



Expediente Tribunal Administrativo del Deporte núm. 86/2015.

En Madrid, a 30 julio de 2.015.

Visto el recurso interpuesto por Doña Y- Letrada del ICA de Málaga en nombre y representación de Don X, contra la resolución 6/2015 del Director de la Agencia Española de Protección de la Salud en el Deporte (en adelante AEPSAD) de fecha 20 de abril de 2.015, el Tribunal Administrativo del Deporte (en adelante TAD), en la sesión celebrada en el día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Con fecha 21 de enero de 2015, el Director de la AEPSAD declara la caducidad del expediente sancionador 11/2014 abierto contra el Sr. X por haber transcurrido el plazo máximo de 6 meses desde la adopción del acuerdo de incoación del procedimiento sancionador sin que se hubiera notificado la resolución expresa y ordena la incoación de un nuevo procedimiento sancionador contra D. X. Nuevo expediente sancionador que lleva la numeración 6/2015.

Segundo.- Con registro de entrada en correos de fecha 6 de febrero de 2015 se recibió en la AEPSAD escrito de Doña Y en nombre y representación de Don X en relación al escrito de incoación aportando las alegaciones que consideró oportunas.

Tercero.- Con fecha 18 de marzo de 2015 la Instructora del Expediente dicta propuesta de resolución, que es recibida por el expedientado el 23 de marzo de 2015.

Cuarto.- No constan en el expediente alegaciones a la propuesta de resolución.

Quinto.- Con fecha 20 de abril de 2015 el Director de la AEPSAD dicta la resolución correspondiente al Expediente 6/2015 (notificada el 27 de abril) mediante el cual acuerda sancionar a D. X como responsable de una infracción muy grave, tipificada en el artículo 22.1.f) de la Ley Orgánica 3/2013, con la suspensión de la

licencia federativa por un período de cuatro años, prevista en el artículo 23.1.a), habiéndose aplicado la circunstancia agravante prevista en el artículo 27.5.c) de la misma ley.

Sexto.- Con fecha de registro de correos 26 de mayo de 2015 y registro del TAD 28 de mayo de 2015, tiene entrada el escrito de fecha 26 de mayo de 2015 mediante el cual Doña Y en nombre y representación de Don X presenta ante el TAD el recurso correspondiente. Queda acreditada en el expediente la representación de la Letrada para actuar en nombre de expedientado y así ha sido reconocido también durante el expediente sancionador.

Séptimo.- Con fecha 28 de mayo se solicitó por parte del TAD a la AEPSAD el informe correspondiente y que se le remitiera la totalidad del expediente.

Octavo.- Mediante escrito de fecha 3 de junio de 2015 (registro de entrada 16 de junio de 2015) el Director de la AEPSAD elevó a TAD el correspondiente Informe, así como todo el conjunto del Expediente debidamente foliado que consta de 54 páginas numeradas de la 1 a la 54 y que se compone de:

- Doc. 1. Escrito del Director de la AEPSAD de 21 de enero de 2015 mediante el cual declara la caducidad del procedimiento sancionador 11/2014 e incoación de un nuevo expediente sancionador (folios 1 a 3)
- Doc. 2. Impreso oficial de correos de notificación de entrega al deportista (folio 4)
- Doc. 3. Impreso oficial de correos de remisión de documento al deportista (folio 5)
- Doc. 4. Escrito del Director de la AEPSAD de 21 de enero de 2015 mediante el cual declara la caducidad del procedimiento sancionador 11/2014 e incoación de un nuevo expediente sancionador (folios 6 a 8)
- Doc. 5. Escrito dirigido a la RFEC de notificación de apertura del procedimiento sancionador 6/2015. (folio 9)
- Doc. 6. Impreso oficial de correos de notificación de entrega a la RFEC (folio 10)
- Doc. 7. Impreso oficial de correos de remisión de documento a la RFEC (folio 11)
- Doc. 8. Escrito dirigido a la WADA de notificación de apertura del procedimiento sancionador 6/2015. (folio 12)
- Doc. 9. Escrito dirigido a la UCI de notificación de apertura del procedimiento sancionador 6/2015. (folio 13)
- Doc. 10. Escrito dirigido a la Directora General del CSD de notificación de apertura del procedimiento sancionador 6/2015. (folio 14)
- Doc. 11. Impreso oficial de correos de notificación de entrega en el CSD (folio 15)
- Doc. 12. Impreso oficial de correos de remisión de documento al CSD (folio 16)

- Doc. 13. Copia de los sobres de envío de documentación por parte del ahora recurrente (folios 17 y 18)
- Doc. 14. Escrito de fecha 3 de febrero de 2015 del ahora recurrente presentado alegaciones a la resolución de incoación del expediente. (folios 19 a 23)
- Doc. 15. Propuesta de resolución de la Instructora de fecha 18 de marzo de 2015 (folios 24 a 33)
- Doc. 16. Impreso oficial de correos de notificación de entrega al deportista (folio 34).
- Doc. 17. Impreso oficial de correos de remisión de documento al deportista (folio 35)
- Doc. 18. Resolución del Director de la Agencia de 20 de abril de 2015 mediante la cual sanciona al ahora recurrente en atención a los hechos y fundamentos de derecho que constan en la resolución. (folios 36 a 45).
- Doc. 19. Impreso oficial de correos de notificación de entrega al deportista (folio 46).
- Doc. 20. Impreso oficial de correos de remisión de documento al deportista (folio 47)
- Doc. 21. Escrito de comunicación a la RFEC de la resolución dictada (folio 48).
- Doc. 22. Impreso oficial de correos de notificación de entrega a la RFEC (folio 49).
- Doc. 23. Impreso oficial de correos de remisión de documento a la RFEC (folio 49)
- Doc. 24. Escrito de apelación del recurrente ante el TAD de fecha 26 de mayo 2015 (folios 50 a 53)
- Doc. 25. Providencia del TAD de solicitud del Informe y de la remisión del Expediente debidamente foliado. (folio 54)

Junto a esta documentación se recibe en el TAD otro conjunto de documentos enviados por la AEPSAD, SIN FOLIAR, SIN RELACIONAR y sin mencionar cual o cuales de los documentos enviados guardan relación efectivamente con el presente expediente sancionador, ni cuáles de ellos forman parte del expediente y cuáles no. El Tribunal constata que efectivamente algunos de los documentos podrían formar parte del presente expediente sancionador pero no la mayoría de ellos. Se trata de una amalgama de informes de diversos organismos relacionados con el control antidopaje, donde efectivamente algunos de ellos guardan relación con el Sr. X, pero otros no ya que guardan relación con otras personas que nada tienen que ver con el presente expediente sancionador, sin que exista documento alguno donde se constate la efectiva incorporación de todos o una parte de estos documentos a la Instrucción. Tampoco consta que hayan sido incorporados por la Instructora como prueba durante la instrucción.

Noveno.- Mediante escrito de 17 de junio (con acuse de recibo 3 de julio) se dio traslado del Informe al recurrente y se le concedió un plazo para que pudiera

ratificar sus pretensiones o presentara cuantas alegaciones le convengan a su derecho.

Décimo.- Mediante escrito de 7 de julio, con registro de entrada en correos 16 de julio y en TAD 21 de julio, el recurrente hizo llegar al TAD escrito en el que manifiesta que se ratifica en la totalidad de la pretensión manifestada en el recurso.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- El Tribunal Administrativo del Deporte es el órgano administrativo competente para conocer del recurso interpuesto, de acuerdo con lo previsto en el artículo 84.1 a) de la Ley 10/1990, de 15 de octubre, del Deporte, y en los artículos 6.2.c) y f) y 52.2 del Real Decreto 1591/1992, de 23 de diciembre, sobre Disciplina Deportiva, todos ellos en relación con la Disposición Adicional Cuarta. 2 de la Ley Orgánica 3/2013, de 20 de junio de Protección de la salud del deportista y lucha contra el dopaje en la actividad deportiva.

Segundo.- El recurrente se halla legitimado activamente para interponer el recurso contra la resolución objeto de impugnación, por ser titular de derechos o intereses legítimos y directos afectados por ella, en los términos exigidos por el artículo 33.4 del Real Decreto 1591/1992.

Tercero.- El recurso ha sido interpuesto dentro del plazo de treinta días desde la fecha de comunicación de la resolución impugnada.

Cuarto.- En la tramitación del recurso se han observado las exigencias legales previstas, fundamentalmente, de vista del expediente y audiencia de los interesados.

Quinto.- El recurrente solicita que se estime el recurso; que se revoque la resolución sancionadora de la AEPSAD de 20 de abril y que se acuerde la suspensión del procedimiento administrativo sancionador AEPSAD 6/2015 hasta tanto en cuanto finalice el procedimiento judicial penal que en la actualidad se instruye en atención a la identidad de hechos, sujetos y fundamentos existentes entre el presente procedimiento sancionador y el que se sigue en la jurisdicción ordinaria penal, retrotrayendo la tramitación del procedimiento administrativo hasta el momento del dictado de la propuesta de resolución.

Sexto.- La defensa del recurrente está basada esencialmente en dos argumentos:

a) El primero de ellos guarda relación con el acervo probatorio del procedimiento sancionador.

Entiende el recurrente que efectivamente el artículo 39.4 de la Ley Orgánica establece que en el procedimiento sancionador en materia de dopaje la

Administración y la persona afectada podrán servirse de todos los medios de prueba admisibles en derecho, también lo es que la prueba principal de cargo en la que se fundamenta la resolución impugnada es la “diligencia de entrada y registro practicada en el domicilio” del recurrente. Diligencia de prueba que fue autorizada y practicada por la autoridad judicial instructora competente según constan en las Diligencias previas 4135/2013 del Juzgado nº 4 de Santander. El acta en la que consta el resultado de la práctica de la entrada y registro de dicho domicilio es incorporada al procedimiento sancionador procedente de la autoridad judicial, como consta en el fundamento de derecho cuarto de la resolución recurrida. En atención a la legislación vigente, tanto la derivada de la Constitución como de la Ley de Enjuiciamiento Criminal la entrada de un tercero en el domicilio de una persona sólo puede realizarse por mandamiento judicial o por autorización expresa del titular. No constando la segunda, queda evidente que la entrada en el domicilio del recurrente se realizó única y exclusivamente por mandamiento judicial en atención a la legislación penal. En la fase actual del proceso penal no ha quedado acreditado, ni mucho menos resuelto de manera firme, que la prueba practicada en el procedimiento judicial tramitado inicialmente en el Juzgado de Instrucción nº 4 de Santander de entrada en el domicilio del recurrente fuera válida y cumpliera con todos los requisitos que la legislación penal exige. La validación de la prueba de registro de domicilio compete única y exclusivamente al juez de lo penal, no estando facultada la administración pública para validar una prueba que deriva de un registro judicial del domicilio particular de una persona. Los órganos administrativos, entre los que se encuentra la AEPSAD carecen de la competencia necesaria para determinar la legalidad o no de la autorización y práctica de la diligencia de entrada y registro y por tanto según el TC los órganos administrativos deberán esperar al pronunciamiento de los órganos judiciales acerca de la legalidad del procedimiento seguido en el registro. La determinación de la legalidad y la valoración como prueba apta para enervar la presunción de inocencia dependen única y exclusivamente de los órganos judiciales y no de los administrativos. Debe revocarse el acuerdo adoptado hasta tanto en cuanto recaiga resolución judicial firme que determine la legalidad y valoración de la diligencia de entrada y registro practicada en el domicilio del recurrente. El resto de pruebas de análisis de las sustancias que deriva de la primera se encuentran viciadas todas ellas por la primera irregularidad.

Por su parte, la AEPSAD en su informe se remite íntegramente a la resolución y por ello nos remetimos a ella en este punto.

Ciertamente, la resolución la AEPSAD aporta diversos argumentos en relación a la alegación formulada por el recurrente: fundamento de hecho tercero- que se solicitó del órgano judicial información sobre las actuaciones adoptadas e información adicional relativa a la existencia de diligencias previas frene a otros deportistas implicados, frente a los que recayesen elementos suficientes indicativos de la existencia de cualquier infracción administrativa de cuyo conocimiento fuese competente la AEPSAD;

fundamento de derecho tercero- que en atención al artículo 33.5 de la Ley Orgánica 3/2013 relativo a la colaboración con las autoridades judiciales, la AEPSAD podrá solicitar que le sean remitidas aquellas diligencias de instrucción practicadas que sean necesarias para la continuación de los procedimientos sancionadores. La petición será resuelta por el Juez de Instrucción, basándose en el principio de proporcionalidad, entregando a la Administración, mediante resolución motivada, únicamente las diligencias que la aplicación de tal principio autorice; fundamento de derecho cuarto- que se incorporan al procedimiento incoado por el Director de la AEPSAD diferentes documentos procedentes de la autoridad judicial, incluyendo diligencia de entrada y registro. Dichos documentos comprenden el acervo probatorio objeto de análisis en el presente expediente para la sanción de la presunta infracción de la normativa antidopaje y se relacionan un conjunto de sustancias que resultan prohibidas según la resolución del CSD; pero esencialmente la fundamentación jurídica del órgano sancionador en relación a este punto la encontramos en el fundamento de derecho octavo 2 cuando la resolución dice que *“en cuanto a la alegación del deportista relativa al valor de la prueba en el procedimiento administrativo, hay que señalar, de acuerdo con el artículo 33.5 y 6 de la Ley Orgánica 3/2013 lo siguiente: y se copian íntegramente los apartados 5 y 6 del artículo 33 donde esencialmente se reproduce lo ya señalado en párrafos anteriores sobre la capacidad de la Agencia de solicitar del Juez que le sean remitidas aquellas diligencias de instrucción practicadas que sean necesarias para la continuación del procedimiento sancionador.*

- b) El segundo argumento guarda relación con la vulneración del “non bis in ídem” y en la necesaria suspensión del procedimiento sancionador que a criterio del recurrente debería haberse producido.

El recurrente considera que en atención a lo previsto en el artículo 33.3, párrafo 2º de la Ley Orgánica 3/2013 debería haberse suspendido el procedimiento sancionador cuando se estuviere tramitando respecto de los presuntos responsables un procedimiento penal en el que se aprecie que existe identidad de hechos y fundamento. Además alega que debe ser el juez penal quien deberá evaluar si debe proceder a continuar con las acciones penales o por el contrario no proceda su continuidad en cuyo caso lo comunicará a la AEPSAD para que inicie o continúe el procedimiento administrativo sancionador. Entiende que en el presente caso le es de aplicación el artículo 3 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por estar en presencia de cuestiones que están íntimamente ligadas al hecho punible y que resulte racionalmente imposible su separación. El artículo 133 de la Ley 30/1992 prohíbe la doble sanción por unos mismos hechos cuando se aprecie identidad de sujeto y fundamento. En atención a la jurisprudencia consolidada del Tribunal Constitucional el non bis in ídem no sólo afecta a la sanción o resolución de los procedimientos, sino también a la dualidad de procedimientos sancionadores. La regla aplicable es la de la subordinación de la actuación sancionadora administrativa a la actuación de los tribunales de justicia.

Para justificar la continuación de la tramitación del procedimiento la resolución impugnada indica que en el procedimiento penal lo que se está enjuiciando es el tipo delictivo encuadrado en el tráfico de sustancias y, sin embargo, en el procedimiento de la infracción administrativa se apoya en la posesión de sustancias prohibidas en la práctica deportiva concluyendo que en ningún caso se puede apreciar identidad de hechos, sujeto y fundamento. Manifiesta el recurrente que la resolución no pone en duda la identidad de sujeto y fundamento entre los procedimientos judicial y administrativo, dado que no objeta nada de estos dos extremos, en cambio considera que existe una diferencia de hechos puesto que mientras en el proceso penal los hechos son el tráfico de sustancias, en el proceso administrativo los hechos son de posesión. Pero olvida la resolución que la calificación de los hechos durante la instrucción del procedimiento penal es primaria, provisional e incluso no vinculante, la determinación y concreción de la calificación jurídica de los hechos a los que se deberá enfrentarse el imputado en el juicio oral no llegará hasta alcanzada la fase intermedia del procedimiento y más concretamente una vez formulado el escrito de acusación del Ministerio fiscal, debiendo estarse a la espera de la finalización de la instrucción o investigación judicial para determinar y concretar los hechos. Como no ha habido auto de apertura de juicio oral (artículo 780 de la ley de Enjuiciamiento Criminal) la calificación jurídica de los hechos es provisional, modificable y no vinculante.

Por su parte la AEPSAD en su resolución considera que la Agencia, de acuerdo con lo previsto en el artículo 7.1 del RD 1398/1993 de 4 de agosto por el que se aprueba el Reglamento de Procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora, solicitó del órgano judicial comunicación sobre las actuaciones adoptadas, por si existiera, entre la infracción administrativa y la infracción penal, identidad de sujeto, hecho y fundamento, para proceder en ese caso a la suspensión del procedimiento sancionador en ausencia de resolución judicial. Se hace constar en la resolución que el 13 de mayo de 2014 el Magistrado del Juzgado de Instrucción nº 4 de Santander señala en las conclusiones del razonamiento jurídico primero, que se concluye del marco normativo que es la Agencia Española de Protección de la Salud en el Deporte la única competente para apreciar duplicidad de sujeto, objeto y fundamento sancionador del procedimiento administrativo en relación con el procedimiento penal que el Juez Instructor incoe (el subrayado no es nuestro, es de la resolución) duplicidad que se limita, también según la Exposición de Motivos, a aquellos supuestos en los que el deportista además de consumidor, trafique o facilite estas sustancias, lo que es congruente con la dicción del artículo 361 bis CP. En la resolución se dice en el fundamento de derecho octavo 1 que a juicio de la Instructora (debemos entender que también a juicio del órgano que resuelve aunque no lo dice explícitamente) que no se puede apreciar identidad de hechos, sujeto y fundamento, porque en el procedimiento penal lo que se está enjuiciando es el tipo delictivo encuadrado en el tráfico de sustancias y sin embargo, en el procedimiento sancionador

que se sustancia en sede administrativa, el fundamento de la infracción se apoya en la posesión de sustancias prohibidas en la práctica deportiva.

Sexto.- Si bien del análisis del expediente y principalmente de la resolución dictada por el Director de la AEPSAD existen diversos elementos que causan sorpresa a este Tribunal como la afirmación de vínculo deportivo del Sr. X sin que exista prueba documental alguna en el expediente que justifique dicha afirmación; o la afirmación de la existencia de la prueba de cargo esencial para la resolución, como es la documentación o copia de las diligencias judiciales de entrada y registro en el domicilio del recurrente remitida por el juzgado de instrucción sin que dichas diligencias, de manera totalmente incomprensible para este Tribunal, consten en el expediente enviado al mismo. Ni están en el expediente las diligencias del juzgado que son la prueba básica de la resolución, ni hay prueba alguna de vínculo deportivo, pero como ninguna de ellas ha sido alegada por la representación letrada del recurrente, más bien todo lo contrario, da por hecho de manera expresa en sus alegaciones que existen pese a no haber sido incorporadas al expediente, este Tribunal entiende que no puede haber indefensión alguna por la que este Tribunal deba velar y proteger, puesto que a pesar de no existir estos documentos en el expediente el recurrente acepta y reconoce que existen y no se aprecia indefensión que causaría la nulidad o la anulación del procedimiento. Al no ser alegada indefensión alguna, es más al ser reconocida expresamente la existencia de los elementos probatorios y de sujeción a la Agencia, el Tribunal debe ceñirse exclusivamente a las alegaciones presentadas por el recurrente al no apreciarse cualquier otro elemento que pudiera dar lugar a la nulidad del procedimiento sancionador.

Séptimo.- En relación a la primera de las alegaciones relativa a la imposibilidad de utilizar las pruebas obtenidas mediante una orden judicial de entrada y registro domiciliario, este Tribunal entiende que es precisamente la ley orgánica 3/2013 en su artículo 33 la que precisamente habilita a la Agencia a poder solicitar aquellas diligencias de instrucción que sean necesarias para la continuación del procedimiento sancionador. Aunque la ley no lo diga de manera expresa pero del conjunto del texto del artículo 33 sólo cabe interpretar que si puede solicitar las diligencias practicadas por el juez instructor es para utilizarlas y no para guardarlas, porque precisamente la redacción dice para *“la continuación de los procedimientos sancionadores”* Si dice la continuación es que admite perfectamente que el procedimiento puede tener continuidad y no obligatoriamente debe quedar suspendido, porque si la única posibilidad fuera que el procedimiento quedara suspendido hasta una fase posterior al de instrucción del proceso penal, la ley no diría la continuidad del procedimiento sancionador, sino algo parecido a la incorporación de los documentos al procedimiento necesariamente suspendido y no es esto lo que dice, sino todo lo contrario.

Es más, la ley dice que si se hubiera dictado ya una sentencia los hechos declarados probados en ella vincularán a la administración, haya sido o no remitida a

la AEPSAD. Es decir que antes de dictarse sentencia la valoración de los hechos probados se deja a criterio de la Administración, mientras que después de la sentencia esta discrecionalidad en la valoración de los hechos ya no existe.

Debemos pues señalar que de la lectura de la ley nada impide, a priori, que pueda mantenerse activo el procedimiento disciplinario administrativo, y tampoco nada impide que se puedan utilizar pruebas que se han obtenido a partir de la solicitud de las mismas al juez de lo penal incluso en la fase de instrucción.

Alega el recurrente que la prueba conseguida mediante autorización judicial de registro domiciliario autorizado por un juez en el contexto de un proceso penal o de instrucción penal no puede ser utilizada en ningún caso en el procedimiento administrativo sancionador. Tampoco podemos secundar esta afirmación en atención a lo que dice la propia ley orgánica 3/2013 puesto que la ley deja en manos del Juez la evaluación de cuáles son las pruebas que entiende que sí puede facilitar y cuáles no, y para ello debe basarse en el principio de proporcionalidad. No hay duda alguna que si la Agencia AEPSAD le solicita al Juez la remisión de cualquier prueba que pueda ser relevante para la instrucción del procedimiento disciplinario administrativo en materia de dopaje y no sólo esto, sino que además, le ha comunicado de la existencia de la incoación del expediente, es el propio Juez el que basándose en el principio de proporcionalidad decide cuáles son las pruebas que entiende pueden ser remitidas y cuáles no. En este caso, el Juez le remitió a la Agencia el conjunto de las diligencias de registro domiciliario, por tanto, debemos entender que el Juez ya ha valorado la proporcionalidad del uso de estas pruebas en un procedimiento disciplinario administrativo y precisamente por esto las envía. Este Tribunal no tiene duda alguna que si el Juez hubiera considerado que el conjunto de estas pruebas no podían ser utilizadas en el proceso administrativo sancionador simplemente no las hubiera enviado o hubiera fijado algunos límites. Baste recordar en este sentido algunos supuestos conocidos en la justicia española sobre el uso de determinadas pruebas obtenidas en un proceso penal por parte de los tribunales deportivos en Italia u otros países y que tuvieron un gran eco mediático.

Por último, sobre la validez de la prueba en ese momento procesal. Es absolutamente cierto como afirma el recurrente que la validez de la prueba no queda cerrada ni puede considerarse como completa durante la fase de instrucción y que sólo a partir del auto de transformación o de inicio del juicio oral podemos considerar que las pruebas adquieren cierta virtualidad, pero no lo es menos que, más allá de una alegación genérica a estos principios, el recurrente no ha aportado prueba alguna de que haya impugnado en vía judicial la diligencia de registro domiciliario, es más, ni siquiera ha alegado esta circunstancia en este procedimiento. El Tribunal podría entender efectivamente que si la prueba de cargo aportada estuviera sujeta a discusión sobre su validez en el procedimiento de instrucción penal podría generar algunas dudas sobre su validez o aplicabilidad, pero ni se ha aportado prueba alguna en ese sentido, ni se ha justificado o presentado explicación alguna de porque dicha diligencia judicial no reunía los requisitos de validez. Pero incluso aun admitiendo que la alegación del recurrente puede tener validez formal, tampoco lo es menos que lo que aquí se tiene en cuenta es simplemente la existencia de una “posesión”. No debe perder de vista el recurrente que nada impide que hechos no declarados

probados en un proceso penal, puedan servir para la instrucción de una infracción administrativa. No son iguales las reglas probatorias del proceso penal y del procedimiento administrativo sancionador (STS 2486/2001 de la Sala Segunda del TS de 21 de diciembre, STC 35/1990 de 1 de marzo) La posesión ha quedado acreditada por el Cuerpo de Policía en el marco de una intervención rogada por el Juez, y dicha afirmación de la Policía debe ser considerada como cierta salvo prueba en contrario. Prueba que ni se ha aportado, ni se ha alegado, ni se ha discutido. No discute, ni ha discutido el recurrente la posesión de estas sustancias, ni siquiera ha alegado que no eran suyas y eran de un “amigo” o “hermano” etc... por lo que si el recurrente no ha hecho el más mínimo esfuerzo de negar la posesión acreditada por el Cuerpo de Policía no debemos/podemos hacerlo nosotros como Tribunal. Todo y pudiendo resultar cierto que en la fase del procedimiento penal en el que pueda estar este proceso no se haya acreditado el “tráfico” de sustancias- ilícito penal, lo que parece no estar en discusión, o al menos no lo has sido ni se ha alegado en este procedimiento administrativo, es la “posesión” puesto que existen pruebas suficientes y no discutidas de la misma.

En atención a los argumentos expuestos debe ser rechazada la primera de las alegaciones presentada por el recurrente.

Octavo.- El segundo de los argumentos o alegación a los que se refiere el recurrente guarda relación con el principio de non bis in ídem. Coinciden las partes y coincide este Tribunal, como no puede ser de otra manera por tratarse de un concepto jurídico con un encuadre jurisprudencial claramente definido, que el bis in ídem se producirá cuando haya una identidad de sujeto, hechos y fundamentos. Identidad que se predica no sólo de la resolución o sentencia final, sino también en la fase de procedimiento. No pueden tramitarse dos procedimientos de manera simultánea si existe una identidad de los tres elementos. No se discute tampoco que existe una identidad de sujeto. En cambio, no se ponen de acuerdo las partes sobre si existe o no identidad de hechos o de fundamentos. Mientras el recurrente afirma que la resolución admite una identidad de sujeto y de fundamento, y en cambio no acepta una identidad de hechos (identidad de hechos que el recurrente dice sí existir), la resolución habla literalmente de falta de identidad de fundamento.

Es obvio que no es lo mismo identidad de hecho que identidad de fundamento. En cualquier caso lo que no hay duda alguna es que para las partes en conflicto existe una disparidad entre tráfico (proceso penal) y posesión (proceso disciplinario administrativo), sea considerada esta diferencia en el fundamento o en el hecho, cuestión sobre la que no resulta necesario profundizar puesto que está clara cual es la discusión, sea ubicada en un concepto o en el otro.

No hay duda alguna que en el proceso penal en aplicación del Código penal lo que se tipifica como delito es el tráfico, en cambio en el procedimiento administrativo lo que se tipifica como infracción en materia de dopaje es la posesión. A priori deberíamos aceptar que tanto el hecho (tráfico-posesión) como el fundamento (ser agente activo promotor de dopaje de otros y obtener un beneficio con ello con total independencia de ser deportista o no – evitar que los deportistas se dopen o tengan productos que les puedan servir para doparse) podrían ser en este

caso diferentes y como consecuencia no existiría bis in ídem, lo que permitiría la posibilidad de tramitar y resolver sin problema alguno el procedimiento sancionador en materia de dopaje por parte de la AEPSAD. Debe afirmarse que el bien jurídico protegido es diferente en un caso y en otro (STC 234/1991 de 10 de diciembre). Ahora bien, debe valorarse también si ambos hechos están íntimamente relacionados, es decir, que no pueda existir uno sin el otro. Recordemos que si esto se produce, tanto el Tribunal Constitucional como reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo y otras instancias judiciales dicen que se trataría de una coincidencia de hecho y fundamento y por lo tanto, prohibiría o impediría la tramitación del procedimiento administrativo sancionador. Entre otras, la sentencia TC 2/2003 de 16 de enero cuando igual como ocurre en los hechos también habrá identidad de fundamento si una de las normas protege lo mismo que la otra y “algo más”.

Consideramos que puede existir tráfico sin posesión y posesión sin tráfico, por lo tanto, ambos hechos no tienen un nexo causal ineludible o indivisible y pueden actuar como instituciones jurídicas independientes o separadas, y como consecuencia, una y la otra no van unidas de manera ineludible. Es cierto que si se tiene la posesión de la sustancia dopante para traficar con ella, posesión y tráfico van unidos que podría ser hipotéticamente el caso que nos ocupa, pero como se da la circunstancia que además de “presunto traficante” (según el proceso penal) el recurrente es además deportista en activo (al menos no se discute en el procedimiento) la posesión en este caso se puede presumir perfectamente que es también para su uso como deportista y entra en juego la infracción administrativa de posesión. Infracción que no podría darse en ningún caso si el sujeto no fuera deportista porque entonces la posesión y el tráfico irían íntimamente ligadas y no se podrían disociar. Entiende este Tribunal que al reunir la condición de deportista en activo el recurrente sí puede actuar con hechos separados, (traficar y poseer) y si existen fundamentos jurídicos y de interés social o general diferenciados.

En base a lo expuesto entendemos que la segunda de las alegaciones tampoco puede ser tenida en cuenta por este Tribunal.

Por lo expuesto anteriormente, este Tribunal en la sesión celebrada el día de la fecha

ACUERDA

DESESTIMAR el recurso interpuesto por D. X, contra la resolución del Director de la Agencia Española de Protección de la Salud en el Deporte de fecha 20 de abril de 2.015 y confirmándola en toda su extensión.



La presente resolución es definitiva en vía administrativa, y contra la misma podrá interponerse recurso contencioso-administrativo ante el Juzgado Central de lo Contencioso-Administrativo, con sede en Madrid, en el plazo de dos meses desde su notificación.

EL PRESIDENTE

EL SECRETARIO