EL DERECHO PENAL Y EL DEPORTE. ESPECIAL REFERENCIA A LA VIOLENCIA Y EL DOPAJE

Fidel Ángel Cadena Serrano
Fiscal del Tribunal Supremo

Resumen: El autor estudia el tema de las lesiones deportivas y su relación con el derecho penal. Tras un amplio excurso histórico, se aborda, desde el ámbito del derecho penal, la regulación de la violencia en el deporte, exponiendo la forma en que se ha contemplado por los autores y Códigos históricos y contemporáneos. Partiendo de la necesidad de aplicar el derecho penal al deporte y del artículo 43.3 CE, el trabajo estudia la posibilidad de apreciar los institutos del caso fortuito, principio de insignificancia, adecuación social como causa de exclusión del tipo, causa de justificación del ejercicio legítimo de un derecho o profesión o autorización estatal legitimadora a las lesiones producidas como consecuencia de la actividad deportiva. También se profundiza en el estudio de los principios básicos del derecho administrativo disciplinario en la materia, representado por la Ley 10/1990 del Deporte, y de la responsabilidad civil dimanante de la violencia deportiva. En el artículo se estudian además las responsabilidades penal y administrativa disciplinaria en el ámbito del dopaje en el deporte. Especial referencia merece el análisis de la LO 7/2006, de promoción de la salud y lucha contra el dopaje en

Recibido: junio 2007. Aceptado: septiembre 2007

el deporte, así como el estudio de los artículos 359, 360, 361,362 y del novedoso artículo 361 bis, todos ellos del CP. El autor estudia asimismo la normativa internacional que converge en la materia y la regulación penal del fenómeno del doping en los derechos francés e italiano.
Palabras clave: Asunción del riesgo, consentimiento, principio de insignificancia, Código Mundial Antidopaje, Comité Olímpico Internacional, sustancias farmacológicas, dopaje sanguíneo, dopaje genético, modificación de las capacidades físicas y alteración de resultados deportivos.

Abstract: The author studies the topic of the sports injuries and its relation with the criminal law. The regulation of the violence is approached exposing the form in which it has been contemplated by the authors and historical and contemporary Codes. Departing from the need to apply the criminal law to the sport and from the article 43.3 CE, the work studies the possibility of estimating the institutes of the act of God, principle of insignificance, social adequacy as reason of exclusion of the type, legitimate exercise of a right or profession or state authorization legitimating the injuries produced as consequence of the sports activity. Also are analysed the basic principles of the disciplinary administrative law, represented by the Law 10/1990 of the Sport, and of the civil responsibility in the matter, as well as the penal and disciplinary administrative responsabilities in the area of the doping in the sport. Special reference deserves the analysis of the LO 7/2006, of promotion of the health and fight against the doping in the sport, as well as the study of the articles 359, 360, 361,362 and of the new article 361 bis, all of them of the CP. The author studies likewise the international regulation that converges on the matter and the penal regulation of the phenomenon of the doping on the French and Italian Law.
Keywords: Asuncion of the risk, assent, principle of insignificance, World Code Antidoping, Olympic International Committee, pharmacological substances, blood doping, genetic doping, modification of the physical capacities and alteration of sports results.

Ser un campeón entraña algo más que cruzar primero la línea de llegada. Un campeón es más que un ganador. Un campeón es alguien que respeta las reglas, rechaza el dopaje y compite dentro del espíritu del juego limpio.

JACQUES ROGGE. Presidente del COI

I. Introducción

Como reza el Preámbulo de la Ley 10/19990, el deporte, en sus múltiples y muy variadas manifestaciones, se ha convertido en nuestro tiempo en una de las actividades sociales con mayor arraigo y capacidad de movilización y convocatoria. El deporte se revela como un elemento fundamental del sistema educativo y su práctica es importante en el mantenimiento de la salud, por lo que se erige en un factor corrector de desequilibrios sociales que contribuye al desarrollo de la igualdad entre los ciudadanos, crea hábitos favorecedores de la inserción social y, asimismo, su desarrollo en equipo fomenta la solidaridad. Todo esto conforma el deporte como elemento determinante de la calidad de vida y la utilización activa y participativa del tiempo de ocio en la sociedad contemporánea. La importancia del deporte fue proclamada en el conjunto de principios rectores de la política social y económica que recoge el Capítulo tercero del Título I de la Constitución, que en su artículo 43.3 señala: «Los poderes públicos fomentarán la educación sanitaria, la educación física y el deporte. Asimismo, facilitarán la adecuada utilización del ocio».

La regulación del deporte por el derecho no puede, por ello, contemplarse como una intolerable invasión de éste en la estanca intimidad de aquél. Todo lo contrario, el ejercicio de la actividad deportiva no puede ni debe constituir una isla alejada de la regulación jurídica, impermeable a los principios básicos del derecho y sustraída a la aplicación de las normas que regulan los contratos, sociedades, relaciones laborales, sistemas impositivos fiscales, adquisiciones de nacionalidad, matrimonios de conveniencia, control de cambios, evasión de divisas, fraudes de ley o el sometimiento de las Federaciones deportivas, asociaciones deportivas, clubes, entidades deportivas o Ligas Profesionales al control de la Administración. Por último, y, sobre todo, no puede ni debe vivir al margen del derecho penal, que desde sus principios conformadores de la subsidiariedad y última ratio se destaca como el recurso estatal más relevante en la protección

de los bienes e intereses jurídicos elementales garantizadores de la armónica convivencia social.[1]

Sobre la necesaria vinculación del deporte al derecho existen voces críticas. Así, no faltan quienes, como advierte ESER, consideran que el deporte debería quedar completamente al margen del derecho penal, pues «determinadas prácticas deportivas desaparecerían si se persiguiese penalmente cualquier infracción delictiva», exclusión del derecho penal que pretende extenderse, por otros, a todos los demás ámbitos sectoriales del ordenamiento jurídico, a través del sistema disuasivo de imposición de sanciones impuesto por determinadas Federaciones Nacionales e Internacionales a los clubes y deportistas asociados o integrados en las mismas por acudir a las instancias judiciales ordinarias.[2] Tal panorama, proclive a la autorregulación del derecho deportivo, ha permitido acuñar la frase de que «resulta escandaloso ver cómo el propio derecho penal se detiene a las puertas de un estadio»[3].

Frente a esa tendencia a la justificación de una regulación deportiva independiente o autónoma, debe recordarse que el derecho penal es un sistema de control social de comportamientos, que se ejercita, sobre todo, a través de las normas —y si son inobservadas a través del proceso y la sanción—, y que dichas normas penales protegen las condiciones elementales mínimas para la convivencia, motivando, al mismo tiempo, a las ciudadanos para que se abstengan de lesionar el mínimum eticum de

---

1 PAREDES CASTAÑÓN, J. M., "La responsabilidad del deportista: el ejemplo del boxeador", Revista Española de Derecho Deportivo, 1995, número 5, págs.81 y ss.

2 SENTENCIA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE LA RIOJA, de 8 de septiembre de 2004.

3 CUCHI DENIA, J. M., "La incidencia del derecho penal en la disciplina deportiva: la aplicación del principio non bis in idem", Revista Española de Derecho Deportivo, 1997, número 8, págs. 151 y ss. En dicho artículo el autor atribuye la cita a T. R. Fernández en el libro "El ordenamiento jurídico del deporte, de M.C. González Grimaldo, Civitas, Madrid, 1974, pág. 15.

dicha convivencia. Desde esa doble perspectiva de protección y motivación, las normas penales no pueden quedar extramuros de la actividad lúdica o profesional del deporte.[4] En cuanto a la legitimidad intrínseca del derecho penal, que como instrumento punitivo del Estado debe ser respetuoso con la dignidad y la libertad humanas, meta y límite del Estado democrático y social que proclama el artículo 1.1 CE, para adentrarse en el ámbito de la actividad deportiva, tampoco puede entenderse que exista una intromisión excesiva del poder estatal en la vida privada de las personas si se aviene a regular el ejercicio profesional o incluso aficionado del deporte, sancionando los actos de violencia deportiva en las gradas, entre espectadores o entre los propios deportistas en aquellos supuestos en que se ha atentado contra bienes jurídicos básicos de la convivencia social.[5] En otro orden de cosas y al margen del derecho penal, sentencias como la del célebre caso Bosman han puesto de relieve la legitimidad del sometimiento del deporte al derecho y la interconexión de aquél con diversas ramas jurídicas, como el derecho comunitario, constitucional o laboral.

Como conclusión, la propuesta de creación de un «ámbito jurídico libre» en favor de mecanismos propios e independientes de autorregulación deportiva, con creación de tribunales especiales no es hoy aceptada por la ley o la dogmática. Es por ello que la Exposición de Motivos de la Ley 10/1990, proclama que «el objetivo fundamental de la nueva Ley es regular el marco jurídico en que debe desenvolverse la práctica deportiva en el ámbito del Estado rechazando, por un lado, la tentación fácil de asumir un protagonismo público excesivo y, por otro lado, la propensión a abdicar de toda responsabilidad en la ordenación y racionalización de cualquier sector de la vida colectiva». Responsabilidad

---

4 MUÑOZ CONDE, F. y GARCÍA ARÁN, M., "Derecho Penal. Parte general. ", sexta edición, editorial Tirant lo Blanc, Valencia, 2004, págs. 31 a 35, 59 a 62 y concordantes.

5 MUÑOZ CONDE, F. y GARCÍA ARÁN, M., op.cit., págs. 78 y ss.

especialmente sensible en la prevención, control y sanción de la violencia y el dopaje en el ámbito deportivo.

Justificada, así, la regulación de las lesiones deportivas por el derecho penal, el objeto de la primera parte de este trabajo será comprobar si las lesiones realmente heterogéneas producidas en el ámbito de la actividad deportiva —jugadores que golpean a otros o al propio árbitro, espectáculos de violencia en las gradas, lanzamientos de bengalas por los espectadores que hieren a otros espectadores o deportistas— quedan o no exoneradas o justificadas por el propio derecho penal, estableciendo en su caso cuál es el ámbito de impunidad de aquellas conductas a fin de que no se produzca una inadmisible extensión de la violencia en el deporte, tal y como expresa GARCÍA VALDÉS.[6]

II. La responsabilidad disciplinaria administrativa por la violencia deportiva en la Ley 10/1990 del Deporte

Habíamos destacado ya el carácter subsidiario del Derecho penal. A esta rama jurídica le corresponde una función eminentemente protectora de los bienes jurídicos básicos de la convivencia, que se recogen en el CP y las leyes penales especiales. Pero no es el único instrumento de sanción de que se sirve el Estado, pues todas las divisiones sectoriales del Ordenamiento jurídico poseen su propio sistema de sanciones para reaccionar ante el incumplimiento de sus normas. Así, en el ámbito de la disciplina deportiva el legislador ha diseñado un sistema de sanciones, que empieza por articularse en la Ley 10/1990, del Deporte y en las disposiciones que le sirven de desarrollo. No debe olvidarse, por tanto, la relación de interdependencia, siempre existente, del derecho penal con el resto de normas jurídicas, dada la voluntad de coherencia del Ordenamiento jurídico. En principio, en ese aparente concurso

6 GARCÍA VALDÉS, C., "Responsabilidad por lesiones deportivas", Anuario de Derecho penal y Ciencias penales, Tomo XLVI, Fascículo III, septiembre-diciembre, 1993, Madrid.

de sectores del ordenamiento jurídico —derecho penal y derecho disciplinario deportivo—, el papel reservado al Derecho penal es, en virtud de su carácter de última ratio, entrar en juego cuando han fracasado las barreras de protección del derecho administrativo sancionador de la violencia en el deporte, debiendo, también en teoría excluirse su aplicación cuando el ataque al bien jurídico no sea relevante o el bien jurídico no sea tan importante —principio de insignificancia—, o cuando el conflicto pueda ser solucionado con la simple aplicación de las normas disciplinarias —principio de subsidiariedad—.[7]

Como destaca, en lección magistral, GARCÍA VALDÉS[8], en principio, se excluyen del ámbito objetivo de aplicación de las normas penales un conjunto de conductas contrarias al buen orden deportivo que el legislador ha entendido suficientemente reprimidas ya por el derecho disciplinario. De esta manera, el diseño legislativo de la responsabilidad jurídica por la violencia en el deporte, comienza con la ya citada Ley 10/1990, en cuyo artículo 73 se configura el ámbito de la disciplina deportiva, cuando se trata de actividades o competiciones de dimensión estatal y, en su caso, internacional, o afecte a personas que participen en ellas, extendiéndose a las infracciones de las reglas de juego o de competición y normas generales tipificadas en la misma, en sus disposiciones de desarrollo y en las normas estatutarias y reglamentarias de clubes deportivos, Ligas profesionales o Federaciones deportivas. De conformidad con el artículo 73.2 de la Ley 10/1990 «son infracciones de las reglas del juego o competición las acciones u omisiones que, durante el curso del juego o competición, vulneren, impidan o perturben su normal desarrollo», mientras que «son infracciones a las normas generales deportivas las demás acciones u omisiones que sean contrarias a lo dispuesto por dichas normas».

Debemos reparar en que las conductas contrarias al buen orden deportivo por infracción de las reglas de juego o compe-

7 MUÑOZ CONDE, F. y GARCÍA ARÁN, M., op. cit., págs 73,74 y 75.

8 GARCÍA VALDÉS, C., op.cit, págs 967 y 968.

tición o de las normas generales deportivas pueden contenerse tanto en la Ley 10/1990, como en los Estatutos y Reglamentos de clubes, Ligas profesionales o Federaciones, así como en las disposiciones que desarrollan la referida Ley del Deporte, que es la norma de rango legal que dota de la necesaria cobertura de legalidad ordinaria a todas las demás normas sancionadoras previstas bajo su égira. También merece destacarse que la potestad disciplinaria se atribuye a jueces o árbitros, clubes deportivos, Federaciones deportivas a través de los órganos contemplados en sus estructuras, Ligas Profesionales y, finalmente, a los Comités autonómicos y al Comité Español de Disciplina Deportiva, sobre las mismas personas y entidades que las Federaciones deportivas españolas, sobre estas mismas y sus directivos, y sobre las Ligas profesionales.[9] En una primera aproximación, por tanto, se excluirán del ámbito de aplicación de las normas penales todas aquellas conductas tipificadas cono infracciones muy graves, graves o leves en la Ley 10/1990, del Deporte, en las normas que la desarrollan y en los Estatutos y Reglamentos de los demás titulares de la potestad disciplinaria. El recurso a las técnicas de tutela extrapenal se muestra así coherente con la concepción del Derecho penal como última ratio, susceptible de aplicarse tan sólo ante las formas más graves de ataque a los bienes jurídicos básicos y esenciales de las personas participantes en la actividad deportiva, bienes generalmente representados por la vida e integridad física[10]. Esa fue, por otro lado, la voluntas legislatoris expresada en la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 3/1989, de 21 de junio, de Actualización del CP, cuando proclamó que «nuestro sistema penal tiene una amplitud excesiva, siendo grande el número de las infracciones penales carentes de sentido en la actualidad, sea

9 Artículo 74.2.e) de la Ley 10/1990, de 15 de octubre, del Deporte.

10 La STS de 24.2.2003, al respecto, establece que «para determinar en qué casos habrá de acudirse al Derecho Penal y qué conductas serán merecedoras de una sanción administrativa, ha de partirse del principio de intervención mínima que debe informar el Derecho Penal en un moderno Estado de Derecho. Sólo ante los ataques más intolerables será legítimo el recurso al derecho penal».

porque ha desaparecido su razón de ser, sea porque el Derecho privado o el Derecho administrativo están en condiciones de ofrecer soluciones suficientes, con la adicional ventaja de preservar el orden de lo delictivo en su lugar adecuado, que debe ser la cúpula de los comportamientos ilícitos».

La solución del legislador permite además optimizar recursos judiciales, que no deben conocer de comportamientos de insignificante relevancia o adecuado encaje en el derecho disciplinario deportivo —de minoris non curat Praetor—, siempre sin olvidar que el sistema estatal de persecución y castigo de infracciones deportivas se autoprotege y cierra con una cláusula de salvaguardia y preferencia de la jurisdicción penal, contenida en el artículo 83 de la Ley 10/1990, al establecer que los órganos disciplinarios competentes comunicarán al Ministerio Fiscal aquellas infracciones que puedan revestir caracteres de delito o falta penal.

III. Los principios básicos del Derecho administrativo sancionador: reserva de Ley, preferencia de la jurisdicción penal y *non bis in idem*

La coexistencia de delitos y faltas con infracciones administrativas constituye una realidad que día a día se incrementa y que da lugar a complejos problemas de articulación de ambos sistemas jurídicos de castigo. En puridad, tal coexistencia no constituye un desiderátum. La STC 77/1983, de 3 de octubre, sobre este particular, señaló que «en un sistema en que rigiera de manera estricta y sin fisuras la división de poderes del Estado, la potestad sancionadora debería constituir un monopolio judicial», recordando no obstante, a continuación, cómo tal sistema de monopolio del Poder Judicial no resultaría ni viable ni conveniente, pues se recargaría en exceso la actividad de la jurisdicción con la persecución de ilícitos menores. La existencia de esa doble vía de sanción ha sido criticada, tanto por quienes estiman que conduce a la impunidad, como por aquéllos que basándose en la desconexión de ambos procedimientos alertan del riesgo de

imposición acumulada de sanciones penales y administrativas por los mismos hechos.[11] Subsiste, incluso, el peligro de que la sanción disciplinaria tenga más entidad que la penal, permitiéndose que a través de un procedimiento de menores garantías pueda imponerse un castigo superior. En este sentido, sirve el ejemplo de Muñoz Conde y García Arán, relativo al funcionario que comete malversación de caudales públicos y que puede ser castigado penalmente, si restituye la cantidad malversada, con penas de multa de seis a doce meses y de suspensión de empleo o cargo o público de seis meses a tres años, pero también puede ser separado definitivamente de su empleo, por vía disciplinaria. En otro sentido, constituiría una auténtica perversión del sistema de articulación de ambos ilícitos, reclamar la aplicación preferente y excluyente de la jurisdicción penal con el propósito de obviar sanciones disciplinarias basadas en fundamentos e intereses de índole diferente al ilícito penal. Así, por ejemplo, pretender que la condena por falta de lesiones en la vía penal excluya la sanción disciplinaria de suspensión, por agresión a otro deportista, de cuatro a doce partidos en las competiciones deportivas en que participe el agresor. Sobre esto volveremos más tarde. También se ha criticado el llamado "fraude de etiquetas", consistente en que una vez despenalizada la conducta y desterrada al ámbito de la ilicitud administrativa, se prevea por el derecho disciplinario la aplicación de una sanción más rigurosa que la que correspondía a la descriminalizada infracción penal.

En cualquier caso, la aplicación del ordenamiento administrativo sancionador, que, en principio, se efectuará sobre aquellos hechos depurados que no sean constitutivos de delito o falta, requiere, como indica García Valdés, el respeto de unos tasados límites que han quedado suficientemente detallados por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.[12] La STC de 3 de

11 Véase una excelente exposición sobre dicha dualidad, y en general sobre el principio non bis idem, en DE LA ROSA CORTINA J.M., "Relaciones entre el Derecho penal y el Derecho administrativo sancionador. En especial, el principio non bis in idem". Revista del Ministerio Fiscal, nº11, año 2003.

12 GARCÁ VALDÉS, C., op.cit., págs 969 y siguientes.

octubre de 1983 ha establecido, al respecto, que son cuatro los límites de inexcusable observancia en el derecho administrativo sancionador:

i) Principio de reserva de ley

Dicho principio determina la necesidad de que la potestad sancionadora posea cobertura en una norma de rango legal. En nuestro caso, tal norma es la Ley 10/1990, del Deporte. Con todo, es preciso poner de relieve, como indica la STC 74/1984, de 18 de junio que la equiparación entre el Derecho Penal y el Derecho Administrativo sancionador no puede ser absoluta, siendo posible establecer diferencias de apreciación, aunque «los principio inspiradores del orden penal son de aplicación, con ciertos matices, al Derecho Administrativo sancionador, dado que ambos son manifestaciones del ordenamiento punitivo del Estado, tal y como refleja la propia Constitución en su artículo 25 al sancionar el principio de legalidad». En concreto, en la tipificación de las infracciones administrativas no rige en plenitud el principio de reserva de ley, pues como pone de manifiesto la STC de 3 de octubre de 1983 «el alcance de la reserva de ley establecida en el artículo 25 CE no puede ser tan estricto en relación con la regulación de las infracciones y sanciones administrativas como por referencia a los tipos y sanciones penales», habiéndose admitido expresamente por la STC de 24 de julio de 1984 que «la reserva de ley no excluya la posibilidad de que las leyes contengan remisiones a normas reglamentarias, pero sí que tales remisiones hagan posible una regulación independiente y no claramente subordinada a la ley que les sirve de cobertura»[13]. En el tema a estudio, nada obsta, por tanto, a que en virtud del artículo 73 de la Ley del Deporte el catálogo de infracciones disciplinarias y el elenco de sanciones se contenga, además de en la propia Ley, en los Estatutos y Reglamentos de Federaciones, Clubes Deportivos o Liga Profesionales. Por otro lado, los artículos 76, 79 y concordantes de la Ley del Deporte describen las infracciones muy

13 DE LA ROSA CORTINA, J.M., op. cit., págs 88 y 89.

graves, graves y leves a las reglas del juego o competición y a las normas deportivas generales y el sistema de sanciones susceptibles de imposición a las mismas, constituyendo el catálogo de infracciones y la escala de sanciones que necesariamente deben respetar las normas reglamentarias de desarrollo.

ii) Interdicción de las penas privativas de libertad

El principio se encuentra recogido en el artículo 25.3 CE, el cual dispone expresamente que «la Administración civil no podrá imponer sanciones que, directa o indirectamente, impliquen privación de libertad». Ello significa que la única sanción específica del Derecho Penal, que nunca podría imponerse por el derecho administrativo sancionador, es la privación de libertad, ya sea sanción directa, ya subsidiaria, en forma de responsabilidad personal subsidiaria por impago de penas de días-multa o proporcionales.

iii) Respeto a los derechos de defensa reconocidos en el artículo 24.2 CE

En este punto, debemos recordar que la transposición de garantías del proceso debido del artículo 24.2 CE al procedimiento sancionador no es mimética, sino que debe ser efectuada con «el alcance que requiere la finalidad que justifica la previsión constitucional»[14], y siempre que sean «garantías compatibles con la naturaleza del procedimiento administrativo sancionador»[15]. El propio TEDH admite que existan diferencias en los ordenamientos estatales entre el Derecho Penal y el Derecho Administrativo sancionador. Tales distinciones no pueden llegar al extremo de implicar la pérdida de contenido de las garantías comprendidas en el artículo 6 del Convenio de Roma ni del artículo 24 CE, aunque sí permiten ciertas modulaciones adaptadas a la naturaleza del derecho disciplinario.[16]

---

14 STC 18/1991, de 8 de junio.

15 STC 14/1999, de 22 de febrero.

16 DE LA ROSA CORTINA, J.M., op. cit., menciona los Affaire Campbell-Fell, Arrêt, de 28 de junio de 1984 y Golder, Arrêt, de 21 de febrero de 1975.

iv) Subordinación a la autoridad judicial.

Ello significa, de un lado, el necesario control judicial a posteriori de las resoluciones dictadas por los órganos administrativos en ejercicio de la potestad disciplinaria, en virtud del derecho a la tutela judicial efectiva, en su vertiente del derecho a los recursos; y, de otro, la imposibilidad de que sobre unos mismos hechos exista un doble pronunciamiento, judicial y administrativo, respetándose, en todo caso, el principio de cosa juzgada[17], y proclamándose la necesidad de que en aquellos casos en que los hechos sean constitutivos de delito o falta deba abstenerse de conocer la autoridad administrativa, mientras la autoridad judicial no se pronuncie. El principio de aplicación preferente del Derecho Penal se encuentra recogido en el artículo 83 de la Ley del Deporte, pues obliga a los órganos disciplinarios deportivos a acordar la suspensión del procedimiento administrativo hasta que se conozca la correspondiente resolución judicial, precepto que, asimismo, establece que los órganos disciplinarios deportivos deberán comunicar al Ministerio Fiscal aquellas infracciones que revistan caracteres de delito o falta, absteniéndose en dichos supuestos de proceder. Sólo si el fallo de la jurisdicción es absolutorio o se decreta el archivo de las actuaciones judiciales, puede continuarse con la tramitación del procedimiento administrativo, que hasta ese momento habrá permanecido suspendido[18].

Una de las manifestaciones más relevantes de esa necesaria subordinación a la autoridad judicial la constituye el principio de prohibición del non bis idem. El TC, desde el inicio, vinculó el principio a la proclamación del artículo 25.1 CE, íntimamente

---

17 La necesidad de respetar la cosa juzgada se ha consagrado a nivel legislativo en el artículo 137.2 de la LRJAEPAC, al disponer que «los hechos declarados probados por las resoluciones judiciales firmes vincularán a las Administraciones públicas respecto de los procedimientos administrativos en que se sustancien».

18 Como expresa la STS de 18 de diciembre de 1991, Sala 3ª, «la incompatibilidad de medidas represivas opera dando preferencia y por tanto prioridad a la reacción penal, lo que implica como consecuencia la paralización del procedimiento administrativo durante la sustanciación del proceso penal».

unido a los principios de legalidad y tipicidad de las infracciones recogidos en dicho precepto. El principio también se plasma en el artículo 4 del Protocolo VII del Convenio Europeo de Derechos Humanos y en el artículo 54 del Convenio de Schengen firmado el 19 de junio de 1990. La STC de 30 de enero de 1981 declaró sobre el particular que «este principio supone, en una de sus más conocidas manifestaciones, que no recaiga duplicidad de sanciones —administrativa y penal— en los casos en que se aprecie identidad de sujeto, hecho y fundamento sin existencia de una relación de supremacía especial de la Administración —relación de funcionario, servicio público, concesionario— que justifique el ejercicio del ius puniendi por los Tribunales y, a su vez, de la potestad sancionadora de la Administración». Fuera del ámbito disciplinario, son muchas las leyes que han proclamado la vigencia del principio non bis in idem, tales como la Ley de Seguridad Vial en su artículo 74, la Ley de Seguridad Ciudadana en su artículo 32, la Ley 24/1988 de Mercado de Valores en su artículo 95, la Ley de Ordenación y Supervisión de Seguros Privados en su artículo 47, la Ley General de Sanidad en su artículo 32 o la Ley General Tributaria en su artículo 77.

En esencia el principio non bis idem comporta dos vertientes. En la vertiente procesal, el principio se traduce en la prioridad del proceso penal sobre el administrativo y en la vinculación de éste a los hechos declarados probados en el proceso penal. En la vertiente material, la proclamación se traduce en la preferencia de la pena sobre la sanción administrativa. En los supuestos ciertamente infrecuentes de concurrencia de sanciones administrativas y penales por la desatención de los cauces legales de intercomunicación y por no haberse suspendido el procedimiento sancionador, las SSTC de 11 de octubre de 1999 y de 2 de julio de 2001 sostuvieron la tesis de que la jurisdicción penal no podía sancionar como delito el mismo hecho, siempre que concurriese la triple identidad de hecho, sujeto y fundamento, por lo que la sanción administrativa firme y ejecutada impedía la condena penal. En cambio, modificando ese criterio jurisprudencial, la STC, del Pleno, de 16 de enero de 2003 se decantó por la com-

patibilidad de ambas sanciones, pero con la expresa exigencia de que en la condena penal se descontase el importe de la multa y el periodo de privación del permiso de conducir sufrido en el ámbito administrativo[19].

En sede ya del derecho disciplinario deportivo es de advertir que, como regla general, resultará inadmisible la aplicación del principio non bis idem en sus relaciones con el derecho penal. El jugador de fútbol que propina un puñetazo a su adversario deportivo merecerá sanción penal por la agresión dolosa y voluntaria que provocó lesión y merma de la integridad física o salud, y, al mismo tiempo, se habrá hecho acreedor a la sanción disciplinaria de suspensión de 4 a 12 partidos para la disputa de encuentros de su modalidad deportiva por alterar las reglas de juego limpio de la competición. La exclusión de la sanción disciplinaria, en tal supuesto, por la hipotética prevalencia o preferencia del derecho penal, no podría sostenerse en derecho. Y ello es así, por cuanto el fundamento de las sanciones penal y disciplinaria son distintos, protegiendo la primera la salud e integridad física de los intervinientes en el juego, y, la segunda, el buen orden deportivo. La STC 10 de diciembre de 2001, desde este punto de vista ya puso de manifiesto «que las sanciones penal y disciplinaria son compatibles si el interés jurídicamente protegido es distinto y la sanción conjunta es proporcional a dicha protección». Existiendo, por tanto, fundamentos dispares en las normas penales y deportivas disciplinarias la concurrencia de ambos tipos de sanciones, si es proporcional el castigo conjunto, no comportará lesión del principio non bis idem, por faltar uno de los presupuestos de la triple identidad: la identidad de fundamento. García Valdés[20] ilustra la misma opinión con la hipótesis de un espectador de un partido de fútbol que, en un determinado momento, arroja una botella al terreno de juego y ocasiona una herida a un jugador que sana con una primera asistencia facultativa. En tal caso, y ante una hipotética sanción de clausura del estadio deportivo,

19 DE LA ROSA CORTINA , J.M., op.cit., págs 131 y siguientes.

20 GARCÍA VALDÉS., C., op. cit, págs. 970 y ss.

por aplicación del artículo 69.3. A) f) de la Ley del Deporte, no podría admitirse que para evitar dicha sanción se invocase el principio non bis idem y se reclamase en exclusiva la preferencia de la aplicación del artículo 617 CP, que sanciona con pena leve tal conducta. Lo procedente en derecho sería que se aplicasen ambas sanciones.

IV. La responsabilidad penal derivada de las lesiones deportivas

Si ordinariamente el CP sanciona todas las lesiones dolosas que se causan a otra persona, tanto las constitutivas de delito, en los artículos 147 a 150, como las que se consideran falta, en el artículo 617, y, si también castiga los comportamientos tipificables como delitos o faltas imprudentes en los artículos 152 y 621, conviene preguntarse porqué resulta extraña la aplicación del Derecho Penal a dichas conductas cuando son causadas en el ámbito de una competición deportiva y si las mismas deben ser reprimidas con la aplicación de dichos preceptos o se encuentran amparadas por alguna causa de exculpación o de justificación.

Antes de responder al interrogante planteado es conveniente destacar, siguiendo a Jiménez de Asúa[21], que no debe confundirse la violencia ínsita en el deporte —la carga en el fútbol o el golpe en el boxeo—, con los acontecimientos imprevistos y violentos que puedan surgir fuera del reglamento deportivo y del ejercicio de la competición deportiva —violencia en las gradas entre espectadores, lanzamientos de bengala con lesión de otros espectadores, invasiones del estadio por la muchedumbre para agredir al árbitro o a los propios jugadores, desórdenes públicos provocados en el recinto deportivo o sus aledaños, atentados a las Fuerzas de seguridad—. Sólo la primera constituye el objeto de nuestro estudio por representar la violencia natural en el deporte. Desde luego no pertenecen al ámbito de nuestro trabajo

21 JIMÉNEZ DE ASÚA, L., "Tratado de Derecho Penal", Tomo IV, Editorial Losada, Buenos Aires, 1976, pág 784.

las hipótesis contempladas en segundo término, por cuanto se corresponden con supuestos anormales de violencia accidental en el deporte, que deberán ser sancionados con aplicación de los preceptos adecuados del CP y con las reglas generales de antijuridicidad y culpabilidad.

En el derecho romano existían algunos textos, como la L. 7, párrafo 4, Dig. IX, 2, en la que se declaraba no proceder la acción civil contra los púgiles que causaren una muerte, llegándose incluso a negar la acción penal para las lesiones producidas en el juego (L. 3, párrafo 3, Dig. XLVIII, 10). Entre los glosadores, Baldo de Ubaldi se apoyaba en la Lex Aquilia y en la Lex Cornelia para afirmar la exención de pena en determinadas situaciones. Por su parte, Gometius de Amescua consideraba no punible el homicidio acaecido en el juego, en virtud de la costumbre que lo permitía. En España, Godofredo, comentando un pasaje de las Partidas (Ley V, Título VIII, Partida VII) y remontándose a Baldo, también mantuvo la exención de responsabilidad en un supuesto de fractura de una pierna como consecuencia del juego. En la Novísima Compilación y en la Pragmática del Rey Carlos I dada en 1528 no se regulaban tales supuestos, conteniéndose únicamente un catálogo de juegos permitidos y prohibidos.[22]

En la doctrina clásica los argumentos invocados para destacar la irrelevancia penal de estos hechos han sido muchos y dispares. Arturo Rocco expuso su tesis de la licitud jurídica excepcional de las lesiones deportivas, entendiendo que constituían una excepción a la norma prohibitiva de la ley penal. Pierre Garraud, Peco y Cecchi veían en tales hechos lesivos una ausencia de antijuridicidad y, por tanto, una verdadera causa de justificación, siempre que se hubieran respetado las reglas esenciales del juego, que no se pudiera reprochar imprudencia ni negligencia algunas y que existiese un consentimiento válido de sufrir riesgos en el deporte. El fin aceptado por el Estado fue la tesis invocada por Franz von Liszt para justificar las lesiones en el deporte, argu-

22 Véase sobre el derecho histórico y romano a JIMÉNEZ DE ASÚA, L., op.cit., págs. 779 y 780.

mento que terminó por acoger Garraud. Max Ernst Mayer apeló a las normas de cultura que forman parte del acervo de los pueblos civilizados para justificar, sin necesidad de descender a la culpabilidad, las lesiones en el juego. Antolisei consideraba que si las lesiones o muertes provocadas se producían por haberse violado las reglas del juego surgía la responsabilidad por dolo, culpa o preterintencionalidad. Petrocelli evocaba la necesidad de educar el espíritu para evitar "que el deporte se convierta en elemento creador de fanática sugestión individual o colectiva y de bestiales deletéreas costumbres de violencia", reclamando que el Estado interviniese en la específica reglamentación técnica de cada juego, de tal manera que la violación de las normas limitativas del ejercicio de la actividad deportiva establecidas por aquél comportase la existencia de responsabilidad, bien por culpa, bien por dolo, en función de si el quebranto lo fue por impericia, imprudencia o negligencia o por expresa intención.

En la doctrina clásica española[23], Arturo Majada, monografista español en la materia, se adhirió a la tesis de las normas de cultura de Mayer. Cuello Calón estimaba que si el deportista obraba con prudencia y respetaba las reglas del juego, los hechos luctuosos, como heridas o muertes, quedaban exonerados de pena por caso fortuito —artículo 8.8 CP 1944—, mientras que si no respetaba aquellos parámetros surgía responsabilidad imprudente, si concurría culpa, o dolosa, si se pretendía intencionalmente el resultado causado. Quintano Ripollés, por su parte, buscaba la solución a través de la causa de justificación del ejercicio legítimo de un derecho u oficio, explicando que en los deportes violentos existe intención dañosa, por lo que no sirve la aplicación del caso fortuito, resultando extensible la referida eximente tanto a los deportistas profesionales —ejercicio de una profesión—, como a los aficionados —ejercicio legítimo de un derecho—. Jiménez de Asúa razonaba que el deporte se admite y reglamenta porque persigue un objetivo salutífero y de belleza corporal, superior a

23 Véase sobre el particular JIMÉNEZ DE ASÚA, L. op. cit., págs. 786 y ss. y GARCÍA VALDÉS,C., op.cit, págs 973 y 974.

las meras violencias y golpes que jalonan su ejercicio. Así, en la medida en que comporta la realización de actos conducentes a un fin reconocido por el Estado las lesiones deportivas deben quedar justificadas. Para tal justificación sólo se exigirá como requisito que se hayan respetado las reglas fundamentales del juego. José Antón Oneca, como Maggiore en Italia o Karting en Alemania, invoca la desuetudo como regla generadora de la legitimación del acto lesivo, precisando Stevenson en Brasil que se trataría de una costumbre "praeter legem", a la que se añadirían también desplegando efectos exoneradores los principios generales del derecho. Rodríguez Devesa se inclinaba por la eximente de ejercicio legítimo de un derecho, aunque matizando que además operaban con eficacia legitimadora el consentimiento en el riesgo y la autorización administrativa del espectáculo.

En la doctrina actual extranjera, Lasalle, en Francia, critica la teoría exoneradora del consentimiento y expresa la necesidad de acomodar la conducta al ejercicio legal de un derecho a la práctica deportiva, que en Francia se permite por el Estado. D'Ambrosio, en Italia, propone que las lesiones deportivas estén justificadas, tanto por el ejercicio legítimo de un derecho, como por el respeto a las reglas del juego, señalando que las contusiones costales como lance del juego estarían justificadas y que la muerte de un boxeador provocada por golpes prohibidos debería perseguirse penalmente[24]. Jescheck, en Alemania, sostiene que el deporte, en sus más variadas formas de manifestación, es una actividad socialmente útil que, pese a entrañar riesgos, no infringe ninguna norma prohibitiva jurídico penal si en su práctica se observa el cuidado debido, ni siquiera en el caso de que produzcan resultados lesivos típicos que con arreglo a la experiencia no puedan excluirse por completo. Si pese a la realización cuidadosa de tales acciones sucede "algo" faltará lo injusto de la acción típica de la correspondiente figura de delito. Considera, en definitiva, tales conductas como socialmente adecuadas. Según la teoría de la adecuación social es posible sustraer del tipo determinadas

24 Véase sobre Lasalle y D'Ambrossio, GARCÍA VALDÉS, op. cit. pág 976.

acciones que, aunque impliquen peligro para el bien jurídico protegido, resultan imprescindibles para la comunidad. El profesor alemán prefiere esta solución a la del riesgo permitido, pues en los supuestos de riesgo permitido la acción aparece como peligrosa para la comunidad y se halla básicamente prohibida por conllevar un peligro demasiado importante para el bien jurídico[25].

En la moderna doctrina española, Medina Alcoz[26] estima que en los deportes de riego bilateral, en los que existe confrontación entre los jugadores, bien directa —boxeo—, bien a través de objetos -balones, pelotas, floretes-, bien por el simple contacto corporal —fútbol, baloncesto—, cada uno de los jugadores asume el riesgo que genera el adversario, encontrándose amparada la lesión deportiva por la teoría del riesgo mutuamente aceptado.

Matizando el consentimiento en el riesgo, opina González Rus[27] que la eficacia de dicho consentimiento dependerá de las circunstancias de cada caso, de la modalidad de deporte y del ámbito de la actividad consentida.

Muñoz Conde[28] y Mir Puig justifican la irrelevancia penal de las lesiones causadas en el deporte apelando a la teoría de la adecuación social, observando el profesor de Sevilla que la adecuación social, desde el punto de vista jurídico, no es causa de exclusión del tipo, pues sus contornos son imprecisos y relativos, sino simplemente un criterio de interpretación crítica del derecho penal vigente. Muñoz Conde, además de la adecuación social exige el respeto a las reglas del juego. Mir Puig, por su parte, añade a la adecuación social, el principio de insignificancia y el consentimiento de la víctima.

---

25 JESCHECK, H. H., "Tratado de Derecho Penal. Parte General."Volumen Primero. Editorial Bosch, Barcelona, 1981, págs. 553 y 554.

26 MEDINA ALCOZ, M., "La asunción del riesgo por parte de la víctima. Riesgos taurinos y deportivos". Madrid, 2004.

27 Véase a GONZÁLEZ RUS en COBO DEL ROSAL (coordinador) y otros "Derecho Penal español. Parte especial", Madrid, 2004, pág.144.

28 MUÑOZ CONDE, Y GARCÍA ARÁN, op. cit., pags. 255 y 256.

La eficacia del consentimiento como causa exonerante de la responsabilidad penal por lesiones deportivas es apuntada por Berdugo y Queralt y también participa de dicha tesis Bajo Fernández, pero siempre que se hubiesen respetado las reglas del juego. La tesis del consentimiento choca con la dificultad de su regulación en el CP, en el que nuestro legislador ha pasado de la negación al mismo de toda efectividad exonerante a la actual literalidad del artículo 155, en el cual se establece que el consentimiento libremente prestado por el ofendido conlleva la imposición en los delitos de lesiones de una pena inferior en uno o dos grados. También del artículo 143.3 CP se deduce que el consentimiento no excluye la antijuridicidad de la conducta en los delitos contra la vida. En cualquier caso es claro que el consentimiento en las lesiones deportivas no es un consentimiento de la lesión sino del riesgo de que se produzca.

Otros autores, como Cobo y Vives, justifican la irrelevancia penal de las lesiones deportivas a través del reconocimiento estatal de la actividad deportiva, y de la causa de justificación de ejercicio legítimo de un derecho en la que opera la eficacia del consentimiento.

González Rus[29], después de reconocer que la tesis del riesgo asumido es la más seguida por la jurisprudencia, sostiene que será el caso concreto el que resuelva si se aplica el consentimiento, la adecuación social, el riego permitido o el ejercicio legítimo de un derecho.

Díaz Palos destacaba que las lesiones en el deporte carecen de antijuridicidad material, permaneciendo cubierta la formal por los reglamentos deportivos.

Arroyo de las Heras[30] considera necesario distinguir entre deportes no violentos y deportes especialmente violentos, contándose entre los primeros aquéllos que se pueden practicar sin

29 GONZÁLEZ RUS, en Cobo del Rosal (coordinador), op. cit. pág. 144.

30 ARROYO DE LAS HERAS, A. "Delito de lesiones", Editorial Aranzadi, Pamplona, 1993, pág.175.

que necesariamente se originen atentados corporales, como el fútbol, la pelota, etc., y entre los segundos los que necesariamente comportan y llevan consigo el atentado corporal, como el boxeo. En función de tal distinción, dice Arroyo, cuando de deportes no violentos se trate, si alguno de los deportistas cae lesionado la conducta del autor habrá de ser examinada conforme a las reglas generales de la culpabilidad, respondiéndose por dolo, o culpa o bien aplicándose el caso fortuito del artículo 6 bis b) —CP 1973— si se observaron las reglas del juego y no existió intención ni imprudencia en la causación del resultado. Cuando se trata de deportes especialmente violentos, continúa Arroyo, el resultado no es sólo previsible, sino que es también querido, existirá intención de lesionar y la conducta sólo podrá justificarse al amparo de la eximente nº 7 del artículo 20 CP, siempre que se trate de un juego autorizado por el Estado y se hubiesen respetado las reglas del juego. En caso de extralimitación de dichas reglas y desde luego cuando no se trate de un juego lícito existirá responsabilidad penal que se resolverá con las reglas generales de culpabilidad en orden a la determinación de su forma dolosa o culposa.

Conde Pumpido Ferreiro[31] acoge la teoría de las acciones socialmente adecuadas al entender que la sociedad admite una serie de comportamientos arriesgados como las actividades deportivas violentas por cuanto se beneficia de ellas para su desarrollo colectivo y económico. Por ello y pese a su potencialidad de lesionar bienes jurídicos, esas acciones que se consideran socialmente adecuadas son legitimadas y aceptados los daños por ellas causados en tanto se desenvuelvan dentro de los patrones de comportamientos fijados para que su carga de riesgo no sobrepase los límites tolerados, esto es, mientras se desenvuelvan en el límite de los riesgos permitidos. Si por inobservancia del deber objetivo de cuidado o de las normas reglamentarias se aumentan las probabilidades de daño, la acción se torna intolerable y los daños serán ilícitos.

---

31 CONDE PUMPIDO FERREIRO, C., "Derecho penal. Parte general", Editorial Colex, Madrid, 1990, págs. 211 y 212.

Cerezo Mir[32] razona que aunque la acción realice el tipo de las lesiones corporales o del homicidio doloso no será antijurídica si el deportista ha observado el cuidado objetivamente debido, que coincidirá generalmente con lo dispuesto en el reglamento, y ha actuado con el ánimo o voluntad de ejercer el derecho a la práctica del deporte, pues en tales supuestos podría invocar la causa de justificación de ejercicio legítimo de un derecho, constituyendo el consentimiento en el riesgo por parte del sujeto pasivo un requisito de dicho ejercicio legítimo. Paredes Castañón[33] excluía el tipo en las lesiones deportivas por la insignificancia de la conducta y por el escaso desvalor de la acción, considerando decisiva no la infracción reglamentaria sino la no superación del nivel admitido de riesgo.

Como se ve las soluciones son muy variadas y el fundamento de la impunidad se busca por los autores en expedientes diversos. En nuestra opinión, siguiendo a Cerezo Mir y García Valdés, las lesiones deportivas se encontrarán amparadas por la causa de justificación del ejercicio legítimo de un derecho del número 7 de artículo 20 CP, si se han observado las normas reglamentarias de la actividad deportiva, desplegando su eficacia en la exoneración de pena, tanto el hecho de que se trata de una práctica legitimada por el Estado —art. 43 CE y art. 10 Ley 10/1990—, como el consentimiento en el riesgo por parte del sujeto pasivo. Si se han respetado por los participantes en el juego dichas normas reglamentarias, esto es, la lex artis deportiva y no se advierte infracción de las mismas, o del cuidado objetivamente debido si la actividad no estuviese reglamentada, los resultados producidos, aunque sean especialmente graves —muerte del boxeador o traumatismo cráneo-encefálico de un jugador de fútbol— no se considerarán penalmente ilícitos. Los golpes del boxeador, los placajes en rugby, el pelotazo en el juego de pelota o los contactos

---

32 CEREZO MIR, J., "Curso de Derecho Penal Español. Parte general". Tomo II. 6ª edición. Tecnos, Madrid, 2004, págs. 324 y 325.

33 PAREDES CASTAÑÓN, J.M., "Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales", 1990, fasc..2, pág. 655.

reglamentarios en fútbol por severas lesiones que provoquen no constituirán ilícitos penales. Y ello, porque no puede desvalorase una acción que resulta conforme con el ejercicio de un derecho, aunque exista un perceptible desvalor de resultado. Debe, no obstante recordarse, que también constituye elemento esencial de la causa de justificación, desde el punto de vista subjetivo, la intención de ejercitar dicho derecho prevalentemente sobre la causación del mal. No podría pretender ampararse en la eximente quien ejercitara el derecho solapadamente y con el único propósito de ocasionar la lesión del bien jurídico, pues ya no estaríamos en presencia del ejercicio legítimo de aquél.

Como adelantábamos, la práctica del deporte es un derecho de todos los ciudadanos reconocido en el apartado 2° del artículo 1° de la Ley del Deporte y, además, respecto de los deportistas constituye el ejercicio de una profesión. Si el Estado reconoce el derecho, y eleva además la promoción y práctica del mismo al rango de criterio rector de la política económica y social, resulta evidente que quien lo practique, según las normas reglamentarias que el propio Estado aprueba con respeto al principio de reserva de ley desde el artículo 73 de la Ley del Deporte, y sin extralimitarse de las mismas, o bien observando el deber objetivo de cuidado, sin superar el nivel de riesgo asumido por la víctima, realizará la práctica de una actividad legitimada, de la que no será posible extraer responsabilidades penales. Las lesiones en tales casos producidas quedarán amparadas por la eximente del artículo 20.7 CP de ejercicio legítimo de un derecho. Piénsese que el ordenamiento jurídico posee voluntad de concordancia armónica y de coherencia entre sus normas sectoriales, de tal manera que no podrá estar castigado por el derecho penal lo que permite el derecho civil o administrativo.

La eximente de obrar en ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo tachada por algunos como prolija y redundante, por cuanto quien ejercita un oficio o cargo no hace sino ejercitar un derecho —derecho y a la vez deber, esto es, atribución en el sentido romano del término— encuentra su fundamento, en efecto, en ser una cláusula de cierre de todo el ordenamiento jurídico,

para evitar que quienes ejercitan derechos o deberes conforme a las leyes no penales, puedan incurrir en responsabilidad penal (STS de 25 de marzo de 2004). Las STS de 5 de septiembre de 2002 y de 20 de junio de 2005 apelan a la necesidad de obtener coherencia entre los diversos sectores del ordenamiento jurídico, excepcionando a través de la eximente estudiada como lícitas y jurídicas ciertas conductas que, de otro modo, serían delictivas.

La doctrina[34] perfila como requisitos de esta causa de justificación los siguientes: 1°. Origen jurídico del derecho, amparado por el derecho positivo: CE, leyes y reglamentos. 2°. Adecuación de su ejercicio a los supuestos legales y procedimientos prescritos. 3°. Intención prevalente de ejercer el derecho sobre la causación del mal.

Si por el contrario, la lex artis deportiva no se respeta, y se actúa al margen o contra las normas reglamentarias que regulan la práctica de la actividad deportiva y más allá del riesgo voluntariamente asumido por los partícipes, no podrá pretenderse el amparo de la causa de justificación del ejercicio de un derecho. A propósito, la STS de 29 de febrero de 1992 destacó que «tanto el cumplimiento de un deber como el ejercicio de un derecho u oficio no constituyen una patente para que bajo su amparo puedan quedar purificados todos los actos que bajo los supuestos del precepto se realicen, sino que es preciso que los mismos estén dentro de la órbita de su debida expresión, uso o alcance, porque de lo contrario constituyen un abuso capaz y bastante para desvalorar la excusa y para llegar a una definición de responsabilidad».

Por otro lado, ha de significarse que resulta muy problemática la aplicación de la eximente como incompleta. Córdoba Roda[35], por ejemplo, consideraba que no es posible. Paredes Castañón[36] la reserva a aquellas conductas que infringen de forma

---

34 RODRÍGUEZ RAMOS, L., "Compendio de Derecho Penal. Parte General". Editorial Dykinson, Madrid, 2006, págs. 141 y 142.

35 CÓRDOBA RODA, "Las eximentes incompletas en el Código penal", pág. 228.

36 PAREDES CASTAÑÓN, J. M., op. cit., pág. 655.

más leve las reglas de juego y Cerezo Mir a los casos en que se actúe observando el cuidado objetivamente debido pero falte el requisito no esencial del consentimiento en el riesgo por parte del sujeto pasivo.

En nuestra opinión, como quiera que son requisitos esenciales de la eximente el ejercicio del derecho y la forma legítima de su práctica, representada por el respeto a las normas del juego o al cuidado debido, desde el punto de vista objetivo, y la intención de ejercitar dicho derecho prevalentemente sobre la causación del mal, desde el punto de vista subjetivo, la posibilidad de aplicación de la eximente incompleta deviene excepcional, pues la autorización estatal para la práctica y el consentimiento del riego por parte del sujeto pasivo no son elementos autónomos y no esenciales de la eximente, sino que se integran, perdiendo su independencia funcional, en el de la observancia de las reglas del juego o de la prudencia.

En resumen, en los supuestos de actuación al margen de las reglas de juego y de lesiones extradeportivas, o cuando se trate de juegos ilícitos, no existirá inconveniente en fundamentar la responsabilidad a título de dolo o culpa. El dolo surgirá cuando haya conciencia y voluntad de lesionar, la culpa o imprudencia cuando resultando previsible el resultado se infrinja el deber objetivo de cuidado que podría haberlo evitado, o cuando por negligencia deje de preverse un resultado que podría haberse previsto y termina por producirse. El grado de infracción del deber objetivo de cuidado determinará la calificación delictiva o contravencional del ilícito culposo. Se cita como ejemplo claro de responsabilidad dolosa el del boxeador Kid Sullivan que untó sus guantes con tintura de belladona y cegó a su adversario. En supuestos lesivos de escasa entidad, aun existiendo infracción reglamentaria y siempre que no medie dolo sino culpa, podría invocarse el criterio de insignificancia, basado en la adecuación social, el riesgo permitido y el principio de intervención mínima para exonerar de pena, dado que la sanción penal de estos comportamientos implicaría la práctica desaparición de ciertos deportes. Dentro de dicho principio y fuera de la órbita del derecho penal

quedarían las lesiones provocadas por imprudencia, grave o leve, cuyo resultado sane con primera asistencia, pues así lo impone el artículo 621 CP. En cuanto a las lesiones mortales o graves, si existió infracción reglamentaria aunque fuera leve, deberán ser examinadas por el derecho penal y perseguidas si concurriera dolo o culpa. El error de prohibición sobre la causa de justificación o error de prohibición indirecto, poseerá los efectos del artículo 14.3 CP. En determinadas ocasiones podría aplicarse la atenuante nº 3 del artículo 21 CP —arrebato u obcecación, estado pasional—, y las de confesión, en su caso, o reparación del daño de los números 4 y 5 del mismo precepto.

En nuestra jurisprudencia, resulta de obligada cita la STS de 1 de junio de 1951, en la que se condenó a un futbolista por un delito de lesiones dolosas del artículo 420.2 CP, en redacción anterior a la Ley Orgánica de 25 de junio de 1983, con la atenuante número 4 del artículo 9 —preterintencionalidad— por haber dado a un contrincante un puntapié entre el costado derecho y la espalda produciéndole rotura de hígado y riñón derecho, que le tuvo que ser extirpado. La resolución destacó que «si bien en fútbol es jugada brillante el arrebatar reglamentariamente el balón a un adversario, no puede serlo el agredirle y lesionarle, cuando no se encuentra en posesión de aquel». El Tribunal rechazó el caso fortuito alegado. Es también reseñable el Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona de 17 de julio de 1940, que decretó el sobreseimiento libre del nº 3 del artículo 637 LECr., basado en la exención de responsabilidad penal por concurrencia de la causa de justificación de ejercicio legítimo de un derecho, en la causa criminal incoada con motivo de la muerte de un boxeador a consecuencia de los golpes propinados por su adversario en el cuadrilátero. Se cita, asimismo, por la doctrina, la sentencia de 3 de diciembre de 1912 del Tribunal de Douai, que declaró la atipicidad de las lesiones causadas en un combate de boxeo, pues se habían causado según el sistema enseñado por los entrenadores y obedeciendo las reglas de este tipo de lucha. Son también numerosas las sentencias de Audiencias Provinciales y Juzgados de lo Penal que condenan por delito de lesiones siempre

que no se hayan observado las reglas del juego y medie dolo o culpa. Así, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Castellón de 22 de febrero de 2001, que condenó por falta de lesiones a un jugador que propinó un puñetazo a otro futbolista menor de edad, estableció que «el régimen general en la práctica es la impunidad, pero la frontera entre la exclusión de punibilidad y la punibilidad tiene que estar, forzosamente, en la observancia de las reglas del juego, de la lex artis, pues se ha instaurado como postulado general la punibilidad de todas aquellas conductas de los deportistas concurriendo el olvido o el desprecio de las reglas del juego, es decir, de las lesiones dolosas con olvido de la normativa vigente».

Otras sentencias condenatorias en supuestos parecidos, como las de 2 de mayo de 2002 de la Audiencia Provincial de Navarra y de 23 de abril de 2002 de la Audiencia Provincial de Barcelona, apelan respectivamente como criterios diferenciadores de la punibilidad al «animus laedendi, que supere el simple ardor deportivo» y a las «conductas que excedan de los límites de la normalidad». Es muy expresiva, igualmente, la sentencia de 8 de septiembre de 2004 de la Audiencia de la Rioja, que termina por absolver en un supuesto de lesiones deportivas consistentes en fractura de los huesos de la nariz, puesto que «la lesión surgió como consecuencia de un lance del juego —mero encontronazo— y por accidente, sin intencionalidad, cuando el balón estaba en disputa.

En el deseo de encontrar criterios que distingan el ámbito de lo punible y la intensidad de la sanción, Eser[37] atiende a tres factores preponderantes: el desvalor del resultado —desde el maltrato a la lesión mortal—, el desvalor de la acción —negligencia o dolo— y la entidad de la infracción reglamentaria —leve o grave—.

---

37 ALBIN ESER, M.C.J., "Lesiones deportivas y derecho penal. En especial, la responsabilidad de los futbolistas, desde una perspectiva alemana". La Ley, 1990.2.

En la jurisprudencia argentina se menciona el caso "Colliard ", fallado por la Cámara Primera en lo Criminal, Sala I de la ciudad de Paraná, el 24.10.83, condenando como autor de un delito de homicidio simple a la pena de nueve años de prisión a un jugador de rugby, que dio un puntapié con el zapato de punta a un adversario en una montonera provocándole lesiones mortales. El Tribunal razona que «no es posible denominar ingenuamente delitos deportivos a los hechos dañosos, voluntarios, intencionados, que caen en el marco del derecho penal. Para llegar a una conclusión absolutoria deben concurrir la observancia de las reglas del juego, el consentimiento prestado válidamente y la ausencia de dolo o culpa. Una cosa son las acciones deportivas realizadas durante el juego que parecieran tener implicaciones penales —por ejemplo, que dos jugadores vayan fuerte y lealmente al encuentro de la pelota y sufran un encontronazo— y otra muy distinta que el jugador, cuando la pelota no está en juego y fuera de la disputa, le aplique un fuerte puntapié en la cabeza a un adversario. Aquél es un hecho simplemente sin implicaciones penales. Éste es un hecho ajeno al deporte y atrapado por las normas del Derecho penal en el aspecto punitivo y por el derecho resarcitorio en su vertiente civil». Por último, indicaremos que son hechos ajenos a las lesiones deportivas los espectáculos de violencia que salpican las gradas y a los que se aplicarán las normas generales del CP. Así ocurrió, como muestra, en la sentencia de 5 de febrero de 1988 de la Audiencia Provincial de Cádiz, en la que se condenó como autor de un delito de homicidio imprudente a la persona que lanzó desde las tribunas de un estadio de fútbol una bengala provocando la muerte de otro espectador al haberle impactado el objeto proyectado contra el pecho. Consideramos, igualmente, supuestos de violencia accidental al deporte los de lesiones provocadas por atropello a los asistentes de un rallye o aquellos otros de que puedan ser víctimas los espectadores de cualquier juego por la actuación de otros espectadores o incluso de deportistas. En dichos supuestos también se aplicarán las normas generales del CP.

V. Breve referencia a la responsabilidad civil por la violencia deportiva

Como quiera que no constituye objeto específico de este trabajo, la referencia a la responsabilidad civil será incidental. Se tratará tan sólo de destacar que si el acto lesivo tiene carácter delictivo generará responsabilidad civil, que se exigirá en el seno del propio proceso penal, con aplicación de los artículos 19 a 22 y 101 a 111 del CP. Pero también pueden existir supuestos en los que el ejercicio de la actividad deportiva, en cuanto actividad de riesgo, genere unas consecuencias lesivas, que queden fuera del concepto penal de dolo o culpa y reclamen, en cambio, la aplicación de las normas de responsabilidad civil en la materia. La jurisprudencia, sobre responsabilidad civil, en la actividad deportiva, puede resumirse, en las siguientes y rápidas notas[38]:

i) En primer lugar, deben distinguirse los siguientes supuestos en que puede hallarse la víctima: A) Si participa activamente en la práctica deportiva, la asunción de riego por parte de la víctima, conlleva la exclusión de responsabilidad civil del jugador que causó la lesión, si respetó las reglas del juego. B) Cuando la víctima participa pasivamente, a título de espectador, el causante de la lesión responderá si existió dolo o culpa. Siendo desconocido el autor de la lesión, habrá acción civil contra la sociedad deportiva sobre la base de la responsabilidad por riesgo. La sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 21 de diciembre de 2000 así lo entendió, revocando la sentencia absolutoria en la instancia, a la que censuró haber olvidado que «la responsabilidad imputada por la actora a la sociedad demandada no se asienta en el hecho de que ésta haya causado directamente el perjuicio, sino en que el mismo se produjo por haber omitido los medios de seguridad y vigilancia

38 Ver el excelente trabajo en la materia de VERDER SERVER, R., "Una aproximación a los riesgos en el deporte". www.indret.es. Barcelona, 2003.

que lo hubieran evitado». C) En los supuestos en que la víctima es un tercero no espectador, la solución será idéntica a la del supuesto anterior.[39]

ii) Deben también distinguirse las actividades deportivas tradicionales de los llamados deportes de aventura. Un ejemplo de estos últimos sería el conocido como BASE jumping, que es una modalidad de paracaidismo, identificada por el acrónimo de building, antenna, span y earth, que son las fases progresivas del salto con un pequeño paracaídas. Este deporte tiene una alta tasa de mortalidad. En los últimos veinte años han muerto más de 50 personas, pero se sigue incrementando su práctica. En principio, en los deportes de aventura los partícipes asumen riesgos extremos, por lo que, como regla general, los daños susceptibles de ser indemnizados serán menores. No obstante, si el resultado lesivo surge por una intensificación del riesgo o por exceso del mismo, nada impedirá su resarcimiento. De la misma manera, en los deportes tradicionales, no todo daño será indemnizable, sino sólo aquél que sea consecuencia de una incorrecta intensificación del riesgo, de tal manera que, como expresa la sentencia de la Audiencia Provincial de Tarragona, de 27 de febrero de2002, lo decisivo será considerar «si el accidente —de karting en aquel caso— se produjo dentro del ámbito del riesgo asumido y aceptado o si concurrió por el actor incremento o agravación del riesgo asumido».

iii) Una de las características de la responsabilidad civil deportiva es la ausencia de normativa específica. No existen preceptos específicos en el CC, que sean distintos de la clásica responsabilidad genérica del

---

39 VENTAS SASTRE, R. "Estudio jurídico penal de las lesiones deportivas en derecho español". Revista Electrónica de Derecho. Número 3. págs. 18 y 19.

artículo 1902. Donde únicamente se previene una normativa propia es en la Ley del Deporte, en sus artículos 60 a 69. Más concretamente en el artículo 63 y 69.3.A. a). Dichos artículos grosso modo imponen a los organizadores de pruebas o competiciones deportivas el deber de responder de los daños y desórdenes producidos por falta de diligencia o prevención o por incumplimiento de las normas que regulan los espectáculos deportivos. Normas reglamentarias que complementan la Ley del Deporte son las recogidas en los Reales Decretos de 21 de mayo de 1993 y de 19 de junio de 1998. La carencia de normativa aumenta la importancia de la opinión jurisprudencial, aunque va en detrimento de la seguridad jurídica y hace que exista riesgo de arbitrariedad.

iv) La resolución paradigmática en la materia fue la STS, Sala 1ª, de 22 de octubre de 1992, que revocando las sentencias de primera instancia y apelación, desestimó la demanda interpuesta en un caso en que uno de los jugadores de pelota a pala efectuó un lanzamiento de pelota, cuyo rebote impactó en el ojo del otro jugador provocándole la pérdida del ojo. El TS entendió que «en materia de juegos o deportes de este tipo la idea del riesgo que cada uno de ellos pueda sufrir —roturas de ligamentos, fracturas óseas— va ínsita en los mismos y, consiguientemente, quienes a su ejercicio se dedican lo asumen, siempre claro es, que las conductas de los partícipes no se salgan de los límites normales, ya que de ser así podrían incluso entrar en el ámbito de las conductas delictivas dolosas o culposas». Como ejemplo de la posible arbitrariedad en las decisiones jurisprudenciales, podemos citar la sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra de 11 de enero de 2001, en la que se da lugar a responsabilidad civil en un supuesto similar al de la STS de 22.10.2002, en el que un jugador de pelota a pala golpeó a otro

con la pala en la boca y en la que se apeló a «la falta de las más elementales reglas de prudencia», como criterio fundamentador de la condena.

v) Para que despliegue sus efectos jurídicos liberadores de responsabilidad el criterio de la asunción de riesgo es preciso que exista una información adecuada facilitada al deportista por la entidad organizadora, pues una omisión o defecto de la misma constituye un elemento decisivo para afirmar responsabilidad —SAP de Huesca de 8 de julio de 1999— y que el deportista acepte libre y conscientemente la práctica de la actividad, caso que no concurre en los contratos de menores —STS de 10 de junio de 1991—. Si existe asunción del riesgo por la víctima y no concurre negligencia por parte de los organizadores de la actividad existe exoneración de responsabilidad —STS de 17 de octubre de 2001, referida a un caso de rafting en el río Gállego—.

vi) La asunción del riesgo por la víctima exige el respeto a las reglas de la actividad por parte de los demás deportistas. El principio de confianza en que los demás jugadores respetarán el reglamento está en la base del riesgo asumido. El riesgo aceptado por Evander Hollyfield en su combate de boxeo con Mike Tyson obviamente no se extendía a ser sujeto pasivo de un acto salvaje de desgarro y extirpamiento del lóbulo de la oreja. Mazeaud, glosando la sentencia de 14 de junio de 1949 del Tribunal Correccional de Toulouse, que condenó al jugador que había mordido en la oreja a otro del equipo contrario, seccionándola, comenta que ningún jugador de rugby acepta el riesgo de enfrentarse a un antropófago.

vii) La asunción del riesgo no excluye la culpa de la víctima. Así, en las STS de 20 de marzo de 1996 se considera que concurrió culpa exclusiva de la víctima en el caso de un esquiador que se arrojó conscientemente por una pista de extraordinaria dificultad.

viii) En el ámbito del deporte aficionado federado la necesidad de que la licencia sólo se expida si va unida a un seguro obligatorio —art. 59.2 de la Ley del Deporte— disminuye la litigiosidad, al igual que ocurre en el ámbito profesional con las recomendaciones de las Federaciones Internacionales.

ix) El concepto de culpa se modifica cuando el deportista ejerce una actividad deportiva. Ya no resultará útil la referencia al ""buen padre de familia" como patrón de comportamiento, pues el jugador, en el ardor de la disputa y en el fragor del juego, desarrolla comportamientos que, en otro ámbito, podrían reputarse negligentes o imprudentes. La competitividad conlleva una atenuación del deber de actuar con prudencia. Se produce, por tanto, un estrechamiento del concepto de culpa respecto del deportista, pero, a la vez, se amplía o ensancha la exigencia de diligencia debida en relación con los explotadores de instalaciones y organizadores de actividades deportivas, cuyo parámetro pasa a ser el de un "buenísimo padre de familia", al igual que ocurre con los monitores de las actividades deportivas. Todo ello de conformidad con el criterio establecido en el artículo 1104 CC, según el cual «la culpa o negligencia consiste en la omisión de la diligencia que exija la naturaleza de la obligación y corresponda a las circunstancias de las personas, tiempo y lugar».[40]

Por último, deberá indicarse que también existirá una responsabilidad administrativa establecida en los artículos 2, 3 y ss. de la LRJAE, respecto de Federaciones, integradas en la Administración institucional del Estado y del propio Estado, en los supuestos en que por parte de éstos haya existido culpa o dolo

40 MEDINA ALCOZ, M., "La asunción de los riesgos deportivos". Comunicación presentada en el 2º Congreso de Abogados especializados en responsabilidad civil y seguros. Granada, 2002.

en el ejercicio de las funciones que en el ámbito de la violencia deportiva les son propias. Responsabilidad que, en algunos casos, podrá ser concurrente con la de jugadores, espectadores, terceros, clubes deportivos, explotadores de instalaciones, organizadores de eventos deportivos o Federaciones Internacionales.

VI. El dopaje

La presencia del dopaje en el deporte de élite es hoy un lugar común aceptado por todos. Constituye incluso un recurso, en la búsqueda del éxito personal, profesional o estético, que se extiende a todos los ámbitos de la sociedad. Rodríguez Mourullo y Clemente[41], que ponen como ejemplo de dicha extensión la ingesta de anfetaminas para incrementar el rendimiento intelectual, la utilización de fármacos para mejorar la capacidad profesional o la administración de sustancias para combatir enfermedades depresivas, optimizar aptitudes sexuales o conseguir modelos estéticos próximos a los cánones de belleza, ponen de relieve que es especialmente en el deporte donde tal uso se ha multiplicado de forma más notable por la perversión interesada de los valores clásicos del «citius, altius, fortius». El deformado lema vendría representado por ser el mejor en la modalidad deportiva, cómo lograrlo sería secundario. El fin, una vez más, justificaría los medios.

En el Diccionario de la Real Academia de la Lengua se define el término "dopar" como «administrar fármacos o sustancias estimulantes para potenciar artificialmente el rendimiento». Sobre el origen etimológico de la voz "doping" existen varias versiones. Así, se ha propuesto que la voz deriva de la palabra inglesa "dope", que originariamente significaba grasa o pasta usada como lubricante; por la Enciclopedia Británica se atribuye el origen al término flamenco " doop", que significa alimento mezclado,

41 RODRÍGUEZ MOURULLO, A., y CLEMENTE, I., "Dos aspectos de Derecho penal en el deporte: El dopaje y las lesiones deportivas". Revista de Derecho público y procesal de Uría y Menéndez. Nº 9 /2004.

habitualmente tomado por los primeros colonizadores holandeses que se asentaron en Nueva York; en la comunidad científica se asocia su génesis semántica con el aminoácido DOPA; otros autores, en fin, colocan el embrión del sintagma en la palabra "dop" del dialecto africano kaffir —Cafre Bantú—, propio de una etnia africana de Cabo oriental, expresión con la que se apelaba en el siglo XIX a una bebida formada por una mezcla estimulante que solía ingerirse en fiestas rituales.

El uso de drogas en el deporte es muy antiguo y se remonta, al menos, al siglo III a.C. El filósofo Filóstrato documenta el uso de semillas de ajonjolí y de hongos alucinógenos para mejorar el rendimiento de los atletas griegos. Cronistas de la Grecia clásica narran que los deportistas que participaban en los Juegos Olímpicos recurrían a ingestiones de extractos de plantas, extirpaciones de bazo y otros medios artificiales para mejorar el rendimiento deportivo. La mitología nórdica cuenta que los legendarios soldados Bersekers incrementaban su vigor guerrero mediante la ingestión de la bufotemia, extraída del hongo de la amanita muscaria. En época precolombina, los incas mascaban hojas de coca en sus ceremonias, ritos y luchas.

Los primeros pasos para establecer controles antidopaje en nuestro sistema deportivo se dieron en la década de los años sesenta del siglo pasado. La adopción de iniciativas en este terreno por parte del Consejo de Europa y del Comité Olímpico Internacional (COI), impulsó la participación de España en la primera reunión de 1963. En dicho año el Comité de Educación Extraescolar del Consejo de Europa definió el dopaje como «administración a persona sana, o la utilización por ella misma, de sustancia extrañas al organismo o de sustancias fisiológicas en cantidades incrementadas o por vías anormales, con el único fin de aumentar artificialmente y de forma ilegal el rendimiento de esa persona para participar en una competición». En el mismo contexto el COI describió el doping como «la administración o uso por parte de un atleta de cualquier sustancia ajena al organismo o cualquier sustancia fisiológica tomada en cantidad anormal o por una vía anormal, con la sola intención de aumentar de un

modo artificial y deshonesto su "perfomance" en la competición». Del mismo modo, en la Primera Conferencia Mundial sobre el Dopaje en el Deporte, celebrada en Lausanne en 1999, se dio nueva definición al dopaje como «utilización de una sustancia o método potencialmente peligroso para la salud de los atletas y/o capaz de mejorar los resultados, o la presencia en el organismo del atleta de una sustancia o la prueba de aplicación de un método que figure en la lista adjunta al Código Mundial Antidopaje del Movimiento Olímpico».

El Código Mundial Antidopaje aceptado por unanimidad el 5 de marzo de 2003 en la Segunda Conferencia Mundial sobre el Dopaje en el Deporte, celebrada en Copenhague en 2003[42], definió técnicamente el dopaje en su artículo 1° como la infracción de las normas antidopaje que se relacionan en los ocho números del artículo segundo. En nuestro país, la Lista de sustancias prohibidas es elaborada por el CSD, siguiendo las pautas de la vigente Convención contra el Dopaje en el Deporte del Consejo de Europa, aprobada el 16 de noviembre de 1989 y los principios establecidos en el Código Mundial Antidopaje, que han sido recogidos en la Convención Internacional Contra el Dopaje en el Deporte, celebrada en octubre de 2005. Dicha Lista es actualizada anualmente y se publica en el BOE. La última de las Listas ha sido aprobada por la Resolución del CSD de 21 de diciembre de 2006 y es válida para todo el año 2007.

La celebración en Lausanne, en 1999, a iniciativa del COI, de la Primera Conferencia Mundial sobre el Dopaje en el Deporte puso de manifiesto la necesidad de crear un organismo internacional independiente, que estableciera normas comunes para combatir el dopaje y coordinara esfuerzos de las organizaciones deportivas y de los poderes públicos. Dicho organismo se

42 El Código Mundial Antidopaje había sido elaborado por la AMA en el año 2001, estaba inspirado abiertamente en el Código Antidopaje del Movimiento Olímpico, y éste, a su vez, provenía del Código Antidopaje del Movimiento Olímpico. Ver Eduardo Gamero Casado, en "Régimen jurídico del dopaje en el deporte", coordinador Millán Garrido, pág. 56, editorial Bosch, 2005.

creó ese mismo año, el 10 de noviembre de 1999, con el nombre de Agencia Mundial Antidopaje (AMA), fundación de derecho privado, regida por el ordenamiento jurídico suizo y con domicilio jurídico en Montreal. El Consejo de la AMA está constituido a partes iguales por representantes de organizaciones gubernamentales, intergubernamentales y deportivas. Su estructura es un reconocimiento a la necesidad de que los gobiernos y las organizaciones deportivas, que conforman el sistema deportivo internacional actúen juntos en la lucha contra el dopaje. En el año 2001, la AMA elaboró el Código Mundial Antidopaje del Movimiento Olímpico, que constituye un conjunto de reglas y directrices de obligado cumplimiento para el movimiento deportivo internacional. El CMA, pese a la autoridad moral de sus mandatos, carecía de fuerza vinculante en el Derecho internacional público, por tratarse de un instrumento jurídico propio de una fundación de carácter privado. Esta situación ha cambiado, tras la aprobación de la Convención Internacional contra el Dopaje en el Deporte adoptada por la UNESCO el 19 de octubre de 2005, pues en ella, con fuerza ya de derecho público vinculante, se aprobaron los principios básicos de la normativa internacional sobre la materia, que permiten armonizar las legislaciones de todos las países en la lucha contra el dopaje. Por haberse completado el número de 30 ratificaciones de Estados, la Convención entró en vigor el 1 de febrero de 2007. En sus Anexos, la Convención publica, sin admisión de reserva alguna, la Lista de sustancias y métodos prohibidos, el Código Mundial Antidopaje y las Normas Internacionales para los laboratorios y controles.

Fruto del trabajo de la AMA y de la aplicación del CMA ha sido la detección de conocidos casos de dopaje.[43]

---

43 Así, en los Juegos Olímpicos de Atenas se registraron 16 casos de doping y se utilizó por primera vez una máquina suiza llamada «Sysmx», capaz de detectar las hemoglobinas sintéticas, la hormona del crecimiento y las transfusiones de sangre, esta última práctica dopante a la que se recurre para aumentar la capacidad de transportar oxígeno en el organismo, incrementando la cantidad de glóbulos rojos mediante la extracción de sangre del deportista o de otra persona de su mismo grupo sanguíneo. Posteriormente, una vez obtenido el

Existen varios ejemplos de uso dramático de estimulantes en la literatura deportiva. Así, se cita el caso del ciclista británico Linton, que en 1879 y con motivo de la disputa de la clásica París- Roubaix murió por fatiga después de ingerir un estimulante; el del corredor de maratón Thomas Hicks, que en las Olimpiadas de San Luis de 1904 estuvo próximo a la muerte tras la ingestión de una mezcla de brandy y estricnina; el del ciclista Knud Enermark Jensen, que dio positivo a sustancias dopantes y falleció en los Juegos Olímpicos de Roma de 1960; el del ciclista inglés Tom Simpson, que con ocasión de la disputa del Tour de Francia de 1967, murió en las faldas del Mont Ventoux ubicada en el Macizo Central, habiendo establecido la autopsia como una de las causas de la muerte el consumo de anfetaminas; el del futbolista Diego Armando Maradona, que dio positivo en el control de drogas por uso de cocaína en la Copa del Mundo de Fútbol celebrada en EEUU en 1994; el del atleta canadiense Ben Johnson, que asimismo dio positivo en los Juegos Olímpicos de Seúl, tras haber ganado a Carl Lewis en la final de los cien metros lisos con una marca de 9.79 segundos; los de Florence Griffith y Javier Sotomayor; los de los velocistas griegos Costas Kenteris y Ekaterini Thanou, que renunciaron a participar en los Juegos Olímpicos de Atenas de 2004, después de haberse negado a pasar un control; y el de Floyd Landis, ganador del último Tour de Francia y desposeído de su victoria por el uso de sustancias o métodos dopantes, que siempre negó haber consumido y cuya inocencia sigue reivindicando ante las instancias deportivas. En los Juegos Olímpicos de Atenas se detectaron 29 infracciones a las normas antidiopaje y se privó de siete medallas a los deportistas transgresores: el discóbolo húngaro Robert Fazekas, el lanzador de martillo húngaro Adrian Annus, la lanzadora rusa Irina

---

fluido, los glóbulos son separados del plasma y congelados. El deportista, después, reemplaza por métodos naturales sus glóbulos rojos y cuando llega el momento álgido del esfuerzo o de la alta competición el atleta recibe la cantidad adicional de sangre almacenada, mejorando su capacidad sanguínea y de resistencia Explican muy bien el método, RODRÍGUEZ MOURULLO Y CLEMENTE, op. cit., pág.55.

Korzhanenko, el levantador de peso húngaro Ferenc Gyurkovics, el haltera griego Sampanis, la remera ucrania Olefirenko y la ciclista colombiana, María Luisa Calle Williams.

VII. La responsabilidad disciplinaria administrativa en la Ley Orgánica 7/2006, de promoción de la salud y lucha contra el dopaje en el deporte

Como destacara Palomar[44], la regulación del dopaje en los países de nuestro entorno socio-cultural ha sufrido un proceso de adaptación armónica. El eco y la fuerza vinculante de las disposiciones europeas e internacionales, con pretensiones de homogeneidad así lo imponían. Se considera hoy por la doctrina que ha entrado en crisis el modelo tradicional, que partiendo de una concepción del dopaje como fenómeno circunscrito a las Federaciones deportivas y al Comité Olímpico Internacional, tan sólo era capaz de provocar la generación de una normativa dispersa, fragmentaria y de corte exclusivamente represor, que atendía como bien jurídico único a la pureza de la competición deportiva. En dicho modelo se inspiraba la derogada Ley 13/1980, de 31 de marzo, General de la Educación Física y del Deporte. Hoy, rige, en cambio, el modelo vanguardista, acogido por la Ley 10/1990, de 15 de octubre, del Deporte y por la norma que la continúa y modifica[45], nuestra novedosa Ley Orgánica 7/2006, que partiendo de una concepción integral del dopaje[46], introduce la intervención de los Poderes Públicos, concurrente con las federaciones y el movimiento olímpico, pues se trata de conjugar la singular protección que merecen dos bienes básicos: por un lado, la pureza de la competición; por el otro, la

---

44 PALOMAR OLMEDA, A., "Las sanciones administrativas en materia de dopaje: el replanteamiento necesario", en Revista Española de Derecho Deportivo, número 8 de 1997.

45 La ley Orgánica 7/2006, derogó los artículos 56, 57, 58 y 76.1.d) de la Ley 10/1990, así como todos los preceptos de normas de igual o inferior rango que se opongan a la misma.

46 MILLÁN GARRIDO, A., "Régimen jurídico del dopaje en el deporte", Capítulo IV, págs. 125 y ss.. Editorial Bosch, Barcelona, 2004.

salud del deportista. Y todo ello, integrando, con amplitud de miras, el ámbito del dopaje en una regulación más compleja con componentes de prevención, control, educación y sanción, administrativa e incluso penal; y extendiendo su campo de aplicación a deportistas profesionales, federados o practicantes habituales u ocasionales de cualquier modalidad deportiva. Desde este punto de vista, la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 7/2006, pone de relieve las líneas centrales de su normativa, que vamos a resumir en los siguientes apartados:

i) Actualización de los mecanismos de control y de represión del dopaje en el ámbito del deporte de alta competición y, al mismo tiempo, creación de un marco sistemático y transversal de prevención, control y represión del dopaje en general, por pasar a ser considerado como una lacra que pone en grave riesgo la salud, tanto de los deportistas profesionales como de los aficionados meramente practicantes de cualquier modalidad deportiva.

ii) La opción legislativa a la que se recurre engloba en una sola norma, la regulación administrativa de control y prevención del dopaje y la regulación penal represora del mismo. Por ello, las normas que no desarrollan derechos fundamentales están afectas al rango de reserva ordinaria de ley y las que sí lo hacen encuentran su expresión adecuada de regulación en la modalidad de ley orgánica.

iii) Se atribuye a las Administraciones públicas la responsabilidad última en materia de prevención, control y represión del dopaje. La LO 7/2006, mantiene, en este punto, la regulación de la Ley 10/1990, basada en el ejercicio de la actividad disciplinaria por las federaciones deportivas españolas, bajo la tutela efectiva del CSD.

iv) La Agencia Estatal Antidopaje (AEA) se configura como el organismo por medio del cual se realizarán los controles de dopaje que le sean encomendados

por las instancias superiores del CSD y también como la entidad que instará la solicitud de revisión ante el CSD de las resoluciones de la Comisión de Control y Seguimiento de la Salud y del Dopaje si las estima no ajustadas a derecho. Podrán existir Agencias Antidopajes autonómicas, en cuyo caso se constituirá en la AEA un órgano de participación de aquéllas para armonizar la política estatal.

v) El órgano de tutela del CSD para el ejercicio de sus competencias pasa a denominarse Comisión de Control y Seguimiento de la Salud y del Dopaje, que asume funciones de gran relevancia, tanto en materia de protección de salud como en el ámbito de lucha contra el dopaje. Entre otras, le incumbe la función de interponer la solicitud de revisión ante el CSD de las resoluciones de las federaciones deportivas en materia de represión del dopaje, que estime no ajustadas a la legalidad.

vi) El CSD, siguiendo pautas de la vigente Convención contra el Dopaje en el Deporte del Consejo de Europa y los principios del Código Mundial Antidopaje publicará cada año la Lista actualizada de sustancias prohibidas y métodos no reglamentarios. La Lista vigente para el año 2007, fue contenida en la resolución del CSD de 21 de diciembre de 2006.

vii) La Ley consolida el establecimiento de reconocimientos médicos de aptitud para la práctica deportiva federada e introduce la realización de controles de salud a los deportistas que participen en competiciones oficiales. Tales controles podrán realizarse en competición y fuera de ella, y éstos últimos incluso por sorpresa y sin previo aviso en franja horaria que excluya las horas de descanso nocturno. La negativa, sin causa justa, a someterse a los controles, constituye prueba suficiente para sancionar la conducta del deportista. Los controles de detección se realizarán en laboratorios de análisis debidamente homologa-

dos, correspondiendo su realización con carácter general a las Federaciones deportivas, mas si éstas poseyeran insuficiencia de medios podrán solicitar la realización íntegra por la AEA.

viii) La potestad disciplinaria se somete a los principios de reserva de ley, interdicción de penas privativas de libertad, límite establecido en el artículo 25.3 CE, respeto a los derechos de defensa, contenidos en el artículo 24 CE, subordinación a la autoridad judicial y prohibición del principio non bis in idem (artículo 23 de la Ley). Tras haberse derogado el artículo 76.1.d) de la Ley 10/1990, se establece, en los artículos 14 y 15 de la nueva Ley el régimen de tipificación de las infracciones graves y muy graves y de sus respectivas sanciones.

ix) Se instaura un novedoso sistema de revisión de sanciones, que apoyado en el artículo 107 de la Ley 30/1992, permite acudir a una fórmula arbitral, cuya autoridad se residencia en una Sección del CSD y que sustituye al recurso administrativo clásico. El control jurisdiccional se garantiza otorgando competencia para conocer de los recursos contra las resoluciones administrativas en el ámbito de la disciplina deportiva en materia de dopaje a los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo, o a los Juzgados Centrales de lo Contencioso-Administrativo si las resoluciones son dictadas por el Comité Español de Disciplina Deportiva.

x) Se introduce un nuevo artículo 361 bis en la LO 10/1995, de 23 de noviembre del CP, con lo que se completa el diseño integral de la política integral contra el dopaje, iniciado en 2005, al dar luz verde el Consejo de Ministros, al Plan de Acción Integral contra el Dopaje en el Deporte.

En sede de diseñar la relación entre los ilícitos administrativos en materia de dopaje y la regulación de las faltas y delitos

relativos a dichas prácticas, debemos recordar que el esquema será idéntico al que ya se ha explicado entre las infracciones administrativas y las faltas y delitos en el ámbito de la violencia deportiva.

Tal relación pasa por considerar el carácter subsidiario del Derecho penal. Decíamos que a esta rama jurídica le corresponde una función eminentemente protectora de los bienes jurídicos básicos de la convivencia, que se recogen en el CP y las leyes penales especiales, pero adelantábamos que no es el único instrumento de sanción de que se sirve el Estado, pues todas las divisiones sectoriales del Ordenamiento jurídico poseen su propio sistema de sanciones para reaccionar ante el incumplimiento de sus normas. Así, en el ámbito del dopaje deportivo el legislador ha diseñado un sistema de sanciones, que hoy se contiene fundamentalmente en la Ley Orgánica 7/2006, de promoción de la salud y de la lucha contra el dopaje en el deporte. En principio, en ese aparente concurso de sectores del ordenamiento jurídico —derecho penal y derecho disciplinario deportivo—, el papel reservado al Derecho penal es entrar en juego cuando han fracasado las normas del derecho administrativo sancionador. De esta manera, se excluyen del ámbito objetivo de aplicación de las normas penales un conjunto de conductas contrarias a las prácticas irregulares de control, prevención y sanción del dopaje que el legislador ha entendido suficientemente reprimidas ya por el derecho disciplinario. En consecuencia, el diseño legislativo de la responsabilidad jurídica por el dopaje en el deporte, comienza con la ya citada Ley Orgánica 7/2006, en cuyo artículo 13 se establece la responsabilidad del deportista de asegurarse de que ninguna sustancia prohibida entre en su organismo, configurándose en el artículo 14 la tipificación de las infracciones, distinguiéndose entre muy graves y graves, considerándose infracciones muy graves el uso o consumo de sustancias o métodos prohibidos, la posesión de dichas sustancias o la utilización de esos métodos o el incumplimiento de determinadas obligaciones de localización y disponibilidad para el control antidopaje. El principio de reserva legal permite que las Federaciones, respetando la regulación básica de la LO

7/2006, elaboren sus propios estatutos complementando el sistema de control, prevención y sanción en la materia. Las sanciones se establecen en los artículos 15 a 18 y se extienden a deportistas, médicos, personal sanitario, clubes, equipos deportivos, árbitros, jueces, y personal de federaciones y entidades organizadoras. La potestad disciplinaria derivada del dopaje en el deporte de competición estatal se atribuye a las federaciones deportivas españolas, bajo la tutela del CSD. En una primera aproximación, por tanto, se excluirán del ámbito de aplicación de las normas penales todas aquellas conductas tipificadas cono infracciones muy graves o graves en la Ley Orgánica 7/2006, que derogó los artículos 56, 57, 58 y 76.1.d de la Ley 10/1990, relativos a actividades de dopaje. Subsistirán como faltas leves en el ámbito del dopaje las comprendidas en el artículo 76.5 de la Ley 10/1990. El recurso a las técnicas de tutela extra-penal se muestra así coherente con la concepción del Derecho penal como última ratio, susceptible de aplicarse tan sólo ante las formas más graves de ataque a los bienes jurídicos básicos. En cuanto al principio non bis in idem se consagra en el artículo 23 de la LO 7/2006 e impide sancionar los hechos ya sancionados penalmente, pero sólo en los casos en que se aprecie identidad de sujeto, hecho y fundamento, debiendo suspender el órgano disciplinario la tramitación del procedimiento administrativo cuando se adviertan indicios de delito, poniendo los hechos en conocimiento del Ministerio Fiscal.

VIII. Normativa internacional

El sistema deportivo internacional se ha caracterizado por la nota de la multipolaridad y por carecer de una estructura piramidal, que aglutine en su seno un elemental principio de jerarquía entre sus órganos componentes. El entramado presenta una clara fragmentación del poder decisorio entre el Movimiento Olímpico Internacional, el COI, las Federaciones Deportivas, la AMA, los Estados independientes, e incluso, el Consejo de Europa, la UNESCO o la Unión Europea. El efecto positivo de esa estructura fragmentaria es el de la desconcentración y la

evitación de acumulación de poder en un solo órgano rector, pero el negativo viene representado por la falta de seguridad jurídica, absolutamente necesaria para determinar la lista de sustancias y métodos prohibidos, la tipificación de infracciones y sanciones y sus consecuencias jurídicas. La presencia concurrente de movimientos deportivos y Estados o entidades supranacionales se justifica porque, como expresa la Sentencia del Tribunal Europeo de 1ª Instancia de la Comunidad Europea de 30 de septiembre de 2004, «la lucha contra el dopaje pretende, en primer lugar, mantener el espíritu deportivo (el juego limpio), sin el cual el deporte deja de ser deporte, independientemente de que se practique por aficionados o por profesionales. En segundo lugar, en la medida en que los productos para el dopaje no están exentos de efectos fisiológicos, esta lucha tiene por objeto cuidar la salud de los atletas»[47]. Es decir, se justifica la intervención de los movimientos deportivos para salvaguardar el espíritu deportivo y del Estado para proteger la salud de sus súbditos deportistas. Dibujado, de esta manera, el panorama actual, trataremos simplemente de presentar en este ámbito supranacional, necesitado de armonización y elaboración de legislaciones y políticas conjuntas a nivel nacional, la evolución de la lucha contra el dopaje en diferentes organismos internacionales.

El Consejo de Europa es considerado como el primer organismo comprometido en la lucha contra el dopaje. Su primera declaración la constituyó la Resolución del Comité de Ministros del Consejo de Europa (67) 12, sobre el Dopaje de los Atletas, a la que siguieron la Recomendación (79) 8, sobre el Dopaje en el Deporte, la Recomendación (84) 19, relativa a la Carta Europea sobre el Dopaje en el Deporte y la Recomendación (88) 12, sobre el Establecimiento de Controles Antidopaje sin preaviso fuera de competición. Sus instrumentos de derecho público más impor-

47 Véase sobre el tema y la sentencia citada el artículo de GAMERO CASADO, E., "El dopaje en los ámbitos supranacionales: evolución histórica y situación actual.", incluido en el libro "Régimen jurídico del dopaje en el deporte", coordinado por MILLÁN GARRIDO y ya reseñado.

tantes han sido la Carta Europea contra el Dopaje en el Deporte de 25 de septiembre de 1985 y el Convenio Europeo contra el Dopaje de 16 de noviembre de 1989.[48] El Convenio, el texto más relevante del Consejo de Europa, define el dopaje, se compromete en la elaboración de Listas únicas de clases farmacológicas, de agentes de dopaje o de métodos de dopaje, aplicando mientras tanto la Lista de referencia del Anexo del Convenio, crea un Grupo de Seguimiento, facilita la constitución en su territorio de laboratorios homologados de control antidopaje, alienta la creación de federaciones y organizaciones deportivas, presenta modelos de expedientes disciplinarios comprometidos en el respeto a los derechos de los deportistas afectados, reclama la cooperación internacional y estimula a los Estados a la elaboración de una legislación armónica, que incorpore tales iniciativas.

El COI creó su Comisión Médica en 1967 e instauró el primer el primer control antidopaje en los Juegos Olímpicos de Méjico de 1968. Se le considera un órgano relevante y pionero en la lucha contra el dopaje y aprobó en 1999 el Código Antidopaje del Movimiento Olímpico, el cual contenía una Lista de sustancias y métodos prohibidos, que se acordó implantar generalizadamente en la reunión de Lausanne de 1999 y que constituye el precedente de la elaborada por el actual Código Mundial Antidopaje de la AMA, fundación de derecho privado regida por el derecho suizo. Bajo su auspicio se celebró la primera Conferencia Mundial sobre el Dopaje en el Deporte, en la que colaboraron y participaron poderes públicos y organizaciones deportivas, y que culminó con la Declaración de Lausanne de 4 de febrero de 1999 y con la creación de la AMA.

Las Federaciones Internacionales, por su parte, y sin ningún éxito, intentaron elaborar su propia normativa en la lucha contra el dopaje, surgiendo Reglamentos de la UCI, de la FIFA y de la IAAF (Federación Internacional de Atletismo Aficionado), éste último en 1928, que se caracterizaron por la dispersión, carencia de armonía y falta de homogeneidad.

---

48 Véase el Convenio en el BOE de 11 de junio de 1992.

La Unión Europea contribuyó a la lucha contra el dopaje aprobando las Resoluciones de 3 de diciembre de 1990, relativa a una Acción comunitaria de lucha contra el dopaje y la Resolución de 19 de febrero de 1992, relativa a un Código de conducta contra el dopaje en las actividades deportivas, aunque su instrumento más importante lo ha constituido el Plan de apoyo comunitario a la lucha contra el dopaje en el deporte de 1999. Desde el artículo 152 del Tratado de la Unión, que pretende reducir los daños a la salud pública producidos por las drogas y proclama la prevención y educación como ejes de su política en la materia, o desde el artículo III-182 de la sección IV del Tratado, que proclama como acción de la Unión la promoción de la igualdad en la competición y la protección de los deportistas y de su salud física y moral, la intervención de la CE, en este ámbito, debe ser directa y eficaz y también desde el prisma del llamado "Tercer Pilar de la Unión", esto es, el de la cooperación policial y judicial en materia penal, dado que el uso de sustancias estimulantes y drogas en el deporte se está convirtiendo en un negocio internacional organizado por redes internacionales, que reclama la intervención de los Estados miembros de la Unión a través de sus derechos disciplinario y penal[49].

---

49 Piénsese en las revelaciones en torno al reciente escándalo del caso Balco, laboratorio californiano que producía y suministraba diversas sustancias prohibidas, entre ellas el esteroide tetrahidrogestinona (THG) a varios de los atletas mejores del mundo. Tales hechos ponen de relieve la dimensión organizada de una actividad criminal, en la que no se para mientes en la utilización de métodos cada vez más sofisticados tecnológicamente y que usan los avances médicos para enmascarar la presencia en el organismo de productos dopantes. Las nuevas sustancias dopantes son derivadas de componentes endógenos y son mucho más difíciles de detectar en una analítica convencional. En el caso del THG, resulta indetectable al ser producido en el laboratorio modificando su estructura química, al igual que ocurre con el DMT, poderoso anabolizante. Otra de las constantes en la lucha contra el dopaje es descubrir que la mayoría de los grandes avances médico son utilizados perversamente para mejorar fraudulentamente el rendimiento deportivo. Así, los esteroides, la hormona del crecimiento, la EPO o la insulina son extraordinarios avances clínicos en la lucha contra enfermedades óseas, renales, anemias o diabetes.

La AMA y el CMA ya han sido mencionados. La AMA, creada en la Conferencia Mundial sobre el Dopaje en el deporte de Lausanne de 1999, es una fundación de derecho privado, cuyo Consejo está integrado a partes iguales por representantes de organizaciones gubernamentales, intergubernamentales y deportivas, habiéndose erigido como la institución más importante a nivel internacional en la lucha contra el dopaje. La AMA elaboró el CMA, el cual por carecer de fuerza vinculante en el ámbito del Derecho internacional público, necesitaba de la adecuada transposición al derecho interno de las organizaciones que integran la AMA. El CMA, creado en 2001, constituyó un conjunto uniforme de reglas contra el dopaje, el documento central que facilita el marco para las políticas y reglamentos antidopaje en el seno de las organizaciones deportivas y de las autoridades públicas. El 5 de marzo de 2003, en la segunda Conferencia Mundial sobre el Dopaje en el Deporte celebrada en Copenhague, alrededor de 1200 delegados que representaban a 80 gobiernos, el COI, el Comité Paralímpico Internacional, todas y cada una de las 35 Federaciones Internacionales de Deportes Olímpicos y todas las Federaciones Internacionales de Juegos de Invierno aceptaron el CMA y su aplicación en los Juegos Olímpicos de Atenas de 2004. El CMA define el dopaje, publica y pone al día la Lista de sustancias y métodos prohibidos, elabora un protocolo general de control y análisis de dopaje, crea un procedimiento tipo de control y sanción del dopaje y atribuye la sujeción exclusiva de todos los conflictos derivados de su aplicación a la jurisdicción exclusiva del Tribunal Arbitral del Deporte de Lausanne.

LA UNESCO, por último, en su 33ª reunión, celebrada en París del 3 al 21 de octubre de 2005, aprobó la Convención Internacional contra el Dopaje en el Deporte, norma que a tenor de lo dispuesto en su artículo 37, entró en vigor el 1 de febrero de 2007, día primero del mes siguiente a la expiración de un plazo de un mes después de la fecha en que se depositó el instrumento de ratificación número 30 de los Estados Miembros. La Convención, con fuerza vinculante de derecho público internacional, acompaña en sus Anexos la Lista Internacional de sustancias y métodos

prohibidos, las Normas de concesión de autorizaciones para uso con fines terapéuticos, el CMA, y las Normas Internacionales para los laboratorios y controles.

IX. Derecho comparado

Nos fijaremos en los modelos del derecho comparado, pero exclusivamente desde el apartado del derecho penal, para no desbordar las expectativas de esta ponencia.

En el derecho francés, el Código de la Salud Pública castiga en su Ley 3633-2, según redacción de la Ley 2000-916, de 19 de septiembre, con pena de prisión de cinco años y multa de 75.000 euros a quien «prescriba, ceda, ofrezca, administre o aplique a un deportista de los mencionados en la L3631-1, una sustancia o procedimiento mencionado en el referido artículo, o a quien facilite su utilización o, de cualquier manera, incite a su uso.

A su vez, la Ley italiana contra el dopaje 376/2000, castiga en su artículo 9, apartado 1, salvo que el hecho constituya un delito más grave, con pena de reclusión de tres meses a tres años y multa de 5 a 100 millones de liras, a quienes proporcionen, suministren, faciliten o favorezcan la utilización de fármacos o de sustancias biológicas o farmacológicas activas cuyo uso sea considerado doping, así como a quienes adopten o se sometan a prácticas médicas que no estén justificadas por razones patológicas y sirvan para modificar las condiciones psicofísicas o biológicas del organismo, con el fin de alterar el rendimiento de los deportistas, o estén dirigidas a modificar los resultados de los controles sobre tales prácticas. Con idéntica pena se castiga a quienes alteren o modifiquen el resultado de una prueba antidopaje. Dichas penas pueden agravarse si del hecho realizado se deriva un daño a la salud, si tiene lugar en relación con un menor de 18 años o si es cometido por un componente o dependiente del Comité Olímpico Nacional Italiano o de una Federación deportiva nacional, sociedad o asociación reconocida por el Comité Olímpico Nacional Italiano. En este último caso, la sanción lleva

aparejada la prohibición permanente de ejercer cargos directivos en tales órganos. Si el responsable es médico o sanitario la pena conllevará la prohibición del ejercicio temporal de la profesión. También se sanciona como delito el acto consistente en comerciar con medicamentos o sustancias prohibidas a través de los canales de farmacias abiertas al público, farmacias militares, dispensarios públicos o en otra estructuras que estén en posesión de fármacos con las pena de reclusión de dos a seis años y la de multa entre diez y ciento cincuenta millones de liras.[50]

X. Derecho penal español: delitos contra la salud pública de los artículos 359, 360, 361, 362, y 361 Bis del CP

El propósito de este apartado es acercarnos al examen de los tipos penales en principio aplicables a las conductas que promueven, favorecen o facilitan el uso de sustancias farmacológicas prohibidas o de métodos no reglamentarios a los deportistas para conseguir aumentar artificialmente sus cualidades fisiológicas o sus prestaciones en competición. Existirá un antes y un después de la LO 7/2006, que entró en vigor el 23 de febrero de 2007.

En principio, y por respeto al principio de legalidad, que vedaría la aplicación retroactiva y contra reo del precepto introducido por la LO 7/2006, y que no es otro que el artículo 361 bis CP, los artículos susceptibles de apreciación en la materia serían los artículos 359, 360, 361 y 362 CP. También el artículo 364 del mismo Cuerpo legal. En operaciones policiales vigentes relacionadas con el uso de productos estimulantes en el deporte, como la que se sigue en un Juzgado de Instrucción de Madrid, conocida con el nombre de Operación Puerto, esos artículos constituirán el marco legal de referencia.[51]

---

50 Véase DE LA IGLESIA PRADOS, E., "La represión del dopaje en el derecho comparado: los distintos modelos de control y represión", artículo incluido en el libro "Régimen jurídico del dopaje en el deporte", coordinado por MILLÁN GARRIDO y ya reseñado.

51 En la llamada Operación Puerto cinco personas fueron detenidas en Madrid y Zaragoza como producto de una investigación que será conocida como

El artículo 359 CP castiga al que, «sin hallarse debidamente autorizado, elabore sustancias nocivas para la salud o productos químicos que puedan causar estragos, o los despache o suministre, o comercie con ellos». Este artículo halla su precedente directo en el artículo 246 del CP de 1848, habiendo sido considerado, junto con otros de su mismo Capítulo III, que tiene la rúbrica de delitos contra la salud pública, como el antecedente directo del delito del artículo 368 de tráfico ilegal de drogas. Se ha señalado que el precepto propende a la tutela tanto de la salud pública —elaboración de sustancias nocivas para la salud—, como de la propia comunidad —productos químicos que puedan causar estragos—. Desde el punto de vista de su estructura, resulta una infracción de peligro abstracto, que no requiere la concreta puesta en peligro de la salud de nadie, pero que sí exige comprobar que las sustancias sean nocivas y que los productos puedan causar estragos, es decir, que se consideren unas y otros aptos e idóneos para producir un peligro real para la salud o para la causación de estragos. El artículo 359 CP posee dos objetos

---

'operación Puerto'. Los arrestados fueron el doctor Eufemiano Fuentes, ex médico de varios equipos españoles, entre ellos el Kelme y ONCE; Manolo Saiz, director del equipo Liberty Seguros; Ignacio Labarta, director adjunto del Comunitat Valenciana; Alberto León, ex profesional de bicicleta de montaña utilizado como 'mensajero' y el hematólogo responsable de un laboratorio, llamado José Luis Merino. La Guardia Civil descubrió cerca de **100 bolsas de sangre congelada** y la misma cantidad de plasma sanguíneo, todas ellas con claves de ciclistas y otros deportistas. Los agentes también descubrieron documentos relacionados con prácticas dopantes, así como planes de entrenamiento y máquinas de congelación y centrifugado de la sangre. En el registro se encontraron también grandes cantidades de anabolizantes, esteroides, hormonas de crecimiento de fabricación china y EPO. Además de la Operación Puerto se siguen actuaciones penales en otro Juzgado de Instrucción de Madrid, como consecuencia de las declaraciones de un ciclista profesional llamado Manzano y en un Juzgado de Algeciras, tras la desarticulación en julio de 2004 de una red de traficantes de productos dopantes ilegales, como la EPO, la hormona del crecimiento, el clembuterol, la efedrina e incluso sustancias diuréticas enmascaradotas del uso de fármacos. Al parecer en las actuaciones penales se ha dictado auto de sobreseimiento libre, que no ha adquirido firmeza por haber sido recurrido por el Ministerio Fiscal y por alguna de las acusaciones.

materiales diferenciados, sobre los que han de versar las acciones de tráfico sin la debida autorización: las sustancias nocivas y los productos químicos. La jurisprudencia de la Sala II del TS, en sentencia de 11 de diciembre de 2004, ha destacado, que se trata de un delito de riesgo abstracto o potencial, de resultado cortado y consumación anticipada, cuyos elementos se descomponen en los siguientes:

i) La elaboración, despacho, suministro o comercio, en general, de sustancias nocivas para la salud o de productos químicos que puedan causar estragos, entendiendo por estragos, no grandes daños —que se tipificarían en el artículo 346— sino grandes males, que han de afectar a la salud pública

ii) Que el autor no se halle autorizado, lo que nos sitúa ante un elemento normativo del tipo.

iii) Que la conducta sea dolosa y el sujeto sepa lo que hace, incidiendo negativamente la teoría del error.

No son sustancias típicas a los efectos del artículo 359, las drogas tóxicas y estupefacientes del artículo 368 CP, los medicamentos contemplados en el artículo 362, los alimentos previstos en los artículos 363 y 364, ni los materiales radiactivos del artículo 345.1.[52]

El artículo 360 CP sanciona, complementando el precepto anterior, al que «hallándose autorizado para el tráfico de las sustancias o productos a que se refiere el artículo anterior, los despache o suministre sin cumplir con las formalidades previstas en las Leyes y Reglamentos». La única diferencia de este artículo con el anterior es circunscribir la conducta típica al despacho o suministro de las sustancias o productos químicos, por parte de quien esté autorizado para dicho tráfico, siempre que incumpla

52 GARCÍA ALBERO, R., "Los delitos contra la salud pública", en "Comentarios al Código Penal" de Aranzadi, coordinados por Quintero Olivares, G., págs. 1603 y ss. Pamplona, 1996.

las formalidades legales. Destaca García Albero que el tipo se configura como ley penal en blanco y que el alcance de la prohibición debe ser integrado con la remisión al artículo 25.2 de la Ley General de Sanidad y al artículo 4.2 de la Ley General de Defensa de los Consumidores. Éste último precepto establece que todos los productos que en su composición lleven sustancias tóxicas, cáusticas, corrosivas o abrasivas, deberán ir envasados con las debidas garantías y hacer observar el riesgo de su incorrecta manipulación. También se ha puesto de relieve la dudosa constitucionalidad del artículo estudiado, por no contenerse el núcleo esencial de la prohibición en el precepto penal remitente.

El artículo 361 CP, castiga a «los que expendan o despachen medicamentos deteriorados o caducados, o que incumplan las exigencias técnicas relativas a su composición, estabilidad y eficacia, o sustituyan unos por otros, y con ello pongan en peligro la vida o la salud de las personas». La norma se revela como una ley penal en blanco y su objeto material se contiene en el artículo 8.1 de la Ley del Medicamento, que define el medicamento como toda sustancia medicinal y sus asociaciones o combinaciones destinadas a su utilización en las personas o en los animales que se presente dotada de propiedades para prevenir, diagnosticar, tratar, aliviar o curar enfermedades o dolencias o para afectar a funciones corporales o al estado mental. Para la STS de 9 de julio de 1982 los medicamentos son sustancias químicas con operatividad para producir efectos curativos en las personas. El delito se configura como de peligro concreto.

El artículo 362 CP contiene una serie de conductas consistentes en poner en peligro la vida o la integridad de las personas mediante la manipulación de medicamentos o sustancias productoras de beneficiosos efectos para la salud. Se ha denunciado la pésima técnica de tipificación del precepto, que favorece la aparición de lagunas de punición.[53] El denominador

53 GARCÍA ALBERO, R., "Los delitos contra la salud pública", en "Comentarios al Código Penal" de Aranzadi, coordinados por Quintero Olivares, G., págs. 1614 y ss. Pamplona, 1996

común a todas las alteraciones del artículo 362 es que incidan en la eficacia terapéutica del medicamento, privándole de ella total o parcialmente, por lo que se ha advertido que una alteración del medicamento que incrementase su eficacia, aunque a costa, por ejemplo, de aumentar su toxicidad y por tanto su peligro par la vida o salud de las personas, podría entenderse atípica. Una forma de obviar ese inconveniente sería reconducir la tipificación de dichos comportamientos al párrafo tercero del mismo artículo, que solamente exige la alteración del medicamento y la puesta en peligro de la vida o salud de las personas. Así se salvaría el contrasentido de castigar al alterador del medicamento con el artículo 361 y al expendedor de dicha alteración con una pena más elevada a través del indicado párrafo tercero del artículo 362 CP. La naturaleza jurídica del delito es la propia de los delitos de peligro concreto.

El artículo 367 CP permite la incriminación imprudente de todos los artículos precedentes.

El nuevo artículo 361 bis CP introduce renovadas posibilidades en la lucha contra el dopaje. Como se ha dicho, el precepto introducido por la Ley Orgánica 7/2006, entró en vigor el 23 de febrero de 2007. Con este nuevo ilícito penal se completa el diseño integral de la política criminal contra el dopaje, iniciado en febrero de 2005 al dar luz verde el Consejo de Ministros al Plan de Acción contra el dopaje en el deporte. Entre las 59 medidas aprobadas en aquel Plan, destacaban, también, la creación de un grupo operativo en el seno de la Comisaría General de la Policía Judicial, especializado en la persecución de redes de dopaje y de una unidad especializada de persecución del delito en la FGE. El delito sanciona a «los que, sin justificación terapéutica, prescriban, proporcionen, dispensen, suministren, administren, ofrezcan o faciliten a deportistas federados no competitivos, deportistas no federados que practiquen el deporte por recreo, o deportistas que participen en competiciones organizadas en España por entidades deportivas, sustancias o grupos farmacológicos prohibidos, así como métodos no reglamentarios, destinados a aumentar sus capacidades físicas o a modificar los resultados de las compe-

ticiones, que por su contenido, reiteración en la ingesta u otras circunstancias concurrentes, pongan en peligro la vida o salud de los mismos».

El delito se integra en el Libro II, Título XVII "De los delitos contra la seguridad colectiva", Capítulo III "De los delitos contra la salud pública". No puede entenderse sin el complemento de la LO 7/2006, de protección de la salud y la lucha contra el deporte, en cuyo artículo 13 se dispone que los deportistas se asegurarán de que ninguna sustancia prohibida se introduzca en su organismo, siendo responsables cuando se detecte su presencia en los mismos. Toda esta normativa tiene su fundamento en el artículo 43 CE, que reconoce el derecho a la protección de la salud y señala la competencia de los poderes públicos para organizar y tutelar la salud pública y fomentar la educación física y el deporte.

El bien jurídico protegido es la salud pública general y se configura así como un interés autónomo y distinto respecto a la vida y salud individual de los deportistas. Los intereses aquí tutelados tienen un carácter supraindividual o colectivo, y, por tanto, el consentimiento del interesado no opera como causa de justificación de la conducta antijurídica del autor del delito. Esto significa que la conducta será típica aunque el deportista consienta la administración de la sustancia o grupo farmacológico prohibidos o el uso de método no reglamentarios y, al mismo tiempo, de tal configuración se deduce que en los supuestos de lesión individual de la vida o salud, deberá acudirse a la técnica del concurso ideal de delitos, con los tipos de homicidio y lesiones, dolosos o imprudentes, consentidos o no. No obstante, debe destacarse que la jurisprudencia del TS en los supuestos de delitos de riesgo abstracto o concreto de los artículos 379, 381 y 382 CP, seguidos de resultado, opta por el concurso de normas —imperativo legal del artículo 383—, al igual que en los casos de los artículos 316 y 317 coronados por un resultado mortal o lesivo. En estos últimos delitos de prevención de riesgos laborales, se aplica el concurso de normas si la omisión de medidas de seguridad se concreta en un solo trabajador y genera su propia muerte y el concurso ideal

de delitos si las medidas omitidas afectan a varios trabajadores y las consecuencias lesivas o mortales solamente se producen en uno de ellos. Así, las SSTS de 14 de julio de 1999 y de 4 de junio de 2002 establecen que «cuando como consecuencia de la omisión de normas de seguridad se produzca el resultado que se pretendía evitar con ellas, el delito de resultado absorberá la de peligro —artículo 8.3 CP—, como una manifestación lógica de la progresión delictiva; mas cuando el resultado producido constituya uno sólo de los posibles resultados de la conducta omisiva, ya que en la misma situación de peligro se encontraban otros trabajadores, debe estimarse el concurso ideal entre el delito del artículo 316 y el homicidio imprudente». En el supuesto de dispensarse los objetos prohibidos por el tipo a varios deportistas, en principio, tal y como ocurre en el delito de tráfico de drogas del artículo 368 CP cuando la venta de productos tóxicos se efectúa respecto de varios compradores, existirá un solo delito del artículo 361 bis, sin perjuicio de la correcta individualización de la pena. Solución que coincide con el bien jurídico protegido que es la salud pública colectiva y no individual.

Se trata de un delito común susceptible de ser cometido por cualquier persona, pues la ley no delimita el círculo de sus posibles autores. No es, pues, un delito especial propio o impropio.

El precepto se configura como una norma penal en blanco. Expresiones como "sustancias o grupos farmacológicos prohibidos" o "métodos no reglamentarios", dotan de una estructura abierta al tipo, que exige el recurso al complemento extrapenal. Tal técnica legislativa es correcta y así lo ha proclamado la STC 120/1998, de 15 de junio al establecer que «la CE ni impone ni prohíbe que el complemento extrapenal deba de estar previsto en norma con rango de Ley orgánica». Lo importante es que en el tipo penal se contenga el núcleo esencial de la prohibición y en el tipo estudiado así ocurre, por lo que debe admitirse la colaboración extrapenal en la concreción de alguno de sus elementos. Particular importancia, en este ámbito, posee el artículo 12 de la LO 7/2006, el cual dispone que en el marco de sus compromisos y obligaciones internacionales, la Presidencia del CSD publicará

cada año en el BOE la Lista de sustancias y métodos prohibidos en el deporte, obligación de publicación que también se contiene 56.1 de la Ley 10/1990, del Deporte. Es decir, la remisión extrapenal se contiene en normas con rango de ley orgánica y de ley ordinaria. En este sentido, la Resolución del CSD de 21 de diciembre de 2006 ha publicado dichas Listas para el año 2007. En la Lista de sustancias prohibidas figuran los estimulantes—como la anfetamina, cocaína y efedrina—, los analgésicos narcóticos —como la morfina—, los cannabinoides —como la marihuana y el hachis—, los agentes anabolizantes —como los esteroides o el clembuterol—, las hormonas peptídicas —como la hormona del crecimiento—, los Beta dos agonistas, los agentes antiestrogénicos, los agentes enmascaradores y los glucocorticosteroides. Entre los métodos prohibidos se incluyen los utilizados para mejorar la transferencia de oxígeno, las manipulaciones químicas o farmacológicas que alteren las muestras tomadas de dopaje y el dopaje genético, caracterizado por el uso terapéutico de la ingeniería genética para llegar a modificar la información genética de las células y mejorar el rendimiento deportivo.

El delito parece configurarse como de peligro concreto. En atención a la modalidad del ataque al bien jurídico la doctrina distingue entre delitos de lesión y delitos de peligro. Los primeros son aquellos en los que se menoscaba o lesiona el bien jurídico protegido en el tipo. Los segundos, pueden ser de peligro concreto o abstracto. En los delitos de peligro abstracto, que constituyen un grado previo respecto de los delitos de peligro concreto, el peligro es simplemente la ratio esendi de la incriminación. En los delitos de peligro concreto, el peligro respecto del bien jurídico se convierte en resultado, que debe ser abarcado por el dolo del autor. De ahí la necesidad de establecer un juicio de imputación objetiva, pues desde una perspectiva ex ante deberá acreditarse la creación de esa situación de peligro perturbadora de la integridad del bien jurídico. Para SCHÜNEMANN el peligro puede reputarse existente cuando la salvación depende de factores que no pueden ser controlados por el actuar humano. Para DEMUTH surge el peligro cuando el bien jurídico se halle de tal forma inmerso en el

radio de la acción peligrosa que las medidas preventivas normales no resulten suficientes para impedir con seguridad la producción del resultado lesivo. En nuestro caso, tales medidas serán las predispuestas en el ámbito médico para evitar el resultado lesivo. SERRANO-PIEDECASAS[54] expresa que la peligrosidad ex ante concurre si se da la proximidad de lesión del bien jurídico y la falta de dominio de las causas salvadoras. En el delito a estudio, al exigirse que las sustancias, grupos farmacológicos o métodos, prohibidos o no reglamentarios, por la reiteración en la ingesta, contenido o circunstancias concurrentes, pongan en peligro la vida o salud de los deportistas, el delito debe ser entendido como de peligro concreto. Ese peligro concreto no tiene por qué ser grave, bastará simplemente con la puesta en peligro. En nuestra opinión el legislador podría haber configurado el delito como de peligro hipotético. Esta modalidad, intermedia entre los delitos de peligro concreto y abstracto, también denominada de peligro abstracto-concreto, peligro potencial o delitos de aptitud, no tipifica en sentido propio un resultado concreto de peligro, sino un comportamiento idóneo para producir peligro para el bien jurídico protegido. En estos supuestos la situación de peligro no es elemento del tipo, pero sí lo es la idoneidad del comportamiento efectivamente realizado para producir dicho peligro. Esta modalidad delictiva ya ha sido utilizada por la doctrina jurisprudencial en relación con los delitos de riesgo para la salud de los consumidores, en los supuestos de administración a los animales cuyas carnes se destinen al consumo humano de sustancias no permitidas que generen riesgo para la salud de las personas (artículo 364.2 CP), y en el delito ecológico del artículo 325 CP.[55]

El sujeto activo puede ser cualquiera y los sujetos pasivos son todo tipo de deportistas, los federados no competitivos, los

---

54 SERRANO-PIEDECASAS, J.R., "La responsabilidad penal del empresario, personal técnico y los servicios de prevención en los delitos contra la seguridad e higiene en el trabajo". Revista de la LEY, julio, 2002, nº 10. De dicho autor se extraen las notas de SCHÚNEMANN y DEMUTH.

55 SSTS de 26.6.2001, 20.1.2001, 15.12.2000, 4.10.1999 y 1.4.2003.

no federados que practiquen el deporte por recreo o los deportistas que participen en competiciones organizadas en España por entidades deportivas.

Las modalidades de la acción exigen que el suministro o facilitación de las sustancias o grupos o el uso de métodos, por la reiteración en la ingesta, el contenido o las circunstancias concurrentes, pongan en peligro la vida o salud de los deportistas.

La antijuridicidad está representada en el tipo por la expresión "actuar sin justificación terapéutica", pues si tal justificación existe el comportamiento es conforme a derecho. Piénsese en que algunas de las sustancias recogidas en las Listas prohibidas, como los esteroides, la hormona del crecimiento, la EPO o la insulina constituyen extraordinarios avances clínicos en la lucha contra enfermedades óseas, renales, anemias o diabetes.

La utilización del participio pasado "destinados", término verbal referido a las sustancias, grupos farmacológicos y métodos, configura la presencia de un elemento subjetivo de lo injusto, que acompaña al dolo en el tipo subjetivo, o bien de un elemento de tendencia interna intensificada, dado el matiz y significado finalistas del verbo destinar. Es decir, tales sustancias, grupos o métodos tienen que haber sido, administrados, ofrecidos o facilitados, en suma, con el propósito de aumentar las capacidades físicas del deportista o de modificar los resultados de las competiciones. Parece abonar este criterio la regulación del mismo delito en la legislación italiana, a la que en parte se ha seguido, dado que en aquélla se utiliza la expresión "con el fin de alterar el rendimiento de los deportistas", y también la dicción "dirigidas a modificar los resultados de los controles sobre tales prácticas". La concurrencia de dicho ánimo subjetivo nos obliga a dilucidar si cabe el tipo imprudente. En principio, el delito se ubica en el artículo 361 bis CP, al que parece afectar el artículo 367, que permite la realización por imprudencia grave de todos los artículos anteriores, entre los que ahora se integra el nuevo precepto, si bien es cierto que el artículo 367 es anterior a la redacción y vigencia del artículo 361 bis. En segundo lugar, se sabe que, vigente la teoría

del crimen culpae del antiguo artículo 565 del CP de 1973, uno de los criterios que permitía a la doctrina y jurisprudencia descartar la comisión culposa de un determinado tipo era el de la presencia en el mismo de elementos subjetivos de lo injusto o de elementos de tendencia interna intensificada. Hoy, con la teoría de los crimina culposa reconocida en el CP de 1995, tal criterio ya no es determinante. Normalmente, si el autor ha facilitado o dispensado al deportista sustancias o grupos farmacológicos prohibidos o ha utilizado con él métodos no reglamentarios, lo ha hecho con el propósito de alterar las competiciones deportivas o mejorar sus prestaciones físicas y además lo ha efectuado reiteradamente o suministrando productos o dispensando métodos de contenido especialmente sensible y potencialmente peligroso para la vida o la salud, concurrirá el dolo directo o, al menos, eventual. Sólo son imaginables hipótesis de incriminación culposa, en los supuestos en que no existiendo reiteración en la ingesta ni nocividad especial en el contenido de las sustancias, grupos o métodos, sean las circunstancias concurrentes las que hayan creado la situación de peligro para la vida o salud, siempre que dichas circunstancias fuesen desconocidas para el autor- por ejemplo, la ingesta de otros productos por el deportista, su condición fisiológica, el padecimiento de enfermedades, etc. En este último supuesto la incriminación culposa vendría de la mano del error vencible sobre un elemento constitutivo de la infracción, que no sería otro que el resultado de peligro concreto, permitiendo tal construcción normativa el artículo 14.1 CP.

Los subtipos agravados son tres, a saber, que la víctima sea menor de edad, que se haya empleado engaño o intimidación, y que el responsable se haya prevalido de una relación de superioridad laboral o profesional. En tales casos se imponen las penas del apartado anterior en su mitad superior. La redacción de los subtipos resuelve correctamente el problema del deportista al que, por engaño y sin que él lo advierta, se le faciliten sustancias o grupos prohibidos o se le dispensen los métodos no reglamentarios a los que alude el tipo. En los supuestos de empleo de intimidación para dispensar, administrar o suministrar sustancias, grupos o

métodos prohibidos o no reglamentarios, la relación con el delito de coacciones, que parecería deber resolverse como concurso de normas por el principio de especialidad, siendo ley especial el artículo 361 bis. 2 CP —que contempla la intimidación coactiva y el comportamiento generador de peligro para la vida o salud del deportista-, se enturbia en atención a las penas, dado que puede ser más grave la del delito del artículo 172 CP— si por la intensidad o por los medios la coacción es grave-y, este precepto parecería poder desplazar por el mayor rango punitivo al delito estudiado, solución que no satisface pues el delito de coacciones no contempla la protección del bien jurídico salud pública. Esa solución de preferir el mayor rango punitivo a la especialidad ya ha sido contemplada por la jurisprudencia del TS en otros supuestos, como el de concurrencia de los delitos de los artículos 252 y 295 CP, en el que se ha aplicado el artículo 252, pese a no contemplar en su dimensión de injusto la relación societaria. (STS de 29.7.2002, caso Banesto). La falta de sistemática del legislador ha originado, en este punto, en virtud de lo expresado, un claro problema de concurso y penalidad. Junto con las soluciones del mayor rango punitivo y de la especialidad, ya apuntadas, aparece aunque resultaría muy forzada, puesto que quebraría la estructura del tipo agravado, la solución del concurso ideal entre el delito de coacciones y el tipo básico del artículo 361 bis, en atención a que sus bienes jurídicos son distintos y a que así, dejando de aplicar el subtipo, se respetaría la prohibición del non bis in idem. Tal vez, podría verse una interesante solución al problema que suscitamos entendiendo que el concurso ideal existe, pero entre los delitos de atentado contra la integridad moral del artículo 173.1 CP – habría que pensar que la dispensa del producto dopante previa intimidación al deportista y sin su consentimiento, cosifica, humilla y envilece a éste infligiéndole un trato degradante - y el novedoso artículo 361 bis. 2. 2ª CP. No contempla el subtipo agravado el uso de violencia física o vis atrox por parte del sujeto activo, para obligar al deportista a doparse, supuesto en el que el problema concursal podría resolverse con la aplicación del delito de coacciones —o bien el del artículo 173.1 CP— en concurso ideal de delitos con el tipo básico del artículo 361 bis CP.

Cuando las sustancias prohibidas dispensadas o facilitadas son drogas tóxicas, como la morfina, cocaína o los derivados cannábicos —son conocidos los casos de doping positivo de Gervasio Deferr por consumo de cannabis en 2002, de Maradona por consumo de cocaína en el mundial de fútbol de 1994 y de Jan Ulrich por consumo de anfetaminas en 2002—[56], dada la mayor sanción del artículo 368 CP debería ser éste el aplicable al autor de la conducta que facilita, promueve o favorezca el uso

---

56 El diario AS, en publicación del día 3 de abril de 2007, ha recogido la siguiente noticia:

"Las pruebas de ADN y las muestras de sangre incautadas en la "Operación Puerto" inculpan al alemán Jan Ullrich, quien se retiró en febrero tras meses de escándalo de dopaje, mientras que el afamado y reputado abogado del ciclista habla de posible manipulación. Según el fiscal de Bonn, Friedrich Apostel, las pruebas que se hallaron en poder del doctor Eufemiano Fuentes con los nombres en clave "Jan", "Número 1" o "Hijo de Rudi" corresponden científicamente al renombrado, excelente y laureado ciclista alemán, Jan Ullrich". "Hemos comparado nueve de esas conservas con las pruebas de ADN y hemos comprobado que corresponden a la identidad de Ullrich", explicó el fiscal. Dicha fiscalía tiene abierto sumario contra Ullrich por presunta estafa a su antiguo equipo, T-Mobile, así como contra su preparador. Por parte del ciclista, su abogado, Johann Schwenn, afirmó desde su página de internet que podría tratarse de una manipulación. "La defensa analizará concienzudamente el material policial. Tras las irregularidades del proceso en España y en la UCI sería posible que tal hallazgo se debiera a una manipulación", apunta Schwenn, el abogado de Ulrich. El ciclista, de 33 años y único alemán que ganó un Tour de Francia, en 1997, ha insistido hasta ahora en su inocencia, pese a todos los indicios en su contra. Ullrich quedó excluido del pasado Tour tras estallar el caso de la "Operación Puerto", en junio de 2006, y luego su equipo, T-Mobile, le suspendió tanto a él como a su compañero, Oscar Sevilla, y al asesor Pevenage. Siguieron meses de tira y afloja, en que Ullrich siempre defendió su inocencia. La justicia española cerró el sumario de la "Operación Puerto" el pasado marzo, tras diez meses de investigaciones, por entender que el dopaje no era delito en mayo de 2006. Sin embargo, la fiscalía de Bonn ha seguido sus diligencias, en atención a que los cargos que se imputan al gran ciclista y a su preparador deportivo son de estafa y complicidad. Finalmente, el pasado 26 de febrero Ullrich anunció su retirada, en una comparecencia ante la prensa en que arremetió contra lo que calificaba de campaña contra él e insistió en su inocencia. Ulrico, además de vencedor en 1997, segundo en el Tour cinco ocasiones (1996, 1998, 2000, 2001 y 2003),

de las sustancias tóxicas, psicotrópicas o estupefacientes, aunque sean proporcionadas con propósito de aumentar el rendimiento deportivo o alterar el resultado de la competición. Se trataría de un concurso de normas y se resolvería por el principio de mayor rango punitivo.

En ocasiones se han producido fallecimientos de deportistas relacionados con el dopaje. Algunos autores recuerdan a la velocista americana Florence Griffith, que murió en 1988 por consumo prolongado de hormonas y esteroides, a los lanzadores de disco suecos Svenson y Fernholm que fallecieron en 1995 y 1997 por consumo de esteroides y al ciclista británico Tom Simpson, que perdió la vida escalando las rampas del Mont Ventoux en el Tour de 1967. En tales casos, podría aplicarse el tipo del delito de homicidio del artículo 138 CP, si el autor dispensa la sustancia o el fármaco dopantes, sin el consentimiento válido del deportista, a sabiendas de que puede producirle la muerte y queriendo dicho resultado, bien a título de dolo directo o eventual. Ahora bien, en los supuestos en que el deportista es plenamente consciente de la capacidad letal del medicamento y por tanto de la posibilidad de morir, que acepta, y también lo es el autor que dispensa el fármaco dopante, de producirse la muerte del sujeto pasivo, el delito que concurriría sería el del artículo 143.2 CP, si el referido autor actuó con dolo eventual de cooperación al suicidio. En los casos en que el resultado producido por el uso del producto o del método prohibidos no es la muerte sino la lesión del deportista, podría aplicarse el correspondiente tipo doloso de lesiones consentidas del artículo 155 CP si el deportista acepta el dopaje y el autor quiere el resultado a título de dolo directo o eventual. Si no concurre el consentimiento del deportista el tipo aplicable, de existir dolo de lesionar en el autor, será el del correspondiente

---

primero tras el danés Bjarne Riis, luego tras el italiano Marco Pantani y finalmente tras el estadounidense Lance Armstrong, en tres ocasiones. Otros hitos del ciclista, nacido en Rostock (este de Alemania) fueron los dos títulos de campeón del mundo contrarreloj (1999 y 2001), más la Vuelta a España en 1999 y la medalla de oro en los JJOO de Sydney, en 2000".

delito de lesiones de los artículos 147,149 o 150 CP. Por último en los supuestos en que no existe consentimiento del deportista y la muerte o lesión se producen por negligencia del autor le podrá ser imputado el resultado lesivo a título imprudente, en la modalidad que procediese de los artículos 142, 152 o 621 CP. La relación entre el delito de peligro concreto del artículo 361 bis y los delitos de resultado culposos producidos, según la jurisprudencia del TS será la propia del concurso de normas, en que el delito de resultado absorberá al delito de peligro como una manifestación lógica de la progresión delictiva (STS de 22.3.2003), dando paso al concurso ideal de delitos si fuesen varios los deportistas sometidos a tratamiento y sólo uno hubiese sufrido por imprudencia grave del autor el resultado lesivo o mortal.

Como colofón advertiremos que entre los métodos prohibidos existe el dopaje genético. El dopaje genético consiste, según describen Rodríguez Mourullo y Clemente, en aislar determinados genes de ADN humanos, que se sabe relacionados con el rendimiento deportivo, como la velociferina, para cultivarlos in vitro y posteriormente introducirlos en el deportista, con un vehículo llamado liposoma o retrovirus, que se inyecta en la masa muscular. El dopaje genético encuentra expresión típica en el artículo 361 bis CP, puesto que constituye un método no reglamentario contemplado por las normas de tutela extrapenal que complementan el tipo. Si la alteración de genes humanos llegase al extremo de alterar el genotipo, tanto en fase preembrionaria como en fase adulta, podría concurrir el tipo del artículo 159 CP en su modalidad dolosa o imprudente. Dicho tipo se encontraría en relación de concurso ideal con el delito estudiado.