

XIV SEMINARIO INTERUNIVERSITARIO INTERNACIONAL DE DERECHO PENAL

DERECHO PENAL GENERAL Y DERECHO PENAL DE LA
EMPRESA

17/06/2011

FUNDACIÓN INTERNACIONAL DE CIENCIAS PENALES

RELACIÓN PONENCIA Y DEBATE: REFLEXIONES SOBRE EL DELITO DE DOPAJE.

Ponente: Prof. Dr. Miguel Díaz y García-Conlledo

Relatora: Prof. Dra. Isabel Durán Seco.



**Fundación
Internacional
de Ciencias
Penales**

**LA IMPUNIDAD COMO PRÁCTICA INTERPRETATIVA:
SOBRE EL DESPRECIO DE LA JURISDICCIÓN PENAL POR EL DERECHO
INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS.**

**Prof. Dr. Miguel Díaz y García Conlledo. Catedrático de Derecho penal de la
Universidad de León.**

**Modera el Prof. Dr. Ángel Sanz Morán. Catedrático de Derecho penal de la
Universidad de Valladolid**

El Prof. Díaz comienza su exposición recordándonos que hace ya varios años realizó un análisis de los tipos en los que podían incurrir quienes realizan conductas de dopaje y distinguió varios supuestos. También se planteó si las conductas más graves requerían la introducción expresa de un tipo específico en el CP. En su opinión, no. Ello por dos razones. En primer lugar, porque los atentados graves a la vida y a la salud (pública o individual) ya estaban en el CP y, en segundo lugar, porque el otro interés eventualmente lesionado, el fair play (juego limpio, ética deportiva), no era un bien jurídico o no al menos jurídico-penal, no debía ser objeto de protección penal. En contra de ello, la LO 7/2006 en su art. 44 introdujo el tipo del art. 361 bis CP, directamente relacionado con dopaje en el deporte, y respecto del cual el Prof. Díaz se muestra absolutamente crítico.

A continuación ofreció algunas pinceladas sobre algunas ideas de política criminal, por si se puede salvar este tipo en el CP y luego trató aspectos problemáticos o criticables.

Desde el punto de vista de la política criminal se pregunta el Prof. Díaz ¿qué bien jurídico puede justificar que se castiguen conductas dopantes, podría ser la salud o la vida, la salud pública? Pero, ¿qué salud pública? Si distinguimos podría ser la salud pública de los deportistas. Además, ya son suficientes los tipos genéricos de delitos contra la salud pública. Sin embargo, no parece tener mucho sentido. También podría ser la salud individual de los deportistas. Pero, si ya existen los delitos de homicidio y lesiones ¿por qué esa tipificación expresa? Pues porque no se persigue.

El otro interés, el fair play le sigue pareciendo que no es tan importante como para protegerlo penalmente.

Últimamente se ha pensado que quizá tenga sentido castigar el dopaje desde el punto de vista económico (ya se intentó fundamentar hace tiempo un castigo a través de la estafa, aunque resulta casi imposible por las conexiones concursales que exige ese tipo), Surgen otras voces que dicen que debería tratarse no tanto como un delito de estafa, sino como un delito contra la competencia económica. Consecuencias: habría que castigar el autodopaje, el de animales que compiten, sólo se aplicaría al deporte profesional y de mucho dinero. Además autores, entre otros unos tan relevantes como Roxin o Greco, quien realiza un planteamiento interesante, consideran que se podría plantear, aunque algunos no se pronuncian definitivamente (el propio Roxin). Y así lo ve el Prof. Díaz. Pero surgen dudas: si el dopaje es trampa ¿por qué no se pueden perseguir penalmente las faltas deportivas? La razón podría ser que las faltas entran todavía dentro del juego y el dopaje no. En todo caso, el Prof. Díaz rechaza finalmente la justificación de la punición del dopaje con fundamento en la lesión de la libre competición y considera que para su castigo ya están los tipos generales y no se justifica una anticipación punitiva como la que algunos proponen para el ámbito del dopaje deportivo.

Contra lo que se afirmaba en el Plan Nacional Antidopaje (2005), los Convenios internacionales dicen que hay que perseguirlo, no dicen que deba ser penalmente, sin embargo como sabemos finalmente acabó protegiéndose a través del CP.

Pasando ya al análisis del art. 361 bis CP plantea el Prof. Díaz cuál es el bien jurídico que se protege en este delito. Por la ubicación parece que la salud pública y parece que estamos ante un delito de peligro concreto. Pero el Prof. Díaz opina que el fair play sigue estando presente, si quiera en un segundo plano.

El dopaje, aunque estemos ante un determinado grupo, es un delito común. Le parece bien que no se castigue al deportista que se dopa. Podría ser cómplice, inductor o cooperador del que dopa, pero Díaz opina que no lo puede ser de su propio dopaje.

En cuanto a los sujetos sobre los que debe recaer la acción el Prof. Díaz opina que han quedado algunos fuera del tipo, así por ejemplo un deportista que va a participar en una competición extranjera.

Por lo que al objeto material se refiere parece que se está utilizando una técnica de remisión cuando se habla de sustancias o grupos farmacológicos “prohibidos”. En la Ley de 2006, se prevé que en España se publique por Resolución del Consejo Superior de Deporte las listas, en concordancia con las que se aprueben en el marco internacional. Y así está sucediendo. Se plantea el Prof. Díaz la duda de que, como en

esas listas algunas sustancias se expresan de manera muy abierta, ¿puede afectar esto al mandato de concreción o taxatividad derivado del principio de legalidad?

Y, centrándonos en el tema de que las sustancias estén destinadas a “aumentar sus capacidades físicas o a modificar los resultados de las competiciones”, considera el Prof. Díaz que existen cuestiones discutibles y se pregunta, ¿por qué las físicas, y no las psicofísicas? Se han dejado fuera. Se dice aumentar, no disminuir, cuando en algunos deportes se prohíben sustancias que la disminuyen (por ej. el alcohol en la fórmula 1) probablemente para evitar daños a terceros.

Si se trata de sustancias enmascarantes, considera el Prof. Díaz que no estarían comprendidos en el tipo, pues no se destina a modificar el resultado de la competición.

Se centra después el Prof. Díaz en la referencia a la puesta en peligro de la vida o la salud de los deportistas. Esta alusión le parece conveniente, pues se aparta así de la protección sin más del juego limpio. Así que, a pesar de que no le gusta la penalización del dopaje, prefiere esta exigencia.

Alude a continuación al primer auto de la famosa operación Puerto, cuando se sobreesió; en él (que por cierto contenía muchas referencias al juego limpio) se decía que la conducta no se podía castigar pero que si hubiera existido el delito de dopaje cuando sucedieron los hechos, sí. El Prof. Díaz señala que, sin embargo, no se ha podido demostrar plenamente el riesgo de esas sustancias. La AP Madrid reabre el proceso de la operación Puerto y dice que se investigue más para averiguar si se produjo peligro. Si se demuestra habrá delito, tanto antes de la tipificación expresa (a través de uno de los tipos relativos a medicamentos) como ahora; si no se demuestra tampoco se puede castigar ahora. Luego no es cierto lo señalado por el auto de sobreseimiento.

Considera el Prof. Díaz que muchas conductas de diferente entidad se igualan en el tipo y se olvida la incitación al consumo.

En cuanto al tipo subjetivo, parece claro que se quiso hacer una modalidad dolosa, pero queda el art. 367 CP que castiga la modalidad imprudente. Cortés Bechiarelli y otros autores han intentado restringirlo y afirma que se exigen elementos subjetivos del injusto: “destinados...”. El Prof. Díaz tiene dudas de que eso sean elementos subjetivos del injusto, pero, aunque lo fueran, serían compatibles con la imprudencia, pues puede suceder que el sujeto realice la conducta con esas finalidades pero con imprudencia respecto del peligro para la vida o la salud del deportista. Por eso concluye que estamos ante un desliz del legislador.

Todas las conductas se castigan cuando no haya justificación terapéutica. Lo importante aquí es decidir, continúa señalando el Prof. Díaz, si esa mención significa remisión a las normas administrativas sobre ella o ha de dotársele de contenido material, optando el ponente por esto último.

Por razones de tiempo el Prof. Díaz deja cuestiones de lado, como el iter criminis, la relación causal, etc.

Finalmente se refiere a los supuestos agravados y algunas cuestiones que resultan llamativas.

1ª. Víctima menor de edad. Afirma el Prof. Díaz que podría ser el único supuesto si se convirtiera en tipo básico en el que a lo mejor tendría sentido castigar el dopaje como delito contra la salud pública, pero la pregunta que a continuación le surge es ¿por qué sólo en el deporte?

2ª Que se haya empleado engaño o intimidación. Se pregunta el Prof. Díaz por qué no se incluye la violencia. Tampoco se alude a la realización de la conducta en el seno de una organización (cuando se dice que estos hechos se producen a menudo en el marco de la delincuencia organizada).

3ª Prevalerse de relación de superioridad laboral o profesional. El Prof. Díaz considera que está pensando en entrenadores, médicos etc. y se pregunta qué ocurre con otro tipo de abusos, como el docente, el del padre, madre. No llega a entender por qué se ha hecho esa restricción en un tipo que protege la salud. En estos supuestos no incluidos habría que acudir a la agravante genérica de parentesco o de abuso de superioridad, con las consecuencias propias de las agravantes genéricas (entre otras, que pueden compensarse con atenuantes, si concurren).

Debate correspondiente a la ponencia del Prof. Miguel Díaz y García Conlledo

El Prof. **Luzón Peña**, comenta que el Prof. Díaz ha dicho que los deportistas federados competitivos fuera de España no están en el tipo. Tiene razón, pero ¿por qué? ¿Qué ocurre con los que practican no por ocio, sino por ejemplo, por una apuesta? Continúa el Prof. Luzón Peña preguntado al ponente si está seguro de que estamos ante un delito de peligro concreto, y si no podría ser de peligro abstracto, obviamente de aptitud para lesionar. El Prof. Díaz señala que tanto los deportistas federados competitivos fuera de España como los que practican no por ocio sino por otro motivo quedan fuera del tipo; que en realidad se trata de un error del legislador. Se hablaba de

federados que participan en competiciones organizadas en España, se fue ampliando el tipo y que quedaron fuera algunos supuestos, que se trata de un delito contra la salud y no tiene mucho sentido dejarlo fuera. Por esa razón se consideró que era mejor referirse a deportistas y no detallar, puesto que cuando se detalla se dejan fuera supuestos. Respecto a la segunda cuestión planteada, señala el Prof. Díaz que tiene razón el Prof. Luzón, que ello ocurre en otros delitos contra la salud pública, que pueden ser de peligro abstracto o concreto, pero que sobre todo por razones de política criminal, si creemos que el tipo ya es demasiado amplio, más lo sería si lo consideramos de peligro abstracto y que, aunque la literalidad lo permite, cree que es mejor entender que estamos ante un delito de peligro concreto, como opina mayoritariamente la doctrina. El Prof. Luzón se pregunta qué perito va a determinar que una sustancia puso en peligro la salud de una persona. El Prof. Díaz no ve problema en determinarlo.

El Prof. **De la Fuente Honrubia** pregunta en qué posición queda el que se dopa. El Prof. Díaz señala que ha defendido que si es un delito contra la salud pública hay que excluirle de la participación, porque repercute sobre su propia salud, quedando la vía civil. Las Prof.as Olaizola Nogales y Jericó Ojer preguntan que si hay consentimiento cómo va a quedar libre la vía civil. El Prof. Díaz señala que puede realizarse también la conducta a través de engaño.

El Prof. **Paredes Castañón** comparte la opinión del Prof. Díaz, pero buscando una justificación: la salud individual de los deportistas está más expuesta al riesgo y por eso hay que intervenir anticipadamente. El Prof. Díaz señala que eso ya ha sido sugerido alguna vez, pero lo primero es que no se ha comprobado y que habría que comprobar si sólo esos deportistas o todos, pero para hacer un tipo penal así debería realizarse un estudio serio.

La Prof.a **Roso Cañadillas** pone de manifiesto que en la operación Puerto y en la operación Galgo no ha habido un resultado de peligro concreto y sí se ha abierto una investigación. El Prof. Díaz añade que precisamente por eso se cerró la investigación y ahora se ha dicho que se analice para ver si hay peligro concreto.

El Prof. **Sanz Moran** interviene para señalar que hay que distinguir medicina deportiva y dopaje y que la delimitación es casi imposible. El Prof. Díaz dice que eso pone de relieve que hay sustancias inocuas para unos y no para otros.

El Prof. **Vega Gutiérrez** se pregunta en torno al bien jurídico salud pública o individual si dijéramos que es un bien jurídico colectivo con referente individual la estructura de este tipo ¿sería más bien la de un delito de lesión? El Prof. Díaz señala que

si se interpreta así, sí. Continúa el Prof. Vega señalando que Schünemann dice que estamos ante bienes jurídicos colectivos aparentes si se hace ese referente individual, y quiere saber qué opinión le merece al ponente. Señala el Prof. Díaz que está de acuerdo con lo señalado por Schünemann, aunque no lo ha estudiado en detalle.

Vuelve a intervenir el Prof. **Luzón Peña** para señalar que son delitos contra la salud pública y que el 99% de los tipos de delitos contra la salud pública hacen referencia a sustancias que pueden producir daños más o menos graves a los consumidores que consumen sin consentir en el riesgo. Por tanto, ¿qué característica común tienen todos estos delitos? Pues que los potenciales usuarios no estaban consintiendo, salvo la excepción del tráfico de drogas. Pues bien, ¿cómo legitimar aquí que, si el que consume está dispuesto a asumir eso, sin embargo se le castigue? Respecto al bien jurídico vida sí, pues no se permite el homicidio consentido. Entonces ¿por qué? Porque hay algo característico y es que el consumidor de la droga las primeras veces que consume seguramente es libre, pero luego ya tiene adicción y ya no tiene libertad. Por tanto, si se quiere tutelar entonces a lo mejor lo que ha pensado el legislador es que los deportistas de competición, etc. son los que están más sometidos a presión. Eso podría explicarlo, se parece al tráfico de drogas, ya no son libres y, además, creen que los demás también lo hacen. El Prof. Díaz afirma que es un mito que sólo se dopen los que quieren conseguir grandes cosas, y segundo, que el tipo se extiende a deportista por recreo. Le parece muy buena la idea del Prof. Luzón Peña, pero que eso no lo legitima y no lo explica del todo.

Interviene el Prof. **Luzón Campos** y pregunta si existió a la hora de introducir este tipo penal algún informe que haya justificado desde el punto de vista de la proporcionalidad la introducción de un tipo penal con esa pena de 6 meses a dos años de prisión. Así, si lo comparamos con la pena de algunos delitos de lesiones observamos que ésta es más leve y entonces se rompe el principio de proporcionalidad. El Prof. Díaz dice que no, que no hay ningún informe al respecto. Que tiene toda la razón el Prof. Luzón Campos y es que se exagera el peligro. Al Prof. Díaz también le parece una pena desproporcionada.

El Prof. **De Vicente Remesal** pregunta que a qué se está refiriendo el tipo penal cuando alude a la justificación terapéutica, que quién la tiene que conocer, ¿el que lo facilita o el deportista? El Prof. Díaz considera que la ausencia de justificación terapéutica ha de ser abarcada también por el dolo y que el que facilita en ningún caso es el deportista.

