



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

**INFORME DEL CONSEJO FISCAL SOBRE
ANTEPROYECTO DE LEY ORGÁNICA DE PROTECCIÓN DE LA SALUD DEL
DEPORTISTA Y LUCHA CONTRA EL DOPAJE EN LA ACTIVIDAD
DEPORTIVA**

I. Introducción

Por oficio de fecha 22 de agosto de 2012, el Secretario de Estado de Justicia ha remitido al Excmo. Sr. Fiscal General del Estado, el Anteproyecto de referencia, para que el Consejo Fiscal, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 14.4 j) del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal (EOMF), emita el correspondiente informe.

A tenor de lo dispuesto en el artículo 14.4 j) EOMF corresponde al Consejo Fiscal *informar los proyectos de ley o normas reglamentarias que afecten a la estructura, organización y funciones del Ministerio Fiscal.*

El presente texto expresa el parecer del Consejo Fiscal sobre el mencionado Anteproyecto y da cumplimiento al preceptivo trámite de informe previsto en la legislación orgánica del Ministerio Fiscal.

El Anteproyecto de Ley Orgánica objeto de estudio consta de una Exposición de Motivos, tres títulos, cuatro disposiciones adicionales, dos disposiciones transitorias, una disposición derogatoria única, siete disposiciones finales, además de dos anexos: el primero contiene el cuadro de definiciones de la ley, y el segundo el cuadro ilustrativo de las sanciones en caso de comisión de



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

una segunda infracción. El primero de los títulos se dedica a las disposiciones generales y consta de dos capítulos. El segundo se refiere a la salud y el dopaje en los deportistas con licencia deportiva y se estructura en cuatro capítulos, mientras que el tercero regula las políticas de control y supervisión general de los productos que pueden utilizarse para el dopaje en la actividad deportiva, título que se subdivide en dos capítulos.

Frente al Anteproyecto de la legislatura pasada que consistían en una reforma parcial de la Ley Orgánica 7/2006, de 21 de noviembre, de protección de la salud y de lucha contra el dopaje, el actual, como afirma la Exposición de Motivos, *incorpora una nueva ley que vuelve a redactar íntegramente el marco jurídico aplicable a la protección de la salud y a la lucha contra el dopaje en la actividad deportiva* (apartado primero, párrafo cuarto).

II. Finalidad del Anteproyecto

El Anteproyecto trae causa en la modificación del Código Mundial Antidopaje, aprobada por la Agencia Mundial Antidopaje en fecha 17 de noviembre de 2007, y que entró en vigor el 1 de enero de 2009, reforma con la que se pretendió fomentar una armonización de la normativa en el ámbito internacional, y que ha supuesto, en palabras de la Exposición de Motivos, que desde esa fecha se hayan *revelado ciertas incongruencias entre la normativa española y las nuevas disposiciones del Código. En consecuencia (...), la obligada adaptación de la normativa española al Código Mundial Antidopaje derivó en la necesidad de adoptar medidas de carácter legislativo que paliar (sic) esta situación* (apartado primero, párrafo tercero).

Asimismo, es especialmente relevante la Convención Internacional contra el Dopaje en el Deporte de la UNESCO, que fue ratificada por España el 21 de



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

octubre de 2006 y entró en vigor el 1 de febrero de 2007. Como de nuevo señala la Exposición de Motivos, *este texto impone a los Estados que lo hayan ratificado una serie de obligaciones en materia de lucha contra el dopaje. Entre ellas, no la menos importante es la que obliga a los Estados miembros a garantizar la eficacia del Código Mundial Antidopaje. Este texto es el resultado de la labor de la Agencia Mundial Antidopaje y es una manifestación del compromiso de los signatarios de la Convención por ser partícipes en el proceso constante de armonización e internacionalización de la normativa de lucha contra el dopaje (apartado primero, párrafo segundo).*

El Prelegislador español es consciente de que la necesaria armonización no siempre es fácil, pues la Exposición de Motivos reconoce que *la adaptación del Código Mundial Antidopaje no es una tarea sencilla y aunque los Estados, según reconoce el propio Código mundial, disfrutan de un cierto grado de flexibilidad para la transposición de las disposiciones que contiene, esa flexibilidad está muy limitada en una buena parte de las normas que se encargan de la lucha contra el dopaje (apartado primero, párrafo tercero).*

Con todo, en el espíritu de la norma la novedad más importante es que *el dopaje ya no es el elemento central de la nueva regulación y, sin perjuicio de la importancia que indiscutiblemente tiene la regulación de este fenómeno, la nueva ley trata de configurarlo como un elemento más dentro del sistema de protección de la salud de los deportistas, considerándolo como una patología que hay que tratar de erradicar, pues afecta a la protección de la salud de los deportistas, al juego limpio en el deporte y a la propia dimensión ética del mismo (apartado primero, párrafo quinto).*

Dado que corresponde al Consejo Fiscal informar los proyectos de Ley que afecten a la estructura, organización y funciones del Ministerio Fiscal, nos centraremos en los aspectos del texto prelegislativo que afectan al tipo penal del



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

artículo 361 bis del Código Penal y en la norma procesal que se introduce en el art. 33 del Anteproyecto. No obstante, como ya se hiciera en el informe emitido con ocasión del Anteproyecto de 2011, también se propondrán modificaciones en otros aspectos del Anteproyecto que son susceptibles de mejoras técnicas. En el presente estudio tendremos en cuenta la legislación de los países de nuestro entorno que han abordado ya la adaptación de su derecho al nuevo Código Mundial Antidopaje.

III. Las nuevas competencias de la Agencia Estatal Antidopaje, que pasa a denominarse Agencia Española de Protección de la Salud en el Deporte

El apartado V de la Exposición de Motivos del Anteproyecto, tras señalar que la nueva Agencia asume el protagonismo máximo en la materia y que las federaciones deportivas adquirirán una posición más neutral, realiza las siguientes afirmaciones:

- a) *La tramitación de los procedimientos sancionadores pasa a ser asumida por la Agencia Española de Protección de la Salud en el Deporte y se **fortalece el régimen de independencia** del organismo público, verdadera garantía jurídica para los ciudadanos respecto de la actuación de la Agencia en los procedimientos sancionadores (párrafo cuarto).*
- b) *Esta nueva forma de organización **sustituye al criticado régimen triangular** que contenía la normativa anterior, en que las competencias se distribuían entre las federaciones deportivas, la ahora desaparecida Comisión de Control y Seguimiento de la Salud y el Dopaje en el Deporte y la propia Agencia Estatal Antidopaje. El nuevo sistema presenta una característica de actuación administrativa única residenciada en un solo organismo público, la nueva Agencia Española de Protección de la Salud en el Deporte, que va a **aglutinar en su seno todas las competencias que el***



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

sistema anterior repartía entre diferentes entidades (párrafo quinto). Y es que la Agencia **va a pasar a asumir las competencias que el Consejo Superior de Deportes venía ejerciendo en relación con la protección de la salud de los deportistas** (párrafo sexto).

- c) *El objeto de la nueva Agencia es mucho más amplio que el de la actual Agencia Estatal Antidopaje, ya que **sus primeras funciones no se van a centrar de un modo exclusivo en la lucha contra el dopaje** (párrafo sexto).*
- d) *La nueva organización debe configurarse para ser lo suficientemente flexible, de manera que **en supuestos excepcionales y suficientemente justificados las federaciones puedan intervenir en los procedimientos sancionadores**, previo convenio al efecto con la Agencia Española de Protección de la Salud en el Deporte (párrafo séptimo).*

La regulación de la nueva Agencia se contiene principalmente en el art. 7 del Anteproyecto y en la Disposición Adicional Primera.

Artículo 7. *La Agencia Española de Protección de la Salud en el Deporte*

1. *La Agencia Española de Protección de la Salud en el Deporte es el organismo público a través del cual se realizan las políticas estatales de protección de la salud en el deporte y, entre ellas y de modo especial, de lucha contra el dopaje y de investigación en ciencias del deporte.*
2. *La Agencia Española de Protección de la Salud en el Deporte actúa con plena independencia funcional cuando establece y ejecuta medidas de control del dopaje sobre los deportistas mencionados en el artículo 6.1, no pudiendo recibir órdenes o instrucciones de órgano o autoridad alguna en los procesos de control del dopaje, y especialmente en la instrucción y resolución de los procedimientos sancionadores cuya competencia le esté atribuida. En este ámbito corresponde a la Agencia Española de*



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

Protección de la Salud en el Deporte establecer la planificación, realizar los controles y, en su caso, tramitar y resolver los expedientes que deriven de las actuaciones realizadas.

3. *Las funciones, organización y procedimientos de actuación de la Agencia Española de Protección de la Salud en el Deporte se determinarán en sus Estatutos, de conformidad con lo previsto en la Ley 28/2006, de 18 de julio, de Agencias Estatales para la mejora de los servicios públicos.*

En su órgano colegiado de dirección participarán, en todo caso, los agentes del deporte y, dentro de los mismos, específicamente, las federaciones deportivas.

La estructura de la Agencia contará con un órgano de participación de los representantes de los deportistas.

4. *En todo caso, la Agencia Española de Protección de la Salud en el Deporte contará con un órgano de participación, coordinación y seguimiento en el que estarán representados los órganos y organismos competentes en materia de deporte y salud de las Comunidades Autónomas.*

5. *En el supuesto de que existiesen organismos encargados de la lucha contra el dopaje en el ámbito de las Comunidades Autónomas, se constituirá en el seno de la Agencia Española de Protección de la Salud en el Deporte un órgano de participación de las mismas para la información, debate y cooperación respecto de las políticas públicas del Estado en materia de dopaje.*

6. *Para la realización de las funciones que le atribuye su Estatuto, la Agencia Española de Protección de la Salud en el Deporte podrá:*

- a) *Formalizar convenios con las Federaciones deportivas para la delegación de las funciones previstas en esta Ley o para la asunción por la Agencia Española de Protección de la Salud en el Deporte de las competencias que puedan corresponder a aquéllas.*



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

- b) *Formalizar convenios o conciertos con cualesquiera entidades públicas o privadas, de conformidad con lo establecido en la Legislación de Contratos del Sector Público.*
7. *En su condición de órgano especializado en la investigación, control y realización de la política de dopaje la Agencia Española de Protección de la Salud en el Deporte se configura como el organismo público de asesoramiento y colaboración con las Fuerzas y Cuerpos de la Seguridad del Estado, con la policía judicial y con los demás Poderes Públicos con competencias relacionadas con su ámbito de actuación y, a requerimiento de éstos, con los jueces y tribunales.*

Disposición Adicional Primera. *Organización nacional de dopaje.*

A los efectos previstos en el Código Mundial Antidopaje y de la normativa interna de la AMA la Agencia Española de Protección de la Salud en el Deporte tendrá la consideración de organización nacional antidopaje y ejercerá las competencias que le correspondan en aquel ámbito.

En la actualidad, las competencias en materia de lucha contra el dopaje en el deporte, en lo relativo a la planificación y programación de los controles antidopaje, corresponden a la Comisión de Control y Seguimiento de la Salud y el Dopaje, órgano colegiado adscrito al Consejo Superior de Deportes. La idea de centralizar todas estas competencias en un único organismo ha de ser recibida favorablemente, pues nos aproxima a los modelos de derecho comparado.

Las funciones previstas en el artículo 7.2 del Anteproyecto sobre planificación y realización de los controles, así como sobre la tramitación y resolución de los expedientes sancionadores son coherentes con lo previsto en el Código Mundial Antidopaje. En efecto, su art. 5.1 dispone que *cada organización*



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

nacional antidopaje tendrá jurisdicción para realizar controles de todos los deportistas que estén presentes en el país de esa organización nacional antidopaje o que sean ciudadanos residentes, poseedores de licencia o miembros de organizaciones deportivas de ese país (...). Cada organización antidopaje deberá:

5.1.1. Planificar y realizar un número significativo de controles en competición y fuera de competición a aquellos deportistas sobre los cuales tenga jurisdicción, incluidos pero no limitados a los pertenecientes a sus grupos de deportistas sometidos a controles. Cada federación internacional deberá establecer un grupo de deportistas sometidos a controles para los deportistas de nivel internacional de su deporte, y cada organización nacional antidopaje deberá definir un grupo nacional de deportistas sometidos a controles que estén presentes en el país de esa organización nacional antidopaje o que sean ciudadanos, residentes, posean licencia o sean miembros de organizaciones deportivas de ese país (...).

Asimismo, el art. 20.5.6 del Código Mundial Antidopaje establece entre las funciones y responsabilidades de las organizaciones nacionales antidopaje, *perseguir con firmeza cualquier posible infracción de las normas antidopaje que entre dentro de su jurisdicción, lo que incluye investigar si el personal de apoyo al deportista u otras personas pueden estar involucrados en cada caso de dopaje.*

Esta regulación nos equipara a los modelos de derecho comparado. Así, la reciente Ley portuguesa 38/2012, de 28 de agosto, que deroga la ley 27/2009, de 19 de junio, que establece el régimen jurídico de lucha contra el dopaje en el deporte, en los arts. 16 y siguientes centraliza las competencias sobre los controles en la Autoridad Antidopaje de Portugal (ADoP), bajo los principios orientadores de independencia científica, de precaución, de credibilidad y transparencia y de confidencialidad (art. 19).



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

La legislación francesa sobre la materia se contiene en el Código del Deporte. El artículo L-232-5, modificado el 14 de abril de 2010, se refiere a la Agencia francesa de lucha contra el dopaje como una autoridad pública independiente, dotada de personalidad jurídica, que define y pone en marcha las acciones de lucha contra el dopaje. Para esta finalidad, coopera con la Agencia Mundial Antidopaje y con las federaciones deportivas internacionales. En dieciséis apartados regula sus competencias.

La ley austriaca de 2007 (reformada por las leyes 115/2008 y 146/2009) regula en el parágrafo 4 la Fundación Independiente de control del dopaje, sus funciones –en cinco apartados- y las comisiones que la componen.

Pero otros aspectos de la normativa nos parecen más problemáticos. Señalaremos algunos:

- a. A la nueva Agencia se le atribuyen competencias en materia de protección de la salud en el deporte, de lucha contra el dopaje (controles, autorizaciones terapéuticas y expedientes sancionadores), investigación en ciencias del deporte, asesoramiento y colaboración con las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, policía judicial y, a requerimiento de éstos, con los jueces y tribunales. Consideramos que el atribuir a la Agencia todas las competencias en materia de protección de la salud en el deporte, así como la investigación en ciencias de deporte puede llevar a una hipertrofia de la Agencia y a la consiguiente pérdida de eficacia, y va más allá de las competencias atribuidas a otras de nuestro entorno. Así, la Agencia portuguesa propone la financiación de programas de investigación (art. 18.1.j ley 2012) y colabora en programas pedagógicos (art. 18.1.g) sin asumir toda la protección de la salud.
- b. El régimen jurídico de la nueva Agencia queda en gran parte indefinido en la ley. Se dice que actúa con plena independencia funcional cuando



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

establece y ejecuta medidas de control de dopaje, que tendrá un órgano colegiado de dirección, que se constituirá un órgano de participación de las comunidades autónomas, y otro de participación del estamento deportivo. Al Director de la Agencia sólo se le menciona en el art. 19 del Anteproyecto. Dadas las importantes funciones que va a desempeñar la Agencia, la remisión a la Ley 28/2006 de Agencias Estatales parece insuficiente, y el núcleo de su estatuto debería ser incluido en el texto de la ley.

- c. La delegación de funciones en las federaciones deportivas queda desnaturalizada en el art. 7.6 a) del Anteproyecto (y los arts. 20 y 37). Donde la Exposición de Motivos habla de delegación *en supuestos excepcionales y suficientemente justificados*, el articulado de la ley calla sobre estos supuestos de delegación de lo que, según la Ley del Deporte de 1990, son funciones públicas.

IV. La lista de sustancias y métodos prohibidos

Se regula en los tres últimos párrafos del art. 4 del Anteproyecto:

En el marco de los compromisos y obligaciones internacionales asumidos por España, y en particular de la Convención Antidopaje de UNESCO, el Consejo Superior de Deportes publicará en el Boletín Oficial del Estado, mediante Resolución de su Presidencia, la lista de sustancias y métodos prohibidos en el deporte. Esta publicación tendrá carácter periódico y se producirá, en todo caso, cuando se introduzcan cambios en la misma.

El Consejo Superior de Deportes establecerá formas adicionales de información y de consulta de la lista de sustancias y métodos prohibidos mediante su inserción en páginas digitales de instituciones y de entidades



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

relacionadas con el deporte, así como por cualquier otro medio o soporte que facilite el conocimiento, la difusión y la accesibilidad de la misma.

El Consejo Superior de Deportes velará, específicamente, por la uniformidad en España de las listas procedentes de las distintas instancias internacionales y por la seguridad jurídica en el establecimiento para un mismo periodo de una lista única.

Este artículo debe completarse con el 22.1.a), que dispone que *la lista de sustancias y métodos prohibidos prevista en el art. 2.1 de esta Ley podrá prever un límite de cuantificación para determinadas sustancias o criterios especiales de valoración para evaluar la detección de sustancias prohibidas.*

Para comprender la referencia a nuestras obligaciones internacionales ha de añadirse que la parte final del art. 4.1 del Código Mundial Antidopaje afirma que *el reglamento de cada una de las organizaciones antidopaje deberá precisar que, salvo disposición en contrario incluida en la lista de sustancias y métodos prohibidos o en una de sus revisiones, la lista de sustancias y métodos prohibidos y sus revisiones entrarán en vigor para esa organización antidopaje tres meses después de su publicación por la AMA, sin que la organización antidopaje tenga que hacer ningún otro trámite.* Sin embargo, el Convenio de la UNESCO establece un sistema mucho más matizado en su art. 34. Si la AMA modifica la lista de sustancias debe informar al Director General de la UNESCO. Éste se lo comunica a los Estados parte del Convenio, los cuales deben aprobarlas. A menos que dos tercios de los Estados se opongan a ella, queda aprobada. Pero un Estado parte puede notificar al Director General que no acepta una enmienda aprobada.

Los dos primeros párrafos del art. 4 sobre listas de sustancias y métodos prohibidos son idénticos al artículo 12 de la ley actualmente vigente. El párrafo



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

añadido, en cuanto pretende evitar disfunciones en la lista, así como el inciso del art. 22.1.a) merecen una favorable acogida.

No obstante, es preciso hacer algunas observaciones. La primera consiste en que es preciso corregir la errata de la mención al art. 2.1 del texto del Anteproyecto en el art. 22.1.a), puesto que la referencia debe hacerse al art. 4 del Anteproyecto. La segunda se refiere a que, dada la importancia que la lista tiene a efectos de integrar el art. 361 bis del Código Penal, sería conveniente que se incluyera en un artículo aparte y no en el artículo 4 del Anteproyecto -que da la definición del dopaje- o al menos, que en la rúbrica del citado artículo 4 se incluyera una mención específica a la lista.

Finalmente, decir que la jurisprudencia contenciosa tiene en cuenta la posibilidad de origen endógeno de los metabolitos de la lista. Así la sentencia de la sección 6ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ de Madrid de 5 de marzo de 2010, considera que la citada lista se completa con documentos técnicos e instrucciones remitidas a los laboratorios de la propia AMA (Agencia Mundial Antidopaje), y precisamente de documentos técnicos de la AMA se desprende que la referida agencia reconoce y aplica el referente de 2 ng/ml de 19-NA como límite máximo para determinar, inequívocamente, y sin necesidad de pruebas de contraste, el origen endógeno del referido metabolito (FJ 3). Por ello el art. 6.2 de la ley portuguesa de 2012 decreta que la responsabilidad puede ser eliminada por los criterios especiales de valoración de sustancias prohibidas que pueden ser producidas de forma endógena. Sería conveniente hacer referencia a este umbral de creación endógena en el art. 22. 1 a).

V. Las autorizaciones de uso terapéutico (AUT)

Dedicamos un apartado a las autorizaciones de uso terapéutico porque las mismas tienen importancia en la delimitación de la tipicidad del art. 361 bis del



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

Código Penal, que castiga por delito de dopaje a quienes realicen las conductas previstas en el tipo, *sin justificación terapéutica*.

Hay que diferenciar, en primer lugar, entre tratamientos médicos y autorizaciones de uso terapéutico. Los tratamientos son prescritos por médicos y pueden ser anteriores o posteriores a las autorizaciones de uso terapéutico. Las autorizaciones de uso terapéutico son concedidas por el Comité para Autorizaciones de Uso Terapéutico. La autorización ha de solicitarse cuando en un tratamiento médico destinado a recobrar la salud, es decir, con fines terapéuticos, deben prescribirse sustancias o métodos prohibidos incluidos en la lista de sustancias prohibidas a los deportistas, u otro tipo de sustancias que, sin estar prohibidas, puedan inducir, en determinadas circunstancias (dosis masivas, interacciones) a resultados que puedan ser considerados como un indicio de dopaje.

Entrando en el análisis del texto del Anteproyecto, la regulación propuesta sobre las autorizaciones de uso terapéutico sigue de cerca el Código Mundial Antidopaje, y deja para la potestad reglamentaria aspectos esenciales de la institución.

En efecto, el art. 4.4 del Código Mundial Antidopaje establece que *cada federación internacional se asegurará de que existe un procedimiento mediante el cual los deportistas de nivel internacional u otros deportistas inscritos en un acontecimiento internacional que posean historiales médicos documentados que requieran el uso de una sustancia prohibida o de un método prohibido, puedan solicitar una autorización de uso terapéutico. Los deportistas a los que se incluya en el grupo de deportistas sometido a controles de su federación internacional sólo podrán obtener autorización de uso terapéutico de acuerdo con las normas de dicha federación (...). Cada una de las organizaciones nacionales antidopaje deberá asegurarse de que existe un proceso mediante el cual los deportistas que*



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

estén bajo su autoridad y que no estén incluidos en el grupo de deportistas sometidos a controles de una federación internacional, y que posean historiales médicos documentados que requieran el uso de una sustancia prohibida o de un método prohibido, pueden solicitar una autorización de uso terapéutico (...). La presencia de una sustancia prohibida o de sus metabolitos o marcadores (art. 2.1), el uso o el intento de uso de una sustancia o método prohibidos (art. 2.2), la posesión de sustancias o métodos prohibidos (art. 2.6) o la administración o intento de administración de una sustancia o método prohibido (art. 2.8) coherente con lo previsto en una autorización de uso terapéutico aprobada con arreglo a la norma internacional para la autorización de usos terapéuticos no se considerará infracción de las normas antidopaje.

El art. 17 del Anteproyecto de Ley recoge estos principios:

- 1. Los deportistas con licencia para participar en competiciones oficiales de ámbito estatal pueden solicitar una autorización de uso terapéutico al Comité de Autorizaciones de Uso Terapéutico, adscrito a la Agencia Española de Protección de la Salud en el Deporte, que aplicará los criterios de evaluación contenidos en el Anexo II de la Convención Internacional contra el dopaje en el deporte y en las normas para la concesión de autorizaciones de uso terapéutico adoptadas por la Agencia Mundial Antidopaje.*

En el supuesto de que el deportista figure como incluido en un Programa de Seguimiento Internacional de una Federación Internacional corresponderá a la Federación Internacional la concesión de la autorización de uso terapéutico que tendrá pleno valor en las competiciones y actividades deportivas estatales.

La obtención de una autorización de uso terapéutico producirá una exención de la responsabilidad disciplinaria relativa a la utilización de



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

productos dopantes, la posesión de sustancias o métodos prohibidos o la administración o intento de administración de las mismas.

- 2. Las autorizaciones de uso terapéutico que se expidan conforme a esta Ley y las disposiciones que la desarrollan, así como las documentaciones complementarias correspondientes, deberán quedar en custodia de la Agencia Española de Protección de la Salud en el Deporte.*

En el caso de que se haya expedido una autorización por parte de un organismo internacional a un deportista con licencia federativa para participar en competiciones de ámbito estatal, el deportista o la persona que se designe para ello está obligado a remitir una copia a la Agencia Española de Protección de la Salud en el Deporte para su registro, desde el inicio de la validez de la misma. La Agencia Española de Protección de la Salud en el Deporte coordinará la información con la Agencia Mundial Antidopaje en lo que se refiere con las autorizaciones de uso terapéutico.

Los órganos disciplinarios deportivos no podrán considerar válidas las autorizaciones de uso terapéutico que no se encuentren debidamente registradas en la Agencia Española de Protección de la Salud en el Deporte o de las que ésta obtenga la constancia suficiente a través de la Agencia Mundial Antidopaje.

Los requisitos de las autorizaciones de uso terapéutico están regulados en la Resolución de 22 de diciembre de 2010, de la Secretaría General Técnica del Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación, sobre la Modificación al Anejo II, Normas para la concesión de autorizaciones para uso terapéutico, de la Convención Internacional contra el dopaje en el deporte, París 18 de noviembre de 2005, publicada en el BOE de 30 de diciembre de 2010. No obstante, algunos de estos requisitos son tan trascendentes que deberían estar incluidos en el texto de la ley. En concreto:



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

- 1) Criterios para las autorizaciones: *a) que el deportista sufriera un perjuicio significativo en su salud si la sustancia prohibida o el método prohibido no se administrara durante el tratamiento de una enfermedad aguda o crónica; b) que el uso terapéutico de la sustancia prohibida o del método prohibido no produzca una mejora del rendimiento; c) que no exista alternativa terapéutica razonable que pueda sustituir el uso de la sustancia prohibida o el método prohibido; d) que la necesidad de uso de la sustancia prohibida o el método prohibido no sea una consecuencia parcial o total de un uso anterior, sin una AUT, de una sustancia o un método que estuviera prohibido en el momento de uso (art. 4.1 de la Resolución).*
- 2) Posibilidad de aprobación retroactiva, cuando: *a) haya existido una urgencia médica o haya sido necesario el tratamiento de una enfermedad no crónica; b) debido a circunstancias excepcionales, no haya habido tiempo ni posibilidad suficientes para que, antes de un control de dopaje, un solicitante pudiera presentar, o un CAUT evaluar, la correspondiente solicitud (art. 4.3 de la Resolución).*
- 3) Documentos que deben acompañar la solicitud: *a) historia clínica completa y los resultados de todos los exámenes, investigaciones de laboratorio y estudios gráficos (art. 8.9 de la Resolución); b) declaración de un médico convenientemente cualificado que certifique la necesidad de la sustancia o método prohibido y que describa por qué no puede o no debe usarse una medicación permitida en el tratamiento de la enfermedad (art. 8.11 de la Resolución); c) sustancia o método, la dosis, frecuencia, vía y duración de la administración (art. 8.12 de la Resolución).*

En esta línea se mueven las legislaciones más avanzadas del derecho comparado. Así, el parágrafo 8 de la ley austriaca, que regula las autorizaciones de uso terapéutico, *medizinische Ausnahmegenehmigungen*. En este artículo el legislador austriaco establece los requisitos que debe contener la solicitud: a) el



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

certificado médico o estomatológico, en su caso, con el diagnóstico de la enfermedad y el conjunto de hallazgos relevantes; b) los resultados de las pruebas realizadas para llegar al diagnóstico; c) el nombre de medicamento cuya administración está prevista y/o la descripción del tratamiento previsto; d) la indicación médica por la que se administra el medicamento con la sustancia prohibida y/o el tratamiento prohibido que debe ser utilizado; e) las dosis, así como la clase y duración de la necesaria utilización del medicamento y/o del tratamiento. Y el párrafo 4 del citado artículo 8 prevé que pueda solicitarse, excepcionalmente, la autorización de uso terapéutico con posterioridad, cuando la ingesta o administración de un medicamento prohibido sea necesaria para tratar urgentemente una enfermedad aguda o una lesión. En este caso, el tratamiento de urgencia ha de enviarse inmediatamente por escrito a la autoridad competente.

VI .Los controles de dopaje

A grandes líneas, la nueva Ley trata de diferenciar las medidas que afectan a los deportistas en general, que son medidas positivas de prevención de los riesgos de la salud asociados a la práctica deportiva, y las medidas específicas de lucha contra el dopaje, de ámbito mucho más restringido (apartado III de la Exposición de Motivos). Sometidos a los controles están únicamente los deportistas con licencia federativa deportiva. El Anteproyecto mejora la regulación del ámbito subjetivo y objetivo de las personas sujetas a la obligación de someterse a los controles de dopaje, en los artículos 10 y 11. La mayor novedad es las de quienes, teniendo licencia en un ejercicio y no habiéndola renovado en el plazo establecido, exista presunción razonable de que no han abandonado la práctica deportiva y pueden estar tratando de eludir la realización de controles de dopaje fuera de competición hasta la renovación de la misma (art. 11.2).



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

Se mantienen los controles en competición y fuera de competición, y la posibilidad de que estos últimos puedan realizarse por sorpresa o previa citación, como en el vigente art. 5.1.

Del mismo modo, se regulan de modo similar al actual las obligaciones accesorias de facilitar los datos que permitan la localización habitual de los deportistas (art. 11.3 del Anteproyecto y 5.3 y 36 ley vigente); la indicación, en el momento de pasar los controles de dopaje, de los tratamientos médicos a que estén sometidos los deportistas (11.4 del Anteproyecto y 5.4 de la ley que se pretende derogar); y el libro registro sobre tratamientos médicos (art. 16 Anteproyecto y 7.1 a 3 de la ley vigente). También es similar la información que sobre sus derechos ha de proporcionarse al deportista en el momento de practicar el control (art. 15.3 Anteproyecto y 6.3 del texto actualmente vigente).

Las novedades más relevantes que aporta el Anteproyecto son las siguientes:

- a) El personal habilitado para llevar a cabo los controles de dopaje. Ya no es preciso que sea un facultativo médico en todos los casos (art. 15.1 Anteproyecto).
- b) Se regula en el Anteproyecto el descanso nocturno, esto es, el periodo horario durante el que no se pueden, en principio, realizar controles. Se fija entre las 23.00 y las 06.00 horas. Actualmente es el mismo periodo horario, con la salvedad de que está regulado en vía reglamentaria, por lo que, al pasar al articulado de la ley, se gana en seguridad y garantías. Sin embargo, la auténtica novedad es que el Anteproyecto prevé que en casos debidamente justificados, y con pleno respeto del principio de proporcionalidad, será posible la realización de controles de dopaje fuera de competición en esa franja de descanso nocturno, siempre que en el



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

momento de realizarlos se informe al deportista de las razones que justifican la no observancia de la limitación horaria.

- c) La planificación de los controles pasa a la nueva Agencia, la cual, a través de su Director, podrá ordenar “controles específicos”, fuera de planificación, ya sean dentro o fuera de competición, a deportistas sujetos a licencia estatal. Un mismo deportista no podrá ser objeto de más de 3 controles de este tipo cada año natural.

Las observaciones que nos permitimos hacer a este apartado son las siguientes:

- a) Se aprecia de nuevo una discrepancia entre la Exposición de Motivos y el articulado del Anteproyecto. En efecto, sobre el personal habilitado para realizar los controles, la Exposición de Motivos dice que *se adapta la exigencia de que los controles de dopaje se realicen bajo la responsabilidad de un médico o por otro tipo de personal sanitario debidamente habilitado, para limitarla a los casos en que su presencia se considere imprescindible por la existencia de determinados tipos de actos médicos, como serían los controles de dopaje que consistan en la extracción de sangre del deportista.* Sin embargo, el art. 15.1 del Anteproyecto empieza afirmando: *los controles de dopaje que consistan en la extracción de sangre del deportista se realizarán siempre bajo la responsabilidad de un médico o por otro tipo de personal sanitario.*
- b) Lo que parece criticable de esta regulación –y de la actual- es que se precise de Ley Orgánica para regular la obligación de sometimiento a los controles de dopaje y la localización permanente de ciertos deportistas, y que aspectos esenciales de esta localización se remita al desarrollo reglamentario posterior. Otros ordenamientos jurídicos son mucho más precisos, puesto que regulan con qué periodicidad debe entregarse esa



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

información y qué sucede con los cambios sobrevenidos en el lugar de residencia.

Así, la ley portuguesa de 28 de agosto de 2012, en su art. 7-1 prevé que los deportistas identificados por la ADoP para su inclusión en un grupo de control con la finalidad de ser sometidos a controles fuera de competición, están obligados, después de la respectiva notificación, a suministrar trimestralmente y siempre que se verifique cualquier modificación, en las 24 horas precedentes a la misma, información precisa y actualizada sobre su localización, especialmente en lo que se refiere a las fechas y lugares de entrenamientos o pruebas no integradas en competición.

- c) La importante facultad que se otorga al Director de la nueva Agencia en el art. 19, de ordenar controles específicos a determinados deportistas, parece que debería ser objeto de una regulación más detallada, exigiéndose que los criterios sean generales y abstractos, por sorteo, o dirigida a deportistas cuyo comportamiento se haya revelado anómalo desde el punto de vista médico o deportivo, en la línea de lo previsto en el art. 13 de la ley portuguesa.
- d) Sería conveniente regular el consentimiento para la práctica de los controles de dopaje cuando el deportista es menor de edad con licencia federativa, como hace la ley portuguesa en su artículo 31.3.

VII. Las infracciones de la normativa antidopaje

El art. 2.3 del Convenio de la UNESCO establece que la expresión “infracción de las normas antidopaje” en el deporte se refiere a una o varias de las infracciones siguientes:



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

- a) La presencia de una sustancia prohibida o de sus metabolitos o marcadores en las muestras físicas de un deportista.
- b) El uso o tentativa de uso de una sustancia prohibida o de un método prohibido.
- c) Negarse o no someterse, sin justificación válida, a una recogida de muestras tras una notificación hecha conforme a las normas antidopaje aplicables, o evitar de cualquier forma la recogida de muestras.
- d) La vulneración de los requisitos en lo que respecta a la disponibilidad del deportista para la realización de controles fuera de la competición, incluido el no proporcionar información sobre su paradero, así como no presentarse para someterse a controles que se consideren regidos por normas razonables.
- e) La falsificación o tentativa de falsificación de cualquier elemento del proceso de control antidopaje.
- f) La posesión de sustancias o métodos prohibidos.
- g) El tráfico de cualquier sustancia prohibida o método prohibido.
- h) La administración o tentativa de administración de una sustancia prohibida o método prohibido a algún deportista, o la asistencia, incitación, contribución, instigación, encubrimiento o cualquier otro tipo de complicidad en relación con una infracción de la norma antidopaje o cualquier otra tentativa de infracción.

Por su parte, el artículo 23.2.2 del Código Mundial Antidopaje dispone que *los artículos siguientes (y sus correspondientes comentarios) aplicables a la esfera de actividad antidopaje que lleve a cabo la organización antidopaje deben ser implementados por los signatarios sin introducir cambios sustanciales (...):*



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

artículo 2 (infracciones de las normas antidopaje). Esta disposición ha llevado a la propuesta de modificación en la tipificación de las sanciones contenida en el Anteproyecto.

La infracción del art. 2.1 del Código Mundial Antidopaje se recoge en el 22.1 a) del Anteproyecto (presencia de una sustancia prohibida o de sus metabolitos o marcadores en la muestra de un deportista), así como las pruebas suficientes para acreditar la infracción (2.1.2 del Código y 39.5 a) del Anteproyecto), la indicación de que cualquier cantidad de sustancia, marcadores o metabolitos es suficiente (2.1.3 del Código y 22.a a) párrafo primero del Anteproyecto) y los criterios especiales para la evaluación de sustancias prohibidas que puedan ser producidas también de manera endógena (2.1.4 del Código y 22.1.a) párrafo segundo del Anteproyecto).

La infracción 2.2 del Código, uso o intento de uso por parte de un deportista de una sustancia prohibida o de un método prohibido, tiene su correspondencia con el art. 22.1 b) del Anteproyecto; la 2.3 del Código, esto es, la negativa o resistencia, sin justificación válida, a una recogida de muestras tras una notificación hecha conforme a las normas antidopaje aplicables, o evitar de cualquier otra forma la recogida de muestras, con el art. 22.1 c) del Anteproyecto; la vulneración de los requisitos sobre la disponibilidad del deportista para la realización de controles fuera de competición, prevista en el art. 2.4 del Código tiene su recepción en el art. 22.2 a) del Anteproyecto como infracción grave –las infracciones anteriormente expuestas se consideran muy graves-; La falsificación o intento de falsificación de cualquier parte del procedimiento de control del dopaje (2.5 del Código), tiene su equivalente en el art. 14.1 e) del Anteproyecto. Del mismo modo, la posesión de sustancias prohibidas y métodos prohibidos del art. 2.6 del Código Mundial Antidopaje equivale al art. 22.1 f) del Anteproyecto; el tráfico o intento de tráfico de cualquier sustancia prohibida o método prohibido (art. 2.7 del Código) tiene su recepción en el art. 22.1 i) del Anteproyecto; y la



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

infracción referente a la administración o intento de administración durante la competición de una sustancia o método prohibido a un deportista (art. 22.8 del Código), se despliega en el art. 22.1.g) del Anteproyecto.

Las observaciones que se pueden hacer al texto son las siguientes:

- 1) Contrastado el art. 22 del Anteproyecto de 2012 con el de 2011 la mejora en la tipificación de las infracciones es sustancial, puesto que al introducirse en el 22.1 l) la punibilidad de la tentativa se evita la farragosidad que caracterizaba a éste. Sin embargo el texto no es del todo coherente con este principio, pues el 22.1 i) relativo al tráfico de sustancias, introduce un segundo párrafo para penalizar la tentativa. Sería más lógico que se incluyera esta tentativa en el 22.1 l).
- 2) En relación con la infracción consistente en la presencia de una sustancia prohibida o de sus metabolitos o marcadores en la muestra de un deportista (art. 2.1 Código Mundial Antidopaje), recogida en el art. 22.1 a) del Anteproyecto, el Comentario al art. 2.1.1 del Código afirma que el mismo adopta la norma de responsabilidad objetiva. No obstante, el deportista tiene la posibilidad de reducir, o incluso evitar las sanciones, si puede demostrar que no existe culpa o negligencia significativa.

Esta doctrina es desarrollada en el artículo 10 del Código Mundial Antidopaje. Así el artículo 10.4 (sobre anulación o reducción del periodo de suspensión por uso de sustancias específicas en determinadas circunstancias), establece que *en caso de que un deportista u otra persona pueda demostrar cómo ha entrado en su organismo o por qué tiene la posesión de una sustancia específica y que dicha sustancia no pretendiera mejorar el rendimiento deportivo ni enmascarar el uso de una sustancia dirigida a mejorar su rendimiento*, podrá producirse la citada anulación o reducción. Y el art. 10.5 (anulación o reducción del periodo de suspensión



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

debido a circunstancias excepcionales) diferencia los casos de ausencia de culpa o negligencia de los casos de ausencia de culpa o negligencia significativas. En el primero (art. 10.5.1) *cuando un deportista demuestre, en un caso concreto, que no existe conducta culpable o negligente por su parte, se anulará el periodo de suspensión aplicable*. En el segundo supuesto (art. 10.5.2) *si un deportista u otra persona logran demostrar en un caso concreto que no han cometido ningún acto culpable o negligente significativo, podrá reducirse el periodo de suspensión aplicable en cualquier otro caso*.

Del mismo modo, el art. 27.3 a) del Anteproyecto considera circunstancia atenuante *la ausencia de culpa o negligencia grave en la actuación del deportista o de la persona responsable de la infracción debidamente acreditada*, con la consiguiente reducción del periodo de suspensión. Y el artículo 27.2, referido a la exención de responsabilidad disciplinaria, determina que *se considerará circunstancia eximente de la responsabilidad disciplinaria el hecho de que el deportista o persona afectada por el procedimiento sancionador acredite que, para ese caso concreto, no ha existido culpa o negligencia alguna por su parte*.

Dicho esto, el problema que se quiere señalar es el siguiente: el artículo 9 del Código Mundial Antidopaje lleva por título: "Anulación automática de los resultados individuales". El texto del artículo dice lo siguiente: *La infracción de una norma antidopaje en deportes individuales relacionada con un control en competición conlleva automáticamente la anulación de los resultados obtenidos en esa competición con todas sus consecuencias, incluida la pérdida de todas las medallas, puntos y premios*. Y el Comentario al precepto da la siguiente explicación: "Cuando un deportista gana una medalla de oro con una sustancia prohibida en su organismo, es algo injusto para los demás deportistas de esa competición, tuviera o no culpa el deportista que obtuvo la medalla de oro". El sentido del precepto no puede



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

ser otro que dejar claro que, aunque en caso de ausencia de culpa del deportista no sufra suspensión federativa ni ningún tipo de sanción, sí va a perder las medallas o premios obtenidos. Este artículo 9 del Código Mundial Antidopaje es uno de los que, según el art. 23.2.2 no puede ser modificado sustancialmente por las legislaciones estatales.

Pues bien, el artículo 30 del Anteproyecto, bajo la rúbrica “Anulación de resultados”, dice en su párrafo primero: *La comisión de una conducta de las previstas en la presente Ley como infracciones, por parte de un deportista en el marco de una competición individual y como consecuencia de la realización de un control en competición, implicará la anulación automática de los resultados obtenidos en esa competición, con la pérdida de todas las medallas, puntos, premios y todas aquellas consecuencias necesarias para eliminar cualquier resultado obtenido en dicha competición, con independencia de que concurra una causa de exención o atenuación de la pena.* En puridad no podría establecerse una consecuencia accesoria a quien está exento de responsabilidad disciplinaria sin incurrir en la responsabilidad objetiva, puesto que en realidad se trata de una sanción accesoria.

En este sentido, el art. 74.3 de la ley portuguesa de 28 de agosto de 2012 dispone que la invalidación de los resultados individuales, la pérdida de las medallas, puntos o premios que haya conquistado no se aplica si el deportista demuestra que en el origen de la infracción en causa no hubo conducta culposa o negligente por su parte. El párrafo cuarto añade que la invalidación de los resultados sí se aplicará, incluso demostrada la ausencia de culpa o negligencia, a los resultados del deportista en otras competiciones del mismo evento deportivo diferentes de aquella en la que tuvo lugar la infracción de las normas antidopaje, si se hubieren visto influidos por ésta.



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

- 3) Si por razones de equidad se quiere mantener la redacción, debería aclararse que el precepto se basa en criterios de justicia, desterrando toda duda de responsabilidad objetiva sin culpabilidad.

En el artículo 22. 1 j) del Anteproyecto, referido a las infracciones, se ha incluido la cláusula “siempre que en ambos casos no constituya delito”, respecto del tráfico o tentativa de tráfico de sustancias y métodos prohibidos. El precepto es digno de alabanza porque de este modo se solventan expresamente los problemas de *ne bis in idem*. Pero debería establecerse como fórmula genérica para todas las infracciones, porque la concurrencia de las ilícitos administrativos con los tipos penales pueden darse en otros apartados del precepto (falsedades, violación de la confidencialidad de la planificación por funcionarios públicos, etc).

- 4) El artículo 24.2 del Anteproyecto considera infracciones graves, entre otras, *las conductas descritas en las letras a), b) y f) del apartado anterior, cuando afecten, versen o tengan por objeto sustancias identificadas en la lista prevista en el artículo 12 como “sustancias específicas”. Para que pueda considerarse que estas conductas son infracciones graves será necesario que el infractor justifique cómo ha entrado en su organismo la sustancia o la causa que justifica la posesión de la misma y que proporcione pruebas suficientes de que dicha sustancia no tiene como fin mejorar el rendimiento deportivo o enmascarar el uso de otra sustancia dirigida a mejorar dicho rendimiento.*

El problema radica en que el Anteproyecto olvida definir qué se entiende por “sustancias específicas”, concepto que debería incluir en la lista de definiciones del Anexo. El artículo 2 de la Ley portuguesa 38/2012, de 28 de agosto, sí incluye el término entre las definiciones, afirmando que sustancia específica es una “sustancia susceptible de originar infracciones no intencionales de las normas antidopaje, debido al hecho de que



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

frecuentemente se encuentran en medicamentos o por ser menos susceptibles de utilización con éxito como agente dopante, y que consta en la lista de sustancias y métodos prohibidos”. El art. 4.2.2 del Código afirma que *a efectos de la aplicación del art. 10 (sanciones individuales), todas las sustancias prohibidas se considerarán “sustancias específicas”, excepto las pertenecientes a la categoría de sustancias anabolizantes y hormonas, así como aquellos estimulantes y moduladores y antagonistas hormonales identificados como tales en la lista de sustancias y métodos prohibidos. Los métodos prohibidos no se considerarán “sustancias específicas”.* El Comentario al artículo 10.4 del Código Mundial Antidopaje –artículo transcrito anteriormente- explica que existe una mayor probabilidad de que las sustancias específicas, a diferencia de otras sustancias prohibidas, sean susceptibles de una explicación creíble y no relacionada con el dopaje.

- 5) El párrafo segundo del apartado VII de la Exposición de Motivos afirma que *se suaviza ligeramente el régimen correspondiente a la primera infracción, mientras que se endurece respecto de la segunda y posteriores sanciones.* Esta aseveración no se ve confirmada siempre en el articulado del Anteproyecto. En algunos casos de primera sanción se puede imponer la inhabilitación definitiva o de por vida, sanción extremadamente grave que no cabe en la legislación actualmente vigente (ver 23.1 b)). Además la sanción de por vida parece difícilmente compatible con los ideales constitucionales de rehabilitación –en este sentido, el límite máximo de inhabilitación en la ley portuguesa de 2012 es de 25 años-.
- 6) En el artículo 23. 1 b) se habla de inhabilitación definitiva o de por vida, y en el 25.1 b) se habla solo de inhabilitación definitiva. Al no contenerse un catálogo de sanciones ni definiciones en el anexo II es difícil discernir si la inhabilitación definitiva es igual a la inhabilitación de por vida o se trata de sanciones distintas. Del anexo II parece deducirse que en realidad la sanción es la de por vida, pero sería conveniente aclarar este aspecto.



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

- 7) El artículo 19 bis del Anteproyecto de 2011, relativo a las sanciones a aplicar en casos de reincidencia o reiteración de sanciones, era excesivamente farragoso y sin parangón en el derecho comparado. El Código Mundial Antidopaje lo soluciona en el art. 10.7 con una tabla y cinco epígrafes aclaratorios. Es un acierto del Prelegislador el incluir un anexo II explicativo sobre esta materia. Es la misma solución adoptada por el legislador portugués de 2012.
- 8) Sobre el sistema de reconocimiento mutuo de resoluciones, el párrafo sexto del apartado VII de la Exposición de Motivos hace mención a la *posibilidad de que la Agencia Española de Protección de la Salud en el Deporte pueda no reconocer dichas resoluciones cuando sean contrarias a los principios del Código Mundial Antidopaje o cuando se hayan dictado por órgano incompetente*. Por su parte, el art. 31.2, bajo la rúbrica de “Efectos de las sanciones”, establece que *cualquier resolución dictada por las autoridades antidopaje de otros Estados o por las federaciones o entidades internacionales competentes serán reconocidas de manera automática en España siempre que sean conformes a lo dispuesto en el Código Mundial Antidopaje y correspondan al ámbito de competencias de esa entidad. La Agencia Española de Protección de la Salud en el Deporte será la encargada de hacer el reconocimiento de oficio o a instancia de los deportistas, en los casos en que puedan suscitarse dudas acerca de su procedencia*. Pues bien, reconociéndose en varios apartados de la Exposición de Motivos que la adaptación del citado código mundial no siempre es fácil a nuestro Derecho, deberían conservarse las referencias que en el texto actualmente en vigor (LO 7/2006) se contienen en los arts. 22.2 y 33 a la compatibilidad de las citadas resoluciones con el ordenamiento jurídico español.



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

9) El artículo 35 del Anteproyecto establece un plazo de prescripción de 8 años para las infracciones cometidas en esta materia. Dicho plazo viene determinado por el Código Mundial Antidopaje (art. 17), que además se configura como norma “blindada” que no puede ser objeto de cambio sustancial por los Estados (art. 23,2,2 del propio Código). No obstante, el Consejo Fiscal quiere dejar constancia de la aparente contradicción que ello puede suponer respecto del plazo de prescripción previsto para conductas que se suponen más graves, como las previstas en el art. 361 bis del Código Penal, que prescriben a los cinco años (art. 131,1 CP). Como se indica en otros apartados de este informe, la transposición de normativa internacional no debería implicar la alteración de reglas básicas de nuestra tradición jurídica como puedan ser el hecho de valorar la mayor gravedad de la infracción penal sobre la administrativa, lo que justifica un mayor plazo de prescripción para posibilitar la persecución de una conducta delictiva sobre la mera contravención de una norma.

VIII. El procedimiento disciplinario

GENERALIDADES

El apartado VI de la Exposición de Motivos comienza afirmando que *el sistema contenido en la ley trata de adaptar la legislación española a las peculiares fórmulas de represión del dopaje que se contienen en el Código Mundial Antidopaje, cuestión no siempre sencilla al tratarse de una norma internacional de corte anglosajón y que parte de ciertos principios diferentes a los nuestros, como es el caso del plazo de prescripción de ocho años y otros similares. Y esta adaptación tiene lugar con pleno respeto a los derechos fundamentales de los implicados en el sistema.*



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

Ciertamente, el Código Mundial Antidopaje es una norma de corte anglosajón, y por ello contiene algunos principios difícilmente compatibles con nuestra tradición jurídica. Muy gráficamente se ha dicho que en ese sistema la valoración de la prueba asemeja a un campo de 100 yardas. Para destruir la presunción de inocencia es preciso alcanzar la línea 99 de ese campo imaginario. Para que un juez considere que un tema merece ser debatido en el proceso, hay que aportar una prueba que llegue a la línea 10. En los procesos civiles y en aquellos casos en que la carga de la prueba en un proceso penal corresponde a la defensa, basta una prueba evidencial que llegue a la línea 51, esto es, se precisa que haya más datos a favor de esa tesis que de la contraria.

En efecto, en el derecho inglés, en el asunto *R v. Carr-Briant* (1943) 1 KB 607 CCA, la Court of Criminal Appeal declaró que cuando la carga de la prueba recae en el acusado, el estándar es simplemente el *balance of probabilities*. Es el mismo estándar que se aplica en los procedimientos civiles y significa que el hecho discutido debe tenerse por probado si la versión del acusado se considera más probable que cualquier otra alternativa. El jurado debe darse por satisfecho si “es más probable que no” que el hecho tuvo lugar. Pero cuando la carga de la prueba reside en la acusación –que en general debe probar los hechos constitutivos del delito y desmontar más allá de toda duda razonable toda defensa sobre la que el acusado ha logrado introducir una evidencia incidental, que hace que, según el juez, sobre ese punto deba pronunciarse el jurado, salvo algunas en algunas defensas como la insanidad mental, en las que la carga de la prueba por balance de probabilidades recae sobre la defensa- el estándar es el de más allá de toda duda razonable.

En los procesos civiles el estándar es el balance de probabilidades (el 51%).

En el derecho norteamericano, por su parte, la acusación debe probar la culpabilidad del acusado en cada uno de los elementos del delito más allá de una duda razonable. Pero sólo es la culpabilidad del acusado lo que ha de determinarse más allá de una duda razonable (*Taylor v. Kentucky*, 436 U.S. 478 (1978)). En la mayoría de los tribunales, las cuestiones sobre la admisibilidad de la prueba de la acusación -si fue



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

obtenida mediante una entrada legal, si la confesión del acusado fue voluntaria- deben ser probadas sólo por una prueba preponderante (preponderance of the evidence: *Lego v. Twomey*, 404 U.S. 477 (1972)). En cuanto a las causas de justificación o de exculpación, generalmente la defensa debe probarlas: *Leland v. Oregon*, 343 U.S. 790 (1952). Hay matices. En algunos estados la acusación, en la defensa de insanidad mental, debe probar más allá de una duda razonable que el acusado estaba mentalmente sano. En otros tribunales, sin embargo, la defensa debe probar la insanidad mental por prueba proponderante, y los tribunales federales, así como algunos estados, requieren que el acusado pruebe su insanidad mental por prueba clara y convincente (clear and convincing evidence). El estándar del más allá de la duda razonable consiste en una probabilidad de que el hecho tuvo lugar cercana al 99%; la prueba clara y evidente, en torno al 70%; la prueba preponderante, en el 51%.

El Anteproyecto, con muy buen criterio, elimina uno de los aspectos más problemáticos del anterior de 2011. El artículo 28.4 de este último contenía la siguiente regla: *los hechos constitutivos de la infracción deberán ser acreditados por el órgano disciplinario en el transcurso del procedimiento, conforme a las reglas de la sana crítica, mayor que un balance de probabilidades pero menor a la prueba más allá de la duda razonable*. Este artículo era una traducción casi literal de la regla contenida en el art. 3.1 del Código Mundial Antidopaje.

Ahora bien, al afirmar la Exposición de Motivos –y deducirse de múltiples apartados del texto del Anteproyecto- que *el Código Mundial Antidopaje debe configurarse como un elemento central de interpretación de las normas de la ley que se ocupan de esta cuestión de manera que las dudas que su aplicación pueda plantear deberán resolverse a la luz de los preceptos, comentarios y principios del Código*, parece que lo que sale por la puerta vuelve a entrar por la ventana, a pesar de que explícitamente se omita la referencia a que basta una prueba de cargo entre las líneas 51 y 99.



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

Y esto hace que sea problemática la afirmación de que la adaptación se realiza *con pleno respeto a los derechos fundamentales de los implicados en el sistema*, por la fundamental razón de que en nuestro derecho administrativo sancionador rige la presunción de inocencia, que retomando la imagen del campo de 100 yardas, hace necesario llegar a la línea 99 de prueba para imponer una sanción. De este modo, se produce una relajación de las garantías del procedimiento administrativo sancionador en este campo, al menos en la valoración de las pruebas, lo que va a transformar toda esta materia en un islote dentro del derecho sancionador, en un cuerpo extraño y excepcional. Sobre este tema, por su importancia, volveremos después.

COMPETENCIA PARA INSTRUIR LOS PROCEDIMIENTOS

El artículo 8 del Código Mundial Antidopaje establece que cada organización antidopaje deberá prever un procedimiento de audiencia a disposición de toda persona que presuntamente haya cometido una infracción de las normas antidopaje, y fija una serie de principios que el procedimiento que se instituya debe respetar. El Comentario afirma que este artículo no pretende sustituir a las normas propias de los signatarios en relación con las vistas, sino garantizar que cada uno de los signatarios prevea un proceso de audiencia que sea conforme a estos principios.

En el derecho comparado existen diferentes modelos. En Portugal el sistema es mixto, dado que algunas infracciones de la normativa antidopaje se consideran infracciones administrativas, cuya instrucción corresponde a la Autoridad Antidopaje de Portugal, y otras se conforman como infracciones disciplinarias, correspondiendo su instrucción a las federaciones.



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

En Francia, en principio, el poder disciplinario corresponde a las federaciones, pero en ciertos casos, la Agencia Francesa de Lucha contra el Dopaje recupera la competencia.

Sin embargo, Austria sigue un modelo administrativo, pues el parágrafo 15 de la ley austriaca establece que la iniciación del procedimiento disciplinario y la imposición de medidas cautelares corresponde a la Fundación Independiente de Control de Dopaje.

Nuestro legislador ha optado por un modelo en el que la competencia disciplinaria, respecto de deportistas con licencia estatal, corresponde a la Agencia Española de Protección de la Salud en el Deporte (art. 37.1 Anteproyecto). La instrucción y resolución de los expedientes disciplinarios corresponde a la Agencia Española de Protección de la Salud en el Deporte o, en caso de delegación, a los órganos disciplinarios de las federaciones deportivas españolas. Sobre los problemas de esta delegación hemos hablado en otro apartado de este informe.

Hay que llamar la atención sobre el hecho de que la Agencia puede recibir denuncias anónimas –y establecer *un procedimiento para mantener en secreto la identidad del denunciante frente a todos cuantos intervengan en los procedimientos disciplinarios* (art. 39.2)-, que evidentemente han de ser examinadas y ponderadas con cautela. Basta recordar la jurisprudencia del TEDH sobre testigos anónimos (Kostovski vs Países Bajos, 20-11-89; Windisch vs Austria, 27-9-90; van Mechelen vs. Países Bajos, 23-4-97) y la doctrina de que el desconocimiento de la identidad de los testigos impide a la defensa cuestionar la credibilidad y fiabilidad de sus manifestaciones. Aunque el texto de la ley diga que el denunciante anónimo no es parte en el proceso lo da inicio y *mutatis mutandi* es aplicable la doctrina.



REGLAS ESPECIALES SOBRE VALORACIÓN DE LA PRUEBA

Volvemos a retomar esta materia por su gran importancia. El artículo 3.1 del Código Mundial Antidopaje tiene el tenor literal siguiente: *Recaerá sobre la organización antidopaje la carga de probar que se ha producido una infracción de la norma antidopaje. El grado de la prueba debe ser tal que la organización antidopaje que ha establecido la infracción de las normas antidopaje convenza al tribunal de expertos teniendo en cuenta la seriedad de la afirmación que se hace. El grado de la prueba, en todo caso, deberá ser mayor al de un justo equilibrio de probabilidades, pero inferior a la prueba más allá de cualquier duda razonable. Cuando el Código haga recaer en un deportista o en cualquier otra persona que supuestamente haya cometido una infracción de las normas antidopaje la carga de invertir tal presunción, o de establecer la existencia de circunstancias o hechos específicos, el grado de la prueba deberá ser el justo equilibrio de probabilidades, excepto en los casos contemplados en los artículos 10.4 y 10.6, en los que recae sobre el deportista una mayor carga de la prueba.*

Ciertamente, el Código Mundial Antidopaje, en su artículo 23.2.2 establece que la normativa sobre prueba del dopaje (art. 3, donde se incluyen los preceptos sobre estándares de la carga de la prueba) debe ser implementada sin introducir cambios sustanciales.

Reiteradamente, sin embargo, el Tribunal Constitucional ha afirmado que el *ius puniendi* del Estado –en el que existe una unidad esencial- se concreta en dos vertientes diferentes, el derecho penal y el derecho administrativo sancionador, y que, con los debidos matices, los principios del primero son aplicables al segundo (STC 81/2000, FJ 2º, STC 18/87, STC 76/90). Así las cosas, la presunción de inocencia es también un principio esencial del derecho administrativo sancionador. La STC 13/82, de 1 de abril, afirma que “el derecho a la presunción de inocencia no puede entenderse reducido al estricto campo de



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

enjuiciamiento de conductas presuntamente delictivas, sino que debe entenderse también que preside la adopción de cualquier resolución, tanto administrativa como jurisdiccional, que se base en la condición o conducta de las personas y de cuya apreciación se derive un resultado sancionatorio para las mismas o limitativo de sus derechos”, y en la STC 212/90, de 20 de diciembre, manifiesta que “es doctrina reiterada de este Tribunal Constitucional que la presunción de inocencia rige sin excepciones en el ordenamiento sancionador garantizando el derecho a no sufrir sanción que no tenga fundamento en una previa actividad probatoria sobre la cual el órgano competente pueda fundamentar un juicio razonable de culpabilidad” (en el mismo sentido, STC 73/85, 1/87, 120/94, 45/97). De este modo, el derecho a la presunción de inocencia “se construye en el derecho administrativo sancionador con la misma intensidad garantista que en el derecho penal, exigiéndose que para que haya sanción es necesario una prueba de cargo suficiente que permita a la Administración deducir su juicio de reproche” (Sentencia 1097/2004, de 12 de julio de 2004, de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura).

La conclusión es que la Administración (art. 39.4 Anteproyecto) debe probar más allá de toda duda razonable la conducta sancionable, sin que se pueda recurrir a los principios más laxos del Código Mundial Antidopaje.

Este tema está inextricablemente unido a las reglas especiales de prueba establecidas en el art. 39.5 del Anteproyecto:

No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, serán de inexcusable aplicación las siguientes reglas especiales de prueba:

- a) *Un resultado analítico adverso en un control de dopaje constituirá prueba de cargo o suficiente a los efectos de considerar existente la infracción tipificada en el artículo 22 de esta Ley. A estos efectos se considerará*



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

prueba suficiente la concurrencia de cualesquiera de las circunstancias siguientes: que en el análisis de la muestra A del deportista se detecte la presencia de una sustancia prohibida o de sus metabolitos o marcadores, si el deportista renuncia al análisis de la muestra B y ésta no se analiza; que el análisis de la muestra B confirme la presencia de la sustancia prohibida o de sus metabolitos o marcadores detectados en el análisis de la muestra A del deportista.

- b) En caso de negativa o resistencia a someterse a los controles, el documento que acredite la negativa suscrito por el médico o personal sanitario habilitado a que se refiere el artículo 15.5 de la presente Ley tendrá valor probatorio, sin perjuicio de las pruebas que en defensa de los respectivos derechos o intereses pueden señalar o aportar los propios interesados a los efectos de acreditar que existía justificación suficiente.*
- c) Se presume que los laboratorios de control de dopaje acreditados por la Agencia Mundial Antidopaje realizan los análisis de muestra y aplican los procedimientos de custodia conforme a la normativa aplicable, salvo prueba en contrario que acredite que el incumplimiento de tales normas podría ser la causa razonable del resultado analítico adverso. El deportista u otra persona puede demostrar que el laboratorio ha cometido una desviación al cumplir la regulación y que dicho incumplimiento podría razonablemente haber causado el resultado analítico adverso que ha dado lugar a la incoación del procedimiento, en cuyo caso el órgano competente tendrá la carga de demostrar que esa desviación o incumplimiento de la normativa aplicable no dio lugar al resultado analítico adverso.*
- d) Cualquier desviación de una norma aplicable en los procedimientos de control del dopaje que no sea causa directa de un resultado analítico adverso o de otra infracción, no determinará la invalidez del resultado. En caso de que el deportista u otra persona pruebe que la desviación con*



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

respecto a la normativa aplicable podría haber sido causa del resultado analítico adverso o de la infracción, el órgano competente deberá acreditar que dicha desviación no ha sido la causa del resultado analítico adverso.

- e) *Las sentencias o resoluciones administrativas firmes harán prueba de los hechos que declaren probados contra el deportista u otra persona a la que afecte la sentencia.*
- f) *El deportista u otra persona podrá refutar todos los hechos y presunciones que le perjudiquen, incluidos los mencionados en la letra a) del apartado quinto de este artículo y probar los hechos y circunstancias necesarios para su defensa.*

Asimismo, otros artículos del Anteproyecto contienen reglas que, al menos aparentemente, suponen criterios de inversión de la carga de la prueba. Así, el artículo 27:

Criterios para la imposición de sanciones en materia de dopaje:

1. (...)
2. *Se considerará circunstancia eximente de la responsabilidad disciplinaria el hecho de que el deportista o persona afectada por el procedimiento sancionador acredite que, para ese caso concreto, no ha existido culpa o negligencia alguna por su parte.*
Si se diera esta circunstancia, el deportista, para exonerarse de responsabilidad y evitar la sanción, deberá justificar la forma en que se introdujo la sustancia prohibida en su organismo.
En este caso, los órganos disciplinarios determinarán que el deportista no ha cometido ninguna infracción a los efectos de la existencia de reincidencia en infracciones en materia de dopaje.
3. *Se consideran circunstancias atenuantes:*



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

a) *La ausencia de culpa o negligencia grave (...). En caso de que la infracción consista en la detección de una sustancia prohibida en el organismo de un deportista, para que sea aplicable esta atenuante deberá aquél demostrar de qué forma se introdujo en su organismo dicha sustancia para modificar su responsabilidad y obtener la reducción de la sanción.*

4. (...)

5. (...) *Salvo que el sujeto infractor acredite que no concurrió intencionalidad alguna en la conducta que agrave la responsabilidad.*

Antes de tomar postura sobre estos preceptos, es preciso recordar que la presunción de inocencia constituye una regla probatoria que impone a la acusación la carga de la prueba de los hechos constitutivos de la infracción, de tal modo que no debe ser el acusado quien acredite su inocencia o quien tenga que convencer al juez de la causa de la inexistencia de circunstancias relativas a su culpabilidad cuando éstas no han sido acreditadas previamente por la acusación. Ahora bien, acreditada la culpabilidad más allá de toda duda razonable, el acusado debe asumir la prueba de los hechos en que haya fundamentado su defensa. Dicho de otro modo, el acusado no ha de sufrir sanción a menos que su culpabilidad haya quedado acreditada más allá de toda duda razonable mediante la acreditación por la acusación de los hechos constitutivos de la infracción imputada. Y al acusado no se le puede imponer carga alguna relativa a su inocencia sin que previamente la acusación haya demostrado esa culpabilidad. En este sentido, la Sentencia de la sección 6ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ de Madrid de 5 de marzo de 2010, afirma que *el resultado positivo del control antidopaje cuando se superen determinados índices o rangos, tanto de las sustancias dopantes como de sus precursores, no puede constituir, en ningún caso, una presunción iuris et de iure*



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

de la comisión de la infracción, ya que el referido resultado solo determina la constatación técnico-científica de un indicio o presunción de la posible ingesta o utilización de sustancias o métodos prohibidos, dando lugar, en su caso, a la apertura del correspondiente expediente disciplinario, donde el presunto infractor contará con todas las garantías propias del Derecho Administrativo Sancionador, y entre ellas, la de presentar pruebas de descargo para desacreditar el resultado positivo del análisis, o los presupuestos sobre los que se estableció su positividad (FJ 3).

Dicho esto, las observaciones que queremos realizar son las siguientes:

- 1) En un caso de dopaje, una vez acreditado el resultado positivo del laboratorio, es razonable que la persona afectada deba realizar prueba de descargo con el baremo del balance de probabilidades que establece el Código Mundial Antidopaje -es decir, acreditar que su tesis sobre el modo de producirse los hechos es más verosímil que la de la acusación-.
- 2) No obstante lo anterior, el Anteproyecto debería dejar claro, para que no entren en juego las normas y principios del Código Mundial Antidopaje como criterio interpretativo, que la Administración debe probar más allá de toda duda razonable los elementos de la infracción. Es el núcleo de la garantía de la presunción de inocencia.
- 3) Se observan deficiencias terminológicas. En efecto, en el art. 27.3 la ausencia de culpa o negligencia grave y en el 27.2 la ausencia total de culpa o negligencia, no son, respectivamente, circunstancias atenuantes o eximentes, sino el elemento subjetivo esencial de la infracción. Es preciso utilizar correctamente la terminología dogmática.
- 4) La presunción de que los laboratorios de control de dopaje acreditados realizan los análisis de muestra y aplican los procedimientos de custodia



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

conforme a la normativa aplicable es excesiva. El procedimiento de custodia debe constar documentalmente y que la muestra se analiza conforme al protocolo aplicable es parte esencial de la pericia. Otra cosa es que si no son impugnados esos aspectos por el afectado no sea preciso hacer especial prueba sobre ellos porque están suficientemente documentados.

SISTEMA DE RECURSOS PARA DEPORTISTAS DE NIVEL INTERNACIONAL

El artículo 37. 1 in fine del Anteproyecto afirma que *la Agencia no tendrá competencias sancionadoras respecto de los deportistas calificados oficialmente como de nivel internacional o que participen en competiciones internacionales. En estos casos, la competencia corresponderá a las federaciones españolas. Por excepción, dicha competencia podrá ser asumida por las federaciones internacionales, previa la firma del correspondiente convenio con la Agencia.* Y el artículo 40, que regula los recursos, en su apartado segundo establece que *las resoluciones dictadas en relación con deportistas que por ser calificados oficialmente como de nivel internacional no estén incluidos en el ámbito de aplicación de esta ley o las que se dicten en el marco de una competición internacional, podrán ser recurridas ante el órgano y con arreglo al sistema de resolución de conflictos previsto en la normativa de la Federación internacional correspondiente.*

En definitiva, la solución será la del arbitraje obligatorio ante el Tribunal de Arbitraje Deportivo de Lausana. Así lo afirma el art. 13.2.1 del Código Mundial Antidopaje, al decir que *en los casos derivados de una participación dentro de un acontecimiento deportivo internacional o en los casos en los que estén implicados deportistas de nivel internacional, se podrá recurrir la decisión únicamente ante el TAD de acuerdo con las disposiciones en vigor de este Tribunal, cuyas resoluciones, según el texto del Comentario, son ejecutivas y*



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

definitivas, salvo proceso de anulación o reconocimiento de una sentencia arbitral según exigencia de la ley aplicable.

Las Sentencias de 12-7-2007 y 16-1-2009 de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional afirman que *si bien las federaciones deportivas pueden actuar ejerciendo funciones delegadas de la Administración pública, en cuyo caso sus actos quedan sometidos al control jurisdiccional de los tribunales contencioso-administrativos, también actúan, en cuanto entes privados integrantes de una organización internacional que las agrupa, como delegados de dicho organismo internacional y cuando así lo hacen no están ejerciendo funciones delegadas por una Administración Pública, sino las delegadas por dicho organismo internacional, cuya normativa será la aplicable en tales casos y cuyas decisiones quedarán sometidas a los mecanismos de control establecidos en sus propias normas, sin que por ello se vulnere el derecho nacional ni se desconozcan funciones públicas de orden interno que no han entrado en juego, pues no ha existido iniciativa pública alguna ni están ejerciendo por delegación funciones públicas de carácter administrativo.*

No obstante, otra línea jurisprudencial considera que este sistema puede plantear problemas de constitucionalidad, si se parte de que el arbitraje no es aceptado voluntariamente por el deportista sino que le viene impuesto en el conjunto de cláusulas que debe aceptar para obtener la licencia internacional. Según el Tribunal Constitucional, el arbitraje obligatorio es inconstitucional en España por vulnerar el derecho a la tutela judicial efectiva previsto en el art. 24 CE (STC 174/95, de 23 de noviembre de 1995 y 75/96, de 30 de abril de 1996). En este sentido, la reciente sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León de 14 de junio de 2011, que permite al deportista el acceso a la jurisdicción por entender que no consta que el recurrente haya prestado libremente su consentimiento a la sumisión al TAS, pues no se puede considerar que se ha otorgado libremente dicho compromiso si



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

se exige como requisito *sine qua non* para ejercer su profesión, estando incluida la cláusula compromisoria en un documento de adhesión (la licencia federativa).

De hecho, la legislación francesa, tras la reforma de 14 de abril de 2010, en el artículo L-232-24 del Código del deporte, establece un recurso de plena jurisdicción contra las decisiones de la Agencia francesa de lucha contra el dopaje, y que la Agencia mundial antidopaje puede llevar ante la jurisdicción administrativa competente la decisión tomada por un órgano disciplinario de una federación deportiva delegada así como una decisión de la Agencia francesa de lucha contra el dopaje. Y el parágrafo 17 de la ley austríaca permite apelación ante el TAS, a la vez que afirma que queda abierta la vía jurisdiccional civil.

Quizá la solución podría pasar por una referencia a que en estos casos – cuando el evento deportivo ha tenido lugar en España- queda también abierta la vía de la jurisdicción contencioso-administrativa, o realizando una mención a una posible homologación de la resolución por la nueva Agencia, que dejaría abierta la vía jurisdiccional.

IX. Las definiciones del Anexo I

Coinciden con las incluidas en la traducción española del Código Mundial Antidopaje, -salvo dos no incluidas: audiencia preliminar, concepto del que no se hace uso en el Anteproyecto, y ausencia de culpa o negligencia significativa, que en el texto del Anteproyecto se sustituye por culpa o negligencia grave-.

Como se dijo anteriormente, sería conveniente introducir en el anexo la definición de sustancia específica. La sentencia de la sección 3ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 26 de marzo de 2009 las define como *aquellas que se prestan particularmente a infracciones no*



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

intencionales ya que están generalmente presentes en medicamentos que se pueden adquirir en farmacias sin prescripción médica y con estas sustancias puede tenerse una reducción de sanción siempre que el deportista pueda demostrar que la tomó por inadvertencia, cómo llegó a su poder, por qué la tomó y que no utilizó esta sustancia con la intención de mejorar su marca.

Por otra parte, hay que tener en cuenta que el art. 2 de la Convención de la UNESCO también contiene un listado de definiciones, que algunas veces, como las definiciones 17, 18, 19, que se refieren respectivamente a las listas de prohibiciones, métodos prohibidos y sustancias prohibidas, son más precisas, al ubicarse en el Anexo I de la citada Convención.

X. El artículo 33 y la colaboración con la autoridad judicial competente

El texto del art. 33 del Anteproyecto tiene el tenor literal siguiente:

- 1. Si la Agencia Española de Protección de la Salud en el Deporte tuviera conocimiento en el ejercicio de sus funciones de la posible existencia de conductas que pudieran ser constitutivas de delito previsto en el artículo 361 bis del Código Penal lo pondrá de inmediato en conocimiento del Juez competente para la instrucción del correspondiente proceso.*
- 2. Cuando se instruya un proceso penal seguido por la presunta infracción del artículo 361 bis del Código Penal, el Juez de Instrucción podrá solicitar de la Agencia Española de Protección de la Salud en el Deporte que emita un informe sobre la concurrencia de peligro para la vida o la salud de los deportistas. A estos exclusivos efectos, proporcionará a la Agencia los elementos probatorios necesarios para emitir el informe. El Ministerio Fiscal podrá también solicitar del Juez instructor la práctica de esta diligencia probatoria.*



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

3. *Una vez emitido el informe, el Juez de instrucción resolverá sobre la procedencia de continuar el proceso penal. Si concluyere que procede continuar las actuaciones, lo comunicará a la Agencia Española de Protección de la Salud, a los efectos de que queden suspendidos todos los procedimientos sancionadores que pudiesen estarse tramitando respecto de los presuntos responsables de la infracción penal, siempre que por aquella se aprecie que existe identidad de hechos y fundamento.*
La resolución judicial por la cual se acuerde la continuación del proceso penal supondrá que la Agencia Española de Protección de la Salud en el Deporte pueda acordar, si procede, previa audiencia de los interesados, la suspensión provisional de la licencia federativa a la luz de los principios del artículo 10 del Código Mundial Antidopaje.
El tiempo de duración de la medida cautelar se descontará de la medida accesoria que pudiera derivarse de la condena del responsable del delito.
En caso de que el proceso penal finalice con una condena por la comisión del delito previsto en el artículo 361 bis del Código Penal, la misma llevará aparejada automáticamente, como medida asociada, la suspensión de la licencia federativa por el mismo plazo establecido en la presente Ley para las infracciones administrativas equivalentes, incluso en caso de reincidencia. Dicha medida será adoptada por la Agencia Española de Protección de la Salud en el Deporte una vez tenga conocimiento de la condena.
4. *En los caso en que, como consecuencia del informe emitido por la Agencia Española de Protección de la Salud en el Deporte el Juez de instrucción considerase que no procede continuar las actuaciones penales, indicará a la Agencia Española de Protección de la Salud en el Deporte la finalización del procedimiento penal y esta continuará con la tramitación de los procedimientos administrativos sancionadores en curso a que se refiere el párrafo segundo del apartado segundo de este artículo. La Agencia*



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

Española de Protección de la Salud en el Deporte podrá solicitar que le sea remitida la resolución que ponga término al proceso con el fin de dar por acreditados los hechos probados que ésta contenga.

- 5. La Agencia Española de Protección de la Salud en el Deporte podrá solicitar que le sean remitidos aquellos elementos de prueba necesarios para la continuación de los procedimientos sancionadores. Dicha petición será resuelta por el Juez de instrucción en el plazo de 20 días. Su resolución será plenamente respetuosa con el principio de proporcionalidad, entregando a la Administración, mediante resolución motivada, únicamente las pruebas que la aplicación de tal principio autorice.*
- 6. En los casos en que la Agencia Española de Protección de la Salud en el Deporte tenga conocimiento de la existencia de posibles infracciones administrativas en materia de dopaje, que puedan resultar de las investigaciones desarrolladas por un Juez de Instrucción en el marco de un proceso penal seguido por la posible violación del artículo 361 bis del Código Penal, podrá solicitar del Juez de instrucción que, a la vista de las pruebas obrantes en autos, le informe sobre la existencia de indicios racionales de la comisión de tales infracciones y de los presuntos responsables. En caso de respuesta afirmativa del Juez de Instrucción, la Agencia Española de Protección de la Salud en el Deporte procederá a iniciar los procedimientos sancionadores y a adoptar, en su caso, y previa audiencia de los interesados, la medida cautelar de suspensión provisional de la licencia federativa. Tal resolución estará sometida al sistema general de recursos previstos en esta Ley.*

Por su parte, el apartado VII de la Exposición de Motivos, afirma sobre esta materia lo siguiente: *Dentro de esta sección se encuentra otra de las novedades de la presente norma. En el artículo 33, bajo la rúbrica de procesos penales por dopaje, se trata de establecer un sistema de colaboración entre las autoridades*



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

judiciales competentes para instruir los procedimientos penales derivados de la posible comisión del delito establecido en el artículo 361 bis del Código Penal y las autoridades administrativas encargadas de la tramitación de los procedimientos sancionadores en materia de dopaje. Aunque los supuestos en que puede existir identidad de fundamento entre el tipo penal y el tipo sancionador administrativo se limitan a los casos de administración o tráfico de sustancias o métodos prohibidos, era necesario establecer un sistema que consiguiera dos efectos fundamentales: el adecuado respeto del principio non 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.

Las consideraciones que se puede realizar a este precepto son las que siguen:

- 1) Es digna de elogio la referencia al principio de proporcionalidad, puesto que la desproporción entre el fin perseguido y los medios empleados para conseguirlo puede dar lugar a una valoración negativa desde la perspectiva constitucional cuando esa falta de proporción implica un sacrificio excesivo e innecesario de los derechos que la Constitución garantiza (STC 49/1999, de 5 de abril).

Los ordenamientos jurídicos que han abordado esta materia también han limitado el acceso a las fuentes de prueba. Así, en Francia se prevé una comunicación de datos policiales. En efecto, el art. L-232-20 del Código del deporte, dispone que los agentes de aduanas, los agentes de la dirección general de la competencia, de consumo y de la represión de fraudes, los agentes dependientes del ministro encargado de deportes, los agentes de la administración impositiva y los agentes de la agencia francesa de lucha contra el dopaje, los oficiales y agentes de policía judicial, están facultados para comunicarse entre ellos todas las informaciones obtenidas en el cumplimiento de su misión respectiva y referentes a las sustancias y procedimientos mencionados



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

en el art. L-232-9, a su empleo y a su puesta en circulación con respeto a las disposiciones de la ley nº 78-17 de 6 de enero de 1978 relativa a la informática, a los ficheros y a las libertades. En Austria, los apartados 2 y 3 del parágrafo 22 c) de la ley contra el dopaje decretan que:

(...)

- d) (2) La fiscalía, tras la finalización de la fase de investigación, está obligada a comunicar a la autoridad independiente de control de dopaje, los nombres, sexo, fecha y lugar de nacimiento, nacionalidad y señas del domicilio, con la finalidad de realización de los procedimientos de control de dopaje de las personas sobre las que exista la concreta sospecha, con base en la investigación, de que han cometido una violación de la normativa antidopaje. Esta notificación puede ser aplazada si con ella se pusiera en peligro la finalidad del proceso o de otro proceso conectado con él. De no existir tal peligro, los funcionarios encargados de la investigación penal están legitimados incluso antes de la finalización del proceso de investigación, a entregar esas informaciones a petición de la autoridad independiente de control de dopaje. La decisión sobre la información corresponde a los funcionarios encargados de la investigación penal.
 - e) (3) La autoridad independiente de control de dopaje, en un proceso penal por violación del parágrafo 22 a) (referido a los preceptos penales de la ley) tiene en todo caso un interés jurídico fundado para el examen de los autos según el parágrafo 77.1 StPO.
 - f) Y con carácter general, el parágrafo 100 d) 1, de la ordenanza procesal alemana (modificada el 21-12-2007), en la que se regulan las intervenciones telefónicas, en su apartado V dispone que las informaciones personales obtenidas por medio de la intervención telefónica y sin consentimiento de la persona observada, sólo pueden ser utilizadas en otros procesos penales para el esclarecimiento de un delito en el que se podría haber ordenado la intervención telefónica según el parágrafo 100 c) –que contiene la lista de delitos graves en los que se puede acordar la medida-, o para averiguar el paradero de la persona culpable de ese delito. Como puede verse, este precepto se funda en razones de proporcionalidad.
- 2) Sin embargo, el texto es susceptible de mejora en otros aspectos:
- a) Cuando se tiene conocimiento de un hecho presuntamente delictivo, se puede formular denuncia ante la Policía, ante el Juez de Instrucción o ante el Ministerio Fiscal. No se entiende por qué se establece una regla especial en esta materia.



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

- b) El texto desconoce la práctica habitual en esta materia, puesto que la Agencia Estatal Antidopaje, cuando tenía conocimiento de hechos presuntamente delictivos, remitía los datos a la Fiscalía General del Estado, la cual a su vez los atribuía a la Fiscalía territorial competente para que iniciara unas Diligencias de Investigación bajo el control de la Fiscalía General del Estado. Posteriormente, tras la investigación, esas diligencias eran judicializadas o archivadas.
- c) Este sistema tenía la ventaja de que muchas veces es difícil determinar el Juez competente, puesto que es frecuente que existan tramas organizadas.
- d) El sistema de comunicación que establece el art. 33 del Anteproyecto se funda en otorgar al Juez de Instrucción la posibilidad de pedir una prueba pericial a la nueva Agencia. Y toda la regulación se asienta en que *de hecho* el Juez va a hacer uso de esa facultad. Pero ¿qué sucede si el Juez no solicita esa pericial y la encarga a otro organismo o al médico forense? ¿Sigue entonces vigente la obligación de comunicar a la Agencia el archivo de la causa? Por otro lado, sorprende que el texto deje en manos de la Administración la valoración sobre la existencia de identidad de hechos y fundamento cuando ya existe una causa judicial incoada, tal y como se deduce del último inciso del párrafo primero del apartado 3 de este precepto.
- e) El apartado 6 contiene una norma que va a mostrarse poco eficaz, pues en la práctica las cosas suelen suceder al revés. La regulación que establece el apartado citado parte de que la Agencia tiene conocimiento de que un juez instruye una causa en la que además de un posible delito pueden existir infracciones administrativas en materia de dopaje, y solicita al juez un “informe” sobre la existencia de indicios racionales. Dejando aparte que la Agencia puede no llegar a tener ese



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

conocimiento, es más lógico establecer la obligación del juez de deducir el tanto de culpa a la Administración si constata la posible existencia de infracciones administrativas, como sucede en otras materias como el tráfico rodado, o al menos reforzar la regulación con una previsión en este sentido. Para asegurar la eficacia es mejor establecer la obligación de modo bilateral.

- f) Hay un error de numeración, pues el apartado 3 se repite dos veces.
- g) El apartado cuarto del artículo termina diciendo que la nueva Agencia podrá solicitar que le sea remitida la resolución que ponga término al proceso con el fin de dar por acreditados los hechos probados que ésta contenga. Esto plantea el problema de la vinculación de los hechos probados en el procedimiento penal dentro del procedimiento administrativo. La regulación aparece en el art. 137.2 de la Ley 30/1992 cuando dispone que *los hechos declarados probados por resoluciones judiciales penales firmes vincularán a las Administraciones Públicas, respecto de los procedimientos administrativos sancionadores que se sustancien*. Esta vinculación fáctica no impide que los hechos puedan ser calificados de modo diferente en el ámbito de la jurisdicción penal y en sede administrativa, si resultan de la aplicación de normas diferentes, pero no puede ocurrir lo mismo respecto de la apreciación de los hechos, “pues es claro que unos mismos hechos no pueden existir y dejar de existir para los órganos del Estado” (STC 77/1983, de 3 de octubre y 25/1984, de 21 de mayo). Ahora bien, el apartado transcrito del Anteproyecto se refiere a la fase de instrucción del proceso penal, en el que en puridad no hay hechos probados porque no se ha iniciado la fase de juicio oral, pero en la que los autos de sobreseimiento provisional y libre tienen diferentes efectos. El primero de ellos, el sobreseimiento provisional, no produce efectos de cosa juzgada y no contiene hechos probados. Frente a él, el sobreseimiento libre puede



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

asimilarse a una sentencia absolutoria penal y los hechos narrados por el juez han de ser respetados.

En definitiva, se propone mejorar el texto en los siguientes aspectos: a) no limitar la presentación de denuncia haciendo solo referencia al Juez de Instrucción que se estime competente; b) establecer un mecanismo adicional de comunicación entre el Juzgado y la Agencia para el caso de que el Juez de Instrucción no decida hacer uso de la facultad de pedir a aquélla una pericial sobre los hechos; c) en el apartado 6, siendo previsible que no siempre la Agencia disponga del conocimiento que prevé la norma, establecer la obligación del Juzgado de Instrucción de deducir el tanto de culpa a la Administración, para cerrar el círculo; d) en el apartado cuarto, aclarar que la vinculación de la Administración a los hechos establecidos en el proceso penal es en relación con los autos de sobreseimiento libre.

CONCLUSIONES

PRIMERA.

El Anteproyecto objeto de informe tienen como finalidad acomodar la Ley Orgánica 7/2006, de 21 de noviembre, de protección de la salud y de lucha contra el dopaje deportivo a la última actualización del Código Mundial Antidopaje y a la Convención de la UNESCO contra el dopaje en el deporte, mediante una nueva regulación de toda la materia.

SEGUNDA.

La idea de centralizar todas las competencias en materia de dopaje en un único organismo, la Agencia Española de Protección de la Salud en el Deporte, ha de ser recibida favorablemente, y nos acerca a los modelos de derecho comparado. Pero otros aspectos de la normativa nos parecen más problemáticos:



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

- a) A la nueva Agencia se le atribuyen competencias en materia de protección de la salud en el deporte, de lucha contra el dopaje (controles, autorizaciones terapéuticas y expedientes sancionadores), investigación en ciencias del deporte, asesoramiento y colaboración con las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, policía judicial y, a requerimiento de éstos, con los jueces y tribunales. Consideramos que el atribuir a la Agencia todas las competencias en materia de protección de la salud en el deporte, así como la investigación en ciencias de deporte puede llevar a una hipertrofia de la Agencia y a la consiguiente pérdida de eficacia, y va más allá de las competencias atribuidas a otras de nuestro entorno.
- b) El régimen jurídico de la nueva Agencia queda en gran parte indefinido en la ley. Se dice que actúa con plena independencia funcional cuando establece y ejecuta medidas de control de dopaje, que tendrá un órgano colegiado de dirección, que se constituirá un órgano de participación de las comunidades autónomas, y otro de participación del estamento deportivo. Al Director de la Agencia sólo se le menciona en el art. 19 del Anteproyecto. Dadas las importantes funciones que va a desempeñar la Agencia, la remisión a la Ley 28/2006 de Agencias Estatales parece insuficiente, y el núcleo de su estatuto debería ser incluido en el texto de la ley.
- c) La delegación de funciones en las federaciones deportivas queda desnaturalizada en el art. 7.6 a) del Anteproyecto (y los arts. 20 y 37). Donde la Exposición de Motivos habla de delegación *en supuestos excepcionales y suficientemente justificados*, el articulado de la ley calla sobre estos supuestos de delegación de lo que, según la Ley del Deporte de 1990, son funciones públicas.



TERCERA.

Sobre la regulación de la lista de sustancias prohibidas, el Consejo Fiscal realiza las siguientes observaciones: La primera consiste en que es preciso corregir la errata de la mención al art. 2.1 del texto del Anteproyecto en el art. 22.1.a), puesto que la referencia debe hacerse al art. 4 del Anteproyecto. La segunda se refiere a que, dada la importancia que la lista tiene como norma penal en blanco respecto del art. 361 bis del Código Penal, sería conveniente que se incluyera en un artículo aparte y no en el artículo 4 del Anteproyecto –que da la definición del dopaje- o al menos, que en la rúbrica del citado artículo 4 se incluyera una mención específica a la lista.

Finalmente, decir que la jurisprudencia contenciosa tiene en cuenta la posibilidad de origen endógeno de los metabolitos de la lista. Sería conveniente hacer referencia a este umbral de creación endógena en el art. 22. 1 a).

CUARTA.

La regulación propuesta sobre las autorizaciones de uso terapéutico (art. 17 del Anteproyecto) sigue demasiado de cerca el Código Mundial Antidopaje, y deja para la potestad reglamentaria aspectos esenciales de la institución. Algunos de estos requisitos son tan trascendentes que deberían estar incluidos en el texto de la ley. En concreto:

- a) Criterios para las autorizaciones: a) *que el deportista sufriera un perjuicio significativo en su salud si la sustancia prohibida o el método prohibido no se administrara durante el tratamiento de una enfermedad aguda o crónica; b) que el uso terapéutico de la sustancia prohibida o del método prohibido no produzca una mejora del rendimiento; c) que no exista alternativa terapéutica razonable que pueda sustituir el uso de la sustancia prohibida o el método prohibido; d) que la necesidad de uso de la sustancia prohibida o el método prohibido no sea una*



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

consecuencia parcial o total de un uso anterior, sin una AUT, de una sustancia o un método que estuviera prohibido en el momento de uso.

- b) Posibilidad de aprobación retroactiva, cuando: a) *haya existido una urgencia médica o haya sido necesario el tratamiento de una enfermedad no crónica; b) debido a circunstancias excepcionales, no haya habido tiempo ni posibilidad suficientes para que, antes de un control de dopaje, un solicitante pudiera presentar, o un CAUT evaluar, la correspondiente solicitud.*
- c) Documentos que deben acompañar la solicitud: a) *historia clínica completa y los resultados de todos los exámenes, investigaciones de laboratorio y estudios gráficos; b) declaración de un médico convenientemente cualificado que certifique la necesidad de la sustancia o método prohibido y que describa por qué no puede o no debe usarse una medicación permitida en el tratamiento de la enfermedad; c) sustancia o método, la dosis, frecuencia, vía y duración de la administración.*

QUINTA.

Consideraciones sobre los controles de dopaje:

- a) Se observa de nuevo una discrepancia entre la Exposición de Motivos y el articulado del Anteproyecto. En efecto, sobre el personal habilitado para realizar los controles, la Exposición de Motivos dice que *se adapta la exigencia de que los controles de dopaje se realicen bajo la responsabilidad de un médico o por otro tipo de personal sanitario debidamente habilitado, para limitarla a los casos en que su presencia se considere imprescindible por la existencia de determinados tipos de actos médicos, como serían los controles de dopaje que consistan en la extracción de sangre del deportista.* Sin embargo, el art. 15.1 del



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

Anteproyecto empieza afirmando: *los controles de dopaje que consistan en la extracción de sangre del deportista se realizarán siempre bajo la responsabilidad de un médico o por otro tipo de personal sanitario.*

- b) Lo que parece criticable de esta regulación –y de la actual- es que se precise de Ley Orgánica para regular la obligación de sometimiento a los controles de dopaje y la localización permanente de ciertos deportistas, y que aspectos esenciales de esta localización se remita al desarrollo reglamentario posterior. Otros ordenamientos jurídicos son mucho más precisos, puesto que regulan con qué periodicidad debe entregarse esa información y qué sucede con los cambios sobrevenidos en el lugar de residencia.
- c) La importante facultad que se otorga al Director de la nueva Agencia en el art. 19, de ordenar controles específicos a determinados deportistas, parece que debería ser objeto de una regulación más detallada, exigiéndose que los criterios sean generales y abstractos, por sorteo, o dirigida a deportistas cuyo comportamiento se haya revelado anómalo desde el punto de vista médico o deportivo, en la línea de lo previsto en el art. 13 de la ley portuguesa.
- d) Sería conveniente regular el consentimiento para la práctica de los controles de dopaje cuando el deportista es menor de edad con licencia federativa, como hace la ley portuguesa en su artículo 31.3.

SEXTA.

Sobre las infracciones de la normativa antidopaje, hay que destacar:

- a) Contrastado el art. 22 del Anteproyecto de 2012 con el de 2011 la mejora en la tipificación de las infracciones es sustancial, puesto que al introducirse en el 22.1 l) la punibilidad de la tentativa se evita la farragosidad que caracterizaba a éste. Sin embargo el texto no es del



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

todo coherente con este principio, pues el 22.1 i) relativo al tráfico de sustancias, introduce un segundo párrafo para penalizar la tentativa. Sería más lógico que se incluyera esta tentativa en el 22.1 l).

- b) El artículo 30 del Anteproyecto, bajo la rúbrica “Anulación de resultados”, dice en su párrafo primero: *La comisión de una conducta de las previstas en la presente Ley como infracciones, por parte de un deportista en el marco de una competición individual y como consecuencia de la realización de un control en competición, implicará la anulación automática de los resultados obtenidos en esa competición, con la pérdida de todas las medallas, puntos, premios y todas aquellas consecuencias necesarias para eliminar cualquier resultado obtenido en dicha competición, con independencia de que concurra una causa de exención o atenuación de la pena.* En puridad no podría establecerse una consecuencia accesoria a quien está exento de responsabilidad disciplinaria sin incurrir en la responsabilidad objetiva, puesto que en realidad se trata de una sanción accesoria.

Si por razones de equidad se quiere mantener la redacción, debería aclararse que el precepto se basa en criterios de justicia, desterrando toda duda de responsabilidad objetiva sin culpabilidad.

- c) En el artículo 22. 1 j) del Anteproyecto, referido a las infracciones, se ha incluido la cláusula “siempre que en ambos casos no constituya delito”, respecto del tráfico o tentativa de tráfico de sustancias y métodos prohibidos. El precepto es digno de alabanza porque de este modo se solventan expresamente los problemas de *ne bis in idem*. Pero debería establecerse como fórmula genérica para todas las infracciones, porque la concurrencia de las ilícitos administrativos con los tipos penales pueden darse en otros apartados del precepto (falsedades, violación de la confidencialidad de la planificación por funcionarios públicos, etc).



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

- d) El párrafo segundo del apartado VII de la Exposición de Motivos afirma que *se suaviza ligeramente el régimen correspondiente a la primera infracción, mientras que se endurece respecto de la segunda y posteriores sanciones*. Esta aseveración no se ve confirmada siempre en el articulado del Anteproyecto. En algunos casos de primera sanción se puede imponer la inhabilitación definitiva o de por vida, sanción extremadamente grave que no cabe en la legislación actualmente vigente (ver 23.1 b)). Además la sanción de por vida parece difícilmente compatible con los ideales constitucionales de rehabilitación –en este sentido, el límite máximo de inhabilitación en la ley portuguesa de 2012 es de 25 años-.
- e) En el artículo 23. 1 b) se habla de inhabilitación definitiva o de por vida, y en el 25.1 b) se habla solo de inhabilitación definitiva. Al no contenerse un catálogo de sanciones ni definiciones en el anexo II es difícil discernir si la inhabilitación definitiva es igual a la inhabilitación de por vida o se trata de sanciones distintas. Del anexo II parece deducirse que en realidad la sanción es la de por vida, pero sería conveniente aclarar este aspecto.
- f) El artículo 19 bis del Anteproyecto de 2011, relativo a las sanciones a aplicar en casos de reincidencia o reiteración de sanciones, era excesivamente farragoso y sin parangón en el derecho comparado. El Código Mundial Antidopaje lo soluciona en el art. 10.7 con una tabla y cinco epígrafes aclaratorios. Es un acierto del Prelegislador el incluir un anexo II explicativo sobre esta materia. Es la misma solución adoptada por el legislador portugués de 2012.
- g) Sobre el sistema de reconocimiento mutuo de resoluciones, el párrafo sexto del apartado VII de la Exposición de Motivos hace mención a la *posibilidad de que la Agencia Española de Protección de la Salud en el*



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

Deporte pueda no reconocer dichas resoluciones cuando sean contrarias a los principios del Código Mundial Antidopaje o cuando se hayan dictado por órgano incompetente. Por su parte, el art. 31.2, bajo la rúbrica de “Efectos de las sanciones”, establece que *cualquier resolución dictada por las autoridades antidopaje de otros Estados o por las federaciones o entidades internacionales competentes serán reconocidas de manera automática en España siempre que sean conformes a lo dispuesto en el Código Mundial Antidopaje y correspondan al ámbito de competencias de esa entidad. La Agencia Española de Protección de la Salud en el Deporte será la encargada de hacer el reconocimiento de oficio o a instancia de los deportistas, en los casos en que puedan suscitarse dudas acerca de su procedencia.* Pues bien, reconociéndose en varios apartados de la Exposición de Motivos que la adaptación del citado código mundial no siempre es fácil a nuestro Derecho, deberían conservarse las referencias que en el texto actualmente en vigor (LO 7/2006) se contienen en los arts. 22.2 y 33 a la compatibilidad de las citadas resoluciones con el ordenamiento jurídico español.

- h) El artículo 35 del Anteproyecto establece un plazo de prescripción de 8 años para las infracciones cometidas en esta materia. Dicho plazo viene determinado por el Código Mundial Antidopaje (art. 17), que además se configura como norma “blindada” que no puede ser objeto de cambio sustancial por los Estados (art. 23,2,2 del propio Código). No obstante, el Consejo Fiscal quiere dejar constancia de la aparente contradicción que ello puede suponer respecto del plazo de prescripción previsto para conductas que se suponen más graves, como las previstas en el art. 361 bis del Código Penal, que prescriben a los cinco años (art. 131,1 CP). Como se indica en otros apartados de este informe, la transposición de normativa internacional no debería implicar la



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

alteración de reglas básicas de nuestra tradición jurídica como puedan ser el hecho de valorar la mayor gravedad de la infracción penal sobre la administrativa, lo que justifica un mayor plazo de prescripción para posibilitar la persecución de una conducta delictiva sobre la mera contravención de una norma.

SÉPTIMA.

Acerca de las reglas especiales de prueba en el procedimiento disciplinario es preciso realizar las siguientes observaciones:

- a) El Anteproyecto, con muy buen criterio, elimina uno de los aspectos más problemáticos del anterior de 2011. El artículo 28.4 de este último contenía la siguiente regla: *los hechos constitutivos de la infracción deberán ser acreditados por el órgano disciplinario en el transcurso del procedimiento, conforme a las reglas de la sana crítica, mayor que un balance de probabilidades pero menor a la prueba más allá de la duda razonable*. Este artículo era una traducción casi literal de la regla contenida en el art. 3.1 del Código Mundial Antidopaje.

Ahora bien, al afirmar la Exposición de Motivos –y deducirse de múltiples apartados del texto del Anteproyecto- que *el Código Mundial Antidopaje debe configurarse como un elemento central de interpretación de las normas de la ley que se ocupan de esta cuestión de manera que las dudas que su aplicación pueda plantear deberán resolverse a la luz de los preceptos, comentarios y principios del Código*, parece que lo que sale por la puerta vuelve a entrar por la ventana, a pesar de que explícitamente se omite la referencia a que basta una prueba de cargo entre las líneas 51 y 99 de un imaginario campo de 100 yardas.

Y esto hace que sea problemática la afirmación de que la adaptación se realiza *con pleno respeto a los derechos fundamentales de los implicados en el sistema*, por la fundamental razón de que en nuestro derecho



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

administrativo sancionador rige la presunción de inocencia, que retomando la imagen del campo de 100 yardas, hace necesario llegar a la línea 99 de prueba para imponer una sanción. De este modo, se produce una relajación de las garantías del procedimiento administrativo sancionador en este campo, al menos en la valoración de las pruebas, lo que va a transformar toda esta materia en un islote dentro del derecho sancionador, en un cuerpo extraño y excepcional.

- b) En un caso de dopaje, una vez acreditado el resultado positivo del laboratorio, es razonable que la persona afectada deba realizar prueba de descargo con el baremo del balance de probabilidades que establece el Código Mundial Antidopaje -es decir, acreditar que su tesis sobre el modo de producirse los hechos es más verosímil que la de la acusación-
- c) No obstante lo anterior, el Anteproyecto debería dejar claro, para que no entren en juego las normas y principios del Código Mundial Antidopaje como criterio interpretativo, que la Administración debe probar más allá de toda duda razonable los elementos de la infracción. Es el núcleo de la garantía de la presunción de inocencia.
- d) Se observan deficiencias terminológicas. En efecto, en el art. 27.3 la ausencia de culpa o negligencia grave y en el 27.2 la ausencia total de culpa o negligencia, no son, respectivamente, circunstancias atenuantes o eximentes, sino el elemento subjetivo esencial de la infracción. Es preciso utilizar correctamente la terminología dogmática.
- e) La presunción de que los laboratorios de control de dopaje acreditados realizan los análisis de muestra y aplican los procedimientos de custodia conforme a la normativa aplicable es excesiva. El procedimiento de custodia debe constar documentalmente y que la muestra se analiza conforme al protocolo aplicable es parte esencial de la pericia. Otra cosa es que si no son impugnados esos aspectos por el afectado no sea preciso



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

hacer especial prueba sobre ellos porque están suficientemente documentados.

OCTAVA.

Sobre la exclusión del sistema de recursos internos a los deportistas de élite con licencia federativa internacional, aun reconociendo que un sector de la jurisprudencia considera justificada tal exclusión, es discutible que al menos cuando el evento internacional se celebra en España, el afectado no pueda recurrir a la jurisdicción contencioso-administrativa. Las regulaciones de las distintas federaciones internacionales recurren a un sistema de arbitraje que difícilmente se puede considerar voluntario para el deportista. Y es conocido que nuestro Tribunal Constitucional pone reparos al arbitraje obligatorio.

Quizá la solución podría pasar por una referencia a que en estos casos -cuando el evento deportivo ha tenido lugar en España- queda también abierta la vía de la jurisdicción contencioso-administrativa, o realizando una mención a una posible homologación de la resolución por la nueva Agencia, que dejaría abierta la vía jurisdiccional.

NOVENA.

En cuanto a las definiciones del Anexo I, sería conveniente introducir en el anexo la definición de sustancia específica. La sentencia de la sección 3ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 26 de marzo de 2009 las define como *aquellas que se prestan particularmente a infracciones no intencionales ya que están generalmente presentes en medicamentos que se pueden adquirir en farmacias sin prescripción médica y con estas sustancias puede tenerse una reducción de sanción siempre que el deportista pueda demostrar que la tomó por inadvertencia, cómo llegó a su poder, por qué la tomó y que no utilizó esta sustancia con la intención de mejorar su marca.*



DÉCIMA.

Sobre la norma procesal contenida en el art. 33 del Anteproyecto acerca de las relaciones de la nueva Agencia con el juez que tramita una causa penal:

- 1) Es digna de elogio la referencia al principio de proporcionalidad, puesto que la desproporción entre el fin perseguido y los medios empleados para conseguirlo puede dar lugar a una valoración negativa desde la perspectiva constitucional cuando esa falta de proporción implica un sacrificio excesivo e innecesario de los derechos que la Constitución garantiza (STC 49/1999, de 5 de abril).
- 2) Sin embargo, el texto es susceptible de mejora en otros aspectos:
 - a) Cuando se tiene conocimiento de un hecho presuntamente delictivo, se puede formular denuncia ante la Policía, ante el Juez de Instrucción o ante el Ministerio Fiscal. No se entiende por qué se establece una regla especial en esta materia.
 - b) El texto desconoce la práctica habitual en esta materia, puesto que la Agencia Estatal Antidopaje, cuando ha tenido conocimiento de hechos presuntamente delictivos, ha remitido los datos a la Fiscalía General del Estado, la cual a su vez los atribuía a la Fiscalía territorial competente para que iniciara unas Diligencias de Investigación bajo el control de la Fiscalía General del Estado. Posteriormente, tras la investigación, esas diligencias eran judicializadas o archivadas.
 - c) El sistema de comunicación que establece el art. 33 del Anteproyecto se funda en otorgar al Juez de Instrucción la posibilidad de pedir una prueba pericial a la nueva Agencia. Y toda la regulación se asienta en que *de hecho* el Juez va a hacer uso de esa facultad. Pero ¿qué sucede si el Juez no solicita esa pericial y la encarga a otro organismo o al



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

médico forense? ¿Sigue entonces vigente la obligación de comunicar a la Agencia el archivo de la causa?

- d) El apartado 6 contiene una norma que va a mostrarse poco eficaz, pues en la práctica las cosas suelen suceder al revés. La regulación que establece el apartado citado parte de que la Agencia tiene conocimiento de que un juez instruye una causa en la que además de un posible delito pueden existir infracciones administrativas en materia de dopaje, y solicita al juez un “informe” sobre la existencia de indicios racionales. Dejando aparte que la Agencia puede no llegar a tener ese conocimiento, es más lógico establecer la obligación del juez de deducir el tanto de culpa a la Administración si constata la posible existencia de infracciones administrativas, como sucede en otras materias como el tráfico rodado, o al menos reforzar la regulación con una previsión en este sentido. Para asegurar la eficacia es mejor establecer la obligación de modo bilateral.
- e) Hay un error de numeración, pues el apartado 3 se repite dos veces.
- f) El apartado cuarto del artículo termina diciendo que la nueva Agencia podrá solicitar que le sea remitida la resolución que ponga término al proceso con el fin de dar por acreditados los hechos probados que ésta contenga. Esto plantea el problema de la vinculación de los hechos probados en el procedimiento penal dentro del procedimiento administrativo. La regulación aparece en el art. 137.2 de la Ley 30/1992 cuando dispone que *los hechos declarados probados por resoluciones judiciales penales firmes vincularán a las Administraciones Públicas, respecto de los procedimientos administrativos sancionadores que se sustancien*. Esta vinculación fáctica no impide que los hechos puedan ser calificados de modo diferente en el ámbito de la jurisdicción penal y en sede administrativa, si resultan de la aplicación de normas diferentes, pero no puede ocurrir lo mismo respecto de la apreciación de los



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

hechos, “pues es claro que unos mismos hechos no pueden existir y dejar de existir para los órganos del Estado” (STC 77/1983, de 3 de octubre y 25/1984, de 21 de mayo). Ahora bien, el apartado transcrito del Anteproyecto se refiere a la fase de instrucción del proceso penal, en el que en puridad no hay hechos probados porque no se ha iniciado la fase de juicio oral, pero en la que los autos de sobreseimiento provisional y libre tienen diferentes efectos. El primero de ellos, el sobreseimiento provisional, no produce efectos de cosa juzgada y no contiene hechos probados. Frente a él, el sobreseimiento libre puede asimilarse a una sentencia absolutoria penal y los hechos narrados por el juez han de ser respetados.

En definitiva, se propone mejorar el texto en los siguientes aspectos:

a) no limitar la presentación de denuncia haciendo solo referencia al Juez de Instrucción que se estime competente; b) establecer un mecanismo adicional de comunicación entre el Juzgado y la Agencia para el caso de que el Juez de Instrucción no decida hacer uso de la facultad de pedir a aquélla una pericial sobre los hechos; c) en el apartado 6, siendo previsible que no siempre la Agencia disponga del conocimiento que prevé la norma, establecer la obligación del Juzgado de Instrucción de deducir el tanto de culpa a la Administración, para cerrar el círculo; d) en el apartado cuarto, aclarar que la vinculación de la Administración a los hechos establecidos en el proceso penal es en relación con los autos de sobreseimiento libre.

Madrid, 17 de octubre de 2012

**EL FISCAL GENERAL DEL ESTADO,
PRESIDENTE DEL CONSEJO FISCAL**

Eduardo Torres-Dulce Lifante