

EL NUEVO RÉGIMEN SANCIONADOR DEL DOPAJE: MÁS SOMBRAS QUE LUCES (*)

ALBERTO PICÓN ARRANZ
Doctor en Derecho
Universidad de Valladolid

SUMARIO: I. EL CÓDIGO MUNDIAL ANTIDOPAJE 2021: UN CONDICIONANTE INELUDIBLE.– II. LA LEY ORGÁNICA 11/2021, DE 28 DE DICIEMBRE, DE LUCHA CONTRA EL DOPAJE EN EL DEPORTE: UNA NORMA EMINENTEMENTE SANCIONADORA.– III. LOS PRINCIPALES PROBLEMAS DE ADAPTACIÓN DE LA LEGISLACIÓN ANTIDOPAJE AL DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR GENERAL: UNA REDUCCIÓN INJUSTIFICADA DE GARANTÍAS PARA EL DEPORTISTA: 1. Un sistema de responsabilidad objetiva o cuasi objetiva. 2. La inversión de la carga de la prueba y el principio de presunción de inocencia. 3. Control judicial de las sanciones administrativas antidoping.– IV. CONCLUSIONES.– V. BIBLIOGRAFÍA.

RESUMEN: El régimen sancionador en el ámbito del dopaje deportivo viene homogeneizándose en todos los Estados a través del Código Mundial Antidopaje, principal referencia normativa en esta materia de la Agencia Mundial Antidopaje. En España, la última adaptación al Código de nuestro derecho interno se ha llevado a cabo a través de la Ley Orgánica 11/2021, de lucha contra el dopaje en el deporte. En el presente trabajo se analizarán algunas posibles incompatibilidades que el vigente régimen sancionador en materia de dopaje presenta con las garantías constitucionales propias del derecho administrativo sancionador.

Palabras clave: derecho administrativo sancionador; dopaje; derecho deportivo; garantías constitucionales.

ABSTRACT: *The anti-doping sanctioning regime has been standardized in all nations through the World Anti-Doping Code, the main regulatory reference in this area of the World Anti-Doping Agency. In Spain, the latest adaptation to the Code in our domestic law has been carried out through Ley Orgánica 11/2021, de lucha contra el dopaje en el deporte. This paper will analyse some possible incompatibilities that the current anti-doping disciplinary system presents with the constitutional guarantees inherent to administrative sanctioning law.*

Key words: *administrative sanctioning law; doping; sports law; constitutional guarantees.*

(*) Trabajo recibido en esta REVISTA con fecha 04/07/2022 y evaluado favorablemente para su publicación el 17/11/2022.

I. EL CÓDIGO MUNDIAL ANTIDOPAJE 2021: UN CONDICIONANTE INELUDIBLE

Como es sabido, en el ámbito de la lucha contra el dopaje deportivo cobra especial importancia la normativa internacional. El principal objetivo en este sector es la consecución de una disciplina antidopaje única y eficaz a nivel mundial, para lo cual es necesaria la armonización de las diferentes legislaciones nacionales a partir de instrumentos normativos internacionales vinculantes para los Estados.

Precisamente la promoción y coordinación de la lucha contra el dopaje a nivel internacional fue —y sigue siendo— el principal objetivo (1) de la Agencia Mundial Antidopaje (en adelante, AMA). La AMA es una fundación privada suiza que se creó en Lausana en noviembre de 1999 y que se financia por el Movimiento Olímpico y los Gobiernos de los Estados a partes iguales (2).

La gran aportación de la AMA a la lucha contra el dopaje en el deporte, desde el punto de vista jurídico, es el Código Mundial Antidopaje, cuya primera versión data de 2003. Este Código ha sido objeto de cuatro enmiendas; la primera con efectos de 1 de enero de 2009, la segunda con efectos de 1 de enero de 2015, la tercera con efectos de 1 de abril de 2018 y, por último, la versión vigente desde el 1 de enero de 2021. En palabras del propio Código, éste se configura como un «*documento fundamental y universal en el que se basa el Programa Mundial Antidopaje en el deporte*» (3) y cuyo «*objeto es promover la lucha contra el dopaje mediante la armonización universal de los principales elementos relacionados con la lucha antidopaje*» (4).

Ahora bien, como se ha anticipado, la AMA tiene naturaleza privada y sus normas, en consecuencia, serán de derecho privado y tendrán carácter dispositivo, por lo que el debate acerca de la fuerza vinculante del Código no se hizo esperar. La propia AMA siempre tuvo como objetivo aplicar el Código de forma imperativa en todos los Estados y ya en su versión de 2003 mostraba sus intenciones en, al menos, dos preceptos:

(1) Sobre los objetivos de la AMA destaca el análisis de J. RODRÍGUEZ GARCÍA (2013: 64 y ss).

(2) Un recorrido sobre la normativa internacional antidopaje anterior a la creación de la AMA puede encontrarse en L. M^o. CAZORLA (1992: 412 y ss).

(3) En el ámbito internacional, la STEDH de 18 de noviembre de 2018, asunto FNASS y otros c. Francia, apartado 179, también otorga un papel central al Código Mundial Antidopaje en el ámbito internacional pues afirma que la construcción progresiva de la lucha contra el dopaje ha dado lugar a un marco jurídico internacional cuyo principal instrumento es el Código.

(4) Código Mundial Antidopaje de 2021, Objeto, ámbito de aplicación y organización del programa y del código mundial antidopaje (puede consultarse en castellano en https://www.wada-ama.org/sites/default/files/resources/files/codigo_2021_espanol_final_002.pdf).

- En primer lugar, el artículo 20.1.2 imponía —y sigue imponiendo— al Comité Olímpico Internacional (en adelante, COI) la exigencia a las federaciones internacionales pertenecientes al Movimiento Olímpico como requisito para su reconocimiento que se atengan al contenido del Código.
- En segundo lugar, los artículos 1 (definición del dopaje), 2 (infracciones de las normas antidopaje), 3 (prueba del dopaje); 4.2.2 (sustancias específicas), 4.3.3 (determinaciones por parte de la AMA de la lista de sustancias y métodos prohibidos), 7.6 (retirada del deporte), 9 (anulación automática de los resultados individuales), 10 (sanciones individuales), 11 (sanciones a los equipos), 13 (apelaciones, con excepción de los casos en los que estén implicados deportistas de nivel nacional), 15.4 (reconocimiento mutuo), 17 (plazo de prescripción), 24 (interpretación del Código), así como el contenido del Apéndice 1 (Definiciones), deben ser implantados por los signatarios sin introducir cambios sustanciales, ni agregar disposición alguna de forma que se alteren los efectos de los mismos.

En consecuencia, para los signatarios del Código y para los Estados miembros del Movimiento Olímpico, la mera promulgación del Código ya comprometía sobremanera su eficacia, aunque sigue constituyendo una norma de derecho privado.

La dotación de fuerza vinculante al contenido del Código Mundial Antidopaje tuvo lugar a través de la Convención Internacional contra el Dopaje en el Deporte aprobada en París en 2005 en el seno de la 33ª Conferencia de la UNESCO (organismo especializado de Naciones Unidas). Se trata del primer Convenio Internacional en materia de lucha contra el dopaje (5) que, además, fue ratificado por unanimidad de los gobiernos (entre ellos el de España). Es cierto que, según el artículo 4 de la Convención, el Código Mundial Antidopaje no forma parte de ella, sin embargo, *«con miras a coordinar, en el plano nacional e internacional, las actividades de lucha contra el dopaje en el deporte, los Estados Parte se comprometen a respetar los principios del Código»*.

Tanto la doctrina (6), como la jurisprudencia (7), consideran que a través de la Convención el contenido del Código Mundial Antidopaje adquiere fuerza

(5) Instrumento de ratificación de la Convención Internacional contra el dopaje en el deporte, hecho en París el 18 de noviembre de 2005, publicado en el BOE el 16 de febrero de 2007.

(6) T. R. FERNÁNDEZ (2014: 1355), D. Hernando Espada (2019: 5) o R. DE VICENTE MARTÍNEZ (2021: 867).

(7) STS de 25 de abril de 2017, FD 5 (rec. 606/2016): «La Convención es el primer instrumento jurídico internacional que con carácter obligatorio y alcance universal tiene por

vinculante en España pues se trata de una norma de derecho internacional público integrada en nuestro derecho interno a través de la fórmula prevista en nuestra Constitución.

Sin embargo, el Código, aunque inspire y condicione de forma directa la legislación nacional contra el dopaje, no es aplicable directamente por nuestras autoridades (8), sino que debe integrarse en los diferentes derechos internos de cada Estado. En el caso de España, la última gran aportación legislativa en esta materia ha sido la Ley Orgánica 11/2021, de 28 de diciembre, de lucha contra el dopaje en el deporte. A lo largo del presente trabajo analizaremos precisamente cómo influye la normativa internacional en nuestro derecho interno en materia de dopaje deportivo y, lo que es más importante, qué problemas de constitucionalidad puede implicar la importación de los principios sancionadores contenidos en el Código Mundial Antidopaje en nuestro sistema de derecho administrativo sancionador tradicional (9).

II. LA LEY ORGÁNICA 11/2021, DE 28 DE DICIEMBRE, DE LUCHA CONTRA EL DOPAJE EN EL DEPORTE: UNA NORMA EMINENTEMENTE SANCIONADORA

Desde la primera incorporación de la normativa antidoping elaborada por la AMA a nuestro derecho interno mediante la Ley Orgánica 7/2006, de 21 de noviembre, de protección de la salud y de lucha contra el dopaje en el deporte —posteriormente derogada por la Ley Orgánica 3/2013, de 20 de junio, de protección de la salud del deportista y lucha contra el dopaje en la actividad deportiva— hasta la reciente Ley Orgánica de lucha contra el dopaje en el deporte de 2021, el legislador ha tenido el difícil reto de adaptar la normativa internacional a los principios y garantías establecidos por nuestro sistema constitucional.

Si bien los preceptos del Código Mundial Antidopaje no son directamente aplicables a nuestra legislación interna, mediante la ratificación del Convenio Internacional contra el Dopaje, España se comprometió a respetar sus principios informadores. Ese respeto a los principios del Código se convierte en una transcripción —casi— literal para el caso de los artículos arriba citados referidos a la definición del dopaje, infracciones, desarrollo de la prueba, lista de sustancias y métodos prohibidos, sanciones, plazos de prescripción... pues

objeto la eliminación del dopaje en el deporte, ofreciendo a los Estados parte un marco jurídico internacional de referencia que sirve a la armonización de las políticas, medidas e instrumentos en la lucha contra el dopaje».

(8) J. RODRÍGUEZ GARCÍA (2013: 69).

(9) A. PALOMAR OLMEDA (2004: 378).

el propio Código impone su incorporación a los sistemas normativos nacionales sin introducir cambios sustanciales. Es decir, que el verdadero contenido sancionador de la norma internacional debe ser incorporado, sin cambios sustanciales, a la norma española.

Este es principalmente el problema con el que se encuentra nuestro legislador, puesto que entre el modelo sancionador propio de la AMA y el derecho administrativo sancionador tradicional español existen diferencias irreconciliables. Aunque tendremos ocasión de analizar esta circunstancia en el próximo epígrafe con más detenimiento, baste decir por el momento que el modelo sancionador internacional de la AMA, de inspiración anglosajona, se basa en un sistema de responsabilidad objetiva —*strict liability*— (10) mientras que en España no se admite la posibilidad de cometer una infracción sin un mínimo grado de dolo o imprudencia —sistema de responsabilidad subjetiva—.

Consciente de esta dificultad, el Consejo de Estado en su Dictamen al Anteproyecto de Ley Orgánica 11/2021, de lucha contra el dopaje en el deporte, considera que *«este conjunto de normas presentan características específicas que impiden identificarlas sin más como disposiciones de “derecho administrativo sancionador”; antes bien, integran un grupo normativo específico, en el que entremezclan auténticos instrumentos internacionales y disposiciones de carácter internacional no vinculantes, como es el caso del Código Mundial Antidopaje, con normas de derecho interno, en nuestro caso, con rango de ley orgánica y otras disposiciones relacionadas. Ello no quiere decir que no sean de aplicación al ámbito de la lucha contra el dopaje los principios o incluso las normas que informan e integran esa rama del Derecho administrativo, pero habrán de serlo atendiendo a la configuración jurídica específica que caracteriza a la especial relación jurídica en que los deportistas se insertan»* (11).

Después de la lectura de la Ley —y de sus antecesoras— no podemos compartir esta apreciación del máximo órgano consultivo del Estado. En efecto, la Ley Orgánica 11/2021 constituye una auténtica manifestación del *ius puniendi* estatal, toda vez que prevé un régimen sancionador específico en materia de dopaje —infracciones, sanciones, atenuantes y eximentes—, un procedimiento administrativo propio para la imposición de sanciones y crea un órgano administrativo denominado precisamente «Comité Sancionador Antidopaje», integrado en la Agencia Estatal Comisión Española para la Lucha Antidopaje en el Deporte —antes denominada Agencia Española de Protección de la Salud en el Deporte— que es un organismo público adscrito al Ministerio de

(10) E. GAMERO CASADO (2003: 563) y A. PALOMAR OLMEDA (2013: 14).

(11) Dictamen del Consejo de Estado 135/2021, de 29 de abril de 2021, al Anteproyecto de Ley Orgánica de lucha contra el dopaje en el deporte.

Cultura y Deporte y cuyos procedimientos —según el artículo 6 de la citada norma— se rigen por sus estatutos y, supletoriamente, por la Ley 39/2015, de Procedimiento Administrativo Común. En definitiva, independientemente de que pueda atenderse a «*la especial relación jurídica de los deportistas*», la realidad es que esta Ley constituye una verdadera disposición de derecho administrativo sancionador.

Ciertamente, los sujetos identificados en la propia Ley como destinatarios del régimen sancionador —deportistas de nivel internacional, deportistas de nivel nacional y deportistas aficionados (artículo 4)— se insertan voluntariamente en una relación de sujeción especial con las autoridades nacionales e internacionales y ello puede llegar a modular ciertos aspectos de su relación jurídica.

Las relaciones de especial sujeción no son, sin embargo, ninguna novedad en nuestro derecho administrativo sancionador. Nuestro Tribunal Constitucional admite que las relaciones de sujeción especial son expresivas de una capacidad administrativa de autoordenación que se distingue del *ius puniendi* genérico del Estado y permiten modular los derechos constitucionales de los ciudadanos.

Ahora bien, por ejemplo, en el caso del principio de legalidad sancionadora, su modulación en ningún caso puede implicar carencia de una base normativa en la imposición de una sanción pues ello resultaría contrario al derecho fundamental contemplado en el artículo 25 CE (12). En la misma línea, en relación con el principio de imputación subjetiva, siempre tan matizado en materia de disciplina deportiva (13), tampoco una relación de sujeción especial puede traducirse en su efectiva supresión. Como analizaremos más adelante, la exigencia de deberes al deportista para el desarrollo lícito de su actividad podría modular el principio de culpabilidad (14) pero en ningún caso suprimirlo pues, incluso en materia sancionadora deportiva —y especialmente antidoping—, «*son aplicables, con ciertos matices, los principios que rigen en derecho penal, y entre ellos los de in dubio pro reo y culpabilidad*» (15).

(12) STC 35/1996, de 11 de marzo (FJ 2) o STC 132/2001, de 8 de junio (FJ 4), entre otras.

(13) E. GAMERO CASADO (2003: 245).

(14) En relación con las relaciones de sujeción especial, en general, cfr. T. QUINTANA LÓPEZ (2010: 375).

(15) STS de 17 de abril de 1996, FD 3 (rec. 11748/1991). Una postura más garantista mantiene el profesor M. GÓMEZ TOMILLO (2020: 20), para quien no admite la culpabilidad ningún matiz. Ya que los principios sancionadores no guardan relación alguna con el hecho de que quien sancione sea la Administración o el Poder Judicial. Además, insiste, los principios sancionadores —entre ellos la culpabilidad— son consustanciales al Estado democrático de Derecho, de forma que éste no se concibe sin aquéllos.

En definitiva, la Ley Orgánica 11/2021, de lucha contra el dopaje en el deporte se configura como una norma fundamentalmente administrativa sancionadora, tanto formal como materialmente. La relación de sujeción especial de los deportistas con la Administración podrá justificar la modulación en algún punto de los principios inspiradores del *ius puniendi* estatal, pero en ningún caso puede constituir una merma significativa de garantías para el administrado. El régimen disciplinario deportivo en materia de dopaje no puede, en consecuencia, ser una excepción a la máxima jurisprudencial de que «*los principios inspiradores del orden penal son de aplicación, con ciertos matices, al derecho administrativo sancionador, dado que ambos son manifestaciones del ordenamiento punitivo del Estado*» (16).

Se nos ocurren, al menos, dos razones que ponen de manifiesto que no existen diferencias sustanciales entre el derecho administrativo sancionador general y el derecho disciplinario deportivo en materia de dopaje y que ambos tipos de infracciones tienen idéntica naturaleza jurídica. En primer lugar, la finalidad última de ambos regímenes sancionadores es la protección de bienes jurídicos. En el caso de la Ley Orgánica 11/2021, los bienes jurídicos protegidos son la salud de los deportistas y garantizar el desarrollo de las competiciones deportivas en términos de igualdad y de acuerdo con las capacidades naturales y preparación de los deportistas. Especialmente en el caso de la salud como bien jurídico protegido, se encuentran múltiples infracciones con idéntica finalidad a lo largo del ordenamiento jurídico administrativo. Y, en segundo lugar, el carácter afflictivo de ambos regímenes sancionadores es evidente, destacando especialmente la gravedad de algunas sanciones previstas en la nueva normativa antidopaje que pueden llegar hasta la inhabilitación de la licencia deportiva con carácter definitivo en algunos supuestos de reincidencia (artículo 28.7) (17).

Resulta, por tanto, difícilmente defendible que el régimen sancionador previsto en la Ley Orgánica 11/2021, de lucha contra el dopaje difiera del régimen administrativo sancionador general, por lo que, las garantías aplicables a ambos, sin negar que puedan existir matizaciones, deben ser sustancialmente las mismas.

(16) STC 18/1981, de 8 de junio (FJ 2). En este punto conviene también citar la STEDH de 21 de febrero de 1984, Caso Öztürk contra Alemania, que puso de manifiesto que las sanciones administrativas deberán tener el mismo tratamiento que las penales cuando las infracciones lleven aparejadas sanciones igualmente graves. En el caso del dopaje, se prevé incluso la retirada definitiva de la licencia federativa a un deportista impidiéndole la posibilidad de volver a competir.

(17) Sobre la identidad entre las infracciones y sanciones generales y las previstas para regímenes de sujeción especial, cfr. M. GÓMEZ TOMILLO e I. SANZ RUBIALES (2017:246).

III. LOS PRINCIPALES PROBLEMAS DE ADAPTACIÓN DE LA LEGISLACIÓN ANTIDOPAJE AL DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR GENERAL: UNA REDUCCIÓN INJUSTIFICADA DE GARANTÍAS PARA EL DEPORTISTA

Tratándose de un tema —las sanciones deportivas en general— especialmente espinoso por, entre otras cosas, su transnacionalidad y la mezcla entre normativa privada y pública que configura su régimen sancionador, las dudas acerca de la constitucionalidad de las sucesivas normas sancionadoras promulgadas sobre la materia ha sido un lugar común en la doctrina. Esta polémica cobra especial importancia en el ámbito de la lucha contra el dopaje (18). En efecto, se trata de una materia especialmente sensible para la sociedad desde hace unas décadas y existe una voluntad unánime de organizaciones internacionales, federaciones, deportistas y espectadores en general, por erradicar esta lacra para el deporte y la sociedad.

Ahora bien, el fin no debe justificar los medios y, en ocasiones, la transcripción literal de la normativa internacional sancionadora antidopaje a nuestro ordenamiento jurídico interno choca de lleno con los principios y garantías que deben presidir nuestro sistema punitivo. A lo largo de las próximas líneas analizaremos algunas de estas «incompatibilidades» que, a nuestro juicio, colocan al deportista en una situación demasiado vulnerable para quien es parte imputada en un verdadero procedimiento administrativo sancionador.

1. Un sistema de responsabilidad objetiva o cuasi objetiva

Brevemente, nos encontramos ante un sistema sancionador de responsabilidad objetiva cuando se puede sancionar una conducta —acción u omisión— por su mero acaecimiento o resultado, sin tener en cuenta en ningún caso el grado de intencionalidad o negligencia en que pudo o no incurrir su autor. Por el contrario, la responsabilidad subjetiva en el ámbito sancionador determina que sólo podrán ser sancionados por conductas infractoras quienes resulten responsables de ellas a título de dolo o culpa (19).

(18) Entre otros, T. R. FERNÁNDEZ (2014: *in totum*) y J. RODRÍGUEZ GARCÍA (2022: 6 y ss.).

(19) Sirva como advertencia en este punto la diferencia —asumida en el derecho penal, no tanto en el derecho administrativo sancionador— entre el tipo subjetivo y el juicio de culpabilidad. Como veremos a lo largo de este epígrafe, es muy común entre los tribunales, nacionales e internacionales, el uso indiferente o sinónimo de categorías como culpabilidad o responsabilidad subjetiva —dolo o culpa—. Sin ánimo de extendernos en este punto, debe quedar claro que tanto el dolo como la culpa forman parte del tipo subjetivo que constituye una infracción administrativa (responsabilidad subjetiva), mientras que la culpabilidad es el juicio de reproche imputable a la conducta del acusado que podría haber actuado conforme a derecho y no lo ha hecho. Ambos elementos son necesarios para que concurra la infrac-

El Código Mundial Antidopaje presenta un modelo de responsabilidad objetiva en la infracción —tal vez— más característica y más común de la normativa antidoping, es decir, la de su artículo 2.1 que sanciona la *«presencia de una sustancia prohibida o de sus metabolitos o marcadores en la muestra de un deportista»*. En el desarrollo de esta infracción, el artículo 2.1.1 establece que *«cada deportista es personalmente responsable de asegurarse de que ninguna sustancia prohibida aparezca en su organismo. Los deportistas serán responsables de la presencia de cualquier sustancia prohibida, de sus metabolitos o de sus marcadores que se detecte en sus muestras. Por tanto, no será necesario demostrar intención, culpabilidad, negligencia o uso consciente por parte del deportista para determinar que se ha producido una infracción de las normas antidopaje»*.

Por si no fuera suficiente con esta afirmación, el comentario —que incluye el propio Código— a este precepto determina que *«existe infracción de las normas antidopaje con independencia de la culpabilidad del deportista»* y este criterio de responsabilidad objetiva ha sido respaldado permanentemente por el Tribunal de Arbitraje Deportivo (en adelante, TAS). Según el sistema establecido por el Código, el grado de dolo o negligencia que haya podido concurrir en el infractor se tomará en consideración para la terminación de la sanción aplicable pero no para la existencia de la infracción.

No es baladí la referencia del Código al TAS pues se trata del órgano internacional, quizás, con más predicamento en esta materia. No valoraremos, por el momento, el contenido de sus resoluciones pues se trata de un órgano arbitral privado suizo que no está sujeto a las garantías exigidas por nuestro derecho administrativo sancionador. Traemos a colación dos pronunciamientos del citado Tribunal muy ilustrativos en cuanto a la aplicación, sin paliativos, de la responsabilidad objetiva del deportista:

En primer lugar, en el TAS 98/214 B (Federación Internacional de Judo), el laudo de 17 de marzo de 1999, en su apartado 18 establece que, según jurisprudencia de este tribunal *«el sistema de la responsabilidad objetiva debe prevalecer cuando la equidad deportiva está en juego»*. En este asunto, justifica la responsabilidad objetiva en la equidad deportiva, es decir, en el hecho de que todos los deportistas compitan en igualdad de condiciones. Continúa el mismo laudo que la autoridad deportiva *«no tiene necesidad de probar una intención de doparse por parte del atleta. Esta intención y la culpabilidad del deportista se presumen desde que se aporta la prueba de la presencia de la sustancia prohibida»*. Es cierto que concluye dando la posibilidad al deportista

ción, pero a lo largo de este epígrafe nos centraremos en la necesidad de que concurra el tipo subjetivo para que pueda existir infracción administrativa. Un estudio profundo sobre la materia se puede encontrar en M. GÓMEZ TOMILLO e I. SANZ RUBIALES (2017: capítulos 14 a 18).

de revertir su presunción de culpabilidad mediante la aportación de medios de prueba.

Otra resolución destacable es la TAS 98/222 B (Asociación Internacional de Triatlón), cuyo laudo de 9 de agosto de 1999, en su punto segundo considera que *«la norma de la responsabilidad objetiva es esencial e indispensable para una lucha eficiente contra el dopaje en el deporte y por la protección de la justicia hacia todos los competidores, y de su salud y bienestar. El principio de la regla de responsabilidad objetiva no exime a las federaciones de probar la existencia de una infracción de dopaje. El efecto de cualquier norma legal imponiendo la responsabilidad objetiva es meramente hacer obsoleta la prueba de culpabilidad de parte de la persona sujeta al régimen de responsabilidad objetiva, mientras que por otro lado tal norma no elimina la necesidad de establecer el hecho ilícito en sí mismo y el vínculo causal entre el hecho ilícito y sus consecuencias»*.

En conclusión, la jurisprudencia del TAS parte de un sistema responsabilidad objetiva del deportista por la mera presencia de sustancias prohibidas en su organismo, siempre que lo pruebe la autoridad competente, y lo fundamenta en la equidad y en la protección de la justicia hacia todos los competidores, así como en la salud y bienestar del deportista.

Puesto que el comentado artículo 2.1 del Código entra en el grupo de los trasladables a los derechos internos sin cambios sustanciales, el legislador español he tenido una tarea complicada toda vez que nuestro Tribunal Constitucional es meridianamente claro en este punto pues considera que *«en el ámbito de derecho administrativo sancionador —y, por tanto, también en el ámbito disciplinario— está proscrito en nuestro ordenamiento el régimen de responsabilidad objetiva. De modo que la exigencia necesaria de la concurrencia de una responsabilidad subjetiva en el infractor ha de implicar que deban ser tomadas en consideración todas aquellas patologías que pudieran disminuir o, incluso, excluir la responsabilidad subjetiva del infractor. En consecuencia, su presencia debe considerarse para valorar si el presunto infractor fue responsable, en cualquiera de los grados imaginables, de la conducta sancionable “a título de dolo o culpa”»* (20).

Con estos presupuestos, el artículo 20.a) de la Ley Orgánica 11/2021 establece como infracción *«la presencia de una sustancia prohibida, o de sus*

(20) STC 51/2021, de 15 de marzo (FJ 8). También es importante en este punto la STC 76/1990, de 26 de abril (FJ 4). En términos parecidos, el Tribunal Supremo considera *«indudable que la responsabilidad subjetiva del autor de la infracción constituye requisito imprescindible para su sanción, de manera que las faltas de tal naturaleza pueden ser dolosas o culposas, pero queda totalmente proscrita la responsabilidad objetiva como consecuencia del imperio del principio de culpabilidad en el Derecho sancionador, sea penal o disciplinario»*, *vid.*, entre otras, STS de 10 de febrero de 2022, FD 22 (rec. 48/2021).

metabolitos o marcadores, en las muestras biológicas del deportista». Ahora bien, el artículo 19 —antesala del listado de infracciones— establece que los deportistas «habrán de asegurarse de que ninguna sustancia prohibida se introduzca en su organismo y de que no utilizan ningún método prohibido, siendo responsables cuando se produzca la detección de la presencia de la sustancia prohibida o de sus metabolitos o marcadores por sí sola o en cantidad superior a los límites establecidos por la Agencia Mundial Antidopaje en las Normas Internacionales para Laboratorios y en los documentos técnicos de desarrollo».

En definitiva, se hace responsable al deportista por la mera presencia objetiva de sustancias prohibidas en su organismo (21), desoyendo la doctrina del Tribunal Constitucional anteriormente citada y el artículo 28 de la Ley 40/2015, de Régimen Jurídico del Sector Público que, cuando enumera los principios de la potestad sancionadora, establece que «sólo podrán ser sancionadas por hechos constitutivos de infracción administrativa las personas físicas y jurídicas (...) que resulten responsables de los mismos a título de dolo o culpa».

Al margen de los problemas que pueden surgir en relación con la inversión de la carga de la prueba, que analizaremos en el siguiente epígrafe, el sistema de responsabilidad diseñado por la Ley Orgánica 11/2011 nos merece una doble valoración:

Por un lado, asumiendo que en nuestro derecho administrativo sancionador esta proscrita la responsabilidad objetiva, no cabe, en ningún caso, presumir por parte de la autoridad sancionadora que la presencia de sustancias prohibidas en el organismo se debe a una conducta dolosa o culposa del deportista. Al tipo objetivo —presencia de sustancia prohibida en el organismo— debe añadirse el tipo subjetivo —conducta dolosa o culposa—, pues de lo contrario se estaría vulnerando el principio de culpabilidad o de imputación subjetiva. Su prueba corresponde, en todo caso, a la Administración. Ahora bien, podemos interpretar que un control antidoping con resultado positivo que haya sido realizado respetando las precauciones exigidas normativamente no presume el dolo o culpa del deportista, pero puede resultar un indicio cualificado para desvirtuar su presunción de inocencia (como ocurre con otras pruebas preconstituidas como un control de alcoholemia, por ejemplo). En todo caso, a nuestro juicio, la Administración debe complementar ese indicio con otras pruebas que evidencien el dolo o la culpa del deportista acudiendo, por ejemplo, a situaciones periféricas como la cantidad de sustancia, la proximidad del evento deportivo, la cualidad o efectos de la sustancia, los antecedentes o los contactos del deportista, entre otras circunstancias (22).

(21) En este sentido, la vigente Ley es continuista con el sistema establecido por su antecesora, la Ley Orgánica 3/2013, de 20 de junio. Cfr. J. RODRÍGUEZ TEN (2013: 240).

(22) M. GÓMEZ TOMILLO e I. SANZ RUBIALES (2017: 368).

Por otro lado, resulta interesante la evolución del legislador en la formulación de la responsabilidad del deportista ante cualquier detección de sustancias prohibidas en su organismo. La primera ley del dopaje en España que sigue los criterios de la AMA fue la Ley Orgánica 7/2006, de 21 de noviembre, de protección de la salud y de lucha contra el dopaje en el deporte, cuyo artículo 13.1 disponía que *«los deportistas se asegurarán de que ninguna sustancia prohibida se introduzca en su organismo, siendo responsables en cualquier caso cuando se produzca la detección de su presencia en el mismo»*. Llama poderosamente la atención la expresión *«en cualquier caso»* (23), pues no cabe ninguna interpretación que pueda negar el sistema de responsabilidad objetiva que impone el citado precepto. Sin embargo, en la posterior Ley Orgánica del año 2013 y en la actual, la Ley Orgánica 11/2021, el artículo 19.1 omite la expresión *«en cualquier caso»* para afirmar que los deportistas *«habrán de asegurarse de que ninguna sustancia prohibida se introduzca en su organismo y de que no utilizan ningún método prohibido, siendo responsables cuando se produzca la detección»* de éstos en su organismo.

Es cierto que la redacción actual debería mejorarse para despejar aún más las dudas en torno a la responsabilidad objetiva en el ámbito sancionador del dopaje deportivo. Sin embargo, sí podemos interpretar que el legislador, presionado por los mandatos de la AMA, trata de hacer un esfuerzo por eliminar cualquier referencia directa a la responsabilidad objetiva a sabiendas de su inconstitucionalidad en España. La evolución del legislador español en este punto demuestra lo razonado anteriormente, es decir, que, si bien un control antidoping de resultado positivo puede constituir un indicio de responsabilidad, la Administración en todo caso deberá probar, no sólo el tipo objetivo, sino también el dolo o la culpa concurrente en el deportista.

Para concluir este análisis, traemos a colación un fragmento de una sentencia bastante clarificadora —a nuestro juicio— a la hora de eliminar cualquier ápice de responsabilidad objetiva en materia de doping: *«la Administración ha probado, con los resultados de las muestras de orina del jugador sancionado, que se produjeron los resultados positivos de 17 y 14,9 microgramos de efedrina por mililitro, pero ello no supone, sin más, la declaración de culpabilidad de los recurrentes, dado que la responsabilidad objetiva como tal está proscrita en derecho sancionador, aunque en algunos casos o supuestos pueda parecer que se tiene una a modo de responsabilidad cuasi objetiva, sobre todo en casos como el presente, donde la hipotética sensibilización “social” en cuanto a la lucha contra el “Doping” podría llevarnos a sostener*

(23) Ya recaló la doctrina en esta expresión por su conexión con la responsabilidad objetiva inadmisibles en nuestro derecho administrativo sancionador, *vid.* T. R. FERNÁNDEZ (2014: 1366).

presunciones de culpabilidad no acreditadas salvo por los resultados objetivos de los análisis clínicos» (24).

2. La inversión de la carga de la prueba y el principio de presunción de inocencia

Otro de los grandes problemas que plantea el régimen sancionador establecido por la Ley Orgánica 11/2021 está relacionado con su compatibilidad o no con las garantías del debido proceso y, más concretamente, con la presunción de inocencia consagrada en el artículo 24.2 de la Constitución.

Aunque existe relación entre la presunción de inocencia y la responsabilidad objetiva, no debe olvidarse que, como hemos aclarado más arriba, un régimen sancionador de responsabilidad objetiva atenta contra el más elemental sentido de justicia y dignidad del acusado —esencialmente derivados del artículo 1 y 10.1 de la Constitución—, mientras que los problemas derivados de la inversión de la carga de la prueba tienen que ver con la presunción de inocencia del artículo 24.

Como punto de partida, nuestro Tribunal Constitucional ha afirmado en numerosas ocasiones que el «*derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE) rige sin excepciones en el ordenamiento sancionador y ha de ser respetada en la imposición de cualesquiera sanciones, sean penales, sean administrativas, ya que el ejercicio del ius puniendi en sus diversas manifestaciones está condicionado por el art. 24.2 de la Constitución al juego de la prueba y a un procedimiento contradictorio en el que puedan defenderse las propias posiciones*» (25). En definitiva, se trata de una garantía elemental y su traslado del proceso penal al administrativo está fuera de toda duda (26).

Respecto al alcance del derecho a la presunción de inocencia, también es unánime la jurisprudencia entendiendo que esta garantía comporta «*que la sanción esté basada en actos o medios probatorios de cargo o inculpativos de la conducta reprochada; que la carga de la prueba corresponda a quien acusa, sin que nadie esté obligado a probar su propia inocencia, y que cualquier insuficiencia en el resultado de las pruebas practicadas, libremente valorado por el órgano sancionador, debe traducirse en un pronunciamiento absolutorio*» (27).

(24) Sentencia del Juzgado Central de lo Contencioso Administrativo nº 10, de 31 de enero de 2006, FD 3 (rec. 17/2005).

(25) STC 117/2016, de 20 de junio (AH 8) o STC 40/2008, de 10 de marzo (FJ 2).

(26) L. ALARCÓN SOTOMAYOR (2010: 252).

(27) STC 169/1998, de 21 de julio (FJ 2) o STC 76/1990, de 26 de abril (FJ 8).

De lo citado hasta el momento, podemos concluir que la disciplina deportiva no debería ser una excepción (28), y que tiene que ser la Administración quien pruebe la infracción, tanto en su vertiente objetiva —certeza de los hechos imputados— como en su vertiente subjetiva —presencia de dolo o culpa del deportista— so pena de vulneración de la presunción de inocencia del imputado.

Sin embargo, llama poderosamente la atención el artículo 26.2.a) de la Ley Orgánica 11/2021 que considera que exime al deportista de toda responsabilidad la acreditación de que «no ha existido culpa o negligencia alguna por su parte». Igualmente, el artículo 26.3.a) prevé como circunstancia atenuante la acreditación de «la ausencia de culpa o negligencia grave en la actuación del deportista» (29). Ambos preceptos parecen del todo incompatibles con el artículo 24.2 de la Constitución pues, como quedó dicho más arriba, la obligación de la carga de la prueba —tanto del tipo objetivo como del subjetivo— recaerá siempre sobre quien acusa. En definitiva, los citados preceptos constituyen una *probatio diabólica* de hechos negativos para el deportista.

Es cierto que la actividad probatoria sobre las circunstancias eximentes o atenuantes de la responsabilidad —causas de justificación o de exclusión de la culpabilidad (30), por ejemplo— debe recaer sobre quien lo alega que es,

(28) En la jurisprudencia internacional del TAS, claramente, lo es. Repetido hasta la saciedad por la doctrina dado su impacto mediático en España por la popularidad del deportista, traemos a colación el famoso «caso Contador», en cuya resolución TAS 2011/A/2384 UCI v. Alberto Contador Velasco & RFEC — TAS 2011/A/2386 WADA v. Alberto Contador Velasco & RFEC, de 6 de febrero de 2012, conclusión nº 487 se determina que «el test positivo del Atleta de clenbuterol tiene más probabilidades de haber sido causado por la ingestión de un suplemento alimenticio contaminado que por una transfusión de sangre o la ingestión de carne contaminada. Esto no significa que el Tribunal está convencido más allá de duda razonable que este argumento de ingestión de un suplemento alimenticio contaminado ocurrió realmente». A pesar de ello, como el lector sobradamente conoce, el ciclista Alberto Contador terminó siendo sancionado.

(29) No debemos confundir esta situación —de difícil compatibilidad con el principio de presunción de inocencia— con la posibilidad de que el grado de culpa o negligencia pueda tenerse en cuenta a la hora de la determinación de la sanción concreta, cuestión prevista tanto en la Ley Orgánica 11/2021 de lucha contra el dopaje en el deporte en su artículo 26.1, como en la Ley 40/2015, de Régimen Jurídico del Sector Público en su artículo 29.3, a propósito del principio de proporcionalidad.

(30) Dentro de las causas de exclusión de la culpabilidad que podrían alegarse en materia de dopaje deportivo destaca el error de prohibición que podría estar presente cuando el deportista no haya conocido al tiempo de la realización de la conducta infractora que ésta era contraria a la normativa antidopaje. Cfr. E. GAMERO CASADO (2003: 567). Más concretamente puede alegarse desconocimiento por parte del facultativo o del deportista de la presencia de una sustancia prohibida en un fármaco prescrito con carácter terapéutico. Es cierto que el deber de responsabilidad del deportista es difícilmente compatible con este desconocimiento pero, aun así deberían valorarse las circunstancias personales del que lo sufre, especialmente

en definitiva, quien se puede beneficiar de ellas, es decir, el deportista en este caso (31). Pero, aunque el legislador lo ubique en el listado de circunstancias eximentes o atenuantes de la responsabilidad, conocedor de que debe probarlas quien las alega, es inadmisibles que lo que se deba probar no sea un hecho excluyente de la responsabilidad, sino la no concurrencia en la acción del tipo subjetivo —ausencia de culpa en este caso— que debe corresponder en todo caso a la Administración que es quien acusa (32). El tipo subjetivo es un elemento constitutivo de la infracción y la carga de la prueba debe recaer siempre en la Administración.

No termina aquí el despropósito del legislador pues, en concreto, para la infracción antes comentada del artículo 20.a) —«*presencia de una sustancia prohibida, o de sus metabolitos o marcadores, en las muestras biológicas del deportista*»— si el deportista desea eximirse de la responsabilidad deberá, además de acreditar la ausencia de culpa, «*justificar la forma en que se introdujo la sustancia prohibida en su organismo*». Esta obligación impuesta por la ley al deportista podría constituir una *probatio diabólica* pues, si el deportista es inocente, es probable que no pueda justificar la forma en que se introdujo la sustancia prohibida en su cuerpo porque lo lógico es que no lo sepa. Si no es exigible constitucionalmente la prueba de la inocencia a ningún acusado, menos exigible será aún obligar al deportista a inventar una hipótesis y demostrarla (33).

Cuestión diferente a trasladar la carga de la prueba del tipo subjetivo al presunto infractor, es reconocer que un test antidoping con resultado positivo es una prueba de cargo suficiente que puede derivar en presunciones legales. Por ejemplo, el artículo 39.3 de la Ley Orgánica 11/2021, una vez advertido que se podrán usar todos los medios de prueba admisibles en derecho y que se valorarán de forma conjunta conforme a las reglas de la sana crítica, establece que harán prueba de cargo suficiente:

su nivel cultural, posibilidad de asesoramiento, estado de salud, etc., resultando exigible al agente haber efectuado el esfuerzo de comprensión correspondiente a dichas circunstancias personales, así como la naturaleza del hecho delictivo, sus características y las posibilidades que de él se desprenden para ser conocido el mismo por el sujeto activo. Cfr. S. CÁMARA ARROYO (2020: 27).

(31) M. GÓMEZ TOMILLO e I. SANZ RUBIALES (2017: 825) o L. ALARCÓN SOTOMAYOR (2010: 262).

(32) «*Toda resolución sancionadora, sea penal o administrativa, requiere a la par certeza de los hechos imputados, obtenida mediante pruebas de cargo, y certeza del juicio de culpabilidad sobre esos mismos hechos, de manea que el art. 24.2 de la Constitución rechaza tanto la responsabilidad presunta y objetiva como la inversión de la carga de la prueba en relación con el presupuesto fáctico de la sanción*». STC 76/1990, de 26 de abril (FJ 8).

(33) T. R. FERNÁNDEZ (2014: 1365).

- Un resultado analítico adverso en un control antidopaje para las infracciones consistentes en la presencia de una sustancia prohibida en el organismo y de la utilización, uso o consumo de este tipo de sustancias (34).
- Un resultado adverso en el pasaporte biológico del deportista.
- La negativa o resistencia a someterse a los controles debidamente acreditada por el personal habilitado al efecto.

Igualmente reconoce el mismo artículo que se presume que los laboratorios de control de dopaje acreditados por la AMA actúan respetando la normativa, así como la validez científica de los métodos analíticos y de los límites de la decisión que apliquen los laboratorios.

El legislador está imponiendo una clara inversión de la carga de la prueba siempre que la Administración acredite un resultado antidoping positivo y así lo expresa claramente en artículo 39.3.g) cuando afirma que *«el presunto infractor podrá refutar todos los hechos y presunciones que le perjudiquen y probar los hechos y circunstancias necesarios para su defensa»*.

Pues bien, según la interpretación que realizan, tanto el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, TEDH) como nuestro Tribunal Constitucional, parece que este tipo de presunciones que implican, en definitiva, una inversión de la carga de la prueba, pueden resultar compatibles con el principio de presunción de inocencia.

En primer lugar, traemos a colación la famosa STEDH de 7 de octubre de 1988 (caso Salabiaku contra Francia), que versa sobre el alcance de la presunción de inocencia en el Convenio Europeo de Derechos Humanos y cuyo párrafo 28 afirma que *«el artículo 6.2 no es ajeno, por tanto, a las presunciones de hecho o de Derecho que se formulan en las leyes penales. Exige a los Estados que las mantengan dentro de límites razonables, teniendo en cuenta la gravedad de lo que está en juego y respetando los derechos de la defensa»* (35).

Por su parte, el Tribunal Constitucional recuerda que el derecho a la presunción de inocencia no se opone a la prueba indiciaria siempre y cuanto entre la prueba indiciaria y la conducta infractora haya un engarce razonable. Concretamente, *«para que la prueba indiciaria pueda traspasar el umbral de*

(34) El artículo es más prolijo y establece que será prueba suficiente cuando, tras el positivo de la muestra A, el deportista renunciase al contranálisis de la muestra B, o directamente cuando la muestra B confirme el positivo de la A. Incluso cuando la muestra B se divide en dos partes y la segunda confirma el positivo o el deportista se niega a este nuevo análisis.

(35) Además de esta Sentencia, es jurisprudencia reiterada de este Tribunal en otras como STEDH de 23 de julio de 2002 (caso Janosevic contra Suecia) o STEDH de 23 de septiembre de 2003 (Caso Radio France y otros contra Francia).

las meras sospechas o conjeturas, ha de gozar de los siguientes requisitos: a) el hecho o hechos base (o indicios) han de estar plenamente probados; b) los hechos constitutivos de delito deben deducirse precisamente de estos hechos base completamente probados; c) para que se pueda controlar la razonabilidad de la inferencia es preciso, en primer lugar, que el órgano judicial exteriorice los hechos que están acreditados, o indicios, y sobre todo que explicité el razonamiento o engarce lógico entre el hecho base y el hecho consecuencia y, finalmente, que este razonamiento esté asentado en las reglas del criterio humano o en las reglas de experiencia común o en una "comprensión razonable de la realidad normalmente vivida y apreciada conforme a los criterios colectivos vigentes"» (36).

Entiende doctrina y jurisprudencia que la garantía de la presunción de inocencia en el ámbito del derecho administrativo sancionador «*sólo cobra sentido cuando la Administración fundamenta su resolución en una presunción de culpabilidad del sancionado carente de elemento probatorio alguno*» (37). Es decir, que se permite que se desplace el *onus probandi* al acusado si se acredita «*la existencia de indicios que generen una razonable sospecha, apariencia o presunción*» (38) a favor de la comisión de la infracción. Parece evidente que esto es lo que ocurre en los supuestos en que la Administración aporta un análisis antidoping con resultado positivo, siempre que se haya realizado en los laboratorios autorizados y respetando la normativa y garantías del deportista en su realización. Un resultado positivo genera automáticamente una sospecha razonable y, en consecuencia, puede trasladarse la carga de la prueba al presunto infractor sin vulnerar su derecho a la presunción de inocencia.

En fin, parece que la inversión de la carga de la prueba para el deportista que ha dado positivo en un control antidoping no presenta demasiados problemas en relación con la presunción de inocencia siempre que la Administración aporte al procedimiento sancionador el test positivo como prueba de cargo. Sin embargo, no podemos decir lo mismo de los preceptos que imponen al deportista probar su inocencia para lograr eximirse o atenuar su responsabilidad pues esto atenta contra el contenido más esencial de la presunción de inocencia.

Ahora bien, no nos merece la misma valoración la prueba de cargo consistente en la negativa o resistencia a someterse a los controles antidopaje preceptivos. Es claro que esta conducta del deportista podrá valorarse junto con otros indicios que consten en el expediente para llegar a una conclusión

(36) ATC 153/2001, de 15 de junio (FJ 2) o STC 180/2002, de 14 de octubre (FJ 3).

(37) STC 169/1998, de 21 de julio (FJ 2). Entre la doctrina, *vid.* V. AGUADO I CUDOLÀ (2001: 99).

(38) STC 51/2021, de 15 de marzo (FJ 3) o STC 31/2014, de 24 de febrero (FJ 3).

condenatoria, sin embargo, no puede constituir prueba única y suficiente a los efectos de exigir la responsabilidad disciplinaria del deportista como parece indicar el artículo 15.4 de la Ley Orgánica 11/2021 (39). Asumir lo contrario parece que choca frontalmente con la garantía del acusado a la no autoincriminación del artículo 24.2 de la Constitución (40).

3. Control judicial de las sanciones administrativas antidoping

El órgano competente para dictar —en su caso— la resolución sancionadora de un procedimiento de lucha contra el dopaje es el Comité Sancionador Antidopaje que, como ya se dijo más arriba, es un órgano administrativo integrado en la Agencia Estatal que, a su vez, está adscrita al Ministerio de Cultura y Deporte. En definitiva, la resolución sancionadora es un acto administrativo, y así lo confirma la propia Ley Orgánica 11/2021 cuando proclama en el artículo 43 su inmediata ejecutividad *«desde la fecha en que se notifique la correspondiente resolución administrativa, salvo que el órgano que deba conocer del recurso que contra las mismas pudiera interponerse acuerde su suspensión de conformidad con lo establecido en el párrafo segundo del artículo 90.3 o en el artículo 117.2 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas»*.

Este precepto puede plantear problemas de compatibilidad con el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, toda vez que del primer párrafo del artículo 90.3 de la Ley 39/2015 (41) se deduce que una sanción administrativa no puede ejecutarse mientras quepa contra ella un recurso administrativo. Es decir, la mera interposición del recurso de reposición por el interesado impide la ejecución de la sanción hasta su resolución. Sólo una vez firme la sanción en vía administrativa, podrá ejecutarse, nunca antes.

(39) Cuestión diferente sería tipificar como una infracción autónoma la negativa a someterse a un control antidoping, en cuyo caso sería perfectamente posible sancionar la mera negativa. Así ocurre, por ejemplo, en los delitos de tráfico previstos en nuestro Código Penal donde se tipifica como delito independiente la negativa a someterse a un control de alcoholemia. Se podrían incluso prever, para promover la realización de controles, sanciones más graves para la negativa a someterse a un control que para las infracciones por doping propiamente dichas, pero en ningún caso podrá constituir prueba de cargo suficiente para ser una infracción por dopaje.

(40) STC 23/2014, de 13 de febrero, FJ 4, o STC 181/2020, de 14 de diciembre, FJ 2. Así se desprende también de la jurisprudencia del TEDH. *Vid.*, entre otras, STEDH de 25 de febrero de 1993 (Caso Funke contra Francia), STEDH de 8 de febrero de 1996 (Caso John Murray contra Reino Unido) o STEDH de 17 de diciembre de 1996 (Caso Saunders contra Reino Unido).

(41) «La resolución que ponga fin al procedimiento será ejecutiva cuando no quepa contra ella ningún recurso ordinario en vía administrativa».

Sin perjuicio de lo anterior y salvo interposición del recurso potestativo de reposición, el artículo 49 de la controvertida Ley que estamos analizando, determina que las resoluciones sancionadoras en materia de dopaje «*ponen fin a la vía administrativa y podrán ser recurridas directamente ante la jurisdicción contencioso-administrativa*» (42).

En principio, esta previsión se acomoda al mandato del artículo 106.1 de la Constitución que prevé que «*los Tribunales controlan la potestad reglamentaria y la legalidad de la actuación administrativa, así como el sometimiento de ésta a los fines que la justifican*».

Sin embargo, cuando las sanciones tengan como destinatarios deportistas calificados oficialmente como de nivel internacional o sean dictadas en el marco de una competición internacional el recurso contencioso-administrativo podrá sustituirse «*alternativamente*» —según el artículo 49.4— por el sistema de resolución de conflictos contemplado en el Código Mundial Antidopaje o en la correspondiente federación internacional.

La expresión «*alternativamente*» puede ser gravemente perniciosa para nuestro sistema constitucional de control de la legalidad de la actividad administrativa ya que permite esquivar el control judicial de la Administración para acudir directamente por el recurrente al TAD, que es el órgano previsto en el Código Mundial Antidopaje (43).

No puede decir el legislador que no conocía esta circunstancia, pues de forma explícita el Dictamen del Consejo de Estado 135/2021, de 29 de abril de 2021, al Anteproyecto de Ley Orgánica de lucha contra el dopaje en el deporte advertía que este precepto produciría el «*desapoderamiento de la jurisdicción contencioso— administrativa para el enjuiciamiento de la*

(42) En relación con la suspensión o no de la ejecución de la sanción en materia de dopaje por el órgano jurisdiccional, la STS de 6 de mayo de 2009, FD 2 (rec. 1388/2008) establece que «*siendo cierto que el interés público exige que la sanción sea ejecutada, lo es también que en el concreto caso de autos no llega a percibirse que tal interés exija que lo sea ya, urgentemente, sin esperar el tiempo preciso para que el órgano judicial pueda pronunciarse sobre la acomodación a Derecho de la sanción impuesta. De ahí que la valoración o ponderación de los intereses en conflicto que trasluce la decisión de la Sala de instancia no pueda reputarse infundada o irrazonable*». De forma más genérica, pero también en materia de dopaje, la STS de 28 de junio de 2000, FD 3 (rec. 9843/1998) «*para impedir la suspensión no basta alegar la trascendencia social que tiene la potestad sancionadora en materia de dopaje en el deporte. Si esto fuera suficiente, quebraría en este ámbito el derecho a la tutela cautelar, que es una manifestación del derecho a la tutela judicial efectiva. Como se señala con acierto en el auto recurrido, es precisa una lesión más específica al interés general, que derive de la aplicación de la sanción en este caso concreto*».

(43) J. RODRÍGUEZ GARCÍA (2022: 10) advierte sobre la posible inconstitucionalidad del comentado artículo 49.4 de la Ley Orgánica por su incompatibilidad con el artículo 106.1 de la Constitución.

actividad de una entidad pública española, como es la reiterada Agencia, desapoderamiento que ofrece serias dudas de encaje con el mandato del artículo 106 de la Constitución».

Igualmente, es doctrina consolidada del Tribunal Constitucional «*necesidad de preservar la eficacia del mandato constitucional del art. 106.1 CE, garantizando el control judicial de la actividad administrativa, con sujeción plena de ésta a la ley y al Derecho (art. 103 CE), sin permitir zonas de inmunidad de jurisdicción*» (44).

En efecto, la posibilidad de interponer alternativamente un recurso contencioso ante la jurisdicción española o un recurso ante el TAS rompe con nuestro sistema constitucional. El TAS es una entidad que, si bien es la más influyente en la lucha contra el dopaje a nivel internacional, no deja de ser de naturaleza jurídico-privada (45) y su actividad no es intercambiable con la actividad controladora de la legalidad administrativa que llevan a cabo los tribunales contenciosos del poder judicial español con todas las garantías previstas en el ordenamiento jurídico.

Independientemente de que pueda existir una instancia internacional en materia de dopaje deportivo, si se reconoce que la legislación española antidopaje respeta los principios y directrices del Código Mundial Antidopaje y de la Convención Internacional contra el Dopaje en el Deporte, no debería existir ningún recelo a que los jueces españoles —sometidos al ordenamiento jurídico español— conozcan de los recursos contras las resoluciones de los procedimientos administrativos sancionadores en esta materia. Es llamativo que es el propio legislador español quien diseña un sistema que permite precisamente obviar al poder judicial para acudir directamente a un tribunal internacional privado de arbitraje.

IV. CONCLUSIONES

Primera: la lucha contra el dopaje en el deporte siempre ha tenido una dimensión internacional. Ha sido, principalmente, la AMA quien, con la promulgación de los sucesivos Códigos Mundiales Antidopaje ha presionado a los distintos Estados a incorporar su contenido a sus Derechos internos. Sin

(44) Entre otras, STC 24/2017, de 16 de febrero (FJ 5) o STC 140/2016, de 21 de julio (FJ 3).

(45) La propia Ley Orgánica 11/2021, de lucha contra el dopaje en el deporte, en el punto 73 de su anexo de definiciones oculta la naturaleza privada del TAS pero lo define como «institución independiente para la solución de controversias relacionadas con el deporte a través del arbitraje o la mediación por medio de normas de procedimiento adaptadas a las necesidades específicas del mundo del deporte».

embargo, no pasa desapercibido que el régimen sancionador previsto en el Código Mundial Antidopaje no siempre encaja en los sistemas tradicionales de derecho administrativo sancionador y esto provoca, en el caso de España, que la legislación antidopaje en materia sancionadora se encuentre siempre en el filo de la constitucionalidad. Es importante garantizar un sistema de lucha contra el dopaje eficaz, pero es igualmente importante que este sistema respete las garantías y principios informadores del *ius puniendi* penal y administrativo.

Segunda: Un primer problema que presenta la reciente Ley Orgánica 11/2021, de lucha contra el dopaje en el deporte, es el de la importación de un sistema sancionador de responsabilidad objetiva —propio del Código Mundial Antidopaje— a nuestro derecho interno, donde está radicalmente proscrita. En todo caso, se exige dolo o culpa en la conducta infractora para poder ser calificada como tal. En definitiva, el Comité Sancionador Antidopaje como órgano administrativo competente en materia sancionadora antidoping es quien debe probar tanto el tipo objetivo como el tipo subjetivo —dolo o culpa— de la conducta del presunto infractor, no siendo admisible que la concurrencia de dolo o culpa se presuma *a priori* en el deportista.

Tercera: el resultado positivo de un control antidoping realizado por los profesionales autorizados respetando las garantías del deportista reconocidas por la propia Ley Orgánica 11/2021 puede crear una prueba de cargo contra el deportista, pues entre el test positivo y la infracción antidoping existe una conexión o indicio razonable. Esta circunstancia podrá tener consecuencias en la fase probatoria del procedimiento sancionador, recayendo sobre el deportista la carga de la prueba en algunos extremos. Sin embargo, la inversión de la carga de la prueba no puede traducirse en el deber del deportista de probar su inocencia para lograr eximir o atenuar su responsabilidad pues esto atenta contra el contenido más esencial del derecho a la presunción de inocencia.

Cuarta: Las resoluciones del Comité Sancionador Antidopaje ponen fin a la vía administrativa y contra ellas, además del recurso potestativo de reposición, cabe interponer recurso contencioso administrativo. Sin embargo, la Ley Orgánica 11/2021, para el caso de competiciones internacionales o de deportistas de nivel internacional, permite que el recurso judicial contencioso-administrativo se sustituya por un recurso ante el TAS. Esta previsión choca frontalmente con el artículo 106.1 de la Constitución que prevé el control judicial de la legalidad de la actuación administrativa y del sometimiento de ésta a los fines que la justifican. Teniendo en cuenta que el TAS es un tribunal internacional de arbitraje privado, en los casos en que se evite el control judicial de la resolución dictada por el Comité Sancionador Antidopaje se estaría vulnerando el citado artículo de la Constitución pues es una muestra evidente de una actuación administrativa que escapa al control del poder judicial.

V. BIBLIOGRAFÍA

- AGUADO I CUDOLÀ, Vicenç (2001): «La prueba en el procedimiento administrativo sancionador», *Revista Justicia Administrativa*, nº extraordinario 1, pp. 93-114.
- ALARCÓN SOTOMAYOR, Lucía (2010): «Derecho a la presunción de inocencia» en Blanca LOZANO CUTANDA (dir.), *Diccionario de Sanciones Administrativas*, Madrid, Iustel, pp. 252-268.
- CÁMARA ARROYO, Sergio (2020): «Más allá del deporte: el dopaje interpretado como delito contra la salud pública. Análisis penal, criminológico y jurisprudencial del art. 362 quinquies CP», *La Ley Penal*, 142, pp. 1-39.
- CAZORLA, Luis María (1992): *Derecho del deporte*, Madrid, Tecnos. 438 pp.
- DE VICENTE MARTÍNEZ, Rosario (2021): «La lucha contra el dopaje en el deporte» en Eduardo GAMERO CASADO y Antonio MILLÁN GARRIDO (dirs.), *Manual de Derecho del Deporte*, Madrid, Tecnos, pp. 865-911.
- FERNÁNDEZ, Tomás Ramón (2014): «La dudosa constitucionalidad del régimen sancionador del dopaje deportiva», *Revista Vasca de Administración Pública*, 99-100, pp. 1353-1369.
- GAMERO CASADO, Eduardo (2003): *Las sanciones deportivas*, Barcelona, Bosch, 608 pp.
- GÓMEZ TOMILLO, Manuel, y SANZ RUBIALES, Iñigo (2017): *Derecho Administrativo Sancionador. Parte General*, 4º Ed., Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, 1037 pp.
- GÓMEZ TOMILLO, Manuel (2020): «Principios constitucionales nucleares del derecho penal y matices característicos del derecho administrativo sancionador», *Revista de Derecho Aplicado LLM UC*, 6, pp. 1-38.
- HERNANDO ESPADA, David (2019): «A vueltas con la naturaleza vinculante del Código Mundial Antidopaje: Comentario a la Sentencia de 28 de septiembre de 2018 de la Sala Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional», *Revista Aranzadi de Derecho de Deporte y Entretenimiento*, 62, pp. 1-7.
- MILLÁN GARRIDO, Antonio (dir.) (2022): *Comentarios a la Ley Antidopaje: (Ley Orgánica 11/2021, de 28 de diciembre, de lucha contra el dopaje en el deporte)*, Madrid, Reus (en prensa).
- PALOMAR OLMEDA, Alberto (2004): «La regulación del dopaje en el deporte» en ESPARTERO CASADO, J. (coord.), *Introducción al derecho del deporte*, Madrid, Dykinson, pp. 353-389.
- PALOMAR OLMEDA, Alberto (2013): «La legislación contra el dopaje en España», *Revista de Derecho, Empresa y Sociedad*, 3, pp. 1-19.

- QUINTANA LÓPEZ, Tomás (2010): «Empleados Públicos. Régimen Disciplinario» en Blanca LOZANO CUTANDA (dir.), *Diccionario de Sanciones Administrativas*, Madrid, Iustel, pp. 367-385.
- RODRÍGUEZ GARCÍA, José (2013): «La AMA y su reglamentación» en Alberto PALOMAR OLMEDA (dir.), *El dopaje en el deporte. Comentario a la Ley Orgánica 3/2013, de 20 de junio, de protección de la salud del deportista y lucha contra el dopaje en la actividad deportiva*, Madrid, Dykinson, pp. 63-141.
- RODRÍGUEZ GARCÍA, José (2022): «Una aproximación a la Ley Orgánica 11/2021, de 28 de diciembre, de lucha contra el dopaje en el deporte», *Revista Aranzadi de Derecho del Deporte y Entretenimiento*, 74, pp. 1-11.
- RODRÍGUEZ TEN, Javier (2013): «El régimen disciplinario del dopaje» en Alberto PALOMAR OLMEDA (dir.), *El dopaje en el deporte. Comentario a la Ley Orgánica 3/2013, de 20 de junio, de protección de la salud del deportista y lucha contra el dopaje en la actividad deportiva*, Madrid, Dykinson, 710 pp.