationofistanbul.org/images/stories/translations/DOI_Spanish.pdf)); vid. ulteriores informaciones, por ejemplo, en MOYA GUILLEM, Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid (= AFDUAM) 18 (2014), pp. 45, 46 y s.; EADEM, Revista General de Derecho Penal (= RGDP) 22 (2014), pp. 2 y s.; DÍAZ-MAROTO VILLAREJO, en: idem (ed.), *Estudios sobre las reformas del Código Penal*, 2011, pp. 275 y s.

incorporó un nuevo precepto al Código Penal, en el marco de la penúltima reforma penal general, producida en el año 2010, ubicando la nueva infracción entre los delitos de lesiones<sup>16</sup>:

Artículo 156 bis - 1. Los que promuevan, favorezcan, faciliten o publiciten la obtención o el tráfico ilegal de órganos humanos ajenos o el trasplante de los mismos serán castigados con la pena de prisión de seis a doce años si se tratara de un órgano principal, y de prisión de tres a seis años si el órgano fuera no principal.

2. Si el receptor del órgano consintiera la realización del trasplante conociendo su origen ilícito será castigado con las mismas penas que en el apartado anterior, que podrán ser rebajadas en uno [= pena de prisión de tres a seis años] o dos grados [= pena de prisión de un año y seis meses a tres años] atendiendo a las circunstancias del hecho y del culpable.

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

Se dice que con la introducción de esta figura, España ha sido de nuevo “pionera”<sup>17</sup> en este campo, en esta ocasión, no en el frente de los quirófanos, sino en la lucha legislativo-penal. Como se mostrará en lo que sigue, tal elogio es al menos precipitado. Un breve examen de la infracción indica que la formulación concreta del tipo penal genera enormes dificultades, especialmente, en lo que se refiere a la determinación del bien jurídico protegido y, en consecuencia (o a la inversa), del alcance del comportamiento típico descrito<sup>18</sup>. Teniendo en cuenta estas dificultades, y sumando la ausencia de una previsión de una competencia ultraterritorial mínimamente eficaz para los tribunales españoles, se constata que en el art. 156 bis CP hay notables incoherencias y otros defectos de regulación que dificultan severamente la aplicación del tipo a los supuestos de mayor relevancia potencial práctica en España, los del llamado turismo de trasplantes. Este hecho a su vez arroja una luz sombría sobre la verdadera función del tipo (como se indicará más adelante: un mero Derecho penal simbólico de coartada), más allá de las declaraciones expresas.

El breve análisis de la formulación del tipo delictivo a efectuar aquí se ocupará primero de los elementos nucleares de la infracción del art. 156 bis CP, esto es, la

<sup>15</sup> El legislador justifica expresamente (Ley Orgánica 5/2010, preámbulo, X) la introducción de la nueva figura delictiva aduciendo que diversos “foros internacionales” habrían instado a la criminalización de las conductas relacionadas con el tráfico de órganos.

<sup>16</sup> Aunque no hay ninguna directriz de índole constitucional al respecto, en España desde hace mucho tiempo, en principio, todas las normas penales se integran en el Código Penal, de modo que desde una perspectiva formal, no hay prácticamente *Nebenstrafrecht* (teniendo el Código Penal, en consecuencia, una gran extensión). Como es claro, aquí no puede entrarse en la valoración de ventajas e inconvenientes (seguridad jurídica por la unificación de normas, por un lado, y desconexión inadecuada de las normas extrapenales, por otro) de esta decisión por el principio de codificación (casi) total del legislador.

<sup>17</sup> Por ejemplo en: <http://www.infosalus.com/actualidad/noticia-piden-sistema-alertas-turismo-trasplan-tes-evitar-trafico-organos-20160406131517.html>.

<sup>18</sup> Como se destacó en la doctrina desde el principio: vid. sólo ALASTUEY DOBÓN, *Revista Penal* 32 (2013), pp. 3 y s.

determinación de la conducta típica, la regulación de la punibilidad del receptor-comprador y la cuestión de la jurisdicción (*infra* II.). Sobre la base de estas reflexiones podrá pasarse (*infra* III.) a extraer algunas conclusiones respecto de la definición del injusto típico. Finalmente, se ofrecerá alguna breve conclusión y se identificará sintéticamente la agenda legislativa de reforma de la figura (*infra* IV.).

## 2. Elementos nucleares del delito de tráfico ilícito de órganos

### 2.1 Conducta típica

a) El comportamiento típico descrito en el precepto sigue el modelo omnicompreensivo de los delitos relativos a las drogas, de blanqueo de capitales o de diversas figuras del Derecho penal antiterrorista, dibujando la infracción como delito de emprendimiento. La descripción de los comportamientos aprehendidos por el tipo es tan amplia que prácticamente cualquier comportamiento conectado con el supuesto de hecho típico queda cubierto<sup>19</sup>, de modo que parece imposible distinguir entre autoría y participación o entre actos preparatorios, tentativa y ejecución. En efecto, la norma española abarca todo el ciclo del tráfico ilícito de órganos a través de los verbos típicos: obtener, traficar con, trasplantar órganos ilícitamente, promover, fomentar o facilitar estas conductas, o publicitarlas. Más allá de las objeciones de índole general que cabe plantear *de lege ferenda* y desde la perspectiva constitucional<sup>20</sup> contra este modelo legislativo, que introduce forzosamente una gama enorme de conductas muy distintas en gravedad en un mismo marco penal<sup>21</sup>, *de lege lata* queda claro que la concreción de la conducta prohibida se deja por completo en manos del aplicador de la norma. La necesaria reducción teleológica –como ha constatado rápida e unánimemente la doctrina<sup>22</sup>– ha de

<sup>19</sup> Vid. en este sentido, por ejemplo, GARCÍA ALBERO, en: Álvarez García/González Cussac (ed.), *Comentarios a la Reforma Penal de 2010*, 2010, pp. 187 y s.; FELIP I SABORIT, *Memento Penal*<sup>3</sup>, n.m. 7479.1; GÓMEZ TOMILLO, en: IDEM, *Comentarios al Código Penal*, 2ª ed., 2011, p. 620; MOYA GUILLEM, AFDUAM 18 (2014), pp. 53 y s.; QUERALT JIMÉNEZ, *PE*<sup>7</sup>, pp. 158; respecto de la regulación penal alemana –redactada en términos similares como delito de emprendimiento– en la Ley de Trasplantes vid. por todos *MüKo StGB/TAG*, t. 6 TPG § 18 n.m. 15 y s.

<sup>20</sup> Cfr. respecto de las Sentencias del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional que se ocuparon del mismo problema (la inclusión en un mismo ámbito típico de modalidades de conducta muy diversas) en relación con el delito de colaboración con una organización terrorista, abordándolo el TC (STC 136/1999, caso *Mesa Nacional Herri Batasuna*) desde la perspectiva del principio de proporcionalidad, por todos, CANCIO MELIÁ, *Los delitos de terrorismo: estructura típica e injusto*, 2010, pp. 250 y ss., 255 y s.

<sup>21</sup> Vid. sobre la cuestión en relación con la pertenencia a una organización criminal sólo CANCIO MELIÁ, en: Luzón Peña (ed.), *Derecho penal del Estado social y democrático de Derecho*, 2010, pp. 987 y ss., 999 y ss.; con carácter general respecto de los delitos de terrorismo IDEM/PETZSCHE, en: Lennon/Walker (ed.), *Routledge Handbook of Law and Terrorism*, 2015, pp. 194 y ss., 203 y s.

<sup>22</sup> En este sentido, se subraya que no cualquier conducta contraria al ordenamiento puede ser típica, sino sólo aquellas que formen parte del tráfico ilícito o sean idóneas para generar una verdadera puesta en peligro de la salud pública (dependiendo de las posiciones asumidas por cada autor en relación con la definición del bien

comenzar ya en el adjetivo común a todas las modalidades de comportamiento tipificadas: que se trate de “conductas ilícitas” o “ilegales”. Para evitar que cualquier desviación del procedimiento legal y reglamentariamente previsto se considere típica, ha de integrarse el elemento cualitativo de la relación con el tráfico, de modo que se trata de una ilegalidad/ilicitud, *sit venia verbo*, completa, frontal: la ilicitud radical de la intervención en un proyecto de trasplante que desconoce el sistema legalmente previsto, gratuito, con un mecanismo de acceso al trasplante diseñado estrictamente con base en criterios médicos sin consideración de la identidad de la persona, un proyecto de trasplante que se opone directamente a este sistema incluyendo el trasplante en un mercado negro. Dicho de otro modo: una aplicación del precepto demandará que se delimite el perfil “inferior” del tipo<sup>23</sup>, esto es, definir las conductas típicas que resulten objetivamente imputables y aquellas constelaciones que no lo sean, a pesar de que podrían incardinarse formalmente en el tenor literal del tipo<sup>24</sup>.

**b)** El objeto material de las conductas típicas lo constituyen, en última instancia, los “órganos humanos ajenos”. De acuerdo con la doctrina dominante, de esta formulación ha de deducirse, por razones de legalidad, que los tejidos y los órganos provenientes de personas muertas quedan fuera del tipo, que sólo abarca órganos (y partes de órganos<sup>25</sup>) de donantes vivos, describiéndose el órgano en las disposiciones de la normativa de trasplantes como unidad funcional autónoma. En consecuencia, se estima que no hay conducta típica si se trata de meros tejidos<sup>26</sup>, y tampoco cuando se trata de órganos de donantes muertos<sup>27</sup>.

El marco penal, muy elevado<sup>28</sup> –al haber sido trasladado de los correspondientes delitos de lesiones–, presenta una considerable variación en función de que se trate de un órgano “principal” o “no principal”. De este modo, se ha producido en esta infracción una copia mecánica de una diferenciación decimonónica, aún presente en los delitos de lesiones cualificados por la producción de secuelas permanentes en la regulación española. Sin

---

jurídico protegido, vid. *infra* en el texto); vid. en esta línea, por ejemplo, FELIP I SABORIT, *Memento Penal*<sup>3</sup>, n.m. 7479.2; GÓMEZ TOMILLO, *ComCP*<sup>2</sup>, p. 618; MOYA GUILLEM, AFDUAM 18 (2014), pp. 55 y s.; GÓMEZ MARTÍN, en: Corcoy Bidasolo/Vera Sánchez, *Manual de Derecho Penal, Parte Especial*, t. 1, 2015, p. 113.

<sup>23</sup> Hacia “arriba” en la escala de gravedad ha de diferenciarse el comportamiento típico del de trata de personas con fines de trasplante; vid. sobre esta cuestión respecto de la regulación española, por todos, MOYA GUILLEM, AFDUAM 18 (2014), pp. 61 y s.

<sup>24</sup> Por ejemplo, en relación con las alternativas típicas “publicitar” o “promover”: la mera información sobre determinadas prácticas de trasplantes comerciales en el extranjero, ¿por parte de un médico? ¿o un periodista?

<sup>25</sup> En la jurisprudencia relativa a los delitos de lesiones se parte de que la “pérdida” de un órgano (a efectos de la aplicación de un tipo cualificado) se produce cuando la afectación implica que su función queda gravemente disminuida; cfr. sólo CANCIO MELIÁ, *Memento Penal*<sup>3</sup>, n.m. 7427.

<sup>26</sup> Vid. el art. 2.7 de la Directiva 2010/53/UE; FELIP I SABORIT, *Memento Penal*<sup>3</sup>, n.m. 7481.2; GÓMEZ MARTÍN en: Corcoy Bidasolo/Vera Sánchez, *PE*, p. 113; en Alemania, el § 17 de la Ley de Trasplantes (*Transplantationsgesetz*, TPG) incluye expresamente los tejidos.

<sup>27</sup> FELIP I SABORIT, *Memento Penal*<sup>3</sup>, n.m. 7477.2, 7478.2; de otra opinión MOYA GUILLEM, AFDUAM 18 (2014), 59; en Alemania se encuentran incluidos en la regulación, vid. por todos *MüKo StGB/TAG* t. 6 TPG § 18 n.m. 8 y s.

<sup>28</sup> FELIP I SABORIT, *Memento Penal*<sup>3</sup>, n.m. 7471.

embargo, la concreción de la diferenciación por parte de la jurisprudencia ha conducido a que prácticamente todos los órganos (ojos, riñones, pulmones, ovarios, testículos, etc.) menos el bazo se consideren “órganos principales”<sup>29</sup>.

Como se verá más adelante, estas dos características de la formulación típica generan dificultades decisivas a la hora de definir la lesividad social específica de la infracción.

## 2.2 Punibilidad del receptor

Como ya se ha indicado<sup>30</sup>, es difícil de imaginar que en un país que haya optado por un modelo centralizado como el del Ministerio de Sanidad español y la ONT se pueda generar un verdadero mercado irregular interno. Los trasplantes son procedimientos tan complejos que no pueden ser llevados a cabo de modo clandestino en un sistema sanitario de hospitales públicos o supervisados por instancias públicas<sup>31</sup>. Por ello, hay que partir de que el campo de aplicación en la *praxis* del precepto sobre todo habría de estar en los receptores/compradores residentes en España que acudan en el Sur/Este a un mercado gris o negro de trasplantes<sup>32</sup>, cuyas conductas están previstas en el art. 156 bis 2 CP. Como ha constatado expresamente el director de la ONT<sup>33</sup>, estos pacientes no permanecen ocultos después de su regreso al país de origen.

También el legislador penal apoya la exigencia de “tolerancia cero” frente al turismo de trasplantes formulado desde la ONT, incluyendo la punición de los receptores/compradores: como se ha observado, el art. 156 bis 2 CP amenaza expresamente de pena al receptor/comprador, y ello, en principio, con el mismo marco penal que corresponde a los demás intervinientes<sup>34</sup>. Ahora bien: se prevén dos escalones de atenuación que pueden reducir muy significativamente la pena privativa de libertad<sup>35</sup>, referidos a “las circunstancias del hecho y del culpable”. Parece claro que de este modo se pretende tener en cuenta en términos de exigibilidad diversos grados de angustia en la persona del receptor/comprador. Así, podría ser –intentando esbozar un ámbito de aplicación para la norma– que no merecería atenuación alguna el receptor que recurre al mercado negro por motivos irrelevantes (por ejemplo, porque no desea esperar el breve plazo de tiempo que le correspondería en el marco

<sup>29</sup> Vid. al respecto sólo CANCIO MELIÁ, *Memento Penal*<sup>3</sup>, n.m. 7425.

<sup>30</sup> Vid. *supra* n. 10.

<sup>31</sup> Los casos antes (n. 10) mencionados de intentos de captación de donantes se detectaron porque los candidatos fueron sometidos a análisis previos en hospitales españoles, que notificaron inmediatamente los hechos. Cabe dudar de que en futuro quien persiga los mismos objetivos vaya a actuar del mismo modo.

<sup>32</sup> Para FELIP I SABORIT (*Memento Penal*<sup>3</sup>, n.m. 7477.1), a pesar de todas las dificultades, sólo tiene sentido político-criminal incluir también la demanda en la persecución penal.

<sup>33</sup> Cfr. <http://www.efesalud.com/noticias/matesanz-pide-tolerancia-cero-con-los-trasplantes-ilegales-de-organos/>.

<sup>34</sup> Así, por ejemplo, MUÑOZ CONDE (*Derecho Penal. Parte Especial*, 20ª ed., 2015, p. 117) lo considera claramente excesivo; MOYA GUILLEM, AFDUAM 18 (2014), pp. 60 y s., subraya que es muy superior a los de otros países miembros de la Unión Europea.

<sup>35</sup> No existe la posibilidad –como es el caso en la regulación alemana– de prescindir por completo de la imposición de una pena (aunque se pronuncie la condena); vid. *MüKo StGB/TAG* t. 6 TPG § 18 n.m. 35 y s.

del sistema nacional de salud) – en cambio, la atenuación en dos grados –que puede conducir la pena desde el máximo de doce años de prisión hasta una duración de un año y medio, es decir, una pena cuya ejecución puede llegar a ser suspendida– podría reservarse para los casos de urgencia vital (en contra de lo manifestado por varias voces en la doctrina española, que afirman que aquí sería de aplicación la exención completa con base en la norma general del estado de necesidad<sup>36</sup>), mientras que la pena inferior en un grado podría quedar para los supuestos intermedios, en los que el trasplante no es cuestión inmediata de vida o muerte, pero sí existe una afectación muy grave de la salud del sujeto. Sin que pueda llevarse a cabo un análisis en profundidad de tan difícil problema, cabe señalar desde una perspectiva *de lege lata* que el sentido de la norma, que conoce tres escalones diferentes (receptor sin atenuación, atenuación simple y atenuación en dos grados) para tener en cuenta la situación de necesidad del receptor-autor, es de modo palmario el de regular la materia de modo completo y concluyente, impidiendo de este modo el recurso a la norma general del estado de necesidad<sup>37</sup>. Fuera como fuera: lo que está claro es que el legislador español amenaza de penas muy importantes al paciente-receptor que acude al mercado irregular, es decir, juzga su conducta con severidad y poca comprensión.

### 2.3 Competencia de los tribunales españoles

Si se tiene en cuenta la situación doméstica, como acaba de indicarse, parece claro que corresponderá especial relevancia al llamado turismo de trasplantes en cuanto posible campo de aplicación de la infracción. Para conocer el alcance real de las posibilidades de aplicación en este ámbito han de tenerse en cuenta, como es natural, las posibilidades reales de intervención de los órganos de persecución penal españoles en estos supuestos. Un presupuesto necesario para ello parece evidentemente la atribución de competencia ultraterritorial a los tribunales españoles en la materia, ya que es perfectamente imaginable que un residente en España lleve a cabo todos los actos típicos fuera de territorio español. A pesar del radical recorte que sufrieron los supuestos de jurisdicción universal en la reforma de

---

<sup>36</sup> Cfr. en este sentido, desde una perspectiva más general, SÁNCHEZ DAFAUCE, *Sobre el estado de necesidad existencial*, 2016, pp. 393 y s., 394 y s.; en la bibliografía de manuales y comentarios vid., por ejemplo, FELIP I SABORIT, *Memento Penal*<sup>3</sup>, n.m. 7480.1; GÓMEZ TOMILLO, *ComCP*<sup>2</sup>, p. 619; TAMARIT SUMALLA/GARCÍA ALBERO, *ComPEDP*<sup>9</sup>, p. 147.

<sup>37</sup> De reconocerse la posibilidad de una exención completa vía art. 20.4 o 20.6 CP, habría de tenerse en cuenta la probabilidad de que el sujeto incurra en un error inevitable sobre la gravedad de su estado. Por otra parte, no se alcanza a comprender exactamente el argumento de SÁNCHEZ DAFAUCE (*ibidem*) de que no cabe exigir a nadie que sacrifique su vida por la salud pública (suponiendo que éste sea el bien jurídico protegido, vid. aquí *infra* III.). La pregunta es ¿por qué no? Dependiendo de la gravedad que se atribuya por el legislador a la lesividad del comportamiento típico, el hecho de que se trate de un bien jurídico colectivo como la “salud pública” no puede implicar sin más que deba prevalecer el interés individual “vida”. Sobre el efecto oclusivo de las reglas especiales de exención vid. sólo MOLINA FERNÁNDEZ, *Estado de necesidad y justificación penal*, 2009, pp. 50 y ss., 72 y ss.

la Ley Orgánica 1/2014<sup>38</sup>, sigue habiendo muchos supuestos de competencia extraterritorial de los tribunales españoles cuando la constelación transnacional de los casos así lo exige<sup>39</sup>. Así, por ejemplo, hace ya muchos años que los tribunales españoles resultan competentes respecto de supuestos de mutilación genital femenina cometidos en el extranjero – porque muchos de los casos detectados en territorio español se habían producido en los países de origen de los padres, durante las vacaciones<sup>40</sup>. Sin embargo, no hay previsión de esta naturaleza para el delito de tráfico de órganos. La única vía es la del principio de personalidad activa<sup>41</sup>, que requiere que se ejerza la acción penal por el Ministerio Fiscal o el perjudicado, y, sobre todo, que el comportamiento sea delictivo en el lugar de comisión – una vía muy estrecha para la competencia de los tribunales españoles. No puede dejar de resultar sorprendente<sup>42</sup> que el país líder en materia de trasplantes, “pionero” en criminalizar el tráfico de órganos y que ha optado por una punición muy severa, haga prácticamente imposible su persecución real mediante esta omisión. Un turista de trasplante residente en España sólo debe trasladar todo lo relacionado con el trasplante a otro país, y por regla general será muy difícil que pueda haber persecución. Esto quizás también explique que, en lo que se alcanza a ver, no haya ningún procedimiento penal que se haya dirigido contra un residente en territorio español que haya acudido a un trasplante en el mercado ilícito<sup>43</sup>.

<sup>38</sup> La reforma de la jurisdicción universal, que originalmente era muy amplia en el ordenamiento español, tuvo lugar en sendos recortes, en los años 2009 y 2014. La última reforma prácticamente hace imposible la persecución de delitos internacionales ante los tribunales españoles. En ambos casos, ha habido presiones internacionales, en particular, de la República Popular China en relación con procedimientos activos en España; vid. CANCIO MELIÁ, en: Fornasari/Fronza/Wenin (ed.), *La persecuzione dei crimini internazionali. Una riflessione sui diversi meccanismi di risposta – Die Verfolgung der internationalen Verbrechen. Eine Überlegung zu den verschiedenen Reaktionsmechanismen*, 2015, pp. 113 y ss.

<sup>39</sup> En el art. 23.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

<sup>40</sup> En la regulación hoy en vigor (desde la reforma del año 2014) se incluyen todos los delitos de violencia contra la mujer en el sentido del Convenio del Consejo de Europa de 11 de mayo de 2011 sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica (vid. art. 38 del Convenio, que se refiere a la mutilación genital, y el art. 23.4.1) LOPJ); en la redacción anterior se hacía mención específica de la mutilación genital.

<sup>41</sup> Art. 23.2 LOPJ; en la regulación alemana, significativamente (§ 5 Nr. 15 StGB), no está presente el requisito de la doble incriminación.

<sup>42</sup> Critican la ausencia de una regla especial de competencia, por ejemplo, FELIP I SABORIT, *Memento Penal*<sup>3</sup>, n.m. 7483 y s.; MOYA GUILLEM, AFDUAM 18 (2014), p. 63.

<sup>43</sup> También puede haber otros factores que se resumen en que no hay un verdadero interés de llamar la atención de los órganos de persecución penal sobre los receptores-“turistas”. En este sentido, por parte de la ONT se argumentó respecto del caso del receptor que la organización denunció (vid. *supra* n. 10) que más allá de haber llevado a cabo el trasplante, habría hecho “publicidad” del tráfico ilegal de órganos. De esto cabe deducir que otros casos –que no pueden quedar ocultos al sistema sanitario, y, especialmente, a la ONT– no llegan a ser conocidos por los órganos de persecución penal porque no hay denuncia. Por otra parte, el hecho de que el Grupo de Custodios de la Declaración de Estambul reclame en primavera de 2016 (<http://www.elmundo.es/salud/2016/04/06/5704-ff69268e3e242c8b4576.html>) el establecimiento de un sistema automático de denuncia también indica que hasta el momento, no se ha informado habitualmente de los casos detectados a las autoridades llamadas a perseguir el tráfico de órganos.

### 3. Consecuencias para la determinación del bien jurídico: ¿individual o colectivo?

El breve esbozo de los elementos esenciales del delito del art. 156 bis CP ilumina el infame comercio que existe, atrayendo éste de vez en cuando y durante algún tiempo la atención de la opinión pública occidental, en función de lo espectacular que resulte cada caso en términos mediáticos. Parece claro que intervenir en ese contexto intolerable genera un desvalor<sup>44</sup>. El hecho de que una sociedad tan escasamente heroica como la nuestra juzgue severamente, con el instrumento de la pena criminal, la debilidad humana, amenazando al receptor con graves penas, indica que no se trata de un desvalor de menor cuantía. Pero ¿cuál es, concretamente, el daño social que legitima la criminalización, cuál es el bien jurídico afectado<sup>45</sup> cuando se criminaliza cualquier intervención –incluyendo al receptor-comprador– en el tráfico de órganos?<sup>46</sup>

#### 3.1 Salud

Una primera aproximación está, claro está, en ver en la salud individual el bien jurídico protegido<sup>47</sup>. En esta dirección apunta ya a primera vista el hecho de que el legislador de 2010 introdujo la nueva infracción *sin más*, sin incluirla en una sección diferenciada, entre los delitos de lesiones. De hecho, en las informaciones sobre la realidad del tráfico de órganos llaman siempre especialmente la atención las repercusiones negativas –en muchas ocasiones, debidas a la falta de una asistencia médica adecuada– de las donaciones comerciales sobre la salud de los donantes: incluso en las mejores condiciones, ha de recordarse, como es natural, un trasplante llevado a cabo conforme a la *lex artis* sigue siendo una lesión típica<sup>48</sup>. Por otra parte, la formulación típica concreta “órganos ajenos” ha de entenderse –como antes se ha indicado– en el sentido de que sólo los órganos provenientes de un donante vivo quedan aprehendidos, lo que también parece indicar que lo que resulta decisivo es la salud individual

<sup>44</sup> Cfr. sólo los artículos de prensa reunidos en <http://www.declarationofistanbul.org/articles/headline-news>.

<sup>45</sup> Sobre el estado de la cuestión en la doctrina española vid. por todos MOYA GUILLEM, AFDUAM 18 (2014), pp. 48 y ss.; EADEM, RGDP 22 (2014), pp. 10 y ss., con ulteriores referencias.

<sup>46</sup> Refiriéndonos aquí solo al tráfico de órganos *sin más*, es decir, de supuestos en los que “sólo” se abusa de la pobreza de los donantes, pero no hay trata (respecto de la delimitación en el ordenamiento español vid. sólo MOYA GUILLEM, AFDUAM 18 [2014], pp. 61 y s.) ni homicidios con el fin de extraer órganos (vid. a este respecto el informe elaborado por el parlamentario suizo Dick Marty para el Consejo de Europa respecto de los sucesos de esta índole acontecidos en la guerra de Kosovo, <http://assembly.coe.int/nw/xml/News/FeaturesManager-View-EN.asp?ID=964>).

<sup>47</sup> Sostienen esta opinión, por ejemplo, GARCÍA ALBERO, en: *Comentarios a la Reforma Penal*, pp. 186 y s. (quien parte de que el tenor literal de la disposición obliga a este entendimiento, aunque de hecho también estarían implicados intereses supraindividuales); DÍAZ-MAROTO VILLAREJO, en: *Estudios sobre las reformas del Código Penal*, pp. 275, 279; PUENTE ABA, *Revista Derecho y Proceso Penal* 26 (2011), 143 y s.

<sup>48</sup> Como demuestra el art. 156 CP, en el que se establece, en correspondencia, una causa de justificación específica para los supuestos de cirugía transexual, esterilización de incapaces o trasplantes de órganos llevados a cabo conforme a la legislación aplicable en cada caso.

de éste<sup>49</sup>. Finalmente, también se ha aducido que la configuración del marco penal en dos tramos de gravedad, en función de que se trate de un órgano “principal” o “no principal”<sup>50</sup> sólo puede explicarse si lo que se pretende es la protección de la salud individual<sup>51</sup>.

Sin embargo, este entendimiento del tipo acaba zozobrando en varios escollos. El problema fundamental está, como es obvio, en que la conducta de llevar a cabo un trasplante fuera del sistema nacional de trasplantes, es decir, un trasplante ilícito, era ya típica como delito de lesiones antes de la introducción de la nueva figura, y ello, además, con la misma pena que prevé el art. 156 bis CP (arts. 149 y 150 CP<sup>52</sup>). ¿Para qué el nuevo tipo, entonces? ¿Sólo para extender el alcance de la criminalización a todo el entorno de conductas relacionadas con el trasplante ilícito (tráfico, publicidad, establecimiento de contactos, etc.), más allá de los actos preparatorios<sup>53</sup>? Además de esta dificultad, la fijación exclusiva en la salud individual dejaría de tener en cuenta el componente –evidente si se observa la comunicación pública sobre el fenómeno del turismo de trasplantes– del mercadeo indigno por un trozo de carne humana, el injusto posiblemente relevante en el plano colectivo relacionado con la conexión con el comercio infame de órganos realmente existente<sup>54</sup>.

### 3.2 Salud pública

A la vista de las incoherencias que implica la opción por la salud individual, una parte creciente de la doctrina prefiere concebir el bien jurídico protegido más bien como elemento colectivo, como “salud pública”<sup>55</sup>, o combinar esta vertiente social con la individual<sup>56</sup>. Desde esta perspectiva, las conductas tipificadas lesionan de modo mediato la credibilidad del sistema estatal de trasplantes –en la medida en que es posible eludirlo a través del mercado negro y el turismo de trasplante–, y de manera directa pone en peligro el desarrollo de un

<sup>49</sup> Así GARCÍA ALBERO, en: *Comentarios a la Reforma Penal*, pp. 186 y s.; como es natural, de este modo se excluye también una posible punibilidad del donante (para los supuestos en los que actuase sin estar en estado de necesidad), DÍAZ-MAROTO VILLAREJO, en: *Estudios sobre las reformas del Código Penal*, p. 285.

<sup>50</sup> Por muy cuestionable que resulta la diferenciación ya en el marco de los delitos de lesiones, especialmente, teniendo en cuenta que la jurisprudencia asigna casi todos los órganos a la primera categoría; cfr. *supra* n. 28 y texto correspondiente.

<sup>51</sup> Así, por ejemplo, GARCÍA ALBERO, en: *Comentarios a la Reforma Penal*, p. 189.

<sup>52</sup> Cfr. sólo CANCIO MELIÁ, *Memento Penal*<sup>3</sup>, n.m. 7422 y ss.

<sup>53</sup> Así MUÑOZ CONDE, *PE*<sup>20</sup>, pp. 113 y s., 115.

<sup>54</sup> De hecho, en la bibliografía española, GÓMEZ TOMILLO sostuvo (en: IDEM, *Comentarios al Código Penal*, 1ª ed., 2010, p. 618) la opinión de que el bien jurídico protegido sería directamente la dignidad humana.

<sup>55</sup> Cfr. en esta línea, con diferentes puntos de partida, por ejemplo FELIP I SABORIT, *Memento Penal*<sup>3</sup>, n.m. 7478 y s. (bien jurídico colectivo, al que habrá que sumar un referente individual en la salud concreta del donante en cuanto elemento típico); GÓMEZ RIVERO, *Revista Penal* 31 (2013), pp. 117 y ss.; MOYA GUILLEM, *AFDUAM* 18 (2014), pp. 52 y s. (subrayando que no siempre es necesario que se produzca un daño en la salud individual); MUÑOZ CONDE, *PE*<sup>20</sup>, p. 115 (más bien un referente social que individual); QUERALT JIMÉNEZ, *PE*<sup>7</sup>, p. 158 (quizás se trate de un bien jurídico mixto).

<sup>56</sup> Así, por ejemplo, TAMARIT SUMALLA/GARCÍA ALBERO, *ComPEDP*<sup>9</sup>, pp. 142 y s.

sistema sanitario de trasplante público que satisfaga las necesidades de la población de los países de origen de los donantes<sup>57</sup>.

Este punto de partida, en primer lugar –como es obvio–, en su versión pura es incapaz de darle sentido a la diferenciación típica entre órgano principal y órgano no principal. Mayor relevancia corresponde a que en segundo lugar, no es seguro que la descripción del bien jurídico sea correcta. Es muy dudoso que quien acude al mercado irregular en otro país afecte tan gravemente a la credibilidad del sistema doméstico como para justificar, ni de lejos, las penas que prevé el tipo. En consecuencia, pareciera que ha de tratarse de la otra cara de la moneda, de las repercusiones del tráfico ilícito en los países de los donantes, en el sentido de que afecta muy negativamente al sistema sanitario o al potencial de desarrollo del mismo. Sin embargo, tampoco este aspecto está en condiciones de explicar la figura delictiva. ¿Realmente se quiere sostener que un tipo penal español o de otro país persigue proteger el bien jurídico definido como las posibilidades de desarrollo de un sistema sanitario eficiente capaz de ofrecer servicios de trasplante a su población, gobernado por criterios estrictamente médicos, y gratuito, de Pakistán, Kenia, Moldavia o Ucrania?

Desde el punto de vista aquí adoptado, la lesividad social específica de la infracción no ha de buscarse en embrionarias (si es que se llega a eso) *saludes públicas* en otros continentes, y tampoco en la salud pública concretada al ámbito de los trasplantes como el ordenado funcionamiento del sistema de trasplantes. Por el contrario, parece que lo que es decisivo en este ámbito es algo que sucede aquí, entre nosotros: el horror moral ante este uso de seres humanos como cajas de repuestos, ante un comercio abyecto en el que el rico se procura algo de tiempo de vida adicional a costa del pobre, con lo que se está “...degradando al ser humano cada vez más a la categoría de objeto.”<sup>58</sup> Quien actúa de este modo –incluso quien lo hace temiendo por su vida– nos muestra de modo insoportable la injusticia abismal en el reparto de los bienes del planeta, pone de manifiesto cuánto más valen en el plano fáctico algunas vidas más que otras. Se trata, por lo tanto, ya desde un principio, de un Derecho penal con una gran carga simbólica<sup>59</sup>, de una exclamación colectiva de indignación ribeteada jurídico-penalmente sin que quepa identificar una lesividad social clara que pudiera justificar de modo convincente las graves penas con las que se amenaza. Sin embargo, si a esto se suma, en el caso español, la ausencia de una política de persecución de los casos de turismo de trasplantes y la falta de una regla competencial específica que la materia demanda con toda claridad, parece claro que se transita por el camino del Derecho penal simbólico hasta el final: sin una atribución de competencia extraterritorial a los tribunales españoles más allá del

<sup>57</sup> Expresamente TAMARIT SUMALLA/GARCÍA ALBERO, *ComPEDP*<sup>9</sup>, pp. 142 y s.

<sup>58</sup> *MiKo StGB/TAG* t. 6 TPG § 18 n.m. 7.

<sup>59</sup> QUERALT JIMÉNEZ (*PE*<sup>7</sup>, pp. 157) habla acertadamente de algo más que un Derecho penal simbólico, un Derecho penal de propaganda. Vid. en general sobre el concepto y su uso sólo HASSEMER, *NStZ* 1989, pp. 553 y ss.; IDEM, *Festschrift Roxin*, 2001, pp. 1001 y ss.; VOß, *Symbolische Gesetzgebung. Fragen zur Rationalität von Strafgesetzgebungsakten*, 1989, *passim*; cfr. también SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, 1992, pp. 304 y ss.; PRITTWITZ, *Strafrecht und Risiko. Untersuchungen zur Krise von Strafrecht und Kriminalpolitik*, 1993, pp. 253 y ss.; DíEZ RIPOLLÉS, *AP* 2001, pp. 1 y ss.; CANCIO MELIÁ, *ZStW* 117 (2005), pp. 267, 270 y s., 275 y s.

principio de personalidad activa<sup>60</sup> es muy difícil que pueda haber persecución de supuestos de trasplante de turismo. ¿Es éste un problema de calidad del proceso legislativo, es decir, que el legislador español no ha sido consciente de este déficit, que se le ha escapado que no ha habido casos de aplicación del precepto? Parece que es algo más que un mero olvido. Que no exista un mecanismo de notificación desde el sistema sanitario que alerte de posibles casos de turismo de trasplante a los órganos de persecución penal<sup>61</sup>, si se compara con la actitud proactiva de la policía en otras áreas de crímenes transnacionales, parece indicar que este ámbito no es una prioridad – que no hay persecución efectiva de modo deliberado.

Teniendo en cuenta lo dicho, la imagen se densifica: la criminalización establecida en el art. 156 bis CP parece perseguir el único fin de seguir una determinada política de imagen pública del país en materia de trasplantes – pero sin que la tipificación esté acompañada de la voluntad de llegar a una persecución real de los compradores-receptores, persecución que obligaría a plantear en toda su crudeza la situación de necesidad en la que puede estar quien necesita un órgano para sobrevivir (y la de los donantes). Se condena en la letra de la Ley, pero sin tener que ver el asunto desde cerca. La función latente, en efecto, está muy lejos de la expresa: el lado definitivamente ilegítimo del Derecho penal simbólico.

#### 4. Conclusión

Desde la perspectiva aquí adoptada, es evidente que una figura delictiva tan mendaz e incoherente resulta ilegítima. El Código penal no es un escenario en el que representar indignaciones colectivas, su función no es ofrecer coartadas morales.

Así las cosas, y partiendo de que resulte justificado criminalizar –incluyendo al receptor/comprador– las conductas del art. 156 bis CP (y justificar aquí el recurso al Derecho penal, como se ha indicado, no parece fácil), debería reformularse por completo el tipo. La cuestión esencial estaría en cortar definitivamente los lazos con los delitos de lesiones, buscando una nueva ubicación para la figura y eliminando la diferenciación en el marco penal en función del carácter principal del órgano. Partiendo de que se trata de un bien jurídico colectivo –y de marcado carácter simbólico, de refuerzo de un tabú colectivo–, las penas deben rebajarse muy considerablemente, de modo que quede claro que sólo ese elemento colectivo es el objeto de protección de la figura<sup>62</sup> (y abriendo así la posibilidad de un concurso de delitos con el correspondiente delito de lesiones graves en la persona del donante). Por otra parte, llevado a cabo el necesario debate, si se mantiene, como cabe esperar, la punibilidad del receptor/comprador, deberá establecerse la competencia de los tribunales españoles sobre los hechos para que la criminalización tenga un mínimo de seriedad.

---

<sup>60</sup> Vid. *supra* n. 40.

<sup>61</sup> Vid. *supra* n. 42.

<sup>62</sup> Así FELIP I SABORIT, *Memento Penal*<sup>3</sup>, n.m. 7478.2.

La oportunidad para la reconstrucción típica del delito y la reconsideración político-criminal de la cuestión podría llegar pronto, puesto que el nuevo Convenio del Consejo de Europa comportará la necesidad de introducir varias modificaciones en la materia, especialmente, en lo que se refiere a la incorporación al ámbito típico de tejidos y de los órga