

# EL CONVENIO DEL CONSEJO DE EUROPA SOBRE LA LUCHA CONTRA EL TRÁFICO DE ÓRGANOS HUMANOS. PRINCIPIOS E IMPLEMENTACIÓN EN EL ORDENAMIENTO ESPAÑOL

*M<sup>a</sup> del Carmen Gómez Rivero  
Catedrática de Derecho Penal  
Universidad de Sevilla.*

**SUMARIO: I. Consideraciones previas; II. El Convenio del Consejo de Europa sobre la lucha contra el tráfico de órganos humanos:** 1. El contenido de las disposiciones sustantivas del Convenio; 1.1 Las previsiones de obligado cumplimiento; 1.2 Las previsiones de incorporación facultativa; 1.3 Los tipos cualificados; 1.4 El bien jurídico protegido por el delito de tráfico de órganos en el Convenio; **III. Las previsiones del ordenamiento español a la luz de las obligaciones derivadas del Convenio. IV. Bibliografía Citada.**

## RESUMEN

La primera parte del trabajo analiza las distintas obligaciones que surgen para los Estados de la suscripción y ratificación del Convenio Europeo contra el tráfico de órganos humanos. Se estudian los rasgos del Convenio así como las previsiones que incorpora, tanto de obligado cumplimiento para los Estados como de implementación potestativa, ofreciendo una serie de consideraciones en torno a cuál sea el interés que constituye el objeto de la preocupación internacional. En la segunda parte se analiza el grado de afinidad con aquellas previsiones del art. 156 bis CP, incorporado a nuestro Código penal desde el año 2010. Teniendo en cuenta los concretos comportamientos tipificados así como las penas para ellos previstas se concluye con una serie de consideraciones con vistas a una eventual revisión de dicho precepto.

## PALABRAS CLAVE

Tráfico ilegal de órganos, Convenio europeo contra el tráfico de órganos, previsiones del Convenio, bien jurídico protegido, implementación en el ordenamiento interno.

## ABSTRACT

The first part of the paper analyzes the different obligations that arise for States from the signing and ratification of the European Convention against trafficking in human organs. The features of the Convention are studied as well as the provisions that it incorporates, both obligatory for States and potential implementation, offering a series of considerations on the interest that is the object of international concern. The second part analyzes the degree of affinity with those provisions of art. 156 bis CP, incorporated into our Criminal Code since 2010. Taking into account the specific behaviors and penalties foreseen for them is concluded with a series of considerations with a view to a possible revision of said precept.

## KEYWORDS

Illegal trafficking in organs, European Convention against Organ Trafficking, provisions of the Convention, protected legal status, implementation in domestic law.

## I. CONSIDERACIONES PREVIAS

El tráfico ilegal de órganos humanos es, en esencia, una manifestación de un género delictivo más amplio; a saber, el que tiene como finalidad la búsqueda de un enriquecimiento patrimonial ilícito. El movimiento ilegal de órganos, en efecto, supone ante todo una forma de intercambio comercial y, como tal reclama que, si no todos los actores, sí al menos alguno (s) de ellos actúe (n) con aquel propósito. Reza una máxima que sin ganancias esperables no hay mercado. De ahí que sin expectativas de ganancias no subsista el comercio de órganos. Claro es que aun cuando el comportamiento prohibido se explique desde la pretensión de conseguir un enriquecimiento ilícito, su evitación no es la finalidad de la norma, sino la erradicación misma de ese mercado ilegal en tanto que recae sobre cosas *extra commercium*, las partes del cuerpo humano<sup>1</sup>. Y si bien es verdad que desde este punto de vista el delito pareciera emparentarse entonces con otros tipos delictivos, decididamente el delito de tráfico de drogas, la extraordinaria gravedad del objeto del comercio en el caso que nos ocupa multiplica la preocupación por el fenómeno no sólo por parte de los legisladores internos sino también del internacional. Las claves explicativas de que así sea se comprenden con facilidad. Entre ellas no sólo se cuenta el hecho de que dicho comercio presente de por sí uno de los mayores atentados que puede sufrir la dignidad del ser humano; la comercialización de su propio cuerpo. También influye en tal consideración la sucesiva implicación de otros intereses de extraordinaria gravedad, tanto de alcance individual como colectivo. Los primeros son fáciles de identificar teniendo en cuenta que normalmente la extracción de órganos orientada a ese mercado ilegal tiene lugar en condiciones que violan la libertad del donante y/o comportan la lesión de su salud o incluso de su propia vida. Los segundos tampoco escapan a cualquier aproximación al fenómeno, desde el momento en que la salud pública se ve ya seriamente afectada cuando la extracción y el trasplante de órganos se realiza al margen de los controles de calidad y seguridad que son propios del circuito legal de trasplante.

Asociado a la escasez de órganos disponibles con fines de trasplante, la incidencia práctica del

<sup>1</sup> Todo ello sin desconocer la existencia de algunas posturas favorables a la legalización del comercio de órganos. De ellas da cuenta ROMEO CASABONA, Carlos María, “La prohibición del tráfico ilegal y la exclusión de la comercialización de órganos y tejidos. Art. 156 bis del Código penal”, en *Revista Aranzadi Doctrinal*, noviembre 2010, núm. 7, pp. 172 ss.

tráfico ilegal de órganos se manifiesta de forma más acuciante en los países del tercer mundo y en general vulnerables, cuya población es más proclive a ser captada como donantes. Lo mismo habría que decir de aquellos países que no disponen de un consolidado sistema de trasplantes, en tanto que el mercado ilegal prolifera con más facilidad allí donde el Estado no ha diseñado un sistema capaz de hacer frente a la demanda de órganos<sup>2</sup>. Como sea, y con independencia de los rasgos que caractericen a los países que registran mayor número de casos de tráfico ilegal de órganos, lo cierto es que el fenómeno esté presente también, aun cuando con menor intensidad, en aquellos otros que no responden a ninguno de los referidos “factores de riesgo”, como es el nuestro. En ellos el tráfico ilegal una vez se explica por la pretensión de sortear las listas de espera por parte de quien tiene derecho a acogerse al sistema reglado de trasplantes; otras por la mayor facilidad de captar entre la población de un país desarrollado a quienes viven en condiciones de singular vulnerabilidad, de forma paradigmática, la población inmigrante en situación irregular<sup>3</sup>. Por una u otra razón, lo cierto es que la

<sup>2</sup> Sobre la relación entre la escasez de órganos disponibles y el tráfico de órganos puede verse, por ejemplo. PONS RA-FOLS, Xavier, “Nuevos desarrollos en la lucha internacional contra el tráfico de órganos humanos: el Convenio de Santiago de Compostela”, en *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, núm. 31, junio de 2016, pp. 4 ss. Véase también el interesante trabajo de SCHEPER-HUGHES, Nancy, “El comercio infame: capitalismo milenarista, valores humanos y justicia global en el tráfico de órganos”, en *Revista de Antropología social*, vol. 14, 2005, pp. 195 ss., donde ofrece una panorámica global de la fenomenología del tráfico, sus causas, implicaciones y dimensión internacional.

<sup>3</sup> A un caso de este tipo responde el enjuiciado por la SAP de Barcelona de 13 de octubre de 2016, relativo a la captación de una persona marroquí, quien a cambio de la donación de un órgano, en concreto un riñón, recibiría como pago la cantidad de 6.000 euros. Si bien inicialmente consintió en la operación, se negó en el último momento, ya en fase de emisión del consentimiento ante notario. La intervención no llegó a realizarse, pero el sujeto fue objeto de lesiones y coacciones. Además de por estos delitos y el de usurpación del estado civil, la Sentencia condenó a los acusados por un delito de tráfico de órganos en grado consumado. Para exponer con carácter general el momento de consumación del delito el Fundamento Tercero de la sentencia reproduce literalmente –pese a lo censurable que supone el uso del texto sin entrecomillados ni cita de la fuente– buena parte del apartado correspondiente de mi trabajo previo “El tráfico ilegal de órganos humanos”, *Revista penal*, enero de 2013, pp. 124 ss. Ya en el plano sustantivo puede encontrarse una crítica doctrinal al razonamiento que lleva al Tribunal a dictar una sentencia condenatoria en MOYA GUILLEM, Clara, Aproximación crítica a la primera sentencia por tráfico de órganos. (SAP de Barcelona 793/2016, de 16 de octubre), *Diario La Ley*, N° 8895, 2017, para quien el fallo no es coherente con el punto de partida que adopta en relación con el bien jurídico protegido.

Con independencia de las críticas de forma y fondo de las que sea merecedora la sentencia, interesa tomarla en consideración como muestra de que la aplicación de este delito en nuestro

preocupación que representa el tráfico ilegal de órganos humanos es compartida por los diversos Estados, por tratarse de un fenómeno de alcance mundial. De hecho, a su dimensión internacional no sólo contribuye la ya mentada presencia de casos de tráfico de órganos en la práctica totalidad de los países, sino la propia proyección transfronteriza de su práctica. Así resulta teniendo en cuenta que el movimiento de órganos con fines comerciales representa un mercado que opera a nivel mundial, lo que de paso explica la existencia de organizaciones o tramas criminales cuya actividad supera las fronteras nacionales.

No es de extrañar, por todo lo anterior, que resulte ya veterana la existencia de un buen número de iniciativas e instrumentos emanados de diversas instancias internacionales que comparten la preocupación por sentar una serie de bases comunes en la política legislativa de los Estados que ayuden a la erradicación del tráfico de órganos. Hasta la fecha de la aprobación del Convenio europeo contra el tráfico ilegal de órganos el panorama que arrojaban aquellos documentos trazaba una doble alternativa<sup>4</sup>. Por una parte se contaban los que sin fuerza vinculante aconsejaban la inclusión en los respectivos ordenamientos de sanciones que pudieran ser de naturaleza penal<sup>5</sup>;

---

país es una realidad. Ya antes habría que mencionar el Auto de procesamiento del Juzgado de Instrucción nº 3 de Valencia, de 2 de julio de 2015, dictado en relación con los integrantes de una rica familia libanesa que buscaban a personas en situación de necesidad económica como donantes de parte del hígado.

4 Al respecto, MOYA GUILLEM, Clara, “El Convenio contra el tráfico de órganos humanos del Consejo de Europa (2014). Nuevas claves para la interpretación del delito del artículo 156 bis del Código penal”, en *Revista General de Derecho penal*, núm. 22, noviembre 2014 pág. 2. Ofrece un panorama general de los instrumentos previos PONS RAFOLS, Xavier, en *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, núm. 31, junio de 2016, *op. cit.*, pp. 9 ss., analizando con detalle los contenidos del Convenio del Consejo de Europa sobre los derechos humanos y la biomedicina así como su Protocolo Adicional sobre el trasplante de órganos y tejidos de origen humano, pp. 16 ss.

5 Entre esos documentos no vinculantes pueden citarse las *Resoluciones de la Organización Mundial de la Salud relativas al tráfico de órganos y tejidos humanos* WHA40.13, de 1987, WHA42.5, de 1989, WHA44.25, de 1991 y WHA 57.18, adoptada en 2004 por la 57ª Asamblea Mundial de la Salud sobre trasplante de órganos y tejidos humanos. Esta resolución instó a los Estados a la adopción de una serie de medidas para garantizar la seguridad y calidad tanto en relación con los trasplantes alógenicos como xenogénicos. De obligada cita es la *Declaración de Estambul sobre el tráfico de órganos y el turismo de trasplantes*, aprobada en la Cumbre internacional sobre turismo de trasplantes y tráfico de órganos convocada por la Sociedad de trasplantes y la Sociedad internacional de nefrología celebrada en 2008, así como los *Principios rectores sobre trasplante de células, tejidos y órganos humanos*, aprobados por la 63ª Asamblea de la OMS, de 21 de mayo de 2010.

Ya en el ámbito de la Unión Europea debe citarse la *Decisión (78)29 sobre la armonización de las legislaciones de los Estados miembros respecto de la extirpación, injertos y*

por otra, los que imponían deberes para los Estados que no tenían por qué traducirse en consecuencias penales. Entre los documentos de este último grupo bastaría la cita de dos. El primero, el *Convenio del Consejo de Europa relativo a los derechos humanos y la biomedicina*, adoptado en Oviedo el 4 de abril de 1997, que entró en vigor el 1 de diciembre de 1999<sup>6</sup>, al que se adjuntó un *Protocolo adicional referido al trasplante de órganos y tejidos de origen humano*, de 24 de enero de 2002<sup>7</sup>. El segundo, la *Directiva 2010/45, del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre normas de calidad y seguridad de órganos humanos destinados al trasplante*, de 7 de junio de 2010. A partir de la consideración de que para salvaguardar la salud pública y prevenir la transmisión de enfermedades a través de los órganos deben tomarse medidas durante su obtención, transporte y utilización, establece la obligación de los Estados de *contemplar sanciones efectivas, proporcionadas y disuasorias* para quienes violen los principios que deben regir la donación (gratuidad, no publicidad, consentimiento, confidencialidad y en general garantías para la seguridad y calidad de los órganos). Con independencia de los pormenores de la Directiva<sup>8</sup> interesa destacar que las sanciones que contempla no tienen por qué revestir naturaleza penal. De ahí que la aprobación

---

*trasplantes de material humano, la Recomendación (2004) 7 del Comité de Ministros del Consejo de Europa*, adoptada el 19 de mayo de 2004, que insta a los Estados miembros a la adopción de medidas legales para la represión de la extracción e implantación ilegal de órganos y tejidos humanos, el tráfico ilegal de órganos, su publicidad, así como la lucha contra las organizaciones dedicadas a su tráfico (art. 4), o la Resolución del Parlamento Europeo, de 22 de abril de 2008, *sobre donación y trasplante de órganos*. La cita de este documento es especialmente importante, en tanto que insta a los Estados miembros “a modificar, si procede, sus códigos penales con el fin de que los responsables del tráfico de órganos sean objeto de acciones judiciales adecuadas, incluyendo sanciones para el personal médico que intervenga en el trasplante de órganos procedentes del tráfico, y a desplegar, al mismo tiempo, todos los esfuerzos necesarios para disuadir a los receptores potenciales de recurrir a la oferta del tráfico de órganos y tejidos”. Incluye igualmente la exigencia de prever medidas orientadas a la “responsabilización penal de los ciudadanos europeos que hayan comprado órganos dentro o fuera de la Unión Europea”.

6 Cuyo artículo 21 dispone que: “El cuerpo humano y sus partes, como tales, no deberán ser fuente de aprovechamiento”.

7 Según su art. 21.1 “El cuerpo humano y sus partes, como tales, no pueden constituir fuente de lucro o de otras ventajas comparables”, a lo que añade el apartado segundo el deber de prohibir la publicidad “sobre la necesidad de órganos o de tejidos, o sobre su disponibilidad, con vistas a ofrecer o prender un lucro o ventaja comparable”. Por su parte, el artículo siguiente, el 22, consagra la obligación de prohibir el tráfico de órganos y tejidos.

8 Sobre un estudio detallado de esta Directiva puede verse GONZÁLEZ BOTIJA, Fernando/VAQUERO RAMIRO, Susana, en “Trasplante de órganos y Derecho comunitario”, en *RUE: Revista universitaria europea*, núm. 22, 2015, pp. 97 ss.

del Convenio europeo contra el tráfico de órganos humanos maque un antes y un después en el abordaje internacional de la materia.

## II. EL CONVENIO DEL CONSEJO DE EUROPA SOBRE LA LUCHA CONTRA EL TRÁFICO DE ÓRGANOS HUMANOS

La preocupación del legislador internacional por adoptar medidas de obligado cumplimiento en la materia alcanzó un punto de inflexión con la aprobación el 9 de julio de 2014 del Convenio contra el tráfico de órganos del Consejo de Europa<sup>9</sup>, presentado a la firma en la ciudad española de Santiago de Compostela el 25 de marzo de 2015<sup>10</sup>. Su singular peculiaridad respecto a los documentos anteriores radica en el hecho de tratarse del primer texto internacional de obligado cumplimiento para los Estados que exige la sanción penal del tráfico de órganos humanos. Así lo anuncia ya su Preámbulo cuando declara el propósito de contribuir de modo significativo “a la erradicación del tráfico de órganos humanos mediante la tipificación de nuevos delitos que complementen los instrumentos jurídicos internacionales existentes en el ámbito de la trata de seres humanos con la finalidad de extracción de órganos”. Ya en su articulado, el Convenio cifra entre sus fines en el art. 1 el atinente a la ordenación sustantiva de la materia; en concreto, “la prevención y lucha contra el tráfico de órganos humanos mediante la tipificación como delito de ciertos actos”<sup>11</sup>. La consecución de tal objetivo pasa en realidad por satisfacer una doble finalidad. Por un lado, garantizar la respuesta penal frente al fenómeno por parte de los distintos Ordenamientos; por otro, trazar un umbral mínimo de obligaciones penales que dote de uniformidad en aquellas cotas mínimas a la reacción punitiva con independencia del lugar donde

se haya cometido la infracción y del ordenamiento que en concreto resulte competente para la persecución de los hechos conforme a las reglas de enjuiciamiento.

Desde luego que a nadie se oculta que la razón de ser del Convenio y el avance que supone se erige a su vez en su mayor reto. En efecto, el trazo de las conductas que, a modo de mínimos, se consideren de obligada sanción en el orden penal plantea ante todo la necesidad de asegurar el encaje armónico de las previsiones internacionales en el conjunto de las preexistentes en el orden interno. En realidad tal tarea reclama una doble adaptación. En primer lugar, la que ya de por sí demanda la inserción de normas penales motivada por compromisos internacionales en el cuerpo penal de cada Estado. Como con razón se ha dicho, tal incorporación debe llevarse a cabo desde el respeto no sólo de los principios penales del ordenamiento en cuestión, sino también tomando en consideración las previsiones previamente existentes en la materia, para evitar su duplicación o solapamiento<sup>12</sup>. En segundo lugar, la incorporación de aquellas previsiones mínimas al ordenamiento penal reclama una exigencia adicional propia de las materias que, como es el caso de la represión del tráfico ilegal de órganos humanos, descansan en una previa ordenación administrativa. En tanto que en ellas la regulación penal se estructura conforme a la técnica de las *leyes penales en blanco*, la consecución de la pretendida armonización debe tener en cuenta –y respetar– el condicionante que necesariamente supone aquella ordenación extrapenal, por definición distinta en cada Estado<sup>13</sup>. Este aspecto es importante, en tanto que no sólo debe tenerse en cuenta por la vía de remisión que haga la legislación penal interna a las normas administrativas nacionales, sino que está ya presente en el propio articulado del Convenio. Es el caso de algunas previsiones de las que tendremos ocasión de ocuparnos más adelante, como la que establece la prohibición de la extracción de órganos de donantes difuntos sin que haya sido “autorizada” por la legislación interna, o la realización de trasplantes violando los principios contemplados en la legislación interna o al margen del sistema nacional de trasplantes. En estos supuestos la ansiada armonización queda en buena medida condicionada por

9 Se trata de una iniciativa del Consejo de Europa, adoptada como respuesta a las recomendaciones del Estudio contra el tráfico de órganos, auspiciado por el Consejo de Europa y por la ONU, “*Trafficking in organs, tissues and cells and trafficking in human beings for the purpose of the removal of organs*”, publicado en 2009. El análisis de su proceso de elaboración puede verse, por ejemplo, en ejemplo PONS RAFOLS, Xavier, en *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, núm. 31, junio de 2016, *op. cit.*, pp. 21 ss.

10 Firmado por 17 países, entre ellos España. La entrada en vigor del Convenio necesita su ratificación por parte de al menos 5 países, debiendo ser tres de ellos miembros del Consejo de Europa.

11 El Convenio fija igualmente entre sus objetivos la protección de los derechos de las víctimas así como facilitar la cooperación contra el tráfico de órganos humanos a nivel nacional e internacional, objetivos ambos que quedan al margen de las consideraciones de este estudio.

12 ROMEO CASABONA, Carlos María, “El Convenio del Consejo de Europa contra el tráfico de órganos humanos: principios y bienes jurídicos penalmente protegidos”, en *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 7, 2015, p. 89.

13 Sobre esta dificultad puede verse ROMEO CASABONA, Carlos María, “en *Revista Aranzadi Doctrinal*, 2015, *ob. cit.*, pp. 86 s.

los principios nacionales que las obligaciones internacionales han de respetar en todo caso.

Sobre esta cuestión tendremos ocasión de volver más adelante. Interesa de momento avanzar en los rasgos del Convenio y, en concreto, por ser su punto de partida, en las coordenadas básicas que definen respectivamente el objeto de la actuación internacional y los fines de la actividad que se orienta a reprimir. Ambos aspectos se contemplan en el art. 2 del Texto, cuando aclara que se aplica “al tráfico de órganos humanos con fines de trasplante o con otros fines y a otras formas de extracción o implantación ilícitas”. El apartado segundo del mismo artículo ofrece una interpretación auténtica de los términos empleados. Tráfico será, según reza el texto, toda actividad ilícita en relación con los órganos humanos de acuerdo con las infracciones definidas en el propio Convenio<sup>14</sup>. Al margen queda tanto el material no humano<sup>15</sup> como las células y tejidos humanos, con independencia de que su obtención a partir de un órgano objeto de tráfico dé lugar a las infracciones tipificadas en el Convenio<sup>16</sup>.

---

14 Debe observarse que el concepto de órganos que ofrece el texto es coincidente con el que ya ofreciera la Directiva 2010/45 sobre normas de calidad y seguridad de los órganos destinados al trasplante. Además de comprender “la parte diferenciada del cuerpo humano formada por diferentes tejidos que mantiene su estructura, vascularización y capacidad para desarrollar funciones fisiológicas con un nivel de autonomía importante”, el concepto se extiende, en sintonía con aquel otro documento comunitario, a la parte de un órgano, en tanto que pueda ser utilizado para el mismo fin que el órgano completo en el cuerpo humano (art. 2.2).

15 Se excluyen así las intervenciones relacionadas con el llamado *xenotrasplante*. En estos casos no existe ciertamente un donante humano al que proteger ni el tráfico de estos órganos de procedencia animal da vida al mercado ilegal que se pretende evitar con el Convenio. Ello no obsta, sin embargo, a que no persistan intereses relacionados tanto con la salud del concreto destinatario del órgano como razones de salud pública, por el riesgo de transmisión de enfermedades contagiosas provocadas por el acto del trasplante.

16 La regulación supranacional de su régimen la ofrece la Directiva 2004/23, relativa al establecimiento de normas de calidad y seguridad para la donación, la obtención, evaluación, el procesamiento, la preservación, el almacenamiento y la distribución de células y tejidos humanos. Dado que este instrumento sólo obliga a imponer sanciones efectivas, proporcionadas y disuasorias pero sin que el compromiso asumido por los Estados abarque la contemplación de normas de carácter penal, en los ordenamientos que, como el nuestro, no sancionen penalmente el tráfico ilegal relativo las células y tejidos, su castigo habrá de discurrir, en su caso, por los tipos clásicos contemplados en los respectivos ordenamientos. Así por ejemplo, el caso de la extracción no consentida de piel habrá de reconducirse a los tipos de lesiones; la extracción no consentida de óvulos podrá encontrar su encaje en la tutela penal de la dignidad y, en general, la utilización de las células y tejidos podrá reconducirse al delito farmacológico, en tanto que se parta de una comprensión amplia del concepto de medicamento.

Algún comentario adicional merece la delimitación de los fines con los que se realiza la actividad ilegal de tráfico objeto de las acciones del Convenio. Como ya avanzábamos, aquellos fines se describen de modo amplio, en tanto que no se ciñen estrictamente a los de trasplante, sino que abarca “otros fines”. El *Explanatory Report* del Convenio aclara que de este modo se comprende cualquier finalidad, actual o futura, con que los órganos puedan ser utilizados. En especial, quedan comprendidos los fines de investigación científica, la obtención de células o tejidos a partir de los órganos objeto del tráfico ilícito o la terapia celular. Se ha puesto de relieve con razón por parte de la doctrina que la enunciación en términos tan amplios de los fines con los que puede ser realizada la conducta parece contradecir el propósito declarado en el Preámbulo del Convenio, según el cual su objetivo es la “prevención y lucha contra el tráfico de órganos”. Razonable parece la explicación que se ofrece también desde esa misma doctrina en el sentido de que tal definición amplia permite sortear los problemas de prueba que eventualmente se planteen en la práctica, y que en buen número de casos pudieran dar lugar a absoluciones infundadas por ausencia de la prueba de tal elemento anímico<sup>17</sup>.

A partir de estas premisas el Convenio consagra la obligación de los Estados de incorporar a sus respectivas legislaciones penales internas una serie de previsiones, algunas de ellas de obligado cumplimiento, mientras que otras pueden ser adoptadas o no por los Estados. El estudio de las que integran cada una de las categorías es decisivo de cara a obtener una visión exacta del alcance de las prescripciones del Convenio. Nos ocupamos en primer lugar de su análisis para abordar en un momento posterior la cuestión relativa a cuál sea el interés u objeto de protección subyacente a aquellas disposiciones. A partir de las conclusiones a que lleguemos estaremos en condiciones de valorar el calado real del texto internacional así como de comprobar el grado de afinidad de nuestra legislación penal con las obligaciones en él contempladas.

## **1. El contenido de las disposiciones sustantivas del Convenio**

El estudio del contenido de las previsiones recogidas en el Convenio requiere tratar por separado las que revisten obligado cumplimiento frente a aquellas otras que son de adopción potestativa por parte de

---

17 Al respecto, MOYA GUILLEM, Clara, en *Revista General de Derecho penal*, núm. 22, op. cit., pág.7.

los Estados, y que garantizan el necesario margen de discrecionalidad para conjugar los deberes internacionales con la potestad sancionadora nacional. Tales previsiones se completan por el enunciado de una serie de cualificaciones que, en su caso, habrán de aplicarse a las conductas que incorporen los Estados a su legislación interna. Vayamos por partes.

### 1.1 Las previsiones de obligado cumplimiento

El Convenio recoge a lo largo de su articulado una serie de conductas ilícitas de obligada incorporación al ordenamiento interno de los Estados y que, según dispone el art. 12, deben ser reprimidas con sanciones *efectivas, proporcionadas y disuasorias*. Común a todas ellas es la exigencia de que se realicen intencionalmente, quedando así al margen de dicho deber la tipificación de los actos cometidos de modo imprudente<sup>18</sup>. Las obligaciones son las recogidas en los arts. 4.1, 5, 6, 7, 8 y 9 de dicho texto, en los términos que se exponen a continuación.

El art. 4.1 a) consagra, en primer lugar, el deber de los Estados de adoptar las medidas legislativas y de otra índole necesarias para tipificar como delito la extracción de órganos, cometida intencionalmente, en cualquiera de las siguientes condiciones. La primera, cuando se trate de órganos procedentes de donantes fallecidos realizada al margen de lo autorizado por la legislación interna<sup>19</sup>; la segunda, cuando

tratándose de órganos procedentes de donantes vivos o fallecidos se haya ofrecido o concedido al donante o a un tercero –en el caso de órganos procedentes de vivos–, o a un tercero –en el caso de órganos procedentes de difuntos– un beneficio económico o una ventaja comparable<sup>20</sup>. Para todos estos supuestos el art. 12 del Convenio dispone la imposición a las personas naturales responsables de dichas infracciones de sanciones privativas de libertad que puedan dar lugar a la extradición.

La realización de la extracción sin el consentimiento del donante o bien sin la debida autorización no representa más que uno de los supuestos de ilegalidad de la práctica a efectos del Convenio. Junto a ella se contempla un abanico de conductas que igualmente tienen aquella condición aun cuando se realicen mediando el consentimiento del donante, y cuya sanción resulta de obligado cumplimiento para los Estados. La opción se explica con facilidad teniendo en cuenta que el injusto del tráfico de órganos reside ya en la ilicitud en sí de un acto de comercio que recae sobre un objeto ilícito, de tal modo que su práctica no es disponible por parte de los sujetos implicados. Contempladas en los artículos 5 y ss., las previsiones que a continuación estudiamos completan el trazo de las conductas prohibidas y de obligada tipificación para los Estados siguiendo una secuencia que agota prácticamente las posibilidades imaginables relacionadas con el tráfico de órganos humanos.

En concreto, y siguiendo el orden lógico de dicha secuencia imaginaria la primera conducta prohibida con carácter general se contempla en el apartado primero del art. 7 del Convenio, relativo a la *propuesta, captación, ofrecimiento y solicitud* ilícita de ventajas indebidas. Tal prohibición comprende básicamente dos grandes grupos de conductas, atendiendo a los destinatarios de la propuesta o captación. El primero lo integran aquellos casos en que la actuación va dirigida a los principales protagonistas del tráfico, los donantes y receptores. A esta modalidad se refiere el apartado primero del art. 7 cuando dispone la obligación de las Partes de adoptar medidas legislativas y de otra índole para tipificar como delito “la propuesta a un donante o receptor de órganos o su captación”, siempre que se haya cometido intencionalmente y se realice con la finalidad de obtener un beneficio económico o una ventaja comparable para

18 La exigencia de intencionalidad permite entender comprendidos los casos en que el hecho se realice con la actitud propia del dolo eventual. Salvo restricción específica de los Estados en tal sentido, su concepto es compatible con tal caracterización. Únicamente si el delito requiriese un especial elemento anímico o finalidad trascendente, habría de excluirse esta modalidad de dolo.

19 Previsión ya contenida en el art. 17 del Protocolo Adicional al Convenio de derechos humanos y biomedicina sobre el trasplante de órganos y tejidos de origen humano de 2002. Su concreción obliga obviamente a tener en cuenta la respectiva legislación administrativa de los Estados, que básicamente se articula en torno a dos grandes sistemas de autorización. Por una parte, las legislaciones que parten del consentimiento presunto del fallecido, de modo que sólo en caso de oposición procedería la negativa; por otra, las que parten de la exigencia de que el fallecido hubiera emitido previamente su consentimiento para la extracción del órgano en cuestión. No suele aceptarse el modelo conocido como “obligatorio”, según el cual en el caso de las personas fallecidas no cabría oponer la voluntad contraria a la donación ni del fallecido ni de los familiares, de acuerdo con la filosofía propia de una suerte de confiscación de órganos. Todo ello con independencia de que tal modelo encuentre defensores en la doctrina, como medio de acabar con el tráfico ilegal de órganos mediante el aumento de la oferta. En este sentido véase por todos MOYA GUILLEM, Clara, “La repercusión del “modelo Español” de trasplantes en la legitimidad de la incriminación del comercio de órgano”, en *Dilemata*, núm. 23, 2017, pp. 19 ss.

20 El apartado 3 del art. 4 aclara expresamente que no quedan comprendidos en el concepto de beneficio económico o ventaja comparable las posibles compensaciones que procedan por daños o gastos relacionados con la extracción así como las motivadas por la pérdida de ingresos.

quien propone o capta, o bien para un tercero. Llama ante todo la atención la comprensión en este capítulo de obligaciones que surgen para los Estados de dos conductas que representan un diferente grado de lesividad: la propuesta y la efectiva captación. En principio deberá corresponder a las Partes decidir si a efectos de pena procede una equiparación total de ambos comportamientos o si, por el contrario, la conducta de solicitar se hace merecedora de una pena inferior conforme a las reglas de las formas imperfectas de ejecución<sup>21</sup>.

La delimitación del círculo de sujetos que pueden quedar comprendidos en esta modalidad requiere realizar una serie de precisiones. En primer lugar, debe observarse que decae del núcleo de previsiones de obligado cumplimiento la actuación del donante que solicite o capte a posibles receptores. Aun cuando ciertamente concurra el elemento anímico de obtener un beneficio económico o ventaja comparable que condiciona el castigo de este comportamiento<sup>22</sup>, hay que recordar que el Convenio no contiene previsión alguna que obligue al castigo del donante, de tal modo que su sanción queda a la potestad de los Estados. En segundo lugar, y en lo que se refiere ahora a la posible inclusión en este apartado de la conducta del receptor que solicita o capta al donante, debe observarse que las dificultades para reconducir su actuación a este apartado vienen motivadas por la exigencia en él contenida de que el sujeto en cuestión actúe con el ánimo de obtener un beneficio económico para sí o para tercero<sup>23</sup>. Descartado que el receptor actúe con tal ánimo, en tanto que precisamente es el comprador, su inclusión en tal apartado sólo podría realizarse a partir del entendimiento de que el “tercero” al que se refiere el Convenio como potencial receptor de la ventaja económica puede ser también el donante. No parece ser éste, sin embargo, el sentido del precepto, del que más bien se deduce que la

referencia a los terceros se ciñe a quienes participan exclusivamente a título lucrativo en el intercambio, en tanto intermediarios entre los donantes o receptores y el personal sanitario. Desde esta perspectiva, cuando el precepto menciona a *terceros* como posibles receptores del beneficio, en su concepto debe incluirse de modo paradigmático a quienes operan desde la estructura organizada que suele estar detrás de la conducta de quien propone o capta<sup>24</sup>.

El segundo grupo de conductas de obligada sanción conforme al art. 7 del Convenio se contempla en sus apartados segundo y tercero. Caracterizadas por representar formas de desviación de la conducta exigible a los participantes en la actividad de trasplante<sup>25</sup>, su denominador común es que la propuesta *parte de* o bien *se dirige a* sujetos cuya actividad laboral o profesional puede contribuir a la extracción o implantación de un órgano humano realizado en las circunstancias previstas en el art. 4.1 del Convenio (ausencia de consentimiento/autorización, así como ofrecimiento o concesión de un beneficio económico), en el art. 5 (uso de los órganos obtenidos de forma ilícita), y, en su caso, arts. 4,4 y 6 (extracción e implantación al margen del sistema nacional de trasplantes o con infracción de los principios de la legislación nacional). En cualquiera de las modalidades que enseguida comentamos es esencial la presencia de profesionales sanitarios, funcionarios públicos, directivos de entidades privadas o sus trabajadores. Conforme a las clásicas modalidades del cohecho pasivo y activo, la iniciativa puede partir de aquellos sujetos especiales –en la forma de solicitud, correspondiente a una suerte de provocación<sup>26</sup>- o bien de cualquier persona –en la forma de ofrecimiento-, castigándose además la conducta de *aceptación* cuando se trate de los sujetos especiales referidos<sup>27</sup>.

24 Así lo aclara el punto 53 del *Explanatory Report* del Convenio.

25 Según se ha sostenido en la doctrina, estas previsiones responden “de forma inmediata a la exigencia de garantizar la imparcialidad y transparencia en el ejercicio de las funciones administrativas y asimismo... en el ámbito privado”, TIGANO, Vincenzo, en *Revista Penal*, *op. cit.*, num. 38, 2016, p. 301.

26 Aun cuando no es éste el lugar para su estudio, no se pasa por alto que la estructura del cohecho responde en su modalidad activa a la propia de la inducción intentada, esto es, a un acto de provocación. El ofrecimiento, en efecto, de dádivas o regalos por parte de quien pretende que el destinatario realice una determinada actuación ilícita obedece estructuralmente a aquella figura, elevada en todo caso a la condición de autoría en tanto modalidad delictiva autónoma.

27 En el caso de la actuación protagonizada por terceros no se contempla la conducta de aceptación de eventuales ofrecimientos llevados a cabo por los profesionales sanitarios, funcionarios, directivos o trabajadores de centros del sector privado,

21 Entre ellas puede incluirse la publicidad, tal como aclara el art. 7 del *Explanatory Report* del Convenio al explicar precisamente la razón por la cual esta modalidad no se incluyó específicamente como prohibición autónoma. De hecho, la referencia a la prohibición de la publicidad se contempla en el art. 21 del Convenio, al incluirla entre las medidas preventivas que habrán de adoptarse en el ámbito interno, en tanto se realice “con el fin de obtener un beneficio económico o una ventaja comparable, de la necesidad o disponibilidad de órganos humanos”.

22 “Si se ha llevado a cabo para beneficio económico o para obtener una ventaja comparable para la persona que propone o capta o para un tercero”.

23 TIGANO, Vincenzo, “Ámbito de aplicación y proyecciones de reforma del artículo 156 bis del Código penal español a la luz del Convenio del Consejo de Europa de 2014 contra el tráfico de órganos”, en *Revista Penal*, nº 38, 2016, p. 301.

Conviene hacer algunas precisiones tanto en lo que respecta a la delimitación del círculo de sujetos que en general pueden protagonizar el cohecho activo como el pasivo. Respecto a los primeros, queda comprendido de forma indiscriminada cualquier tercero del que parta la promesa, ofrecimiento o dádiva (“cualquier persona”). Al igual que comentábamos en la modalidad del apartado 1 del art. 7, el castigo del donante conforme a esta modalidad dependerá de la opción que adopte cada legislador interno. Ninguna dificultad plantea la inclusión del receptor comprador en el precepto en comentario, siempre que se den sus elementos típicos, de tal modo que si bien por las razones que tuvimos ocasión de exponer su conducta no resulta subsumible en el apartado primero del artículo 7, sí quedará comprendida por este otro apartado. Debe observarse por lo demás que la promesa, ofrecimiento o dádiva puede tener lugar *directa o indirectamente*, lo que permite imaginar supuestos en que se diseñe una cadena de oferentes o solicitantes, todos ellos abarcados por esta modalidad.

Por su parte, y en lo que se refiere al círculo de sujetos que pueden protagonizar la modalidad de cohecho pasivo, su descripción es lo suficientemente amplia como para abarcar cualquier actuación: desde el cirujano que realizará la intervención de extracción o implantación del órgano hasta el trabajador del centro público o privado que con cualquier colaboración coadyuve a la realización de la conducta, siempre que actúe intencionadamente. Tal amplitud en la definición de los sujetos se completa con la extraordinariamente generosa descripción de las conductas, resultando que su conjugación permite abarcar prácticamente cualquier supuesto imaginable. En efecto, en cualquiera de los casos, cohecho activo o pasivo, la finalidad del ofrecimiento o aceptación es que “se lleve a cabo o se facilite la extracción o implantación de un órgano humano”. Resulta por ello que desde el punto de vista de las posibles formas de intervención en el delito en que puede cifrarse la contribución solicitada u ofrecida se asegura que queden comprendidas conductas de muy distinto alcance. En concreto, la redacción del precepto permite abarcar desde formas de *inducción*, bien a un acto principal (por ejemplo, ofrecimiento o entrega por el particular de una cantidad de dinero para que el sanitario realice la extracción), bien a uno de complicidad (ofrecimiento de una cantidad al funcionario para la emisión de un certificado falso) pasando por formas de complicidad o cooperación necesaria (por ejemplo, profesional

que se ofrece para emitir un certificado falso de defunción del supuesto donante del órgano), hasta los casos de autoría ejecutiva (realización de la extracción o implantación por el profesional a cambio de la ventaja).

En cuanto a la delimitación de las conductas típicas debe tenerse en cuenta que el art. 30 del Convenio contempla la posibilidad de que los Estados puedan reservarse el derecho a aplicar esta previsión únicamente cuando la conducta se haya cometido a efectos de implantación o bien a estos y otros efectos. Es, en definitiva, opcional para los Estados el castigo de estas modalidades de cohecho en los casos en que la práctica se realice, por ejemplo, con fines de investigación, docencia o extracción de células y tejidos.

Por último, en lo que se refiere al régimen de sanciones, el art. 12 del Convenio dispone la imposición a las personas naturales responsables de estas infracciones de sanciones privativas de libertad que puedan dar lugar a la extradición.

Continuando con la secuencia imaginaria del tráfico de órganos, el art. 8 del Convenio contempla entre las previsiones de obligado cumplimiento el castigo de las conductas de *preparación, preservación, almacenamiento, transporte, traslado, recepción, importación y exportación* de órganos humanos extraídos ilícitamente conforme a lo tipificado en los apartados 1 y en su caso 4 del art. 4. Se trata, en definitiva, del castigo de actos posteriores a la extracción pero previos a su uso. Por ello, y desde el punto de vista de la colaboración que preste quien no haya tomado parte previamente en la conducta de extracción ilícita<sup>28</sup>, nos encontraríamos ante actos genuinamente preparatorios de la modalidad posterior de implantación o, en su caso, uso para otros fines. Corresponderá a los Estados determinar si tales conductas se incriminan conforme a la técnica de los actos preparatorios o como actos ejecutivos de autoría, así comprendidos mediante una definición amplia de las contribuciones que integren el tipo respectivo. En uno y otro caso la vasta relación de conductas que integran la secuencia permite comprender actuaciones que, una vez consumado el delito, serían constitutivas de formas de cooperación necesaria o de complicidad, punibles conforme a lo dispuesto en el art. 9 del Convenio<sup>29</sup>.

<sup>28</sup> Pues de otra forma habría consumado el correspondiente delito contemplado en la legislación interna, que se colmaría ya con aquella modalidad previa.

<sup>29</sup> En todo caso, y conforme a las reglas generales de participación en el *iter criminis*, aquellos actos previos perderán

lo que deja al margen del núcleo de conductas de obligada tipificación esta forma del llamado cohecho activo.

En lo que se refiere a las penas, el art. 12 incluye el supuesto en comentario entre los que reclaman la imposición de sanciones privativas de libertad que puedan dar lugar a la extradición allí donde el responsable sea una persona física.

La siguiente secuencia que pudiera trazarse en el recorrido imaginario por los actos de colaboración en el tráfico de órganos la representa el *uso* de los extraídos de forma ilícita. Se contempla en el art. 5 del Convenio, condicionándose la obligatoriedad de su castigo, al igual que el resto de las modalidades, a que se haya realizado de forma intencional. Si bien conforme a este precepto las Partes deberán adoptar medidas legislativas o de índole distinta para tipificar como delito en su Derecho interno tanto el uso para fines de implantación como para otros distintos, debe tenerse en cuenta que el art. 30 prevé la posibilidad de que los Estados se reserven el derecho a aplicar esta previsión únicamente en el caso de que “los delitos se hayan cometido a efectos de implantación o a efectos de implantación y otros efectos”.

El enunciado de los actos de obligada contemplación en el ordenamiento interno de los respectivos Estados se completa con las obligaciones previstas en el art. 9; en concreto, el castigo de la *complicidad* (apartado primero) y la *tentativa* (apartado segundo) respecto de cualquiera de los delitos previstos en el Convenio, siempre que se cometan de forma intencional. En lo que se refiere al castigo de la *complicidad*, viene en este punto a colación cuanto referíamos al comentar el art. 7 en sus apartados segundo y tercero, en tanto que en esa sede el legislador tipifica determinadas modalidades que estructuralmente responden a actos de complicidad. Teniendo pues en cuenta la existencia de algunas colaboraciones específicas que ya responden a su fenomenología, el sentido de este artículo sería tipificar el resto de formas de participación. Habrían de reconducirse aquí, según también veíamos, las contribuciones contempladas en el art. 8 en tanto que finalmente se lleve a cabo el acto al que se ordenan las conductas de colaboración. Corresponderá a los Estados decidir castigar tales actos conforme a la pena rebajada que en general se le asigne en la respectiva legislación a los actos de complicidad o bien, por el contrario, elevar tal modo de intervención a la condición de autoría. Igualmente queda a discreción de los Estados castigar como cómplice al donante, en tanto que, según hemos tenido ya ocasión de recordar, el castigo de esta figura no resulta obligatorio en el Convenio.

---

su autonomía desde el momento en que pasen a ser formas de colaboración en la modalidad posterior de uso.

La obligación de los Estados de castigar la tentativa se extiende en el art. 9.2 a cualquiera de los delitos tipificados en el Convenio, si bien el apartado tercero del mismo artículo contempla la posibilidad de que las Partes se reserven el derecho a no aplicar o bien a aplicar con restricciones (“en determinados supuestos y condiciones”) esta modalidad en relación con los delitos contemplados en los arts. 7 y 8 del Convenio. El alcance de la reserva es en realidad bastante reducido, dado que las posibles conductas que en su virtud quedarían al margen del castigo corresponden a los estadios más lejanos de lesión. En primer lugar, en relación con las previsiones del art. 7 porque, como hemos tenido ocasión de poner de relieve, contempla conductas que ya de por sí suponen una secuencia anticipada a la consumación del delito, de modo que castigar a su vez su tentativa supondría penalizar un injusto realmente alejado de la lesión del bien jurídico. Así resulta en el apartado primero del art. 7, que castiga la mera “propuesta” a un donante o receptor de una ventaja, o en el apartado segundo, que obliga a los Estados a tipificar la “promesa” u “ofrecimiento” por parte de terceros a funcionarios, profesionales, directivos o trabajadores de centros privados en los términos que tuvimos ocasión de comprobar, conductas que igualmente representan una fase alejada de la lesión del bien jurídico<sup>30</sup>. Lo mismo habría que decir de la conducta contemplada en el apartado tercero de dicho artículo 7 en relación con la “solicitud” por parte de aquellos sujetos especiales de ventajas indebidas. Por ello, la opción que se deja abierta a los Estados de reservarse el derecho a castigar los actos intentados de estos comportamientos no puede contemplarse como una merma significativa de la reacción penal frente al tráfico de órganos.

Semejantes consideraciones son trasladables, en segundo lugar, al castigo de la *tentativa* en relación con las previsiones del artículo 8. Recordemos que para los sujetos que no hayan participado previamente en la extracción, dicho precepto contempla actos preparatorios de su posterior uso, resultando así que la pretensión de castigar la tentativa de un acto de aquella naturaleza excede de aquel mínimo común exigible a los Estados. Se explica de este modo que las Partes puedan optar por no castigar las formas de imperfecta ejecución en relación con estas conductas

---

<sup>30</sup> Se trataría, en ocasiones, de actos de participación intentada; en concreto de una provocación que no tiene por qué ser aceptada por el destinatario. Pero incluso en los casos en que la propuesta encontrara acogida y el receptor iniciara el correspondiente acto, nos encontraríamos ante una forma de inducción a un acto que puede quedar en grado de tentativa.

o bien limitar su aplicación a supuestos concretos y con limitaciones. En todo caso, y en lo que respecta a las penas, debe tenerse en cuenta que en el supuesto de la comisión de las infracciones contenidas en el art. 9 por personas físicas el art. 12 dispone la aplicación de sanciones privativas de libertad que puedan dar lugar a la extradición.

### 1.2 Las previsiones de incorporación facultativa

Junto con las previsiones anteriores, de obligada incorporación al Ordenamiento interno de los Estados, el Convenio contempla otras respecto a las que les deja discrecionalidad para decidir su incorporación o no, si bien, en el caso de adoptarse, deberán ser castigadas, conforme al art. 12 con sanciones *efectivas, proporcionadas y disuasorias*. Tal opción se articula por dos vías distintas. La primera, en virtud de la posibilidad de que los Estados se reserven el derecho a no aplicar determinadas previsiones contenidas en el Convenio; la segunda, mediante la instancia a los Estados parte para que tomen en consideración la adopción de medidas legislativas en relación con determinados aspectos.

A la primera de esas vías corresponde la ya comentada posibilidad de que los Estados se reserven la aplicación de la tentativa a determinados supuestos, así como de incorporar alguna de las modalidades descritas en el apartado 1.1 del art. 4 (según contempla el apartado 2 del art. 4). Es el caso de la extracción de órganos procedentes de personas vivas cuando se realice sin la previa concurrencia del consentimiento “libre, específico e informado del donante”. Tal posibilidad debe ceñirse, según dispone el mismo art. 4,2, a casos excepcionales y realizarse “de conformidad con las salvaguardias adecuadas o disposiciones sobre el consentimiento previstas en la legislación nacional”. Como puede comprobarse, se trata de una reserva que afecta a una de las prohibiciones esenciales del Convenio<sup>31</sup> y cuya razón de ser es abrir la posibilidad de que las legislaciones de los respectivos Estados en que se acoja tal salvedad admitan como donantes a personas que no disponen de capacidad para prestar personalmente su consentimiento. Es, en definitiva, el caso de los menores de edad, de quienes se encuentran sometidos a tutela así como de quienes padecen algún tipo de discapacidad

mental que les impide emitir un consentimiento válido. Debe observarse que en este punto el Convenio se aparta de lo establecido en otros instrumentos internacionales previos; en concreto, en el art. 20 del *Convenio de Derechos humanos y biomedicina* así como en el art. 14 de su *Protocolo adicional sobre el trasplante de órganos y tejidos de origen humano*, que sólo en casos muy excepcionales y en relación con los tejidos regenerables contemplan dicha posibilidad<sup>32</sup>.

A la segunda de las vías anunciadas para la incorporación facultativa de previsiones corresponden otros preceptos del Convenio. Se trata de los art. 4.5 y 6 que, respectivamente, instan a los Estados a considerar la posibilidad de acordar medidas legislativas o de otra índole para tipificar como delito, siempre que se realice de modo intencional, la conducta de extracción así como de implantación de órganos procedentes de donantes vivos o fallecidos, cuando una y otra se realicen, bien al margen de su sistema nacional de trasplantes, bien vulnerando los principios esenciales de las leyes y reglamentos nacionales en la materia. Cada una de estas modalidades suscita una serie de reflexiones.

En primer lugar, en relación con la realización de las mencionadas conductas con infracción de los principios esenciales contenidos en la legislación nacional hay que convenir que, en realidad, lo normal será que la infracción de alguno de esos principios sea ya consustancial a algunas modalidades de tipificación obligatoria. Así sucederá en relación con los de *voluntariedad* y *gratuidad*, que suelen estar presentes en casi todas las legislaciones en materia de trasplantes. En concreto, el primero de esos principios, el de voluntariedad, quedará necesariamente vulnerado con la realización de la conducta contemplada en el apartado 4.1 a) del Convenio. Por su parte, el principio de gratuidad se infringirá en todo caso allí donde la extracción de órganos tenga lugar mediante una ventaja o beneficio económico, conducta contemplada también en términos obligatorios en los apartados b) y c) del art. 4.1 del Convenio. Resulta

32 El art. 20 de Convenio establece en su apartado primero la regla general de la prohibición de órganos y tejidos procedente de personas que no puedan emitir su consentimiento de modo libre. Como excepción contempla en el apartado segundo la posibilidad de obtener tejidos regenerables de personas incapaces para consentir siempre que se cumplan una serie de condiciones: que no se disponga de donante compatible con capacidad para consentir; que el receptor sea hermano o hermana del donante; que la donación tenga el potencial de poder preservar la vida del receptor; que se haya emitido la autorización correspondiente de modo específico y por escrito, así como que el potencial donante no se oponga a la práctica.

31 Razón que motiva la preocupación porque un uso no restrictivo de tal excepción pueda acabar frustrando uno de los principios esenciales del Convenio. Al respecto, ROMEO CASABONA, Carlos María, en *Revista Aranzadi Doctrinal*, 2015, *op. cit.*, p. 83.

así, pues, que en realidad el alcance de esta previsión de voluntaria incorporación por los Estados Parte se ciñe al resto de los principios que no se ven necesariamente afectados por las conductas ya tipificadas con carácter obligatorio. Entre ellos podrían citarse los de *justicia* o de *equidad* en la selección, que suelen estar presentes en la mayoría de las legislaciones nacionales y que, sin embargo, no se ven o no tiene por qué verse necesariamente vulnerados por las conductas ya referidas de implantación obligatoria.

En segundo lugar, la realización de la extracción o implantación de órganos humanos al margen del Sistema Nacional de Trasplante suscita igualmente algún tipo de comentario relativo al alcance real de los contenidos que pueden considerarse voluntarios al amparo de esta previsión. Basta una primera aproximación al amplio espectro de conductas potencialmente abarcadas por esta cláusula para aprehender su extraordinariamente dispar enunciado. Y es que, en efecto, entre las que se realizan al margen del sistema nacional de trasplante están llamadas a convivir, por un lado, las que tienen capacidad no sólo para lesionar los respectivos intereses individuales sino también para poner en peligro la salud pública y, por otro, aquellas que tan sólo representan meras infracciones formales. Entre las primeras habría que contar, por ejemplo, la extracción de órganos humanos o su trasplante sin someterse a los correspondientes controles de calidad ordenados a verificar que se trata de un órgano sano, esto es, no portador de enfermedades infecciosas que además, en su caso, pudieran transmitirse a la descendencia o incluso a terceras personas por vía de contagio. También a este primer bloque corresponden otras prácticas que aun cuando pueden poner en peligro la salud pública lo hacen de modo más remoto. Bastaría ejemplificar ahora con la realización del trasplante alterando las listas de espera, conducta que pudiera poner en peligro la salud en general de los enfermos con prioridad por razones de urgencia vital. Como contrapuestas a las anteriores se cuentan algunas irregularidades que integran igualmente el concepto amplio de realización de la extracción o implantación al margen del sistema nacional de trasplantes, pero que carecen de aquella potencialidad lesiva. Sirva ahora de cita la vulneración de la confidencialidad o la entrega de un precio realizada, no para conseguir el órgano, sino a modo de recompensa surgida *ex post* a la donación. Teniendo en cuenta, pues, que importantes atentados contra la salud pública pueden quedar al albur de su tipificación o no por parte de los Estados —en el mismo nivel de los que no representan tal amenaza—, resulta que la amplitud del enunciado pone en buena medida en

entredicho la preocupación plasmada en el Preámbulo del Convenio por la grave amenaza que para la salud pública supone el tráfico de órganos.

### **1.3 Los tipos cualificados**

El art. 13 del Convenio consagra el deber de los Estados de prever en su ordenamiento una serie de circunstancias agravantes aplicables a los comportamientos que éstos han de tipificar. Tres son las claves que ofrece el precepto en orden a delimitar el alcance de las obligaciones que al respecto gravan a los Estados. La primera de ellas la ofrece la indicación de que el deber se cifra en contar con tales circunstancias en el catálogo de agravantes, de tal modo que los jueces y Tribunales puedan, en su caso, recurrir a su aplicación. Tal exigencia dista, pues, de la obligación de su aplicación automática al caso en cuestión sometido a enjuiciamiento. En efecto, según reza el citado precepto la obligación consiste en adoptar medidas legislativas y de otra índole necesarias para garantizar que las que enuncia “puedan considerarse circunstancias agravantes para la determinación de las sanciones relativas a los delitos tipificados” conforme al Convenio. En segundo lugar, el mismo art. 13 aclara que la inclusión de tales previsiones en el Ordenamiento interno procederá “en tanto no formen parte de los elementos constitutivos del delito”, salvedad que garantiza la evitación de un posible solapamiento de tipos básicos y cualificados conforme a las exigencias del principio *ne bis in idem*. La tercera clave del alcance real de la obligación la ofrece la referencia a que las circunstancias se prevean y apliquen “de conformidad con las disposiciones correspondientes del Derecho nacional”. Como aclara el punto 89 del *Explanatory Report* del Convenio, se trata con ello de reconocer la diversidad de formas de implementar estas circunstancias y el compromiso de asegurar el respeto de los conceptos fundamentales de los distintos ordenamientos.

Cinco son, en concreto, las circunstancias que las partes deben contemplar en sus ordenamientos. La primera de ellas se refiere a los casos en que la conducta haya causado la muerte de la víctima o un deterioro grave de su salud física o mental, previsión que suscita varios comentarios.

En primer lugar, se plantea cuál sea el ámbito de aplicación que deba tener esta circunstancia por lo que se refiere a los sujetos respecto a los que la producción de la muerte o lesiones dé lugar a la respectiva cualificación. Surge, en concreto, la duda en

torno a si es aplicable sólo cuando el resultado se materialice en el donante, en el receptor, en ambos, o si bien abarca de modo general a quien de cualquier forma se vea implicado en la conducta de tráfico (pensemos, por ejemplo, en el caso del receptor en lista de espera que ve agravada su enfermedad o incluso llega a fallecer al no disponer de un órgano por haberle privado de él una conducta de tráfico ilegal). Según entiendo, la razón de ser de la cualificación debe comprender de forma exclusiva los daños padecidos por los sujetos implicados de modo inmediato en el intercambio, donante o receptor. La pretensión de abarcar también a cualquier otro que de modo indirecto sufre un daño quedaría al margen de la razón de ser y, por tanto, del ámbito de protección de las previsiones del Convenio.

En segundo lugar, debe observarse que no se trata de comprobar de modo yuxtapuesto la comisión de la ilegalidad y la provocación de la muerte o lesiones graves, como sería propio de los *delitos cualificados por el resultado*, desterrados en general de buena parte de los ordenamientos nacionales por suponer una manifestación de la responsabilidad objetiva, inadmisibles en Derecho penal. Exigible será por el contrario, la comprobación tanto de la efectiva relación de causalidad entre el resultado lesivo en cuestión y la irregularidad cometida como de la concurrencia de los criterios de imputación objetiva. La toma en consideración de tales comprobaciones resulta más acuciante si cabe en aquellos sistemas que incorporen a su derecho interno la infracción consistente en la realización de la extracción o implantación de órganos al margen del sistema nacional de trasplante o vulnerando los principios contenidos en la legislación interna, contemplada en términos potestativos según ya tuvimos ocasión de comprobar. En estos casos, en efecto, y en tanto que tal cláusula comprende junto a conductas que ponen en peligro la salud otras de carácter formal, cobra especial relevancia comprobar que el resultado es precisamente consecuencia del injusto contenido en la conducta, y no explicable por otras circunstancias. Sólo de ese modo se evitaría, por ejemplo, cualificar la pena por la producción de la muerte del donante cuando la única irregularidad consista en que la extracción se haya realizado vulnerando la confidencialidad requerida por la legislación nacional.

En tercer lugar, el precepto se refiere entre los supuestos que dan lugar a la cualificación, además de a la producción de la muerte, a la de lesiones “graves”. Teniendo en cuenta, por un lado, la amplia graduación que permiten las lesiones en cuanto a su

gravedad y, por otro, la indefinición al respecto del Convenio, hay que reconocer que la determinación de lo que se entienda por tal queda necesariamente relegada a su respectivo concepto en la legislación interna de los Estados. Ciertamente la ventaja de tal flexibilidad es la de permitir a éstos contar con el deseado margen de discrecionalidad a la hora de trasponer las obligaciones derivadas del Tratado, si bien, como reverso, hay que reconocer que por esta vía se amplía la disparidad de contenidos en las legislaciones de los respectivos Estados.

En cuarto lugar, se plantea la necesaria armonización entre esta previsión y el respeto del principio básico del *ne bis in idem*. La dificultad surge en la medida en que la práctica totalidad de las legislaciones penales contemplan en su articulado como delito autónomo el homicidio así como las lesiones graves, que en principio están llamadas a entrar en relación de concurso de delitos con el tipo correspondiente de tráfico de órganos. El problema resulta de este modo servido, en tanto que el castigo de un mismo hecho como homicidio o lesiones y además por el correspondiente tipo cualificado de tráfico ilegal de órganos por razón de ese mismo resultado supondría una clara vulneración de tal principio. La solución a tal dificultad pasa por tener en cuenta que, como el propio art. 13 reconoce, la implementación de tales agravantes debe realizarse de conformidad con las previsiones del Derecho nacional. En tales términos habrá que entender que la exigencia se satisface por la vía de la apreciación de las reglas del concurso de delitos entre ambas calificaciones.

La segunda circunstancia que contempla el art. 13 del Convenio es la comisión del delito por una “persona con abuso de su posición”. El precepto no se ciñe ni refiere cualidad alguna específica a partir de la cual se abuse de la posición, lo que permite comprender un amplio abanico de supuestos. Imaginable es, por ejemplo, el caso del empleador de inmigrantes en situación irregular que presiona para la extracción de un órgano no vital, por ejemplo un riñón, con la amenaza de que el supuesto donante perdería de otro modo su empleo o, bien le amenaza con denunciar su irregularidad. Todo ello con independencia de que en la práctica una buena cuota de los casos que se presenten provengan de los profesionales de la sanidad, pública o privada, así como de los funcionarios públicos, a la vista de su protagonismo en la práctica del trasplante.

El catálogo de circunstancias agravantes continúa por la previsión en la letra c) del artículo en

comentario de que los hechos se hayan cometido en el marco de una organización delictiva. A la vista de la común previsión en los ordenamientos internos de los tipos de organización o asociación criminal, se plantean reflexiones similares a las realizadas en relación con la cualificación atenta al resultado producido. También ahora habrá que entender que la necesidad de respetar el principio del *ne bis in idem* determina que la exigencia de una pena cualificada para estos casos se satisfaga con la aplicación alternativa del tipo de tráfico de órganos agravado por cometerse en el marco de una organización criminal o bien a través de la aplicación del correspondiente concurso de delitos entre el tráfico de órganos y aquel tipo delictivo.

La cuarta circunstancia cualificadora de la pena que prevé el art. 13 del Convenio consiste en la previa condena al autor por alguno de los delitos tipificados en el mismo, exigencia que, en su caso, puede considerarse satisfecha con la aplicación de la agravante genérica de reincidencia en aquellos ordenamientos que la contemplen.

El listado de agravantes se cierra con la referencia a que el delito en cuestión haya tenido como sujeto pasivo a un menor de edad o bien a cualquier otra persona especialmente vulnerable. En relación con lo primero, la minoría de edad, habrá de entenderse que la edad de mínimos que fija el Convenio es la de 18 años, en sintonía con las previsiones de la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos del niño de 1989. Todo ello sin perjuicio de que los Estados puedan optar por fijar una edad inferior a efectos de conceder esa protección especial, superando así aquel umbral de mínimos en cuanto a la tutela. Por su parte, la referencia a los sujetos *especialmente vulnerables* permite comprender también determinados supuestos relacionados con la edad (elevadas), las alteraciones mentales o situaciones de discapacidad, así como singularmente a personas en situación de marginalidad o necesidad. Cierto es, como observa el punto 94 del *Explanatory Report* del Convenio, que de una forma u otra todas las víctimas del tráfico ilegal de órganos están en posición de vulnerabilidad, lo que en principio reclamaría ya de por sí una singular protección sin necesidad de más comprobaciones adicionales. Es por ello que la redacción del tipo cualificado exige que la conducta recaiga sobre víctimas en situación de “especial vulnerabilidad”<sup>33</sup>, extremo que

habrá de apreciarse allí donde su situación haya sido condicionante de la práctica y, en todo caso, de haber mediado el consentimiento, cuando éste resulte viciado en razón de las circunstancias que lo han motivado.

Hasta aquí el recorrido por las distintas previsiones del Convenio que trazan los contenidos que, a modo de mínimos, deben contemplar los distintos ordenamientos internos, ya sea con carácter potestativo u obligatorio. A la vista de ellas surge la cuestión relativa a cuál sea el bien o bienes jurídicos protegidos por el delito de tráfico de órganos a efectos de dicho instrumento internacional. De ello se ocupan las consideraciones que siguen.

#### ***1.4 El bien jurídico protegido por el delito de tráfico de órganos en el Convenio***

La lectura del Preámbulo del Convenio ofrece en sus Considerandos la clave del sentido de la protección que brinda este instrumento, al afirmar que “el tráfico de órganos vulnera la dignidad humana y el derecho a la vida y, constituye una grave amenaza para la salud pública”. Se perfilan así los dos grandes grupos de intereses envueltos en la realidad del tráfico, con su respectivo grado de afectación. Por un lado, los intereses individuales –dignidad humana y vida– que resultan “vulnerados”; por otro, la salud pública en tanto interés de calado colectivo, que resulta “amenazado” por la práctica.

En primer lugar, la identificación de los intereses *individuales* que resultan afectados en las conductas que el Convenio obliga a tipificar a los Estados no es difícil de descubrir. En el caso de la extracción de órganos procedentes de donantes vivos y realizada sin mediar el consentimiento libre, específico e informado del donante no cabe duda de que se afectan los bienes jurídicos *libertad* y *dignidad*, así como, dependiendo de las concretas consecuencias de la extracción no consentida, la *vida* y *salud* del sujeto en cuestión. Más difícil resulta identificar el bien jurídico lesionado en el caso de la extracción de órganos procedentes de fallecidos sin que haya mediado su previo consentimiento o, en su caso, sin que la extracción esté autorizada por la legislación interna. Descartado que el interés protegido sea la dignidad, por ser un derecho personalísimo que se extingue con la muerte, pudiera entenderse afectado el interés representado por el respeto a la memoria de los difuntos<sup>34</sup>. Por su parte, en los casos en que la extracción de

---

<sup>33</sup> Al margen del precepto quedan casos como el que saltaba a los medios de comunicación en junio de 2011, de un joven chino que decidió vender un riñón para comprarse la *tablet* de Apple, en <http://es.noticias.yahoo.com/vende-riñón-comprase-ipad-2>.

---

<sup>34</sup> ROMEO CASABONA, Carlos María, “en *Revista Aranzadi Doctrinal*, 2015, *ob. cit.*, pp. 85 s.

órganos se realice mediando un beneficio económico o una ventaja comparable, puede entenderse afectada de nuevo la dignidad del ser humano, al cosificarse las partes del cuerpo para su mercantilización. Por último, tanto la modalidad de uso de órganos como aquellas otras que responden a formas preparatorias de la extracción e implantación<sup>35</sup> redundan en la lesión de los intereses protegidos por las conductas principales que favorecen, preparan o facilitan.

Más compleja resulta, en segundo lugar, la valoración de la forma en que queda afectado el interés colectivo representado por la lesión de la *salud pública* y al que, según recordábamos, se refiere el Convenio cuando afirma en su Preámbulo que las conductas de tráfico representan una grave amenaza para este bien jurídico. Las dificultades surgen si se admite, como creo que debe hacerse, la premisa de que en realidad la salud pública debiera ser el trasfondo que dota de sentido a la necesidad de armonizar las legislaciones penales y asegurar el castigo de los distintos comportamientos ilícitos relacionados con el tráfico. Así parece obligado entenderlo desde el momento en que se tiene en cuenta que, en realidad, los bienes jurídicos individuales antes referidos se encuentran generalmente incorporados al ordenamiento de los distintos Estados (delito de lesiones, homicidio o delitos contra la integridad moral), por lo que no resulta lógico que la razón de ser de un tratado internacional sea asegurar el castigo de las conductas en cuestión conforme a aquellos delitos clásicos. Partiendo, pues, de tal premisa como la que confiere racionalidad a los esfuerzos del Convenio llama la atención que las previsiones que contempla en términos potestativos puedan implicar en determinados casos un riesgo para la salud pública y, sin embargo, las de obligada implantación por los Estados no impliquen, o al menos no necesariamente en todos los casos, aquel interés colectivo.

En efecto, entre las previsiones que tienen carácter potestativo para los Estados se cuenta la extracción o implantación de órganos fuera del sistema nacional de trasplantes o la realizada vulnerando los principios esenciales de la legislación nacional sobre trasplantes (arts. 4.4 y 6). En tanto que dentro de la variada gama de supuestos que pueden reconducirse a esta modalidad se incluyen algunos que suponen una clara afectación de la salud pública (baste

pensar en el caso ya referido de la implantación del órgano sin pasar por los correspondientes controles de calidad, con el consiguiente riesgo de transmisión de enfermedades infecciosas), queda por esta vía a discrecionalidad de los Estados sancionar en el ordenamiento interno una conducta que sin embargo debiera ser de obligada tipificación.

Por otra parte, y a la inversa ahora, entre las previsiones de obligada implementación en el ordenamiento interno de los Estados se cuentan conductas en las que la salud pública no es necesariamente un interés afectado. Baste pensar a título de ejemplo en la extracción de órganos realizada sin mediar el consentimiento del donante fallecido o sin concurrir los requisitos administrativos para su autorización pero que, sin embargo, respeta todas las garantías sanitarias y tiene lugar dentro del sistema. Lo mismo habría que decir del caso en que se vulnera la gratuidad de la donación por mediar un beneficio económico o una ventaja comparable en los términos del art. 4.1 b) y c) de Convenio sin que tal precio redunde en el control de calidad y seguridad del trasplante y, por tanto, sin que tenga lugar una afectación real o potencial de la salud pública.

Cierto es que esta posible *disfunción* resulta explicable desde la necesidad de configurar las previsiones sustantivas del Convenio a modo de mínimos, respetando así el necesario margen de discrecionalidad que debe garantizar este tipo de documentos internacionales. Ello no obsta, sin embargo, a considerar recomendable la incorporación a los distintos Ordenamientos internos de la totalidad de conductas que afectan a aquel interés colectivo cifrado en la salud pública, no sólo por ser las únicas que parecen dotar de verdadero sentido a la preocupación internacional por la armonización de las distintas legislaciones en la materia, sino también en consideración a la importancia de evitar el riesgo de transmisión de enfermedades infecto contagiosas más allá de las fronteras de un Estado, riesgo nada despreciable a la vista de que el mercado ilegal de órganos humanos opera a nivel internacional.

### III. LAS PREVISIONES DEL ORDENAMIENTO ESPAÑOL A LA LUZ DE LAS OBLIGACIONES DERIVADAS DEL CONVENIO

Una vez presentado el régimen de obligaciones plasmadas en el Convenio es el momento de determinar si las previsiones contenidas en nuestro Código penal se adaptan a las exigencias internacionales

<sup>35</sup> Sería el caso, según vimos, de las conductas tipificadas en los arts. 7 (propuesta, captación, ofrecimiento y solicitud ilícita de ventajas indebidas) y 8 (preparación, preservación, almacenamiento, transporte, traslado, recepción, importación y exportación de órganos ilícitamente extraídos).

derivadas de su firma y de su prevista ratificación o si, por el contrario, en el momento de ésta sería necesario introducir algún tipo de modificación para ajustar nuestro Derecho a tales compromisos.

Recordemos que nuestro Ordenamiento fue pionero a la hora de introducir este delito en el Código penal. El tipo, en efecto, se incorporó al texto punitivo de la mano de la reforma operada por la LO 5/2010, de 22 de junio, justificando ya entonces la Exposición de motivos tal proceder por la voluntad de dar cumplimiento a las directrices fijadas por algunos documentos internacionales<sup>36</sup>. De este modo, nuestro Ordenamiento se sumaba a aquellos otros que ya contemplaban el delito en sus respectivos textos penales<sup>37</sup>. Durante los siete años transcurridos desde aquella fecha el precepto ha permanecido en el Código penal sin experimentar modificación alguna. Lo anterior en modo alguno significa que la delimitación de sus perfiles y alcance haya sido pacífica todo ese tiempo. Por el contrario, las numerosas dudas que desde el principio planearon sobre su alcance se han mantenido durante todo el periodo de su vigencia, propiciadas por la incertidumbre en torno a cuál sea el interés protegido por la norma penal que, como es sabido, condiciona de principio a fin su interpretación. En tanto que de todos esos aspectos tuve ocasión de ocuparme detenidamente en otro trabajo, decae el sentido de reproducir en este otro las consideraciones que entonces realizaba, y que sigo considerando válidas<sup>38</sup>. Por ello, tan sólo procede en este punto retomar las conclusiones a las que entonces llegaba a modo de premisa con las que avanzar en la cuestión –distinta– que ocupa a este apartado, a saber la valoración del grado de afinidad de las previsiones nacionales con las exigencias derivadas del Convenio.

En concreto, y aun reconociendo las razones que pudieran hablar a favor de la consideración de que el art. 156 bis CP protege un bien jurídico individual,

36 Citaba, en concreto, los pronunciamientos en la materia de la Organización Mundial de la Salud así como la Declaración de Estambul.

37 Es el caso de Derecho francés y alemán. Desde 1994 el primero castiga bajo la rúbrica *De la protección del cuerpo humano*, en sus arts. 511-2 y siguientes todo un abanico de conductas comprensivas prácticamente de cualquier secuencia relacionada con la obtención, tráfico o trasplante ilegal de órganos, tejidos o células. En el caso alemán el delito relativo al tráfico de órganos se contempla en la *Gesetz über die Spende, Entnahme und Übertragung von Organen und Geweben*, conocida como *Transplantationsgesetz*, de 5 de noviembre de 1997, que en sus parágrafos 18 y ss. castiga el tráfico, la extracción o el trasplante ilegal de órganos o tejidos humanos.

38 GÓMEZ RIVERO, M<sup>a</sup> del Carmen, “El delito de tráfico ilegal de órganos humanos”, en *Revista Penal*, enero 2013, pp. 113 ss.

partimos de que son decisivas aquellas otras que avalan la comprensión del precepto en clave de la protección de un interés colectivo, representado por la preservación en general de las condiciones esenciales bajo las cuales resulta lícita la práctica de los actos que rodean al trasplante, desde la extracción del órgano hasta su implantación<sup>39</sup>. Se trataría, en definitiva, de preservar las políticas sanitarias que trazan las condiciones de seguridad de los sujetos implicados en la práctica, entendiéndose por tales no sólo el donante o el concreto receptor, sino también todos los potenciales destinatarios del órgano.

Ahora bien, el reconocimiento de tal interés de dimensión colectiva como objeto prioritario de protección no obsta a la toma en consideración de otros de cariz individual que, como sostenía en aquel otro lugar, no operan como fundamento del precepto, sino como su límite. Tal exigencia que sería deducible, entre otros aspectos, de la atención a lo elevado de las penas, evitaría el solapamiento de la infracción penal con la normativa administrativa, conforme exige el respeto del principio de *mínima intervención penal*. En concreto, se sostiene que la protección de la salud pública reclama, para ser típica, la implicación mediata de aquellos intereses individuales, cifrados en la vida, salud o libertad de cualquiera de los afectados por la conducta de tráfico<sup>40</sup>.

Volviendo a la argumentación que nos interesa, relativa al cotejo de las previsiones internas con las exigencias derivadas del Convenio, cumple destacar que con la atención a tales intereses, y con independencia de la forma concreta en que se conjuguen, el art. 156 bis CP tiene en cuenta en su totalidad los que señala el Convenio en sus Considerandos. Recordemos que afirma que el tráfico de órgano vulnera derechos individuales –la dignidad humana y la vida, según menciona–, así como la salud pública –que según el Texto se ve gravemente amenazada por

39 Precisamente el calado supraindividual del interés protegido impide la vigencia en este ámbito del expediente de las *autopuestas en peligro*; esto es, conceder eficacia eximente de la pena al consentimiento eventualmente prestado por el receptor que se mostrase dispuesto a asumir los riesgos derivados de un trasplante realizado al margen de las garantías que son propias de su realización dentro del sistema nacional de trasplantes.

40 Incluidos los potenciales receptores, en tanto que ven frustrada la intervención que necesitan, con la consiguiente situación de riesgo para su vida o salud. Al respecto, GÓMEZ RIVERO, M<sup>a</sup> del Carmen, en *Revista Penal*, enero 2013, pp. 117 ss. Sigue literalmente esta propuesta MENDOZA CALDERÓN, Silvia, “El delito de tráfico de órganos. Una primera aproximación al art. 156 del CP: ¿un futuro ejemplo más del Derecho penal simbólico?”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, núm. 11, enero de 2014, pp. 169 s.

las conductas de tráfico-. El hecho de que el Tratado parezca poner en primer plano la protección de los intereses individuales frente a los colectivos en nada afecta al modo en que, en concreto, conjuguen ambos intereses los ordenamientos internos. Y no sólo porque tal declaración sólo esté presente en los Considerandos, no en la parte dispositiva del Texto; también porque aun cuando así fuera la consecución de la armonización que, a modo de mínimos, representa el objetivo del Convenio debe dejar necesariamente a los Estados miembros libertad para decidir la forma en que se protejan cada uno de esos intereses.

Con tal punto de partida, la cuestión en torno a la adaptación de nuestro art. 156 bis CP a las previsiones –posteriores- del Convenio requiere proceder a cotejar, por un lado, los elementos que en concreto perfilan el tipo delictivo y, por otro, cada una de las conductas previstas en el documento internacional. Adelantando en buena medida conclusiones podemos afirmar que dicho precepto cumple con aquellas previsiones, lo que no significa, sin embargo, que no debiera ser objeto de revisión; básicamente en dos aspectos. El primero, a la hora de integrar en el tipo determinadas circunstancias agravantes requeridas por el Convenio; el segundo, con miras a garantizar la proporcionalidad de las consecuencias jurídicas que nuestro Código penal prevé para la comisión del delito. Vayamos por partes.

Decíamos que como regla general el art. 156 bis CP recoge sobradamente las previsiones del Convenio. Así resulta ya del recorrido por las distintas conductas que, según veníamos en el apartado correspondiente, resultan de obligado cumplimiento para los Estados miembros. Antes de entrar en la comprobación de cada una de ellas debe recordarse que el art. 156 bis CP tipifica de un modo muy amplio el tráfico de órganos, al abarcar las conductas de *promover, facilitar o publicitar* la extracción ilegal, el tráfico o el trasplante de órganos humanos ajenos. La adjetivación común a todas ellas es su *ilegalidad*, de tal modo que conforme a la técnica de las leyes penales en blanco habrá de estarse a los requisitos contemplados en la normativa que regula la materia<sup>41</sup>, remisión que en su literalidad, y a salvo de las restricciones que se propongan por vía interpretativa, pudiera llevar a considerar punible cualquier irregularidad

41 En concreto, la Ley 30/1979, de 27 de octubre, sobre extracción y trasplante de órganos, así como al RD 1723/2012, de 28 de diciembre, por el que se regulan las actividades de utilización y obtención clínica de órganos, que incorpora al Ordenamiento español las exigencias contenidas en la Directiva 2010/53, de 7 de julio.

con claro desconocimiento del principio de *mínima intervención penal*<sup>42</sup>. Sin necesidad de volver sobre esta dificultad, a la que ya hemos dedicado algún comentario líneas más arriba, nos interesa en este punto cotejar el art. 156 bis CP con las obligaciones contenidas en el Convenio.

Se plantea, en primer lugar, si el art. 156 bis CP permite considerar típica la conducta relativa a la extracción de órganos tanto de vivos como de fallecidos sin la concurrencia de los respectivos requisitos de consentimiento o autorización (art. 4.1 del Convenio). En uno y otro caso, es cierto que el art. 156 bis CP contempla las conductas de “obtención ilegal” de órganos, y entre las ilegalidades con que puede realizarse se cuenta la infracción de la normativa de referencia<sup>43</sup>. Las dificultades para considerar que realmente tal conducta queda incriminada proceden del hecho ya comentado de que nuestro Código penal no castiga propiamente la conducta de *extracción*, sino las periféricas a aquella actividad (“los que *promuevan, favorezca, faciliten o publiciten*”). Si bien es cierto que la ejecución de la extracción quedaría ya comprendida por los correspondientes tipos de homicidio o de lesiones, la realización de la actividad con los fines de trasplante y la consiguiente implicación de intereses individuales aconsejaría la incorporación expresa de tal conducta en el precepto. En tanto que así no sea, dicha modalidad sólo puede considerarse típica a partir de la toma en consideración de otras expresamente tipificadas en el art. 156 bis CP; en concreto, a partir del entendimiento de que la extracción es una forma de promoción del tráfico ilícito de órganos.

Similares dificultades plantea, en segundo lugar, la conducta de *uso* de los órganos extraídos ilícitamente (art. 5 del Convenio). Una forma de uso es sin duda la realización del trasplante, comprendida en el art. 156 bis CP. No obstante, de nuevo hay que reconocer que la literalidad del precepto tan sólo abarca a quienes *promuevan, favorezcan, faciliten o publiciten* su uso, y no éste como tal. Al margen de esta

42 Sobre los distintos modos en que puede interpretarse el adjetivo véase MOYA GUILLEM, Clara, “Consideraciones sobre el delito de tráfico de órganos humanos”, en *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, N<sup>o</sup> 18, 2014 (Ejemplar dedicado a: Las fronteras del derecho biosanitario), pp. 55 ss.

43 En concreto, el art. 8 del RD 1723/2012 contempla la exigencia de que el donante vivo haya expresado su consentimiento informado de forma expresa, libre, consciente y desinteresada; y el art. 9 en relación con los donantes fallecidos exige que la persona de la que procedan no haya dejado constancia expresa de su oposición a que después de la muerte se realice la extracción de órganos.

dificultad compartida con la modalidad anterior, que por las mismas razones reclama de *lege ferenda* su tipificación expresa, interesa llamar la atención sobre el hecho de que a efectos del Convenio el uso toma como referente tanto el que se realiza con fines de trasplante como con otros fines, sin perjuicio de que el art. 30 prevea la posibilidad de que los Estados se reserven la aplicación del precepto a los solos efectos de implantación o bien a estos efectos y otros fines. Es más, puede considerarse que también la conducta de “tráfico ilegal” es una modalidad de “uso” del órgano previamente extraído. Resulta por ello posible interpretar que nuestro Código no ciñe la tipicidad del *uso* al destino de implantación, sino que comprende también otros fines. Si se admite esta interpretación, esto es, que el tráfico ilegal de órganos es también una forma de uso de los mismos, puede decirse que nuestro Ordenamiento permitiría dar cabida al concepto de uso que de forma amplia se contempla en el art. 5 del Convenio.

Ninguna dificultad habría de verse, en tercer lugar, a la hora de considerar típica en nuestro Código penal la conducta de *propuesta* y *captación* de donantes y receptores prevista en el art. 7.1 del Convenio, así como las modalidades de cohecho activo y pasivo contempladas en los apartados 2 y 3 del mismo precepto. Su acogida tendría lugar en la totalidad de los verbos típicos del art. 156 bis CP: *promover*, *favorecer*, *facilitar* y *publicitar*. Su punto de referencia sería, bien la *obtención ilegal* de órganos humanos -en el caso de la captación y solicitud de donantes-; bien la conducta del trasplante ilegal de órganos -en el caso de la captación y propuesta de receptores-. Todo ello sin perjuicio de que, ya sea con una u otra modalidad, se esté favoreciendo y promoviendo igualmente el tráfico ilegal de órganos humanos.

En cuarto lugar, las conductas de *preparación*, *conservación*, *almacenamiento* y *transporte*, *traslado*, *recepción*, *importación* y *exportación* de los órganos contempladas en el art. 8 del Convenio encajarían sin fisuras igualmente en los verbos típicos de *promover*, *facilitar* o *favorecer* el tráfico ilegal de órganos. Según veíamos, el Convenio deja libertad a las Partes para decidir si tipifican tales conductas conforme a las reglas de los actos preparatorios o si lo hacen como formas principales de ejecución. En el caso del Código penal español, la redacción tan amplia de las modalidades típicas determina no sólo el castigo como formas de autoría de actos que, en realidad, serían de participación, sino también que se equiparen a efectos de pena los casos en que la contribución se refiera a las formas consumadas, por una

parte, y los actos de preparación o movimiento de los órganos, por otra<sup>44</sup>. Es más, el recurso por parte del legislador al castigo como actos principales de lo que en puridad serían conductas periféricas lleva incluso a la paradoja de que el acto como tal de la extracción u obtención de órganos no esté expresamente tipificado<sup>45</sup>, hasta el punto de que, como ya observábamos, sólo puede considerarse castigado a partir de una interpretación que asegure su subsunción en otros apartados del precepto<sup>46</sup>.

Poca dificultad suscita, en quinto lugar, considerar cumplidas las exigencias del Convenio por lo que se refiere a la tipificación de las formas de *complicidad* y *tentativa*, previstas en su art. 9. En relación con la primera viene de nuevo a colación el reconocimiento de que el art. 156 bis CP no solo castiga los actos de complicidad (*promoción*, *favorecimiento*, *facilitación* o *publicidad*), sino que los eleva a efectos penológicos a la condición de los propios de autoría. Por similares razones, el castigo de la tentativa quedaría ya asegurado en tanto que muchas de las conductas tipificadas como formas consumadas en el precepto son en puridad actos intentados (baste pensar en la conducta de publicidad de órganos sin que en ningún momento llegue a concertarse la venta)<sup>47</sup>.

Por su parte, y con vistas a comprobar el grado de sintonía de nuestro delito de tráfico de órganos con las previsiones contempladas en el Convenio con

---

44 Cuestión distinta será que, del mismo modo en que ha procedido la jurisprudencia en relación con el delito de tráfico de drogas, sea esperable por parte de los Tribunales de justicia una labor de cierta depuración de las contribuciones para permitir calificar como complicidad las de menor entidad. Al respecto tuve ocasión de pronunciarme en el artículo publicado en *Revista penal* 2013, *ob. cit.*, pp. 129 s.

45 Opción que se ha querido explicar por el hecho de que su ejecución estaría ya sancionada por el delito de lesiones. Al respecto TIGANO, Vincenzo, *Revista penal*, num. 38, *op. cit.*, pp. 318 s. Pese a que la extracción de órganos pudiera estar comprendida por este precepto, los diferentes intereses -supraindividuales- que inspiran el tráfico de órganos aconsejarían su mención expresa en el art. 156 bis CP. No puede equipararse, en efecto, la pérdida de un riñón a consecuencia de una paliza -a castigar por el art. 149 CP- con su extracción -no consentida- con finalidad de trasplante.

46 En concreto, sobre la base de considerar que la extracción supone una forma de promoción, favorecimiento o facilitación del tráfico de órganos.

47 Precisamente por ello la dificultad no reside tanto en el castigo de tales actos previos sino más bien en la preocupación inversa, a saber, la de garantizar por vía interpretativa que el injusto punible no pierda de vista el principio de *intervención mínima*, que entiendo quedaría asegurado de aceptarse la propuesta que ya tuve ocasión de sostener en un trabajo previo en el sentido de que la afectación de intereses individuales opera como límite a la protección de la salud pública, objeto del delito. Véase nota 38.

carácter potestativo procede igualmente realizar una comparación entre éstas y el contenido del art. 156 bis CP. Según veíamos, son básicamente cuatro las conductas cuyo castigo queda a potestad de los Estados. La primera es la prevista en el art. 4.1 a), relativa a la extracción de órganos de personas vivas sin mediar el consentimiento libre, específico e informado del donante, excepción que, según tuvimos también ocasión de comentar, encuentra su ámbito de aplicación en la fenomenología de casos correspondiente a los menores, discapacitados o personas sometidas a tutela. Teniendo en cuenta la normativa administrativa que en nuestro Derecho regula el trasplante, no cabe más que concluir con el reconocimiento de que dicha práctica resulta sancionada en él. En efecto, el punto d) del apartado primero del art. 8 del RD 1723/2012 *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* excluye con carácter general como donantes a quienes padezcan cualquier anomalía que incida en su capacidad de consentir<sup>48</sup>.

En segundo lugar, en relación ahora con el castigo del donante, resulta también inequívoca la afirmación en torno a que nuestro legislador ha optado por no castigarlo, opción perfectamente lícita en el Convenio en tanto que deja libertad a los Estados al respecto. Aquella conclusión se deduce de la exigencia en el art. 156 bis CP de que las conductas en cuestión recaigan sobre órganos humanos “ajenos”.

Más dudosa resulta la cuestión en torno a si puede entenderse que en nuestro Derecho se castiga la modalidad, contemplada potestativamente en el Convenio, relativa a la extracción e implantación de órganos humanos al margen del sistema nacional de trasplante o con infracción de los principios esenciales contenidos en la legislación nacional. Ciertamente es que en una primera aproximación pudiera afirmarse que este supuesto se encuentra tipificado en nuestro Código penal, en tanto que las distintas modalidades típicas del art. 156 bis CP toman como punto de referencia de modo amplio la “ilegalidad” de la obtención, tráfico o trasplante de órganos, sin incluir restricción alguna. Ahora bien, según poníamos de relieve líneas más arriba a la hora de tratar el interés protegido por el Convenio, la amplia variedad de

supuestos que pueden entenderse comprendidos en tal cláusula suscita la cuestión en torno a si realmente cualquiera de las conductas imaginables quedaría amparada por la norma. En concreto las dudas surgen no sólo desde el punto de vista del necesario respecto del principio de *mínima intervención penal*, en los términos que ya planteábamos más arriba. También a la vista de la necesidad de respetar el criterio de *proporcionalidad* entre la gravedad de la sanción y el injusto al que se aplica. Recordemos que el art. 156 bis CP permite imponer penas de 6 a 12 años de prisión en el caso de que el tráfico recaiga sobre un órgano principal; o de 3 a 6 años en otro caso. Teniendo en cuenta que los supuestos que pueden reconducirse a los que ahora se comentan pueden tener muy desigual alcance desde el punto de vista de la afectación de los bienes jurídicos protegidos en la norma, se plantea la necesidad de hacer una discriminación dentro de los casos imaginables. Así, por ejemplo, el pago de una cantidad de dinero para alterar el orden de trasplante, realizado en todo caso con las garantías de seguridad del sistema de trasplantes, o la infracción de un principio contemplado en la ley, como es la *confidencialidad*, no parece que merezcan ser sancionados con una pena de tanta intensidad. Las consecuencias criticables que, según entiendo, comporta la ausencia de discriminación entre el régimen de conductas tan dispares sólo podría evitarse de aceptarse la interpretación del bien jurídico protegido en el art. 156 bis CP que hemos venido sosteniendo, en el sentido de exigir que la afectación de la salud pública se complete por la vulneración del interés de calado individual. De admitirse tal opción, la ordenación del art. 156 bis CP sería perfectamente válida desde el punto de vista del Convenio, teniendo en cuenta la posibilidad de reserva que contemplan los arts. 4,4 y 6, respectivamente para la extracción e implantación de órganos. Ni que decir tiene que la aceptación de esta propuesta interpretativa no merma la seria conveniencia de una eventual reforma del precepto que aclarase expresamente las conductas que resultan comprendidas por la adjetivación de “ilegal” de la obtención, trasplante y tráfico de órganos, inyectando la tan deseable dosis de seguridad jurídica que reclaman los preceptos penales<sup>49</sup>.

Las reflexiones anteriores nos introducen plenamente en el capítulo relativo a las penas que prevé el art. 156 bis CP: la de prisión de 6 a 12 años para el caso en que el tráfico recaiga sobre un órgano principal, y de 3 a 6 para el supuesto en que el objeto sea

48 “d) El donante no deberá padecer o presentar deficiencias psíquicas, enfermedad mental o cualquier otra condición por la que no pueda otorgar su consentimiento en la forma indicada. Tampoco podrá realizarse la obtención de órganos de menores de edad, aun con el consentimiento de los padres o tutores”.

49 ROMEO CASABONA, Carlos María, en *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 7, 2015, op. cit., p. 88.

un órgano de carácter no principal. No cabe duda de que con tan altos marcos penales el precepto se adapta, sobradamente, a las exigencias contempladas en el Convenio, que insta a los Ordenamientos a prever penas *efectivas, proporcionadas y disuasorias* para las infracciones cometidas por personas físicas, que en el caso de las contempladas en los arts. 4.1 (ausencia de consentimiento, mediación de ventaja económica), art. 5 (uso de órganos ilícitamente obtenidos), y 7 a 9 (ofrecimiento de ventajas, preparación, almacenamiento traslado, recepción, importación, exportación, complicidad y tentativa) deberán prever penas privativas de libertad que puedan dar lugar a la extradición. No puede discutirse, pues, que nuestro Código penal cumple sobradamente dichas exigencias. Más bien si algo hay que objetar es lo “excesivo” que puede resultar tal cumplimiento desde el punto de vista de la extraordinaria severidad de las penas, que exceden con mucho las previstas en otros ordenamientos de Derecho comparado<sup>50</sup>, hasta el punto de que parecen acabar desenfocando el objeto de tutela. Tales reparos, en todo caso, responden a una cuestión distinta de la que aquí nos ocupa y enlazan con una objeción mucho más amplia, relativa a la fácil tendencia de nuestro legislador a desconocer el principio de proporcionalidad que reclama la intervención penal.

A idénticas conclusiones se llega en cuanto al grado de afinidad del art. 156 bis CP con las previsiones contenidas en el Convenio en lo que se refiere a las penas previstas para las personas jurídicas que, según dispone, deben ser *efectivas, proporcionadas y disuasorias*. Recordemos que prevé la imposición de sanciones monetarias, penales o no penales, que pueden ir además acompañadas de otras medidas; en concreto, la prohibición temporal o permanente del ejercicio de su actividad profesional, la supervisión judicial, o la liquidación forzosa de la empresa. Tales exigencias quedarían cumplidas a la vista de las penas que prevé el art. 156 bis ter CP para los casos en que se aprecie la responsabilidad de tales entidades; en concreto, la pena de multa del triple al quíntuple del beneficio obtenido así como la posibilidad de imponer las penas de las letras b) a g) art. 33.7, esto es, la disolución, la suspensión de actividades hasta 5 años, la clausura de locales hasta 5 años, la prohibición futura de realizar actividades definitiva

50 La legislación alemana contempla en los casos más graves una pena de hasta cinco años de prisión (parágrafo 18 de la *Gesetz über die Spende, Entnahme und Übertragung von Organen und Geweben*); en Francia los supuestos más graves, los de obtención de un órgano por precio o de extracción sin el consentimiento del titular (511-2) se castigan con la pena de multa y 7 años de prisión; y en el caso de Italia las penas llegan hasta los 6 años de prisión.

o temporal (15 años), la inhabilitación para ayudas, subvenciones, contratación con el sector público, beneficios e incentivos fiscales hasta 15 años, así como la intervención judicial hasta 5 años.

Quedaría tan sólo una última cuestión pendiente de análisis para concluir la comparación de las disposiciones del Convenio con el contenido del art. 156 bis CP. Es la relativa a si puede afirmarse que también dicho precepto se ajusta a las exigencias de previsión de cualificaciones en los términos del art. 13 del Convenio. Recordemos que la primera de ellas es la provocación de la muerte o lesiones graves, físicas o psíquicas, a la víctima. Ciertamente en nuestro Derecho no se contempla una circunstancia agravante por tal razón, ni en relación con el homicidio ni con las circunstancias que permiten considerar la muerte de una persona como asesinato<sup>51</sup>, lo que pareciera llevar a concluir con la necesidad de modificar nuestro texto punitivo para dar cumplimiento a las exigencias del Convenio. Entiendo, sin embargo, que éstas pueden considerarse satisfechas por la vía de apreciar el correspondiente concurso de infracciones entre el tráfico de órganos y el resultado(s) producido (s). La pretensión de tipificar a toda costa un tipo cualificado pudiera entrar en pugna con el respeto del principio que prohíbe el *ne bis in idem*, puesto que el injusto del resultado lesivo quedaría castigado tanto por esta cualificación como por el correspondiente delito de homicidio o de lesiones. Se trataría de una vulneración que por lo demás es inexigible para los Estados según reconoce expresamente el Convenio, en tanto que deja claro que la implementación de sus previsiones debe llevarse a cabo sin provocar fisuras con los principios de la legislación interna. Cuestión distinta, y a mi juicio conveniente, es que el legislador decidiera incorporar una agravante específica para los casos en que se hubiera llegado a poner en peligro efectivo, aun sin lesión, la integridad o vida de los sujetos afectados por el delito de tráfico ilegal de órganos.

No contempla tampoco nuestro art. 156 bis CP la agravante segunda prevista en el art. 13 del

51 Es cierto que el art. 139,4 CP contempla como circunstancia que determina la calificación de los hechos como asesinato que la muerte se cometa para “facilitar la comisión de otro delito”. No parece responder, sin embargo, al sentido de tal circunstancia el caso en que a consecuencia de las conductas relativas al tráfico de órganos se produzca la muerte del donante. La razón es que tal cualificación tiene su ámbito natural de aplicación allí donde el delito que motiva el asesinato no sea consustancial al injusto de la conducta ulterior, lo que distancia así estos casos de los que ahora nos ocupan, caracterizados porque la muerte se produce precisamente a consecuencia de la conducta en que consiste el tráfico ilegal de órganos.

Convenio, relativa a los casos en que la actuación se lleve a cabo con *abuso de superioridad*. Sería deseable su incorporación como elemento específico del delito de tráfico ilegal de órganos, si bien mientras tanto procederá apreciar las cualificaciones genéricas de los apartados 2 y 7 del 22 CP, relativas respectivamente al abuso de superioridad y al carácter público del culpable.

Se echa igualmente en falta en nuestro delito contra el tráfico ilegal de órganos una cualificación específica para los casos en que el sujeto actúe en el seno de una organización criminal, previsión que sería deseable sobre todo teniendo en cuenta la incidencia de este modo de operar en tal tipología delictiva. Como modelo para su incorporación bien pudiera usarse el apartado 6 del art. 177 bis CP, que no sólo contempla una cualificación para los casos en que la actuación tenga lugar desde estructuras organizadas, sino que gradúa la pena en atención a la posición que ocupe el sujeto en cuestión dentro de la misma. En tanto no se incorpore tal cualificación la solución habrá de ser la de apreciar el correspondiente concurso de delitos con los tipos de organización o grupo criminal.

No parece necesaria, por otra parte, la introducción de una cualificación específica por *reincidencia*, a la vista de las posibilidades que ofrece la aplicación de la agravante genérica del art. 22.5 CP. Sí sería deseable, en todo caso, la incorporación de una cláusula, al modo en que lo hace el art. 177 bis CP, que dejara sentado que las condenas de jueces o tribunales extranjeros por los correspondientes delitos de tráfico de órganos producen los efectos de reincidencia.

Consideración distinta merece la ausencia en el art. 156 bis CP de una agravante atenta a la condición de menor o incapaz del sujeto pasivo del delito. Viene una vez más a colación como modelo el delito de trata de seres humanos, que en su apartado 4 b) dispone la aplicación de la pena superior en grado cuando “la víctima sea especialmente vulnerable por razón de enfermedad, estado gestacional, discapacidad o situación personal, o sea menor de edad”<sup>52</sup>.

A la vista de todo lo anterior puede concluirse que sin perjuicio de reclamar la incorporación de estos elementos cualificadores de la pena en el delito de tráfico ilegal de órganos, así como de la inclusión de las conductas ejecutivas –y no solo periféricas o

facilitadoras- de la extracción y uso con fines de trasplante, la eventual modificación del precepto debiera ir de la mano de una reflexión más profunda en torno a las penas contempladas para el tipo base, penas que por las razones expuestas más arriba resultan ya de por sí desproporcionadas a la vista del bien jurídico que se trata de proteger por la norma penal. Tal exceso punitivo no sólo no viene reclamado por el Convenio, sino que, al contrario, este instrumento se cuida de preservar, entre otros, el principio de *proporcionalidad* de las penas, tal como declara su art. 12<sup>53</sup>. Por ello, exasperar si más las penas del tipo base atendiendo a nuevas circunstancias agravantes redundaría aún más en aquel exceso punitivo, máxime teniendo en cuenta que dicho tipo delictivo está la mayoría de las veces llamado a entrar en concurso con las lesiones u homicidio eventualmente producido, así como con el delito de trata de seres humanos, que a su vez prevé, según recordábamos, circunstancias paralelas para los supuestos considerados especialmente graves. El temor a que la adaptación a las exigencias del Convenio tenga lugar exclusivamente por la vía de añadir nuevas conductas y cualificaciones a las que ya contempla nuestro Código penal en lugar de proceder a una revisión pausada del art. 156 bis no parece que sea infundado a la vista de cuanto últimamente nos tiene acostumbrado el legislador. Pero eso es ya una cuestión distinta que desde luego nada tiene que ver con las exigencias que nacerán del Convenio una vez tenga lugar su ratificación.

#### IV. BIBLIOGRAFÍA CITADA

- GÓMEZ RIVERO, M<sup>a</sup> del Carmen, “El delito de tráfico ilegal de órganos humanos”, en *Revista Penal*, enero 2013.
- GONZÁLEZ BOTIJA, Fernando/ VAQUERO RAMIRO, Susana, en “Trasplante de órganos y Derecho comunitario”, en *RUE: Revista universitaria europea*, núm. 22, 2015
- MENDOZA CALDERÓN, Silvia, “El delito de tráfico de órganos. Una primera aproximación al art. 156 del CP: ¿un futuro ejemplo más del Derecho penal simbólico?”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, núm. 11, enero de 2014.

<sup>52</sup> Previsión que permite dar cumplimiento al art. 4.2 a) de la Directiva 2011/36/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 abril de 2011, relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas.

<sup>53</sup> Que contempla la exigencia de que las penas, además de efectivas y disuasorias, sean *proporcionadas*. Sobre la importancia de asegurar la vigencia del principio de proporcionalidad en esta materia puede verse ROMEO CASABONA, Carlos María, en *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 7, 2015, *op. cit.*, pp.88 s.

- MOYA GUILLEM, Clara., “El convenio contra el tráfico de órganos humanos del Consejo de Europa (2014). Nuevas claves para la interpretación del delito del artículo 156 bis del Código penal”, en *Revista General de Derecho penal*, núm. 22, , noviembre 2014.
- MOYA GUILLEM, Clara., “Consideraciones sobre el delito de tráfico de órganos humanos”, en *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, Nº. 18, 2014 (Ejemplar dedicado a: Las fronteras del derecho biosanitario).
- MOYA GUILLEM, Clara “La repercusión del “modelo Español” de trasplantes en la legitimidad de la incriminación del comercio de órgano”, en *Dilemata*, núm. 23, 2017.
- MOYA GUILLEM, Clara , Aproximación crítica a la primera sentencia por tráfico de órganos. (SAP de Barcelona 793/2016, de 16 de octubre), *Diario La Ley*, Nº 8895, 2017.
- PONS RAFOLS, Xavier., “Nuevos desarrollos en la lucha internacional contra el tráfico de órganos humanos: el Convenio de Santiago de Compostela”, en *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, núm. 31, junio de 2016.
- ROMEO CASABONA, Carlos María, “La prohibición del tráfico ilegal y la exclusión de la comercialización de órganos y tejidos. Art. 156 bis del Código penal”, en *Revista Aranzadi Doctrinal*, noviembre 2010, núm. 7.
- ROMEO CASABONA, Carlos María, “El Convenio del Consejo de Europa contra el tráfico de órganos humanos: principios y bienes jurídicos penalmente protegidos”, en *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 7, 2015.
- SCHEPER-HUGHES, Nancy, “El comercio infame: capitalismo milenarista, valores humanos y justicia global en el tráfico de órganos”, en *Revista de Antropología social*, vol. 14, 2005.
- TIGANO, VINCENZO, “Ámbito de aplicación y proyecciones de reforma del artículo 156 bis del Código penal español a la luz del Convenio del Consejo de Europa de 2014 contra el tráfico de órganos”, en *Revista Penal*, nº 38, 2016.