



Roj: **STS 4161/2021 - ECLI:ES:TS:2021:4161**

Id Cendoj: **28079120012021100859**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Penal**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **11/11/2021**

Nº de Recurso: **5039/2019**

Nº de Resolución: **857/2021**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **VICENTE MAGRO SERVET**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP V 3883/2019,**
STS 4161/2021

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 857/2021

Fecha de sentencia: 11/11/2021

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número del procedimiento: 5039/2019

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 10/11/2021

Ponente: Excmo. Sr. D. Vicente Magro Servet

Procedencia: Audiencia Provincial de Valencia, Sección Segunda.

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Josefa Lobón del Río

Transcrito por: MBP

Nota:

RECURSO CASACION núm.: 5039/2019

Ponente: Excmo. Sr. D. Vicente Magro Servet

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Josefa Lobón del Río

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 857/2021

Excmos. Sres.

D. Manuel Marchena Gómez, presidente

D. Andrés Martínez Arrieta

D. Vicente Magro Servet

D. Eduardo de Porres Ortiz de Urbina



D. Leopoldo Puente Segura

En Madrid, a 11 de noviembre de 2021.

Esta sala ha visto el recurso de casación por infracción de ley e infracción de precepto constitucional, interpuesto por la **Abogacía del Estado** en representación del Ministerio de Sanidad (Organización Nacional de Trasplantes), contra sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Valencia, Sección Segunda, que absolvió a Justo, y condenó a los acusados Leonardo, Lorenzo, Vicente y Marcelino por delitos de promoción, favorecimiento o facilitación de trasplante ilegal de órganos humanos ajenos, siendo parte el Ministerio Fiscal, y los recurridos acusados Vicente representado por la Procuradora Dña. Mónica Sánchez Cano y bajo la dirección Letrada de Dña. M^a Isabel González Armenter; Marcelino representado por el Procurador D. Carlos Gil Cruz y bajo la dirección Letrada de D. José Vicente Gómez Tejedor y D. Miguel A. Gómez Tejedor; Justo representado por el Procurador D. Eduardo-José Manzanos Llorente y bajo la dirección Letrada de D. Vicente Grima Lizandra; Leonardo representado por la Procuradora Dña. Isabel Covadonga Juliá Corujo y bajo la dirección Letrada de D. Francisco Javier Boix Reig y Lorenzo representado por la Procuradora Dña. Carmen García Rubio y bajo la dirección Letrada de D. José Calatayud Barona.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Vicente Magro Servet.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de Instrucción nº 3 de Valencia instruyó sumario con el nº 1/2015 contra Marcelino, Vicente, Leonardo, Justo y Lorenzo, y, una vez concluido, lo remitió a la Audiencia Provincial de Valencia, Sección Segunda, que con fecha 7 de octubre de 2019 dictó sentencia que contiene los siguientes Hechos Probados:

"Por conformidad de los acusados, han quedado acreditados los siguientes hechos que se declaran probados. El procesado Marcelino pasaporte del Líbano NUM000, mayor de edad y sin antecedentes penales, residente en el Líbano y aquejado de una enfermedad hepática que requería trasplante de hígado y sabedor del prestigio de esta cirugía en nuestro país, decide contactar con familiares suyos residentes aquí, para que realicen gestiones para encontrar donantes vivos. Entre Abril y Mayo de 2013, a través de Leonardo: NUM001, mayor de edad y sin antecedentes penales, familiar de Marcelino, que tienen en Alicante una mercantil INTERMARMOR SL, con sede en Novelda de la que Leonardo era el gerente y actuando como enlace con su tío enfermo, su propio hijo que le acompañó a nuestro país, Vicente nº de pasaporte Libanés NUM002, mayor de edad y sin antecedentes penales y ayudado por un conocido de todos ellos, Lorenzo NUM003, natural de palestina, mayor de edad y sin antecedentes penales, idearon un plan por el que pretendían lograr la materialización de dicho trasplante, con evidente quebranto de la legislación española relativa a la donación de órganos entre vivos, normativa y requisitos de los que fueron escrupulosamente informados por parte de las autoridades sanitarias y en concreto tanto por los médicos del Hospital Universitario de Pamplona, como posteriormente en el Hospital Clínico de Barcelona. En concreto la legislación de trasplantes está regulado en la Ley 30/1979 de 27 de Octubre sobre Extracción y Trasplante de Órganos, desarrollada por el RD Ley 9/2014 de 4 de Julio, que establece las normas de calidad y seguridad para la donación, la obtención, la evaluación, procesamiento, preservación y almacenamiento y distribución de células y tejidos humanos. Y también por el RD 1723/2012 de 28 de Diciembre que regula las actividades de obtención, utilización y coordinación. La gratuidad o altruismo de la donación se recoge tanto en el art. 2 de la Ley 30/1979 como en el art 7 del RD 1723/2012 y en relación con donantes vivos, el art 4.c) de la Ley 30/1979 exige que se trate de un consentimiento expreso, libre, consciente y manifestado por escrito. No obstante lo cual y sabedores que tenían que buscar un donante dado que en un principio el hijo Vicente, no tenía intención de ser el donante, tanto por el riesgo que ello comportaba, como por el hecho de que en Líbano le habían dicho que su hígado era pequeño y no podía ser donante de su padre y no siendo residentes no podían acceder más que a trasplante entre vivos, a través de los procesados, empezaron a reclutar posibles donantes para lo cual contactaron con personas sin recursos o en situación de necesidad económica con el fin de que mediante precio u otro tipo de recompensa, accedieran a donar parte de su hígado a Marcelino. Con esta mecánica, los procesados y muy particularmente Lorenzo que actuó como enlace, contactó con la Clínica Quirón de Valencia y encargaron la realización de pruebas a ocho pacientes, en concreto analítica completa resonancia magnética y TAC abdominal, todo ello encaminado a saber si las personas contactadas eran aptos para ser donante de hígado, todas estas personas eran especialmente vulnerables tanto por su procedencia, como por su penuria económica, siendo todas las pruebas pagadas o anticipado su pago por Leonardo, con la tarjeta bancaria de la mercantil INTERMARMOR SL de la que era gerente, siendo las facturas abonadas de unos 12.000€. Así en Mayo de 2013, los procesados contactaron a través de un conocido con María Rosario, que le comentaron que buscaban una persona compatible con su tío y que estaba ingresado en Pamplona y que le pagarían 40.000 €



por un trozo de su hígado y le llevaron a la Quirón a realizarse las pruebas, diciéndole finalmente que aunque era compatible habían encontrado un varón y lo preferían a una mujer, si bien Lorenzo le ofreció en agradecimiento que podía conseguirle un matrimonio de conveniencia con un libio por 10.000€. Otro de los posibles donantes con el que contactaron fue con Emilio, a quien los procesados le ofrecieron donar un trozo de su hígado para que le realizaran el trasplante a Marcelino, que si lo hacía le ofrecían trabajo en el Líbano y lo tratarían como uno más de la familia. Emilio tras realizarse la analítica y resultar apto, se hizo pasar por un amigo de un amigo del receptor y que todo lo hacía de forma altruista, no pasando las pruebas del Comité de Ética del Hospital ni la preceptiva autorización judicial, lo que no impidió a los procesados, volver a intentar el engaño ante el Comité de Ética del Hospital Clínico de Barcelona donde se trasladó al paciente, que lo rechazó pues no creyeron en el carácter altruista de su proceder y que se trataba de persona de nacionalidad rumana que ni hablaba la lengua del receptor ni tenía la misma nacionalidad ni religión y no parecía con ningún tipo de vínculo que justificara su consentimiento desinteresado. De similar modo, contactaron con Lázaro, que era una persona en situación de refugiada, sin trabajo ella ni su marido y le propusieron, que donara parte del hígado para el trasplante que era algo muy sencillo, que le podrían ayudar a conseguir un trabajo, que ella accedió realizándose las pruebas en la Clínica Quirón, si bien tras la primera analítica, resultó que estaba embarazada, tuvo que ser rechazada, si bien tanto el hijo Vicente como el procesado Lorenzo, intentaron conseguirle trabajo si bien finalmente no fue posible. Otros de las personas que en principio con engaño de que solo era donar sangre para una transfusión, llevaron a la Quirón para realizarse la analítica, fue Nazario, sin bien ya no le llamaron y otro fue Ovidio, que tras decirle los procesados que era solo para que donara sangre y acceder a que le realizaran las analíticas y tras dar resultado positivo, le llamaron y le dijeron que lo que tenía que donar era el hígado, que a cambio si tenía hijos en Palestina los traerían aquí, que recibiría un gran regalo, finalmente se negó comunicándose esto tanto al hijo del receptor como a Lorenzo, habiendo hablado además con Leonardo. Igualmente contactaron con Rodrigo a principios de Junio de 2013, contactó con los procesados Vicente, como hijo de Marcelino, Leonardo y Lorenzo, que le dijeron primero lo de donar sangre, para después explicarle que lo que tenía que donar era el hígado, que recibiría un buen regalo y éste tras pensarlo y hablar con el médico y enterarse de que tenía su riesgo la operación, se negó a seguir los contactos con los procesados. Finalmente, no encontrando personas que quisieran asumir el riesgo y que fueran admitidas, en el Hospital Clínico de Barcelona, se le hizo una nueva prueba al hijo del procesado Marcelino que traía información del Líbano, que su hígado era pequeño y que no podía ser donante de su padre, lo evaluaron y vieron que era posible el trasplante y se realizó el trasplante el 26 de Agosto de 2013. La causa de 2015 ha sufrido en su estado de instrucción una paralización de 4 de Julio de 2017 a 4 de Julio de 2018 y se calificó de nuevo, sustituyendo a la anterior calificación de 4 de Abril de 2018, el 16 de Enero de 2019 y ha estado pendiente de señalamiento hasta el 7 de Octubre de 2019".

SEGUNDO.- La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento: FLLAMOS:

"En atención a todo lo expuesto, visto además lo dispuesto por los artículos 24, 25 y 120.3 de la Constitución, los artículos 1 y 2, 10, 15, 27 a 34, 54 a 58, 61 a 67, 70, 73 y 74, 110 a 115 y 127 del Código Penal, los artículos 142, 239 a 241, 741 y 742 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y 248 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Valencia, ha decidido: PRIMERO: ABSOLVER a Justo con declaración de oficio de 1/5 parte de las costas procesales. SEGUNDO: CONDENAR A Leonardo, Lorenzo y Vicente como autores de un delito de promoción, favorecimiento o facilitación de trasplante ilegal de órganos humanos ajenos, tratándose de órgano principal, previsto en el art 156 bis 1 CP en relación al art 8 del RD 1723/2012 de 28 de Diciembre que regula las actividades de obtención, utilización y coordinación, con la concurrencia de la circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal de atenuante de dilaciones indebidas como muy cualificada a la pena de DOS AÑOS DE PRISIÓN, con la accesoria de la inhabilitación especial del derecho de sufragio pasivo durante la condena y el pago a cada uno de ellos de 1/5 parte de las costas procesales. TERCERO: CONDENAR A Marcelino como autor de un delito de promoción, favorecimiento o facilitación de trasplante ilegal de órganos humanos ajenos, siendo responsable el receptor del órgano, tratándose de un órgano principal, con conocimiento del origen ilícito, previsto en el art 156 bis 1 y 2 del CP en relación al art 8 del RD 1723/2012 de 28 de Diciembre que regula las actividades de obtención, utilización y coordinación con la concurrencia de la circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal de la atenuante de dilaciones indebidas como muy cualificada a la pena de UN AÑO DE PRISIÓN, con la accesoria de la inhabilitación especial del derecho de sufragio pasivo durante la condena y el pago de 1/5 parte de las costas procesales. CUARTO: SUSPENDER la pena de prisión impuesta a los condenados durante un plazo de DOS AÑOS, condicionada a que no delincan en dicho plazo y a que comuniquen domicilio, teléfono y correo electrónico con la finalidad de ser localizados por el Tribunal. La suspensión les será revocada en caso de incumplimiento de las condiciones fijadas, en los términos previstos en el art. 86 del Código Penal. Notifíquese esta sentencia a las partes y a la Abogacía del Estado haciéndoles saber que contra la misma pueden interponer RECURSO DE CASACIÓN, dentro de los cinco días siguientes a aquel en que se les hubiere notificado la sentencia".



TERCERO.- Notificada la sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por infracción de ley e infracción de precepto constitucional, por la **Abogacía del Estado** en representación del Ministerio de Sanidad (Organización Nacional de Trasplantes), que se tuvo por anunciado, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

CUARTO.- El recurso interpuesto por la **Abogacía del Estado** en representación del Ministerio de Sanidad (Organización Nacional de Trasplantes), lo basó en el siguiente MOTIVO DE CASACIÓN:

Motivo único.- Infracción de precepto constitucional al amparo de lo dispuesto en el art. 852 de la L.E.Cr.

QUINTO.- Instruido el Ministerio Fiscal del recurso interpuesto, solicitó la admisión de su único motivo, dándose igualmente por instruidas las representaciones de los acusados recurridos oponiéndose a la admisión y subsidiaria desestimación del recurso, quedando conclusos los autos para señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

SEXTO.- Por Providencia de esta Sala se señala el presente recurso para deliberación y fallo para el día 10 de noviembre de 2021, prolongándose los mismos hasta el día de la fecha.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Es objeto del presente recurso de casación interpuesto por la Abogacía del Estado, en la representación que legalmente ostenta del Ministerio de Sanidad (Organización Nacional de Trasplantes) contra la sentencia dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Valencia, de fecha 7 de octubre de 2019 que no admitió su legitimación como acusación particular y no le permitió su presencia en el juicio oral.

SEGUNDO.- ÚNICO.- Infracción de precepto constitucional al amparo de lo dispuesto en el artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Sostiene la Abogacía del Estado, recurrente, que ostenta la representación del Ministerio de Sanidad (Organización Nacional de Trasplantes) según resulta de lo dispuesto en los artículos 1 de la Ley 52/1997, de 27 de noviembre, de Asistencia Jurídica al Estado e Instituciones Públicas (Ley 52/1997) y 551 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial ("LOPJ").

Se plantean los siguientes extremos que sirven de soporte al planteamiento del recurso de casación, a saber:

1.- Que con fecha 7 de octubre de 2019 la Ilma. Sala de lo Penal de la Audiencia Provincial de Valencia dictó la Sentencia número 482/2019, de 7 de octubre de 2019 que puso fin al Procedimiento Abreviado número 78/2016.

2.- Planteando la defensa la cuestión previa de que la abogacía del Estado no podía comparecer como acusación particular consta en la sentencia en AH nº 2 que por auto de fecha 25 de septiembre de 2019 se estimó la cuestión previa planteada por la representación procesal de D. Vicente y se acordó que la Organización Nacional de Trasplantes, a través de la Abogacía del Estado, carecía de legitimación para intervenir como parte acusadora en el presente procedimiento.

3.- Consta en el AH nº 3 que "el día 7 de octubre de 2019 se celebró el juicio y el Ministerio Fiscal modificó sus conclusiones provisionales en el sentido de calificar los hechos como constitutivos de:

A) un delito de promoción, favorecimiento o facilitación de trasplante ilegal de órganos humanos ajenos, tratándose de órgano principal, previsto en el art 156 bis 1 CP en relación al art 8 del RD 1723/2012 de 28 de Diciembre que regula las actividades de obtención, utilización y coordinación.

B) un delito de de promoción, favorecimiento o facilitación de trasplante ilegal de órganos humanos ajenos, siendo responsable el receptor del órgano, tratándose de un órgano principal, con conocimiento del origen ilícito, previsto en el art 156 bis 1 y 2 del CP en relación al art 8 del RD 1723/2012 de 28 de Diciembre que regula las actividades de obtención, utilización y coordinación.

Considerando responsables del delito A) en concepto de coautores, conforme el art 27 y 28 del CP a los procesados Leonardo , Lorenzo , Vicente y del delito B), como responsable en concepto de autor el procesado Marcelino , solicitando el sobreseimiento respecto al procesado Justo ,

Considerando la concurrencia como circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal en su grado de muy cualificada, la atenuante de dilaciones indebidas, y solicitando el Ministerio Público la imposición de las siguientes penas:



Por el delito A) a los procesados Leonardo , Lorenzo y Vicente la pena de DOS AÑOS DE PRISIÓN, con la accesoria de la inhabilitación especial del derecho de sufragio pasivo durante la condena y costas

Por el delito B) al procesado Marcelino la pena de UN AÑO DE PRISIÓN con inhabilitación especial del derecho de sufragio pasivo durante la condena y costas.

Por la defensa de cada uno de los acusados se mostró conformidad con la calificación del Ministerio Fiscal, ratificando esta postura los propios acusados, no considerando necesaria la continuación del juicio."

Con ello, se dictó sentencia de conformidad sin intervención del actual recurrente que no pudo hacer valer escrito de acusación alguno al no aceptarse su legitimación.

4.- El sistema nacional de trasplantes constituido por la normativa vigente, (así la Ley 30/1979, de 27 de octubre, sobre extracción y trasplante de órganos, la DA. de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida que crea la Organización Nacional de Trasplantes; su Estatuto aprobado por el Real Decreto 1825/2009, de 27 de noviembre ; y el Real Decreto 1723/2012, de 28 de diciembre, por el que se regulan las actividades de obtención, utilización clínica y coordinación territorial de los órganos humanos destinados al trasplante y se establecen requisitos de calidad y seguridad), regulan la cesión, extracción, conservación, intercambio y trasplante de órganos humanos en los estrictos términos de la Ley del 79, que abarca la actividad de todos los centros sanitarios que pueden realizar dichas actividades con autorización expresa para ello, con independencia de que su titularidad sea pública o privada.

5.- Con el art. 156 bis CP, que era el objeto de acusación, y los hechos que se cometen y dan lugar al ejercicio de estas acciones penales que fueron objeto de acusación por el fiscal y con el que hubo conformidad, se alega por el recurrente que "pueden derivar diversos perjuicios respecto de este órgano gestor, que es quién de manera exclusiva asume las actividades de obtención y utilización clínica de órganos humanos y la coordinación territorial en materia de donación y trasplante de órganos y tejidos."

6.- Se añade que "la ONT tiene un papel esencial en la gestión del sistema español de trasplantes y los perjuicios que puedan derivarse de hechos delictivos como los invocados podrían poner en serio peligro el buen fin de los procedimientos de trasplantes".

7.- Se recuerda la Sentencia núm. 710/2017 de esta Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, de fecha 27 de octubre de 2017, "relativa a otro caso de tráfico de órganos, coacciones y lesiones, tipificados en el Art. 156 bis del código Penal, recoge como "bien jurídico protegido a la Organización Nacional de Trasplantes y su normativa, estructurada sobre los principios de altruismo, solidaridad, gratuidad y objetividad en el sistema de adjudicación, preservando la dignidad de las personas y las condiciones de salud con aseguramiento del principio de igualdad".

8.- La ONT tiene la condición de perjudicado en el presente procedimiento y es precisamente dicha condición la que le legitima para ser parte y actuar en el mismo.

9.- "Por auto de fecha 12 de julio de 2014, el Juzgado de instrucción número 3 de Valencia desestimó el recurso de reforma planteado por la defensa del Sr Vicente contra la providencia de fecha 22 de mayo de 2014 por la que se admitía la personación de la Abogacía del Estado en representación de la ONT.

Dicho auto fue recurrido por la defensa y desestimado por la sección tercera de la Audiencia Provincial de Valencia por auto de fecha 14 de enero de 2014. (La sentencia se dicta por la Sección 2ª que es la que no admite la legitimación).

Dicho auto, en su fundamento jurídico primero rezaba lo siguiente "Primero. Las razones expuestas en la resolución recurrida se hacen propias de este tribunal para confirmarla en su integridad. Las consideraciones expresadas por el **Abogado** del Estado en su escrito obrante al folio 19 y siguientes del tomo 7º del procedimiento se asumen en su integridad por parte de este tribunal, toda vez que el hecho de que los encausados hayan podido no actuar de conformidad con la regulación jurídica concerniente a los órganos humanos es algo que puede haber ocasionado algún perjuicio al organismo público encargado de controlar cuanto concierne a su ámbito competencial, razón por la cual debe ser considerado como perjudicado".

"Tanto por el Juzgado de instrucción como por la Audiencia Provincial, se reconoció en su día la condición de perjudicado a la ONT. Sin embargo, ya en sede de juicio oral se nos niega esta condición."

11.- "Han sido más bien razones de naturaleza formal las que han determinado la expulsión de la ONT del procedimiento, y el impacto que las mismas iban a tener en el desarrollo del procedimiento, que no las de carácter pura y estrictamente material, esto es, si efectivamente tenía la condición de perjudicado o no en el presente procedimiento."

Se hace mención por el recurrente a que su rechazo como acusación particular tuvo más que ver con la circunstancia de que su presencia hubiera impedido la conformidad y hubiera exigido la celebración del juicio.

TERCERO.- Hay que señalar que en los hechos probados consta que:

1.- *El objetivo era llevar a cabo un trasplante en la red sanitaria española simulando el carácter altruista del donante vivo cuando en realidad le iban a indemnizar.*

"Los acusados idearon un plan por el que pretendían lograr la materialización de dicho trasplante, con evidente quebranto de la legislación española relativa a la donación de órganos entre vivos, normativa y requisitos de los que fueron escrupulosamente informados por parte de las autoridades sanitarias y en concreto tanto por los médicos del Hospital Universitario de Pamplona, como posteriormente en el Hospital Clínico de Barcelona.

2.- *Realizaron búsqueda de posibles donantes con personas vulnerables y sin recursos que aceptaran cobrar por donar el órgano si reunían las condiciones.*

Sabedores que tenían que buscar un donante dado que en un principio el hijo Vicente, no tenía intención de ser el donante, tanto por el riesgo que ello comportaba, como por el hecho de que en Líbano le habían dicho que su hígado era pequeño y no podía ser donante de su padre y no siendo residentes no podían acceder más que a trasplante entre vivos, a través de los procesados, empezaron a reclutar posibles donantes para lo cual contactaron con personas sin recursos o en situación de necesidad económica con el fin de que mediante precio u otro tipo de recompensa, accedieran a donar parte de su hígado a Marcelino.

3.- *Contactos con red sanitaria para llevar a posibles donantes necesitados económicamente.*

Contactó con la Clínica Quirón de Valencia y encargaron la realización de pruebas a ocho pacientes, en concreto analítica completa resonancia magnética y TAC abdominal, todo ello encaminado a saber si las personas contactadas eran aptos para ser donante de hígado, todas estas personas eran especialmente vulnerables tanto por su procedencia, como por su penuria económica.

4.- *Intentaron engañar en el Hospital clínico de Barcelona, pero fueron detectados al no creerse el carácter altruista del donante.*

Otro de los posibles donantes con el que contactaron fue con Emilio, a quien los procesados le ofrecieron donar un trozo de su hígado para que le realizaran el trasplante a Marcelino, que si lo hacía le ofrecían trabajo en el Líbano y lo tratarían como uno más de la familia. Emilio tras realizarse la analítica y resultar apto, se hizo pasar por un amigo de un amigo del receptor y que todo lo hacía de forma altruista, no pasando las pruebas del Comité de Ética del Hospital ni la preceptiva autorización judicial, lo que no impidió a los procesados, volver a intentar el engaño ante el Comité de Ética del Hospital Clínico de Barcelona donde se trasladó al paciente, que lo rechazó pues no creyeron en el carácter altruista de su proceder y que se trataba de persona de nacionalidad rumana que ni hablaba la lengua del receptor ni tenía la misma nacionalidad ni religión y no parecía con ningún tipo de vínculo que justificara su consentimiento desinteresado.

5.- *Con Lázaro lo intentaron en la Clínica Quirón.*

De similar modo, contactaron con Lázaro, que era una persona en situación de refugiada, sin trabajo ella ni su marido y le propusieron, que donara parte del hígado para el trasplante que era algo muy sencillo, que le podrían ayudar a conseguir un trabajo, que ella accedió realizándose las pruebas en la Clínica Quirón, si bien tras la primera analítica, resultó que estaba embarazada, tuvo que ser rechazada, si bien tanto el hijo Vicente como el procesado Lorenzo, intentaron conseguirle trabajo si bien finalmente no fue posible.

6.- *Lo mismo en clínica Quirón con Nazario, y Ovidio.*

Otros de las personas que en principio con engaño de que solo era donar sangre para una transfusión, llevaron a la Quirón para realizarse la analítica, fue Nazario, sin bien ya no le llamaron y otro fue Ovidio, que tras decirle los procesados que era solo para que donara sangre y acceder a que le realizaran las analíticas y tras dar resultado positivo, le llamaron y le dijeron que lo que tenía que donar era el hígado, que a cambio si tenía hijos en Palestina los traerían aquí, que recibiría un gran regalo, finalmente se negó comunicándose esto tanto al hijo del receptor como a Lorenzo, habiendo hablado además con Leonardo."

En los fundamentos de derecho se recoge que:

"Se considera que los hechos son constitutivos de un delito

A) de promoción, favorecimiento o facilitación de trasplante ilegal de órganos humanos ajenos, tratándose de órgano principal, previsto en el art 156 bis 1 CP en relación al art 8 del RD 1723/2012 de 28 de Diciembre que regula las actividades de obtención, utilización y coordinación;

y de un delito B) de promoción, favorecimiento o facilitación de trasplante ilegal de órganos humanos ajenos, siendo responsable el receptor del órgano, tratándose de un órgano principal, con conocimiento del origen ilícito, previsto en el art 156 bis 1 y 2 del CP en relación al art 8 del RD 1723/2012 de 28 de Diciembre que regula las actividades de obtención, utilización y coordinación.

De los que son responsables: del delito

A) en concepto de coautores los procesados Leonardo , Lorenzo , Vicente

y del delito B) como responsable en concepto de autor el procesado Marcelino , con la concurrencia de la atenuante de dilaciones indebidas en grado de muy cualificada, procediendo imponer al mismo las penas solicitadas de conformidad."

Son varias, pues, las cuestiones que permiten avalar la legitimación de la abogacía del Estado en representación del Ministerio de Sanidad (Organización Nacional de Trasplantes), a saber:

1.- La abogacía del Estado recurre porque al no dejarle intervenir como acusación particular no se le permite reclamar que se tenga en cuenta su acusación que podría alterar la conformidad. Hay que recordar que el art. 689 LECRIM permite la conformidad en tanto en cuanto lo sea con la "calificación más grave", y en este caso la presencia de la abogacía del Estado podría haber alterado el desarrollo de la conformidad.

2.- Se debe considerar que en razón a los hechos probados existe una correlación con el uso realizado del sistema sanitario español para los fines ilícitos de conseguir el trasplante del hígado *sabedor del prestigio de esta cirugía en nuestro país*.

3.- El objetivo era la utilización del sistema sanitario español, dado su prestigio, y mediante engaño al propio sistema aparentando "donación altruista" conseguir el trasplante de órgano principal, pero que, en realidad, lo era por precio.

4.- De los hechos objeto de acusación se evidencia que los conformados habrían contactado con diversas personas, les habrían propuesto acceder a que se les extrajera, a cambio de precio, parte de sus respectivos hígados para su trasplante a un tercero y, finalmente, los trasplantes no se habrían llevado a efecto, al no haber sido autorizados los trasplantes propuestos por las dudas que las comisiones éticas de los diversos hospitales ante los que formularon dichas propuestas sobre el carácter gratuito y altruista de las ofertas de donación ínter vivos.

5.- Está clara la promoción, favorecimiento o facilitación de trasplante ilegal de órganos humanos ajenos, tratándose de órgano principal, previsto en el art 156 bis 1 CP en relación al art 8 del RD 1723/2012 de 28 de Diciembre.

6.- También está clara la afectación al Ministerio de Sanidad (Organización Nacional de Trasplantes), por su utilización para conseguir el trasplante ilegal mediante el artificio que consta en el detallado relato de hechos probados.

7.- Para evaluar si la abogacía del Estado tiene legitimación en este caso hay que enfocar el debate en torno al objeto material del delito, que en el caso del art. 156 bis CP serán los órganos humanos ajenos, definidos en el RD 1723/2012, de 28 de octubre, como aquella parte diferenciada del cuerpo humano constituida por diversos tejidos que mantiene su estructura, vascularización y capacidad para desarrollar funciones fisiológicas con un grado importante de autonomía y suficiencia, como riñones, corazón, pulmones, hígado, páncreas, intestino y demás con similar criterio.

Ahora bien, el bien jurídico protegido es triple:

a.- Por un lado, la integridad física.

b.- Por otro también el sistema de salud, así como el principio de igualdad y la dignidad de las personas.

c.- Pero, también, incluso, puede señalarse que el bien jurídico protegido por el precepto es, entre otros, el sistema público de trasplantes.

En este escenario es evidente la legitimación de la abogacía del Estado para intervenir en el presente proceso penal, tal y como ya había sido aceptado y admitido por el juez de instrucción y la Sección 3ª de la AP de Valencia.

8.- El tráfico ilegal de órganos atenta contra la libertad y dignidad del donante al que se utiliza por su necesidad económica y se le ofrece precio para que en el sistema sanitario se proceda a la extracción de un órgano aparentando carácter altruista, pero, no lo olvidemos, utilizando el sistema sanitario nacional para este fin, pero con fraude de los autores del delito.



Se ataca al donante, pero también al sistema sanitario del que se aprovecha el autor del delito, abriendo tanto la vía del ofendido como perjudicado afectado directamente, como la vía institucional de la red sanitaria utilizada y que debe desplegar la implantación de sus comités de ética para evitar el fraude que en este caso se puso en marcha y desplegó, siendo reconocido por los autores.

9.- El tráfico de órganos presenta una dimensión lesiva supraindividual, al comprometer valores básicos, como los principios de altruismo y solidaridad en la donación y equidad en el acceso a terapias de trasplantes.

10.- En la sentencia del Tribunal Supremo 710/2017 de 27 Oct. 2017, Rec. 2411/2016 ya pusimos de manifiesto que:

"Es preciso indagar el bien jurídico objeto de protección, si la integridad física del donante, como en algún momento se sugiere por los recurrentes, o 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, la Organización nacional de trasplante, que se estructura desde los principios de altruismo, solidaridad y gratuidad de las cesiones de órganos para su destino a enfermos necesitados de su realización, igualmente regido por criterios objetivos de adjudicación, propios de un sistema público de salud. Se trata de proteger, además, el sistema público que garantiza las condiciones de salud, el principio de igualdad y la dignidad de las personas.

Es cierto que la teoría del bien jurídico ha caído en desuso en la dogmática penal. La irrupción de corrientes doctrinales y filosóficas basadas en el funcionalismo y en el modelo sistémico en el que se encuadra el régimen represivo penal ya no parten del principio de exclusiva protección de bienes jurídicos, como criterio delimitador del ius puniendi, sino que se trata de conceptualizar al sistema penal como instrumento para asegurar la vigencia de la norma y reprimir aquellas conductas que supongan un incumplimiento grave de las mismas, defraudando a las expectativas que la sociedad tiene en cada ciudadano que debe acomodar su conducta a las exigencias de la norma.

En el caso, el tipo penal introducido en el año 2010 no trata solamente de proteger la salud o la integridad física de las personas, sino que el objeto de protección va más allá destinado a proteger la integridad física, desde luego, pero también las condiciones de dignidad de las personas, evitando que las mismas por sus condicionamientos económicos puedan ser cosificadas, tratadas como un objeto detentador de órganos que, por su bilateralidad o por su no principalidad, pueden ser objeto de tráfico. Y también el propio sistema nacional de trasplantes (ley 30/1979, y RRDD 2070/1999 y 1301/2006), que establece un sistema, nacional, altruista y solidario para la obtención y distribución de órganos para su trasplante a enfermos que lo necesiten. La organización requiere de un apoyo normativo para su desarrollo y el cumplimiento de sus fines sobre los que se asienta el sistema."

Hemos apuntado, también, en Auto del Tribunal Supremo de 28 Jun. 2018, Rec. 20907/2017 que:

"Con remisión a la doctrina de esta sala contenida en la sentencia 41/1997, de 10 de marzo y en el auto de 17/1/13, Rollo 691/2012, "Es cierto que la acusación particular debe ser una persona ofendida o perjudicada por el delito. Tal condición es la que le permite actuar en el proceso penal, de modo que una vez constatada la existencia de tal interés afectado por el hecho delictivo se le reconoce la condición de acusación. Pero ello no significa que sólo pueda defender tal interés en el proceso, sino que una vez cumplido el presupuesto que le legitima para actuar, puede hacerlo con toda amplitud, en las mismas condiciones que la acusación pública. La condición de ofendido o perjudicado es relevante para ser reconocida como acusación, pero no limita su condición de tal, una vez que ha sido admitida en el proceso. Ello porque al pedir que se actúe penalmente contra un tercero no hace sino promover el ejercicio de una potestad estatal limitadora de los derechos fundamentales, no ejerce un derecho o interés propio.

El ofendido por el delito, agraviado o sujeto pasivo del mismo, es el titular del bien jurídico protegido por la norma penal, que ha sido lesionado o puesto en peligro por el hecho delictivo. El perjudicado es quien ha sufrido un perjuicio o daño, patrimonial o moral por la comisión del hecho delictivo, e incluye tanto a la víctima directa como a los terceros (art 113 CP)."

11.- Ya hemos señalado, pues, que podemos y debemos admitir el carácter doble del bien jurídico protegido que también se proyecta sobre la salud pública en su conjunto, y ello habilita la legitimación para admitir la personación de la Abogacía del Estado en representación de la Organización Nacional de Trasplantes, por cuanto el sistema sanitario queda utilizado y afectado por el tipo penal del art. 156 bis CP, y los grandes esfuerzos llevados a cabo por la red sanitaria española en llevar a cabo una correcta y adecuada política de trasplantes donde brille la transparencia y legalidad en las operaciones de trasplante pueden verse afectadas y ser perjudicadas el sistema sanitario con operaciones como la declarada en los hechos probados, donde se ha atacado a la salud de las personas elegidas por sus características de necesidad, pero, también, el sistema sanitario por la apariencia del carácter altruista del pretendido trasplante.



12.- Los autores querían "comprar" el órgano y a quien lo tenía, así como utilizar la red sanitaria del Estado español para conseguir su fin, en lugar de recurrir a los cauces habilitados al respecto. El fraude lo es también al sistema sanitario español, y ello habilita la legitimación de la abogacía del Estado para que en casos similares sea aceptada su presencia en el proceso penal ex art 156 bis CP, como avala al Ministerio Fiscal del Tribunal Supremo que apoya en su informe con contundencia y claridad la legitimación que se postula por el recurrente.

13.- La normativa de la Organización Nacional de trasplantes se estructura sobre los principios de altruismo, solidaridad, gratuidad y objetividad en el sistema de adjudicación, preservando la dignidad de las personas y las condiciones de salud con aseguramiento del principio de igualdad. Y ello lo quebraron los autores, por lo que no permitir que la abogacía del Estado pueda intervenir en el proceso penal supone preterir que el sistema sanitario es perjudicado del fraude que se utiliza como medio para que por el uso de la red sanitaria se pretendan conseguir trasplantes ilegales bajo la apariencia de legalidad y altruismo, cuando la realidad es de ilegalidad y de onerosidad.

14.- Impedir, con ello, que el Estado pueda por su red sanitaria ser representada en el proceso penal supone olvidar la viabilidad del Art. 551 LOPJ, a cuyo tenor: *1. La representación y defensa del Estado y de sus organismos autónomos, así como la representación y defensa de los órganos constitucionales cuyas normas internas no establezcan un régimen especial propio, corresponderá a los Abogados del Estado integrados en el Servicio Jurídico del Estado. Los Abogados del Estado podrán representar y defender a los restantes organismos y entidades públicos, sociedades mercantiles estatales y fundaciones con participación estatal, en los términos contenidos en la Ley 52/1997, de 27 de noviembre, de Asistencia Jurídica al Estado e Instituciones Públicas y disposiciones de desarrollo.*

De ello participa el sistema sanitario español y la Organización Nacional de Trasplantes, que no puede ser "olvidada y apartada" en los procedimientos penales ex art. 156 bis CP, dado el interés público en la protección del sistema nacional de trasplantes que no puede resultar perjudicado por prácticas que son constitutivas del antes citado ilícito penal.

15.- Junto a la salud de los propios perjudicados directos como donantes que son víctimas de los autores de los delitos de tráfico de órganos existe también un bien que, como interés supraindividual, debe estar protegido y tutelado en el delito del artículo 156 bis del código penal, que es la salud de las personas en general y la protección del sistema sanitario como organización afectada por la comisión de hechos delictivos que afectan, en esencia, a la propia organización del trasplante de órganos implementado en el sistema sanitario. Y ello, porque queda perjudicada la propia estructura de la sanidad como institución que queda utilizada con fraude al servicio de intereses particulares.

Por ello, se participa con la legitimación a la abogacía del Estado la tutela de cuidado y protección llevada a cabo en la ejecución de los trasplantes de órganos humanos, adoptando las medidas oportunas en cualquier caso para que el fraude en estos casos no se produzca, lo que legitima su intervención en representación del sistema sanitario para reclamar frente a las infracciones penales cometidas, y que atentan no solo contra los perjudicados directos en cada caso, sino contra la organización en general que tiene como objetivo tutelar la salud de toda la sociedad en España.

16.- En el ámbito de la dualidad de perjudicados, víctima como donante por el riesgo que corre en el acto del *comercio de órganos* a cambio de precio, y sistema sanitario español utilizado para este ilícito penal hay que recordar que, como apunta la doctrina, la Directiva 2010/53/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de julio de 2010, sobre normas de calidad y seguridad de los órganos humanos destinados al trasplante, habría incidido en que la utilización de órganos en trasplantes conllevaría riesgos de transmisión de enfermedades, siendo necesaria una buena organización de los sistemas nacionales e internacionales de trasplante y la utilización de los mejores conocimientos, tecnologías y tratamientos médicos innovadores disponibles para reducir significativamente los riesgos asociados a los órganos trasplantados para los receptores.

Hay, con ello, un uso de la ONT que permite la legitimación en estos casos de la abogacía del Estado como acusación particular ex art. 110 LECRIM por quedar afectado el sistema de salud como institución del Estado.

17.- Refiere también la doctrina esta exigencia de tutela pública de este tipo de hechos, además de la de la víctima directa del donante, que de una lectura conjunta de los distintos instrumentos internacionales que reflejan la preocupación por el tráfico ilegal de órganos se desprende el interés por asegurar de forma amplia la calidad y la seguridad de los órganos, tejidos y células humanas destinadas al trasplante, así como las condiciones de su realización en la secuencia que abarca desde su extracción hasta la efectiva implantación en el receptor. El mensaje y la preocupación de estos instrumentos reclamarían una protección más amplia, que la otorgada por los delitos contra bienes jurídicos individuales. Ello es lo que amplía y confirma ese carácter supraindividual del bien a proteger que lo es la salud de las personas en general y la protección del sistema sanitario para no ser utilizado sin escrúpulos para estos fines del *comercio de órganos*.



Se protege, así, también, como afirma un importante sector doctrinal, un bien jurídico de dimensión colectiva que desbordaría la óptica individual de los sujetos en concreto afectados, para preservar las condiciones de seguridad del tráfico de órganos, y en términos amplios, la salud pública. Por ello, se afirma por la mejor doctrina que no puede negarse que el tráfico de órganos presenta una dimensión lesiva supraindividual, al comprometer valores básicos como los principios de altruismo y solidaridad en la donación y equidad en el acceso a la terapia de trasplante. E, incluso, las conductas de turismo de trasplante, comprometen la capacidad del sistema sanitario de determinados países para ofrecer servicios a su propia población.

También se ha añadido que el delito de tráfico y trasplante ilegal de órganos sería un delito de lesión de un bien jurídico supraindividual, la salud pública, que utiliza como referente típico el peligro que se generaría para un interés individual, la salud del donante. Y que ello supone la ejecución de actos de debilitamiento de un elemento constitutivo de la salud pública, el funcionamiento del sistema nacional de trasplantes, construido sobre la gratuidad, el altruismo así como la equidad en la selección y el acceso al trasplante.

Por todos estos argumentos debe entenderse fundada la reclamación de reconocimiento de legitimación de la abogacía del Estado para intervenir en representación de la sanidad pública y de la ONT, pudiendo actuar como acusación particular, tal y como ya le habían reconocido con acierto el juzgado de instrucción y una sección de la misma Audiencia Provincial con carácter previo a serle desestimada su legitimación de cara a intervenir en el juicio oral, lo que conlleva la nulidad de la sentencia y del juicio y la necesidad de proceder de nuevo a la celebración del juicio oral con distintos magistrados.

El motivo se estima.

CUARTO.- Al proceder a la estimación del recurso, se está en el caso de declarar de oficio las costas procesales de esta instancia casacional.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

DECLARAR HABER LUGAR AL RECURSO DE CASACIÓN, con estimación de su único motivo, interpuesto por la Abogacía del Estado, en la representación que legalmente ostenta del Ministerio de Sanidad (Organización Nacional de Trasplantes) contra la sentencia dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Valencia, de fecha 7 de octubre de 2019 que queda anulada, así como el juicio celebrado en la misma fecha, debiendo procederse al señalamiento y celebración de juicio por Magistrados distintos a los que intervinieron y con admisión de la personación de la Abogacía del Estado como acusación particular, con costas de oficio. Comuníquese esta resolución a la mencionada Audiencia a a los efectos legales oportunos, con devolución de la causa que en su día remitió.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

Manuel Marchena Gómez Andrés Martínez Arrieta Vicente Magro Servet

Eduardo de Porres Ortiz de Urbina Leopoldo Puente Segura