



FACULTAD DE DERECHO

ESTUDIO DE CONDUCTAS RELEVANTES PENALMENTE COMETIDAS EN EL ÁMBITO DEPORTIVO:

**Especial referencia a los delitos previstos en los artículos 386 *bis.* 4 y 362 *quinquies*
del Código Penal**

Montserrat Pardo Iglesias
5º E5 Derecho y Relaciones Internacionales
Derecho Penal

Tutor: Antonio Obregón García

Madrid,

Abril 2020

Palabras clave

Derecho penal, derecho deportivo, deporte, fraude, corrupción, fútbol, código penal, apuestas deportivas, dopaje, autodopaje.

Resumen

Con carácter creciente, en torno a las actividades deportivas se pueden producir conductas penalmente relevantes. De entre todos estos comportamientos con repercusión penal, en este trabajo se analizan particularmente los delitos de dopaje y de fraude deportivo, ya que cuentan con una regulación específica en el CP, su introducción en el cuerpo legal se ha producido con las últimas reformas y, además, son de comisión relativamente frecuente en la actualidad. Consiguientemente, la jurisprudencia que se está generando respecto de su aplicación es tan reciente que permite un estudio detallado y original de estos delitos.

Key words

Criminal law, sport law, sport, fraud, corruption, soccer, penal code, sports betting, doping, self-doping.

Abstract

Recently there has been an expansion of sports behaviors with criminally relevance. Among all of the different behaviors, this essay will specifically analyze the doping crime and the fraud crime. The choice of studying these two crimes has been determined from the fact that they both are specifically regulated at the Criminal Code and that its introduction in very recent. Therefore, the existent case law is limited, fact that allow us to make a more detailed and original analysis of these both crimes.

LISTADO DE ABREVIATURAS

Art.: artículo

Arts.: artículos

BOE: Boletín Oficial del Estado

Cfr.: Confer

CMA: Código Mundial de Antidopaje

COI: Comité Olímpico Internacional

CP: Código Penal

Ibid.: Ibidem

Id.: Idem

LO: Ley Orgánica

LOPSLDD: Ley Orgánica sobre Protección de la Salud y de Lucha contra el Dopaje en el Deporte

Núm.: Número

Op.cit.: Opere citato

P.: Página

Pp.: Páginas

Ref.: Referencia

Ss.: Siguietes

Vol.: Volumen

ÍNDICE

I. INTRODUCCIÓN	5
II. EL DELITO DEL FRAUDE DEPORTIVO EN ESPAÑA	7
1. LA INTRODUCCIÓN DEL FRAUDE DEPORTIVO POR LA LO 5/2010 Y LA POSTERIOR MODIFICACIÓN POR LA LO 1/2015.....	7
2. ANÁLISIS DEL TIPO CON ESPECIAL ANÁLISIS DE AQUELLAS CUESTIONES INTERPRETATIVAS DE DISCUSIÓN	11
2.1 Bien jurídico protegido	11
2.2 Sujetos y autoría y participación	13
2.3 Conducta típica, objeto y formas de aparición.....	17
2.4 Tipo subjetivo	21
2.5 Penalidad	21
2.6 Concursos con otros delitos	22
3. ANÁLISIS DE LOS CASOS PARADIGMÁTICOS DE APLICACIÓN DE ESTE DELITO.....	24
3.1 Caso Levante- Zaragoza	25
3.2 Caso Osasuna – Espanyol	26
III. EL DELITO DEL DOPAJE EN EL DEPORTE	27
1. LA INTRODUCCIÓN DEL DELITO DE DOPAJE EN EL CÓDIGO PENAL PREVIO PASO POR EL DERECHO ADMINISTRATIVO.....	27
2. ANÁLISIS DEL TIPO CON ESPECIAL ANÁLISIS DE AQUELLAS CUESTIONES INTERPRETATIVAS DE DISCUSIÓN	30
2.1 Bien jurídico protegido	30
2.2 Sujetos y autoría y participación	33
2.3 El objeto material	34
2.4 Conducta típica y formas de aparición.....	38
2.5 Tipo subjetivo	39
2.6 Penalidad	40
2.7 Concurso con otros delitos.....	41
3. ANÁLISIS DE LOS CASOS PARADIGMÁTICOS DE APLICACIÓN DE ESTE DELITO.....	45
3.1 Operación Puerto	46
3.2 Operación Galgo.....	47
3.3 Operación Estrobo.....	47
IV. CONCLUSIONES.....	48
V. BIBLIOGRAFÍA	51

I. INTRODUCCIÓN

Hasta hace no muchos años, asociar la disciplina del derecho penal con el deporte era a lo menos contraintuitivo. Y es que, ni existía una disciplina jurídica especializada que admitiera la rúbrica de “Derecho penal deportivo”, ni los juristas dedicados al derecho penal prestaban una atención a los asuntos deportivos comparable a la que daban a otros sectores, ni los deportistas solían acudir a los tribunales penales por asuntos relacionados con su actividad deportiva.

Sin embargo, los tiempos han cambiado. El Derecho penal moderno se caracteriza por ser cada vez más expansivo, por tipificar cada vez un mayor número de conductas e incidir en campos que históricamente se habían mantenido al margen de la represión penal como sería el caso del mundo del deporte.¹ La doctrina especializada ha constatado que la incorporación en la agenda del legislador penal de asuntos deportivos constituye una más de las múltiples consecuencias y manifestaciones del cuestionado y polémico fenómeno de expansión del *ius puniendi*.

Las razones que han llevado al derecho penal a regular ciertas conductas deportivas, pueden identificarse con aquellas que han orientado de forma sistemática la política legislativa-penal en su conjunto y que suelen ser: la aparición de nuevos intereses o bienes jurídicos que requieren una tutela más agresiva y efectiva desde el punto de vista de la intimidación social; la necesidad de redefinir el valor de dichos intereses en aras de brindarles de una mayor y mejor protección por medio de la encomienda al Derecho penal; la aparición de nuevos riesgos y peligros derivados del incesante desarrollo científico y tecnológico; la creciente sensación generalizada de inseguridad favorecida por el trabajo de los medios de comunicación; la desconfianza por parte de un amplísimo sector de la sociedad en la eficacia e idoneidad de los métodos y herramientas de protección existentes y la enorme presión social ejercida por *lobbies*, medios de comunicación, partidos políticos...²

¹ Rodríguez-Mourullo. A. Y Clemente. I., “Dos aspectos de derecho penal en el deporte: el dopaje y las lesiones deportivas”. *Información jurídica inteligente*. Núm. 9. 2004 p. 53-54. (Disponible en: <http://pilarmartinescudero.es/MarzoAbrilMayoJunio2017/Derecho-Penal-dopaje-y-lesiones-2004.pdf>. Última consulta 18 abril 2020)

² Cfr. Atienza Macías. E., “¿Dopaje y salud pública? La difícil y discutida identificación del bien jurídico protegido en el delito de dopaje” Vol.26 *Derecho y Salud*. 2016 p. 183

Además de estas, el obvio incremento del peso del deporte en la vida social, económica, cultural y educativa, que desprende valores y modelos de comportamiento que traspasan todo tipo de límites territoriales, sociales y económicos, también ha tenido mucho peso a la hora de introducir estos delitos en el CP.

Este es, en consecuencia, el entramado social, político y cultural en el que cada vez aparecen más conductas deportivas que pueden tener relevancia penal como serían el dopaje, el fraude deportivo, la violencia intradeportiva o la violencia de los *hooligans* y, en el que el legislador ha considerado adecuado efectuar la incorporación del delito de dopaje y de fraude deportivo al sistema penal español.

Con carácter creciente, en torno a las actividades deportivas se pueden producir conductas penalmente relevantes. De entre todos estos comportamientos con repercusión penal, en este trabajo se analizan particularmente los delitos de dopaje y de fraude deportivo, ya que cuentan con una regulación específica en el CP, su introducción en el cuerpo legal se ha producido con las últimas reformas y, además, son de comisión relativamente frecuente en la actualidad. Consiguientemente, la jurisprudencia que se está generando respecto de su aplicación es tan reciente que permite un estudio detallado y original de estos delitos.

La estructura de este trabajo consiste en una breve introducción en la que se explica la creciente importancia del deporte en la sociedad española y la proliferación de conductas deportivas con relevancia penal. A esta introducción le sigue un análisis del delito de fraude deportivo y del delito de dopaje, en los cuales primero se explica el proceso de su incorporación al CP y luego sus elementos fundamentales, que se estudian siguiendo el esquema de los elementos fundamentales de la teoría jurídica del delito. Se hace especial referencia y un estudio más extenso y pormenorizado en aquellos elementos sobre los cuales hay más discusión entre la doctrina. Por último, una conclusión en la que se explica que la tipificación de estos delitos en el CP supone una infracción de los principios de mínima intervención y de última *ratio* y se propone una solución alternativa.

El método principal que se ha seguido al realizar este trabajo ha sido el exegético, para así interpretar las normas penales correspondientes al delito del fraude deportivo y del

dopaje. Para hacer esta interpretación nos hemos auxiliado de fuentes legales, jurisprudenciales y doctrinales. En lo relativo a las fuentes doctrinales, se ha utilizado un elenco de monografías, obras generales y artículos de revistas especializadas.

II. EL DELITO DEL FRAUDE DEPORTIVO EN ESPAÑA

1. LA INTRODUCCIÓN DEL FRAUDE DEPORTIVO POR LA LO 5/2010 Y LA POSTERIOR MODIFICACIÓN POR LA LO 1/2015.

En la legislación española, el fraude deportivo puede ser perseguido por dos vías, la administrativa, a través del art. 76.c de la Ley del Deporte de 1990³ y la penal, a través del art. 286 *bis* 4 del CP, que fue introducido *ex novo* por la LO 5/2010⁴ y, posteriormente modificado por la LO 1/2015⁵. Es esta segunda vía penal la que abordaremos, por versar este trabajo sobre las conductas deportivas relevantes penalmente y no administrativamente.

En 2010 se produjo una reforma del CP que introduciría el delito de corrupción entre particulares en general y la corrupción en el deporte en particular (que será en lo que nos centraremos por ser objeto de estudio de este ensayo), hasta entonces inexistentes en la legislación penal española. Los Anteproyectos de LO de 21 de noviembre del 2006 y 14 de noviembre del 2008 contenían una redacción del art. 286 *bis* del CP bastante diferente a la que aparecería posteriormente en el anteproyecto del 11 de julio de 2009, por ello, su entrada fue considerada como repentina⁶.

El delito de corrupción entre particulares aparece por la supuesta necesidad de adecuar el Derecho español a las exigencias comunitarias, concretamente a la Decisión Marco 2003/568/JAI de 22 de julio de 2003, relativa a la lucha contra la corrupción del sector privado⁷, tal y como señala el Preámbulo de la propia LO⁸: “Otro de los aspectos

³ Ley 10/1990, de 15 de octubre, del Deporte (BOE 17 de octubre de 1990)

⁴ Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Disposición General. Preámbulo XIX.

⁵ Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la LO 10/1995, de 21 de noviembre, del Código Penal.

⁶ Luzón Cuesta, JM., *Compendio de Derecho Penal. Parte Especial*, 21ª ed., Dykinson, 2018 p. 246.

⁷ Muñoz Conde: *Derecho Penal. Parte especial*, 21ª ed., Tirant lo Blanch. Valencia, 2017 p. 463-468

⁸ Ley Orgánica 5/2010, *Op.cit* Preámbulo

importantes de la reforma es la transposición de la Decisión Marco 2003/568/JAI, relativa a la lucha contra la corrupción en el sector privado”. Sin embargo, en la Decisión Marco no se menciona nada del ámbito específico del deporte. Por lo que, la razón de ser de la tipificación de este delito específico no está en el cumplimiento de obligaciones supranacionales.

Tampoco encontramos una explicación de su razón de ser en la exposición de motivos de la Ley⁹, pues simplemente señala:

“Se ha considerado conveniente tipificar penalmente las conductas más graves de corrupción en el deporte. En este sentido se castigan todos aquellos sobornos llevados a cabo tanto por los miembros y colaboradores de entidades deportivas como por los deportistas, árbitros o jueces, encaminados a predeterminar o alterar de manera deliberada y fraudulenta el resultado de una prueba, encuentro o competición deportiva, siempre que estas tengan carácter profesional”.

En nuestra opinión, en esta exposición de motivos no aparece justificación alguna que explique la incorporación en el CP del delito de fraude deportivo. El legislador no da ninguna justificación social, ni explica por qué es conveniente o necesario introducir este nuevo delito, tampoco hace referencia a legislaciones de otros países que hayan tipificado la corrupción deportiva como pueden ser Francia o Italia.

Solo nos queda claro que el nuevo delito de corrupción deportiva no obedece a una exigencia europea, sino que, el legislador ha aprovechado la existencia de esta, para introducir, de paso, el nuevo delito de corrupción en el deporte. Pero no nos queda claro el porqué de la introducción.¹⁰

Podríamos pensar que obedece a que la relevancia socioeconómica del deporte, hoy en día, y ya por aquel entonces, traspasaba el ámbito privado de la vida privada de los participantes, adquiriendo una dimensión pública de tal magnitud que alcanza un estatus especial en las sociedades modernas que necesitaba de regulación y es que, en las últimas décadas se ha producido una transformación en el mundo del deporte, hemos

⁹ *Id.*

¹⁰ Luzón Cuesta, JM. *Op.cit* p. 246

pasado de tener un puñado de deportistas aficionados a grandes deportistas profesionales que mueven incontables ceros en incontables cuentas bancarias¹¹.

Sin embargo, para otros, la regulación de este tipo se debe a la ineficacia del Derecho administrativo disciplinario a la hora de prevenir y sancionar este tipo de fraude, puede que por la escasez de recursos probatorios con los que cuentan los órganos disciplinarios deportivos, de modo que una regulación penal permitiría una mayor eficacia en la lucha contra este tipo de actuaciones¹². Pero, en mi opinión, la conversión de estas infracciones deportivas en delitos, para con ello ser probadas con mayor facilidad no es un argumento que valide la tipificación de la conducta¹³.

Por último, también hay parte de la doctrina¹⁴ que sostiene que la incorporación de este nuevo delito tiene su precedente en un documento titulado *Manifiesto sobre las conductas fraudulentas en el deporte y la necesaria adopción de medidas legislativas para su represión* encabezado por La Liga de Fútbol Profesional y suscrito por La Liga Nacional de Fútbol Sala, La Asociación de Clubes de Baloncesto, La Asociación de Futbolistas Españoles y la Asociación de Baloncestistas Profesionales. En el manifiesto se exige la intervención del derecho penal a la hora de regular las conductas fraudulentas deportivas justificando su petición en la magnífica experiencia de países de nuestro entorno.

Este delito de corrupción en el deporte se situará en el contexto de delitos contra el patrimonio y orden socioeconómico del título XIII, en el capítulo IX que recoge los delitos contra la propiedad, el mercado y los consumidores, creando una nueva sección cuarta que hace referencia a los delitos de corrupción entre particulares¹⁵. Y la redacción del tipo básico es la siguiente¹⁶:

¹¹ Valls Prieto, J. “La intervención del Derecho Penal en la actividad deportiva”. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminológica* (en línea). 2009, núm. 11-14, p. 14:2.

¹² Sánchez-Bernal J. “Los delitos de corrupción en el deporte en España, Portugal y Brasil. Similitudes y diferencias”. *Revista de Estudios Brasileños* [Internet]. 2019 pp., 15,16

¹³ Cortés Bechiarelli, E., *El delito de corrupción deportiva*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2012. pp. 66-67

¹⁴ Vicente Martínez, R., “Sobre amaño de partidos, primas a terceros, maletines y Derecho penal”, *Anuario Iberoamericano de Derecho Deportivo*, núm.3, 2015 pp.18 y ss. También Cortés Bechiarelli, E., “El delito de corrupción deportiva” Op.cit.7, p. 38 y Ríos Corbacho, J.M., “El fraude en el fútbol”, *Jornada sobre Derecho del Fútbol*, 2011, p. 191.

¹⁵ Lamarca Pérez et al.: *La parte especial del Derecho Penal*, 3ª ed. Dykinson, Madrid 2018 p. 460-474

¹⁶ Ley Orgánica 5/2010, Op.cit. 5

“Lo dispuesto en este artículo será aplicable, en sus respectivos casos, a los directivos, administradores, empleados o colaboradores de una entidad deportiva, cualquiera que sea la forma jurídica de esta, así como a los deportistas, árbitros o jueces, respecto de aquellas conductas que tengan por finalidad predeterminar o alterar de manera deliberada y fraudulenta el resultado de una prueba, encuentro o competición deportiva profesionales”.

En 2015 se llevaría a cabo una reforma del mencionado delito de la mano de la LO 1/2015. Esta se llevó a cabo a pesar de que no existía pronunciamiento judicial firme que revelara defectos de técnica legislativa o de objeto específico de protección¹⁷. El texto legal, que es el vigente actualmente, introdujo dos reformas.

En primer lugar, dejó atrás la acotada consideración de pruebas deportivas como solamente eventos deportivos profesionales ya que, el término se consideraba como demasiado vago y creador de inseguridades jurídicas pues, a los ojos de la ley de 1990 sobre el deporte solo existirían dos competiciones profesionales en España; La liga de Fútbol Profesional y la Asociación de Clubes de Baloncesto, excluyendo al resto de competiciones a pesar de su relevancia, ¡los juegos olímpicos o la copa del rey no eran consideradas como profesionales!. El término “profesionales” será sustituido por “especial relevancia económica y deportiva” para que así las competiciones que puedan verse afectadas por el ilícito penal no sean solo las dos mencionadas anteriormente¹⁸.

En segundo lugar, introdujo la previsión *ex novo*, de unos supuestos agravados. Se impondrá la pena en su mitad superior, pudiéndose llegar a la superior en grado, bien cuando concurra alguna de las cuatro circunstancias aplicables a todas las figuras de corrupción en los negocios - contenidas en las letras a) a d) del segundo inciso del art. 286 *quater*-, bien cuando la alteración tenga por objeto influir en juegos de azar o cuando se trate de una competición oficial de ámbito estatal o una competición deportiva internacional.

¹⁷ Sánchez-Bernal, J. *Op.cit*, pp. 16,17

¹⁸ Benítez Ortúzar. I *El delito de “Fraudes Deportivos”. Aspectos criminológicos, político criminales y dogmáticos del artículo 286 bis. 4 del CP*. Ed. Dykinson. Madrid, 2011. p. 757

Esta redacción hará que haya problemas de interpretación y de deslinde entre el tipo básico de competición de especial relevancia y el agravado de competición oficial de ámbito estatal¹⁹ Y es que, el hecho de que la reforma de 2015 haya suprimido la referencia al carácter profesional de las pruebas, encuentros y competiciones en el tipo básico para transportarla al tipo agravado del art. 286 *quater*, puede enturbiar el alcance del precepto y su interpretación²⁰.

2. ANÁLISIS DEL TIPO CON ESPECIAL ANÁLISIS DE AQUELLAS CUESTIONES INTERPRETATIVAS DE DISCUSIÓN

2.1 Bien jurídico protegido

Una de las cuestiones más controvertidas de este tipo penal es la relativa al bien jurídico que se trata de proteger, existiendo dentro de la doctrina un intenso debate al respecto. En este sentido, Muñoz Ruiz advierte que, en el delito de fraude en el deporte, “no queda muy claro qué es lo que se está protegiendo ni tampoco la doctrina se pone de acuerdo”²¹.

Y es que el hecho de que el legislador optara por conectar el delito de corrupción en el deporte con los delitos de corrupción en el sector privado, al comenzar el art. 286. *bis* 4 CP indicando que serán aplicables al número 4 del art. 286 *bis* las previsiones típicas establecidas en los números precedentes del precepto, “ensombrece el bien jurídico protegido en el delito que debería ser la limpieza y pureza en el deporte; su inserción en un ámbito de delitos contra la libre competencia en el mercado dificulta la elucidación del objeto jurídico de protección”²².

Pudiéndose mantener que este es la integridad y el juego limpio en el deporte, la verdad es que, la figura tiene un significado marcadamente económico; “esta coloración económica del delito incluso se ha visto acrecentada tras la redacción típica que

¹⁹ Magro Servet. V “La corrupción en el deporte en la reforma del Código Penal (nuevo artículo 286 bis.4.)” *Diario La Ley*. Madrid, 2015 p. 7

²⁰ Quintero Olivares et al.: *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, 10ª Ed., Aranzadi 2016 p, 926

²¹ Muñoz Ruiz, J “El nuevo delito de corrupción en el deporte” *Revista andaluza de Derecho del Deporte* (9) 2010 p. 39

²² Quintero Olivares et al.: *Op.cit.* p.926

incorpora la Reforma de 2015".²³ Dicho con otras palabras, para la mayoría de los autores, el mero valor del juego limpio se ha estimado como insuficiente para constituir un bien jurídico que merezca ser tutelado por el CP. Existe un interés público en la protección de la pureza de las competiciones deportivas que se alcanza, en opinión de muchos, de manera efectiva y suficiente a través de las normas administrativas.²⁴ Piénsese que en España existe una amplia normativización de la regulación del deporte ya sea por la Ley del Deporte o el Código de Disciplina Deportiva, y, también, de la actividad de juegos de azar.

Otra parte de la doctrina, en la que podemos a Ibars Velasco, infieren del tenor del precepto y de su ubicación en el código que el objeto jurídico de protección no es la pureza en el deporte, pues la tutela penal queda condicionada a otros requisitos de calado económico concurrentes en las conductas típicas que abraza el tipo penal. Para este autor, el bien jurídico protegido son los intereses económicos ya que, del tenor del precepto no se permite entender un objeto jurídico de protección residenciado en la preservación de las reglas del *fair play*. Interesa preservar tales reglas, pero en cuanto el deporte se inserta en una esfera de negocios. De ahí que el precepto haga referencia a las solicitudes y aceptaciones de beneficios o ventajas no justificadas, porque existe un ámbito en el que sí lo son. El hecho de que el precepto acote la conducta típica a actividades deportivas de especial relevancia económica, como alternativa típica de aquellas que revisten especial relevancia deportiva no altera la conclusión alcanzada.²⁵

Tampoco faltan autores que simple y llanamente consideren que este delito carece de bien jurídico²⁶

Desafortunadamente, ante la ausencia de pronunciamientos firmes por parte de los tribunales esta cuestión sigue sin estar pacificada. Y por ello, debido a la dificultad para determinar cuál es el bien jurídico protegible la mayoría de los especialistas han decidido que el bien jurídico protegido debería ser una mezcla de ambos, mediante la creación del concepto integridad deportiva. La integridad deportiva es un concepto en el

²³ *Id.*

²⁴ Caruso Fontán, M.V. *El concepto de corrupción. Su evolución hacia un nuevo delito de fraude en el deporte como forma de corrupción en el sector privado*. Foro, Nueva época, núm. 9/2009: p. 147

²⁵ Anarte Borrallo, E y Romero Sánchez, C. "El delito de corrupción deportiva. Aspectos metodológicos, dogmáticos y político-criminales". *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* (en línea). 2012, núm. 14-20 pp.20:15-21

²⁶ *Id.*

que se trata de introducir las diferentes vertientes en las que se divide el deporte de alta competición y los problemas que general, “un bien jurídico innovador, que trata de cubrir los valores sociales inherentes al deporte y que se presenta como un bien jurídico en sí mismo”.²⁷

La integridad deportiva es, además un bien jurídico de carácter colectivo, cuyo titular será la sociedad, que se beneficia de la existencia de esta. En este concepto se incluyen los valores relacionados con la pureza en el deporte y el *fair play* pero también se incluyen los intereses económicos que provienen de la práctica del deporte y que deben ser protegidos.²⁸ Benítez Ortúzar²⁹ considera que la integridad deportiva debería tener un título independiente en el CP que abarcara todas las conductas que suponen un atentado contra el, que van más allá de las recogidas en el art. 286 bis.4 del CP, sumándosele por ejemplo el delito del dopaje que analizaremos posteriormente.

A mi parecer, este bien jurídico, de integridad deportiva, no sería acreedor de una cobertura específica en el CP en título independiente. Debería deslindarse en dos, quedando así, la vertiente patrimonial protegida por tipos penales ya existentes y, la vertiente relativa al *fair play* sin protección por parte del derecho penal, al no tener esta la suficiente entidad para ello.

2.2 Sujetos y autoría y participación

Entendemos que la remisión establecida en el art 286 bis.4 supone la criminalización de dos modalidades de corrupción deportiva: la activa, prevista en el apartado 1 del art 286 bis y la pasiva, prevista en el apartado segundo del art 286 bis. Y, por ende, los sujetos activos y pasivos del delito variarán de una a otra y tendrán que analizarse de forma separada.

En lo referente a la corrupción deportiva pasiva, solo podrán ser sujeto activo del delito aquellas personas que tengan capacidad suficiente para alterar o predeterminar el

²⁷ Morillas Cueva.L “Derecho y deporte. Las múltiples formas de fraude en el deporte” En Morillas Cueva. L “Respuestas Jurídicas al fraude en el deporte” Dykinson S.L., Madrid, 2017 p.66.

²⁸ Id.

²⁹ Benítez Ortúzar.I. “De los delitos contra la integridad deportiva”. *Acerca de la necesidad de un título autónomo aglutinador de las conductas delictivas intrínsecas a la práctica deportiva*. En *Respuestas jurídicas al fraude en el deporte*. Madrid, Ed. Dykinson, 2017, pp. 36-42.

resultado de la prueba, encuentro o competición deportiva. Aquí encontramos un debate doctrinal entre aquellos que hacen una interpretación amplia del artículo (que será la tesis mayoritaria) y aquellos que hacen una interpretación restrictiva, entendiendo que solo podrán ser sujeto activo de delito los deportistas, árbitros o jueces.

Llama la atención, la incoherencia y desproporcionalidad de los sujetos que conforman esta modalidad puesto que implica equiparar a actores muy dispares con capacidades de realización de la conducta típica, es decir, de la manipulación del resultado, muy distintas.³⁰

También cabe decir que la autoría no se remite exclusivamente a los casos en los que los sujetos activos realizan personalmente la conducta típica, también incluye aquellos supuestos en los que actúan mediante persona interpuesta, siempre que esta sea ajena al ámbito de dichos sujetos³¹

En lo que respecta a los sujetos pasivos, estos podrán haber tomado la iniciativa corruptora o simplemente ser sus destinatarios, ya acaben sumándose a la iniciativa o no.

Por último, cabe hacer una pequeña referencia a la autoría y participación y es que, al ser este un delito especial, solo se considerará como autor del delito a aquel sujeto que reúna los requisitos para ser sujeto activo del delito. Aquel que no reúna los requisitos típicos nunca podrá considerarse como autor, pero se podría encontrar responsabilidad penal desde la figura del partícipe, recayendo sobre el, las consecuencias punitivas del art. 65.3 CP.

En lo referente al delito de corrupción deportiva activa, y al igual que sucedía en la modalidad pasiva, no hay acuerdo en la doctrina a la hora de delimitar los sujetos activos del delito. Se plantean varias teorías respecto de quien puede ser sujeto activo del delito. Encontramos por un lado la teoría que considera el tipo como delito común, que pese a ser la minoritaria, es la que tiene una interpretación más razonable como se desarrollara posteriormente³² y, por otro lado, encontramos la teoría que considera el tipo como delito especial. Esta a su vez esta dividida entre aquellos que consideran

³⁰ Queralt Jiménez, J. J., *Derecho penal español. Parte especial*, 7a ed., Ed. Tirant Lo Blanch, Barcelona 2015

³¹ Anarte Borrallo, E y Romero Sánchez, C. *Op.cit.* p.15-21

³² Sánchez Bernal, J. *Op.cit.* p. 110, y Castro Moreno, A. (2010). "El nuevo delito de corrupción en el deporte". *RJDE*, 28 (2010) pp. 20-24

como sujetos activos a todos los enumerados en el tipo penal (modalidad mayoritaria) y entre aquellos que restringen la enumeración.

En relación con los sujetos pasivos, serán los determinados en el art 286 *bis* 4, pero estos tendrán que ostentar un poder decisorio respecto del resultado. Solo si tienen este poder se puede satisfacer la finalidad típica de predeterminar o alterar de manera deliberada y fraudulenta el resultado, la cual es una condición fundamental de aplicación de la norma.³³

Por último, cabe hacer una breve referencia a la autoría y participación. Si seguimos la doctrina mayoritaria y consideramos que este es un delito especial, nos remitimos a lo dicho anteriormente para la corrupción deportiva pasiva.

En resumidas cuentas, la técnica de tipificación de la conducta utilizando la remisión a apartados anteriores, presenta una dificultad de interpretación en el ámbito de los sujetos. Así, la expresión del código que dice: “Lo dispuesto en este artículo será aplicable, en sus respectivos casos, a los directivos, administradores, empleados o colaboradores de una entidad deportiva, cualquiera que sea la forma jurídica de ésta, así como a los deportistas, árbitros o jueces, respecto de (...)” se presta a diversas posibles interpretaciones. Pero analizaremos las dos más comunes entre la doctrina:

Por un lado, tenemos aquellos autores que consideran que los directivos, administradores, empleados o colaboradores de una entidad deportiva, serían los sujetos activos del cohecho activo, es decir, de las conductas consistentes en ofrecer, prometer o conceder el beneficio o ventaja no justificada mientras que, los deportistas, árbitros o jueces, serían los destinatarios del ofrecimiento; y, en el cohecho pasivo, es decir, en las acciones que consistan en solicitar, aceptar o recibir el beneficio o ventaja no justificado, sólo podrían ser el sujeto activo los deportistas, árbitros o jueces³⁴. “Se

³³ Anarte Borrallo, E y Romero Sánchez, C. *Op.cit.*, pp. 15-21

³⁴ Aguilar Romo, M. “El delito del amaño de partidos en España tras la reforma de la LO 1/2015. Una reflexión sobre la conducta típica” *Revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal* núm. 54/2019 parte *Legislación*. 2019

configuran así las dos tipologías delictivas como delitos especiales³⁵ propios en los que la participación de terceros habrá de tratarse como tal”.³⁶

Esta línea doctrinal, puede ser criticada en primer lugar en relación el delito de cohecho activo por limitar excesivamente el ámbito de aplicación por razón del sujeto activo ya que, deja fuera del ámbito típico muchas posibles conductas como podrían ser las mafias relacionadas con las apuestas deportivas. Además, desde la perspectiva del bien jurídico protegido, parece más lógico que la selección de conductas obedezca a un criterio de generación de riesgo, y no entendemos porqué ha de ser más peligroso o dañino para el bien jurídico aquellas acciones llevadas a cabo por un directivo o administrador para que, por ejemplo, un equipo gane un partido y ascienda que, aquellas llevadas a cabo por un mafioso para lucrarse económicamente. Y, en segundo lugar, puede ser criticada en relación con el delito de cohecho pasivo como propio puesto que, del tenor literal de la norma no conduce necesariamente a tal interpretación ni “excluye la configuración del tipo pasivo como un delito común que proyecta la conducta sobre todos los sujetos mencionados en el apartado cuarto del art. 286 *bis*”³⁷. Además, también podría ocurrir que nos encontrásemos con una restricción de la aplicabilidad del precepto a ciertas conductas como podría darse con el caso del entrenador. Sería absurdo que este no pudiera ser sujeto activo en el delito de cohecho pasivo pues, es obvia su capacidad para influir en el juego mediante conductas de manipulación eligiendo la táctica o que jugadores juegan o dejan de jugar.³⁸

Por otro lado, encontramos aquella parte de la doctrina que considera que con la remisión “en sus respectivos casos” se sustituye en bloque a los sujetos mencionados, en los apartados primero y segundo del art.286 *bis*. De esta forma, el tipo de corrupción quedaría configurado, en su modalidad pasiva, como un delito especial cuyo sujeto activo sería directivo, administrador, empleado o colaborador de una entidad deportiva, así como también lo serían los deportistas, árbitros o jueves; y, en lo que se refiere a su

³⁵ Delito especial es aquel que requiere para poder ser autor una específica cualificación del agente.

³⁶ Pérez Ferrer, Fátima., “Principales novedades en los delitos de fraude deportivo tras la reforma de la LO 1/2015, de 30 de marzo”. *Respuestas jurídicas al fraude en el deporte* Dykinson, Madrid 2017, pp. 61–86.

³⁷ Aguilar Romo, M. *Op.cit.*

³⁸ *Id.*

modalidad activa, quedaría configurado como un delito común en el que los sujetos tentados serían los ya mencionados.³⁹

Esta segunda línea doctrinal, que en resumidas cuentas, sustituye en bloque todos los sujetos mencionados en el apartado cuarto por lo de los dos apartados anteriores, configurando así una modalidad pasiva como delito especial y una modalidad activa como delito común “parece cumplir mejor con la selección de comportamientos nocivos para la integridad del deporte, teniendo en cuenta que dicho bien jurídico abarca también la dimensión económica vinculada a la competición deportiva y, por tanto el potencial riesgo de perjuicio que pudiera derivarse de las conductas”⁴⁰. Como única crítica, podríamos encontrar el hecho de que los administradores, directivos, empleados o colaboradores queden incluidos en el delito de cohecho pasivo ya que, difícilmente van a ejercer una acción que les permita tener un dominio cierto sobre el porvenir del partido o competición deportiva. Sin embargo, esta crítica es salvable, puesto que, si se diera el caso de un intento de soborno a un directivo que no tuviera capacidad de influir en el resultado del partido, simplemente habría que desestimar la tipicidad de la conducta.

2.3 Conducta típica, objeto y formas de aparición

La conducta típica estará definida por las acciones de solicitar, recibir o aceptar (en la modalidad pasiva), o de ofrecer, prometer o conceder (en la modalidad activa). El objeto consiste en el beneficio o ventaja no justificado para sí o para un tercero.⁴¹ Lo que se diga en este apartado valdrá tanto para la corrupción activa como para la pasiva.

Para que este delito se lleve a cabo, se requiere de un consenso de voluntades y la exigencia de que se dé o pueda darse un beneficio para ambas partes. Esta necesidad de la concurrencia de dos voluntades es la que permite excluir comportamientos unilaterales en interés propio, aunque estos supusiesen una manipulación fraudulenta del resultado. Sería el caso de un deportista que se dejase perder para así conseguir ganancias patrimoniales en apuestas que el mismo había realizado.

³⁹ Sánchez Bernal, J., *El delito de corrupción entre Particulares. Especial referencia a la Corrupción en el deporte*. Salamanca, 2017; Gili Pascual, A., “La tipificación penal del fraude en Competiciones deportivas. Problemas técnicos y aplicativos”. *Revista de derecho penal y criminología*, 3.^a Época, n.º 8 2012.

⁴⁰ Aguilar Romo, M. *Op.cit.*

⁴¹ Todo lo que se dirá a continuación sirve tanto para la corrupción deportiva activa y pasiva

Desde la reforma de la LO 1/2019 de 20 de febrero, para transponer Directivas de la Unión Europea en lo ámbitos financiero y de terrorismo, y abordar cuestiones de índole internacional, también se permite como parte de la estructura típica el mero ofrecimiento o promesa de obtener dicho beneficio o ventaja, ya sea para el interviniente o para un tercero, pero en todo caso, que ambos se beneficien o puedan llegar a beneficiar. De ahí que hablemos de delito asimilado al cohecho y no al tráfico de influencias.

En lo que se refiere al beneficio o ventaja, debe tener la capacidad de motivación suficiente para que el sujeto corrompido altere el resultado de una competición deportiva, en otro caso, será irrelevante penalmente. Además, este ha de ser injustificado tal y como dice el código. Por injustificado se entiende que se refiere a indebido, es decir que “no tiene ni el deber, ni el derecho, ni la facultad de recibirlo”⁴² En el ámbito del deporte, esto se traduce a que no será justificado todo aquel que rebase de forma clara los meros usos sociales o los regalos banales.⁴³ Y, este podrá ser de cualquier naturaleza, es decir, no es necesario que sea económico o patrimonial, sino que podría incluir cualquier otra prestación tanto material como inmaterial⁴⁴, como podría ser un ofrecimiento de un fichaje por un club más importante o la posibilidad de pitar un partido con mayor trascendencia.

Por último, este es un delito de mera actividad, por lo que se perfecciona sin necesidad de que se llegue a materializar la conducta que ya formaría parte del agotamiento del delito.⁴⁵

Dentro de la conducta típica, existe cierta controversia en lo que respecta al pago de primas a terceros por ganar y por conductas distintas a dejarse ganar.

⁴² Araldo Cabana P. "Hacia un delito de corrupción en el sector privado". *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXIII. *Cursos e Congresos núm. 135*. Universidad de Santiago de Compostela, 2002 p. 77.

⁴³ Sánchez Bernal. J “El delito de corrupción deportiva...” p.122

⁴⁴ Castro Moreno, A. pp. 17-36.

⁴⁵ Aguilar Romo, M. *Op.cit.* 14

2.3.1 Pago de primas a terceros por ganar

Otro elemento de discusión, en esta ocasión relativo a la conducta típica, consiste en si la predeterminación o alteración del resultado abarca o no el pago de primas a terceros por ganar. La mayoría de la doctrina se inclina por considerar como atípicas dichas conductas ya que, se entiende que al incentivar al deportista a ganar no se está haciendo nada que vaya contra el propio sentido del juego y del deporte. También se ha justificado su atipicidad con el argumento de que “el beneficio o ventaja que se ofrece o solicita por ganar no puede considerarse injustificado, ni tampoco el favorecimiento consecuente al pagador, podrá considerarse indebido”⁴⁶. Otra corriente que también sostiene la atipicidad de la conducta señala que “la prima por ganar no adultera de forma fraudulenta el resultado”⁴⁷

Además, habiendo aceptado como bien jurídico protegido el de la integridad deportiva, lo que encaje en el tipo será aquello que, atente contra el bien jurídico, es decir, que ponga en riesgo la integridad del resultado obtenido con respeto a las reglas del deporte y la lealtad competitiva (y las expectativas económicas que vienen adheridas). Desde esta perspectiva, entendemos que los incentivos a terceros no afectan en gran medida a la integridad e imprevisibilidad del resultado puesto que, no habría una alteración significativa de los condicionantes propios de toda competición deportiva.

De momento, en el único caso real en el que se ha planteado esta cuestión, que ha sido en el caso Osasuna, el Juzgado de Instrucción de Pamplona ha decidido excluir del proceso los hechos relacionados con las primas de terceros por ganar.

Sin entrar en contradicción con lo hasta ahora dicho, cabría matizar que no todas las primas por ganar deben ser consideradas como atípicas. Debe haber “un margen de tipicidad para comportamientos que, sin exigir dejarse ganar, pero tampoco perder, implican también una manipulación fraudulenta del resultado de la prueba, encuentro o competición”⁴⁸. Para ello debemos entender que existen modalidades de

⁴⁶ Quintero Olivares. *Op.cit.* 9 pp. 413-426.

⁴⁷ Sánchez Bernal, J. “El delito de corrupción entre Particulares. Especial referencia a la Corrupción en el deporte”. Tesis Doctoral. Salamanca, 2017. (disponible en: https://gedos.usal.es/bitstream/handle/10366/137566/DDPG_SanchezBernalJ.pdf?sequence=1, última consulta 16/03/2015)

⁴⁸ Aguilar Romo, M. *Op.cit.*

competición en las que no sólo perder o ganar puede ser relevante sino también, por ejemplo, el número de goles o puntos conseguidos en un partido o combate o, inclusive, el número de sanciones⁴⁹. Para que estas conductas se consideren como típicas, es necesario que se cumplan dos requisitos: el primero consiste en que se produzca una deslealtad deportiva y el segundo que esta “tenga capacidad real de incidencia en la resolución final de la competición en su conjunto y para ello habremos de conocer las normas propias de esta en cuanto a la determinación final de la clasificación”⁵⁰. Es por esta necesidad de que se cumpla este binomio que, en verdad, son pocas las conductas en esta línea que acaban siendo típicas.

2.3.2 Competición deportiva de especial relevancia económica y deportiva

Siguiendo la redacción del precepto penal, será competición deportiva de especial relevancia económica “aquella en la que la mayor parte de los participantes en la misma perciban cualquier tipo de retribución, compensación o ingreso económico por su participación en la actividad”.⁵¹ Esta nueva redacción pretendía solucionar antiguos problemas interpretativos, pero no lo consiguió puesto que sigue habiendo zonas grises. Por un lado, encontramos la imprecisión del precepto al cuantificar la cantidad de participantes necesarios. La doctrina ha entendido que se entenderá típico si la mitad más uno de los participantes recibe dicha remuneración económica, independientemente del importe que sea. Esto parece un sinsentido si lo analizamos en concordancia con el bien jurídico, ya que si lo que se pretende proteger es la dimensión económica de deporte, no parece que aquellas conductas que no representen un gran importe debieran ser castigadas penalmente.

Según el art.286 bis.4 CP será competición deportiva de especial relevancia deportiva “la que sea calificada en el calendario deportivo anual aprobado por la federación deportiva correspondiente como competición oficial de la máxima categoría de la modalidad, especialidad, o disciplina de que se trate”. Del precepto pues deducimos que harán falta dos requisitos acumulativos que son que sea oficial y de la máxima categoría, estos requisitos vienen definidos y especificados por la normativa

⁴⁹ Ventura Puchel A. “Corrupción entre particulares”. *En Derecho Penal Español. Parte especial*. Tirant Lo Blanch Valencia 2011, pp. 669–685.

⁵⁰ Aguilar Romo, M. *Op.cit*

⁵¹ *Id.*

administrativa. A simple vista, no parece que debiera haber problema con lo hasta aquí expuesto, pero, el legislador al tipificar el art. 286 *quarter* como tipo agravado de la corrupción deportiva para aquellos casos en los que estuviésemos ante una “competición deportiva oficial de ámbito estatal calificada como profesional o en una competición deportiva internacional” generó un problema. El hecho de que exista este tipo agravado implica que, para poder aplicar el básico se necesite además de lo ya expuesto, que no nos encontremos ante una competición ni profesional ni internacional. Por tanto, el tipo agravado en competiciones nacionales solo se aplicará en la Primera y Segunda división de Fútbol y en la Asociación de Clubes de baloncesto, puesto que según la Ley de Deporte son las únicas competiciones consideradas como profesionales.

2.4 Tipo subjetivo

Puede hacerse un análisis común en lo referente al tipo subjetivo pues este no variará de una modalidad del delito a otra.

Se trata de un delito doloso, y no está prevista la sanción de la imprudencia en base al art. 12 CP⁵². También se suele descartar la sanción de admitir un posible dolo eventual. Junto al dolo debe concurrir un elemento subjetivo adicional consistente en que la conducta del sujeto activo responda a la finalidad recogida en el art 286 *bis. 4* de “predeterminar o alterar de manera deliberada y fraudulenta el resultado (...)”. Las conductas vectoras de la finalidad típica pueden ser realizadas antes, durante o incluso después del evento deportivo, siempre y cuando afecten, o pretendan afectar, el resultado del evento.⁵³

2.5 Penalidad

La corrupción en el deporte, en la versión vigente, consta de un tipo básico, constituido por la integración del apartado 4 del art. 286 *bis* con los apartados 1 y 2, uno privilegiado, resultante de la integración con el apartado 3, y un tipo agravado sancionado en el art. 286 *bis.4*

⁵² Sánchez Bernal, J. “El delito de corrupción deportiva...” *Op. cit.*, p. 150

⁵³ Anarte Borallo, E y Romero Sánchez, C. *Op.cit.* p. 24

El tipo básico en el caso de las personas físicas tendrá la misma pena que para el resto de supuesto de corrupción en los negocios, por tanto, se impondrá una pena de prisión de seis meses a cuatro años. Además, también se contempla una multa del tanto al triplo del beneficio obtenido o ventaja.

Hasta lo aquí expuesto, no hay ningún problema. El problema surge con el otro tipo de pena contemplada, la inhabilitación especial para el ejercicio de industria o comercio por tiempo de uno a seis años. No parece que tenga sentido este tipo de inhabilitación, hubiese sido más útil establecer una inhabilitación más específica para funciones directivas o laborales en entidades deportivas o para la participación en ellas⁵⁴.

La aplicabilidad del tipo privilegiado, por razón de la cuantía y de la trascendencia de las funciones del culpable, ha sido criticada, porque si el beneficio ofrecido posee la suficiente potencialidad para sobornar, su cuantía es indiferente. Y, en cuanto a la atenuación por las funciones del culpable se plantea la impropiedad de la fenomenología de la corrupción deportiva. “Aun así, parece claro que no todos los posibles sujetos activos tienen idéntico poder corruptor, pese a lo cual la pena básica es la misma. Pues bien, la atenuación puede contribuir a amortiguar esta incoherencia”.⁵⁵.

El tipo agravado del art. 286 *quater*, como ya dijimos antes, agrava los supuestos de competiciones nacionales caracterizadas como profesionales o competiciones deportivas internacionales. La inclusión de este artículo como modificación al antiguo 286 *bis.4* amplía la capacidad de la intervención penal, al desplazar la profesionalidad de un elemento necesario para que se produzca el ilícito a una circunstancia que agrava la pena.

2.6 Concursos con otros delitos

La realidad práctica respecto del fraude deportivo puede presentar interesantes relaciones concursales con otras figuras delictivas que analizaremos a continuación. y es que, a pesar de la singularidad que muestra este delito, no es descabellada la idea de apreciar el concurso con otros delitos.

⁵⁴ Benítez Ortúzar, I.F., *Op.cit.* pp. 175 y 176.

⁵⁵ Anarte Borallo, E y Romero Sánchez. C. *Op cit.* p. 37-39

2.6.1 *Delito de cohecho:*

La concordancia entre el delito de corrupción deportiva (y de la corrupción de particulares) y el delito de cohecho es evidente. A pesar de ello, las diferencias entre ambos delitos son claras y abundantes. En el art. 286 bis.4 no se penalizan ni las conductas concordantes con el cohecho por recompensa, ni tampoco las concordantes con el cohecho impropio, pues la corrupción deportiva se cifra siempre en la operación de actos con fines fraudulentos.⁵⁶ Además de que el bien jurídico protegido en ambos delitos es diferente, ya que el delito de cohecho tiene como bien jurídico en normal funcionamiento de los servicios públicos y la indemnidad del prestigio de la función de los servicios públicos, además de que este ha de ser cometido por una autoridad o funcionario público en el ejercicio de su cargo.

Por esto último mencionado, podría haber más riesgo de solapamiento entre ambos delitos en el caso de que se amplíe el concepto de funcionario público. En caso de que se ampliase el concepto, se sancionaría por delito solamente por el delito de cohecho por razón de especialidad de la mayor pena⁵⁷.

2.6.2 *Delito de fraude*

El paralelismo existente entre la corrupción de particulares y algunos delitos socioeconómicos, societarios o defraudatorios, como la estafa, se pierde en el caso de la corrupción deportiva⁵⁸.

Para la mayoría de la doctrina, “la cadena de exigencias que configuran su estructura típica dificulta la subsunción de estos fraudes deportivos”⁵⁹ y, apoyando esto, un auto de la Audiencia Nacional de 25 de junio de 2002 habría desestimado una denuncia por tentativa de estafa, con respecto a la compraventa de un partido de fútbol de segunda, debido a la naturaleza bilateral y fraudulenta del tipo. Y es que, la doctrina ha señalado las dificultades de encajar conductas tales como “el ofrecimiento o la solicitud de una

⁵⁶ Castro, 2010 *Op.cit.* 16 p. 335

⁵⁷ Anarte Borrallo, E y Romero Sanchez, C. *Op cit.* p. 37-41

⁵⁸ Id.

⁵⁹ Id.

ventaja económica para alterar el resultado de una competición, dentro de los elementos de engaño bastante y acto de disposición patrimonial con perjuicio económico que se configuran como requisito indispensable a la hora de configurar el tipo penal de estafa en España”.⁶⁰

Aun así, la opción de un posible concurso con el delito de estafa no puede descartarse por completo, puesto que no hay un acuerdo total en la doctrina. Y es que hay autores que consideran que puede haber un concurso con el delito de estafa en aquellos supuestos de apuestas deportivas en las que, de la alteración del resultado se verifica un importante daño patrimonial o económicamente evaluable. Por ello, “cuando sea viable, se abrirá la posibilidad de apreciar un concurso de delitos, normalmente medial, entre las infracciones de corrupción deportiva, sobre todo pasiva, y la estafa”⁶¹ La doctrina suele plantear un concurso medial pues el fraude deportivo se usa para cometer la estafa.

En el derecho comparado, el tipo de estafa se ha aplicado al amaño de partidos, por ejemplo, en Alemania en el caso R. Hoyzer.⁶² Y es que, en este país, se ha intentado abordar la corrupción deportiva mediante la aplicación de tipos penales ya existentes, en particular el delito de estafa.

2.6.3 *Delito de dopaje*

No es infrecuente el caso de un concurso medial entre la corrupción deportiva y el delito de dopaje, en la medida que se cometa un delito de dopaje para así modificar los resultados de las competiciones en el que participa el deportista.⁶³

3. ANÁLISIS DE LOS CASOS PARADIGMÁTICOS DE APLICACIÓN DE ESTE DELITO

Al estar analizando un delito que consideramos novedoso, hay poca jurisprudencia que verse sobre este y nos ayude a entender mejor sus límites y su correcta aplicación, lo

⁶⁰ García Caba M. M.: “La tipificación del delito de fraude deportivo en el derecho comparado y su extrapolación al proyecto de reforma del Código penal español. Reflexiones, sugerencias y algunas ideas para perfeccionar el nuevo artículo 286 bis”, *Revista Andaluza de Derecho del Deporte*, núm. 8, 2010, p. 222

⁶¹ Anarte Borrallo, E y Romero Sánchez, C. *Op cit.* p. 37-41

⁶² Aguilar Romo, M. *Op.cit*

⁶³ Sánchez Bernal, *Op.cit* p. 34

que nos ha permitido hacer un análisis más original del tipo. Sin embargo, aunque esta es escasa, no es inexistente.

Expondremos brevemente y solo centrándonos en lo relativo al delito de fraude deportivo, el caso Osasuna y el caso Levante, no solo por su relevancia económica y mediática, si no por haberse desenvuelto el juicio y la sentencia de estos durante la elaboración de este trabajo.

3.1 Caso Levante- Zaragoza

Los hechos del caso ocurrieron en 2011, cuando el Real Zaragoza y el Deportivo de la Coruña se jugaban la permanencia en primera división. Se reclama un presunto amaño del partido que enfrentó al Real Zaragoza y a el Levante Unión Deportiva cuyo resultado implicó el descenso automático a segunda división del Real Club Deportivo de La Coruña.

La causa llegó a juicio después de que la audiencia de Valencia acordara reabrir una investigación cerrada en su día al considerar que existían indicios de que nueve jugadores, el técnico y el director deportivo del Zaragoza percibieron una cantidad cercana al millón de euros en los días previos al partido, dinero que parecía que habría terminado en las manos del Levante.

El Juzgado de lo Penal núm.7 de Valencia, en la Sentencia nº454/2019 falló que condena a los acusados Alexis y Aníbal como autores de un delito de falsedad en documento privado y absuelve a todos los 41 acusados y al Real Zaragoza como persona jurídica por corrupción deportiva por no encontrar pruebas de que el dinero salido de las cuentas del Zaragoza fuera destinado a los jugadores del Levante por dejarse perder en ese partido.⁶⁴

Sin embargo, esta decisión no es firme, cabe apelación ante la Audiencia Provincial de Valencia La Liga Nacional de Fútbol Profesional y el Real Club Deportivo optaron por no apelar, pero la fiscalía ya ha interpuesto esta apelación reclamando que se revoque la

⁶⁴ Sentencia del Juzgado de lo Penal nº 454/2019, de 9 de diciembre

sentencia absolutoria y que se valore de nuevo, de forma conjunta el material indiciario en su conjunto, al igual que hizo la Audiencia Provincial a la hora de ordenar la apertura de juicio por estos hechos⁶⁵.

Este caso es especialmente relevante por ser un caso pionero en la aplicación del artículo 286 *bis*.4 del CP tras su reforma. Por ahora, como hemos visto, la decisión de los tribunales ha sido de desestimar este, pero quién sabe que pasará en la apelación. Quizá obtendremos la aceptación de este controvertido nuevo delito por la jurisprudencia, o quizás seremos testigos de una posible muerte anunciada de este que lleve a reformar de nuevo el CP.

3.2 Caso Osasuna – Espanyol

El caso Osasuna es una gran mancha en el fútbol español en lo que a corrupción se refieren, es una mancha incluso más negra que la del mencionado caso Levante-Zaragoza, por tratarse esta vez de cantidades mucho más elevadas. Se juzga un supuesto amaño de partidos por parte del Osasuna en la temporada 2013-2014, los investigados son once. Es la primera vez en la historia del fútbol español, que una persona confiesa en el juzgado la compra de partidos, Ángel Luis Vizcay confesó en la segunda jornada del juicio el amaño de tres partidos y varias primas a terceros vinculados a otros cuatro equipos de primera división: Valladolid, Betis, Getafe y Espanyol⁶⁶.

Tras más de un mes de juicio en la sección segunda de la Audiencia Provincial de Navarra, el caso ha quedado visto para sentencia el pasado mes de febrero, y quién sabe, puede que sea la primera sentencia favorable a la aplicación del nuevo art. 286 *bis* 4. Por ahora, solo se sabe que el jugador Jordi Figueras del Betis será absuelto del delito de corrupción deportiva, puesto que la magistrada decidió adelantar el fallo en lo que a su persona respecta. Sobre el resto de los encausados, la magistrada ha manifestado que necesitará más tiempo para analizar sus conductas, pero todo apunta a que serán condenados.

⁶⁵ Valero.S “La fiscalía recurre la sentencia absolutoria del Levante-Zaragoza”, *El Periódico*, 30 de diciembre de 2019: (disponible en: https://www.elperiodicodearagon.com/noticias/realzaragoza/fiscalia-recurre-sentencia-absolutoria-levante-zaragoza_1402399.html; última consulta 25/03/2020)

⁶⁶ Velasco, G “El ex gerente de Osasuna reconoce que amañaron tres partidos de Primera”. *La Liga Santander*. 21 enero 2020. (disponible en: <https://www.marca.com/futbol/primera-division/2020/01/21/5e26deafca474192418b45a8.html>. Última consulta 25/03/2020)

III. EL DELITO DEL DOPAJE EN EL DEPORTE

1. LA INTRODUCCIÓN DEL DELITO DE DOPAJE EN EL CÓDIGO PENAL PREVIAMENTE PASO POR EL DERECHO ADMINISTRATIVO

La regulación del dopaje ha experimentado una transformación importante en los últimos años, pasando de ser competencia exclusiva de las Federaciones deportivas y del Comité Olímpico Internacional, a ser objeto de una fuerte intervención de los poderes públicos⁶⁷.

En España la intervención de los poderes públicos empezó en 1990 con la aprobación de la Ley del Deporte⁶⁸. Esta ley supuso la ruptura con el modelo tradicional aplicado en España, que entendía el dopaje como un fenómeno limitado al deporte de competición y basado en la ética deportiva, y que por ende su regulación correspondía única y exclusivamente a las Federaciones deportivas y a los organismos olímpicos. Entendemos que la ruptura de este sistema fue consecuencia de una indudable ineficacia a la hora de perseguir estas prácticas y de la emergente concepción de que las prácticas dopantes no solo constituían un daño a la ética deportiva si no que tenían consecuencias para la salud. También influyó en esta publicación del dopaje el hecho de que España estaba adquiriendo diversos compromisos internacionales en la materia⁶⁹. En esta primera fase, se instauró un régimen mixto bajo el cual colaborarían la Administración y las Federaciones deportivas bajo la coordinación del Consejo Superior de Deportes.

Sería con la LO 7/2006 que se produciría el paso a la vía penal. Esta norma vino impulsada no solo por las carencias y deficiencias que presentaba el antiguo modelo, si no, también para hacer frente a los deberes internacionales que nuestro país había adquirido con el CMA y la Convención Internacional de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura que, aunque no obligasen a

⁶⁷ Lo que no es óbice para que en otros países perviva un sistema que utiliza de forma exclusiva a las organizaciones deportivas como vía para hacer frente al dopaje, al margen de la intervención de los poderes públicos, como ocurre en Reino Unido, Suiza, o Estados Unidos. Véase: Hernández San Juan, I. *Estudios sobre el dopaje en el deporte*, Ed: Dykinson, Madrid, 2006, p. 219.

⁶⁸ Ley 10/1990, de 15 de octubre, del Deporte (BOE 17/10/2019)

⁶⁹ Millán Garrido A., “La lucha contra el dopaje en el Derecho español: síntesis normativa”, en Millán Garrido, A. *Régimen jurídico del dopaje en el deporte*, Barcelona, 2005, pp.125-126 y 129.

introducir el delito del dopaje, propiciaban un clima para adoptar tal decisión. Además, a este clima habría que sumarle el hecho de que en el 2004 se destapó una red de tráfico que operaba en treinta y una provincias con la venta de sustancias dopantes y que tuvo una importante repercusión mediática; que había una creciente aparición de casos de dopaje entre deportistas de élite y de laboratorios dedicados exclusivamente a la producción de este tipo de sustancias y que, España estaba siendo considerada como el paraíso del dopaje. Todo esto desembocó en una significativa presión tanto nacional como internacional que reclamaba acciones y soluciones, esta presión se agudizó significativamente en mayo de 2006 con la aparición de la Operación Puerto.

En este contexto, el paso previo al cambio tuvo lugar a través del Plan de lucha contra el dopaje en el deporte, y que versaba sobre cuatro grandes temas: la armonización de la legislación nacional con el consenso internacional alcanzado durante los últimos años en torno a la lucha contra el dopaje; la actualización, sistematización y refundición de la normativa antidopaje; la articulación de una política criminal eficaz contra el dopaje y la coordinación entre las diferentes administraciones. La medida 3 del referido Plan⁷⁰ consideraba que “la lucha contra el dopaje en el deporte hace necesario adoptar un criterio de política criminal que, por una parte, potencie la investigación de las conductas prohibidas y mejore los resultados de las medidas represivas contra el dopaje y que ofrezca un tratamiento punitivo adecuado para sancionar la conducta de las personas pertenecientes al entorno del deportista que intervengan o propicien el dopaje y/o tráfico ilegal, distribución y venta de sustancias prohibidas”. Conforme pues a lo previsto en el Plan se incluyó en el Anteproyecto de la LOPSLDD un artículo en el que se recogía dicho propósito del gobierno.⁷¹

Finalmente, a partir del conjunto de directrices marcadas por el Plan se procedería a elaborar la LO 7/2006, de protección de la salud y lucha contra el dopaje en el deporte que, contando con un gran consenso en el Congreso y Parlamento se publicaría en el BOE el 22 de noviembre de 2006.

⁷⁰ Proyecto del Plan de Lucha contra el dopaje en el deporte, de 11 de febrero de 2005. Ref. 20050211

⁷¹ García Silvero, “El Anteproyecto de Ley Orgánica sobre Protección de la Salud y de Lucha contra el Dopaje en el Deporte: algunas reflexiones tras su aprobación por el Consejo de Ministros”, 2006 pp. 411 ss.

Siguiendo las directrices de la medida tercera del Plan de lucha contra el dopaje en el deporte, el artículo 44 de la LO 7/2006⁷² introdujo en el CP el delito de dopaje a través del artículo 361 bis con tan solo algunas pequeñas modificaciones a como había sido inicialmente redactado, como el cambio de “sin justificación médica” a “sin justificación terapéutica”, la desaparición de “artificialmente” de la cualidad de las sustancias y métodos dopantes y la ampliación del ámbito de personas sobre las que puede recaer la acción típica. El artículo se situaría en el Título XVII “de los delitos contra la seguridad colectiva”, en el Capítulo III, bajo la rúbrica “de los delitos contra la salud pública”.⁷³

Posteriormente y a raíz de la aprobación 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, la antigua LO 7/2006 queda derogada, sin embargo, en nada afectaría al precepto que en este trabajo es de interés. Esta norma parece tomar en consideración las abundantes opiniones que denunciaban la escasa atención prestada a la protección de la salud de los deportistas bajo la anterior disposición legislativa. Esta nueva ley afirma que⁷⁴:

“trata de configurar el dopaje desde una perspectiva integral y como un elemento más dentro del sistema de protección de la salud de los deportistas, a la par que una lacra que afecta a la protección de la salud de los deportistas, al juego limpio en el deporte y a la propia dimensión ética del mismo. Esta idea puede considerarse como un elemento esencial que inspira la nueva regulación, en la cual los aspectos relacionados con la lucha contra el dopaje son importantes, pero no más que los que afectan a la salud de los deportistas, a la prevención de los riesgos que pueda suponer el desarrollo de la actividad deportiva y al establecimiento de medidas positivas de acción de los poderes públicos, que

⁷² Ley Orgánica 7/2006, de 21 de noviembre, de protección de la salud y de lucha contra el dopaje en el deporte.(BOE: 22 de noviembre de 2006)

⁷³ Roca Agapito.L., “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)”. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* (en línea). 2007, núm. 09-08, p. 08:20-08:30. (Disponible en <http://criminet.ugr.es/recpc/09/recpc09-08.pdf> ISSN 1695-0194 [RECPC 09-08 (2007), última consulta: 10 de abril de 2020]

⁷⁴ Ley Orgánica 3/2013, de 20 de junio, de protección de la salud del deportista y lucha contra el dopaje en la actividad deportiva (BOE: 21 de junio de 2013)

permitan conseguir que la práctica deportiva se realice en condiciones idóneas.”⁷⁵

Sin ignorar lo anteriormente dicho, parece que no puede negarse que el principal motivo que da nacimiento a esta nueva ley es la necesidad de adaptar -de nuevo- la legislación española a la normativa contenida en la última versión del CMA, pues el texto entonces vigente había quedado desfasado ante las últimas disposiciones del CP, como así se recogía en el párrafo cuarto del Preámbulo de la LO 3/2013. A ello habría que añadir que, existía un especial interés en obtener una valoración positiva del COI en relación con la candidatura de Madrid a los Juegos Olímpicos.

Por último, cabe decir que con la reforma del CP de 2015 a través de la LO 1/2015, se modificaría el pertinente artículo, pero solo en lo relativo a su numeral que pasaría pues a ser el precepto 362 *quinquies*. Su contenido y su ubicación sistemática se conservaría intacto.⁷⁶

2. ANÁLISIS DEL TIPO CON ESPECIAL ANÁLISIS DE AQUELLAS CUESTIONES INTERPRETATIVAS DE DISCUSIÓN

2.1 Bien jurídico protegido

La identificación del bien jurídico protegido en este delito no es nada sencilla, está rodeada de polémica y falta de consenso entre la doctrina. Así, los eventuales bienes jurídicos protegidos penalmente se vinculan con la salud pública, con la salud individual y con la ética deportiva. Incluso, hay quienes consideran que el bien jurídico protegido podría ser también los intereses patrimoniales y económicos. La jurisprudencia por el contrario se ha agrupado casi unánimemente con la postura que defiende que se custodia la salud como valor de naturaleza colectiva.

⁷⁵ *Id.*

⁷⁶ Sánchez-Moraleda Vilches. N., El delito de dopaje análisis del tipo objetivo con especial referencia al problema de los suplementos deportivos. pp. 55-61 Tesis Doctorales Universidad de Alicante, 2016 (disponible en: https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/77316/1/tesis_natalia_sanchez-moraleda_vilches.pdf. Última consulta 08/04/2020)

Desde una primera aproximación, la doctrina⁷⁷ se centró en la posibilidad de considerar que el bien jurídico tendría un carácter estrictamente patrimonial, configurándose así el delito como una suerte de estafa o defraudación de similar naturaleza, por entender que las sustancias dopantes permitían conseguir una victoria en una competición que podría tener como premio una cantidad de dinero que podría llegar a ser realmente considerable afectando así a la competencia justa o libre competencia. Sin embargo, parece que esta postura no tiene cabida en el debate puesto que el legislador español ha optado por no sancionar al propio deportista. Es decir, el precepto en cuestión no está orientado a sancionar al propio deportista que recurre al dopaje, sino para castigar a las personas de su entorno que participen en tal comportamiento.

Al planteamiento que señala que el bien jurídico protegido penalmente está constituido por el *fair play*, entendido como conjunto de valores que encarnan las ideas de igualdad y juego limpio en la práctica deportiva. Parece claro que en los orígenes del delito la ética deportiva tuvo un peso especial puesto que ya el Plan de lucha contra el dopaje en el deporte ponía de manifiesto que el fenómeno del dopaje requería de una serie de reformas legislativas orientadas a proteger no solo la salud de los deportistas sino también a los valores educativos y los efectos saludables de la actividad física. Sin embargo, estas razones que motivaron el Plan de lucha contra el dopaje no tuvieron ni peso ni reflejo en la exposición de motivos de la LO 7/2006, que solo menciona expresamente la salud pública.⁷⁸

Además, cabe oponerle la misma objeción que al que proponía la libre competencia como bien jurídico puesto que, si el legislador hubiese querido proteger este bien jurídico habría optado también por sancionar al propio deportista que habida cuenta es el que en última instancia atenta contra el juego limpio y no penaría tampoco aquellos casos en los que se tomasen sustancias por recreo. Por no decir que hay autores como Díaz y García Conlledo o Morillas Cueva que consideran que la ética deportiva o el *fair play* no conforman de ninguna forma un bien jurídico con suficiente entidad como para justificar la creación de una figura autónoma. Sin embargo, si consideran que la creación de una agravante genérica sería pertinente puesto que se reforzaría su valor e

⁷⁷ Valls Prieto, J, “La protección de bienes jurídicos en el deporte”, *Estudios sobre derecho y deporte*. Ed. Dykinson, Madrid, España, 2008, pp. 37-41.

⁷⁸ Atienda Macías. E. *Op.cit.* p. 187

incidencia y se evitarían los problemas concursales que genera el precepto -y que posteriormente se estudiarán-.⁷⁹

La doctrina mayoritaria considera que el bien jurídico tutelado por este artículo está relacionado con la salud. Ahora bien, existen dos dimensiones diferentes desde las cuales puede ser entendido el término salud pública: la salud individual y la salud colectiva. Así las cosas, la discusión principal radica pues en dilucidar si la norma se orienta a la salvaguarda de la salud colectiva o de la individual. La doctrina se encuentra dividida entre aquellos que optan por entender que la salud pública va más allá de la mera suma de saludes individuales, “que se configura como un conjunto de condiciones positivas y negativas que posibilitan el bienestar de las personas, afirmando que se trata de un concepto global y superior que constituye un bien jurídico supraindividual”⁸⁰ y aquellos otros que aducen que pese a ser un bien jurídico colectivo, tiene un referente individual, que la lleva a ser la suma de las saludes individuales.⁸¹

La salud pública entendida como salud individual debe ser descartada como bien jurídico puesto que en el CP ya existen otras herramientas específicas destinadas a brindar protección a la salud individual del deportista, las relacionadas con los delitos de las personas. Además, la ubicación del delito dentro de los “delitos contra la salud pública” parece indicarnos que el bien jurídico tutelado se aleja de la perspectiva de salud como estrictamente individual.

Una vez descartadas todas las teorías, parece que cabría entender el bien jurídico como salud pública y, bajo esta convicción, la doctrina ha sostenido que el dopaje implicaría un peligro para la salud pública en general en la medida que este comportamiento se adoptase como actitud a seguir, no solo por el resto del colectivo de deportistas, sino por la colectividad en general en otras esferas de la interacción social. Es por esto, que nos

⁷⁹ Díaz y García Conlledo, M, “Represión y prevención penal del dopaje en el deporte. Relaciones entre Derecho, deporte y dopaje con especial atención a la perspectiva jurídico penal”, *Revista de la Facultad de Ciencias Humanas y Sociales de la Universidad Pública de Navarra*, 1994, pp. 126-127. En esta línea de pensamiento, cfr. Morillas Cueva, L, “Derecho Penal y deporte”, *Derecho del Deporte*, Ed. Aranzadi, Cizur Menor, España, 2013, p. 1098.

⁸⁰ Atienda Macías. E. *Op.cit* p. 187

⁸¹ Cortés Bechiarelli, E, *El delito de dopaje*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, España, 2007, Este autor comparte la propuesta de Lorenzo Salgado, J., “Título XIV. Delitos contra la seguridad colectiva. Capítulo II. De los delitos contra la salud pública”, *Documentación jurídica dedicado a la Propuesta de Anteproyecto de nuevo Código penal*, Vol. II, Madrid, España, 1985, p. 795.

parece que la salud de los ciudadanos en general, es decir la salud pública es el bien jurídico más plausible.⁸²

Sin embargo, y sin contradecir lo dicho hasta el momento -puesto que para la elaboración de este trabajo entenderemos el bien jurídico protegido como el de salud pública-. Desde mi punto de vista, si solo se considera el bien jurídico protegido de la salud pública, este delito sería innecesario ya que ya gozaba de protección por medio de otros preceptos incorporados en el mismo apartado del CP.

2.2 Sujetos y autoría y participación

En lo relativo al sujeto activo del dopaje, entendemos que estamos ante un delito común, que puede ser cometido por cualquiera al no encontrarse delimitado por características especiales, sino que se utiliza un genérico “los que...”. No obstante, de los antecedentes prelegislativos y de la propia Exposición de Motivos podría entenderse que solo se tendría como sujeto activa a aquellas personas que pertenezcan al entorno del deportista. Sin embargo, dada la amplitud de las conductas típicas, hay que entender que el círculo de posibles autores no está cerrado y que puede serlo cualquiera. Esta conformación del sujeto activo parece congruente, puesto que, si se repara en los escenarios en los que tienen lugar estas prácticas dopantes, de haberse configurado un círculo cerrado al entorno del deportista, se habría dejado fuera a muchas personas ajenas a este pero que también desarrollan este tipo de conductas, por ejemplo, quienes venden productos por internet o auténticas mafias.⁸³

A la hora de abordar el tema de los sujetos activos, cabe plantearse qué pasa con el propio deportista que se dopa. El deportista solo podrá ser castigado si el mismo interviene, como autor o como partícipe en la comisión de las conductas descritas en el tipo respecto de otros deportistas, pero no por limitarse a doparse. Esta conducta no resulta punible puesto que en realidad el deportista es la víctima del delito, al igual que pasa en los delitos relacionados con las drogas en los que no se castiga al consumidor. Son delitos plurisubjetivos aparentes, en los que la participación de otra persona, en este

⁸² Atienza Macías., *Op cit*, pp. 185-188

⁸³ Roca Agapito. *Op.cit* pp. 41-45

caso el deportista, es necesaria, pero impune, porque en realidad se trata de la víctima del delito.⁸⁴

En lo relativo al sujeto pasivo, su enfoque variará según se proteja que el bien jurídico es de titularidad colectiva o individual, si bien, en este trabajo hemos concretado que el bien jurídico protegido es la salud pública entendida en su esfera colectiva y, por ende, será esta perspectiva la que se analice. De este modo, los deportistas a los que se refiere el precepto serían sujetos pasivos de la acción, diferenciados del titular del bien jurídico que se pretende salvaguardar que sería la colectividad.⁸⁵

Por último, en lo que se refiere a autoría y participación este delito no plantea ningún problema particular, solo cabría preguntarse lo anteriormente mencionado de si sería punible como inductor el deportista que pide al médico que le suministre una sustancia dopante, pero como ya vimos la respuesta es negativa puesto que estamos ante un delito plurisubjetivo en el que el deportista es un partícipe necesario.⁸⁶

2.3 El objeto material

Las sustancias, grupo farmacológicos o métodos que cumplan tres requisitos que son que estén prohibidos o no sean reglamentarios, que tengan un efecto positivo en las capacidades psicofísicas del deportista y que sean peligrosas para la salud del mismo, constituyen el objeto material de este delito. Al no enumerar el propio tipo penal las sustancias y métodos sobre los que debe recaer la conducta, nos revela que estamos ante una norma penal en blanco -como en la mayoría de los delitos de este Títulos- ya que el legislador se remite a otra norma para señalar que sustancias o métodos están prohibidos.⁸⁷

Analizando el primer requisito, es decir, el hecho de que las sustancias o métodos tengan que estar prohibidos o no ser reglamentarios, vemos que estamos ante una norma en blanco. El hecho de que el CP se remita a otra norma para concretarla permite que, al ser esta de un rango inferior a la ley su procedimiento de aprobación es mucho más

⁸⁴ Id.

⁸⁵ Id.

⁸⁶ Ibid p.46-50

⁸⁷ Id.

ágil. No obstante, tiene el peligro de dejar en manos del poder ejecutivo la determinación del carácter delictivo de una conducta poniendo así en peligro los principios de legalidad, seguridad jurídica y división de poderes.

Con todo, el TC ha admitido este reenvío siempre y cuando sea expreso, esté justificado y contenga la ley el núcleo esencial de la prohibición. El hecho de que sea expreso no quiere decir que deba aparecer concretada en el tipo penal la norma a la que se remite.

En España el art 361 bis CP no menciona expresamente ninguna norma a la que hay que remitirse por lo que habría que determinar a cuál de las existentes se está remitiendo. Entendemos que España consecuente con sus obligaciones internacionales en materia de dopaje publica en el BOE, tal y como anuncia el art 4. De la LOPSLDD, una lista de sustancias y métodos prohibidos cada año y es a esta lista a la que se refiere el CP.

En relación al segundo requisito, es decir, al efecto positivo en las capacidades psicofísicas, solo decir que no cabe entender solo aquellas capacidades que conforman la condición física, también entran a colación aquellas que mejoren aspectos psicológicos. Además, para que la conducta típica sea punible la sustancia dopante tiene que alcanzar una entidad cuantitativa lo bastante elevada como para afectar a la igualdad competitiva.

La tercera y última característica y quizá la más importante a analizar, consiste en que las sustancias o métodos sean peligrosos para la salud. El peligro que sea cause para la vida o salud del deportista no debe ser, una mera posibilidad, sino una realidad.⁸⁸

Tanto la doctrina que considera que el bien jurídico protegido es la salud individual, como aquella que considera que el bien jurídico protegido es la salud pública entendida desde su naturaleza colectiva, sostienen y coinciden en que el injusto de dopaje es de peligro. La cuestión controvertida pues, consiste en precisar la clase de peligro requerido para que la infracción de dopaje sea aplicable.

⁸⁸ Id.

Existe casi unanimidad, tanto entre aquellos que defienden que el bien tutelado es de carácter individual, como entre aquellos que propugnan un interés colectivo, en encuadrar el delito de dopaje entre los delitos de peligro concreto, por entender que se exige a la efectiva puesta en peligro de la salud de al menos un deportista como resultado que habrá de ser constatado *ex post*. Son muchos los argumentos que se exponen para defender esta postura.

Así, y pese a que el artículo no recoge una indicación inequívoca en este sentido, a diferencia de otros preceptos como por ejemplo en los delitos contra la seguridad vial, se aduce como razón principal la exigencia literal de que las sustancias “pongan el peligro la vida o salud de los mismos”. Además, la ubicación del delito en el anterior artículo 361 *bis* entre dos preceptos que sancionaban la producción de un peligro concreto y las conductas típicas, que permiten inferir que el momento consumativo requiere que la acción del sujeto activo ponga en conexión el objeto material del delito con el deportista. Y, por último, que no se sancionan conductas propias de los delitos de peligro abstracto como la tenencia, promoción o favorecimiento.⁸⁹

Aceptando que hay prácticamente unanimidad en la doctrina a la hora de entender que estamos ante un delito de peligro concreto⁹⁰, la cuestión en discusión y que habrá que determinar es si el injusto requiere que las acciones típicas desaten un peligro concreto general o individual.

La doctrina mayoritaria, y la que entendemos como válida en la elaboración de este trabajo, considera que es necesario que las acciones punibles desaten un peligro general, es decir, “si el tipo de dopaje demanda que la acción ocasione un peligro de extensión indeterminada que implique a un conjunto indefinido de personas con especial acercamiento de algún deportista a la fuente de riesgo”⁹¹. Formalmente, parece que el precepto no excluye el castigo de supuestos de peligro general concreto, de tal forma parece que podría afirmarse la tipicidad de acciones masivas en tanto que puedan encuadrarse en los verbos típicos. En consecuencia, el precepto alcanzaría los casos en que se comercialicen las sustancias dopantes tanto por Internet, como en

⁸⁹ Sánchez-Moraleda Vilches. N *Op.cit* pp. 235-250

⁹⁰ Quintero Olivares. *Op.cit.* pp. 348-351.

⁹¹ Sánchez-Moraleda Vilches. N *Op.cit.* pp. 235-250

establecimientos, gimnasios... solo haría falta que quedase acreditada la creación de un peligro idóneo para una pluralidad indeterminada de personas cristalizada en un peligro para al menos un deportista concreto. En estos casos, si el dolo del sujeto hubiese abarcado el resultado del peligro, creo que no habría obstáculo para apreciar un delito de dopaje.⁹²

Existen argumentos de sobra para considerar el peligro general, en primer lugar, atendiendo a su ubicación sistemática entre los “delitos contra la seguridad colectiva “y, más concretamente, entre los “delitos contra la salud pública” puesto que, la doctrina mayoritaria clasifica las infracciones reguladas bajo esas rúbricas como de peligro general. En segundo lugar, atendiendo a la redacción gramatical de las conductas típicas del precepto, vemos como se sancionan comportamientos que son idóneos para poner en peligro la salud de un indeterminado número de sujetos y que se extienden al ciclo de producción y distribución de una serie de productos que se encuentran al alcance de la colectividad. En tercer y último lugar, cabría argumentar la utilización del plural “deportistas” para concretar el sujeto pasivo de la acción, entendiendo que tal referencia concierne a la comunidad deportiva como un conjunto impreciso de individuos sobre los que se cerniría el peligro típico⁹³. Además, la jurisprudencia existente en la materia, aun cuando no se pronuncia sobre el carácter general o individual del injusto, aplica el delito como si fuera un ilícito de peligro general⁹⁴

También una buena parte de la doctrina considera que el delito ha de entenderse como un delito de peligro individual y concreto para un deportista, sin implicar a un conjunto indefinido de personas. Para defender esto, se basa la doctrina en que la redacción del precepto exige para su consumación que siempre se ponga dolosamente en peligro a un deportista concreto, sin que sea necesario que haya de exponerse a riesgo un conjunto indeterminado de personas. También se basa en que ciertas acciones como sería prescribir, administrar o hacer tomar, aluden a la creación de un riesgo limitado a un sujeto identificado o identificable. Además, la referencia a la autorización terapéutica,

⁹² Id.

⁹³ Id.

⁹⁴ Concretamente, la SAP Granada 651/2009, de 4 de diciembre; SAP Cádiz 315/2012, de 9 de octubre; SAP Gijón 18/2012, de 27 de abril; SJP no1 Huelva 217/12, de 15 de junio; SAP Huelva 374/2013, de 30 de diciembre; SAP Huelva 3/2014, de 10 de enero; SAP Sevilla 517/2014, de 23 de septiembre; SAP Almería 24/2015, de 8 de junio. Del mismo modo, la más reciente SJP no 10 Valencia 15/2016, de 14 de enero

indica una relación directa y personal con el deportista, lo que excluiría la tipicidad de aquellas que consistan un mero ofrecimiento en el mercado. Por último, las modalidades agravadas orientan claramente en la dirección de un peligro individual y concreto para un deportista.⁹⁵

También cabría la posibilidad de entenderlo como un peligro mixto, pero no entraremos a valorarlo por falta de espacio e importancia dentro de la doctrina.

2.4 Conducta típica y formas de aparición

En lo relativo a la conducta típica, no entraremos a analizar el contenido y el alcance de cada una de las siete modalidades típicas que este delito castiga, que son prescribir, proporcionar, dispensar, suministrar, administrar, ofrecer o facilitar, pero sí haremos un pequeño apunte a la redacción de esta.

El legislador ha optado por definir la conducta típica utilizando la cada vez más frecuente práctica de establecer una larga y farragosa lista de verbos. Se crea así un tipo mixto⁹⁶ que lleva a calificar como un solo delito los supuestos en que el sujeto activo realiza varios de los comportamientos descritos en el precepto.

Esta extensa enumeración de conductas entendemos que ha estado guiada por el objetivo de evitar lagunas de punición, pero la verdad es que los efectos que ha desencadenados no podrán valorarse positivamente. Puesto que, la sintaxis del precepto es ambigua y confusa lo que implica cierta dificultad a la hora de acotar algunas conductas; además se denuncian redundancias y superposiciones⁹⁷ por el empleo de verbos muchas veces similares o incluso sinónimos y la ampliación exagerada del ámbito de tipicidad, hasta el punto de entender que en ocasiones se están sancionando simples tentativas que se identifican con la acción consumada o actos preparatorios que de otra forma serían impunes. Con todo, la crítica más extendida se centra en la

⁹⁵ Sánchez-Moraleda Vilches. N *Op.cit.* 29 p. 109-148

⁹⁶ Roca Agapito. L. *Op.cit* p. 51. Lo confirman las Sentencia 401/2012, de 10 de octubre.

⁹⁷ Cortés Bechiarelli, E., “El delito de dopaje”, *Op.cit.*, p. 76; Queralt Jiménez, J. *Op.cit.* p.1079; También el Consejo Fiscal, en su Informe al Anteproyecto de la Ley Orgánica 7/2006, puso de relieve el uso de términos sinónimos o muy similares, recomendando que se simplificara con la tipificación de tan solo dos comportamientos: “ofrecer” y “suministrar”.

vulneración del principio de proporcionalidad, por equiparar comportamientos que son claramente diversos desde el punto de vista de su desvalor y ofensividad.⁹⁸

Además, cabe apuntar que no se ha incluido la incitación al consumo de estas sustancias puesto que si esta se incluyese se estaría adelantando aún más la intervención penal, y no tendría sentido entonces la exigencia típica de la concreta puesta en peligro de la salud o vida del deportista.

Es interesante también mencionar que la comisión de estas conductas por omisión es punible, siempre que se cumplan los requisitos recogidos en el art 11. CP. Un ejemplo de esto sería el caso de unos padres de un deportista menor de edad que consienten que su hijo se dope o le dopen o un médico de un equipo que sabe que el entrenador dopa a sus alumnos y no hace nada por evitarlo.⁹⁹

Por último, el art 361 *bis* CP es un delito de resultado, lo que significa que para su consumación exige la puesta en peligro concreto de la salud o de la vida del deportista. En caso de que no llegase a producirse este resultado el delito quedaría en fase de tentativa, que sería punible según lo establecido en los arts. 16 y 62 del CP.¹⁰⁰

2.5 Tipo subjetivo

La comisión de estas conductas es punible tanto si es dolosa como si es por imprudencia grave.

El autor tiene que conocer y querer realizar todos los elementos del tipo objetivo, concretamente tiene que ser consciente de la peligrosidad que implica su conducta y tener la voluntad de poner en peligro. Se produciría un error si el autor desconociese la condición de deportista del paciente, del carácter prohibido de la sustancia o de la peligrosidad de la sustancia para la salud del deportista. En el caso de un medicamento todavía en fase experimental podría apreciarse dolo eventual pues consiente o acepta los posibles efectos adversos de este.

⁹⁸ Sánchez-Moraleda Vilches. N *Op.cit.* pp.199-236

⁹⁹ Roca Agapito. L. *Op.cit.* pp. 51-52

¹⁰⁰ *Id.*

También serán punible las conductas realizadas por imprudencia grave, que de acuerdo con el art. 367 CP se impondrán en estos casos las inferiores en grado. Esta disposición permite que los casos de error de tipo vencible sean también punibles.

Por último, indicar que el legislador español no ha previsto ningún elemento subjetivo del injusto, lo cual, de haberse hecho hubiese impedido que se apreciase la comisión por imprudencia, como pasa en otros países como Italia o Alemania. Pero también hubiese supuesto problemas en su aplicación por la dificultad de la prueba. Por este motivo, parece acertado que el legislador español no haya copiado al derecho comparado en este punto.¹⁰¹

2.6 Penalidad

El artículo 361 *bis* CP establece que las penas previstas son “prisión de seis meses a dos años, multa de seis a dieciocho meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión u oficio de dos a cinco años”. Sin embargo, esta no fue la pena prevista en el Anteproyecto LOPSLDD que había previsto una inhabilitación de hasta seis años. Sin embargo, el Consejo de Estado advirtió en su dictamen que sería conveniente su disminución puesto que al sobrepasar los cinco años de duración se convertiría en una pena grave.

Los supuestos agravados vienen recogidos en el apartado segundo del artículo en cuestión que establece que se impongan las penas anteriormente mencionadas en su mitad superior en tres supuestos que son que la víctima sea menor de edad, que se haya empleado engaño o intimidación o que el responsable se haya prevalido de una relación de superioridad laboral o profesional.

Frente a esto únicamente hacer dos apuntes, en primer lugar, entendemos que podrían haberse incluido a parte de menores a los incapaces, teniendo en cuenta que también practican deporte y que existen competiciones de prestigio para estas personas. En segundo lugar, entender que el agravante de una relación de superioridad se corresponde, en parte, con la agravante genérica de abuso de superioridad del art. 22.4 CP, por lo que

¹⁰¹ *Ibid.* pp.52-53

quedaría absorbida. Además, al delimitar el precepto la relación de superioridad solo a aquellas de índole laboral o profesional, parece que está refiriéndose solamente a aquellos casos en los que las víctimas sean deportistas profesionales. Sin embargo, esto poca importancia tiene, ya que, en caso de que la superioridad tuviese su origen en otro tipo de relación, cabría apreciar la agravante genérica del art 22.4 CP que tiene los mismos efectos agravatorios -con la única diferencia de que se podría compensar con atenuantes genéricas-.¹⁰²

2.7 Concurso con otros delitos

El delito de dopaje se encuentra estrechamente relacionado con otros delitos del código. Es necesario pues distinguir el delito de dopaje de estos otros delitos, por ver si basta con aplicar una de ellas, concurso de leyes, o si hay que aplicar varias, concurso de delitos.

2.7.1 Delitos contra la vida, la salud o la integridad física

A través de un dopaje lo habitual es que se vea afectada la vida o salud del deportista. Puede suceder que el peligro concreto se materialice en un resultado de muerte o lesiones.

Debido al silencio legal sobre la solución punitiva cuando se produce un resultado lesivo, Cortés Bechiarelli defiende la aplicación de un concurso aparente de normas penales, operando así el principio de absorción, pues la producción del resultado lesivo contra la vida o la salud del deportista absorbe el riesgo creado por el sujeto activo¹⁰³

En este sentido, en los casos de dopaje realizados por terceros habrá que distinguir dos supuestos, aquellos en los que el deportista es conocedor de la nocividad de la sustancia y sus efectos perjudiciales y aquellos que no.

En el caso de que no conociese los efectos, el tercero incurre en un delito de lesiones u homicidio, tanto en la modalidad de delito doloso como en la de imprudente, en

¹⁰² *Ibid.* pp.58-60

¹⁰³ Cortés Bechiarelli.E “El delito de dopaje” Op.cit. p. 110.

concurso de normas penales con aplicación del art 8.4 CP. Sin embargo, en el caso de que el deportista sí tuviese conocimiento de los posibles efectos no sería una acción constitutiva de delito si el deportista voluntariamente se la administra causándose lesiones¹⁰⁴. Cadena Serrano por su parte considera que esto debería solucionarse no por un concurso de normas si no un concurso ideal de delitos.¹⁰⁵

Si fuese un tercero el que administra las sustancias dopantes, pero con el consentimiento del deportista, podría aplicarse el art 143.3 CP en el caso de que el deportista consintiese la muerte. Si solo consiente el peligro y, se produce una muerte por imprudencia, podría aplicarse homicidio por imprudencia grave. En el caso de que se produjesen lesiones haría que aplicar el art 155 CP, que castiga las lesiones consentidas con la pena inferior en uno o dos grados.

Si las sustancias se administraron también a otros deportistas, habría un concurso entre el delito de homicidio o lesiones ocasionadas a un deportista y el delito de dopaje practicado al resto de deportistas, entendiendo la existencia de un concurso ideal de tantos delitos como deportistas puestos en peligro. Sin embargo, habría un concurso real de delito si se facilitasen las sustancias a distintos deportistas en diferentes competiciones. No obstante, tendría que haber una separación entre los delitos para que no se apreciase un delito continuado relacionado con el dopaje.¹⁰⁶

2.7.2 *Delito de manipulación genética*

En el caso de que concurriese un delito de manipulación genética del 159 del CP y un delito de dopaje deportivo, generalmente el delito de manipulación genética absorbería al de dopaje, por el llamado principio de consunción del art 8.3 del CP o por el de alternatividad del art 8.4 CP. Sin embargo, también existen autores que entienden que es posible encontrar un concurso ideal con el delito de dopaje.¹⁰⁷

¹⁰⁴ Terradillos Basoco. J.Ma. *Comentarios al Código Penal*, Editorial Iustel, Madrid, p. 797.

¹⁰⁵ Cadena Serrano, F.A. “El Derecho penal y el deporte. Especial referencia a la violencia y al dopaje”, en Fernando Vázquez-Portomeñe Seijas. *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXVII, Santiago de Compostela, 2007. p. 132.

¹⁰⁶ Roca Agapito. L. Op.cit 28 pp. 56-58

¹⁰⁷ Verdugo Guzmán. S.I. Dopaje deportivo: análisis jurídico penal y estrategias de prevención. J.M.Bosch. 2018 p. 374-377

2.7.3 Otros delitos contra la salud pública

Es posible considerar la existencia de un concurso entre el delito de dopaje y otros preceptos que atenten contra la salud pública del mismo CP. Es algo que debe determinarse en cada caso concreto.

En relación con el delito de tráfico de drogas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, es perfectamente posible encontrar un concurso de normas que se resolvería conforme el principio de alternatividad por existir una pena superior en el castigo del delito de tráfico de drogas.¹⁰⁸ Otros autores consideran que al tratarse de delitos que protegen el mismo bien jurídico cabría considerar el principio de consunción a favor del tráfico de aquellos relativos a las sustancias ilegales¹⁰⁹ o que habría que aplicar el principio de especialidad porque es posible una identidad de acción típica y objeto material¹¹⁰. También existe la opción de entender que los art 369 y 360 del CP son delitos de peligro abstracto mientras que el art 361 *bis* CP es un delito de peligro concreto, por lo que el peligro concreto podría absorber al peligro abstracto. Sin embargo, no hay que descartar que si el peligro abstracto abarca a una generalidad de personas se pueda aplicar un concurso de delitos pues el peligro generado para la colectividad no quedaría comprendido por el peligro provocado a un deportista.¹¹¹

Los delitos relativos a medicamentos son también de peligro concreto por lo que su relación con el delito de dopaje, en principio habría que resolverla conforme al criterio de especialidad, siendo prevalente el delito de dopaje. Sin embargo, el art 362. CP establece penas más graves por lo que en este caso habría que apreciar una relación de alterantividad.

Además, los delitos de tráfico de drogas también pueden darse por encontrarse entre las sustancias dopantes algunos estupefacientes y psicotrópicos, por lo que en esos casos la aplicación como ley especial del delito de dopaje supondría un privilegio absurdo. Se podría entender que aquí también se daría una relación de alternatividad.

¹⁰⁸ *Id.*

¹⁰⁹ *Id.*

¹¹⁰ Cortés Bechiarelli. E. "El delito de dopaje", *Op.cit.* p. 931

¹¹¹ Roca Agapito. L. *Op.cit.* pp. 56-58

Por último, es perfectamente posible, al tratarse el deporte de un fenómeno internacional que concurren el delito de dopaje con el de contrabando. En el caso de que las sustancias dopantes fueran estupefacientes o psicotrópicos, el precepto penal relacionado con el contrabando absorbería al delito de dopaje sin que hubiese así un concurso de delitos si no de leyes. En cambio, si no fuesen drogas no cabría aplicar un concurso de delitos, sino un concurso de leyes en el que el delito de contrabando consumiría al de dopaje.¹¹²

2.7.4 *Delitos contra la libertad: coacciones o amenazas.*

Podría existir un concurso de delitos si un deportista es intimidado para doparse. En este caso entenderíamos que estamos ante un concurso ideal que puede resolverse con un delito de coacciones, o el artículo 172.1 CP con el tipo base del artículo 362 *quinquies* del CP.¹¹³

2.7.5 *Delito de fraude deportivo*

Cuando a través del dopaje se pretende ganar un premio o compensación económica por ejemplo a través de una competición podríamos encontrarnos con un concurso entre el delito de dopaje y el delito de fraude deportivo. Entendemos que sería un concurso medial, en la medida que se cometa un delito de dopaje para así modificar los resultados de las competiciones en el que participa el deportista

2.7.6 *Delito de estafa*

La importancia del deporte en la economía ha quedado de manifiesto en lo expuesto en la introducción de este trabajo. Por ello es claro que no puede dejarse de lado la posibilidad de encontrar un concurso entre delitos como el de la estafa y el de dopaje deportivo. Es a lo que Cortés Bechiarelli denomina dimensión patrimonial del dopaje¹¹⁴. Y es que, en el ámbito jurídico los delitos contra la salud pública pueden relacionarse

¹¹² *Id.*

¹¹³ Verdugo Guzmán, S.I. *Op.cit.* pp. 377-378

¹¹⁴ Cortés Bechiarelli, E. "El delito de dopaje, *Op.cit.* 32., p. 125.

con la estafa si existe una conexión causal entre la ingesta de una sustancia y la victoria del deportista dopado.¹¹⁵.

Esta relación de causalidad es discutible por lo que habría que analizar tres posibles escenarios. Primero, si un deportista se dopa sin intervención de terceros y con el objetivo de conseguir un premio económico, estaríamos ante una posible estafa, no habría relación concursal con el delito de dopaje puesto que el autodopaje no está castigado. Segundo, en caso de dopaje de un deportista con su conocimiento mediante la administración por un tercero de la sustancia dopante, ambos serían coautores del delito de estafa y, además el tercero administrador sería castigado como autor del delito de dopaje en un concurso medial de delitos. Tercero, si un deportista se dopa sin su conocimiento mediante la administración por un tercero de la sustancia dopante, el tercero se castigaría como autor mediato del delito de dopaje en concurso medial con el delito de estafa y posiblemente un delito de coacciones¹¹⁶.

3. ANÁLISIS DE LOS CASOS PARADIGMÁTICOS DE APLICACIÓN DE ESTE DELITO

El *doping* es el cáncer del deporte, los métodos son miles y desgraciadamente los casos también. Ninguna disciplina se salva. Fútbol, ciclismo, atletismo, halterofilia y los deportes de combate son las disciplinas que más casos presentan.

Sin embargo, en España los resultados de operaciones policiales contra el dopaje como fueron la Galgo, Puerto o Estrobo acentuaron la creencia de que en nuestro país no existen sentencias penales relativas al delito de dopaje, que uno puede cometer el delito y salir impune. Pero esto, como veremos, no puede distar más de la realidad puesto que diferentes audiencias y juzgados han dictado entre 2011 y 2016 hasta catorce condenas por cometer hechos ilícitos en este ámbito.

Analizaremos en este apartado a título ilustrativo y por sustanciarse en los mismos importantes aspectos jurídicos penales, algunos de los casos más controvertidos que ha habido en relación con el dopaje en España.

¹¹⁵ Ibid. p.126

¹¹⁶ Ibid p.128

3.1 Operación Puerto

La operación Puerto se inicia en 2006 a raíz de hallazgo por parte de la Guardia Civil de más de 200 bolsas de sangre codificadas para transfusiones en un laboratorio clandestino en Madrid, propiedad de José Luis Merino, socio del médico y cabecilla de la operación Eufemiano Fuentes.

Cuando sucedieron los hechos de este caso, el delito de dopaje aún no estaba contemplado en la legislación española. Esto hizo que el juez instructor de la causa se centrara exclusivamente en si se había cometido un delito contra la salud pública, llegando a la conclusión de que no y por ende dictando auto de sobreseimiento y archivando el caso el 8 de marzo de 2007.

Frente a este sobreseimiento se presentaron seis recursos por parte de acusaciones particulares, la Fiscalía y la Abogacía del Estado lo que implicó la reapertura del caso por orden de la Audiencia Provincial de Madrid. Sin embargo, el juez instructor procedió de nuevo a sobreseer y archivar el caso el 26 de septiembre de 2008 por entender de nuevo que no había peligro para la salud. Habría posteriormente una nueva reapertura por orden de la Audiencia Provincial de Madrid ordenando la preparación del juicio oral, ya que si apreciaba indicios de delito.

La Operación Puerto culminó con la Sentencia núm.144/2013 de 29 de abril de 2013 del Juzgado de lo Penal núm. 21 de Madrid, en cuyo fallo se condenaría a Eufemiano Fuentes y a José Ignacio Labarta Barrera a título de cómplice contra el delito de salud pública del art 361 del CP.¹¹⁷

No se pudo apreciar el delito de dopaje puesto que se prohíbe la irretroactividad de las normas penales y este delito no entraría en vigor hasta el 22 de febrero de 2007.

¹¹⁷ Sentencia 144/13 de 29 de abril, de 2013, del Juzgado de lo Penal N°21 de Madrid

3.2 Operación Galgo

En abril de 2010 la Guardia Civil inicia investigaciones sobre prácticas de dopaje sanguíneo a varios deportistas de élite, y entrenadores y a los médicos Eufemiano Fuentes y Yolanda Fuentes. A raíz de estas, en noviembre de ese mismo año el Juzgado de Instrucción núm.24 de Madrid ordenó que se practicasen los correspondientes registros y detenciones.

Aunque durante los registros se encontraron anabolizantes, esteroides, bolsas con sangre y material de laboratorio utilizado para la realización de transfusiones sanguíneas, la Audiencia Provincial de Madrid, el 30 de enero de 2012 dictó un Auto declarando “nulas las escuchas telefónicas practicadas en la citada operación, así como las entradas y registros practicados en la misma y las declaraciones que varios de los imputados prestaron mientras la causa estaba secreta”¹¹⁸ Declararía también nulas el resto de actuaciones basándose en la doctrina de la conexión de la antijuricidad, que entiende que si la Guardia Civil no tenía derecho a saber lo que sabía, todos los descubrimientos que hizo basándose en ese conocimiento eran nulos.

Por ese motivo, la jueza titular decretaría mediante auto el 24 de mayo de 2012 el sobreseimiento y archivo de las diligencias. Nadie recurriría el mencionado archivo por lo que el archivo de este se convertiría en firme.

3.3 Operación Estrobo

Esta operación afecta a diez acusados, todos con vinculación y distinto grado de proximidad a Urdaibai Arraun Elkarte, a los que se les acusa de formar una presunta red de dopaje en 2010, año en que la tripulación ganó la Liga San Miguel y La Concha.

La Audiencia Provincial de Vizcaya confirmaría los resultados del Juzgado de lo Penal nº1 de Bilbao, decretando la absolución de todos los acusados en la Operación Estrobo, incluyendo al presidente y el entrenador del Club de Remo Uraibai, sus médicos y enfermeras entre los que se encontraba Marcos Maynar, sancionado gravemente por la Agencia Mundial Antidopaje.

¹¹⁸ Auto 55/2012 de la AP de Madrid, de 30 de enero de 2012

Esta absolución se produjo pese que se consideraron probadas la adquisición de productos ilícitos y la distribución sin prescripción médica. Lo que, en nuestra opinión choca frontalmente con el artículo 362 *quinquies* del CP. Y es que, según la Audiencia provincial no se puede acreditar ni el efectivo suministro a los remeros, pese que hubo testigos que acreditaron esto, ni el peligro para la vida o salud de los mismos.¹¹⁹

Estas resoluciones y otras como la sentencia 282/2019 de la Audiencia Provincial de Barcelona o la 40/2017 de la Audiencia Provincial de Asturias supusieron un gigantesco paso atrás en la credibilidad de nuestro sistema y en la lucha contra el dopaje. Que en los casos más mediáticos relativos a este delito el resultado fuese siempre favorable para el presunto criminal, puede inducir al error de pensar que en España este delito no es castigado. Sin embargo, como ya hemos dicho, pensar esto sería un error, puesto que sí que existen casos -aunque menos mediáticos- en los que se ha apreciado un delito de dopaje, a modo de ejemplo citamos la Sentencia 194/2017 del 4 de septiembre de 2017 de la Audiencia Provincial de Cádiz o la Sentencia núm. 374/2013 de 30 de diciembre,¹²⁰ en la que se condena por el delito de dopaje o, la condena en 2014 al ex ciclista José Luis Martínez y sus dos socios.

IV. CONCLUSIONES

El avance del deporte es un fenómeno social imparable que propugna valores trascendentes y positivos para la sociedad en su conjunto que pueden sintetizarse en que se presenta como un factor de integración intercultural e interracial; es un resorte de cohesión y convivencia social; fomenta valores educativos y formativos; contribuye al desarrollo integral de la persona... Por estas razones, el marco deportivo de la competición profesional y de alto nivel está obligado a ser un referente ético en valores y comportamientos. Sin embargo, esto no es siempre así. En ocasiones, la lucha por la victoria y por el éxito se vuelve oscura, se utilizan mecanismos muy alejados de la ética deportiva para conseguirlos como son el fraude, la violencia o el dopaje.

¹¹⁹Martín. M. “La mancha de la justicia: Operación Estrobo”. *Wang Connection*. 20 abril 2016 Disponible en: <https://www.wangconnection.com/la-mancha-de-la-justicia-operacion-estrobo/>. Última consulta: 12 abril 2020)

¹²⁰ Sentencia núm. 374/2013 de 30 diciembre. ARP 2014\303

Todo ello conduce a la cuestión principal de esta reflexión, el acercamiento o, mejor dicho, la necesidad del acercamiento entre el deporte y el derecho. Este acercamiento, en mi opinión, es necesario, pero debería hacerse principalmente desde el ámbito del derecho civil o del derecho administrativo sancionador. El derecho penal debería quedar relegado solo a aquellos casos más extremos. Puesto que, de no ser así se estaría yendo contra varios de los principios básicos del Derecho penal, como son el de intervención mínima, el de subsidiariedad, o el de última *ratio*. Además, se incurriría en una peligrosa confusión entre Derecho Penal y la moral o entre Derecho Penal y la política, usándose este de forma promocional para resolver problemas que preocupan a la sociedad con fines *quasielectorales*.

Pese a que en mi opinión el derecho penal debería quedar relegado solo a las conductas más graves en el deporte y que, además, generalmente no sería necesario para regularlas introducir nuevos delitos puesto que estas conductas se podrían proteger a través de tipos ya existentes en el CP. Los legisladores no pensaron lo mismo y decidieron incorporar al CP la tipificación del delito de dopaje y del de fraude deportivo.

Siempre que el CP tipifica un nuevo delito, surgen las preguntas de si realmente se está tipificando una conducta que antes no era penalmente sancionable a través de alguna de las infracciones penales ya existentes, y si, en caso de no ser esta un delito anteriormente, cuál es la razón que motiva su tipificación penal. En respuesta a esto, cabría diferenciar ambos delitos para llegar a la misma conclusión.

En lo referente al delito de fraude, habrá que diferenciar ambas modalidades, puesto que, en el de corrupción activa las conductas no eran punibles anteriormente, pero tampoco debían serlo puesto que el directivo de una empresa que abona comisión a otra para obtener un favorecimiento para la suya actúa, indiscutiblemente, en beneficio de su propia empresa, por lo que no está incumpliendo sus obligaciones específicas ni siendo desleal con su empresa. Por lo que entendemos que antes no era penalmente sancionable pero que tampoco debería serlo ahora. En lo referente a la modalidad pasiva, las conductas ya podían ser reprendidas en los casos más graves por la vía del delito de apropiación indebida o estafa. Por tanto, en este delito de fraude deportivo, no compartimos la opinión del legislador de incluirlo en el CP al entender que las

conductas por este castigadas o bien no tienen la suficiente entidad o bien se pueden perseguir a través de otros tipos penales.

Estamos ante un claro ejemplo del derecho penal simbólico, apartado de los principios de lesividad y exclusiva protección de los bienes jurídicos, puesto que el bien jurídico del delito de fraude deportivo, que entendíamos que era la integridad deportiva, se forma por una dimensión económica que, como veíamos, podía protegerse a través de otros delitos como la estafa o la apropiación indebida y, la otra dimensión, el *fair play*, no tiene la entidad y peso suficiente como para que el derecho penal tenga que protegerlo.

En relación con el delito del dopaje, las conductas más graves sancionadas ya eran perseguidas por otros delitos antes de que se tipificase específicamente el dopaje, puesto que el bien jurídico de la salud pública ya estaba protegido a través de otros delitos. Por lo que volvemos a estar frente a otro claro ejemplo de derecho penal simbólico.

Por ello, entendemos que estos delitos son innecesarios y atentan contra los principios fundamentales del derecho penal y proponemos su retirada del CP. En sustitución a estos delitos, sería conveniente si se quiere proteger el *fair play*, que no quedaría protegido por otros tipos delictivos del CP, reforzar el ya existente derecho administrativo sancionador para que persiga estas conductas, dotándolo de más y mejores instrumentos para perseguir e investigar estas conductas. Este refuerzo del derecho administrativo sancionador es totalmente necesario, puesto que la incorporación de los mencionados delitos se debió en parte a la ineficacia por parte del derecho administrativo sancionador de perseguirlos.

Por último, añadir que como ya hemos dicho, el derecho penal podría llegar a regular las conductas más graves relacionada con el deporte e incluso hacerlo de forma específica en aquellos casos en los que no fuese posible ampararse en otro tipo penal. Para esos casos, proponemos que el derecho penal entre en acción, pero que las penas que imponga sean de inhabilitación o económicas y no privativas de libertad.

V. BIBLIOGRAFÍA

1. LEGISLACIÓN

Criminal Law Convention on Corruption. Strasbourg, 27.1.1999. European Treaty Series - Núm. 173.

Ley 10/1990, de 15 de octubre, del Deporte (BOE: 17 de octubre de 1990)

Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la LO 10/1995, de 21 de noviembre, del Código Penal. (BOE: 31 de marzo de 2015)

Ley Orgánica 3/2013, de 20 de junio, de protección de la salud del deportista y lucha contra el dopaje en la actividad deportiva (BOE: 21 de junio de 2013)

Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Disposición General. Preámbulo XIX. (BOE:23 de junio de 2010)

Ley Orgánica 7/2006, de 21 de noviembre, de protección de la salud y de lucha contra el dopaje en el deporte. (BOE: 22 de noviembre de 2006)

Proyecto del Plan de Lucha contra el dopaje en el deporte, de 11 de febrero de 2005.
Ref. 20050211

2. JURISPRUDENCIA

Auto 55/2012, de 30 de enero de 2012 la Audiencia Provincial de Madrid

Sentencia 144/13, de 29 de abril de 2013, del Juzgado de lo Penal núm. 21 de Madrid

Sentencia 454/2019, de 9 de diciembre de 2019, del Juzgado de lo Penal núm. 7 de Valencia

Sentencia 374/2013, de 30 diciembre de 2013, de la Audiencia Provincial de Huelva

Sentencia 401/2012, de 10 de octubre, del Juzgado de lo Penal de Valencia

3. OBRAS DOCTRINALES

Aguilar Romo, M. “El delito del amaño de partidos en España tras la reforma de la LO 1/2015. Una reflexión sobre la conducta típica” *Revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal* núm. 54/2019 parte Legislación. 2019

Anarte Borrallo, E y Romero Sánchez, C. “El delito de corrupción deportiva. Aspectos metodológicos, dogmáticos y político-criminales”. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* (en línea). 2012, núm 14-20 pp.20:1-58

Araldo Cabana P. "Hacia un delito de corrupción en el sector privado". *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXIII. *Cursos e Congresos* núm. 135. Universidad de Santiago de Compostela, 2002 p. 67-82

Atienza Macías. E., “¿Dopaje y salud pública? La difícil y discutida identificación del bien jurídico protegido en el delito de dopaje” Vol.26 *Derecho y Salud*. 2016 p. 180-192

Benítez Ortúzar.I *El delito de “Fraudes Deportivos”*. *Aspectos criminológicos, político criminales y dogmáticos del artículo 286 bis. 4 del CP*. Madrid, 2011. p. 725-755

Benítez Ortúzar.I. “De los delitos contra la integridad deportiva”. *Acerca de la necesidad de un título autónomo aglutinador de las conductas delictivas intrínsecas a la práctica deportiva*. En *Respuestas jurídicas al fraude en el deporte*. Madrid, Ed. Dykinson, 2017, pp. 36-42.

Cadena Serrano, F.A. “El Derecho penal y el deporte. Especial referencia a la violencia y al dopaje”, en Fernando Vázquez-Portomeñe Seijas. *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXVII, Santiago de Compostela, 2007. p. 132.

Caruso Fontán, M.V. *El concepto de corrupción. Su evolución hacia un nuevo delito de fraude en el deporte como forma de corrupción en el sector privado*. Foro, Nueva época, núm. 9/2009: p. 147

Castro Moreno, A. (2010). "El nuevo delito de corrupción en el deporte". *RJDE*, 28 (2010) pp. 20-24

Cortés Bechiarelli, E, *El delito de dopaje*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, España, 2007

Cortés Bechiarelli,E., *El delito de corrupción deportiva*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2012

Díaz y García Conlledo, M, "Represión y prevención penal del dopaje en el deporte. Relaciones entre Derecho, deporte y dopaje con especial atención a la perspectiva jurídico penal", *Revista de la Facultad de Ciencias Humanas y Sociales de la Universidad Pública de Navarra*, 1994, pp. 120-132.

García Caba M. M.: "La tipificación del delito de fraude deportivo en el derecho comparado y su extrapolación al proyecto de reforma del Código penal español. Reflexiones, sugerencias y algunas ideas para perfeccionar el nuevo artículo 286 bis", *Revista Andaluza de Derecho del Deporte*, núm. 8, 2010, p. 215-225

García Silvero, "El Anteproyecto de Ley Orgánica sobre Protección de la Salud y de Lucha contra el Dopaje en el Deporte: algunas reflexiones tras su aprobación por el Consejo de Ministros", 2006 pp. 411 ss.

Hernández San Juan, I. *Estudios sobre el dopaje en el deporte*, Ed: Dykinson, Madrid, 2006, p. 219.

Lorenzo Salgado, J., "Título XIV. Delitos contra la seguridad colectiva. Capítulo II. De los delitos contra la salud pública", *Documentación jurídica dedicado a la Propuesta de Anteproyecto de nuevo Código penal*, Vol. II, Madrid, España, 1985, p. 795.

Luzón Cuesta, JM., *Compendio de Derecho Penal. Parte Especial*, 21ª ed., Dykinson, 2018 p. 246.

Magro Servet. V “La corrupción en el deporte en la reforma del Código Penal (nuevo artículo 286 bis.4.)” *Diario La Ley*. Madrid, 2015 p. 7

Martín. M “La mancha de la justicia: Operación Estrobo”. *Wang Connection*. 20 abril 2016 Disponible en: <https://www.wangconnection.com/la-mancha-de-la-justicia-operacion-estrobo/>. Última consulta: 12 abril 2020)

Millán Garrido A., “La lucha contra el dopaje en el Derecho español: síntesis normativa”, en Millán Garrido, A. *Régimen jurídico del dopaje en el deporte*, Barcelona, 2005, pp.120-135

Morillas Cueva, L, “Derecho Penal y deporte”, *Derecho del Deporte*, Ed. Aranzadi, Cizur Menor, España, 2013, p. 1098.

Morillas Cueva. L. “Derecho y deporte. Las múltiples formas de fraude en el deporte” En L. Morillas Cueva “Respuestas Jurídicas al fraude en el deporte” Dykinson S.L., Madrid, 2017 p.66.

Muñoz Conde: *Derecho Penal. Parte especial*, 21ªed., Tirant lo Blanch. Valencia, 2017 p. 463-468

Muñoz Ruiz, J “El nuevo delito de corrupción en el deporte” *Revista andaluza de Derecho del Deporte* (9) 2010 p. 39

Pérez Ferrer, Fátima., “Principales novedades en los delitos de fraude deportivo tras la reforma de la LO 1/2015, de 30 de marzo”. *Respuestas jurídicas al fraude en el deporte* Dykinson, Madrid, 2017, pp. 61–86

Queralt Jiménez, J. J., *Derecho penal español. Parte especial*, 7a ed., Ed. Tirant Lo Blanch, Barcelona 2015.

Quintero Olivares et al.: *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, 10ª ed., Aranzadi 2016 p, 915-930

Ríos Corbacho, J.M., “El fraude en el fútbol”, *Jornada sobre Derecho del Fútbol*, 2011, p. 191.

Roca Agapito.L., “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)”. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* (en línea). 2007, núm. 09-08, p. 08:20-08:30. (Disponible en <http://criminet.ugr.es/recpc/09/recpc09-08.pdf> ISSN 1695-0194 [RECPC 09-08 (2007), última consulta: 10 de abril de 2020]

Rodríguez-Mourullo. A. Y Clemente. I., “Dos aspectos de derecho penal en el deporte: el dopaje y las lesiones deportivas”. *Información jurídica inteligente*. Núm. 9. 2004 p. 53-68.(Disponible en: <http://pilmartinescudero.es/MarzoAbrilMayoJunio2017/Derecho-Penal-dopaje-y-lesiones-2004.pdf>. Última consulta 18 abril 2020)

Sánchez Bernal, J. “El delito de corrupción entre Particulares. Especial referencia a la Corrupción en el deporte”. Tesis Doctoral. Salamanca, 2017. (disponible en: https://gedos.usal.es/bitstream/handle/10366/137566/DDPG_SanchezBernalJ.pdf?sequence=1, última consulta 16/03/2015)

Sánchez Bernal. J. *El delito de corrupción deportiva tras la reforma de 2015*. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 2018 p. 110,

Sánchez-Bernal J. “Los delitos de corrupción en el deporte en España, Portugal y Brasil. Similitudes y diferencias”. *Revista de Estudios Brasileños* [Internet]. 2019 pp., 15,16

Sánchez-Moraleda Vilches. N., El delito de dopaje análisis del tipo objetivo con especial referencia al problema de los suplementos deportivos. pp. 55-61 Tesis Doctorales Universidad de Alicante, 2016 (disponible en:

https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/77316/1/tesis_natalia_sanchez-moraleda_vilches.pdf. Última consulta 08/04/2020)

Terradillos Basoco. J.Ma. *Comentarios al Código Penal*, Editorial Iustel, Madrid, p. 797.

Valero.S “La fiscalía recurre la sentencia absolutoria del Levante-Zaragoza”, *El Periódico*, 30 de diciembre de 2019: (disponible en: https://www.elperiodicodearagon.com/noticias/realzaragoza/fiscalia-recurre-sentencia-absolutoria-levante-zaragoza_1402399.html; última consulta 25/03/2020)

Valls Prieto, J, “La protección de bienes jurídicos en el deporte”, *Estudios sobre derecho y deporte*. Ed. Dykinson, Madrid, España, 2008, pp. 37-41.

Valls Prieto, J. “La intervención del Derecho Penal en la actividad deportiva”. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* (en línea). 2009, núm. 11-14, p. 14:2.

Velasco, G “El ex gerente de Osasuna reconoce que amañaron tres partidos de Primera”. *La Liga Santander*.21 enero 2020. (disponible en: <https://www.marca.com/futbol/primera-division/2020/01/21/5e26deafca474192418b45a8.html>. Última consulta 25/03/2020)

Ventura Puchel A. “Corrupción entre particulares”. *En Derecho Penal Español. Parte especial*. Tirant Lo Blanch Valencia 2011, pp. 669–685.

Verdugo Guzmán. S.I. Dopaje deportivo: análisis jurídico penal y estrategias de prevención. J.M.Bosch. 2018 p. 374-377

Vicente Martínez, R., “Sobre amaño de partidos, primas a terceros, maletines y Derecho penal”, *Anuario Iberoamericano de Derecho Deportivo*, núm.3, 2015 pp.18 y ss.