

# LOS NUEVOS DELITOS RELACIONADOS CON EL DOPAJE

(Comentario a la reforma del Código Penal llevada a cabo por LO 7/2006, de 21 de noviembre, de protección de la salud y de lucha contra el dopaje en el deporte)\*

Luis Roca Agapito

*Profesor Asociado de Derecho penal. Universidad de Oviedo*

*Orandum est ut sit mens sana in corpore sano*  
(Juvenal, *Sátira X*, 356)

---

ROCA AGAPITO, Luis. Los nuevos delitos relacionados con el dopaje (Comentario a la reforma del Código Penal llevada a cabo por LO 7/2006, de 21 de noviembre, de protección de la salud y de lucha contra el dopaje en el deporte). *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* (en línea). 2007, núm. 09-08, p. 08:1-08:60. Disponible en internet: <http://criminet.ugr.es/recpc/09/recpc09-08.pdf> ISSN 1695-0194 [RECPC 09-08 (2007), 10 dic]

protección de la salud y de lucha contra el dopaje en el deporte. Se compara la regulación española con la de otros países, en donde se protege la pureza de la competición deportiva. En nuestro ordenamiento, en cambio, se protege la salud pública. Sin embargo, se considera innecesaria su tipificación específica, por lo que se interpreta restrictivamente el nuevo precepto, en particular, en lo que se refiere al objeto material, a las conductas típicas, o a la expresión «sin justificación terapéutica».

**RESUMEN:** Se realiza un comentario al nuevo artículo 361 bis del Código Penal introducido por la Ley Orgánica 7/2006, de 21 de noviembre, de

**PALABRAS CLAVE:** Derecho penal, dopaje.

Fecha de publicación: 10 diciembre 2007

---

**SUMARIO:** I. EL DOPAJE EN EL DEPORTE. 1. El dopaje: escándalo y tragedia. 2. Instrumentos jurídicos internacionales contra el dopaje. a) El Consejo de Europa. b) La Unión Europea. c) La UNESCO. d) El Comité Olímpico Internacional. II. DEFINICIÓN DE DOPAJE. III. LOS NUEVOS DELITOS RELACIONADOS CON EL DOPAJE.

\* El presente trabajo se enmarca dentro de la actividad investigadora desarrollada en el Proyecto de Investigación del Ministerio de Educación y Ciencia, dirigido por el Prof. Dr. Jesús Bernal del Castillo, titulado «La Unión Europea y el Derecho penal español» (SEJ2005-04959).

*ANÁLISIS POLÍTICO-CRIMINAL Y DOGMÁTICO DEL ART. 361 BIS CP. 1. Antecedentes. 2. El dopaje en el ámbito comparado. Especial atención a Francia e Italia. a) El caso de Francia. b) El caso de Italia. 3. La nueva regulación penal española del fenómeno del dopaje. a) La política criminal frente al dopaje y el bien jurídico protegido. i. La expansión del Derecho penal hacia el dopaje. ii. ¿Tolerancia cero como verdadera política criminal frente al dopaje? iii. Utilización política y función promocional del Derecho penal ante el fenómeno del dopaje. iv. ¿Existen lagunas de punibilidad que cubrir? v. ¿Política criminal disuasoria en el dopaje? vi. Determinación del bien jurídico protegido. b) Sujeto activo. i. El delito de dopaje como delito común. ii. ¿Debe castigarse penalmente al deportistas que se dopa? c) Sujeto pasivo y sujeto pasivo de la acción. d) El objeto material: las sustancias y métodos dopantes. i. Sustancias, grupos farmacológicos y métodos. ii. Prohibidos o no reglamentarios. iii. Efecto positivo en las capacidades psicofísicas o capacidad para modificar los resultados de las competiciones. iv. Peligrosas para la salud. e) La conducta típica. f) Tipo subjetivo. g) «Sin justificación terapéutica»: causa de justificación o elemento del tipo con formulación negativa. h) Culpabilidad. i) Formas de aparición. j) Penalidad. k) Supuestos agravados.*

## I. EL DOPAJE EN EL DEPORTE

“Me han cortado las piernas”, afirmó la mano de Dios, Diego Armando Maradona, tras conocer el positivo en un control antidopaje en el Mundial de fútbol de Estados Unidos de 1994. He querido comenzar esta exposición con las palabras, de quien para muchos ha sido el mejor jugador de fútbol de todos los tiempos (con permiso de di Stefano y de Pelé), para llamar la atención sobre el fenómeno del dopaje<sup>1</sup> en el depor-

<sup>1</sup> También suele utilizarse el término *doping*, pero no me parece correcto, porque esta palabra sencillamente no existe en español. En el Diccionario de la Real Academia Española sólo figura el sustantivo «dopaje», el verbo «dopar» y los adjetivos «dopado, da» y «dopante». Según la 22ª edición del Diccionario de la Academia la voz «dopaje» significa “acción y efecto de dopar” (igual que «dopado»), y «dopar», en su primera acepción, quiere decir “administrar fármacos o sustancias estimulantes para potenciar artificialmente el rendimiento del organismo con fines competitivos”. Hay que advertir que en la 23ª edición que prepara la Academia este artículo está enmendado, y la nueva definición que se propone resalta del dopaje más los peligros para la salud que su utilización con el fin de alterar la competición. La nueva definición de «dopar» dice así: “administrar fármacos o sustancias estimulantes para potenciar artificialmente el rendimiento del organismo, a veces con peligro para la salud” (véase <http://www.rae.es>).

En cuanto al origen etimológico de la palabra «dopar», no está claro. Se suele aludir a dos teorías al respecto (véase, entre otros, PÉREZ EGUIAGARAY, *Estudio médico-legal y toxicológico del doping*, Tesis doctoral, Valladolid, 1997, 114; RAMOS GORDILLO, *Dopaje y deporte. Antecedentes y evolución*, Ed. Universidad de las Palmas de Gran Canaria, 2000, 30 ss., ambos con ulteriores referencias). El Diccionario de la Academia (22ª ed.) dice que proviene del inglés *to dope*, que a su vez la tomó, según la Enciclopedia Británica, del holandés *doop*. Antes de que adquiriese el significado de estimulante, la palabra inglesa *dope* se derivó de la holandesa *doop*, que significa salsa y de *doopen*, que a su vez se convirtió en el verbo inglés *to dip*, que significa bañar o cubrir. En algunos lugares de Estados Unidos el término *dope* todavía se emplea con ese significado de salsa o jugo. Una segunda teoría sobre el origen etimológico se remontaría a una tribu africana (los kaffir), que utilizaban un fuerte licor llamado *dop* en sus danzas rituales, luego dicha palabra sería adoptada por los *boers* y finalmente se transmitiría al inglés. Así lo indica el Consejo Superior de Deportes (en adelante CSD) en una Guía sobre el Dopaje, accesible en Internet, titulada *dxt = 00:00 dopaje*, pág. 6 (véase <http://www.cerodopaje.com>).

Ulteriores referencias en DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, «Represión y prevención penal del dopaje en el deporte. Relaciones entre Derecho, deporte y dopaje, con especial atención a la perspectiva jurídico-penal», en *Huarte de San Juan. Revista de la Facultad de Ciencias Humanas y Sociales. Derecho* nº 1 (1994), 103 ss., 104 n. 4, quien personalmente se decanta, debido a los trabajos prelegislativos que dieron lugar a la Ley del Deporte de 1990, por

te. Recientemente este fenómeno ha sido objeto de una nueva regulación en nuestro país. Concretamente, en el nº 279 del BOE de 22 de noviembre de 2006 apareció publicada la Ley Orgánica 7/2006, de 21 de noviembre, de protección de la salud y de la lucha contra el dopaje en el deporte (en adelante LOPSLDD).

Dicha Ley contiene una amplia regulación sobre el dopaje en el deporte (está compuesta por una Exposición de Motivos, 49 artículos, 9 disposiciones adicionales, 3 transitorias, 1 derogatoria y 8 finales). El objeto del presente trabajo es analizar en particular uno de los artículos del referido texto legal, concretamente el art. 44 LOPSLDD. Este precepto tipifica como delito una serie de conductas relacionadas con el dopaje en el deporte, y para ello introduce en el Código Penal un nuevo artículo, el 361 bis.

## 1. El dopaje: escándalo y tragedia

El caso de Maradona mencionado al principio ha sido uno más entre otros muchos que han tenido, tienen y van a seguir teniendo gran repercusión en los medios de comunicación y en la sociedad. Algunos de ellos han sido auténticos escándalos deportivos, otros, lamentablemente, han supuesto verdaderos episodios trágicos en la historia del deporte moderno.

El dopaje en el deporte no es, sin embargo, un fenómeno de reciente aparición. No es éste, como se verá a continuación, el motivo que haya podido llevar al legislador penal a intervenir ahora en este terreno. De hecho se podría decir que el dopaje es tan antiguo como la práctica del deporte mismo<sup>2</sup>. Ya en las antiguas olimpiadas los griegos utilizaban diversos hongos, como estimulantes, y vino, por sus efectos inhibidores y relajantes, para obtener mayor rendimiento en las pruebas olímpicas<sup>3</sup>. Pero no es hasta la segunda mitad del siglo XIX, cuando comienza su auge.

El primer fallecido conocido como consecuencia del dopaje fue el ciclista galés Arthur Linton, de 29 años, dos meses después de haber ganado la carrera Burdeos-París de 1896. Habría que esperar más de sesenta años, a partir de la década de los 60 del siglo pasado, cuando el Comité Olímpico Internacional (en adelante COI) empezó a preocuparse seriamente por el dopaje. El detonante fue la muerte del ciclista danés Knud Enemark Jensen durante la prueba de 100 kms. contrarreloj en los Juegos Olímpicos (en adelante JJOO) de Roma de 1960 debido a un consumo excesivo de anfetaminas. Cuatro años después, en los JJOO de Tokio de 1964, se realizaron las primeras pruebas de control de dopaje en humanos<sup>4</sup>, aunque sólo en ciclismo, y en 1967, des-

la palabra *dopaje*. En otro trabajo suyo, más breve, en cambio había utilizado el término *doping* [véase DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, «Algunos aspectos jurídicos del doping», en *Perspectivas de la Actividad Física y el Deporte* nº 9 (febrero 1992), 11 s.].

<sup>2</sup> RAMOS GORDILLO (nota 1), *passim*.

<sup>3</sup> Mayores detalles al respecto, entre otros, ZERBINI, *Alle fonti del doping. Fortuna e prospettive di un tema storico-religioso*, Ed. "L'Erma" di Bretschneider, Roma, 2001.

<sup>4</sup> La práctica de controles antidopaje se produjo mucho antes en animales (caballos y perros, sobre todo). En 1846 se promulga en Inglaterra un reglamento que prohibía el uso de sustancias o de medios excitantes en los caballos. En Alemania se aprueba un reglamento similar en 1904. No obstante, los primeros controles antidopaje en carreras de caballos no tendrían lugar hasta 1910, en que el químico ruso Bukowski los lleva a cabo a través de

pués de crearse la Comisión Médica del COI, este organismo elabora la primera lista de sustancias prohibidas. Los JJOO de Invierno de Grenoble y los de Verano de México de 1968 serían los primeros en que se realizaron los controles antidopaje con carácter general, dando positivo solamente un deportista sueco por alcohol en la competición de

la saliva. Posteriormente, en 1911, el profesor Frenckel los realizaría en Viena [véase GONZÁLEZ-ITURRI «El médico del deporte ante el doping», en *Drogas y deporte: farmacología del doping*, Ed. Universidad de Deusto, Bilbao, 1994, 15 ss., citado por PÉREZ EGUIAGARAY (nota 1), 111].

El Reglamento General de la Real Federación Hípica Española, en su edición de 2006, establece en el art. 141 (Productos Prohibidos para los Caballos), que «los caballos no podrán tomar parte en competiciones bajo los efectos de ninguno de los productos que aparecen como prohibidos, en unas u otras cantidades, en la lista que figura en el Reglamento Veterinario, Anexo III». La Resolución de la Presidencia del CSD de 21 de diciembre de 2006 establece en su Anexo V la lista de sustancias y procedimientos prohibidos en competiciones hípcas para 2007 (BOE nº 309, de 27 diciembre 2006, 45793 ss.). Más información en <http://www.rfhe.com>.

El art. 123 de los Estatutos de la Federación Española de Galgos (modificado por la Resolución de 22 de marzo de 2006, de la Presidencia del CSD), tipifica en la letra k), como infracción muy grave, «el uso o administración de sustancias, o el empleo y aplicación de métodos destinados a aumentar artificialmente las capacidades físicas de los galgos o modificar por tal motivo los resultados de las competiciones» (BOE nº 86, de 11 abril 2006). El Anexo IV de la Resolución de la Presidencia del CSD de 21 de diciembre de 2006, contiene la lista de sustancias y métodos prohibidos en galgos para 2007 (BOE nº 309, de 27 diciembre 2006, 45787 ss.). Más información en <http://www.fedegalgos.com>.

La Real Federación Española de Deportes de Invierno ha aprobado un Reglamento para las Carreras de Trineo, cuyo Capítulo 9 está dedicado al dopaje. Según el apartado 9.1.1.1. del citado Reglamento, «se considera dopaje aquella práctica por la que se suministra a un participante o a un perro ciertas sustancias que pueden tener el efecto de mejorar artificialmente las condiciones físicas y mentales de éstos y así mejorar también su actuación atlética»; y según el apartado 9.2.2., «las sustancias de dopaje son aquellas que se nombran en la lista de dopaje del ESDRA o de cualquier otra asociación internacional que tenga su aprobación y los componentes que están relacionados química o farmacológicamente». ESDRA se corresponde con las siglas de la European Sled Dog Racing Association. Más información en <http://www.rfedi.es> y en <http://www.esdra.net>.

Los arts. 242-245 del Reglamento General de la Real Federación Colombófila Española no recogen expresamente entre las infracciones a las reglas deportivas o a las normas deportivas generales la administración de sustancias dopantes a las palomas. Véase <http://www.realfedc.com>.

El Plan de lucha contra el dopaje en el deporte (*infra* III.1), aprobado por el Consejo de Ministros del 11 de febrero de 2005, prevé como medida 55, la “elaboración de una nueva norma reguladora que, con la colaboración del Consejo General de Colegios Profesionales de Veterinarios, controle el dopaje en animales, incluya la lista de sustancias prohibidas en caballos, galgos y palomas, además de un protocolo de procedimientos para la recogida de muestras y determine los laboratorios dónde realizar los análisis de control del dopaje”. La Disp. Adicional 1ª de la LOPSLDD ha habilitado al Gobierno para aprobar dicha normativa. Sin embargo, todavía no se ha aprobado.

En esta materia es digno de mención que el Consejo de Estado, en el apartado II.A.3 de su Dictamen nº 31/2006, de 2 de febrero, sobre el Anteproyecto de LOPSLDD, ha abogado por la introducción de un tipo penal relativo al dopaje de animales [*infra* III.3.a).v.].

A raíz de un caso de dopaje por inyección de nandrolona en un caballo de trote sucedido en Finlandia un miembro del Parlamento Europeo planteó el 5 de diciembre de 2003 una pregunta escrita a la Comisión Europea. Las Directivas 96/22 y 96/23 prohíben la utilización de determinadas sustancias en la cría de ganado y obligan al inmediato sacrificio del animal, con el fin de que no llegue al consumo humano. Pues bien, el veterinario finlandés que realizó los análisis consideró que los caballos de trote se clasifican entre los animales destinados al consumo humano. La pregunta fue entonces la siguiente: ¿Considera la Comisión que la interpretación de las Directivas 96/22 y 96/23 facilitada por el veterinario en cuestión es correcta y que este caballo de trote debe ser sacrificado inmediatamente? La respuesta del Sr. Byrne (de 27 de enero de 2004) en nombre de la Comisión es que no necesariamente hay que sacrificar al animal. El objetivo de dichas directivas (aprobadas al calor de los casos de encefalopatía espongiiforme bovina) es que con el sacrificio inmediato y la destrucción del animal quede garantizado que su carne no va a entrar en la cadena alimentaria. Por tanto, dice la Comisión, la normativa europea “puede interpretarse en el sentido de requerir que un caballo dopado mediante inyección de la hormona nandrolona sea enviado inmediatamente a un matadero designado o a una planta de reconversión de residuos animales, siempre que la autoridad competente no disponga de mecanismos de control oficiales adicionales para garantizar este objetivo de salud pública.– Dichos mecanismos de control adicionales incluyen la identificación de los caballos registrados como se establece en las Decisiones 93/623/CEE y 2000/68/CE” (DO Serie C, nº 78 E, de 27 marzo 2004, 315 s.).

pentatlón moderno. Desde entonces 71 deportistas más han dado positivo en los JJOO de Verano (1 en México 1968, 7 en Munich 1972, 11 en Montreal 1976, ninguno (?) en Moscú 1980, 12 en Los Ángeles 1984, 10 en Seúl 1988, 5 en Barcelona 1992, 2 en Atlanta 1996, 9 en Sydney 2000 y 23 en Atenas 2004), y 13 en los JJOO de Invierno (ninguno en Grenoble 1968, 1 en Sapporo 1972, 2 en Innsbruck 1976, ninguno en Lake Placid 1980, 1 en Sarajevo 1984, 1 en Calgary 1988, ninguno en Albertville 1992, Lillehammer 1994 y Nagano 1998, 7 en Salt Lake City 2002 y 1 en Turín 2006).

En los últimos años ha habido numerosos casos de dopaje con gran repercusión mediática, como fueron los de Ben Johnson, ganador de la final de 100 m. lisos en las Olimpiadas de Seúl de 1988; el de Diego Armando Maradona, antes citado; la expulsión del equipo Festina en el Tour de Francia de 1998; el de Marco Pantani, ganador del Giro de Italia de 1999; el de Johann Muehlegg (“Juanito”), a quien se le retiraron las medallas de oro en pruebas de esquí de fondo y fue expulsado de las Olimpiadas de Salt Lake City de 2002; el de Roberto Heras, ganador de la Vuelta Ciclista a España de 2005; o últimamente el de Floyd Landis, ganador del Tour de Francia de 2006; entre otros.

Más tristes han sido los casos del ciclista Tomp Simpson en el Tour de Francia de 1967; los de los discóbolos suecos Goran Svenson y Stefan Fernholm, fallecidos en 1995 y 1997, respectivamente; el de la velocista estadounidense Florence Griffith, fallecida en 1998; o el del ciclista italiano Marco Pantani, muerto en 2004<sup>5</sup>.

## 2. Instrumentos jurídicos internacionales contra el dopaje

Es innegable que el dopaje tiene una dimensión transnacional, lo que explica la necesidad de una solución global y coordinada para hacer frente a este problema. Por ello, parece lógico que se hayan adoptado iniciativas a nivel internacional para dar una respuesta a este tipo de conductas. Cronológicamente hablando, quienes primero se ocuparon del dopaje han sido las asociaciones y federaciones deportivas. Se podría decir, por tanto, que en una primera etapa, aunque nosotros la dejemos en nuestra exposición para el final [letra d)], la respuesta frente al dopaje se enmarcaba en el “mundo del deporte”, y dentro de él el organismo internacional que mayor importancia ha tenido y sigue teniendo ha sido el Comité Olímpico Internacional. En una segunda etapa, los poderes públicos comienzan a tomar conciencia de la necesidad de su intervención para hacer frente al dopaje, con lo que se intensifica la respuesta frente al mismo. Pero para que la intervención de los poderes públicos sea efectiva, se considera además que las soluciones necesariamente tienen que ser globales. Dado el carácter internacional de las competiciones deportivas más importantes, de nada serviría que un país adopte determinadas medidas contra el dopaje, si luego los restantes no están de acuerdo con él y no reconocen las decisiones que adopte dicho país. Es en este terreno

<sup>5</sup> Según SCHNEIDER-GROHE, *Doping: Eine kriminologische und kriminalistische Untersuchung zur Problematik der künstlichen Leistungssteigerung im Sport und zur rechtlichen Handhabung dieser Fälle*, Ed. Schmidt-Römhild, Lübeck, 1979, 28 n. 51, hasta 1980 habían muerto más de 100 deportistas a causa del dopaje [cita *apud* BOTTKE, «Doping als Straftat?», FS- Kohlmann (2003), 85 ss., 93 n. 30].

donde las organizaciones internacionales de Derecho público cobran protagonismo, continuando la labor que antes habían emprendido las organizaciones deportivas de carácter privado y entablando con ellas una estrecha colaboración. A estas organizaciones, como el Consejo de Europa, la Unión Europea y la UNESCO, vamos a hacer referencia en primer lugar [letras a), b) y c)] en nuestra exposición de los instrumentos jurídicos internacionales más importantes relativos al dopaje.

#### a) *El Consejo de Europa*

Se podría decir que el Consejo de Europa es la organización internacional de carácter regional que mayor atención ha prestado al deporte<sup>6</sup>. Es una organización intergubernamental sin capacidad para obligar directamente a los Estados miembros, por lo que sus actos son, pues, simples recomendaciones. No obstante, el Consejo de Europa promueve también la firma de Convenios internacionales, que una vez ratificados por los Estados, tienen categoría de norma jurídica.

Entre las recomendaciones y resoluciones en materia de dopaje que el Consejo de Europa ha dirigido a los Estados miembros cabe mencionar, entre otras, las siguientes (disponibles en <http://www.coe.int/t/dg4/sport>): Resolución (67) 12, de 29 de junio, sobre el dopaje de atletas; Recomendación (79) 8, de 20 de abril, sobre el dopaje en el deporte; Recomendación (84) 19, de 25 de septiembre, sobre la Carta Europea contra el dopaje en el deporte; Resolución (86) 4, de 2 de octubre, sobre el dopaje en el deporte; Recomendación (88) 12, de 21 de junio, sobre la realización sin avisar de controles antidopaje fuera de las competiciones; Resolución (2000) 1, de 31 de mayo, sobre lucha contra el dopaje; Recomendación (2000) 16, de 13 de septiembre, sobre principios comunes a introducir en las legislaciones nacionales para combatir el tráfico de agentes dopantes.

La iniciativa más importante adoptada por el Consejo de Europa en esta materia ha sido, sin duda, el Convenio nº 135 Antidopaje, elaborado en Estrasburgo el 16 de noviembre de 1989 (ratificado por España el 20 de mayo de 1992, y en vigor desde el 1 de julio de 1992) (BOE nº 140, 11 junio 1992). Por medio del Convenio nº 188, celebrado en Varsovia el 12 de septiembre de 2002, se ha establecido un Protocolo Adicional al Convenio Antidopaje (no ha sido ratificado por España)<sup>7</sup>.

En virtud de este Convenio se crea un Grupo de Seguimiento, que tiene como misión más destacada la aprobación de una lista de las clases farmacológicas de agentes de dopaje y de los métodos de dopaje prohibidos. Por medio de la Resolución (97) 1 del Grupo de Seguimiento del Convenio Antidopaje se acordó suscribir linealmente la lista de las clases farmacológicas de agentes de dopaje y de los métodos de dopaje prohibidos aprobada por el COI, y que se ha ido revisando periódicamente. Este Grupo de Seguimiento también adopta Recomendaciones dirigidas a los Estados parte del

<sup>6</sup> Véase al respecto, por todos, HOULIHAN, *Dying to win: Doping in sport and the development of anti-doping policy*, 2ª ed., Ed. Servicio de Publicaciones del Consejo de Europa, Estrasburgo, 2002.

<sup>7</sup> La respuesta a la pregunta escrita del Congreso formulada al Gobierno sobre si se pretende suscribir este Protocolo Adicional no aclara nada al respecto (BOCG, Congreso de los Diputados, Serie D, nº 363, de 3 abril 2006, 97).

Convenio, entre las que cabría mencionar, entre otras, las siguientes: la 94/2, sobre medidas para limitar la disponibilidad de esteroides anabolizantes; la 96/1, sobre medidas disciplinarias a adoptar en relación con el entorno del atleta; y las Recomendaciones 95/1, 98/1, 2 y 3, sobre controles antidopaje.

### b) *La Unión Europea*

Dentro del territorio europeo, junto al Consejo de Europa, también tiene gran importancia, cada vez mayor, las diferentes iniciativas adoptadas en el seno de la Unión Europea para hacer frente al fenómeno del dopaje<sup>8</sup>. La atención que la Unión Europea ha prestado al dopaje se encuadra, como es lógico, en las relaciones que existen entre el Derecho comunitario y el deporte en general<sup>9</sup>, las cuales vienen de lejos. En particular, aunque es verdad que no existe en los Tratados ninguna competencia comunitaria específica en materia de deporte<sup>10</sup>, ello no ha impedido que el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas haya tenido la ocasión de ocuparse pronto de la actividad deportiva. Las SSTJCE de 12 diciembre 1974 (asunto 36/74, caso Walrave y Koch) y de 14 julio 1976 (asunto 13/76, caso Donà), entre otras<sup>11</sup>, definieron la actividad deportiva como una actividad económica, lo cual supuso que se aplicasen a la misma las libertades comunitarias previstas en los Tratados.

En este sentido, en un Documento de trabajo de los Servicios de la Comisión (Dirección General X) de 29 de septiembre de 1998, titulado Evolución y perspectivas de la acción comunitaria en el deporte<sup>12</sup>, se destacaban tres grandes ámbitos de la actividad comunitaria que afectan directamente al deporte: en primer lugar, la libertad de circulación (baste con recordar la decisión adoptada por el TJCE más conocida por la población: la sentencia de 15 de diciembre de 1995, asunto C-415/93, caso Bosman); en segundo lugar, la competencia<sup>13</sup> y la política audiovisual (por ejemplo, todo lo

<sup>8</sup> Sobre la actividad de la Unión Europea ante el fenómeno del dopaje, véanse, entre otros, PALOMAR OLMEDA/PÉREZ GONZÁLEZ «El dopaje deportivo en la encrucijada de la Agencia Mundial Antidopaje», RJD 6 (2001), 25 ss., en particular, 32 ss.; EIDEM, «El dopaje en Europa: líneas generales de su evolución y futuro de su represión», en Palomar Olmeda (coord.), *El modelo europeo del deporte*, Ed. Bosch, Barcelona, 2002, 367 ss.; PÉREZ GONZÁLEZ, «La represión del dopaje en el ámbito de la Unión Europea», RJD 7 (2002), 17 ss.; EADEM, «El deporte en el ámbito de la Unión Europea: de la falta de título competencial expreso a la especificidad regulativa», en Palomar Olmeda (coord.), *El modelo europeo del deporte*, cit., 77 ss.; EADEM, «La represión del dopaje en el ámbito europeo», en de Asís Roig/Hernández San Juan (coords.), *Estudios sobre el dopaje en el deporte. Actas del Seminario celebrado en la Universidad Carlos III de Madrid (Campus Colmenarejo) durante el curso 2004-2005*, Ed. Dykinson, Madrid, 2006, 255 ss.

<sup>9</sup> Sobre la incidencia del Derecho comunitario en el deporte, véanse, entre otros, HUSTING, *L'Union Européenne et le sport. L'Impact de la construction européenne sur l'activité sportive*, Ed. Juris-Service, Lyon, 1998; MIEGÉ, *Le sport européen*, Ed. Presses Universitaires de France, Paris, 1996.

<sup>10</sup> El Tratado por el que se establece una Constitución para Europa, que como es sabido todavía no ha entrado en vigor y no parece que vaya a hacerlo por ahora (art. IV-447), se refiere al deporte en el art. I-17 e), incluyéndolo entre los ámbitos en los que la Unión puede llevar a cabo acciones de apoyo, coordinación o complemento, y también en el art. III-282, destacando en particular su función social y educativa.

<sup>11</sup> Véanse además las SSTJCE de 11 de abril de 2000, asuntos C-51/96 y C-191/97, caso *Deliège*; y de 13 de abril de 2000, asunto C-176/96, caso *Lehtonen y Castors Braine*.

<sup>12</sup> Disponible en <http://ec.europa.eu/sport>, en donde se encuentran los documentos más importantes de la Unión Europea en materia de deporte, además de una gran información y de enlaces al respecto.

<sup>13</sup> En este ámbito debe mencionarse la reciente STJCE (Sala Tercera) de 18 de julio de 2006 (asunto C-519/04 P) (Meca y Majcen) (DO Serie C, nº 224, de 16 septiembre 2006, p. 8) (texto completo en <http://curia.europa.eu>).

relacionado con los derechos de retransmisión televisiva); y por último, las políticas y las acciones comunitarias (en particular, como son las de sanidad, educación, juventud, formación profesional y medio ambiente, entre otras).

Pero es evidente que el deporte no es sólo una actividad económica, también tiene otras dimensiones sociales. En este sentido, la introducción en el Tratado de Amsterdam de 1997 de una declaración sobre el deporte<sup>14</sup> constituyó un gesto político que indicaba la nueva importancia que los Jefes de Estado y de Gobierno conceden al deporte.

En las Conclusiones del Consejo Europeo de Viena celebrado los días 11 y 12 de diciembre de 1998, en el punto XII relativo al deporte, y más concretamente en la conclusión 96, se puso de relieve la preocupación del Consejo frente a la amplitud y

Véase también el comentario a esta decisión de EMMERICH, «Beschprechung v. EuGH, Urt. v. 18.7.2006 – C-519/04 (Meca-Medina)», JuS 2006, 1123 ss., con ulteriores referencias, quien la califica como una de las sentencias más importantes que haya dictado el TJCE en el ámbito deportivo (1125), equiparable a la del caso Bosman, pues se establece la aplicación general de las normas comunitarias sobre competencia (arts. 81 y 82 TCE) a las resoluciones y reglamentos de las asociaciones deportivas (véase el apart. 31 de la STJCE).

Por este motivo el TJCE anuló la sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 30 septiembre 2004 [véase el comentario a la misma de VIÑUELAS ZAHÍNOS, «Las normas antidopaje ¿actividad económica o meramente deportiva?», RjDE 15 (2005), 279 ss., quien aunque esté conforme con la resolución comunitaria, en el fondo se cuestionaba la justicia material de la sanción impuesta por vulneración de la presunción de inocencia, sobre todo tras el informe de la Agencia Mundial Antidopaje de mayo de 2005 que reconoce que pueden aparecer falsos positivos en concentraciones por debajo de 10 ng/ml de orina (282)], que desestimaba el recurso contra la Decisión de la Comisión de 1 agosto 2002, por la cual se rechazaba la denuncia que los Sres. David Meca Medina e Igor Majcen habían presentado contra el COI. Dicha denuncia pretendía que se declarase la incompatibilidad con las normas comunitarias sobre la competencia y sobre la libre prestación de servicios de determinadas disposiciones normativas adoptadas por el COI y aplicadas por la Federación Internacional de Natación, así como la de determinadas prácticas relativas al control de dopaje.

A pesar de la anulación de la sentencia del Tribunal de Primera Instancia, sin embargo, el TJCE no admite las pretensiones de los recurrentes, y sostiene que “aun suponiendo que la normativa antidopaje controvertida deba ser apreciada como una decisión de una asociación de empresas que limita la libertad de acción de los recurrentes, no puede constituir forzosamente una restricción de la competencia incompatible con el mercado común, en el sentido del artículo 81 CE, puesto que está justificada por un objetivo legítimo. En efecto, tal limitación –dice el Tribunal– es inherente a la organización y al buen funcionamiento de la competición deportiva y busca precisamente garantizar una rivalidad sana entre los atletas” (apart. 45). Y continúa en el apart. 47: “Para eludir la prohibición del artículo 81 CE, apartado 1, las restricciones así impuestas por esta normativa [normas de control antidopaje] deben limitarse a lo necesario para asegurar el buen funcionamiento de las competiciones deportivas”.

En el apart. 48 señala los parámetros que pueden dar lugar a una restricción excesiva de la competencia en el ámbito deportivo incompatible con el mercado común: “Tal normativa podría revelarse efectivamente excesiva, por una parte, respecto a la determinación de las condiciones que permiten fijar la línea fronteriza entre las situaciones de dopaje sujetas a sanciones y las que no, y, por otra, respecto a la severidad de dichas sanciones”. Sin embargo, en el caso concreto, el umbral de 2 ng/ml de orina, a partir del cual la presencia de nandrolona en el cuerpo del atleta constituye dopaje, no se puede decir que constituye una restricción a los deportistas profesionales que vaya más allá de lo necesario para garantizar el desarrollo y buen funcionamiento de las competiciones deportivas (apart. 54), y ello porque “de los autos se desprende que en el momento pertinente la producción endógena media observada en todos los estudios entonces publicados era veinte veces inferior a 2 ng/ml de orina y que el valor máximo de la producción endógena observado era inferior en cerca de un tercio” (apart. 53). El otro parámetro, la severidad de la sanción, puesto que en el caso concreto no fue alegada por los recurrentes no ha podido demostrarse el carácter desproporcionado de la normativa antidopaje controvertida (la sanción que inicialmente se les había impuesto era de 4 años de suspensión, luego fue reducida a 2 años).

<sup>14</sup> La 29ª Declaración al Tratado de Ámsterdam, relativa al deporte: «La Conferencia pone de relieve la importancia social del deporte, y en particular su función a la hora de forjar una identidad y de unir a las personas. Por consiguiente, la conferencia insta a los organismos de la Unión Europea a escuchar a las asociaciones deportivas cuando estén tratándose cuestiones importantes que afecten al deporte. A este respecto, debería prestarse una atención especial a las características específicas del deporte de aficionados».

gravedad del fenómeno del dopaje en el deporte<sup>15</sup>. En ella el Consejo Europeo decía que el dopaje socava la ética deportiva y pone en peligro la salud pública, y además insistía en la necesidad de movilizarse a nivel de la Unión Europea e invitó a los Estados miembros a estudiar conjuntamente con la Comisión y los organismos deportivos internacionales posibles medidas que permitiesen reforzar la lucha contra ese peligro, en particular mediante una mejor coordinación de las medidas nacionales existentes.

A estos efectos, en la conclusión 95, el Consejo Europeo invitó a la Comisión a que presentase un informe al Consejo Europeo de Helsinki con vistas a salvaguardar las actuales estructuras deportivas y preservar la función social del deporte dentro del marco comunitario. En este Informe de Helsinki sobre el deporte<sup>16</sup> la Comunidad presentó por primera vez su visión global del deporte, y en él se advierte que “aún deben proseguirse los trabajos encaminados a mejorar la coordinación legislativa” (p. 6). A este respecto, la propia Comisión resalta que su actuación se ha dirigido en este punto a “aplicar los instrumentos comunitarios con el fin de completar y reforzar las acciones ya realizadas por los Estados miembros en los ámbitos de la investigación, la salud pública, la educación y la juventud y también de la cooperación tal como está prevista en el marco del tercer pilar” (cursiva añadida).

Es importante este subrayado porque se puede advertir aquí una cierta evolución, desde el punto de vista jurídico, en el tratamiento del fenómeno del dopaje por parte de la Unión Europea. Pérez González considera que se ha producido, en este punto, “un salto desde el pilar comunitario, en cuyo seno se venían desarrollando las acciones comunitarias «preventivas», al denominado tercer pilar, relativo a la cooperación policial y judicial en materia penal”<sup>17</sup>.

Según esta autora se podrían distinguir dos tipos de acciones comunitarias en relación con el dopaje. Por un lado, existiría una serie de instrumentos en los que se utilizaría un enfoque más preventivo que represivo, esto es, más preocupado por prevenir las consecuencias negativas del dopaje (para la salud de los deportistas, para la educación de los más jóvenes o para la realización del mercado interior), que de la sanción de este tipo de conductas. Estas acciones se moverían dentro del pilar comunitario. Pero por otro lado, junto a este tipo de actuaciones conviviría una serie de instrumentos cuyo ámbito se enmarcaría dentro del llamado tercer pilar (arts. 29 a 42 TUE), que tendrían más bien una finalidad represiva, y que no dejan de presentar algunos problemas, como indicaremos posteriormente.

a) Entre las acciones comunitarias de carácter preventivo enmarcadas en el pilar comunitario cabría mencionar la Resolución del Consejo, relativa a un Código de

<sup>15</sup> Ténganse en cuenta los acontecimientos sucedidos en el Tour de Francia de 1998, con la expulsión al completo del equipo Festina de la competición ciclista.

<sup>16</sup> Informe de la Comisión al Consejo Europeo con la perspectiva de la salvaguardia de las estructuras deportivas actuales y del mantenimiento de la función social del deporte en el marco comunitario – Informe de Helsinki sobre el deporte [COM(1999) 644 final]. Véase también la Resolución del Parlamento Europeo de 7 de septiembre de 2000, sobre este Informe [DO Serie C, n° 135, de 7 mayo 2001, 274 ss.].

<sup>17</sup> PÉREZ GONZÁLEZ (nota 8), RjD 7 (2002), 18, aunque sin precisar un momento exacto a partir del cual se produce este cambio.

conducta contra el dopaje en las actividades deportivas (DOCE, Serie C, nº 44, 19 febrero 1991, 1 s.). O también, en el ámbito de la salud de los deportistas, además de numerosas Directivas relacionadas con asuntos sanitarios en general, la Resolución del Consejo y de los representantes de los gobiernos de los Estados miembros reunidos en el seno del Consejo de 3 de diciembre de 1990, relativa a una acción comunitaria de lucha contra el doping, incluido el abuso de fármacos, en particular en el deporte (DO Serie C, nº 329, 31 diciembre 1990, 4); y la Declaración del Consejo y de los Ministros de Sanidad de los Estados miembros reunidos en el seno del Consejo de 4 de junio de 1991, relativa a la lucha contra el doping, incluido el abuso de fármacos, en las actividades deportivas (DO Serie C, nº 170, 29 junio 1991, 1).

Hay que tener en cuenta que la competencia comunitaria en materia de salud pública es de naturaleza complementaria, es decir, que la acción de la Unión Europea debe limitarse a completar la de los Estados y a fomentar la cooperación entre los mismos. El dopaje aparece, pues, como una cuestión conexas para la que no se ha previsto un tipo de acto determinado, con lo que no queda más remedio que utilizar actos atípicos.

Entre estos actos llevados a cabo en este ámbito por la Unión debe mencionarse el Plan de apoyo comunitario a la lucha contra el dopaje, presentado por la Comisión el 1 de diciembre de 1999 al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones<sup>18</sup>. Se puede decir que este Plan obedeció a la severa crítica que se dirigió a la Comisión en la Resolución del Parlamento Europeo de 17 de diciembre de 1998, sobre las medidas urgentes que se han de adoptar contra el dopaje en el deporte (DO Serie C, nº 98, 9 abril 1999, 291)<sup>19</sup>. Asimismo, también debe mencionarse los correspondientes informes y dictámenes sobre dicho Plan de apoyo comunitario del Parlamento Europeo<sup>20</sup>, del Comité Económico y Social<sup>21</sup>, y del Comité de las Regiones<sup>22</sup>.

En cuanto a las consecuencias negativas del dopaje en la educación de los jóvenes debe mencionarse una de las Conclusiones del Consejo Europeo de Niza, celebrado los

<sup>18</sup> Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones (Plan de apoyo comunitario a la lucha contra el dopaje) [COM(1999) 643 final]. Véase también la Resolución del Parlamento Europeo de 7 de septiembre de 2000, sobre esta Comunicación [DO Serie C, nº 135, de 7 mayo 2001, 270 ss.].

<sup>19</sup> En ella se pedía a la Comisión que presentase propuestas destinadas a aplicar una política de salud pública armonizada en materia de lucha contra el dopaje y una cooperación en lo que se refiere a la investigación, la prevención, la información, el control médico de los deportistas, la vigilancia de la distribución y circulación de los productos de dopaje, así como la represión contra las redes que producen y distribuyen los productos dopantes prohibidos; se extrañaba también de que la Comisión no tuviese en cuenta la auténtica dimensión del problema del dopaje; y lamentaba que la Comisión corriese el riesgo de que los Estados miembros adopten disposiciones legislativas no armonizadas, deplorando además su falta de propuestas con vistas a la Conferencia Mundial del COI a celebrar en Lausana en febrero de 1999.

<sup>20</sup> Informe nº 203/2000, de 17 de julio (Ponente: Teresa Zabell) (A5-0203/2000).

<sup>21</sup> Dictamen nº 589-2000, de 24 de mayo (Ponente: Sr. Bedossa). Como conclusión general se sugiere en este Dictamen elaborar una política de prevención y lucha contra el dopaje basada en tres pilares, de los cuales cabe destacar el segundo: "desarrollo y armonización de los medios de represión, tanto disciplinarios para los deportistas condenados por dopaje como penales contra las redes del dopaje; la reorganización del mundo deportivo en función del criterio de independencia de los controles y sanciones, la cooperación policial y judicial entre Estados miembros y la armonización de las legislaciones constituyen aspectos indispensables de esta política de prevención y lucha contra el dopaje".

<sup>22</sup> Dictamen nº 22-2000, de 15 de junio (Ponente: Sr. Murray).

días 7, 8 y 9 de diciembre de 2000, concretamente la nº 54, en la que se alude a un anexo, el IV, que contiene una Declaración sobre las características específicas del deporte. En dicha conclusión además, se acogen con satisfacción las conclusiones relativas a la Agencia Mundial Antidopaje y se acuerda intensificar la cooperación europea en este ámbito.

La Declaración adoptada en Niza, que lleva por rúbrica «Declaración relativa a las características específicas del deporte y a su función social en Europa, que debe tenerse en cuenta al aplicar las políticas comunes», es en realidad la respuesta del Consejo Europeo al Informe presentado por la Comisión al Consejo celebrado en Helsinki en diciembre de 1999, ya citado. En dicha Declaración se hace un llamamiento a las instituciones comunitarias para que tengan debidamente en cuenta los valores educativos del deporte en sus acciones y se pide que las dimensiones social y cultural del deporte se destaquen de forma más notoria en las políticas nacionales y comunitarias<sup>23</sup>.

b) Junto a estas iniciativas de carácter más bien preventivo, la Unión Europea últimamente viene adoptando otra serie de actos de signo más represivo, esto es, acciones tendentes más al castigo de las conductas relacionadas con el dopaje que de paliar sus efectos negativos. A raíz de los acontecimientos sucedidos durante el Tour de Francia de 1998, la preocupación de la Unión Europea se ha encaminado más en esta dirección. Así, un Documento de la Comisión Europea elaborado por la Dirección General X (Unidad de Deportes) en noviembre de 1998, titulado Modelo de deporte europeo declara expresamente que aunque “la Comunidad no tiene competencias para desarrollar una política de lucha contra el dopaje”, sin embargo, “pese a ello, la Comisión es muy consciente de la importancia de este problema y tiene la intención de enfrentarse a él por medio de las diversas políticas y en el contexto de la cooperación en los ámbitos de justicia y asuntos de interior” (cursiva añadida)<sup>24</sup>; la Resolución del Parlamento antes mencionada de diciembre de 1998 sobre las medidas urgentes que se han de adoptar contra el dopaje en el deporte, concretamente en el punto 8, se pedía «a los órganos de la Unión que desarrollen una cooperación estrecha entre la justicia, la policía, los servicios de aduana y otras autoridades afectadas, con objeto de controlar y reducir el acceso a los productos dopantes prohibidos en los medios deportivos»; más recientemente vuelve a reiterarse en esta idea en la Resolución del Parlamento Europeo, de 14 de abril de 2005, sobre la lucha contra el dopaje en el deporte [P6\_TA(2005)0134]<sup>25</sup>; en las Primeras Jornadas Europeas del Deporte, auspiciadas por

<sup>23</sup> En particular, en el punto 12 de la Declaración relativo a la protección de los jóvenes deportistas, “el Consejo Europeo destaca los beneficios de la práctica deportiva para los jóvenes y reitera la necesidad de que las organizaciones deportivas, en particular, presten una atención especial a la educación y a la formación profesional de los jóvenes deportistas de alto nivel, de modo que su inserción profesional no se vea comprometida por causa de sus carreras deportivas, a su equilibrio psicológico y sus lazos familiares, así como a su salud, concretamente a la prevención contra el dopaje”.

<sup>24</sup> “También son importantes para el deporte—añade— algunas directivas comunitarias sobre asuntos sanitarios, ya que prohíben la utilización de fármacos para fines distintos de aquéllos para los que se haya concedido la autorización (diagnóstico o tratamiento de estados patológicos reconocidos) y el empleo de tales sustancias en formas y dosis no autorizadas. Por otra parte, la normativa comunitaria prohíbe la venta de esas sustancias sin receta y la publicidad de tales productos” (p. 23).

<sup>25</sup> Por ejemplo, en el punto 5, “pide a la Comisión que adopte medidas para garantizar un control efectivo en las fronteras exteriores de la Unión Europea y luchar contra el tráfico de sustancias prohibidas” (DO Serie C, nº 33

la Comisión Europea y celebradas en Olimpia los días 21 y 22 de mayo de 1999, en el documento de trabajo relativo a La lucha contra el dopaje en el deporte, concretamente en el punto 4 sobre la responsabilidad de los poderes públicos, ya se advertía que “también cada vez más se recurrirá a la acción de la policía”<sup>26</sup> y en el X Foro Europeo del Deporte, también auspiciado por la Comisión Europea y celebrado en Bruselas los días 17 y 18 de octubre de 2001, en un documento de trabajo denominado La lucha contra el dopaje en el deporte: un nuevo enfoque, se mencionan como posibles instrumentos a utilizar los Programas diseñados para la cooperación policial y judicial dentro del espacio de libertad, seguridad y justicia, que viene a configurar lo que se conoce como el tercer pilar comunitario (arts. 29 a 42 TUE). En concreto, se mencionan los programas OISIN<sup>27</sup> y GROTIUS<sup>28</sup>.

Sin embargo, la utilización de los instrumentos propios del tercer pilar comunitario, entre los que cabría mencionar además EUROPOL<sup>29</sup> y EUROJUST<sup>30</sup>, plantean, a mi modo de ver, graves interrogantes desde un punto de vista jurídico.

Tienen razón Palomar Olmeda/Pérez González cuando, por un lado, advierten que “la utilización de estos procedimientos no parece que vaya a solucionar los importantes problemas que plantea el intento de armonización en el ámbito de las sanciones”<sup>31</sup>. Pero, por otro lado, además recalcan la difícil fundamentación jurídica que tendría acudir a los mencionados instrumentos del tercer pilar. Según el art. 29 TUE, la razón de ser de este Tercer Pilar es «ofrecer a los ciudadanos un alto grado de seguridad y justicia dentro de un espacio común de libertad, seguridad y justicia elaborando una acción en común entre los Estados miembros en los ámbitos de la cooperación policial y judicial en materia penal». Dicho objetivo «habrá de lograrse mediante la prevención y la lucha contra la delincuencia organizada o no, en particular el terrorismo, la trata de seres humanos y los delitos contra los niños, el tráfico ilícito de drogas y de armas, la corrupción y el fraude». Pues bien, “mantener –dicen los citados autores– que en este contexto tiene cabida la lucha contra el dopaje exige un esfuerzo imaginativo importante”. Pero además, “la inclusión de la lucha contra el dopaje sólo tendría cabida interpretando la norma analógicamente. Solución esta que nos parece muy peligrosa si tenemos en cuenta el ámbito en el que nos movemos”<sup>32</sup>.

E, de 9 febrero 2006, 590 s.).

<sup>26</sup> A continuación se aclara: “Por una parte, los controles de policía han permitido descubrir algunas prácticas; por otra, es evidente la proliferación de prácticas delictivas en relación con el dopaje en el deporte: laboratorios clandestinos, tráfico de sustancias. Estas prácticas requieren la actuación policial no sólo a escala nacional, sino también europea” (p. 5).

<sup>27</sup> Programa común para el intercambio, la formación y la cooperación de las autoridades policiales y aduaneras, aprobado por la Acción Común nº 97/12/JAI, de 20 de diciembre de 1996 adoptada por el Consejo sobre la base del art. K.3 del Tratado de la Unión Europea (DO Serie L, nº 7, de 10 enero 1997, 5 ss.).

<sup>28</sup> Programa de fomento e intercambios para profesionales de la Justicia, aprobado mediante la Acción Común nº 96/636/JAI, de 28 octubre 1996 adoptada por el Consejo sobre la base del art. K.3 del Tratado de la Unión Europea (DO Serie L, nº 287, de 8 noviembre 1996, 3 ss.).

<sup>29</sup> Acto del Consejo, de 26 de julio de 1995, relativo al establecimiento del Convenio por el que se crea una Oficina Europea de Policía (Convenio Europol) (DO Serie C, nº 316, de 27 noviembre 1995, 2 ss.).

<sup>30</sup> Decisión del Consejo 2002/18/JAI, de 28 de febrero de 2002, por la que se crea Eurojust para reforzar la lucha contra las formas graves de delincuencia (DO Serie L, nº 63, de 6 marzo 2002, 1 ss.).

<sup>31</sup> PALOMAR OLMEDA/PÉREZ GONZÁLEZ (nota 8), RJD 6 (2001), 43.

<sup>32</sup> PALOMAR OLMEDA/PÉREZ GONZÁLEZ (nota 8), RJD 6 (2001), 44.

### c) *La UNESCO*

Con ser importante la labor llevada a cabo por el Consejo de Europa y por la Unión Europea, conviene advertir que tales iniciativas no tienen más que carácter regional. En particular faltaba a nivel mundial la adopción de un instrumento jurídico de carácter vinculante en el ámbito del dopaje en el deporte. Es cierto que ha habido diversos intentos de armonización por parte de organizaciones de Derecho privado, como veremos después. Sin embargo, lo que no ha habido, hasta hace muy poco, es un Tratado o Convenio a escala mundial que regulase el dopaje.

La adopción de este instrumento jurídico de carácter internacional ha venido patrocinada por la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO). El 19 de octubre de 2005 la Conferencia General de la UNESCO, en su 33ª reunión, celebrada en París, aprobó por unanimidad la Convención Internacional contra el Dopaje en el Deporte<sup>33</sup>. Esta Convención ha sido ratificada por España el 25 de octubre de 2006<sup>34</sup>, aunque aún no se ha publicado el instrumento de ratificación en el BOE como es preceptivo para que se incorpore a nuestro ordenamiento jurídico. Hay que tener en cuenta, además, que dicha Convención todavía no ha entrado en vigor. Lo hará el 1 de febrero de 2007<sup>35</sup>, pocos días antes de que lo haga también la LOPSLDD.

La finalidad de esta Convención es promover la prevención del dopaje en el deporte y la lucha contra el mismo, con miras a su eliminación (art. 1). Por primera vez, como dijimos, gobiernos de todo el mundo se han puesto de acuerdo para aplicar el peso del Derecho internacional al dopaje. Este hecho es importante, porque existen ámbitos específicos en los que únicamente los Estados poseen los medios para hacer avanzar la lucha contra el dopaje. En consecuencia, la Convención contribuye a organizar en el plano mundial las reglas, políticas y normativas contra el dopaje, que ayudarán a proporcionar un contexto de competición honrado y equitativo para todos los atletas. No obstante, según Pérez González quizás sea excesivo calificar a este instrumento jurídico como un auténtico hito de la cooperación internacional en materia de lucha contra el dopaje. “Se ha optado –dice– por la potencial universalidad de la Convención frente a la potencial <integralidad> de la misma”<sup>36</sup>.

<sup>33</sup> El Director General de la Organización, Koichiro MATSUURA, ha declarado respecto de esta Convención que “la lucha contra el dopaje es una elección educativa, un combate ético en pro de los derechos humanos y una apuesta por la vida. Gracias a esta Convención, la lucha contra el dopaje queda inscrita, por primera vez, en el derecho internacional. Los gobiernos, las federaciones deportivas, el movimiento olímpico y la sociedad civil cuentan ahora con un verdadero instrumento jurídico de carácter vinculante” (véanse estas declaraciones y el texto de la Convención en <http://www.unesco.org/es/antidoping>).

<sup>34</sup> Véase la autorización de las Cortes Generales necesaria para su ratificación en BOCG Senado, Serie IV, nº 152 (c), de 25 de septiembre de 2006, p. 5.

<sup>35</sup> Luxemburgo depositó el 11 de diciembre de 2006 su instrumento de ratificación, que completa las 30 ratificaciones necesarias para la entrada en vigor (España fue la vigésimo tercera en hacerlo). Según el art. 37 de la Convención, ésta «entrará en vigor el primer día del mes siguiente a la expiración de un plazo de un mes después de la fecha en la cual se haya depositado el trigésimo instrumento de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión».

<sup>36</sup> PÉREZ GONZÁLEZ, «La Convención Internacional de la UNESCO contra el dopaje en el deporte: ¿Un marco jurídico universal para la lucha contra el dopaje?», en RjDE 16 (2006), 475 ss. (texto de la Convención) y 488 ss. (comentario a la misma). ‘Lo que desde luego resulta indiscutible –concluye– es que parece prematuro afirmar

Dejando al margen esta polémica, hay que decir que la Convención contribuye a integrar el Código Mundial Antidopaje en el Derecho internacional, al obligar a los países a tomar medidas consonantes con sus principios (art. 4). Hay cierto grado de flexibilidad en las estrategias que los gobiernos pueden adoptar para poner en vigor la Convención, ya sea mediante legislación, reglamentación, políticas o prácticas administrativas (art. 5). Pero en todo caso los gobiernos tendrán que tomar medidas específicas con el fin de:

- \* Restringir la disponibilidad de sustancias o métodos prohibidos destinados a los deportistas (salvo en casos de uso legítimo con fines terapéuticos), lo que incluye medidas de lucha contra el tráfico (art. 8).

- \* Alentar a los productores y distribuidores de suplementos nutritivos a que establezcan 'prácticas idóneas' en materia de etiquetado, mercadeo y distribución de productos que puedan contener sustancias prohibidas (art. 10).

- \* Suspender el apoyo financiero a los deportistas y al personal de apoyo a los deportistas que violen las normas antidopaje o a las organizaciones deportivas que incumplan el Código (art. 11).

- \* Facilitar los controles antidopaje y apoyar los programas nacionales de controles (art. 12).

- \* Apoyar los programas de educación sobre la lucha contra el dopaje destinados a los deportistas y a la comunidad deportiva en general (art. 19).

#### d) *El Comité Olímpico Internacional*

Como es sabido el olimpismo moderno fue concebido por Pierre de Frédy, Barón de Coubertin (1863-1937), a cuya iniciativa se reunió, en junio de 1894, el Congreso Atlético Internacional de París. En dicho Congreso, el 23 de junio de 1894, se aprobó el restablecimiento de los JJOO y se acordó la creación del Comité Olímpico Internacional (en adelante COI). El COI es la máxima autoridad del Movimiento Olímpico y su principal función consiste en dirigir la difusión del Olimpismo de acuerdo con las disposiciones de la Carta Olímpica (en adelante CO). La CO (disponible en <http://www.olympic.org>, la página web del COI) es el código que resume los principios fundamentales, las Normas y los textos de aplicación adoptados por el COI. Es, por tanto, la norma de referencia del Movimiento Olímpico. Según establece la Norma 1.1 CO, «bajo la autoridad suprema del COI, el Movimiento Olímpico comprende las organizaciones, atletas y otras personas que están de acuerdo en guiarse por la Carta Olímpica»<sup>37</sup>. En materia de dopaje es función del COI<sup>38</sup> dirigir la lucha contra el mismo (Norma 2.8 CO).

que la Convención cree, como parecía ser su principal objetivo, un régimen universalmente uniforme en el marco de la lucha contra el dopaje en el deporte" (493).

<sup>37</sup> Norma 1.2 CO: «Los tres componentes principales del Movimiento Olímpico son el Comité Olímpico Internacional (COI), las Federaciones Deportivas Internacionales (FI) y los comités Olímpicos Nacionales (CON). Toda persona u organización que en cualquier calidad pertenezca al Movimiento Olímpico estará sometida a las disposiciones de la Carta Olímpica y deberá acatar las decisiones del COI».

Norma 1.3 CO: «Además de los tres componentes principales, el Movimiento Olímpico está constituido tan-

Ante los sucesos acaecidos en 1998 durante la celebración del Campeonato del Mundo de Natación en Perth (Australia), en que el servicio de aduanas australiano descubrió una importante cantidad de hormonas del crecimiento en las maletas de las nadadoras chinas, y sobre todo, por la expulsión al completo del equipo Festina del Tour de Francia de ese año, el COI decide impulsar una nueva política frente al dopaje que se dirija no sólo al mundo del deporte, sino también a los Estados. Para ello patrocina la celebración de una Conferencia Mundial sobre el dopaje, que tuvo lugar los días 2 a 4 de febrero de 1999 en Lausanne (Suiza)<sup>39</sup>, y en la cual participaron activamente no sólo las organizaciones deportivas, sino también, y de modo muy significativo, organizaciones intergubernamentales como el Consejo de Europa y la Unión Europea<sup>40</sup>.

Al final de la Conferencia de Lausana se aprobó una Declaración en la que se instaba la creación de una agencia internacional contra el dopaje que fuese independiente, con la intención de que estuviese plenamente operativa para los JJOO de Sydney de 2000<sup>41</sup>. Siguiendo los términos de dicha Declaración, el 10 de noviembre de 1999 se constituyó la Agencia Mundial Antidopaje (AMA) (en inglés WADA: World Anti-Doping Agency)<sup>42</sup>. La forma que adoptó, desde el punto de vista jurídico, ha sido la de una fundación de Derecho privado, regida por el Derecho civil suizo<sup>43</sup>. Según los Estatutos de la AMA (disponibles en <http://www.wada-ama.org>, página web de la AMA), su sede está en Lausana, aunque el cuartel central se encuentra en Montreal, y su principal objeto es, entre otros, «promover y coordinar a nivel internacional la lucha

bién por los Comités Organizadores de los Juegos Olímpicos (COJO), las asociaciones nacionales, los clubes y las personas que forman parte de las FI y los CON, especialmente los atletas, cuyos intereses constituyen un elemento fundamental de la acción del Movimiento Olímpico, así como los jueces, árbitros, entrenadores y demás técnicos y oficiales del deporte. También incluye otras organizaciones e instituciones reconocidas por el COI». (Sobre el reconocimiento por parte del COI véase la Norma 3 CO).

<sup>38</sup> Según la Norma 15 CO, el COI es una organización internacional no gubernamental sin ánimo de lucro, de duración ilimitada, que adopta la forma de una asociación con el estatus de persona jurídica reconocida por el Consejo Federal suizo. Tiene su sede en Lausana (Suiza).

<sup>39</sup> Sobre esta Conferencia, véase, entre otros, PALOMAR OLMEDA/GUERRERO OLEA, «La conferencia mundial sobre el dopaje de Lausana: Desarrollo, evaluación y prospección», RJD 1 (1999), 59 ss. [=PALOMAR OLMEDA/RODRÍGUEZ BUENO/GUERRERO OLEA, *El dopaje en el ámbito del deporte*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 1999, 93 ss.].

<sup>40</sup> En concreto, en el seno del Consejo de Europa se convocaron tres reuniones extraordinarias del Grupo de Seguimiento de la Convención contra el Dopaje [*supra* I.2.a)], con el objeto de preparar la contribución del Consejo de Europa a la Conferencia de Lausanne. Y la Unión Europea, recordemos [*supra* I.2.c)], en el Consejo de Viena de diciembre de 1998 (punto 96) invitaba a los Estados miembros a estudiar conjuntamente con la Comisión y los organismos deportivos internacionales posibles medidas que permitan reforzar la lucha contra el dopaje y la Comisión, en el Informe Helsinki de 1999, expresamente se comprometía a «cooperar con el movimiento olímpico para crear la Agencia Mundial de Lucha contra el Dopaje y conseguir que trabaje en condiciones de independencia y transparencia» (p. 6).

<sup>41</sup> El texto completo de la Declaración de Lausana puede consultarse en PALOMAR OLMEDA/GUERRERO OLEA (nota 39), RJD 1 (1999), 83-85, en particular el punto 4 se refería a la Agencia Internacional Independiente Antidopaje y el punto 2 al Código Antidopaje del Movimiento Olímpico.

<sup>42</sup> Sobre la AMA, véanse, entre otros, MAYNAR MARIÑO, «La Agencia Mundial Antidopaje (AMA): funciones, competencias y problemática para la realización de su labor», en de Asís Roig/Hernández San Juan (coords.) (nota 8), 129 ss.; PALOMAR OLMEDA/PÉREZ GONZÁLEZ (nota 8), 25 ss.

<sup>43</sup> Según el art. 1 de los Estatutos de la AMA: «Bajo el nombre de “Agencia mundial antidopaje”, “World Anti-Doping Agency”, en adelante referida como “la Fundación” o “la Agencia”, se constituye una Fundación regida por el presente Estatuto y los artículos 80 y siguientes del Código Civil suizo».

contra el dopaje en el deporte en todas sus formas, incluyendo dentro y fuera de la competición; para este fin, la Fundación cooperará con organizaciones intergubernamentales, gobiernos, autoridades públicas y otros organismos públicos y privados dedicados a la lucha contra el dopaje en el deporte, inter alia el Comité Olímpico Internacional (COI), Federaciones Deportivas Internacionales (FI), Comités Olímpicos Nacionales (CON) y los atletas; perseguirá y obtendrá de todos ellos el compromiso moral y político de seguir sus recomendaciones» (art. 4.1).

Uno de los logros más importantes conseguidos por la AMA hasta la fecha en la lucha contra el dopaje en el deporte ha sido la adopción de un conjunto uniforme de reglas contra el dopaje, que constituyen el Código Mundial Antidopaje (en adelante CMA)<sup>44</sup>. El CMA fue aprobado al final de la 2ª Conferencia Mundial sobre dopaje en el deporte, celebrada en Copenhague del 3 al 5 de marzo de 2003, en donde cerca de 1.200 delegados, representando a 80 países y a la totalidad de las Federaciones Deportivas Internacionales, redactaron una declaración en la que se acuerda: «Apoyar el Código Mundial Antidopaje, el “Código”, aprobado por el Consejo Fundador de la AMA...». A 8 de junio de 2006 son ya 186 los gobiernos que han firmado la Declaración de Copenhague (46 países africanos, 39 americanos, 38 asiáticos, 48 europeos y 15 de Oceanía)<sup>45</sup>.

El CMA entró en vigor el 1 de enero de 2004 y constituye un documento fundamental que sirve de marco para las políticas, normas y reglamentos de las organizaciones deportivas y los poderes públicos en materia de lucha contra el dopaje. En cuanto al ámbito deportivo, la Norma 44 CO dispone que «el código antidopaje mundial será obligatorio para el conjunto del Movimiento Olímpico»<sup>46</sup>. Y por lo que a los poderes públicos se refiere, el art. 4 Convención UNESCO, que regula las relaciones de la Convención con el Código, establece, en su apartado 1, que «con miras a coordinar, en el plano nacional e internacional, las actividades de lucha contra el dopaje en el deporte, los Estados Parte se comprometen a respetar los principios del Código [Mundial Antidopaje] como base de las medidas previstas en el artículo 5 de la presente Convención»<sup>47</sup>. Nada en la presente Convención es óbice para que los Estados Parte adopten otras medidas que puedan complementar las del Código [Mundial Antidopaje]». En España, por ejemplo, la reciente LOPSLDD ha tenido como propósito declarado expresamente «armonizar la normativa estatal de lucha contra el dopaje con los principios que aquel Código proclama y adecuarla, al igual que han hecho algunos países de nuestro entorno, que han ido modificando y actualizando sus legislaciones de modo

<sup>44</sup> Véase al respecto, entre otros, PALOMAR OLMEDA/PÉREZ GONZÁLEZ, «La aprobación del Código mundial contra el dopaje: un apunte sobre la política española y la necesidad de su adaptación», RJD 10 (2003), 39 ss.

<sup>45</sup> Toda la información al respecto disponible en <http://www.wada-ama.org>. Por cierto, se ha anunciado ya la celebración de la 3ª Conferencia Mundial sobre dopaje en el deporte, que tendrá lugar del 15 al 17 de noviembre de 2007 en Madrid.

<sup>46</sup> La obligatoriedad del CMA fue introducida en la CO en la 115ª Sesión del COI el 4 de julio de 2003 celebrada en Praga (Norma 48 anterior redacción CO).

<sup>47</sup> Art. 5 Convención UNESCO. *Medidas encaminadas a alcanzar los objetivos de la Convención*. «Todo Estado Parte adoptará las medidas apropiadas para cumplir con las obligaciones que dimanen de los artículos de la presente Convención. Dichas medidas podrán comprender medidas legislativas, reglamentos, políticas o disposiciones administrativas».

diverso, pero con una finalidad principal: alcanzar mayor eficacia en combatir el dopaje en el deporte” (apartado III de la Exposición de Motivos)<sup>48</sup>.

## II. DEFINICIÓN DE DOPAJE

A pesar de todos estos instrumentos a nivel internacional y de la diversa normativa nacional que se ha adoptado sobre el dopaje, sin embargo, hay que señalar que no resulta fácil definir este fenómeno. Es más, aquellos que son especialistas en la materia lo reconocen abiertamente<sup>49</sup>. No es nuestro propósito, pues, ofrecer aquí una definición de lo que es el dopaje. Sin embargo, sí que me parece oportuno señalar los motivos que inducen a adoptar una u otra definición de dopaje.

Es cierto que todo el mundo, más o menos, tiene una noción de lo que es dopaje, pero a un ciudadano de a pie le puede sorprender lo que para el Derecho se puede considerar como dopaje. No siempre coincide el concepto vulgar con el concepto jurídico de dopaje.

En sentido vulgar se puede considerar como dopaje la administración de sustancias que aumentan la capacidad psico-física de un deportista con la finalidad de ganar una competición. Sin embargo, para el Derecho el concepto de dopaje es más amplio. Jurídicamente dopaje no sólo es la administración de sustancias, también lo es no pasar los controles antidopaje, por ejemplo. El dopaje, jurídicamente, también puede disminuir las capacidades psico-físicas. Pensemos, por ejemplo, la ingestión de alcohol en pruebas automovilísticas<sup>50</sup>. El dopaje, en sentido vulgar, parece que se limita exclusivamente a los deportistas que compiten; jurídicamente, en cambio, se puede referir a cualquier persona que practica deporte y también a otras personas que rodean al deportista.

Por de pronto, hay que advertir sobre el maremágnum de normas jurídicas que ofrecen una definición de dopaje. Algunas de ellas son puramente formales, esto es, vacías de contenido y que se remiten a otras normas. Otras, en cambio, definen el dopaje materialmente. Veamos algunas de ellas.

La LOPSLDD, por ejemplo, contiene una de carácter formal y en blanco. Formal en cuanto que se define como infracción de la ley, sin hacer referencia al contenido material de la conducta de dopaje, y en blanco, porque se remite a otras normas para concretar en qué consisten tales infracciones. «A los efectos de su aplicación –

<sup>48</sup> “Asimismo, se desarrolla en este apartado [potestad sancionadora] una necesaria armonización de nuestras disposiciones legales con lo establecido al respecto por el Código Mundial Antidopaje y la Convención Internacional contra el Dopaje en el Deporte de la UNESCO” (apartado IV de la Exposición de Motivos).

<sup>49</sup> “Realizar una definición de dopaje siempre ha sido una cuestión tremendamente difícil”. Así comienza RAMOS GORDILLO un trabajo específicamente dedicado a la definición del dopaje, en el que se enumeran muchas de las definiciones ofrecidas por la doctrina y por instrumentos jurídicos y llega a afirmar que “actualmente no existe una única definición de dopaje que tenga validez universal” [véase RAMOS GORDILLO, «Un problema continuado y sin final: la definición de dopaje», RJD 11 (2004), 349 ss., 349].

<sup>50</sup> Por cierto, como cuestión puramente anecdótica, la última actualización de la lista de la AMA de sustancias prohibidas ha excluido al alcohol del billar. Se ha hecho a petición de la WCBS (World Confederation of Billiard Sports), pues parece lógico que la ingestión de alcohol, en este deporte, no mejora el rendimiento del jugador, más bien al contrario, disminuye su precisión. Antes la tasa de alcohol permitida era de 0,20 gr/l de sangre. Toda la información disponible en <http://www.wada-ama.org>.

establece el art. 1.1–, se considera dopaje en el deporte el incumplimiento o la infracción por parte de las personas que, estando obligadas a ello, violen la normativa prevista en esta Ley, en particular lo dispuesto en los artículos 13 y siguientes de la misma».

Llama poderosamente la atención la sintaxis de este precepto. En primer lugar, no parece correcto utilizar el adjetivo posesivo «su», sin haber mencionado antes a qué se está refiriendo. En segundo lugar, o bien sobra el término «violen», o lo que está de más es «el incumplimiento o la infracción». En tercer lugar, la expresión «estando obligadas a ello» es innecesaria y confusa. ¿Qué es «ello»? Además es innecesaria, pues parece lógico que sólo pueden infringir una norma aquellas personas que sean sus destinatarios y no otros. Y en cuarto lugar, ¿qué es dopaje en el deporte? ¿La violación de toda «la normativa prevista en esta ley», o sólo «lo dispuesto en los artículos 13 y siguientes»? Si fuese lo primero, no haría falta lo segundo.

Después de estas observaciones y de comprobar el contenido de los arts. 13 ss. LOPSLDD, me pregunto si no habría sido más sencillo y más claro haber dicho que «a los efectos de la aplicación de la presente ley, se considera dopaje en el deporte la comisión de alguna de la infracciones previstas en el artículo 14», que es donde se tipifican las infracciones que sanciona la citada ley.

La Convención contra el Dopaje de la UNESCO de 2005 contiene una definición más sencilla y mucho mejor redactada que la de la LOPSLDD, pero también puramente formal y en blanco<sup>51</sup>. Según el art. 2.9, «el “dopaje en el deporte” se refiere a toda infracción de las normas antidopaje».

Y la expresión “infracción de las normas antidopaje” se refiere, según el **art. 2.3** de la citada Convención, a «una o varias de las infracciones siguientes: a) la presencia de una sustancia prohibida o de sus metabolitos o marcadores en las muestras físicas de un deportista; b) el uso o tentativa de uso de una sustancia prohibida o de un método prohibido; c) negarse o no someterse, sin justificación válida, a una recogida de muestras tras una notificación hecha conforme a las normas antidopaje aplicables, o evitar de cualquier otra forma la recogida de muestras; d) la vulneración de los requisitos en lo que respecta a la disponibilidad del deportista para la realización de controles fuera de la competición, incluido el no proporcionar información sobre su paradero, así como no presentarse para someterse a controles que se consideren regidos por normas razonables; e) la falsificación o tentativa de falsificación de cualquier elemento del proceso de control antidopaje; f) la posesión de sustancias o métodos prohibidos; g) el tráfico de cualquier sustancia prohibida o método prohibido; h) la administración o tentativa de administración de una sustancia prohibida o método prohibido a algún deportista, o la asistencia, incitación, contribución, instigación, encubrimiento o cualquier otro tipo de complicidad en relación con una infracción de la normativa antidopaje o cualquier otra tentativa de infracción».

Otras definiciones, en cambio, tratan de definir materialmente el dopaje, aunque por cuestiones prácticas necesitan ser también definiciones en blanco o con una remisión a

<sup>51</sup> Es la misma que la del Código Mundial Antidopaje. Según el art. 1 CMA, «el dopaje se define como una o varias infracciones de las normas antidopaje según lo dispuesto desde el artículo 2.1 al artículo 2.8 del Código».

otras disposiciones. Así, por ejemplo, el art. 2.1 Convenio nº 135 Antidopaje del Consejo de Europa define el dopaje en el deporte como «la administración a hombres y mujeres deportistas, o el uso por ellos, de grupos farmacológicos de agentes dopantes o de métodos dopantes»; y por “grupos farmacológicos de agentes dopantes o de métodos dopantes” se entiende «aquellos grupos de agentes dopantes o de métodos dopantes prohibidos por organizaciones deportivas internacionales relevantes y que aparezcan en las listas que hayan sido aprobadas por el grupo de seguimiento bajo los términos del artículo 11.1.b». Además, según el Convenio, por “hombres y mujeres deportistas” hay que entender «aquellas personas que participan regularmente en actividades deportivas organizadas».

En el punto 2 de la Declaración final de la Conferencia Mundial sobre el dopaje de Lausana de 1999 también se definía el dopaje de una manera material como “el uso de un artificio (sustancia o método) potencialmente peligroso para la salud de los atletas y/o susceptible de mejorar su rendimiento, o la presencia en el organismo del atleta de una sustancia o la constatación de la aplicación de un método que figure en la lista anexa al Código Antidopaje del Movimiento Olímpico”. No obstante, luego el Código Mundial Antidopaje lo definió, como hemos visto, de un modo puramente formal y en blanco.

El art. 1 de la Ley italiana nº 376/2000, de 14 de diciembre, por la que se regula la tutela sanitaria de la actividad deportiva y la lucha contra el dopaje define éste como «el suministro o empleo de medicamentos o sustancias biológica o farmacológicamente activas y la adopción o la sujeción a prácticas médicas no justificadas por razones patológicas e idóneas para modificar las condiciones psicofísicas o biológicas del organismo con el fin de modificar el rendimiento de los atletas» (apart. 2). También se equiparan a estas conductas «el suministro de medicamentos o de sustancias biológica o farmacológicamente activas y la adopción de prácticas médicas no justificadas por razones patológicas, dirigidas y de cualquier modo idóneas para modificar los resultados de los controles sobre el uso de los medicamentos, de las sustancias y de las prácticas indicadas en el apartado 2» (apart. 3).

Cada una de estas definiciones tiene sus ventajas y sus inconvenientes. Una definición material de dopaje tiene la ventaja de referirse al contenido de la conducta de dopaje, lo cual permite una mejor concreción del desvalor de la misma. Una definición puramente formal, por el contrario, delimita el dopaje únicamente en función de la infracción de una norma, sin necesidad de referirse a otras características de la conducta en cuestión. La única característica que determina que una conducta sea dopaje es la infracción del deber, la desobediencia por parte de la persona obligada a su cumplimiento. Sin embargo, el problema de ofrecer una definición material de dopaje estriba en la dificultad de concretarla detalladamente y lo que es más importante, en adaptarse a los continuos y rápidos avances que se producen en el ámbito de la medicina y de la farmacología. Por eso, y para que la definición no deje fuera ninguno de estos cambios y que quede desfasada, se suele utilizar el elemento formal de la infracción de la normativa relativa a las sustancias y métodos dopantes prohibidos. De este modo, aunque la concreción de la conducta constitutiva de dopaje se remita a otras normas, se

consigue que la definición permanezca en el tiempo y que sólo haya que ajustar, periódicamente, la normativa relativa a las sustancias y métodos dopantes<sup>52</sup>.

En mi opinión resulta más adecuado definir materialmente el dopaje, para así poder concretar mejor el contenido material del ilícito, aunque por razones prácticas es necesario remitirse a otra normativa que concrete más ese contenido básico. Por estos motivos me parece bastante acertada la definición de carácter mixto material-formal que ha ofrecido Díaz y García-Conlledo, para quien el dopaje se puede definir como “la administración de sustancias o la aplicación de tratamientos a deportistas para mejorar artificialmente sus prestaciones, aunque habría que añadir, para que una definición tan amplia no englobara actuaciones totalmente correctas, el dato formal de la prohibición por parte de la normativa relativa al deporte correspondiente”<sup>53</sup>.

### III. LOS NUEVOS DELITOS RELACIONADOS CON EL DOPAJE. ANÁLISIS POLÍTICO-CRIMINAL Y DOGMÁTICO DEL ART. 361 BIS CP

Por medio de la LO 7/2006, de 21 de noviembre, de protección de la salud y de lucha contra el dopaje en el deporte (art. 44) se introduce un nuevo art. 361 bis CP. Dicho artículo está estructurado en dos apartados: en el primero se contiene un tipo básico con numerosas conductas, y en el segundo tres tipos agravados.

#### Art. 361 bis CP:

<sup>52</sup> La primera lista de sustancias prohibidas se publicó en 1963 bajo el auspicio del COI. Desde entonces se ha ido actualizando periódicamente. Desde 2004, y como mandato del CMA, la AMA es responsable de la preparación y publicación de dicha lista. La última lista publicada por este organismo deportivo entró en vigor el 1 de enero de 2007 y se encuentra disponible en [http://www.wada-ama.org/rtecontent/document/2007\\_List\\_En.pdf](http://www.wada-ama.org/rtecontent/document/2007_List_En.pdf).

La Convención de la UNESCO contra el dopaje en el deporte asume, en su Anexo I, la lista elaborada por la AMA y sus periódicas modificaciones. La Conferencia de las Partes, que es órgano soberano de la Convención de la UNESCO (art. 28), tiene como una de las funciones más importantes la de «examinar para su aprobación, de conformidad con las disposiciones del artículo 34 de la Convención [procedimiento específico de enmienda a los anexos de la Convención], las modificaciones introducidas en la lista de prohibiciones y las normas para la concesión de autorizaciones para uso con fines terapéuticos aprobadas por la Agencia Mundial Antidopaje» [art. 30.1.g) de la Convención]. El procedimiento es el siguiente: La AMA informará por escrito de los cambios en su lista al Director General de la UNESCO, que comunicará rápidamente a todos los Estados Parte estos cambios como propuestas de enmiendas al Anexo I de la Convención. Los Estados parte disponen de 45 días para comunicar su oposición a la enmienda propuesta, y salvo que dos tercios de los Estados Parte se opongan a ella, la enmienda se considerará aprobada por la Conferencia de las Partes.

El Convenio nº 135 Antidopaje del Consejo de Europa también contiene como anexo una lista de sustancias y métodos dopantes prohibidos. Según el art. 11.1.b), el Grupo de Seguimiento del Convenio tiene como misión principal la de aprobar la lista, y cualquier revisión de la misma, de las clases farmacológicas de agentes dopantes y métodos dopantes prohibidos por las organizaciones deportivas internacionales relevantes. La última lista ha sido aprobada por el Grupo de Seguimiento en su 24ª sesión celebrada en Estrasburgo los días 14 y 15 de noviembre de 2006. Entró en vigor el 1 de enero de 2007 y está disponible en [http://www.coe.int/t/dg4/sport/Doping/prohibited\\_list\\_en.asp](http://www.coe.int/t/dg4/sport/Doping/prohibited_list_en.asp). Téngase en cuenta que desde la Resolución (97) 1 del Grupo de Seguimiento del Convenio Antidopaje se acordó suscribir linealmente la lista elaborada por el COI.

En España, según el art. 12 LOPSLDD, el CSD es el encargado de confeccionar dicha lista de sustancias y métodos dopantes prohibidos en el marco de los compromisos y obligaciones internacionales asumidos por España. La última publicada hasta el momento, aunque todavía bajo la vigencia de la Ley 10/1990, de 15 de octubre, del Deporte (art. 56), ha sido aprobada por medio de la Resolución de 21 de diciembre de 2006 (BOE nº 309, de 27 diciembre 2006, 45782 ss.), con la finalidad de adecuarla a la lista del Consejo de Europa para 2007 (hay que recordar que la Convención de la UNESCO todavía no ha entrado en vigor).

1. 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 competiciones, que por su contenido, reiteración de la ingesta u otras circunstancias concurrentes, pongan en peligro la vida o la salud de los mismos, serán castigados con las penas de prisión de seis meses a dos años, multa de seis a dieciocho meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión u oficio, de dos a cinco años.

2. Se impondrán las penas previstas en el apartado anterior en su mitad superior cuando el delito se perpetre concurriendo alguna de las circunstancias siguientes:

1ª . Que la víctima sea menor de edad.

2ª . Que se haya empleado engaño o intimidación.

3ª . Que el responsable se haya prevalido de una relación de superioridad laboral o profesional.

## 1. Antecedentes

Es probable que muchos piensen que, al igual que la creación de la AMA se puede decir que obedeció a los escándalos acaecidos en el verano de 1998, la aprobación en España de una nueva Ley de lucha contra el dopaje en el deporte es la respuesta que el legislador español ha dado ante los escándalos de dopaje sucedidos entre febrero y mayo de 2006 en nuestro país. Me estoy refiriendo a la operación policial, en la que se han visto involucrados directores y médicos de relevantes equipos ciclistas españoles, que se conoce como “Operación Puerto”<sup>54</sup>. Sin embargo, los antecedentes de la LOPSLDD se remontan a años antes. Años en los que no se puede negar la repercusión que tuvieron otros casos, como fueron los sucedidos en 2004 en relación con la venta fraudulenta de sustancias dopantes en gimnasios, y a los que la propia Ministra de Educación y Ciencia alude en una intervención parlamentaria, como veremos a continuación. Por lo tanto, no se podría negar que sí ha habido cierta influencia de estos casos en la incorporación al CP de un nuevo precepto relativo al dopaje.

La última página del Programa Electoral del PSOE para las Elecciones Generales de 2004, Merecemos una España mejor, contiene ya una alusión, aunque sea muy

<sup>53</sup> DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO (nota 1), 105.

<sup>54</sup> La Operación Puerto fue una operación contra el dopaje en el deporte realizada por la Guardia Civil española entre febrero y mayo de 2006. A pesar de que la Guardia Civil aseguró que había atletas, ciclistas, tenistas, futbolistas y baloncestistas (siendo sólo el 30% ciclistas) implicados, sólo se han dado a conocer nombres de ciclistas. A expensas de la resolución judicial, el sumario implica a 58 ciclistas profesionales, y apunta a Eufemiano Fuentes (médico de varios equipos ciclistas, y preparador de futbolistas, atletas, nadadores y tenistas) y a Manuel Saiz (el entonces director del equipo Liberty Seguros) como mayores responsables de una trama criminal que se dedicaba a la gestión de autotransfusiones de sangre y a la organización y planificación de tomas, suministros y ventas de sustancias prohibidas, tales como EPO, hormonas de crecimiento y anabolizantes. En el sumario también se citan como integrantes de la trama a José Luis Merino (hematólogo), José Ignacio Labarta (hasta ese momento director adjunto del equipo Comunidad Valenciana) y Alberto León Herranz (ex ciclista). Más información en Wikipedia ([http://es.wikipedia.org/Operación\\_Puerto](http://es.wikipedia.org/Operación_Puerto)).

genérica y vaga, a la lucha contra el dopaje. Se prometía que “Propiciaremos una decidida lucha para acabar con el dopaje en el deporte”. Esta escueta mención a la lucha contra el dopaje se concreta algo más en la contestación que la Sra. Ministra de Educación y Ciencia hizo a una pregunta oral formulada en una sesión de control al Gobierno: “El Gobierno está firmemente comprometido en la lucha contra el dopaje. Por ello se han tomado, ya antes de los Juegos Olímpicos, y se tomarán en el futuro, las medidas necesarias para cumplir los compromisos electorales a los que se refería su señoría. [...] En estrecha colaboración con el Ministerio del Interior, se han realizado operaciones policiales contra la venta fraudulenta de sustancias dopantes en gimnasios. También tenemos la intención de presentar un plan nacional antidopaje a finales de este año, plan que abarca algunos de los aspectos que usted mencionaba y que causan preocupación, tanto la prevención como el control y la sanción del dopaje”<sup>55</sup>.

No fue a finales de año, como había anunciado por la Sra. Ministra, aunque sí en febrero de 2005, cuando el Consejo de Ministros celebrado el día 11 aprobó el Proyecto de Plan de lucha contra el dopaje en el deporte (disponible en <http://www.csd.mec.es/csd/salud> y también en <http://www.cerodopaje.com>). Este proyecto es la piedra angular de la política del Gobierno en materia de dopaje en el deporte y en él se contienen a lo largo de 39 páginas, una amplia Exposición de Motivos y 59 medidas concretas en relación con el fenómeno del dopaje. El Plan se estructura en cuatro apartados. En el primero, se enumeran las reformas legislativas de nuestro ordenamiento que comporta su puesta en marcha. En los tres apartados siguientes, se detallan el conjunto de medidas a desarrollar en tres ámbitos prioritarios de actuación, que son sobre los que se proyecta la acción integral a desplegar: la prevención, el control y la represión del dopaje en el deporte.

Este Plan, como ha señalado el Secretario de Estado para el Deporte, Jaime Lissavetzky, “busca dar cumplida respuesta a una serie de necesidades urgentes, con el fin de prevenir, aislar, perseguir y erradicar el dopaje dentro y fuera del deporte”<sup>56</sup>. Estas necesidades se agrupan en torno a cuatro grandes temas:

1. Armonización de nuestra legislación con el consenso internacional alcanzado durante los últimos años en torno a la lucha contra el dopaje en el deporte. Dentro de este apartado cabría destacar la ratificación por España de la Convención de la UNESCO [supra I.2.c)].

<sup>55</sup> “En este mismo sentido –continúa la respuesta– vamos a crear una agencia española antidopaje y a firmar, a través de la UNESCO, el Código mundial antidopaje. El control creemos que debe desarrollarse también con todos los medios que la ciencia nos puede ofrecer y por ello en el Plan Nacional de I+D existe un subprograma de estudio en relación con el dopaje.– Para apoyar todas estas medidas, como saben, en el proyecto de presupuestos para el año 2005 se ha incrementado en 200.000 euros la partida destinada a la lucha contra el dopaje” (véase el *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, Pleno y Diputación Permanente, nº 41, de 20 octubre 2004, 1817 s.).

<sup>56</sup> LISSAVETZKY, «Jaque al dopaje», *RJDE* 14 (2005), 19 ss., 19.

La Exposición de Motivos del Plan concluye así: “La puesta en marcha de esta iniciativa del Gobierno busca, ante todo, reforzar en la sociedad española la cultura del juego limpio y de un deporte saludable abierto a todos, sin barreras y sin trampas. El deporte, los deportistas, el público que los sustenta, las organizaciones deportivas y la competición misma, en cualquier modalidad deportiva, son los más directos beneficiarios del conjunto de medidas recogidas en el Plan. Sólo quienes recurren al engaño en la competición deportiva y quienes se lucran con el tráfico ilegal de sustancias dopantes tienen motivos justificados para la preocupación por sentirse perseguidos”.

2. Actualización, sistematización y refundición de la normativa antidopaje. Aquí habría que mencionar la aprobación de la LOPSLDD y también de algunas disposiciones contenidas en la Ley 29/2006, de 26 de julio, de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios, en las que se establece una serie de obligaciones como garantía de la utilización racional de los medicamentos en el deporte (véanse los arts. 74.3 y 80 de dicha Ley)<sup>57</sup>.

3. Articulación de una política criminal eficaz contra el dopaje.

4. Coordinación entre la Administración General del Estado y las administraciones autonómicas y locales.

La tercera de este grupo de necesidades a la que, según el Plan de lucha contra el dopaje, había que hacer frente es la que más nos interesa en este momento. Concretamente a la necesidad de articular una política criminal eficaz contra el dopaje se refieren fundamentalmente las medidas 3, 46, 58 y 59 de dicho Plan. Dichas medidas consisten en:

a) Entre las medidas legislativas del Plan se encuentra la reforma del Código Penal para el tratamiento punitivo del entorno del deportista que incite al dopaje (medida 3).

b) Entre las medidas preventivas se hace referencia a la intensificación de la cooperación internacional policial antidopaje (medida 46). En este punto se pretende intensificar “el intercambio de información y la colaboración operativa en las investigaciones acerca de redes de delincuencia organizada de carácter internacional que producen y trafican con sustancias dopantes”, recurriendo a uno de los instrumentos más importantes del tercer pilar comunitario, como es Europol [supra I.2.b)].

c) Y entre las medidas de represión y en aras de dotar de mayor efectividad a la reforma del Código Penal anunciada, se propone también adoptar iniciativas referidas a la actuación en este ámbito tanto de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado, en especial de la Policía Judicial (medida 58), como del Ministerio Fiscal (medida 59).

En el primer caso se hablaba de la creación de un grupo policial especializado en la investigación de delitos relacionados con el dopaje, que se integraría en la Sección de Consumo y Medio Ambiente de la Comisaría General de Policía Judicial, del Cuerpo Nacional de Policía y en coordinación con la Unidad Central Operativa y el SEPRONA. La Orden del Ministerio del Interior 2103/2005, de 1 de julio, por la que se desarrolla la estructura orgánica y funciones de los Servicios Centrales y Periféricos de

<sup>57</sup> El art. 74 de la Ley 29/2006 excluye de las exigencias que se establecen en el Tít. V a los medicamentos que acompañen a los viajeros destinados a su propia administración o tratamiento. Sin embargo, en el apart. 3 se dispone que «los deportistas, equipos o grupos deportivos y los directivos extranjeros que los representen están obligados, cuando entren en España para participar en una actividad deportiva, a remitir debidamente cumplimentados a la Agencia Española Antidopaje los formularios que la misma establezca, en los que se identificarán los productos que transportan para su uso, las unidades de los mismos y el médico responsable de su prescripción o, en el caso de animales que participen en eventos deportivos, el veterinario». Véase también el art. 37.2 LOPSLDD.

El Art. 80 de la Ley 29/2006 impone, como utilización racional de los medicamentos en el deporte, que «la importación, exportación, distribución, comercialización, prescripción y dispensación de medicamentos legalmente reconocidos no tendrán por finalidad aumentar las capacidades físicas de los deportistas o modificar los resultados de las competiciones en las que participan, debiendo ajustarse en su desarrollo y objetivos a la normativa de aplicación en la materia».

la Dirección General de la Policía, dispone que la Unidad de Delincuencia Especializada y Violenta, integrada en la Comisaría General de Policía Judicial, «asume la investigación y persecución de las actividades delictivas, de ámbitos nacional y transnacional, relacionadas con el patrimonio, especialmente el patrimonio histórico-artístico, el consumo y medio ambiente, las infracciones delictivas en materia de dopaje en el deporte, la utilización de nuevas tecnologías, el ámbito familiar y los menores, y los delitos contra las personas y la libertad sexual, así como la coordinación operativa y el apoyo técnico de las respectivas unidades territoriales» (apartado 5.3). Me pregunto si es correcto que se asuma la competencia en la investigación y persecución de las infracciones delictivas en materia de dopaje en el deporte antes de que entre en vigor la LOPSLDD. La única explicación es que ya estuviesen contempladas por la normativa actualmente vigente.

En cuanto a la Fiscalía, se hablaba de la creación de “una unidad especializada en la persecución de delitos relacionados con el dopaje en el deporte” (medida 59). Sin embargo, hasta el momento no se ha creado. Hay que tener en cuenta que ya existe una Fiscalía Especial para la Prevención y Represión del Tráfico Ilegal de Drogas creada en 1988, y entre cuyas funciones se podría añadir la de intervenir directamente en los procesos penales por delitos relativos al dopaje en el deporte.

La medida 3 del referido Plan consideraba que “la lucha contra el dopaje en el deporte hace necesario adoptar un criterio de política criminal que, por una parte, potencie la investigación de las conductas prohibidas y mejore los resultados de las medidas represivas contra el dopaje en el deporte”. De ello se ocupaban las medidas a que antes hemos aludido. “Y, por otra parte, que ofrezca –continúa– un tratamiento punitivo adecuado para sancionar la conducta de las personas pertenecientes al entorno del deportista que intervengan o propicien el dopaje y/o el tráfico ilegal, distribución y venta de sustancias prohibidas”. Esta segunda dimensión de la política criminal contra el dopaje es la que apunta hacia “la introducción como delito de riesgo de las conductas que se definan a través de una modificación del Código Penal, y que no puedan ser castigadas con la actual regulación”<sup>58</sup>.

Conforme pues a lo previsto en esta medida del Plan de lucha contra el dopaje en el deporte se incluyó en el Anteproyecto de la LOPSLDD un artículo en el que se materializaba dicho propósito del Gobierno<sup>59</sup>. El Anteproyecto fue aprobado por el Consejo de Ministros de 30 de septiembre de 2005<sup>60</sup>, y fue sometido a los Informes de la

<sup>58</sup> Véase p. 21 del Plan. Y aclara a continuación que “resulta necesario incorporar al ordenamiento penal tipos delictivos que castiguen conductas no previstas en este momento, o que son de dudosa inclusión, así como prever las sanciones aplicables a cuantas personas del entorno del deportista propicien o intervengan en un caso de dopaje, siempre que resulten ajustadas al principio de la proporcionalidad”.

<sup>59</sup> Sobre este Anteproyecto en general, véanse otros, GARCÍA CIRAC/GARCÍA SILVERO, «El Anteproyecto de Ley Orgánica sobre Protección de la Salud y de Lucha contra el Dopaje en el Deporte: algunas reflexiones tras su aprobación por el Consejo de Ministros», LL 2006-1, 1446 ss. [=RjDE 16 (2006), 411 ss.]; REY HUIDOBRO, «Repercusiones penales del dopaje deportivo», RjDE 16 (2006), 93 ss., en particular 105 ss., quien aunque se muestre partidario de la intervención penal en este ámbito (94), sin embargo, es crítico con la redacción del nuevo art. 361 bis CP, a la que califica de “deficiente, ya que... no se sanciona el tráfico de sustancias dopantes en general, sino su facilitación al deportista. Es decir, que sólo se recoge el último eslabón de la cadena de distribución que suelen presentar estos delitos” (107).

<sup>60</sup> Disponible en <http://www.iusport.es>, una página web dedicada al Derecho deportivo, con mucha informa-

Agencia de Protección de Datos<sup>61</sup>, del Consejo General del Poder Judicial<sup>62</sup>, del Consejo Fiscal<sup>63</sup> y al Dictamen del Consejo de Estado<sup>64</sup>.

El resultado final fue la aprobación, con algunas modificaciones en lo que se refiere al precepto que ahora nos interesa, por el Consejo de Ministros celebrado el 17 de marzo de 2006 del Proyecto de LOPSLDD, que sería remitido a las Cortes Generales para su tramitación parlamentaria. El Proyecto se presenta ese mismo día y aparece publicado en el BOCG, Congreso de los Diputados, Serie A, nº 82-1, de 31 de marzo de 2006<sup>65</sup>.

Durante la tramitación parlamentaria la redacción del nuevo artículo 361 bis CP experimentaría otros dos cambios significativos, concretamente en la Sesión nº 42 de la Comisión de Educación y Ciencia y fruto de sendas enmiendas transaccionales:

- «sin justificación médica», se convierte en «sin justificación terapéutica»<sup>66</sup>; y
- desaparece el adverbio «artificialmente» de la cualidad de las sustancias y métodos dopantes de aumentar las capacidades físicas de los deportistas<sup>67</sup>; además se amplía el ámbito de las personas sobre las que puede recaer la acción típica, inicialmente

ción periodística y que también tiene una recopilación bastante completa de la normativa antidopaje.

El art. 37 del Anteproyecto de LOPSLDD proponía la introducción de un nuevo artículo 361 bis en el CP, con la siguiente redacción [reproduzco sólo el apartado 1, pues el apartado 2 no ha sufrido ninguna modificación, y se aprobó al final con la misma redacción que en el Anteproyecto]: «1. Los que, sin justificación médica, prescriban, proporcionen, dispensen, suministre, administre, ofrezcan o faciliten a deportistas que participen en competiciones organizadas en España por las federaciones deportivas, sustancias o grupos farmacológicos prohibidos, así como métodos no reglamentarios, destinados a aumentar artificialmente sus capacidades físicas o a modificar los resultados de las competiciones, que por su contenido, reiteración de la ingesta u otras circunstancias concurrentes, pongan en peligro la vida o la salud de los mismos, serán castigados con las penas de prisión de seis meses a dos años, multa de seis a dieciocho meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión u oficio de dos a seis años» (los subrayados significan que se han producido cambios en ese punto).

<sup>61</sup> Informe de 25 de octubre de 2005.

<sup>62</sup> Informe de 10 de noviembre de 2005 (disponible en <http://www.poderjudicial.es>). En lo que a la modificación del CP se refiere ofició como ponente el Excmo. Sr. D. Adolfo Prego de Oliver y Tolivar.

<sup>63</sup> Informe de 24 de noviembre de 2005.

<sup>64</sup> Dictamen nº 31/2006, de 2 de febrero (disponible en [http://www.boe.es/g/es/bases\\_datos\\_ce/ce.php](http://www.boe.es/g/es/bases_datos_ce/ce.php)). Los antecedentes de este dictamen dan cuenta detalladamente de todos los pormenores de la tramitación de este Anteproyecto. En particular, los antecedentes 4 y 6 se refieren a los informes de la AEPD y del Consejo Fiscal, respectivamente, que no he podido encontrarlos en la red.

<sup>65</sup> El artículo en que se contiene la reforma del CP es ahora el 44, y sólo varía con respecto a la redacción del Anteproyecto, recogiendo algunas de las sugerencias que hizo el Consejo de Estado en su Dictamen, en dos puntos concretos: las competiciones organizadas en España pueden serlo por entidades deportivas (en el Anteproyecto de decía: federaciones deportivas) y la pena de inhabilitación especial reduce su máximo de seis (en el Anteproyecto) a cinco.

<sup>66</sup> La enmienda transaccional correspondiente tenía su origen en la enmienda nº 28 del Grupo Parlamentario Popular (BOCG, Congreso, Serie A, nº 82-7, de 7 junio 2006, 44). Esta enmienda también proponía eliminar «prescriban» y «proporcionen», aunque esto no fue aceptado. Su justificación simplemente era por “mejora técnica”.

El Grupo Parlamentario Socialista presentó una enmienda transaccional a la nº 28, porque “según [su] opinión, mejora el texto porque la prescripción terapéutica es muchísimo mejor que la prescripción médica, dado que el acto médico es más amplio que el acto terapéutico” (Diario de Sesiones del Congreso, Comisiones, nº 608, de 19 junio 2006, 11).

<sup>67</sup> No he encontrado ninguna explicación al respecto. Conviene tener en cuenta que la definición de «dopar» del Diccionario de la RAE sí lo incluye (*supra* n. 1), igual que la definición de DÍAZ Y GARCÍA-CONLLEDO (*supra* II.), que me parece bastante acertada. Un argumento a favor de su inclusión es la posibilidad de producir algunas sustancias dopantes de forma endógena, es decir, por parte del propio cuerpo de forma natural. No obstante, los límites máximos permitidos suelen tener en cuenta ya la producción endógena de dichas sustancias (véase *supra* n. 13, la discusión al respecto en el caso Meca).

circunscrito a los «deportistas que participen en competiciones deportivas organizadas en España por entidades deportivas», incluyendo finalmente a cualquier clase de deportistas (competitivos y no competitivos, federados y no federados)<sup>68</sup>.

La LOPSLDD se aprobó el 2 de noviembre de 2006, aunque en el Diario de Sesiones del Congreso no apareció publicada la votación del conjunto del proyecto, que es necesario por tener carácter orgánico. Por corrección de errores se publicó dicha votación en el Diario de Sesiones nº 214, de 21 noviembre 2006<sup>69</sup>. El Rey la sanciona ese mismo día, y aparece publicada en el BOE nº 279, de 22 noviembre 2006. Su entrada en vigor está prevista para el 22 de febrero de 2007 según la Disposición Final 8ª.

## 2. El dopaje en el ámbito comparado. Especial atención a Francia e Italia

Dado el carácter transfronterizo del deporte en general, y del fenómeno del dopaje en particular, resulta preciso tener en cuenta la regulación que otros países hacen del mismo<sup>70</sup>.

En el Derecho comparado, la forma de abordar el fenómeno del dopaje es muy variada<sup>71</sup>. Así, hay países que tienen una regulación específica antidopaje, otros llevan

<sup>68</sup> La correspondiente enmienda transaccional tenía su origen en la enmienda nº 135 del Grupo Parlamentario Catalán (CiU). Esta enmienda sugería una nueva redacción del apartado primero del art. 361 bis CP en la que las conductas típicas se referían a «deportistas federados no competitivos, deportistas recreacionales o deportistas que participen en competiciones organizadas en España por entidades deportivas». La justificación de esta enmienda era la siguiente: “El Proyecto de Ley centraba su acción única y exclusivamente en el deporte de competición, olvidando el deporte no competitivo y el recreacional, ámbitos en los cuales pueden darse también casos de incitación al dopaje en gimnasios, centros de fitness, etc.” (BOCG, Congreso, Serie A, nº 82-7, de 7 junio 2006, 73).

El Grupo Parlamentario Socialista presentó una enmienda transaccional a la nº 135, con la única diferencia de que en vez de «deportistas recreacionales» decía «deportistas no federados que practican el deporte por recreo».

La aprobación de todas las enmiendas transaccionales presentadas, incluidas las dos indicadas, se efectuó con 32 votos a favor, 1 abstención y ningún voto en contra (Diario de Sesiones, Congreso, Comisiones, nº 608, de 19 junio 2006, 18).

El Grupo Parlamentario Catalán quiso destacar en el debate del Pleno del Congreso las consecuencias de la aprobación de esta enmienda transaccional: ‘Hay que destacar que se amplía también a aquellos deportistas que practican el deporte no competitivo, que no son deportistas de alto nivel; la ley obliga a estos deportistas que, sin precisarlos y sin necesidad de hacer marcas, podrían ser inducidos, por razones de estética, en gimnasios o en otras instalaciones deportivas, atomar anabolizantes, sustancias tóxicas o dopajes, que fueran nocivos para la salud. Si hablamos de protección del deportista, esta categoría tenía que incluirse...’ (Diario de Sesiones, Congreso, Pleno y Diputación Permanente, nº 190, de 29 junio 2006, 9627).

<sup>69</sup> En primera votación en el Pleno del Congreso se aprobó por 300 votos a favor, 5 abstenciones y ningún voto en contra (Diario de Sesiones, Congreso, Pleno y Diputación Permanente, nº 190, de 29 junio 2006, 9636). En el Senado se aprobó por 206 votos a favor, 1 en contra y ninguna abstención (Diario de Sesiones, Senado, Pleno, nº 95, de 3 octubre 2006, 5627). Y de vuelta al Congreso se aprobó por 302 votos a favor, 7 abstenciones y 1 voto en contra (Diario de Sesiones, Congreso, Pleno y Diputación Permanente, nº 214, de 21 noviembre 2006, 10899).

<sup>70</sup> Sobre el deporte en general véase PALOMAR OLMEDA (coord.), *El deportista en el mundo*, Ed. Dykinson, Madrid, 2006; y sobre el Derecho penal en particular véase también AAVV, «Sistemas penales comparados: Derecho Penal y actividades deportivas», RP 6 (2000), 147 ss.

<sup>71</sup> Véase la página web de la Unión Europea dedicada al dopaje, que aunque no está muy actualizada tiene bastante información ([http://ec.europa.eu/sport/action\\_sports/dopage/dopage\\_en.html#legal\\_aspects](http://ec.europa.eu/sport/action_sports/dopage/dopage_en.html#legal_aspects)), así como la del Consejo de Europa ([http://www.coe.int/t/dg4/sport/Doping/Antidoping\\_database/Default\\_en.asp](http://www.coe.int/t/dg4/sport/Doping/Antidoping_database/Default_en.asp)), ésta sí más actualizada.

dicha regulación a normas de carácter general relativas a la salud o a productos farmacéuticos, y en fin, otros que no tienen regulación alguna al respecto. En cuanto al tratamiento punitivo del dopaje, también se puede observar distintas formas de hacer frente al mismo. Básicamente se pueden diferenciar dos modelos de represión del dopaje. Por un lado, hay países en los que la lucha contra el dopaje se inscribe en el marco de las normas de seguridad pública o ciudadana, mientras que en otros dicha regulación se enmarca dentro del ámbito de las normas deportivas. “La diferencia entre ambos modelos –dicen Palomar Olmeda/Rodríguez Bueno/Guerrero Olea– es clara. Mientras la seguridad ciudadana trata de asegurar un ámbito de normalidad para el ejercicio de los derechos en el seno de una comunidad política, las normas deportivas tratan de regular el normal desarrollo de un acontecimiento o evento deportivo y que el mismo se desarrolle conforme a unas reglas que permitan ganar a los mejores”<sup>72</sup>. Lo que sucede es que esta diferencia, en algunas ocasiones, no resulta tan diáfana, pues es posible, como comprobaremos de inmediato, que normas de seguridad pública (y en concreto las penales) traten de garantizar también aspectos puramente deportivos de la competición.

Dentro de los países que enmarcan la lucha contra el dopaje en el ámbito de las normas de seguridad pública o ciudadana merecen especial atención, por la posible influencia que hayan ejercido en nuestra legislación, aquellos ordenamientos jurídicos que recurren al Derecho penal como forma de reacción frente a algunos aspectos del dopaje. Aunque también existen otros países en los que se han tipificado específicamente infracciones penales relacionadas con el dopaje<sup>73</sup>, por proximidad (geográfica y

<sup>72</sup> PALOMAR OLMEDA/RODRÍGUEZ BUENO/GUERRERO OLEA (nota 39), 38. “Esta doble perspectiva –continúan– forma parte esencial del debate actual en el mundo deportivo. La crisis del sistema anterior parece que ha conducido a una rápida decisión: el problema no es deportivo, es social y la regulación debe situarse en este ámbito”.

<sup>73</sup> Por ejemplo, en Alemania el § 95.2a de la Ley del medicamento [*Arzneimittelgesetz* (AMG)] (disponible en <http://bundesrecht.juris.de>) castiga con penas de hasta tres años de prisión o multa, a quien en contra de lo dispuesto en el § 6a apart. 1, pone en circulación, prescribe o administra a otros medicamentos con fines de dopaje en el deporte. Según el apart. 2 del § 6º AMG, estas disposiciones sólo se aplicarán a medicamentos que contengan sustancias de las incluidas como grupos de sustancias dopantes en el anexo de la Convención Antidoping (ratificada por ley de 2 de marzo de 1994, BGBl. 1994 II S. 334), siempre que 1) la puesta en circulación, la prescripción o la administración persiga otros fines distintos del tratamiento de las enfermedades y 2) resulte o deba producir el dopaje en las personas. El apart. 3 del § 6a faculta al Ministerio de la Salud, de acuerdo con el Ministerio del Interior, a establecer, a través de un decreto con la aprobación del Parlamento, que el apart. 1 se aplique a otras sustancias o preparados, en cuanto esto sea necesario para prevenir un peligro directo o indirecto para la salud de las personas a través del dopaje en el deporte. Esta regulación ha sido introducida por la 8ª Ley de modificación de la AMG de 7.9.1998.

La República Checa introdujo en 1993 el § 218 en el CP checo, en virtud del cual «quien repetidamente o en grandes cantidades suministre a una persona menor de 18 años sustancias anabolizantes u otro tipo de sustancias con estos mismos efectos, será castigado con una pena privativa de libertad no superior a un año» [*apud* ESER, «Deporte y Justicia Penal», RP 6 (2000), 53 ss., 63].

Una referencia a la legislación argentina sobre la materia [Ley 24.819 de preservación de la lealtad y el juego limpio en el deporte (*Boletín Oficial de la República Argentina* de 26 de mayo de 1997)], que castiga con penas de prisión a todo aquel que, estando vinculado a la preparación y/o a la participación de los deportistas, por cualquier medio facilite, suministre y/o incite a practicar doping en seres humanos (art. 11); también se castiga el dopaje en animales (art. 12) [redactado según la Ley 25.387 de 30 de noviembre de 2000 (*Boletín Oficial de la República de Argentina* de 10 enero 2001)], en MORENO CARRASCO, «Dopaje deportivo. Elementos para una valoración delictiva del comportamiento», RjDE 13 (2005), 59 ss., 90; y ROMA VALDÉS, «Los delitos con ocasión del deporte. Por una mejora en su tipificación en el derecho penal español», RjDE 16 (2006), 59 ss., 65.

temporal) vamos a limitar nuestra exposición del Derecho penal comparado a la legislación francesa e italiana.

a) *El caso de Francia*

Francia es el país en el que la lucha contra el dopaje alcanza las cotas más intensas. Tiene una legislación considerablemente más severa que en otros países y además la policía judicial de aquel país se muestra especialmente activa en su persecución.

En Francia se han dictado varias leyes cuyo objetivo ha sido luchar contra el dopaje<sup>74</sup>. La legislación actualmente vigente contra el dopaje se encuentra en el Código del Deporte, concretamente en los arts. 232-1 ss. y 241-1 ss. (disponible en <http://www.legifrance.gouv.fr>).

Esta regulación procede de la Ley nº 2006-405, de 5 de abril, relativa a la lucha contra el dopaje y a la protección de la salud de los deportistas (Journal Officiel nº 82, de 6 abril 2006, 5193 ss.), la cual dio una nueva redacción al Lib. VI de la 3ª Parte del Código de la Salud<sup>75</sup>. Sin embargo, posteriormente, la Ordenanza nº 2006-596, de 23 de mayo, relativa a la parte legislativa del Código del Deporte (Journal Officiel nº 121, de 25 mayo 2006, 7791 ss.) abrogó dicha normativa [art. 5.1.a) de la Ordenanza] y dispuso que las referencias a la misma se reemplazasen «por las referencias a las disposiciones correspondientes del Código del Deporte» (art. 3.1 de la Ordenanza). A tal efecto introdujo también en el Código de la Salud un artículo (el art. 3525-1), en virtud del cual «las disposiciones relativas a la lucha contra el dopaje, adoptadas en interés de la salud de los deportistas, figuran en el Título III del Libro II del Código del Deporte» (art. 5.5 de la Ordenanza).

Concretamente, las «disposiciones penales» sobre el dopaje se encuentran en la Secc. 5ª del Cap. II del Tít. III del Lib. II (arts. 232-25 a 31) y en el Tít. IV del Lib. II (arts. 241-2 a 9) del Código del Deporte. En el primer grupo de artículos se contemplan las infracciones penales relacionadas con el dopaje en seres humanos, y en el segundo grupo, las del dopaje en animales.

La incriminación del dopaje en animales tiene, a mi juicio, una importancia trascendental a la hora de determinar el bien jurídico protegido. Con respecto al dopaje de animales no se puede decir que el bien jurídico protegido sea la salud de los deportistas o la salud pública, pues éstas se refieren a la salud de las personas. El delito de dopaje en animales sólo protege, en mi opinión, la pureza de la competición deportiva. En los delitos de dopaje en humanos se vería comprometida además la salud pública.

Las infracciones tipificadas en Francia como delito son:

<sup>74</sup> La Ley nº 1965-412, de 1 de junio; la Ley nº 1989-432, de 28 de junio; y la Ley nº 1999-223, de 23 de marzo.

<sup>75</sup> Sobre esta Ley, véase, entre otros, RODRÍGUEZ GARCÍA, «Ley francesa núm. 2006-405, de 5 de abril de 2006, relativa a la lucha contra el dopaje y a la protección de la salud de los deportistas», RjDE 17 (2006), 287 ss. (en 293 ss. está el texto traducido), y sobre la Ley de 1999, véanse, entre otros, LORA-TAMAYO VALLVÉ, «El dopaje en Francia», en de Asís Roig/Hernández San Juan (coords.), *Estudios sobre el dopaje en el deporte* (2006), 207 ss., en particular, 209 ss., y 213 ss. dedicadas al Proyecto de la Ley francesa de 2006; TAVITIAN, «La represión pénale du délit de pourvoyeur de produits dopants», en <http://www.dopage.com> (septiembre 2003).

- Delitos de desobediencia: Oponerse al ejercicio de las funciones de control encargadas a los agentes de la policía judicial y no respetar las prohibiciones pronunciadas por la Agencia francesa de la lucha contra el dopaje (art. 232-25: prisión de seis meses y multa de 7.500 €). La misma pena tiene el hecho de evitar u oponerse por cualquier medio a que un animal se someta a las correspondientes medidas de control antidopaje (art. 241-5.II.2°).

- Conductas relacionadas con sustancias o métodos dopantes: Prescribir sin autorización terapéutica de la Agencia francesa de la lucha contra el dopaje, ceder, ofrecer, administrar o aplicar a un deportista que participe en competiciones o manifestaciones deportivas organizadas o autorizadas por las federaciones o por una comisión especialmente instituida al efecto, una sustancia o un método mencionado en el art. 232-9 [lista del Convenio Antidopaje del Consejo de Europa, que se tiene que publicar en el Diario Oficial francés], facilitar su utilización o incitar, de cualquier manera, a que el deportista lo use (párr. 1° del art. 232-6: cinco años de prisión y multa de 75.000 €). Las mismas penas se aplican si estas conductas (salvo prescribir sin autorización, ceder y ofrecer, y salvo lo relativo a la lista de sustancias prohibidas, que en este caso la confeccionan el Ministerio de Deportes, el de la salud y el de agricultura, conjuntamente) se llevan a cabo en animales (art. 241-5.II.1°). Si las conductas relacionadas con el dopaje en humanos se cometen en el seno de una banda organizada o hacia un menor las penas se agravan (párr. 2° del art. 232-6: siete años de prisión y 150.000 €).

Se han previsto también como consecuencias accesorias para las personas físicas: el comiso de las sustancias, la difusión de la sentencia, la clausura de los locales, la interdicción para ejercer la profesión y para cargo público (art. 232-27 y art. 241-5.IV). Asimismo está prevista la responsabilidad penal de las personas jurídicas por estas infracciones (art. 232-28 y art. 241-5.V); y la tentativa está castigada con la misma pena que la consumación (art. 232-29 y art. 241-5.III).

#### b) *El caso de Italia*

Italia también se destaca, como Francia, por la severidad de su legislación antidopaje. La preocupación del legislador penal italiano por el fenómeno del dopaje proviene de la década de los 70, y sobre todo de los 80, del siglo pasado, aunque desde una perspectiva diferente a la que tiene en la actualidad<sup>76</sup>. Entonces, el fraude que el dopaje comporta a la competición deportiva se contemplaba desde una perspectiva económica o patrimonial, y se pretendía relacionar con el delito de estafa.

Inicialmente la Ley n° 1099/1971, de 26 de octubre (Gazzetta Ufficiale n° 324, de 23 diciembre 1971) castigaba con pena de multa «a los atletas participantes en competiciones deportivas que empleasen, con el fin de modificar artificialmente su energía natural, sustancias que pudiesen resultar nocivas para su salud», «a quienes se las suministrasen» y «a quien, con ocasión de una competición deportiva, se encuentre en los espacios destinados a los atletas en posesión de tales sustancias» (arts. 3 y 4). Pero

<sup>76</sup> Sobre los antecedentes de la actual regulación italiana, véase, por todos, BONINI, *Doping e diritto penale*, Ed. CEDAM, Padova, 2006, 95 ss.

estas conductas fueron despenalizadas por el art. 32 de la Ley n° 689/1981, de 24 de noviembre (Gazzetta Ufficiale n° 329, de 30 noviembre 1981). Se intentó, entonces, reconducir algunos episodios de fraude deportivo al delito de estafa (art. 640 CP italiano), aunque sin éxito<sup>77</sup>. También se intentó llevarlo al ámbito de la Ley n° 401/1989, de 13 de diciembre (Gazzetta Ufficiale n° 294, de 18 diciembre 1989), que incriminó como delito, y lo sigue haciendo, el fraude en competiciones deportivas (art. 1)<sup>78</sup>. Aunque hubo algún caso en el que se pretendió aplicar dicho delito (caso Pantani)<sup>79</sup>, sin embargo la jurisprudencia se ha mostrado reacia a que los “actos fraudulentos” estén integrados también por el comportamiento del deportista que se dopa<sup>80</sup>. Por este motivo, el legislador italiano consideró oportuno aprobar una ley específica de lucha contra el dopaje.

La legislación italiana actualmente vigente en materia de dopaje se encuentra en la Ley n° 376/2000, de 14 de diciembre, por la que se regula la tutela sanitaria de la actividad deportiva y la lucha contra el dopaje (Gazzetta Ufficiale n° 294, de 18 diciembre 2000, 3 ss.)<sup>81</sup>. Concretamente las infracciones penales están reguladas en los

<sup>77</sup> Véase al respecto NUVOLONE, «L'illecito sportivo nella prospettiva dell'art. 640 c.p.», IP 1981, 25 ss.

<sup>78</sup> Art. 1. *Fraudes en competiciones deportivas*.

1. El que ofrece o promete dinero u otra utilidad o ventaja a alguno de los participantes en una competición deportiva organizada por las federaciones reconocidas por el Comité olímpico nacional italiano (CONI), por la Unión italiana por el incremento de las razas equinas (UNIRE) o por otros entes deportivos reconocidos por el Estado y las asociaciones adheridas a ellos, con el fin de conseguir un resultado diferente del correspondiente al correcto y legal desarrollo de la competición, o lleva a cabo otros actos fraudulentos con el mismo fin, será castigado con reclusión por un mes a un año y con multa de 50.000 a 2.000.000 de liras. En caso de menor gravedad se impondrá sólo la pena de multa.

2. La misma pena se impondrá al participante en la competición que acepta el dinero u otra utilidad o ventaja, o acepta la promesa.

3. Si el resultado de la competición es influyente a los fines del desarrollo de concursos de pronósticos y apuestas ejercitadas regularmente los hechos de los apartados 1 y 2 se castigarán con reclusión de tres meses a dos años y multa de 5.000.000 a 50.000.000 de liras.

Sobre este delito véanse, entre otros, LAMBERTI, *La frode sportiva. In appendice: commento alla l 13 dicembre 1989, n. 401*, Ed. Jovene, Napoli, 1990; MUSCO, «El fraude en la actividad deportiva», RP 7 (2001), 76 ss. (trad. V. Sánchez López); VIDIRI, « Frode sportiva e repressione del giuoco e delle scommesse clandestine (Legge 13 dicembre 1989 n. 401)», GP 1992, II, 648 ss.

<sup>79</sup> El 18 de octubre de 1995, durante el transcurso de la prueba ciclista Milán-Turín, el ciclista profesional Marco Pantani tuvo un accidente de tráfico y fue llevado a un hospital. En previsión de una posible intervención quirúrgica se le practicó un análisis de sangre y se comprobó que tenía niveles hematológicos anormales. El Tribunal Monocrático de Forlì, por sentencia de 11 diciembre 2000, le condenó a tres meses de reclusión y 1.200.000 liras de multa. Sin embargo, la sentencia de la Corte de Apelación de Bolonia de 23 octubre 2001, le absolvió por considerar que los hechos no estaban previsto en la ley como delito.

En otro proceso abierto por un positivo durante el Giro de Italia de 1999, la sentencia del Tribunal de Trento de 2 octubre 2003 también le absolvió.

Todas estas resoluciones disponibles en <http://www.sportpro.it/doping/bkdopinc.htm>.

<sup>80</sup> Véase al respecto, entre otros, BONINI (nota 76), 105 ss.; BORGOGNO, «Sulla riconducibilità del “doping” al delitto di “Frode in competizioni sportive” ex art. 1, l. 13 dicembre 1989, n. 401», en *Arch. Pen.* 1992, 610 ss.; DI MARTINO, «Giuoco corrotto, giuoco corruttore: due problema penali dell' homo ludens», RIDPP 2002, 137 ss.

<sup>81</sup> Sobre esta Ley, véanse, entre otros, ARIOLLI/BELLINI, *Disposizioni penali in materia di doping*, Ed. Giuffrè, Milano, 2005; BONINI (nota 76), 155 ss.; IDEM, «Il doping (legge 14.12.2000, n. 376)», en Cadoppi, A./Canestrari, S./Papa, M. (dir.), *I reati contro la persona*, t. I («Reati contro la vita e l'incolumità individuale»), Ed. UTET, Torino, 2006, 915 ss.; CINGOLANI, «Il doping secondo la cassazione: quale è il bene giuridicamente tutelato dalla legge 14 dicembre 2000 n 376?», en *Rivista Italiana di Medicina Legale* 25 (2003), 423 ss.; CINGOLANI/FRATI/FROLDI/RODRIGUEZ, «Aspetti medico-legali e tossicologici della Legge 14 dicembre 2000 N. 376 in tema di doping», en *Rivista Italiana di Medicina Legale* 23 (2001), 229 ss.; FADALTI, «Il delitto di doping», Riv. Pen. 2003, 923 ss.; IDEM, «Il delitto di doping nella giurisprudenza di legittimità», Riv. Pen. 2004,

apartados 1, 2 y 7 del art. 9. En los dos primeros se castiga el dopaje propiamente dicho, y en el 7, el comercio ilícito de sustancias dopantes.

Aunque la ley entró en vigor el 2 de enero de 2001, sin embargo, no se puede decir que las infracciones penales entrasen en vigor junto con el resto de la ley, porque tanto el apartado 1 como el 2 del art. 9 se remiten a una lista de sustancias prohibidas que tiene que ser aprobada por el Ministerio de la Salud<sup>82</sup>.

El dato más importante de la regulación italiana antidopaje es que se sanciona al deportista que se dopa, y no sólo a aquellas personas que le suministren las sustancias dopantes (entrenadores, médicos, farmacéuticos, etc.). Además, no se exige que las sustancias y métodos dopantes sean dañinos para el organismo. Por lo tanto, estas dos notas hacen que el bien jurídico protegido por estas infracciones penales, en mi opinión, sea la pureza de la competición deportiva, y no la salud del deportista.

Las infracciones penales antidopaje que prevé la legislación italiana son las siguientes:

- Delitos de dopaje propiamente dicho: procurar a otro, suministrar, utilizar o favorecer de cualquier modo la utilización de medicamentos o de sustancias biológica o farmacológicamente activas, comprendidas en las clases previstas en el artículo 2, apartado 1, que no estén justificadas por condiciones patológicas y sean idóneas para modificar las condiciones psicofísicas o biológicas del organismo, con el fin de alterar el rendimiento de los atletas, o estén dirigidas a alterar los resultados de los controles sobre el uso de tales medicamentos o sustancias [art. 9.1: reclusión de tres meses a tres años y multa de 5.000.000 a 100.000.000 de liras (=2.582 a 51.645 €)<sup>83</sup>, salvo que el hecho constituya un delito más grave]. Las mismas penas se imponen a quien adopta o se somete a las prácticas médicas comprendidas en las clases previstas en el art. 2, apartado 1, no justificadas por condiciones patológicas e idóneas para modificar las condiciones psicofísicas o biológicas del organismo, con el fin de alterar el rendimiento de los atletas o dirigidas a modificar los resultados de los controles sobre el recurso a tales prácticas (art. 9.2).

En ambos casos se agrava la pena: a) si se causa un daño a la salud, b) si se realiza ante menores, o c) si lo realiza un miembro o un empleado del CONI o de una federación deportiva nacional, de una sociedad, de una asociación o de un ente reconocido

434 ss.; FADALTI/REBECCA, «Delitto di doping: irrisolto il contrasto interpretativo tra le sezioni semplici della Cassazione», Riv. Pen. 2005, 917 ss.; FRATI/MONTANARI VERGALLO/DI LUCA, «I reati connessi al doping nella prospettiva del principio di tassatività e del diritto alla salute», en *Rivista Italiana di Medicina Legale* 25 (2003), 409 ss.; GIARDA, «Un primo sforzo chiarificatore sulla c.d. legge antidoping», GP 2003, II, 294 ss.; JAVERS, «Das neue italienische Anti-Dopinggesetz», ZStW 113 (2001), 947 ss.; MAIWALD, «Probleme der Strafbarkeit des Doping im Sport – am Beispiel des italienischen Antidoping-Gesetzes», FS-Gössel (2002), 399 ss.; MICHELETTA, «I profili penalistici della normativa sul doping», IP 2001, 1305 ss.; STRUMIA, «Doping nel diritto penale», en *Digesto delle Discipline Penali*, Aggiornamento, t. 2, Ed. UTET, Torino, 2004, 195 ss.

<sup>82</sup> Decreto del Ministerio de la Salud de 15 de octubre de 2002, por el que se aprueba la lista de los medicamentos, sustancias biológica o farmacológicamente activas y de las prácticas médicas, cuyo empleo es considerado dopaje en el sentido de la Ley de 14 de diciembre de 2000, n° 376 (*Gazzetta Ufficiale* n° 278, de 27 noviembre 2002).

<sup>83</sup> El art. 51 del Decreto legislativo n° 213/1998, de 24 de junio (*Gazzetta Ufficiale* n° 157, de 8 julio 1998) establece que toda sanción penal o administrativa expresada en liras hay que traducirla a euros según la tasa de conversión que se encuentra fijada en el Reglamento (CE) 974/98, del Consejo, de 3 de mayo, y que es de 1 € = 1936,27 liras. La cifra resultante se redondea eliminando los decimales.

por el CONI (art. 9.3). En este último caso la condena conllevará la inhabilitación permanente para el desempeño de cargos directivos del CONI, de las federaciones deportivas nacionales, sociedades, asociaciones y entes de promoción reconocidos por el CONI (art. 9.5). Si el hecho se cometiese por quien ejerce una profesión sanitaria, la condena conllevará la prohibición temporal de ejercer la profesión (art. 9.4). En cualquier caso, la sentencia de condena dispondrá siempre la confiscación de los medicamentos, de las sustancias farmacéuticas y de las demás cosas utilizadas o destinadas a cometer el delito (art. 9.6).

- Comercio ilícito de sustancias dopantes: Comerciar con medicamentos o sustancias farmacológica o biológicamente activas comprendidas en las clases previstas por el artículo 2, apartado 1, a través de canales diferentes de las farmacias abiertas al público, de las farmacias hospitalarias, de los dispensarios abiertos al público o de otras estructuras que tengan medicamentos directamente destinados a la utilización sobre el paciente [art. 9.7: reclusión de dos a seis años y multa de 10.000.000 a 150.000.000 de liras (=5.164 a 77.468 €)].

### 3. La nueva regulación penal española del fenómeno del dopaje

#### a) *La política criminal frente al dopaje y el bien jurídico protegido*

##### i. La expansión del Derecho penal hacia el dopaje

El fenómeno del dopaje no es ajeno a esa tendencia expansionista con que Silva Sánchez ha descrito la política criminal de estos últimos años<sup>84</sup>. Muchas de las causas de esta tendencia que este autor enumera se pueden apreciar también en la política criminal frente al dopaje: la aparición de “nuevos intereses” o el incremento de valor de ciertas realidades que siempre estuvieron ahí (los beneficios materiales y espirituales del deporte), de nuevos riesgos (el continuo descubrimiento de sustancias y métodos dopantes nuevos), la institucionalización y la sensación social de la inseguridad (no se sabe con total exactitud qué efectos tienen esas sustancias en el organismo), identificación de la mayoría social con la víctima del delito (la persona más débil de la cadena de dopaje suele ser el deportista), el descrédito de otras instancias de protección (la disciplina deportiva no actúa rápida y contundentemente), los nuevos gestores de la moral colectiva (organizaciones o asociaciones deportivas de carácter nacional o internacional sobre todo a raíz de grandes escándalos de dopaje), la política criminal socialdemócrata en Europa (por ejemplo, bajo distintos gobiernos socialistas se aprobaron leyes que incriminan, aunque de diversa forma, conductas relacionadas con el dopaje)<sup>85</sup>.

<sup>84</sup> SILVA SÁNCHEZ, *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades post-industriales*, 2ª ed., Ed. Civitas, Madrid, 2001, 25 ss.

<sup>85</sup> Así, por ejemplo, bajo el Gobierno de G. SCHROEDER se aprobó la ley 8ª Ley de modificación de la Ley alemana del medicamento de 7 de septiembre de 1998, que es donde se tipifican las conductas relacionadas con el dopaje (*supra* nota 73); o bajo el de L. JOSPIN se aprobó la ley francesa nº 1999-223, de 23 de marzo, precedente

En efecto, de un tiempo a esta parte se puede observar un notable cambio en la represión del dopaje. Tradicionalmente este fenómeno o bien se toleraba, no dándole importancia, o bien la represión del mismo era una cuestión meramente deportiva, en la que lo que se trataba de evitar era el fraude en la competición. Sin embargo, en la actualidad a esta perspectiva, que no se abandona, se suma otra en la que se trata de proteger la salud del deportista e incluso las condiciones de sociabilidad que corresponden a la práctica del deporte<sup>86</sup>.

Es más, con la LOPSLDD se ha optado para hacer frente al fenómeno del dopaje por recurrir en algunos supuestos a la solución más contundente de que dispone el poder público: el *ius puniendi*. En el apartado IV de la Exposición de Motivos de la LOPSLDD se justifica la introducción de un nuevo artículo en el CP del siguiente modo:

«Se intenta facilitar a la nueva organización nacional contra el dopaje una visión de conjunto, consustancial al modelo que diseña la presente Ley. En él, los principios de rechazo y tolerancia cero hacia el dopaje en el deporte tienen, básicamente, un componente de salud individual y de salud pública, pero también una dimensión inequívoca de compromiso con los valores del juego limpio y la libre competición entre iguales, considerados como fundamentos del deporte actual»<sup>87</sup>. [...] «Para intentar asegurar el cumplimiento de las medidas indicadas<sup>88</sup> se arbitra, en el título tercero de esta Ley, un

inmediato de la actual normativa; y bajo el Gobierno de J.L. RODRÍGUEZ ZAPATERO se ha aprobado el art. 361 bis CP.

<sup>86</sup> El Proyecto del Plan de Lucha contra el Dopaje en el Deporte, en las pp. 2 y 3, explica del siguiente modo este cambio: “Desde hace tiempo, la Organización Mundial de la Salud (OMS) viene llamando la atención acerca de la amenaza que comporta para la salud pública el avance de una tendencia emergente entre personas que confunden estar en buena forma física con lucir una musculación visible y rápida, por lo que no dudan en recurrir a consumos incontrolados de complementos dietéticos y a redes ilegales que se lucran con el tráfico de sustancias prohibidas. [...] De esta forma, la sombra del dopaje se proyecta desde hace años mucho más allá de los escenarios del deporte profesional hasta haberse convertido en una auténtica amenaza social, que los poderes públicos tienen la obligación de combatir, tanto por razones deportivas como de salud pública, de ética colectiva y hasta de convivencia social” (negrita añadida).

Véase al respecto, entre otros, PALOMAR OLMEDA/RODRÍGUEZ BUENO/GUERRERO OLEA (nota 39), 123 ss. (Cap. VI «Perspectivas de futuro: la represión en el entorno deportivo o en las normas de seguridad pública»), y en particular, 133, en donde señalan que “se trata de recorrer, normativamente hablando, el mismo camino que en materia de narcotráfico”.

<sup>87</sup> Es también significativa en este punto la rueda de prensa celebrada tras el Consejo de Ministros de 17 de marzo de 2006, en el que se aprobó el Proyecto de la LOPSLDD: “El deporte –dice la Sra. Vicepresidenta del Gobierno– ha sido uno de los protagonistas de la reunión del Consejo de Ministros... El Gobierno ha aprobado un paquete de reformas legislativas de gran calado en defensa del juego limpio. Deseamos que el deporte sea una escuela de vida y de ciudadanía, especialmente para niños, adolescentes y jóvenes; un acontecimiento festivo que favorezca la fraternidad y la convivencia social en vez del odio y el rechazo hacia quien es diferente; un espectáculo, además, en el que prime la belleza de una competición justa y entre iguales, nunca la trampa, el engaño y menos la violencia”. Y concluye la rueda de prensa por lo que a este tema se refiere resaltando que “en definitiva, tolerancia cero con las trampas y tolerancia cero con el racismo y la violencia. Para ganar no vale todo, ni en el deporte ni en la vida; por cierto, tampoco en la política. Por eso estas dos leyes que presentamos no serán contra los deportistas, sino precisamente a favor de la inmensa mayoría de los deportistas que no manchan el juego con trampas ni con actitudes violentas” (véase <http://www.la-moncloa.es>).

<sup>88</sup> Se refiere a la supervisión y revisión del contenido de los botiquines médicos en las competiciones deportivas, la determinación del seguimiento de los medicamentos y productos susceptibles de causar dopaje en el deporte, con el fin de conocer en que momento se altera la cadena de distribución comercial, poniendo los medios para impedir que esos mismos productos o falsificaciones de ellos afloren al mercado en condiciones distintas a las que establece la normativa vigente para su dispensación, o la fijación de estrictas condiciones de comercialización

ámbito de tutela penal de la salud pública en actividades relacionadas con el dopaje en el deporte. Se introduce un nuevo artículo 361 bis en el Código Penal, cuya finalidad es castigar al entorno del deportista y preservar la salud pública, gravemente amenazada por la comercialización y dispensación sin control de productos carentes de garantía alguna y dañinos para la salud» (negrita añadida).

## ii. ¿Tolerancia cero como verdadera política criminal frente al dopaje?

De los párrafos que se acaban de transcribir se podría extraer la conclusión de que la política criminal de nuestro país en materia de dopaje sería una manifestación más de la conocida como “tolerancia cero”<sup>89</sup>.

Según explica Muñoz Conde al respecto, “los efectos negativos de esta Política criminal han sido ya denunciados repetidas veces y son tanto de carácter jurídico, como criminológico. Desde el punto de vista jurídico, suponen una infracción clara del principio de intervención mínima y de proporcionalidad (“matar mosquitos a cañonazos”) [...]. Pero también desde el punto de vista criminológico, se ha denunciado su falta de eficacia a medio y largo plazo. Como se ha demostrado, la aplicación de una “tolerancia cero” en determinadas zonas o ciudades, no hace bajar el número total de delitos cometidos, sino simplemente desplaza el lugar de comisión de los mismos. [...] También cabe que el desplazamiento sea a la comisión de otro tipo de delitos, incluso más graves. [...] La víctima individual apenas es tenida en cuenta y la relación delincuente-víctima es sustituida por la idea de que todos podemos ser víctimas y, por tanto, el motivo de intervención es la seguridad de todos en general, no la posible lesión de un bien jurídico en particular. [...] Pero las principales objeciones contra la “tolerancia cero” provienen desde el punto de vista de su escasa eficacia en la prevención general de la delincuencia. Efectivamente, se ha demostrado que las políticas de “tolerancia cero”, que se han implantado en muchas ciudades americanas, siguiendo el modelo de la de Nueva York a principios de los noventa, aunque momentáneamente parecían reducir algo las cifras de criminalidad generadora de inseguridad ciudadana (hurtos, robos, daños, etc.), analizadas a más largo plazo no han hecho bajar de forma relevante el número de delitos, ni siquiera el de los delitos menores, y sí, en cambio, han provocado un aumento impresionante del gasto policial, lo que, obviamente, conduce también a un aumento de la actividad judicial y del número de condenas, con el consiguiente aumento de la población penitenciaria, ya que la mayoría de estos delincuentes

y de control de los productos que pueden causar dopaje en el deporte.

<sup>89</sup> El origen de las políticas de la “tolerancia cero” es norteamericano. Su representante por excelencia fue el ex alcalde de Nueva York, el republicano Rudolph GIULIANI. En nuestro país, se han observado por algunos autores signos de influencia de esa política en las reformas penales llevadas a cabo durante la pasada Legislatura: la regulación de la criminalidad habitual y de la multirreincidencia (reglas de determinación de la pena, lesiones, hurtos); o la criminalización de conductas meramente inmorales en el ámbito sexual (corrupción de menores, proxenetismo, pornografía infantil virtual); etc. Véase al respecto, la exposición que hace de esta política MUÑOZ CONDE, «Las reformas de la Parte Especial del Derecho penal español en el 2003: de la “tolerancia cero” al “Derecho penal del enemigo”», RGDP 3 (2005) (<http://www.iustel.com>) [=Studi in Onore Marinucci (2006), 2531 ss.].

son condenados a penas de prisión”<sup>90</sup>.

Es probable que muchas de estas críticas se pueden dirigir al nuevo art. 361 bis CP, pero creo que la política criminal llevada a cabo en Francia e Italia contra el dopaje es más propia de esa “tolerancia cero”, que la nuestra. Afirmar que el nuevo precepto introducido en el CP es un ejemplo de la política de “tolerancia cero” me parece exagerado, o por lo menos, dudoso. Si el bien jurídico protegido fuese la pureza de la competición deportiva, si se castigase al deportista que se dopa, si se castigase también el dopaje de animales o si se contemplase el dopaje con sustancias enmascarantes, como se hace en Francia y en Italia, sí creo que cabría calificar a nuestra legislación como de “tolerancia cero”. Pero nada de esto sucede, como luego se verá.

Ahora bien, no por ello la reforma llevada a cabo deja de ser, en mi opinión, criticable. Estimo que ésta viene a ser otra discutible manifestación de un fenómeno que se puede apreciar en el Derecho penal contemporáneo, al cual tampoco es ajeno el ordenamiento español, como es la utilización simbólica, en cuanto meramente política, del Derecho penal y de la asignación de una función promocional o configuradora de la sociedad a través del mismo.

### iii. Utilización política y función promocional del Derecho penal ante el fenómeno del dopaje

Creo que existen razones más que suficientes para considerar el nuevo art. 361 bis CP como un ejemplo de uso político del Derecho penal, y que su función es, antes que la de proteger bienes jurídicos, una función promocional, entendida en el sentido de convertir al Derecho penal en promotor del cambio social<sup>91</sup>. Función, por otro lado, a la que creo no son ajenas otras leyes aprobadas durante esta Legislatura, como la LO 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género. Esto me va a llevar a realizar una interpretación lo más restrictiva posible del tipo, sobre todo, en lo que se refiere al objeto material y a las conductas, como luego se comprobará.

El Derecho penal puede encauzar el cambio social, dice García-Pablos de Molina, pero no lo puede dirigir ni impulsar. “Su naturaleza subsidiaria, como ultima ratio y el principio de intervención mínima se oponen a la supuesta función promocional... El Derecho Penal protege y tutela los valores fundamentales de la convivencia que son objeto de un amplio consenso social, pero no puede ser el instrumento que recabe o imponga dicho consenso. El Derecho Penal es el límite de toda Política Criminal, no un mero instrumento al servicio de ésta”<sup>92</sup>.

Todas estas características concurren en el art. 361 bis CP, sobre todo porque no era necesaria su introducción. Esta afirmación nos obliga a demostrar que esto es así.

<sup>90</sup> MUÑOZ CONDE (nota 89), 12-13.

<sup>91</sup> Se muestran críticos con esta función promocional del Derecho penal, entre otros, GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, *DP. Introducción*<sup>4</sup>, 195 ss.; POLAINO NAVARRETE, *PG I*<sup>5</sup>, 148; SILVA SÁNCHEZ (nota 84), 116 s.

<sup>92</sup> GARCÍA-PABLOS DE MOLINA (nota 91), 197.

iv. ¿Existen lagunas de punibilidad que cubrir?

Díaz y García-Conlledo se ha ocupado detenidamente de esta cuestión, y llega a la conclusión de que no resulta necesario que se tipifique específicamente el dopaje. Este autor considera que la normativa vigente (antes y después del CP/1995) es suficiente “para prevenir y castigar las conductas de dopaje que realmente afecten de manera suficientemente grave a bienes jurídicos dignos de protección jurídicopenal. Eso sí – advierte–, ninguna clase de corporativismo deportivo debe impedir que tales tipos se apliquen con todo su rigor cuando ello sea pertinente”<sup>93</sup>.

También otros autores se han pronunciado en este mismo sentido, ya bajo la vigencia del CP de 1995. Entre otros, Alberto Rodríguez-Mourullo e Ismael Clemente consideran “adecuada y suficiente” la respuesta penal<sup>94</sup>; o también Francisco Muñoz Conde, en su intervención en el V Congreso de Justicia Penal organizado por el Departamento de Derecho Penal de la Universidad de Huelva, celebrado en la Casa Colón del 12 al 14 de julio de 2000 y titulado «Deporte y Delito», “se refirió al dopaje mostrándose crítico con alguna resolución de tribunales de otros países, en los que se ha calificado como un delito de peligro por alterar la pureza de la competición, cuando en su opinión, la ingestión de estas sustancias incumbe a una persona individual, no debiéndose utilizar como un medio de protección social”<sup>95</sup>; o también el propio Miguel Díaz y García Conlledo, en este mismo Congreso, ha vuelto a repetir que “no debe establecerse un tipo penal específico que regule estos supuestos en el campo del deporte, porque en su opinión, los principales intereses que se podrían tutelar ya estarían incluidos en el bien jurídico «salud», y ésta ya está protegida. Tampoco se mostró partidario de establecer una protección del «fair play», ya que su concepción no se ajusta a la de bien jurídico. Finalmente alertó sobre la posible creación por vía administrativa de delitos que regulen estos supuestos, y que podrían carecer de las garantías del Derecho Penal”<sup>96</sup>.

En concreto, y siguiendo a los autores citados, cabría pensar en la comisión de diversos delitos. Así, delitos y faltas de coacciones y amenazas (arts. 169 ss. y 620), cuando se imponga al deportista con violencia o intimidación el empleo de sustancias o métodos dopantes; en el caso de que estos métodos consistiesen en practicar un embarazo, dado que durante el mismo el cuerpo de la mujer genera sustancias que aumentan sus capacidades físicas, se podrían aplicar los delitos de reproducción asistida no consentida (art. 161), contra la libertad e indemnidad sexuales (arts. 178 ss.) e incluso, si luego se llegase a practicar la interrupción del embarazo, los delitos de aborto (arts. 144 ss.); contrabando, cuando los supuestos de tráfico ilícito de sustancias dopantes cumplan los requisitos establecidos en el art. 2 en relación con el art. 1.2 de la LO 12/1995, de 12 de diciembre, de Represión del Contrabando; de falsedades documenta-

<sup>93</sup> DÍAZ Y GARCÍA-CONLLEDO (nota 1), 127.

<sup>94</sup> RODRÍGUEZ-MOURULLO/CLEMENTE, «Dos aspectos de Derecho penal en el deporte: el dopaje y las lesiones deportivas», en *Actualidad Jurídica Uría & Menéndez* nº 9/2004, 53 ss., 60

<sup>95</sup> Véase la crónica de CUCHI DENIA, «El Derecho Penal se aproxima al Deporte. (Crónica del V Congreso de Justicia Penal “Deporte y Delito”)», *RJD* 4 (2000), 301 ss., 302.

<sup>96</sup> CUCHI DENIA (nota 95), 307.

les (arts. 390 ss.), cuando se falsifiquen, por ejemplo, recetas médicas para obtener sustancias dopantes cuya expendición la requiere; delito y falta de estafa (arts. 248 ss. y 623) a los competidores, al público o a los organizadores de la competición, aunque como afirma Díaz y García-Conlledo, “será muy difícil apreciar este delito, pues casi siempre faltará el perjuicio patrimonial o la conexión causal entre el engaño, la provocación de un error, la disposiciones patrimonial por tercero y el perjuicio, exigidos por el tipo de estafa”<sup>97</sup>; o incluso casos del llamado dopaje genético podrían tener encaje en los delitos relativos a la manipulación genética (arts. 159 ss.). Pero las infracciones más frecuentes que podrían aplicarse serían los delitos y faltas contra las personas (homicidio y lesiones) (arts. 138 ss., 147 ss., 617 y 621) y los delitos contra la salud pública (delitos relacionados con sustancias nocivas, medicamentos y drogas) (arts. 359 ss.).

Además, la actuación judicial demuestra que es posible utilizar los instrumentos ya existentes para perseguir conductas relacionadas con el dopaje<sup>98</sup>. Así, Rodríguez-Mourullo/Clemente hacen referencia a dos procedimientos abiertos en relación con delitos contra la salud pública en Madrid y en Algeciras<sup>99</sup>. A estos dos se podría añadir el procedimiento abierto ante el Juzgado de Instrucción nº 31 de Madrid por el caso conocido como “Operación Puerto” (supra n. 54).

Creo que de este modo quedaría rebatida la opinión de aquellos que consideran que existen lagunas de punibilidad, por lo que sería necesaria la incriminación específica de algunas conductas relacionadas con el dopaje<sup>100</sup>. Particular atención merece la opinión

<sup>97</sup> DÍAZ Y GARCÍA-CONLLEDO (nota 1), 115, con ulteriores referencias. ÁLVAREZ VIZCAYA no descarta que fuese necesaria la intervención penal en este ámbito, pero señala que actualmente el dopaje no sería una conducta típica de estafa («Necesita el deporte la tutela del derecho penal?», en de Asís Roig/Hernández San Juan (coords.) (nota 8), 67 ss., 88).

Sobre esta posibilidad en el Derecho alemán, véase específicamente, entre otros, CHERKEH, *Betrug* (§ 263 StGB), *verübt durch Doping im Sport*, Ed. P. Lang, Frankfurt am Main, 2000.

<sup>98</sup> En Alemania se ha llegado a aprobar una Ley de ayuda económica para las víctimas de dopaje de la antigua RDA [*Gesetz über eine finanzielle Hilfe für Doping-Opfer der DDR (DOHG)*] de 24 de agosto de 2002 (*Bundesgesetzblatt I* 2002 Nr. 62, de 30 agosto, 3410 s.). Véase también la sentencia del Tribunal Supremo alemán de 9 febrero 2000 (BGH 5 StR 451/99) [=NJW 2000, 1506; NSStZ 2000, 252], relativa a la prácticas dopantes organizadas desde el Estado de la antigua RDA.

Al respecto, entre otros, véase BOTTKE (nota 5), 86 n. 2, con ulteriores referencias bibliográficas.

<sup>99</sup> “En relación con estos delitos [contra la salud pública], debe reseñarse que actualmente se siguen en España dos procedimientos penales (los dos primeros que se tramitan en relación con supuestas prácticas de dopaje) para la averiguación y comprobación de la eventual comisión de delitos contra la salud pública. El primero de ellos ante un Juzgado de Instrucción de Madrid, como consecuencia de las declaraciones y revelaciones realizadas por un ciclista profesional en activo [Santos González] a un medio de comunicación deportivo sobre supuestas prácticas dopantes en el ciclismo profesional, y el segundo ante un Juzgado de Instrucción de Algeciras como consecuencia de la desarticulación en julio de 2004 de una aparente red de traficantes de productos dopantes ilegales (EPO, Hormona de Crecimiento, medicamentos de uso veterinario como el clenbuterol, sustancias diuréticas para enmascarar el consumo de sustancias dopantes, Efedrina, anabolizantes androgénicos, etc.), que operaría en todo el territorio español a través de internet (incluso se especula que las hormonas de crecimiento que trataban de comerciar procedían de cadáveres de ciudadanos de Europa del Este)” [RODRÍGUEZ-MOURULLO/CLEMENTE (nota 94), 58].

<sup>100</sup> Como afirma el propio Proyecto del Plan de lucha contra el dopaje en el deporte, medida 3 (p. 21). Véase, también en el mismo sentido, por ejemplo, PALOMAR OLMEDA, «Las alternativas en la represión del dopaje deportivo», RJD 7 (2002), 55. En cambio, con anterioridad PALOMAR OLMEDA/RODRÍGUEZ BUENO/GUERRERO OLEA (nota 39), 134, afirmaban que “porque creemos que aún no se han apurado suficientemente las medidas de represión en la sede actual es por lo que, a nuestro juicio, la represión del dopaje deportivo no debe superar aún dicho ámbito”; ROMA VALDÉS (nota 73), 59 ss., en particular 64, donde afirma que “nuestro Código Penal es del todo insuficiente para la punición de conductas asociadas al dopaje”, y en 65 s., propone la introducción de una

que en este punto mantiene Álvarez Vizcaya, quien admite que pueden existir ciertos ámbitos que no están cubiertos por la actual legislación y que deberían estarlo. Su propuesta no es una tipificación de conductas sólo circunscritas al ámbito deportivo, sino una tipificación con carácter general. Concretamente, sugiere que “la solución podría venir por reformar la redacción del art. 361 del CP en el sentido de incluir medicamentos aptos para el consumo pero que se suministran sin cumplir las formalidades legales pertinentes (necesidad de receta médica, expendición exclusiva en farmacias...)”<sup>101</sup>.

Esta propuesta, sin embargo, me parece discutible. Si la he entendido bien, su propuesta viene a consistir básicamente en recuperar el art. 343 bis del anterior CP, introducido por la Ley 45/1978, de 7 de octubre (BOE nº 243, de 11 octubre 1978, 23604). Según este precepto «los que expendieren medicamentos de cualquier clase o medios anticonceptivos sin cumplir las formalidades legales o reglamentarias serán castigados con las penas de arresto mayor y multa de 20.000 a 100.000 pesetas» (con posterioridad estas cuantías se actualizarían por las LO 8/1983 y LO 3/1989). No hace falta que nos detengamos ahora en las críticas que recibió este artículo, simplemente diré que con este proceder se estaría elevando a la categoría de delito una simple infracción administrativa. Sería un delito puramente formal, vacío de contenido material de lesividad o peligrosidad para bienes jurídicos, y que recuerda aquella categoría que manejaban los clásicos de mala quia prohibita, y no prohibita quia mala<sup>102</sup>.

#### v. ¿Política criminal disuasoria en el dopaje?

A pesar de la falta de necesidad de tipificar las conductas relacionadas con el dopaje, el legislador de 2006 ha optado por introducir un nuevo artículo en el CP. Podría uno pensar que lo ha hecho para evitar prácticas dopantes en el deporte. Sin embargo, creo que hay ser prudente a la hora de pensar que con el recurso al Derecho penal se puedan evitar dichas prácticas. No tengo nada claro de que se pueda llevar a cabo una política criminal verdaderamente disuasoria frente al dopaje.

Esta cuestión creo que no tiene ningún sentido plantearse en el caso del deportista, y ello a pesar de que la experiencia italiana parece que lo contradice. Si recordamos, en

figura penal.

<sup>101</sup> ALVAREZ VIZCAYA (nota 97), 87.

<sup>102</sup> Me remito, sin más, a las consideraciones de TORÍO LÓPEZ sobre los delitos de peligro abstracto, quien distingue dos clases: los *delitos de desobediencia* (meros ilícitos administrativos elevados a la categoría de delito, como la conducción de un vehículo a motor sin el permiso debido del art. 340 bis c) ACP o la expendición de medicamentos sin observar las formalidades legales del art. 343 bis ACP), que no exigirían peligro alguno; y los denominados por él *delitos de peligro hipotético*, en los que lo característico es que implican la posibilidad, no la realidad, del peligro para el bien jurídico protegido («Los delitos de peligro hipotético. Contribución al estudio diferencial de los delitos de peligro abstracto», ADPCP 1981, 825 ss.). En particular, con respecto del art. 343 bis ACP decía lo siguiente: “El Proyecto [de 1980] (art. 317) mantiene, por el contrario [a diferencia de lo que hacía respecto de la conducción sin la obtención del correspondiente permiso], la punibilidad. El acto de expender un medicamento carece de peligrosidad. Al realizarse sin cumplir las formalidades legales, surge únicamente una infracción administrativa, es decir, una vulneración de las medidas de policía farmacéutica preestablecidas para el mantenimiento del orden en este sector. En el despacho de insulina a una persona diabética que no aporta la receta es difícil ver un injusto de naturaleza penal. Está aquí presente, por el contrario, una criminalización abusiva de un injusto administrativo” (837).

Italia se castiga penalmente al deportista que se dopa. Sin embargo, considero que el Derecho penal no debe intervenir frente al deportista [infra III.3.b).ii.], salvo que, por supuesto, con su conducta se vean afectados bienes jurídicos de otras personas (vida, salud, libertad de obrar, patrimonio). El único motivo por el que se podría castigar al deportista que se dopa sería la protección de la pureza de la competición deportiva, pero considero que ésta no tiene entidad suficiente como para constituirse en bien jurídico protegido. Sólo se podría admitir esto a costa de vulnerar principios básicos del Derecho penal moderno, como el principio de intervención mínima (carácter subsidiario y fragmentario del mismo)<sup>103</sup>, y de incurrir en una peligrosa confusión entre Derecho y Moral. Como es sabido, para la Moral lo decisivo es el grado de adhesión interna a la misma, es decir, que el individuo acate esa norma por estímulo del deber, pero en una sociedad plural y democrática, como es la nuestra, no puede ser cometido del Derecho penal incidir en la esfera interna del individuo.

Además, tal y como se ha redactado finalmente el art. 361 bis CP y atendiendo a su ubicación sistemática, creo que impiden concebir el bien jurídico protegido como la pureza de la competición deportiva. La redacción del Anteproyecto de 2005 (supra n. 60) era algo confusa al respecto, pues su ámbito de tipicidad se circunscribía a los deportistas federados. Si el bien jurídico protegido fuese la salud pública, como se desprendía de su ubicación sistemática, no parecía lógico que se limitase solamente a proteger la salud de los deportistas que estuviesen federados. Así lo advirtió el Informe del CGPJ (p. 50), aunque sin éxito en principio. Luego, a través de una enmienda del Grupo Parlamentario catalán (CiU) (supra n. 68), se cambiaría durante la tramitación parlamentaria del Proyecto. Por el contrario, el Consejo de Estado en su Dictamen consideraba que el bien jurídico protegido era también la pureza de la competición deportiva<sup>104</sup>. Sin embargo, a parte de lo ya dicho, existen otros argumentos en contra de

<sup>103</sup> Comparto, pues, la opinión expresada antes, entre otros, por DÍAZ Y GARCÍA CONLEDO, para quien “aun admitiendo que la trascendencia social del deporte haya convertido en bien jurídico los intereses antes mencionados [la igualdad en la competición y el juego limpio en el deporte, o si se prefiere, la ética deportiva]... ello no basta para justificar la tipificación penal del dopaje, pues, dado el carácter subsidiario (de *ultima ratio*) y fragmentario del Derecho penal, habrá que comprobar que el bien jurídico es lo suficientemente importante y la perturbación del mismo lo suficientemente grave como para que intervenga el Derecho penal. Si bien parece que la forma en que el dopaje ataca a la ética deportiva... se podría considerar gravemente atentatoria a la misma, no se puede estar tan seguro de la importancia de la misma. La ética deportiva no es una condición mínima básica de la vida social, lo que... se puede comprobar con una mera comparación con los bienes jurídicos protegidos... por el Código Penal... cuya importancia... es muy superior a la de la ética deportiva” [(nota 1), 126-127]. “Tal vez – dice en nota al pie– se podría entrar incluso en la comparación de la ética deportiva como valor con otras «éticas», como la sexual, religiosa, etc., muchos de cuyos intereses, con tener trascendencia social, no se protegen (y se considera correcto que no se protejan) por el Derecho penal” (127 n. 77).

El Informe del CGPJ (p. 49) también consideró que “no resultaría fácil justificar la intervención penal para proteger aspectos puramente deportivos. Dimensión esta que no carece de importancia, pero que corresponde ventilar en otra sede, la disciplinaria administrativa o la sancionatoria administrativa”.

Partidario de la protección de la lealtad, la rectitud y el juego limpio en el desarrollo de una competición deportiva, aunque limitándolo a la alta competición y sancionando el autodopaje con penas más leves (sobre todo multas e inhabilitaciones), se muestra REY HUIDOBRO (nota 59), 98 y 108. “La anulación por dopaje –dice– de un primer puesto en una prueba de 100 metros lisos en unas olimpiadas, o en un Tour de Francia, o el positivo de un famoso futbolista en un campeonato mundial de fútbol, son hechos que enturbian el correcto desarrollo de las competiciones deportivas y las convierten en un juego sucio y manipulado, con efectos sociales nocivos desde cualquier perspectiva que se mire. Semejantes conductas deberían merecer a mi juicio una respuesta penal” (108).

<sup>104</sup> En el apartado II.A.3., el Consejo de Estado dice textualmente: “Se debe, pues, ser consciente de que, dado

tal consideración. Así, ni en el Anteproyecto, ni el Proyecto, ni en el texto finalmente aprobado se castiga:

- 1) al deportista que se dopa (como sí sucede en Italia);
- 2) el dopaje en animales, que el Consejo de Estado proponía que se incorporase también al CP, aunque eso sí con una pena inferior, porque en este caso no se ponía en peligro la salud de ninguna persona (de modo similar a como se ha hecho en Francia)<sup>105</sup> (también en Argentina se castiga el dopaje en animales, supra n. 73);
- 3) las conductas que tengan como objeto material sustancias enmascarantes [infra III.3.d).iii.]; y
- 4) la negativa a someterse a los controles antidopaje, ni el consumo de sustancias dopantes ni la incitación al mismo (como en Francia).

No es ésta, por tanto, la dirección que ha tomado el legislador español en la tipificación de conductas relacionadas con el dopaje, sino que, como se dice en la propia Exposición de Motivos de la LOPSLDD, la finalidad del nuevo artículo 361 bis “es castigar al entorno del deportista y preservar la salud pública, gravemente amenazada por la comercialización y dispensación sin control de productos carentes de garantía alguna y dañinos para la salud”. El nuevo precepto, por tanto, parece que pretende disuadir al círculo más próximo al deportista (entrenadores, médicos, masajistas, etc.) de realizar o colaborar en prácticas de dopaje dañinas para el mismo.

A mi juicio, esta política de extrema ratio, además de demagógica, como hemos señalado, creo que puede criticarse también desde el punto de vista de la prevención general negativa.

Según el Proyecto del Plan de lucha contra el dopaje en el deporte, la tercera de las necesidades que había que cubrir era la de articular una política criminal eficaz contra el dopaje, a la cual se refieren fundamentalmente las medidas 3, 46, 58 y 59 de dicho Plan (supra III.1). Pues bien, más policías, más jueces y más cárcel, no creo que vaya a significar necesariamente menos dopaje. Además, creo que habría que en duda que el recurso al *ius puniendi* pueda tener considerable efecto en el ámbito del deporte de élite, que es, por otro lado, el que alcanza las portadas de los periódicos y el que causa “alarma social”. Pongamos un ejemplo: Durante la celebración de unos JJOO o un campeonato mundial, un deportista pide al médico que le administre una sustancia dopante, porque no va a poder tener otra oportunidad de ganar una medalla de oro.

Como ha dicho García-Pablos de Molina, aunque no refiriéndose específicamente al

que el bien jurídicamente protegido por el tipo penal no es sólo la salud del deportista –que lo es– como el falseamiento de los resultados deportivos (de ahí que sólo las infracciones en «competiciones organizadas en España por las federaciones deportivas» sean las únicas constitutivas de delito)...”.

<sup>105</sup> Después de decir lo que se ha reproducido en la nota anterior, el Consejo de Estado, continúa diciendo: “[...] este bien jurídico no resultaría igual de protegido en el caso de dopaje de deportes donde se utilizan animales. Ello se debe a que estas conductas aberrantes con animales (al fin y al cabo el deportista consume voluntariamente las sustancias, mientras que a los animales se les fuerza a ello) hoy por hoy no cabe entenderlas tipificadas en el artículo 337 del citado Código Penal (...). Por ello, dado que hay “deportes” donde esta práctica causa muchas veces escándalo social (hípica –deporte olímpico donde los haya–, carreras de galgos, colombofilia...) podría considerarse la oportunidad de no cerrar del todo la posibilidad a un tipo penal de menor gravedad, al no estar en juego la salud humana, pero que salvaguarde la salud de los animales y, sobre todo, la ausencia de fraude en las competiciones deportivas”.

tema del dopaje, pero opino que es perfectamente trasladable a este terreno, el problema “es bastante más complejo y obliga a ponderar otras muchas variables. Por la misma razón, mejorar progresiva e indefinidamente los resultados de la prevención del delito a través del sistema legal, potenciando el rendimiento y efectividad de éste es una pretensión poco realista, condenada al fracaso a medio plazo. [...] Una sustancial mejora de la efectividad del sistema legal incrementa, desde luego, el volumen de crimen registrado, se captura más crimen y reduce la desproporción entre los valores «oficiales» y los «reales» (cifra negra). Pero no por ello se evita más crimen ni se produce o genera menos delito en idéntica proporción: se detecta más crimen”. “Mala política criminal –concluye y creo que podría decirse lo mismo con respecto al art. 361 bis CP– aquella que contempla el problema social del delito en términos de mera «disuasión», desentendiéndose del imprescindible análisis etiológico de aquél y de genuinos programas de prevención (prevención primaria)”<sup>106</sup>.

En mi opinión, no creo que el Derecho penal solucione aquí nada. Las causas del dopaje son muy profundas y están enraizadas en una sociedad en la que el culto al cuerpo predomina e incluso anula al culto del espíritu. Recuérdese la famosa frase de Juvenal con que encabezamos este trabajo. La intervención penal creo que tiene poco que decir aquí, y por eso puede que no le faltase razón a Eser, cuando decía que “la lucha contra el dopaje se demuestra tan complicada (y perdida [entiendo que en el sentido de errática]) como la lucha contra las drogas”<sup>107</sup>.

#### vi. Determinación del bien jurídico protegido

A pesar de la falta de necesidad de introducir una nueva figura delictiva en el CP que hemos señalado y de lo complicado que es diseñar una política, no ya criminal, sino incluso general, ante el fenómeno del dopaje en el deporte, el legislador español, sin embargo, ha optado por la tipificación penal de algunas conductas relacionadas con el dopaje. Resulta obligado, por tanto, abordar la cuestión, fundamental donde las haya, de la determinación del bien jurídico protegido.

El dopaje tiene muchos efectos negativos, pero creo que todos ellos se podrían reunir en torno a dos ámbitos: el deportivo y la salud. En el deportivo, el dopaje se reprime sobre todo para proteger la pureza de la competición (igualdad y juego limpio). Como antes hemos visto, estos intereses no deberían tener protección penal. Por lo tanto, aunque el art. 361 bis CP tenga algunos rasgos que apuntan en esta dirección (por ejemplo, que se hable de «deportistas que participen en competiciones organizadas en España por entidades deportivas», o que las sustancias y métodos dopantes prohibidos tengan que estar «destinados a... modificar los resultados de las competiciones»), ello no quiere decir que el bien jurídico protegido comprenda la pureza de la competición deportiva, como antes se ha podido comprobar.

<sup>106</sup> GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, *Tratado de Criminología*, 3ª ed., Ed. Tirant lo blanch, Valencia, 995-996.

<sup>107</sup> ESER (nota 73), 65. Y concluía: “las amplias diferencias respecto de la persecución de los comportamientos de dopaje que van desde la absoluta impunidad hasta la incriminación de actos preparatorios, no son adecuadas para construir estándar ético mínimo y universal sin el cual no se puede desarrollar una conciencia del injusto” (66).

En el ámbito de la salud, el dopaje presenta dos dimensiones de ofensividad: una individual y otra colectiva. Por un lado, afecta a la salud individual<sup>108</sup> del deportista, la cual, como hemos visto, estaría protegida ya por los delitos contra las personas (homicidio, lesiones). Pero por otro lado, el dopaje comporta también una dimensión colectiva, en cuanto peligro para la salud pública. Se dice que el dopaje comporta un peligro para “la salud pública en general, si el ejemplo de los deportistas de élite se convierte en algo a seguir”<sup>109</sup>.

No es cuestión ahora de entrar a estudiar, con el detenimiento que ello exigiría, la naturaleza de la salud pública (suma de las saludes individuales o condiciones necesarias para preservar la salud de los ciudadanos en general), pero no habría que descartar por completo que en este delito el bien jurídico protegido no tenga un referente individual más acentuado que en otros de este mismo Cap. III del Tít. XVIII del Lib. II del CP (sustancias nocivas, medicamentos y drogas). Téngase en cuenta que, mientras en estos otros delitos el sujeto pasivo de la acción es genérico, en el art. 361 bis CP, en cambio, se alude sólo a los «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». No obstante, a mi modo de ver, esto no quiere decir que los titulares del bien jurídico sean solamente ellos. Los no deportistas también serían sujetos pasivos de este delito, por cuanto que por influencia de los deportistas se puede generalizar el uso de dichas sustancias en otros ámbitos<sup>110</sup>, como el trabajo, las relaciones sexuales, la belleza, etc. Por tanto, el bien jurídico protegido en este delito sería la salud pública, y por eso, con independencia de todas las críticas que le hemos dirigido, parece acertada su ubicación sistemática. Otra cuestión, como hemos dicho, es la falta de necesidad de su tipificación específica, que nos conduce a realizar una interpretación restrictiva del mismo.

## b) *Sujeto activo*

### i. El delito de dopaje como delito común

El sujeto activo no se encuentra delimitado por características especiales, sino que se utiliza un genérico «los que...». Por tanto, estamos ante un delito común, que puede ser cometido por cualquiera.

No obstante, de los antecedentes prelegislativos y de la propia Exposición de Motivos de la LOPSLDD podría desprenderse que este delito sólo tendría como sujeto

<sup>108</sup> También otros bienes individuales que pudieran verse afectados por el dopaje están protegidos en otros delitos. Así, la libertad de obrar o de decisión en las coacciones y amenazas; la intangibilidad del patrimonio genético de la persona en los delitos relativos a la manipulación genética; el patrimonio, en el difícil caso de que sea subsumible en la estafa; etc. [*supra* III.3.a).iv.].

<sup>109</sup> ESER (nota 73), 63.

<sup>110</sup> No deja de ser llamativo que el término «dopar» se utiliza también en electrónica, con el significado de “introducir en un semiconductor impurezas con el fin de modificar su comportamiento”. Véase la 2ª acepción de la voz «dopar» (<http://www.rae.es>). Ulteriores referencias al respecto en BOTTKE (nota 5), 87 n. 7, quien señala que a ese proceso se le describe en la ciencia alemana de los materiales como «Dotieren».

activo a aquellas personas que pertenezcan al “entorno del deportista”, esto es, el entrenador, el director o presidente del club, el médico, el masajista, etc. Parece, en efecto, que algunas de las conductas típicas contempladas en el art. 361 bis CP sólo pueden cometerse por estas personas, como por ejemplo, el «prescribir» las sustancias dopantes. Sin embargo, dada la amplitud de otras conductas típicas, como por ejemplo el «suministrar» o el «proporcionar», hay que entender que el círculo de posibles autores, por tanto, no está cerrado.

ii. ¿Debe castigarse penalmente al deportista que se dopa?

A la hora de abordar el tema del sujeto activo debe plantearse también la cuestión de si se debe castigar también al deportista. De la redacción del precepto se desprende que las conductas se deben llevar a cabo con respecto a otras personas, que son los sujetos pasivos de la acción [infra III.3.c)]. Por tanto, el deportista sólo podrá ser castigado si él mismo interviene, bien como autor o bien como partícipe, en la comisión de las conductas descritas en el tipo con respecto a otros deportistas.

Si el deportista se limita a doparse, su conducta no resulta punible. El art. 361 bis CP es, pues, al igual que sucede en los delitos relacionados con las drogas en que no se castiga al consumidor, un delito de los llamados plurisubjetivos aparentes, en los que la participación de otra persona, en este caso el deportista, es necesaria, pero impune, porque en realidad se trata de la víctima del delito.

Este dato es importante subrayarlo, porque es un argumento decisivo en contra de que el bien jurídico protegido comprenda, además de la salud pública, la pureza de la competición deportiva. Además, y aunque en Italia se le castigue penalmente, ello resulta criticable por razones dogmáticas, político-criminales, prácticas y hasta constitucionales.

- Desde un punto de vista dogmático, si no son típicos ni el suicidio ni las autolesiones, menos aún debe serlo la autopuesta en peligro de la vida o la salud. Sólo estaría justificada tal consideración si el bien jurídico protegido no fuese la salud del deportista, sino la pureza de la competición deportiva.

- También razones de índole político-criminal se oponen a ello, pues la imposición de una sanción penal no sería justa ni necesaria<sup>111</sup>. En primer lugar, no sería justa porque si el dopaje comporta su autopuesta en peligro o su autolesión, tendría que soportar además el mal adicional que comportase la pena. No se explicaría satisfactoriamente cómo el dopaje peligroso o dañino se puede expiar o retribuir con la pena. Y en segundo lugar, la pena no sería necesaria, porque no produce ningún efecto preventivo especial. Si el deportista está dispuesto a poner en peligro su vida, creo que poco le importará una condena penal y poder ingresar en prisión. Es más, es posible que contratando a un buen abogado (y en algunos deportes profesionales se perciben cantidades muy elevadas de dinero) pueda retrasar bastantes años el cumplimiento de la pena, hasta una edad en la cual ya se habría retirado de su actividad deportiva

<sup>111</sup> Véase al respecto, entre otros, MAIWALD (nota 81), 411, aunque sólo se refiere al ámbito amateur y para la legislación italiana, que según este autor, por tanto, habría que limitar al terreno profesional.

profesional. Ante la última posibilidad de ganar una medalla de oro en unos JJOO, no creo que intimide al deportista la posibilidad de ingresar en prisión. Creo que la prontitud de la sanción deportiva, aunque sea más leve, es más eficaz que la severidad de la sanción penal, que se diluye en el tiempo.

Los únicos fines que podría cumplir la pena en estos casos son, a mi modo de ver, fines preventivo generales de carácter positivo o integradores. Esto es, fines que se dirigirían no tanto al deportista que se dopó o que se plantea doparse, como a aquellos otros que son respetuosos con las normas, para así fortalecerles en su conciencia jurídica y educar a todos ellos en la obediencia al Derecho. Ahora bien, el problema está en legitimar la imposición de una pena exclusivamente en estos únicos fines<sup>112</sup>.

- También razones de tipo práctico creo que no hacen conveniente el castigo penal del deportista, pues como imputado tiene derecho a guardar silencio y a no declarar contra sí mismo. La impunidad del deportista podría favorecer la persecución de otras personas más importantes que formen parte de una trama organizada de suministro de sustancias dopantes<sup>113</sup>. Además, la experiencia demuestra que aquellos delitos en los que hay una equiparación entre sujeto activo y víctima se produce una alta cifra oscura de criminalidad.

- Por último, desde un punto de vista constitucional el libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 de la Constitución) se vería truncado con la sanción del deportista que se dopa voluntariamente. Bonini considera que “en un ordenamiento penal laico y secularizado, que no intenta (más) erigirse en ‘guardián de la virtud’ y de la ‘vida interior del hombre’, y que prefiere por tanto fundarse sobre el principio de autodeterminación de los particulares evitando ingerirse en su esfera individual siempre y cuando éstos no pongan en peligro bienes de terceros, debe dejarse a cada uno de hecho la libertad de hacer aquello que crea conveniente para su salud (y por tanto para su vida) y, de ahí, también de decidir doparse”<sup>114</sup>.

### c) *Sujeto pasivo y sujeto pasivo de la acción*

Sujeto pasivo es el titular del bien jurídico protegido. Sujeto pasivo de la acción es la persona sobre la cual recae la conducta típica. Por tanto, son conceptos que hay que diferenciar y puede suceder que no coincidan, como es el caso del presente delito. Veámoslo.

Si el bien jurídico protegido lo hemos concretado en la salud pública, entonces el sujeto pasivo será la colectividad. Pero el sujeto pasivo de la acción no es la colectivi-

<sup>112</sup> Véase, por todos, el amplio estudio de PÉREZ MANZANO, *Culpabilidad y prevención. Las teorías de la prevención general positiva en la fundamentación de la imputación subjetiva y de la pena*, Ed. Universidad Autónoma de Madrid, 1990, particularmente, 248 ss.

<sup>113</sup> En nuestro país el deportista que se dopa solamente tiene una responsabilidad disciplinaria, pero se ha previsto una excusa absolutoria parcial si colabora con las autoridades en la persecución de grupos organizados dedicados al suministro de sustancias dopantes o a la utilización de métodos prohibidos, según lo dispuesto en los art. 24 c) y 26 LOPSLDD.

<sup>114</sup> BONINI, «Doping e diritto penale prima e dopo la legge 14 dicembre 2000, n. 376», en Canestrari/Fornasari (coords.), *Nuove esigenze di tutela nell'ambito dei reati contro la persona*, Ed. Clueb, Bologna, 2001, 255 ss., 299; IDEM (nota 76), 240.

dad. El art. 361 bis CP establece que las conductas previstas en él tienen que recaer sobre «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».

La redacción del art. 361 bis CP en este punto puede criticarse, porque especifica, a mi juicio de modo innecesario, que los deportistas sean federados y no federados, por un lado, y por otro, que sean competitivos y no competitivos. Bastaba con haber dicho simplemente: «deportistas». Lo bueno si breve, dos veces bueno, y si malo, menos malo.

El Anteproyecto de LOPSLDD se refería sólo a los «deportistas que en competiciones organizadas en España por las federaciones deportivas». Por tanto, comparando esta redacción con la finalmente aprobada se pueden apreciar dos cambios: 1) la extensión a otros deportistas; y 2) que las competiciones organizadas en España, en vez serlo por las federaciones deportivas, lo sean por entidades deportivas. Sobre la primera de estas consideraciones se detuvo el Informe del CGPJ, aunque sin que se le prestase, en principio, mucha atención; el Dictamen del Consejo de Estado, en cambio, lo hizo sobre la segunda, éste sí, con más éxito.

El Informe del CGPJ advertía en este punto que la redacción “deja fuera de la protección de la norma al resto de los deportistas y a los demás individuos” (p. 50). Sin embargo, el prelegislador hizo caso omiso, en este punto. El cambio en la redacción final de la LOPSLDD se produjo en sede parlamentaria, con la aprobación de la enmienda nº 135 del Grupo Parlamentario catalán (CiU) (supra n. 68).

Mayor atención se prestó a lo que indicó el Consejo de Estado en su Dictamen (apartado II.A.9.)<sup>115</sup>, en donde advertía que con semejante redacción se dejaban fuera del ámbito de tipicidad penal las competiciones organizadas por ligas y otras entidades deportivas. Se cambió entonces la referencia a las competiciones organizadas en España por federaciones deportivas, por la de competiciones organizadas en España por entidades deportivas, que es la que finalmente ha llegado a convertirse en ley.

<sup>115</sup> El Dictamen del Consejo de Estado, en el apartado II.A.9., señaló lo siguiente: “En primer lugar, esta delimitación del ámbito no deja claro si están o no comprendidas las competiciones organizadas en España por las federaciones deportivas internacionales. En principio, del tenor literal del artículo estarían incluidas cuando parece ser que lo que se quiere con esta delimitación es precisamente lo contrario, es decir, evitar conflictos como los que las organizaciones internacionales han tenido en Francia o Italia en esta materia. Debe ello, pues aclararse, especialmente si se quiere excluir de la tipificación penal las competiciones internacionales organizadas por instancias internacionales deportivas (donde normalmente colabora en la organización la correspondiente federación española). Es cierto que desde la lógica del bien jurídico protegido por el tipo penal esta exclusión sería absurda, pero no lo es tanto desde la perspectiva de la convivencia internacional, por lo que hay suficiente razonabilidad en esta idiosincrasia de la sociedad transnacional deportiva como para entender que sería constitucional, por suficientemente razonable, este tipo penal. En segundo lugar, también debe dejarse claro que las competiciones autonómicas están incluidas en el tipo ya que no tendría sentido tener dos Códigos Penales, uno para las pruebas deportivas organizadas por federaciones nacionales y otro para las organizadas por federaciones autonómicas, todas las cuales normalmente están integradas en la correspondiente nacional. Debe ello, pues, dejarse también más claro matizando la redacción actual. Pero lo más extraño, en tercer lugar, es que el tipo se limite a las competiciones organizadas por federaciones cuando tanto las ligas profesionales como otras entidades también organizan competiciones análogas que en nada deben distinguirse de las organizadas por federaciones. En este caso, lo que debe quedar claro, como en el inmediatamente anterior, es la necesidad de incluir en el tipo penal también estas competiciones organizadas por ligas y otras entidades”.

d) *El objeto material: las sustancias y métodos dopantes*

El objeto material de este delito está constituido por las «sustancias o grupos farmacológicos prohibidos, así como métodos no reglamentarios, destinados a aumentar sus capacidades físicas o a modificar los resultados de las competiciones, que por su contenido, reiteración de la ingesta u otras circunstancias concurrentes, pongan en peligro la vida o la salud de los mismos». Por tanto, las sustancias, grupos farmacológicos o métodos que constituyen el objeto material de estos delitos deben reunir tres características: estar prohibidos o no ser reglamentarios, que tengan un efecto positivo en las capacidades psicofísicas del deportista, y que sean peligrosas para la salud del mismo. Veamos primero el objeto de referencia de estas tres características y luego cada una de ellas por separado.

i. Sustancias, grupos farmacológicos y métodos

Por «grupos farmacológicos» hay que entender cualquier medicamento. El concepto legal de medicamento se encuentra establecido en el art. 7 de la Ley 29/2006, de 26 de julio, de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios<sup>116</sup>.

Por sustancia cabe entender un producto, componente, elemento o materia. Y por método, un procedimiento, modo o manera de hacer algo.

ii. Prohibidos o no reglamentarios

En algunos países se enumera en el propio tipo penal las sustancias y métodos sobre los que debe recaer la conducta<sup>117</sup>. El legislador español, por el contrario, no los enumera, sino que las circunscribe de modo que posean el carácter de «prohibido» o «no reglamentario». Esto significa que se infringe alguna otra norma. Por tanto, es en esta otra norma en donde se encuentran enumeradas aquellas sustancias o métodos cuyo uso está prohibido. Lo que parece discutible es que se hubiese dejado abierta la lista de sustancias o métodos dopantes, como de hecho puede haber sucedido.

Cada una de estas opciones tiene sus ventajas, pero también sus inconvenientes. La primera opción, el referirse a ellas en el propio tipo penal, comporta un mayor respeto de las exigencias derivadas del principio de legalidad, como la reserva de ley y la taxatividad. Sin embargo, tiene el grave inconveniente de que puede quedar desfasado

<sup>116</sup> Según el art. 7.1 Ley 29/2006, «sólo serán medicamentos los que se enumeran a continuación: a) Los medicamentos de uso humano y de uso veterinario elaborados industrialmente o en cuya fabricación intervenga un proceso industrial; b) Las fórmulas magistrales; c) Los preparados oficiales; y d) Los medicamentos especiales previstos en esta Ley».

El art. 8 Ley 29/2006 contiene a su vez las definiciones auténticas de «medicamento de uso humano» [letra a)], «medicamento de uso veterinario» [letra b)], «fórmula magistral» [letra i)] y «preparado oficial» [letra j)]. Entre los medicamentos especiales, regulados en el Cap. V del Tít. II, se encuentran las vacunas y demás medicamentos biológicos (art. 45), medicamentos de origen humano (art. 46: sangre, plasma y resto de sustancias de origen humano), medicamentos de terapia avanzada (art. 47: génica y celular somática), radiofármacos (art. 48), medicamentos con sustancias psicoactivas con potencial adictivo (art. 49: estupefacientes y psicotrópicos), medicamentos homeopáticos (art. 50), medicamentos de plantas medicinales (art. 51) y gases medicinales (art. 52).

<sup>117</sup> Véase, por todos, ESER (nota 73), 63 s. Por ejemplo, el art. 218 CP checo se refiere a los anabolizantes.

rápido ante los avances de la ciencia médica. La segunda opción, por el contrario, permite salvar este inconveniente al remitirse a otra norma para concretar las sustancias y métodos dopantes. Esta norma podría ser de rango inferior a la ley, con lo que el procedimiento de su aprobación sería mucho más ágil. Esta técnica legislativa, conocida como ley penal en blanco, tiene el peligro de dejar en manos del Poder Ejecutivo la determinación del carácter delictivo de una conducta, con lo que se verían afectados negativamente los principios de legalidad, de seguridad jurídica y de división de poderes. No obstante, como es sabido, esta técnica se ha empleado también en otros preceptos del CP<sup>118</sup> y el TC la ha admitido siempre y cuando el reenvío normativo sea expreso y esté justificado en razón del bien jurídico protegido por la norma penal, por un lado, y que la ley, además de señalar la pena, contenga el núcleo esencial de la prohibición, por otro, de tal manera que quede satisfecha la exigencia de certeza y resulte salvaguardada la función de garantía del tipo penal.

No es ahora el momento para discutir sobre estos requisitos, pero sí hay que llamar la atención sobre el hecho de que el requisito de que el reenvío «sea expreso» no exige que aparezca concretada en el tipo penal la norma a la que la ley penal se remite<sup>119</sup>. Más correcto, en mi opinión, hubiese sido concretar en el tipo la norma en que figuran las sustancias y métodos dopantes<sup>120</sup>, tal y como se ha hecho en Francia o en Italia [supra III.2.]. En Francia, se ha escogido expresamente la lista del Convenio Antidopaje del Consejo de Europa por remisión de los tipos penales al art. 232-9 del Código del Deporte. Y en Italia, los tipos se remiten al art. 2.1 de la Ley nº 376/2000, que alude a una lista de sustancias que tiene que ser aprobada por el Ministerio de Salud.

En España el art. 361 bis CP no menciona expresamente ninguna norma, por lo que habrá que determinar a cuál, de entre las diversas que existen al respecto (supra n. 52), se está remitiendo. En mi opinión, cuando se publique en el BOE el instrumento de ratificación de la Convención de la UNESCO, sus disposiciones se habrán incorporado a nuestro ordenamiento jurídico, y en particular el Anexo I, que incorpora a su texto normativo la lista que confecciona periódicamente la AMA. Es esta, por tanto, la norma con la que habrá que completar el elemento del tipo «prohibidos» o «no reglamentarios». De todas formas, esta lista también se publicará en el BOE, según lo dispuesto en el art. 12 LOPSLDD<sup>121</sup>.

<sup>118</sup> Por ejemplo, y por no ir muy lejos, en el art. 360: «despache o suministre sin cumplir con las formalidades previstas en las Leyes y Reglamentos respectivos»; o en el art. 361: «expandan o despachen medicamentos... que incumplan las exigencias técnicas relativas a su composición, estabilidad y eficacia».

<sup>119</sup> Véase, por ejemplo, la opinión crítica con respecto a la jurisprudencia constitucional aludida que expresa CORDOBA RODA, «Consideraciones sobre el principio de legalidad», LH-Rodríguez Mourullo (2005), 237 ss., en particular, 240 s., llegando a decir que no es más que «una mera y simple retórica».

<sup>120</sup> El CGPJ consideró en su Informe (p. 45), que «el precepto penal cumple en este aspecto la exigencia del principio de tipicidad penal al describir el núcleo esencial de la conducta prohibida y contener la pena», pero nada dice acerca de que la remisión sea expresa.

<sup>121</sup> Art. 12 párr. 1º LOPSLDD: «En el marco de los compromisos y obligaciones internacionales asumidos por España, y en particular en el marco de la Convención Antidopaje de UNESCO, el Consejo Superior de Deportes publicará en el Boletín Oficial del Estado, mediante Resolución de su Presidencia, la lista de sustancias y métodos prohibidos en el deporte. Esta publicación tendrá carácter periódico y se producirá, en todo caso, cuando se introduzcan cambios en la misma».

La última lista publicada ha sido la aprobada por Resolución de la Presidencia del CSD de 21 de diciembre de 2006 (BOE nº 309, de 27 diciembre) (supra n. 52).

El problema que plantea esta lista, a diferencia de las listas de sustancias estupefacientes y psicotrópicas que son cerradas, es que en algunos apartados, como el S.1 relativo a los anabolizantes o el S.6 relativo a los estimulantes, se emplean cláusulas abiertas, considerando como tales a cualesquiera otras sustancias que tengan una estructura química o unos efectos biológicos similares a los de alguna de las sustancias recogidas en esos apartados. Como ha señalado la doctrina, esta previsión sí puede vulnerar el mandato de certeza exigido por el principio de legalidad<sup>122</sup>.

iii. Efecto positivo en las capacidades psicofísicas o capacidad para modificar los resultados de las competiciones

En cuanto a la segunda característica, las sustancias y métodos prohibidos tienen que producir un efecto en la competición deportiva. Dicho efecto consistirá en «aumentar sus capacidades físicas o en modificar los resultados de las competiciones».

1. En cuanto al primer requisito, por «capacidades físicas», en sentido estricto, cabe entender aquellas que conforman la condición física, el estado de forma, de cada individuo, como la fuerza, la velocidad, la resistencia, la flexibilidad, la movilidad o la coordinación, y que se pueden mejorar mediante su entrenamiento. Algunas de estas capacidades también incluyen aspectos psicológicos, por lo que parece que quedarían incluidas en el tipo también aquellas sustancias que mejoren las capacidades psicológicas del deportista, como el arrojo, la agresividad, la tenacidad, la decisión, la concentración o la competitividad. Hay sustancias que no necesariamente mejoran la condición física, en sentido estricto, del deportista, pero sí mejoran sus capacidades psicológicas, como algunos estimulantes y tranquilizantes. Por este motivo, me parece que hubiese sido más correcto utilizar la expresión «capacidades psicofísicas» u otra similar<sup>123</sup>.

Las capacidades físicas pueden mejorar mediante su entrenamiento, pero también artificialmente por medio de sustancias o métodos prohibidos o no reglamentarios, que es lo que abarcaría el tipo penal. Lo que no comprendería el tipo es que las sustancias disminuyan las capacidades psicofísicas del deportista. Por este motivo, a mi modo de ver, no cabría incluir en el tipo penal, y ello con independencia de si es o no peligroso para la salud, el alcohol, que está previsto como sustancia prohibida en determinados deportes (aeronáutica, automovilismo, bolos, kárate, motociclismo, motonáutica, en las pruebas de tiro del pentatlón moderno y en tiro con arco)<sup>124</sup>. La razón por la que se considera prohibida esta sustancia es precisamente porque disminuye las capacidades psico-físicas del deportista, con lo que se estaría poniendo en peligro a otros competidores y espectadores.

2. También se plantea el problema de si quedarían abarcadas por el tipo aquellas sustancias que no producen ningún aumento de las capacidades físicas del deportista,

<sup>122</sup> Véase, entre otros, REY HUIDOBRO (nota 59), 97, quien cita a GAMERO CASADO, *Las sanciones deportivas. Régimen disciplinario, violencia y espectáculo, dopaje*, Ed. Bosch, Barcelona, 2003, 555.

<sup>123</sup> Como en la legislación italiana, por ejemplo, que requiere que las sustancias «sean idóneas para modificar las condiciones psicofísicas o biológicas del organismo, con el fin de alterar el rendimiento de los atletas».

<sup>124</sup> Véase el apartado P.I. de la Resolución del CSD de 21 de diciembre de 2006.

pero que producen el enmascaramiento de otras que sí lo hacen, de tal manera que no sea posible su detección en los correspondientes controles antidopaje. Tal sería el caso, por ejemplo, de los diuréticos. Solamente sería posible apreciar su tipicidad si fuesen capaces de «modificar los resultados de las competiciones». El problema estriba, según mi opinión, en que estas sustancias, por sí solas, no son capaces de alterar los resultados de la prueba deportiva, sino sólo en unión de otras sustancias que sí tienen dicha capacidad. Por este motivo, quien facilitase diuréticos a deportistas no sería punible por este delito, y ello, con independencia de si tales sustancias son peligrosas o no para la salud del deportista. De hecho, la Resolución del CSD de 21 de diciembre de 2006, por la que se aprueba la lista de sustancias y métodos prohibidos en el deporte, dispone en el apartado S.5., que «una Autorización para el Uso Terapéutico no será válida si la orina del deportista contiene un diurético junto con sustancias prohibidas en concentraciones iguales o inferiores a su límite de positividad» (subrayado añadido). Es más, compárese con la redacción que tiene este delito en Italia: el art. 9.1 de la Ley nº 376/2000, de 14 de diciembre, se refiere a «fármacos o sustancias biológicas o farmacológicamente activas... cuyo uso... sirva para modificar las condiciones psicofísicas o biológicas del organismo, con el fin de alterar el rendimiento de los deportistas, o esté dirigido a modificar los resultados del control sobre el uso de tales medicamentos o sustancias» (subrayado añadido). Si se quisiese haber incriminado tales conductas se tendría que haber referido a la capacidad de modificar los resultados de los controles antidopaje, y no de los resultados de las competiciones.

Este elemento del tipo que estamos examinando es el que está más relacionado con la dimensión deportiva del dopaje, en cuanto que sin él no se produciría lesión de la pureza de la competición. Por tanto, para que las conductas típicas sean punibles las sustancias dopantes tienen que alcanzar una entidad cuantitativa lo bastante elevada como para afectar a la igualdad competitiva. Dicha idoneidad está fijada reglamentariamente, igual que sucede en el tráfico automovilístico, en función de unas determinadas tasas. Dichas tasas están establecidas en el Anexo II de la Resolución del CSD de 21 de diciembre de 2006. Cualquier suministro o administración de sustancias prohibidas por debajo de la tasa reglamentariamente permitida no es constitutivo de infracción administrativa, ni mucho menos de delito. Esta interpretación restrictiva del tipo creo que está en una línea parecida a la desarrollada en el tráfico ilegal de drogas en relación con la dosis psicoactiva mínima.

#### iv. Peligrosas para la salud

La tercera y última característica que deben reunir las sustancias y métodos dopantes es que «por su contenido, reiteración de la ingesta u otras circunstancias concurrentes, pongan en peligro la vida o la salud» de los deportistas. Habrá que examinar, por tanto, además del efecto positivo en las capacidades físicas que acabamos de ver, las características y los efectos secundarios de las sustancias o métodos dopantes.

Si examinamos la lista completa de sustancias y métodos prohibidos, se puede decir

que son sustancias nocivas para la salud e incluso para la vida de las personas<sup>125</sup>. Pero no basta con esta peligrosidad genérica o abstracta que encierran esas sustancias, sino que es necesario que se vea involucrado un deportista dentro de esa peligrosidad. Es decir, la capacidad lesiva de la sustancia se tiene que haber concretado en una persona, aunque sin necesidad de que se llegue a causar una lesión a su salud. El art. 361 bis CP exige, por tanto, como resultado de la acción típica la concreta puesta en peligro de uno o varios deportistas.

La naturaleza de este delito es, pues, la de un delito de peligro concreto, y ello también por una razón de tipo sistemático. Los preceptos entre los que se encuentra también lo son. Los arts. 361 y 362 CP dicen: «y con ello pongan en peligro la vida o la salud de las personas». También desde un punto de vista gramatical, el tenor del art. 361 bis CP conduce a dicha interpretación, pues habla de los que realicen determinadas conductas «que... pongan en peligro la vida o la salud» de los deportistas, y no en cambio, que puedan poner en peligro la vida o la salud. El peligro para la vida o la salud de los deportistas no debe ser, por tanto, una mera posibilidad<sup>126</sup>, sino una realidad. Realidad que habrá que comprobar y demostrar que se ha producido, con todos los problemas que ello genera, en particular, por lo que se refiere a la relación de causalidad e imputación objetiva<sup>127</sup>.

En el art. 361 bis CP se recogen algunas formas de comprobar dicha relación, como que «por su contenido», esto es, que por las cualidades del medicamento bastase con tomarlo una sola vez para que se produzca la concreta puesta en peligro. Pero ésta también se puede producir por una «reiteración de la ingesta» de la sustancia. No obstante, esta enumeración queda abierta al señalarse que dicha puesta en peligro se puede producir por «otras circunstancias concurrentes», como por ejemplo, por la combinación con otros medicamentos que estuviese tomando, o porque el deportista padezca alguna patología que haga dicha sustancia peligrosa para su consumidor, que en circunstancias normales no lo sería.

### e) *La conducta típica*

<sup>125</sup> Sobre las sustancias prohibidas y sus efectos secundarios, véanse, entre otros, las tesis doctorales de medicina legal de LADRÓN DE GUEVARA GUERRERO, *Estudio médico legal del doping*, tesis doctoral, Universidad Complutense de Madrid, 1984; PÉREZ EGUIAGARAY (nota 1). También un resumen muy ilustrativo en los trabajos de sendos fiscales MORENO CARRASCO (nota 73), 70 ss.; REY HUIDOBRO (nota 59), 97 s.; y en las páginas web: <http://www.cerodopaje.com> (apartado documentación y recursos) y <http://www.rfec.com> (apartado del rincón médico) en donde aparece una recopilación de productos dopantes y sus efectos secundarios preparada por la Unión Ciclista Internacional.

<sup>126</sup> No tengo claro si el CGPJ lo entiende también así o no. En su Informe considera “necesaria [para la consumación del delito] la concurrencia de este último elemento, esto es la *eventual* afectación a la salud o a la vida del deportista” (p. 49, subrayado añadido).

<sup>127</sup> Por ejemplo, en casos de cursos causales alternativos. Un médico suministra sustancias dopantes a un deportista para evitar que éste las compre en el mercado negro sin ningún tipo de control. ¿Se podría decir que el médico ha disminuido el riesgo o en el fondo el riesgo para la vida o la salud del deportista sigue siendo el mismo?

Por otro lado, no sería de extrañar que se alegase por la defensa de algún acusado, que en ningún momento se puso en riesgo la salud o la vida del deportista, porque en el deporte profesional todo está muy estudiado y siempre se ha mantenido controlada la salud del deportista. En realidad lo que se pretende decir con esta forma de argumentar es que se ha generado un riesgo, sí, pero que está controlado. La cuestión es: ¿no sigue siendo un riesgo no permitido?

El art. 361 bis CP castiga hasta siete conductas diferentes, aunque todas ellas vienen a estar relacionadas con el suministro de sustancias dopantes a deportistas. No se castiga, como hemos visto que sucede en otros países, ni la negativa a someterse a controles antidopaje, ni el consumo de dichas sustancias, ni tampoco la incitación al mismo. Se castiga a quienes «prescriban, proporcionen, dispensen, suministren, administren, ofrezcan o faciliten» las referidas sustancias o métodos.

Estamos ante un tipo mixto alternativo. Esto significa que quien realice varias de estas conductas, de modo sucesivo, no comete varios delitos, sino sólo uno. El médico que, por ejemplo, prescribe sustancias prohibidas y luego las administra, no comete dos delitos, sino solo uno. Otra cuestión es que realice la misma conducta pero sobre distintos deportistas [infra III.3.h).3.].

«Prescribir» equivale a recetar; «proporcionar» significa poner a disposición de uno; «dispensar» es tanto como expender o despachar; «suministrar» supone proveer de algo; «administrar» es lo mismo que proporcionar o suministrar; «ofrecer» significa prometer dar algo; y «facilitar» es entregar algo.

Como se puede comprobar la intervención penal en materia de dopaje se ha adelantado considerablemente a la lesión de la salud o la vida de los deportistas. No sólo en cuanto que se tratan de delitos de peligro concreto, como hemos visto, sino en cuanto que alguna conducta, como la de ofrecer, por sí sola, tan sólo de un modo remoto se puede decir que ponga en peligro la salud del deportista. Bastaría con ofrecer una de esas sustancias o métodos prohibidos a un deportista, con independencia de que éste lo acepte o no, para que la conducta fuese punible. Sin embargo, el art. 361 bis CP exige que se ponga en concreto peligro la salud o la vida del deportista, por lo que en este punto habrá que realizar una interpretación restrictiva de la conducta típica de ofrecimiento, para ajustarla al tenor de la ley y así evitar un adelantamiento excesivo de la intervención penal. Por tanto, el ofrecimiento tiene que representar un peligro real para la salud del deportista, y no tan solo potencial o posible. Este peligro dependerá de la cualidad de la sustancia. Según el Informe del CGPJ, si la sustancia prohibida no es en sí misma nociva, y no tiene por qué serlo, dado que se establece que el peligro puede provocarse por la «reiteración de la ingesta u otras circunstancias concurrentes», entonces para que su ofrecimiento fuese punible tendría que ser reiterado<sup>128</sup>. Si la sustancia fuese nociva «por su contenido», bastaría con que el ofrecimiento fuese puntual.

<sup>128</sup> Según el Informe del CGPJ, p. 46, el “anticiparse la consumación del delito al mero ofrecimiento de la sustancia o método prohibido, sólo tendría sentido si el riesgo de la salud se produjese en todo caso con la ingestión de la misma o con la práctica de aquel; lo que vale decir, cuando la sustancia o el procedimiento fuesen por su propia naturaleza, esencialmente, nocivos, lesivos para la salud. — Sin embargo, esto no es así. En la definición del tipo penal, de la sustancia o método no se exige esa capacidad natural (inevitable) de afección, de perturbación, de la salud, sino que lo sea, por el contenido, o por la reiteración de la ingesta u otras circunstancias concretas. De tal modo que, si la sustancia no es, por sí misma, nociva para la salud, resultando necesario el consumo continuado de ésta para convertir en real un potencial riesgo, entonces habría que exigir en la conducta activa que el ofrecimiento fuese reiterado. De lo contrario se equiparan conductas que no son susceptibles de provocar el mismo riesgo y, consiguientemente, de afectar en igual modo al bien jurídico protegido. Pues, el ofrecimiento en sí mismo no encierra más, depende de la aceptación que de él se haga (en este caso por el deportista), mientras que otras conductas (así, la prescripción, proporción, suministro, dispensación, administración o facilitación) sí suponen por sí mismas una actualización de la situación de riesgo del bien jurídico”.

No se ha incluido, con buen criterio, la incitación al consumo de estas sustancias, como sucede en Francia<sup>129</sup>. Esta conducta consiste en un acto preparatorio del consumo, concretamente en una provocación (art. 18 CP). Con ello creo que se adelantaría aún más la intervención penal, y no tendría sentido entonces la exigencia típica de la concreta puesta en peligro de la salud o la vida del deportista.

La comisión de estas conductas por omisión es punible, siempre y cuando se den los requisitos establecidos en el art. 11 CP. Se darían todos, por ejemplo, en el caso de los padres de un deportista menor de edad que consienten que su hijo se dope o le dopen. Igualmente también sería punible en comisión por omisión el médico de un equipo, encargado de la salud de sus miembros, que sabe que el entrenador entrega sustancias dopantes a sus pupilos, poniendo en peligro su salud, y no hace nada por evitarlo.

#### f) *Tipo subjetivo*

Es punible la comisión de estas conductas tanto si es dolosa como si es por imprudencia grave.

1. El autor tiene que conocer y querer realizar todos los elementos del tipo objetivo, en particular tiene que ser consciente de la peligrosidad de su conducta y tener la voluntad de poner en peligro, como elemento distinto del conocimiento<sup>130</sup>. En particular se produciría un error si el autor desconociese la condición de deportista del paciente y le administrase una sustancia dopante. También debe conocer el carácter prohibido de la sustancia, pero parece difícil que se produzca un error con respecto a este elemento del tipo, pues el prospecto de los medicamentos tiene que advertir de la posibilidad de dar positivo en un control antidopaje<sup>131</sup>. Tampoco creo que sea problemático el si sabía o no que la sustancia era peligrosa para la salud del deportista, pues también figuran en el prospecto las contraindicaciones, las precauciones de empleo, las interacciones con otros medicamentos u otras sustancias (alcohol, tabaco, alimentos), instrucciones de una buena utilización (posología, vía de administración, frecuencia) y descripción de las reacciones adversas durante el uso normal del medicamento y, en su caso, las medidas que deban tomarse. En el caso de un médico o de un especialista en el entrenamiento deportivo, además, por su formación, sabe los efectos que producen las sustancias que administra a los deportistas. Precisamente por eso se las prescribe o administra (dolo directo de primer grado respecto del aumento de las capacidades físicas y dolo de consecuencias necesarias y directo de segundo grado respecto de la puesta en peligro). En el caso de que fuese un medicamento todavía en fase experimental, cualquiera sabe los riesgos que conlleva administrar una sustancia sin haber com-

<sup>129</sup> La Asociación de Ciclistas Profesionales criticó que no se tipificase (*apud* Dictamen nº 31/2006, de 2 febrero, del Consejo de Estado, antecedente 11º).

<sup>130</sup> Sobre el elemento cognitivo y volitivo en los delitos de peligro concreto, véase, entre otros, RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *Delitos de peligro, dolo e imprudencia*, Ed. Ministerio de Justicia/Universidad Complutense Madrid, Madrid, 1994, 160 ss.

<sup>131</sup> Véase el art. 15 Ley 29/2006 y el RD 2236/1993, de 17 de diciembre, por el que se regula el etiquetado y el prospecto de los medicamentos de uso humano, concretamente en el Anexo III, donde se establece el contenido mínimo del prospecto de las especialidades farmacéuticas y demás medicamentos, apartado 3.d).1º.

probado suficientemente los efectos secundarios que produce (podría apreciarse dolo eventual, pues consiente o acepta los efectos secundarios).

2. También es punible la comisión de estas conductas por imprudencia grave, que según lo dispuesto en el art. 367 CP, «se impondrán, respectivamente, las penas inferiores en grado». Esta disposición permite que los casos de error de tipo vencible (art. 14.1 CP) sean también punibles.

La incriminación de la comisión por imprudencia grave de estas conductas relacionadas con el dopaje puede tener su justificación en la importancia del bien jurídico protegido, la salud pública, que al final se remite a la vida y la salud de las personas y a las condiciones vitales esenciales de la colectividad. Pero también creo que hay que tener en cuenta la frecuencia de la comisión de estas conductas, que como hemos visto parece ser más bien escasa. Por este último motivo, creo que se debería haber excluido del ámbito de la tipicidad la comisión por imprudencia, si bien quizás el legislador lo haya hecho por la importancia de los bienes afectados (aunque dudo que lo haya hecho de forma consciente, sino más bien por casualidad)<sup>132</sup>.

3. El legislador español no ha previsto, acertadamente, ningún elemento subjetivo del injusto, como se ha hecho en otros países, lo cual, por otro lado, hubiese impedido apreciar la comisión por imprudencia de estos delitos. El art. 9.1 de la Ley italiana nº 376/2000, por ejemplo, exige que las conductas típicas se realicen «con el fin de alterar el rendimiento de los atletas», y el § 6a de la Ley alemana del medicamento (AMG) que se hagan «con fines de dopaje en el deporte». Sin embargo, la restricción punitiva que comportan estos elementos puede resultar sorprendente. En opinión de Maiwald, además de los problemas que se pueden plantear en su aplicación (dificultades de prueba y la cuestión de si tiene que conseguir o no el efecto perseguido), la inclusión de estas finalidades comporta que no sea típica la conducta de quien solamente actúe con la intención de lucrarse<sup>133</sup>. Por este motivo, parece acertado que el legislador español no haya copiado en este punto al Derecho comparado.

g) *«Sin justificación terapéutica»: causa de justificación o elemento del tipo con formulación negativa*

Todas estas conductas se tienen que realizar «sin justificación terapéutica». Inicialmente en el Anteproyecto de la LOPSLDD se decía «sin justificación médica»<sup>134</sup>. Durante la tramitación parlamentaria se sustituyó el adjetivo «médica» por «terapéuti-

<sup>132</sup> En el Informe del CGPJ se puede leer, por ejemplo, lo siguiente: “en todo caso, parece indiscutible que la comisión del tipo delictivo es dolosa” (p. 48), aunque también es cierto que no se pronuncia expresamente sobre el tipo subjetivo de este delito.

<sup>133</sup> Véase MAIWALD (nota 81), 406 ss. sobre la subjetivización en relación con el deporte, y especialmente 412.

<sup>134</sup> La Directora General de Farmacia y Productos Sanitarios del Ministerio de Sanidad y Consumo manifestó su preocupación por las expresiones utilizadas en la descripción de las conductas penalmente tipificadas, destacando que la expresión «sin justificación médica» plantea problemas de interpretación de las actuaciones asociadas a la misma y que es difícil acotar términos tales como “proporcionen, suministre, ofrezcan o faciliten”, cuya ambigüedad puede crear inseguridad jurídica (*apud* el Dictamen nº 31/2006, de 2 de febrero, del Consejo de Estado, antecedente 11º).

ca». Sin embargo, el cambio tampoco es que aclare mucho<sup>135</sup>.

Es esta una expresión de difícil concreción en la que cabrían dos posibilidades de interpretación. Una más de carácter material, como equivalente a una causa de justificación expresamente contemplada para este delito y basada en el estado de necesidad; y otra en sentido más formal, como equivalente a la existencia de una autorización administrativa expresa para el uso terapéutico de dichas sustancias<sup>136</sup>, de modo similar a como se ha establecido en Francia en el art. 232-6 del Código del Deporte, que habla de «sin autorización terapéutica de la Agencia francesa de la lucha contra el dopaje». En España estas autorizaciones las otorga el Comité de Control y Seguimiento de la Salud y el Dopaje [art. 3.2.2.h) LOPSLDD].

A lo largo del articulado del CP existen expresiones similares a esta con significados también en uno u otro sentido. Así, por ejemplo, entre los delitos contra las relaciones familiares, en el art. 223 CP se dice «sin justificación para ello» y en el art. 225 bis CP «sin causa justificada para ello», que tienen un sentido más bien material. Más formales son, en cambio, expresiones como las empleadas en otros delitos, por ejemplo, contra la salud pública, como en el art. 359 CP «sin hallarse debidamente autorizado» o en el art. 360 CP «sin cumplir las formalidades previstas en la ley y los reglamentos». Incluso podría ser que la voluntad legis haya sido hacer frente a la realidad criminológica de grupos organizados que comercian con estas sustancias de un modo clandestino, esto es, sin ningún control por parte de las autoridades sanitarias. En este sentido «sin justificación terapéutica» podría entenderse en un sentido similar a clandestinidad. En la circunstancia agravante del delito ecológico del art. 326 a) CP se utiliza la expresión «que la industria o actividad funcionen clandestinamente, sin haber obtenido la preceptiva autorización o aprobación administrativa de sus instalaciones».

En mi opinión, interpretar la expresión «sin justificación terapéutica» en sentido formal plantea la cuestión de la accesoriedad del Derecho penal con respecto a otras normas. El problema no estibaría en la accesoriedad respecto del Derecho administrativo deportivo, que es perfectamente legítima y que nosotros hemos admitido al establecer que no es constitutivo de delito cualquier suministro o administración de sustancias dopantes por debajo de la tasa reglamentariamente permitida. El problema se encuentra en la accesoriedad respecto del acto administrativo (de los actos del Comité de Control y Seguimiento de la Salud y el Dopaje). No es el momento de detenerse ahora en esta cuestión, pero quisiera recordar al respecto unas palabras de Bernd Schünemann: “La accesoriedad respecto del Derecho administrativo de ninguna manera cubre la llamada accesoriedad respecto del acto administrativo, es decir, el reconocer el efecto justificante o incluso excluyente de la tipicidad que poseería cualquier autorización administrativa para contaminar el medio ambiente, independien-

<sup>135</sup> El Grupo Parlamentario Socialista aceptó, en este punto, la enmienda nº 28 del Grupo Parlamentario Popular, dado que “según [su] opinión, mejora el texto porque la prescripción terapéutica es muchísimo mejor que la prescripción médica, dado que el acto médico es más amplio que el acto terapéutico” (Diario de Sesiones del Congreso, Comisiones, nº 608, de 19 junio 2006, 11).

<sup>136</sup> Véase el Informe del CGPJ, p. 48, el cual habla de prescripción facultativa en vez de autorización administrativa. Sin embargo, hay que tener en cuenta que una de las conductas punibles consiste precisamente en «prescribir», con lo que no tendría sentido.

temente de que la autorización de la autoridad administrativa fuera acorde con las leyes específicas para la protección del agua, el aire y el suelo, o las infringiera. Ello surge ya de una elemental consideración constitucional. Si toda autorización administrativa, aunque fuera ilegal, excluyera la posibilidad de penalizar, por ejemplo, la contaminación de las aguas, el límite del Derecho penal ya no sería fijado por el legislador, sino por el Poder Ejecutivo”<sup>137</sup>.

Parece, por tanto, que sería más conveniente interpretar la referida expresión en un sentido material, pero no simplemente como una referencia expresa a un estado de necesidad, pues con ello no se estaría más que repitiendo lo ya previsto con carácter general en el art. 20.5 CP. Más bien sería un elemento del tipo con una formulación negativa alusiva a la ausencia de ciertas patologías que haya que curar con un tratamiento médico o farmacológico. En el art. 9.1 de la Ley italiana nº 376/2000 se utiliza una expresión menos confusa en este punto: «que no estén justificadas por condiciones patológicas».

Esta interpretación, además, tiene la ventaja político-criminal de que el error sobre este elemento no afecta a la conciencia de la ilicitud de la conducta, sino sólo a la concurrencia o no del mismo. No es, por tanto, un error de prohibición (sobre valoración del objeto), sino un error de tipo (sobre el objeto de la valoración), que tiene un tratamiento más benévolo.

#### h) *Culpabilidad*

En el ámbito de la culpabilidad este delito puede plantear algunos problemas, pero no en cuanto específicos de él, sino como en cualquier otro delito. Así, pudiera ser, aunque no creo que tengan relevancia suficiente como para eximir de responsabilidad penal, que el autor desconozca el carácter antijurídico de su conducta, porque cree que, igual que en su país, la conducta no es ilícita (art. 14.3 CP: error de prohibición), o que se trate de un deportista adicto a estas sustancias (art. 20.2 CP: toxicodependencia), o que pueda haber sufrido algún tipo de presión psicológica, como perder el trabajo, si no suministra las sustancias dopantes (art. 20.6 CP: miedo insuperable), etc.

#### i) *Formas de aparición*

1. El art. 361 bis CP es un delito de resultado, que para su consumación exige la puesta en peligro concreto de la salud o de la vida del deportista. Si no llega a producirse este resultado el delito quedaría en fase de tentativa, punible según lo dispuesto en los arts. 16 y 62 CP. No voy a entrar en si es conveniente desde un punto de vista político criminal el castigo de la tentativa en este delito, pues supone un adelantamiento de la intervención penal aún mayor de lo que ya supone el art. 361 bis CP. Lo que si parece excesivo es que se equipare en pena la tentativa y la consumación, como se hace en Francia [supra III.2.a)].

<sup>137</sup> SCHÜNEMANN, «Sobre la dogmática y la política criminal del Derecho penal del medio ambiente», en *Temas actuales y permanentes del Derecho penal después del milenio*, Ed. Tecnos, Madrid, 2002, 210.

No son punibles los actos preparatorios de proposición, provocación y conspiración para cometer estas conductas.

2. Este delito no plantea ningún problema particular en cuanto a la autoría y la participación. En este punto tan sólo cabría preguntarse si sería punible como inductor el deportista que pide al médico que le suministre una sustancia dopante. Entiendo que no. Este delito es un delito plurisubjetivo, en el que el deportista es un partícipe necesario. En realidad él es sujeto pasivo, y no puede ser a la vez víctima y responsable. Además, si resulta atípico que él mismo se administre las sustancias dopantes, no resulta lógico que sí lo sea cuando induce a un tercero a que lo haga.

3. El art. 361 bis CP se encuentra estrechamente relacionado con otros delitos. No en vano habíamos dicho que su inclusión en el CP resultaba innecesaria, porque no había lagunas de punibilidad que cubrir [supra III.3.a).iv.]. Por este motivo resulta necesario distinguir el delito objeto de estudio de estas otras infracciones, por ver si basta con aplicar una de ellas (concurso de leyes) o si hay que aplicar varias (concurso de delitos).

Por de pronto conviene advertir que en Italia, para intentar evitar problemas de este tipo, el art. 9.1 Ley nº 376/2000 comienza con una cláusula de subsidiariedad expresa, según la cual «salvo que el hecho constituya un delito más grave...». Quizás no hubiese estado de más una cláusula semejante en nuestra legislación, pues se puede plantear la duda de si el art. 361 bis CP es ley especial, por ejemplo, con respecto al tráfico ilegal de drogas (art. 368 CP), que prevé penas más graves, o a algunas de las modalidades de los delitos farmacológicos (art. 361 CP) o de los fraudes alimentarios (arts. 363 y 364 CP).

a) En caso de que no se cuente con el consentimiento del deportista y la sustancia dopante causase alguna lesión, o incluso la muerte, el delito comentado quedaría absorbido por el correspondiente de lesiones u homicidio por imprudencia grave, o incluso, en algunos casos por dolo eventual. Hay entrenadores, directivos o médicos deportivos sin escrúpulos, que desean ganar a toda costa, a cualquier precio, sin importarles las consecuencias. No hay que perder de vista también las importantes sumas de dinero que se mueven en los espectáculos deportivos. Es posible que aún siendo conscientes del riesgo que comporta para el deportista el suministro de la sustancia dopante, sin embargo, consientan o acepten las lesiones (o la muerte) del deportista con tal de ganar.

Si una persona entrega al deportista las sustancias dopantes, pero sin informarle de tal circunstancia, y como consecuencia de su ingestión el deportista sufre una lesión o muerte, habría el correspondiente delito de lesiones o de homicidio en autoría mediata.

En el caso de que sí le informase y fuese consciente del riesgo que toma, podría pensarse en la aplicación del art. 143.2 CP, que castiga la cooperación al suicidio. Sin embargo, hay que advertir que no es lo mismo la asunción voluntaria de un riesgo que querer suicidarse. No se podría aplicar, por tanto, el art. 143 CP, “sino –como dice Díaz y García Conlledo– los principios generales de la participación, y, en virtud del de accesoria limitada, la participación en un hecho no típicamente antijurídico resulta

asimismo atípica e impune”<sup>138</sup>. Y lo mismo cabría decir de las lesiones producidas por el autodopaje del deportista.

Si fuese un tercero el que administra las sustancias dopantes con consentimiento del deportista, podría aplicarse el art. 143.3 CP en el caso de que el deportista consintiese en la muerte, casos realmente extraños. Si tan sólo consiente, como parece que sería lo más frecuente, en el tratamiento (peligro) y no en la muerte (resultado), y ésta se produce por imprudencia se podría aplicar el art. 142 CP (homicidio por imprudencia grave)<sup>139</sup>. En caso de que se produjesen lesiones habría que aplicar el art. 155 CP, que castiga las lesiones consentidas con la pena inferior en uno o dos grados, siempre y cuando el consentimiento reúna los requisitos legalmente previstos: «válida, libre, espontánea y expresamente».

Si las sustancias se administraron también a otros deportistas, la correspondiente responsabilidad por el homicidio o las lesiones ocasionadas entrarían en concurso con el delito del art. 361 bis CP.

Por otra parte, que el art. 361 bis CP esté redactado en plural no quiere decir que deban ponerse en peligro a varias personas. Basta con que se ponga a un solo deportista en peligro. Si se pusiese en peligro a varios, habría que apreciar un concurso de delitos a resolver por las reglas generales del concurso de delitos (arts. 73 ss. CP). Por ejemplo, si durante una competición en el vestuario de un equipo el médico facilita a los deportistas alguna sustancia dopante para que se la tomen poniendo en peligro la salud de todos ellos podría haber un concurso ideal de tantos delitos como deportistas puestos en peligro. Habría en cambio un concurso real de delitos si se facilitan estas sustancias a distintos deportistas en diferentes competiciones. No obstante, tendría que haber una separación entre los delitos, pues, de la misma manera que cabe apreciar delito continuado en el tráfico de drogas, creo que también habría que hacerlo en el delito relacionado con el dopaje. En este delito, aunque se exija la puesta en peligro concreto de un deportista, el bien jurídico protegido es la salud pública [supra III.3.a).vi.], que no es «eminente personal» como exige el art. 74.3 CP para poder excluir la posibilidad de apreciar delito continuado en quienes ejecuten varias acciones obedeciendo a un plan preconcebido o aprovechando idéntica ocasión.

b) Por lo que a la relación con otros delitos contra la salud pública se refiere, hay que empezar diciendo que la naturaleza de las sustancias previstas en la lista de la Convención Antidopaje de la UNESCO, a la se remite el art. 361 bis CP [supra III.3.d).ii.], es muy variada: analgésicos, diuréticos, anabolizantes, esteroides, estimulantes... Todas se pueden calificar como medicamentos y como sustancias nocivas [supra III.3.d).i. y iv.], pero algunas también como drogas. Por tanto, se plantea la relación que puede existir entre el art. 361 bis CP y otros preceptos que sancionan conductas relacionadas con sustancias nocivas, medicamentos y drogas.

Los delitos de los arts. 359 y 360 CP son delitos de peligro abstracto, mientras que

<sup>138</sup> DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO (nota 1), 119.

<sup>139</sup> Pudiera plantearse también si es posible que la imputación del resultado a la propia víctima disminuye la responsabilidad por imprudencia grave a leve. Aunque esta es una cuestión en la que ahora no podemos entrar, no habría que descartar entonces la recuperación del art. 361 bis CP, pues éste prevé penas más graves.

el art. 361 bis CP es un delito de peligro concreto. En principio, el peligro concreto podría absorber al peligro abstracto, pero no hay que descartar que si el peligro abstracto abarca a una generalidad de personas (elaborar, sin estar debidamente autorizado, sustancias dopantes nocivas con destinatarios indeterminados, art. 359 CP) se pueda aplicar un concurso de delitos, pues el peligro generado para la colectividad no quedaría comprendido por el peligro provocado a un deportista o a varios deportistas concretos. Y lo mismo se puede decir de suministrar dichas sustancias hallándose autorizado pero sin observar las formalidades legales y reglamentarias (art. 360 CP).

Los delitos relativos a medicamentos (arts. 361 y 362 CP) son también, igual que el art. 361 bis CP, delitos de peligro concreto. En principio, la relación entre ellos habría que resolverla conforme al criterio de la especialidad, siendo precepto prevalente el art. 361 bis CP. Sin embargo, el art. 362 CP prevé penas más graves que el art. 361 bis CP, por lo que en este caso habría que apreciar una relación de alternatividad.

Entre las sustancias dopantes se encuentran también algunos estupefacientes (como la cocaína, la metadona o el cannabis) y algunos psicotrópicos (como las anfetaminas), por lo que en estos supuestos la aplicación como ley especial del art. 361 bis CP supondría un privilegio absurdo. Se podría entender que también aquí se daría una relación de alternatividad, teniendo que aplicar los arts. 368 ss. CP, por contemplar penas más graves. Sin embargo, hay que tener en cuenta que no todas las drogas son sustancias o métodos dopantes, ni todas las sustancias o métodos dopantes son drogas, por lo que la relación entre estas dos clases de delitos parece ser más bien la de dos círculos secantes. Por tanto, a mi entender, la relación entre ellos sería una relación de subsidiariedad. Cuando no se pudiese aplicar el art. 368 CP, entraría en juego el art. 361 bis CP, siempre y cuando, como es lógico se reúnan todos sus requisitos.

c) Por último, dado el carácter transnacional del deporte profesional puede suceder que las sustancias dopantes se importen o se exporten entre diversos países, con lo que podría cometerse también un delito previsto en la Ley Orgánica 12/1995, de 12 de diciembre, de represión del contrabando. No es necesario entrar ahora en el análisis de este delito, que plantea numerosos problemas. Lo que sí hay que tener en cuenta es que si las sustancias dopantes fuesen estupefacientes o psicotrópicos, el art. 369.1.10<sup>a</sup> CP (introducido por la LO 15/2003, de 25 de noviembre) absorbería el delito de contrabando, sin que haya que aplicar un concurso de delitos. En cambio, si no fuesen drogas, creo que se produciría el mismo problema que en su día se planteó entre el contrabando y el tráfico de drogas, y que fue resuelto por el Acuerdo no jurisdiccional del Pleno de la Sala Segunda de 1 de abril de 1997. Según esta doctrina no cabría apreciar un concurso de delitos entre el art. 361 bis CP y el art. 2 LO 12/1995, sino un concurso de leyes en el que aquél consumiría a éste.

#### j) *Penalidad*

Las penas previstas para estas conductas son «prisión de seis meses a dos años, multa de seis a dieciocho meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión u oficio de dos a cinco años». Inicialmente no era esta la duración de las

penas. El Anteproyecto de LOPSLDD había previsto que la inhabilitación especial tuviese una duración de hasta seis años. Sin embargo, el Consejo de Estado advirtió en su Dictamen (apartado II.A.9) que mientras las penas de prisión y multa eran penas menos graves, en cambio, la pena de inhabilitación, al sobrepasar los cinco años de duración, se convertía en una pena grave. Por este motivo recomendó su disminución, y así se acogió luego en el Proyecto del Gobierno (supra III.1).

### k) *Supuestos agravados*

El apartado 2 del art. 361 bis CP establece que se impongan las penas antes indicadas en su mitad superior en tres supuestos. Estos supuestos no se diferencian de los que aparecen en otros delitos del CP, como por ejemplo, en los delitos contra la libertad sexual, por lo que se pueden interpretar en el mismo sentido que en ellos. Por otra parte, dada la similitud que el art. 361 bis CP tiene con el tráfico de drogas y la intención que tuvo el prelegislador al pretender introducir este precepto en el CP, creo que quizás se podría haber añadido alguno de los tipos agravados previstos para estos delitos (véase el art. 369 CP). Así se ha hecho en Francia, por ejemplo, que agrava la pena en caso de que las conductas «se cometan en el seno de una banda organizada» (párr. 2º del art. 232-6 del Código del Deporte)<sup>140</sup>.

Los tres supuestos agravados son:

1. «Que la víctima sea menor de edad», esto es, menor de 18 años. Se podría haber incluido a los incapaces<sup>141</sup>, teniendo en cuenta que también practican deporte, y que existen competiciones de prestigio para estas personas, como los Juegos Paraolímpicos.

2. «Que se haya empleado engaño o intimidación», es decir, que se haya inducido a error a la víctima o que se haya amenazado con ocasionarle un mal.

3. «Que el responsable se haya prevalido de una relación de superioridad laboral o profesional». Este tipo agravado se corresponde, en parte, con la agravante genérica relativa al abuso de superioridad del art. 22.4ª CP, por lo que quedaría absorbida. En este supuesto, igual que en el anterior, se obtiene del deportista un consentimiento, pero viciado. El prevalimiento se tiene que derivar de una situación de superioridad, esto es, una situación que otorgue al sujeto activo una posición privilegiada respecto a la víctima, de la cual se aprovecha. Esa posición de privilegio no puede basarse en una relación de cualquier índole, sino sólo de tipo laboral o profesional<sup>142</sup>, por lo que parece que se está refiriendo solamente a cuando las víctimas sean deportistas profesionales. De todas formas, poca importancia tiene esto, pues si la relación de superioridad tuviese su origen en otro tipo de relación o se refiriese a deportistas no profesionales, cabría apreciar la circunstancia agravante genérica (art. 22.4ª) que tiene los mismos efectos agravatorios (art. 66.1.3ª CP: mitad superior). La única diferencia que habría es

<sup>140</sup> En este sentido se pronuncia REY HUIDOBRO (nota 59), 107.

<sup>141</sup> Así lo había sugerido el Consejo Fiscal, pero como se puede comprobar, sin éxito (*apud* el Dictamen nº 31/2006 del Consejo de Estado, antecedente 6º).

<sup>142</sup> El Colegio Oficial de Médicos de Madrid se oponía a la agravación de la pena “cuando el responsable se haya prevalido de una relación de superioridad... profesional” (*apud* Dictamen nº 31/2006, de 2 de febrero, del Consejo de Estado, antecedente 11º).

que se podría compensar con otras atenuantes genéricas.

En el caso de que concurriesen dos supuestos agravados, uno de ellos produciría el efecto de agravar en la mitad superior y el otro se tendrá en cuenta para la fase de individualización judicial de la pena. Si uno de ellos fuese el supuesto nº 3 podría además reconducirse a la agravante genérica del art. 22.4<sup>a</sup> e imponer a su vez la mitad superior de la pena del tipo agravado.