

Roj: STS 3792/2017 - **ECLI:**ES:TS:2017:3792

Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Penal

Sede: Madrid

Sección: 1

Nº de Recurso: 2411/2016

Nº de Resolución: 710/2017

Fecha de Resolución: 27/10/2017

Procedimiento: PENAL - APELACION PROCEDIMIENTO ABREVIADO

Ponente: ANDRES MARTINEZ ARRIETA

Tipo de Resolución: Sentencia

Resumen:

*Delito de tráfico de órganos, coacciones y lesiones. Art. 156 bis. Error de prohibición, contenido. Conocimiento de la antijuridicidad. Valoración desde la esfera del profano. La clandestinidad de la conducta evidencia el conocimiento. Alegación de un estado de necesidad por la enfermedad inviable al existir una alternativa razonable para remediar el mal existente. Inadmisibilidad de formas imperfectas de ejecución. Bien jurídico protegido: 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.

Encabezamiento

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 710/2017

Fecha de sentencia: 27/10/2017

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número del procedimiento: 2411/2016

Fallo/Acuerdo: Sentencia Desestimatoria

Fecha de Votación y Fallo: 11/10/2017

Ponente: Excmo. Sr. D. Andrés Martínez Arrieta

Procedencia: Audiencia Provincial de Barcelona. Sección Séptima.

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Sonsoles de la Cuesta y de Quero

Transcrito por: AMV Nota:

Resumen

*Delito de tráfico de órganos, coacciones y lesiones. Art. 156 bis. Error de prohibición, contenido. Conocimiento de la antijuridicidad. Valoración desde la esfera del profano. La clandestinidad de la conducta evidencia el conocimiento. Alegación de un estado de necesidad por la enfermedad inviable al existir una alternativa razonable para remediar el mal existente. Inadmisibilidad de formas imperfectas de ejecución.

Bien jurídico protegido: 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.

RECURSO CASACION núm.: 2411/2016

Ponente: Excmo. Sr. D. Andrés Martínez Arrieta

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Sonsoles de la Cuesta y de Quero

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 710/2017

Excmos. Sres.

D. Manuel Marchena Gómez

D. Andrés Martínez Arrieta

D. José Ramón Soriano Soriano

D. Francisco Monterde Ferrer

D. Pablo Llarena Conde

En Madrid, a 27 de octubre de 2017.

Esta sala ha visto el recurso de casación por infracción de Ley y de precepto constitucional, interpuesto por **D. Patricio**, representado por la procuradora Dña. M^a Jesús González Díez y defendido por la letrada Dña. Eulalia Romero; **D. Jose Daniel**, representado por la Procuradora Dña. Carmen de la Fuente Baonza; **y D. Andrés y D. Donato** ambos representados por la Procuradora Dña. María Dolores de Haro Martínez y defendido por el letrado

D. Marcos García Montes, contra la *sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección Séptima, de fecha 13 de octubre de 2016*, que les condenó por delito de tráfico de órganos, coacciones, usurpación de estado civil y lesiones, siendo también parte el Ministerio Fiscal.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Andrés Martínez Arrieta.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de Instrucción nº 4 de Hospitalet de Llobregat, instruyó Procedimiento Abreviado contra **Patricio, Jose Daniel, Donato y Andrés**, por delito de tráfico de órganos, coacciones, usurpación de estado civil y lesiones, y una vez concluso lo remitió a la *Audiencia Provincial de Barcelona, Sección Séptima, que con fecha 13 de octubre de 2016 dictó sentencia* que contiene los siguientes **HECHOS PROBADOS:** " Probado y así expresamente se declara que:

Los procesados son:

Andrés, mayor de edad, nacido en Serbia el día NUM000 de 1966 con NIE NUM001, en situación irregular en España según certificado de la UCRIF de fecha 13 de junio de 2016 (con decreto .de Expulsión de la Subdelegación de Gobierno de Tarragona de fecha 1 de febrero de 2007, respecto del que consta emitida una Orden Europea de Detención y Entrega con Número 54/2015 decretada por la Fiscalía de Munich en fecha 17 de Febrero de 2015), sin antecedentes penales a efectos de reincidencia, quien estuvo en situación de prisión provisional por esta causa desde el día 28 de Abril de 2015 hasta el día 14 de Octubre de 2015.

Patricio, mayor de edad, nacido en Francia el día NUM002 de 1984 con documento francés número NUM003, y respecto del que consta emitida una Orden Europea de Detención y Entrega con Número 55/2015 dimanante de los tribunales de justicia alemanes, con antecedentes penales no computables a efectos de reincidencia, quien estuvo en situación de prisión provisional por esta causa desde el día 28 de Abril de 2015 hasta el día 14 de Octubre de 2015.

Donato, mayor de edad, nacido en Francia el día NUM004 de 1981 con NIE NUM005, con antecedentes penales no computables a efectos de reincidencia, quien estuvo en situación de prisión provisional por esta causa desde el día 28 de Abril de 2015 hasta el día 14 de Octubre de 2015 Y Jose Daniel, mayor de edad, nacido en Marruecos el día NUM006 de 1982 con NIE NUM007, y con autorización administrativa para residir en España según certificado de la UCRIF de fecha 13 de junio de 2016 por constarle un permiso de residencia permanente de familiar de ciudadano de la U.E. con validez hasta el 23 de noviembre de 2023, sin antecedentes penales , quien estuvo en situación de prisión provisional por esta causa desde el día 28 de Abril de 2015 hasta el día 14 de Octubre de 2015.

Los hechos probados son:

El procesado Patricio fue diagnosticado a finales de Octubre de 2014 de una hipertensión arterial renal por la que debió ser ingresado en un centro hospitalario y consecuencia de la cual inició un tratamiento de hemodiálisis en el Centro de Diálisis de Reus "FRESENIUS MEDICAL CABE" que duró numerosas semanas hasta que fue derivado al hospital de Bellvitge para un trasplante de riñón.

Desde el primer momento, en octubre de 2014, Patricio se hizo pasar en numerosas ocasiones por su hermano y también procesado Donato ante las diferentes autoridades médicas que le dieron asistencia por razón de su enfermedad, valiéndose para ello de la tarjeta sanitaria del citado hermano Donato, disfrutando así de todos los beneficios que la sanidad pública catalana dispensa a los titulares de tal tarjeta sanitaria. Pasándose también por ese mismo hermano en las ocasiones y

circunstancias que más adelante se dirán.

Para lo anterior, el también procesado Donato (hermano de Patricio) le facilitaba su documentación cada vez que éste se la requería siendo pleno conocedor de dicha ilícita conducta.

Siendo también identificado así, como luego se verá, ante la Notaría de Miami-Platja.

Como se ha dicho, el Centro de Diálisis de Reus derivó al procesado Patricio al servicio de Nefrología del Hospital Universitario de Bellvitge sito en la población de L'Hospitalet de Llobregat donde el procesado tuvo una primera cita el día 22 de Diciembre de 2014. Y, tras efectuar una serie de pruebas médicas, y tres diferentes visitas a este centro médico, haciéndose pasar por Donato, se determinó que Patricio precisaba de un trasplante de riñón, siendo una de las opciones existentes la donación "inter vivos".

A partir de este momento los procesados Andrés, Patricio y Donato valiéndose de la colaboración imprescindible del también procesado Jose Daniel quien mantenía una relación de amistad y estrecha confianza con la familia, 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 inter vivos, normativa y requisitos de los que fueron escrupulosamente informados los procesados por parte de las autoridades sanitarias y, en concreto, por el médico que se encargaba de todo el proceso, el Doctor Iván.

Dicho plan consistía en localizar a un donante compatible con el procesado Patricio para que, a cambio de una cantidad determinada de dinero, aceptara presentarse ante las autoridades sanitarias como un amigo de la familia y someterse al trasplante de riñón contraviniendo los requisitos legales según los cuales el donante inter vivos debe prestar su consentimiento de forma expresa, libre, consciente y desinteresada. Andrés, como padre y jefe del clan familiar, mantuvo contacto con el procesado Jose Daniel quien se encargaba de la tarea de buscar al futuro donante estando de ello enterados y conformes el resto de los procesados.

De este modo Jose Daniel presentó a la familia Donato Patricio Andrés al súbdito marroquí Jose Antonio, en situación irregular en España según certificado del Grupo Operativo de Extranjeros de la Comisaría del Cuerpo Nacional de Policía de L'Hospitalet de Llobregat de fecha 5 de Mayo de 2015, con importantes limitaciones idiomáticas (al menos para expresarse), quien no tenía vínculo familiar alguno en nuestro país, y que residía en una vivienda ocupada por personas sin techo en la población de L'Hospitalet de l'Infant en Tarragona -cercana al domicilio de los procesados- y subsistía pidiendo limosna o trabajo a la gente.

Dicha situación de extrema necesidad del Sr. Jose Antonio fue aprovechada por los procesados quienes ofrecieron al futuro donante la cantidad aproximada de 6.000 euros si aceptaba entregar uno de sus riñones a Patricio.

Andrés con el fin de que la operación puesta en marcha llegara a buen puerto, mantenía con todos ellos comunicaciones telefónicas constantes a través de su terminal móvil número NUM008, asumiendo el pago de cuantos gastos se fueran ocasionando durante la ejecución de su ilícito plan.

Al tiempo que Andrés, encomendó al procesado Jose Daniel el control de Jose Antonio aprovechando su condición de compatriota del futuro donante.

De este modo Jose Daniel mantenía comunicaciones telefónicas constantes con el Sr. Jose Antonio a través de sus dos terminales móviles con números NUM009 y NUM010 siendo la persona con la que el Hospital de Bellvitge contactaba -bien telefónicamente bien por correo electrónico- para informar al donante de cuantas citas o pruebas tuviera que realizar .

Por su parte, Jose Daniel facilitaba comida al Sr. Jose Antonio cuando éste lo necesitaba y le decía a los procesados que le fueran adelantando dinero a cuenta de la suma final, así como también ponía a disposición de los procesados su vehículo marca BMW matrículaRKR para efectuar cuantos traslados fueran necesarios y asistía personalmente a las citas médicas, en compañía de los procesados Andrés y Patricio actuando como traductor para Jose Antonio.

Una vez localizado el donante, el procesado Patricio y Jose Antonio (el donante), desde Diciembre de 2014 hasta el 15 de Abril de 2015 se sometieron a cuantas pruebas y tratamientos fueron necesarios hasta concluir que ambos eran compatibles para llevar a cabo el trasplante de riñón; Pruebas y tratamientos que Patricio realizaba siempre bajo la identidad de su hermano, el procesado Donato.

Una vez concluido con éxito el preoperatorio, y conforme a la legislación vigente, los procesados debían acreditar ante el Comité Ético del Hospital de Bellvitge y ante el Juzgado del Registro Civil de L'Hospitalet de Llobregat que tramitaría el expediente de Jurisdicción Voluntaria relativo a la donación inter vivos de un órgano vital, la supuesta relación de amistad existente entre el procesado Patricio y el donante, Jose Antonio.

En ejecución del plan concebido por los procesados, y con el fin de cumplir con tal requisito, los procesados el día 13 de Abril de 2015 concertaron cita en la Notaría sita en el Número 81 de la Avenida Barcelona de la población de Miami-Platja en Tarragona, de la que era titular en la fecha de los hechos la lma. Sra. Notaria **Da. BEATRIZ ARIZON DEZA**, con el fin de elaborar un documento de declaración jurada acreditativo de la supuesta amistad entre el procesado y receptor Patricio y el donante Jose Antonio, declaración jurada en la que intervendrían como testigos el procesado Jose Daniel y la pareja de éste.

En dicha Notaría el procesado Patricio mantenido en el ánimo de hacerse pasar por su hermano Donato, se identificó ante la reseñada Notaria mediante la exhibición de la Carta Nacional de Identidad de la República Francesa con Número NUM011 a nombre de su hermano Donato en la que el procesado, una persona a su ruego, habían insertado una fotografía del propio Patricio. Presentada la documentación personal de Jose Antonio y de quienes habrían de intervenir como testigos, el procesado Jose Daniel y Enriqueta, la Notaria de referencia elaboró un documento según el cual el Sr. Jose Antonio, siguiendo las órdenes e indicaciones de los procesados, manifestaba tener una relación de amistad desde hacía más de diez años con el receptor, el procesado Patricio -a quien se identificaba en el documento notarial con el nombre de Donato - y expresaba "ser su deseo donar en vida uno de sus riñones al procesado, indicando que tal donación la hacía de forma voluntaria, altruista, confidencial, sin ánimo de lucro y con gratuidad, negando percibir ningún tipo de compensación económica de otra índole por la donación, ni percibir gratificación alguna por dicho acto".

Sobre las 13 horas del día 24 de Abril de 2015, siguiendo en todo momento las directrices dadas por el procesado Andrés, el procesado Jose Daniel trasladó a Jose Antonio y a Patricio en su vehículo marca BMV matrículaRKR hasta la Notaría de Miami-Platja con el propósito de que todas las partes firmaran la declaración jurada que había redactado a tal fin la referida Notaria. Sin embargo, una vez en la Notaría, Jose Antonio temeroso de las consecuencias que para su salud podría tener someterse a la operación de trasplante, se negó a firmar, siendo trasladado nuevamente por el procesado Jose Daniel hasta el inmueble abandonado en el que Jose Antonio residía.

Sobre las 15:00 horas del mismo día 24 de Abril de 2015, decidido el procesado Andrés a llevar a buen término su ilícito plan, aun contra la expresa voluntad del donante, se trasladó en compañía de su hijo Donato y de otros miembros de su familia cuya identidad no ha quedado acreditada, haciendo uso de la furgoneta de color negro marca MERCEDES modelo VITTO matrículaGGN hasta el inmueble en el que residía el Sr. Jose Antonio, procediendo Andrés y Donato a introducir por la fuerza al donante en dicho vehículo, trasladándolo hasta el domicilio de Andrés sito en el Número NUM012 de la CALLE000 de la población de Miami-Platja en Montroig del Camp en cuyo interior se hallaba el también procesado Jose Daniel.

En dicho lugar, guiados por el propósito de doblegar la voluntad del Sr. Jose Antonio, los procesados Andrés y Donato, durante aproximadamente media hora, profirieron gritos e insultos constantes contra Jose Antonio, recriminándole su decisión de no continuar con el trasplante, golpeándole en diversas partes del cuerpo (cuello, hombros, cabeza y espalda) todo ello en presencia de los demás miembros de la familia de los procesados y del propio Jose Daniel advirtiéndole al Sr. Jose Antonio sobre las consecuencias que para éste tendría no someterse al trasplante de riñón.

A pesar de los diversos golpes recibidos, Jose Antonio no se visitó en centro médico alguno hasta que el día 28 de Abril de 2015 fue explorado por el médico forense adscrito al Juzgado de Instrucción Número 4 de L'Hospitalet de Llobregat quien debido al tiempo transcurrido sólo pudo objetivar una "cervicalgia en la región izquierda", que precisó para su sanidad de una única primera asistencia facultativa e invirtió en su curación 5 días, ninguno de ellos impeditivo para el desarrollo de las ocupaciones habituales del Sr. Jose Antonio, quien reclama por estos hechos.

El día 27 de Abril de 2015 se procedió a la detención de los procesados, no pudiendo alcanzar su ilícito propósito.

Los procesados -entre todos ellos- han consignado en la cuenta de la Sala la cantidad de 10.200 euros en la fecha de la celebración del Juicio Oral".

SEGUNDO.- La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento: **"QUE DEBEMOS CONDENAR Y CONDENAMOS** a: **Andrés,** como autor responsable de un delito consumado de **TRÁFICO ILEGAL DE ÓRGANOS PRINCIPALES HUMANOS** del *Art. 156 bis. Nº1 del Código Penal*, con la circunstancia atenuante de reparación del daño, a la pena de **SEIS AÑOS DE PRISIÓN,** con la accesoria de inhabilitación especial del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, como autor responsable de un delito consumado de **COACCIONES** del *Art. 172 nº1 del Código Penal*, con la circunstancia atenuante de reparación del daño, a la pena de **SEIS MESES DE PRISIÓN,** con la accesoria legal de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante la condena, como

autor responsable de una **falta** consumada de **LESIONES** del *artículo 617 n°1 del C.P.* con la atenuante de reparación del daño, a la pena de **MULTA DE 30 DÍAS CON CUOTA DIARIA DE 15 EUROS** Y responsabilidad personal subsidiaria de un día de privación por cada dos cuotas no satisfechas.

Así como al pago del 3/10 partes de las costas procesales causadas.

En concepto de responsabilidad civil deberá de indemnizar conjunta y solidariamente con el resto de los procesados condenados a Jose Antonio por las lesiones causadas y el daño moral ocasionado, con la cantidad de 10.200 euros. A tal cuantía le será de aplicación el interés legal correspondiente con arreglo a lo dispuesto en el *artículo 576.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil* .

QUE DEBEMOS CONDENAR Y CONDENAMOS a, Patricio como coautor responsable de un delito consumado de **TRÁFICO ILEGAL DE ÓRGANOS PRINCIPALES HUMANOS EN EL SUBTIPO ATENUADO DE SER EL RECEPTOR** del *artículo 156 bis n°2 del Código Penal* , con la circunstancia atenuante de reparación del daño, a la pena de **CUATRO AÑOS DE PRISION**, con la accesoria de inhabilitación especial del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, como autor responsable de un delito consumado de **USURPACIÓN DEL ESTADO CIVIL** del *Art. 401 del Código Penal* , con la circunstancia atenuante de reparación del daño, a la pena de **SEIS MESES DE PRISIÓN**, y accesoria legal de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante la condena, así como al pago de 2/10 partes de las costas procesales ocasionadas.

En concepto de responsabilidad civil deberá conjunta y solidariamente indemnizar a Jose Antonio por las lesiones causadas y el daño moral sufrido, con la cantidad de 10.200 euros. A tal cuantía le será de aplicación el interés legal correspondiente con arreglo a lo dispuesto en el *artículo 576.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil* .

QUE DEBEMOS DE CONDENAR Y CONDENAMOS a, Donato

Como autor responsable de un delito consumado de **TRÁFICO ILEGAL DE ÓRGANOS PRINCIPALES HUMANOS** del *Art. 156 bis. N°1 del Código Penal* , con la circunstancia atenuante de reparación del daño, a la pena de **SEIS AÑOS DE PRISION**, con la accesoria de inhabilitación especial del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, como autor responsable de un delito consumado de **COACCIONES** del *Art. 172 n°1 del Código Penal* , con la circunstancia atenuante de reparación del daño, a la pena de **SEIS MESES DE PRISIÓN**, con la accesoria legal de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante la condena, como autor responsable de un delito consumado de **USURPACIÓN DEL ESTADO CIVIL** del *Art. 401 del Código Penal* , con la circunstancia atenuante de reparación del daño, a la pena de **SEIS MESES DE PRISIÓN**, y accesoria legal de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante la condena, como autor responsable de una falta consumada de **LESIONES** del *artículo 617 n°1 del C.P.* con la atenuante de reparación del daño, a la pena de **MULTA DE 30 DIAS CON CUOTA DIARIA DE 15 EUROS** Y responsabilidad personal subsidiaria de un día de privación por cada dos cuotas no satisfechas.

Así como al pago de las 4/10 partes de las costas procesales causadas.

En concepto de responsabilidad civil deberá de indemnizar conjunta y

solidariamente con el resto de los procesados condenados a Jose Antonio por las lesiones causadas y el daño moral ocasionado, con la cantidad de 10.200 euros. A tal cuantía le será de aplicación el interés legal correspondiente con arreglo a lo dispuesto en el *artículo 576.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil* .

QUE DEBEMOS DE CONDENAR Y CONDENAMOS a, Jose Daniel como autor responsable de un delito consumado de **TRÁFICO ILEGAL DE ÓRGANOS PRINCIPALES HUMANOS** del *Art. 156 bis. N°1 del Código Penal* , con la circunstancia atenuante de reparación del daño, a la pena de **SEIS AÑOS DE PRISION**, con la accesoria de inhabilitación especial del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena,

Así como al pago de 1110 parte de las costas procesales originadas.

En concepto de responsabilidad civil deberá de indemnizar conjunta y solidariamente con el resto de los procesados condenados a Jose Antonio por las lesiones causadas y el daño moral ocasionado, con la cantidad de 10.200 euros. A tal cuantía le será de aplicación el interés legal correspondiente con arreglo a lo dispuesto en el *artículo 576.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil* .

A todos los procesados les será abonable el tiempo que hubieren estado privados de libertad como preventivos.

Mandando el Tribunal que la pena sea cumplida en España.

Debiéndose de dar cuenta en su momento a la Autoridad Gubernativa correspondiente.

Notifíquese al Ministerio Fiscal y a las defensas de los condenados, haciéndoles saber que contra la presente cabe la interposición de recurso de casación que deberá, en su caso, prepararse ante esta Sección Séptima de la Audiencia Provincial, en el plazo legal desde su última notificación.

Así, por esta nuestra Sentencia, de la que se unirá testimonio al Rollo, en nombre de S.M. El Rey la pronunciamos, mandamos y firmamos en el lugar y fecha indicados".

TERCERO.- Notificada la sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por la representación de **Patricio, Jose Daniel, Donato y Andrés**, 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.- Formado en este Tribunal el correspondiente rollo, las representaciones de los recurrentes, formalizaron los recursos, alegando los siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN:

La representación de Donato y Andrés: PRIMERO.- En el primer motivo, se denuncia vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones del *art. 18.3 CE* por nulidad del auto de 9 febrero 2015 del Juzgado Central de Instrucción nº 2 de la Audiencia Nacional (folios 1446 y ss), que autorizó las escuchas telefónicas, por vulnerar el principio de especialidad al no especificar el delito concreto de tráfico ilegal de órganos humanos.

SEGUNDO.- Sostiene el motivo que ha existido vulneración del derecho a la presunción de inocencia en relación con las pruebas obtenidas ilícitamente, refiriéndose a las intervenciones telefónicas ya tratadas en el motivo anterior.

TERCERO.- El motivo discrepa de los jueces *a quibus* en punto al bien jurídico protegido del delito del *art. 156 bis CP* y a la conducta típica.

La representación de Patricio:

PRIMERO Y SEGUNDO.- En cuanto al primer motivo, en aras a la brevedad expositiva, damos por reproducida nuestra oposición al primer motivo de los anteriores recurrentes, por tratarse de la misma materia y planteamiento.

Sobre el segundo motivo, se defiende la inocencia del condenado porque -según el motivo- en ningún momento la presunta víctima admitió haber pedido o recibido precio por la donación.

TERCERO.- Infracción de Ley del *artículo 849.1 de la LECrim .*, por falta de aplicación del error de prohibición invencible de Ley del *artículo 14.3 (primer inciso) en relación al art. 156 bis, ambos del Código Penal .*

CUARTO.- Infracción de Ley del *artículo 849.1 de la LECrim .*, por falta de aplicación del error de prohibición invencible de Ley del *artículo 14.3 (segundo inciso) en relación al art. 156 bis, ambos del Código Penal .*

QUINTO.- Infracción de Ley del *artículo 849.1 de la LECrim .*, por falta de aplicación de la eximente incompleta de estado de necesidad del *artículo 20.5 en relación con el art. 156 bis, ambos del Código Penal .*

SEXTO.- Infracción de Ley del *artículo 849.1 de la LECrim .*, por falta de aplicación del *artículo 16.1 y 62 en relación con el art. 156 bis, todos del Código Penal .*

SÉPTIMO.- Infracción de Ley del *artículo 849.1 de la LECrim .*, por falta de aplicación del *artículo 156 bis. 2 en relación con el art. 156 bis, todos del Código Penal .*

OCTAVO.- Infracción de Ley del *artículo 849.1 de la LECrim .*, por aplicación indebida del *art. 21.5 del Código Penal .*

La representación de Jose Daniel:

PRIMERO.- Por vulneración del *artículo 24 de la CE* : por infracción del derecho constitucional a la presunción de inocencia, contenido en el *artículo 24.2 de la CE* , con base en el *artículo 5.4 de la LOPJ* e infracción del derecho al juez predeterminado por la ley.

QUINTO.- Instruido el Ministerio Fiscal del recurso interpuesto, la Sala admitió el mismo, quedando conclusos los autos para señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

SEXTO.- Por Providencia de esta Sala de fecha 20 de septiembre de 2017

se señala el presente recurso para fallo para el día 11 de octubre del presente año, prolongándose la deliberación del mismo hasta el día de la fecha.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRELIMINAR.- La sentencia impugnada condena a los recurrentes como autores de un delito de art. 156 bis, el denominado tráfico ilegal de órganos humanos, otro de coacciones, una falta de lesiones y otro de usurpación de estado civil, además de una falta de lesiones.

En síntesis el relato fáctico refiere que el acusado 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 del 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 Jose Daniel idearon un plan para aligerar el tiempo para el trasplante renal y, a tal efecto, contacta con un conocido de Jose Daniel, Jose 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 Jose Antonio y acude al hospital donde se comprueba la idoneidad del órgano para ser trasplantado. Siguiendo el plan llevan a Jose 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 Jose 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 Jose 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.

RECURSO DE Patricio

PRIMERO.- Este recurrente es el enfermo necesitado del trasplante y en cuyo interés y con su conocimiento se realizan las conductas declaradas probadas.

Formaliza un primer motivo en el que denuncia la vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones. Argumenta el recurrente que los teléfonos de los acusados eran objeto de injerencia telefónica en investigación de un delito de trata de seres humanos y de menores. En el curso de esa investigación, amparada por la resolución judicial de 9 de enero de 2015 se atiende una conversación en la que se refiere el pago a realizar y las referencias a un riñón, conversación fechada en el 20 de enero. Esta conversación motiva que la fuerza instructora lo participe al juzgado y solicite la prórroga, esta vez con la expresión del delito que se investiga, el tráfico de trasplantes, dando lugar al auto de 9 de febrero siguiente que es cuestionado por el

recurrente.

El tribunal de instancia explica en el fundamento primero la corrección constitucional y legal de la injerencia, propiciando su adopción, una vez que se ha constatado indicios de un nuevo delito, ciertamente relacionado con el anterior que se investigaba, pero referido a la actuación sobre un trasplante de persona viva a cambio de dinero, hecho relevante que da lugar a una nueva investigación que es la determinante de la nueva injerencia. El recurrente entiende que se ha vulnerado el principio de especialidad, tratándose de una investigación prospectiva a partir de la injerencia telefónica pues, alega, esa indagación ya constaba un objeto procesal distinto del que inicialmente amparaba la injerencia. Sin embargo nada permite acreditar esa situación que describe. Desde luego el recurrente no la cita y la sentencia refiere una conversación anterior referida al grupo sanguíneo que no es lo suficientemente asertiva sobre un nuevo objeto procesal y aparece relacionada con el delito que amparaba la investigación.

El tribunal actuó de acuerdo a la interpretación jurisprudencial sobre los hallazgos casuales, poniendo en conocimiento del órgano judicial un nuevo objeto de investigación, el 5 de febrero previo a la adopción del auto de 9 de febrero que prorrogó la injerencia acordada con un nuevo objeto resultante del hallazgo de la comisión de un hecho delictivo.

Nos remitimos a la argumentación vertida en el primer fundamento de la sentencia recurrida sobre la naturaleza y efectos y modo de actuar ante los hallazgos casuales en el curso de una investigación que el tribunal ha observado y que el recurrente no discute.

El motivo se desestima.

SEGUNDO.- En el segundo motivo cuestiona la correcta enervación del derecho a la presunción de inocencia. El recurrente afirma que la única actividad probatoria son las conversaciones intervenidas judicialmente, respecto a las que hemos declarado su acomodación legal y constitucional.

Hemos declarado que la presunción de inocencia se integra en nuestro ordenamiento como un derecho fundamental de toda persona en cuya virtud ha de presumirse su inocencia cuando es acusada en un procedimiento penal. Este derecho supone, entre otros aspectos, que corresponde a la acusación proponer una actividad probatoria ante el tribunal de instancia y que de su práctica resulte la acreditación del hecho del que acusa. El tribunal procederá a su valoración debiendo constatar la regularidad de su obtención y su carácter de prueba de cargo, es decir, con capacidad para alcanzar, a través de un razonamiento lógico, la declaración de un hecho típico, antijurídico, penado por la ley y que pueda ser atribuido, en sentido objetivo y subjetivo, al acusado, debiendo expresar en la sentencia el relato de convicción y el razonamiento por el que entiende que se ha enervado el derecho fundamental a la presunción de inocencia.

Corresponde al tribunal de casación comprobar que el tribunal ha dispuesto de la precisa actividad probatoria para la afirmación fáctica contenida en la sentencia, lo que supone constatar que existió porque se realiza con observancia de la legalidad en su obtención y se practica en el juicio oral bajo la vigencia de los principios de inmediación, oralidad, contradicción efectiva y publicidad, y que el razonamiento de la convicción obedece a criterios lógicos y razonables que permitan su consideración de

prueba de cargo.

En el caso de la casación el tribunal expresa la prueba practicada consistente en la documental acreditativa de la situación y enfermedad del recurrente, quien lo admite. Además, tiene en cuenta el sometimiento al régimen de trasplantes que viene averado por el doctor que le atiende y es expresivo de las explicaciones dadas y la información completa sobre la Organización Nacional de Trasplantes. La realidad del contacto con el supuesto donante es afirmada documental, a través de la Notaría, y resulta de dos intervenciones telefónicas que recogen sendas llamadas. En una, el coimputado Jose Daniel refiere las necesidades económicas de la persona con la que ha contactado para ofrecer su riñón, y en otra conversación entre el donante y el recurrente se refiere esa necesidad y el pago que realizará su padre cuando regrese.

El razonamiento que realiza el tribunal a partir de esa prueba es razonable y lleno de lógica y no se desvanece por la versión y valoración de la prueba que el recurrente realiza a partir de la prueba que el tribunal recoge como fundamento de su convicción.

Constatada la existencia de la precisa actividad probatoria, el motivo se desestima.

TERCERO.- En el tercer motivo denuncia un error de derecho por la indebida aplicación del *art. 156 bis y del art. 14.3 del Código penal*. Arguye, como fundamento de su impugnación que el referido tipo penal es de reciente creación, que no tiene desarrollo jurisprudencial, que no es de fácil entendimiento para el recurrente, llegando a sostener que es "obligatoria una previa delimitación que realice la jurisprudencia para valorar el alcance real de la figura delictiva, sentando las bases de lo que es y no es delito". Parece sugerir que la entrada en vigor de un norma penal no resulta de la publicación y *vacatio legis* de la norma, sino que, requiere, además un desarrollo jurisprudencial que fije su inteligencia y contenido típico.

El motivo se desestima. La entrada en vigor de la norma tiene una forma específica señalada en la Constitución y en la ley, y en ningún momento requiere un desarrollo jurisprudencial. Por otra parte, si lo que pretende es cuestionar la correcta actuación del principio de legalidad, este principio es observado mediante la contratación de la previa promulgación de la figura típica, desde 2010, a los hechos acaecidos en 2015.

También refiere en la impugnación la concurrencia de un error de prohibición. De acuerdo a nuestros precedentes jurisprudenciales, por todas *STS. 601/2005 de 10.5*, el error de prohibición se configura como el reverso de la conciencia de antijuricidad y como recuerdan las *SSTS. 17/2003 de 15.1*, *755/2003 de 28.5* y *861/2004 de 28.6*, la doctrina y la ley distinguen entre los errores directos de prohibición, es decir, los que recaen sobre la existencia de la norma prohibitiva o imperativa, y los errores indirectos de prohibición que se refieren a la existencia en la ley de la autorización para la ejecución de una acción típica (causa de justificación) o a los presupuestos de hecho o normativos de una causa de justificación. En este sentido la *STS. 457/2003 de 14.11*, declara que el error de prohibición, consiste en la creencia de obrar lícitamente si el error se apoya y fundamenta en la verdadera significación antijurídica de la conducta. Esta creencia en la licitud de la actuación del agente puede venir determinada por el error de la norma prohibitiva, denominado error de prohibición directo, como sobre el error acerca de una causa de justificación, llamado error de prohibición indirecto, produciendo ambos la exención o exclusión de

la responsabilidad criminal, cuando sea invencible. En los casos de error vencible se impone la inferior en uno o dos grados, según el *art. 14.3 del Código Penal* .

Del mismo modo, hemos dicho *STS 411/2006, de 18-4 , 1287/2003, de 10-10* , que para sancionar un acto delictivo el conocimiento de la ilicitud del hecho no tiene que ser preciso en el sentido de conocer concretamente la gravedad con el que el comportamiento realizado es sancionado por la Ley. 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 antijurídica es lo que se ha denominado doctrinalmente el conocimiento paralelo en la esfera del profano sobre la ilicitud de la conducta que se realiza.

Ello determina que sea penalmente irrelevante el error de subsunción, es decir el error sobre la concreta calificación o valoración jurídica de la conducta realizada, y únicamente concurre error de prohibición en el sentido del *art. 14.3 CP* . cuando el agente crea que la conducta que subsume erróneamente es lícita, al no estar sancionada por norma alguna. Si conoce su sanción penal no existe error jurídicamente relevante aún cuando concorra error sobre la subsunción técnico-jurídica correcta.

Desde la perspectiva expuesta constatamos que ni el relato fáctico, cuyo respeto es la base de la impugnación, ni el propio recurrente expresa un hecho que fundamente la existencia de un error. El relato fáctico refiere la existencia de la enfermedad, la necesidad del trasplante y la realización de una conducta para su obtención de un donante vivo a cambio de dinero. El recurrente conocía la existencia de la Organización Nacional de Trasplantes, el sistema público de trasplante y había sido puntualmente informado de su existencia y decide no seguirlo sino procurarse un órgano de una persona que por su necesidad económica accedía a la intervención a cambio de dinero. Además, evidencia ese conocimiento de la ilicitud el propio comportamiento del recurrente y su familia en circunstancias que ponen de manifiesto la clandestinidad de la conducta, anticipando y regateando cantidades de dinero al supuesto donante, sabedor de su situación de necesidad que es aprovechada en la realización de la conducta. De igual manera, la clandestinidad resulta en la visita al Notario y la reacción violenta al conocer el arrepentimiento del supuesto donante quien iba a expresar, mendazmente, la condición de amigo y el carácter altruista de la donación.

No hay ningún apartado del relato fáctico que propicie una acreditación del error por lo que el motivo se desestima.

CUARTO.- En el cuarto motivo reproduce la anterior impugnación desde la consideración del error como vencible. Como hemos declarado en el fundamento anterior no se declara en el relato ningún extremo fáctico que propicie una declaración de error, vencible o invencible. En todo caso la estancia en el centro de salud y en el hospital le supuso conocer, o poder conocer, todo lo relativo a su trasplante y podía desvanecer, en el caso de que existiera, el peligro que aduce en el recurso.

QUINTO.- Con el mismo ordinal denuncia la inaplicación de la circunstancia de exención incompleta de estado de necesidad. Refiere como fundamento de la impugnación la enfermedad del recurrente al que no puede exigírsele comportamientos heroicos ni sacrificios sobrehumanos.

El motivo se desestima. Como motivo formalizado por error de derecho se debe partir de un respeto al relato fáctico de manera que se denuncia un error de

subsunción al no ajustarse al hecho probado la norma aplicada o inaplicada.

En el caso denuncia que existía una situación de necesidad derivada de la enfermedad y la necesidad de poner remedio. No le falta razón al recurrente en la identificación de su mal, pero es el propio ordenamiento y el sistema de salud pública el que plantea el remedio a la situación que da solución a la situación que el recurrente expone: la enfermedad y la necesidad de trasplante. Ese remedio es la alternativa dispuesta para subvenir a la situación que describe, no siendo admisible una actuación por vía de hecho dirigida a procurarse un órgano a espaldas del ordenamiento y de los principios que lo informan 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.

Como indica la *Sentencia nº 1216/2009 de 3 de diciembre*, y ratifica la *nº 13/2010 de 21 de enero*, ha de partirse de 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 que el delito supone -dañando el bien jurídico protegido por esa figura delictiva- 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. De tal premisa deriva la exigencia, para estimar cualquier atenuación de la responsabilidad penal, de dos valoraciones: a) la de la proporcionalidad y b) la de la necesidad. La primera lleva a comparar el mal causado y el que se pretende evitar. Si se concluye que existe entre ambos una muy relevante desproporción, además de excluirse la exención, completa o incompleta, se excluirá también la analogía. Y así se ha entendido frecuentemente cuando el bien atacado es la salud pública para obtener ingresos económicos. La segunda exige que el mal a evitar se presente como real, grave e inminente. De la medida de tales notas dependerá la intensidad de la influencia del estado en la medida de la responsabilidad penal. Pero además se requiere 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.

Desde el relato fáctico no se refiere una situación de necesidad, pues estaba siendo remediada la enfermedad, y en todo caso, las alternativas a la situación no hacían precedente la lesión de otro bien jurídico.

SEXTO.- Cuestiona en este motivo la inaplicación del *art. 16 y 52 del Código penal*, en relación con el *art. 156 bis del Código penal*, entendiéndolo imperfecta la comisión delictiva del delito de tráfico de órganos.

El motivo guarda una estrecha relación con el tercero de los otros dos recurrentes y tiene que ver con la naturaleza del delito, si de mera actividad o de resultado, pues sabido es que los primeros no admiten formas imperfectas de comisión, que si se produce en los segundos, como delitos de resultado en los que concurre una acción que produce una modificación de una situación preexistente, el resultado típico.

Para ese análisis 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.

Desde la perspectiva expuesta, la tipicidad se asienta sobre cuatro verbos nucleares: favorecer, promover, y facilitar, los mismos que en el delito contra la salud pública por tráfico de drogas, y publicitar, actuaciones sobre el trasplante y tráfico de órganos, describiendo con esas conductas actuaciones que suponen la punición de conductas iniciales del trasplante como la desarrollada por los acusados que habían concertado un trasplante de un órgano de un ser vivo a cambio de precio, aprovechando su situación de necesidad expresada en el relato fáctico con la expresión de vivir de la limosna de terceras personas. El ejemplo sobre la admisibilidad excepcional de formas imperfectas de ejecución en el delito de tráfico de drogas, no es predicable para este delito en el que la acción de favorecer la realización de un tráfico o de un trasplante de órganos, de manera ilegal, se realiza con la conducta que se expresa en el hecho probado.

Consecuentemente el motivo se desestima

SÉPTIMO.- Formaliza un séptimo motivo por error de derecho al aplicar indebidamente, afirma, el *art. 156 bis del Código penal*, al sostener que el recurrente, receptor del órgano debió ver reducida su pena en dos grados en lugar de uno que ha dispuesto la sentencia impugnada.

Como en los anteriores motivos la impugnación se formaliza por error de derecho y desde ese respeto al relato fáctico debe expresarse la queja por el error en la subsunción. Ningún error cabe declarar cuando el tribunal se ajusta a la previsión de penalidad dispuesta en el tipo penal, la posibilidad de reducir en uno o dos grados la pena señalada al autor que promueve o facilita u tráfico de órganos. La previsión es la

de imponer la misma pena que a los terceros, o la de reducir en uno o dos grados. El tribunal ha decidido reducir la pena en un grado y para ello atiende al grado de implicación en el hecho de este recurrente, que participa en la entrega de cantidades periciales y en la culpabilidad expresada derivada del aprovechamiento de la situación de necesidad que se describe.

El tribunal razona la penalidad impuesta y ningún error cabe declarar.

OCTAVO.- En el último de los motivos nuevamente cuestiona un error de derecho en esta ocasión por aplicación indebida del *art. 21.5 del Código penal*, cualificando la atenuación y reduciendo la pena en uno o dos grados.

Dijimos en la *STS de 20 de julio de 2015* que la meritada circunstancia de atenuación, por su naturaleza objetiva prescinde de los factores subjetivos propios del arrepentimiento, que la jurisprudencia ya había ido eliminando en la atenuante anterior. Por su fundamento de política criminal se configura como una atenuante "ex post facto", que no hace derivar la disminución de responsabilidad de una inexistente disminución de la culpabilidad por el hecho, sino de 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 se amplía respecto de la antigua atenuante de arrepentimiento y la actual de confesión, pues 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. La reparación realizada durante el transcurso de las sesiones del plenario queda fuera de las previsiones del legislador, pero según las circunstancias del caso puede dar lugar a una atenuante analógica.

El elemento sustancial de esta atenuante 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 *artículo 110 del Código Penal*, pues este precepto se refiere exclusivamente a 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.

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, ser valorada como un indicio de rehabilitación que disminuye la necesidad de pena"

Ahora bien constituye, a su vez, un referente atendible la naturaleza del delito, cuyos efectos nocivos se tratan de reparar. Si se trata de delitos estrictamente

patrimoniales, como hurto, apropiación indebida, estafa, robo con fuerza, etc. es posible que el único bien jurídico protegido, el patrimonio privado, pueda ser íntegramente reparado en su plenitud.

No ocurre lo mismo en el pago de una indemnización económica señalada por unos perjuicios derivados de la lesión de bienes jurídicos personales. El daño ocasionado es irreparable y no tiene vuelta atrás. El pago de tales perjuicios económicos aunque fuera íntegro, sólo en parte, podría compensar las consecuencias de la lesión del bien jurídico que se protege.

En el caso el recurrente no rellena los presupuestos a los que nos hemos referido por la configuración en el juicio oral no supone una conducta dirigida a facilitar el funcionamiento del servicio público lo que podrá significar la aplicación de la atenuante de análoga significación, como hemos dicho en alguna Sentencia.

RECURSO DE Donato Y Andrés

NOVENO.- Los dos recurrentes formaliza tres motivos, por vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones, al que hemos dado respuesta en el primero de los fundamentos de esta Sentencia, al derecho a la presunción de inocencia, cuyo contenido es similar al razonado en el segundo fundamento, si bien los recurrentes lo plantean como subsidiario del anterior por vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones. En el tercero plantea un error de derecho por falta de tipicidad de la conducta desde la perspectiva del bien jurídico al que hemos dado respuesta en el sexto de los fundamentos de esta sentencia para su desestimación.

RECURSO DE Jose Daniel

DÉCIMO.- Plantea un único motivo de oposición en el que se limita a cuestionar la valoración de la prueba y concreta su queja casacional en que el tribunal afirma que no es creíble la versión de los hechos proporcionada por este recurrente.

Como expusimos con anterioridad el alcance del derecho a la presunción de inocencia cuando es invocada en el recurso de casación no puede suponer una revaloración de la prueba, pues no dispones de la prueba practicada a la presencia del tribunal que puede realizarla, *art. 741 de la ley procesal*, sino el de comprobar que el tribunal de instancia ha dispuesto de la precisa actividad probatoria, que tiene sentido de cargo, que es lícita y de obtención regular y que expresa en la motivación de la sentencia la convicción obtenida. En el sentido expuesto basta con la lectura de las páginas 49 a 55 de la sentencia para comprobar que el tribunal ha dispuesto de una actividad probatoria lícita y regular y con sentido de cargo y que el tribunal explicita en la argumentación la convicción y lo hace con la racionalidad precisa para conformar un correcto ejercicio de la función jurisdiccional.

FALLO

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

Desestimar los recursos de Casación interpuestos por las representaciones procesales de **Patricio, Jose Daniel, Donato y Andrés**, contra *sentencia dictada el día 13 de octubre de 2016* en causa seguida contra ellos mismos, por delito de tráfico de órganos, coacciones, usurpación de estado civil y lesiones.

Imponer a dichos recurrentes el pago de las costas ocasionadas en sus respectivos recursos.

Comuníquese esta resolución a la mencionada Audiencia a los efectos legales oportunos, con devolución de la causa.

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

Así se acuerda y firma.

Manuel Marchena Gómez Andrés Martínez Arrieta

José Ramón Soriano Soriano

Francisco Monterde Ferrer Pablo Llarena Conde