

Meldonium y culpabilidad: el comunicado de AMA de 13 de abril



Por Agustín GONZÁLEZ GONZÁLEZ¹

El 29 de septiembre de 2015 la Agencia Mundial Antidopaje (AMA) hace pública en su página web una carta de su comité ejecutivo, fechada el 16 de septiembre de 2016, que pone fin al proceso anual de revisión y actualización de la Lista de sustancias y métodos prohibidos² para 2016. En ella se hicieron públicas las principales modificaciones que serían introducidas en la Lista de Sustancias y métodos prohibidos aprobada para el año entrante.

Entre las novedades que se relacionan figura, tanto para competición como fuera de ella, la proscripción de la sustancia conocida como meldonio o meldonium, que queda residenciada en el grupo S.4 *Moduladores de hormonas y del metabolismo* y que como dirá el propio documento, responde a la necesidad de dar respuesta a las evidencias habidas de su uso por parte de los atletas con el propósito de mejorar su rendimiento.

El 5 de febrero de 2016 aparece en los medios de comunicación el primer caso de detección de la nueva sustancia en una prueba analítica. Ese día la Unión Ciclista Internacional anuncia que ha notificado al corredor ruso del equipo ciclista KatushaEduardVorganov el resultado analítico adverso por la presencia de meldonio en una muestra recogida al corredor fuera de competición el día 14 de enero de este año. Este equipo volverá poco días después a las portadas de los diarios deportivos por la controvertida decisión de la Comisión de Disciplina de la propia UCI en la que se afirmó que "*la toma de cocaína por el corredor (Paolini) no se hizo con la intención de influir en el rendimiento deportivo, sino que fue una toma recreativa*".

El 2 de marzo salta a las páginas deportivas la noticia de que el maratoniano etíope EndishawNegesse, ganador de la maratón de Tokio en 2015, ha dado positivo por meldonio, y unos días antes, el 29 de febrero se conoció que Abeba Aregawi, la mayor estrella del atletismo sueco, etíope de nacimiento, había sido suspendida provisionalmente por la IAAF tras dar positivo con una

¹Jefe de la Asesoría legal de la Agencia Española para la Protección de la Salud en el Deporte (AEPSAD).

² Para consultar todo lo relativo al proceso de elaboración y publicación de la lista de sustancias y métodos prohibidos puede acudirse a la dirección web <http://blog.aepsad.es/la-lista-de-sustancias-y-metodos-prohibidos/>

sustancia que inicialmente no fue revelada pero que finalmente ha podido saberse que fue meldonio.

Este goteo de casos adversos por la presencia de meldonio en las muestras encuentra su punto de inflexión el día 3 de marzo de 2016 cuando la tenista rusa MariaSharapova da a conocer públicamente en rueda de prensa el resultado adverso en una muestra suya recogida durante la celebración del Abierto de Australia celebrado en enero de ese año. El periodista Juan Mora, del diario As, dirá en su columnas de opinión que “Sharapova dice que no sabía que el meldonio se había prohibido. Ahora ya lo sabe ella, y el mundo entero. Como pasó con el estanozolol de Johnson o la EPO del Festina”.

En efecto, desde ese momento, las noticias sobre resultados analíticos adversos por presencia de la sustancia se sucederán incesantemente hasta los días presentes, contándose hasta 172 casos desde el comienzo de año. Incluso se hará publica la noticia, desconcertante, de que las ventas de fármacos que contienen el famoso producto dopante meldonio se han incrementado un 50% en Rusia tras la revelación por MariaSharapova de que había dado positivo con esta sustancia.

El 13 de abril se hace pública una notificación por parte de la Agencia Mundial Antidopaje en la que introducen una serie de pautas o recomendaciones a seguir a fin de preservar el principio de presunción de inocencia de los involucrados en casos adversos por la presencia de meldonio. Al día siguiente, la AMA hace publica como nota de prensa en su portal web una serie de aclaraciones a la notificación del día anterior³. No son pocos los medios que no dudan en calificar el comunicado como la amnistía del meldonio, prórroga para el uso de la sustancia, flexibilización e incluso levantamiento de sanciones por la ingesta de meldonio, dándose a entender en ocasiones que se introduce con ella una moratoria en la prohibición de la sustancia o de un umbral de tolerancia para su presencia en muestra.

Nada mas lejos de la realidad. La comunicación de WADA de 13 de abril comienza recordando que el meldonio es una sustancia no específica cuyo uso se prohibió tanto en competición como fuera de ella desde el 1 de enero de 2016.

No cabe duda, y así lo dirá sin ambages la notificación, que la mera presencia de meldonio en la muestra de un deportista, recogida en fecha 1 de enero de 2016, o posterior, constituye una infracción de la normativa antidopaje, de acuerdo con el artículo 2.1 del Código, y por ello, la responsabilidad del deportista alcanza a cerciorarse de que no haya ninguna sustancia prohibida en sus muestras y por tanto, tampoco el meldonio, o lo que es lo mismo, la sustancia debió haber desaparecido del organismo de todos los deportistas

³ Ambos documentos pueden consultarse en <http://www.aepsad.gob.es/aepsad/inicio.html>

que la hubiesen consumido en el pasado para cuando la nueva lista entró en vigor, es decir, el 1 de Enero.

Se añade en la notificación que la sustancia había sido añadida al Programa de Monitorización el 1 de Enero de 2015, en el que precisamente se reveló el extendido uso del meldonio por parte tanto de deportistas como de equipos. Pero los estudios sobre esta sustancia no comienzan en 2015 sino mucho antes de esa fecha. Como aclara la misma notificación, la inclusión del meldonio en la Lista de Sustancias Prohibidas de 2016 supuso la conclusión de un largo proceso llevado a cabo por el Comité de la Lista de la AMA entre 2011 y 2015. Dicho proceso, que supuso la revisión de toda la información científica disponible y la generación de datos específicos llevó, finalmente, a la conclusión de que el meldonio cumplía dos de los tres criterios indicados en el Artículo 4.3.1 del Código Mundial Anti-Dopaje.

Recuerda también la notificación que la AMA envió el 29 de Septiembre de 2015 la Lista de Sustancias Prohibidas 2016 a todos sus miembros junto a una nota aclaratoria, y por lo tanto la inclusión del meldonio en la Lista de Sustancias Prohibidas 2016 era algo sabido por todos los miembros de la AMA tres meses antes de su entrada en vigor.

Lo que plantea la comunicación de la AMA son las dudas no resueltas sobre una cuestión puramente científica, la determinación de la amplitud de la llamada ventana de expulsión; esto es, del periodo de eliminación de la sustancia por el organismo, reconociéndose la escasez de datos contrastados hasta la fecha. Se afirma, no obstante, que sobre la base de una serie resultados iniciales puede afirmarse que la excreción renal de meldonio es susceptible de variar significativamente entre distintos sujetos, dependiendo de la dosis y la duración del protocolo de administración del producto y que tal excreción urinaria tiene una fase inicial rápida de eliminación seguida por una segunda fase de excreción, más larga. Hasta aquí llegan las certezas científicas. La cuestión que en el fondo se plantea es si esta situación o estadio del conocimiento científico debe o no tener reflejo en la exigencia de responsabilidad por la ingesta de la sustancia prohibida.

En este análisis hay ciertos extremos que no están sometidos a debate pues son situaciones basadas en hechos o razonamientos no controvertidos. Así por ejemplo, las dudas científicas no afectan a si la sustancia aumenta el rendimiento, cosa que no se discute, ni al hecho de que reúnen los requisitos exigidos en el CMA para su inclusión en la Lista de sustancias prohibidas. En ningún momento se ha abierto esta discusión. Como tampoco el del procedimiento seguido para la inclusión en la lista de sustancias prohibidas, conforme a previsto en el CMA, ni a la publicidad de la prohibición que ha habilitado el conocimiento de la prohibición, esto es, la concurrencia del llamado elemento cognoscitivo del dolo.

La antijuridicidad de la conducta, su contradicción con el derecho, no queda comprometida por la resolución del debate científico, cualquiera que sea su

sentido. En efecto, Ilícito es el acto por el mero hecho de ser contrario a una norma establecida por la comunidad e incorporada a su ordenamiento. Esta antijuridicidad, formal, en la que los autores ven el contenido material de la ilicitud, no ha planteado entre los operadores jurídicos duda alguna. Pero tampoco ha sucedido con la vertiente material, mas controvertida, de la antijuridicidad, esto es, la lesión de un orden superior de valoración de conductas o de intereses considerados positivos por la sociedad. Así es, en ningún momento se ha cuestionado tampoco la razón de la inclusión de la sustancia en la lista. No se discuten los efectos que produce el meldonio en el organismo del atleta. No hay polémica, salvo en el caso de las autoridades de Rusia de la que son originarios la mayoría de los atletas implicados, en torno a que la sustancia supone un riesgo real o potencial para la salud del deportista, ni sobre las pruebas médicas o científicas, efectos farmacológicos, o experimentos en los que se asienta esta conclusión y goza del potencial de mejorar el rendimiento deportivo.

Este desvalor que supone el uso de la sustancia viene ratificado en el mismo comunicado cuando se afirma que la presencia de meldonio en la muestra de un deportista recogida en fecha 1 de enero de 2016, o posterior, constituye una infracción de la normativa antidopaje, y en consecuencia, procede la descalificación de los resultados del deportista, incluso en los casos de ausencia de culpa o negligencia, de acuerdo con lo previsto en el CMA, sin que se establezca regla especial alguna.

Así lo entiende la AMA. En la noticia hecha publica por la propia AMA en su portal Web se hace eco de las declaraciones de su presidente a propósito de la comunicación, en la que Sir Craig Reedie dice "No hay ninguna duda en cuanto a la condición de meldonium como sustancia prohibida", y añade que. "Igualmente, no hay duda de que el principio de responsabilidad objetiva en virtud del Código; así como, prevalecerá el proceso bien establecido para la gestión de los resultados y la adjudicación".

Las dudas que existen y que expone la AMA sobre la amplitud de la ventana de expulsión, no afecta pues ni a la gravedad de la conducta ni a su antijuridicidad.

Sin embargo, la falta de información científica clara acerca de los tiempos de eliminación, pueden sembrar en los órganos llamados a aplicar la legislación antidopaje la duda respecto al grado de culpabilidad del deportista que no pudiendo conocer el periodo de expulsión hubiese ingerido la sustancia cuando esta estaba aún permitida, a finales del año pasado⁴.

⁴ No debe olvidarse cuando se habla de culpabilidad en la violación de las normas antidopaje que cuando tratamos, como es este caso, de violaciones del artículo 2.1. del WAC "La presencia de una Sustancia Prohibida o de sus Metabolitos o Marcadores en la Muestra de un Deportista" la infracción existe independientemente de la Culpabilidad del Deportista. Esta norma ha sido denominada "Responsabilidad Objetiva" en diversas decisiones del TAD. La Culpabilidad del Deportista se toma en consideración al determinar las Consecuencias de esta infracción de las

Si antes hacíamos referencia al elemento cognoscitivo del dolo exigible, ahora debemos traer el elemento volitivo o emocional. A la conducta dolosa se le exige que el sujeto conozca los elementos del tipo, pero también que quiera o cuando menos acepte la acción que ejecuta y el resultado que esa acción va a producir. Y parece que es aquí donde el comunicado de AMA abre una puerta, en tanto no existan certezas científicas sobre ello, a la valoración de la culpabilidad⁵ en los casos de ingesta de meldonio de un modo distinto, estableciendo una serie de recomendaciones transitorias –no reglas de valoración- en función de la cantidad de sustancia detectada y de la fecha en que fue recogida la muestra.

En relación a estas recomendaciones hay que dejar claro que son exactamente eso, recomendaciones. No vinculan a los órganos llamados aplicar las normas de dopaje. Y es así porque el órganos antidopaje puede disponer de otras pruebas que pese a la concentración de la sustancia acrediten la ingesta producida una vez entrada en vigor la prohibición. Como dirá la Comunicación de AMA " *En los casos en los que el deportista sea considerado culpable de la presencia de meldonio en su muestra, deberán evaluarse todos los criterios relevantes para valorar el grado de culpa/negligencia o intencionalidad, considerando: nivel de diligencia debida por parte del deportista, cualquier justificación médica, declaración en el formulario de control de dopaje, etc....*". Es decir, la concentración es solo un dato mas en el juicio de la culpabilidad, admitiéndose como es natural, cualquier otra prueba.

Debe también tenerse presente que las reglas de modulación de la culpabilidad tienen carácter temporal, en tanto se concluyen los estudios de eliminación y valoración de la culpa. De hecho, una de las recomendaciones consiste precisamente en suspender el procedimiento a la espera de estos resultados. Este carácter provisional se advierte claramente en la posibilidad, en estos

normas antidopaje de conformidad con el Artículo 10. Este principio ha contado con el respaldo permanente del TAD. (Comentario al artículo 2.1. WAC)

⁵ El WAC contiene sus propias reglas de valoración de la culpabilidad, que deben ser tenidas en cuenta en todo caso, como supletorias de estas que se establecen para el caso del Meldonium. El anexo del WAC establece que "La Culpabilidad se encuentra en cualquier incumplimiento de una obligación o ausencia de la adecuada atención a una situación concreta. Entre los factores que deben tomarse en consideración al evaluar el grado de Culpabilidad del Deportista u otra Persona están, por ejemplo, su experiencia, si se trata de un Menor, consideraciones especiales como la discapacidad, el grado de riesgo que debería haber sido percibido por el Deportista y el nivel de atención e investigación ejercido por el mismo en relación con lo que debería haber sido el nivel de riesgo percibido. Al evaluar el grado de Culpabilidad del Deportista u otra Persona, las circunstancias analizadas deben ser específicas y relevantes para explicar su desviación de las normas de conducta esperadas . Así, por ejemplo, el hecho de que un Deportista vaya a perder la oportunidad de ganar grandes cantidades de dinero durante un periodo de Suspensión, el hecho de que quede poco tiempo para que el Deportista finalice su carrera deportiva, o la programación del calendario deportivo, no serían factores relevantes a tener en cuenta al reducir el periodo de Suspensión previsto en el Artículo 10.5.1 o 10.5.2."

supuestos de suspensión del procedimiento sancionador, de levantar la suspensión provisional que se hubiese acordado, eso si, estableciéndose que si más adelante, de acuerdo a los resultados de los estudios sobre eliminación, se alcanza la convicción que el deportista tomó el producto el 1 de Enero de 2016, o posteriormente, entonces todos sus resultados deportivos durante ese periodo en el que la suspensión provisional fue levantada serán anulados, y los premios devueltos y además, el periodo de inhabilitación que se impondrá finalmente, será susceptible de empezar en la fecha de la decisión (con abono del periodo de suspensión provisional que hubiera sido ya cumplida).

Precisamente esta regla parece dar lugar a una cierta contradicción al darse a entender que en este caso la consumación de la infracción no se estaría produciendo en el momento de la entrega de la muestra, como sucede siempre en los supuestos del articulo 2.1 del CMA, sino que se estaría anticipando al momento de la ingesta, pues lo determinante de la sanción seria que tal ingesta fuese posterior al 31 de diciembre de 2015.

Esta interpretación no parece sin embargo ser la seguida por la propia comunicación cuando establece para los casos en los que la concentración sea menor de 1 µg/ml y el control se haya realizado antes del 1 de marzo de 2016 que si la organización antidopaje considera que el deportista podría, justificadamente, no haber sabido o sospechado que la sustancia aún estaría presente en su organismo en fecha 1 de enero de 2016 o posterior, entonces se podrá determinar ausencia de culpa de negligencia. En este caso, se da a entender como momento de consumación el de la de toma de la muestra.

En todo caso, y mas allá de esta cuestión, como ya he dicho, el debate únicamente cabe en la determinación de uno de los elementos que integran la infracción, el de la culpabilidad, pero no en todos los demás. Por ello resulta erróneo hablar de prorrogas, umbrales, amnistías, etc. No hay lugar a nada de ello. Otra cosa es como se acaben aplicando las reglas por los distintos operadores antidopaje, ante la presión del numero y relevancia de los involucrados en los casos abiertos, pero lo que en ningún caso puede suceder es que la cautela en la determinación y valoración de uno de los elementos de la infracción conduzca a su despenalización por la vía de los hechos. No puede ser cierto lo que decía Bertold Brech, que cuando el delito se multiplica, nadie quiere verlo.

Agustín González González
Jefe de la Asesoría Legal de la AEPSAD

Madrid, 17 de abril de 2016

© Agustín GONZÁLEZ GONZÁLEZ (Autor)

© iusport (Editor). 1997-2016

www.iusport.com