

CONTROL ANTIDOPING Y DERECHO A LA INTIMIDAD, DOS REALIDADES DIFÍCILES DE CONJUGAR*



ELENA ATIENZA MACÍAS

«Si fueran cuatro competiciones al año, vale, pero en nuestro deporte, si ni mi tío ni mi madre saben dónde estoy. Que yo tenga que mandar un mensaje o estar asustado porque tenga que hacer un cambio un día, porque a las tres veces que no estés a esa hora te sancionan directamente como dopaje. Me parece una falta de intimidad tremenda...»¹.
 Rafael NADAL, tenista español.

I. PANORAMA GENERAL DE LA LUCHA ANTIDOPAJE EN EL ÁMBITO DEPORTIVO. LA PROTECCIÓN DE LA SALUD COMO PILAR FUNDAMENTAL

El fenómeno deportivo viene adquiriendo durante las últimas décadas una espectacular proyección, que alcanza a todos los niveles —social, cultural, económico, jurídico e incluso político—, llegando a convertirse, actualmente, en un aspecto consustancial al sistema de vida de los ciudadanos. Paralelamente, podemos afirmar que el deporte presenta la virtualidad de trascender las **fronteras** de un Estado², es decir, con las prácticas deportivas se facilitan las relaciones entre los diferentes países, fomentando el entendimiento internacional. No en vano, estamos ante un ejemplo paradigmático o modelo perfecto de **globalización**³. De esta forma, la transnacionalización o globalización de la economía y de toda la sociedad ha llevado aparejada la transnacionalización deportiva.

En este escenario de globalización irrumpen con fuerza el dopaje o «doping» (en su versión anglosajona), como uno de los asuntos más controvertidos y de candente actualidad en el seno del deporte contemporáneo. Así, partimos de las contundentes palabras de O'LEARY⁴: «Los escándalos de dopaje arruinan las carreras de los deportistas, pueden llevar a la bancarrota a consejos de administración, vulnerar

* El presente trabajo se enmarca dentro del Programa para la Formación de Personal Investigador de la Universidad de Deusto al que la autora está adscrita.

¹ Declaraciones del célebre tenista para el periódico deportivo *Marca*, el 28 de enero de 2009, sobre la enorme polémica generada a raíz de la exigencia del Código Mundial Antidopaje de localización permanente de los deportistas para someterles a controles *antidoping* por sorpresa. V. noticia completa y comentarios que suscitó en: <http://www.marca.com/2009/01/28/tenis/1233156418.html> (Última consulta 7 de junio de 2012).

² Como acertadamente advierte, BERMEJO VERA, José. «Régimen jurídico de la prevención y control del dopaje en el deporte». En ROMEO CASABONA, Carlos María (Ed.). *Más allá de la salud. Intervenciones de mejora en humanos*. Bilbao-Granada: Ed. Cátedra Interuniversitaria de Derecho y Genoma Humano — Comares, 2012, pp. 135-149 y para más detalle puede verse de este mismo autor su obra monográfica *Constitución y Deporte*. Madrid: Ed. Tecnos, 1998.

³ V. sobre este asunto la obra de DE MIGUEL BERIAIN, Iñigo. *El poder en la era de la globalización: análisis de una metamorfosis*. Granada: Ed. Comares, 2008.

⁴ V. O'LEARY, J. *Drugs and doping in sport. Socio-legal perspectives*. London: Cavendish Publishing, 2001.

libertades individuales, amenazar a la supervivencia económica» así como «minar el Movimiento Olímpico». El dopaje alcanza, por ende, en nuestros días la categoría de problema global que acompaña a los acontecimientos deportivos internacionales que se llevan a cabo en todo el mundo. En efecto, citas tan significativas en el calendario deportivo —como en el caso de Brasil la Copa Mundial de Fútbol de 2014 o los próximos Juegos Olímpicos de 2016 que tendrán como sede la ciudad de Río de Janeiro—, no quedarán exentas de la sombra del dopaje, en las que, previsiblemente, jugará un papel importante.

Y es que la relevancia y oportunidad del tema que presentamos en este trabajo de investigación puede apreciarse a la luz de la proliferación de graves casos de *doping* tanto en España como en el resto del mundo. Ciertamente, en los últimos años esta problemática viene adquiriendo un protagonismo que va *in crescendo* a la vista de casos tan notables como el de Ben JOHNSON, Marion JONES, Marco PANTANI o el de Lance ARMSTRONG —el último de los casos más sonados de dopaje positivo en el deporte mundial—entre otros, hasta el más reciente y controvertido a nivel nacional del ciclista Alberto CONTADOR. A todo ello se une la enorme polémica suscitada en torno a la limpieza o *fair play* del deporte puesta últimamente en España —con las tan divulgadas OPERACIÓN PUERTO⁵ y OPERACIÓN GALGO, envolviendo esta última a la conocida atleta Marta DOMÍNGUEZ y a un sinfín de profesionales sanitarios y entrenadores— muy en tela de juicio.

Así las cosas, el planteamiento del autor reseñado, O´LEARY, —cuyas afirmaciones, no obstante, pueden ser tildadas de excesivas—, nos sirve como punto de partida para este estudio. Efectivamente, cuando nos adentramos en el dopaje encontramos consideraciones sumamente delicadas que trascienden a problemas gravísimos y complejos, en un trasunto decididamente multidisciplinar y por consiguiente, impregnado de reflexiones de diversa índole: económico, mediático y político, que son las que más saltan a la luz, pero también las que subyacen en la órbita sanitaria. Desde este punto de vista, nos referimos al término «salud» en sentido amplio⁶ que

⁵ V. sobre esta operación contra el dopaje en el deporte de élite realizada en España, HARDIE, Martin, «No va sobre la sangre: Operación Puerto y el fin de la modernidad», *Revista Aranzadi de Derecho de Deporte y Entretenimiento*, Editorial Aranzadi, Núm. 30, Pamplona, España, 2010, pp. 123-141 y se recomienda una consulta asimismo de VENTAS SASTRE, Rosa, «Eventual delito contra la salud pública: comentario al Auto de la Audiencia Provincial de Madrid (sección 5ª), de 12 de enero de 2009, por el que se reabre la `Operación Puerto´», *Revista Aranzadi de Derecho de Deporte y Entretenimiento*, Editorial Aranzadi, Núm. 26, Pamplona, España, 2009, pp. 345-351. Y para un análisis sobre los delitos implicados en la mencionada Operación Puerto v. VERNET PERNA, Beatriz, *Delitos relacionados con el dopaje en el deporte*, Instituto Universitario de Investigación sobre Seguridad Interior (IUISI), UNED, Madrid, España, 2008, concretamente el capítulo IV «Investigación operativa: `Operación Puerto´», pp. 63-72.

⁶ La definición más conocida de salud es la propuesta por la Organización Mundial de la Salud (OMS) en 1946, concibiendo ésta como «un estado completo de bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de enfermedad». En este sentido, BANDRÉS MOYA, Fernando. «Salud» (técnico). En ROMEO CASABONA, Carlos María (Dir.). *Enciclopedia de Bioderecho y Bioética*, Tomo II. Bilbao-Granada: Ed. Cátedra Interuniversitaria de Derecho y Genoma Humano — Comares y el Instituto Roche, 2011, pp. 1479-1481, señala que esa identificación de salud con estado de bienestar abarca el ámbito físico (cuerpo), el psíquico (mente), y un tercero que sería el sociológico (derecho). Este último aspecto se refiere al derecho a la salud que se recoge en el Derecho internacional como un derecho humano. Así, el propio Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en su artículo 12 dispone: «reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud mental y física». A todo ello se suma que la propia Constitución Española de 1978, establece una vinculación entre deporte y salud en

deporte como empresa —de hecho es un «gran negocio»— y por tanto en las razones económicas¹⁰ que, como indicamos, mueven al mismo. Los fraudes en la práctica deportiva y el asunto de la competencia desleal son, en consecuencia, problemas que se traslucen en este ámbito. Por otra parte, en cuanto a la preservación de los valores deportivos, entra en juego la relación entre la Ética y el Deporte¹¹, constituyendo el dopaje uno de los principales problemas que, desde este estadio, rodean al orden deportivo (profesional y *amateur*), canalizados en el difuso término del *fair play*. En este plano, el deporte puede ser visto desde dos ópticas, a saber, como espectáculo y como actividad comercial. Se trata de perspectivas que pueden actuar por separado o solaparse, si bien son estas últimas a las que dedicamos nuestra atención. En principio, un deportista que acude al dopaje sin el propósito de competir no estaría actuando de forma tal que quebrante algún principio ético o alguna norma de conducta ética. Entendemos que la eticidad del dopaje *per se* no sería cuestionable. El sugestivo debate respecto de la eticidad del dopaje surge cuando éste se utiliza como medio fraudulento, esto es, con el fin de obtener mejores resultados deportivos que la contraparte —al mismo tiempo que se le induce a error en el sentido de que se le oculta la causa u origen de dichos resultados extraordinarios—, nótese que nos encontramos en un proceso diferente, de competición, donde existirá una relación contractual expresa o tácita.

Con todo y volviendo al tema que nos ocupa, que la protección de la salud se configure como uno de los pilares básicos de la lucha antidopaje no justifica que esta última no tenga límites. En otras palabras, el poder de control antidopaje colisiona directamente con derechos fundamentales, como es el caso del derecho a la intimidad del deportista —quien durante la toma de muestras se ve obligado a proporcionar información sobre su estado de salud y los tratamientos médicos que sigue, lo que supone una palmaria intromisión en su intimidad— ex artículo 18 de la Constitución Española y artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos en el plano internacional, exigiéndose de forma apremiante una ponderación de valores en juego¹².

II. LA PROBLEMÁTICA DEL DOPAJE EN EL ÁMBITO BIOMÉDICO

2.1. Aproximación conceptual

preparación y sus actitudes para este deporte y nunca por la posibilidad de ser superior en razón de la administración de sustancias para mejorar ese rendimiento; y c) preservar la salud en el sentido de que el ejercicio no debe provocar alteraciones y patologías en el deportista. RAMOS GORDILLO, Antonio. «Lucha contra el dopaje como objetivo de salud». *Adicciones*. 1999, Vol. XI, nº 4, pp. 299-310. Existen otras voces que consideran que la prohibición del dopaje sobre la base de las anteriores motivaciones resulta injustificada y que debe, por lo tanto, ser dejada sin efecto. V. TAMBURRINI, C. «¿Qué tiene de malo el dopaje?». *Dilemata*. Año 2, 2011, nº 5, pp. 45-71.

¹⁰ Resalta la doctrina que el aumento del interés por el deporte a nivel económico, con la llegada de cuantiosas sumas de dinero, y el consecuente interés crematístico de algunos organizadores y patrocinadores, son motivos de peso que han llevado a un crecimiento exponencial del dopaje. V. entre otros, RUBIO, Francisco. «El dopaje y la normativa de salud laboral». En CAZORLA PRIETO, Luis María; PALOMAR OLMEDA, Alberto (Dir.). *Comentarios a la Ley Antidopaje en el Deporte*, op. cit., pp. 518 y ss.

¹¹ PÉREZ TRIVIÑO, José Luis. *Ética y deporte*. Bilbao: Ed. Desclee De Brouwer, 2011, pp. 57 y ss.

¹² Una manifestación de esta realidad encontramos en PUNZÓN MORALEDA, Jesús; SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, Francisco. «Una situación ambivalente del derecho de deporte: la lucha contra el dopaje y la defensa del derecho de intimidad». *Revista jurídica de deporte y entretenimiento: deportes, juegos de azar, entretenimiento y música*. 2009, nº 26, pp. 141-158.

El dopaje en la esfera deportiva comporta una problemática compleja y multifactorial que trasgrede el simple afán de superación de las limitaciones tanto físicas como psíquicas del deportista en pro de satisfacer ese deseo interno y característico de la especie humana de superación, en cualquier caso legítimo, que le empuja en todos los niveles a competir para alcanzar una posición más «alta»¹³.

De este modo, el consumo de sustancias con la finalidad de conseguir un aumento artificial del rendimiento deportivo, llevando aparejado un menoscabo en la salud, ha estado presente a lo largo de la historia¹⁴, considerándose en la actualidad como una cuestión que reviste la categoría de interés general por las repercusiones de distinta índole, que antes apuntábamos, supone —éticas, políticas, sociales—, y en especial, las que afectan a la órbita sanitaria. La intensa actividad normativa desplegada por el legislador tanto nacional como autonómico, en orden a intentar poner límites a este acuciante problema y el indiscutible interés doctrinal que despierta la materia¹⁵ es fiel reflejo de una preocupación que se prevé en progresivo aumento.

Por lo que respecta al concepto, su delimitación entraña cierta dificultad, ya que si bien efectivamente no es un fenómeno reciente, a pesar de ello, lo cierto es que aún no existe una definición universal de dopaje¹⁶ que haya sido unánimemente aceptada. Así las

¹³ PÉREZ MONGUIÓ, José María. «Dopaje, animales y competición deportiva». En MILLÁN GARRIDO, Antonio (Coord.). *Régimen jurídico del dopaje en el deporte*, Colección «Derecho y Deporte» dirigida por Antonio MILLÁN GARRIDO. Barcelona: Ed. Bosch, 2005, pp. 201-202.

¹⁴ Siguiendo a RAMOS GORDILLO, Antonio, señala que el fenómeno del dopaje no es ni mucho menos de reciente aparición, más bien al contrario, «la historia del dopaje es tan antigua como la del mismo ser humano», v. del autor «El uso de sustancias para la mejora del resultado: de la mitología al fármaco». *Revista jurídica de deporte y entretenimiento: deportes, juegos de azar, entretenimiento y música*. 2004, nº 11, p. 357. Así, el dopaje aparece en el deporte justo en los inicios del mismo, siendo no sólo conocido en la Grecia clásica, sino igualmente en la antigua Roma. «Tal es así que los atletas romanos intentaban mejorar, no sólo por medio del uso de las termas o de la gimnasia, sino también tomando drogas tónicas, que incluso muchas veces eran nocivas. Pero no todo quedaba aquí, inclusive existía una lucha para que el contrincante recibiese alguna droga que le disminuyera su capacidad de rendimiento. Incluso los romanos en la época anterior a Jesucristo, drogaban a los caballos que competían en las carreras de cuadrigas, para que estos obtuvieran el mejor rendimiento. Estas pócimas se componían fundamentalmente de hidromiel, que como su nombre indica, es una solución acuosa de miel, de la que una vez fermentada, se aprovecha los efectos estimulantes del alcohol etílico que se producían al cabo de unos días de realizada la mezcla». (V. RAMOS GORDILLO, Antonio. «Lucha contra el dopaje como objetivo de salud». *op. cit.*, pp. 299-304).

¹⁵ V. obras de autoridades en materia de Derecho deportivo y particularmente en la especialidad de dopaje en el seno del deporte: PALOMAR OLMEDA, Alberto. *El dopaje en el deporte. Un intento de elaborar una visión sosegada y constructiva*, Colección Derecho Deportivo, nº 2 dirigida por Alberto PALOMAR OLMEDA. Madrid: Ed. Dykinson, 2004; AA.VV. *Régimen jurídico del dopaje en el deporte*. En MILLÁN GARRIDO, Antonio (Coord.), *op. cit.*; AA.VV. *Estudios sobre el dopaje en el deporte*, Actas del Seminario celebrado en la Universidad Carlos III de Madrid (Campus Colmenarejo) durante el curso 2004-2005. En ASÍ ROIG, Agustín de; HERNÁNDEZ SAN JUAN, Isabel (Coords.), Colección Derecho Deportivo, nº 8, dirigida por Alberto PALOMAR OLMEDA. Madrid: Ed. Universidad Carlos III — Dykinson, 2006; AA.VV. *Dopaje, fraude y abuso en el deporte*. En BOSCH CAPDEVILA, Esteve; FRANQUET SUGRAÑES, María Teresa (Coords.), Colección «Derecho y Deporte» dirigida por Antonio MILLÁN GARRIDO. Barcelona: Ed. Bosch, 2007; AA.VV. *Comentarios a la Ley Antidopaje en el Deporte*. En CAZORLA PRIETO, Luis María; PALOMAR OLMEDA, Alberto (Dir.), *op. cit.*; GOMARA HERNÁNDEZ, José Luis. *Doping. El régimen jurídico del dopaje*. Pamplona: Ed. DAPP Publicaciones Jurídicas, 2008; y más recientemente v. GIFFORD, C. *Dopaje y deporte*. MANZANO BERNÁNDEZ, Pablo (Trad.), Colección ¿Y tú?, ¿qué opinas?, nº 5. Madrid: Ed. Morata, 2010.

¹⁶ V. RAMOS GORDILLO, Antonio. «Un problema continuado y sin final: la definición de dopaje». *Revista jurídica de deporte y entretenimiento: deportes, juegos de azar, entretenimiento y música*. 2004, nº 11, pp. 349-355. A este

cosas, se nos antoja oportuno referirnos a la que se propuso en el Primer Coloquio Europeo de Medicina Deportiva, celebrado en el seno del Consejo de Europa en 1963:

«Se considera dopaje la utilización de sustancias y medios que, destinados a incrementar artificialmente el rendimiento ante una competición, pudieran perjudicar la integridad física y psíquica del deportista».

Se trata de una definición que pone el acento en el daño que se ocasiona al individuo que practica una determinada actividad deportiva. Otras definiciones se centran en un aspecto legal en la medida en que sólo se reputará dopaje cuando se compruebe la presencia en el organismo del deportista de sustancias que aparecen recogidas en un listado incorporado en una norma de derecho positivo. Esta postura adoptó el Comité Olímpico Internacional (en adelante, COI), que en 1986 declaraba «la prohibición del uso en el deporte de métodos de dopaje y de clases de agentes dopantes incluidos en diversos grupos farmacológicos». Con un planteamiento de cariz semejante, el Convenio contra el Dopaje del Consejo de Europa, de 1989, establecía que «Se entenderá por dopaje en el deporte la administración a los deportistas o la utilización por éstos de clases farmacológicas de agentes de dopaje o de métodos de dopaje. Se entenderá por clases farmacológicas de agentes de dopaje o de métodos de dopaje...las clases de agentes de dopaje y de métodos de dopaje prohibidas por las organizaciones deportivas internacionales competentes y que figuren en las listas que hayan sido aprobadas por el Grupo de Seguimiento...»¹⁷.

2.2. Métodos de dopaje

2.2.1. Administración de sustancias

Como venimos apuntando, el dopaje se refiere al uso de un artificio, bien una sustancia u otro método, que sea susceptible de mejorar el rendimiento de un deportista. Por tanto, una de las formas o medios empleadas al efecto es precisamente la administración de sustancias.

respecto, destaca el autor que actualmente no existe una única definición de dopaje que tenga validez universal para todos aquellos que luchan contra el mismo, a lo añade que esta problemática ocurre tanto en el ámbito institucional como en el ámbito de organizaciones o federaciones deportivas. Sobre el particular opina el autor que «si la definición existiese y fuese reconocida como universal, se daría un paso más en la lucha contra el dopaje» (V. RAMOS GORDILLO, Antonio. «Lucha contra el dopaje como objetivo de salud», *op. cit.*, pp. 300-301). Análogamente, DUMAS, P. *Le doping*. Paris: Edit. Gazette Médicale de France, 1977, pp. 7-12, reconoce que «Todas las definiciones sobre el doping presentan lagunas y reflejan algunas divergencias: Una definición precisa no es absolutamente necesario establecerla *a priori*. Lo importante es comprender el problema. No podemos conformarnos con el concepto de los que se dopan y saben muy bien lo que buscan en semejante práctica: (Una mejor preparación, un mejor rendimiento, una recuperación más rápida) gracias a unos medios artificiales, más o menos eficaces y a veces peligrosos».

¹⁷ V. MALO DE MOLINA, Diana. «Medicina deportiva» (jurídico). En ROMEO CASABONA, Carlos María (Dir.). *Enciclopedia de Bioderecho y Bioética*, Tomo II. Bilbao-Granada: Ed. Cátedra Interuniversitaria de Derecho y Genoma Humano — Comares y el Instituto Roche, 2011, p. 1109-1110.

de sustancias que utilizadas en inhalación y a dosis terapéuticas no producen ninguna mejora en el rendimiento del deportista. En efecto, las listas de sustancias presentan ejemplos de similares características, algunos de los cuales han desaparecido en las últimas revisiones (como es el caso de la codeína o de los anestésicos locales), otros desaparecieron a nivel internacional más pronto que en nuestro país (como la cafeína que finalmente ha dejado de engrosar la lista de sustancias prohibidas teniendo en cuenta sus dosis) y otros muchos permanecen (como es el caso de los broncodilatadores o los corticoides).

A ello se suma el problema que constituye la imprecisión de las listas al dejar los grupos abiertos, ya que a todos ellos les añaden al final de la redacción la expresión «a cualquier otra sustancia *con acción análoga*».

Por otra parte, se hace eco, entre otros, NARANJO ORELLANA de la gran preocupación por la salud de los deportistas que lleva «incluso a tutorizar los actos médicos, cuando el deporte de competición está rodeado de circunstancias que son un verdadero peligro para la salud y ante las que es frecuente mirar para otro lado»²⁷. Generalmente la preocupación por la salud se limita al aumento de la relación de fármacos que el deportista no puede tomar, «aunque el resto de la población sí pueda hacerlo sin grandes riesgos para su salud».

Con todo, la combinación de los dos argumentos que hemos desarrollado tiene razón de ser respecto de un grupo de sustancias y métodos de dopaje que generan una clara ventaja para el que lo utiliza al tiempo que representan un grave riesgo para su salud. Es el caso de las hormonas peptídicas (especialmente la hormona del crecimiento), los anabolizantes, los antagonistas estrogénicos o los métodos de dopaje sanguíneo (EPO y derivados, transfusiones, oxigenadores artificiales). Ahora bien el problema reside en

185, estas sustancias utilizadas en inhalación y a dosis terapéuticas no producen ninguna mejora en el rendimiento de un atleta; es más, ni siquiera ejercer su acción broncodilatadora sobre un bronquio que no esté previamente obstruido o sea especialmente vulnerable a la constricción (como es el caso del asma). Sin embargo, a determinadas dosis (por encima de 1.000 nanogramos por mililitro para el salbutamol), que nunca se alcanzarían por vía inhalatoria, tienen una acción anabolizante y esta situación está claramente diferenciada en la normativa de dopaje. Pues bien, el uso a dosis terapéuticas está tan restringido que el riesgo de positividad es alto, especialmente por defectos en el complejo mecanismo burocrático para su justificación, lo que limita seriamente su uso médico. Pero aún hay otro aspecto que afecta al uso de broncodilatadores por parte del deportista y es el diagnóstico. A los deportistas que utilicen estos fármacos se les exige que aporten una prueba positiva de hiperreactividad bronquial, entre las que se encuentra el test de metacolina que es un fármaco que administrado por vía inhalatoria en dosis crecientes provoca espasmo bronquial que reproduce la crisis de asma. Se considera que si esta reacción se produce con una dosis suficientemente baja de metacolina (menor de 25 mg/ml) es que existe una sensibilidad exagerada por parte del bronquio y, por tanto, se puede realizar el diagnóstico de asma. Pues bien, para los deportistas este test sólo se considera positivo si la reacción se produce con dosis de metacolina inferiores a 2 mg/mL, lo que supone que sujetos que reaccionan por ejemplo con 5 mg/mL pueden considerarse asmáticos y ser tratados con salbutamol si no son deportistas, porque si lo son les está prohibido el tratamiento.

²⁷ Señala de forma muy expresiva NARANJO ORELLANA, esta paradoja: «a mí me gustaría, como profesional de la salud, que cuando un organismo (nacional o internacional) habla de que va a proteger la salud de los deportistas quisiera decir que las carreras ciclistas por etapas se van a reducir en su duración y trazados a límites compatibles con la naturaleza humana, o que se va a prohibir competir en la élite antes de la pubertad, o que se van a vigilar las tendencias anoréxicas fomentadas en algunas disciplinas deportivas, o que las carreras de resistencia se van a hacer en los horarios menos agresivos climatológicamente con independencia de lo que digan los intereses televisivos, o que se van a hacer obligatorios los exámenes médicos previos a la participación deportiva, o tantas otras cosas...».

numerosas ocasiones en enfermedades o trastornos mentales, efectos que a tenor de algunos casos reales afectan incluso a la descendencia del propio deportista. De esta forma, deportistas que utilicen o lo hicieran en su periodo de deportistas en activo sustancias dopantes que con la finalidad de mejorar la destreza deportiva, pueda causar mutaciones del ADN y por lo tanto dar lugar a que los hijos nazcan con discapacidades de esta índole. No en vano existen casos³² de hijos con trastornos mentales como es el caso de la epilepsia.

2.3.2. Incidencia mediática de la cuestión. Referencia de algunos casos «históricos»

Un supuesto que entronca con lo anteriormente mencionado y que ha puesto sobre la palestra el tema del dopaje deportivo y la adicción, es el del nadador Michael PHELPS, ante la *sospecha* de su adicción, concretamente a la marihuana. Su caso adquirió relevancia internacional debido a que el nadador se convirtió en uno de los deportistas más publicitados y millonarios de la historia tras romper el récord de 8 medallas de oro olímpicas en Beijing 2008 y que sus representantes y patrocinadores tuvieron la intención de censurar las fotografías para defender sus intereses económicos³³.

Otro caso notorio es el de Florence GRIFFITH JOYNER que, de forma sorpresiva, el 21 de septiembre de 1998 y con tan sólo 38 años, moría víctima de una apoplejía cerebral³⁴. Su temprana muerte reactivó la polémica en torno a las causas que la habían provocado, *posiblemente* relacionadas con los productos consumidos en su etapa como atleta.

Sucesos como los que hemos ilustrado tuvieron en su día un fuerte impacto en los medios de comunicación, y en un gran número de ocasiones estuvieron fundados en **puras sospechas** circunstancia que nos empuja a cuestionarnos la posible vulneración del derecho a la intimidad de los deportistas en cuestión.

III. EL DERECHO A LA INTIMIDAD Y LA PROTECCIÓN DE LA SALUD

3.1. Controles antidopaje y deber de localización permanente

3.1.1. Sobre los controles: razón de ser, evolución y organismos creados *ad hoc*

Una vez que hemos puesto de relieve las consecuencias tan perniciosas que para la salud, tanto física como psíquica, generan estas conductas de dopaje (ya sea vía sustancias/productos dopantes o valiéndose de otros métodos) es lógico llegar al

de su fracaso en los Juegos Olímpicos de Munich. Anteriormente, había sido ingresado en un hospital psiquiátrico puesto que el consumo de esteroides anabólicos había afectado a su estabilidad psíquica, generándole conductas agresivas. (Datos extraídos de la *Komisja Do Zwalczenia Dopingu W Sporcie* en colaboración con la WADA).

³² V. noticia en prensa: <http://mexico.cnn.com/deportes/2012/01/29/ninos-afectados-jugadores-de-argelia-buscan-respuesta-a-dopaje> (Última consulta 6 de junio de 2012).

³³ Algunos periódicos de mayor repercusión se hacían eco de esta noticia, por ejemplo *The New York Times* (5 febrero de 2009). Disponible en: <http://www.nytimes.com/2009/02/06/sports/othersports/06phelps.html> (Última consulta 6 de junio de 2012).

³⁴ Se puede revisar la hemeroteca de periódicos como *El País* que reflejaban la noticia (24 de septiembre de 1998). Disponible en: http://elpais.com/diario/1998/09/24/deportes/906588006_850215.html (Última consulta 7 de junio de 2012).

- Los procedimientos analíticos y complementarios de laboratorios realizados a las muestras del control antidopaje.
- La gestión de los resultados analíticos.

En lo que a nuestro estudio respecta, hemos de centrarnos en la actividad de planificación, habida cuenta las repercusiones que supone en el derecho a la intimidad y por tratarse de una función trascendental en la medida en que de ella va a depender que se puedan alcanzar los fines disuasorios que la práctica del dopaje persigue con la realización de sus controles.

Así, la función de planificación —encomendada a la Comisión de Control y Seguimiento de la Salud y el Dopaje—, ha de llevarse a cabo mediante la necesaria ponderación en su distribución entre los llamados «controles en competición» y «controles fuera de competición» (que han generado una gran controversia como veremos), teniendo en cuenta que, aunque el mayor efecto disuasorio se alcanza realizando controles fuera de competición, es decir sin preaviso, obviamente se han de mantener los controles en competición, encaminados en su mayor parte a clasificaciones u obtención de récords. Paralelamente han de programarse controles aleatorios, tanto en competición como fuera de ella, en aras del mencionado efecto disuasorio; siendo ineludible que la planificación contemple un significativo porcentaje de controles a realizar a deportistas específicos o a grupos de deportistas, seleccionados sobre una base no aleatoria, para realizar un control en una determinada ocasión, por circunstancias específicas, ya sean previstas o imprevistas³⁷.

Resulta fundamental que en la elaboración de los planes individualizados, se tome en consideración el estatus del deportista, en la medida en que si éste ostenta un carácter internacional puede también ser controlado en competiciones de este rango por su correspondiente federación internacional, pudiéndose originar una repetición de controles al mismo deportista en un plazo muy corto de tiempo; e incluso en ocasiones se podrían ejecutar controles simultáneos, bajo la responsabilidad de diferentes organizaciones antidopaje. Así, resulta obvio que la duplicidad de controles, en la mayoría de los casos, no es práctica recomendable, salvo en ocasiones muy específicas, por lo que el conocimiento bilateral de las actuaciones nacionales e internacionales resulta capital.

Una iniciativa decisiva en este sentido ha sido la creación de un banco de datos internacional bajo la premisa de la lucha contra el dopaje. Este proyecto, que se planteó en 2009 con el nuevo Código Mundial Antidopaje, trae consigo una serie de implicaciones de gran calado para la protección de la intimidad personal del deportista, que se acrecientan en base al elemento de notoriedad y relevancia social que suele acompañar si hablamos de conocidos personajes del mundo del deporte. Nos referimos a la **Base ADAMS**³⁸ (*Anti-Doping Administration & Management*

³⁷ De nuevo RODRÍGUEZ BUENO, Cecilia. «De los controles y la responsabilidad de su realización». En CAZORLA PRIETO, Luis María; PALOMAR OLMEDA, Alberto (Dir.), *Comentarios a la Ley Antidopaje en el Deporte*. op. cit. pp. 190 y ss.

³⁸ V. el funcionamiento y desarrollo del Programa ADAMS en la sección creada al efecto por la Agencia Mundial Antidopaje: <http://www.wada-ama.org/en/ADAMS/> (Última consulta 8 de junio de 2012).

Así las cosas, se nos antoja fundamental partir del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y la Dignidad del Ser Humano con respecto a las aplicaciones de la Biología y la Medicina (Convenio relativo a los Derechos Humanos y la Biomedicina), hecho en Oviedo el 4 de abril de 1997⁴⁰, el cual detalla en su artículo 10 que «Toda persona tendrá derecho a que se respete su vida privada cuando se trate de informaciones relativas a su salud». Así, exige que todas las acciones se desarrollen con pleno respeto por los derechos fundamentales de las personas y, entre ellos, el respeto por la intimidad.

En primer lugar, con respecto a la salud individual de los deportistas, hemos de matizar que si bien la protección de la salud está regulada en el artículo 43 de la Constitución Española —y, por lo tanto, no está considerada como un derecho fundamental—, atendiendo al decisivo papel de la salud en relación con la protección de la persona y su dignidad, el Tribunal Constitucional ha vinculado la salud con otros derechos, como la integridad física para, *de facto*, dotarla de rango de derecho fundamental⁴¹. A resultas de ello, nos encontramos en una situación de ponderación de dos derechos fundamentales: por un lado, el derecho a la intimidad y por otro, el derecho a la salud. Ahora bien hemos de subrayar en este ámbito que se trata de derechos que tienen el mismo sujeto activo, esto es, el deportista sometido a la obligación de estar permanentemente localizado. Así, no parece atinada la ponderación entre dos derechos fundamentales que pertenecen a la misma persona. Y es que en este punto resulta fundamental el *consentimiento de interesado*, en la medida en que lo que se trata es de proteger su propia salud, la salud individual —posición distinta supone si es la salud pública lo que está en juego, como veremos más adelante— ya que de no observar su voluntad, expresada mediante dicho consentimiento, nos situaríamos en una tendencia paternalista, superada ya en nuestros tiempos.

Redundando en esta idea, el Tribunal Constitucional en la sentencia 154/2002, de 18 de julio, afirmó que «cobra especial interés el hecho de que, al oponerse el menor a la injerencia ajena sobre su propio cuerpo, estaba ejercitando un **derecho de autodeterminación** que tiene por objeto el propio sustrato corporal —como distinto del derecho a la salud o a la vida— y que se traduce en el marco constitucional como un derecho fundamental a la integridad física (art. 15 CE)».

Por consiguiente y a tenor de la doctrina del Tribunal Constitucional⁴², hemos de

⁴⁰ Establece en su artículo 1 que «Las Partes en el presente Convenio protegerán al ser humano en su dignidad y su identidad y garantizarán a toda persona, sin discriminación alguna, el respeto a su integridad y a sus demás derechos y libertades fundamentales con respecto a las aplicaciones de la biología y la medicina».

⁴¹ La sentencia del TC 35/1996, de 11 de marzo, afirmó que «también el derecho a la salud, o mejor aún, a que no se dañe o perjudique la salud personal, queda comprendido en el derecho a la integridad personal». V. interesantes reflexiones sobre este asunto en RODRÍGUEZ GARCÍA, José. «El deber de localización de los deportistas y su derecho a la intimidad: especial referencia al consentimiento». *Revista jurídica de deporte y entretenimiento: deportes, juegos de azar, entretenimiento y música*. 2011, n° 31, pp. 181-248.

⁴² Así, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, por todas su sentencia 120/1990, de 27 de junio, al referirse a la afección en la integridad física y moral del individuo en relación con la salud de las personas, ha dicho que la integridad física y moral «protege la inviolabilidad de la persona, no sólo contra ataques dirigidos a lesionar su

concluir que para que pueda producirse la intromisión en los derechos fundamentales de los deportistas, derivada de la obligación de localización permanente, con el objeto de preservar la salud individual de éstos, su consentimiento resulta vital.

No obstante, se hace necesario destacar que con respecto a la voluntariedad del individuo están previstas, en la esfera sanitaria, determinadas excepciones derivadas de la irrenunciable protección de la salud pública. Este planteamiento se enlaza con el dopaje puesto que éste adquiere —como parece desprenderse de la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 7/2006— la categoría de problema de salud pública, porque afecta «tanto a los deportistas profesionales como a los practicantes habituales u ocasionales de alguna actividad deportiva», así «como a la práctica deportiva de base que, con carácter recreativo y saludable, desarrollan en nuestro país millones de personas». En nuestro país el legislador se ha decantado por preservar la salud pública en el ámbito de la lucha contra el dopaje, tipificando determinadas acciones con la introducción de un «relativamente nuevo» artículo 361 bis en el Código Penal, a través de la propia Ley Orgánica 7/2006, dentro precisamente de los delitos contra la salud pública. Este delito persigue la protección de la salud de cualquier persona que practique un deporte, bien en práctica competitiva o bien de forma recreacional, de tal manera que «cualquier restricción de los sujetos pasivos de la infracción hubiera resultado incoherente, ya que la actividad deportiva debe ponerse al alcance de todas las personas, respetando las aspiraciones y capacidades de cada uno y con toda la diversidad de prácticas competitivas o de ocio, organizadas o individuales»⁴³.

Una vez sentada la constitucionalidad del bien «salud pública», no podemos dejar de ignorar la colisión existente entre ese bien y el derecho fundamental de los deportistas a su intimidad, que reclama una solución de forma inexcusable. La ponderación entre el derecho a la intimidad de los deportistas sometidos a la obligación de localización permanente y la preservación de la salud pública ha de iniciarse valorando la relevancia de la intervención en el derecho fundamental y la del fin perseguido, siendo en este caso la salvaguardia de la salud pública.

Respecto a este punto, cierta doctrina⁴⁴ entiende que la incidencia en el derecho a la intimidad de los deportistas, como consecuencia de la obligación de localización permanente, es de una magnitud tal, que implica que debe considerarse violado el contenido esencial del derecho; y frente a ello, la salud pública, si bien es incuestionable como objetivo relevante, parece que no se puede considerar muy mejorada con esta obligación de localización, por una serie de razones:

Por un lado, la protección de la salud pública implica o trasciende a la protección de cualquier persona que practique un deporte bien de forma competitiva o recreacional. De tal forma que la salud pública se vería mejorada si la lucha contra el dopaje

cuerpo o espíritu, sino también contra toda clase de intervención en esos bienes que carezca del consentimiento de su titular».

⁴³ CORTÉS BECHIARELLI, Emilio. *El delito de dopaje*. Valencia: Ed. Tirant lo Blanch, 2007, p. 65.

⁴⁴ V. más ampliamente RODRÍGUEZ GARCÍA, José. «El deber de localización de los deportistas y su derecho a la intimidad: especial referencia al consentimiento». *op. cit.*, pp. 181-248.



ELENA ATIENZA MACÍAS es Investigadora Predoctoral de la Universidad de Deusto en la Cátedra Interuniversitaria de Derecho y Genoma Humano, Universidad de Deusto y Universidad del País Vasco UPV/EHU. Bilbao, España.

© **ELENA ATIENZA MACÍAS (AUTORA)**

© **Iusport (Editor). 2013**

www.iusport.es