

La urgente necesidad de un libro dedicado al nuevo Derecho Penal Deportivo.

I

La inquietud de los penalistas clásicos

Nadie deja dormir tranquilos a los penalistas “clásicos”, a los partidarios de reservar el Derecho penal, es decir, la incriminación de conductas y su castigo mediante sanciones criminales para los tradicionales delitos contra la vida, la salud y contra la propiedad. Constantemente amenazan las manifestaciones de un “nuevo derecho penal”: el derecho penal económico, el derecho penal ambiental, el de género, el internacional, etc. Para mayor confusión de los clásicos aparece ahora un derecho penal deportivo o del deporte, al que se dedica el libro que han promovido y coordinado Rosario de Vicente Martínez y Leonardo Schmit. La primera, Catedrática de derecho penal de la Universidad de Castilla-La Mancha en España y, el segundo, reciente joven y fresco doctor en derecho por la Universidad de Milán, grado alcanzado en el novedoso sistema de doctorado “europeo”, que se caracteriza porque se realiza la presentación, debate y defensora de la tesis en al menos dos lenguas, el italiano y el español, que son las de las Universidades en las que ha realizado sus estancias doctorales, a las que de modo natural añade su lengua natal, el portugués, que en virtud de la historia iberoamericana es también una linda lengua americana y europea. Una ceremonia hermosa en la que Leonardo alcanzó el máximo éxito.

Los clásicos tienen dificultades para comprender la ineludible aparición de novedosos fenómenos socialmente dañosos que reclaman la máxima reacción sancionadora, inclusive cuando como es el caso de penalistas tan extraordinarios como Windfried Hassenmer, que no contemplan la cuestión desde la estrecha mira del positivismo jurídico sino, y magistralmente, desde el conjunto de las ciencias sociales. Así son las cosas, lo cual la oportunidad al surgimiento de penalistas *nuevos*, que acompañan el *nuevo* Derecho penal. Es más, en mi experiencia la fuerza de lo nuevo, sea en derecho, sea en arquitectura, se impone inexorablemente y si en su incorporación sólo cuenta con el menosprecio o la desatención de los penalistas tradicionales, entonces podemos estar seguros que su presentación en sociedad tendrá lugar revestida de todos los defectos del derecho penal prebeccariano, que es el estado en que todavía se encuentran otras culturas jurídicas, como se ve con toda claridad en el Estatuto de Roma y en la jurisprudencia de los Tribunales penales Internacionales. Esas mismas características tiene el Derecho administrativo sancionador internacional en materia de *dopping* como se ha visto ya.

II

El moderno fenómeno del Deporte de competición y de masas.

El deporte entendido como esfuerzo físico dirigido a una práctica social del ejercicio corporal orientado a un fin, incluido el de la competición, no es fenómeno moderno sino bien antiguo, tanto como nuestra civilización occidental, que organizaba ya lo que hoy seguimos denominando *olimpiadas*. Como es sabido el deporte de competición y el culto al cuerpo, que estaba también vinculado a las antiguas religiones, fue proscrito por el emperador romano Teodosio I en el año 393 al decretar la prescripción de los cultos no cristianos. Probablemente el unitarismo religioso cristiano fue también responsable de la desaparición de los baños y las termas, con grave consecuencia para el placer y para la higiene corporal. Los administradores de las almas se impusieron sobre los cuerpos hasta bien entrada la modernidad.

La recuperación de los juegos olímpicos como juegos competitivos y de excelencia producto de largo y sacrificado entrenamiento se produce como es bien sabido por obra del Baron de Coubertin, con la pretensión de mejorar el estado físico de la juventud en cuyo lastimoso estado identificaba las causas de la derrota de Francia por Alemania en 1871 y, a la vez, para promover el acercamiento entre los jóvenes de los diversos países, de modo tal que ese trato entre los jóvenes a modo de vacuna de xenofobia alejara los demonios de la guerra. En definitiva, que una idea para emplear la excelencia deportiva y la competitividad en pro de un modelo positivo de comportamiento social: la paz frente a la guerra.

Más tarde, los cultivadores de las soluciones al problema de la conducta desviada y del delito de jóvenes seguirán también ese modelo: el deporte como práctica socializadora, la convivencia armónica frente al delito. En las primeras olimpiadas modernas surge la figura del héroe moderno, que ya no será el guerrero, ni siquiera el artista, sino el deportista metódico, arriesgado y altruista. Este sujeto y su fenómeno en lo que lleva a meditar a Ortega y Gasset sobre el deporte y a identificar al deportista como el *héroe moderno*. En el deporte de las características mencionadas veía Ortega la metáfora de lo mejor del deseo humano de hacer el esfuerzo por placer, sin buscar recompensa material, sino tan sólo la superación personal en el esfuerzo y el entrenamiento sistemático. Como dice Antonio Rivero Hernaiz, identifica Ortega y Gasset en el espíritu deportivo el paradigma del estado anímico conforme al cual el hombre se apresta para crear, avanzar y progresar. Hasta aquí el deporte es visto como "virtud". En 1921 (*El espectador*) Ortega llega a decir: "bien sé que a la hora presente me hallo solo entre mis contemporáneos para afirmar que la forma superior de la existencia humana es el deporte. Aún más, la cultura no es hija del trabajo, no del deporte ". Diez años más tarde desarrolla sus concepciones con mayor amplitud en su *El origen deportivo del Estado* pero es precisamente en los años treinta cuando el deporte -y no sólo el deporte- , se convierte en espacio y objeto de la "rebelión de las masas". Fue sobre todo el fútbol lo que produjo en Ortega el desinterés por lo que llamó la "exageración deportiva". Pero lo expuesto es suficiente para expresar el valor cultural del deporte, su consideración como virtud cívica y su valor como máquina generadora de "virtud", modelo bien positivo para los jóvenes, necesitados entonces y ahora de modelos positivos de comportamiento personal y social.

Fracasar en el ejercicio virtuoso del deporte individual y altruista no es un problema penal, aunque sí podría serlo si el fracaso se ve acompañado o determinado por el fraude, por ser el resultado de la competición afectado por el vicio del esfuerzo personal mediante la bioquímica o de la trampa contra el competidor o por la corrupción del juez de la competición o del deportista en particular.

No sabemos lo que Ortega hubiera opinado sobre el grado de masificación del deporte en el tiempo presente. En efecto, si al acercarse el tiempo de la Segunda Guerra Mundial el deporte como “virtud” individual se veía ya alterado por la masificación en su práctica y por el superespectáculo deportivo, todo se transformó radicalmente al aparecer la televisión.

Las últimas Olimpiadas sin televisión o, *rectius*, sin “derechos” de televisión fueron las de Roma de 1960. Aún presidía el Comité Olímpico Internacional Avery Brundage, olímpico de 1912 y constructor, longevo presidente, vigilante partidario del amateurismo de los atletas, que aportaba su sueldo de su patrimonio personal. Todavía en 1972, a la vez que clamaba por la supresión de los juegos olímpicos de invierno por haberse comercializado totalmente y convertido a los deportistas en columnas publicitarias andantes, proclamaba: “hay dos tipos de competiciones, las que se realizan por personas libres e independientes que se interesan solo en el deporte y por el deporte y aquellas que tienen un fundamento financiero. El honor olímpico está reservado a los anteriores”. Pues bien, aunque ya se había advertido desde 1956 el potencial financiero de los derechos de retransmisión, las de Roma se adjudicaron a la televisión italiana, limitándose el Comité Internacional a recibir un 5% de los 60.000 dólares que tales derechos representaron. Los datos de los últimos años son los siguientes: los derechos de retransmisión para el COI pasaron de los 700.000 dólares en Barcelona 1992, a 1.133 millones de dólares de Sidney en 2000 y a los 4.000 millones de Londres en 2012. Los ingresos por patrocinios, que comenzaron en 1976 con 40 millones de dólares alcanzaron en Sidney en 2000 los 600 millones. Todo ello se acompaña de otros ingresos menores como venta de entradas, *merchandising* y lotería olímpica. El valor monetario de los juegos olímpicos no se reduce a los ingresos del COI: las inversiones espectaculares en infraestructura que crean valor permanente para los negocios y el turismo alcanza valores incalculables aquí.

Las Olimpiadas representan solo una pequeña parte del mercado mundial de la retransmisión de acontecimientos deportivos, pero nos sirve para darnos una idea de que ese descomunal patrimonio se traduce no solo en beneficio financiero sino en infraestructuras, puestos de trabajo, y en definitiva en sector económico mundial y de cada país lo que se fundamenta en la competición con juego limpio, sin trampas, sin incumplimiento de las reglas de cada deporte y en la condición física de los deportistas, que solo puede estar estimulada por la forma física alcanzada por el entrenamiento y no por el consumo de sustancias

orientado a desarrollar capacidades especiales. Y nadie puede imaginar que ese inmenso patrimonio financiero y social que representa el espectáculo deportivo de masas y consumido sin fronteras podría mantenerse una sola temporada más si no se combate de modo eficaz y solemne el fraude en sus diversas manifestaciones.

La cuestión es ahora, en primer lugar, determinar si la intervención del Derecho penal es una intervención legítima en este campo y segundo, si además de legítima puede ser una intervención eficaz en la prevención de las conductas fraudulentas en el espacio deportivo, reduciendo estas a manifestaciones esporádicas, tan aisladas que no arruinen la reputación de la competición de que se trate y con ello su propia supervivencia. Para quienes en el deporte no quieran ver más que la "virtud", la respuesta no puede ser la misma que para quienes captan al valor social y económico de la actividad deportiva de masas y observable en la aldea global construida por la televisión y los modernos sistemas de las tecnologías de la comunicación

### III

#### La cuestión penal y la última ratio.

Los comportamientos infractores de las reglas del deporte con efectos dañosos son fundamentalmente dos: la alteración mediante precio de las decisiones arbitrales o del rendimiento de los deportistas, lo que podemos llamar aquí "corrupción en el deporte" y la alteración ilegal del rendimiento de los deportistas mediante el uso de sustancias capaces de inducir fisiológicamente ese rendimiento extraordinario, que conocemos ya en todas las lenguas con términos similares al "dopaje". A estos dos problemas se añaden como problema externo, pero concomitante, el de las violencias de masas que se produce con motivo y ocasión de manifestaciones deportivas.

Pero antes de que se llegara a clamar por los intervinientes penales conviene saber que la regulación jurídica del espacio social del deporte ha alcanzado un grado notable que sorprende al no especialista. La materia es objeto de reflexión sistemática desde antes de la segunda Guerra Mundial, lo que sin duda se liga al papel del deporte en las sociedades "orgánicas" de la época, como la italiana. Como dato expresivo sirva la mención al trabajo constituyente del gran jurista italiano Maximo Giannini, *crime osservacoini sugli ordinamenti giuridici sportivi*, del año 1949. Desconozco si el gran maestro practicaba deporte alguno, salvo el noble arte de la resistencia clandestina contra el nazismo y la deportiva huida de la cárcel de Regina Coeli donde se encontraba con otro ilustre, Sandro Pertini, liberados ambos por un comando dirigido por el gran penalista Giuliano Vassalli, en excelente supuesto de cooperación entre el Derecho penal y el administrativo.

El deporte esta hoy regulado en la plano nacional e internacional con un impresionante instrumental normativo en el que se conforman tres modelos básicos de regulación, el de la Europa latina, muy iuspublicista, el germánico, de gran espacio privado pero con fuerte control público y el anglosajón que refleja la cuestión básicamente de lo que lo que hoy llamamos “autorregulación”. Pero privado o público, la intervención jurídica, reguladora y sancionadora es máxima y con esfuerzo notable en el control de las conductas desviadas. Eso sí, como se pudo ver en el “caso.....” en el que la gravísima sanción personal y colectiva se fundamentó en una responsabilidad ultra objetiva, que no solo no respeta la más leve versión del principio de culpabilidad, sino que lo desprecia, en un alarde de sistema prebeccariano destructor.

Los penalistas clásicos y modernos debemos inspirar nuestras opiniones científicas en el grupo de postulados que decantados por la discusión sin política criminal desde el célebre del Marqués de Beccaria desarrollado y precisado en los más de dos siglos transcurridos en base a la experiencia y el trabajo científico. Ese conjunto de postulados y principios científicos y político criminales son un patrimonio común universal que ofrece garantías frente a reacciones políticas y sociales precipitadas, inspiradas en la vindicta pública, desproporcionadas, cuando no directamente manipulativas de la opinión pública, lo que es un fenómeno hoy frecuente como consecuencia de la dinámica comercial de los medios de comunicación de masas, en especial de la televisión, comporta el grado de implicación personal del sujeto en la provocación del daño y el grado de la pena que se pretende imponer.

Todas estas cuestiones se plantean y se discuten en este libro, ordenadas en tres partes: I la tutela de la salud en el deporte y la lucha contra el doping, II, la prevención de la violencia en el deporte, III, la tutela de los intereses económicos frente a la corrupción en el deporte. El elenco extraordinario de penalistas intervinientes con sus valiosos trabajos garantizan a este libro un papel constituyente en la elaboración nacional e internacional del Derecho penal del deporte.

La edición en Brasil de este importantísimo libro prepara la serie de acontecimientos deportivos de relevancia mundial que se celebrarán en los próximos tiempos y que culminaran en las Olimpiadas de 2016. Se muestra así que también en materia jurídico penal se ha hecho realidad la genial intuición de Stefan Zweig sobre que Brasil era el país del futuro. El libro que tienen en sus manos muestra que Brasil es también en Ciencias penales al país del presente.

Luis Arroyo Zapatero

1 de noviembre de 2013.

Melo Filho, Alvaro. Direito deportivo: Novos rumos. Belo Horizonte, del Rey 2004.

Maraniss, Rome 1960: the Olympics that change the world.

Preuss, Holger, Dimensión económica de los juegos Olímpicos: lecciones universitarias olímpicas (artículo en línea) Barcelona: Universidad Autónoma 2002, fecha de consulta 26/11/2013.

Bermejo Vera. J. Constitución y Deporte Madrid. Technos 1998.

Lora-Tamayo Vallvé, Marta.

El Derecho deportivo: entre el servicio público y el mercado, Madrid. Dykinson 2003.

Giannini, Maximo Severo, Prime osservazione sugli ordinamenti giuridici sportivi, en Rivista di Diritto sportivo, nº 1 -2, 1949. pp1949.