



## Deporte y Justicia Penal\*

**Albin Eser**

*Prof. Dr. Dr. h. c. mult.  
Dir. Instituto Max Planck  
Friburgo de Brisgovia (Alemania)*

Deporte y justicia, pelota y balanza, parecen ser instituciones y símbolos que a primera vista no se asocian con facilidad. El estadio como un lugar de juego alegre, la Sala del Tribunal como lugar de la seria función de administrar justicia. Nos encontramos aquí, pues, ante dos mundos muy diferentes. Y sin embargo, aunque a su vez persigan fines distintos, tienen un elemento en común: la lucha por la victoria o la derrota, ahí como victoria de una presentación mejor, aquí como el triunfo de la justicia. Existe otro factor que puede facilitar la unión entre el deporte y la justicia; una vez incumplidas las reglas, la lucha más desenfadada se torna en riña y agresión. Y así, la Copa de Europa de fútbol 2000 en los Países Bajos y Bélgica nos ofrecerá a este respecto —como es de temer por las experiencias habidas hasta ahora— un rico material ilustrativo.

Pero no sólo en la lucha por el título o por los sueldos millonarios, también en el deporte como ocupación del tiempo libre demuestra que el deporte no puede ser un campo abierto sino que el ordenamiento jurídico debe, por lo menos, señalar las líneas externas que no debe rebasar el juego sin llegar a la perversión de que éste se dirija a la lesión e incluso a la destrucción del adversario.

En la primera parte de este trabajo se tratará la relevancia jurídica y el tratamiento penal de las lesiones producidas en el desarrollo del deporte de la mano de algunas tesis que, debido tanto al significado práctico como a las especiales particularidades legales, se atenderán al ámbito de los deportes por equipos, cuyo máximo exponente, tanto en España como en Alemania, lo representa el fútbol<sup>1</sup>.

En la segunda parte, trataremos el dopaje, cuyo peligro para la salud y la vida de los deportistas, así como para el deporte en general, se reconoce cada vez más y se valora de forma análoga por los legisladores. Una panorámica de derecho comparado nos enseñará con qué medios afrontan esta lucha los distintos ordenamientos jurídicos y también cuáles son las dificultades de aplicación con las que se encuentra el Derecho penal en la lucha contra el dopaje. Finalmente nos detendremos brevemente en los esfuerzos internacionales y sus perspectivas de éxito.

### **I. Valoración penal de los comportamientos lesivos en deportes por equipos**

*Tesis 1: La regla general del carácter vinculante del Derecho penal se aplica en principio también a las actividades deportivas.*

Las prácticas deportivas no son sólo excelentes oportunidades de entrenamiento corporal y relajación mental; en nuestra moderna civilización de personas «socializadas» constituye también el campo perfecto para desarrollar su instinto de juego, que por otra parte, acaba cada vez con más frecuencia, convirtiéndose en expresiones injuriosas y violencia corporal.<sup>2</sup> El deber estatal de defender los bienes jurídicos básicos como la integridad física y la vida, pero también la obligación de combatir cualquier atentado que se produzca públicamente contra los bienes jurídicos de un tercero utilizando como *ultima ratio* el Derecho penal, hacen parecer inútiles ellos intentos de apartar

\* Traducción de M.<sup>a</sup> del Mar Díaz Pita. Versión actualizada y ampliada del artículo «Lesiones deportivas y derecho penal» publicado en *La Ley*, año XI, n.º 2499 (1 jun. 1990). Agradezco profundamente a Michael Kubiciel su ayuda en esta revisión.

1. Sobre comportamientos penalmente relevantes en otras clases de deportes, pero también respecto de aquellos orientados contra la vida y la integridad física en deportes por equipos, vid. ESER, A. «Zur strafrechtlichen Verantwortlichkeit des Sportlers, insbesondere des Fußballspielers», en *JZ*, 1978, pp. 368, 374.

2. Sobre la significación social del deporte y su relación antinómica frente a la moderna civilización, comp. SCHILD, W. *Das strafrechtliche Problem des Sportverletzung (vorwiegend im Fußballkampf)*, en *Jura*, 1982, pp. 464 y ss.

por completo al deporte del ámbito del Derecho penal y trasladarlo a un ámbito autónomo de auto responsabilidad.<sup>3</sup>

En contra SCHILD<sup>4</sup> ha intentado demostrar que la sociedad y su ordenamiento jurídico han situado al deporte en un espacio libre –dentro de las barreras acordadas por los participantes– con la consecuencia de que las lesiones ni siquiera son punibles cuando las reglas establecidas por las federaciones se incumplan. Sin entrar en detalle sobre este punto de vista, sí decir, que la teoría del espacio «ajurídico» o «avalorativo» desde la perspectiva jurídica<sup>5</sup> parte de que existen determinadas acciones, por lo general relevantes jurídicamente, que no se pueden valorar utilizando las expresiones habituales «antijurídico» y «conforme a derecho»; los defensores de esta tesis recurren desde hace tiempo a casos extremos de absoluto estado de necesidad (como el suicidio, el aborto<sup>6</sup> o la conocida tabla de Carneades que sólo puede resistir a uno de los tripulantes). Independientemente de la posición que se mantenga frente a esta tesis, una traslación de la misma al caso del deporte, como intenta Schild, ni justifica el carácter excepcional –ampliamente rechazado<sup>7</sup> de esta tesis ni es necesario para proteger la función socialmente deseable del deporte de la intervención de la justicia penal. El Estado no puede desconocer el mandato constitucional (art. 2.2 de la Ley Fundamental de Bonn) de defender a los ciudadanos de ataques antijurídicos recurriendo a la sanción penal.<sup>8</sup>

Intentos como los de SCHILD demuestran, sin embargo, el esfuerzo fundamentalmente correcto de no limitar el deporte, cuya promoción es aceptada socialmente, a través de una excesiva normativización y de no cargar de responsabilidad a las federaciones con la configuración de reglas específicas;<sup>9</sup> al mismo tiempo se harán evidentes las insuficiencias dogmáticas en la resolución de las tensiones entre la protección de los bienes jurídicos y la promoción del deporte.

Si no hay dudas de que el Derecho penal estatal también exige su obligatoriedad en el ámbito del deporte, ello no significa, sin embargo, que las reglas federativas internas no tengan ninguna relevancia normativa. Además, tampoco se puede renunciar al sistema autónomo de justicia federativa.<sup>10</sup>

*Tesis 2: La responsabilidad por lesiones deportivas no puede ser calificada ni exclusivamente según los criterios del consentimiento, ni exclusivamente según los de adecuación social o de la culpabilidad, sino que requiere un planteamiento múltiple.*

Si se busca en la jurisprudencia y la doctrina alemanas una respuesta a la cuestión de dónde ha de trazarse la línea divisoria entre la lesión deportiva impune y la ya punible, nos encontramos ante una desconcertante variedad de opiniones. Aquí sólo se tratarán las propuestas de solución más relevantes. Para facilitar la comprensión de las mismas desde una perspectiva española resulta conveniente exponer aquí dos importantes diferencias entre el Derecho penal español y el alemán.

• En primer lugar, no existe en Derecho penal alemán una causa de justificación comparable a la recogida en el artículo 20.4 del Código Penal español del «ejercicio legítimo de un derecho»: si se aplicase esta causa de justificación a las lesiones deportivas, ciertamente se podrían justificar sólo aquellas lesiones que se ocasionaron a pesar de haberse desarrollado en el marco de un juego reglamentario.<sup>11</sup>

En segundo lugar, en el Derecho alemán no se encuentra un sistema de *numerus clausus* de causas de justificación como rige en Derecho español.<sup>12</sup> Y es justamente ésta la razón que le permite a la jurisprudencia y doctrina alemanas una mayor libertad en el desarrollo de las causas de justificación no codificadas.

3. cfr. ESER, nota 1, pp. 368 y ss.

4. SCHILD, nota 2, *Jura* 1982, pp. 585 y ss.

5. Sobre el concepto de espacio avalorativo desde la perspectiva jurídica vid. KAUFMAN, A. *Rechtsphilosophie*, 2.ª ed., 1997, pp. 226 y ss.

6. Al respecto KAUFMAN, A. *Strafloser, Schwangerschaftsabbruch: rechtswidrig, rechtmäßig oder was sonst?*, en *JZ*, 1992, pp. 981 y ss.

7. Críticamente, ROXIN, C. *Strafrecht, AT*, vol. 1, 3.ª ed., 1997, pp. 511 y ss.

8. MURSWIEK, D. en Sachs (ed.), *Grundgesetz*, 1996, art. 2, marg. 246; Ch, Stark, en v. MANGOLDT/KLEIN/STARCK (ed.), *Das Bonner Grundgesetz*, vol. 1, 3.ª ed., 1985, art. 2.2 marg. 161.

9. Atendiendo a las reglas específicas del deporte se puede hablar de un «espacio sin derecho» en el sentido de que SCHILD lo hace.

10. ESER, nota 1, p. 368; ZIPF, H. *Einwilligung und Risikoübernahme im Strafrecht*, 1970, pp. 86 y ss.

11. MIR PUIG, *Derecho penal, parte general*, 4.ª ed., 1995, p. 491; RODRÍGUEZ/DEVESA/SERRANO GÓMEZ, *Derecho penal español, Parte general*, 18.ª ed., 1995, pp. 513 y ss.; de otra opinión, Paredes Castañón, *El riesgo permitido en Derecho penal*, 1995, pp. 77, 85 y ss.

12. CEREZO MIR, *Curso de Derecho penal español, Parte general II*, 6.ª ed., 1998, p. 190.

1. En la práctica jurídica alemana se situaba el problema tradicionalmente en torno al *consentimiento*, quien acepta un juego peligroso, actúa como propio riesgo y consiente por ello en las lesiones que de allí puedan surgir: esto es así cuando se trata de lesiones que se producen aun habiendo observado las reglas del juego.<sup>13</sup>

Pero esta solución del consentimiento ha sufrido ya un importante revés, en lo que a la responsabilidad civil se refiere, en una Sentencia *Bundesgerichtshof* (BGH) conocida como «Beifahrer-Fall».<sup>14</sup> En este supuesto se trataba ciertamente sólo de resolver la cuestión de si confiando en un conductor que obviamente no está en condiciones de conducir uno consentía como causa de justificación en una lesión. Pero la argumentación, con la que BGH denegó el consentimiento, ha encontrado su aplicación en todo tipo de actuaciones con riesgo, en las que naturalmente hay que incluir el deporte. Pues si el BGH, en su interpretación de una «actuación a propio riesgo», entendía que al interpretar el consentimiento como justificación en un supuesto de posibles daños de bienes jurídicos se adoptaba una «posición artificial y ajena a la vida real» y que, a su vez, por razón de su «incardinación negocial inadecuada» (requisito de capacidad contractual, carácter recepticio) no se podría considerar oportuno para alcanzar soluciones adecuadas (BGHZ 34,355/360 ss.), por lo tanto había que cuestionar consecuentemente también en otros supuestos de actuaciones con riesgo, la convivencia de la figura del consentimiento.

La Sentencia BGHZ 63,140 («Preßschlag-Fall») ya ha dado pie a ello en el ámbito del fútbol. Si partimos del hecho, dejando a un lado la problemática de la prueba de que ambos jugadores hayan golpeado a la vez el balón y uno de ellos haya errado el golpe infiriéndole un daño al otro jugador, no se desprende de ello que se esté ante una infracción de las reglas deportivas. En estas condiciones, y siguiendo la concepción anterior, no habría problemas para negar responsabilidad y punibilidad según los principios que rigen el consentimiento. Claro que aún queda por discutir si una actuación en regla requiere algún consentimiento —lo que será negado más adelante (thesis

4). El BGH, por su parte, entendió que el consentimiento no era apropiado para resolver tales supuestos, pues no se podría decir que el participante en un campeonato de fútbol consistiese en sus propias lesiones. La aplicación del consentimiento sería adecuada si el paciente permitiese la intervención médica que debe ser llevada a cabo, es decir, que en este caso el médico le lesionaría de manera intencionada (BGHZ 29, 33). En cambio, en el fútbol, el jugador no debería sufrir en principio ningún tipo de lesiones. Presumir de todas maneras su consentimiento sería una «presunción artificial que solamente podría ser tomada en cuenta en supuestos de deportes manifiestamente peligrosos» (rallyes automovilísticos peligrosos, escaladas temerarias, boxeo, lucha, etc.): «No obstante, un futbolista confía en que no se produzca ninguna clase de lesiones y ello no sólo con vistas a las reglas del juego valederas para todos los participantes» (BGHZ 63, 140/144). El BGH, en cambio, creyó necesario fundamentar la exclusión de responsabilidad en casos de conductas reglamentarias a través del principio anclado en el § 242 BGH (Código Civil alemán) del *venire contra factum proprium*, pues ya que el futbolista es consciente de que una situación en la que él es parte puede causar sin quererlo lesiones, hay que considerar «irritante» que el propio lesionado intente cargar sobre otro daño que él (conscientemente) había aceptado. De esta manera, el BGH quiere abrirse camino a la posibilidad ya anunciada en la Sentencia del «Beifahrer-Fall» de una distribución de responsabilidad en casos de coexistencia de culpas del lesionado según el § 254 BGH, en vez de la solución del «todo o nada».

Que ésta sea metodológicamente la guía adecuada para alcanzar una meta legítima es una cuestión que deberán resolver los civilistas.<sup>15</sup> Desde un punto de vista penal no son convincentes las objeciones que emplea el BGH en contra de la solución del consentimiento. No sólo no entiende el consentimiento como una declaración negociada, y se considera determinante la capacidad natural del entendimiento, de forma que, como consecuencia, no se plantean aquí los problemas relativos a la protección jurídico-civil del menor,<sup>16</sup> sino

13. OLG Neustadt, MDR 1956, 548; BayObLG, NJW, 1961, 2072; en un *obiter dictum* también sentencias penales del BGH, vol. 4 pág. 88, 92; Schönke Schröder-A Eser, *Strafgesetzbuch Kommentar*, 25.ª ed., 1997, § 226 a marg. 16; HIRSCH, H.J. en LK, 10.ª ed., 1989, § 226.ª marg. 12; PAEFFGEN, H.U., en NK, vol. 2, 1.ª ed., 1997, § 226.ª marg. 93; TRÖNDLE, H. en TRÖNDLE/FISCHER, *StGB Kommentar*, 49.ª ed., 1999, § 228 marg. 7.

14. BGHZ, vol. 34, p. 355 comentada por FLUME, W. NJW 1961, p. 655.

15. De forma diferenciada MERTENS, H.J. *Münchener Kommentar zum BGH*, vol. 4, 3.ª ed., 1997, § 823, marg. 322, que renuncia a la antijuricidad en los comportamientos deportivos. Para otras perspectivas civiles cfr. las consideraciones ulteriores. De forma completa las exigencias del BGH (NJW 1976, 957) que establece para la determinación de la imprudencia.

16. Cfr. entre otros SCH/SCH-T. LENCKNER (nota 13), comentario a los § 32 y ss.

que también parece que el BGH desconoce en su Sentencia del «Preßschlag-Fall» la diferencia existente entre el consentimiento en una lesión y el consentimiento en el riesgo. Y se puede decir que estas dos figuras de consentimiento están teniendo cada vez un mayor reconocimiento en el Derecho penal, con efectos por lo menos en los resultados.<sup>17</sup>

No obstante, aunque haya que reconocer el papel relevante que desempeña el consentimiento en los casos de lesiones deportivas, siguen quedando demasiadas cuestiones sin resolver. Queden aquí nombradas solamente las más importantes que son las siguientes:

– ¿Cuál es el ámbito de aplicación del consentimiento: la acción o el resultado? ¿Hasta qué punto podrán estar justificadas incluso unas consecuencias mortales?

– ¿Qué importancia hay que atribuirle al hecho de que las reglas del juego sean observadas o no? ¿Hasta qué punto se puede consentir una infracción reglamentaria?

– ¿Hasta qué punto pueden deducirse de la cláusula de las buenas costumbres del § 228 StGB límites al consentimiento? ¿Solamente respecto del resultado? ¿O también tomando en consideración la manera y el grado de la infracción?

– ¿Hay que entender que el consentimiento es individualmente restringible o revocable? ¿Qué repercusión tendría ello en la relación entre los jugadores?

– Pero surge entre otras una cuestión primordial: ¿Hasta qué punto será realmente necesario el consentimiento para que una lesión quede impune? ¿No podría deducirse la impunidad de otros principios, que incluso sean preferentes?

2. Aquí se plantea por lo tanto, y sobre todo, una cuestión respecto a la «adecuación social» en los comportamientos con riesgo. Pues siempre cuando ésta se hace valer desaparece incluso la tipicidad, sin que además se requiera un consentimiento,<sup>18</sup> aunque también es cierto que esta figura es objeto de importantes críticas justamente por la

vaguedad de sus criterios.<sup>19</sup> Pero, incluso cuando se pueda admitir principalmente una adecuación social, ello sólo nos permite excluir las lesiones que sean una consecuencia de conductas adecuadas a las reglas deportivas. En los supuestos de infracciones de reglas deportivas por otro lado habría que buscar otras razones para la impunidad.

3. En parte se aduce para ello la figura del «riesgo permitido», como se aprecia –por lo menos sustancialmente– en la Sentencia del «Basketball-Fall».<sup>20</sup> Aquí el BGH declara procedente el contacto físico bajo determinadas circunstancias: así, por ejemplo, empujones y otras conductas tolerables cuando el ataque va dirigido al balón y no al jugador.<sup>21</sup> Con ello se puede cubrir por lo menos el riesgo inminente a las actividades deportivas que incluyan contacto físico. Razón por la cual habrá que analizar más adelante detalladamente este factor de justificación, cuya importancia fundamental aún no ha sido reconocida del todo.

4. Antes de seguir queda por mencionar un aspecto de la responsabilidad del que suele hacer uso la jurisprudencia civil: *la culpabilidad*. Para no tener que decidirse ni sistemática ni materialmente en la discusión en torno a la adecuación social,<sup>22</sup> a la acción a propio riesgo o al consentimiento, trata de desviar la problemática al ámbito de la culpabilidad.<sup>23</sup>

Otra línea de defensa contra el exceso de una responsabilidad creciente lo constituye el «reparato de la prueba», que recae sobre el jugador que causa la lesión, al que le corresponde la prueba de que la lesión del adversario no es contraria a las reglas; prueba esta que en la práctica no estará exenta de dificultades.<sup>24</sup>

5. Entretanto, se ha probado fortuna también con soluciones procesales<sup>25</sup> y se le ha recomendado a la Fiscalía que niegue el «interés público» en la persecución penal en el sentido del párrafo 374, párrafo 1, n.º 4 y 376 de la StPO, de lesiones imprudentes que no hayan tenido consecuencias graves. Esta forma de proceder no sólo disminu-

17. JESCHECK H.H. WEIGEND, T. «Lehrbuch des Strafrechts», AT, 5.ª ed., 1996, p. 591; ROXIN, (nota 7) p. 955 considera por el contrario que la aceptación del riesgo suprime la imputación objetiva. Eso es simplemente una frase retórica.

18. Sobre la adecuación social, cfr. JESCHECK/WEIGEND (nota 17), pp. 251 y ss.

19. ROXIN (nota 7) p. 239; cfr. ESER, «Sozialadäquanz». Eine überflüssige oder unersetzliche Rechtsfigur», en *Festschrift für ROXIN* (en prensa).

20. Al respecto, ESER (nota 1), pp. 372 y ss.

21. BGH VersR 1976, pp. 775 y ss.

22. Al respecto BGHZ 63, 140, 144 y ss.

23. OLG Neustadt MDR 1956, 550 y ss.; BGH NJW 1976, 956 y ss.; de forma parecida. DEUTSCH, E. *Die Mitspielerverletzung im Sport*, VersS 1974, 1045 y ss.; FRIEDERICH, P.M. *Die Haftung des Sportlers aus parag. 823.1 BGH*, NJW 1966, 755; cfr. OLG Hamm MDR 1985, 847.

24. BGH NJW 1972; OLG Hamm NJW-RR, 1991, 149.

25. GAWRON, *Die strafrechtliche Beurteilung der Körperverletzung im Sport*, 1956, p. 194, citado en DÖLLING, D. «Körperverletzung im Sport», ZStW, 96, 1984, pp. 36, 54 y ss.

ría el mandato de la norma del delito de lesiones<sup>26</sup> —con consecuencias imprevisibles para la aceptación del Derecho penal *in toto*—; sino que la persecución y el castigo dependería de la producción las más de las veces casual de una lesión grave. Por tanto, no se puede mantener una posición débil.

Una de las principales razones para afirmar la insuficiencia de un intento de solución a la vez «monista» y dirigido a un determinado principio único reside en que es parte de un caso aislado, en vez de reconocer las múltiples formas de aparición de las lesiones deportivas. Así, dependiendo de que una lesión se pueda reconducir a la infracción de una regla, de cuáles son las repercusiones que tal lesión tiene y en qué situación actúa el lesionado, aparecen las distintas constelaciones de casos con, posiblemente, distintas consecuencias jurídicas. En ello influyen notablemente tres factores como relevantes: el factor del resultado, el factor de la regla y el factor de la situación.<sup>27</sup> De la mano de esta sistemática se pueden delimitar las barreras de cada constelación de casos y en función de las mismas encontrar la solución para cada factor.

*Tesis 3: En lo referente al plano típico se pueden delimitar el mayor número de comportamientos, que son cotidianos en la práctica del deporte por equipos y que los juristas no expertos en deporte exigen la intervención del Ministerio Fiscal.*

El factor del resultado permite negar la tipicidad de un delito de lesiones cuando un jugador, durante el juego por un empujón o de otra manera es derribado, sin resultar lesionado. Si este comportamiento se midiera por las mismas reglas que un comportamiento similar en la vida normal fuera del campo, la solución no sería otra que considerar el empujón o el derribo tanto en la calle como en el campo, como un «comportamiento desproporcionado y lamentable», que representa una lesión.<sup>28</sup> Está claro que ese resultado no se corresponde con las diferencias marcadas por la situación específica y por la relevancia de la acción determinada por el contexto social de que se trate.<sup>29</sup> Desde el punto de vista de un observador imparcial,<sup>30</sup> que conoce las costumbres de una determinada práctica deportiva, en caso de lucha durante la cual un adversario es empujado sin resultar le-

sionado, no hay un maltrato físico, sin plantearse si el jugador ha incumplido alguna regla. En una interpretación ajustada a la situación en concreto de los elementos típicos de un delito de lesiones no se puede pasar por alto que en los deportes por equipos este tipo de acciones se consideran como normales, y no como comportamientos lamentables o desproporcionados.<sup>31</sup> En algunas clases de deportes, como el hockey sobre hielo, el fútbol americano o el rugby, que en Europa no tienen tanta aceptación, estas formas de comportamiento tan «robustas» forman parte necesariamente del desarrollo del juego. Estos comportamientos pudieran constituir elementos del tipo desde una interpretación socialmente adecuada y referida a la situación, pero no se puede afirmar que el tipo objetivo del injusto de lesiones se haya cumplido. Por ello en este grupo de casos no se trata ya de determinar si se materializó un riesgo no permitido o si a través del consentimiento, la antijuridicidad del hecho desaparece.

Lo mismo ocurre con los derribos antirreglamentarios. Mientras que el ataque antijurídico se produzca a lo largo del desarrollo del juego, y no tenga consecuencias lesivas, se pueden negar los elementos del tipo objetivo de un delito de lesiones a través de una interpretación basada en la adecuación social y en la situación en concreto, como más arriba se ha hecho. Incluso las reglas de la Federación Alemana de Fútbol, que en esa forma —o parecida— rigen en el resto del mundo facilitan esta forma de actuación; pues determinados comportamientos que se dan en el fútbol, pero que no conllevan una elevación del riesgo de lesión, están prohibidos y castigados con un saque de falta, pero no conllevan necesariamente tarjeta o expulsión. Al árbitro se le atribuye una cierta capacidad de valoración de juego que según el artículo 12 del reglamento federativo alemán presupone que en un ataque directo del jugador, el comportamiento se puede calificar «según el criterio del árbitro como un ataque corporal imprudente, descuidado o desproporcionado». Esta prerrogativa de valoración que permiten las reglas del deporte impide una ordenación estricta de los derribos antirreglamentarios dentro del tipo de lesiones.

Otra cosa rige evidentemente cuando el comportamiento antirreglamentario sucede fuera del

26. DÖLLING (nota 25), p. 55.

27. En lo fundamental, de acuerdo SCHILD (nota 2), p. 591 quien, de todos modos acentúa el factor regla de otro modo.

28. ESER (nota 1), p. 371; HORN, en SK, tomo 2, 7.<sup>a</sup> ed., 1998, § 223, marg. 4; OLG Zweibrücken NstE § 223 n.º 7.

29. Así ESER, (nota 1), p. 371.

30. Respecto a la relevancia de esta perspectiva SCH/SCH. ESER (nota 13) § 223, marg. 4.<sup>a</sup>

31. En tanto esto suceda durante la lucha por el balón y el adversario no sea rozado por el balón, cfr. regla 12 del reglamento de fútbol de la Federación alemana.

desarrollo del juego, en tanto no se da un contexto determinado por la situación referida al mismo y son hechos que presentan una configuración especial. En estos casos, sí se puede afirmar el tipo objetivo de un delito de lesiones desde una perspectiva objetiva y una interpretación en función de la adecuación social y la relación con la situación; sólo restaría determinar si en el caso concreto concurre, desde el punto de vista de la anti-juricidad, el consentimiento o el estado de necesidad.

*Tesis 4: En los casos de las lesiones llevadas a cabo por un comportamiento reglamentario siempre se estará ante supuestos de adecuación social, es decir, no serán contrarios a los deberes normativos del jugador, y por ello no se requiere un consentimiento individual adicional.*

1. El tenor literal del párrafo 223 y 229 del StGB puede cumplirse incluso con un arañazo o un chichón.<sup>32</sup> En tanto se trate de lesiones leves —que normalmente se producirán en un deporte corporal— se podrán excluir del ámbito típico como consecuencia de un comportamiento socialmente adecuado. En relación al «maltrato corporal» debemos aquí detenernos en la exclusión del «comportamiento desproporcionado». Para la afirmación de un daño a la salud en el sentido del párrafo 223 del StGB es necesario la provocación o el aumento de un estado patológico, los cuales son apreciables en un arañazo o en una contusión.<sup>33</sup> Lo cuestionable es —incluso teniendo en cuenta la fuerte protección del bien jurídico integridad física (vid. art. 2.2 de la Ley Fundamental alemana)— en qué proporción se puede interpretar el tipo de forma restrictiva. Para ello podría aplicarse el requisito de un empeoramiento «insignificante» del estado corporal<sup>34</sup> y en casos de meros rasguños y pequeñas heridas, se podría hablar de un ataque insignificante a la salud en atención a la situación y al contexto.<sup>35</sup>

2. La cuestión de si lesiones graves deben, de la misma manera, permanecer impunes, resulta dudoso teniendo en cuenta las construcciones jurídicas pero de hecho se afirma que sí. En lo básico encontramos unanimidad: en efecto, existen reglas del cuidado comparables dentro de la reglamentación general del deporte de que se trate, que deben ser respetadas por parte de los jugadores en lo que a su comportamiento se refiere, sin que sea necesario el consentimiento del lesionado.<sup>36</sup> En este caso es el «factor regla» el relevante para la decisión.

a) En supuestos de comportamientos imprudentes es posible negar un comportamiento contrario al deber de cuidado cuando el jugador ha respetado las reglas y estas reglas, por su parte, intentan reducir al mínimo el riesgo de lesión inminente a la práctica del deporte; no por ser contrarias al ordenamiento básico constitucional se puede obviar que el tribunal exija «el deber de cuidado necesario en el tráfico» aplicado a la práctica deportiva.<sup>37</sup> Aquí falta el deber de cuidado, constitutivo de una lesión imprudente. Esto rige consecuentemente en casos de resultado mortal, pues se trata del respecto a la regla de cuidado de la acción y no del resultado producido.<sup>38</sup>

b) En casos de acciones conforme a las reglas, independientemente de que las lesiones se hayan realizado con dolo eventual —en el deporte no se debe apresurar la afirmación del dolo eventual—, no se puede contar con esta posibilidad, pero la realización dolosa y antijurídica del resultado sí representa la lesión del deber de cuidado característica del delito doloso.<sup>39</sup> Para evitar las consecuencias penales de lesiones cometidas con dolo eventual dentro de las reglas del juego (por ejemplo, un arañazo) se puede recurrir a la negación de la realización de un peligro desaprovechado en el ámbito de la imputación objetiva.<sup>40</sup> Éste no es el lugar para discutir la posición sistemática y la significación fundamental del riesgo permitido;<sup>41</sup> sin embargo, hay que reconocer que se dan grupos de

32. HIRSCH, en LH (nota 13) § 223, marg. 12.

33. SCH/SCH-ESER (nota 13) § 223 marg. 5.

34. HORN, en SK (nota 28) § 223, marg. 18.

35. Sobre las exigencias civiles, vid. LANGE, *Schadenersatz*, 2.ª ed., 1990, § 10 XIV 1, 2; de otra opinión, HAGER, J. en *Staudinger*, 13.ª reedición, 1999, § 823, marg. B 11.

36. Desafortunadamente, OLG München NJW 1970, 2297 cuando se rechaza el consentimiento en lesiones cometidas según el reglamento.

37. ESER (nota 1), p. 372.

38. En este sentido acertadamente, BGHZ 53, 104, 106.

39. Respecto a lesiones conforme a las reglas pero cometidas con dolo eventual, vid. También SCHILD, *Jura*, 1982, pp. 520 y 526.

40. Al respecto ROXIN (nota 7), p. 314 y ss.

41. De un lado ROXIN (nota 7), p. 319; de otro lado JESCHECK/WEIGEND (nota 17) p. 400 y ss.; «el mismo principio estructural para distintas causas de justificación»; de forma contraria SCH/SCH-LENCKNER (nota 13) anotación 93 al § 13 y ss., quien distingue entre riesgo permitido como causa de justificación y riesgo permitido, irrelevante para la imputación objetiva, por ser socialmente adecuado; claramente también SCH/SCH/LENCKNER (nota 13), § 15, marg. 145 y ss.

casos en los que se alcanza un riesgo jurídicamente relevante, pero aceptado por la comunidad, ya que resulta más importante la ponderación sobre las ventajas sociales de esa actividad peligrosa que los posibles daños que se produzcan. Un ejemplo de libro sería el tráfico viario cuya puesta en práctica desde el punto de vista estadístico produce innumerables víctimas mortales incluso cuando se desarrolla respetando las reglas. Pero como la movilidad de personas y bienes es muy importante para la economía de un país, incluso es la expresión de la libertad de los individuos, el tráfico viario constituye un riesgo permitido. Lo mismo ocurre con el deporte: también el deporte tiene una gran relevancia para la convivencia social de los individuos y, evidentemente, para la economía.<sup>42</sup> El Estado tolera el deporte no sólo en el ámbito de las reglas internas, sino que lo promueve con subvenciones o por ejemplo a través de la limitación de la utilización de los elementos de publicidad nacional, para los cuales la propia ley se remite a la «responsabilidad político social» de la Federación (§ 31 de la Ley contra la limitación de la publicidad). Partiendo de estas premisas resulta difícil considerar un comportamiento lesivo, cometido dentro del ámbito de unas reglas aprobadas por el legislador pero a la vez contrarias al juego, como «un caso normal» de injusto típico, y menos en el ámbito de las causas de justificación para negar la punibilidad a través del consentimiento, como normalmente se hace.<sup>43</sup> Además, la opinión que sostiene el consentimiento como causa de justificación, sólo puede atender a la posición subjetiva del jugador, pero no a la relevancia objetiva del deporte para la sociedad, lo cual lleva a que incluso en casos dudosos se debe aceptar un consentimiento concluyente<sup>44</sup> si no se quiere, a través de la negación de la causa de justificación, acabar en una penalización de facto del deporte en general.

3. Para ese grupo de casos se puede afirmar que en lesiones leves realizadas conforme a las reglas del juego, no se da la tipicidad, puesto que en casos de imprudencia falta la lesión del deber de cuidado y en casos de dolo eventual falta la creación de un peligro no permitido en el ámbito de la

imputación objetiva. Esto no rige por supuesto, en caso de que un jugador actúe con intención de lesionar (dolo directo de primer grado), puesto que esto representa no sólo una acción contraria al juego, sino también antijurídica, con la que se realiza un riesgo no permitido.<sup>45</sup>

*Tesis 5: Lesiones cometidas a través de unas contravenciones leves de una regla son impunes en tanto se mantengan dentro del riesgo permitido, independientemente de que sean contrarias al deber del cuidado.*

La opinión mayoritaria<sup>46</sup> intenta resolver estos casos mediante el consentimiento como ya se ha mencionado más arriba. Así, se dice que la infracción de las reglas deportivas levemente culpable es justificable por el consentimiento, no en cambio las manifestaciones dolosas. Pero como ya ha expuesto ZIPF de manera convincente, este enfoque no logra satisfacer ni a la figura jurídica del consentimiento como renuncia personal a un bien jurídico ni a la función social del deporte. Habrá, pues, que darse por satisfecho con un consentimiento general estandarizado y ficticio, desapareciendo así el carácter individual de éste; de lo contrario habría que exigirle realmente a cada jugador y en cada caso concreto, un consentimiento individual. Esto a su vez no sólo conllevaría problemas respecto de la capacidad y revocación del consentimiento, sino que, además, no correspondería al significado supraindividual que tiene el deporte para la colectividad.<sup>47</sup>

2. Entretanto, podemos traer a colación una diferenciación —que se produce sobre todo en la jurisprudencia civil— entre proporción y gravedad del daño, como por ejemplo hace la Audiencia Provincial de Neustadt:<sup>48</sup> «No hay ninguna apoyatura para afirmar que (el jugador) quisiera a través de la actividad deportiva expresar su deseo de recurrir a una lesión producida como una forma de sustituir esa lesión. Para el caso de una lesión insignificante se podría aceptar una clase así de consentimiento».<sup>49</sup> Sin embargo, las decisiones civiles en las que se denuncia primordialmente para obtener una indemnización, por ejemplo, en caso

42. Cfr. SCHILD (nota 2).

43. HIRSCH, en LK (nota 13) § 226a, marg. 12.

44. Al respecto críticamente SCHILD (nota 2), p. 521 y ss.

45. Cfr. ZIPF, «Rechtskonformes und sozialadäquates Verhalten mi Strafrecht» ZStW 82, 1970, pp. 633,634.

46. OLG Neustadt MDR, 1956, 550; BGH NJW 1976, pp. 956 y ss.; de forma similar, DUETSCH (nota 23), VerS 1974, pp. 1045 y ss.; FRIEDERICH (nota 23 NJW 1966, p. 775; cfr. también OLG Ha. MDR 1985, 847.

48. MDR 1956, 548, 549.

49. También ROXIN (nota 7), p. 474 y ss. que parte de la inadecuación del consentimiento en lesiones peligrosas para la vida; un punto de vista, que se puede suscribir cuando el consentimiento no va referido a la peligrosidad de la acción con respecto a la vida.

de incapacidad para el trabajo, no están exentas de ponderación de la equidad aunque no se mencione explícitamente. Ello podría ser una explicación para el hecho de que los tribunales civiles no acepten la reclamación de indemnización en caso de aceptación del riesgo, cuando las consecuencias de la lesión sean absolutamente desproporcionadas. En un proceso penal, la seguridad jurídica estaría seriamente amenazada si la efectividad del consentimiento dependiera de la gravedad de la lesión. Y ello, porque normalmente en los deportes por equipos, como el fútbol, depende de la casualidad si el balón acierta o si por una desviación del mismo acaba golpeando al adversario. Y en segundo lugar, queda fuera de consideración a la hora de establecer una diferenciación en el resultado lesivo si el consentimiento se refiere a los riesgos que conlleva un determinado deporte y no al resultado lesivo.<sup>50</sup> Y es que un consentimiento activo tiene una determinada trascendencia; pero ésta debería estar clara para todas las clases de deportes, ya que siempre se producen los mismos riesgos. La asunción de que un jugador podría prestar su consentimiento para un determinado ámbito de lesión del bien jurídico<sup>51</sup> falla cuando el jugador no ha aclarado expresamente lo que normalmente no se produce en ese deporte. Permitir operar a las reservas mentales con efectos sobre la penalidad, cuando la apariencia externa del comportamiento social tiene otra significación objetiva, sería contrario al sentido del consentimiento y se acercaría al *venire contra factum proprium*; independientemente de esto, nos encontraríamos ante insalvables dificultades de prueba, si los dos equipos polemizaran sobre el ámbito del consentimiento. Las objeciones relativas a la confianza en un consentimiento ilimitado también son válidas en casos de error de prohibición, cuando el sujeto ha interpretado erróneamente el consentimiento, pues entonces habría que probar si el sujeto ha ido más allá de las fronteras del consentimiento, lesionando el deber de cuidado.

3. Contra la relevancia del aspecto subjetivo de la infracción de las reglas, en el sentido de que las infracciones dolosas no están cubiertas por el consentimiento y los comportamientos imprudentes

sólo lo están en casos de lesión del deber de cuidado a causa de un estado de sobreexcitación, irreflexión o aturdimiento,<sup>52</sup> se puede alegar la facultad de valoración del árbitro en la interpretación de las reglas y de las sanciones, la cual, como demuestra la experiencia, nos indica que incluso las infracciones dolosas son susceptibles de estratificación del injusto precisamente por la peligrosidad objetiva. Así lo demuestra, por ejemplo, la regla 12 del reglamento de fútbol de la Federación alemana, según la cual, la gravedad de la sanción depende del aspecto objetivo y no del subjetivo. Por consiguiente, hay que tener presente que las infracciones dolosas de las reglas se van a producir en muchas situaciones durante el juego, pero no por ello las consecuencias de la acción van a ser más graves de manera que se les tenga que imponer necesariamente la sanción más grave. Estaríamos pues ante una contradicción entre las reglas del deporte y el Derecho penal si el mismo comportamiento se sanciona moderadamente en atención a las reglas del juego pero se considera desde el punto de vista penal como una lesión. La impunidad de determinadas infracciones dolosas de las reglas no significa que el Derecho permita que las costumbres se vuelvan «salvajes» en el deporte,<sup>53</sup> sino que es el resultado de reconocer que soluciones rígidas no se ajustan a este problema tan complejo, y al final ello nos llevaría sino a prohibir todos los deportes, sí a considerar los comportamientos realizados con dolo eventual y los imprudentes como la imagen de las clases de deportes que llevan implícito un riesgo. Si según la posición personal del jugador y los resultados lesivos nos llevan a una perspectiva diferente del consentimiento con resultados contradictorios y sirve también para la seguridad jurídica, entonces deberemos buscar otros criterios de justicia.

4. Resulta dudoso, por otro lado, que aquí se pueda aplicar la teoría de la «adecuación social» como lo ha propuesto ZIPF.<sup>54</sup> Si las reglas reguladoras del desarrollo del deporte tienen como finalidad la concretización del deber de cuidado de vinculación general, entonces no puede considerarse que una infracción de reglas deportivas sea «adecuada a las reglas en términos generales»,

50. Cfr. ESER (nota 1), p. 373; igualmente HIRSCH, en LK (nota 13) § 226a, marg. 83; BayOblG NJW 1961, 2072, 2073.

51. Así, SCHROEDER, en SCHROEDER/KAUFMANN, *Sport und Recht*, 1972, p. 30.

52. Según esto el BayOblG (Tribunal Superior de Baviera) distingue JR 1961, 72, 73; NJW 1961, 2072, 2073: «El consentimiento [...] no puede [...] abarcar las acciones de los adversarios cometidas mediante una infracción dolosa de las reglas que producen una lesión». En cuanto a la responsabilidad civil, también MERTENS en MK (nota 15) § 823 marg. 333 y ss., que distingue entre infracciones de las reglas dolosas e imprudentes y no tiene en cuenta el consentimiento sobre el peligro: de forma similar, HAGER, *Staudinger* (nota 35), comentario 50 a los § 823 y ss.

53. Así, sin embargo, HAGER (nota 35) com. 50 a los § 823 y ss.

54. ZIPF (nota 10) pp. 94 y ss.



sin entrar en la contradicción interna que se produce al calificar actuaciones como adecuadas, a las que con anterioridad se les había «denegado» la aprobación general exigida para el juicio sobre la adecuación social, considerándolo contrario a las reglas ZIPF de contrarrestar esta argumentación aduciendo que sería en función de los intereses del deporte que habría que tolerar ciertas irregularidades reglamentarias. Pero a mi entender, no supondría una adecuación social excluyente de la tipicidad, sino que nos encontraríamos bien ante un supuesto de «riesgo permitido» a relevancia para la justificación<sup>55</sup> o —como según opinión nueva— en el marco de imputación objetiva.<sup>56</sup>

5. Pero éste no es el marco adecuado para llevar a cabo la discusión de los pros y los contras de la justificación existencial, la localización y la delimitación de la «adecuación local» y el «riesgo permitido».<sup>57</sup> No debe ser tanto una cuestión terminológica, sino más bien una determinación de lo fundamental. Y aquí cobran una relevancia especial los siguientes aspectos:

— Por un lado la constatación de que el deporte es objeto del interés general y que determinadas actividades deportivas desaparecerían prácticamente si se persiguiese penalmente cualquier infracción reglamentaria. Para evitar que estas actividades se desvirtúen por su desnaturalización, habrá que aceptar ciertas infracciones de las reglas deportivas, así como el riesgo de lesiones que conllevan, por cuanto que aquí se trata de una ponderación entre la protección individual, por un lado, y el interés general existente en torno a estas actividades deportivas competitivas por otro. Una ponderación, que aunque no haya sido calificada siempre como tal, siempre ha sido tenida en cuenta por la jurisprudencia: éste sería el caso en el «Grätschprung-Fall», en el que se declara que en determinadas actividades deportivas hay un grado de irregularidades reglamentarias peligrosas que por ser inevitables han de ser soportadas.

— Para que esta ponderación pueda actuar como causa de justificación hay que añadirle otro aspecto, a saber: la aceptación plenamente consciente de ese riesgo, ya que esta ponderación de intereses no bastaría para dar lugar sin más a una justificación basada exclusivamente en los principios del estado de necesidad (§ 34 StGB), pues no se puede

calificar el interés por el deporte como un bien generalmente superior al riesgo de lesiones. Al contrario, estamos ante un caso distinto del supuesto de una causa de justificación por estado de necesidad, en el cual un bien jurídico también puede ser sacrificado en contra de la voluntad del titular de éste, porque aquí el jugador no entra en el riesgo en contra de su voluntad. En este sentido, en la posible justificación de lesiones contrarias a las reglas deportivas encierra, en efecto, un aspecto consensual. Pero a diferencia del consentimiento de carácter individual y concreto en determinadas lesiones se trata aquí, en cambio, en los supuestos cuestionados tan sólo de una aceptación de una situación general de riesgo, que es aceptada por el ordenamiento jurídico en función del interés general.

Si a esta combinación de aspectos de ponderación y de aceptación de riesgos uno quiere denominarla «riesgo permitido», ello tendría meramente una importancia secundaria. Tan sólo será relevante que las irregularidades reglamentarias causantes de lesiones pueden estar justificadas porque son imprescindibles para el buen funcionamiento del juego, de manera similar a comportamientos con riesgo llevados a cabo con una finalidad legítima.

*Tesis 6: Las infracciones reglamentarias graves (como las que supongan un aumento del riesgo) ya no pueden ser cubiertas por el riesgo permitido, y por ello es necesario un consentimiento individual del afectado para su justificación.*

Esta claro que no cualquier infracción de las reglas debe quedar impune, sino sólo aquellas que se mantengan dentro del ámbito del riesgo y de la ponderación. Ello, sin embargo, sólo es aceptable en infracciones leves de las reglas —sobre lo cual, naturalmente, soy consciente de la falta de concreción del concepto de levedad y se deberá sustituir por una mejor, si con ello se abarca la escasa relevancia objetiva de la infracción. así como los factores subjetivos atenuantes.

Esta tolerancia, sin embargo, debe encontrar sus límites allí donde la infracción alcanza un grado de envergadura del riesgo, que no puede ser tolerado ni siquiera teniendo en cuenta el carácter de la lucha del deporte de que se trate; y, por consiguiente tampoco respecto del caso en que por el

55. Cfr. al respecto ESER (nota 1), p. 372, donde los argumentos introducidos no dependen de la ubicación típica del problema.

56. Vid. nota 41.

57. En general, al respecto, HIRSCH H.J.: «Sozialadäquanz und Unrechtslehre», ZStW 74, 1962, pp. 78 y ss.; PREUSS, U. *Untersuchungen zum erlaubten Risiko im Strafrecht*, 1974; SCH/SCH-LENCKNER (nota 13) § 15 marg. 144 y ss. 189 así como el comentario 107.<sup>a</sup>, 107b al § 32.

mismo deporte se exponga a un riesgo que no es aceptable en absoluto. A éstas pertenecen sobre todo aquellos comportamientos que elevan mucho el riesgo que se puede deducir tanto de un alto grado de probabilidad de producción de una lesión como de la gravedad potencial de la misma. A esta categoría pertenecen por ejemplo las patadas sobre el portero tirado en el suelo,<sup>58</sup> las patadas en las rodillas del adversario o en los huesos, infracciones de este tipo que se castigan con la expulsión del campo.

Ello no significa que cualquier infracción similar de las reglas lleve necesariamente aparejada una sanción. Pues, por último, hay que probar en el estadio de la culpabilidad, en qué medida era previsible de hecho la producción de la lesión desde un punto de vista subjetivo (lo cual es más fácil de detectar en jugadores profesionales que en aficionados) y si el jugador, a pesar de la tensión del juego, podría o no haber actuado de otra manera.<sup>59</sup>

De todos modos no es del todo descartable la apreciación de una causa de justificación—previa a la prueba de la culpabilidad— en todas estas infracciones creadoras de un riesgo. Y ello no con base en «el riesgo permitido», pero sí en el consentimiento individual durante el desarrollo concreto de la lesión.<sup>60</sup> De hecho, la sola aceptación del juego como tal—contrariamente a lo que sucede para la asunción en general del riesgo permitido— no basta; antes bien, el lesionado debe consentir en el desarrollo de la acción creadora del riesgo, y puede suceder evidentemente, que el portero responda al delantero peligroso de forma igualmente violenta. Dependiendo de si el afectado es consciente no sólo del riesgo, sino también—lo cual apenas ocurre— de la inevitable lesión que se va a producir, estaremos ante un «consentimiento en la lesión» o un «consentimiento en el riesgo», cuya diferenciación terminológica es irrelevante para la penalidad como establece la Audiencia territorial de Bayer: «Quien está de acuerdo con el peligro en

el que se asienta la acción, debe aceptar todas las consecuencias que de él se deriven.»<sup>61</sup>

Pero también el consentimiento encuentra sus límites allí donde las necesidades de disposición del afectado terminan: así, en casos de estas lesiones o peligros, cuya aceptación por parte del sujeto es contraria a las disposiciones contenidas en el § 228 StGB. Ello rige para aquellos riesgos mortales o para mutilaciones de órganos principales<sup>62</sup> así como para lesiones que produzcan una incapacidad permanente<sup>63</sup> lo que, afortunadamente, se produce escasamente en la práctica de deportes por equipos.

*Tesis 7: Las lesiones intencionadas serán antijurídicas y pueden justificarse por un consentimiento individual dentro del límite de la costumbre reconocida en el § 228 del StGB.*

Estos principios expuestos para las lesiones peligrosas también rigen—y con ello llegamos al último grupo de casos— para lesiones intencionadas. Y ello independientemente de que sean antirreglamentarias o conforme a las reglas.<sup>64</sup> Puesto que las reglas lo que pretenden es excluir las lesiones, (esto se puede circunscribir a las reglas generales) una regla no será respetada cuando su contenido, bajo las circunstancias concretas, llevaría a la lesión<sup>65</sup>—buscada por el sujeto—. Cuando alguien se aprovecha de esta situación y produce una lesión al contrario amparándose en el juego reglamentario, actúa en fraude de ley y no puede acogerse<sup>66</sup> al tipo de «riesgo permitido» como ocurre en los supuestos de dolo eventual, porque estos casos dejan impunes sólo los riesgos pero no las lesiones intencionadas.

A pesar de ello, no todas las lesiones intencionadas quedan fuera de la aplicación de una causa de justificación, cuando se puede admitir de forma excepcional el consentimiento individual para el caso concreto que conllevaría la impunidad.<sup>67</sup>

58. De forma instructiva al respecto OLG Neustadt MDR 1956, 548, 549 y BayOblG NJW 1961, 2072, 2073.

59. Al respecto exhaustivamente BayOblG NJW 1961, 2072, 2073. Cfr. DEUTSCH (nota 23) VersR 1974, 1045, 1049, donde se observa la diferenciación entre el parámetro subjetivo en Derecho penal frente a las exigencias de cuidado objetivo en Derecho civil.

60. Sobre esta sucesión «escalonada» del «riesgo permitido» (o adecuación social) y consentimiento—sin tener en cuenta las diferencias sistemáticas— acertadamente ZIPF (nota 10), pp. 97 y ss.

61. NJW 1961, 2072, 2073; de acuerdo HIRSCH, en LK (nota 13) comentario 106 al § 32.

62. Cfr. BGHZ 34, 355, 361.

63. TRÖNDLE (nota 13), § 228 marg. 7 y ss.; SCH/SCH-STREE (nota 13), § 226.<sup>o</sup> marg. 6 y ss.

64. ZIPF, en MAURACH/ZIPF, *Strafrecht AT*, vol. 1, 7.<sup>a</sup> ed., 1987, p. 215.

65. Cfr. SCHROEDER (nota 51) p. 26.

66. Cfr. ZIPF «Rechtskonformes und sozialadäquates Verhalten mi Strafrecht», AZStW 82, 1970, pp. 633, 634.

67. Cfr. en la nota 61.

## II. Análisis comparativo de las reacciones estatales en el dopaje

El problema del dopaje presenta un aspecto individual y uno general y afecta a la administración de la sustancia al deportista dopado y al deporte en general, desde la distorsión de los resultados deportivos, así como la pérdida en la consideración del deporte en cuestión, hasta la caricaturización de la mencionada función social del deporte. Ello nos lleva a dos posibles puntos de referencia de las sanciones estatales, cada una de las cuales presenta distintas repercusiones sobre el dopaje:

- En primer lugar, el peligro para la salud que el dopaje acarrea para el deportista pero también para la salud pública en general, si el ejemplo de los deportistas de elite se convierte en algo a seguir.

- En segundo lugar, la desconfianza tanto de deportistas como de espectadores en lo que se refiere a los resultados de una competición.

Si para la protección de la salud pública es necesaria -ya desde una perspectiva constitucional-<sup>68</sup> la intervención del Derecho penal, resulta más dudoso la imposición de una sanción en casos de distorsión de los resultados de una competición en tanto no se ponga en peligro la propiedad de los participantes que, en determinadas circunstancias, podría calificarse como estafa.<sup>69</sup>

En los países europeos y no europeos encontramos una regulación para el dopaje pero ninguna referida a la limpieza de la competición.

Fundamentalmente se puede afirmar que los países europeos han reaccionado con distinta prontitud en el pasado (así, Bélgica, por ejemplo, dictó una ley contra el dopaje, ya en 1965). Desde 1989 existe una Directiva europea contra el dopaje<sup>70</sup> en cuyo artículo 1 los Estados firmantes se comprometen «dentro de los límites de cada especialidad procesal a aplicar las medidas contenidas en esta directiva». El artículo 4 de la misma ofrece ventajas abstractas para estas medidas y nombra las «leyes, reglamentos y órdenes administrativas». No puede sorprender, por tanto, que esta reglamentación sea tan dispar en el ámbito europeo y extraeuropeo y sobre todo en la cuestión relativa a si a través del

derecho penal nuclear se puede atajar este problema; las respuestas, evidentemente, son distintas.

*Tesis 8: La prohibición del dopaje no ha encontrado un hueco en la regulación del Derecho penal nuclear sino que se ha trasladado fundamentalmente a leyes penales especiales. Además se dan profundas discrepancias en lo concerniente a la amplitud de las medidas de prohibición.*

Prohibiciones especiales de dopaje encontramos en casos aislados dentro del Derecho penal nuclear. Una excepción la representa el § 218 del Código Penal checo, que entró en vigor en 1993, cuyo tenor literal es el siguiente:

«Quien repetidamente o en grandes cantidades suministra a una persona menor de 18 años sustancias anabolizantes u otro tipo de sustancias con estos mismos efectos, será castigado con una pena privativa de libertad no superior a un año.»

En países como Italia, Bélgica, Francia, Argentina o Suecia se regula esta cuestión en normas especiales antidoping o se regula en la legislación relativa a medicamentos (como en la ley alemana sobre medicamentos § 6.ª, 1995), tráfico de drogas o relativa a la salud (como en California).<sup>71</sup>

Sorprendentemente hay países como Gran Bretaña en los que se considera suficiente la imposición de una sanción por parte de los tribunales federativos y deportivos en vez de acudir a la justicia penal; en cualquier caso, no sólo carecen de legislación especial, sino que ni siquiera se plantea la aplicación de los tipos penales generales. Ejemplos de esta forma «liberal» de proceder lo encontramos en Egipto, Irán, Turquía y la R.P. China; pero también en Holanda la tipicidad de una acción según las leyes de medicamentos y del opio parece sólo producto de la casualidad.

1. A la luz del ámbito objetivo de aplicación encontramos una descripción general de las sustancias químicas, normalmente con referencias a las completas listas elaboradas por las federaciones nacionales o internacionales o en la directiva antidoping. Ejemplos de esta forma de proceder son las regulaciones de Francia,<sup>72</sup> Alemania<sup>73</sup> y

68. Cfr. *supra* nota 8.

69. Respecto al Derecho alemán, LINK, J. «Doping aus juristischer Sicht», *Medizinrecht*, 1993, pp. 55, 61; SCHILD, W. «Doping in strafrechtlicher Sicht», en SCHILD (ed.), *Rechtlicher Fragendes Dopings*, 1986, p. 28. En el derecho italiano encontramos un párrafo independiente que regula la estafa en el deporte (art. 1.1 de la Ley 401/89) en el que no se discute, sin embargo, si el dopaje es una acción típica.

70. De fecha 16 nov. 1989, *Bundesgesetzblatt* (B.O.E. alemán) 1994 II, pp. 334 y ss.

71. En el Derecho americano, por ejemplo, § 111535 Health and Safety Code de California.

72. Ley de 23 mar. 1999 para la protección de la salud de los deportistas y de lucha contra el doping.

73. § 6.2 AMG en remisión a la directiva contra el doping y ampliado en el punto 3 por el Ministerio de Salud Pública en el que se introducen otras sustancias y preparaciones de sustancias.

(el proyecto de) Suiza. Sin embargo, las regulaciones de estos países se distinguen en su ámbito objetivo de aplicación: así la ley alemana de medicamentos abarca por definición sólo los medicamentos, mientras que otros países como Francia comprenden, dentro de la prohibición, otras sustancias y procedimientos para aumentar el rendimiento. Ello ha llevado en Francia a la concepción de que medidas que no afectan a la salud ni a la integridad física, como la hipnosis, se pueden subsumir en los correspondientes tipos. Según esta concepción hay que plantearse la *ratio legis*; pues en tanto la salud del deportista sea el objetivo de la norma en estos casos no se ve afectada, pero sí la distorsión de los resultados de una competición.

De forma radicalmente distinta operan otros países como Chequia, Suecia y también EE.UU. cuya legislación antidoping se dirige a evitar la expansión de determinadas sustancias (por ejemplo, anabolizantes y esteroides sintéticos, testosterona y sus derivados) y con ello la amplitud del tipo ni depende de la remisión a las listas antidoping extralegales ni a conceptos jurídicos indeterminados.

2. En lo que no hay unanimidad (unas veces es más amplio y otras más estrecho) es en el marco de las acciones incriminadas. El más estrecho es el ámbito penalmente relevante en el que —como en Chequia— sólo se comprende el suministro de sustancias para el dopaje. En muchos ordenamientos jurídicos, la prohibición penal se extiende al ámbito previo del doping en sí mismo considerado, con la consecuencia de que se penalizan actos preparatorios. El más amplio parece ser la regulación sueca en las que además de la fabricación, introducción y tráfico de determinadas sustancias basta con la mera posesión de las mismas mientras que la regulación alemana exige como mínimo la introducción en el mercado. Un proyecto italiano<sup>74</sup> comprende incluso la incitación al consumo y pretende con ello convertir la problemática de una participación impune en una autolesión.

3. La cuestión, de gran relevancia práctica y extremadamente interesante de si el propio deportista es el destinatario de la prohibición y con ello puede ser tratado como sujeto activo es tratada de forma controvertida. Ordenamientos jurídicos, que parten de la impunidad de la autolesión —aunque sean contrarios a la consideración

social del tema— no contemplan, de forma consecuente, al deportista que se dopa o que está de acuerdo con el dopaje. Estos países son Alemania, Francia, Chequia y EE.UU. (con la excepción de Florida). La barrera en derecho alemán se traspasa cuando se produce un riesgo para una tercera persona, por ejemplo, cuando se distribuye el producto a otros compañeros deportistas.<sup>75</sup> La autolesión también afecta a intereses de terceros a través de la distorsión de los resultados de una competición o a través de la lesión a la reputación del deporte de que se trate; lo que sí resulta cuestionable es si estas actividades afectan al núcleo de estas normas. También aquí la *ratio legis* nos puede servir de ayuda en la interpretación: las leyes sobre medicamentos y sustancias tóxicas suelen proteger la salud del afectado y a la sociedad en general de las consecuencias de esta utilización,<sup>76</sup> pero no a las competiciones de influencias negativas o a las ventajas generales y sociales del deporte. Por ello, la interpretación de estas normas debe apartarse, por razones de seguridad jurídica, de la influencia de puntos de vista extrajurídicos. En ese ámbito (atenuante) los tribunales deportivos tienen mucha responsabilidad en su propio interés: a través de una penalización consecuente de las distorsiones de una competición deben de proteger la confianza de los deportistas y de la opinión pública en la limpieza de los espectáculos deportivos. Una reglamentación estatal no precisa, en este ámbito, acudir al tipo de estafa en la lesión de la propiedad ajena a través de formas de comportamiento fraudulentas.

Por el contrario, en Bélgica, Florida y Suecia el propio dopado es perseguido lo cual se dirige en realidad a una mejor persecución del hombre de atrás, lo cual permite la persecución de los deportistas por parte de las autoridades penales, abriendo la posibilidad de aplicación de determinadas medidas que les están vedadas a las federaciones deportivas.

*Tesis 9: En atención a las particularidades del tipo de injusto, el dopaje no puede ser tratado con las medidas del tipo penal general.*

La búsqueda de un tipo aplicable a estos casos nos lleva rápidamente al tipo de lesiones. Hay que resaltar que el dopaje mismo se corresponde con el tipo de contemplado en el § 223 del StGB

74. Art. 7.2 Ddl Senato 1973.

75. KLOESEL, A.; CYRAN, W. «Arsneimittelrecht, Kommentar», Stand junio 1999, § 6.ª AMG nota 2.

76. PELCHEN, G. en ERBS/KOHLHAAS, Strafrechtliche Nebengesetze, vol. 1, 5.ª ed., 135. noviembre 1999 comentario 1 al 64.

aun cuando la utilización de sustancias curativas –según opinión mayoritaria– niega fundamentalmente la tipicidad.<sup>77</sup> Ello no nos debe llevar a la confusión que la aplicación del tipo de lesiones sólo ocupa un lugar secundario en la lucha contra el dopaje. A continuación vamos a exponer las dificultades con las que nos encontramos a la hora de aplicar el tipo de lesiones en casos de ingestión o suministro de sustancias de dopaje.

1. Como sujeto activo de un delito de lesiones no se puede considerar al deportista que se dopa, ya que según los ordenamientos que hemos analizado no se considera típico la autolesión. De la misma manera quedan excluidos como partícipes aquellos deportistas que reparten sustancias dañinas a otros. El atleta entra dentro del sistema de las lesiones sólo como víctima y no como sujeto activo. Con ello, los destinatarios de las normas son sólo los terceros, especialmente los entrenadores y los médicos que suministran, con o sin el consentimiento del deportista, las sustancias.

2. Como en general en la regulación referida a la responsabilidad de los médicos y a medicamentos, se plantean muchos problemas de causalidad entre la acción de dopaje y el resultado lesivo.<sup>78</sup> Si no se quiere recurrir, para afirmar la lesión, al mero pinchazo de una inyección –con lo que no se contaría en una ingestión oral de las sustancias– las sustancias deberán causar al menos un detrimento a la salud. En la bibliografía especializada se parte de que casi todos los preparados que figuran en las listas antidoping tienen estas repercusiones negativas<sup>79</sup> lo cual es cuestionable en tranquilizantes que se pueden encontrar sin necesidad de receta. Aquí se exige una más exacta y por ello más difícil prueba por parte de la reglamentación estatal y no sólo la remisión a cualquier lista de sustancias.

3. Finalmente se plantea la cuestión, en cuanto a la responsabilidad de terceros, del consentimiento. De todos los presupuestos relevantes necesarios para un consentimiento efectivo, destacan aquí dos puntos de especial relevancia.

– Por una parte, el deportista ha de tener presente la envergadura de su decisión –una perspec-

tiva especialmente exigida en deportistas menores de edad–. Como punto de referencia hay que decir que los menores de 14 años no pueden prestar consentimiento, con lo cual el hecho será antijurídico.<sup>80</sup>

– En segundo lugar –desde la perspectiva alemana– el consentimiento puede contravenir la costumbre contenida en el § 228 del StGB, según la cual un consentimiento no sería válido si «el hecho, a pesar del consentimiento, contraviene las buenas costumbres». Como ya quedó expuesto en las lesiones en el deporte, nos referimos a lesiones graves,<sup>81</sup> que podrían chocar con las dificultades de prueba ya mencionadas. Por lo tanto, no es suficiente con que el suministro de sustancias sea contrario a las reglas o a la ética deportiva, puesto que el § 228 pretende proteger la integridad física y no la del deporte y su funcionalidad.

*Tesis 10. La lucha contra el dopaje se demuestra tan complicada (y perdida) como la lucha contra las drogas. Relevancia decisiva presenta el hecho de que lo conseguido en cuanto a códigos internacionales de comportamiento y bases éticas mínimas, desaparece en la diversidad de las regulaciones nacionales.*

La lucha contra el dopaje se demuestra tan agotadora como la lucha contra las drogas (cuya criminalidad que la acompaña, como la invasión de las fronteras por parte de ilegales, no sólo lo podemos encontrar en las costas de Andalucía). Ello lo demuestra la equiparación entre sujeto activo y víctima lo cual, como demuestra la experiencia, conduce a un problema de prueba y una alta cifra oscura de criminalidad. Por consiguiente, se oye muy poco acerca de procesamientos, a excepción del llevado a cabo contra los funcionarios deportivos y los médicos de la República Democrática alemana, que se produjo con motivo de la reunificación y que nos ha dejado un gran material de trabajo y análisis.<sup>82</sup>

La lucha contra estos abusos que atentan contra el esfuerzo de la sociedad de la mano del derecho parece difícil; los esfuerzos progresan cuando la justicia puede acudir, no a preceptos especiales

77. Al respecto SCH/SCH-ESER (nota 13), § 223 marg. 27 y ss., sobre todo marg. 50b.

78. LINK (nota 71) en remisión a la propuesta de un procedimiento de instrucción contra desconocidos por la muerte de un atleta.

79. LINK (nota 71), p. 59.

80. KOHLKAAS. «Zur Anwendung aufputschender Mittel mi Sport», NJW 1970, 1958, 1959.

81. SCH/SCH/STREE (nota 13), § 226.<sup>a</sup> marg. 16.

82. Al respecto, LUDWIG M. en ESER/ARNOLD (eds.) *Strafrecht in Reaktion auf Systemunrecht*, vol. 2; KREICHER H. y otros, *Landesbericht Deutschland*, 2000 pp. 397 y ss.

antidoping, sino a un auténtico tipo de injusto de dopaje contenido en las normas penales o cuando este tipo de acciones se pueden subsumir en auténticos tipos penales. Pero también allí donde encontramos bases legales suficientes falla la consecuente vigilancia de las federaciones que sólo realizan pruebas de vez en cuando y con ello ponen en peligro la existencia del deporte y la suya propia.

Las amplias diferencias respecto de la persecución de los comportamientos de dopaje que van desde la absoluta impunidad hasta la incriminación de actos preparatorios, no son adecuadas para construir estándar ético mínimo y universal sin el cual no se puede desarrollar una conciencia del injusto. En tanto la persecución penal dependa de descubrimientos causales y de la nacionalidad del deportista, los sujetos activos seguirán asumiendo el riesgo de ser descubiertos para mantenerse activos a nivel internacional. La penalización casual y puntual de un individuo puede ser más que una señal, pero no puede constituirse en el paradigma del cambio necesario. ●