

ANTEPROYECTO DE LEY ORGÁNICA DE PROTECCIÓN DE LA SALUD DEL DEPORTISTA Y LUCHA CONTRA EL DOPAJE:

¿Y qué hacemos con los derechos fundamentales?

Por Julián Espartero Casado



En su prólogo a la pionera y señera obra de Mariano Carmelo González Grimaldo, significaba el ilustre profesor Martín Mateo que hasta «el Derecho Penal se detiene ante los muros de un estadio deportivo»¹. Eran los años setenta y esta consideración no resultaba extraña en el contexto del régimen imperante en la organización y regulación del deporte propia de un Estado con Derecho, pero no de Derecho.

Hoy, afortunadamente, esta situación se halla ampliamente superada. Pero, quizás, no al mismo nivel que el resto de los contextos de la sociedad española y de la que el deporte no es sino su reflejo. Así, es lo cierto que la relación entre el Derecho y el deporte no termina de ser una relación completa y acabada. Ilustrativo de esta consideración viene a ser la noticia –ayer publicada en esta página de *Iusport*- de que el Consejo Fiscal ha emitido informe, el pasado 17 de octubre, sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica de protección de la salud del deportista y lucha contra el dopaje en la actividad deportiva en el que advierte de la posibilidad de que el anteproyecto de Ley sea contrario a la Constitución.

Subrayándose, entre otros aspectos, que el Consejo pone reparo a que los deportistas sospechosos de dopaje deban someterse a un arbitraje obligatorio y se les niegue la opción de recurrir ante la justicia ordinaria. También a la prevención de que en los casos en los que estén implicados deportistas de nivel internacional se puede recurrir una decisión de los organismos deportivos únicamente ante el Tribunal de Arbitraje Deportivo (TAS), la Fiscalía subraya que «el sistema puede plantear problemas de constitucionalidad, si se parte de

¹ GONZÁLEZ GRIMALDO, M. C., *El ordenamiento jurídico del deporte*, Civitas, Madrid, 1974.

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». Así como también se pone en entredicho numerosos puntos del anteproyecto de la Ley Antidopaje, y recuerda que «según el Tribunal Constitucional, el arbitraje obligatorio [y excluyente] es inconstitucional en España por vulnerar el derecho a la tutela judicial».

En efecto, estas precedentes consideraciones mantienen una plena coherencia con el hecho de que nuestro Tribunal Constitucional reiteraría *ab initio* que el contenido de los derechos fundamentales se extiende no sólo a los poderes públicos, sino también a las relaciones entre particulares, aunque el contenido y ejercicio de los derechos puedan verse sometidos a límites específicos, sin que los mismos afecten a la esencia de dichos derechos². Es más, debe destacarse que nuestro Alto Tribunal se ha pronunciado decididamente³ – con importantes consecuencias, como certeramente ha reseñado Millán⁴, para la disciplina deportiva– reafirmando la vigencia de los derechos fundamentales incluso en el seno de las relaciones de sujeción especial:

«(...) las llamadas relaciones de sujeción especial no son entre nosotros un ámbito en el que los sujetos queden despojados de sus

² Vid. las Sentencias del TC 2/1982, de 29 enero; 6/1988, de 21 enero; 177/1988, de 10 octubre; 231/1988, de 2 diciembre; 45/1989, de 20 febrero; 126/1990, de 5 julio; y 286/1993, de 4 octubre. Doctrina que también ha sido recogida por la Justicia Ordinaria, resultando paradigmática, en este sentido, la Sentencia del TS, Sala de lo Civil, de 24 de marzo de 1992, a la que J. J. Marín López [«Comentario a la Sentencia del TS de 24 de marzo de 1992», en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 28 (1992), p. 300] moteja como «(...) apasionada en el reconocimiento de la Drittwirkung de los derechos fundamentales (...), al señalar (...) que los actos privados pueden lesionar derechos fundamentales y que en estos supuestos los interesados pueden acceder a la vía de amparo, si no obtienen la debida protección de los Jueces y Tribunales, a los que el ordenamiento encomienda la tutela general de los mismos (...)».

³ Vid. STC 81/2009, de 23 de marzo, en cuya virtud se resolvió la cuestión 3534/2007, planteada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 1 de Mérida, declarando inconstitucional el artículo 69.3.C) de la Ley 10/1990, de 15 de octubre, del Deporte. El derogado artículo 69.3.C) de la Ley del Deporte estipulaba que «Son infracciones leves todas las acciones u omisiones no tipificadas como infracciones graves o muy graves en el presente título y que sean contrarias a las normas y reglamentos aplicables a los espectáculos deportivos». Ello, según el Tribunal Constitucional, constituye una de las prácticas normativas vedadas por el artículo 25.1 de la Constitución, en cuanto que, aunque el precepto sancionador ostente rango de ley, no contiene los elementos esenciales de la conducta antijurídica, con lo que permite una regulación reglamentaria independiente, no sometida, siquiera en sus líneas fundamentales, a la voluntad de los representantes de los ciudadanos.

⁴ MILLÁN GARRIDO, A., «La regla *nullum crimen nulla poena sine lege* es de aplicación al ordenamiento sancionador administrativo». Disponible en http://www.iusport.es/php2/index.php?option=com_content&task=view&id=933&Itemid=30. Consultada el 21 de abril de 2009.

derechos fundamentales o en el que la Administración pueda dictar normas sin habilitación legal previa. Estas relaciones no se dan al margen del Derecho, sino dentro de él y por lo tanto también dentro de ellas tienen vigencia los derechos fundamentales y tampoco respecto de ellas goza la Administración de un poder normativo carente de habilitación legal, aunque ésta pueda otorgarse en términos que no serían aceptables sin el supuesto de esa especial relación » (FJ. 6º).

Más ilustrativa todavía, y muy cercana a la cuestión que nos ocupa, sería la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, de 24 junio de 2011, que anuló la sanción por dopaje impuesta -el 7 de febrero de 2006- al ciclista Roberto de las Heras, dejando abierta la puerta a la recuperación del título de Campeón de la Vuelta a España 2005. De ahí que nos permitimos aquí hacer una amplia reproducción de sus planteamientos

«Por otro lado, la posibilidad de establecer un arbitraje en cuestiones de Derecho público no está permitido ya que el art. 1 de la Ley de Arbitraje de 1988 excluye de su ámbito las materias que no sean de libre disposición, como son las normas públicas imperativas o de carácter irrenunciable. Quedan, por ello, fuera de la posibilidad de sumisión a arbitraje aquellas normas relativas a funciones públicas de carácter administrativo ejercidas por las Federaciones, tales como las disciplinarias, el dopaje, la regulación del marco general de la competición. Así en el art. 34 del Real Decreto sobre Federaciones Deportivas Españolas se establece que “Las fórmulas específicas de conciliación y arbitraje a que se refiere el Título XIII de la Ley del Deporte (citada), están destinadas a resolver cualquier diferencia o cuestión litigiosa producida entre los interesados, con ocasión de la aplicación de reglas deportivas no incluidas en dicha Ley y disposiciones de desarrollo, entendiéndose por ello aquellas que sean objeto de libre disposición de las partes, y cuya vulneración no sea objeto de sanción disciplinaria”. Y en el artículo 35 continúa: “No podrán ser objeto de conciliación o arbitraje las siguientes cuestiones:...b) Aquellas que se relacionen con el control de las sustancias y métodos prohibidos en el deporte y seguridad en la práctica deportiva”.

Además, (...) el arbitraje obligatorio es inconstitucional en España por vulnerar el derecho a la tutela judicial efectiva previsto en el art. 24 (Ss. del TC. de 23 de noviembre de 1995 y de 30 de abril de 1996). En esta última sentencia se dice que "la sentencia del Pleno de este Tribunal 174/95 ha declarado la inconstitucionalidad y consiguiente nulidad del art. 38,2, pfo. 1º de la LOTT. En ella, el TC se enfrentó al problema planteado, coincidente con el que aquí hemos de responder, acerca de "si resulta conforme a la Constitución, concretamente con sus arts. 24,1 y 117,3 CE, un precepto que establece un sistema de arbitraje institucional e imperativo, en virtud del cual el acceso a la jurisdicción queda condicionado al consentimiento expreso, formalizado en un pacto, de todas y cada una de las partes implicadas en una controversia" (f. j. 3º). Ante ello, se declaró que "la autonomía de la voluntad de las partes -de todas las partes- constituye la esencia y el fundamento de la institución arbitral, por cuanto que el arbitraje conlleva la exclusión de la vía judicial. Por tanto resulta contrario a la Constitución que la ley suprima o prescinda de la voluntad de una de las partes para someter la controversia al arbitraje de la Junta que es lo que hace el pfo. 1º del art. 38,2. La primera nota del derecho a la tutela consiste en la libre facultad que tiene el demandante para incoar el proceso y someter al demandado a los efectos del mismo. Quebranta, por tanto, la esencia misma de la tutela judicial tener que contar con el consentimiento de la parte contraria para ejercer ante un órgano judicial una pretensión frente a ella" (f. j. 3º). Y esto, que está dicho preferentemente desde la perspectiva del demandante, es igualmente aplicable al demandado, en cuanto que, salvo que así lo haya aceptado voluntariamente, no se le puede impedir que sea precisamente un órgano judicial quien conozca de las pretensiones que formule en orden a su defensa, vulnerándose de otra manera su derecho a la tutela judicial efectiva. Esta conclusión no se desvirtúa, por otra parte, por la posibilidad de un ulterior recurso de nulidad frente al laudo, previsto en el art. 45 de la Ley de Arbitraje , que la parte intentó y fue desestimado por la sentencia recurrida, pues, como también declaró la referida STC 174/95, ese control

excluye las cuestiones de fondo, ya que “al estar tasadas las causas de revisión previstas en el citado art. 45, y limitarse éstas a las garantías formales sin poderse pronunciar el órgano judicial sobre el fondo del asunto, nos hallamos frente a un juicio externo (STC 43/88 y SSTs que en ella se citan) que, como tal, resulta insuficiente para entender que el control judicial así concebido cubre el derecho a obtener la tutela judicial efectiva que consagra el art. 24,1 CE” (f. j. 3º).

En el presente caso 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 se exige como requisito sine qua non para ejercer su profesión, estando la cláusula compromisoria incluida en un documento de adhesión (la licencia federativa). Que no hay sumisión libre y voluntaria al TAS se evidencia aún más en el supuesto enjuiciado porque no contiene la licencia federativa para el año 2005 dicha cláusula de sumisión. Al estar tutelada la competición internacional en que ha participado el recurrente por el Consejo Superior de Deportes no puede entenderse que la participación en la misma comporte dicha sumisión al mencionado Tribunal Arbitral pues vulneraría nuestro ordenamiento jurídico y la reglamentación de la UCI, al no formar parte de este, no es obligatoria en España» (Fundamento de Derecho 5º)».

Es un hecho conocido que particulares contextos de la realidad deportiva siguen oponiendo serias reticencias a la acción del Derecho, como lo demuestra el mantenimiento por parte de emblemáticas instituciones deportivas, bien que supuestamente privadas, de normativas estatutarias que impiden el pleno ejercicio de los derechos fundamentales de sus miembros. Frente a ello debe sostenerse que el Título I de la Constitución española de 1978, bajo la rúbrica *De los Derechos y Deberes Fundamentales*, señala en su artículo 10.1 que «la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás, son el fundamento del orden público y de la paz social».

Se trata, al decir de la doctrina, de un compendio de todos y cada uno de

los derechos presentes en el Ordenamiento Jurídico español. Asimismo, en dicho artículo se manifiesta la estrecha interrelación entre Estado de Derecho y derechos fundamentales, ya que como autorizadamente señalara Pérez Luño «(...) el Estado de Derecho exige e implica para serlo garantizar los derechos fundamentales, mientras que estos exigen e implican para su realización al Estado de Derecho (...) Los derechos fundamentales constituyen la principal garantía con que cuentan los ciudadanos de un Estado de Derecho de que el sistema jurídico y político en su conjunto se orientará hacia el respeto y la promoción de la persona humana (...)»⁵.

Debe remarcar, además, que estos derechos inherentes a la condición humana, no sólo determinan el estatuto jurídico de los ciudadanos -la libertad, autonomía y seguridad de la persona frente al Estado-, sino que también inciden, o así debe ser, en el ámbito privado o de las relaciones de los ciudadanos entre sí. Se trata, por tanto, de un conjunto normativo que afecta a la totalidad del cuerpo social. Lo contrario podría deparar nefastas paradojas. Por ejemplo, que el derecho fundamental a la igualdad, recogido constitucionalmente en el artículo 14 de nuestra Carta Magna, pudiera verse reducido a una mera declaración por parte del Estado, en el sentido de evitar las discriminaciones y las desigualdades de trato, si bien luego se consintieran efectivas discriminaciones realizadas en el marco de las relaciones privadas.

Se trata, en definitiva, de la necesaria ampliación de la eficacia y ámbito de los derechos fundamentales, de modo que los poderes públicos están «obligados a promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud (...)» (art. 9.2. de la Constitución).

Constatada la fundamentación del Ordenamiento Jurídico español sobre los derechos fundamentales de la persona, debe afirmarse la necesidad de su expansión, consolidación y respeto en el concreto ámbito o parcela social del deporte. Hoy mismo, dos de noviembre, en unas declaraciones al Diario

⁵ PÉREZ LUÑO, A. E., *Los Derechos Fundamentales*, Tecnos, Madrid, 1984, pp. 20-21.

MARCA, Alberto Palomar -nuestra doctrina más avisada- señalaba que «Los órganos jurídicos españoles dicen que el TAS tienen que ser voluntario. La ley dice lo necesario para que el código AMA no expulse a España y el COI nos deje seguir en los Juegos. La pregunta es ¿qué hacemos con las constituciones y los derechos?».

Claro. Nos encontramos ante organizaciones de carácter supranacional y, por tanto, al margen del control normativo estatal. Tampoco, en este sentido, puede desconocerse la naturaleza y configuración asociativa privada de aquellas agrupaciones deportivas. En tanto en cuanto que son asociaciones, gozan –o así debería ser– de unas amplias facultades de autonomía y organización interna, consecuentes con la vertiente positiva del derecho fundamental de asociación y que pueden hallar su máxima expresión y reflejo en la elaboración de los estatutos y otros acuerdos sociales. De manera que ello nos lleva al planteamiento, bien que referido al contexto asociativo en general, de si sobre la base de estas amplias facultades de autoorganización cabría la licitud de disposiciones estatutarias que puedan colisionar con derechos fundamentales de los asociados. Esto es, ¿desde el punto de vista constitucional es posible que una norma estatutaria niegue un derecho fundamental?

Como tuvimos ocasión de poner de manifiesto⁶, no resulta infrecuente que relevantes instituciones deportivas, de carácter supranacional y naturaleza privada, incluyan en sus estatutos o normativa interna disposiciones que bien pueden considerarse limitativas o impeditivas del pleno ejercicio de los derechos fundamentales de sus miembros. Tal es el caso, como bien ejemplifican PUNZÓN y SÁNCHEZ⁷, del Comité Olímpico Internacional (COI) al considerar de obligado cumplimiento el Código Mundial Antidopaje, lo que determina que los deportistas se comprometan a aceptar las normas de dicho código como condición necesaria para poder participar en las competiciones

⁶ Vid. nuestro trabajos ESPARTERO CASADO, J., «La necesaria ilicitud de las cláusulas estatutarias federativas prohibitivas del derecho a la tutela judicial», en *Revista Jurídica del Deporte*, nº 14, 2005, pp. 47-71; «La vigencia de los derechos fundamentales en la organización privada del deporte», en *Revista Española de Derecho Deportivo*, nº 29, 2012, pp. 71-100.

⁷ PUNZÓN MORALEDA, J. y SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, F., «Una situación ambivalente del derecho del deporte: la lucha contra el dopaje y la defensa del derecho de intimidad», en *Revista Jurídica del Deporte*, nº 26, 2009, pp. 141-158.

deportivas y deban atenerse a estas reglas.

Ante ello, cabe inquirir de nuevo, ¿ésta y otras disposiciones estatutarias semejantes pueden tener cabida en nuestro Ordenamiento jurídico?

Creemos que la respuesta a esta cuestión debe de ser necesariamente negativa. Desde una perspectiva constitucional es admisible que pueda pactarse, en el acto fundacional, en los órganos de las asociaciones o en la integración en las mismas, que en su seno no se puedan ejercitar alguno o algunos derechos fundamentales. Pero, a pesar de que los referidos pactos se conformen como decisiones libremente aceptadas sobre el ejercicio –que no sobre las titularidades- de los derechos fundamentales, dicho ámbito no puede sujetarse a la disposición de la asociación en ningún caso, pues el mismo es indisponible incluso para el propio socio en su dimensión de persona individual. En consecuencia, las previsiones estatutarias y los acuerdos asociativos que impidan el ejercicio de los derechos fundamentales serán nulas.

Lo que resulta de aplicación a la normativa deportiva expuesta, toda vez que supone un expreso rechazo a derechos fundamentales, como pueda ser el derecho a la tutela judicial efectiva –referido en el informe que nos ocupa- y contenido en el artículo 24.1 de nuestra Constitución, sin olvidar lo establecido en el Convenio Europeo de Derechos Humanos⁸, en el que se afirma que «toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa y públicamente en un plazo razonable por un Tribunal independiente e imparcial, establecido por ley, que decidirá los litigios sobre sus derechos y obligaciones (...)» (art. 6.1).

De ahí que deba convenirse con Colomer que « (...) en nuestro Derecho no tienen, por tanto, ninguna virtualidad jurídica este tipo de cláusulas, para impedir el ejercicio jurisdiccional de nuestros tribunales una vez solicitada la correspondiente tutela por un deportista»⁹.

Así pues, es insostenible que pueda contribuirse a ese empecinamiento de determinadas organizaciones deportivas por mantener el deporte que ellas controlan como un fenómeno ajeno al devenir de la vida social y, por tanto,

⁸ Ratificado por España el 26 de septiembre de 1979 (BOE de 10 de octubre).

⁹ COLOMER HERNÁNDEZ, I., «Dopaje y acceso a la jurisdicción», en *Revista Jurídica de Deporte*, n° 18, 2006, pp. 24-25.

fuera de los cauces jurídicos que imperan y regulan la misma. Antes al contrario deben combatirse estas actuaciones que bien pueden calificarse, en algunos casos, como auténticas coacciones para el impedimento del legítimo ejercicio de un derecho inherente a «todos», en la dicción de nuestra Constitución, ante la pasividad, cuando no permisividad, con que los poderes públicos han venido actuando ante las mismas.

Porque, quizás, sea ésta la raíz del problema. La actitud abstencionista de los poderes públicos en estas concretas y puntuales situaciones. Hace ya tiempo que devinieron en trasnochados aquellos planteamientos que postulaban tanto la tradicional incardinación del deporte en el ámbito organizativo privado como su pretendida caracterización de actividad o movimiento absolutamente aislado de la actividad de los poderes públicos. Peor todavía es el planteamiento que supone el legislar ahora atendiendo a concretas pretensiones de determinadas organizaciones deportivas, cuando lo que está en juego es el ejercicio, como se ha reiterado, de derechos fundamentales ¿dónde queda, pues, su obligación, contenida en el artículo 9.2 de la Constitución, «(...) de promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud (...)»?

Perplejidad que no hace sino incrementarse cuando se asiste de forma cotidiana a una decidida intervención pública, invocando el mandato constitucional de fomento del deporte, en determinados sectores de la organización deportiva en los que resulta difícil –por no decir imposible– identificar cual es el interés público en presencia que justifica dicha intervención: la competición oficial o la participación en la misma; la disciplina deportiva; las elecciones federativas, etc. Y, sin embargo, esa intervención se transfigura en sumamente recatada cuando determinadas manifestaciones de esa organización deportiva restringen y/o sancionan el ejercicio de derechos fundamentales por parte de sus asociados. De modo que tal pareciera que la intervención pública se hubiera orientado hacia un ámbito tangencial a aquél en el que, realmente, hubiera de recalar.

