



universidad
de león



**FACULTAD DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE LEÓN
CURSO 2019/2020**

**EL DELITO DE DOPAJE EN EL
DEPORTE. REGULACIÓN EN EL
CÓDIGO PENAL ESPAÑOL.**

**(CRIME OF DOPING IN SPORT. REGULATION IN
THE SPANISH PENAL CODE.)**

GRADO EN DERECHO

AUTOR/A: DÑA. IRENE RODRÍGUEZ CAMPOS.
TUTOR/A: DÑA. ISABEL DURÁN SECO.

ÍNDICE

ABREVIATURAS.....	4
RESUMEN Y PALABRAS CLAVE/ABSTRACT AND KEY WORDS.....	5
OBJETO DEL TRABAJO.....	6
METODOLOGÍA.....	7
I. INTRODUCCIÓN. CONCEPTO DE DOPAJE.....	9
II. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO Y LAS DIFERENTES POSICIONES DE LA DOCTRINA.....	16
2.1 Salud pública.....	18
2.2 Salud individual.....	23
2.3 Ética deportiva.....	28
2.4 Perspectiva económica y libre competencia.....	31
2.5 Toma de postura.....	32
III. NATURALEZA JURÍDICA DEL DELITO.....	35
3.1 Peligro concreto.....	36
3.2 Peligro abstracto.....	39
3.2 Toma de postura.....	41
IV. CONDUCTA TÍPICA DEL ART. 362 <i>QUINQUIES</i> DEL CÓDIGO PENAL.....	43
4.1 Prescribir y dispensar.....	45
4.2 Ofrecer.....	46
4.3 Proporcionar, suministrar y facilitar.....	47
4.4 Administrar.....	48
4.5 Conductas excluidas de la tipificación.....	48
4.6 La comisión por omisión.....	50

V. EL OBJETO MATERIAL.....	52
5.1 Técnica de la ley penal en blanco.....	52
5.2 Sustancias y grupos farmacológicos prohibidos.....	54
5.3 Métodos no reglamentarios.....	56
5.4 Efectos en las capacidades físicas y resultados de las competiciones.....	57
5.5 Puesta en peligro de la vida o salud del deportista.....	59
VI. CONCLUSIONES.....	61
BIBLIOGRAFÍA.....	65

ABREVIATURAS

AMA/ WADA	Agencia Mundial Antidopaje.
AN	Audiencia Nacional.
AP	Audiencia Provincial.
Art.	Artículo.
BOE	Boletín Oficial del Estado.
CE	Constitución Española.
CGPJ	Consejo General del Poder Judicial.
CMA	Código Mundial Antidopaje.
CP	Código Penal.
COI	Comité Olímpico Internacional.
LL	Revista La Ley
LLP	La Ley Penal.
LO	Ley Orgánica.
LOPSLDD	Ley Orgánica 7/2006, de 21 de noviembre, de Protección de la Salud y de Lucha contra el Dopaje en el Deporte.
RAE	Real Academia Española.
RD	Real Decreto.
SAP	Sentencia de la Audiencia Provincial.
STC	Sentencia del Tribunal constitucional
TAD	Tribunal Administrativo del Deporte.
TAS	Tribunal de Arbitraje Deportivo.
TC	Tribunal Constitucional.
TS	Tribunal Supremo.
TSJ	Tribunal Supremo de Justicia.
UNESCO	Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura.

RESUMEN Y PALABRAS CLAVE/ABSTRACT AND KEY WORDS

En el presente trabajo se ha llevado a cabo un análisis del art. 362 *quinqües* CP, con especial énfasis en aspectos relevantes del tipo que han generado controversia entre la doctrina y jurisprudencia, los cuales son de especial importancia para entender la aplicación y alcance del precepto.

El bien jurídico inmediatamente protegido es la salud pública y asimismo hay otros bienes jurídicos mediatamente protegidos, como la salud individual y la ética deportiva que se ven también afectados.

El estudio y análisis del objeto material del delito y de las conductas típicas Ponen de manifiesto que el fin del precepto es el castigo del círculo más próximo del deportista Y, demás, la propia redacción del tipo exige la puesta en peligro de la salud o vida del deportista, lo cual es clarificador de la naturaleza de peligro concreto del art. 362 *quinqües* CP.

Palabras clave: dopaje, deporte, salud, naturaleza jurídica, delitos de peligro, sustancias dopantes, ley penal en blanco.

At the present work, has been carried out the analysis of art. 362 *quinqües* CP, focusing in particular on the most relevant aspects of the precept which have aroused controversy in the doctrine.

The immediately legal asset protected is public health and also there are others legal assets protected, such as individual health and sporting ethics.

The research and analysis about the object of the offence and the criminal behaviour reveal the purpose of the precept. Furthermore, the wording requires a health or life risk of the athlete, which demonstrates the nature of a real danger.

Key words: doping, sport, health, legal statuts, crime of endangerment, doping substances, Blank Criminal Law.

OBJETO DEL TRABAJO

El objeto principal del presente trabajo es el análisis del delito de dopaje del art. 362 *quinquies* CP haciendo énfasis en algunas de las cuestiones relevantes que configuran el tipo penal y que han sido objeto de estudio y discrepancia por parte de la doctrina y jurisprudencia.

Para cumplir con dicho objetivo general, el trabajo se ha desglosado en una serie de puntos más específicos:

- 1.-Concretar cuál es el concepto de dopaje en el ámbito jurídico.
- 2.-Conocer cómo fue la introducción y evolución de la tipificación penal de la conducta de dopaje en nuestro Ordenamiento Jurídico.
- 3.-Analizar la naturaleza del bien jurídico protegido, pues se trata de un tema de indudable relevancia, y objeto de controversia desde la introducción de la figura, sobre todo por las consecuencias que tiene su delimitación respecto la naturaleza del delito, los sujetos activos y pasivos y el alcance de algunos términos típicos.
- 4.-Determinar la naturaleza jurídica del delito, si es un delito de lesión o un delito de peligro, y en este caso, si es de peligro concreto o abstracto.
- 5.-Concretar las distintas conductas contenidas en el art. 362 *quinquies* CP debido a que la redacción del precepto presenta una lista excesivamente amplia de verbos típicos que resulta confusa y en ciertos casos dichos verbos son sinónimos.
- 6.-Analizar el objeto material del delito.
- 7.-Concluir si la utilización de la técnica de la ley penal en blanco respeta el principio de legalidad.

METODOLOGÍA UTILIZADA

Con el fin de poder realizar el presente trabajo, es necesario llevar a cabo un método de investigación científica en el cual tendrá preferencia el factor jurídico y, concretamente, el jurídico penal.

La investigación jurídica es el conjunto de actividades que tienen por finalidad identificar los problemas que surgen en la vida social y dar una solución adecuada a los mismos mediante la clasificación, individualización e identificación de las fuentes de conocimiento jurídico. El dinamismo de una sociedad en continuo cambio hace necesario el análisis de dichos problemas para poder adaptar el OJ a las transformaciones y cambios sociales.

La metodología utilizada para el estudio y elaboración del tema objeto de este trabajo se puede exponer de la siguiente manera:

1.- Elección del tutor, tema y elaboración de un índice. En primer lugar, tras la elección de la Prof^ª. Isabel Durán Seco como tutora de mi TFG, le propuse los temas sobre los que me gustaría realizar el trabajo, optando finalmente por el delito de dopaje entre los propuestos. Elegido el tema y tras una extensa lectura, elaboré el índice provisional sobre los puntos que consideré más relevantes a la hora de profundizar en el tema objeto de mi trabajo.

2.- Obtención de información y documentación. Previamente al inicio de la elaboración del TFG se llevó a cabo una reunión grupal con los profesores del área de Derecho Penal a fin de aportar las pautas a seguir, así como la metodología y el procedimiento de citas.

Con carácter posterior, procedimos a recopilar información y documentación sobre el tema escogido para la elaboración del trabajo, acudiendo a distintas fuentes, entre ellas, monografías, libros colectivos, manuales de Derecho Penal, jurisprudencia, legislación, revistas y recursos electrónicos.

3.- Comprensión, exegesis y crítica. Una vez llevada a cabo la comprensión e interpretación de las ideas esenciales del trabajo, conformé mi propia opinión sobre los temas más controvertidos que, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, son objeto de mayor magnitud.

4.- Redacción, modificaciones y correcciones. Debido a la crisis sanitaria sufrida estos últimos meses a causa del COVID-19 y el estado de alarma, el acceso a toda la información deseable en formato físico disponible en la facultad no ha sido posible, pero gracias a los recursos telemáticos cada vez más numerosos y a la biblioteca en línea de la universidad, ha sido más fácil el estudio y redacción del trabajo. A pesar de circunstancias, se han llevado a cabo las correcciones periódicas oportunas por parte de la tutora con la finalidad de una correcta confección del trabajo y se han resuelto todas las dudas suscitadas en cualquier momento que lo he necesitado. Finalmente, se procedió a la entrega del trabajo finalizado para efectuar una corrección global.

I. INTRODUCCIÓN. CONCEPTO DE DOPAJE

El delito de dopaje deportivo encuentra su regulación en el Título XVII “De los delitos contra la seguridad colectiva”, en el Capítulo III “De los delitos contra la salud pública”, situándose entre los relativos a los medicamentos y los de “fraude alimentario”.

Este precepto debe su origen a un aumento del interés por parte del legislador español en la erradicación del dopaje y la tolerancia cero respecto de conductas intolerables en el ámbito deportivo, así como la necesidad de intervención penal para la protección de los bienes jurídicos que se ven afectados en el caso de las conductas más graves, considerando que el derecho administrativo es insuficiente a tal fin.

El delito de dopaje fue introducido inicialmente por la LO 7/2006, de 21 de noviembre, de protección de la salud y de lucha contra el dopaje en el deporte, regulándose en el art. 361 bis CP, el cual ha sido derogado por la reforma llevada a cabo a través de la LO 1/2015, de 30 de marzo, de reforma del Código Penal, situándose su regulación en el art. 362 *quinquies*, en el Título XVII “De los delitos contra la seguridad colectiva”, en el Capítulo III “de los delitos contra la salud pública”, encuadrándose entre los relativos a los medicamentos y los denominados de fraude alimentario”.

Tal como señala CADENA SERRANO, la presencia del dopaje en el deporte de élite se ha convertido en un fenómeno comúnmente aceptado; y no solamente en el aspecto deportivo, sino que se ha expandido el uso de sustancias prohibidas en la búsqueda del éxito personal, profesional o estético.¹

Como punto de partida debe abordarse el concepto de dopaje, lo que no resulta fácil debido a que el significado ordinario no es completamente idéntico al significado jurídico.

Desde el punto de vista ordinario, se considera dopaje la dispensación de sustancias que incrementen la capacidad psico-física de un deportista con el objetivo de ganar la competición (en el ámbito deportivo, ya que el dopaje también está presente en otros ámbitos como el laboral o académico); pero desde el punto de vista jurídico el concepto es más amplio, incluyéndose supuestos en los que las capacidades se pueden ver disminuidas y haciendo referencia a las conductas que incumplan la normativa

¹ CADENA SERRANO, F.A, *Estudios Penales y Criminológicos*, núm. 27, 2007, pág. 111.

antidopaje, así como la administración a deportistas o el uso por los mismos de métodos y sustancias prohibidas.²

En el Primer Congreso Internacional del Derecho del Deporte celebrado en México en 1968, RIVERA CORTÉS propuso que se abordase el concepto del dopaje desde una perspectiva no sólo médica como hasta el momento se había realizado, sino también legal, exponiendo que “existe doping cuando un individuo normal ingiere por sí mismo o por inducción de otra persona algún producto o sustancia química que altere, modifique o restrinja directamente, o por sus efectos secundarios, la calidad de la participación de se individuo en una competencia deportiva, independientemente de la vía por la que la sustancia o producto se haya administrado, así como también de la cantidad, contenido o preparación del producto, sin que puede aducir como excluyente de responsabilidad el estar incapacitado temporalmente por lesión o enfermedad ya que bajo tales circunstancias debe excluirse de toda competencia deportiva.”³

Las primeras definiciones de dopaje adoptadas oficialmente fueron las del Consejo de Europa, Movimiento Deportivo y posteriormente del Comité Olímpico Internacional (COI), las cuales tienen una eficacia limitada debido a su no obligatoriedad, lo que produjo distintas reglamentaciones en los Estados, aunque estuviesen relacionadas con dicha definición.

Posteriormente, y ante el aumento de la preocupación de la expansión del fenómeno del dopaje en el deporte y la necesidad de llevar a cabo acciones para erradicarlo se adopta el Convenio contra el Dopaje en el Deporte de Estrasburgo de 16 de noviembre de 1989 (ratificado por España el 20 de mayo de 1992, y en vigor desde el 1 de julio de 1992) donde se define el dopaje como “*la administración a los deportistas o la utilización por estos de clases farmacológicas de agentes de dopaje o de métodos de dopaje*”⁴.

Este convenio nº 135 del Consejo de Europa es la iniciativa más importante llevada a cabo en materia de dopaje, a raíz del cual se crea un Grupo de Seguimiento, cuya

² DOMÍNGUEZ IZQUIERDO, E. M^a, en: BENÍTEZ ORTÚZAR (Coord.), *Tratamiento jurídico penal y procesal del dopaje en el deporte*, 2015, pág. 196.

³ Recoge estas palabras RUANO DELGADO, D. *La progresiva definición de una competencia europea en materia de lucha contra el dopaje en el deporte*. Tesis doctoral, Universidad del País Vasco, Leioa, 2017.

⁴ *Convenio contra el Dopaje*. Estrasburgo, 16 de noviembre de 1989. Instrumento de ratificación por España, BOE de 11 de junio de 1992.

función más relevante es la aprobación de una lista de los métodos prohibidos y clases de sustancias farmacológicas.⁵

El Consejo Europeo en 1998, incide en la preocupación por el fenómeno del dopaje y su expansión, lo cual perjudica a la salud pública y ética deportiva.

En La Conferencia Mundial sobre el Dopaje de febrero de 1999 (Lausana), se definió el dopaje como *“la utilización de un artificio (sustancia o método) potencialmente peligroso para la salud de los deportistas y/o susceptible de mejorar su rendimiento, o bien la presencia en el organismo de una sustancia o la constatación de la aplicación a la ética deportiva y se opone, por tanto a las razones fundamentales por las que los poderes públicos subvencionan al deporte.”*⁶

En la Conferencia de Lausana se aprueba la creación de la Agencia Mundial Antidopaje (AMA/WADA), como agencia independiente que tiene como finalidad *“promover y coordinar a nivel internacional la lucha contra el dopaje en el deporte en todas sus formas, incluyendo dentro y fuera de la competición (...)”* (art.4. 1).

En la 2ª conferencia Mundial sobre el dopaje celebrada en Copenhague del 3 al 5 de marzo de 2003, se crea el Código Mundial Antidopaje (CMA). El CMA es un elemento fundamental en el objetivo de la represión del dopaje y la adopción de medidas y políticas por parte de los Estados de manera coordinada en el ámbito nacional e internacional a tal fin.

La Ley Española del Deporte de 1990⁷, señala la necesidad de instaurar instrumentos para prevenir y luchar contra la expansión del dopaje, y para ello se crea la Comisión Nacional Antidopaje (CNA), regulada en el Título VIII de dicha Ley bajo la rúbrica *“control de las sustancias y métodos prohibidos en el deporte y seguridad en la práctica deportiva”*; título que se ha visto derogado casi en su totalidad debido a la entrada en vigor de la LO 7/2006 de 21 de noviembre, de protección de la salud y lucha contra el dopaje en el deporte.

El concepto de “dopaje” es definido por el Código Mundial Antidopaje (CMA), cuya entrada en vigor se produjo el 1 de enero de 2004 desde una perspectiva formal como

⁵ ROCA AGAPITO L., *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 09-08, 2007, pág.6.

⁶ Recomendación n.(84(19, del Comité de Ministros del Consejo de Europa, de 25 de septiembre de 1984.

⁷ BOE, de 17 de Octubre de 1990, n.249.

“la comisión de una o varias infracciones de las normas antidopaje según lo dispuesto desde el Artículo 2.1 al Artículo 2.10 del Código”⁸.

Entre estas infracciones nos encontramos con: “presencia de una sustancia prohibida o de sus metabolitos o marcadores en la muestra de un deportista” (art.2.1); el “uso o intento de uso por parte de un deportista de una sustancia prohibida o método prohibido (art.2.2)”;

“evitar, rechazar o incumplir la obligación de someterse a recogida de muestras (art.2.3)”;

“incumplimiento de la localización del deportista (Art.2.4)”...etc.

En el Proyecto del Plan de Lucha contra el Dopaje de 11 de febrero de 2005, se plasma la creciente preocupación por el aumento del fenómeno del dopaje en el deporte, señalando en la exposición de motivos que *“el recurso a sustancias y métodos prohibidos para aumentar de forma fraudulenta el rendimiento en una competición supone una violación de los principios éticos del deporte. Además, el dopaje mina gravemente la salud e integridad de los deportistas, traiciona la confianza del público y las reglas del juego limpio entre iguales, burla el obligado respeto al adversario, es profundamente injusto al situar en una posición de desventaja al deportista que no recurre a él y socava, en suma, los valores educativos del deporte”*.

Con la LO 7/2006, de 21 de noviembre, de protección de la salud y lucha contra el dopaje en el deporte, se produce por primera vez la inclusión en el ámbito jurídico español de un precepto, el art. 361 bis CP cuya finalidad es la erradicación del dopaje en el ámbito deportivo, para preservar de dicha manera, entre otras cuestiones, la pureza de la práctica deportiva en condiciones equitativas de todos los sujetos participantes.

La inclusión del mencionad art. 361 bis CP, se debe a numerosos factores, destacando la presión internacional para tomar medidas con el fin de la erradicación del deporte debido al aumento de casos de dopaje entre deportistas de élite, lo cual se vio agravado por la mediática “Operación Puerto”, si bien es cierto que en el momento en que se destaparon los hechos el Anteproyecto de la LO 7/2006, de 21 de noviembre, ya se había redactado.

La tipificación del delito de dopaje fue objeto de controversia entre la doctrina⁹, debido a que se entiende que la inclusión del nuevo tipo delictivo es una utilización política y

⁸ Código Mundial Antidopaje. Versión actual aprobada por la Agencia Mundial Antidopaje en Johannesburgo, Sudáfrica, el 15 de Noviembre de 2013, vigente desde Enero de 2015.

El 1 de enero de 2021 entrará en vigor el nuevo CMA, pero el precepto aludido no varía en el nuevo Código.

⁹ DÍAZ Y GARCIA CONLLEDO, M., *Huarte de San Juan, Revista de la Facultad de ciencias Humanas y Sociales*, núm. 1, 1994, págs. 126-127, GARCÍA-PABLOS DE MOLINA D.P., 195

promocional del Derecho penal, lo cual es incompatible con la naturaleza subsidiaria (de *última ratio*) y el principio de intervención mínima y se considera innecesario ya que, en palabras de DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, “no debe establecerse un tipo penal específico que regule estos supuestos en el campo del deporte, porque los principales intereses que se podrían tutelar ya estarían incluidos en el bien jurídico salud, y ésta está ya protegida”.¹⁰

En un sentido crítico, ROCA AGAPITO considera que el objetivo de la tipificación del nuevo delito de dopaje se debe más a “una función promocional, entendida en el sentido de convertir al Derecho penal en promotor de un cambio social, más que por la protección de los bienes jurídicos”.¹¹

Con la nueva Ley se incorpora las disposiciones del Convención Internacional contra el Dopaje en el Deporte de la UNESCO de 19 de octubre de 2005 (ratificada por España el 25 de octubre de 2006 y entrada en vigor el 1 de febrero de 2007); cuyo objetivo es promover la prevención del dopaje en el deporte y la lucha contra el mismo, con miras a su eliminación (art. 1). La Convención introduce así mismo los principios del CMA y la definición de dopaje adoptada en el Convenio, la cual es recogida en los artículos 4 “definición de dopaje en el deporte con licencia deportiva” y 5 “Dopaje en la práctica deportiva general” de la misma.

La introducción de los principios del CMA supone su fuerza ya vinculante de derecho público, aprobándose los principios básicos de la normativa internacional para la armonización de la legislación de los países en la lucha contra el dopaje, ya que hasta ese momento el CMA carecía de fuerza vinculante en el Derecho Internacional Público debido a su carácter privado.¹²

Parte de la doctrina elabora una definición de dopaje en consonancia con el Convenio Internacional del Dopaje de la UNESCO y lo establecido en el CMA. En este sentido, entre otros DÍAZ Y GARCIA CONLLEDO, que define dopaje como “la administración de sustancias o la aplicación de tratamientos a deportistas para mejorar artificialmente sus prestaciones, aunque habría que añadir, para que una

y ss., ROCA AGAPITO, *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, núm. 9, 2007, pág. 35.

¹⁰ DÍAZ Y GARCIA CONLLEDO, M., *Huarte de San Juan, Revista de la Facultad de ciencias Humanas y Sociales*, núm. 1, 1994, págs. 126-127.

¹¹ ROCA AGAPITO, LL, núm. 1, 2007, pág.1805; ídem, *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, núm. 9, 2007, pág. 35.

¹² CADENA SERRANO, F.A, *Estudios Penales y Criminológicos*, núm. 27, 2007, p. 114.

*definición tan amplia no englobara actuaciones totalmente correctas, el dato formal de la prohibición de la normativa relativa al deporte correspondiente.”*¹³

Así pues, en concordancia con el significado establecido por la AMA¹⁴, se considera dopaje “*La presencia de una sustancia prohibida o sus metabolitos o marcadores en una muestra biológica de un deportista; el uso, o tentativa de uso de una sustancia o método prohibido; la negativa a someterse a un control antidopaje así como el incumplimiento de localización o paradero del deportista*”.

Este conjunto de conductas engloba no solamente un resultado anómalo en una analítica, sino también acciones directamente relacionadas con el uso de sustancias o métodos prohibidos y las relacionadas con la finalidad de eludir el descubrimiento de dicha acción, como es la negativa a someterse a controles.

La LO 7/2006 provoca la reforma del CP de 1995, introduciendo el artículo 361 bis. Dicha Ley, señala en su Exposición de Motivos que la inclusión de este precepto es “*asegurar el cumplimiento de las medidas indicadas*” en la Ley, para lo que se “*arbitra en el título tercero de esta Ley, un ámbito de tutela penal de la salud pública en actividades relacionadas con el dopaje en el deporte*”¹⁵.

La inclusión del nuevo art. 361 bis CP produjo la aparición de críticas respecto de muchos de sus aspectos, ya que se consideraba que los requisitos del tipo no se plantearon con certidumbre y provocaban de ese modo inseguridad jurídica; ello unido a una remisión a una normativa extrapenal indeterminada.¹⁶

Parte de la doctrina consideraba que la tipificación del delito de dopaje resultaba innecesaria, ya que las conductas que se pretendían tipificar en el nuevo art. 361 bis CP eran subsumibles en otros tipos penales debido a la finalidad perseguida.

En esta línea de opinión también se considera que dicho delito de dopaje no debería estar tutelado por el Derecho penal, sino solamente por el Derecho administrativo sancionador, evitando así un expansionismo exacerbado del *ius puniendi*, lo cual excede del principio de intervención mínima aplicable¹⁷.

¹³ DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M., *Revista de la Facultad de Ciencias Humanas y Sociales, Universidad Pública de Navarra*, 1/1994, pág.105.

¹⁴ Agencia Mundial Antidopaje, Lausana, 10 de noviembre de 1999.

¹⁵ Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 6/2007, de *Protección de la Salud y Lucha contra el Dopaje en el Deporte*.

¹⁶ TORNOS. A., *L.L* núm.47, marzo de 2008, pág.11.

¹⁷ SUÁREZ LÓPEZ, J.M, en: BENÍTEZ ORTÚZAR (Coord.), *Tratamiento jurídico penal y procesal del dopaje en el deporte*, 2015, págs. 118-119.

Por otro lado, la tipificación del delito de dopaje contó, desde un primer momento, con apoyo de una parte de la doctrina que sí consideraba necesario la represión del dopaje por la vía del Derecho penal a la vista de los bienes jurídicos que se pretendía tutelar con dicha inclusión del tipo y los fines pretendidos con la Ley.¹⁸

Dicha LO 7/2006 fue derogada por la LO 3/2013, de 20 de junio, de protección de la salud del deportista y lucha contra el dopaje en la actividad deportiva.¹⁹

La nueva ley se erige como un instrumento de refuerzo de la salud del deportista y de ratificación de los compromisos internacionales de España en relación con la lucha contra el dopaje y la eficacia del Código Mundial Antidopaje (CMA).

A pesar de la derogación de la LO 7/2006, la nueva ley mantiene la vigencia autónoma del art.361 bis CP creado por la misma, ya que dicha LO 3/2013 en su artículo 33 referido a la “colaboración con las autoridades judiciales” hace expresa referencia a dicho precepto del CP.

Finalmente, la última reforma llevada a cabo es la efectuada por la LO 1/2015, de 30 de marzo, de reforma del Código Penal, en la que se produce la derogación expresa del art.361 bis y se introduce en su lugar el art.362 *quinquies* con un contenido y con una ubicación sistemática idéntica, encontrándose el nuevo artículo situado dentro de los delitos contra la salud pública, del Capítulo III, del Título XVII, del Libro II “de los delitos contra la seguridad colectiva”, al igual que el anterior art. 361 bis CP.

Ante las dos posiciones, y a la vista de la controversia creada en torno al bien jurídico protegido y otros elementos integrantes del delito de dopaje desde la primera regulación efectuada por la LO 7/2006, de 21 de noviembre, de protección de la salud y lucha contra el dopaje en el deporte, hasta la actual LO 3/2013, de 20 de junio, es preciso llevar a cabo un análisis del mismo para poder dilucidar la protección que se pretende otorgar y las diferentes posturas al respecto.

¹⁸ Entre los autores que se muestran partidarios de la tipificación del delito de dopaje en el Código Penal, entre otros, ROMA VALDÉS, A., *Revista Aranzadi de Derecho de Deporte y Entretenimiento*, núm. 16, 2006 pág. 65; CORTÉS BECHIARELLI, E. *El delito de dopaje*, 2007, págs. 46-49.

¹⁹ B.O.E. de 21 de junio de 2013.

II. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO Y LAS DIFERENTES POSICIONES DE LA DOCTRINA AL RESPECTO

El delito de dopaje, como he mencionado anteriormente, encuentra su regulación en el art. 362 *quinquies* CP Título XVII “De los delitos contra la seguridad colectiva”, en el Capítulo III: “De los delitos contra la salud pública”.

Ya en el contexto de la LO 7/2006 surge la controversia sobre cuál es el bien jurídico protegido en el tipo penal del dopaje en el deporte, ya que el Derecho penal debe intervenir en la defensa de aquellos bienes jurídicos considerados como esenciales o fundamentales, de acuerdo con el principio de intervención mínima, puesto que es la respuesta última del ordenamiento jurídico por ser la más severa y la que mayor repercusión tiene en los derechos individuales, en concreto en el derecho de libertad.

Al respecto, tal como señala BENÍTEZ ORTÚZAR, se debe plantear el bien jurídico protegido desde la “integridad deportiva”, siendo de carácter colectivo y abarcando todos los valores sociales que se ven afectados por la actividad deportiva adulterada por el dopaje, pues el deporte marca en el desarrollo de la sociedad un ámbito en el que confluyen muchos intereses y que debe ser observado como un interés específico de tutela; intereses y valores que considerados de forma individual no tienen al entidad suficiente para ser tutelados por el Derecho penal.²⁰

Debido a su ubicación, cabe considerar que el bien jurídico protegido es la salud pública desde una perspectiva colectiva, pero la doctrina no es unánime al respecto, encontrándose dividida en tres posiciones, cada una de las cuales defiende un bien jurídico protegido diferente por el art. 362 *quinquies* CP.

Atendiendo pues a las diferentes posturas de la doctrina, el bien jurídico-penal protegido se baraja entre tres opciones: la salud individual del deportista, la salud pública y la ética deportiva.

Cabe adelantar que la mayoría de la doctrina y jurisprudencia se decanta por la protección de la salud pública, siendo mayoritarias las resoluciones judiciales que han aplicado el precepto de acuerdo con dicha postura, pero considero de especial interés el estudio y mención de cada una de ellas.

²⁰ BENÍTEZ ORTÚZAR, en: BENÍTEZ ORTÚZAR (Coord.), *Tratamiento jurídico penal y procesal del dopaje en el deporte*, 2015, pág. 19. En el mismo sentido, MORILLAS CUEVAS, L., *Revista Andaluza del Derecho del Deporte*, n. 1, 2006, págs. 53-54.

En el preámbulo de la LO 7/2006, de 21 de noviembre, se señalaba que la finalidad perseguida era “*castigar al entorno del deportista y preservar la salud pública en actividades relacionadas con el dopaje en el deporte*”.

Sin embargo, no queda claro cuál es realmente el bien jurídico que se pretende proteger, ya que, a pesar de citar a la salud pública en el precepto, parece necesaria una concreta puesta en peligro de la salud individual del sujeto, en este caso del deportista.²¹

Lo que llevaría al análisis de la naturaleza jurídica del tipo, lo cual llevaré a cabo más adelante. Se configuran distintas perspectivas de la tutela. Desde la primera regulación del dopaje en el deporte en España, se muestra con claridad que el punto de partida inicial es la protección de la ética deportiva con la finalidad de preservar la pureza de la práctica del deporte. Punto de partida que va evolucionando hacia un prisma más concreto como es la tutela de la salud, consecuencia de ello es la introducción del art. 361 bis CP con la LO 7/2006, de 21 de noviembre, entre los delitos contra la salud pública.

La LO 3/2013, de 20 de junio, de protección de la salud del deportista y lucha contra el dopaje en la actividad deportiva, parece dilucidar ya en su título cuál es la finalidad del precepto y cuál es el bien jurídico protegido.

Dicha norma, tiene como finalidad adaptar la normativa española al CMA y que España sea partícipe “*en el proceso constante de armonización e internacionalización de la normativa de la lucha contra el dopaje*”²². Así mismo, se profundiza en la protección de la salud que beneficie los principales sujetos a los que se dirige la norma, que son las personas que desarrollan cualquier actividad deportiva, sin olvidar el juego limpio y la propia dimensión ética del deporte.

A la vista de los objetivos que se pretenden conseguir con la represión del dopaje deportivo, cabe llevar a cabo un análisis de los posibles bienes jurídicos protegidos desde las distintas perspectivas posibles para llegar a la conclusión de cuál es el bien realmente protegido por el tipo penal del art. 362 *quinquies* CP, o si puede tratarse de un delito pluriofensivo ya que en el dopaje deportivo son muchos los valores sociales implicados, pero no todos ellos tienen una entidad suficiente como para considerarse

²¹ MORILLAS CUEVA, L., en: BENÍTEZ ORTÚZAR, (Coord.), *Tratamiento jurídico penal y procesal del dopaje en el deporte*, 2015, pág. 184.

²² Preámbulo Ley Orgánica 3/2013, de 20 de junio, de protección de la salud del deportista y lucha contra el dopaje en la actividad deportiva.

bienes jurídicos tutelables por el Derecho penal si son considerados de manera individual.

Los bienes jurídicos entre los que se encuentra dividida la doctrina son tres: salud pública, salud individual y ética deportiva.

Algunos autores hacen alusión a que también se ven dañados otros intereses jurídicos de carácter económico patrimonial. De hecho, un sector de la doctrina alemana propone tipificar el delito de dopaje como un delito económico contra la libre competencia.²³

2.1 La salud pública.

Dada la ubicación sistemática del art. 362 *quinquies* CP entre los delitos contra la salud pública, en el Título XVII “De los delitos contra la seguridad colectiva”, en el Capítulo III “De los delitos contra la salud pública” conviene referirse, en primer lugar, precisamente a la salud pública como bien jurídico protegido.

Esta postura es la adoptada por la mayoría de la doctrina.²⁴

No cabe duda de que el deporte es de suma importancia en nuestra sociedad, tanto para la promoción de la salud y la educación como factor de integración social y de valores culturales, de ahí que se encuentre recogido en la CE, concretamente en el Capítulo III “*Principios rectores de la Política social y económica*”, en el art. 43.3, refiriéndose a la obligación de los poderes públicos en el fomento y defensa del deporte y la educación física.

²³ ROXIN C., *Cuadernos de Política Criminal*, Núm. 97, abril 2009, pág. 15.

²⁴ Entre ellos: ÁLVAREZ VIZCAYA, M., en: PALOMAR OLMEDA, A. (Dir.), *El dopaje en el deporte. Comentarios a la Ley Orgánica 3/2013, de 20 de junio, de protección de la salud del deportista y lucha contra el dopaje en la actividad deportiva*, 2013, pág. 646; ATIENZA MACÍAS, E., *Revista Derecho y Salud*, vol. 26, núm. Extraordinario 1, 2016, pág.188; BELESTÁ SEGURA,L., *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 758, 2008, págs. 2, 4 y 5.; CADENA SERRANO, F.A, *Estudios Penales y Criminológicos*, núm. 27, 2007, pág. 132; CASERO LINARES. L/TORRES FERNÁNDEZ DE SEVILLA J.M., *Revista Aranzadi del Derecho del Deporte y Entretenimiento*, núm. 21, 2007, pág. 38; CORTÉS BECHIARELLI E., *El delito de dopaje*, págs. 55-56, 2007; DOMÍNGUEZ IZQUIERDO, E. M^a en: BENÍTEZ ORTÚZAR I. F., (Coord.), *Tratamiento jurídico penal y procesal del dopaje en el deporte*, 2015, págs. 219 y 220; FERNÁNDEZ PÉREZ N., EN CRUZ DE PABLO J.A, en: *Comentarios al Código Penal*, vol. 2, 2008, pág. 1378; GÓMARA HERNÁNDEZ, J.L., *Dopping. El régimen jurídico del dopaje*, 2008, págs. 233-234; MUÑOZ CONDE F., *Derecho Penal. Parte Especial*, 2019, pág. 563; QUERALT JIMÉNEZ, J.J., *Derecho Penal Español. Parte Especial*, 2015, pág. 1080; ROCA AGAPITO L., *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 09-08, 2007, págs. 42 y 57; RODRÍGUEZ NÚÑEZ A., en: LAMARCA PÉREZ C. (Coord.), *Delitos. La parte especial del Derecho Penal*, 2015, pág. 622; VALLS PRIETO J., *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminológica*, núm. 11-14, 2009, pág. 10.

Algún autor halla la fundamentación de que el bien jurídico protegido es la salud pública en la propia CE, ya que el art.43.2, dispone que “*competen a los poderes públicos organizar y tutelar la salud pública a través de las medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios. La Ley establecerá los derechos y deberes al respecto*”.²⁵

VALLS PRIETO considera que la intervención del Estado solamente cabe en las actividades deportivas cuando se dirige a la protección de la salud pública, en este caso con el fin de prevenir un deterioro de la salud del ciudadano por el uso de sustancias o métodos prohibidos.²⁶ Este mismo autor si bien señala esta protección por parte de los poderes públicos, en el caso de la salud individual considera que solamente sería protegida ante los ataques de terceros, pues el auto-dopaje no está sancionado penalmente.

En esta línea DE VICENTE MARTÍNEZ dispone que el Derecho penal protege la salud pública entendida como “un interés autónomo y distinto respecto de la vida y salud individual de los deportistas, pues los intereses aquí tutelados tienen un carácter supraindividual o colectivo”.²⁷

En el mismo sentido, CADENA SERRANO, quien considera también dicho carácter supraindividual y por ello, el consentimiento del deportista carece de relevancia y no puede operar como causa de justificación del autor.²⁸

El delito de dopaje se relaciona con el consumo de drogas y también con los de administración, expedición y alteración de fármacos y alimentos debido al encuadre que se lleva a cabo en el CP. Conforme a la ubicación sistemática entre los delitos contra la salud pública del art. 362 *quinquies* CP, ÁLVAREZ VIZCAYA defiende que la protección que se lleva a cabo no es la suma de la salud individual de cada sujeto, sino

²⁵PÉREZ FERRER, F., *Revista Andaluza de Derecho del Deporte*, núm. 7, septiembre 2009, pág.49.

²⁶ VALLS PRIETO, J., en: MORILLAS CUEVA L./ MANTOVANI F. (Dirs.), *Estudios sobre derecho y deporte*, 2008, pág. 33; VALLS PRIETO, J., *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminológica (RECPC)*, núm. 11-14, 2009, págs.14:1-14:25

²⁷ DE VICENTE MARTÍNEZ, R., *Derecho Penal del Deporte*, 2010, pág. 425. Esta postura también es adoptada por el TS, el cual en la STS 1207/2004, de 11 de octubre, la cual hace referencia a que los delitos contra la salud pública tienen el dominador común de incidir de manera negativa en la colectividad, afectando a la salud pública, concepto que se conecta con la sociedad en su conjunto, y no con la salud individual de cada uno de sus miembros.,

²⁸ CADENA SERRANO F.A; *Estudios Penales y Criminológicos*, núm. 27, 2007, pág. 32.

que se pretende una defensa de las condiciones necesarias para conservar la salud de la colectividad.²⁹

Cabe destacar que la relación de sustancias y métodos prohibidos, tal como señala la propia AMA, se divide en tres grupos: las sustancias prohibidas siempre; las sustancias prohibidas en competición y las sustancias prohibidas en ciertos deportes.³⁰

El dopaje deportivo normalmente, aunque no siempre, se trata de un fenómeno adventicio y con el cual se pretende conseguir una mejora de las capacidades físicas del deportista para obtener unos mejores resultados en competición, no pudiendo equipararse al consumo de drogas, donde se pretende que los consumidores no tengan acceso a ciertas sustancias debido a que su consumo no es esporádico sino constante y que crea adicción, provocando no solo un peligro en la salud individual del sujeto que las consume, sino también en la salud pública.

La equiparación con el tráfico de drogas, a pesar de ser conveniente desde una perspectiva preventiva y de responsabilidad en el ámbito de la salud pública para que los sujetos no accedan ni consuman las sustancias dopantes, resulta un tanto inadecuada en el ámbito jurídico-penal a causa de que hay muchas sustancias en el ámbito deportivo que están prohibidas o se consideran con efecto dopante debido a las circunstancias del sujeto y del deporte practicado; pero que no pueden igualarse al concepto de droga ni tener similar magnitud, ya que en condiciones normales o dirigido a ciertas patologías como uso terapéutico, siempre que esté justificado y bajo las directrices de una persona especializada, se considera un medicamento común, el cual no supone una puesta en peligro de la salud o vida del sujeto que lo toma.

Incluso, como se ha mencionado anteriormente, hay productos, métodos y sustancias que son completamente neutras en otros contextos que no son el deportivo en cuanto a efectos sobre el deportista, pudiendo llegar a ser lícitas dependiendo de la disciplina deportiva de que se trate.³¹

No cabe duda de que se pretende proteger un bien jurídico de carácter colectivo, pero no entendido como el concepto de salud pública tradicional, ya que en este delito se ve afectado de manera directa la salud del sujeto concreto que practica deporte.

²⁹ ÁLVAREZ VIZCAYA, M., en: PALOMAR OLMEDA, Alberto (Dir.), *El dopaje en el deporte. Comentarios a la Ley Orgánica 3/2013, de 20 de junio, de protección de la salud del deportista y lucha contra el dopaje en la actividad deportiva*, 2013, pág. 646.

³⁰ https://www.wada-ama.org/es/node/8531?gclid=CjwKCAjw4KD0BRBUEiwA7MFNTabN-ZGlnUGNB6Gd4Gg9giO9ailw7tWZ_cL0a1vfsUpqv4uhJnFw0BoCNqcQAvD_BwE

³¹ Es el caso de los betabloqueantes que sólo están prohibidos en competición en deportes como automovilismo, billar, dardos y deportes submarinos.

Es indiscutible que en el delito de dopaje deportivo tienen parte las propiedades de la salud pública, entendida como el conjunto de condiciones objetivas que protegen de posibles enfermedades y dolencias a una pluralidad de personas; y más enfocado en crear un entorno que proteja dichas condiciones en la práctica deportiva, siendo la finalidad del tipo evitar los riesgos de las sustancias y métodos prohibidos; pero a su vez también protege la salud del sujeto concreto que practica el deporte y que se ve afectado por el consumo de las sustancias o grupos farmacológicos prohibidos así como métodos no reglamentarios dentro de ese ámbito de protección colectiva.

En este sentido BELESTÁ SEGURA hace referencia a que el precepto presenta dudas respecto del bien jurídico protegido, ya que más allá de la salud pública, considera que se debe incluir la protección de la salud individual del deportista, la ética deportiva y la pureza de la competición.³²

ROCA AGAPITO señala que en el ámbito de la salud se produce una doble ofensividad: por un lado la salud individual del deportista y por otro la de la colectividad. El autor hace hincapié en que, a pesar de que en el tipo penal se hace referencia al deportista, *“no quiere decir que los titulares del bien jurídico sean solamente ellos. Los no deportistas también serían sujetos pasivos de este delito, por cuanto que por influencia de los deportistas se puede generalizar el uso de dichas sustancias en otros ámbitos”*.³³

El mismo autor diferencia entre el sujeto pasivo del delito y el sujeto pasivo de la acción. Siendo el primero el titular del bien jurídico protegido; mientras que el sujeto pasivo de la acción es la persona sobre la que recae la conducta típica. En el delito de dopaje, el bien jurídico protegido es la salud pública, por lo que el sujeto pasivo es la colectividad; pero la acción recae sobre un sujeto en concreto, que es el sujeto pasivo de la acción.³⁴

³² BELESTÁ SEGURA L., *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 758, 2008 pág. 2.

³³ ROCA AGAPITO L., *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 09-08, 2007, pág. 42. En un sentido similar, CORTÉS BECHIARELLI E., quien considera que a pesar de ser la salud pública el bien jurídico principalmente protegido, se tiene que tener en cuenta que “la salud de la colectividad está formada por cada uno de sus componentes”, *El delito de dopaje*, 2007, pág. 64.

³⁴ ROCA AGAPITO, L., *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 09-08, 2007, págs. 44 y 45.

Autores como IBARS VELASCO, apuesta por la creación de un Capítulo especial para el delito de dopaje deportivo bajo el epígrafe de “*los delitos contra la salud deportiva*” ubicado, no obstante, en el mismo Título XVII.³⁵

Así mismo, cree conveniente considerar que el bien jurídico protegido es la salud deportiva, entendida la misma como “el conjunto de condiciones físicas y psíquicas del deportista y el contexto en el que se practica, en razón del lugar dónde se produce (*ratione loci*), el deporte de que se trata (*ratione materiae*) y de qué clase de deportista hablamos (*ratione personae*).”³⁶

Este bien jurídico se configuraría como un bien colectivo con rasgos típicos de la salud pública, pero siendo de interés difuso y complementario tanto del concepto de salud pública como del de salud individual al componerse de caracteres de ambos.

Respecto a la jurisprudencia, parece clara su postura, ya que, en las ocasiones en las que se ha pronunciado al respecto, como por ejemplo, la Sentencia del Juzgado de lo Penal nº6 de Valencia 401/2012, de 10 de octubre, que deja claro que el bien jurídico protegido es la salud pública, como consecuencia de que al tutelar la salud en la práctica deportiva se alude al delito de dopaje, el cual se encuentra regulado entre los delitos contra la salud pública. Asimismo, la SAP Cádiz 194/2017, de 4 de septiembre, considera que el bien jurídico protegido por el art. 362 *quinquies* CP es la salud pública, a pesar de que el tipo hace referencia a aspectos relacionados con la pureza de las competiciones deportivas no se puede considerar que el bien jurídico protegido sea la misma, sino que es la salud pública de todos los ciudadanos que pudiesen hacer uso de dichas sustancias en más ámbitos que el deportivo y la salud individual del sujeto pasivo de la acción.³⁷

En el mismo sentido SAP Oviedo 494/2017, de 17 de noviembre, la cual señala en los fundamentos de derecho citando a MORALES PRATS y ROCA AGAPITO, que el bien jurídico protegido por el art. 362 *quinquies* CP es la salud en la práctica del deporte, refiriéndose a la protección de la salud y lucha contra el dopaje en el ámbito de la salud pública.³⁸

³⁵ IBARS VELASCO, D., *El delito de dopaje en el deporte*, 2017, pág. 32.

³⁶ IBARS VELASCO, D., *El delito de dopaje en el deporte*, 2017, pág.35.

³⁷ En idéntico sentido AAP Sección 1ª Madrid 522/2011, de 18 de julio y SAP Sección 3ª Valencia 545/2011 de 14 de julio.

³⁸ La misma postura es defendida por la AAP Barcelona 510/2018, de 12 de junio, destacando que, en concordancia con la doctrina mayoritaria (entre ellos Fermín Morales Prats, Luis Roca Agapito), el bien jurídico protegido es la salud en la práctica deportiva desde un prisma colectivo

Por su parte, la SAP de Cádiz 194/2017, de 4 de septiembre de 2017, deja constancia de que el bien jurídico protegido por el art.362 *quinquies* CP no es la alta competición deportiva ya que, tal como señala también la AP de Madrid, Sección 1ª, Auto 522/2011 de 18 de julio, el bien jurídico protegido es la salud pública a pesar de que el tipo penal hace alusiones a aspectos relacionados con la protección de la ética deportiva y la pureza de las competiciones, dicho fin no conforma el bien jurídico protegido que no es solamente la salud del deportista considerado individualmente, sino la salud de todos los ciudadanos que pudiesen hacer uso de estas sustancias.

2.2 Salud individual.

Derivado de la definición de dopaje aportada en los distintos instrumentos internacionales, como por ejemplo el mencionado anteriormente de la Conferencia mundial sobre el Dopaje (1999, Lausana), se alude al uso de sustancias o métodos potencialmente peligrosos para la salud del deportista considerado de forma individual, lo que deriva en una posible consideración de que el bien jurídico protegido es la integridad física o la vida del deportista por una parte de la doctrina.³⁹

Esta postura se muestra claramente en la SAP Castellón 335/2017, de 20 de junio, al señalar que se exige la puesta en peligro de la vida o salud del sujeto pasivo de la acción.⁴⁰

El hecho de que el sujeto pasivo no es indeterminado como en el resto de delitos de carácter colectivo, lleva adoptar esta postura por diferentes autores. Entre otros, TORNOS señala que *“si el propósito real de la introducción del art.361. bis en nuestro Código Penal fuera velar por la salud pública, es obvio que no sería procedente*

³⁹ ANARTE BORALLO, E./MORENO MORENO F., en: DOVAL PAÍS, A. (Dir.) y SÁNCHEZ-MORALEDA VILCHES (Coord.), *Dopaje, intimidación y datos personales. Especial referencia a los aspectos penales y político-criminales*, 2010, págs. 131-133; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M., en: ÁLVAREZ GARCÍA, F.J./COBOS GÓMEZ DE LINARES, M.A/GÓMEZ PAVÓN, P/MANJÓN-CABEZ-OLMEDA, A./MARTÍNEZ GUERRA, A. (Coords.) *Libro Homenaje al Profesor Luis Rodríguez Ramos*, 2013, pág. 503; DOVAL PAÍS, A., en: DOVAL PAÍS, A. (Dir.) y SÁNCHEZ-MORALEDA VILCHES (Coord.), *Dopaje, intimidación y datos personales. Especial referencia a los aspectos penales y político-criminales*, 2010, pág.42, 46-47; QUERALT JIMÉNEZ, J.J, *Derecho Penal español. Parte especial*, 7ª ed., 2015, pág. 1078; TORNOS, A., LLP, núm. 47, 2008, pág. 23.

⁴⁰ En palabras literales, la SAP de Castellón 335/2017, de 20 de junio, señala que *“una ingesta de los plurales medicamentos que aparecen concretamente recetados, por su cantidad y el flujo de dispensación en el tiempo (a tal efecto ha de suponerse que cuando se receta reiteradamente uno de estos medicamentos es porque el facultativo o entiende como que efectivamente se va consumiendo) suponen un riesgo para la salud del dispensado”*.

distinguir entre deportistas y no deportistas, pues la peligrosidad potencial de los productos controvertidos sería la misma en cualquier caso"⁴¹.

El delito de dopaje tal como está redactado en el art.362 *quinquies* CP, necesariamente conlleva la puesta en peligro de la vida o salud del sujeto que consume las sustancias o métodos prohibidos, es decir, la salud individual del sujeto, señalando QUERALT JIMÉNEZ que "no se alcanza a ver en qué afecta el dopaje individual a la salud pública"⁴².

La misma línea de pensamiento es la mantenida por NIETO MARTÍN, el cual considera que se protege la salud individual del sujeto pasivo, es decir, del deportista, por lo que el delito adolece de una ubicación sistemática errónea entre los delitos contra la salud pública.⁴³

CORTÉS BECHIARELLI, considera que a pesar de que el precepto penal se encuadra entre los delitos de carácter colectivo cuya protección se despliega sobre la salud pública, ello no impide que se incida en la salud individual, ya que la suma de cada individuo es la que conforma el concepto de salud pública como tal.⁴⁴

Si se parte de la salud individual del deportista como bien jurídico protegido, en el caso del auto-dopaje o heterodoping consentido, se plantea el problema de la disponibilidad del bien jurídico integridad física y psíquica.⁴⁵

VALLS PRIETO recuerda que es muy importante que si el deportista se auto dopa, el bien jurídico que se defiende es de la libre disposición del mismo, siendo la conducta impune.⁴⁶

En cuanto al heterodoping consentido DE VICENTE MARTÍNEZ, argumenta que en el caso de considerar el bien jurídico protegido la salud individual del deportista, si concurre el consentimiento de éste en que se lleve a cabo la administración de dichas sustancias la conducta sería impune, pero en este caso la normativa antidopaje dispone

⁴¹ TORNOS, A., LLP, núm. 47, 2008, pág. 23.

⁴² QUERALT JIMÉNEZ, J. J., *Derecho Penal Español. Parte Especial*, 2015, 7ª ed., pág.1080.

⁴³ NIETO MARTÍN, A., en: ARROYO ZAPATERO L./ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE. I/ FERRÉ OLIVÉ J.C./ GARCÍA RIVAS N./ SERRANO PIEDECASAS J.R/TERRADILLOS BASOCO J.Mª (Dir.), *Comentarios al Código Penal*, 2007, pág. 794.

⁴⁴ CORTÉS BECHIARELLI, E., *El delito de dopaje*, 2007, pág. 64.

⁴⁵ BENÍTEZ ORTÚZAR I.F., en: BENÍTEZ ORTÚZAR I.F. (Coord.) *Tratamiento Jurídico Penal y Procesal del Dopaje en el Deporte*, 2015, pág. 156.

⁴⁶ VALLS PRIETO J., en: MORILLAS CUEVAS L. (Dir.), *Estudios jurídicos sobre responsabilidad pena, civil y administrativa del médico y otros agentes sanitarios*, 2009. Pág. 38.

que el consentimiento del propio deportista carece de relevancia a efectos de que el tercero incurra en el delito de dopaje.⁴⁷

La misma autora dispone que si se considera la salud individual como el bien jurídico protegido, se tendría que descartar que el propio deportista pudiese ser sujeto activo del delito, lo cual no es así, ya que si el deportista interviene en la comisión del delito de dopaje en cualquiera de las formas previstas en el tipo incurre en responsabilidad.⁴⁸ Piénsese en el caso en el que un usuario de gimnasio que facilita o suministra sustancias o métodos prohibidos a una persona que acude a realizar deporte; en este caso sí incurriría en responsabilidad penal. Empero no sería penalmente responsable en el caso de auto dopaje.

Otra de las argumentaciones a favor de tal consideración es que el comportamiento relevante que se pretende castigar conecta la sustancia directamente con el sujeto pasivo, en este caso el deportista, ya que no se castigan conductas como el tráfico de sustancias dopantes ni su comercialización; sino acciones como el suministro, prescripción, administración...La SAP de Oviedo 494/2017, ya mencionada anteriormente respecto del bien jurídico protegido, alude al círculo de sujetos pasivos, conformado por deportistas federados no competitivos, deportistas no federados que practiquen deporte por recreo y deportistas que participen en competiciones organizadas en España por entidades deportiva, siendo el ratio de tutela del CP mayor que el de la LOPS al incluir a los deportistas no federados que hacen ejercicio por ocio y a los deportistas federados en actividades deportivas.

En el mismo sentido, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, incide en que “*no parece que la salud pública cuadre muy bien con su restricción a un grupo tan concreto como el de los deportistas*”⁴⁹. Y no a todos; ya que, a ello se suma el hecho de que, aunque la circunscripción del círculo del sujeto pasivo del delito sea el deportista (ya sea federado o no), es aún más limitada, puesto que el precepto no proyecta su protección a aquellos deportistas que se preparen en España para las competiciones pero desarrollen estas

⁴⁷ DE VICENTE MARTÍNEZ, R., *Derecho Penal del Deporte*, 2010, pág. 459.

⁴⁸ DE VICENTE MARTÍNEZ, R., *Revista Aranzadi de Derecho de Deporte y Entretenimiento*, núm. 42, 2014, pág. 605.

⁴⁹ DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO M., en: ÁLVAREZ GARCÍA, F.J./COBOS GÓMEZ DE LINARES, M.A/GÓMEZ PAVÓN, P./MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A./MARTÍNEZ GUERRA, A. (Coords.), *Libro Homenaje al Profesor Luis Rodríguez Ramos*, 2013, pág. 503.

fuera del país, o a aquellos eventos deportivos practicados en España por entidades no deportivas como tal.⁵⁰

Otro de los motivos considerado a favor de la protección de la salud individual del deportista, tal como señala ROXIN, es que si se tratase de un precepto que pretende la protección penal de la colectividad, su ratio se extendería a la colectividad en general sin circunscribirse a un ámbito reducido, ya que hay personas que hacen uso de estas sustancias con fines diferentes, ya sea profesionales, laborales o estéticos, pero poniendo de igual manera en riesgo su salud.⁵¹

A ello hay que añadir que tal como se encuentra configurado el tipo en su redacción, el objeto material se circunscribe a una lista de sustancias y métodos prohibidos que es aprobada de manea periódica por el CSD en concordancia con lo establecido por la AMA.

Prueba de ello, es que el art. 362 *quinquies* CP alude a que las sustancias o métodos utilizados por su “*contenido, reiteración de la ingesta u otras circunstancias concurrentes, pongan en peligro la vida o la salud de los mismos*”.

En primer lugar cabe destacar la alusión al contenido de la sustancia o método utilizado, ya que, dicha sustancia o método tiene que ser adecuado para la puesta en peligro de la salud del sujeto en concreto, lo que conecta inevitablemente con el hecho de que hay que llevar a cabo un examen de cada caso concreto atendiendo a la condición del sujeto en sí y de las circunstancias concurrentes.

En segundo lugar se señala la reiteración de la ingesta, siendo necesario el consumo de la sustancia o método prohibido al menos dos veces, derivando la peligrosidad para la salud o vida del deportista de un factor acumulativo de la conducta.

Por último se hace referencia en el precepto las circunstancias concurrentes, lo cual hace referencia al sujeto concreto al que se proporciona la sustancia y la ingiere teniendo en cuenta, entre otras cosas, el deporte que practica, el nivel y exigencia al que está sometido y los antecedentes médicos y patologías.⁵² Ello no quiere decir, tal como señala VILCHES SÁNCHEZ-MORALEDA, que solamente se haga referencia a las circunstancias del sujeto concreto, sino que también puede aludirse a aquellas que no

⁵⁰ BELESTÁ SEGURA, L., *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 758, 2008 págs. 4 y 9.

⁵¹ ROXIN C., *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 97, 2009, pág. 14.

⁵² TORNOS, A., *LL*, núm. 47, 2008, pág. 29.

estén referidas al deportista y que presenten una potencial peligrosidad para la vida o salud de la colectividad.⁵³

En el propio precepto se alude a la “*justificación terapéutica*”, siendo esto una causa de exclusión el tipo dado que se tienen en consideración las condiciones de salud individuales del deportista⁵⁴ aun cuando la sustancia o método utilizado sea considerado como dopante *per sé*. Sin ir más lejos, el salbutamol (vulgarmente conocido como ventolín), es un broncodilatador que es utilizado para aliviar los efectos del asma, pero dicho fármaco es considerado sustancia dopante en el deporte cuando su concentración en orina supera unos límites y cuando no se debe a una justificación terapéutica.⁵⁵

MORENO CARRASCO, lleva a cabo un análisis de ello, ya que, como se ha indicado anteriormente, en muchos casos las sustancias que se consideran dopantes sin justificación terapéutica, son fármacos que sirven para aliviar ciertas dolencias y que son inocuos para la salud dentro de unos parámetros y circunstancias concretas.

Así, el autor determina que para llevar a cabo un análisis del caso concreto y de la puesta en peligro de la salud, hay que realizar una serie de acciones. Es necesario, tal como dispone, que se defina la nocividad potencial de la sustancia o método en cuestión teniendo en cuenta las cantidades utilizadas, así como identificar si se lleva a cabo una administración bajo esos parámetros y, por último, centrar todo ello en alguno de los verbos típicos del tipo.⁵⁶

La Sentencia del Juzgado de lo Penal número 21 de Madrid 144/2013, parece inclinarse por la protección de la salud individual indicando que “*se trata de un bien jurídico autónomo e independiente que va más allá de la mera suma de la salud personal de los distintos individuos que conforman la sociedad, pero cuya protección se encuentra íntimamente ligada a la integridad física y psíquica de los ciudadanos que la conforman considerados de manera individual, ya se trate de la sociedad en general, ya de un colectivo de ciudadanos determinado (los deportistas), pudiendo incardinarse*

⁵³ VILCHES SÁNCHEZ-MORALEDA N., *El delito de dopaje. Análisis del tipo objetivo con especial referencia al problema de los suplementos deportivos*, 2016, pág. 98.

⁵⁴ VILCHES SÁNCHEZ-MORALEDA N., *El delito de dopaje. Análisis del tipo objetivo con especial referencia al problema de los suplementos deportivos*, 2016, pág. 106.

⁵⁵ La presencia en orina tiene que ser superior a los 1000 nanogramos por mililitro para considerarse sustancia dopante, tal como establece la Agencia Mundial Antidopaje (AMA) pudiendo superar únicamente esa cantidad bajo prescripción médica, pero dentro de unos límites coherentes.

⁵⁶ MORENO CARRASCO, F., *Revista jurídica del Deporte*, núm. 13, 2005, pág. 76.

dentro de la teoría de los denominados “bienes jurídicos intermedios”, siendo de naturaleza indisponible”.

En un sentido similar, la SAP de la Rioja 87/2015 de 26 de mayo, completa lo mencionado anteriormente disponiendo que *“ha de acreditarse que existieron personas concretas respecto de las cuales hubo un riesgo para su integridad física, incluso para su vida en la forma requerida por el tipo penal”.*

2.3. La ética deportiva.

La consideración de la ética deportiva, *“fair play”* o la lealtad en la competición como bien jurídico protegido es defendida por una parte minoritaria de la doctrina, aunque no como el único bien jurídico protegido, siendo accesorio a la salud pública.⁵⁷

La SAP de Barcelona 706/2019, de 5 de noviembre, es muy clara en este sentido al señalar que, a pesar de que el bien jurídico principalmente protegido es la salud pública, también se pretende la protección de la práctica deportiva sin trampas ni fraudes.

El deporte siempre ha estado vinculado al desarrollo de valores sociales como la ética y el juego limpio⁵⁸. Prueba de ello es que entre los fundamentos del CMA se establece

⁵⁷ En este sentido: GARCIA ARÁN, M., en: GARCÍA ARÁN, M./BOTELLA, J. (Dirs.) *Malas noticias. Medios de comunicación, política criminal y garantías penales en España*, pág. 213; NIETO MARTÍN, A., en: ARROYO ZAPATERO, L./BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I./FERRÉ OLIVÉ, J.C./GARCÍA RIVAS, N./SERRANO PIEDECASAS, J. R./TERRADILLOS BASOCO, J. M. (Dirs.), *Comentarios al Código penal*, 2007, pág. 795.; REY HUIDOBRO L.F., *Revista Jurídica del Deporte y Entretenimiento*, núm. 16, 2016, págs. 98 y 108.

⁵⁸ La SAP Oviedo 494/2017, de 17 de noviembre, hace referencia al problema de la interpretación del concepto de actividad deportiva, considerando el Tribunal en línea con precedentes resoluciones judiciales literalmente que *“de las diversas interpretaciones propuestas por la doctrina, ha de optarse por la mantenida, entre otros autores, por la Catedrática de Derecho Penal de la Universidad de Castilla La Mancha, Dña. Rosario de Vicente que identifica tal actividad con la “práctica metódica de ejercicios físicos”, con arreglo a la definición de anteriores ediciones del Diccionario de la Real Academia Española, pues dicha definición es la que resulta imprescindible para una interpretación correcta del delito de referencia, vinculada a los aspectos de su tramitación parlamentaria, que apareció presidida por la legítima preocupación del denominado “narcotráfico de gimnasio” que determinó una ampliación del círculo de sujetos pasivos a los deportistas de recreo (...). Es por ello que considerar que los culturistas no competitivos y las personas que acuden con regularidad al gimnasio para realizar ejercicio físico no son sujetos pasivos de este delito,*

que el valor intrínseco del deporte denominado espíritu deportivo es la esencia del mismo, lo cual lleva a los deportistas a desarrollarse y superarse en sus talentos naturales, siempre respetando el juego limpio. Así mismo, uno de los papeles fundamentales del COI es promover valores imprescindibles asociados al deporte como son la ética y el juego limpio.

Asimismo, la jurisprudencia entiende que por deporte no solamente hay que considerar la práctica de ejercicio físico de deportistas federados y que lleven a cabo participación en competiciones, sino que el tipo engloba también a deportistas no federados y deportistas que lleven a cabo su actividad física por recreo; por lo que se incluye en el concepto de deportista, entre otros, a las personas que acuden a los gimnasios a realizar deporte por recreo, teniendo en cuenta que el bien jurídico protegido es la salud pública. En dicha sentencia se señala que el precepto *“no trata de proteger la pureza de la competición deportiva, ya que no resulta fácil justificar la intervención penal para proteger aspectos puramente deportivos, dimensión ésta que no arece de importancia, pero que corresponde ventilar en otra sede, como la disciplinaria administrativa o la sancionadora administrativa”*.⁵⁹

A favor de esta postura, REY HUIDOBRO sostiene que las conductas de dopaje en el deporte, sobretudo en el de alta competición, deben ser reprimidas por el Derecho penal para preservar la pureza de las competiciones y su desarrollo, ya que la protección del tipo no se debe restringir solamente a la salud e integridad del deportista. El autor considera que hechos como el positivo de Maradona en el Mundial de Estados Unidos en 1994 por cinco sustancias prohibidas alteran la competición y los valores inherentes al deporte *“con efectos sociales nocivos desde cualquier perspectiva que se mire”*.⁶⁰

Se considera que la ética deportiva es un bien jurídico accesorio que el delito de dopaje pretende salvaguardar junto con la salud pública. En este sentido se pronuncia GARCÍA ARÁN al afirmar que la ética deportiva o pureza de las competiciones se trataría de *“un*

resulta contrario a la voluntad del legislador que con tal delito pretendía, entre otros objetivos, poner coto a las redes ilegales que se lucran con el tráfico de sustancias dopantes en el ámbito de los gimnasios y que se proyecta con especial significación en el campo de los culturistas”.

⁵⁹ SAP de Valencia 545/2011, de 14 de julio.

⁶⁰ REY HUIDOBRO L.F., *Revista Jurídica del Deporte y Entretenimiento*, núm. 16, 2016, págs. 98 y 108.

interés añadido a la protección que, en realidad, recorta o reduce la aplicación del nuevo tipo penal”.⁶¹

Si lo que se pretende es salvaguardar la ética deportiva, entendiendo como tal el juego limpio y pureza de las competiciones, la fundamentación de la protección se basaría en aquellas sustancias que aumenten las capacidades del deportista y provoquen una modificación de los resultados en competición, ello sin entrar a valorar la repercusión en la salud de los mismos e incluso castigar el auto-dopaje.

Fundamentar que el bien jurídico protegido es la ética deportiva no tiene cabida pues, como señala DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, no es un bien jurídico con la suficiente entidad por sí mismo como para ser merecedor de la protección del Derecho penal, que debe ser la última respuesta que da nuestro ordenamiento jurídico contra los ataques hacia bienes jurídicos que se consideran indispensables para la vida social.

El mismo autor defiende su postura argumentando que si realmente fuese la ética deportiva o la pureza de las competiciones el bien jurídico protegido, se tendría que castigar tanto el auto-dopaje como el dopaje en animales, lo cual no está previsto dentro del marco penal en España.⁶²

Cabe añadir el castigo mediante el derecho administrativo-sancionador de tales conductas que atentan contra el juego limpio y la lealtad deportiva en la protección que lleva a cabo la normativa interna de cada federación dentro de su competencia disciplinaria.⁶³A ello alude la SJP de Valencia 401/2012 de 10 de octubre.

En mi opinión no obsta para afirmar que la ética deportiva no se protege de un modo indirecto en el art. 362 *quinquies* CP, pero ha de señalarse que el bien jurídico principal y esencialmente protegido es la salud pública.

⁶¹ GARCÍA ARÁN, M., en: GARCÍA ARÁN, M./BOTELLA, J. (Dirs.) *Malas noticias. Medios de comunicación, política criminal y garantías penales en España*, pág. 213.

⁶² DÍAZ Y GARCÍA-CONLLEDO, M., en: DE VICENTE MARTÍNEZ, R. (Dir.), *Dopaje deportivo y Código Mundial Antidopaje*, 2014, pág. 44. En el mismo sentido, ATIENZA MACÍA, E., *Revista Derecho y Salud*, vol. 26, núm. Extraordinario 1, 2016, pág. 187; y CORTÉS BECHIARELLI, E., *El delito de dopaje*, 2007, pág. 57.

⁶³ SJP de Valencia 401/2012, de 10 de octubre, al referir que “*el bien jurídico protegido, en consecuencia, no es proteger la pureza de la competición deportiva, ya que no resulta fácil justificar la intervención penal para proteger aspectos puramente deportivos, dimensión ésta que no carece de importancia, pero que corresponde ventilar en otra sede, como la disciplinaria administrativa o la sancionadora administrativa*”.

2.4 El bien jurídico desde un prisma patrimonial.

Por otra parte, se ha llevado a cabo la idea de considerar el bien jurídico desde un punto de vista más materialista, en concreto, desde el punto de vista económico aludiendo a la competencia desleal.

Ello es debido a que el deporte cobra cada vez más importancia en el ámbito económico a raíz de las competiciones y espectáculos deportivos, añadido a todo lo que les rodea (campañas publicitarias, apuestas deportivas, derechos de propiedad intelectual, patrocinios...). De hecho el *Libro Blanco sobre el Deporte de la Unión Europea* en su apartado dedicado a la dimensión económica del deporte, reconoce el rápido crecimiento y su globalización en dicho sentido.

La defensa de que el bien jurídico protegido es de carácter patrimonial es que considera que el recurso a sustancias dopantes se hace con la finalidad de conseguir logros competitivos ya que en el deporte de élite la mayoría de competiciones llevan aparejadas un beneficio económico para el/los ganadores de la misma.

A ello hace alusión BENÍTEZ ORTÚZAR, quien sostiene que desde el punto de vista patrimonialista, el uso de sustancias o la práctica de métodos prohibidos que aumentan las capacidades del deportista con la finalidad de lograr la victoria en una competición, supone una acción patrimonial fraudulenta en tres aspectos fundamentalmente. Por una parte, el propio deportista si obtiene buenos resultados en competiciones tiene un reporte a nivel económico en forma de mejor contrato, renovación, nuevas ofertas o contratos de publicidad; por otro lado, respecto de las personas que llevan a cabo apuestas dinerarias en ciertas competiciones; y por último, respecto de los medios de comunicación que pagan por retransmitir diferentes competiciones.⁶⁴

Como antes se ha señalado, y en el mismo sentido, considerar el bien jurídico protegido desde esta perspectiva económica no tiene cabida en el art. 362 *quinquies* CP, pues en nuestro ordenamiento jurídico no se contempla la punición del auto-dopaje llevado a cabo por el deportista, lo cual, puede realizarse para ganar una competición con fines económicos y no se consideraría conducta típica.⁶⁵

⁶⁴ BENÍTEZ ORTÚZAR, I.F, en: BENÍTEZ ORTÚZAR, I.F. (Coord.) *Tratamiento jurídico penal y procesal del dopaje en el deporte*, 2015, pág. 146.

⁶⁵ ATIENZA MACÍA, E., *Revista Derecho y Salud*, vol.26, núm. Extraordinario 1, 2016, pág. 185.

2.5 Toma de postura.

Comparto la posición de la doctrina mayoritaria ya que, aunque parece ineludible la afectación a la salud individual del deportista de forma individual, debido a que es el sujeto que directamente consume las sustancias el que ve afectado su salud, ello no obsta a considerar al deportista como el único sujeto pasivo del delito, pues a mi parecer, lo que se pretende con la represión del dopaje en el deporte es, además de la protección del deportista y de su salud y vida, la protección de la salud de la colectividad en general y una labor de prevención de dichas conductas en sujetos que aún no practican el deporte, pero que son potenciales sujetos pasivos del tipo delictivo.

Esto deriva en la consideración de que el bien jurídico inmediatamente protegido por el art. 362 *quinquies* CP es la salud pública, y también otros bienes jurídicos que se ven afectados y por ello protegidos de manera mediata, como la propia salud del deportista al que se dirige la acción y la ética deportiva como bien accesorio al verse aumentadas las capacidades psicofísicas del deportista que consume dichas sustancias lo cual puede conllevar una victoria en una competición y desvirtuar la pureza de la competición.

Como se ha podido ver en el proceso evolutivo parlamentario, en el texto proyectado el 30 de septiembre de 2005, solamente se hacía referencia a “los deportistas que participen en competiciones organizadas en España por las federaciones deportivas” lo cual dejaba al margen a aquellos deportistas “amateur” o de recreo, y a los que participaban en competiciones deportivas organizadas por entidades deportivas y no deportivas.

Ello evolucionó a incluir a deportistas tanto federados como no federados, aquellos que practican el deporte por recreo, y a las competiciones organizadas por entidades deportivas, aunque se sigue manteniendo al margen a los deportistas que llevan a cabo su preparación y compiten fuera de España o a los eventos deportivos desarrollados por entidades no deportivas, lo cual me parece discutible.

Ha sido de gran importancia la inclusión de deportistas *amateur* o de recreo, ya que cada vez aumenta el uso de sustancias y métodos dopantes para obtener ya no solamente un rendimiento físico mayor, sino también por una cuestión de culto al cuerpo y aspecto físico. Con ello quiero aludir, en mayor medida, al incremento del uso de química en los gimnasios, no solo por fisiculturistas que compiten, sino también por personas que, en una persecución de una imagen corporal que ven reflejada en dichos sujetos, se afanan por conseguirlo y comienzan a utilizar dichas sustancias anabolizantes sin el

conocimiento de la peligrosidad derivada para su salud. De hecho, se calcula que un 35% de los sujetos habituales del gimnasio han caído en el uso de dichas sustancias.

A mi parecer, este es otro dato importante, para considerar que, además de los deportistas federados que compiten, hay que tener en consideración a aquellas personas que practican deporte por recreo y que pueden verse afectadas del mismo modo por dichas sustancias, bien con fines estéticos o con fines de un aumento de su capacidad física, lo cual incide en su salud, desde causar fallos hepáticos y cardíacos hasta poder provocar la muerte debido a su consumo masivo y adicción a los mismos.

Cabe destacar que muchas de estas sustancias son adquiridas fácilmente en el mercado negro, lo que ha llevado a que redes de tráfico de drogas se estén pasando a traficar con este tipo de sustancias, lo cual aumenta esta trama cuya dificultad de ser descubierta es alta.

Desde este punto de vista se puede comprobar la incidencia directa en la salud y vida del sujeto individual, pero también previamente en la salud pública, puesto que, tal como he señalado anteriormente, el ejemplo de la persona que comienza en el gimnasio con el objetivo de verse mejor físicamente y por ese “culto al cuerpo” pertenece a la colectividad como tal y no a un grupo acotado de deportistas previamente diferenciados; además los deportistas de élite son considerados por muchas personas referentes a la hora de lograr los mismos objetivos a nivel profesional.

No hay duda de que en las sociedades contemporáneas el deporte ha adquirido con el paso de los años un papel cada vez más fundamental como un mecanismo más de educación, integración social e inculcación de valores como el juego limpio y el respeto al rival. En un Estado Social y Democrático de Derecho como es España, se erige como un valor primordial en el desarrollo de la sociedad, configurándose como un principio rector de la política social y económica recogido en el art.43.3 CE, el cual propugna que “los poderes públicos fomentarán la educación sanitaria, la educación física y el deporte (...)”.

También cabe destacar la importancia en el plano económico debido al aumento de la mediatización de las competiciones y todo lo que las rodea (puestos de trabajo, publicidad, empresas de ropa deportiva y suplementos...etc.) y las recompensas económicas al ganar competiciones, pero ello no puede llevar a considerar que el bien jurídico protegido sea de carácter patrimonial, pues tal como se ha indicado anteriormente si fuese el caso, se reprimiría tanto el auto-dopaje como el dopaje de animales, lo cual no está previsto en el ordenamiento jurídico penal de nuestro país.

Es por ello que, teniendo en cuenta la ubicación sistemática del art. 362 *quinquies* CP y lo anteriormente expuesto, a pesar de la consideración por parte de la doctrina de que el bien jurídico protegido no es la salud pública sino otros bienes jurídicos como la salud individual o la ética deportiva, a mi juicio, se trata de un delito pluriofensivo, en el cual se protege de manera inmediata la salud pública y de forma mediata la salud individual del deportista sobre el que recae la acción típica, y consecuentemente también se ven afectados la ética deportiva y el aspecto patrimonial, quedando protegidos de manera indirecta.

III. NATURALEZA JURÍDICA DEL DELITO DEL ART. 362 QUINQUIES DEL CÓDIGO PENAL

La doctrina divide los delitos en dos tipos: de lesión y de peligro. Los delitos de lesión para su consumación llevan necesariamente aparejados un menoscabo del bien jurídico protegido, mientras que los delitos de peligro, que a su vez se dividen en delitos de peligro concreto y abstracto, solamente suponen un riesgo para el bien jurídico.⁶⁶

En los delitos de peligro concreto se produce una puesta en peligro del bien jurídico tutelado mientras que los delitos de peligro abstracto suponen un adelantamiento de las barreras de protección a una fase anterior a la lesión,⁶⁷ al no sancionar la potencial puesta en peligro de la salud o la vida de los sujetos y sin exigir un resultado concreto. Este adelantamiento de la barrera de protección es debido a que su principal función es establecer medidas preventivas ante actividades que conllevan un riesgo inherente *per sé*, en virtud del cumplimiento del mandato constitucional del art. 43 CE, el cual incide en el “derecho a la protección a la salud”, y la competencia de los poderes públicos para su tutela.

Desde la perspectiva del encuadramiento del delito de dopaje en el CP entre los delitos colectivos, cabría considerar, en un primer momento que se trata de un delito de peligro abstracto, pero no es cuestión sencilla, ya que, como he expuesto anteriormente, el bien jurídico protegido es objeto de controversia entre la doctrina, lo cual conlleva que la naturaleza del delito también se vea en entredicho.

Esto es debido a que si se considera que el bien jurídico protegido es la salud pública como bien jurídico de naturaleza colectiva, la naturaleza del delito debería ser de peligro abstracto, no exigiéndose una efectiva puesta en peligro y no estando concretados los sujetos cuya salud o vida se va a poner en peligro, ya que se trataría de la colectividad. En este caso, sería suficiente que la sustancia afectase de forma objetiva a la salud o vida de cualquier sujeto que practique deporte, no produciéndose un riesgo inmediato, al contrario que sucede en el delito de peligro concreto⁶⁸, en el cual el tipo requiere como resultado de la acción la proximidad de una concreta lesión.⁶⁹

⁶⁶ LUZÓN PEÑA, D.M, *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*, 3ª ed., 2016, cap. 12/43-46, pág. 181.

⁶⁷ CADENA SERRANO F.A, *Estudios Penales y Criminológicos*, núm. 27, 2007, pág. 134.

⁶⁸ MORILLAS CUEVA, L., en: BENÍTEZ ORTÚZAR I.F. (Coord.) *Tratamiento Jurídico Penal y Procesal del Dopaje en el Deporte*, 2015, pág. 162.

⁶⁹ MIR PUIG, *Derecho Penal, Parte General*, 10ªed., 2015, págs. 238 y 239.

En cambio, si se considera que el bien jurídico protegido es la salud individual, ello conlleva estimar el delito de peligro concreto, exigiéndose la efectiva puesta en peligro de la vida o la salud de un sujeto en particular, y existiendo una relación estrecha entre la peligrosidad de la conducta y el bien jurídico que se pretende tutelar.

En una y otra perspectiva del bien jurídico protegido, ya sea la salud individual o la salud pública, nos encontramos con la consideración prácticamente unánime de que el art. 362 *quinquies* CP es un delito de peligro concreto, en el cual es imprescindible la efectiva puesta en peligro del bien jurídico protegido, siempre considerando las circunstancias concurrentes *ex post*.

De acuerdo con lo criterios de imputación objetiva, dicho peligro debe contener una relación de causalidad con la acción llevada a cabo y ser imputable al autor.⁷⁰

3.1 Delito de peligro concreto

Los delitos de peligro concreto requieren que la acción produzca un resultado de un concreto peligro de lesión de bien jurídico protegido, ya sea de manera inmediata o próxima a la acción.⁷¹

La postura mayoritaria entre la doctrina es que se trata de un delito de peligro concreto, aunque con matices específicos debido a la peculiaridad el bien jurídico protegido.⁷²

La mayoría de la doctrina considera que el bien jurídico protegido es la salud pública, si bien a la hora de abordar la naturaleza jurídica del delito y considerarlo como delito de

⁷⁰ A favor de la consideración del delito del art.362 *quinquies* como de peligro concreto: DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M., en: ÁLVAREZ GARCÍA, F. J./COBOS GÓMEZ DE LINARES, M. A./GÓMEZ PAVÓN, P./MANJÓN-CABEZ OLMEDA, A./MARTÍNEZ GUERRA, A. (Coords.), *Libro Homenaje al Profesor Luis Rodríguez Ramos*, 2013, pág. 518; ROCA AGAPITO, L., *Revista Electrónica de ciencia Penal y Criminología*, núm. 09-08, 2007, pág. 50.

⁷¹ LUZÓN PEÑA, D.M., *Lecciones de Derecho Penal. Parte general*, 3ªed., 2016, cap.12/44, pág. 181.

⁷² CASERO LINARES, L./TORRESS FERNÁNDEZ DE SEVILLA, J.M, *Revista Jurídica del Deporte y Entretenimiento*, núm. 21, 2007, pág. 38; CORTÉS BECHIARELLI, E., *El delito de dopaje*, 2007, págs. 40-42; DE VICENTE MARTÍNEZ, R., *Revista Española de Derecho Deportivo*, núm. 30, 2012, pág. 49; DÍAZ Y GARCÍA-CONLLEDO, M., en: DE VICENTE MARTÍNEZ, R. (Dir.), *Dopaje deportivo y Código Mundial Antidopaje*, 2014, pág. 63; MORILLAS CUEVA, L., en: BENÍTEZ ORTÚZAR I.F. (Coord.), *Tratamiento jurídico penal y procesal del dopaje en el deporte*, 2015, pág. 184.; NIETO MARTÍN, A., en: ARROYO ZAPATERO L./ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE. I/ FERRÉ OLIVÉ J.C./ GARCÍA RIVAS N./ SERRANO PIEDECASAS J.R/TERRADILLOS BASOCO J.Mª. (Dirs.), *Comentarios al Código Penal*, 2007, pág. 795; ROCA AGAPITO, L., *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 09-08, 2007, pág. 50.

peligro concreto, acuden a la tesis de la pluriofensividad del tipo: por un lado la salud pública es el interés inmediatamente protegido y complementario de la salud individual del individuo, que se erige por otro lado como el bien jurídico mediatamente protegido.

De hecho, el propio art. 362 *quinquies* CP exige que las sustancias, grupos farmacológicos prohibidos o métodos no reglamentarios pongan en peligro la salud o vida del sujeto en concreto a quien va dirigida dicha acción; impidiendo la redacción del propio precepto poder considerar su naturaleza jurídica de peligro abstracto.

Entre los autores que defienden esta postura, nos encontramos, entre otros, con CORTÉS BECHIARELLI, que precisa que la nocividad constitutiva de la sustancia no es suficiente, sino que hay que llevar a cabo una análisis del caso concreto en relación con el sujeto al cual se ha administrado.⁷³

Como he señalado anteriormente, hay sustancias consideradas dopantes que son medicamentos legales. Piénsese sin ir más lejos, en el ya mencionado salbutamol (ventolín) utilizado para la enfermedad del asma. Medicamentos que son utilizados de forma curativa o terapéutica, son considerados como dopantes en el ámbito que nos atañe, siempre teniendo en cuenta las circunstancias de cada sujeto, ya que como señala el propio art. 362 *quinquies* CP en su inicio, la presencia de ciertas sustancias consideradas dopantes, serán atípicas si confluye una causa terapéutica.

Ello no obsta para que sea necesario una limitación en la ingesta y en los valores en sangre, y también en la administración o dispensación por parte del profesional médico y farmacéutico que esté acreditado para llevar a cabo dichas acciones, no siendo ilimitada dicha justificación.

IBARS VELASCO destaca que en el delito de dopaje no es posible “limitar la prueba a la nocividad intrínseca del peligro o el método, sino que es fundamental atender a la condición física del deportista que ingiere el producto o asume el método, de tal manera que el peligro está unido a la sustancia, a su naturaleza, pero también a unas circunstancias concurrentes”.⁷⁴

Por tanto, es necesario llevar a cabo un análisis del caso concreto para comprobar si la sustancia o método utilizado aparte de ser peligrosa *per sé*, ha producido un menoscabo en la salud o vida del deportista. A ello cabe añadir la reiteración en la ingesta, ya que

⁷³ CORTÉS BECHIARELLI, E., *El delito de dopaje*, 2007, pág. 42; IBARS VELASCO D., *El delito de dopaje en el deporte*, 2017 págs. 89 y 90.

⁷⁴ IBARS VELASCO D., *El delito de dopaje en el deporte*, 2017, pág. 90. En el mismo sentido, DOMÍNGUEZ IZQUIERDO E. M^a; en: BENÍTEZ ORTÚZAR I.F (Coord.), *Tratamiento jurídico penal y procesal el dopaje en el deporte*, 2015, pág. 247.

una sustancia en una cantidad normal puede no ser nociva pero con una ingesta reiterada y en cantidades elevadas puede afectar a la salud del deportista y que se haya promovido el consumo reiterado de dicha sustancia conociendo de antemano sus consecuencias perjudiciales, es decir, actuando con dolo.⁷⁵

Otros de los autores que consideran que se trata de un delito de peligro concreto son CASERO LINARES y TORRES FERNÁNDEZ DE SEVILLA, los cuales destacan que lo que lleva a considerar el peligro concreto es que se persigue una conducta que necesariamente ponga en peligro la vida o la salud del deportista, y no meramente que sea potencialmente peligroso sin necesidad de una efectiva afectación al bien jurídico protegido.⁷⁶

La jurisprudencia entiende que debe probarse tanto el peligro como la relación de causalidad entre la acción y el resultado de puesta en peligro del bien jurídico protegido, siendo necesario que se acredite el riesgo para la salud o la vida del sujeto concreto teniendo en cuenta las circunstancias concurrentes en cada caso.⁷⁷

DOMÍNGUEZ IZQUIERDO señala al respecto que la ausencia del peligro conlleva que no se incurra en un ilícito penal, sino solamente ante una infracción de la normativa deportiva y la consecuente sanción.⁷⁸

Una razón más para considerar el delito de dopaje como de delito concreto se refiere a las conductas típicas, las cuales guardan una relación de inmediatez con el bien jurídico

⁷⁵ SÁNCHEZ-MORALEDA VILCHES; N., *El delito de dopaje. Análisis del tipo objetivo con especial referencia al problema de los suplementos deportivos*, 2016, pág. 117.

⁷⁶ CASERO LINARES, L. y TORRES FERNÁNDEZ DE SEVILLA, J.M., *Revista Jurídica del Deporte y Entretenimiento*, núm. 21, 2007, pág. 38. En el mismo sentido SJP de Valencia nº 401/2012, de 10 de octubre, “se trata de un delito de peligro concreto en tanto que lo que se persigue no es un comportamiento genérico asociado al dopaje que pudiera generar un peligro potencial para la salud, sino una concreta actividad dopante que ponga en concreto peligro la vida o salud de un deportista”.

⁷⁷ A ello alude la SAP de la Rioja 87/2015, de 26 de mayo, “*el delito se configura como un delito de peligro concreto, es decir, que concurre un peligro próximo e inmediato de que se materialice la probabilidad de lesión para el bien jurídico, por consiguiente, deberá probarse, además del peligro, la relación de causalidad entre la acción y el resultado de puesta en peligro del bien jurídico protegido*”. En el mismo sentido, la Sentencia del Juzgado de lo Penal nº 6 de Valencia 401/2012, de 10 de octubre, la cual señala que la nocividad del producto no es el único aspecto tener en cuenta la hora de reprimir la conducta, ya que es necesario un examen detallado de las circunstancias del caso y de la eficacia de la cantidad de dosis; y AAP Barcelona 510/2018, de 12 de junio, disponiendo que, “*lo que se persigue no es un comportamiento genérico asociado al dopaje que pudiera generar un peligro potencial para la salud, sino una concreta actividad dopante que ponga en concreto peligro la vida o la salud de un deportista*”.

⁷⁸ DOMÍNGUEZ IZQUIERDO E. M^a, en: BENÍTEZ ORTÚZAR I.F (Coord.), *Tratamiento jurídico penal y procesal el dopaje en el deporte*, 2015, pág. 248.

protegido y los sujetos pasivos⁷⁹, si bien es cierto que es imprescindible llevar a cabo un análisis de la lesividad del método y circunstancias del sujeto, es decir, de cada caso concreto, para comprobar que se produce el daño al bien jurídico protegido, ya que en acciones tipificadas en el art. 362 *quinquies* CP como “ofrecer” se presentan dudas respecto de la relación de inmediatez y la afectación al bien jurídico protegido, pudiendo llevar, tal como indica DE VICENTE MARTÍNEZ, a la confusión de considerar el delito de peligro abstracto, lo que descarta al necesitar conocerse las características del consumidor futuro por parte del autor del delito.⁸⁰

3.2. Delito de peligro abstracto

Los delitos de peligro abstracto se caracterizan porque basta que la conducta sea peligrosa en general para el bien jurídico, aunque no se produzca una afectación inmediata o próxima.⁸¹

Tal como se ha indicado anteriormente y en palabras literales de la SJP de Madrid 144/2013, de 29 de abril, los delitos de peligro abstracto “*suponen un máximo adelantamiento de las barreras penales, una retroacción a los estadios más iniciales de la cadena delictiva*” en los cuales no se exige una efectiva puesta en peligro del bien jurídico protegido.

El peligro abstracto no debe de llevar a confusión con el peligro presunto, ya que el primero solamente se refiere a que en el momento de consumación anticipada no están determinados los sujetos titulares del bien jurídico tutelado que sufren un riesgo en su salud; mientras que el peligro presunto supone admitir que cualquier acción que cumpla objetivamente la hipótesis legal se entienda peligrosa sin admitir prueba en contrario.⁸²

MORILLAS CUEVA, señala que los delitos de peligro abstracto son de especial interés ya que parte de la doctrina niega su configuración debido a que el tipo de injusto

⁷⁹ CORTÉS BECHIARELLI, E., *El delito de dopaje*, 2007, pág. 41.

⁸⁰ DE VICENTE MARTÍNEZ, R., *Revista Española de Derecho Deportivo*, núm. 31, 2013, pág. 99; En la misma línea, DOMÍNGUEZ IZQUIERDO E.M^a, señala que en algunas de las conductas típicas la probabilidad de lesión del bien jurídico es complicada cuando no hay una administración directa, como en el caso de “ofrecer”; en : BENÍTEZ ORTÚZAR I.F (Coord.), *Tratamiento jurídico penal y procesal el dopaje en el deporte*, 2015, pág. 249.

⁸¹ LUZÓN PEÑA, D.M, *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*, 3^aed., 2016, cap. 12/45, pág. 181.

⁸² MORILLAS CUEVA, L., en: BENÍTEZ ORTÚZAR I.F (Coord.), *Tratamiento jurídico penal y procesal el dopaje en el deporte*, 2015, pág. 168.

solamente admite delitos de peligro concreto, son incompatibles con el principio de legalidad o muestran dificultades con la culpabilidad.

El mismo autor también apunta que un sector minoritario de la doctrina defiende el delito de peligro abstracto fundamentando su postura en que la finalidad básica de las infracciones es “la protección adelantada de la vida o de la integridad de las personas puestas en peligro abstractamente aunque ello no se describa expresamente en el tipo” o bien un adelantamiento de la barrera penal con el fin de que la seguridad no se vea amenazada.⁸³

La ya mencionada SJP de Madrid 144/2013, de 29 de abril, señala que hay autores que abogan por considerar el delito de dopaje como de peligro abstracto. Así MUÑOZ CONDE, dispone que la exigencia de que la conducta suponga una puesta en peligro de la vida o la salud de las personas, debería entenderse en cuanto a su nocividad general, no siendo necesario que se llegase a producir la situación de peligro para el concreto consumidor de la sustancia dopante.

Entre los autores a favor de la consideración del art. 362 *quinquies* CP como un delito de peligro abstracto se encuentra GÓMARA HERNÁNDEZ, que dispone que no se exige una efectiva ni potencial puesta en peligro.⁸⁴

Hay una línea intermedia entre los delitos de peligro concreto y peligro abstracto, que consiste en considerar el tipo como de peligro hipotético, en el cual, tal como expone TORÍO LÓPEZ, se exige una acción idónea para originar un peligro al bien jurídico y que esta acción tenga un posible resultado de peligro, siendo precisa la valoración de cada caso concreto para determinar la peligrosidad de la acción y su conexión con el bien jurídico protegido.⁸⁵

La consideración del delito de dopaje como un delito de peligro hipotético⁸⁶ es defendida por la SJP de Madrid 144/2013 de abril de 2013, que señala que la estructura

⁸³ MORILLAS CUEVA, L., en: BENÍTEZ ORTÚZAR I.F (Coord.), *Tratamiento jurídico penal y procesal del dopaje en el deporte*, 2015, pág. 163.

⁸⁴ GÓMARA HERNÁNDEZ, *Dopping: el régimen jurídico del dopaje.*, 2008, pág. 234.

⁸⁵ TORÍO LÓPEZ, A., *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Fascículo 2-3, 1981, págs. 843 y 846. En el mismo sentido: GÓMEZ TOMILLO, M. en: GÓMEZ TOMILLO, M. (Dir.), *Comentarios al Código Penal*, 2010. Pág.1375; BELESTÁ SEGURA, L., *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 758, 2008, págs.. 3-3; DOMÍNGUEZ IZQUIERDO, E. M^a., en: BENÍTEZ ORTÚZAR I.F (Coord.), *Tratamiento jurídico penal y procesal el dopaje en el deporte*, 2015, págs. 250-51.

⁸⁶ También se refiere a ello la STS, Sala 2^a, de 4 de octubre de 1999, en la cual se hace referencia un suministro de clenbuterol a animales destinados al consumo humano. La Sentencia dispone que no se trata de un delito de peligro abstracto, sino que es una modalidad intermedia de peligro abstracto-concreto o de peligro potencial e hipotético de eventual

típica del delito requiere una gran cercanía con el bien jurídico protegido identificándose las víctimas potenciales, y a su vez se necesita que la conducta genere una situación objetiva de riesgo. Ello conlleva la ruptura de la distinción entre delito de peligro abstracto y concreto, siendo una línea intermedia en la que el juez mediante su valoración deberá determinar en cada caso concreto mediante el “juicio de peligrosidad”.

3.3 Toma de postura.

Debido al bien jurídico protegido y la ubicación sistemática del delito de dopaje entre los delitos contra la salud pública, en principio cabría considerar que el precepto tiene naturaleza de peligro abstracto; pero como se ha expuesto anteriormente, tanto la mayoría de la doctrina como la jurisprudencia existente al respecto, consideran que el delito es de peligro concreto, postura con la cual estoy de acuerdo.

Remitiéndome a lo expuesto en cuanto al bien jurídico protegido por el delito de dopaje, considero que se trata de un delito pluriofensivo, en el cual se protege de forma inmediata la salud pública y de forma mediata la salud individual del sujeto pasivo de la acción.

Esto es importante ya que el sujeto pasivo de la acción es el deportista que se ve afectado por la sustancia o método dopante, mientras que el sujeto pasivo del delito es la colectividad.

Al considerar la naturaleza jurídica del art. 362 *quinquies* CP de peligro concreto, ello conlleva la comprobación de cada caso concreto de que se ha producido un peligro o riesgo efectivo para la salud o vida del deportista, lo cual se desprende de la propia redacción del precepto, que alude a las sustancias, grupos farmacológicos prohibidos y métodos no reglamentarios que “por su contenido, reiteración de la ingesta u otras circunstancias concurrentes pongan en peligro la vida o la salud de los mismos”.

A ello hay que añadir, que muchas de las sustancias utilizadas como métodos dopantes son legales en su origen y se utilizan con fines terapéuticos, si bien se ven desvirtuadas al hacer un uso incorrecto y abusivo de las mismas.

causación de daño para la salud de las personas, en el que la perfección se alcanza por el mero hecho de administrar a los animales destinados al consumo humano esas sustancias que hipotéticamente generan riesgo para la salud de las personas.

De hecho, la redacción del delito en primer lugar hace alusión “a los que sin justificación terapéutica...” ya que dicha justificación operaría como elemento negativo del tipo y supondría la atipicidad de la conducta. A este aspecto aludiré en el siguiente epígrafe.

En mi opinión, no cabe considerar el delito como de peligro abstracto, ya que supondría un adelantamiento excesivo de la barrera de protección penal al no exigirse una afectación inmediata o próxima, por lo que es más acertado considerar la naturaleza jurídica de peligro concreto debido a la necesidad de que la sustancia prohibida, grupo farmacológico o método no reglamentario ponga en peligro la salud o vida del deportista de manera fehaciente.

IV. CONDUCTA TÍPICA DEL ART. 362 *QUINQUIES* DEL CÓDIGO PENAL

La propia definición de dopaje aporta la conducta típica al señalar que se entiende por dopaje la administración de sustancias o la aplicación de tratamientos a deportistas para mejorar artificialmente sus aptitudes.

Sin embargo, el legislador en la configuración del actual art. 362 *quinquies* CP incluye una lista más amplia de acciones típicas, conductas que, en algunos casos, se pueden agrupar ya que son sinónimos que tienen en común la necesidad de la puesta a disposición de la sustancia dopante.

Las acciones comprendidas en el precepto son: prescribir, proporcionar, dispensar, suministrar, administrar, ofrecer y facilitar.

El art. 362 *quinquies* CP trata de proteger al deportista castigando al entorno del mismo cuando se empleen sustancias o métodos dopantes que por su contenido, la reiteración en la ingesta o ambas, pongan en peligro la salud o vida del deportista.⁸⁷

El deportista que se dope estaría excluido, aplicándosele la sanción administrativa correspondiente prevista en los arts. 22 y 23 de la LO 3/2013, de 20 de junio, de protección de la salud del deportista y lucha contra el dopaje en la actividad deportiva.⁸⁸

Se trata de un tipo mixto alternativo, por lo que si el sujeto activo realiza varias de las conductas típicas de modo sucesivo, no comete varios delitos sino solamente uno; siempre que dichas conductas recaigan sobre el mismo sujeto pasivo.⁸⁹

A pesar de que el tipo se configura como un delito común,⁹⁰ ya que la Ley no delimita el círculo de posibles autores, hay conductas que solamente pueden llevarse a cabo por personal autorizado o facultado para ello.

⁸⁷ SAP de Valencia 545/2011, de 14 de julio; en el mismo sentido SJP de Valencia 401/2012 de 10 de octubre.

⁸⁸ MORILLAS FERNÁNDEZ, D.L., en BENÍTEZ ORTÚZAR (Coord.), *Tratamiento jurídico penal y procesal el dopaje en el deporte*, 2015, pág. 267.

⁸⁹ ROCA AGAPITO, L., *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2007, núm.09-08, pág. 51.

⁹⁰ ÁLVAREZ VIZCAYA, M. *LLP*, núm. 47, 2008, págs. 9 y 10; CASERO LINARES, L./TORRES FERNÁNDEZ DE SEVILLA, J.M, *Revista Aranzadi del Derecho del Deporte y Entretenimiento*, núm. 21, 2007 pág. 44; CORTÉS BECHIARELLI, E., *El delito de dopaje*, 2007, pág. 62; DÍAZ Y GARCÍA-CONLLEDO, M., en: ÁLVAREZ GARCÍA, F. J./COBOS GÓMEZ DE LINARES, M. A./GÓMEZ PAVÓN, P./MANJÓN-CABEZ OLMEDA, A./MARTÍNEZ GUERRA, A. (Coords.), *Libro Homenaje al Profesor Luis Rodríguez Ramos*, 2013, págs. 519 y 520; ROCA AGAPITO, L., *Revista Electrónica de ciencia Penal y Criminología*, núm. 09-08, 2007, pág. 42; SÁNCHEZ-MORAEDA VILCHES, N. *El delito de dopaje. Análisis del tipo objetivo con especial referencia al problema de los suplementos deportivos*, 2016, pág. 161.

Entre las conductas típicas no se encuentran acciones como la elaboración, la fabricación o la producción de sustancias o grupos farmacológicos,⁹¹ ni la tenencia, lo cual se echa en falta por algún autor que considera que deberían haberse incluido.⁹²

CORTÉS BECHIARELLI considera que las acciones típicas a la hora de ser aplicadas tienen que tener que ser idóneas para afectar de manera efectiva a la vida o salud del deportista, ya que lo trascendente en el delito es el resultado producido.⁹³

Es por esa razón por la que es necesario desgranar cada una de las acciones típicas, distinguiendo entre aquellas que en principio solamente pueden llevar a cabo las personas cualificadas para ello, y aquellas conductas que pueden ser ejecutadas por cualquier sujeto del entorno del deportista.

En este sentido, una parte de la doctrina considera que las distintas acciones típicas se pueden dividir en función de quien puede ser el sujeto activo de las mismas, distinguiendo así entre: a) *acciones profesionalizadas* que serían las conductas de prescribir y dispensar; b) *acciones comunes*, el ofrecimiento; c) *acciones de entrega*, como proporcionar, suministrar y facilitar; y c) la *administración*.⁹⁴

Es necesario señalar que entre las conductas algunas de ellas revisten más gravedad, como es el caso de dispensar, prescribir o suministrar; mientras que otras no suponen un ataque directo al bien jurídico protegido, como en el caso del ofrecimiento. En este sentido, GARCÍA ARÁN considera que igualar todas las conductas sin hacer una distinción en cuanto a su gravedad a la hora de aplicar la sanción no sería proporcional ni correcto.⁹⁵

⁹¹ La exclusión de estas conductas que sí se recogen en la descripción de las demás figuras delictivas que protegen la salud pública, es un argumento más a favor de considerar que el tipo protege la salud individual del deportista; SÁNCHEZ-MORALEDA VILCHES N., *El delito de dopaje. Análisis del tipo objetivo con especial referencia al problema de los suplementos deportivos*, 2016, pág. 219.

⁹² ÁLVAREZ VIZCAYA, M., en: CAZORLA PRIETO L.M Y PALOMAR OLMEDA, A. (Coords.), *Comentarios a la Ley Antidopaje en el deporte*, 2007, págs.561-576. Si bien la autora se muestra crítica en cuanto a la mera tenencia de sustancias destinada su facilitación, pues ello conlleva un adelantamiento excesivo de la barrera penal.

⁹³ CORTÉS BECHIARELLI, E., *El delito de dopaje*, 2007, pág.70.

⁹⁴ ANARTE BORALLO Y MORENO MORENO, en: DOVAL PAÍS (Dir.), *Dopaje, intimidad y datos personales. Especial referencia a los aspectos personales y político criminales*, 2010, pág. 112.

⁹⁵ GARCÍA ARÁN, M., en: GARCÍA ARÁN M/BOTELLA CORRAL J. (Dir.), *Malas Noticias, Medios de comunicación, política criminal y garantías penales en España*, 2008, pág. 213; en la misma línea DOMÍNGUEZ IZQUIERDO E. M^a, en BENÍTEZ ORTÚZAR I. F., *Tratamiento jurídico penal y procesal del dopaje en el deporte*, 2015, pág. 211.,

4.1 Prescribir y dispensar.

Tanto la acción de prescribir como dispensar se encuentran estrechamente relacionadas con el ámbito médico, ya que para llevarlas a cabo se necesita una cualificación.⁹⁶

SÁNCHEZ-MORALEDA VILCHES señala que el término prescribir es sinónimo de recetar, acción que corresponde a profesionales del ámbito de la salud, pero no solamente médicos y farmacéuticos, sino también odontólogos y podólogos incluso los veterinarios cuando se trate de medicamentos de uso animal.⁹⁷

El término dispensar se refiere a llevar a cabo la acción en establecimientos autorizados, como son las farmacias de despachar un medicamento, lo cual también se tiene que realizar por personal autorizado, en este caso los farmacéuticos.

Si bien es cierto que se considera innecesaria, ya que es suficiente con las acciones de proporcionar, suministrar, ofrecer o facilitar⁹⁸; parece que el hecho de tipificar dicha conducta va dirigido a una prevención del delito por parte de dichos profesionales.

La inclusión de la acción dentro de las conductas típicas podría tener un propósito político-criminal, que consistiría en transmitir a los profesionales habilitados para dispensar medicamentos, que en muchos casos el dopaje tiene lugar a través de sustancias que en términos generales son legales, pero que trasladados al ámbito deportivo son considerados sustancias dopantes.⁹⁹

MORILLAS FERNÁNDEZ considera que “la incriminación de este colectivo únicamente ha de observarse en aquellos supuestos en que exista conocimiento de la finalidad de la dispensación del medicamento”, es decir, cuando hay una conducta dolosa.¹⁰⁰

⁹⁶ Opinión mayoritaria de la doctrina, entre otros: ÁLVAREZ VIZCAYA, M., en: CAZORLA PRIETO L.M. Y PALOMAR OLMEDA, A. (Coords.), *Comentarios a la Ley Antidopaje en el deporte*, 2007, pág. 570; CORTÉS BECHIARELLI, E., *El delito de dopaje*, 2007, págs. 74-76; DE VICENTE MARTÍNEZ R., *Revista Española de Derecho Deportivo*, núm. 31 (2013-1), pág. 99; ROCA AGAPITO, L., *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 09-08, 2007, pág. 43.

⁹⁷ SÁNCHEZ-MORALEDA VILCHES N., *El delito de dopaje. Análisis del tipo objetivo con especial referencia al problema de los suplementos deportivos*, 2016, pág. 204. En el mismo sentido, SJP nº6 de Valencia 401/2012, de 10 de octubre, la cual señala que las conductas de dispensar y prescribir se relacionan con el ejercicio por parte del personal profesional en el ámbito de la medicina y la farmacia.

⁹⁸ QUERALT JIMÉNEZ J.J., *Derecho Penal Español. Parte especial*, 2015, pág. 1079.

⁹⁹ SÁNCHEZ-MORALEDA VILCHES N., *El delito de dopaje. Análisis del tipo objetivo con especial referencia al problema de los suplementos deportivos*, 2016, pág. 211.

¹⁰⁰ MORILLAS FERNÁNDEZ, D.L., en: BENÍTEZ ORTÚZAR (Coord.), *Tratamiento jurídico penal y procesal el dopaje en el deporte*, 2015, pág. 272.

Es de relevante importancia la justificación terapéutica, ya que opera como elemento negativo del tipo, y, si concurre dicha justificación, conllevaría la atipicidad de la conducta no siendo punible a efectos penales. Dicha justificación está ligada a la *lex artis*, siendo necesario que se adecue a las reglas técnicas y sea válido conforme a la praxis médica siendo la única finalidad de administrar dicha sustancia la curación de una patología.¹⁰¹ De otro modo, y tal como señala CORTÉS BECHIARELLI, el criterio de un profesional en concreto que lleve a cabo la acción respecto de la justificación terapéutica no puede tomarse como única pauta a tener en cuenta a la hora de determinar la atipicidad de la conducta, ya que dicho sujeto puede ser parte de una trama delictiva de sustancias dopantes o elementos prohibidos.¹⁰²

Cabe aludir de nuevo a la SJP nº 6 de Valencia 401/2012, de 10 de octubre, que castiga a un profesional de la medicina por recetar a deportistas no profesionales sustancias anabolizantes para mejorar su aspecto físico y aumentar su musculatura, justificándose la situación de peligro debido al nivel elevado de las dosis que resultaban contrarias a la *praxis* médica por recetarse a personas sanas.

4.2 Ofrecer.

La acción de ofrecer puede referirse “tanto a presentar y dar voluntariamente la sustancia o el método como a prometer u obligarse a dar las sustancias o el método”.¹⁰³

Esta conducta es objeto de cierta polémica entre la doctrina que considera que sobretodo, en el caso prometer u obligarse a dar las sustancias, se produce una vulneración del principio de proporcionalidad y una anticipación excesiva del Derecho penal.

En este sentido DE VICENTE MARTÍNEZ, advierte que el Informe del CGPJ sobre el Anteproyecto de la LOPSLDD señala la dificultad de la inclusión de este verbo típico en referencia al adelantamiento excesivo de la barrera penal, pues supone anticipar la

¹⁰¹ DOMÍNGUEZ IZQUIERDO E. M^a, BENÍTEZ ORTÚZAR I.F (Coord.), *Tratamiento jurídico penal y procesal del dopaje en el deporte*, 2015, pág. 214.

¹⁰² CORTÉS BECHIARELLI, E., *El delito de dopaje*, 2007, pág. 276-277; MORENO CARRASCO, *Revista Aranzadi de Derecho del Deporte y Entretenimiento*, núm. 20, 2007, pág.56.

¹⁰³ IBARS VELASCO, D., *El delito de dopaje en el deporte*, 2017, pág. 60.

respuesta penal al mero ofrecimiento, no constatando el riesgo que supone dicha acción para la salud o vida del deportista.¹⁰⁴

ROCA AGAPITO señala que la acción de ofrecer tiene que suponer un peligro fehaciente y concreto para la salud o vida del sujeto, en este caso del deportista, para que la conducta sea punible. Dicha punibilidad cabe recordar que depende de la cualidad de la sustancia o método prohibido como nocivo o, en el caso de no serlo, que se produzca un consumo reiterado que tenga un efecto adverso sobre el bien jurídico protegido.¹⁰⁵

Por ello, la acción de presentar una sustancia dopante sin que ello implique su entrega ni asentimiento por parte del deportista no crearía el riesgo hacia el bien jurídico que exige el tipo penal, siendo necesario la presencia acreditada del peligro.¹⁰⁶

4.3 Proporcionar, suministrar y facilitar.

De acuerdo con el significado de la RAE, proporcionar significa “poner a disposición de alguien lo que necesita o le conviene”.

MORILLAS FERNÁNDEZ indica que la única diferencia que hay entre esta acción y la de suministrar radica en un aspecto cuantitativo, ya que la acción de proporcionar supone la entrega de sustancias dopantes o métodos prohibidos para la finalidad perseguida; mientras que en el caso del suministro, se amplía para una pluralidad de fines o hechos.

El autor pone el ejemplo del deportista que necesita un fármaco para una concreta competición y de forma exclusiva para ese fin, en cuyo caso se trataría de proporcionar; mientras que si dicho deportista necesita el fármaco para más competiciones se tratará de la acción de suministrar.¹⁰⁷

En cuanto a la conducta típica de facilitar, la RAE lo define como “hacer fácil o posible la ejecución de algo o la consecución de un fin”. Esta definición genérica conlleva la

¹⁰⁴ DE VICENTE MARTÍNEZ, R., *Derecho Penal del Deporte*, 2010, pág. 450; en la misma línea, PÉREZ FERRER, F., *Revista Andaluza del Derecho del Deporte*, núm. 7, 2009, pág. 54.

¹⁰⁵ ROCA AGAPITO, L., *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 09-08, 2007, pág.51; en el mismo sentido DE VICENTE MARTÍNEZ, R., *Derecho Penal del Deporte*, 2010, pág. 450.

¹⁰⁶ SÁNCHEZ-MORALEDA VILCHES N., *El delito de dopaje. Análisis del tipo objetivo con especial referencia al problema de los suplementos deportivos*, 2016, pág. 216.

¹⁰⁷ MORILLAS FERNÁNDEZ, D.L, en: BENÍTEZ ORTÚZAR (Coord.), *Tratamiento jurídico penal y procesal el dopaje en el deporte*, 2015, págs. 271 y 272.

posibilidad de inclusión de numerosas conductas asociadas a las formas de participación, y su razón de ser puede deberse a los casos en los que aplicar las otras conductas incluidas en el tipo no fuese posible.

4.4 Administrar.

La acción de administrar abarca numerosas acepciones. El Diccionario de la RAE define la acción de administrar de la siguiente manera: “suministrar, proporcionar o distribuir algo” y “aplicar, dar o hacer tomar un medicamento”.

IBARS VELASCO entiende que quizás también se incluye dentro del significado la acción de “graduar o dosificar su uso al objeto de obtener un mayor rendimiento o mejores efectos.”¹⁰⁸

En este caso, a los efectos de responsabilidad penal no supondría un cambio, ya que el listado de sustancias dopantes aprobado por el CSD contempla dicha situación estableciendo incluso las cantidades mínimas por las que se puede ver afectada la salud o vida del deportista; pero ello no obsta para tener en cuenta dicha acción si la misma supone un mayor riesgo para el sujeto.¹⁰⁹

4.5 Acciones excluidas del ámbito penal.

Entre las conductas excluidas del art. 362 *quinquies* CP, nos encontramos con la elaboración, fabricación o producción y la tenencia de sustancias dopantes; las cuales sí se contemplan en otros preceptos agrupados en el mismo capítulo de delitos contra la salud pública.

De acuerdo con la exclusión de dichas conductas, MORILLAS FERNÁNDEZ señala que es lógico que no se contemplen las mismas debido a las particularidades concurrentes en las sustancias y métodos dopantes, ya que muchos de ellos son fármacos o similares con utilidades terapéuticas que en su origen son legales, pero que debido a su uso fraudulento se consideran ilegales.¹¹⁰

¹⁰⁸ IBARS VELASCO, D., *El delito de dopaje en el deporte*, 2017, pág. 60.

¹⁰⁹ MORILLAS FERNÁNDEZ, D.L, en: BENÍTEZ ORTÚZAR (Coord.), *Tratamiento jurídico penal y procesal el dopaje en el deporte*, 2015, pág. 274.

¹¹⁰ MORILLAS FERNÁNDEZ, D.L, en: BENÍTEZ ORTÚZAR (Coord.), *Tratamiento jurídico penal y procesal el dopaje en el deporte*, 2015, pág. 276; en el mismo sentido, ÁLVAREZ VIZCAYA, M., en: CAZORLA PRIETO, L.M y PALOMAR OLMEDA, A. (Coords.),

El mismo autor alude a que sería diferente en el caso de que se llevase a cabo una elaboración de sustancias tóxicas como las anfetaminas, acción que pese a no estar contemplada en el precepto aludido, sí se recoge en el art. 368 CP relativo a actos de cultivo, elaboración y tráfico de drogas.

En cuanto a la simple tenencia, ÁLVAREZ VIZCAYA, M., apunta que dicha conducta no puede configurar la tipicidad, ya que tal como expone la citada autora y como se ha apuntado anteriormente, muchas de las sustancias son fármacos de uso común; no obstante esto encuentra un matiz en cuanto a la cantidad y número de sustancias almacenadas si se trata de una cantidad elevada, si bien la punibilidad de dicha conducta no es admisible porque supondría un adelantamiento excesivo de la barrera de protección penal.¹¹¹

No obstante, hay que tener en cuenta las circunstancias de cada caso, ya que si se comprueba que la tenencia de cantidades elevadas de sustancias dopantes, además de destinarse a autoconsumo se destina a su venta, sí constituiría una conducta típica del art. 362 *quinquies* CP.¹¹²

A las conductas aludidas hay que añadir otras como la alteración, adulteración, publicidad o anuncia, exhibición, promoción, favorecimiento o la facilitación del consumo ilegal de estas sustancias, así como el tráfico de las mismas.¹¹³

En el caso del tráfico, y aludiendo a que el tipo penal pretende disuadir al círculo más próximo del deportista, se excluye a los supuestos en los que la distribución tiene lugar antes de su llegada al sujeto activo que pone a disposición del deportista la sustancia de manera más directa, castigándose dicha conducta a través de otros delitos contenidos en el capítulo como puede ser el tráfico de drogas.¹¹⁴

Comentarios a la Ley Antidopaje en el deporte, págs. 570-571; SÁNCHEZ-MORALEDA VILCHES N., señala que la exclusión de esas conductas confirma que el bien jurídico protegido es la salud y vida del deportista de manera individual; *El delito de dopaje. Análisis del tipo objetivo con especial referencia al problema de los suplementos deportivos*, 2016, pág. 219.

¹¹¹ÁLVAREZ VIZCAYA, M., en: CAZORLA PRIETO, L.M y PALOMAR OLMEDA, A. (Coords.), *Comentarios a la Ley Antidopaje en el deporte*, págs. 570-571. IBARS VELASCO, D., apunta que la tenencia, actos preparatorios e incitación al consumo podrían tener solamente relevancia en el ámbito federativo; *El delito de dopaje en el deporte*, 2017, pág. 62.

¹¹² SAP Madrid 483/2014, de 8 de septiembre; SJP nº10 Valencia 15/2016, de 14 de enero.

¹¹³ SÁNCHEZ-MORALEDA VILCHES N., *El delito de dopaje. Análisis del tipo objetivo con especial referencia al problema de los suplementos deportivos*, 2016, pág. 222.

¹¹⁴ SÁNCHEZ-MORALEDA VILCHES N., señala un ejemplo en el que se tendría que excluir de la sanción penal por dopaje al intermediario que suministra un cargamento de anabolizantes a un establecimiento deportivo; *El delito de dopaje. Análisis del tipo objetivo con especial referencia al problema de los suplementos deportivos*, 2016, pág. 221.

A todo ello se añade, tal como señala IBARS VELASCO, la exclusión del deportista de la consideración de autor del delito en el caso de auto dopaje, ya que es una conducta atípica, a diferencia de lo que ocurre en otros países en los que sí se tipifica.¹¹⁵

Sin embargo, el deportista sí tendría responsabilidad penal en el caso de que su conducta afecte a otro deportista, siempre y cuando concurren el resto de los elementos del delito, su conducta se encuadre entre las acciones tipificadas y haya una puesta en peligro de la salud o vida del sujeto al que se dirige la acción.¹¹⁶

DOMÍNGUEZ IZQUIERDO hace una matización, ya que en el caso de que el consumo sea compartido entre dos deportistas, podría ser de aplicación la doctrina jurisprudencial consolidada respectiva al tráfico de drogas, estimando la conducta atípica; lo cual no obsta para que sobre el deportista (si es profesional) recaiga una sanción administrativa o disciplinaria regulada en la LO 3/2013, de 20 de junio, de protección de la salud del deportista y lucha contra el dopaje en la actividad deportiva.¹¹⁷

4.6 La comisión por omisión.

Las conductas incluidas en el art. 362 *quinquies* CP Pueden realizarse por comisión y también por omisión¹¹⁸, siempre y cuando se den los requisitos que establece el art. 11 CP, el cual dispone que *“los delitos o faltas que consistan en la producción de un resultado solo se entenderán cometidos por omisión cuando la no evitación del mismo, al infringir un especial deber jurídico de autor, equivalga, según el sentido del texto de la ley, a su causación. A tal efecto se equiparará la omisión a la acción: a) cuando exista una específica obligación legal o contractual de actuar; b) cuando el omitente*

La SAP Las Palmas 261/2013, de 2 de diciembre, condena por un delito del art. 361 bis CP en grado de tentativa (actual art.362 *quinquies* CP), a dos sujetos que adquirieron una serie de sustancias anabolizantes para venderlas posteriormente a terceros de manera directa.

¹¹⁵ IBARS VELASCO, D., *El delito de dopaje en el deporte*, 2017, pág. 41.

¹¹⁶ SÁNCHEZ-MORALEDA VILCHES N., *El delito de dopaje. Análisis del tipo objetivo con especial referencia al problema de los suplementos deportivos*, 2016, pág. 170.; en la misma línea, CORTÉS BECHIARELLI, *El delito de dopaje*, 2007, pág. 62.

¹¹⁷ DOMÍNGUEZ IZQUIERDO E. M^a, en: BENÍTEZ ORTÚZAR (Coord.), *Tratamiento jurídico penal y procesal el dopaje en el deporte*, 2015, pág. 205.

¹¹⁸ A favor de esta consideración entre otros: DE VICENTE MARTÍNEZ, R., *Derecho Penal del Deporte*, 2010, pág. 452.; ROCA AGAPITO, L., *Revista Electrónica de ciencia penal y criminología*, núm. 9, 2007, pág. 52; SÁNCHEZ-MORALEDA VILCHES N., *El delito de dopaje. Análisis del tipo objetivo con especial referencia al problema de los suplementos deportivos*, 2016, pág. 223.

haya creado la ocasión de riesgo para el bien jurídicamente protegido mediante una acción u omisión procedente”.

IBARS VELASCO hace referencia a que el deber jurídico del autor no siempre se da, ya que el delito del art. 362 *quinquies* CP es de naturaleza común, pudiendo ser sujeto activo cualquier persona, y por ello es necesario prestar atención a la normativa extrapenal para saber si se exige un deber jurídico al autor en concreto, una obligación específica que pueda equiparar la acción a la omisión.¹¹⁹

Al respecto, la LO 3/2013, de 20 de junio, de protección de la salud del deportista y lucha contra el dopaje en la actividad deportiva, establece unas obligaciones para las personas que componen el círculo más próximo del deportista, las cuales se encuentran recogidas en el art. 21 y son principalmente: aportar información sobre la localización del deportista y también sobre las enfermedades o tratamientos a los que el mismo esté sometido.

Se hace referencia además de una obligación legal, a la existencia de una obligación contractual; por lo que puede darse la circunstancia de que en el ejercicio de alguna profesión del círculo que rodea al deportista (entrenador, nutricionista), se imponga una obligación de impedir que se llegue a producir el riesgo que pueda dañar la salud o vida del sujeto pasivo.¹²⁰

CORTÉS BECHIARELLI está a favor de considerar la posibilidad de comisión por omisión, pero para que ello sea posible tiene que existir un peligro concreto y el resultado se vuelve visible cuando se provoca una situación que pone en riesgo específico la salud o vida del sujeto pasivo.¹²¹

¹¹⁹ IBARS VELASCO D., *El delito de dopaje en el deporte*, 2017, pág. 63.

¹²⁰ SÁNCHEZ-MORALEDA VILCHES N., pone el ejemplo de que “*sería viable sancionar por dopaje en comisión por omisión al entrenador que tiene constancia de que el médico del equipo está facilitando productos dopantes peligrosos a sus miembros y no hace nada por evitarlo*”, *El delito de dopaje. Análisis del tipo objetivo con especial referencia al problema de los suplementos deportivos*, 2016, pág. 225. VALLS PRIETO, J., también hace referencia al entrenador como garante debido a un contrato laboral, “*si bien en el caso de que el deportista se dope fuera de los horarios de entrenamiento ya no tendría ningún deber jurídico*”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología (RECPC)*, núm. 11-14, Universidad de Granada, 2009, pág. 11.

¹²¹ CORTÉS BECHIARELLI, E., *El delito de dopaje*, 2007, pág. 81.

V. EL OBJETO MATERIAL

El art. 362 *quinquies* CP dispone que las conductas típicas anteriormente mencionadas tienen que recaer sobre sustancias o grupos farmacológicos prohibidos y también sobre métodos no reglamentarios. Todos ellos destinados a aumentar las capacidades físicas o modificar los resultados de las competiciones, los cuales por su contenido, reiteración de la ingesta y/u otras circunstancias concurrentes, pongan en peligro la salud y vida del deportista.

Por tanto, el objeto material tiene que reunir todas las características que menciona el precepto, las cuales procedo a desarrollar a continuación.

Si bien antes de abordar dicha cuestión, conviene destacar que para comprobar si una sustancia, grupo farmacológico o método son prohibidos o no reglamentarios, se acude al recurso de la *ley penal en blanco*.

5.1 Técnica de la ley penal en blanco.

El recurso de la ley penal en blanco es utilizado en diversos ámbitos, como el medio ambiente, seguridad social...etc., con la finalidad de preservar la existencia de un tipo penal que evite un exceso de definiciones.¹²²

Dicha técnica consiste en una remisión a una norma extrapenal en la cual se recoge parte de su supuesto de hecho o presupuesto.¹²³

En el caso del delito de dopaje, dicha remisión se lleva a cabo en cuanto a la determinación de cuáles son esas sustancias o métodos cuyo uso es ilícito, en vez de llevar a cabo una enumeración en el propio tipo penal.¹²⁴

DOMÍNGUEZ IZQUIERDO señala que a pesar de que para la salvaguarda del principio de taxatividad hubiese sido preferible la enumeración de las sustancias y grupos

¹²² DE VICENTE MARTÍNEZ, R., *Derecho Penal del Deporte*, 2010, pág. 443.

¹²³ LUZÓN PEÑA, D.M., *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*, 3ªed. 2016, cap. 5/44.

¹²⁴ DOMÍNGUEZ IZQUIERDO E. Mª, en: BENÍTEZ ORTÚZAR I.F. (Coord.), *Tratamiento jurídico penal y procesal del dopaje en el deporte*, 2015, pág. 235. Comparten la opinión de la remisión a la ley penal en blanco, entre otros: ÁLVAREZ VIZCAYA, M., en: CAZORLA PRIETO L.M, y PALOMAR OLMEDA, A. (Coords.), *Comentarios a la Ley Antidopaje en el deporte*, 2007, pág. 572; BELESTÁ SEGURA L., *Actualidad jurídica Aranzadi*, núm., 758, 2008, pág. 6; CORTÉS BECHIARELLI, E., *El delito de dopaje*, 2007, pág. 84.; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M., en ÁLVAREZ GARCÍA, F. J./COBOS GÓMEZ DE LINARES, M. A./GÓMEZ PAVÓN, P./MANJÓN-CABEZ OLMEDA, A./MARTÍNEZ GUERRA, A. (Coords.), *Libro Homenaje al Profesor Luis Rodríguez Ramos*, 2013, pág. 523.

farmacológicos prohibidos así como los métodos no reglamentarios en el propio tipo penal, ello conllevaría el riesgo de quedar rápidamente desfasado debido a que la materia es muy cambiante, pues es un sector en continuo desarrollo.¹²⁵

La doctrina se encuentra dividida entre los que consideran que esta técnica de la ley penal en blanco es constitucional y los que consideran que es inconstitucional.

Esta controversia ha sido resuelta por el TC, pues la técnica de la ley penal en blanco tiene que cumplir una serie de requisitos, que son recogidos por la STC 127/1990, de 5 de julio: a) que el reenvío normativo sea expreso; b) que dicho envío esté justificado por razón del bien jurídico protegido por la norma penal; c) que la ley, además de señalar la pena, contenga el núcleo esencial de la prohibición; d) que se dé la suficiente concreción y certeza para que la conducta calificada de delictiva quede suficientemente precisa.¹²⁶

LUZÓN PEÑA apunta que en algunos campos como en los delitos medioambientales, de consumo, transporte, materia sanitaria o de salud pública (entre otros), la complejidad o el cambio constante debido a los avances de investigación, científicos o técnicos, “*hacen necesario recurrir a la legislación y reglamentación administrativa para delimitar lo que en cada momento se considera jurídicamente prohibido*”.¹²⁷ Lo cual, a la vista del citado autor, no vulneraría las exigencias constitucionales del principio de legalidad y reserva de ley en materia penal, pues la propia naturaleza del tipo hace necesaria dicha remisión para que esté no quede incompleto.¹²⁸

¹²⁵ DOMÍNGUEZ IZQUIERDO E. M^a, en: BENÍTEZ ORTÚZAR I.F. (Coord.), *Tratamiento jurídico penal y procesal del dopaje en el deporte*, 2015, pág. 235. En el mismo sentido, SÁNCHEZ-MORALEDA VILCHES N., *El delito de dopaje. Análisis del tipo objetivo con especial referencia al problema de los suplementos deportivos*, 2016, pág. 236.

¹²⁶ LUZÓN PEÑA, D.M., *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*, 3^aed. 2016, cap. 5/53; el mismo autor señala que *el recurso a la técnica ha de ser absolutamente excepcional por resultar estrictamente necesario, imprescindible, y no meramente conveniente, para completar la descripción típica*; también alude a ello IBARS VELASCO, D., *El delito del dopaje en el deporte*, 2017 pág. 95.

¹²⁷ LUZÓN PEÑA, D.M., *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*, 3^aed. 2016, cap. 5/55.

¹²⁸ En el mismo sentido, ÁLVAREZ VIZCAYA, M., que defiende el recurso a la ley penal en blanco y argumenta que no supone problema alguno con el principio de legalidad, siempre que el núcleo esencial de la conducta y la pena se establezcan claramente en la norma penal; LL, n^o 47, marzo 2008, pág. 8; BELESTÁ SEGURA, L., *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 758, septiembre 2008, pág. 6; IBARS VELASCO, D., *El delito de dopaje en el deporte*, 2017, pág. 73.

La STC 34/2005, de 17 de febrero, señala que la reserva de ley que opera en materia penal no imposibilita la existencia de posibles “leyes penales en blanco”; normas incompletas en las que la conducta jurídico-penal no está prevista con taxatividad y que remiten para su integración otras normas distintas que pueden tener también carácter reglamentario.

La remisión llevada a cabo en el art. 362 *quinquies* CP obedece a lo establecido por el TC en esta materia, pues respeta el contenido esencial de la prohibición (puesta en peligro de la salud o vida del deportista) y ello es una garantía, ya que se prohíbe poner en peligro el bien jurídico protegido a través del objeto material conformado normativamente y con una finalidad específica, que es la de aumentar las capacidades físicas del deportista o modificar los resultados de las competiciones.¹²⁹

A pesar de ello, hay autores que mantienen la idea de la inconstitucionalidad del recurso a la ley penal en blanco en relación con el delito de dopaje. Así QUERALT JIMÉNEZ, considera que el art. 362 *quinquies* CP es un precepto inconstitucional debido a que ni la ley penal ni la extrapenal contienen referencia alguna a las sustancias prohibidas, siendo inadmisibles que se fijen en una resolución administrativa o que se delegue en las federaciones, comités olímpicos y sus agencias para llevar a cabo tal acción.¹³⁰

También se cuestiona si se cumple el principio de legalidad, ya que tal como señala BELESTÁ SEGURA, debido a la gran variedad de sustancias que aglutina el listado de sustancias de la normativa deportiva, no existe una certeza de cuáles pueden integrar o integran el tipo penal y cuáles no.¹³¹

5.2 Sustancias y grupos farmacológicos prohibidos.

El concepto de sustancia o grupo farmacológico prohibido es estrictamente normativo, por lo que hay que acudir a la lista confeccionada periódicamente por el CSD y publicada en el BOE de acuerdo con lo establecido por la comisión Antidopaje de la UNESCO (art.4. 2 LO 3/2013).

El concepto de sustancia es entendido como aquellos productos o sus componentes que tienen un efecto dopante y los que están destinados a enmascarar los efectos de otras sustancias dopantes.¹³²

Los grupos farmacológicos son definidos como “*los medicamentos de uso humano y de uso veterinario elaborados industrialmente o en cuya fabricación intervenga un*

¹²⁹ IBARS VELASCO, D., *El delito de dopaje en el deporte*, 2017, pág. 95.

¹³⁰ QUERALT JIMÉNEZ, J.J., *Derecho penal español. Parte especial*, 2015, págs.,1079-1080.

¹³¹ BELESTÁ SEGURA, L., *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 758, septiembre 2008, pág.6; en el mismo sentido, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M, en: DE VICENTE MARTÍNEZ. R. (Dir.), *Dopaje deportivo y Código Mundial Antidopaje*, págs. 60-61.

¹³² DE VICENTE MARTÍNEZ, R., *Derecho Penal del Deporte*, 2010, pág. 438; DOMÍNGUEZ IZQUIERDO E. M^a, en: BENÍTEZ ORTÚZAR I.F. (Coord.), *Tratamiento jurídico penal y procesal del dopaje en el deporte*, 2015, pág. 234.

*proceso industrial; las fórmulas magistrales, los preparados oficiales y los medicamentos especiales”.*¹³³

Respecto de los mismos, se señala que su mención en el tipo es un tanto superflua, ya que los grupos farmacológicos se recogen en función de sus efectos y muchos incluyen sustancias prohibidas más representativas y otras con una configuración y efectos similares.¹³⁴

Estas sustancias y grupos farmacológicos prohibidos son recogidos, como ya se ha mencionado anteriormente, en una lista elaborada periódicamente por el CSD.

Esta lista plantea un gran problema, y es que no contiene una enumeración taxativa, sino que muchos apartados hacen mención a sustancias distintas de las detalladas pero con una estructura y efectos similares. Aunque ello se encuentra fundamentado en el hecho de que la ciencia y avances en la creación de sustancias es muy dinámica, por lo que un listado cerrado se quedaría obsoleto en un periodo de tiempo excesivamente corto.¹³⁵

Cabe señalar también que hay sustancias y métodos que están prohibidos solamente en competición (estimulantes, narcóticos, cannabinoides y glucocorticoides) sustancias y métodos prohibidos siempre y sustancias prohibida solamente en determinados deportes (el alcohol en deportes de motor y tiro con arco y los betabloqueantes en automovilismo, billar, dardos...etc.).¹³⁶

¹³³ Así lo establece el art. 8 del Texto Refundido de la Ley 29/2006 de 26 de julio, de Garantías y Uso Racional de los Medicamentos y Productos Sanitarios, aprobado por RDL 1/2015, de 24 de julio.

¹³⁴ DOMÍNGUEZ IZQUIERDO E. M^a, quien dispone que a pesar de lo señalado, hay muchas sustancias prohibidas que forman parte de la composición de medicamentos que, por regla general, solamente están disponibles en farmacias, también sustancias que forman parte de complementos alimenticios y otras sustancias prohibidas utilizadas como tales o formando parte de “falsos medicamentos; en: BENÍTEZ ORTÚZAR I.F. (Coord.), *Tratamiento jurídico penal y procesal del dopaje en el deporte*, 2015, págs. 234 y 235.

¹³⁵ DOMÍNGUEZ IZQUIERDO E. M^a, en: BENÍTEZ ORTÚZAR I.F. (Coord.), *Tratamiento jurídico penal y procesal del dopaje en el deporte*, 2015, pág. 237; En un sentido crítico, SÁNCHEZ-MORALEDA VILCHES N., señala que las cláusulas abiertas chocan con la exigencia de certeza que requiere el principio de legalidad al incorporar factores de imprecisión que dificultan concretar el objeto material, *El delito de dopaje. Análisis del tipo objetivo con especial referencia al problema de los suplementos deportivos*, 2016, pág. 246.

¹³⁶ En el caso de los estimulantes se establece alguna excepción según el uso que se realice de alguno de ellos, como es el caso del a cafeína; mientras que respecto de los glucocorticoides, la prohibición se establece solo cuando se administren por vía oral, intravenosa, intramuscular o rectal, por lo que su uso tópico está permitido. A ello se refiere SÁNCHEZ-MORALEDA VILCHES N., *El delito de dopaje. Análisis del tipo objetivo con especial referencia al problema de los suplementos deportivos*, 2016, págs. 249 y 250; DOMÍNGUEZ IZQUIERDO E. M^a, en: BENÍTEZ ORTÚZAR I.F. (Coord.), *Tratamiento jurídico penal y procesal del dopaje en el deporte*, 2015, pág. 238.

Especial mención merece el denominado dopaje psicológico o dopaje emocional, el cual no ha sido tenido en cuenta y es considerado importante por varios autores¹³⁷, ya que ciertas sustancias antidepresivas pueden aumentar el rendimiento deportivo y, consecuentemente los resultados de las competiciones, además de incidir en la salud de forma negativa si se lleva a cabo un uso inadecuado. Un ejemplo de ello es la fluoxetina (conocida como Prozac) que es un antidepresivo que aumenta los niveles de serotonina y puede tener incidencia en el rendimiento deportivo.¹³⁸

5.3 Métodos no reglamentarios.

Los métodos no reglamentarios son los procedimientos, modos o maneras de hacer algo, dirigido en muchos casos en el ámbito del dopaje a conseguir una mejora en el rendimiento deportivo o la no detención de una sustancia ilícita.¹³⁹

Estos métodos son fundamentalmente tres: el dopaje sanguíneo (se prohíben la administración o reintroducción de sangre, la mejora artificial de la captación, el transporte o transferencia de oxígeno)¹⁴⁰, la manipulación física o química y el dopaje genético.

¹³⁷ Entre ellos: ANARTE BORALLO, E. y MORENO MORENO, F., en: DOVAL PAÍS, A., (Dir), SÁNCHEZ-MORALEDA VILCHES, N. (Coord.), *Dopaje, intimidad y datos personales. Especial referencia a los aspectos personales y político criminales*, 2010, pág. 115; SÁNCHEZ-MORALEDA VILCHES, N. *El delito de dopaje. Análisis del tipo objetivo con especial referencia al problema de los suplementos deportivos*, 2016, pág. 254.

¹³⁸ El Prozac es un fármaco antidepresivo que favorece el aumento de serotonina en sangre, el cual es neurotransmisor responsable del estado de ánimo y la energía. Aunque aún no ha sido probada su evidencia para el aumento del rendimiento deportivo, el síndrome de sobreentrenamiento que padecen muchos deportistas y que conlleva una disminución del rendimiento y la aparición de lesiones, se debe a un desequilibrio en los niveles de dicho neurotransmisor, por lo que se utiliza esta sustancia para intentar disminuir esa fatiga.

¹³⁹ DOMÍNGUEZ IZQUIERDO, E. M^a, en: BENÍTEZ ORTÚZAR I.F. (Coord.), *Tratamiento jurídico penal y procesal del dopaje en el deporte*, 2015, pág. 234. A ello también alude IBARS VELASCO, D., *El delito de dopaje en el deporte*, 2017, pág. 77.

¹⁴⁰ No obstante, hay ayudas ergogénicas como el uso de cámaras hiperbáricas o hipobáricas de oxígeno para la mejora de la recuperación y rendimiento del deportista están permitidas por la AMA. SÁNCHEZ-MORALEDA VILCHES, N. (Coord.), *Dopaje, intimidad y datos personales. Especial referencia a los aspectos personales y político criminales*, 2010, pág. 115; SÁNCHEZ-MORALEDA VILCHES, N. *El delito de dopaje. Análisis del tipo objetivo con especial referencia al problema de los suplementos deportivos*, 2016, págs. 247 y 248.

5.4. Efecto en las capacidades físicas y resultados de las competiciones.

La propia redacción del art. 362 *quinquies* CP dispone que las sustancias o grupos farmacológicos prohibidos, así como los métodos no reglamentarios estén “destinados a” aumentar las capacidades físicas o modificar los resultados de las competiciones.

Es por ello que, para que la conducta llevada a cabo encuadre dentro del tipo, además de consistir en una de las acciones enumeradas en el epígrafe relativo a las conductas típicas y ser una sustancia o grupo farmacológico prohibidos o método no reglamentario incluido en la lista confeccionada por el CSD, tiene que, o bien aumentar las capacidades físicas del deportista, o bien modificar los resultados de las competiciones, o ambas.

En referencia al aumento de las capacidades físicas, en el sentido etimológico de la palabra, conlleva aumentar el tamaño, acrecentar o hacer crecer el número o materia de algo.¹⁴¹

DOMÍNGUEZ IZQUIERDO señala que el precepto hace solamente referencia a las capacidades físicas, lo cual no es del todo correcto, siendo preferible la referencia a las “capacidades psicofísicas”, ya que hay sustancias que provocan un efecto a nivel psicológico, como es el caso de los estimulantes, los tranquilizantes y también los antidepressivos. Estas sustancias, a pesar de no incrementar las capacidades básicas como son la resistencia, velocidad, fuerza o flexibilidad, si suponen una mejora en capacidades de concentración, valentía, competitividad, tenacidad, agresividad e incluso resistencia de manera indirecta.¹⁴²

Es necesario detenerse en el supuesto de aquellas sustancias que lejos de aumentar las capacidades del deportista las disminuyen, lo cual ha suscitado dudas doctrinales respecto si se deben incluir dentro del tipo delictivo o no. Hay determinadas sustancias, como es el caso del alcohol, que conlleva una disminución de las capacidades del sujeto y está prohibida en ciertos deportes (deportes de motor preponderantemente), lo cual

¹⁴¹ IBARS VELASCO D., señala que las capacidades físicas son los caracteres que alcanzan mediante el entrenamiento su máximo grado de desarrollo y posibilitan llevar a cabo cualquier actividad físico-deportiva, comportando en su conjunto la aptitud física del sujeto. Las capacidades físicas son: la velocidad, la resistencia, la velocidad y la fuerza; *El delito de dopaje en el deporte*, 2017, pág. 80.

¹⁴² DOMÍNGUEZ IZQUIERDO, E. M^a, en: BENÍTEZ ORTÚZAR I.F. (Coord.), *Tratamiento jurídico penal y procesal del dopaje en el deporte*, 2015, pág. 241; en el mismo sentido, ROCA AGAPITO, L. *Revista Electrónica de ciencia penal y criminología*, núm. 9, 2007, pág. 48.

encuentra justificación en que supondría una puesta en peligro también de otros deportistas y espectadores.¹⁴³

Por otra parte, se alude a las sustancias que si bien no provocan un aumento de las capacidades del deportista, enmascaran otras sustancias que sí tienen ese efecto. Es el caso de los diuréticos o sustancias no tan conocidas como la *Probenecida*, inhibidores como el *Dutasteride* o los expansores de plasma como el *Dextrano*.¹⁴⁴ En este sentido ROCA AGAPTO, sostiene que solamente sería posible apreciar su tipicidad si fuesen capaces de “modificar los resultados de las competiciones”, elemento del tipo que está más relacionado con la tutela de la pureza de las competiciones, pues es preciso que las sustancias dopantes se ingieran en una cantidad que esté dentro de unas tasas establecidas en el Anexo II de la Resolución del CSD de 21 de diciembre de 2006, por debajo de las cuales no se incurriría en un ilícito penal.¹⁴⁵

Este requisito alternativo al del aumento de las capacidades físicas del deportista, parece haberse configurado para salvaguardar la tipicidad de conductas que se refieren a aquellas sustancias que solamente tienen la capacidad de modificar el resultado de las competiciones sin incidir en las capacidades del sujeto. El problema de dichas sustancias es que por sí solas no son capaces de alterar los resultados de las competiciones, sino solamente si se unen con otras sustancias que sí tienen ese potencial y a las cuales enmascaran para que el resultado en un control de dopaje no sea positivo, por lo que en el caso de las personas que faciliten diuréticos, dicha conducta no es punible.¹⁴⁶

¹⁴³ En sentido crítico, ROCA AGAPITO, L., considera que no debe quedar abarcado por el tipo aquellas sustancias que disminuyan las capacidades psicofísicas del deportistas, por lo que a su modo de ver, independientemente de la peligrosidad de la sustancia para la salud, no cabría incluir el alcohol; *Revista Electrónica de ciencia penal y criminología*, núm. 9, 2007, pág. 48.

¹⁴⁴ IBARS VELASCO, D., *El delito de dopaje en el deporte*, 2017, pág. 82.

¹⁴⁵ ROCA AGAPITO, L., *Revista Electrónica de ciencia penal y criminología*, núm. 9, 2007, pág. 49.

¹⁴⁶ Según la opinión del citado autor, dicha acción solamente causaría responsabilidad en el ámbito deportivo, *Revista Electrónica de ciencia penal y criminología*, núm. 9, 2007, pág. 49; BELESTÁ SEGURA, L., considera que si la administración de dichas sustancias no tiene por objetivo la modificación del resultado de la competición sino solamente enmascarar otra sustancia dopante, quedaría excluida del tipo., *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 758, 2008, pág. 6.

5.5 Puesta en peligro de la vida o salud del deportista.

En último lugar, el precepto art. 362 *quinquies* CP, señala que las sustancias y grupos farmacológicos prohibidos así como los métodos no reglamentarios, “por su contenido, reiteración de la ingesta u otras circunstancias concurrentes, pongan en peligro la vida o la salud de los deportistas”.

Por tanto, se requiere que las sustancias dopantes ya sea por su propio contenido y composición, por la reiteración en la ingesta y/o por otras circunstancias concurrentes relativas al propio sujeto y al deporte practicado, pongan en peligro la salud o vida del mismo.

Si se lleva a cabo un examen de la lista de sustancias y métodos prohibidos, se puede comprobar que una gran variedad de ellas son peligrosas *per sé* para la salud o vida de las personas¹⁴⁷; si bien es cierto que otras sustancias consideradas como prohibidas son fármacos regulares cuyo uso se destina al tratamiento de patologías, en cuyo caso serían lícitas siempre que concurra la justificación terapéutica; y otras sustancias que, a pesar de ser dañinas para la salud y vida de los sujetos, no son recogidas en la lista de sustancias prohibidas y son utilizadas por deportistas.¹⁴⁸

A pesar de que la naturaleza o composición de dichas sustancias suponga un peligro general para la salud o vida, es necesario acudir al análisis del caso concreto y comprobar de qué manera afecta dicha sustancia al deportista que la ingiere, comprobando por tanto la relación de causalidad. En este sentido, la SAP de la Rioja 87/2015, de 26 de mayo, es clarificadora al entender que se trata de un delito de peligro concreto en el cual debe probarse tanto el peligro como la relación de causalidad entre la acción y el resultado de puesta en peligro, así como la comprobación de la existencia de dicho peligro para unos sujetos en concreto.

La segunda nota a la que se alude es la “reiteración en la ingesta”, a la cual se refiere IBARS VELASCO, señalando que se entiende por reiteración, el consumo de una

¹⁴⁷ ROCA AGAPITO, L., *Revista Electrónica de ciencia penal y criminología*, núm. 9, 2007, pág. 50.

¹⁴⁸ DOMÍNGUEZ IZQUIERDO, E. M^a, hace referencia al uso de corticoides, antibióticos y analgésicos infiltrados por parte de muchos deportistas, señalando que la lista de sustancias es caprichosa, en cuanto no se recogen algunas sustancias como la keratina (estimulante de los futbolistas); en: BENÍTEZ ORTÚZAR I.F. (Coord.), *Tratamiento jurídico penal y procesal del dopaje en el deporte*, 2015, pág. 246.

sustancia prohibida por, al menos, dos veces.¹⁴⁹ . En este sentido, la peligrosidad derivaría de un factor acumulativo.¹⁵⁰

Por último, se hace referencia a las *circunstancias concurrentes*, lo cual tiene relación con la necesidad de examinar el caso concreto, siendo importante atender a factores que solamente adquieren fuerza respecto del sujeto pasivo de la acción (nivel de entrenamiento, interacción con otros medicamentos, existencia de patologías previas...);¹⁵¹ esto conecta con determinar si el sujeto activo tiene conocimiento del peligro que supone la ingesta de dichas sustancias, es decir, si actúa con dolo.¹⁵²

Es por ello que el peligro no puede afirmarse solamente de la naturaleza perjudicial de la sustancia, sino que es necesario llevar a cabo una actividad probatoria.¹⁵³

La sustancia o métodos prohibidos puede que no conlleven una concreta puesta en peligro de la salud o vida del deportista, aunque supere los límites del riesgo permitido pro la legislación administrativa. DOMÍNGUEZ IZQUIERDO señala que “en ese sentido se muestra esencial la prueba pericial que determine con exactitud la nocividad de la sustancia o método en relación con la actividad física desarrollada.”¹⁵⁴

¹⁴⁹ IBARS VELASCO, D. ., *El delito de dopaje en el deporte*, 2017, pág. 83.

¹⁵⁰ MORALES PRATS, F., en: QUINTERO OLIVARES, G. (Dir.), MORALES PRATS, F. (Coord.), *Comentarios a la parte especial del Derecho Penal*”, 2011, pág. 278.

¹⁵¹ ROCA AGAPITO, L., *Revista Electrónica de ciencia penal y criminología*, núm. 9, 2007, pág. 50.

¹⁵² DOMÍNGUEZ IZQUIERDO, E. M^a, en: BENÍTEZ ORTÚZAR I.F. (Coord.), *Tratamiento jurídico penal y procesal del dopaje en el deporte*, 2015, pág. 248; IBARS VELASCO, D. *El delito de dopaje en el deporte*, 201, pág. 84.

¹⁵³ DOMÍNGUEZ IZQUIERDO, E. M^a, en: BENÍTEZ ORTÚZAR I.F. (Coord.), *Tratamiento jurídico penal y procesal del dopaje en el deporte*, 2015, pág. 247.

¹⁵⁴ DOMÍNGUEZ IZQUIERDO, E. M^a, en: BENÍTEZ ORTÚZAR I.F. (Coord.), *Tratamiento jurídico penal y procesal del dopaje en el deporte*, 2015, pág. 249.

VI. CONCLUSIONES

A lo largo del presente trabajo, he llegado a una serie de conclusiones a la vista de la información obtenida y su exégesis, que me han llevado a adoptar mi postura respecto de los temas tratados.

1. Incremento del dopaje en las últimas décadas: El dopaje es un fenómeno muy antiguo, si bien es cierto se ha producido un incremento notable de su uso, tanto en deportes de alta competición como en deportes amateur, pero a mi juicio no se debe olvidar que el abuso de las sustancias dopantes tiene una tendencia a la alza sobretodo en lugares como gimnasios, donde con su consumo se pretende conseguir más un fin estético que de aumento del rendimiento debido al arraigado culto al cuerpo.

2. Necesidad de tipificación penal: se consideró necesario llevar a cabo acciones para tratar de erradicarlo, tanto a nivel internacional, cuyo hito es la creación de la AMA, como a nivel nacional, con la primera inclusión de la Ley Española del Deporte de 1990, y más tarde, con la LO 7/2006, de 21 de noviembre, de protección de la salud y lucha contra el dopaje en el deporte, con la que se incluye el art. 361 bis CP (actual art. 362 *quinquies* CP tras la reforma llevada a cabo por la LO 1/2015, de 30 de marzo).

Aunque se ha discutido la necesidad de la tipificación de la conducta de dopaje deportivo de manera específica en el CP por considerarla innecesaria, a mi parecer, el hecho de delegar solamente en el derecho administrativo-sancionador la represión de las conductas relacionadas con el dopaje resulta insuficiente a la hora de llevar a cabo una protección adecuada de los bienes jurídicos que se pretenden tutelar, a pesar de que existan otros preceptos en los cuales se encuentra protegida la salud.

3. Delito pluriofensivo: en mi opinión, a pesar de que la redacción es confusa, el bien jurídico inmediatamente protegido es la salud pública, lo cual no obsta para que se protejan de manera mediata otros bienes jurídicos como la salud individual, ética deportiva o *fair play* y el aspecto patrimonial (aunque este último aspecto solamente se daría en el ámbito competitivo donde confluyen intereses, licencias, premios...etc.), considerando que el art. 362 *quinquies* CP es un delito de carácter pluriofensivo.

Mi postura a favor de estimar que el bien jurídico principalmente protegido es la salud pública radica en que con la introducción del delito de dopaje no solamente se pretende

proteger al deportista profesional, sino a toda persona que practique o pueda iniciarse en la práctica deportiva y que puede tener acceso a las sustancias dopantes. De hecho, los esteroides anabólicos androgénicos son sustancias cada vez más consumidas por usuarios de gimnasio que no son deportistas a nivel profesional, incluso muchos de ellos son ocasionales.

Si bien es cierto que se ve afectada de manera directa la salud individual del sujeto pasivo de la acción, que es quien consume la sustancia, el peligro está presente para la salud de la colectividad, pues la comercialización de sustancias dopantes y fármacos sin garantías puede afectar a cualquier persona.

Respecto de la ética deportiva, esta no tiene la trascendencia por sí sola para ser protegida en el ámbito penal y, además, si realmente el bien jurídico objeto de protección fuese el *fair play* o juego limpio se castigaría al deportista que se dopa o el dopaje llevado a cabo en animales, lo cual no ocurre en nuestro país.

4. Naturaleza jurídica: abogo por considerar que se trata de un delito de peligro concreto, pues es necesario una puesta en peligro de la salud o vida del deportista, lo cual requiere llevar a cabo un análisis de cada caso y determinar la relación de causalidad existente, ya que muchas sustancias consideradas dopantes son fármacos que en su origen son legales, pero que un uso incorrecto y abusivo de los mismos tiene efectos perjudiciales para la salud.

5. Redacción confusa: la lista de conductas típicas resulta un tanto farragosa, ya que algunas se pueden agrupar pues precisan todas ellas de la puesta a disposición de la sustancia o método dopante; otras solamente pueden ser llevadas a cabo por personal autorizado o cualificado para ello, mientras que en el caso de conductas como ofrecer no se alcanza a dilucidar de qué modo puede suponer un peligro real para la salud o vida del deportista, ya que puede que el mismo no acepte el ofrecimiento.

Además, quedan fuera del listado conductas como la elaboración, fabricación o producción de sustancias y la tenencia de las mismas. Cabe resaltar que, en cuanto a la tenencia, su exclusión encuentra un matiz en aquellos casos en el que se almacenan cantidades elevadas de sustancias, si bien tipificar dicha conducta comprendería un adelantamiento excesivo de las barreras de protección del ámbito penal en cuanto al desconocimiento de su uso, siendo atípico el auto consumo de sustancias dopantes.

Adelantamiento que se produciría también en el caso de incluir la conducta de incitación al consumo.

6. La comisión por omisión: sí es posible siempre que se den los requisitos exigidos por el art. 11 CP, debiendo concurrir un deber jurídico por parte del autor. Los casos en los que dicho deber concurre se encuentran recogidos en el art. 21 LO 3/2013, de 20 de junio, de protección de la salud del deportista y lucha contra el dopaje en la actividad deportiva, como es el caso de los entrenadores, médicos y demás personal sanitario, directivos de clubes y organizaciones deportivas, así como los padres en el caso de los hijos menores de edad.

7. Objeto material y recurso de la ley penal en blanco: el propio precepto señala que las sustancias deben de cumplir con los requisitos de estar prohibidos o no ser reglamentarios, de aumentar las capacidades físicas del sujeto o alterar el resultado de las competiciones y de ser peligrosos para la salud o vida del sujeto.

En primer lugar, el art. 362 *quinquies* CP no incluye en su redacción las sustancias o métodos prohibidos o no reglamentarios, acudiendo a la técnica de la ley penal en blanco para ello. A mi juicio, esto es totalmente coherente, pues la lista de sustancias es extensa y la inclusión dentro del tipo conllevaría que quedase desfasada en un corto plazo de tiempo ya que es una materia en continua evolución y cambio.

A pesar de los autores que consideran que el uso de esta técnica es inconstitucional, considero que cumple con los requisitos exigidos por el TC (STC 127/1990, de 5 de julio): la justificación en razón del bien jurídico protegido, el reenvío normativo expreso, la concreción y certeza para que la conducta delictiva quede precisa y que la ley contenga el núcleo esencial de la prohibición y fije la pena. Si bien la nota discordante la presenta la lista de sustancias prohibidas que es aprobada por el CSD, ya que en alguno de sus apartados no lleva a cabo una enumeración taxativa y puede acarrear la vulneración del principio de legalidad, pero parece encontrar justificación en el dinamismo de la medicina y la aparición de nuevas sustancias con estructura química o efectos biológicos similares.

8. Capacidades psicofísicas y alteración del resultado de competiciones: la precisión del “aumento de las capacidades físicas” me parece errónea ya que hay sustancias que aumentan las capacidades psicológicas no solamente las físicas, y otras como el alcohol que las disminuyen o enmascaran el efecto de otras sustancias, como los diuréticos,

concurriendo igualmente el elemento de peligrosidad para la salud, por lo que sería conveniente aludir a capacidades psicofísicas. Por otra parte, la segunda alternativa “que alteren el resultado de las competiciones”, solamente sería aplicable al caso de los sujetos que participen en las mismas, lo cual dejaría fuera del ámbito de aplicación del precepto aquellos casos en los que se practica deporte por recreo y las sustancias ingeridas no aumentan las capacidades físicas, sino que las disminuyen o aumentan las psicológicas; lo cual chocaría con la finalidad de protección de la salud.

La peligrosidad para la salud o vida del sujeto puede derivar tanto de la propia naturaleza de la sustancia, como de la reiteración en la ingesta o de las circunstancias concurrentes, aspectos que me parecen todos ellos adecuados ya que hay sustancias que son nocivas en su origen y composición (como los esteroides anabolizantes), pero hay otras que son utilizadas con fines terapéuticos y dentro de unos parámetros adecuados no suponen un riesgo para quien las consume (bien por razones médicas respecto a una patología, bien porque su consumo no reiterado tiene efectos inocuos en la salud), pero que si se reitera la ingesta sí producen efectos nocivos. Respecto de las circunstancias concurrentes, se atiende a la manera en que las sustancias afectan al sujeto en particular, pues dependerá de su historial clínico, nivel de entrenamiento, condiciones personales y cualesquiera otras.

Fuera de discusión queda que esta peligrosidad siempre debe ser probada en el caso concreto, estableciendo una relación de causalidad entre la conducta típica y el resultado lesivo para el bien jurídico protegido.

BIBLOGRAFÍA

ÁLVAREZ VIZCAYA, Maite, “*La protección Penal*”, en: CAZORLA PRIETO, Luis María/PALOMAR OLMEDA, Alberto (Coords.), *Comentarios a la Ley Antidopaje en el deporte*, Thomson-Aranzadi, Navarra, 2007, págs. 561-578.

ÁLVAREZ VIZCAYA, Maite, “*Salud o deporte: ¿qué pretende tutelar el Derecho penal?*”, en *La Ley Penal*, núm. 47, marzo 2008, págs. 5-18.

ÁLVAREZ VIZCAYA, Maite, “*Capítulo X. Garantías y límites de los derechos fundamentales de los deportistas: infracción penal vs. infracción deportiva*”, en: PALOMAR OLMEDA, Alberto (Dir.), *El dopaje en el deporte. Comentarios a la Ley Orgánica 3/2013, de 20 de junio, de protección de la salud del deportista y lucha contra el dopaje en la actividad deportiva*, Dykinson S.L., Madrid, 2013, págs.. 639-679.

ANARTE BORALLO, Enrique/MORENO MORENO, Fernando, “*Anotaciones sobre la criminalización del dopaje. Especial consideración a la luz de los derechos a la intimidad y los datos personales*” en: DOVAL PAÍS, Antonio (Dir.)/SÁNCHEZ-MORALEDA VILCHES, Natalia. (Coord.), *Dopaje, intimidad y datos personales. Especial referencia a los aspectos personales y político criminales*, Iustel, Madrid, 2010, págs.. 89-240.

ATIENZA MACIAS, Elena “*¿Dopaje y salud pública? La difícil y discutida identificación del bien jurídico protegido en el delito de dopaje*”, en *Revista Derecho y Salud*, vol. 26, número extraordinario 1. Dedicado a: XXV Congreso 2016: El avance de las Ciencias de la Salud y las incertidumbres del Derecho, 2016, págs. 180-191.

BELESTÁ SEGURA, Luis, “*La persecución penal del dopaje en el deporte: el artículo 361 bis del Código Penal*”, en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 758, septiembre 2008, págs. 1-10.

BENÍTEZ ORTÚZAR, Ignacio Francisco, “*El dopaje deportivo en el ordenamiento jurídico español*” en: BENÍTEZ ORTÚZAR (Coord.), *Tratamiento jurídico penal y procesal del dopaje en el deporte*, Dykinson, Madrid, 2015, págs. 15-56.

BENÍTEZ ORTÚZAR, Ignacio Francisco, “*Tratamiento jurídico penal y procesal del dopaje en el deporte*”, Dykinson, Madrid, 2015.

CADENA SERRANO, Fidel Ángel, “*El Derecho Penal y el deporte. Especial referencia a la violencia y el dopaje*”, en: *Estudios penales y criminológicos*, núm. 27, 2007, págs. 77-141.

CASERO LINARES, Luis/TORRES FERNÁNDEZ DE SEVILLA, José María, “*Comentarios al art. 361 bis del Código Penal*”, en *Revista Aranzadi de Derecho de Deporte y Entretenimiento* núm. 21, 2007, págs. 35-52.

CORTÉS BECHIARELLI, Emilio. “*El delito de dopaje*”, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2007.

DE VICENTE MARTÍNEZ, Rosario, *Derecho Penal del Deporte*, Bosch S.A, Barcelona, 2010.

DE VICENTE MARTÍNEZ, Rosario, “*El delito de dopaje deportivo: la inoportuna intervención punitiva en materia de Derecho deportivo*”, en *Revista Española de Derecho Deportivo*, núm. 30, 2012, págs. 33-60.

DE VICENTE MARTÍNEZ, Rosario, “*El narcotráfico de gimnasio. Al hilo de la Sentencia del Juzgado de lo Penal número 6 de Valencia de 10 de octubre de 2012*”, en: *Revista Española de Derecho Deportivo*, núm. 31 (2013-1), págs. 85-101.

DE VICENTE MARTÍNEZ, Rosario, “*La lucha contra el dopaje*”, en: *Revista Aranzadi de Derecho de Deporte y Entretenimiento*, núm. 42, Pamplona, 2014, págs. 593-608.

DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel “*Represión y Prevención Penal del Dopaje en el Deporte. Relaciones entre derecho, deporte y dopaje, con especial atención a la perspectiva jurídico penal*”, en: Huarte de San Juan, *Revista de la Facultad de Ciencias Humanas y Sociales, Universidad Pública de Navarra*, 1/1994, pág.105.

DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M., “*Dopaje y Derecho penal (otra vez). Reflexiones generales y valoración del delito de dopaje del artículo 361 bis del Código penal*”, en: ÁLVAREZ GARCÍA, F. J./COBOS GÓMEZ DE LINARES, M. A./GÓMEZ PAVÓN, P./MANJÓN-CABEZ OLMEDA, A./MARTÍNEZ GUERRA, A. (Coords.), *Libro Homenaje al Profesor Luis Rodríguez Ramos*, Tirant Lo Blanch, Valencia 2013, págs. 491-544.

DÍAZ Y GARCÍA-CONLLEDO, Miguel, “*Derecho Penal y dopaje. Una relación y una regulación discutibles*”, en: DE VICENTE MARTÍNEZ Rosario (Dir.), *Dopaje deportivo y Código Mundial Antidopaje*, Reus S.A, Madrid 2014.

DOMÍNGUEZ IZQUIERDO, Eva María, “*Sujetos y objeto material del artículo 362 quinquies*” en: BENÍTEZ ORTÚZAR (Coord.), *Tratamiento jurídico penal y procesal el dopaje en el deporte*, Dykinson, Madrid, 2015, págs. 187-252.

FERNÁNDEZ PÉREZ, Nuria, “*De los delitos contra la seguridad colectiva*”, en: CRUZ DE PABLO, José Antonio, *Comentarios al Código penal*, vol. 2, Difusión, Madrid, 2008, págs. 1281-2051.

GARCÍA ARÁN, Mercedes, “*El Derecho penal simbólico (a propósito del nuevo delito de dopaje en el deporte y su tratamiento mediático)*”, en: GARCÍA ARÁN, Mercedes./BOTELLA CORRAL, Joan (Dirs.), *Malas noticias. Medios de comunicación, política criminal y garantías penales en España*, Valencia, 2008, págs. 191-227.

GÓMARA HERNÁNDEZ, José Luis, “*Doping. El régimen jurídico del dopaje*”, DAPP Publicaciones Jurídicas, Pamplona, 2008.

GÓMEZ TOMILLO, Manuel, *Comentarios al Código Penal*, en: GÓMEZ TOMILLO, Manuel. (Dir.), *Lex Nova*, Valladolid, 2010.

IBARS VELASCO, Daniel, “*El delito de dopaje en el deporte*”, en: Revista Aranzadi de Derecho de Deporte y Entretenimiento, Monografía núm. 14, 2017.

LUZÓN PEÑA, Diego Manuel, *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*, 3ª ed., Tirant Lo Blanch, Valencia, 2016

MIR PUIG, Santiago, *Derecho Penal. Parte General*, Barcelona, 10ª ed., Reppertor S.L., Barcelona, 2015.

MORALES PRATS, Francisco en: QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (Dir.)/MORALES PRATS, Francisco (Coord.) *Comentarios a la parte especial del Derecho Penal*, 10ª ed., Aranzadi, Navarra, 2011.

MORENO CARRASCO, Francisco. “*Dopaje deportivo. Elementos para una valoración delictiva del comportamiento*”, en: Revista jurídica del Deporte, núm. 13, 2005, págs. 59-93.

MORENO CARRASCO, Francisco, “*El nuevo delito de dopaje deportivo. Una sentencia anterior, una excusa para algunas reflexiones sobre el nuevo marco normativo*”, en: Revista Aranzadi de Derecho del Deporte y Entretenimiento, núm. 20, 2007, págs. 45-57.

MORILLAS CUEVAS; Lorenzo “*Derecho penal y deporte*”, en: Revista Andaluza de Derecho del Deporte, núm. 1, 2006, págs. 53-54.

MORILLAS CUEVA, Lorenzo; “*Naturaleza jurídica del delito de dopaje en el deporte*” en: BENÍTEZ ORTÚZAR Ignacio F.(Coord.), *Tratamiento jurídico penal y procesal del dopaje en el deporte*, Dykinson, Madrid, 2015, págs. 161-185.

MORILLAS FERNÁNDEZ David Lorenzo, “*La conducta típica en el delito de favorecimiento del dopaje en el deporte*”, en: BENÍTEZ ORTÚZAR (Coord.), *Tratamiento jurídico penal y procesal el dopaje en el deporte*, Dykinson, Madrid, 2015, págs. 253-295.

MUÑOZ CONDE, Francisco, *Derecho penal. Parte especial*, 22ª ed., Tirant Lo Blanch, Valencia, 2019.

NIETO MARTÍN, Adán, “*Artículo 361 bis.*” en: ARROYO ZAPATERO, Luis/BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio/ FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos/GARCÍA RIVAS, Nicolás/ SERRANO PIEDECASAS, José Ramón/TERRADILLOS BASOCO, Juan María (Dirs.), *Comentarios al Código Penal*, Iustel, Madrid, 2007, págs. 793-798.

PÉREZ FERRER, Fátima, “*El delito de dopaje: una aproximación al artículo 361 bis del Código Penal Español*”, en: Revista Andaluza del Derecho del Deporte, núm.7, septiembre 2009, págs. 41-62.

QUERALT JIMÉNEZ, Joan Josep, *Derecho penal español. Parte especial*, 7ª ed., Tirant Lo Blanch, Valencia. 2015.

REY HUIDOBRO, Luis Fernando “*Repercusiones penales del dopaje deportivo*”, en: Revista Jurídica del deporte y Entretenimiento”, núm. 16, 2016, págs. 93-109.

ROCA AGAPITO, Luis, “*La política criminal frente al dopaje*”, en: La Ley, núm.1, 2007, págs.1800-1810.

ROCA AGAPITO, Luis, “*Los nuevos delitos relacionados con el dopaje. (Comentario a la reforma del Código Penal llevada a cabo por LO 7/2006, de 21 de noviembre, de protección de la salud y de lucha contra el dopaje en el deporte)*”, en: Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología (RECPC), núm. 09-08, 2007, págs. 08:1-08:60.

RODRÍGUEZ NÚÑEZ, Alicia, “*Delitos contra la salud pública*”, en: LAMARCA PÉREZ, Carmen (Coord.), *Delitos. La parte especial del Derecho penal*, Dykinson Madrid, 2015, págs. 599-677.

ROMA VALDÉS, Antonio, “*Los delitos con ocasión del deporte. Por una mejora de su tipificación en el derecho español*”, en: Revista Aranzadi de Derecho de Deporte y Entretenimiento, núm. 16, 2006 págs. 59-72.

ROXIN, Claus “*Derecho Penal y doping*” en: Cuadernos de Política Criminal, núm. 97, Abril 2009, págs. 5-17.

RUANO DELGADO, David, “*La progresiva definición de una competencia europea en materia de lucha contra el dopaje en el deporte*”. Tesis doctoral, Universidad del País Vasco, Leioa, 2017.

SUÁREZ LÓPEZ, José María, “*Los principios limitadores del ius puniendi en un estado social y democrático de derecho y su incidencia en la represión penal del dopaje en el deporte*”, en: BENÍTEZ ORTÚZAR (Coord.), *Tratamiento jurídico penal y procesal del dopaje en el deporte*, Dykinson, Madrid, 2015, págs. 101-129.

TORÍO LÓPEZ, Ángel, “*Los delitos de peligro hipotético (contribución al estudio diferencial de los delitos de peligro abstracto)*”, en: *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Fascículos 2-3, Valladolid, 1981, págs. 825-848.

TORNOS, Agustín “*Una aproximación al nuevo delito de dopaje del art. 361 bis del Código Penal*”, La Ley núm. 47, marzo de 2008, págs.19-31.

VALLS PRIETO, Javier “*Capítulo Primero. Bienes jurídicos protegidos en intervenciones médicas*”, en MORILLAS CUEVAS L. (Dir.), *Estudios jurídicos sobre responsabilidad pena, civil y administrativa del médico y otros agentes sanitarios*, Dykinson, Madrid, 2008, págs. 27-40.

VALLS PRIETO, Javier, “*La Intervención del Derecho Penal en la actividad deportiva*”, en: Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología (RECPC), núm. 11-14, Universidad de Granada, 2009, págs. 14:1-14:25.

VILCHES SÁNCHEZ-MORALEDA NATALIA. *El delito de dopaje. Análisis del tipo objetivo con especial referencia al problema de los suplementos deportivos*. Tesis doctoral, Universidad de Alicante, 2016.