



Expediente Tribunal Administrativo del Deporte núm. 217/2018

En Madrid, a 8 de febrero de 2019, se reúne el Tribunal Administrativo del Deporte para conocer y resolver el recurso presentado por D. XXXXX contra la resolución del Director de la Agencia Española de Protección de la Salud en el Deporte (en adelante AEPSAD), de 3 de octubre de 2018, recaída en el expediente sancionador 19/2018 de esa Agencia.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El 20 de noviembre de 2018, ha tenido entrada en este Tribunal el recurso presentado por D. XXXXXX, que había sido presentado el 19 de noviembre, contra la resolución del Director de la AEPSAD, de 3 de octubre de 2018, recaída en el expediente sancionador 19/2018 de esa Agencia.

SEGUNDO.- El Tribunal Administrativo del Deporte remitió a la AEPSAD el recurso y solicitó de la misma informe elaborado por el órgano que dictó el acto recurrido, así como el expediente original, lo que fue cumplimentado.

TERCERO. Mediante providencia que fue notificada el 14 de diciembre de 2018, el Tribunal Administrativo del Deporte acordó conceder al recurrente un plazo de 5 días hábiles para ratificarse en su pretensión o formular las alegaciones que convengan a su derecho, acompañando copia del informe de la AEPSAD y poniendo a su disposición el expediente. El escrito de alegaciones se presentó el 17 de diciembre de 2018.

CUARTO. En relación con el mismo expediente sancionador de la AEPSAD, número 19/2017 de esa Agencia, con fecha 2 de julio de 2018, tuvo entrada en este Tribunal el recurso presentado por D. XXXXXX contra el acuerdo de incoación de dicho expediente sancionador, que acordó también la suspensión provisional de su licencia deportiva.

Mediante resolución de 7 de septiembre de 2018 el TAD acordó estimar dicho recurso y anular el acuerdo de suspensión provisional de su licencia deportiva, por los motivos recogidos en los fundamentos de dicha resolución.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. El Tribunal Administrativo del Deporte es competente para conocer del recurso interpuesto, de acuerdo con lo previsto en el artículo 40 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 e intereses legítimos afectados por ella.

TERCERO. El recurso ha sido interpuesto en plazo y forma y en su tramitación se han observado las exigencias de remisión del expediente y emisión del informe, así como de vista del expediente y audiencia.

CUARTO. El recurrente solicita se declare nula la resolución recurrida, acordando sobreseer y archivar el procedimiento sancionador.

Entrando en el examen de las alegaciones, se refiere el recurrente, en primer lugar, a que el artículo 103.1 de la Constitución obliga a la Administración a actuar con sometimiento pleno a la Ley

y al Derecho. Y que, en el ámbito del derecho sancionador, rigen las garantías previstas en los artículos 9.3, 24, 25 y 103 de la Constitución, especialmente los principios de legalidad, seguridad jurídica y publicidad de las normas. Señala también que se ha vulnerado el sistema de fuentes del Ordenamiento jurídico español; los principios de legalidad, jerarquía normativa, publicidad de las normas, seguridad jurídica e interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, del artículo 9.3. Asimismo entiende que no se han concretado los hechos de la acusación.

Se trataría, por tanto, de acuerdo con esta primera alegación, de una sanción que habría sido impuesta vulnerando principios de derecho sancionador, lo que a continuación se pasa a considerar.

QUINTO. El párrafo primero de la parte dispositiva de la Resolución sancionadora impugnada contiene el acuerdo de “Sancionar a D. XXXXX como responsable de una infracción muy grave, tipificada en el artículo 22.1 b/ de la Ley Orgánica 3/2013, de 20 de junio, con la sanción de suspensión de licencia federativa por un periodo de cuatro años y 3001 euros de multa, en aplicación de lo prescrito en el artículo 23.1 en relación con lo prevenido en el artículo 27 y 29 de esta misma Ley”.

En el presente caso, por tanto, se ha considerado probada la comisión de la infracción tipificada en el artículo 22 .1 b/ de la LOPSD, que reza: “A los efectos de la presente Ley, se consideran como infracciones muy graves:...b/ la utilización, uso o consumo de sustancias o métodos prohibidos en el deporte”. Y corresponde examinar, a la vista de lo expuesto por el recurrente y de la resolución y el informe de la AEPSAD, si las acciones u omisiones imputadas al sancionado pueden ser subsumidas en dicho tipo legal y si existe prueba de cargo suficiente para desvirtuar su presunción de inocencia, todo ello, como no puede ser de otro modo, a la luz de los principios de derecho sancionador que consagra la Constitución, tal y como han sido desarrollados por la Jurisprudencia constitucional y por los Jueces y Tribunales, así como en las correspondientes normas de rango legal y reglamentario.

A este respecto, hay que partir como premisa de que, con independencia de la sanción que corresponda (que también ha de ajustarse a unos principios perfectamente establecidos en nuestro derecho), el sistema sancionador español se basa en la comisión de una infracción, en la medida que no puede existir una sanción sin infracción. Y que dicha comisión se integra por tres elementos: una acción u omisión; la tipificación de dicha acción u omisión en una norma de rango legal, conforme a la regla “Nullum crimen, nulla poena sine lege”; y la existencia de prueba de cargo suficiente de dicha acción u omisión, que sea capaz de eliminar la presunción de inocencia de la que goza toda persona.

Estas consideraciones, reconoce este Tribunal, son muy elementales y de sobra por todos conocidas, si bien, parece oportuno recordarlas a la vista de la problemática concreta que plantea la imposición de la sanción recurrida. Así, no puede dejar de tenerse en cuenta que si la actuación de los órganos administrativos ha de estar, siempre, sometida a la Ley y al Derecho, tal y como determina el artículo 103 de la Constitución, cuando tal actuación se concreta en el ejercicio de la potestad sancionadora, los derechos fundamentales, entre los que se encuentra la presunción de inocencia, constituyen un límite infranqueable en el ejercicio tal actividad.

De tal manera que, si en el ejercicio de otras funciones que les atribuyen las normas, los órganos administrativos pueden tener un campo de actuación mas amplio que les permita dirigir, animar, ejecutar, promover, proponer, o incluso interpretar el ordenamiento jurídico desde perspectivas diversas, cuando lo que se ejerce son competencias sancionadoras, tales órganos administrativos, han de atenerse, siempre, a los principios de derecho sancionador, en la medida que vengán a garantizar derechos fundamentales.

SEXTO. Se ha señalado que la comisión de la infracción viene determinada por tres elementos. Existencia de una acción u omisión, esto es, la existencia de unos hechos realizados por el sujeto; tipificación; y prueba de cargo.

Entrando, en primer lugar, en el análisis de los hechos sancionados en el presente caso, es obligado reconocer que la resolución adolece de cierta falta de determinación, como ya ocurrió con el acuerdo de incoación.

No va a entrarse aquí a transcribir la doctrina del Tribunal Constitucional, sobre la necesaria concreción de los hechos en el procedimiento sancionador. Y ello porque ha sido expuesta, tanto por el recurrente, como por la propia Agencia en su informe al recurso. Simplemente señalar que tal doctrina puede resumirse en que la acusación ha de formularse en términos que no sean vagos o indeterminados y que tanto la imputación, como la sanción, requieren certeza sobre los hechos imputados, si bien tal certeza es susceptible de poder concretarse en la instrucción, tal y como ha declarado el Alto Tribunal.

El artículo 22.1 b/ de la Ley Orgánica tipifica como hechos la utilización, el uso, o el consumo de sustancias y métodos prohibidos, de donde es obligado deducir que la resolución considera probado, por tanto, que el deportista sancionado ha realizado un hecho (o varios) de utilización, uso o consumo de sustancias o métodos prohibidos.

Dice el antecedente primero de la resolución: “En el marco de las diligencias previas seguidas en esta Agencia y abiertas una vez recibidas la evaluación del pasaporte biológico del interesado emitida el 28 de febrero de 2018 por la Athlete Passport Management Unit (en adelante, APMU) del Laboratorio Suizo de Control de Dopaje, se libra por el Jefe del Departamento de Control de Dopaje en fecha 10 de abril de 2018 comunicación dirigida a D. XXXXXX en el que se pone en su conocimiento que la AEPSAD ha recibido la evaluación de su pasaporte biológico por parte de un panel formado por tres expertos científicos independientes, los cuales han declarado, de forma unánime, que su perfil hematológico indica que “es altamente probable que usted haya usado una Sustancia y/o Método Prohibido y que no es probable que sea resultado de cualquier otra causa”. Tal exposición es también la que también consta en el antecedente primero del acuerdo de incoación.

El procedimiento disciplinario se inició y la sanción se ha impuesto, por tanto, por una evaluación del pasaporte biológico del deportista por parte de un panel formado por tres expertos científicos independientes, los cuales han declarado, de forma unánime, que el perfil hematológico indica que “es altamente probable que usted haya usado una Sustancia y/o Método Prohibido y que no es probable que sea resultado de cualquier otra causa”.

Teniendo en cuenta el término utilizado en el informe, el hecho por el que se habría sancionado al deportista sería la alta probabilidad de uso de una sustancia o de un método prohibido, o de ambos y la no probabilidad de cualquier otra causa. Pero teniendo en cuenta, también, que la probabilidad de uso no está tipificada, podría concluirse que el hecho, primero imputado y, luego sancionado, es el uso de una sustancia o método prohibido o de ambos. Sin embargo, esta interpretación parece contradecirse en el fundamento cuarto, en la página 12 de la resolución, en la que expresamente se dice: “Lo que se imputa al deportista es haber utilizado, usado, consumido sustancia o métodos prohibidos”.

Debe concluirse, entonces, que lo que se imputó, y por lo que se ha sancionado al deportista, es por la utilización, uso o consumo de una sustancia o método prohibido. La resolución no concreta más allá de estos términos, que son precisamente los mismos que la Ley Orgánica utiliza en la tipificación de la infracción.

La utilización de esta técnica de imputación de hechos es discutible, en la medida que no concreta ni en el espacio ni en el tiempo la producción de una determinada acción u omisión. Prueba de ello es que utiliza tres acciones (uso, utilización y consumo), referidas a dos medios de dopaje, las sustancias y los métodos prohibidos.

Por lo tanto, si bien es cierto que los hechos pueden concretarse durante el procedimiento, también lo es que la Agencia ha sido incapaz de hacerlo y no ha podido ir más allá de la utilización de los mismos términos que utiliza el artículo 22.1 b/. Tal circunstancia obliga a entender que se han considerado probadas por la agencia todas las conductas del tipo.

La causa de este modo de proceder, a juicio de este Tribunal, es que no se ha dado cumplimiento completo a la normativa sobre pasaporte biológico que contiene la Ley Orgánica, en concreto a lo dispuesto en el artículo 39 bis de la misma, cuestión a la que nos referiremos a partir del fundamento octavo.

SÉPTIMO. Pasando al segundo de los elementos que han de darse para que pueda imponerse una sanción ha de examinarse la tipificación de los hechos. La tipicidad de una infracción consiste en la descripción de una conducta específica que se pondrá en relación con una sanción y se funda, tanto en la seguridad jurídica del artículo 9.3 de la Constitución, como en el principio general de la libertad que impone, como declarara tempranamente el TC que las conductas sancionables sean la excepción a esa libertad y, por tanto, exactamente delimitadas, sin ninguna indeterminación, exigiéndose además que tal determinación sea hecha por los representantes de los ciudadanos (STC 137/1997). No caben cláusulas generales que, tal y como expresó la STC de 29 de marzo de 1990 permitirían al órgano sancionador actuar con un excesivo arbitrio y no con el prudente y razonable que permitiría una especificación normativa.

En el presente caso, los hechos imputados, aunque como se ha señalado, adolecen de falta de concreción, sí están tipificados en el artículo 22.1 b/ de la Ley Orgánica 3/2013. Si bien hay que tener presente que, en la infracción que aquí se analiza, lo que está tipificado es el uso, la utilización, o el consumo. Ni la probabilidad de uso, ni por supuesto, la existencia de un pasaporte biológico adverso en un deportista, constituyen infracciones tipificadas. El pasaporte biológico en el ordenamiento jurídico español está concebido, tan solo, como un medio de prueba. Se reitera, un pasaporte biológico adverso no es un hecho tipificado. Es un medio de prueba de lo que sí está tipificado: la utilización, el uso o el consumo de sustancias o métodos prohibidos. Así, el artículo 33 de la Ley Orgánica que establece que “En el procedimiento sancionador en materia de dopaje la administración y la persona afectada por aquél podrán servirse de todos los medios de prueba admisibles en derecho, incluido el pasaporte biológico si existiesen datos sobre el mismo. Dichas pruebas deberán valorarse de modo conjunto de acuerdo con las reglas de la sana crítica”.

OCTAVO. Conforme al tercero de los elementos mas esenciales que conforman el derecho sancionador, y con base en la presunción de inocencia que reconoce el artículo 24 de la Constitución, la comisión de la infracción y su correspondiente sanción exigen que exista una prueba de cargo suficiente que destruya dicha presunción.

Conforme a esta concepción, el régimen de la prueba que establece la Ley Orgánica 3/2013 se basa en dos tipos de reglas. De acuerdo a la primera de ellas, “En el procedimiento sancionador en materia de dopaje la administración y la persona afectada por aquél podrán servirse de todos los medios de prueba admisibles en derecho, incluido el pasaporte biológico si existiesen datos sobre el mismo. Dichas pruebas deberán valorarse de modo conjunto de acuerdo con las reglas de la sana crítica” (artículo 39.5). Es decir, cualquiera de estos medios de prueba, o varios de ellos, pueden servir en un procedimiento sancionador por dopaje, de conformidad con las normas que regulan a cada uno de ellos, para destruir la presunción de inocencia y permitir la imposición de una sanción.

La segunda regla es que, además, la presunción de inocencia puede ser destruida por las presunciones que recoge el apartado 6 del mismo artículo 39 estableciéndose, como no puede ser de otra forma, que “el presunto infractor podrá refutar todos los hechos y presunciones que le perjudiquen... y probar los hechos y circunstancias necesarios para su defensa”. Ninguna de tales presunciones guarda relación con el pasaporte biológico.

De lo expuesto se deduce que el pasaporte biológico en nuestro ordenamiento sancionador no constituye sino un medio de prueba más, pero que en modo alguno goza de presunción ni de veracidad, ni de realidad alguna, ni siquiera *iuris tantum*, que pueda ser capaz de eliminar la presunción de inocencia de la que goza cualquier expedientado, la cual, al mantenerse intacta, determina que corresponda al órgano sancionador destruirla, sin que sea admisible en términos jurídicos, ni siquiera sugerir que ha de ser el expedientado quien ha de probar su inocencia.

No puede dejar de desconocerse, a este respecto, que las presunciones que recoge el apartado 6 se basan en datos objetivos provenientes de la experiencia, en la conducta resistente del sancionado a que se obtengan tales datos, en la actuación de personal habilitado para actuar y sujeto normas de actuación, en la actuación de laboratorios acreditados, con sujeción a normas en su actuación etc. Todo ello completado y delimitado por una serie de normas reglamentarias.

NOVENO. Concluido en el fundamento anterior que el pasaporte biológico no goza, según la Ley 3/2013 de presunción alguna de veracidad, y que, por ello, no constituye sino un medio de prueba más, corresponde examinar su regulación.

Tal regulación se contiene en los artículos 39 bis y 39 ter de la Ley 3/2013 en los siguientes términos:

1º El artículo 33 bis dice que "En caso de resultados anómalos y resultados anómalos en el pasaporte biológico, la AEPSAD realizará las investigaciones correspondientes recogiendo pruebas a fin de determinar si se ha producido una infracción de las normas antidopaje".

Se trataría, por tanto, de que el pasaporte biológico, cuando no contenga resultados anómalos o adversos, es un medio de prueba por sí mismo, que no necesita completarse con otros. Sin embargo, cuando su resultado es, por así decirlo negativo, por sí mismo no es suficiente para probar la comisión de una infracción, sino que lo que obliga es a una actuación investigadora de la AEPSAD. Dice textualmente la norma: "recogiendo pruebas a fin de determinar si se ha producido la infracción".

2º El artículo 39 ter se refiere a la tramitación de los procedimientos que, dice, se realizará con las especialidades definidas reglamentariamente.

Respecto de esta cuestión, tan sólo constatar que tal regulación reglamentaria, a día de hoy no existe. Así como que la existencia de una reglamentación cuando la misma se apruebe, según este artículo, no desvirtuaría su carácter de medio probatorio ordinario, salvo que se modificase el artículo 39 de la Ley Orgánica y se estableciese una presunción en relación con el mismo. Y, tampoco, salvo modificación del 39 bis, eximiría a la AEPSAD de realizar las actividades de investigación señaladas en el mismo.

3º Termina el artículo 39 ter señalando que esas especialidades definidas reglamentariamente deberán respetar las normas esenciales de las Normas Internacionales sobre controles e investigaciones y sobre laboratorios de la Agencia Mundial Antidopaje.

Tal afirmación, acertada de cara a mostrar por parte del legislador español el cumplimiento de sus compromisos internacionales en la materia, no excluye, ni puede excluir, las garantías más básicas de los derechos fundamentales de los expedientados en un procedimiento sancionador, cuyo desarrollo corresponde a la Ley Orgánica, por así determinarlo el artículo 81 de la Constitución.

Y por supuesto, solo serán aplicables, como normas, las que hayan seguido el procedimiento marcado por la misma Constitución para pasar a formar parte del Ordenamiento jurídico español. Esto es, los procedimientos parlamentarios y, en su caso de dictamen que refieren los artículos 93, 94 y 95 y la publicación conforme a lo establecido en el 96, todos ellos del Texto constitucional.

Por su parte, la aplicación de tales estándares y códigos a los que se refiere el artículo 39 ter, habrá de realizarse en la forma que determinen los acuerdos y tratados internacionales ratificados por España. Todos los que guarden relación con el derecho sancionador. No solo los relativos al dopaje. Pues el artículo 10.2 de la Constitución dice que las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España. En definitiva, por ello, tales códigos y estándares podrán ser inspiradores de la aprobación de normas nacionales, así como parámetros de interpretación de las mismas.

DÉCIMO. En el presente caso, este Tribunal no va a entrar a valorar las consideraciones que se hacen en la resolución sancionadora, sobre el valor interpretativo de códigos y estándares internacionales a los que se refiere; tampoco sobre si los métodos prohibidos están tipificados o no, cuestión que nadie discute, ni siquiera el recurrente; ni sobre lo que son las reglas de la sana crítica. Tampoco considera sean de aplicación al presente caso las sentencias referidas y transcritas en algunas de sus partes en la resolución por ser ajenas al derecho sancionador.

Y ello porque lo primero que corresponde analizar, antes de nada, es justo lo que la resolución obvia. Esto es, si al haber utilizado como prueba el pasaporte biológico, tal utilización se ha hecho conforme al artículo 33 bis de la Ley orgánica, al que la resolución ni siquiera se refiere.

Como se ha señalado más arriba, en nuestro derecho el pasaporte no cuenta con presunción alguna de veracidad. Y es un medio de prueba, en el caso de ser adverso que ha de ser completado, por imperativo legal, con otras pruebas que son las que realmente pueden determinar el uso, utilización o consumo. Así lo dice el artículo 39.bis.

Pues bien, en el presente caso, no consta actuación alguna de la AEPSAD de actuaciones de investigación que haya realizado “recogiendo pruebas”, cuyo resultado, conforme a la Ley Orgánica, sería el que podría probar la comisión de la infracción.

Lo único que consta en los antecedentes de la resolución es que, una vez recibida la evaluación del pasaporte biológico del interesado, “se libra por el Jefe del Departamento de Control del Dopaje en fecha 10 de abril de 2018 comunicación dirigida a D. XXXXXX en el que pone en su conocimiento que la AEPSAD ha recibido la evaluación de su pasaporte biológico...En la misma comunicación se concedió al interesado un plazo de diez días...para enviar cuantos documentos, hechos, informes o análisis puedan tener una relación directa con los valores que integran el perfil hematológico descrito en el Pasaporte biológico Adverso que se adjuntó”.

Por tanto, en vez de realizar una actividad investigadora la Agencia, tal y como le impone el artículo 39 bis, ha pretendido que sea el imputado el que le aporte hechos, documentos, informes y análisis. Con tal actuación no solo ha incumplido lo dispuesto en el citado artículo, sino que ha utilizado el pasaporte biológico como si estuviera amparado por una de las presunciones del 39.6, aspirando a que fuera el deportista el que tenía que demostrar su inocencia. Esta actuación vulnera el artículo 24 de la Constitución y, por tanto, determina la nulidad de pleno derecho de la resolución, de conformidad con lo establecido en el artículo 47.1 a/ de la Ley 39/2015.

UNDÉCIMO. Habiéndose de estimar el recurso por lo hasta aquí expuesto, no procede, por innecesario, entrar en el análisis del resto de las alegaciones.

A la vista de lo anteriormente expuesto, el Tribunal Administrativo del Deporte,



ACUERDA

ESTIMAR el recurso presentado por D. XXXXXX contra la resolución del Director de la Agencia Española de Protección de la Salud en el Deporte, de 3 de octubre de 2018, recaída en el expediente sancionador 19/2018 de esa Agencia y declarar la nulidad de las sanciones impuestas.

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