



TRABAJO FIN DE GRADO

GRADO EN DERECHO

CURSO ACADÉMICO 2017-2018

**LA IGUALDAD DE ARMAS EN EL EJERCICIO DE
ACTIVIDADES DEPORTIVAS: EL DELITO DE DOPAJE**

**THE EQUALITY OF ARMS IN THE EXERCISE OF
SPORTS ACTIVITIES: DOPING OFFENCE**

AUTORA: Andrea García Arozamena

DIRECTOR: José Luis López del Moral

RESUMEN:

Desde el año 2006 el legislador castiga penalmente las conductas dopantes más graves a través del delito de dopaje, recogido en el artículo 362 quinquies del Código Penal con la finalidad de evitar el uso de sustancias y métodos dopantes que aumenten el rendimiento del deportista.

El objeto de este trabajo es analizar esta figura delictiva presente en nuestro ordenamiento jurídico desde el punto de vista del derecho penal, deslindando con ello la frontera entre el Derecho administrativo sancionador y el Derecho penal, así como las consecuencias de la prohibición del bis in idem. Además, debido a la dimensión transnacional del dopaje, se abordan los instrumentos jurídicos internacionales para hacer frente a este problema.

PALABRAS CLAVE: dopaje; derecho penal, principio non bis in idem; elementos del tipo penal del artículo 362 quinquies CP.

ABSTRACT:

Since 2006 the legislator punishes criminally the most serious doping behavior through the doping offense gathered in article 362 quinquies of the Penal Code. The aim is to avoid the use of substances and doping methods that would increase the abilities of the athlete.

The goal of this essay is to analyze this criminal figure by the optic of Spanish criminal law, moreover setting out the difference between administrative law and penal law, as well as the consequence that brings the *double jeopardy principle*. In addition, due to the transnational dimension doping has, legal and international mechanisms in order to address this problem are analyzed.

KEYWORDS: doping; criminal law; *double jeopardy*.

SUMARIO

INTRODUCCIÓN	4
--------------	---

CAPÍTULO PRIMERO EL DOPAJE EN EL DEPORTE

1. ANTECEDENTES DEL DOPAJE EN EL DEPORTE	6
2. LA LUCHA INTERNACIONAL CONTRA EL DOPAJE EN EL DEPORTE	8

CAPÍTULO SEGUNDO EL DELITO DE DOPAJE DEPORTIVO EN EL DERECHO PENAL ESPAÑOL

1. EL DELITO DE DOPAJE DEPORTIVO EN NUESTRO CÓDIGO PENAL	10
2. ELEMENTOS ESENCIALES DEL DELITO DE DOPAJE EN EL DERECHO PENAL ESPAÑOL	11
3. CUESTIONES CONCURSALES	36

CAPÍTULO TERCERO DELIMITACIÓN ENTRE EL DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR Y EL DERECHO PENAL

1. EL DOPAJE Y EL DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR	40
2. LA LO 3/2013	41
3. PROHIBICIÓN DEL BIS IN IDEM	46

CONCLUSIÓN	50
BLIBLIOGRAFÍA	52

INTRODUCCIÓN

Bajo la rúbrica “*De los delitos contra la seguridad colectiva*” situada en el Título XVII del Código Penal se protege el bien jurídico de la seguridad colectiva, y en su Capítulo III se ubican los delitos contra la salud pública, en el que se encuentran diversas conductas que ponen en peligro el mencionado bien jurídico, siendo una de las conductas tipificadas el denominado delito de dopaje.

Hasta el año 2006 las conductas relacionadas con el dopaje eran sancionadas disciplinariamente a través del Derecho administrativo de forma exclusiva, momento a partir del cual pasó a convivir con la intervención del Derecho penal, que sólo tipifica las conductas más graves.

Esta figura fue introducida en nuestro ordenamiento por casos conocidos como “*la Operación Puerto*” y debido a los acuerdos internacionales asumidos por España. Así, una vez introducida, se plantean varios interrogantes en relación al ámbito de aplicación: ¿qué sujetos protege el tipo penal? ¿quién incurre en el delito, el deportista que se dopa o quien facilita las sustancias o métodos dopantes? ¿cuál es el bien jurídico que pretende proteger el tipo?

Se plantea también si es necesaria la protección penal frente al dopaje, o por el contrario es suficiente con el derecho administrativo sancionador, y si se respeta el principio de ultima ratio del Derecho penal y el principio non bis in ídem.

Estos son algunos de los interrogantes a los que da respuesta este Trabajo de Fin Grado, en el que se observa que para el Derecho el concepto de dopaje es mucho más amplio que la mera administración de sustancias que aumentan las capacidades de un deportista con la

finalidad de ganar una competición, que es lo que se puede considerar como dopaje en sentido vulgar.

CAPITULO I

EL DOPAJE EN EL DEPORTE

1. ANTECEDENTES DEL DOPAJE EN EL DEPORTE

A lo largo de la historia el hombre ha protagonizado una desesperada búsqueda tratando de encontrar, mediante una mezcla de terapéutica, magia y brujería, los medios que le permitieran aumentar artificialmente su resistencia natural ante la fatiga y le facilitaran llegar a ser no sólo simplemente fuerte, sino el más fuerte de su entorno¹.

En este empeño tanto el cazador, como el guerrero como el deportista, ha utilizado diversos medios, no siempre lícitos, que pueden considerarse precursores de la práctica que hoy en día se denomina dopaje².

En palabras de VERNET PERNA, el dopaje aparece en el deporte en sus mismos inicios. Es necesario remontarse a los antiguos Juegos Griegos (776 a.C.) para reconocer la existencia del dopaje en el deporte. En esta época el deporte gozaba de una importancia social semejante a la que ostenta en la sociedad en la que vivimos. Esto promovió la aparición de una clase de deportistas muy remunerados que recurrían a “brebajes, pócimas o alimentos” para mejorar e incrementar su rendimiento³. Como dice RODRÍGUEZ BUENO, el objetivo era el mismo que el buscado con el dopaje, pero evidentemente los medios no eran los idóneos para alcanzarlo.

¹ RODRÍGUEZ BUENO, C. (2008). "Historia del Dopaje", en VV.AA., *Historia del dopaje, sustancias y procedimientos de control* (Vol. I). Madrid: Colección: ICD: Investigación en Ciencias del Deporte/CSD.

² *Ibíd.*, p. 29

³ Escritos de Milón de Crotona (siglo VI a.C.) afirman que los deportistas consumían un tipo específico de carne en función de las características técnicas de la disciplina deportiva que practicaba el deportista.

A pesar de que no hay pruebas que demuestren en este periodo la existencia de sanciones por dopaje, sí existe constancia de su control, siendo los sacerdotes los encargados de comprobar, a la entrada de los estadios, si los jóvenes competidores habían consumido alcohol o drogas y de actuar en consecuencia⁴.

Se encuentran también antecedentes del dopaje en el deporte en el Imperio Romano, pues se constatan prácticas que se asemejan al dopaje actual.

El ideal romano de deporte llevaba a los deportistas de la época a querer mejorar, pues en palabras de WADLER & HAINLINE sólo valía ganar, ser superior, en resumidas cuentas: ser el vencedor. Para ello recurrían al uso de las termas y la gimnasia, pero también al consumo de drogas tónicas, a menudo perjudiciales, e incluso al suministro de drogas a sus oponentes para disminuir su rendimiento.

Estas prácticas se convirtieron en habituales en el deporte romano, sin embargo, el recurso a las prácticas dopantes estaba sancionado. El emperador Tiberio, como castigo, llegó a requisar propiedades y a desterrar a un ciudadano romano, e incluso, posteriormente, se impuso la crucifixión para aquellos que protagonizaran un caso de dopaje.

Desde las civilizaciones clásicas se produce una pausa en la historia del dopaje en el deporte, que se prolonga hasta el siglo XIX, momento en el que comienza el denominado deporte moderno y florece el deporte de competiciones. La figura del vencedor renace y vuelve a ser bienvenida toda sustancia o producto que conduzca a la victoria. Es entonces cuando los brebajes y pócimas comienzan a ser sustituidos por sustancias farmacológicas, como las drogas de laboratorio o de síntesis.

⁴ RODRÍGUEZ BUENO, C. (1991). *Dopaje*. Madrid: McGraw-Hill-Interamericana

Los primeros sucesos individuales de dopaje propiamente dicho se comienzan a producir a finales del siglo XIX, concretamente, el primero tuvo lugar en 1865, en natación, durante el acontecimiento del Canal de Ámsterdam, con la toma de una droga desconocida que aumentaba la capacidad de resistencia, y en 1886, en ciclismo, tuvo lugar el primer caso conocido de “Muerte por Dopaje”.

2. LA LUCHA INTERNACIONAL CONTRA EL DOPAJE EN EL DEPORTE

La lucha contra el dopaje en el deporte comienza en Italia en 1954, sin embargo, fue en 1961 cuando se creó el primer laboratorio especializado. Fruto del primer Congreso Europeo sobre Dopaje, que tuvo lugar en Uriage en 1963, comienzan a elaborarse las primeras Leyes Antidopaje⁵.

En febrero de 1999 tuvo lugar la primera Conferencia mundial sobre el dopaje, en la sede del Comité Olímpico Internacional en Lausana (Suiza). Como culminación del trabajo realizado en la Conferencia se adoptó la Declaración de Lausana sobre el dopaje en el deporte. Además, fruto de lo propuesto en el seno de la mencionada Conferencia, unido a las actuaciones antiéticas de dopaje de los atletas que estaban afectando a la credibilidad del deporte de élite de cara al público, el 10 de noviembre de 1999 se creó la Agencia Mundial Antidopaje (AMA), una organización no gubernamental y privada bajo la forma de una fundación privada, sometida al Derecho Suizo, cuyos órganos de gobierno están integrados a partes iguales por representantes gubernamentales y organizaciones deportivas, que elaboró en 2003 el Código Mundial Antidopaje⁶. Aunque este Código supuso la progresiva aparición de normas nacionales menos dispares entre sí y una armonización normativa internacional, carecía de

⁵ Francia promulgo una legislación nacional antidoping en 1963 y Bélgica hizo lo mismo en 1965.

⁶ En 2015 fue elaborada una nueva versión del Código Mundial Antidopaje, que introduce cambios importantes respecto de los anteriores.

fuerza vinculante en el Derecho Internacional Público al tratarse de un instrumento internacional privado.

Hoy en día, la AMA encabeza y coordina la lucha. Publica de forma anual la lista de sustancias y prácticas prohibidas dentro y fuera de las competiciones, lo que asegura que todos los deportistas se sometan a las mismas normas. La gran diferencia se observa en el aumento del 25% de controles de los análisis de sangre en los Juegos Olímpicos de Atenas con respecto a Sidney 2000⁷.

El salto cualitativo se produjo con la Convención Internacional contra el Dopaje en el Deporte de la UNESCO. Constituyó un paso decisivo en la efectiva obligatoriedad del Código en el ámbito territorial de los signatarios como en la armonización normativa⁸. Este texto impone a los Estados que lo ratifiquen una serie de obligaciones en materia de lucha contra el dopaje, entre ellas, la obligación para los Estados de garantizar la eficacia del Código Mundial Antidopaje. Este Convenio es el primer texto normativo de carácter vinculante y alcance universal.

Por tanto, como dice PÉREZ GONZÁLEZ, se puede afirmar la existencia de un sistema jurídico deportivo internacional que atiende a una doble naturaleza, de un lado, se puede identificar un Derecho privado del deporte, y de otro, un Derecho internacional público del deporte.⁹

⁷ Durante los Juegos Olímpicos de Sidney se conocieron nueve casos de dopaje, mientras que en los Juegos de Atenas se confirmaron 23 casos de doping.

⁸ ATIENZA MACÍAS, E. *Las respuestas del derecho a las nuevas manifestaciones del dopaje en el deporte*.

⁹ PÉREZ GONZÁLEZ, C. (2013). "La lucha internacional contra el dopaje en el deporte" en *El dopaje en el deporte*. Pág. 17-62. Madrid: Dykinson.

CAPÍTULO SEGUNDO

EL DELITO DE DOPAJE DEPORTIVO EN EL DERECHO PENAL ESPAÑOL

1. EL DELITO DE DOPAJE DEPORTIVO EN NUESTRO CÓDIGO PENAL

El delito de dopaje se introdujo en el Código Penal por obra de la Ley Orgánica 7/2006, de protección de la salud y de la lucha contra el dopaje en el deporte. Desde su promulgación hasta hoy han tenido lugar dos intervenciones legislativas con incidencia en el marco normativo que regula en España las prácticas relacionadas con el dopaje. Por un lado, en el orden administrativo, la aprobación de un nuevo Código Mundial Antidopaje, más severo que el anterior, y la necesidad de impulsar una política de salud en la actividad deportiva, han derivado en la entrada en vigor de la Ley Orgánica 3/2013, que deroga la Ley Orgánica 7/2006.

Por otro lado, en el orden penal, aunque han tenido lugar varias reformas del Código Penal con gran relevancia en nuestro sistema de justicia penal, no han afectado significativamente a la figura del delito de dopaje. Concretamente, la Ley Orgánica 1/2015 ha conservado el contenido originario del artículo 361 bis y su ubicación sistemática en el Título XVII, “De los delitos contra la seguridad colectiva”, en el Capítulo III, bajo la rúbrica “De los delitos contra la salud pública”, limitándose a incorporar dos modificaciones formales. Primero, ha asignado un nuevo numeral al precepto, pasando a ser el artículo 362 *quinquies*, y ha alterado su posición anterior entre los tipos farmacológicos, de manera que ahora aparece justo detrás de ellos y antes de los llamados “fraudes alimentarios”.

Su tenor literal continúa siendo el siguiente:

“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: 1.ª Que la víctima sea menor de edad. 2.ª Que se haya empleado engaño o intimidación. 3.ª Que el responsable se haya prevalido de una relación de superioridad laboral o profesional”.

2. ELEMENTOS ESENCIALES DEL DELITO DE DOPAJE EN EL DERECHO PENAL ESPAÑOL

2.1. Bien jurídico protegido

Elaborar un nuevo delito específico lleva en primer lugar a concretar qué bien jurídico quiere salvaguardar el Derecho penal con su intervención, ya que ello será decisivo para conocer qué intereses son los que pretende proteger y qué conductas van a ser castigadas.

Hay una discusión en torno al bien jurídico protegido por el legislador penal en el artículo 362 quinquies del CP. Los posibles bienes jurídicos protegidos penalmente contra el dopaje se vinculan con la salud pública, con la salud individual, la libre competencia y con la ética deportiva.

2.1.1. *El fair play, juego limpio o ética deportiva como bien jurídico penalmente protegido*

Se ha planteado que el bien jurídico protegido está constituido por el llamado *fair play*, siendo este el valor que representa las ideas de igualdad y juego limpio en la práctica deportiva, así como el respeto a las reglas del juego. Este planteamiento se asienta en la redacción del propio artículo 362 quinquies que sanciona a quien suministre sustancias o métodos dopantes a “deportistas que participen en competiciones organizadas en España por entidades deportivas”. Sin embargo, si fuera la ética deportiva el bien jurídico protegido por el legislador, también hubiera sancionado al propio deportista, pues en realidad, es quien en último lugar atenta contra el juego limpio, y la configuración del tipo deja impune el autoconsumo, que es una de las formas principales de alterar los resultados. Además, en ese caso debería excluirse del tipo a los deportistas no federados que practiquen el deporte por recreo, pues, aunque se dopen, la competición no va a verse alterada por sus resultados, y tampoco los valores que con el deporte se pretenden transmitir; el desvalor de su conducta queda en un plano interno.

A lo expuesto hay que añadir que, debido al carácter de *ultima ratio* del derecho penal, podemos afirmar que el juego limpio o *fair play* no debe ser objeto de esta disciplina puesto que nuestro ordenamiento jurídico penal sólo interviene en los casos en los que no puedan intervenir otros mecanismos sociales o jurídicos o sean insuficientes, es por ello que no debe recibir protección penal y se protegerá a través del Derecho administrativo sancionador.¹⁰ Si bien es cierto que las conductas del artículo 362 quinquies CP son reprochables por alterar los valores del juego limpio que deben estar presentes en todo deporte, la ética en el deporte es un interés deportivo que no tiene la suficiente importancia para la

¹⁰ MIR PUIG, S. (2009). *Derecho penal. Parte general*. Barcelona: Reppertor.

vida social como para justificar su protección penal. Ésta tiene que reservarse para las conductas más importantes, no pudiendo afirmarse que todos los valores ético-morales lo sean.

No obstante, también hay otras posturas, como la de REY HUIDOBRO, de acuerdo con las cuales la regulación actual es deficiente por infrainclusiva, ya que un adecuado modelo debería proteger el correcto y leal desarrollo de la competición, hasta sancionar conductas como el autodopaje¹¹.

2.1.2. Libre competencia

Se ha considerado por una minoría de la doctrina que las conductas relacionadas con el deporte lesionan bienes jurídicos como el patrimonio y la libre competencia. La razón de ser de esto es que el resto de competidores, los patrocinadores, organizadores e incluso espectadores, desempeñan un papel económico. Sin embargo, no porque exista un interés de las partes puede hablarse de un bien jurídico penal.

ROXIN considera que en la medida en que es necesaria para el libre desarrollo del individuo en nuestra sociedad una competencia libre y justa, hasta el punto de ser un bien jurídico, cuando ésta se manipula se produce una lesión del bien jurídico y es objeto de una posible amenaza penal¹². En este sentido, si lo que trata es de proteger la libre competencia, en la medida en que distorsionan la competencia, habría que poner al mismo nivel el autodopaje y el realizado por terceros, incluso el dopaje sobre animales, en cambio, no debería considerarse

¹¹ REY HUIDOBRO, Luis F. (2006). "Repercusiones penales del dopaje deportivo", en *Revista jurídica de deporte y entretenimiento: deportes, juegos de azar, entretenimiento y música*, n.º 16, p. 108.

¹² ROXIN, C. (2009). "Derecho penal y doping" en *Cuadernos de Política*

sujeto activo el deportista recreacional pues no pretende obtener ninguna ventaja económica.

Un argumento adicional es aducido por VALLS PRIETO¹³, quien defiende que no se puede hablar de un perjuicio patrimonial respecto al resto de competidores que esperaban ganar el premio, porque no ven perjudicado directamente su patrimonio y, además, si hubiese una descalificación por dopaje, deberían acceder al premio directamente, con independencia de la existencia de sanción. Además, hay otros actos, que nada tienen que ver con el deporte, que provocan que cuantiosas inversiones económicas se vean alteradas, y no por ello se crea una específica protección penal, como puede ser el traslado de un lugar a otros una feria de negocios.

2.1.3. El dopaje como un delito contra la salud

Debe plantearse, en primer lugar, si el término salud es entendido como salud individual o salud colectiva, es decir, salud pública. El planteamiento del bien jurídico salud en sentido individual se fundamenta principalmente en que el artículo 362 quinquies indica que la conducta de suministro de sustancias o métodos dopantes será objeto de sanción penal cuando suponga la puesta en peligro de la vida o salud de los deportistas. En este sentido hay autores que consideran que el legislador penal incurrió en un error sistemático al incluir este precepto penal del dopaje entre los delitos que afectan a la salud pública. Sin embargo, el Código Penal ya cuenta con otros mecanismos destinados a proteger la salud individual del deportista¹⁴.

¹³ VALLS PRIETO, J. (2009). "La intervención del Derecho Penal en la actividad deportiva" en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, p. 9.

¹⁴ Las relacionadas con los delitos contra las personas, como delitos de homicidio y las relacionadas con los delitos de lesiones.

La mayoría de la doctrina considera que mediante el delito de dopaje deportivo se protege la salud pública, pues la propia ubicación sistemática en el Código Penal del delito relacionado con el suministro de sustancias o tratamientos prohibidos, dentro de los “delitos contra la salud pública”, parece indicar que el bien jurídico tutelado no se acerca a la idea de protección de vida o salud desde una perspectiva individual. La doctrina sostiene que el dopaje conlleva peligro para la salud pública en general, en la medida en que este comportamiento de los deportistas profesionales se tome como referencia a seguir por la generalidad de los deportistas y por otras personas que hagan uso de este tipo de sustancias.

Así las cosas, ya desde la propia Constitución Española (en adelante, CE) emanan los principios y bienes que deben protegerse por el ordenamiento penal. Dentro de los preceptos que protegen los derechos de las personas, el Capítulo III de la CE, “Principios rectores de la Política Social y económica”, concretamente en el artículo 43.3¹⁵, hace referencia de forma específica al fomento del deporte y al deber de los poderes públicos de defender y promover el desarrollo de la educación física y el deporte, en un contexto de protección de la salud. Esto ya indica lo que merece protección como bien jurídico, pues el texto constitucional hace una referencia al deporte desde una perspectiva de salud colectiva, le otorga una dimensión social. En este sentido, VALLS PRIETO afirma que sólo cabe la intervención del Estado en las actividades deportivas pero limitadas a la protección de la salud¹⁶. También en la Exposición de Motivos de la derogada LO 7/2006 se entiende que el bien jurídico protegido en el delito de dopaje deportivo es la salud, además de que hace una referencia expresa a

¹⁵ Artículo 43.3 CE: Los poderes públicos fomentarán la educación sanitaria, la educación física y el deporte. Asimismo, facilitarán la adecuada utilización del ocio.

¹⁶ VALLS PRIETO, J. (2009). *"La intervención del Derecho Penal en la actividad deportiva"* en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, op. cit.

la tutela penal de la salud pública en actividades relacionadas con el dopaje deportivo.

Ahora bien, no es sencillo determinar el concepto de salud pública pues concurren diversas interpretaciones. Hay quien entiende que se trata de un valor autónomo de la salud individual, un bien de naturaleza supraindividual, y hay quien considera que el carácter “público” de la salud no constituye un rasgo propio del interés que se tutela, sino que se concreta en un peligro de extensión indeterminada para la salud (individual) de una generalidad de personas que comportan las conductas que se sanciona, es decir, aunque se trata de un bien jurídico colectivo, tiene un referente individual, que la lleva a ser la suma de las saludes individuales¹⁷.

La jurisprudencia tampoco presenta una postura unánime, pero las resoluciones judiciales que han aplicado la figura del dopaje, en su mayoría, se han alineado con la postura que defiende que se custodia la salud como valor de la naturaleza jurídica.

La STS 871/2005 de 15 de marzo, defiende la tesis de que *la salud pública no existe como un objeto real ni como la suma de la salud de personas individualmente consideradas. La finalidad del legislador, más que la de evitar daños en la salud individual de las personas, es impedir la difusión de una práctica social peligrosa para la comunidad por el deterioro que puede causar en*

¹⁷ CORTÉS BECHIARELLI, E. (2007). *El delito de dopaje*. Valencia: Tirant lo Blanch, p. 56, que dice compartir la propuesta de LORENZO SALGADO, José M.: «Título XIV. Delitos contra la seguridad colectiva. Capítulo II. De los delitos contra la salud pública», en Documentación jurídica. Monográfico dedicado a la Propuesta de Anteproyecto de nuevo Código penal, vol. II, Madrid, 1985, p.795

la población. Esta resolución atiende al interés general de la colectividad y niega que la salud pública sea la suma de la salud individual de los ciudadanos.

Por otro lado, la STC 62/1983, de 11 de julio, afirmó que *el bien jurídico protegido en los delitos de riesgo en general contra la salud pública es el bien común en el que la misma consiste, que se refleja en definitiva en la salud personal de los ciudadanos, por lo que estamos en un supuesto en el que la defensa de este interés se hace sosteniendo el interés común, aun cuando en el caso de que se trata el interés personal no sea directo.* Esta sentencia conecta la salud pública y la integridad psíquica y física de los ciudadanos, sin distinguir ambos bienes jurídicos.

En un sentido totalmente opuesto a las anteriores se pronuncian, sin embargo, la STS 98/2004 de mayo de 2004 y 166/2005 de 8 de febrero de 2005, considerando que la salud pública está considerada por la de cada uno de sus componentes. La STS 166/2005, de 8 de febrero, exponía que *si bien es cierto que el delito contra la salud pública no protege exclusivamente la salud del destinatario, como sucede en los delitos de lesiones o contra la integridad física del sujeto, no podemos dejar de tener en cuenta que la salud pública de la colectividad está formada por la salud de cada uno de sus componentes, de modo que la afectación de su propia salud conforma la de la colectividad. Y aunque este ataque no tiene que ser real o efectivo, basta con que sea potencial, debe incidir materialmente en tal salud, es decir, la sustancia con la que se agrede tiene que tener condiciones de afectarla.*

Tras lo expuesto, considero que el bien jurídico protegido por el tipo penal es la salud pública como bien autónomo y supraindividual. Para ello me baso en la finalidad dictada por la STS 871/2005, entendiéndose así que no se castigue al propio deportista que se dopa, así como en la ubicación del delito y la ampliación del sujeto pasivo, que ahora incluye a todos los deportistas y no exclusivamente a los deportistas competitivos.

2.2. Naturaleza jurídica

Situado el bien jurídico protegido corresponde ahora concretar la naturaleza de esta figura delictiva en atención fundamentalmente a su carácter y, precisamente, en relación con dicho bien.

El Código Penal de 1995, bajo la rúbrica “*De los delitos contra la seguridad colectiva*” contenida en el Título XVII, protege el bien jurídico de la seguridad colectiva frente a determinadas situaciones de riesgo provocadas por conductas penales que ponen en peligro las condiciones que permiten a una sociedad considerarse segura. Estos delitos son caracterizados como delitos de peligro, en los cuales, como expone POLAINO NAVARRETE, no se produce en realidad una lesión ni objetivamente apreciable a un bien jurídico, sino que éste resulta protegido precisamente por la *puesta en peligro* de que ha sido objeto mediante la acción en cuestión¹⁸.

En la Exposición de Motivos del Proyecto del Código Penal de 1992 se encuentra una referencia a lo anteriormente expuesto por cuanto determinaba que “*la idea de seguridad, en todos los grupos, viene dada porque se configuran delitos de peligro, concreto o abstracto, que, en todos los casos, ponen en juego la vida o salud de una generalidad indeterminada de personas*”.

Por lo argumentado, en el dopaje deportivo la afectación del bien jurídico protegido a través del artículo 362 quinquies del Código Penal se configura como un delito de peligro, pues se castiga el riesgo que algunas sustancias o métodos dopantes pueden significar para la salud del deportista, y no la producción de un

¹⁸ POLAINO NAVARRETE, M. (2014). *Derecho Penal. Parte general*. Lima (Perú): Editores E.I.R.L.

daño en la salud del mismo, razón por la cual este delito no se configura como un delito de lesión.

Tras lo afirmado, cabe ahora plantearse si es un delito de peligro concreto o abstracto, que dependerá del tipo de riesgo que corra el bien jurídico. En este sentido POLAINO NAVARRETE expone que los delitos de peligro concreto *“no requieren, para su consumación, la producción de la lesión del bien jurídico: el delito ya se perfecciona con la mera puesta en peligro del objeto de protección típica. La producción de la situación de peligro implica ya la consumación de estas figuras delictivas”*. En cambio, *“el delito de peligro abstracto se consuma con la mera creación de una situación potencialmente peligrosa, presuntamente fundamentadora de una eventual situación de peligro para un bien jurídico, siendo así que tal peligro no se ha producido en la realidad. (...) El peligro es, pues, mero motivo de la resolución del legislador penal, que configura el tipo ante la eventualidad de una conducta efectivamente peligrosa para algún bien jurídico merecedor de la protección penal”*¹⁹.

Por tanto, los *delitos de peligro concreto* exigen la puesta en peligro del bien jurídico, pero no exige resultado de lesión, mientras que los *delitos de peligro abstracto* no exigen dicha puesta en peligro por presumir el legislador que la conducta definida por el tipo penal lleva implícita la puesta en peligro del bien jurídico protegido de forma inevitable.

Interpretando el artículo 362 quinquies del Código Penal de forma literal se puede confirmar que se incluye dentro de los delitos de peligro concreto, puesto que de su propia redacción se deriva la exigencia de “la puesta en peligro de la vida o salud de los deportistas” para la comisión del ilícito penal. La configuración del tipo como delito de peligro concreto permite respetar el carácter

¹⁹ POLAINO NAVARRETE, M. (2014). *Derecho Penal. Parte general*, op. cit., pág. 438 y 439.

del derecho penal de última ratio, de forma que no se castiga cualquier manifestación de dopaje, pues es tarea del legislador el suministro de los criterios para establecerlo así. No obstante, y a pesar de ser esta la doctrina mayoritaria, otros autores mantienen en una posición contraria, sosteniendo que el dopaje deportivo es un delito de peligro abstracto al no exigir el precepto penal una puesta en peligro ni efectiva ni potencial.

Dado lo anterior, mantengo la postura de la doctrina mayoritaria pues en los delitos de resultado lo esencial es constatar el resultado y su relación con la conducta realizada por el sujeto activo. Por tanto, el dopaje se concreta constatando el daño potencial que supone para la vida o salud del deportista dopado y que dicha situación sea consecuencia de la conducta practicada por el sujeto activo. Si fuera un delito de peligro abstracto la mera nocividad connatural del producto bastaría para el castigo penal, sin que fuera necesario apreciar si la acción típica ha producido un resultado que suponga para la vida o salud del deportista un peligro concreto.

2.3. Análisis de los elementos objetivos del delito de dopaje

2.3.1. Conducta y resultado típicos

Conforme la redacción del precepto penal es posible que el delito de dopaje deportivo sea cometido mediante cualquiera de las siete conductas que indica el artículo 362 quinquies del CP. Las conductas típicas son quienes "prescriban, proporcionen, dispersen, suministren, administren, ofrezcan o faciliten" a los deportistas las sustancias o métodos dopante, por tanto, se castiga cualquier forma de puesta a disposición del producto al deportista, sea por decisión espontánea del autor o a petición del consumidor. El tipo penal recoge diversas alternativas de comisión, por lo que se comete un único delito se realicen una o varias conductas.

Haciendo uso de las definiciones que da la Real Academia Española (RAE) para estos conceptos, *prescribir* significa "recetar, ordenar remedios," y parece que hace una referencia específica a la actividad desarrollada por los médicos y personal sanitario vinculados a deportistas profesionales; *proporcionar* es "poner a disposición de alguien", sancionando penalmente a quien proporciona a un deportista sustancias prohibidas con la finalidad descrita en el tipo; *dispensar* implica tanto "expender" como "despachar" y se refiere a farmacias o establecimientos autorizados por la autoridad; *suministra* equivale a "proveer de algo"; *administrar* significa lo mismo que "proporcionar o suministrar"; *ofrecer* es "comprometerse a dar algo", y su interpretación debe ser restrictiva para evitar un posible adelantamiento de la intervención penal, según CORTÉS BECHIARELLI la interpretación sobre el ofrecimiento de sustancias o productos prohibidos debe efectuarse poniendo énfasis en el resultado de la concreta puesta en peligro del bien jurídico protegido pues de lo contrario no se configuraría el delito de dopaje deportivo²⁰; y *facilitar* conlleva "hacer posible la consecución de un fin". Haciendo uso del verbo típico *facilitar* el legislador hace referencia a cualquier otro tipo genérico de actividad, de manera que, en caso de que no sea posible la aplicación de cualquiera de las otras seis conductas, el tipo delictivo de dopaje deportivo se configure igualmente.²¹

Para que se castigue alguna de estas conductas es necesario que se ofrezca una sustancia concreta que ponga en peligro la vida del deportista o su salud, y que tenga como fin aumentar las capacidades físicas del deportista o modificar los resultados de una competición. Es necesaria una situación de

²⁰ CORTÉS BECHIARELLI, E. (2007) *El delito de dopaje*, op. cit., pág. 78.

²¹ El legislador ha utilizado en este tipo legal la misma técnica descriptiva que en otros delitos contra la salud pública para evitar cualquier resquicio que pueda dar lugar a impunidad, en ÁLVAREZ VIZCAYA, M. (2008) "Salud o deporte: ¿qué pretende tutelar el Derecho penal?", en *La ley penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario*, N°47, España, pág. 11.

peligro o de riesgo, pues de no existir, no estaríamos ante un delito ya que no se habría consumado, debiendo imponerse una sanción por vía administrativa. Esto es así porque no cabe la modalidad imprudente en el tipo, aunque la doctrina no es unánime al respecto²².

Además de lo anteriormente expuesto, para que las acciones que integran el tipo penal sean punibles, deben realizarse "sin justificación terapéutica". El Anteproyecto de la LOPSLDD incluía "sin justificación médica", pero se modificó como consecuencia de una enmienda procedente del Grupo Popular para evitar dejar fuera algunas conductas.

Respecto a esta cláusula caben diversas interpretaciones, planteándose si tiene un carácter formal o material. En un primer lugar, debe descartarse el carácter formal, que hace necesaria una autorización administrativa expresa para su uso terapéutico, pues hace depender la tipicidad de la conducta de un acto administrativo reglado, procedente del Comité de Autorizaciones de Uso Terapéutico (art. 17 LOPSLDD). Así, la "justificación terapéutica" tendrá un carácter material, descartando también que sea una causa de justificación específica para el delito²³. Esto significa que no será determinante el criterio de un médico que recete la sustancia o método dopante porque lo crea justificado, sino las circunstancias materiales de necesidad de remedio o tratamiento de una enfermedad, quedando con ello reforzada la teoría de que lo que debe prevalecer en el tipo es la salud.²⁴

Una vez expuestas las acciones del tipo, hay que hacer referencia a la comisión del delito por omisión, posible sobre la base del artículo 11 CP. Para

²² Vid. infra cap. II Apartado 2. Elementos esenciales del delito de dopaje en el Derecho penal español. Epígrafe 4. Tipo subjetivo del delito de dopaje.

²³ ROCA AGAPITO, L., op. cit., p. 55.

²⁴ CORTÉS BECHIARELLI, E., op. cit., p. 72.

ello, la conducta que este exige equivale a la creación específica del riesgo para la vida o salud del deportista. Sin embargo, al tratarse de una comisión por omisión, se exige un especial deber jurídico al autor, que ocupará la figura de garante. En esta posición se encuentran tanto los padres del deportista menor de edad como el médico responsable de la salud de los deportistas, que consiente y no evita que otro les proporcione sustancias dopantes, y son a su vez los que pueden ser autores de un delito de dopaje deportivo por la vía omisión.

2.3.2. *Sujetos del delito*

A) Sujeto activo del delito de dopaje

La imputación de responsabilidad penal siempre ha de recaer sobre un sujeto determinado a quien se le pueda atribuir un juicio de reproche por la ejecución de una acción descrita en una norma penal²⁵. Es necesario distinguir si el deportista participa en alguna de las conductas descritas en el tipo penal o si es el propio deportista el que se dopa, pues el tratamiento punitivo no es el mismo.

El delito de dopaje es un delito común que puede ser realizado por cualquier persona. Lo pone de manifiesto el artículo 362 quinquies al indicar de forma expresa "*los que*".

Es importante mencionar la Exposición de Motivos de la derogada LO 7/2006, que justifica que se incluyera el también derogado artículo 361 bis del CP como delito, "(...) cuya finalidad es castigar al entorno del deportista y

²⁵ POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Derecho Penal. Parte general*, op. cit., pág. 103.

preservar la salud pública²⁶. En consecuencia, la sanción penal del actual artículo 362 quinquies CP recae sobre el entorno del deportista.

El tipo no exige conocimiento o cualificación profesional alguna para ser considerado como autor del delito, y ello a pesar de que algunas acciones típicas (prescribir o dispensar) parecen ser exclusivas de los ámbitos médicos y farmacéuticos. Sin embargo, pese a que la Ley Penal no acota el círculo de autores, prevé en el tipo una pena accesoria de “inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión u oficio, de dos a cinco años”²⁷. En este sentido la LO 3/2013 recoge sanciones disciplinarias de acuerdo a las normas de sus Colegios Profesionales²⁸.

Aunque formalmente se plantea como un delito común, el legislador está pensando principalmente en profesionales relacionados con el mundo del deporte, aunque no se exija titulación específica, finalidad que es más evidente al ser incluida una agravante específica aplicable a quienes se prevalen de una posición de superioridad profesional.

²⁶ Exposición de Motivos, LO 7/2006

²⁷ Artículo 362 quinquies del CP

²⁸ Artículo 62. *Sanciones a la participación de profesionales sanitarios y cualesquiera otros en actividades de dopaje en el deporte.*

Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 26 de esta Ley para quienes tengan licencia deportiva, los profesionales sanitarios y cualesquiera otros profesionales que fabriquen, preparen, faciliten, colaboren, prescriban o dispensen sustancias y productos susceptibles de producir dopaje en el ámbito de la actividad deportiva a la que se refiere esta Ley, o propicien la utilización de métodos no reglamentarios o prohibidos en el deporte, sin cumplir con las formalidades prescritas en sus respectivas normas de actuación y en esta Ley, incurrirán en responsabilidad disciplinaria. Las conductas descritas anteriormente son constitutivas de infracción muy grave y serán sancionadas de acuerdo con las respectivas normas de sus Colegios Profesionales.

Las personas así sancionadas no podrán ejercer cargos deportivos o médicos en cualquier entidad relacionada con el deporte, obtener licencia deportiva o habilitación equivalente, ni ejercer los derechos derivados de la licencia deportiva por un período coincidente con la duración de la sanción de inhabilitación que les correspondería de haber sido titulares de la licencia federativa, LO 3/2013.

La LO 3/2013 a diferencia del régimen sancionador penal, restringe el círculo de sujetos responsables en los artículos 13 y siguientes a cuatro grupos de sujetos: los deportistas; los clubes y equipos deportivos; los técnicos, jueces, árbitros, demás personas con licencias deportivas españolas, de ligas profesionales, de entidades organizadoras de competiciones deportivas de carácter oficial, clubes o equipos deportivos; y los médicos y resto del personal sanitario de clubes y equipos. No hace referencia a los médicos ajenos al ámbito deportivo, quedando por tanto exentos de responsabilidad disciplinaria.

Se podría apreciar, como señala CORTÉS BECHIARELLI, que este planteamiento es contrario a las relaciones clásicas entre el Derecho penal y el Derecho administrativo sancionador, pues el primero debería reforzar al segundo seleccionando las conductas más graves, pero no ampliar los sujetos o conductas punibles²⁹. Únicamente queda justificado si se entiende que el tipo protege las conductas que atentan contra la salud pública.

Tema importante es el del auto consumo. El art. 362 quinquies CP ha optado por excluir la tipicidad del deportista que se dopa, a diferencia de otros ordenamientos, como el alemán o el italiano, que sí castigan el autoconsumo. Esto implica que tanto la autopuesta en peligro como los posibles resultados lesivos que pudiese producir quedan impunes. Su responsabilidad se limitará a la sanción administrativa (artículos 21.1 y 22.1 b) Ley 3/2013).

Conforme a la redacción del precepto penal, el deportista sólo será castigado cuando intervenga como autor o participe del delito de dopaje, esto es, respecto a un tercero haciéndole llegar el objeto dopante.

²⁹ CORTÉS BECHIARELLI, E., *El delito de dopaje*, op. cit., pág. 63.

Cabe mencionar la postura de la doctrina minoritaria, entre los que se encuentra REY HUIDOBRO, que considera que lo lógico en las conductas de autoconsumo es sancionarlas penalmente, pero su idea es “que se centren sobre todo en multas y en la privación de derechos como la inhabilitación para la práctica deportiva”³⁰. Sin embargo, ROCA AGAPITO afirma que la punición del autoconsumo tendría difícil encaje con los fines de la pena, pues dejaría de ser justa y necesaria, debido a que además del riesgo que conlleva doparse, tendría que soportar una pena el deportista e innecesaria, puesto que, si se trata de proteger la salud pública, el castigo individual no tendría apenas repercusión disuasoria o efecto preventivo especial³¹.

La consideración de la salud pública como bien jurídico protegido implica que el consentimiento del deportista no evita la sanción que conlleva la conducta típica realizada y es irrelevante para la aplicación de cualquier sanción penal a dicho deportista.

B) Sujeto pasivo

Partiendo de que el valor tutelado es la salud pública, el sujeto pasivo de la norma es la colectividad, siendo los deportistas a los que se refiere el precepto sujetos pasivos de la acción -que es la *prescripción, proporción, dispensa, suministro, administración, ofrecimiento de las sustancias o métodos prohibidos*- diferenciados del titular del bien jurídico que se pretende proteger. Por tanto,

³⁰ REY HUIDOBRO, Luis Fernando, “Repercusiones penales del dopaje deportivo”, op. cit., pág. 108.

³¹ Una sanción penal no sería ni justa ni necesaria pues no tendría sentido enviar a la cárcel al deportista que voluntariamente coloca su salud o vida en peligro. Además, la práctica el deportista tiene derecho a guardar silencio y no declarar contra sí mismo, por lo que se podría dificultar la persecución de terceras personas que pudieron darle sustancias, en ROCA AGAPITO, L., “Los nuevos delitos relacionados contra el dopaje”, op. cit., pág. 44.

puede ser sujeto pasivo a su vez cualquiera que practique un deporte, atendiendo a la definición de deportista del Anexo I de la LO 3/2013³².

El precepto hace referencia a tres categorías de sujetos: "deportistas federados no competitivos", "deportistas no federados que practiquen el deporte por recreo", y "deportistas que participen en competiciones organizadas en España por entidades deportivas".

De acuerdo con lo que establece la norma, para que la conducta sea punible ha de afectar a alguno de los deportistas indicados. En el proyecto del derogado art. 361 bis solo figuraban los "deportistas que participen en competiciones organizadas en España por federaciones deportivas". El CGPJ manifestó que no amparando bajo la protección en la norma al resto de deportistas y a los demás individuos no se estaba tutelando la salud y la vida, sino aspectos puramente deportivos³³. El texto llegó al Congreso de los Diputados, sin tener en cuenta la apreciación del CGPJ, sin embargo, el Grupo Parlamentario Catalán presentó una enmienda, pues entendía que el Proyecto de Ley "centraba su atención única y exclusivamente en el deporte de competición, olvidando el deporte no competitivo, el recreacional, ámbitos en los cuales pueden darse también casos de incitación al dopaje en gimnasios, etcétera..."³⁴.

Finalmente se ampliaron los perjudicados del tipo para incluir a los deportistas federados no competitivos y los recreacionales. Eso refuerza, en primer lugar, la teoría de que para que la conducta sea sancionada penalmente

³² "Cualquier persona que participe en un deporte a nivel internacional o estatal, así como cualquier otro competidor en el deporte que está sujeto a la jurisdicción de cualquier signatario o a otra organización deportiva que acepte el Código" (en referencia al Código Mundial Antidopaje).

³³ Informe del CGPJ sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica de Protección de la Salud y de Lucha contra el Dopaje, de 10 de noviembre de 2005, pág. 50.

³⁴ Enmienda 135 (BOCG, Congreso, Serie A, núm. 82-7, de 7 de junio de 2006).

debe suponer un riesgo grave para la salud o vida del deportista, sea del tipo que sea, y, en segundo lugar, la afirmación de que el tipo no protege el juego limpio por no revestir la entidad suficiente para merecer la intervención del Derecho penal.

No tendría sentido no haber incluido a tales deportistas, pues el bien jurídico protegido, entendido como salud pública, es lesionado cuando se dopan tanto los deportistas competitivos como los que no lo son. Por ello, lo que debe valorarse es si sus conductas suponen un riesgo objetivo para aquélla³⁵.

2.3.3. objeto material del delito

El objeto material del delito se refiere a la persona o cosa sobre la que ha de recaer físicamente la acción, por lo que también se conoce como "objeto de la acción"³⁶. Atendiendo al artículo 362 quinquies del CP, el objeto material se refiere a 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, de este objeto material se extraen tres propiedades. En primer lugar, la configuración del artículo como una norma penal en blanco que debe completarse acudiendo a la legislación extrapenal para la concreción de las sustancias no permitidas. Las otras dos son exigencias sobre el fin al que deben

³⁵ CORTÉS BECHIARELLI, E., op. cit., p. 45.

³⁶ MIR PUIG, Santiago, *Derecho penal. Parte general*, op. cit., pág. 224.

estar destinadas: o bien tienen que servir para aumentar la capacidad física, o bien para modificar los resultados de las competiciones.

Así, el legislador penal no especifica las sustancias y métodos dopantes típicos, sino que únicamente se refiere a las sustancias o grupos prohibidos o a los métodos antirreglamentarios, de manera que hay que acudir a otras normas para saber cuáles son. Cabe mencionar la afirmación de la STC 120/1998, de 15 de junio, respecto de esta técnica legislativa, que establece que "la CE ni impone ni prohíbe que el complemento extrapenal deba de estar previsto en norma con rango de Ley Orgánica". Por tanto, lo que es necesario es que en el tipo penal se incluya el núcleo esencial de la prohibición, y en el caso concreto del tipo analizado así ocurre, por lo que el uso de la colaboración extrapenal en la concreción de alguno de sus elementos es correcto.

En este sentido, el CMA contiene los criterios para decidir si una sustancia o método se consideran prohibidos en el deporte, y hacen referencia a aquellos que tengan potencial para mejorar el rendimiento deportivo, los que plantean un riesgo real o potencial para la salud del deportista, los métodos que vulneren el espíritu deportivo, además de aquellas sustancias o métodos que tengan el potencial de enmascarar el uso de otros³⁷. El proceso para la revisión anual de la lista consta de tres reuniones del Grupo de Expertos, y, tras esas reuniones, recomienda la nueva Lista al Comité de Salud, Medicina y de Investigación, el cual, a su vez, realiza la recomendación al Comité Ejecutivo de la AMA. El Comité

³⁷ Artículo 4.3. Criterios para la inclusión de sustancias y métodos en la lista de sustancias y métodos prohibidos, en CMA.

Ejecutivo de la AMA finaliza la lista, que se publicará el 1 de octubre y entrará en vigor el 1 de enero del año siguiente³⁸.

Debido a los compromisos internacionales asumidos por España, el artículo 4 de la LO 3/2013 establece que el Consejo Superior de Deportes publicará anualmente el correspondiente listado internacional de las sustancias y métodos no permitidos en el BOE³⁹, mediante Resolución de su Presidencia.

En segundo lugar, una vez concretado el listado de aplicación para investigar un posible delito de dopaje del art. 362 quinquies del CP, hay que comprobar si cumple con la exigencia de estar *"destinados a aumentar sus capacidades físicas o a modificar los resultados de las competiciones"*. Esto implica que serán atípicas aquellas que sólo sirvan para disminuir las capacidades, o incluso aquellas que, aunque produzcan una mejora, esta sea en las capacidades psíquicas.

Por último, es necesario que las sustancias o métodos dopantes *"por su contenido, reiteración de la ingesta u otras circunstancias concurrentes, pongan en peligro la vida o la salud"* del deportista. Esta circunstancia es esencial para poder defender la naturaleza del delito como de peligro concreto, pues exige que el peligro de esas sustancias se concrete en la vida o salud del deportista, lo que implica la creación de una efectiva situación de peligro⁴⁰. En cualquier caso, para acreditar la existencia de riesgo potencial y demostrar la relación de

³⁸ Las sustancias y métodos prohibidos se pueden ver en: https://www.wada-ama.org/sites/default/files/prohibited_list_2018_sp.pdf, válida desde el 1 de enero de 2018 hasta el 31 de diciembre de 2018.

³⁹ Resolución de 22 de diciembre de 2017, de la Presidencia del Consejo Superior de Deportes, por la que se aprueba la lista de sustancias y métodos prohibidos en el deporte, BOE núm. 316, de 29 de diciembre de 2017.

⁴⁰ CORTÉS BECHIARELLI, E., op. cit., p. 32; ROCA AGAPITO, op. cit., p. 50.

causalidad entre las conductas dopantes y sus consecuencias lesivas será decisiva la prueba pericial médica.

El uso de cualquier sustancia prohibida por un deportista por razones médicas es posible a través de una Autorización de Uso Terapéutico (AUT), en cualquier otro caso, el profesional o médico o cualquier otra persona que suministre la sustancia dopante sin autorización médica estaría incurriendo en el delito del artículo 362 quinquies.

2.4. Tipo subjetivo del delito de dopaje

Un injusto típico es reprochable a su autor cuando existe dolo o culpa, siendo estos títulos de imputación alternativos y excluyentes, así como elementos imprescindibles para su configuración y fundamento en la aplicación de una pena

En el tipo legal de delito de dopaje deportivo la comisión debe ser a título doloso⁴¹. Concretamente el precepto penal hace referencia a dos elementos subjetivos porque indica que las sustancias, los grupos farmacológicos o métodos no reglamentarios deben encontrarse "*destinados a aumentar las capacidades físicas del deportista o a modificar los resultados de las competiciones*"⁴². Estas son las finalidades subjetivas que pueden configurar el tipo penal, exigiendo que se tenga tal finalidad, no ese resultado.

El Informe del Consejo General del Poder Judicial sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica de Protección de la Salud y de la Lucha contra el Dopaje en el Deporte confirma que el delito de dopaje en el deporte ha de ser cometido

⁴¹ En esta línea, CORTÉS BECHIARELLI, E., *El delito de dopaje*, op. cit, p. 92

⁴² Vid. supra cap. II. Apartado 2. Elementos esenciales del delito de dopaje en el Derecho penal español. Epígrafe 3.3. Objeto material del delito.

dolosamente porque señala expresamente que la comisión del tipo delictivo de dopaje es dolosa.

En este sentido, y puesto que el delito de dopaje deportivo es un delito de peligro concreto, es necesario probar el dolo del autor en el proceso penal. El autor debe saber que es peligrosa la actividad que está realizando. Esto ocurre con las conductas y actividades que realizan médicos y farmacéuticos, que han de saber cuándo suministran una sustancia dopante, no pudiendo ni siquiera invocar un error dados los especiales conocimientos que poseen en su profesión⁴³. Incluso aunque concurriese un error vencible sobre ese caso tampoco se castigaría como imprudencia, debido a la existencia de los elementos del injusto en el delito de dopaje⁴⁴.

Por otro lado, en cuanto a la comisión del delito de dopaje deportivo por imprudencia puede entenderse posible por la ubicación del art. 362 quinquies CP dentro del mismo capítulo que el art. 367 CP, que dispone que "si los hechos previstos en todos los artículos anteriores fueran realizados por imprudencia grave, se impondrán, respectivamente, las penas inferiores en grado." Sin embargo, por lo expuesto hasta el momento es lógico concluir que no cabe la comisión del delito de dopaje por culpa, pues se exige una finalidad que sobrepasa la realización del hecho típico (administrar las sustancias o métodos dopantes), y, además, debe hacer peligrar la vida o salud del deportista. La existencia de estos dos elementos subjetivos del injusto justifica la impunidad de la concurrencia de aquellas conductas que no los contengan e impide la comisión imprudente del art. 367 CP.

⁴³ CORTÉS BECHIARELLI, E., El delito de dopaje, op. cit., p. 93.

⁴⁴ CORTÉS BECHIARELLI, E., El delito de dopaje, op. cit., p. 93.

2.5. Las circunstancias agravantes

El art. 362 quinquies CP prevé tres circunstancias modificativas de la responsabilidad penal, que suponen que la pena se imponga en su mitad superior.

El primer supuesto gravado es que *“la víctima sea menor de edad”*. Se entiende que es aplicable respecto al deportista menor de 18 años de edad. Con esto se pretende proteger a un colectivo más débil y manipulable, que no tiene la madurez suficiente para discernir los límites de la licitud e ilicitud. También debe tenerse en cuenta que las sustancias y métodos dopantes tienen unos efectos más peligrosos para la vida y salud de un menor, pues su organismo aún se está desarrollando. Así, el consentimiento de la víctima será irrelevante, como en los demás casos.

Un segundo supuesto que agrava la responsabilidad es *“que se haya empleado engaño o intimidación”*. Por un lado, cualifica el engaño. El engaño implica la provocación de un error en la víctima, que utiliza sustancias o métodos dopantes facilitadas por el sujeto activo bajo un consentimiento aparente. En realidad, el consentimiento no es válido. Por otro lado, la acción alcanza un mayor reproche en caso de intimidación, relacionado con las amenazas y el anuncio de un mal mayor, grave y personal. En este sentido, la norma no hace una referencia expresa al uso de la violencia, lo que implica que no constituye un agravante. En el caso de que, por ejemplo, el sujeto activo fuerce físicamente a un deportista a doparse, podría presentarse un concurso de delitos dependiendo de las circunstancias

La última alternativa gravada lo constituye el hecho de *“que el responsable se haya prevalido de una relación de superioridad laboral o profesional”*. Esta agravante tiene una finalidad de protección de la parte débil de la relación en el supuesto del deporte que se practica a un nivel profesional, cuando existe un

vínculo laboral que establece una relación de jerarquía entre ambos sujetos. En este sentido, el consentimiento de la víctima se encuentra viciado, pues el deportista consiente doparse, pero por sometimiento al criterio de quien se encuentra en una posición de superioridad, produciéndose entonces un mayor estado de peligro para el bien jurídico protegido⁴⁵. Debe probarse que ha sido dicha superioridad el medio utilizado para obtener el consentimiento el deportista, aunque esta no es una cuestión sencilla.

En este delito no existe una solución en caso de concurrir dos o todas las agravantes. Esto puede producir un desajuste de la antijuridicidad material del hecho⁴⁶, pero “en el caso de que concudiesen 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 núm. 3, podría además reconducirse a la agravante genérica”.⁴⁷

2.6. Iter criminis

El iter criminis está formado por dos fases de desarrollo: una interna y otra externa. La fase que alcanza relevancia penal es la externa, es decir, el momento en el que los actos planeados por la persona se realizan en el mundo exterior con el propósito de cometer un delito, distinguiendo actos preparatorios y actos ejecutivos.

En el delito de dopaje cabe entender que no existen actos preparatorios, pues el precepto penal no lo hace expresamente, ni siquiera se refiere a la

⁴⁵ CORTÉS BECHIARELLI, E., *El delito de dopaje*, op. cit., p. 135.

⁴⁶ CORTÉS BECHIARELLI: *op. cit.*, p. 131.

⁴⁷ ROCA AGAPITO, L., “Los nuevos delitos relacionados contra el dopaje”, op. cit., p. 60.

tenencia o transporte de sustancias dopantes como actos preparatorios, por lo que no son punibles los actos preparatorios de conspiración, proposición y provocación de los arts. 17 y 18 CP. Es en los actos ejecutivos donde realmente radica su importancia.

La consumación en el delito de dopaje deportivo se produce cuando, verificados los elementos típicos, se produce el resultado jurídico, es decir, la puesta en peligro del bien jurídico protegido en el art. 362 quinquies CP. Exige la puesta en peligro concreto de la vida o salud del deportista para entenderse consumado el delito de dopaje, pues es preciso señalar que el mencionado artículo es un delito de peligro concreto, y debe verificarse la efectiva creación del riesgo y la carga lesiva para el bien jurídico protegido. De lo contrario, si no se produce ese riesgo, el delito quedaría en tentativa.

Cabe la comisión en grado de tentativa según el grado de peligro que se haya creado para la salud o vida del deportista. Para que se produzca la tentativa del delito de dopaje deportivo se requiere la mera puesta en peligro del bien jurídico protegido por el art. 362 quinquies CP.

2.7. Penalidad

La pena para el tipo básico del delito de dopaje deportivo es pena de prisión de seis meses a dos años, multa de seis a dieciocho años e inhabilitación especial para empleo, cargo público, profesión u oficio de dos a cinco años.

En el párrafo segundo se establece el tipo agravado, que impone la pena en su mitad superior si concurre alguna circunstancia agravante⁴⁸.

⁴⁸ Vid. supra cap. II. Apartado 2. Elementos esenciales del delito de dopaje en el Derecho penal español. Epígrafe 5. Circunstancias agravantes.

3. CUESTIONES CONCURSALES

El deporte puede verse afectado por varios delitos cometidos por el mismo sujeto. Así, dentro del ámbito del dopaje deportivo, se observa que el art. 362 quinquies CP no incluye una cláusula concursal específica que permita una aplicación íntegra del tipo penal, lo que lleva a plantearse cuestiones concursales. Además, como expone CORTÉS BECHIARELLI, plantea más problemas debido a la enorme diversidad del objeto material⁴⁹. Por ello, surgen algunas hipótesis concursales en relación al dopaje deportivo con otras actividades ilícitas tipificadas en el CP.

3.1. Delitos contra la vida, la salud o la integridad física

A través de un dopaje lo habitual es que se vea afectada la vida o salud del deportista.

Puede suceder que el peligro concreto se materialice en un resultado de muerte o lesiones, siempre que estas consecuencias se deriven de la administración de sustancias o métodos dopantes por parte de un tercero, puesto que nuestro ordenamiento penal no tipifica el autoconsumo. Además, dichas sustancias o métodos deben ser perjudiciales o peligrosos para la salud o vida del deportista para que sean relevantes penalmente.

Debido al silencio legal sobre la solución punitiva cuando se produce el resultado lesivo, algunos autores, como CORTÉS BECHIARELLI, defienden la aplicación de un concurso aparente de normas penales, operando el principio de absorción, pues la producción del resultado lesivo contra la vida o la salud del

⁴⁹ CORTÉS BECHIARELLI, E., *El delito de dopaje*, op. cit, p. 107. *Vid. infra* cap. II. Apartado II. Epígrafe 3.3. Objeto material.

deportista absorbe el riesgo creado por el sujeto activo⁵⁰. La SJP nº 6 de Valencia 401/2012, de 10 de octubre, apoya este planteamiento al estimar que: “cuando se produzca subsiguientemente el resultado dañoso, el delito de riesgo ha de quedar embebido en el de resultado (lesiones u homicidio), según lo dispuesto en el artículo 8.3 del Código Penal”.

En este sentido, en los casos de dopaje realizados por terceros, NIETO MARTÍN distingue si el deportista era conocedor o no de la nocividad de la sustancia y sus efectos perjudiciales. Así, en el caso de que no conociera los efectos nocivos sobre su salud, el tercero incurre en un delito de lesiones, o de homicidio en caso de muerte, tanto en la modalidad de delito doloso como imprudente, en concurso de normas penales con aplicación para él del art. 8.4 CP. En caso de que el deportista tuviera conocimiento del posible resultado, concluye que no sería una acción constitutiva de delito cuando el tercero suministra, oferta, facilita, prescribe la sustancia prohibida y es el deportista el que voluntariamente, de un modo responsable, se administra causándose lesiones⁵¹.

Por otro lado, otros autores, como CADENA SERRANO consideran que debe solucionarse a través de un concurso ideal de delitos, “con los tipos de homicidio y lesiones, dolosos o imprudentes, consentidos o no”⁵².

⁵⁰ CORTÉS BECHIARELLI, E., *El delito de dopaje*, op. cit., p. 110.

⁵¹ NIETO MARTÍN, A. (2007) “Artículo 361 bis.”, en L. ARROYO ZAPATERO / I. BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE / J.C. FERRÉ OLIVÉ / N. GARCÍA RIVAS / J.R. SERRANO PIEDECASAS / J.Mª TERRADILLOS BASOCO (dirs.), *Comentarios al Código Penal*, Editorial Iustel, Madrid, p. 797.

⁵² CADENA SERRANO, Fidel Ángel (2007) “El Derecho penal y el deporte. Especial referencia a la violencia y al dopaje”, en Fernando VÁSQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS (dir.), *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXVII, Santiago de Compostela, p. 132.

3.2. Delito de manipulación genética

El denominado dopaje genético se encuentra dentro de los métodos prohibidos en el deporte⁵³, y es posible encontrar un concurso entre este método y el tipo penal del art. 362 quinquies CP.

El art. 159 CP tipifica la manipulación de genes humanos si se realiza con finalidades distintas a las que establece la norma penal y el art. 163.3 CP “*la creación de seres humanos idénticos por clonación u otros procedimientos dirigidos a la selección de la raza*”. Por tanto, la actividad debe ser sancionada penalmente si la finalidad no es terapéutica.

La mayoría de la doctrina considera que se produce un concurso de leyes que debería resolverse con el principio de alternatividad del art. 8.4 CP, así mediante el artículo 159.1 CP se castigaría con mayor pena que la establecida en el del dopaje deportivo.

Sin embargo, según CADENA SERRANO, en los delitos de manipulación genética es posible encontrar un concurso ideal con el delito de dopaje⁵⁴.

⁵³M3. DOPAJE GENÉTICO. Lo siguiente, con el potencial de mejorar el rendimiento deportivo, está prohibido: 1. El uso de polímeros de ácidos nucleicos o análogos de ácidos nucleicos; 2. El uso de agentes de edición genética diseñados para alterar las secuencias genómicas y/o la regulación transcripcional o epigenética de la expresión de genes. 3. El uso de células normales o genéticamente modificadas, en *Métodos prohibidos*. Lista de Sustancias y Métodos Prohibidos de la AMA, 2018.

Accesible en: https://www.wada-ama.org/sites/default/files/prohibited_list_2018_sp.pdf. Consultado el día 20 de junio de 2018.

⁵⁴ CADENA SERRANO, F.A., *El Derecho penal y el deporte. Especial referencia a la violencia y al dopaje*, op. cit., p. 141.

3.3. Delito de estafa

Si un deportista se autodopa con la intención de conseguir un premio económico, sería posible la comisión de una estafa, pero no hay relación concursal con el delito del art. 362 quinquies CP, pues el perjuicio se origina a los terceros competidores y no al patrocinador de la actividad. En caso de que un tercero administre la sustancia dopante al deportista, pero con su consentimiento, el administrador de la sustancia sería castigado como autor del delito de dopaje y ambos como co-autores del delito de estafa, y si no hay consentimiento del deportista, se castigaría al tercero como autor mediato del delito tipificado en el art. 362 CP, en concurso con el delito de estafa y posible delito de coacciones del art. 172 CP⁵⁵.

⁵⁵ CORTÉS BECHIARRELLI, E., op., cit., p. 127 y 128.

CAPITULO III

DELIMITACIÓN ENTRE EL DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR Y EL DERECHO PENAL

1. El dopaje y el derecho administrativo sancionador.

Cuando no es necesaria u oportuna la intervención del Derecho penal es posible castigar al infractor por otras vías alternativas, como una infracción de las normas deportivas por medio de un procedimiento en sede administrativa o disciplinaria.

Según la relación de sujeción general o especial que tenga un sujeto con la Administración, el Derecho administrativo se divide en sancionador y disciplinario. El Derecho administrativo sancionador se recoge en el art. 25.2 CE y comprende la articulación de un sistema represivo aplicable a todos los ciudadanos en general, enmarcado en relaciones de sujeción general. El Derecho disciplinario constituye un sistema represivo ejercido sobre sujetos en una situación de sujeción especial, siendo un régimen más restrictivo en el que se adquieren determinados derechos o facultades asumiendo la reducción de otros.

Respecto a la normativa antidopaje, en algunos casos se utiliza el término “sancionador” y en otros “disciplinario”. Sin embargo, la naturaleza del procedimiento punitivo es disciplinario⁵⁶, articulado sobre la base de una relación de sujeción especial que se caracteriza por la incorporación del sujeto a una

⁵⁶ RODRÍGUEZ TEN, Javier, “Capítulo 13. El régimen disciplinario del deporte”, en Alberto PALOMAR OLMEDA (dir.), *Derecho del deporte*, Editorial Aranzadi S.A., Pamplona, 2013, pág. 766.

organización con lógica interna propia, entre la que se hallan las medidas disciplinarias que la propia organización puede ejercer sobre sus integrantes.

2. La LO 3/2013 de protección de la salud del deportista y la lucha contra el dopaje en la actividad deportiva.

La Exposición de Motivos de la actual Ley Orgánica 3/2013, de 20 de junio, de protección de la salud del deportista y lucha contra el dopaje en la actividad deportiva⁵⁷ afirma que la promulgación de la Ley Orgánica 7/2006, de 21 de noviembre, de Protección de la Salud y de Lucha contra el Dopaje en el Deporte⁵⁸ “*supuso un hito fundamental en la historia de la lucha contra el dopaje en nuestro ordenamiento jurídico*”. Esto es así porque incorporó, como absoluta novedad en la legislación española, el art. 361 bis CP, pretendiendo, tal y como se recogía en su Exposición de Motivos, “*asegurar el cumplimiento de las medidas indicadas*” en la Ley, para lo que se “*arbitra, en el título tercero de esta Ley, un ámbito de tutela penal de la salud pública en actividades relacionadas con el dopaje en el deporte*”.⁵⁹

La LO 7/2006, de 21 de noviembre, de protección de la salud y lucha contra el dopaje en el deporte, fue derogada por la LO 3/2013, de 20 de junio, de protección de la salud del deportista y lucha contra el dopaje en la actividad deportiva. Esta Ley, según expone su Preámbulo, refuerza la protección de la salud del deportista y ratifica los compromisos internacionales adquiridos por España, entre los que destaca la obligación de garantizar la eficacia del Código

⁵⁷ Ley Orgánica 3/2013, de 20 de junio de protección de la salud del deportista y lucha contra el dopaje en la actividad deportiva, BOE nº 148, de 21 de junio de 2013 que derogó la LO 7/2006.

⁵⁸ Ley Orgánica 7/2006, de 21 de noviembre, de protección de la salud y de lucha contra el dopaje en el deporte, BOE nº 279, de 22 de noviembre de 2006.

⁵⁹ Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 6/2007, de *Protección de la Salud y Lucha contra el Dopaje en el Deporte*.

Mundial Antidopaje debido a la ratificación de la Convención Internacional contra el dopaje en el deporte de la Unesco de 2005⁶⁰. Así, expresamente en el Capítulo II del Título II de la Ley Orgánica 3/2013, de 20 de junio, se indica que las infracciones en materia de dopaje se ajustan expresamente a lo establecido en el Código Mundial Antidopaje.

La LO 3/2013, de 20 de junio, diferencia las medidas que afectan a los deportistas en general, las cuales son medidas positivas de prevención de riesgos de salud asociados a la práctica deportiva, y las medidas específicas de lucha contra el dopaje, de ámbito más restringido, entre las que se halla un régimen disciplinario específico para los deportistas con licencia deportiva, con un procedimiento ágil y un sistema de infracciones y sanciones específico.

2.1. Ámbito de aplicación de la responsabilidad disciplinaria en la LO 3/2013, de 20 de junio.

La LO 3/2013, de 20 de junio, establece en los arts. 37 y siguientes un régimen sancionador disciplinario-administrativo en materia de dopaje, que como regla general aplica un procedimiento administrativo ágil para la revisión de sanciones. Para ello, establece la competencia de la Agencia Española de Protección de la Salud en el Deporte, cuyas resoluciones son recurribles ante el Tribunal Administrativo del Deporte, agotando así la vía administrativa. No obstante, el art. 37.1 de la Ley Orgánica 3/2013, de 20 de junio, señala que respecto de los deportistas calificados oficialmente como de nivel internacional la competencia corresponderá a las Federaciones españolas.

La Ley establece el ámbito subjetivo y objetivo de aplicación de la responsabilidad disciplinaria derivada de las infracciones a la normativa sobre dopaje en ella descrita.

⁶⁰ Vid. Infra cap I. El dopaje en el deporte. Apartado 2. La lucha internacional contra el dopaje.

En cuanto al ámbito objetivo de la Ley, en materia disciplinaria, es aplicable en las competiciones deportivas oficiales, de ámbito estatal, que se organicen por entidades deportivas en el marco de la Ley 10/1990, del Deporte (artículo 10.2 de la Ley Orgánica 3/2013, de 20 de junio).

En cuanto a los sujetos, sus efectos recaen sobre *“deportistas que se encuentren en posesión, lo hubieran estado con carácter previo, o hayan solicitado la licencia federativa estatal o autonómica homologada, a los clubes, equipos deportivos y Federaciones deportivas, y a los deportistas extranjeros que compitan en España”* (art. 10.1 de la LO 3/2013, de 20 de junio). Se excluyen del régimen disciplinario, según el art. 1.3 de la Ley, a los deportistas oficialmente calificados como de nivel internacional o que participen en competiciones internacionales, que se someten a las normas de la federación deportiva internacional correspondiente y de la Agencia Mundial Antidopaje⁶¹.

El art. 22 de la LO 3/2013, de 20 de junio, distingue entre infracciones “muy graves” y “graves”, y además se prevén expresamente sanciones para distintos sujetos, también diferenciadas como “graves” y “muy graves”: para el deportista (art. 23), para los clubes, equipos deportivos y federaciones deportivas (art. 24), para los técnicos, jueces, árbitros, demás personas con licencia deportiva, directivos, dirigentes o personal de federaciones deportivas españolas, de ligas profesionales, de entidades organizadoras de competiciones deportivas de carácter oficial, clubes o equipos deportivos (art. 25), para los médicos y demás personal sanitario, así como al personal de clubes, equipos, Federaciones y

⁶¹ Se considera deportista de nivel internacional *“a los deportistas designados por una o varias Federaciones internacionales como integrantes de un grupo de seguimiento”* y competición internacional la serie o parte de las competiciones que se desarrollan bajo la dirección *“del Comité Olímpico Internacional, el Comité Paralímpico Internacional, una Federación Internacional, los organizadores de grandes acontecimientos u otra organización deportiva internacional”* (ANEXO I a la Ley Orgánica 3/2013, de 20 de junio).

cualesquiera otras entidades deportivas y a los responsables de establecimientos deportivos (art. 26). La Ley recoge expresamente el principio de proporcionalidad en la imposición de la sanción en cada caso, incluyendo como circunstancia atenuante la ausencia de culpa o negligencia grave en la actuación del deportista o en la persona responsable de la infracción (art. 27).

Los deportistas tienen la obligación de someterse a controles de dopaje, entre los que se incluyen los controles que puedan hacerse al deportista de forma sorpresiva y los que se realicen previa citación, así como la obligación de facilitación (a deportistas, entrenadores, equipos y directivos) de la localización habitual del deportista y de información de los tratamientos terapéuticos a los que esté sometido (art. 1). Estas obligaciones implican la restricción a la libertad del deportista, lo cual encuentra su justificación en la relación de sujeción especial entre la organización deportiva correspondiente y el deportista, que es consentida por el deportista y que se traduce en un sometimiento a su disciplina y a la tutela de la organización⁶² que incluye, como ha afirmado el Consejo General del Poder Judicial, *“la preservación de la salud del deportista y la realización de la práctica deportiva y de las competiciones en condiciones de “limpieza” y lealtad, de conformidad con las reglas propias del deporte”*. Además, la Ley Orgánica 3/2013, de 20 de junio extiende la obligación de someterse a los controles ordenados por la Agencia Española de Protección de la Salud en el Deporte, o en su caso por las federaciones deportivas, tanto en competición como fuera de competición.

Respecto a la extinción de la responsabilidad se establece el cumplimiento de la sanción y la prescripción de la infracción (art. 35).

⁶² BENÍTEZ ORTÚZAR, I.F. “El dopaje deportivo en el ordenamiento jurídico español”. En I.F. BENÍTEZ ORTÚZAR, *Tratamiento jurídico penal y procesal del dopaje en el deporte*. Madrid: Dykinson, p. 442

2.2. El artículo 362 CP quinquies, en el marco de la ley orgánica 3/2013, de 20 de junio.

En los arts. 24 a 26 podría encontrarse una coincidencia entre el tipo penal y el administrativo. Con el art. 23 no cabe dicha coincidencia pues el Código Penal, como ya se ha explicado, no imputa pena alguna al deportista (sin perjuicio de la sanción administrativa que le corresponda), sino sólo a aquellas personas que “*prescriban, proporcionen, dispensen, suministren, administren, ofrezcan o faciliten*” a los deportistas las sustancias dopantes. En este sentido, la principal diferencia entre el ámbito disciplinario-administrativo y el ámbito penal radica en la forma de afrontar el papel del deportista en el procedimiento sancionador. Mientras que en vía disciplinaria rige siempre una responsabilidad objetiva, respondiendo el deportista por la simple constatación de una sustancia o producto farmacológico prohibido en su organismo, en el marco penal, el deportista queda excluido directamente de los posibles autores del delito del artículo 362 quinquies CP, si bien si podrá ser autor del delito cuando suministra las sustancias dopantes a otros deportistas.

Teniendo en cuenta que es el art. 22 de la Ley el que enumera de forma taxativa las conductas sancionables, solo puede existir identidad de fundamento entre el tipo penal y el tipo sancionador administrativo en los apartados 1.g) y 1.i), que considera infracciones muy graves *tanto la administración, dispensa, ofrecimiento, facilitación o el suministro a los deportistas de sustancias prohibidas o de la utilización de métodos prohibidos en la práctica deportiva, ya se produzcan en competición o fuera de competición (apartado g) cómo el tráfico de sustancias y métodos prohibidos (apartado i).*

Esto implica que se han elevado a la categoría de delito determinadas acciones consideradas especialmente peligrosas, pero no todas las contenidas

en el art. 22 de la Ley, que, además, deben poner en peligro la salud pública⁶³, respetado el principio de última ratio e intervención mínima del derecho penal.

3. Prohibición del bis in idem

La aplicación de las sanciones administrativas y penales puede colisionar cuando se produce un dopaje en el deporte, sin embargo, el principio del non bis in idem prohíbe la duplicidad de sanciones, administrativas y penales, cuando exista identidad de sujeto, hecho y fundamento. Concretamente, desde la perspectiva material impide que se castigue más de una vez por la misma infracción, y desde la perspectiva procesal impide que alguien pueda ser juzgado dos veces por la misma conducta⁶⁴.

Según el Tribunal Constitucional, el principio non bis in idem no aparece constitucionalmente consagrado de manera expresa, pero esta omisión no impide reconocer su vigencia en nuestro ordenamiento, puesto que dicho principio está íntimamente unido a los de legalidad y tipicidad de las infracciones recogidas en el art. 25 de la Constitución española.

Este principio se recogía en el art. 23 de la derogada LO 7/2006⁶⁵. Así, el Preámbulo de la actual LO 3/2013 se refiere a la delimitación del derecho

⁶³ CORTES BECHIARELLI, E. op. cit., p. 41.

⁶⁴ SUÁREZ LÓPEZ, José María (2008) "Las consecuencias del principio *non bis in idem* en la Ley Orgánica de Protección de la Salud del Deportista y Lucha Contra el Dopaje en el España", en Lorenzo MORILLAS CUEVA / Ferrando MANTOVANI, (dirs.), *Estudios sobre derecho y deporte*, Madrid: Editorial Dykinson S.L., p. 226.

⁶⁵ Artículo 23. "No podrán sancionarse los hechos que hayan sido sancionados penalmente, en los casos en que se aprecie identidad de sujeto, hecho y fundamento. El órgano disciplinario suspenderá la tramitación del procedimiento sancionador cuando se adviertan indicios de delito. En tal caso, deberá dar conocimiento de los hechos al Ministerio Fiscal. Asimismo, el órgano disciplinario suspenderá la tramitación del procedimiento sancionador cuando, concurriendo la

administrativo y el derecho penal al señalar que “(...) *era necesario establecer un sistema que consiguiera dos efectos fundamentales: el adecuado respeto del principio ne bis in idem y la preferencia de la jurisdicción penal por un lado, y la consecución del efecto exigido por el Código Mundial Antidopaje para que, cualquiera que sea la autoridad que sancione la Comisión de una infracción en materia de dopaje de las descritas en el Código, se produzcan las consecuencias que el mismo establece*”⁶⁶.

Además, es importante la facultad que la LO 3/2013 concede al Juez de instrucción de solicitar a la AEPSAD, que emita un dictamen informando “(...) *acerca de la posible existencia de peligro para la vida o salud de deportistas a quienes se les haya administrado o proporcionado las sustancias o métodos prohibidos. Con ese informe el Juez podrá decidir si continúa o no con la instrucción del procedimiento penal o si corresponde continuar con un procedimiento sancionador si estima la posible existencia de infracciones administrativas por un dopaje*”⁶⁷.

De lo anteriormente expuesto se deduce que para concluir si el acto de administración o tráfico de sustancias o métodos dopantes es un delito del art. 362 quinquies CP o una infracción administrativa hay que atender a la “puesta en peligro para la vida o salud de (los) deportistas”. Además, este principio excluye la posibilidad de que por un mismo comportamiento se sustancie un proceso penal y otro administrativo cuando estemos ante un caso en el que haya

triple identidad antes referida, tenga noticia de que los mismos hechos están siendo perseguidos en vía penal, sin perjuicio de su posterior reanudación si procediese”, LO 7/2006.

⁶⁶ *Preámbulo*, LO 3/2013.

⁶⁷ *Preámbulo*, LO 3/2013.

identidad de sujeto, hecho y fundamento o ausencia de una relación de supremacía especial de la Administración.

Ahora bien, en este punto surge la cuestión de cuál de los dos procedimientos es preferente, la cual debe ser resuelta acudiendo a la STC de 3 de octubre de 1983⁶⁸, que, en síntesis, otorga preferencia a la jurisdicción penal sobre la potestad sancionadora de la Administración. No obstante, es abiertamente modificada por la sentencia del Tribunal Constitucional 177/1999, de 11 de octubre, y, posteriormente, rectificada por la el Pleno del Tribunal Constitucional 2/2003, de 16 de enero⁶⁹. Sin embargo, como afirma la STS, de 2 de junio de 2003, en los casos de sujeción, o de supremacía especial, no es de aplicación el non bis in idem y es posible la duplicidad de sanciones, siempre que no sea idéntica la fundamentación de las dos sanciones, administrativas y penal⁷⁰.

⁶⁸ La STC 77/1983, de 3 de octubre de 1983, (BOE nº 26 de 7 de noviembre), afirmó en el fundamento jurídico tercero que: *“la subordinación de los actos de la Administración de imposición de sanciones a la autoridad judicial exige que la colisión entre una actuación jurisdiccional y una actuación administrativa haya de resolverse en favor de la primera. De esta premisa son necesarias consecuencias las siguientes: a) el necesario control «a posteriori» por la autoridad judicial de los actos administrativos mediante el oportuno recurso; b) la imposibilidad de que los órganos de la Administración lleven a cabo actuaciones o procedimientos sancionadores en aquellos casos en que los hechos puedan ser constitutivos de delito o falta según el Código Penal o las leyes penales especiales, mientras la autoridad judicial no se haya pronunciado sobre ellos; c) la necesidad de respetar la cosa juzgada. La cosa juzgada despliega un efecto positivo, de manera que lo declarado por sentencia firme constituye la verdad jurídica y un efecto negativo, que determina la imposibilidad de que se produzca un nuevo pronunciamiento sobre el tema”*.

⁶⁹ SUÁREZ LOPEZ, J.M. “Las consecuencias del principio non bis in idem en la ley orgánica de protección de la salud del deportista y lucha contra el dopaje en España” op. cit., p. 229.

⁷⁰ SUÁREZ LÓPEZ, J. M., “Las consecuencias del principio *non bis in idem* en la Ley Orgánica de Protección de la Salud del Deportista y Lucha Contra el Dopaje en el España”, op. cit., p. 222.

La Ley Orgánica 3/2013, en esta línea, establece que la autoridad judicial puede acordar, de oficio o a instancia de la Agencia Española de Protección de la Salud en el Deporte, la deducción del tanto de culpa correspondiente si apreciase la posible existencia de infracciones administrativas en materia de dopaje (art. 33.6). Este sistema de colaboración sigue la línea del sistema propugnado por el derogado art. 23, e implica la colaboración entre el Juez de Instrucción competente para instruir los procedimientos penales que deriven de la posible comisión del delito del art. 362 quinquies del CP y las autoridades administrativas encargadas de los procedimientos sancionadores en materia de dopaje, concretamente la AEPSAD.

Esta regulación exige que en todos los casos en los que el órgano disciplinario advierta indicios de delito suspenda el procedimiento sancionador, con lo que defiende con mayor intensidad las consecuencias del principio⁷¹, frente al criterio seguido por la Ley 10/1990, de 15 de octubre⁷², del Deporte posibilita la duplicidad de procedimientos, afirmando que los órganos disciplinarios deportivos acordarán la suspensión del procedimiento según las circunstancias concurrentes.

⁷¹ SUÁREZ LOPEZ, J.M., “Las consecuencias del principio non bis in idem...”, op., cit., p.250.

⁷² Ley 10/1990 del Deporte de 15 de octubre de 1990, BOE nº 249, de 17 de octubre de 1990.

CONCLUSIÓN

Tras el análisis realizado, puedo concluir que, aunque comprendo la preocupación del legislador por poner fin al problema del dopaje en el deporte, considero que no resulta necesario una tipificación específica del dopaje, pues el interés tutelado está incluido en el bien jurídico salud, que ya está protegido, y el ordenamiento jurídico recoge otros tipos penales dirigidos a proteger los ataques más graves. Por ejemplo, en el caso de que se imponga al deportista con violencia o intimidación el consumo de sustancias o utilización de métodos dopantes se podría acudir a un delito de coacción y amenazas (art. 169 y ss. CP), o en el caso de que se falsificara una receta médica para obtener una sustancia dopante, se podría aplicar un delito de estafa (art. 248 y ss. CP). Es por esto por lo que considero que no existía ninguna laguna de punibilidad que hiciera necesario que el dopaje deportivo se legislara por la vía punible. Además, hay que tener en cuenta la dificultad probatoria que supone demostrar que la conducta se ha llevado a cabo con la finalidad de aumentar el rendimiento en competición o mejorar las capacidades físicas del deportista, por lo que demostrar la concurrencia de los elementos exigidos por el tipo subjetivo pueden ser un obstáculo durante el transcurso del proceso.

No obstante lo anterior, considero oportuno que, habiendo incluido este delito en el Código Penal, haya sido para proteger la salud pública de toda persona que practique algún deporte, y no otros intereses que no tienen entidad suficiente como para protegerse penalmente. Además, me parece correcto que se haya dejado impune el auto-dopaje, pues, como se ha explicado, el bien jurídico protegido por el tipo es la salud pública y no la pureza de la competición en sí misma o en cuanto a su dimensión patrimonial (libre competencia). El castigo supondría una incoherencia con el sistema penal actual, pues ni el suicidio ni las autolesiones son punibles, y atentaría contra la libre determinación de las personas. Además, el auto-dopaje no deja de ser un problema moral que no pone en peligro los valores de una sociedad, por lo que, teniendo en cuenta

el principio de intervención mínima del Derecho penal, no es una conducta que afecte de forma grave al bien jurídico protegido (salud pública) como para recurrir al Derecho penal. Del mismo modo, considero acertado el recurso a la técnica legislativa de la remisión en cuanto al objeto material, pues continuamente surgen nuevas sustancias y métodos dopantes dirigidos a mejorar el rendimiento de los deportistas, y si se recogiese el listado en el CP quedaría desfasado.

Sin embargo, otro argumento que me hace no compartir esta regulación responde a razones de política criminal. Cabe plantearse si realmente es esta la forma de articular una política criminal eficaz contra el dopaje, pues este responde a causas distintas a las que la norma intenta proteger. Cuando un deportista recurre a un dopaje lo que pretende es obtener ventajas en la competición, y con ello, ventajas económicas. Así, más cárcel no va a significar necesariamente menos dopaje, sino que deberían preverse sanciones disciplinarias y controles más severos y rigurosos por los organismos correspondientes que incentiven a dejar de recurrir a estas prácticas deportivas.

En cuanto a las conductas tipificadas, en mi opinión no debería tener la misma pena quien administra una sustancia, que implica que el autor desarrolle sobre el deportista una acción directa, que quien realiza un mero ofrecimiento o facilita una sustancia, en donde el resultado final depende de la decisión del propio deportista.

No hay duda de que las conductas que recoge el tipo son reprochables y merecen sanción, pero que esta tutela debe ser dada por el Derecho penal me parece, como ya he expuesto, más que cuestionable.

BIBLIOGRAFÍA

- ÁLVAREZ VIZCAYA, M. (2008). Salud o Deporte: ¿qué pretende tutelar el Derecho penal? *La ley penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario*, 5-18.
- ÁLVAREZ VIZCAYA, M. (marzo-agosto 2013). "Fraude en el deporte". *Eunomía. Revista cultural de la Legalidad (Nº4)*, 216-225.
- ATIENZA MACÍAS, E. (2016). ¿Dopaje y salud pública? La difícil y discutida identificación del bien jurídico protegido en el delito de dopaje. *Vol. 26 Extraordinario XXV Congreso* .
- ATIENZA MACÍAS, E. (7 de Marzo de 2016). *Las respuestas del Derecho a las nuevas manifestaciones de dopaje en el deporte*. Obtenido de www.iusport.com
- BENÍTEZ ORTÚZAR, I. (2015). "El dopaje deportivo en el ordenamiento jurídico español". En I. F. BENÍTEZ ORTÚZAR, *Tratamiento jurídico penal y procesal del dopaje en el deporte* (pág. 442). Madrid: Dykinson.
- CADENA SERRANO, F. A. (2007). "El Derecho Penal y el deporte. Especial referencia a la violencia y al dopaje". En F. VÁSQUEZ.-PORTOMÉÑES SEIJAS (dir.), *Estudios Penales y Criminológicos, vol. XXVII*. Santiago de Compostela.
- CORTÉS BECHIARELLI, E. (2007). *El delito de dopaje*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- DÍAZ PITA, M. (2002/3). "España, informe sobre el principio non bis in idem y la concurrencia de jurisdicciones entre los tribunales españoles y los tribunales penales internacionales". *Revue internationale de droit pénal (vol. 73)*, 873-899.

- Enciclopedia-jurídica.biz14.com*. (17 de Abril de 2018). Obtenido de <http://www.encyclopedia-juridica.biz14.com/d/delitos-contra-la-seguridad-colectiva/delitos-contra-la-seguridad-colectiva.htm>
- GALÁN HIDALGO, E. (2013). Reflexiones político-criminales sobre el delito de dopaje . *Revista Online de Estudiantes de Derecho (Nº3)*.
- GÓMEZ RIVERO, M. C. (2015). *Nociones fundamentales de derecho penal. Parte especial*. TECNOS.
- MIR PUIG, S. (2009). *Derecho penal. Parte general*. Barcelona: Reppertor.
- MORILLAS CUEVA, L. (2015). "Formas especiales de aparición del delito y penalidad en el artículo 362 quinquies". En I. F. BENÍTEZ ORTÚZAR, *Tratamiento jurídico penal y procesal del dopaje en el deporte* (págs. 297-322). Madrid: Dykinson.
- NIETO MARTÍN, A. (2007). "Artículo 361 bis.". En L. A. (dirs.), *Comentarios al Código Penal*. Madrid: Editorial Iustel.
- PÉREZ GONZÁLEZ, C. (2013). "*La lucha internacional contra el dopaje en el deporte*" en *el dopaje en el deporte*. Madrid: Dykinson.
- POLAINO NAVARRETE, M. (2014). *Derecho Penal. Parte general*. Lima (Perú): Editores E.I.R.L.
- RAMOS GORDILLO, A. S. (2000). *Dopaje y deportes: antecedentes y evolución*. Las Palmas de Gran Canaria: Universidad de las Palmas de Gran Canaria. Servicio y Publicaciones y Producción Documental.
- REY HUIDOBRO, L. (2006). "*Repercusiones penales del dopaje deportivo*" en *Revista jurídica de deporte y entretenimiento: deportes, juegos de azar, entretenimiento y música, núm. 16*. Pamplona: Editorial Aranzadi S.A.
- ROCA AGAPITO, L. (2007). "Los Nuevos Delitos Relacionados contra el Dopaje". *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología (RECPC)*, núm. 09-08.

- RODRÍGUEZ BUENO, C. (1991). *Dopaje*. Madrid: McGraw-Hill-Interamericana.
- RODRÍGUEZ BUENO, C. (2008). "Historia del Dopaje", en VV.AA., *Historia del dopaje, sustancias y procedimientos de control* (Vol. I). Madrid: Colección: ICD: Investigación en Ciencias del Deporte/CSD.
- RODRÍGUEZ TEN, J. (2013). "Capítulo 13. El régimen disciplinario del deporte". En A. P. (dir.), *Derecho del deporte*. Pamplona: Aditorial Aranzadi S.A.
- ROXIN, C. (2009). "Derecho penal y doping" en *Cuadernos de Política Criminal*.
- SUÁREZ LÓPEZ, J. (2008). "Las consecuencias del principio non bis in idem en la Ley Orgánica de Protección de la Salud del Deportista y Lucha Contra el Dopaje en el España". En L. MORILLAS CUEVA / F. MANTOVANI, *Estudios sobre derecho y deporte*. Madrid: Editorial Dykinson.
- VALLS PRIETO, J. (2009). "La intervención del Derecho Penal en la actividad deportiva" en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, p. 3.
- VERDUGO GÚZMAN, S. (2015/2016). Tesis Doctoral: Dopaje deportivo y análisis jurídico-penal y estrategias de prevención. Universidad de Sevilla.
- VERNET PERNA, B. (2008). *Delitos relacionados con el dopaje en el deporte*. Madrid: Instituto Universitario de Investigación.
- WADLER, G. H. (1989). *Drugs and the athlete*. Philadelphia: F.A. Davis Co.