



El fraude en la actividad deportiva (*)

Enzo Musco

Catedrático

“Un caso histórico: Marco Pantani es el primer atleta procesado por fraude deportivo”. “Pantani, un hombre solo entre rejas”. “Pantani procesado por fraude deportivo”: estos son algunos títulos de los periódicos italianos de mayor tirada del 7 de junio de 2000 que dan la noticia del aplazamiento del juicio por fraude deportivo de un famoso campeón del ciclismo italiano y mundial, ordenado por el GUP (juez de primera instancia) de Forlì. La imputación: haber ingerido sustancias prohibidas, y concretamente eritropoyetina, para correr la carrera de ciclismo de Milán a Turín del 18 de octubre de 1995, durante la cual fue atropellado por un automovilista que le produjo lesiones muy graves y puso en riesgo su carrera deportiva.

Los análisis hematológicos realizados después de la hospitalización detectaron en la sangre de Marco Pantani un hematocrito del 60%, notablemente superior al permitido, fijado en un 50%. De aquí la acusación de fraude deportivo por haber hecho uso de sustancias estimulantes, según el artículo 1 de la Ley nº 401, del 13 de diciembre de 1989, que ha dotado a Italia de una microlegislación penal que intenta ser una última fuerza de disuasión de naturaleza estatal contra este preocupante y alarmante fenómeno.

Esta ley, como veremos dentro de un momento, representa el cumplimiento de un proceso de reforma que ha durado treinta años e introduce en el sistema penal tres delitos, que son:

- 1.- el fraude en competiciones deportivas;
- 2.- la práctica abusiva de las actividades del juego y/o de las apuestas;

3.- la prohibición de acceso a los lugares donde se desarrollan las competiciones.

En el caso en cuestión, de gran importancia, es evidente el comportamiento de fraude en la competición deportiva, descrito así: 1.- “Quien ofrezca o prometa dinero u otra utilidad o ventaja a cualquiera de los participantes en una competición deportiva organizada por federaciones reconocidas por el Comité Olímpico Nacional Italiano (CONI), por la Unión Italiana para el incremento de las razas equinas (UNIRE) o por otros entes deportivos reconocidos por el Estado y por las asociaciones que forman parte de los mismos, con el fin de conseguir un resultado diferente del que se pudiera conseguir con el correcto y leal desarrollo de la competición, o cumpliendo actos fraudulentos para conseguir el mismo resultado, será castigado con la reclusión de un mes a un año y con la multa de quinientas mil a dos millones de liras. En los casos leves, se aplica sólo la multa. 2.- Las mismas penas se aplican al participante en la competición que acepta dinero u otra utilidad o ventaja, o acepta la promesa. 3.- Si el resultado de la competición influye en los resultados de los pronósticos y apuestas regulares, los hechos a los que se hace referencia en los apartados 1 y 2 son castigados con la reclusión de tres meses a dos años y con la multa de cinco a cincuenta millones de liras¹.

Con la introducción en el ordenamiento jurídico penal de estos tipos se ha completado un proceso de reforma llevado a cabo entre el final de los años 50 (con la propuesta de la Ley Servello de julio de 1958) y el inicio de los 60 (con la propuesta

(*) Traducción realizada por Virginia Sánchez López, Universidad de Salamanca.

1. Los otros dos delitos intentan proteger respectivamente la actividad del juego y apuestas legales y el normal desarrollo de la actividad deportiva contra el peligro de la violencia practicada por determinados sujetos que poseen armas indebidas y que ya han sido condenados por actos de violencia o de incitación a la violencia.

En general, sobre el fraude en las competiciones deportivas, antes y después de la Ley nº 401 de 1989, cfr. LAMBERTI, *El fraude deportivo*, Nápoles, 1990; BORGOGNO, *Sobre la reconducción del “dopaje” al delito de “El fraude en las competiciones deportivas”*. Ex artículo 1, de la Ley 401 del 13 de diciembre de 1989, en *Archivo Penal* 1992, 610 ss; VIDIRI, *El fraude deportivo: sujetos y conducta* (artículo 1 de la Ley nº 401 del 13 de diciembre de 1989) en la *Revista del Derecho del Deporte*, 1992, 129 ss;

de la Ley Servello de marzo de 1963 y Pennacchini de febrero de 1965) y continuado después de casi veinte años, en los años 80, con una nueva propuesta de la Ley Pennacchini (de marzo de 1980), seguida después de un proyecto de ley del Ministro Martinazzoli (de 1986) y finalmente del proyecto de ley del Ministro Vassalli de 1987, convirtiéndose después en la Ley n° 401 de 1989 con el título: "Intervención en el ámbito del juego y de las apuestas clandestinas y tutela de la corrección en el desarrollo de las competiciones".

2. Las razones de la larga duración de dicho proceso legislativo se atribuyen a la fuerte hostilidad procedente del mundo del deporte contra las intervenciones del ordenamiento jurídico estatal, que limita su autonomía. De hecho, en Italia el mundo del deporte se ha dotado de un ordenamiento específico muy complejo y sustancialmente autosuficiente, supuestamente fundado en la teoría de Santi Romano basada en la pluralidad de los ordenamientos jurídicos, defendido con esmero por sus estructuras de gobierno y organizado de tal manera que es capaz de oponer serias y fuertes resistencias a los intentos del ordenamiento general, sometiendo a su regulación los hechos y comportamientos que se desarrollan en su ámbito de dominio. El título atribuido al ordenamiento deportivo constituye sin duda la prueba más evidente de su capacidad de dialogar y de condicionar incluso al poder legislativo².

En otros términos, el ordenamiento deportivo, frente a la posibilidad de tener que compartir una cuota de soberanía con el ordenamiento general en la reglamentación de los fenómenos que lesionan sus valores, ha reivindicado durante mucho tiempo su autonomía y su capacidad suficiente para crear instrumentos de prevención y represión que sean sólidos, adecuados y eficaces.

Sobre las relaciones entre el ordenamiento estatal y el ordenamiento del deporte, es posible formular las siguientes consideraciones:

1.- la actividad deportiva puede ser reglamentada sólo y exclusivamente por la normativa estatal, dada su importancia social y cultural;

2.- el ordenamiento del deporte, según su autonomía normativa reconocida por el ordenamiento estatal, se reserva para sí mismo, en exclusiva, la regulación de la propia actividad deportiva;

3.- el ordenamiento del deporte es tendencialmente autónomo y sólo de forma subsidiaria acepta ser conformado por los preceptos del ordenamiento jurídico estatal;

4.- los dos ordenamientos, por claras razones de oportunidad, deciden organizar los niveles de tutela en función de la diferente capacidad de prestación de que son capaces institucionalmente, tanto por lo que se refiere al conjunto de las actividades, como con referencia a los sectores específicos (recuérdense, por ejemplo, las cualificaciones penales de los hechos y de los comportamientos calificados ilícitos por el ordenamiento deportivo, la justicia del deporte, la reglamentación de las relaciones de un atleta con la sociedad deportiva de la que forma parte, etc.)³.

En Italia, el pensamiento científico dominante había optado por la solución de la casi completa autonomía del ordenamiento deportivo, por razones de eficiencia en su funcionamiento, al menos hasta la explosión de algunos escándalos gravísimos en el mundo del fútbol que tendrían inevitables repercusiones, como veremos más adelante. Ejemplo claro de esta posición es el gran maestro del derecho penal italiano, Giuliano Vassalli, que en un importante ensayo lo sintetizó así: "Es bueno que el ámbito del deporte permanezca como objeto fundamental de su ordenamiento específico, con sus propios preceptos y sus propias sanciones, abierto a la injerencia del Estado sólo y exclusivamente cuando sea necesario. Incluso sin adherirse a las posiciones radicales, según las cuales no sería posible ninguna comunicación entre esos mundos contradictorios que son el derecho y el juego (incluyendo el juego deportivo), además de que el segundo no sería idóneo para una regla-

ALBEGGINI, en el vocable Deporte (Derecho Penal) en la *Enciclopedia de Jurisprudencia*, vol. XLIII, Milán, 1990, 538 ss; LENOZI, *Perfiles penalistas del dopaje deportivo*, cit. 1992, 126 ss; PALOMBI, *El fraude en las competiciones deportivas* en *Revista Penal Económica*, 1990, 126 ss; PADOVANI, *Comentario del artículo 1 de la Ley n° 401 del 13 de diciembre de 1989 en Legislación penal*, 1990-1991; CENCI, *El fraude deportivo y la estafa* en *Mérito Jurídico*, 1983, vol. II, 460 ss; NUVOLONE, *El ilícito deportivo en la perspectiva del artículo 640 en Índice Penal*, 1981, 25 ss; DEAN, *Sobre la punición del fraude en el ejercicio del juego deportivo* en *Archivo Penal*, 1964, vol. I, 455 ss; VASSALLI, *El fraude deportivo* en *Revista del Derecho del Deporte*, 1963, 13 ss.

2. Para tener una argumentación completa sobre el tema, véase, por ejemplo, QUARANTA, *Relaciones entre ordenamiento deportivo y ordenamiento jurídico* en *Revista del Derecho del Deporte*, 1997, 29 ss; que considera el ordenamiento deportivo, por sus características peculiares, un ordenamiento jurídico diferenciado e incluso "formalmente reconocido por el ordenamiento general del Estado, del que procede su fundamento de legalidad y efectividad" (pag. 35). Pero véase también FRASCAROLI, el vocable Deporte (Derecho Público y Privado) en la *Enciclopedia de Jurisprudencia*, vol. XLIII, Milán, 1990, 515 ss, y especialmente las últimas indicaciones bibliográficas.

3. Cfr. también QUARANTA, *Relaciones*, cit. 35 ss.

mentación jurídica en sentido estricto, no se puede desconocer que el juego es uno de los sectores de la vida social que tiene menos necesidad del derecho y que convendría dejar su regulación a otras normas, siempre que sea posible... Contra el fraude y la corrupción que invaden el ámbito del deporte profesional (y que a muchas personas, en muchos países, les parece una consecuencia de su desarrollo y difusión), las sanciones previstas por los reglamentos deportivos tendrían que ser suficientes y aplicarse severamente y con justicia. Es verdad que dichas sanciones no pueden ser aplicadas si no es a las personas que tengan lo que se ha llamado el estado del deportista y que han de ser éstos los destinatarios de los preceptos. Por otro lado, la tempestividad, el rigor y, si es necesario, la inflexibilidad de las sanciones podrían ser tales como para desanimar a toda intención contraria a la observancia de sus deberes fundamentales, incluyendo las iniciativas corruptoras de los extranjeros. Finalmente, con relación a éstos últimos, tendrían que funcionar del modo más riguroso y prudente las normas que se refieren a su admisión en las sociedades deportivas, estableciendo que nunca pueda entrar a formar parte de estas sociedades quien sea responsable de corrupción o colaboración en el fraude⁴.

De estas premisas teóricas deriva, en realidad, el complejo sistema de la justicia del deporte con todas sus características estructurales. Es decir, con la determinación de un concepto autónomo del ilícito deportivo y con la creación de un procedimiento de aplicación propio que cambie sus estructuras fundamentales respecto al sistema del derecho procesal vigente.

Pero este sistema de la justicia del deporte no es único: el CONI —el ente de derecho público que supervisa el desarrollo de todas las actividades deportivas— le ha concedido a cada una de las federaciones deportivas autonomía organizativa, dictando sólo criterios base en los que orientarse.

De este modo, cada federación deportiva tiene un código para la justicia del deporte. Así ha hecho, por ejemplo, la federación italiana del deporte, que prevé una noción específica del ilícito deportivo⁵ y un procedimiento de regulación que aparece caracterizado por las peculiaridades de la actividad jurisdiccional con el tercer juez respecto a las partes (acusación y defensa), el respeto del principio de contradicción y el doble grado de jurisdicción⁶, aparte de un riguroso y severo aparato sancionador⁷.

Respecto a las relaciones entre el ordenamiento del deporte y el ordenamiento del estado, asume un rol completamente decisivo la llamada cláusula compromisoria, o sea, la cláusula prevista por los estatutos de las federaciones deportivas, que obliga a todos los afiliados a llevar ante la competencia de los órganos federales las controversias, tanto de carácter económico, técnico como disciplinario, que se originen en el desarrollo de la actividad deportiva practicada por los asociados⁸.

3.- El dogma de la autosuficiencia del ordenamiento deportivo ha resistido por mucho tiempo, como se ha visto, a los intentos del sector legislativo de remitir al ámbito de la jurisdicción ordinaria, por lo menos, alguno de los comportamientos más lesivos de los valores propios de la actividad deportiva. En particular, se ha opuesto por mucho tiempo a la introducción de una cuestión penal concreta dirigida a sancionar, tanto los casos de corrupción deportiva, es decir, los comportamientos de aceptación de dinero o de cualquier otra utilidad por parte de los abonados que realizan actos contrarios a los deberes deportivos, como los de fraude, es decir, los comportamientos que influyan o alteren los resultados de una competición deportiva mediante instrumentos ilícitos.

La gravedad de estos fenómenos no podía pasar desapercibida dentro del ordenamiento jurídico estatal, dado que se descubrían y denunciaban su-

4. VASSALI, *El fraude deportivo*, cit. 50 ss.

5. Según el vigente artículo 2 del Código de la justicia deportiva de la FIGC (Federación Italiana del Juego del Fútbol): "Responden de ilícito deportivo las sociedades, sus dirigentes, los socios y los abonados, en general, los que cumplen o consienten que otros, en su nombre o para su interés, cumplan, con cualquier medio, actos que alteren el desarrollo, el resultado de una competición o que aseguren a otro una ventaja en la clasificación".

6. El ya citado Código de la justicia deportiva de la FIGC prevé normas específicas que regulan el procedimiento disciplinario. En particular, hay que señalar la separación de las dos funciones, la de la investigación y la correspondiente al ejercicio de la acción disciplinar; la atribución a los órganos de la justicia del deporte de amplios poderes de investigación y de verificación; el desarrollo del procedimiento según los elementos de la acusación de los que el inculcado tiene que ser informado; y la falta de publicidad.

7. Las sanciones son previstas para las sociedades, los dirigentes, los socios y los abonados y son muy severas: oscilan entre la amonestación y la clausura de la federación.

8. Para profundizar más sobre la cláusula compromisoria, vease PUNZI, *Las cláusulas compromisorias en el ordenamiento del deporte en Revista del Derecho del Deporte*, 1987, 237 ss.

puestos de alteraciones fraudulentas –relacionadas con apuestas– del resultado de una competición deportiva. Y aquí el intento de la jurisprudencia de reconducir, por lo menos, los comportamientos engañosos al paradigma penal general de la estafa, que castiga a “quien, con artífices o engaños, induciendo a error, procura a sí mismo o a otros, un injusto provecho con daño para los demás”.

La ocasión para la actuación del Derecho penal fue debida, en los inicios de los años 50, al descubrimiento de un gran número de apuestas clandestinas en el ámbito de las carreras de caballos. Los apostantes clandestinos alteraron el resultado de las carreras corrompiendo con cantidades de dinero a los jinetes y lucrándose así con importantes sumas de dinero. Especialmente significativo es el caso decidido por el Tribunal Supremo con la sentencia de 12 de marzo de 1954⁹ en la cual el jinete “llamado Miglio” montaba una yegua, sin duda de clase superior a los demás participantes y obviamente favorita, que en la curva final se volvió hacia atrás como si se le hubiera desenganchado la silla de montar y así perdió ocho largos, retornó a la posición normal y remontó hasta la segunda posición, acercándose al caballo que estaba en primer lugar y sin alcanzarlo por dos cuerpos. Poco antes de la competición se habían efectuado apuestas por un importe bastante elevado para aquella época por una persona muy excitada, que había provocado muchas sospechas. Posteriormente, el jinete confesó que la carrera había sido alterada, después de verificarse sin equívocos que la silla de montar no se había desenganchado. Según el Tribunal de segunda instancia, después de la verificación del *pactum exceleris*, había que revisar todos los elementos constitutivos del delito de estafa; o sea, la utilización de artífices (el desenganche de la correa de sujeción), la inducción a error del totalizador, la existencia de un apostante desleal, que había conseguido un provecho injusto por el acuerdo ilícito, además del nexo causal entre la inducción al error y el resultado final de la competición. De otra parte, el Tribunal Supremo había considerado que la prueba del nexo causal residía precisamente en la circunstancia de que el resultado de la competi-

ción fue el acordado antes de la misma entre los participantes en el fraude: con este acuerdo se eliminaría el elemento del azar, que es la esencia de toda competición deportiva y que convierte el resultado de la misma en un hecho objetivamente futuro e incierto.

Esta toma de posición de la jurisprudencia se basaba, desde el punto de vista ideológico, en la reconocida necesidad de examinar un comportamiento que según la conciencia social tendría que ser tutelado penalmente. Sin duda, la gravedad ético-social de los comportamientos que violan el deber fundamental de lealtad que caracteriza a toda actividad deportiva, siempre ha orientado la opción interpretativa del Tribunal Supremo. Pero la solución que reconoce en el comportamiento de fraude y/o de corrupción deportiva los elementos constitutivos del delito de estafa, aparecía como el fruto de una interpretación forzada. Y, de hecho, ésta no resistía el tamiz de la doctrina, que evidenciaba su falta de fundamento con seguros argumentos.

Sin duda alguna, ello es mérito de Giuliano Vassalli, que fue el primero en poner en evidencia las insuficiencias y los límites del *dictum* jurisprudencial en un ensayo de gran ayuda y de una profundidad poco común. Y es mérito de la doctrina penal, una vez más, el refuerzo de la imposibilidad de llevar el fenómeno del fraude (y de la corrupción) deportiva al tipo de la estafa¹⁰.

Detrás de esta unánime toma de posición de la doctrina, hay sin duda algunos aspectos interpretativos que tomaremos en consideración dentro de unos momentos; pero también hay una sólida convicción cultural y metodológica, según la cual, por un lado, el intérprete no tiene que dejarse condicionar por la singularidad del caso concreto respecto a la tipología común específica de la estafa, y por el otro, tiene que respetar rigurosamente el principio de tipicidad, y no atribuir valor alguno a eventuales necesidades de tutela penal: “El intérprete no tiene que dejarse guiar por la idea de lo que, injustamente, podría quedar sin castigo”¹¹.

La demostración de la inexistencia del tipo de estafa se deduce analíticamente, mediante un procedimiento lógico, que confirma la carencia de al-

9. Tribunal Supremo del 12 de marzo de 1954, en *Revista del Derecho del Deporte*, 1954, 13 ss. Sobre la aplicación del tipo de estafa al fraude deportivo, véase también Tribunal Supremo de 30 de abril de 1954, cit 403 ss. Sin embargo, en la inaplicación del paradigma normativo de la estafa, cfr. en la jurisprudencia menos reciente, Juzgado de Livorno, de 22 de febrero de 1951, en *Archivo Penal*, 1951, vol II, 552, con nota de Chiarotti y en la de los últimos años del Juzgado de Roma de 22 de diciembre de 1980, en *Revista del Derecho del Deporte*, 1981, 233 ss.

10. Cfr. por ejemplo DEAN, *Sobre el castigo del fraude*, cit, 476 ss, NUVOLONE, *El ilícito en el deporte*, cit, 27 ss. En la doctrina más antigua de la existencia de la estafa, ver MIRTO, *Competiciones deportivas y apuestas en Revista del Derecho del Deporte*, 1950, 9 ss.

11. También VASSALI, *El fraude en el deporte*, cit 35.

gunos elementos constitutivos. Para que verdaderamente pueda darse la estafa es necesario que el comportamiento suponga:

- 1.- un artificio o engaño;
- 2.- la inducción a error de un sujeto;
- 3.- un acto de disposición patrimonial que cause daño;
- 4.- la existencia de un provecho injusto;
- 5.- detectar al sujeto pasivo que haya sufrido el daño.

Y de estos elementos del tipo de estafa, se reconoce alguno en el fraude deportivo. "El único elemento constitutivo de la estafa que parece fuera de discusión es, en esta clase de estafa, el del daño al patrimonio: si la competición deportiva va acompañada de un juego o apuesta con relación a sus resultados, el que juega (o apuesta) contando con un resultado razonable de la carrera, y en todo caso el que pierde la apuesta y ve que no se le concede el premio, debido a la conducta fraudulenta, recibe un daño económico¹².

Sin embargo, es muy controvertida la demostración del requisito del provecho injusto, a causa del carácter preeminente que, en la competición deportiva, asume el elemento de la estafa. Según el punto de vista más riguroso, una carrera es el resultado de factores imponderables, en los que no puede incluirse el fraude deportivo, a los que, objetivamente, hacen referencia los apostantes: de aquí derivaría la imposibilidad de calificar como injusto el provecho¹³. En cambio, según otro punto de vista, no hay que confundir el deber de lealtad y de rectitud en las competiciones deportivas con la confianza que, sobre la observancia de dicho deber, tienen los apostantes: precisamente de esta necesaria confianza dependería entonces la calificación del provecho como injusto¹⁴.

Igualmente es dudosa la posibilidad de reconocer en el comportamiento del fraude deportivo el artificio y/o el engaño que constituyen elementos de la conducta de estafa. La tesis positiva en realidad peca de generalizar porque da por descontado

en todos los casos de fraude deportivo la detallada *puesta en escena* –artificiosa y falsa– típica de una hipótesis específica: es decir, la anteriormente citada del jinete desleal, que frena al propio caballo, evidentemente superior a los demás competidores, para evitar que llegue victorioso a la meta¹⁵. Este exceso de generalización ha impedido afirmar la imposibilidad de reconocer la conducta engañosa o artificiosa en la casi totalidad de las hipótesis de fraude deportivo. La estafa es un delito de colaboración artificiosa con la víctima y su conducta típica exige una escenificación que dé color, desde el punto de vista psicológico, a la relación psicológica entre autor y víctima, como demuestra con claridad la estructura normativa de la estafa, que requiere también la inducción a error del segundo (la víctima) por parte del primero: inducción que, además, debe caracterizarse por el requisito de la idoneidad.

Y es precisamente en el ámbito de la inducción al error, donde aparece con toda evidencia la incompatibilidad estructural entre el fraude deportivo y el tipo de estafa¹⁶. El problema de la inducción al error está directamente relacionado con el de la identificación del sujeto pasivo de la propia inducción.

Pero identificar al sujeto inducido al error no es una cuestión simple. Es totalmente pacífico que los sujetos inducidos a error no pueden ser los espectadores, por la simple razón de que ellos no realizan ningún acto de disposición patrimonial –ni tan siquiera la adquisición de la entrada– unido al comportamiento fraudulento¹⁷.

Así mismo, no pueden ser considerados sujetos de la inducción a error los sujetos que, en el lugar de la carrera, verifican el resultado de la misma, o sea, los árbitros, los jueces de competición, los jueces de línea, etc. A este respecto, aparece como decisiva una consideración: que los jueces de la competición se limitan a registrar el resultado de la competición deportiva¹⁸. De hecho, a estos sujetos no se les concede ningún poder de control

12. Siempre, VASSALI *El fraude en el deporte*, cit. 30.

13. En este sentido, MIRTO, *Competiciones deportivas y apuestas*, cit. 21 ss.

14. VASSALI, *El fraude en el deporte*, cit. 32, para quien la ilegalidad de este deber es irrelevante según la cuestión que aquí se trata, ya que siempre se trata de un deber sobre cuya observancia es lícito y normal confiar "hasta que el deporte no se convierta exclusivamente en un pretexto para hacer dinero sin tener en cuenta los medios".

15. Para este argumento cfr. también DEAN, *Sobre el castigo del fraude*, cit. 908 ss.

16. Sobre este punto, VASSALI, *El fraude en el deporte*, cit. 37 ss; NUVOLONE, *El ilícito deportivo*, cit...; DEAN, *Sobre el castigo del fraude*, cit. 486 ss. En jurisprudencia particularmente acertada: Tribunal de Roma, 22 de diciembre de 1980, en la *Revista del Derecho del Deporte*, 1982, 251.

17. Los espectadores, aun siendo sujetos pasivos del fraude deportivo, nunca pueden ser sujetos pasivos de la inducción al error, típico de la estafa, la cual "no subsiste si no es respecto a las personas a las que pueda afectar, mediata o inmediatamente, una disminución en su patrimonio". VASSALI, *El fraude en el deporte*, cit. 38.

18. En este sentido, DEAN, *Sobre el castigo del fraude*, cit. 489.

sustancial sobre la "regularidad" de la competición deportiva: de aquí la imposibilidad de la inducción al error¹⁹.

La lista de los posibles sujetos capaces de inducir al error, de hecho, se limita sólo a los apostantes, o sea, a los sujetos que, según una evaluación técnica del participante en una competición (el valor de un atleta, la clase de un caballo, la fuerza y potencia de un equipo de fútbol, etc.) apuestan su dinero en función de sus oportunidades de ganar; y además de los apostadores, a los totalizadores, o sea, a los sujetos encargados de las ventanillas de las apuestas que proceden al reparto de los premios²⁰.

Mirándolo bien, en la hipótesis de fraude deportivo falta completamente la prueba de una actividad directa y mediática por parte de los corruptos y/o de los corruptores, que tenga como objeto la inducción a error de los apostantes y de los titulares de la actividad, con el correcto cumplimiento de los principios de lealtad deportiva. Y además, según la base del *id quod plerumque accidit*, el fraude deportivo es la alteración del resultado de la competición deportiva que, incluso, se realiza en un momento temporal posterior a aquél en el que se realiza la apuesta²¹.

Ni siquiera la evaluación está destinada a cambiar aunque la inducción a error del apostante se descubriera por el comportamiento psicológico del mismo al inicio de la competición, poniéndose de manifiesto el engaño gracias al comportamiento del sujeto o de los sujetos que participan en la competición: al apostante se le engañaría a través de la conducta simuladora del participante en la competición, que esconde el comportamiento fraudulento e induce a error al apostante. Se trata de una tesis contrastante²² que, por un lado, representa un supuesto de inducción al error, que no coincide con el tipo de estafa, sino con el de otro modelo de incriminación²³ y que, por otro lado, no tiene en cuenta la circunstancia -de valor decisivo- de que la apuesta es anterior al uso del

artificio y del engaño por parte del autor del fraude deportivo²⁴.

Por otra parte, la cuestión de la inducción al error, dentro del tipo de la estafa, no se resuelve sólo determinando al sujeto pasivo. Esta está también orientada -y diría yo sobre todo- a la existencia de un indispensable nexo causal entre el autor del engaño y el acto de disposición del patrimonio de la víctima: la víctima tiene que sufrir su daño como consecuencia de la inducción al error del autor del engaño. Y bien, en el punto específico de la eficiencia causal, parece evidente que no es posible fundar un juicio sobre la idoneidad causal del comportamiento de fraude deportivo en la violación del deber de lealtad deportiva, sin verificar la existencia de una relación directa con la persona víctima del fraude: "aunque del deber jurídico de lealtad deportiva se tendría que admitir una existencia incondicionada y *erga omnes*, desde el punto de vista penal, la falta de todo acto positivo respecto a la persona inconsciente del próximo fraude, la carencia de todo comportamiento concluyente basado en los contactos, directos e indirectos, con una persona concreta, no permitirían afirmar la existencia del requisito de la inducción, sin el cual no se puede hablar de estafa"²⁵.

Por otro lado y de forma más generalizada, para poder afirmar la existencia de la estafa, es necesario comprobar la eficiencia causal de la conducta engañosa respecto a la inducción al error (equivalente a la determinación efectiva del resultado conseguido en la competición y a su diferencia con el que la competición habría producido); y además, el nexo causal entre la conducta y el provecho injusto y el daño. Y a este respecto, sin duda, hay que ponerse de acuerdo en que es una averiguación muy compleja, que es necesario hacer teniendo en cuenta todas las circunstancias procesales importantes y sin los atajos probatorios de los que se ha servido el Tribunal Supremo cuando ha sostenido el principio: *post hoc, ergo propter hoc*, es decir, que la prueba del nexo causal está en

19. Es cierto que se construye una hipótesis, meramente teórica, en la cual se podría configurar una inducción al error, en el caso de que fuera posible distinguir entre el resultado efectivo de la competición y el resultado constatado por el juez de la competición: piénsese en el espíritu de una carrera de bicicletas, donde el juez de la competición "engañado por la fraudulenta manipulación de la fotografía, que él mismo ha dispuesto, podría negar la victoria a Fulano, que ha llegado el primero a la meta, y sin embargo, darle la victoria a Mengano". Así DEAN, *Sobre el castigo del fraude*, cit. 489.

20. Para este argumento, ver Tribunal Supremo de 12 de marzo de 1954, cit.; el mismo, de 30 de abril de 1954, cit.

21. Sobre el punto, cfr. NUVOLONE, *El ilícito deportivo*, cit. 29.

22. Este punto de vista lo ha mantenido CHIAROTTI, *La no observancia dañosa de* va en *Archivo Penal*, 1951, II, 552, ss; ID, *Deber jurídico de lealtad en las competiciones deportivas en Revista del Derecho del Deporte*, 1954, 143 ss; ID, *Todavía sobre importancia jurídica del deber de lealtad en las competiciones deportivas*, 1954, 375, ss.

23. Para ahondar en el tema, cfr. DEAN, *Sobre el castigo del fraude*, cit. 495 ss.

24. La tesis de Chiarotti es examinada y criticada por VASSALI, *El fraude en el deporte*, cit. 41 ss.

25. VASSALI, *El fraude en el deporte*, cit. 43.

la coincidencia del resultado de la competición con lo concordado entre los participantes en el fraude²⁶. Y en estos juicios no se puede tener en cuenta el factor del azar, que hace que las competiciones sean siempre objetivamente inciertas cuando se desarrollan, lógicamente, entre competidores pertenecientes a la misma franja de habilidad, y de la notable cantidad de variantes que influyen en la determinación del resultado. Así está demostrado en la motivación de la sentencia del tribunal que decidió el caso más famoso sobre quinielas, que sucedió en Italia entre finales de los años 70 e inicio de los 80, resolviéndose la sentencia, también famosa, con la absolución de corruptores y corruptos, pero de una forma jurídicamente impecable²⁷.

4.- La imposibilidad de reconducir el fraude deportivo al esquema normativo del tipo común de la estafa, puede considerarse un éxito científico, difícilmente impugnabile²⁸. Precisamente esta renovada toma de conciencia crítica sobre la inutilización de la estafa, como específica fuerza de disuasión contra el fraude deportivo, ha vuelto a fortalecer los intentos de dotar al ordenamiento penal de un tipo que tutele los comportamientos que violan el deber jurídico de lealtad deportiva. Además, en un momento histórico en el que se afirma en el ámbito de la teoría general del delito, una concepción promocional del derecho penal, como instrumento "positivo" de gobierno de la sociedad.

Ciertamente no es este el momento para reconstruir, con sus detalles analíticos, todo el recorrido -cultural y político- que llevó a la aprobación de la Ley n° 401 de 13 de diciembre de 1989, que tutelaba la rectitud en el desarrollo de las competiciones deportivas. Aun así, no se puede dejar de subrayar el rol decisivo que tuvo, precisamente, a

través de las quinielas irregulares. La implicación de muchos "ídolos" de la opinión pública, tuvo un efecto de presión sobre las instancias legislativas: la necesidad, que siempre se había notado -pero que estaba bajo control dentro del ordenamiento deportivo- de combatir los fenómenos de corrupción y los comportamientos fraudulentos, contrarios a los valores fundamentales de la actividad deportiva, se añadió a la necesidad de evitar las graves especulaciones del patrimonio, derivadas de la gestión de las apuestas y de los pronósticos y ambas necesidades fueron merecedoras de ser sancionadas penalmente²⁹.

En la larga y compleja actividad parlamentaria, que llevó a la aprobación de la Ley n° 401 de 1989, este doble objetivo de tutela es indiscutible: se trataba de garantizar el correcto y leal desarrollo de las competiciones deportivas y de evitar el turbio fenómeno de las apuestas clandestinas³⁰. De aquí los esfuerzos para crear un tipo que, con respeto del principio de determinación de la prohibición penal, tuviera una capacidad de presión sancionadora tal que constituyera un eficaz instrumento de disuasión contra los fenómenos degenerativos descritos anteriormente.

El artículo 1 de la Ley 401 de 1989, titulado "El fraude en las competiciones deportivas", prevé dos figuras delictivas alternativas, la primera tenía como objetivo la persecución de los comportamientos de corrupción (apartado 1°, primera parte) y la segunda, dirigida sobre todo a castigar el fraude deportivo (apartado 2°, segunda parte). En una primera lectura la doctrina penal había subrayado la naturaleza de delito único en varios tipos de fraude deportivo, valorando por un lado "la conexión literal de las previsiones (en términos disyuntivos en el cuerpo de la misma previsión)" y la "conexión funcional (en términos de auxiliar residual para la segunda modalidad -otros actos

26. Cfr. Tribunal Supremo, 12 de marzo de 1954, cit. y 30 de abril de 1954, cit.

27. El escándalo de las apuestas mutuas implicó a algunas de las más importantes estrellas del fútbol italiano, entre las cuales estaban los jugadores de la Selección Nacional como Paolo Rossi, Bruno Giordano, Lionello Manfredonia y otros, además de algunas de las más prestigiosas sociedades de fútbol (el Lazio, el Milán, el Bologna, etc.). Todos los imputados fueron absueltos de la acusación de estafa por la sentencia del Tribunal de Roma del 22 de diciembre de 1980 (en la *Revista del Derecho del Deporte*, 1981, cit.), que hay que tener en consideración por su perfecto planteamiento y por la solidez de sus argumentaciones.

28. Para una síntesis de las razones de la inaplicabilidad del delito de estafa en el fraude deportivo, cfr. ALBEGGIANI, vocablo *Deporte (Derecho Penal)*, en la *Enciclopedia de Jurisprudencia*, vol. XLIII, Milán, 554 ss.

29. Sobre este punto, cfr. por ejemplo PALOMBI, *El fraude en las competiciones deportivas*, cit. 126, que alude al éxito del proceso a las apuestas clandestinas en los partidos de fútbol. La exclusión del delito de estafa convenció incluso a los más denodados defensores de la autonomía del ordenamiento deportivo, que siempre han sido contrarios a la transformación del ilícito deportivo en ilícito penal, de la necesidad de aportar instrumentos de salvaguardia por medio de normas de naturaleza penal creadas para tutelar la rectitud de las competiciones deportivas.

30. Todavía PALOMBI, *El fraude en las competiciones deportivas*, cit. 126, según el cual la razón de la urgencia de una regulación penal de la materia hay que buscarla en la estrecha conexión que existe entre la actividad deportiva y las actividades que están unidas a los juegos y a las apuestas, conexión que pone en primer plano el interés por la salvaguardia de la transparencia y de la rectitud de las competiciones deportivas.

fraudulentos—presuponiendo que también los primeros tengan carácter fraudulento)³¹. Aun así y mirándolo bien, los dos tipos de corrupción y fraude deportivos, presentan ciertas divergencias significativas bajo el perfil de la conducta lesiva del bien tutelado, teniendo que considerarlas disposiciones autónomas³². También la tesis contraria parece reconocer que no puede sino ponerse en evidencia que la modalidad del fraude está fuertemente desequilibrada respecto a la de la corrupción porque “a la precisa determinación de la corrupción deportiva hace de contrapunto una hipótesis auxiliar, de contenidos bastante amplios y comprensibles, cuya tipicidad se apoya sobre la naturaleza fraudulenta del acto”³³.

4.1. El objeto de la tutela penal en los tipos de fraude en las competiciones deportivas, normalmente se reconoce en la rectitud y en la lealtad del desarrollo de la actividad deportiva como tal³⁴. Se trata de una tesis evidente, fruto de un inconsciente acercamiento metodológico a la reconstrucción del bien tutelado. En realidad, a una reconstrucción tan amplia y genérica del objeto de la tutela, se oponen algunos datos normativos contenidos en el mismo tipo. Sobre todo, el área de presión punitiva está limitada por las competiciones reconocidas por el CONI (Comité Olímpico Nacional Italiano), por la UNIRE (Unión Italiana para el incremento de las razas equinas) o por otros entes deportivos reconocidos por el Estado y por las asociaciones afiliadas a éstas.

En segundo lugar, las estructuras normativas de las dos hipótesis de delito, evidencian una configuración autónoma del contenido del ilícito y no ya un mecanismo sancionador del deber fundamental de lealtad deportiva, que impregna todo el ordenamiento deportivo. Y sin duda alguna, esta estructura habrá de tenerse en cuenta en la deter-

minación del bien objeto de tutela penal. Así como tendrá que reconocerse que, en el tipo de fraude deportivo, no se afecta a la tutela de los intereses del patrimonio, de cualquier tipo y naturaleza, puesto que la eventual influencia que puede ejercitarse sobre el resultado de los pronósticos, ha sido considerada por el legislador solamente a efectos de la agravación de la pena³⁵.

En realidad, si es difícil desconocer que el tipo de fraude deportivo está orientado a la tutela de la formación del resultado de la competición llamada “oficial”, es aún más difícil negar que el objetivo de la tutela haya sido coherentemente convertido en un elemento normativo unívoco y claro³⁶.

4.2. La llamada corrupción deportiva.

La primera hipótesis de delito prevista por el artículo 1 de la Ley 401 de 1989 es comúnmente llamada corrupción deportiva y acusa a “quien ofrezca o prometa dinero y otra utilidad o ventaja a cualquiera de los participantes en una competición organizada por las federaciones reconocidas por el Comité Olímpico Nacional Italiano (CONI), por la Unión Italiana para el Incremento de las Razas Equinas (UNIRE), por otros Entes deportivos reconocidos por el Estado y de las asociaciones afiliadas a éstas, con el fin de conseguir un resultado diferente del que se conseguiría con el correcto y leal desarrollo de la competición”.

El delito que estamos analizando aparece modelado entre los delitos de corrupción previstos por el Código Penal. Por un lado, refleja la formulación de la incitación a la corrupción a que se refiere el artículo 322 c. p. (ofrece o promete). No obstante, por otro lado, recobra el esquema del delito de corrupción, precisamente antecedente, porque el segundo apartado aplica las mismas penas “al participante en la competición que acepta dinero u otra utilidad o ventaja, o acepta la pro-

31. PADOVANI, *Comentario al artículo 1*, cit. 94. En el mismo sentido se expresa MEYER, *El deporte en el Derecho Penal en Recopilación jurídica de la disciplina penal*, vol. XIII, Turín, 199..., 581 ss.

32. En el mismo sentido, cfr. PALOMBI, *El fraude en las competiciones deportivas*, cit. 131.

33. Esta significativa admisión es de PADOVANI, *Comentario al artículo 1*, cit. 94.

34. Para todos, LAMBERTI, *El fraude deportivo*, cit. 209.

35. El tercer apartado del artículo 1 de la Ley 401 de 1989 establece que “si el resultado de la competición influye en el desarrollo de los pronósticos y apuestas realizados con regularidad, los hechos a los que se refieren los apartados 1 y 2, son castigados con la reclusión de tres meses a dos años y con la multa de cinco a cincuenta millones de liras”.

36. Para una reconstrucción del objeto de tutela más limitada respecto al genérico bien de la rectitud de la competición, cfr. MEYER, *El deporte en el derecho penal*, cit. 581, según el cual el fraude deportivo es tutelado por la salvaguardia de la rectitud del resultado de la competición deportiva. En el sentido de que el legislador italiano no ha intentado reprimir toda acción directa, que influya de cualquier modo en el resultado de la competición, siguiendo el ejemplo de algunas legislaciones extranjeras, en las que la actuación penal es extremadamente amplia y rigurosa, PALOMBI, *El fraude en las competiciones deportivas*, cit. 129. El autor cita la legislación americana del Estado de Washington, en la que el delito de fraude deportivo consiste en la oferta o promesa de compensaciones con el fin de influir o modificar el resultado de una competición deportiva y es castigado con reclusión no inferior a cinco años.

mesa". Valorando rigurosamente estos datos normativos, se tendría que concluir con la autonomía de las dos figuras, como demuestra con claridad el hecho de que, respecto a la figura codicilar de corrupción, es central la figura del sujeto "público", pero el delito de la llamada corrupción deportiva cambia la óptica en la construcción del tipo: mientras que en la corrupción la figura del sujeto "público" asume un rol central, en la corrupción deportiva la descripción gira sobre el sujeto externo. Más correctamente, se tendría que hablar entonces de instigación a la corrupción deportiva en la hipótesis prevista en el primer apartado y de corrupción deportiva específica en la hipótesis del segundo apartado.

Ningún problema interpretativo presenta la aclaración de la conducta típica: a los términos "ofrecer", "prometer", "dinero", "utilidad" y "ventaja" se le atribuyen los significados propios en el lenguaje común. Sin embargo, hay que subrayar el rol que el término "ventaja" —no presente en las normas citadas del Código Penal— asume en el caso del fraude deportivo, donde aparece el de "cierre", para evitar el riesgo de crear áreas de impunidad. De aquí se ha deducido que la ventaja también puede tener naturaleza inmaterial y puede comprender incluso la simple satisfacción de los sentimientos, como el odio, el rencor, etc.³⁷.

Sin embargo, resulta controvertida la determinación del concepto de "participante en la competición". Según un punto de vista muy extendido, serían tales, no sólo los atletas protagonistas de la carrera, sino todos los que, con cualquier título y en diferente medida, colaboran en el acontecimiento deportivo. Se deduce que son participantes en la competición, los árbitros, los técnicos, los dirigentes, además de los masajistas, los médicos e incluso los sirvientes, basta que tengan alguna tarea que forme parte del acontecimiento deportivo³⁸. Aun así, la tesis no es aceptable: no sólo por respeto del principio de determinación del tipo³⁹, sino sobre todo porque ésta rompe los límites del significado semántico del término "participar". En materia penal no le está permitido al intérprete superar la máxima extensión del significado de los elementos del tipo. La tesis criticada se preo-

cupa de evitar posibles vacíos de tutela. Pero olvida que el sistema penal fisiológicamente está lleno de carencias y que en cualquier caso los otros sujetos antes indicados (dirigentes, masajistas, etc.) pueden formar parte eventualmente del ámbito de aplicación del fraude deportivo⁴⁰.

La conducta de corrupción deportiva a la que acabamos de referirnos no basta para describir suficientemente el fraude deportivo. El legislador ha querido construir el delito que estamos examinando como tipo subjetivo, que sirva de orientación, y ha polarizado la conducta sobre un fin específico: el de conseguir un resultado diferente del conseguido con el correcto y leal desarrollo de la competición. La conducta de corrupción pone en evidencia por qué está orientada a falsear el resultado de la competición. En la doctrina se ha precisado oportunamente que la conducta que se apoya en la oferta o promesa de dinero, de utilidad o ventaja, aparece, por sí misma, sin significado, por lo que es necesario definirla en función del fin que quiere conseguir el agente: "extirpada del contexto de su finalidad, la acción es un muñón sin posible definición, un segmento genérico e indeterminado"⁴¹. Es, entonces, la finalidad perseguida por el autor de la conducta de corrupción, lo que constituye el núcleo esencial del desvalor del hecho. La efectiva alteración del resultado de la competición es irrelevante a los fines de la realización del delito de fraude en competiciones deportivas.

Sin duda, el tipo configura un delito de consumación anticipada, que retrasa sensiblemente el umbral de la punibilidad del hecho. Y precisamente, valorando la finalidad de actuar sobre el resultado de la competición violando las reglas del juego, uno se pregunta si la norma da vida a un delito de peligro abstracto, que haría superflua cualquier investigación sobre la idoneidad de la conducta para lesionar el bien jurídico tutelado. Entonces, para integrar el tipo es suficiente averiguar la finalidad lesiva de la conducta.

Esta conclusión parece acorde con los objetivos de tutela perseguidos por el legislador. Y aun así, en la doctrina se tiende a evitar una consideración semejante, ya sea por razones de incompatibilidad

37. BOLOGNA, *El ilícito deportivo en la nueva normativa en Revista del Derecho del Deporte*, 1990, 146, para quien la ventaja puede también consistir en placer sexual.

38. BOLOGNA, *El ilícito deportivo*, cit. Conforme a esto, habría que considerar "participante en la competición" también al escudero que suministra un somnífero a un caballo con la finalidad de alterar su rendimiento en la carrera.

39. MEYER, voce *Deporte*, cit. 582.

40. En el mismo sentido, cfr. MEYER, voce *Deporte*, cit. 582, que señala cómo la conducta auxiliar (el cumplimiento de actos fraudulentos) parece en condiciones de sancionar (al menos algunos de) semejantes comportamientos cuando estén dirigidos a alteraciones del resultado de la carrera.

41. Así PALOMBI, *El fraude en las competiciones deportivas*, cit. 130.

de la categoría de los delitos de peligro abstracto, con el principio de lesividad, reconocido constitucionalmente; ya sea por razones de orden sistemático, utilizadas para evitar que el ilícito penal en cuestión termine resolviéndose en la mera intención de transgredir las normas disciplinarias deportivas⁴². Desde esta perspectiva, el juicio de idoneidad de la conducta para lesionar el bien jurídico es fundamental para la integración del fraude en las competiciones deportivas.

La elección entre las dos soluciones interpretativas lleva consigo consecuencias prácticas distintas en toda una serie de tipos que se encuentran en la llamada zona gris del ámbito penal. Piénsese, por ejemplo, en la oferta de dinero hecho por Fulano a un futbolista para que trabaje a fondo en un partido, cuyo resultado de empate interesa a los participantes, que previamente han acordado una conducta defensiva para salvarse del retroceso en la clasificación. El resultado de empate puede dañar a un tercer equipo, en cuyo interés reacciona el que ofrece el dinero⁴³. En este y otros casos, el principio de idoneidad puede desarrollar una función eficaz de selección de los comportamientos punibles, evitando criminalizar comportamientos no dotados de suficiente carga de peligrosidad para el bien protegido.

La finalidad por la cual reacciona el agente se describe con la fórmula "conseguir un resultado diferente del conseguido con el correcto y leal desarrollo de la competición". Así se pone de manifiesto no cada finalidad genérica de alteración del resultado de la competición sino sólo la que se realiza con la violación de los valores de lealtad y rectitud deportiva. Y oportunamente se ha precisado que, mientras la lealtad hace referencia a los valores competitivos propios de la clase de competición, la rectitud evoca sustancialmente el respeto de las reglas del juego⁴⁴. Pero aun considerando la fórmula normativa (lealtad y rectitud) como una endiádis en la que la lealtad es un componente de la rectitud, el resultado no cambia: sólo pone de manifiesto la finalidad, que se expresa mediante la violación de las llamadas reglas de juego.

Al fin y al cabo se trata de una finalidad que supone un límite a la relevancia penal de los comportamientos de alteración de la competición. Por ello, se excluye el fraude deportivo en la hipótesis en la que los dirigentes de un equipo de fútbol (por ejemplo, Barcelona, Milán) ofrecen, incluso públicamente, una importante cantidad de dinero a los futbolistas de otro equipo (por ejemplo, Atlético de Madrid, AC Milán) para que intenten derrotar a un tercer equipo (por ejemplo, Real Madrid, Juventus). En efecto, en ésta y en situaciones semejantes, no se verifica ninguna violación de las reglas del juego.

4.3. El fraude deportivo.

El segundo tipo de delito gira alrededor del cumplimiento de "otros actos fraudulentos", cometidos con la misma finalidad de alterar el resultado de la competición mediante la violación de las llamadas reglas del juego (violación de los deberes de lealtad y de corrección). El término "otros" no expresa una homogeneidad de contenido con la corrupción deportiva; más bien presenta indicios de una evidente diversidad y autonomía, detectando una diferente fuente de peligro para el bien tutelado.

La norma ha propuesto desde el principio un delicado problema de interpretación. Es decir, si el autor de los actos fraudulentos tiene que ser un sujeto diferente del participante en la carrera o si, por el contrario, puede ser incluso el mismo participante. La cuestión ha surgido en el momento de la primera aplicación de la norma y está relacionada con el dopaje de un atleta: al término de un partido de fútbol, válido para la copa UEFA, conocidos futbolistas de un importante club deportivo y de la selección nacional dan positivo en el control antidopaje y son convocados a juicio por fraude deportivo⁴⁵. Se trata de una situación perfectamente idéntica a la del caso Pantani, descrita al inicio de este trabajo y erróneamente calificada como el primer caso de fraude deportivo en el mundo del deporte italiano.

La tesis que niega la cualidad del sujeto activo del delito al "participante en la competición", sus-

42. Sobre este punto, BORGOGNO, *Sobre la reconducción del "dopaje" al delito de "Fraude en las competiciones deportivas"*, ex artículo 1 de la Ley 401 de 13 de diciembre de 1989 en *Archivo Penal*, 1992, II, 620 ss; PALOMBI, *El fraude en las competiciones deportivas*, cit. 130, para el cual "es verdad que en el campo deportivo se advierte la necesidad de una mayor tutela del bien, pero no por esto hay que llegar a la conclusión de que todas las veces en que se anticipa el umbral de la punibilidad a los momentos anteriores a su peligrosidad efectiva, hay que entrar sin duda en los esquemas del peligro abstracto.

43. PALOMBI, *El fraude en las competiciones deportivas*, cit. 130.

44. También PADOVANI, *Comentario al artículo 1*, cit. 95.

45. Se trata del conocido caso de los futbolistas de la Sociedad Deportiva del Roma, Peruzzi y Carnavale, que fueron condenados por haber ingerido una sustancia llamada "fentermina" antes del inicio de un partido amistoso válido para la copa UEFA de 1990/91: cfr. GUP, Tribunal de Roma, 27 de enero de 1992 en *Archivo Penal*, 1992, 606.

tancialmente, se apoya en argumentos de carácter exegético y de orden teleológico. De hecho, se sostiene que el tipo separa netamente la figura del autor de la del participante, al cual se le castiga autónomamente según el apartado 2 del artículo 1 de la Ley 401 de 1989. Lo que demostraría que el sujeto activo del delito no puede ser un sujeto extraño o diferente del participante en la competición; un sujeto que desde fuera con medios fraudulentos, persigue el objetivo de condicionar el rendimiento del participante de la competición, reduciendo o exaltando su capacidad. En fin, sería dudosa la alteración física del "cualquiera" y del "participante en la competición" en el delito de fraude deportivo⁴⁶. De conformidad con ello, la aclamada *ratio* de la disposición normativa que intenta evitar que un *extraneus*, o sea, una persona diferente del participante, altere o intente alterar el resultado, incluso mediante la simple promesa de dinero o utilidad: la norma penal en cuestión ha nacido precisamente para "combatir formas de corrupción y de fraude que desde el exterior se proyectan hacia el interior, hacia el mundo del fútbol y en el plano histórico, refleja el epílogo de las llamadas apuestas clandestinas del fútbol"⁴⁷.

Sin embargo, según otro punto de vista, la exclusión del "participante en la competición" del ámbito de aplicación del fraude deportivo sería irracional por dos tipos de razones. Antes que nada, porque puede ser reconducido al concepto de acto fraudulento, ex artículo 1, segunda parte, el comportamiento del atleta que ingiere sustancias estupefacientes con proximidad a la competición deportiva. Y en segundo lugar, porque una solución diferente, conciliaría mal con la *ratio* misma de la norma, que es la de "tutelar las competiciones, frente a las cada vez más insidiosas formas de atentado a su regular desarrollo provenientes del interior y exterior del ordenamiento deportivo"⁴⁸.

Mirándolo bien, el participante en la competición no puede ser considerado sujeto activo de ninguna de las hipótesis de fraude en la competición deportiva que acabamos de examinar. La tesis contraria es, de hecho, más forzada, por un imprudente uso de la argumentación teleológica y, sobre todo, por una inaceptable reconstrucción de la *ratio* de tutela de los dos delitos, de forma que se resuelve en una arbitraria e inadmisibles superposición del esquema interpretativo con el contenido en el tipo legal. Verdaderamente, no se puede afirmar que la incompatibilidad entre la posición subjetiva del autor del delito y la del participante en la competición se inspira en una toma de posición sobre los fines de tutela que caracterizan la nueva figura criminal⁴⁹. Es precisamente la formulación del texto normativo la que contrapone de forma clara e inequívoca la posición del "cualquiera" con la del participante en la competición, a quien se le castiga sólo si acepta el dinero o la utilidad o ventaja o la promesa. Y también el fraude, en sentido estricto, se fundamenta en la misma lógica: los demás actos dirigidos al mismo fin tienen que ser identificados según el sentido propio de las palabras contenidas en la disposición normativa: o sea, del mismo modo que los actos expresamente indicados en la primera hipótesis de delito. El "cualquiera" es sin duda el sujeto de las dos hipótesis criminales, y por lo tanto, una persona diferente a la del participante en la competición: los actos fraudulentos no pueden tener, por coherencia lógico-descriptiva, sino el mismo destinatario de los actos de corrupción, es decir, tienen como destinatario al "participante en la competición". Con la concreta y la evidente consecuencia de que el participante en la competición no puede ser la víctima del acto fraudulento.

Esta impecable reconstrucción de naturaleza exegética-sistemática encuentra su confirmación en la correcta reconstrucción del objeto de la tu-

46. GUP, Tribunal de Roma, 27 de enero de 1992, cit. 608 ss: "la interpretación lexical y sistemática... excluye que el "cualquiera" pueda ser el mismo sujeto del inciso "de verdad cumple otros actos fraudulentos"; sujeto único que, gramaticalmente, rige todos los verbos descriptivos de actos criminales y, por lo tanto, persona diferente del participante: los actos fraudulentos pueden tener como destinatario incluso al "participante en la competición", pero en dicha hipótesis la responsabilidad de este último está correctamente excluida de la norma, cfr. (apartado segundo) por la consideración de que eventuales actos fraudulentos, si son realizados por el extraneus, lo harían "destinatario" del acto fraudulento y, por lo tanto, víctima y no autor. En el mismo sentido, también se ha expresado el Tribunal Supremo en el caso Omnini (Sección VI, 25 de enero de 1996, en Tribunal Supremo de lo penal, 1997, 529): "los actos fraudulentos dirigidos al mismo fin, en la última parte del artículo 1 de la Ley 401 de 1989, deben ser identificados con el criterio de los actos expresamente detectados en la oferta o promesa de dinero o de otra utilidad o ventaja a alguno de los participantes en una competición deportiva organizada por alguna de las federaciones reconocidas por el CO-NI. Por lo tanto, el ámbito de aplicación de la ley no puede ser extendido a los fenómenos autógenos de dopaje, que encuentran su castigo en los ordenamientos deportivos. El presidente de la F.C.I. no tiene ninguna obligación de indicar a la autoridad judicial la ingestión de sustancias estupefacientes por parte de un atleta".

47. Expresamente GUP, Tribunal de Roma, 27 de enero de 1992, cit.

48. También BORGOGNO, Sobre la reconducción del dopaje, cit. 619.

49. Así pues, BORGOGNO, Sobre la reconducción del dopaje, cit. 615.

tela de los dos delitos que, como demuestran de manera irrefutable la *occasio legis* y los trabajos preparatorios, además de un correcto uso del proceso hermenéutico, intenta proteger el mundo del deporte de las agresiones que provienen concreta y exclusivamente del exterior. Es verdaderamente fruto de un procedimiento argumentativo profundamente viciado por errores metodológicos, el que postizamente añade a dicha *ratio* la tuela de las agresiones del interior; de ello hay datos en la disposición normativa respecto a la llamada corrupción deportiva (en el segundo apartado) y no sólo en las hipótesis de incitación a la corrupción deportiva y de fraude deportivo (en el primer apartado)⁵⁰.

Para nada sirve contraponer la valoración en términos de injusticia e irracionalidad, de la tesis de la exclusión del participante en la competición de los sujetos activos del delito de fraude deportivo. Sólo en una concepción totalizadora, no liberal, autoritaria y de Estado de policía, puede ser asignada al juez (o al intérprete) la tarea de suplir las carencias normativas por la vía de la mera interpretación (aunque sea del caso concreto). Quizás no es inútil recordar que, en un Estado de derecho, el derecho penal asume tareas defensivas y el rol central está desarrollado precisamente por la naturaleza fragmentaria de su función de tutela. Admitir otras ideologías significaría desnaturalizar, si no violar, como se hizo en Italia en los últimos lustros, el rol y la función del Derecho penal apoyando una concepción promocional del mismo y pagando así un coste intolerable, no sólo en términos de legalidad constitucional, sino también de civilización jurídica y de civilización sin más. Sin considerar, por otro lado, que la tutela contra la ingestión de sustancias de dopaje puede ser confiada tranquilamente a la legislación común contra las sustancias estupefacientes.

A la luz de las consideraciones hasta aquí expuestas, entonces parece fácil la determinación del contenido de la fórmula "actos fraudulentos". Simplemente éstos no coinciden con los actos ilícitos simples, es decir, los cometidos violando las normas reglamentarias del ordenamiento deportivo y/o estatal. Es necesario que éstos se substancien en una concreta escenificación, que contengan un *quid pluiris* que evidencie el mecanismo estafador.

5. Perspectivas de reforma.

La toma de conciencia de la ineficacia del actual sistema de tutela penal contra el fraude en las competiciones deportivas y en particular contra los comportamientos –considerados ilícitos– de uso del doping han solicitado nuevas propuestas de reforma que se mueven siempre en la dirección de la utilización del derecho penal como fundamento de dicha regulación. De hecho se está discutiendo en el Senado de la República un diseño de ley que regula "la tutela sanitaria de las actividades deportivas y la lucha contra el *doping*". Se trata de un texto unificado que es el resultado de varias propuestas de ley presentadas no sólo por el Gobierno⁵¹, sino también por diferentes grupos políticos o por diputados individuales⁵².

Las motivaciones político-culturales de esta nueva iniciativa reformista ponen el acento "sobre la creciente difusión del fenómeno del doping en los últimos años" y evidencian cómo el doping no es solamente un problema referido a la ética deportiva, sino también de salud pública en el sentido de que "va más allá de los límites del mundo deportivo para convertirse en un tema de política y de interés público. En consecuencia, justifican la exigencia de la intervención en la normativa estatutaria, que debe preocuparse de delinear "en el marco de las reglas vigentes a nivel internacional, métodos e instrumentos más eficaces para combatir los nuevos desarrollos del fenómeno".

Desde esta perspectiva, la lucha contra el fraude deportivo realizado mediante el *doping* reclamaría: a) en primer lugar, una clara definición del concepto de *doping*, "que introduzca nuevas figuras penales dirigidas a evitar los comportamientos, con frecuencia fuertemente arraigados, también sobre el plano cultural, a determinadas realidades deportivas, de los sujetos que de diversas formas alimentan el fenómeno";

b) y en segundo lugar, "la extensión de los controles a un ámbito más amplio de atletas y practicantes, en cuanto que el *doping* no está sólo circunscrito, como en el pasado, a los profesionales y a las manifestaciones competitivas de alto nivel, sino que tiende a extenderse también en el ámbito aficionado, implicando ampliamente a las generaciones jóvenes".

De aquí la previsión de la regulación que en el art. 8 introduce nuevas figuras penales delictivas

50. Para una sustancial toma de posición en el mismo sentido de la jurisprudencia, cfr. Tribunal Supremo, 25 de enero de 1996, cit. y GUP, Tribunal de Roma, 27 de enero de 1992, cit. 609.

51. Se trata de un diseño de ley presentado por el Ministro de Bienes Culturales, por el Ministro de Sanidad en conformidad con el Ministro de Justicia y por el Ministro del Tesoro.

52. Por ejemplo, la propuesta de ley de la que es primer firmante el senador Cortiana, la propuesta de ley de los diputados Mauro y otros o la propuesta de ley del diputado Cavanna Scirea, etc.

para el suministro del uso y el tráfico de sustancias dopantes⁵³. Las sanciones están previstas con la reclusión de tres meses a tres años o con la multa de cincuenta millones a cien millones de liras, para quien proporcione a los atletas, incluso a título gratuito, medicinas incluidas en el grupo de sustancias dopantes y para el tráfico ilícito de sustancias dopantes.

Todo ello sobre el presupuesto de una definición de *doping* como "suministro o admisión de medicamentos o de sustancias biológica o farmacológicamente activas y la adopción o el sometimiento a prácticas médicas no justificadas por las condiciones patológicas e idóneas para modificar las condiciones psico-patológicas o biológicas del organismo con el fin de alterar las prestaciones competitivas de los atletas".

También esta iniciativa legislativa se mueve en la línea de la reciente política criminal italiana que considera el derecho penal como un instrumento ordinario de gobierno de la vida y de la realidad social. No es difícil encuadrar este intento en la categoría de la legislación simbólico-expresiva que ha dado lugar a tantas contribuciones negativas en el curso de los últimos lustros. Y por otro lado deja mucho que desear justamente sobre el plano del respeto al principio elemental de determinación del tipo penal. Así lo demuestra claramente la opinión expresa de la Comisión de Justicia de la Cámara que subraya cómo "la figura penal descrita en el art. 8 es formulada de tal manera que vuelve incierto su ámbito de aplicación con relación a los sujetos activos del delito de *doping*, especialmente en lo que se refiere a los atletas que aceptan sustancias dopantes"⁵⁴.

El límite más relevante de la reforma *in fieri* se sitúa en el plano de su eficacia disuasoria. Esta no

se apoya en ninguna investigación empírica que revalorice el papel del derecho penal en el sector de la actividad deportiva frente a una experiencia consolidada que, por el contrario, exalta la rapidez, la severidad y la certeza de la justicia deportiva. En este contexto aparece con toda su evidencia ya sea la entonación marcadamente moralista de la intervención reformista, dirigida a perseguir una estigmatización del comportamiento de utilización de las sustancias dopantes, ya sea la falta de proporcionalidad de la propia intervención que no se puede definir con uno de los grandes cánones de la política criminal moderna como es el principio de subsidiariedad. Principio que obviamente debe operar no sólo en el interior de las diversas ramas del ordenamiento jurídico, sino también entre los propios ordenamientos que concurren a regular un fenómeno determinado.

Sin considerar por otra parte que la figura de prohibición del *doping* no prevé sobre el plano objetivo el comportamiento de mera aceptación de la sustancia dopante y no incluye expresamente la finalidad de alteración de las prestaciones competitivas de los atletas.

6. Consideraciones finales

Podemos ahora volver al caso Pantani, con el cual habíamos empezado a trazar el cuadro normativo –también *in fieri*– de la tutela que el sistema penal italiano establece contra el fraude en el desarrollo de las competiciones deportivas, para formular algunas consideraciones finales.

En primer lugar, hay que precisar que, además de la imprecisión periodística sobre la "novedad" del caso, hay que resaltar cómo la (presunta) aceptación de la sustancia prohibida no constituye un hecho penalmente relevante a la luz de una

53. El artículo 8 del texto unificado bajo la rúbrica "sanciones penales" dispone: 1. Quien ilícitamente proporcione medicinas, incluso a título gratuito, a los atletas profesionales o aficionados, o bien lleva a cabo las prácticas del apartado 2, artículo 1, individualizadas en el artículo 2, o bien se favorece con su utilización, es sancionado con la reclusión de tres meses a tres años o con la multa de cincuenta millones a cien millones de liras.

2. La pena del apartado 1 es incrementada a) si del hecho deriva un daño para la salud; b) si el hecho es cometido respecto a un menor; c) si el hecho es cometido por un miembro o un trabajador del CONI o bien por una federación deportiva nacional, por una sociedad, por una asociación o por un ente reconocido por el CONI.

3. Si el hecho es cometido por quien ejerce una profesión sanitaria, a la condena se añade la prohibición temporal del ejercicio de la profesión.

4. En el caso previsto en el apartado 2, letra c), a la condena se añade la prohibición permanente de funciones directivas del CONI, de las federaciones deportivas nacionales, de las sociedades, asociaciones y entes de promoción reconocidos por el CONI.

5. Con la sentencia de condena se ordenará siempre la confiscación de los medicamentos y de las sustancias farmacéuticas y de todas las que sirvan o estén destinadas a cometer el delito.

6. Quien comercializa los medicamentos y las sustancias farmacológica o biológicamente activas incluidas en los grupos del artículo 2, apartado 1, a través de canales distintos de las farmacias abiertas al público, de las farmacias hospitalarias, de los dispensarios abiertos al público o de otras estructuras que tengan farmacias directamente destinadas a ser utilizadas por pacientes, será sancionado con la reclusión de dos a seis años y con la multa de diez millones o ciento cincuenta millones de liras.

54. Opinión de la II Comisión permanente sobre el texto del proyecto de ley C. 6276, en los Actos Parlamentarios de la XIII legislatura.

correcta interpretación de los datos descriptivos del tipo de fraude en las competiciones deportivas y de una correcta reconstrucción de su función de tutela. Además, puede aprovecharse esta ocasión que suscita un gran clamor periodístico para reclamar con fuerza una ideología interpretativa de la figura penal que sea realmente respetuosa con la naturaleza fragmentaria del sistema penal y, como tal, impida al intérprete –sea cual sea su papel institucional– colmar lagunas (reales o presuntas) de la regulación. La libertad personal del individuo puede legítimamente ser afectada sólo por decisiones del titular (constitucionalmente) legítimo de la función legislativa, es decir, del Parlamento. Y si las elecciones legislativas, cristalizadas en las normas penales, parecen insuficientes para lograr los objetivos que cualquier intérprete declara merecedores de protección penal, también para evitar desigualdades de tratamiento, ahora no queda otro camino que hacer intervenir al Parlamento con disposiciones legislativas oportunas y funcionales.

En segundo lugar, no puede dejar de evidenciarse una conclusión que ha venido aflorando del análisis hecho, aunque aparentemente parezca una paradoja: el ordenamiento deportivo –de manera exclusiva– constituye el *topos proprio* para la construcción de un eficiente sistema de lucha contra el fraude deportivo. No sólo por la demostrada capacidad de hacer justicia de forma rápida respecto a la lentitud de la jurisdicción ordinaria⁵⁵ sino sobre todo por su capacidad de afectar un interés o bien homogéneo y funcional respecto a

aquel que el uso de la sustancia dopante pretende perseguir. La sanción de la suspensión de la actividad deportiva que proporciona dinero, éxito y gloria (y todo lo que el actual Weltanschauung de la modernidad deportiva relaciona con el ejercicio de la actividad competitiva) tiene un efecto ampliamente disuasor y mucho más consistente que el que provoca una sanción penal que puede resultar esencialmente débil.

La suspensión de la actividad competitiva dispuesta por un período de tiempo adecuado hace perder al atleta las ventajas de todo tipo (también morales y de prestigio) que constituyen la propia proyección, el efecto, el resultado perseguido. En resumen, el atleta queda impresionado y paralizado en el desarrollo de su actividad propia.

Nada de todo esto aparece conectado a un sistema disuasor fundado sobre la amenaza de una pena de detención (o aún peor, pecuniaria). La heterogeneidad del bien afectado (la libertad personal o el patrimonio) respecto a lo efectivamente temido reduce fuertemente su carga disuasoria y por ello el efecto de prevención general. Y para darse cuenta basta pensar en el caso Pantani en la anterior vuelta a Italia: también entonces, después de una serie de prestaciones excepcionales que le habían hecho conquistar el primer puesto en la clasificación y la ya cierta victoria de la vuelta, a tres días del fin de la carrera un control antidoping revela un hematocrito superior al máximo permitido. De aquí, la inmediata exclusión de la carrera y la pérdida de todo, incluyendo la reputación. ●

55. Sólo por citar algunos datos indiscutibles: en el caso Carnavale-Peruzzi, la toma de muestras se lleva a cabo el 30 de septiembre de 1990, mientras que el juicio en primera instancia concluye el posterior 13 de octubre con la descalificación de un año y el juicio de apelación el 30 de octubre. El contro antidoping en el caso Maradona se realiza en 17 de marzo de 1991, mientras que el juicio en primera instancia acaba con una fuerte descalificación el 6 de abril y la decisión de apelación se produce el 13 de mayo de 1991.