



UNIVERSITAT DE
BARCELONA



Revista de Bioética y Derecho

Perspectivas Bioéticas

www.bioeticayderecho.ub.edu – ISSN 1886 –5887

ARTÍCULO

Pot el substrat ètic del “bioprogressisme” justificar un canvi en la política criminal en matèria de dopatge esportiu?

Can the ethical substratum of “bioprogressivism” justify a change the course of Criminal Policy on sports doping?

¿Puede el sustrato ético del “bioprogressismo” justificar un cambio en la política criminal en materia de dopaje deportivo?

EMILIO JOSÉ ARMAZA ARMAZA *

* Emilio José Armaza Armaza. Investigador Ramón y Cajal y Profesor de Derecho Penal de la Universidad de Deusto (España). Estudiante de Doctorado en Filosofía en la Universidad del País Vasco UPV/EHU (España). Email: emilio.armaza@deusto.es.

El presente trabajo ha sido elaborado en el marco del Programa Estatal de Promoción del Talento y su Empleabilidad, en el marco del Plan Estatal de Investigación Científica y Técnica y de Innovación 2013-2016 —Ayuda Ramón y Cajal con Referencia RYC-2016-20708—.



Copyright (c) 2022 Emilio José Armaza Armaza

Esta obra está bajo una licencia de Creative Commons Reconocimiento-NoComercial-SinObraDerivada 4.0 Internacional.

Resum

Al llarg de les últimes dècades, nombrosos autors i autores han reflexionat sobre la millora humana, tant des de la perspectiva de l'ètica i la filosofia política, com també des del prisma del Biodret. Com és lògic, aquesta reflexió ha aterrat, de manera natural, en els debats entorn de la millora esportiva (dopatge). En l'actualitat la doctrina es divideix en dos grans blocs: Es troba, d'una banda, el sector “bioconservador”, el qual rebutja la possibilitat de concedir legitimitat (ètica i jurídica) a la millora humana (i, particularment, a la millora humana en l'àmbit esportiu). D'altra banda, trobem el sector “bioprogressista” on hi ha nombroses veus que, sota determinades circumstàncies, s'inclinen a considerar la possibilitat d'admetre algunes tècniques de millora. Fins aquí, no trobem res nou sota el sol. No obstant això, en el present treball s'analitza, de manera particular, si els arguments a favor de la liberalització de l'ús de tècniques de millora humana en l'esport (arguments “bioprogressistas”) poden justificar i donar legitimitat a un canvi de rumb en la política criminal adoptada en matèria de dopatge esportiu (tals conductes es castiguen com a delictes en l'art. 362 quinquies CP). S'arriba a la conclusió que únicament seria possible admetre la descriminalització del delictes de dopatge si, a l'hora de discutir sobre la disponibilitat dels béns jurídics penalment tutelats, concedim major pes valoratiu a determinats fonaments liberals (particularment als milleans).

Paraules clau: dopatge; millora humana; esport; delictes; salut pública; bioprogressisme.

Abstract

In recent years, many authors have reflected on human enhancement from the perspective of Ethics, Political Philosophy and also, of course, from the prism of Biolaw. Naturally, this reflection has landed in the debates around sports enhancement (doping). Thus, literature is currently divided into two main sectors: on one hand, there are those who reject the possibility of granting ethical and legal legitimacy to human enhancement and, particularly, to human enhancement in the field of sport (“bioconservatives”) while, on the other hand, there are those who are in favor of considering the possibility of admitting it under certain circumstances (“bioprogessives”). Up to this point, there is nothing new under the sun. However, this paper analyzes, in particular, whether the arguments in favor of liberalizing the use of human enhancement techniques in sport (doping) can justify and give legitimacy to a change of course in the Criminal Policy adopted in the field of sports doping (such conduct is punishable as a crime in art. 362 quinquies of Spanish Criminal Code). We reach to the conclusion that it would only be possible to admit the decriminalization of the crime of doping if, when discussing on availability of the legal interest protected under Criminal Law, we give greater weight to certain liberal foundations (particularly those of the Milleans).

Keywords: Doping; human enhancement; sport; crime; public health; bioprogessives.

Resumen

A lo largo de las últimas décadas, numerosos autores y autoras han reflexionado sobre la mejora humana, tanto desde la perspectiva de la Ética, de la Filosofía Política, como también desde el prisma del Bioderecho. Como es lógico, esta reflexión aterrizó, de forma natural, en los debates en torno a la mejora deportiva (dopaje). En la actualidad la doctrina se divide en dos grandes bloques: Se encuentra, por un lado, el sector “bioconservador” desde el cual se rechaza la posibilidad de conceder legitimidad (ética y jurídica) a la mejora humana (y, particularmente, a la mejora humana en el ámbito deportivo). Por otro lado, encontramos al sector “bioprogressista” en el cual encontramos a numerosas voces que, bajo determinadas circunstancias, se inclinan a considerar la posibilidad de admitir algunas técnicas de mejora. Hasta aquí, no encontramos nada nuevo bajo el sol. Sin embargo, en el presente trabajo se analiza, de forma particular, si los argumentos a favor de la liberalización del uso de técnicas de mejora humana en el deporte (argumentos “bioprogressistas”) pueden justificar y dar legitimidad a un cambio de rumbo en la Política Criminal adoptada en materia de dopaje deportivo (tales conductas se castigan como delito en el art. 362 quinquies CP). Se llega a la conclusión de que únicamente sería posible admitir la descriminalización del delito de dopaje si, a la hora de discutir en torno a la disponibilidad de los bienes jurídicos penalmente tutelados, concedemos mayor peso valorativo a determinados fundamentos liberales (particularmente a los milleanos).

Paraules claus: dopaje; mejora humana; deporte; delito; salud pública; bioprogressismo.

1. Recuento de las herramientas jurídicas en materia de lucha contra el dopaje y su *ratio legis* como reflejo del ideario colectivo

¿Qué queda respecto de la discusión sobre los aspectos éticos de la mejora humana en el ámbito deportivo si se prescinde de lo defendido desde diversas coordenadas del discurso bioprogresista? Con independencia de aquello que cada uno pueda pensar al respecto, la respuesta a esta pregunta se nos antoja desoladora, dado que se extrae de la reflexión una serie de problemáticas cuestiones cuyo abordaje se torna indispensable para la construcción de un *corpus* ético y jurídico sólido e idóneo para afrontar los múltiples dilemas de la Bioética y del Bioderecho. En efecto, forma parte del ideario colectivo mayoritario de las sociedades occidentales contemporáneas, la concepción de que el dopaje es una “lacra”, un “vicio”, un “problema” y, en fin, una “amenaza”¹ que hemos de intentar erradicar mediante el desarrollo de herramientas de control social informal (*v. gr.* campañas de concienciación) y de control social formal (*v. gr.* mediante la positivización de mecanismos orientados a su prevención, persecución y represión, tanto a nivel administrativo-sancionador, como a nivel penal).

Cabe indicar que, en el contexto español, son tres las últimas herramientas jurídico-administrativas que han sido articuladas con el fin de ofrecer una estrategia de lucha contra el dopaje (dos de estas herramientas ya se encuentran derogadas)². Por su parte, desde una perspectiva jurídico-penal, encontramos en el art. 362 quinquies la regulación del delito de dopaje, que prescribe la imposición acumulativa de una pena de prisión, una pena de multa³ y, además, una pena privativa de otros derechos⁴. Así las cosas, el CP dispone la imposición de estas penas a quienes faciliten, proporcionen, prescriban (*etc.*) sustancias o métodos dopantes a los deportistas⁵. De la lectura del texto de dicho artículo se desprende, claramente, que el castigo de

¹ En la literatura científica encontramos pronunciamientos en el mismo sentido. Cfr., por ejemplo, Coleman, D.L.; Coleman, J.E. (2008). The problem of doping. *Duke Law Journal*, Núm. 2, Vol. 58, pp. 1743-1794. En esta línea de ideas, parecen alimentar este ideario aquellos sujetos que la doctrina ha denominado “gestores de la moral colectiva” o “gestores atípicos de la moral” (*atypische Moralunternehmer*) entre los cuales se encuentran no sólo el colectivo de deportistas contrarios al fraude en el deporte, sino también los diversos tipos de autoridades deportivas, políticos, asociaciones concernidas por el tema, así como también y principalmente los medios de comunicación (basta solo navegar por la red). Sobre el rol que estos gestores de la moral desempeñan en el diseño de la Política Criminal cfr. Silva Sánchez, J.M. (2001). *La expansión del Derecho Penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. Segunda edición, revisada y ampliada. Madrid: Civitas, p. 66 y ss.

² La LO 7/2006 de protección de la salud y de lucha contra el dopaje en el deporte; la LO 3/2013 de protección de la salud del deportista y lucha contra el dopaje en la actividad deportiva y la reciente LO 11/2021 de lucha contra el dopaje en el deporte.

³ Cuya cuantía oscila entre los 6 y los 18 meses.

⁴ Inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión u oficio, de 2 a 5 años.

⁵ El CP incorpora una clasificación de los deportistas que quedan amparados por la protección dispensada por el mencionado art. 362 quinquies: Deportistas federados (siempre que sean no competitivos), deportistas no federados (siempre que practiquen deporte por recreo) o, finalmente, deportistas que participen en competiciones que hayan sido organizadas en España.

estas conductas se encuentra supeditado a la comprobación de dos factores: a) Que el consumo de la sustancia o el uso de método prohibido no se encuentre justificado por razones terapéuticas. b) Que dichas sustancias o métodos pongan en peligro la salud o la vida de los deportistas (se sostiene, de forma prácticamente unánime, que la “salud pública” es el bien jurídico protegido).

En definitiva, en términos históricos, la evolución de la regulación (administrativa y penal) de las conductas de dopaje, se ha visto claramente orientada hacia su progresiva prohibición, así como a la persecución y represión de los infractores por medio de la imposición acumulativa de las penas descritas⁶. No cabe duda, por tanto, que en nuestro contexto se ha impuesto la denominada política legislativa “antidopaje” o de “lucha contra el dopaje”.

Ahora bien, frente a esta tradicional concepción en materia de dopaje, se puede observar que, especialmente a lo largo de las últimas décadas, han aparecido una serie de voces que, apoyándose en una profunda revisión de los planteamientos tradicionalmente aceptados, abogan por replantear los términos de discusión en relación no sólo con la concepción del dopaje como conducta éticamente aceptable, sino también con las bases sobre las que se ha erigido el conjunto de normas jurídicas orientadas al control y represión de estas conductas (tanto a nivel nacional, como internacional)⁷. En este sentido, resulta necesario repensar si las razones que han servido de base para el desarrollo de nuestra actual política legislativa de lucha contra el dopaje, son razones válidas desde el punto de vista argumentativo o si, por el contrario, pueden y, por ende, deben ser refutadas, lo cual nos llevaría a plantear la posibilidad de que, en escenarios

⁶ Véanse apuntes históricos específicos en E. Atienza Macías, F. J. López Frías, J. L. Pérez Triviño, “El dopaje y el antidopaje en perspectiva histórica”, op. cit., pp. 94-109 y R. K. Müller, “History of doping and doping control”, *Doping in sports: biochemical principles, effects and analysis*, D. Thieme, P. Hemmersbach (Eds.), Springer, Alemania, Berlín, Alemania, 2010, pp. 1-23.

⁷ A. J. Corlett, “Doping: Just Do It?”, *Sport, Ethics and Philosophy*, Núm. 4, Vol. 7 2013, pp. 430-449; C. Tamburrini, “¿Qué tiene de malo el dopaje?”, *Dilemata*, Núm. 5, Año 2, 2011, pp. 45-71 y del mismo “Are doping sanctions justified? A moral relativistic view”, *Sport in Society*, Núm. 2, Vol. 9, Abril 2006, pp. 199-211; J. Savulescu, B. Foddy, M. Clayton, “Why we should allow performance enhancing drugs in sport”, *British Journal of Sports and Medicine*, Núm. 38, Vol. 6, 2004, pp. 666-670; A. J. Schneider, R. B. Butcher, “A philosophical overview of the arguments on banning doping in sport”, *Values in sport – elitism, nationalism, gender equality and the scientific manufacture of winners*, T. Tännsjö, C. Tamburrini (Eds.), E&FN Spon, Nueva York, Estados Unidos de América, 2000, pp. 185-199.

Otros autores plantean que la Lista de la AMA incluye algunas llamadas *recreational drugs* que no suponen un incremento del rendimiento deportivo, y se prohíben solo en base a una vulneración del “espíritu deportivo” y según esta corriente doctrinal la AMA debería levantar la prohibición de tales sustancias. Cfr. I. Waddington, A. V. Christiansen, J. Gleaves, J. Hoberman, V. Møller, “Recreational drug use and sport: Time for a WADA rethink?”, *Performance Enhancement & Health*, Núm. 2, Vol. 2, Junio 2013, pp. 41-47 y M. McNamee, “The spirit of sport and the medicalisation of anti-doping: empirical and normative ethics”, *Asian Bioethics Review*, Núm. 4, Vol. 4, 2012, pp. 374-392; V. Møller, *Un diablo llamado dopaje*, Ed. Cultura Ciclista, Tarragona, España, 2012.

También sobre la necesidad de revisión del sistema antidopaje se han pronunciado B. Stewart, A. Smith, “Re-thinking drug control in sport: why regulation?”, *Rethinking drug use in sport: why the war will never be won*, Routledge, Nueva York, Estados Unidos de América, 2014, pp. 240-242; J. L. Pérez Triviño, “De Maradona a Armstrong: la necesaria revisión de la actual política antidopaje”, *Iusport*, 6 de noviembre de 2012 o B. Kayser, A. Mauron, A. Miah, “Current anti-doping policy: a critical appraisal”, *BMC Medical Ethics*, Núm. 2, Vol. 8, 2007.

determinados, se pueda autorizar el uso de sustancias o de métodos mejoradores⁸. Como señala Pérez Triviño, “la simple operación lingüística de hablar de “mejoras deportivas” en lugar de “dopaje” contribuye a ver el mismo asunto con una perspectiva o connotación menos negativa”⁹. Cabe resaltar que las posiciones contrarias a las mencionadas políticas legislativas antidopaje [que serán objeto de análisis desde el prisma jurídico-penal en las páginas siguientes] emergen de algunas coordenadas teóricas consecuencialistas y pueden ser asumidas, al apoyarse en los pilares del liberalismo político, desde ciertas perspectivas deontológicas. En definitiva, estos argumentos podrían apoyar la construcción de una respuesta jurídica distinta a la ya elaborada por el legislador penal que, como se ha indicado, ha optado por la criminalización de las conductas de dopaje en determinados supuestos. Así, tal y como anuncia el título de este trabajo, en lo que sigue procederemos a analizar si los argumentos que habitualmente se alegan en favor de la no prohibición de la mejora humana son idóneos para fundamentar y justificar un cambio de rumbo en la política criminal adoptada en materia de dopaje.

2. Examen de los principios y valores sobre los que pivota el sustrato bioético del bioprogresismo

En el epígrafe anterior se anuncia la discrepancia que existe entre la visión ortodoxa —que identifica al dopaje como un comportamiento abiertamente contrario y opuesto a una serie de derechos, principios, así como valores iusfundamentales— y los últimos esfuerzos realizados por el minoritario pero importante sector doctrinal que entiende que es necesario revisar todos y cada uno de los argumentos (elaborados, desde luego, tanto desde el prisma de la Ética, como desde la perspectiva de las Ciencias Jurídicas) a los que se ha recurrido de forma tradicional para poder dar legitimación ética y jurídica a las políticas legislativas de “lucha contra el dopaje”. En lo que sigue discurriremos en torno a la siguiente cuestión ¿es razonable recurrir a estos argumentos para justificar una modificación del CP que esté orientada a la descriminalización del delito de dopaje?

⁸ Resume esta visión J. L. Pérez Triviño en el “Prólogo” al libro de J. López Frías, *Mejora humana y dopaje. Una propuesta crítica*, Ed. Reus, Madrid, España, 2015, pp. 7-9.

⁹ En efecto, en nuestro contexto Pérez Triviño, al igual que el pionero escocés Miah, han propuesto sustituir el término “dopaje” por el de “mejora física”. Cfr. J. L. Pérez Triviño, “Mejoramiento genético y deporte”, *op. cit.* pp. 152-153 y A. Miah, *Genetically modified athletes: biomedical ethics, gene doping and sport*, *op. cit.*, pp. 171-176.

2.1. El *fair play* como objeto de protección

En nuestra lengua y ámbito geográfico es quizás el profesor Pérez Triviño quien se ha ocupado del análisis del contenido del denominado *fair play* con mayor detenimiento y rigurosidad. En efecto, en su importantísima obra *Ética y deporte*¹⁰ el autor afirma que el *fair play* suele ser considerado mayoritariamente como el núcleo moral de la actividad deportiva¹¹. En este sentido, una aproximación panorámica al contenido del término podría conducirnos al entendimiento de que la práctica deportiva encarna una serie de valores que son estimados de forma positiva en la sociedad contemporánea: honestidad¹², respeto, igualdad¹³, colaboración, solidaridad, entre otros¹⁴. Sin perjuicio de lo indicado, se podría afirmar que el *fair play* no sólo está referido a los valores anotados, sino que también se identifica con el respeto a las reglas del juego previamente establecidas en cada una de las normas (reglamentos) que rigen las distintas modalidades deportivas. En este orden de cosas, podríamos afirmar que el contenido del *fair play* se vincula con el respeto a un acuerdo (expreso o tácito) previamente establecido entre aquellas personas que participan en una competición. Entre otros aspectos, en este acuerdo se plasman las reglas que han de ser acatadas en el proceso de evaluación de las habilidades deportivas, así como las que se han de tener en cuenta en el proceso de toma de decisiones respecto de las consecuencias que derivan del incumplimiento de las reglas de juego previamente pactadas. Desde luego, como explica Pérez Triviño, no resultan ajenos a esta discusión los planteamientos (llamémosles “eclecticos” o “mixtos”) que ven en el *fair play* una referencia, no sólo a los valores y posiciones iusfundamentales previamente señaladas así como al respeto por las reglas del juego previamente consensuadas, sino también como una referencia al respeto por el juego en sí mismo¹⁵.

¹⁰ J. L. Pérez Triviño, *Ética y deporte*, Ed. Descleé de Brouwer, Bilbao, España, 2011, pp. 25-26.

¹¹ En el mismo sentido, S. Loland, *Fair play in sport: a moral norm system*, Routledge, Londres, Reino Unido, 2002, pp. 17-39.

¹² Otro autor que desarrolla minuciosamente el concepto del *fair play* es R. F. Sebastián Solanes, *La ética del deporte en el contexto actual de la filosofía, desde la aportación de la modernidad crítica*, Universitat de València, Valencia, España, 2013, p. 219.

¹³ Cfr. J. M. Terradillos, “Qué Fair Play? ¿Qué deporte?”, *Fair Play. Revista de Filosofía, Ética y Derecho del Deporte*, Núm. 1, Vol. 1, 2013, p. 51.

¹⁴ En segundo plano quedarían, partiendo de esta interpretación, aquellos fines relacionados con el ánimo de obtener la victoria, fama o el premio que, en la mayoría de los casos, repercutirá positivamente en el patrimonio del deportista y de su entorno.

¹⁵ La doctrina suele matizar esta visión ecléctica respecto del contenido del *fair play*, recurriendo a la sistematización de, al menos, dos criterios que permiten concretar de forma específica el alcance del concepto analizado: a) Los agentes implicados deben ser sujetos razonables y libres de escoger el contenido específico del *fair play*. b) Es necesario intentar maximizar el grado de satisfacción media de los intereses de todas las partes implicadas (intento que debe abarcar, por supuesto, el criterio rector de no maleficencia en las decisiones que finalmente lleguen a adoptarse). Cfr. S. Loland, M. McNamee, “Fair play and the ethos of sports: an eclectic philosophical framework”, *Journal of the Philosophy of Sport*, Núm. 1, Vol. 27, 2000, pp. 63-80; S. Loland, *Fair play in sport: a moral norm system, op. cit.*, pp. 17-39.

Ahora bien ¿puede el *fair play* ser considerado como un valor o bien jurídico que merezca el establecimiento de mecanismos de tutela por parte de nuestro ordenamiento jurídico? Todavía más, ¿ese mecanismo de tutela debe ser elaborado en el marco de la herramienta de control social más enérgica de la que disponemos como sociedad políticamente organizada (nos referimos, concretamente al recurso al Derecho Penal, en el marco del cual se podría crear alguna figura delictiva que sancione los ataques a este valor)? Para el análisis de esta cuestión, la doctrina suele tomar como punto de partida el estudio de los preceptos constitucionales que puedan guardar relación con el contenido del *fair play*. De esta forma, se nos antoja especialmente relevante el texto del artículo 43 de nuestra Carta Magna¹⁶. Dicho precepto constituye la base sobre la que se ha desarrollado el conjunto de la política legislativa española en materia de deporte y, de forma particular, las políticas de acción legislativa respecto de la cuestión específica del control, persecución y represión de las conductas de dopaje. Resulta necesario resaltar dos cuestiones de trascendental importancia que se desprenden de la lectura del precepto constitucional mencionado: a) Que la CE no consagra un “derecho al deporte”. b) Que dicho documento tampoco considera a dicha actividad como parte de los servicios públicos que ha de brindar el Estado al conjunto de los ciudadanos¹⁷. Así, parece razonable afirmar que el término “fomento” alcanza únicamente a la promoción y protección de las actividades deportivas.

Partiendo de estas premisas, un amplio sector doctrinal considera que difícilmente podría defenderse la idea de que el *fair play* pueda ser elevado a la categoría de bien jurídico penalmente protegible¹⁸. No obstante, entre nuestra doctrina también se puede identificar un importante sector doctrinal que defiende una postura opuesta¹⁹. Ahondando en este asunto y teniendo en cuenta la base constitucional de referencia en materia del tratamiento de los pormenores de la actividad deportiva (la cual parece no vincularse nítidamente a la idea de “juego justo”) y, por

¹⁶ “1. Se reconoce el derecho a la protección de la salud.

2. Compete a los poderes públicos organizar y tutelar la salud pública a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios. La ley establecerá los derechos y deberes de todos al respecto.

3. Los poderes públicos fomentarán la educación sanitaria, la educación física y el deporte. Asimismo facilitarán la adecuada utilización del ocio”.

¹⁷ La jurisprudencia también se ha pronunciado en un sentido similar. Véase, por ejemplo, la STS (Contencioso Administrativo) de 23 de marzo de 1988.

¹⁸ Se pronuncia en este sentido, por ejemplo, Valls Prieto. En efecto, concordamos con el criterio sostenido por este autor, para quien no existe, ni en su opinión se puede considerar la inclusión en un futuro, el “comportamiento deportivo” o el “juego limpio” como bien jurídico por sí mismos y menos aún dentro del concepto de dopaje. Cfr. J. Valls Prieto, “La intervención del Derecho Penal en la actividad deportiva”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, Núm. 11, 2009, p. 8.

¹⁹ Véase, por ejemplo, el trabajo de Rey Huidobro. Esta otra cara de la moneda defiende que el correcto y leal desarrollo de la competición deportiva es, desde luego, un bien jurídico que merece la tutela penal y que, sin lugar a dudas, se ve afectado por las conductas de dopaje de los deportistas. Cfr. por todos L. F. Rey Huidobro, “Repercusiones penales del dopaje deportivo”, *Revista Aranzadi de Derecho de Deporte y Entretenimiento*, Núm. 16, 2006, p. 108.

supuesto, partiendo de la base de que, en términos generales, el *fair play* puede ser entendido como a) un conjunto de valores; b) como el respeto a las reglas del juego; c) como el respeto a un acuerdo, o, d) como el respeto por el juego en sí, parece adecuado llegar a la conclusión de que el Derecho Penal no podría ser habilitado para la protección específica del *fair play* sin que ello implique una clara vulneración de una serie de principios jurídico-penales de trascendental importancia (fragmentariedad, *ultima ratio*, intervención mínima). Dicho de otro modo, no resulta aconsejable la construcción de un bien jurídico (penalmente protegible) sin que previamente se haya constatado la existencia de una premisa constitucional que declare la notable importancia del derecho que subyace tras dicho bien, lo contrario nos aboca a la concesión de un poder ilimitado al legislador penal (de allí que sea necesario constatar la referencia constitucional de cada uno de los bienes jurídicamente protegidos).

Ahora bien, existe otra razón más para negar la posibilidad de que el *fair play* pueda ser considerado como bien jurídico protegido en el delito de dopaje. El legislador no castiga al deportista de que se dopa, sino al tercero que le ayuda a doparse. Esto nos lleva a plantearnos la siguiente pregunta: ¿Quién, en última instancia, atenta contra el juego limpio? ¿el tercero que vende la sustancia prohibida o el deportista que la usa para alterar los resultados de la competición? De la redacción del tipo penal de delito de dopaje, parece derivar la idea de que al legislador no le interesa proteger penalmente el *fair play*.

Desde luego, queda perfectamente abierta la posibilidad de establecer una respuesta a aquellas conductas que lesionen el *fair play* desde la perspectiva del Derecho Administrativo sancionador (pues desde este prisma sí que podría justificarse la sanción de la infracción de una norma que no proteja un bien jurídico elaborado a partir de un derecho constitucional concreto), pero no cabe duda que teniendo en cuenta los problemas relacionados con la concreción del contenido específico de la idea de *fair play*, es posible admitir que la posibilidad de que una conducta de dopaje pueda ser considerada como una práctica que vulnera el *fair play* en determinadas circunstancias, pero podría no vulnerarlo en otras, por ejemplo, en el hipotético escenario en el que se regularice y acepte un sistema de competiciones segregadas, en las cuales se permita el consumo o uso de sustancias o métodos de dopaje en una competición determinada²⁰. Si el escenario descrito se llegase a dar, únicamente cabría apreciar una clara

²⁰ Efectivamente, desde la doctrina se sugiere la posibilidad de establecer competiciones segregadas. Con el mismo criterio para establecer competiciones segregadas por edad, peso (como en algunos deportes como el boxeo o el judo) o sexo aquí se darían razones suficientes para crear competiciones para aquellos individuos que tuvieran capacidades físicas más allá de las humanas. Cfr. D. P. Clark, N. J. Pazdernik, *Biotechnology: applying the genetic revolution*, Segunda Edición, Elsevier, Waltham, MA, Estados Unidos de América, 2015, p. 766; J. L. Pérez Triviño, *The challenges of modern sport to ethics: from doping to cyborgs*, Lexington Books, Nueva York, Estados Unidos de América, 2013, p. 114. Por otra parte, cabe indicar que fue pionero en este planteamiento B. Houlihan, *Dying to win: doping in sport and the development of anti-doping policy*, op. cit., p. 126.

vulneración del *fair play* debido al consumo de sustancias o, en su caso, al uso de métodos de dopaje en los siguientes supuestos:

- (a) Cuando se consuman productos o se utilicen métodos de mejora en el marco de una competición en la que las partes involucradas en el juego hayan acordado previamente que tales conductas están prohibidas.
- (b) Cuando se consuman sustancias o, en su caso, usen métodos de mejora distintos a los que hayan sido previamente admitidos por las partes involucradas.
- (c) Cuando se consuman sustancias o, en su caso, usen métodos dopantes de forma (cantidades, frecuencia, tiempo, etc.) distinta a la que previamente ha sido pactada entre las partes.

Ahora bien, hay que recordar que, al menos en la actualidad, el uso o consumo de métodos o sustancias dopantes constituye una clara vulneración del *fair play* en la medida en que se encuentra plenamente extendida (a nivel autonómico, estatal e internacional) la tendencia político-legislativa que consagra la prohibición de cualquier conducta relacionada con el dopaje. Así las cosas, en la medida que el panorama legislativo actual imposibilita *a priori* el uso o consumo de las sustancias y métodos dopantes (tanto en la práctica deportiva profesional, como en la práctica recreativa) no cabe tampoco admitir la posibilidad de poder consensuar, entre dos o más partes, una competición en la que se permita a los participantes recurrir al consumo de sustancias o al uso de métodos dopantes.

Concluimos señalando que, aunque la voluntad del legislador diera un giro en relación con la forma de regular las cuestiones vinculadas al *fair play* (adoptando, una perspectiva más proclive a admitir modelos de competiciones segregadas) el alcance de la intervención penal en materia de dopaje tendría que mantenerse intacto, en la medida en que, como hemos defendido en este trabajo, no es el "juego limpio" el motivo por el cual se ha criminalizado este tipo de comportamientos.

2.2. Sobre la protección de la salud de los deportistas

El análisis de los mecanismos dispuestos para la protección de los deportistas en el contexto del dopaje debe ser relacionado con, al menos, tres grandes principios y valores del Bioderecho: a) El principio de no maleficencia. b) La protección de la integridad personal individual. c) La tutela de la salud pública.

2.2.1. El principio de no maleficencia

Otro aspecto nuclear del análisis de las cuestiones relacionadas con la legitimación de la intervención del Derecho en materia de control y represión del dopaje, está relacionado con la valoración de las posibilidades de colisión de dicha práctica con el principio de no maleficencia. El desarrollo contemporáneo del contenido del principio de no maleficencia se ha producido, fundamentalmente, en el marco de las discusiones generales sobre ética y derecho biomédico (esencialmente en los debates relacionados con las intervenciones y tratamientos médicos que puedan implicar una lesión de la integridad personal del paciente, así como en las discusiones relacionadas con la cuestión de los límites de la experimentación e investigación con seres humanos²¹). El Principio de no maleficencia suele ser encuadrado por la doctrina contemporánea dentro los denominados “cuatro principios bioéticos”, cuya sistematización se debe, fundamentalmente, a la obra de Beauchamp, y Childress²².

Ahora bien, siguiendo a Ara Callizo, por imperio de este principio no sólo se nos emplaza, sino que, todavía más, se nos exige abstenernos de causar daño, de forma intencional, a cualquiera de nuestros semejantes²³ (si bien esta exigencia opera, especialmente, ante el uso y aplicación de la Biomedicina y de la Biotecnología, no hay motivos para extraerla de los demás ámbitos de la vida). En la actualidad se discuten, al menos, dos planteamientos que han intentado explicar el contenido del principio en cuestión. Según el primero, el principio mencionado está constituido por un deber perfecto que nos obliga a no causar daño a ninguna otra persona; desde esta perspectiva, dicho deber se erige como una institución ética que se configura con anterioridad a la idea de consentimiento del sujeto que, en este caso, no resulta dañado por una acción u omisión lesiva. Se distingue, por tanto, del principio de beneficencia en el sentido de que éste último no da lugar a la configuración de un deber perfecto, sino de uno imperfecto, en el sentido de que sólo debemos aplicarlo (es decir, hacer el bien) en nuestras relaciones con algunas personas

²¹ Véase, sobre estas cuestiones: C. M. Romeo Casabona (Dir.), *Enciclopedia de Bioderecho y Bioética*, Tomos I y II, Ed. Cátedra Interuniversitaria de Derecho y Genoma Humano — Comares, Bilbao-Granada, España, 2011.

²² T. L. Beauchamp y J. F. Childress, *Principles of Biomedical Ethics*, Séptima Edición, Oxford University Press, Nueva York, Estados Unidos de América, 2013.

²³ Cfr. J. R. Ara Callizo, “Principio de no maleficencia (ético)”, *Enciclopedia de Bioderecho y Bioética*, Tomo II, C. M. Romeo Casabona (Dir.), Ed. Cátedra Interuniversitaria de Derecho y Genoma Humano — Comares, Bilbao-Granada, España, 2011, pp. 1176- 1178. Asimismo, conviene añadir que el origen de este principio, al menos en el marco de la Ética occidental, se remonta a los principios que forman parte de la denominada “tradición hipocrática” (sus primeras formulaciones aparecen citadas en varios pasajes del *Corpus Hippocraticum*), aunque cabe mencionar y resaltar el hecho de que la discusión sobre su contenido ha sido objeto de reflexión en épocas posteriores (fruto de lo cual se termina por acuñar la, ya clásica, sentencia *primum non nocere*, probablemente en el siglo XIX debido al enfrentamiento al que estaban expuestas las creencias sobre la ineficacia y el peligro que para los pacientes encarnaban las los tratamientos médicos tradicionales, en contraposición con la eficacia y beneficencia de los procesos naturales) llegando, desde luego, a plantear grandes problemas interpretativos y de naturaleza sistemática incluso en nuestros días.

específicas: *a)* a aquellas a las que podemos ayudar/beneficiar; y, *b)* a aquellas que han prestado su consentimiento para que actuemos de dicha manera²⁴. De acuerdo con el segundo planteamiento, el principio de no maleficencia no tiene que ser siempre un deber perfecto —y, por tanto, tener siempre prioridad y estar antepuesto al principio de beneficencia—, puesto que en muchas y diversas situaciones podríamos encontraros con supuestos en los que colisionen, de forma simultánea, los deberes de no causar daño y los relacionados con hacer el bien o beneficiar a otra persona —ej. en los supuestos en los que en el intento de beneficiar al paciente que ha solicitado un tratamiento se le cause, consciente e intencionalmente un daño que es fruto o consecuencia del riesgo que entraña de forma intrínseca un tratamiento médico determinado—.

Ahora bien, de todo lo expuesto —y adoptando una postura ecléctica en torno al contenido del principio ético objeto de análisis— cabe colegir que el contenido genérico del principio de no maleficencia, en determinadas situaciones, debe ser regulado y ponderado teniendo en cuenta, fundamentalmente, los propios deseos y preferencias de la persona sobre la que se actúa, por lo que en muchos casos el deber de no hacer daño no debería ser considerado como un deber perfecto, esto es, anterior al consentimiento del sujeto pasivo, sino que, por el contrario, tendría que ser considerado como un deber claramente imperfecto, en el cual es el propio destinatario del comportamiento —o, en su caso, de la omisión— quien va a determinar la “eticidad” de la forma de actuar del sujeto activo. En esta línea de ideas, fuera de los supuestos expuestos en este párrafo, cabría apreciar un deber perfecto de no causar daño a otros, por lo que cuando no se aprecie la vulneración de un interés específico del destinatario del comportamiento lesivo, el sujeto activo tendrá que abstenerse de causar cualquier lesión al destinatario de una acción concreta, sin que para ello importen —al menos de forma determinante— las valoraciones que podamos realizar respecto del consentimiento prestado (o no) por el sujeto pasivo en cuestión (esta interpretación resulta compatible con la decisión del legislador de no otorgar al consentimiento en las lesiones, la naturaleza de causa de justificación, sino más bien la de una atenuante de la responsabilidad penal).

En cualquier caso, al analizar la posible afectación al principio de no maleficencia en el marco de las distintas prácticas de dopaje se ha de tener en cuenta que, hasta la fecha, los estudios demuestran que muchas de las sustancias comercializadas con fines de mejora en el ámbito deportivo ostentan un alto grado de lesividad para los deportistas que las consumen²⁵. En este

²⁴ Resulta capital la consulta de sus postulados en G. González Rodríguez Arnaiz, “Principio de beneficencia (ético)”, *Enciclopedia de Bioderecho y Bioética*, Tomo I, C. M. Romeo Casabona (Dir.), Ed. Cátedra Interuniversitaria de Derecho y Genoma Humano — Comares, Bilbao-Granada, España, 2011, p. 121-128.

²⁵ Entre los autores que se han ocupado de analizar los efectos lesivos del consumo de sustancias dopantes destacan Charles E. Yesalis, Virginia S. Cowart, Loulietta Erotokritou-Mulligan, Richard Holt y Peter H. Sönksen.

sentido, en la actualidad existe consenso al afirmar que está totalmente acreditado que el consumo de esteroides²⁶, por ejemplo, es causa directa de la producción de un desequilibrio hormonal en las mujeres y, por ello, se le relaciona con el aumento de vellosidad, fatiga, estrés, incremento del riesgo de padecer un aborto involuntario, así como de padecer un infarto cardiaco²⁷. Por otra parte, se puede afirmar que poco o, mejor dicho, casi nada sabemos de las posibles implicaciones que tendría para la integridad personal el recurso al uso de algunos métodos o técnicas de mejora en el ámbito deportiva tales como la edición genética.

El denominado “dopaje genético” es una práctica que consiste en la adición, supresión, reemplazo o modificación de uno o varios genes del sujeto destinatario de la acción con el fin de incrementar sus capacidades y habilidades deportivas²⁸. No debemos olvidar que los fines que pueden perseguirse por medio de la aplicación de una técnica de ingeniería genética pueden ser varios: la cura o tratamiento de enfermedades (“manipulación genética terapéutica”), la mejora de ciertas capacidades físicas o intelectuales del sujeto pasivo (“manipulación genética perfectiva o de mejora”) y, finalmente, el diseño de la fisionomía del sujeto receptor de la intervención genética (“diseño genético”)²⁹. El dopaje genético se incardina en el marco de las manipulaciones genéticas perfectivas o de mejora³⁰, con la particularidad de que la mejora a la que va a ser sometido el sujeto destinatario de la acción, está orientada al incremento o, valga la repetición, mejora de sus capacidades y habilidades deportivas³¹.

²⁶ Cfr. Ch. E. Yesalis, V. S. Cowart, *The steroids game*, Human Kinetics Publishers, Champaign, IL, Estados Unidos de América, 1998.

²⁷ En 1999, la Comisión adoptó un plan de apoyo comunitario para luchar contra el dopaje en el ámbito del deporte. Como reflejo de este propósito destaca el proyecto que la Unión Europea encomendó a la *Technische Universität München* (TUM) en torno a los efectos biomédicos secundarios del dopaje, bajo el título: “Harmonising the knowledge about biomedical side effects of doping” en el contexto del Programa de Salud Pública 2003-2008.

Otros trabajos de investigación nos trasladan los efectos de hormona de crecimiento, tales como reducción de la función cardíaca, apnea de sueño y otros trastornos respiratorios durante el sueño, aumento de la debilidad muscular, aparición de diabetes, a nivel neurológicos dolores de cabeza frecuentes e instancias de idiopática, aumento del riesgo de leucemia. Cfr. I. Erotokritou-Mulligan, R. I.G. Holt, P. H. Sönksen, “Growth hormone doping: a review”, *Journal of Sports Medicine*, Vol. 2, 2011, pp. 99-111 y de los mismos autores, “The history of doping and growth hormone abuse in sport”, *Growth Hormone & IGF Research*, Núm. 4, Vol. 19, agosto 2009, pp. 283-412.

²⁸ Dependiendo del material en el que se interviene y de la posibilidad de transmisión de la nueva información genética a la descendencia, nos encontraremos frente a una intervención genética en línea germinal o una intervención en línea somática.

²⁹ Consúltense los pronunciamientos de C. M. Romeo Casabona, *Los genes y sus leyes. El Derecho ante el genoma humano*, Ed. Cátedra Interuniversitaria de Derecho y Genoma Humano — Comares, Bilbao-Granada, España, 2002 y S. Romeo Malanda, *Intervenciones genéticas sobre el ser humano y Derecho Penal*, Ed. Cátedra Interuniversitaria de Derecho y Genoma Humano — Comares, Bilbao-Granada, España, 2006.

³⁰ Sobre el particular nos pronunciábamos v. E. Atienza Macías, “Implicaciones ético-jurídicas de las intervenciones de mejora en el ámbito deportivo. Especial consideración del llamado ‘dopaje genético’”, *op. cit.*, pp. 267-276. Desde una perspectiva bioética destaca la obra de T. Vieira Bomtempo, *Melhoramento humano no esporte - o doping genético e suas implicações bioéticas e biojurídicas*, Ed. Juruá, Curitiba, Brasil, 2015.

³¹ A. Miah, *Genetically modified athletes: biomedical ethics, gene doping and sport*, *op. cit.*, pp. 43-51 *pássim* y J. L. Pérez Triviño,

En cualquier caso, cabe indicar que los riesgos y probables consecuencias secundarias y lesivas que podrían concurrir en una persona que se somete a alguna intervención genética todavía no han sido del todo identificadas³² ni, mucho menos, son del todo previsibles, por lo que, como indicábamos más arriba, nos encontramos frente a un alto grado de incertidumbre³³ en relación con la posible afección a la integridad personal del sujeto pasivo. Llegados a este punto, queda recordar la importancia que también ostenta el principio de precaución (volveremos sobre esta cuestión *infra*).

2.2.2. Sobre la protección *strictu sensu* de la integridad personal del deportista

El pilar jurídico básico del principio de no maleficencia, al menos desde la perspectiva de nuestro Derecho positivo, se construye sobre la base del derecho a la integridad personal consagrado en el artículo 15 CE (“Todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral [...]”). Recordemos que, como parte del desarrollo jurídico de dicho precepto, el legislador penal ha considerado adecuado mantener en nuestro catálogo de delitos una serie de añejas y, desde luego, muy necesarias figuras delictivas destinadas a castigar las conductas que lesionen o que, al menos, pongan en peligro de lesión el interés por la tutela de la integridad tanto de los seres humanos ya nacidos (personas), como de aquellos que aún lo han hecho, pero que ya han sido concebidos (*nasciturus*). Por otro lado, en el marco del desarrollo de las actividades deportivas, el legislador penal también ha considerado adecuado brindar protección a la salud desde una perspectiva colectiva (salud pública). Recordemos que el tipo penal que ha sido incorporado en el primer apartado del artículo 362 quinquies CP, contiene el tipo básico del “delito de dopaje” y el segundo apartado del artículo mencionado contiene tres supuestos agravados de dicho delito.

Ya hemos puesto de manifiesto que existe un amplio consenso doctrinal en la idea de que muchas conductas de dopaje acarrearán efectos lesivos para la salud o, incluso, la vida de los deportistas. Con anterioridad habíamos puesto como ejemplo el caso del uso de esteroides y de sus posibles efectos secundarios, y también hemos mencionado que poco, o casi nada, sabemos de los posibles efectos secundarios y, desde luego, no deseados que pueden causar para la integridad

“Mejoramiento genético y deporte”, *op. cit.*, pp. 151-157.

³² Si bien algunos pronósticos se han apuntado K. Gerlinger, T. Petermann y A. Sauter, “Gene doping: scientific basis and perspectives of use”, *Gene doping. Scientific basis – gateways – monitoring*, Report for the Committee on Education, Research and Technology Assessment, Berlín, Alemania, 2009, pp. 27-68.

³³ T. Friedmann, “How close are we to gene doping?”, *Hastings Center Report*, Núm. 2, Vol. 40, 2010, pp. 20-22. Fundamental de este autor: A. Schneider y T. Friedmann, *Gene doping in sports: the science and ethics of genetically modified athletes*, Elsevier Academic Press, San Diego, Estados Unidos de América, 2006.

personal de los deportistas las novedosas técnicas de manipulación genética, independientemente de la finalidad que se persiga con su aplicación.

Así las cosas, dado que nuestro sistema jurídico penal ha previsto la serie de delitos anteriormente expuestos, hemos de afirmar que ante la eventual lesión del bien jurídico *integridad personal*³⁴ del deportista, a quien se suministra una sustancia, o a quien se le aplica un método dopante, podrán ser de aplicación por los tribunales cualquiera de las figuras delictivas previstas en los artículos 147 y ss. CP³⁵. Resulta importante resaltar que la protección del bien jurídico en cuestión no nos reconduce, de ningún modo, a la afirmación de que de algún modo el legislador ha pretendido proteger la libre disposición de la integridad personal. Un análisis de los distintos tipos penales relacionados con esta materia, nos lleva a la conclusión de que la idea de libertad de disposición de la integridad personal no forma parte de la estructura del bien jurídico, así como tampoco de los elementos de los distintos tipos enunciados. En este sentido, nuestro sistema jurídico ha previsto que la figura del consentimiento únicamente opera como causa de exclusión completa de la responsabilidad penal en una serie de supuestos específicamente establecidos y regulados en el CP³⁶ (bajo ciertas condiciones el trasplante de órganos, las esterilizaciones y la cirugía de reasignación sexual)³⁷ y que en todos los demás casos que no puedan ser subsumidos en los supuestos mencionados el consentimiento únicamente permitirá a los Jueces o Tribunales atenuar la pena al condenado³⁸. Así, las lesiones —dolosas o imprudentes— que sean causadas a un deportista como consecuencia de la administración de una

³⁴ El contenido del bien jurídico “integridad personal” —que, vale la pena recordar, ha sido larga y ampliamente discutido por la literatura en materia penal— puede identificarse, en resumidas cuentas, con dos proyecciones distintas: *a*) En primer lugar se encuentra la “integridad física” o “integridad corporal”, cuyo contenido se refiere más concretamente a la plenitud de la estructura físico-orgánica de cada individuo y, además, a la funcionalidad de sus distintos componentes (órganos, miembros, tejidos o, en fin, partes de cualquiera de éstos) y, *b*) por otra parte encontramos a la salud física por un lado y mental por otro del sujeto. Su contenido está vinculado con la noción de “bienestar” del ser humano en ambos aspectos.

³⁵ En este sentido, Valls Prieto resalta el supuesto en el que las sustancias o métodos dopantes sean suministrados por terceras personas ya sean físicas o jurídicas (equipos o incluso el Estado) que podrían producir lesiones a los deportistas, siendo estas conductas constitutivas de un delito de lesiones (arts. 147 y ss). Cfr. J. Valls Prieto, “La intervención del Derecho Penal en la actividad deportiva”, *op. cit.*, p. 10; A. Rodríguez Mourullo, I. Clemente, “Dos aspectos de Derecho Penal en el deporte: el dopaje y las lesiones deportivas”, *Actualidad Jurídica. Uría Menéndez*, Núm. 9, 2004, pp. 56 y 57 y A. Eser, “Deporte y justicia penal”, *Revista Penal*, Núm. 6, 2000, pp. 53-66 y “Lesiones deportivas y Derecho Penal”, *La Ley*, Núm. 2, 1990, pp. 1130-1141.

³⁶ Sobre esta cuestión véase, por ejemplo, la obra de E. Atienza Macías y E. J. Armaza Armaza, “La transexualidad: aspectos jurídico-sanitarios en el ordenamiento español”, *op. cit.*, pp. 365-377.

³⁷ Cfr. art. 156 CP. *Vid.* E. Rubio Torrano, “Cambio de sexo (jurídico)”, *Enciclopedia de Bioderecho y Bioética*, Tomo II, C. M. Romeo Casabona (Dir.), Ed. Cátedra Interuniversitaria de Derecho y Genoma Humano — Comares, Bilbao-Granada, España, 2011, pp. 314-321.

³⁸ Excepto cuando el consentimiento ha sido otorgado por un menor de edad o por una persona con discapacidad (en estos casos dicho consentimiento carece de toda validez). Cfr. art. 155 CP.

sustancia dopante o de la aplicación de un método que persiga tales finalidades, podrían dar lugar a la configuración de cualquiera de los delitos previstos en los artículos 147 y ss. CP.

De esta forma, aquel menoscabo de la integridad personal que requiera para su curación, además de una primera asistencia facultativa, un tratamiento médico o quirúrgico, en principio podría ser subsumido en el tipo penal del artículo 147 CP (modalidad básica del delito de lesiones). Por su parte, el sujeto pasivo del delito podrá ser, en principio, cualquier persona (ser humano nacido). No obstante, si es que la persona que sufre la lesión es un menor o un incapaz, podrá apreciarse la configuración del tipo cualificado del artículo 148.3 CP. De otro lado, si quien sufre el menoscabo es alguna de las personas especialmente protegidas en razón de haber mantenido alguna relación especial con el autor, serán de aplicación las previsiones del artículo 153 CP. Cabe resaltar, por último, que las lesiones que el propio deportista se causa a sí mismo (“autodopaje”) no son subsumibles en ningún tipo de lesiones dado que el tipo penal no abarca las lesiones que el propio deportista se inflige a sí mismo (autolesiones).

En general, los delitos de lesiones se caracterizan por ser delitos de medios indeterminados —salvo por lo dispuesto en los apartados 1 y 2 del art. 148 CP, que sancionan de forma específica las agresiones que se hubieren realizado por medio del uso de objetos, medios, métodos o formas concretamente peligrosas; así como aquellas agresiones efectuadas con ensañamiento o alevosía—. Parece adecuado afirmar que las lesiones que eventualmente sean causadas al sujeto pasivo por medio de las conductas de dopaje, podrán ser cometidas por cualquiera de los dos siguientes medios comisivos: *a)* el consumo de sustancias potencialmente nocivas para la salud del deportista (ej. EPO), o *b)* el uso de cualquier método orientado a la mejora de las capacidades deportivas que tenga como consecuencia un menoscabo en la integridad personal del sujeto sometido a él (ej. dopaje sanguíneo, dopaje genético, etc.). Nos encontramos, pues, frente a un grupo de delitos que son, salvo en ciertos supuestos, infracciones penales de acción y resultado material, por lo que su configuración está supeditada a la comprobación de la existencia de la relación de causalidad y la imputación objetiva del resultado. Aquellas lesiones que, por su menor entidad, no puedan ser subsumidas en el tipo básico anteriormente descrito (art. 147.1 del CP), tendrán la consideración de un delito leve de lesiones, tipificado en el segundo apartado del art. 147 CP. Tal sería el supuesto, de la producción de lesiones que requieran una primera asistencia facultativa, pero no un tratamiento médico o quirúrgico (ej. la pequeña herida o lesión causada por la mala colocación de una inyección de una sustancia dopante).

2.2.3. Sobre la protección de la salud del colectivo de deportistas (la protección de la salud pública)

Partiendo del hecho de que múltiples sustancias y métodos de dopaje pueden ser, efectivamente, dañinos para la salud de quienes los usan, cabe entender que las conductas de dopaje pueden provocar un menoscabo de la salud de los deportistas, pero no únicamente desde un punto de vista individual sino, también, desde una perspectiva colectiva. Siguiendo a Regis Prado, entendemos que la salud pública está referida a la valoración de la salud de un conjunto de personas efectuado mediante la comprobación del estado de bienestar —físico y mental— de todos los individuos que conforman el colectivo³⁹. Desde estas coordenadas, se puede considerar que la salud pública está referida a la salud del individuo considerado como integrante de algo más grande (una sociedad organizada).

En este sentido, la redacción que el legislador penal utiliza en el texto del art. 362 quinquies CP que sanciona el delito de dopaje, no deja dudas respecto del fin último que persigue esta norma: la protección de la salud pública. En efecto, es condición necesaria, por ser un elemento del tipo objetivo, que la conducta de dopaje genere peligro para la vida o salud de los deportistas. Se puede, por tanto, concebir al delito en cuestión como un delito de resultado y, más concretamente, como un delito de resultado de peligro concreto (la comprobación de la peligrosidad de la conducta ha de realizarse *ex post*). De esta forma, es necesaria, como es lógico, la comprobación de que concurre también la relación de causalidad entre la conducta y el resultado, así como el examen de la imputación objetiva del mismo. Sea como fuere, nos encontramos, pues, frente a un delito que protege a la salud pública, como bien jurídico colectivo.

2.2.4. Sobre la crítica del discurso bioprogresista en relación con la protección de la salud de los deportistas y su idoneidad para impulsar un cambio en la política-legislativa antidopaje

Queda claro, por lo expuesto anteriormente, que la política legislativa antidopaje se orienta hacia la protección de los tres valores enunciados: El principio de no maleficencia, la integridad personal entendida como derecho fundamental y como bien jurídico penalmente protegido y, por último, la salud pública —entendida como bien jurídico colectivo—. Procede, por tanto, resaltar la forma

³⁹ Cfr. L. Regis Prado, “Salud pública (jurídico)”, *Enciclopedia de Bioderecho y Bioética*, Tomo II, C. M. Romeo Casabona (Dir.), Ed. Cátedra Interuniversitaria de Derecho y Genoma Humano — Comares, Bilbao-Granada, España, 2011, p. 1483.

en la que opera el simplísimo silogismo sobre el que se asienta la construcción de la mencionada política antidopaje:

PMa: Es necesario prohibir la distribución y el uso de sustancias/métodos que puedan causar daño a la salud de quienes las consumen/utilizan.

PMe: Las sustancias/métodos dopantes pueden causar daño a la salud de quienes las consumen/utilizan.

Consecuente: Es necesario prohibir la distribución y el uso de sustancias/métodos dopantes.

A raíz de esto, un importante sector doctrinal ha manifestado su disconformidad con el hecho de que este razonamiento haya dado lugar a la tendencia legislativa represiva de las conductas de dopaje. Desde dichas coordenadas se defiende que son dos las razones por las cuales los argumentos que se sustentan en el silogismo anteriormente expuesto no son válidos, ni suficientes para justificar la política legislativa adoptada en esta materia:

- i. La lógica aplicada para prohibir y reprimir la comercialización y el consumo de sustancias y métodos de mejora en el ámbito deportivo no ha sido aplicada a otras esferas de la vida social. En efecto —y salvo algunos supuestos específicos⁴⁰— no parece factible constatar la existencia de un compromiso nacional o internacional serio por la lucha en contra de la comercialización y consumo de otras sustancias o métodos cuyo consumo o uso puedan causar daño a la integridad personal. Escojamos un par de ejemplos entre mil: la relación de causalidad existente entre el consumo abusivo de tabaco y ciertas formas de cáncer de pulmón o de boca, está más que constada desde hace muchos años, y no sólo entre quienes consumen directamente dicha sustancia, sino también entre quienes sin consumirla directamente se ven más o menos condicionados a la ingesta indirecta de las sustancias tóxicas (fumadores pasivos); del mismo modo, el reciente y polémico informe de la OMS en relación al incremento del riesgo de padecer ciertas formas de cáncer debido al consumo excesivo de algunos tipos de carne⁴¹, no parece haber motivado a las instancias estatales o supranacionales para comprometerse a buscar las herramientas adecuadas —incluso, ¿por qué no? si nos encontramos frente a bienes jurídicos de tan importante valor, herramientas extraídas de la esfera penal— para brindar protección a los intereses que se dice proteger por medio de la represión jurídica de las conductas de dopaje en el ámbito deportivo.

⁴⁰ Concretamente los relacionados con la represión del tráfico de drogas y otras sustancias estupefacientes. Véanse los artículos 368 y ss. del CP.

⁴¹ Organización Mundial de la Salud (OMS) se hacía eco de ello: “El Centro Internacional de Investigaciones sobre el Cáncer evalúa el consumo de la carne roja y de la carne procesada”, *Comunicado de prensa del Centro Internacional de Investigaciones sobre el Cáncer*, Lyon, Francia, 26 de octubre de 2015.

Es probable que en este tipo de esferas de la vida de las personas quizás sea conveniente dar primacía a la autonomía del ser humano que de forma consciente consume tal o cual sustancia o hace uso de tal o cual método de entretenimiento, satisfacción o, por qué no aceptarlo, mejora. Una interpretación en sentido opuesto nos conduciría hacia la estructuración de una serie de herramientas represivas fundadas en la tutela de nuestros intereses de forma claramente paternalista sin que quepa, bajo ninguna circunstancia, la valoración de lo que cada uno de nosotros puede querer o desear en el marco del ejercicio legítimo de nuestros derechos y libertades (especialmente en el marco de las acciones encaminadas a ejercitar nuestro interés por el libre desarrollo de nuestra propia personalidad)⁴².

- ii. Por otra parte, como se ha indicado resulta innegable que el dopaje se encuentra directamente relacionado con la producción de algunos efectos nocivos en la integridad y salud de los deportistas. Sin embargo, es necesario resaltar el hecho de que el fin último del dopaje (valoración que se podría extrapolar al uso de cualquier droga recreativa) no es, en modo alguno, el de lesionar la salud del deportista, sino más bien el de alcanzar una mejora en su rendimiento deportivo. Esta idea enlaza perfectamente con la de la posibilidad de que, en el futuro, el incesante desarrollo científico nos permita tener a nuestro alcance un cúmulo de sustancias/métodos de mejora en el ámbito deportivo completamente inocuos para la salud del deportista que ha decidido recurrir a ellos. Ahora bien, no es necesario llegar tan lejos, es perfectamente posible que en la actualidad el consumo protocolizado y moderado de ciertas sustancias/métodos de dopaje también pueda resultar inocuo para las diversas proyecciones de la integridad corporal cuya protección nos interesa⁴³.

Llegados a este punto procede abordar la cuestión que este trabajo se propone analizar: ¿Puede este argumentario impulsar un cambio en la política criminal en materia de dopaje? Como se ha explicado, son dos las más poderosas razones que desde las coordenadas proclives a la desestigmatización del dopaje se han elaborado para criticar las políticas legislativas restrictivas:

⁴² De conformidad con lo dispuesto por el art. 10.1 CE

⁴³ Desde esta perspectiva, Pérez-Calderón nos propone un nuevo concepto, esto es, el “dopaje limpio” que advierte “a muchos les podrá parecer un contrasentido, pues cuando hablamos de dopaje lo primero que se nos viene a la cabeza es un significado negativo del mismo”. Se trataría de elaborar “una lista de sustancias contrastadas científicamente como mejoradoras del rendimiento deportivo, no afectantes a la salud, cuyo uso controlado se realice por médicos cualificados a tal efecto”. Y en este sentido, se plantea el autor por qué no liberalizar el empleo de las mismas en el ámbito deportivo y en especial de las competiciones. De esta forma, tendríamos un dopaje controlado, incluso aportaría más equidad a la competición y sería la única opción a tener en cuenta si se sigue aumentando la dureza de las pruebas deportivas y exigiendo continuar batiendo records a los profesionales del deporte. Sugiere que igual que está de moda hablar del “fair play” o juego limpio por qué no hablar de un “dopaje limpio”. Cfr. A. Pérez-Calderón, “¿Por qué está prohibido el dopaje deportivo?”, *Iusport*, 26 de noviembre de 2013.

a) Paternalismo, autonomía y libre desarrollo de la personalidad

La primera de las razones —que podríamos resumir señalando que resulta no es coherente permitir el consumo de algunas sustancias que podrían llegar a ser muy dañinas (por ejemplo, el tabaco) mientras que prohibimos el dopaje (que también podría ser dañino)— parece perfectamente defendible solo si nos alejamos de los postulados de tradición paternalista y nos adscribimos a corrientes de pensamiento filosófico-político de corte liberal. Así, siguiendo como es lógico a John Stuart Mill⁴⁴, la autonomía puede ser concebida en un doble sentido: **a)** en un sentido negativo como la no intromisión por parte del Estado, ni de otros individuos, en las decisiones personales de quien es portador de un interés o preferencia concreta; y **b)** en sentido positivo, como la posibilidad de actuar y comportarse según las propias elecciones, sin más límite que el de no perjudicar a otras personas. Así las cosas, se podría afirmar, como hipótesis inicial defendida desde coordenadas liberales, que el hecho de que las sustancias/métodos dopantes sean peligrosos para la salud del deportista, no es razón suficiente para criminalizar el dopaje.

Todavía más, tenemos que recordar que, la doctrina penal dominante, por múltiples e importantísimas razones, suele mostrarse crítica con la denominada “expansión del Derecho Penal”. Así, la ampliación del *ius puniendi*⁴⁵ ha sido cuestionada por el altísimo coste iusfundamental que supone para quienes terminan siendo objeto de represión penal. Si vinculamos estas reflexiones al tema que nos ocupa, quizás sea adecuado añadir al argumentario la idea de que —insistimos, desde el prisma liberal— la represión penal de las conductas de dopaje puede suponer, también, un coste para los deportistas, que no son objeto de represión, sino más bien, objeto de protección por parte del Derecho Penal. En efecto, no parece descabellado considerar que la expansión del *ius puniendi* en materia de dopaje da lugar a la configuración de un escenario en el que la autonomía del sujeto protegido (el deportista) se ve claramente mermada en la medida que se reprime la conducta de quienes podrían facilitarle el producto (la sustancia dopante) que —libre y conscientemente— ha decidido consumir, o el método (de mejora deportiva) que ha decidido utilizar. Es conveniente apuntar que esta posible afección a la autonomía del deportista guarda una estrecha relación con la lesión a la garantía constitucional que consagra la libertad de todos los ciudadanos a desarrollar de forma autónoma su propia personalidad (libertad que, por añadidura, se erige como fundamento del orden político y de la paz social)⁴⁶.

⁴⁴ J. S. Mill, *De la libertad*, Ed. Tecnos, Madrid, España, 1965.

⁴⁵ Por medio de la creación de nuevos delitos, ampliación del ámbito de aplicación de los delitos ya existentes, incremento del rigor en las consecuencias jurídicas del delito, disminución de los beneficios penales o estructuración de mecanismos más complicados para el acceso a ellos, etc.

⁴⁶ En efecto, el Art. 10.1 de la CE establece que: “La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre

Ahora bien, lo expuesto hasta el momento parece apuntar hacia la idea de que, en aras de salvaguardar la autonomía y, por supuesto, el libre desarrollo de la personalidad del deportista que opta por el consumo o por el uso de una sustancia o método de dopaje, es necesaria una reforma de la política legislativa en materia de dopaje encaminada hacia la liberalización (moderada y ponderada, eso sí, según los planteamientos expuestos en los epígrafes precedentes) del conjunto de comportamientos desarrollados en el marco de las conductas de dopaje (esto es, la producción, comercialización, suministro, consumo de sustancias y métodos de mejora en el ámbito deportivo); sin embargo, debemos poner de manifiesto que podría sostenerse que una hipotética liberación de las conductas relacionadas con el dopaje podría también conducirnos, de algún modo, a la eventual lesión de la autonomía, así como de la libertad en el desarrollo de la personalidad de los deportistas.

En efecto, la consecuencia práctica de una política legislativa liberal en materia de dopaje (respetuosa con la autonomía de quien decide recurrir al dopaje) en el marco de la cual se haya permitido la creación del, ya mencionado, “sistema de competiciones segregadas”, podría llegar a ser que los beneficios económicos (directos e indirectos) de quienes participan en la categoría en la que se permite la mejora deportiva, se vean incrementados exponencialmente debido al hecho de que dichas competiciones serían vistas no sólo como un deporte tradicional, sino, por añadidura, como un espectáculo excepcional. Por esta razón, es probable que algunos de los deportistas que no hayan mostrado un interés inicial por recurrir a las conductas de dopaje, terminen por ceder a las presiones de distinta índole (económicas, sociales, familiares, etc.) que recaigan sobre ellos y, consecuentemente, opten finalmente —y con una voluntad que podría calificarse de “viciada”— por consumir productos o utilizar métodos de mejora en el deporte⁴⁷. Como indicábamos, esta argumentación nos lleva a reflexionar sobre la eficacia que tienen las políticas legislativas de corte liberal en materia de dopaje en relación con el respeto a la autonomía y libertad en el desarrollo de la personalidad de los deportistas, en la medida en que se cuestiona la validez (desde el prisma de la autonomía) de la decisión de recurrir al dopaje de aquellos deportistas que han cedido ante las distintas presiones externas mencionadas anteriormente.

desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social”. Sobre el reconocimiento de la autonomía de la voluntad en los delitos de dopaje C. Juanatey Dorado, “Protección penal de la vida y de la salud: alcance del reconocimiento de la autonomía de la voluntad”, *Nuevos límites penales para la autonomía individual y la intimidad*, A. Doval Pais (Dir.); C. Moya Guillem (Coord.), Ed. Aranzadi — Thomson Reuters, Cizur Menor, España, 2015, pp. 38-41 y N. Sánchez-Moraleda Vilches, “Uso de drogas con fines de dopaje: Hipótesis y soluciones concursales”, *Nuevos límites penales para la autonomía individual y la intimidad*, A. Doval Pais (Dir.); C. Moya Guillem (Coord.), Ed. Aranzadi — Thomson Reuters, Cizur Menor, España, 2015, pp. 133- 153.

⁴⁷ Cfr. F. J. López Frías, “Una propuesta dialógica para el debate en torno al dopaje”, *Agora: Papeles de filosofía*, Núm. 1, Vol. 34, 2015, p. 151.

No obstante, este discutible argumento se enfrenta al viejo y complejísimo problema relacionado con la delimitación adecuada de la autonomía como categoría ética que emerge del libre albedrío y, por ende, del respeto a la garantía vinculada a la protección de la libertad en el desarrollo de la personalidad. En efecto, ¿hasta qué punto las presiones e influencias externas — que intervienen en curso de la formación del acto voluntario— pueden ser consideradas como causas que anulan, lesionan o, si se quiere, merman la autonomía del individuo? Si bien no existe consenso en cuanto a la delimitación de la respuesta a esta pregunta, la literatura mayoritaria parece inclinarse por considerar que un comportamiento no debería dejar de ser considerado como un comportamiento autónomo, incluso cuando el sujeto haya recibido información externa que de uno u otro modo haya dirigido sus elecciones individuales. Rechazar esta afirmación implicaría afirmar que ninguna —o casi ninguna— de nuestras decisiones cotidianas son decisiones autónomas, en la medida que, dada nuestra naturaleza y el medio en el que nos desenvolvemos, elegimos, por poner un ejemplo, hasta nuestra vestimenta en virtud de la información que llega del exterior (programas y anuncios de televisión, catálogos, revistas de moda, recomendaciones y opiniones de terceros, etc.).

A estas reflexiones debemos añadir el hecho de que el legislador no ha optado por reprimir el consumo o uso de sustancias o métodos de mejora en otros ámbitos de competitivos de la vida en sociedad, bajo el argumento de que podría resultar merma la autonomía de aquellas personas que, *a priori*, no estaban dispuestas a recurrir a dichos mecanismos de mejora. En efecto, no se han prohibido, ni mucho menos, sancionado las conductas de dopaje en otros sectores laborales, es más, parece difícil que un trabajador común y corriente opte por “doparse” ante los mejores resultados que puedan conseguir las personas que trabajan junto a él. Así, es cuando menos discutible afirmar que en todos los casos una política legislativa de corte liberal puede dar lugar a la merma o lesión de la autonomía de los potenciales consumidores del producto o usuarios del método dopante.

En otro orden de cosas, también es preciso tener en cuenta que puede identificarse otro interés que podría verse afectado por una decisión de corte liberal en cuanto al dopaje. En efecto, quienes sufran las consecuencias lesivas para la salud derivadas del dopaje, harían uso de los recursos públicos para la protección y cuidado de su salud. Cabría preguntarse, por tanto, si la sociedad está dispuesta a asumir dichos costes. Nos encontramos, pues, frente a una discusión que entra en el terreno del reparto de los recursos públicos y que, por tanto, queda extraída del debate en relación con la política criminal en materia de persecución del dopaje (que, como hemos visto, se fundamenta en la protección de la salud del colectivo de deportistas).

En conclusión, desde esta perspectiva y desde las coordenadas del pensamiento liberal, se puede afirmar que sí existen razones para defender la despenalización del dopaje y para

considerar que una regulación de naturaleza paternalista —como la actual— debe ser reputada y entendida como una regulación contraria al principio de respeto a la autonomía, al de respeto a la libertad en el desarrollo de la personalidad y, por ello, contraria al respeto a la dignidad del ser humano (art. 10.1 CE)⁴⁸.

b) Protección de la salud pública

Como se ha explicado, la segunda razón por la cual se defiende la des-estigmatización del dopaje radica en el hecho de que, sin negar que puede haber sustancias/métodos dañinos, también podemos encontrarnos ante un escenario diferente, bien porque el método/sustancia sea inocuo, o bien porque, aun siendo dañino, su nivel de lesividad sea ínfimo debido a su consumo moderado y protocolizado.

Sin embargo, a la luz de lo expuesto a lo largo del trabajo, parece difícil defender la descriminalización del delito de dopaje en la medida que el propio CP condiciona la configuración de tal delito a que se acredite la producción del peligro para la salud de los deportistas. Como se ha explicado, el tipo penal en cuestión se configura como un delito de peligro concreto, es decir, es necesario constatar que la salud de algún o algunos deportistas ha sido, efectivamente, puesta en peligro. Quedan fuera de represión penal (aunque se aprecie una infracción administrativa) las conductas de dopaje que no generen dicho riesgo para la salud del colectivo de deportistas. Desde luego, como se ha expuesto, esta decisión del legislador es razonable y defendible si se analiza desde el prisma paternalista, pero cuestionable si, como hemos visto en el epígrafe precedente, se evalúa desde coordenadas liberales.

2.3. Igualdad y beneficencia

El desarrollo doctrinal en torno a la forma jurídica que en nuestros días ha adoptado el “principio de igualdad” se encuentra en una etapa caracterizada por una enorme complejidad, fundamentalmente, en relación con la aplicación práctica de los postulados que se defienden desde de los diversos planteamientos y modelos elaborados por la literatura especializada. El legislador ha optado por incorporar en la propia Constitución una serie de preceptos que contienen las premisas sobre las que se desarrolla el principio de igualdad. Entre dichos preceptos se encuentra uno —el contenido en el artículo 14 CE— que ostenta una especial importancia, tanto

⁴⁸ También, en un sentido similar, J. Savulescu, “Why it’s time to legalise doping in athletics”, *The Conversation*, Agosto 2015. También se cuestiona este asunto U. Wiesing, “Should performance-enhancing drugs in sport be legalized under medical supervision?”, *Sports Medicine*, Núm. 2, Vol. 41, 2011, pp. 167-176.

por su contenido, como por su popularidad y frecuente uso en los debates relacionados con la idea de igualdad en general, y la igualdad en materia de dopaje el deporte en particular. En efecto, dicho precepto incorpora el mandado constitucional que consagra la igualdad (ante la ley) de todos los españoles, señalando que para garantizarla no podrá prevalecer discriminación por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, etc. A tan rotunda declaración se une el precepto incorporado en el artículo 1.1 CE que declara que España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho, y que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político.

El principio de igualdad ha sido tradicionalmente invocado en los debates en torno al dopaje. Según los planteamientos de un importante sector doctrinal, el consumo o uso de sustancias o métodos de mejora en el deporte vulnera abiertamente las condiciones de igualdad en la competición. Es probable que tal afección pueda ser percibida con más claridad en los supuestos en los que una de las partes que compiten no sabe que la otra ha hecho uso de tales técnicas de mejora. Tal interpretación parece estar más vinculada con la posibilidad —ya analizada anteriormente— de una vulneración del *fair play*, y no con la noción de igualdad que aquí se defiende (igualdad en la consideración de los intereses). De ahí que haya surgido en la literatura otra interpretación respecto del papel que juega el principio de igualdad en el marco de las conductas de dopaje. Según esta postura, las conductas de dopaje no lesionan el principio de igualdad, sino que, por el contrario, nos encontramos frente a comportamientos que permiten la concreción fáctica de las aspiraciones que perseguimos por medio de dicho principio. Tal interpretación, defendida en sus inicios por Savulescu⁴⁹, parte de la base de que los seres humanos no tenemos la misma suerte en lo que se denomina “lotería genética”, por lo que es una realidad completamente normal encontrarnos rodeados de personas más y menos fuertes que nosotros, más y menos ágiles que nosotros, más y menos hábiles que nosotros, etc. En este sentido, podemos constatar que la mayoría de seres humanos no hemos tenido la misma suerte “genética” que un puñado de afortunados que tendrán una mejor predisposición para la práctica del deporte y una mayor facilidad para alcanzar unos resultados cada vez mejores.

Así, podría defenderse la idea de que el Estado no debería optar por la estructuración de una política legislativa restrictiva en materia de dopaje sino, todo lo contrario, optar por una política que permita el fomento —controlado y protocolizado— con el fin de que las personas que han sido menos afortunadas en la “lotería genética” puedan aspirar a alcanzar unos resultados de excelencia en la práctica de un deporte determinado que, de otro modo, habrían sido inalcanzables

⁴⁹ Cfr. J. Savulescu, “Genetic Enhancement”, *A Companion to Bioethics*, Segunda Edición, H. Kuhse & P. Singer (Eds.), Blackwell, Oxford, Reino Unido, 2009, pp. 3-4. Y se hace eco de ello J. L. Pérez Triviño, “Mejoramiento genético y deporte”, *op. cit.*, p. 152.

para ellas. En este sentido, no podemos considerar que su interés por el desarrollo de unas capacidades deportivas de excelencia (recordemos cuál es el contenido del principio de igualdad defendido en este trabajo de investigación) tiene menos valor que el interés que poseen las personas que han resultado ser “afortunadas en términos genéticos”⁵⁰.

Es probable que esta interpretación pueda ser defendida, también, desde una perspectiva constitucional. El artículo 9 CE establece que *“corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social”*. Una lectura de este precepto a la luz de los planteamientos defendidos por Savulescu, desde luego, nos lleva a la conclusión de que es necesario repensar la tendencia legislativa adoptada por el legislador español en materia de dopaje.

Ahora bien, existe una estrecha relación con las ideas expuestas y el principio de beneficencia. En efecto, partir de la idea de que las personas que ha sido menos afortunadas en la lotería genética deberían poder acceder a una serie de procedimientos de mejora con el fin de alcanzar una concreción fáctica real del principio de igualdad, impulsa y promueve dicho principio (que consagra la necesidad de recurrir, siempre que se pueda, al uso de los avances de la biomedicina con el fin de hacer un bien a otra persona —respetando, desde luego, su autonomía—). Al respecto cabe recordar, por último, que Harris ha puesto de manifiesto que es imprescindible repensar si las conductas de mejora han de ser vistas solo como una posibilidad o, todo lo contrario, como una necesidad e imperativo —siempre desde el respeto a la autonomía— tal y como vemos otras formas de mejora más rudimentarias (ej. escolarización). Si partiéramos (únicamente) de estas premisas, desde luego, no solo parecería defendible, sino más bien imprescindible la descriminalización del delito de dopaje.

2.4. El principio de justicia

Otro de los argumentos sobre los que pivota el rechazo a la regularización de las conductas de mejora humana en general, y de dopaje en particular, descansa sobre la idea de que los nuevos, más avanzados y eficaces procedimientos de mejora únicamente podrán estar al alcance del sector de la población con mayor poder adquisitivo, lo cual conlleva al aumento de la desigualdad⁵¹. Este

⁵⁰ M. Shapiro, “Does technological enhancement of human traits threaten human equality and democracy?”, *San Diego Law Review*, 39, 2013, pp. 805-810.

⁵¹ L. S. Parker, “In sport and social justice, is genetic enhancement a game changer?”, *Health Care Analysis*, Núm. 4, Vol. 20, 2012, pp.

acceso “restringido” a los avances de la tecnología supondría, en cierto modo, una afección al principio de justicia en la medida que no todos los ciudadanos tendríamos acceso a ellos⁵². Ahora bien, un importante sector doctrinal ha puesto de manifiesto que el argumento de la desigualdad en el acceso a los métodos de mejora tiene un problema de base: la desigualdad en el acceso a los métodos en cuestión —y, por tanto, la lesión al principio de justicia— es en todo caso transitoria. En efecto, si bien es cierto que cuando un nuevo producto o método de mejora es lanzado al mercado, sólo las clases sociales con mayor poder adquisitivo pueden hacer uso de ellos, también es verdad que, con el paso del tiempo, el libre acceso a dichos productos permite apreciar una notable disminución en su precio, posibilitando que las clases menos favorecidas puedan también acceder a ellos. Como pone de manifiesto el Prof. Pérez Triviño⁵³, existen innumerables ejemplos que demuestran este fenómeno denominado como “Market Stimulus Effect”⁵⁴. Nuevamente, si solo se partiera de estas premisas no tendría que haber objeción a la defensa de la descriminalización del delito de dopaje*.

328-346.

⁵² L. González Morán, “Implicaciones éticas y jurídicas de las intervenciones de mejora en humanos. Reflexión general”, *op. cit.*, p. 25 y C. Lema Añón, “¿Mejores que quién? Intervenciones de mejora, derechos humanos y discriminación”, *op. cit.* pp. 35-49.

⁵³ Cfr. J. L. Pérez Triviño, “Mejoras genéticas: igualdad y factor temporal”, *Revista de Derecho y Genoma Humano / Law and the Human Genome Review*, Núm. Extraordinario 2014, Jornadas del XX Aniversario / Special Issue 2014, 20th Anniversary Conference, 2014, p. 264.

⁵⁴ Sobre el particular G. Crozier & Ch. Hajzler, “Market Stimulus and Genomic Justice: Evaluating the Effects of Market Access to Human Germ-Line Enhancement”, *Kennedy Institute of Ethics Journal*, Núm. 2, Vol. 20, 2010, pp. 161-179.

* Valga esta última nota para hacer constar el agradecimiento del autor a los miembros del grupo de investigación G.I. Cátedra de Derecho y Genoma Humano, pues sus valiosas sugerencias, consejos y reflexiones han enriquecido este trabajo (especial mención merecen las sugerencias que nos ha hecho llegar D. Ekain Payán Ellacuría). Entre las publicaciones más recientes de nuestros compañeros/compañeras destacan: Emaldi, A., “Surrogacy in Spain and the proposal of a legislative change for its regulation. A global phenomenon in Europe”, *Revista de Derecho y Genoma Humano Genética, Dykinson*, 2018; la misma, “Derechos Constitucionales y análisis jurídico en relación con el diagnóstico genético preimplantatorio en el contexto de la reproducción asistida”, *Retos del Derecho ante un Mundo Global*, Tirant Lo Blanch, 2020; la misma, “Protección de datos personales en el ámbito sanitario y de investigación biomédica: una visión europea”, *Revista de Actualidad Jurídica Iberoamericana*, Ed. Instituto de Derecho Iberoamericano. Núm. 14; la misma, “El uso de las nuevas tecnologías biomédicas en aras a la defensa del Derecho a la Salud”, en *Passado, Past, Present and Future of Human Rights: After the 70th Anniversary of the Universal Declaration of Human Rights 1948-2018*, University Press, Coimbra, 2021; De Miguel Beriaín, I., “Human dignity and gene editing”, *EMBO Reports*, 2018; Nicolás Jiménez, P., “Aspectos éticos y jurídicos”, *Cáncer Hereditario*, Sociedad Española de Oncología Médica, Madrid, 2019; Atienza Macías, E., “Gestión democrática de la diversidad cultural: la lengua como valor identitario de las minorías lingüísticas. Reflexiones en torno a la opción canadiense por el ‘acomodo razonable’ de derechos”, *Gestión de la diversidad cultural en las sociedades contemporáneas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014.

3. Recapitulación y reflexiones finales

En las páginas precedentes se han evaluado algunos de los argumentos más representativos de la doctrina “bioprogresista” y que han sido elaborados en favor de la liberalización del uso de técnicas de mejora humana en el deporte, con el fin de comprobar si [tales argumentos] son o no idóneos para justificar y dar legitimidad a la despenalización del delito de dopaje deportivo (art. 362 quinquies CP). En relación con la protección del *fair play*, aun coincidiendo en el hecho de que la hipotética admisión de modelos de competiciones segregadas permitiría que se mantenga el respeto a dicho valor, se concluye con la idea de que la intervención penal debería mantenerse intacta en la medida que no es el juego limpio el valor (bien jurídico) que el legislador penal intenta proteger. Por su parte, en lo tocante a la protección de la salud (individual) de los deportistas que optan por recurrir al dopaje para mejorar sus destrezas, incluso la de aquellos que opten por doparse debido a las presiones de distinta naturaleza (sociales, económicas, etc.) que recaen sobre ellos, en este trabajo se defiende que existen razones para abogar por la despenalización del dopaje y para considerar que una regulación paternalista debe ser considerada contraria al principio de autonomía, al de respeto a la libertad en el desarrollo de la personalidad y, por tanto, contraria a la dignidad del ser humano. Respecto de la protección de la salud, ahora sí, “pública”, y siendo conscientes de que no todas las sustancias o métodos dopantes podrían ser idóneos para generar riesgo de lesión de este bien jurídico penalmente protegido, se concluye afirmando que el reproche penal del delito de dopaje sólo es defendible desde perspectivas paternalistas, mientras que puede concebirse como un reproche ilegítimo si la valoración se construye desde planteamientos de corte liberal. Ahora bien, en relación con la valoración de la compatibilidad entre las prácticas de dopaje y el principio de igualdad, se encuentran convincentes razones para afirmar que dicho principio tampoco resulta afectado en la medida que su contenido no guarda relación con el *fair play*, además, se concluye señalando que si se parte de las reflexiones de Harris (y otros) se puede llegar a afirmar que la descriminalización del delito de dopaje resulta no solo razonable, sino más bien, necesaria.

En definitiva, como conclusión general de este trabajo se puede señalar que sólo es posible admitir la descriminalización del delito de dopaje si, a la hora de discutir en torno a la disponibilidad de los bienes jurídicos penalmente tutelados, concedemos mayor peso valorativo a determinados elementos constitutivos del liberalismo político. Ahora bien, a la vista de estas reflexiones queda una última cuestión respecto de la cual es necesario plasmar un pronunciamiento: ¿y qué valoración se puede elaborar respecto de la política legislativa (no penal) antidopaje? Parece razonable afirmar que las razones expuestas en las páginas precedentes también pueden (por separado) justificar un cambio en la orientación de la política legislativa administrativo-sancionadora siempre, claro está, que de lo que estemos discutiendo es de la

posibilidad de admitir las conductas de dopaje en el marco de unas hipotéticas competiciones segregadas.

Agradecimientos

El autor aprovecha esta nota para expresar su agradecimiento al revisor o revisora (anónimo) de este artículo puesto que sus valiosos comentarios, observaciones y sugerencias han permitido mejorar diversos aspectos formales y materiales del trabajo.

Bibliografía

- ◆ Barber Cárcamo, R. (2010). “Reproducción asistida y determinación de la filiación”. *Revista Electrónica de Derecho de La Universidad de La Rioja (REDUR)*, (8), 25–37.
- ◆ AA.VV. (2011). Enciclopedia de Bioderecho y Bioética, Tomo I y II, en C. M. Romeo Casabona (Dir.), Ed. Cátedra Interuniversitaria de Derecho y Genoma Humano — Comares, Bilbao-Granada.
- ◆ Ara Callizo, J. R. (2011). “Principio de no maleficencia (ético)”, en C. M. Romeo Casabona (Dir.), *Enciclopedia de Bioderecho y Bioética*, Tomo II, Ed. Cátedra Interuniversitaria de Derecho y Genoma Humano — Comares, Bilbao-Granada.
- ◆ Atienza Macías, E. y Armaza Armaza, E. J. (2014). “La transexualidad: aspectos jurídico-sanitarios en el ordenamiento español”. *Salud Colectiva*, núm. 3, vol. 10, septiembre-diciembre.
- ◆ Atienza Macías, E. (2014). “Implicaciones ético-jurídicas de las intervenciones de mejora en el ámbito deportivo. Especial consideración del llamado “dopaje genético»”. *Revista de Derecho y Genoma Humano / Law and the Human Genome Review*, Núm. Extraordinario 2014, Jornadas del XX Aniversario / Special Issue 2014, 20th Anniversary Conference.
- ◆ Atienza Macías, E.; López Frías, F. J.; Pérez Triviño, J. L. (2014). “El dopaje y el antidopaje en perspectiva histórica”, *Materiales para la historia del deporte*, núm. 12.
- ◆ Beauchamp, T. L. y Childress, J. F. (2013). *Principles of Biomedical Ethics*, Séptima Edición, Oxford University Press, Nueva York.
- ◆ Clark, D. P. y Pazdernik, N. J. (2015). *Biotechnology: Applying the Genetic Revolution*, Segunda Edición, Elsevier, Waltham, MA.

- ◆ Coleman, D. L. y Coleman, J. E. (2008). “The problem of doping”. *Duke Law Journal*, núm. 2, vol. 58.
- ◆ Corlett, A. J. (2013). “Doping: Just Do It?”. *Sport, Ethics and Philosophy*, núm. 4, vol. 7.
- ◆ Crozier, G. y Hajzler, C. (2010). “Market Stimulus and Genomic Justice: Evaluating the Effects of Market Access to Human Germ-Line Enhancement”. *Kennedy Institute of Ethics Journal*, núm. 2, vol. 20.
- ◆ Erotokritou-Mulligan, I., Holt R. I. G. y Sönksen, P. H. (2011). “Growth hormone doping: a review”. *Journal of Sports Medicine*, vol. 2.
- ◆ Eser, A. (2000). “Deporte y justicia penal”. *Revista Penal*, Núm. 6.
- ◆ Friedmann, T. (2010). “How close are we to gene doping?”, *Hastings Center Report*, núm. 2, vol. 40.
- ◆ Gerlinger, K., Petermann, T. y Sauter, A. (2009). “Gene doping: scientific basis and perspectives of use”, en *Gene doping. Scientific basis – gateways – monitoring*, Report for the Committee on Education, Research and Technology Assessment, Berlín.
- ◆ González Morán, L. (2012). “Implicaciones éticas y jurídicas de las intervenciones de mejora en humanos. Reflexión general”, en C. M. Romeo Casabona (Ed.), *Más allá de la salud. Intervenciones de mejora en humanos*, Ed. Cátedra Interuniversitaria de Derecho y Genoma Humano — Comares, Bilbao-Granada.
- ◆ González Rodríguez Arnaiz, G. (2011). “Principio de beneficencia (ético)”, en C. M. Romeo Casabona (Dir.), *Enciclopedia de Bioderecho y Bioética*, Tomo I, Ed. Cátedra Interuniversitaria de Derecho y Genoma Humano — Comares, Bilbao-Granada.
- ◆ Juanatey Dorado, C. (2015). “Protección penal de la vida y de la salud: alcance del reconocimiento de la autonomía de la voluntad”, *Nuevos límites penales para la autonomía individual y la intimidad*, A. Doval Pais (Dir.); C. Moya Guillem (Coord.), Ed. Aranzadi — Thomson Reuters, Cizur Menor, España.
- ◆ Kayser, B., Mauron, A. y Miah, A. (2007). “Current anti-doping policy: a critical appraisal”, *BMC Medical Ethics*, núm. 2, vol. 8.
- ◆ Lazari-Radek, K. de & Singer, P. (2017). *Utilitarianism. A very short introduction*, Oxford University Press, Oxford.
- ◆ Lema Añón, C. (2012). “¿Mejores que quién? Intervenciones de mejora, derechos humanos y discriminación”, en C. M. Romeo Casabona (Ed.), *Más allá de la salud. Intervenciones de mejora*

en humanos, Ed. Cátedra Interuniversitaria de Derecho y Genoma Humano — Comares, Bilbao-Granada.

- ◆ Loland, S. y McNamee, M. (2000). “Fair play and the ethos of sports: an eclectic philosophical framework”, *Journal of the Philosophy of Sport*, núm. 1, vol. 27.
- ◆ Loland, S. (2002). *Fair play in sport: a moral norm system*, Routledge, Londres.
- ◆ López Frías, F. J. (2015). “Una propuesta dialógica para el debate en torno al dopaje”, *Agora: Papeles de filosofía*, núm. 1, vol. 34.
- ◆ _____ (2015). *Mejora humana y dopaje. Una propuesta crítica*, Ed. Reus, Madrid.
- ◆ McNamee, M. (2012). “The spirit of sport and the medicalisation of anti-doping: empirical and normative ethics”, *Asian Bioethics Review*, núm. 4, vol. 4.
- ◆ Miah, A. (2004). *Genetically modified athletes: biomedical ethics, gene doping and sport*, Routledge, Nueva York.
- ◆ Mill, J. S. (1965). *De la libertad*, Ed. Tecnos, Madrid, España.
- ◆ Møller, V. (2012). *Un diablo llamado dopaje*, Ed. Cultura Ciclista, Tarragona.
- ◆ Müller, R. K. (2010). “History of doping and doping control”, *Doping in sports: biochemical principles, effects and analysis*, D. Thieme, P. Hemmersbach (Eds.), Springer, Berlín.
- ◆ Parker, L. S. (2012). “In sport and social justice, is genetic enhancement a game changer?”, *Health Care Analysis*, núm. 4, vol. 20.
- ◆ Pérez Triviño, J. L. (2012). “De Maradona a Armstrong: la necesaria revisión de la actual política antidopaje”, *Iusport*, 6 de noviembre.
- ◆ _____ (2012). “Mejoramiento genético y deporte”, en C. M. Romeo Casabona (Ed.), *Más allá de la salud. Intervenciones de mejora en humanos*, Ed. Cátedra Interuniversitaria de Derecho y Genoma Humano — Comares, Bilbao-Granada.
- ◆ _____ (2014). “Mejoras genéticas: igualdad y factor temporal”, en *Revista de Derecho y Genoma Humano / Law and the Human Genome Review*, Núm. Extraordinario 2014, Jornadas del XX Aniversario / Special Issue 2014, 20th Anniversary Conference.
- ◆ _____ (2011). *Ética y deporte*, Ed. Desclée De Brouwer, Bilbao.
- ◆ _____ (2013). *The challenges of modern sport to ethics: from doping to cyborgs*, Lexington Books, Nueva York.
- ◆ Pérez-Calderón, A. (2013). “¿Por qué está prohibido el dopaje deportivo?”, *Iusport*, 26 de noviembre.

- ◆ Regis Prado, L. (2011). “Salud pública (jurídico)”, en C. M. Romeo Casabona (Dir.), *Enciclopedia de Bioderecho y Bioética*, Tomo II, Ed. Cátedra Interuniversitaria de Derecho y Genoma Humano — Comares, Bilbao-Granada.
- ◆ Rey Huidobro, L. F. (2006). “Repercusiones penales del dopaje deportivo”, *Revista Aranzadi de Derecho de Deporte y Entretenimiento*, Núm. 16.
- ◆ Rodríguez Mourullo, A.; Clemente, I. (2004). “Dos aspectos de Derecho Penal en el deporte: el dopaje y las lesiones deportivas”, *Actualidad Jurídica. Uría Menéndez*, Núm. 9.
- ◆ Romeo Casabona, C. M. (2012). “Consideraciones jurídicas sobre los procedimientos experimentales de mejora (*enhancement*) en neurociencias”, en C. M. Romeo Casabona (Ed.), *Más allá de la salud. Intervenciones de mejora en humanos*, Ed. Cátedra Interuniversitaria de Derecho y Genoma Humano — Comares, Bilbao-Granada.
- ◆ _____ (2002). *Los genes y sus leyes. El Derecho ante el genoma humano*, Ed. Cátedra Interuniversitaria de Derecho y Genoma Humano — Comares, Bilbao-Granada.
- ◆ Romeo Malanda, S. (2006). *Intervenciones genéticas sobre el ser humano y Derecho Penal*, Ed. Cátedra Interuniversitaria de Derecho y Genoma Humano — Comares, Bilbao-Granada, España.
- ◆ Rubio Torrano, E. (2011). “Cambio de sexo (jurídico)”, en C. M. Romeo Casabona, (Dir.), *Enciclopedia de Bioderecho y Bioética*, Tomo II, Ed. Cátedra Interuniversitaria de Derecho y Genoma Humano — Comares, Bilbao-Granada.
- ◆ Sánchez-Moraleda Vilches, N. (2015). “Uso de drogas con fines de dopaje: Hipótesis y soluciones concursales”, *Nuevos límites penales para la autonomía individual y la intimidad*, A. Doval Pais (Dir.); C. Moya Guillem (Coord.), Ed. Aranzadi — Thomson Reuters, Cizur Menor, España.
- ◆ Savulescu, J., Foddy, B. y Clayton, M. (2004). “Why we should allow performance enhancing drugs in sport”, *British Journal of Sports and Medicine*, núm. 38, vol. 6.
- ◆ Savulescu, J. (2009). “Genetic Enhancement”, en H. Kuhse y P. Singer (Eds.), *A Companion to Bioethics*, Segunda Edición, Blackwell, Oxford.
- ◆ _____ (2015). “Why it’s time to legalise doping in athletics”, *The Conversation*, agosto.
- ◆ Schneider, A. J. y Butcher, R. B. (2000). “A philosophical overview of the arguments on banning doping in sport”, en T. Tännsjö y C. Tamburrini (Eds.), *Values in sport – elitism, nationalism, gender equality and the scientific manufacture of winners*, E & FN Spon Nueva York.

- ◆ Schneider, A. y Friedmann, T. (2006). *Gene doping in sports: the science and ethics of genetically modified athletes*, Elsevier Academic Press, San Diego,.
- ◆ Sebastián Solanes, R. F. (2013). *La ética del deporte en el contexto actual de la filosofía, desde la aportación de la modernidad crítica*, Tesis Doctoral, Universitat de València, Valencia, 2013.
- ◆ Shapiro, M. (2013). “Does technological enhancement of human traits threaten human equality and democracy?”, *San Diego Law Review*, Núm. 39.
- ◆ Silva Sánchez, J.M. (2001). *La expansión del Derecho Penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. Segunda edición, revisada y ampliada. Madrid: Civitas.
- ◆ Stewart, B. y Smith, A. (2014). “Re-thinking drug control in sport: why regulation?”, en *Rethinking drug use in sport: why the war will never be won*, Routledge, Nueva York.
- ◆ Tamburrini, C. (2011). “¿Qué tiene de malo el dopaje?”, *Dilemata*, núm. 5, año 2.
- ◆ _____ (2006). “Are doping sanctions justified? A moral relativistic view”, en *Sport in Society*, núm. 2, vol. 9, abril.
- ◆ Terradillos, J. M. (2013). “Qué Fair Play? ¿Qué deporte?”, *Fair Play. Revista de Filosofía, Ética y Derecho del Deporte*, núm. 1, vol. 1.
- ◆ Valls Prieto, J. (2009). “La intervención del Derecho Penal en la actividad deportiva”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, Núm. 11.
- ◆ Vieira Bomtempo, T. (2015). *Melhoramento humano no esporte - o doping genético e suas implicações bioéticas e biojurídicas*, Ed. Juruá, Curitiba.
- ◆ Waddington, I., Christiansen, A. V., Gleaves, J., Hoberman, J. y Møller, V. (2013). “Recreational drug use and sport: Time for a WADA rethink?”, *Performance Enhancement & Health*, núm. 2, vol. 2, Junio.
- ◆ Wiesing, U. (2011). “Should performance-enhancing drugs in sport be legalized under medical supervision?”, en *Sports Medicine*, núm. 2, vol. 41.
- ◆ Yesalis, C. E. y Cowart, V. S. (1998). *The steroids game*, Human Kinetics Publishers, Champaign, IL.

Fecha de recepción: 14 de febrero de 2022

Fecha de aceptación: 4 de junio de 2022