

04 MAY 2021

Revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal

2018

Núm. 49 (Enero-Marzo)

Jurisprudencia

3. Fichas de jurisprudencia

Derecho penal

1. Intentar comprar un riñón a un extranjero en situación de vulnerabilidad por 6.000 euros para transplantárselo a un hermano (MARÍA JOSÉ RODRÍGUEZ PUERTA)

Derecho penal

1 Intentar comprar un riñón a un extranjero en situación de vulnerabilidad por 6.000 euros para transplantárselo a un hermano

MARÍA JOSÉ RODRÍGUEZ PUERTA

Profesora Titular de Derecho Penal. Universidad Autónoma de Barcelona

ISSN 1575-4022

Revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal 49
Enero - Marzo 2018

Sumario:



- I. Voces
- II. Supuesto de hecho
- III. Criterio o ratio decidendi

 [STS. de 27 octubre 2017 \(RJ 2017, 4697\)](#)

Recurso de casación interpuesto contra la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección Séptima que condeno por delito de tráfico de órganos

Ponente Excmo. Sr. D Andrés Martínez Arrieta

I. VOCES

- Delito de tráfico de órgano del  [art. 156 bis](#)  [CP](#): bien jurídico; Conductas típicas en el delito de tráfico de órganos; Imposibilidad de apreciar el delito en fase de tentativa; Error de prohibición; Estado de necesidad por padecer una enfermedad

II. SUPUESTO DE HECHO

Los hechos que dieron lugar a este pronunciamiento fueron, básicamente, los siguientes: Patricio padecía una enfermedad renal que le fue diagnosticada y tras una solución sanitaria, mediante el sometimiento a sesiones de diálisis, se le preparó para una intervención quirúrgica consistente en el trasplante de riñón. A tal efecto fue informado de las regulaciones existentes y remitido su expediente al hospital de Bellvitge para su realización. Se afirma en el relato fáctico que este enfermo como no tenía documentación regular en España se hizo pasar por su hermano Donato, también imputado y condenado, en los sucesivos actos médicos. A tal efecto operaba en sus visitas y actuaciones médicas con la tarjeta sanitaria de su hermano y con esa identificación se presentaba ante el Servicio Sanitario. Igualmente utiliza esta identificación en la Notaría para el desarrollo de los actos que se relatan.

Los tres hermanos imputados, el enfermo **Patricio, Andrés y Donato**, junto a un amigo **José Daniel** idearon un plan para aligerar el tiempo para el trasplante renal y, a tal efecto, contacta con un conocido de José Daniel, José Antonio, al que ofrecen una cantidad de dinero. Esta persona se encontraba en situación irregular en España y se dedicaba a la mendicidad. Le ofrecen 6000 euros por el trasplante de uno de sus dos riñones, que es aceptado por José Antonio y acude al hospital donde se comprueba la idoneidad del órgano para ser trasplantado. Siguiendo el plan llevan a José Antonio a la Notaría para la realización de una escritura pública en la que manifestaba su condición de amigo de Patricio y la autorización para el trasplante que realiza de forma gratuita y sin recibir estipendio alguno, por mera liberalidad y amistad. Mientras tanto los acusados sufragaban los gastos de José Antonio y realizaron alguna entrega a cuenta. En la Notaría el «donante» se arrepiente y se marcha del lugar. Es localizado y por los hermanos y José Daniel y le insultan y golpean, causándole las lesiones que se declaran probadas por su negativa al trasplante. Los procesados han consignado en la cuenta del juzgado una cantidad de dinero a cuenta de la responsabilidad civil que se declare en la sentencia.

La Audiencia de instancia dicta sentencia en la que condena a los procesados, los tres hermanos y José Daniel, como autores de un delito consumado del art. 156 bis, tráfico ilegal de órganos humanos, otro de coacciones, una falta de lesiones y otro de usurpación de estado civil. Dicha resolución es impugnada y el TS desestima el recurso confirmando la sentencia de la Audiencia.

III. CRITERIO O RATIO DECIDENDI

Las principales cuestiones examinadas en la resolución examinada son cuatro:

D) En primer lugar, se pronuncia sobre la improcedencia de apreciar un *error de prohibición* en este supuesto, ni vencible ni invencible. Señala el alto tribunal que para sancionar una conducta delictiva es necesario un conocimiento de la ilicitud del hecho genérico puesto que los ciudadanos no son ordinariamente expertos en las normas jurídicas sino legos en esta materia por lo que se requiere para la punición de una conducta lo que se ha denominado doctrinalmente *el conocimiento paralelo en la esfera del profano sobre la ilicitud*. Por ese motivo resulta absolutamente irrelevante el error de subsunción, aquel que recae sobre la concreta calificación o valoración jurídica de la conducta realizada. Si el sujeto conoce que su conducta está sancionada penalmente no existe error jurídicamente relevante aun cuando concurra error sobre la subsunción técnico-jurídica correcta. A partir de este razonamiento considera que en el caso de autos todos los condenados conocían la existencia de la enfermedad, la necesidad del trasplante y que iban a realizar una conducta para la obtención de un órgano de un donante vivo a cambio de dinero. Pese a ello, y a conocer que el sistema público de trasplante, del que habían sido puntualmente informados, deciden procurarse un órgano de una persona que por su necesidad económica accedía a la intervención a cambio de dinero. Sabían, según se desprende de los hechos, que su comportamiento era ilícito por la clandestinidad con la que se ejecutó y por la mendacidad de las declaraciones que se iban a emitir ante el notario: la condición de amigo del donante y el carácter altruista de la donación. Por todo ello desestiman la aplicación de un error de prohibición.

II) En segundo lugar, examina la posibilidad de aplicar un *estado de necesidad (exculpante)*, cuanto menos incompleto. En relación a esta cuestión el Tribunal valora la posible apreciación de una situación de necesidad derivada de la enfermedad sufrida por Patricio. En este punto, considera la resolución comentada, que siendo la enfermedad un mal, es el propio ordenamiento jurídico el que determina la forma legal de remediarlo. Así, indica que el remedio debe pasar por el sometimiento a las reglas y condiciones establecidas en el sistema de salud pública, no siendo admisible una actuación por vía de hecho dirigida a procurarse un órgano a espaldas del ordenamiento y de los principios que lo informan y que dan razón de ser al sistema público de trasplantes diseñado según los principios básicos de actuación de altruismo, gratuidad, solidaridad y objetividad en la asignación de los órganos para el trasplante.

Se remite a jurisprudencia anterior ([Sentencia n.º 1216/2009 de 3 de diciembre \(RJ 2010, 2015\)](#)), y ratifica la n.º 13/2010 de 21 de enero) para exponer el significado y alcance del estado de necesidad. Indica, en este sentido, que la esencia del estado de necesidad (completo o incompleto) radica en la existencia de un conflicto entre distintos bienes o intereses jurídicos, de modo que sea necesario llevar a cabo la realización del mal (cometer un delito) con la finalidad de librarse del mal que amenaza al agente, siendo preciso, además, que no exista otro remedio razonable y asequible para evitar este último, que ha de ser grave, real y actual (inminente). Se exige, por tanto, para apreciar esta circunstancia eximente de la responsabilidad penal, que exista proporcionalidad y necesidad. La cuestión sobre la proporcionalidad se rechaza alegando que el sacrificio de la salud pública (bien jurídico tutelado en el delito de tráfico de órganos) no puede admitirse cuando ésta se lesiona por motivos económicos. Tampoco considera que concorra necesidad, argumenta que el sacrificio del bien jurídico protegido por la norma, que establece el tipo penal cometido, sea ineludible, porque no quepa acudir a alternativas que conjuren aquel mal sin la comisión de éste. Concluye el tribunal que en el supuesto analizado, el mal estaba siendo tratado y no resulta justificada la lesión de otro bien jurídico cuando existían otras vías para resolver el conflicto.

III) En tercer lugar, la resolución comentada examina la *conducta típica del delito de Tráfico de órganos y su posible apreciación en fase de tentativa*. Para ello se detiene, primero, en el análisis del bien jurídico protegido en el delito del [art. 156 bis](#) CP, tráfico de órganos. Indica que en este delito el interés protegido es de carácter colectivo y no individual y lo sitúa en «la salud pública en su conjunto y concretamente, las condiciones de dignidad que deben rodear un acto de liberalidad, como la donación de un órgano para ser trasplantado, y la propia normativa reguladora del sistema nacional de trasplantes articulado sobre los principios de altruismo, solidaridad y gratuidad». No se trata de proteger la salud o integridad física del donante sino de proteger «el sistema público de salud que garantiza las condiciones de salud, el principio de igualdad y la dignidad de las personas». A la luz de este bien jurídico, la resolución considera que las conductas prohibidas en este delito (favorecer, promover, facilitar y publicitarla obtención o el tráfico ilegal de órganos) suponen la punición de actuaciones «iniciales» del trasplante. Interpreta por tanto que se trata de un delito de mera actividad en el que no es necesario que se consiga el efectivo trasplante del órgano y que por tanto no son posibles las formas imperfectas de ejecución.

IV) Por último, se pronuncia sobre el alcance y los efectos de la *circunstancia atenuante de reparación del daño* ([art. 21.5](#) CP). El TS se remite a otros precedentes para examinar esta cuestión. Señala que esta circunstancia presenta una naturaleza *objetiva*, tal y como indica la [STS de 20 de julio de 2015 \(RJ 2015, 4491\)](#) y no requiere de una actitud subjetiva, de un arrepentimiento. Entiende, tal y como lo indica la resolución citada, que el *fundamento político criminal* de la misma no se vincula con una disminución de la culpabilidad sino con la legítima y razonable pretensión del legislador de dar *protección a la víctima y favorecer para ello la reparación privada posterior a la realización del delito*. Como consecuencia de este carácter objetivo su apreciación exige únicamente la concurrencia de dos elementos, *uno cronológico y otro sustancial*.

El elemento cronológico no se exige que la reparación se produzca antes de que el procedimiento se dirija contra el responsable, sino que se aprecia la circunstancia siempre que los efectos que en el precepto se prevén se hagan efectivos en cualquier momento del procedimiento, con el tope de la fecha de celebración del juicio. No obstante, en aquellos casos en los que la reparación se realizada durante el transcurso de las sesiones del plenario resulta posible apreciar esta circunstancia atenuante de forma analógica.

El elemento sustancial consiste en la reparación del daño causado por el delito o la disminución de sus efectos, en un sentido amplio de reparación que va más allá de la significación que se otorga a esta expresión en el ámbito de la responsabilidad civil, diferenciable de la responsabilidad penal a la que afecta la atenuante. Cualquier forma de reparación del daño o de disminución de sus efectos, sea por la vía de la restitución, de la indemnización de perjuicios, o incluso de la reparación del daño moral puede integrar las previsiones de la atenuante.

Concluye el tribunal señalando que lo que pretende esta circunstancia es *incentivar el apoyo y la ayuda a las víctimas, lograr que el propio responsable del hecho delictivo contribuya a la reparación o curación del daño de toda índole que la acción delictiva ha ocasionado, desde la perspectiva de una política criminal orientada por la Victimología, en la que la atención a la víctima adquiere un papel preponderante en la respuesta penal* . Para ello resulta conveniente primar a quien se comporta de una manera que satisface el interés general, pues la protección de los intereses de las víctimas no se considera ya como una cuestión estrictamente privada, sino que debe ser valorada como un indicio de rehabilitación que disminuye la necesidad de pena. Si bien reconoce que su eficacia no puede ser la misma cuando se trata de delitos estrictamente patrimoniales o de delitos que lesionan bienes jurídicos personales, puesto que en este último caso el daño suele ser irreparable e irreversible. A la vista de ello considera que, en el caso examinado, cabe la apreciación de la circunstancia atenuante analógica con los efectos que le confirió el tribunal de instancia.