

LA IDENTIFICACIÓN DE “LOS DEPORTISTAS CLIENTES” EN LOS DELITOS DE DOPAJE DEPORTIVO BAJO LA MODALIDAD DE AUTOTRANSFUSIÓN SANGUÍNEA

**The identification of “customer sports” in sport doping crimes under the
blood autotransfusion**

*Silvia Mendoza Calderón**

Resumen: El presente estudio analiza la problemática de las autotransfusiones sanguíneas de los deportistas, en casos conectados con delitos de dopaje deportivo, partiendo del controvertido caso español “Operación Puerto”. Se diferencia entre los supuestos de dopaje deportivo de aquellos otros relacionados con la expendición ilegal de medicamentos.

Palabras clave: delito de dopaje, expendición ilegal de medicamentos, autotransfusión sanguínea.

Abstract: This study analyzes the problems of blood autotransfusion of athletes in cases connected with doping offenses in sport, based on the spanish controversial case “Operación Puerto”. It is distinguished between doping cases in sport from those related to illegal dispensing of medicines.

Keywords: doping offence, illegal drug delivery, blood autotransfusion.

I. Consideraciones generales: la cuestión de las autotransfusiones sanguíneas¹ y su encuadre en el delito farmacéutico del art. 361 CP²

Durante el año 2006 una investigación llevada a cabo por la Sección de Medio Ambiente y Consumo de la Guardia Civil (SECOMA) reveló una práctica en la que un médico especialista en Medicina Deportiva, de acuerdo con un especialista

* Profesora Titular Acreditada de Derecho Penal. Contratada Doctora en la Universidad Pablo de Olavide, de Sevilla. Correo electrónico: smencal@upo.es.

¹ Cfr. Mendoza (2011: 424 y ss.)

² Las referencias contenidas en el presente estudio al art. 361 CP deben entenderse en relación a su redacción anterior a la Reforma del Código Penal, realizada por la Ley orgánica 1/2015, de 30 de marzo. En su redacción actual dispone: “El que fabrique, importe, exporte, suministre, intermedie, comercialice, ofrezca o ponga en el mercado, o almacene con estas finalidades, medicamentos, incluidos los de uso humano y veterinario, así como los medicamentos en investigación, que carezcan de la necesaria autorización exigida por la ley, o productos sanitarios que no dispongan de los documentos de conformidad exigidos por las disposiciones de carácter general, o que estuvieran deteriorados, caducados o incumplieran las exigencias técnicas relativas a su composición, estabilidad y eficacia, y con ello se genere un riesgo para la vida o la salud de las personas, será castigado con una pena de prisión de seis meses a tres años, multa de seis a doce meses e inhabilitación especial para profesión u oficio de seis meses a tres años”.

Este artículo fue recibido el 22 de junio de 2016, siendo aprobada su publicación el 15 de septiembre de 2016.

en Hematología, realizaban extracciones de sangre a determinados deportistas para posteriormente volver a transfundírsela al donante, con la finalidad de elevar artificialmente su rendimiento físico y obtener mejores resultados en importantes competiciones deportivas. Tras dos archivos y dos reaperturas, se habría producido la Sentencia del Juzgado de lo Penal número 21 de Madrid, de 29 de abril de 2013, en relación a la trama conocida internacionalmente como la “Operación Puerto”.³

El art. 361 bis del Código Penal, (actual art. 361 quinquies CP), introducido por la Ley orgánica 7/2006, de 21 de noviembre, de Protección de la Salud y de Lucha contra el Dopaje en el Deporte,⁴ prohíbe, entre otras conductas, la realización de una serie de métodos no reglamentarios, entre los que se encontraría el dopaje sanguíneo, que consiste en una autotransfusión, extrayéndose sangre al deportista cuando se halla en buena forma y se le vuelve a inyectar antes o durante la competición, produciendo el organismo un aumento de los glóbulos rojos, mejorando el transporte del oxígeno y el rendimiento en general.⁵

Sin embargo, como ya puso de relieve el Auto del Juzgado de Instrucción número 31 de Madrid, de 8 de marzo de 2007 dictado con motivo de esta causa, en la legislación penal española en la fecha en que ocurrieron los hechos, no existía una norma que penalizara las conductas relacionadas con el dopaje en sí mismo considerado puesto que la Ley Orgánica 7/2006, no podía aplicarse efectos retroactivos, conforme al principio de irretroactividad de la norma penal, sin perjuicio de que el uso inmoderado de dichos procedimientos pudiere dar lugar a un estado de peligrosidad en el usuario de tales métodos.⁶

Este hecho generó que en el Auto de la Audiencia Provincial de Madrid de 12 de enero de 2009, se analizara si este tipo de conductas podrían dar lugar a la

³ Cfr. Sánchez-Moraleda (2014).

⁴ Actual art. 362 quinquies CP, tras la reforma realizada por la Ley orgánica 1/2015, de 30 de marzo, de Reforma del Código Penal. Las referencias del presente estudio al art. 361 bis CP (hoy suprimido), deben entenderse referidas al actual art. 362 quinquies CP, el cual dispone: “1. Los que, sin justificación terapéutica, prescriban, proporcionen, dispensen, suministren, administren, ofrezcan o faciliten a deportistas federados no competitivos, deportistas no federados que practiquen el deporte por recreo, o deportistas que participen en competiciones organizadas en España por entidades deportivas, sustancias o grupos farmacológicos prohibidos, así como métodos no reglamentarios, destinados a aumentar sus capacidades físicas o a modificar los resultados de las competiciones, que por su contenido, reiteración de la ingesta u otras circunstancias concurrentes, pongan en peligro la vida o la salud de los mismos, serán castigados con las penas de prisión de seis meses a dos años, multa de seis a dieciocho meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión u oficio, de dos a cinco años. 2. Se impondrán las penas previstas en el apartado anterior en su mitad superior cuando el delito se perpetre concurriendo alguna de las circunstancias siguientes: 1.ª Que la víctima sea menor de edad. 2.ª Que se haya empleado engaño o intimidación. 3.ª Que el responsable se haya prevalido de una relación de superioridad laboral o profesional”.

⁵ *ElMundo Salud*, en su edición de 19 de agosto de 2004.

⁶ Cfr. sobre el inicio de la operación *ElMundo*, en su edición de 25 de mayo de 2006.

realización del delito de expendición ilegal de medicamentos contenido en el art. 361 CP, reviviendo la constante polémica de si la sangre podía ser considerada medicamentos a efectos penales para intentar dar cabida a las formas de dopaje sanguíneo dentro de dicho tipo delictivo.

1. La sangre como medicamento no subsumible en el delito farmacéutico del art. 361 CP. La postura sostenida por la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de noviembre de 1991

El Tribunal Supremo había estimado,⁷ en torno a sí podía considerarse a la sangre como medicamento, que el concepto de medicamento podría ser estudiado desde dos ángulos diversos: en sentido amplio y en sentido estricto. Desde el primero de ellos, medicamento sería todo aquel producto que se aplicara para la medicina en su sentido más extenso, y desde este punto de vista, no habría inconveniente en considerar a la sangre como medicamento. Sin embargo, dentro del contexto del delito farmacológico, se hace precisa una segunda postura, más delimitada de qué debería estimarse como medicamento cuando se une el concepto a las formas de acción recogidas en el tipo penal. Desde esta perspectiva, solo podría considerarse como medicamento, aquellas sustancias químicas que reuniesen las características mencionadas, pero que pudieran ser objeto de venta o de transmisión comercial,⁸ por ello, ni los órganos humanos, ni los elementos del cuerpo serían medicamentos, si bien, serían objeto de una regulación especial, cuando se utilizaran con fines humanitarios, sanitarios o específicos. Recapitulando, la sangre, en opinión del Tribunal Supremo sería una sustancia que tendría una naturaleza *sui generis*, de difícil encuadre en el entorno de los medicamentos adquiribles en el tráfico mercantil.⁹

Desde la interpretación dada por el Tribunal Supremo, la sangre no ha podido ser encuadrada como medicamento a efectos penales dentro de lo previsto en el art. 361 CP, sin perjuicio, de que el hecho de su transfusión y correspondiente transmisión de una enfermedad pudiera constituir un delito de lesiones, siempre que además de darse sus requisitos típicos, quedase adecuadamente delimitada la relación de causalidad entre la conducta de transfusión y el resultado de lesiones acaecido. Como puede apreciarse, prima en toda la normativa relativa a la donación sanguínea un sistema basado en la voluntariedad y el altruismo, es decir, carente de toda motivación económica, que

⁷ Cfr. Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de noviembre de 1991.

⁸ Cfr. en el mismo sentido la Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de enero de 1990.

⁹ La doctrina, en cambio, ha manifestado que aunque la sangre no sea objeto de expendición en farmacias y en este sentido no sería equiparable a la expendición ilegal de un medicamento, sí podría entenderse que la sangre sería, en un sentido amplio, objeto de expendición en los actos de entrega y transfusiones realizadas en centros hospitalarios. Gómez y Monge (1997: 93). Del mismo modo se ha destacado que la sangre, los órganos, tejidos o células de origen humano no podrían constituir medicamento a efectos del art. 361 y 362 CP, sin perjuicio de la inclusión de dichos elementos en los artículos 364.4 y 5 del Código Penal, que contemplan mayor pena. García (2007:1350 y ss.).

difícilmente concuerda con la base, de medicamentos adquiribles en el tráfico mercantil que habría sostenido el Tribunal Supremo.¹⁰

Por otra parte, en relación a la negativa de que la sangre pudiera considerarse a efectos del art. 361 CP un medicamento, pesaba no sólo el que fuera un objeto vedado a la venta o que no existiera contraprestación económica en los actos de donación y transfusión sanguínea, sino que lo central era, como se desprendía de toda la normativa al respecto, que solamente podía ser considerada medicamento, a efectos del artículo 361 CP, aquella sangre que hubiera sido sometida a un procedimiento de transformación industrial para llegar a constituir un medicamento.¹¹

Por ello, la normativa que regula los medicamentos derivados de la sangre y plasma humano, excluye del régimen de los medicamentos hemoderivados, a la sangre completa, el plasma y las células sanguíneas de origen humano. Como cierre a este punto, el *Real Decreto 1088/2005, de 16 de septiembre, que establece los requisitos técnicos y condiciones mínimas de hemodonación*, y de los centros y servicios de transfusión, recalca expresamente que quedan excluidos de este ámbito las células progenitoras, así como el tratamiento industrial de la sangre y sus derivados, los productos farmacéuticos y especialidades farmacéuticas resultantes de éste, que se registrarán por su legislación específica. Con lo cual, se recalca como la sangre, una vez sometida a un tratamiento industrial sí podría ser considerada medicamento, pero la sangre completa, el plasma y las células sanguíneas sin tal transformación, no se estimarían formalmente medicamentos,¹² estando regulada únicamente su donación, obtención, conservación y condiciones de transfusión.¹³

¹⁰ Cfr. Cortés Bechiarelli (2009: 1-6). Recoge el auto de sobreseimiento libre de 8 de marzo de 2007, del Juzgado de Instrucción número 31 de Madrid, que desechó la aplicación del art. 361 CP a las conductas de dopaje sanguíneo al no tratarse de medicamentos deteriorados o caducados, no teniendo la condición de medicamento la sangre. Indica que la Audiencia Provincial de Madrid ordenaba la primera reapertura de la causa en su auto de 14 de febrero de 2008. Se dictó de nuevo auto de sobreseimiento libre por el Juzgado instructor el 26 de septiembre y el 12 de enero de 2009, la Audiencia Provincial de Madrid reafirma la tesis de la existencia de delito de despacho de medicamentos deteriorados o caducados. En este Auto de 12 de enero de 2009 se le atribuye a la sangre la condición de medicamento. Cortés Bechiarelli sostiene que en dicho pronunciamiento judicial se está realizando un uso de la analogía proscrita en un Estado de Derecho.

¹¹ A favor de una concepción puramente material de medicamento, cfr. Jericó (2008: 124 ss.), que considera la sangre medicamento a efectos penales. En relación a si la sangre utilizada para dopaje sanguíneo puede ser encuadrada en el art. 361 CP, cfr. Cortés (2009: 1-6), que indica que de la Ley de Garantías y Uso Racional de los Medicamentos y Productos Sanitarios se deriva que la condición de medicamento de los derivados de la sangre, plasma y el resto de sustancias de origen humano depende de la utilización de los mismos con fines terapéuticos, hecho que no sucede en las conductas de autotransfusión sanguínea con fines de dopaje deportivo.

¹² Cfr. Valverde, Rísquez y Cabezas (1999: 131-141), a favor de que la sangre conceptualmente es un medicamento. En relación al concepto de medicamento señalan los términos “medicamento-composición”, “medicamento-indicación” y “medicamento autorización”. Cfr. Real Decreto

En lo referente a la segunda de las cuestiones abordadas por parte del Tribunal Supremo en íntima conexión con la primera, frente a la *Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 20 de noviembre de 1989*, el Alto Tribunal estimó que en los delitos farmacéuticos los vocablos expender (también despachar por analogía) serían equivalentes a vender, y toda venta entrañaba un precio como contraprestación, y que en los supuestos enjuiciados hubo disposición de sangre alterada o deteriorada en las donaciones o en las transfusiones, pero en ningún caso esa disposición, uso o utilización significó contraprestación mercantil. Se recalcó asimismo, que la expedición o despacho supondría igualmente la posibilidad de transferir a un tercero determinado artículo, implicando que los efectos que se expendiesen o despachasen estuvieran en el comercio, en disposición de venta, siendo así que la sangre no gozaba de tales características puesto que se trataba de una materia u objeto vedado para la venta.

Es decir, se rechazó la aplicación de los delitos farmacológicos a las operaciones de donación y transfusión sanguínea, al considerarse que dichas conductas no encajaban con el despacho o expendición de los tipos penales al estar carentes de contraprestación mercantil, y al centrarse en el hecho de que la sangre, era un material vedado para la venta.

2. El caso “Operación Puerto”: la sangre como objeto de los delitos contenidos en los artículos 361 bis y 361 CP

2.1 La autotransfusión sanguínea como método prohibido encuadrable en el delito de dopaje deportivo del art. 361 bis CP

En sede de instrucción de la “Operación Puerto”, *el Auto del Juzgado de Instrucción núm. 31, de Madrid, de 8 de marzo de 2007*, en relación a las formas de dopaje, se estableció que dentro de los delitos que podrían cometerse con estas prácticas, habría que diferenciar dos grupos diferentes, por un lado los actos de tráfico,

1345/2007, de 11 de octubre, sobre el procedimiento de autorización, registro y condiciones de dispensación de los medicamentos de uso humano fabricados industrialmente.

¹³ En la misma línea, en lo que se refiere a las innovaciones biotecnológicas, la normativa europea, marca de la misma forma, que tampoco las partes del cuerpo humano son susceptibles de patente, y por lo tanto de explotación económica. Se mantiene que solamente sería patentable el elemento creado, producto de procedimientos técnicos que lo hayan identificado, purificado, caracterizado o multiplicado fuera del cuerpo del ser humano a través de un procedimiento tecnológico que nunca llevaría a cabo la naturaleza por sí misma. De nuevo, con apoyo en esta normativa puede sostenerse que tampoco las partes corporales en sí mismas, serían susceptibles de ser incluidas en el concepto de medicamento. Sin embargo, la propia Ley 29/2006, recoge a los denominados medicamentos de terapia génica y a los medicamentos de terapia celular somática, que sí serían incardinables entre las conductas relativas a los delitos farmacéuticos. Cfr. sobre la aplicación de los arts. 391 y 362 CP en este campo, Valls (2005: 493-494). Vid respecto a la libertad de investigación y su posible aplicación, Sánchez Morales (1995: 206 y ss). Sánchez Martínez (1998: 19 y ss.) Díez Monedero (1998: 265 y ss.) Vid. Sola Reche (2002: 187 y ss.) En relación a la eugenesia, cfr. Romeo Casabona (1988: 81 y ss.) Muñoz Conde (2008: 447 y ss.).

favorecimiento y facilitación del consumo ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas y por otro, los actos de elaboración, tráfico y expedición ilegal de productos o sustancias nocivas para la salud y medicamentos no autorizados.

En lo que respecta a la autotransfusión sanguínea se destaca que no se podrían incardinar los hechos en el artículo 359 o en el art. 360 CP por cuando estos preceptos aludirían a sustancias nocivas o productos químicos que puedan causar estragos, situación en que no podrían incluirse las bolsas de sangre, plasma, medicamentos.

De igual forma, también se denegó la aplicación del art. 361 CP afirmándose que no se trataba de medicamentos deteriorados o caducados, ni constaba se hubieran expedido o despachado por persona ajena a su condición médica y bajo su control, indicando que conforme al Real Decreto 478/1993, de 2 de abril (hoy derogado) no tendría la consideración de medicamento la sangre. En todo caso, se destacó en este pronunciamiento judicial que un denominador común a los tipos delictivos relatados anteriormente, sería que las sustancias, productos y medicamentos destinados a ser objeto del dopaje habrían de ser nocivos para la salud o peligrosos para la vida de las personas, ya que la ausencia de estos requisitos privaría de toda relevancia penal a los actos de elaboración, tráfico, comercio o expedición de posibles sustancias o productos dopantes; de otro modo, si se produjese un resultado lesivo o incluso la muerte los hecho, habrían de considerarse como delito o falta, en su caso de homicidio o lesiones.¹⁴

Por otra parte, *la Audiencia Provincial de Madrid, en el Auto núm. 520/2008, de 11 febrero*, en relación a determinadas valoraciones sobre la conservación de la sangre destinada a ser transfundida, reconoció en torno a los riesgos de la

¹⁴ Respecto a la Eritropoyetina, que sería una hormona sintetizada principalmente en las células intersticiales peritubulares de los riñones que estimularía la producción de glóbulos rojos en la médula ósea, se considera que la utilización de EPO podría favorecer el desarrollo de la hipertensión arterial. Asimismo, se indica que como el potencial que tendría la EPO para aumentar el número de glóbulos rojos sería mucho mayor que con las transfusiones sanguíneas, no se conocerían exactamente las consecuencias que puede tener a medio y largo plazo este exagerado aumento de la tensión arterial durante el ejercicio de los deportistas que utilizan EPO, admitiéndose generalmente un factor de riesgo de desarrollar enfermedades cardiocirculatorias. Se destaca que una de las cuestiones que no se puede responder en la actualidad sería saber si existen efectos secundarios a largo plazo de la administración habitual de EPO, debido a su comercialización desde hace pocos años, y por lo tanto no se conocerían los efectos que puede tener la administración crónica de esta hormona en los órganos en los que actúa de modo predominante (riñón, médula ósea) ni en el conjunto del organismo. En este supuesto en relación si los niveles de eritropoetina encontrados en las muestras de plasma podían resultar perjudiciales para la salud de las personas a las que supuestamente iban destinadas, se indicó por los especialistas que la administración de las cantidades existentes en las bolsas no sería suficiente para provocar efectos perjudiciales, indicándose que podría tener mayor riesgo la administración del propio plasma, o de las bolsas de sangre por sí mismas.

autotransfusión, *que debía producirse una diligencia necesaria e imprescindible para aclarar los términos del dictamen*. Se estimó por ello en parte, el recurso planteado por la representación procesal de A.M.A. (Agencia Mundial Anti-Dopaje) contra el auto dictado por el Magistrado Juez del Juzgado de Instrucción nº 31 de Madrid, y se revocó en parte, la expresada resolución.

2.2 La autotransfusión sanguínea como método prohibido encuadrable en el delito farmacéutico previsto en el art. 361 CP

Posteriormente, frente al nuevo sobreesimiento libre por parte del Juzgado instructor, el 26 de septiembre de 2008, *el Auto de la Audiencia Provincial de Madrid de 12 de enero de 2009* analizó si este tipo de conductas podían encuadrarse dentro del tipo previsto en el art. 361 CP.

Considera el tribunal que el elemento descriptivo del tipo consistente en expender o despachar son sinónimos de vender, si bien, despachar significaría atender al cliente, y enviar algo a determinado lugar. Se detalla que al ser el bien jurídico protegido en dicho precepto la salud pública, debe evitarse cualquier puesta en circulación o suministro de medicamentos que por sus malas condiciones de conservación puedan poner en peligro la vida o la salud de los seres humanos. En consecuencia, no sería preciso un acto de venta sino cualquier acto de tráfico de medicamentos aún a título gratuito. De este modo, puede estimarse, a juicio del órgano judicial, el término despacho como “envío o cambio de lugar de fuera a dentro del organismo humano, pues enviar significa hacer algo que se dirija o sea llevado a alguna parte”. Por otra parte, se le atribuye a la sangre la condición de medicamento a efectos penales del art. 361 CP.

En la Sentencia del Juzgado de lo Penal de 29 de abril de 2013, se reconoce que la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de noviembre de 1.991, que amplió el concepto de “medicamento” llega a la conclusión de que podría definirse el término “medicamento” a los efectos de la integración típica de las figuras delictivas objeto de estudio como “esa sustancia, de origen artificial o biológico, que se utiliza por la Medicina con fines terapéuticos sobre el ser humano”, y que desde este punto de vista la sangre bien se trate de sangre completa, plasma, concentrados de hematíes o bien se trate de hemoderivados, sería medicamento a efectos penales.

Asimismo, la Sentencia pone de relieve la existencia de un “mercado ilícito de tráfico de sangre” y considera que al mediar precio como forma de contraprestación económica de las técnicas de autotransfusión realizadas bajo la supervisión de especialistas, podía considerarse la realización de las conductas de “expedición” o “despacho” no pudiendo aplicarse la agravante de precio al ser un necesario elemento típico de las formas de acción delictiva.

Como ha indicado Cortés Bechiarelli, en este caso, al igual que se había producido en el Auto de 2009, se habría realizado una integración analógica de la

Ley penal, al proponerse una integración que iría mucho más allá de aquello que el legislador penal pretendía sancionar al instaurar en el Código Penal la figura del art. 361 CP con una determinada redacción típica.¹⁵

Desde nuestro punto de vista, coincidimos con este autor, ya que intentar encuadrar conductas de autotransfusión sanguínea con fines de dopaje deportivo en el art. 361 CP sería realizar una aplicación analógica del Código Penal prohibida conforme al art. 4 CP. La utilización de medicamentos con fines de dopaje deportivo es una forma de uso desviado del medicamento, a la que le resultaría de preferente aplicación lo dispuesto en el art. 361 bis CP, como ley especial. Aquellos casos que no hayan podido ser reconducidos al actual delito de dopaje porque se hubieran cometido con anterioridad a la entrada en vigor de la ley penal no pueden ser interpretados de forma analógica en el art. 361 CP.

De sostenerse esta interpretación no tendría sentido haber introducido en el Código Penal un nuevo delito de dopaje, reclamando la existencia de una laguna de punición, para posteriormente tratar de forzar al máximo la interpretación típica del art. 361 CP. El ámbito de protección de la norma penal contenida en el art. 361 CP se refiere a aquellos medicamentos, que tengan la condición legal de tal, que dentro de su normal utilización, es decir, dentro del fin terapéutico o curativo para el que vayan normalmente destinados, se pongan en circulación caducados, deteriorados o sin cumplir sus principales características técnicas, o bien se sustituyan unos por otros, de tal forma que se ponga en grave peligro la vida o la salud de las personas.¹⁶

Además, creemos que es una cuestión muy distinta, interpretar expedición de medicamentos como suministro, (que en ocasiones ha sido manifestado por la doctrina), que pasar a sostener que expender sería “envío o cambio de lugar de fuera a dentro del organismo humano, pues enviar significa hacer algo que se dirija o sea llevado a alguna parte” para intentar encuadrar conductas de autotransfusión sanguínea. La sangre “no se despacha”, la sangre se transfunde. La sangre “no se vende”, se dona. Considerar que el deportista que se extrae sangre para

¹⁵ Cortés Bechiarelli (2009: 1-6). Sosteniendo que la analogía no es una forma de interpretación, sino el desbordamiento de los supuestos legalmente previstos (que son los susceptibles de ser interpretados), convirtiéndose así el Juez o Tribunal en improvisado legislador en su afán por colmar lagunas de punición.

¹⁶ Distinto al uso desviado del medicamento para fines de dopaje deportivo, son aquellos casos que sí podrían ser también encuadrables en el art. 361 CP, relativos a un uso desviado del medicamento en relación a aquellos medicamentos que se destinan a una finalidad pretendidamente terapéutica (o incluso estética) distinta a la que el medicamento fue expresamente autorizada, siempre que por supuesto se ponga en grave peligro la vida o la salud de las personas. Cfr. *Farmacia Hispalense*, Julio, 2008, p. 25 en donde se destacan los usos de corticoides más hidroquinona para blanquear la piel, o el uso del misoprostol (indicado para la inducción del trabajo del parto) que se utiliza como abortivo clandestino, pudiendo generar incluso este uso desviado, infertilidad en la mujer embarazada. En este último supuesto habría que valorar asimismo la realización de delitos de aborto y de lesiones en su caso.

posteriormente autotransfundírsela “se estaría expendiendo sangre a sí mismo”, nos parece forzar al máximo el sentido literal del término expendición o despacho.

Asimismo, a nuestro juicio, como hemos destacado anteriormente, desde la interpretación dada por el Tribunal Supremo, en su Sentencia de 18 de noviembre de 1991, la sangre no habría podido ser encuadrada como medicamento a efectos penales dentro de lo previsto en el art. 361 CP, sin perjuicio, de que el hecho de su transfusión y correspondiente transmisión de una enfermedad pudiese constituir un delito de lesiones, siempre que quedase adecuadamente delimitada la relación de causalidad entre la conducta de transfusión y el resultado de lesiones acaecido.¹⁷

Sin embargo, en concordancia con lo sostenido anteriormente tanto en torno al concepto penal de medicamento como a las formas de conducta típica del art. 361 CP, queremos realizar una serie de precisiones en esta materia:

Como hemos destacado en otros apartados, es cierto que la normativa relativa a la donación sanguínea se basa en un sistema centrado en la voluntariedad y el altruismo, es decir, carente de toda motivación económica, que difícilmente concuerda con la base, de medicamentos adquiribles en el tráfico mercantil, que mantiene el Tribunal Supremo en torno al delito farmacéutico en esta polémica Sentencia. Ello ha generado que la jurisprudencia haya negado la atribución de la condición de medicamento a la sangre desde esta perspectiva mercantil, de necesaria concepción de actividad bajo contraprestación económica y centrada en la existencia de un objeto no vedado a la venta.

De igual forma, creemos que tampoco la sangre cumpliría completamente con el concepto de “expendición” mantenido en apartados anteriores, en el sentido de que la sangre no se “suministra”, la sangre, taxativamente se transfunde, si bien, desde que la sangre es donada, y se destina a su posible transfusión, bajo la óptica del riesgo derivado para la salud colectiva, cuando ésta estuviese contaminada con virus gravemente perjudiciales para la salud, en el plano colectivo existiría un vacío en la regulación penal, puesto que la conducta sería similar a la de los medicamentos nocivos que circularan en los centros sanitarios, aunque no hubieran sido aplicados o usados por ningún consumidor en concreto, sobre todo teniendo en cuenta, que la sangre se utiliza con mucha frecuencia en múltiples intervenciones clínicas.¹⁸

¹⁷ Respecto a los resultados lesivos, cfr. *Sentencia del Tribunal Supremo núm. 173/2009, de 27 de febrero*, relativa a imprudencia profesional. Se analiza la conducta de un anestesista que masivamente infecta de hepatitis a pacientes, al utilizar el mismo material que usaba para inyectarse él parte de la anestesia.

¹⁸ Conforme al *Real Decreto, 1088/2005, de 16 de septiembre*, por el que se establecen los requisitos técnicos y condiciones mínimas de la hemodonación y de los centros y servicios de transfusión, en su art. 46 se considera infracción grave la elaboración y suministro de sangre y componentes sanguíneos en condiciones deficientes, siempre que no produzcan daño grave, considerado como supuesto de los previstos en el artículo 35.B).1.ª y 2.ª de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad. Cfr.

En el mismo sentido, se habría pronunciado también la doctrina en relación a la Sentencia de la Operación Puerto, señalando que habría que concluir que la sangre queda excluida de lo previsto en el art. 361 CP cuando se repara en que el medicamento expendido debe incumplir las exigencias técnicas relativas a su composición, estabilidad y eficacia. Se sostiene que el concepto de medicamento se emplea en el tipo en sentido técnico lo que no sería compatible con conceptos comunes o vulgares del mismo. Se afirma que no puede huirse del concepto normativo sanitario (técnico) del término, cuando la infracción penal se delimita sobre la base de sus exigencias técnicas (Castro Moreno, 2013: 33-34).¹⁹

A pesar de ello, la importancia de la calidad de la sangre obtenida bajo donación sanguínea y su posible nocividad para la salud humana, tendría también trascendencia en el delito farmacéutico, si bien valorando la sangre como un elemento dirigido a la fabricación de un posterior medicamento. A nuestro juicio, en relación al delito previsto en el art. 361 CP, el hecho de que este delito recaiga sobre medicamentos caducados, deteriorados o incumpliendo las exigencias técnicas relativas a su estabilidad, composición y eficacia, nos demuestra que se refiere al catálogo de medicamentos legales expresamente recogidos en la legislación farmacéutica, y en este sentido, la sangre como tal no estaría incluida, pero sí los medicamentos de origen humano. Es decir, cuando un medicamento hemoderivado resulte altamente perjudicial para la vida o la salud de las personas, (porque la sangre utilizada en su composición esté contaminada, mal conservada, etc.), siempre que reúna el resto de condiciones típicas, podría ser encuadrado en el delito farmacéutico previsto en el art. 361 CP (Mendoza Calderón, 2011: 716-717).

II. La identificación de las bolsas de sangre en “la Operación Puerto”

En la “Operación Puerto”, en torno a las condiciones de identificación de la sangre, se analizan con detenimiento las pautas previstas por el *Real Decreto 1088/2005, de 16 de septiembre, por el que se regula los requisitos técnicos y condiciones mínimas de la hemodonación y los centros y servicios de transfusión, que se dirige a preservar la calidad y seguridad de la sangre humana y de los componentes sanguíneos, para garantizar un alto nivel de protección de la salud humana, así como la determinación al efecto de los requisitos y condiciones mínimas de la obtención, preparación, conservación, distribución, suministro y utilización terapéutica de la sangre y sus componentes.*

En su artículo 2 se recoge expresamente que se aplicará a la autotransfusión, además de a la extracción y verificación de la sangre humana o sus componentes, sea

Arroyo Zapatero (en línea: 7). Igualmente en *Derecho y Salud*, 1996. Se decanta por la no introducción de una nueva figura delictiva en esta materia que solo incremine el mero riesgo del contagio.

¹⁹ Cfr. en idéntico sentido en relación al concepto de medicamento sostenido en el delito farmacéutico del art. 361 CP, Mendoza Calderón (2011: 716-717).

cual sea su destino y al tratamiento, almacenamiento y distribución de la sangre humana o sus componentes cuando el destino sea la transfusión.

A pesar de estar normativa, en la *Sentencia de 29 de Abril de 2013 del Juzgado de lo Penal número 21 de Madrid* se destaca que en el entramado de la Operación Puerto, uno de los aspectos más llamativos, sería la nota de clandestinidad que caracterizaría todo el proceso, desde el primer momento de la extracción hasta la re-infusión, pasando por la conservación de la misma, que solo sacó a la luz un exhaustivo procedimiento de vigilancias por parte de la Guardia Civil, previo a la solicitud a la Autoridad Judicial de la intervención de comunicaciones telefónicas de dos personas indiciariamente implicadas.

En relación a este punto, en el art. 19 del Real Decreto 1088/2005 se regulan las medidas de seguridad, entre las que se encuentra la necesidad de comprobación inequívoca por parte de la persona que la realiza de los datos de identificación del paciente y de los datos de identificación de la unidad de sangre o componente sanguíneo a él destinado. Será necesario comprobar igualmente la comparación de la identidad facilitada por el paciente con los datos del informe del laboratorio sobre la prueba de compatibilidad, el grupo sanguíneo del paciente y el grupo sanguíneo indicado en la etiqueta de la unidad de sangre y la fecha de caducidad de la unidad de sangre. De este modo, el número de identificación y la naturaleza de las unidades transfundidas se anotarían en la historia clínica del paciente para garantizar la trazabilidad donante-receptor. Asimismo, el centro y servicio de transfusión que distribuya o administre sangre y componentes sanguíneos para transfusión tendría que disponer de un procedimiento que permita garantizar la adecuada identificación del paciente, de las muestras pretransfusionales y de los componentes sanguíneos administrados, así como conocer el destino final de cada unidad distribuida.²⁰

En la resolución jurisprudencial analizada se establece que de la prueba practicada se evidencia que las normas sobre identificación e etiquetado de las bolsas no se han cumplido, teniendo en cuenta las manifestaciones de los testigos ciclistas que afirmaban que las bolsas solo se identificaban con un código

²⁰ El propio artículo remite al Anexo XI del Real Decreto donde se regulan los requisitos de etiquetado, estableciendo taxativamente que en la etiqueta del componente sanguíneo deberá constar la información siguiente:

1. Denominación oficial del componente.
2. Volumen o peso o el número de células presentes en el componente.
3. Identificación numérica o alfanumérica exclusiva de la donación.
4. Nombre y dirección del centro de transfusión donde fue obtenido.
5. Grupo ABO. No requerido para plasma destinado a la industria.
6. Grupo Rh D, sea Rd D positivo o Rh D negativo. No requerido para plasma destinado a la industria.
7. Fecha o plazo de caducidad (según proceda).
8. Temperatura de almacenamiento.
9. Denominación, composición y volumen del anticoagulante y/o en su caso de la solución aditiva.

numérico o por un alias por ellos elegido o bien mediante iniciales. Asimismo, se incide en que de las manifestaciones del instructor del atestado se desprende muy claramente la situación de las bolsas: algunas tenían un número, pero no todas, la mayor parte tenían fecha, pero en otras ocasiones no, algunas llevaban datos sobre el peso pero otras no.

Se recalca que el incumplimiento de las normas sobre identificación de las bolsas, que impedía la correcta trazabilidad de las muestras desde el momento de la extracción al de la re-infusión tiene una evidente importancia en relación al nacimiento del peligro exigido por el tipo del art. 361 CP con reflejo en los evidentes e importantes riesgos que para la salud e incluso la vida, del receptor de la muestra puede tener una eventual equivocación de la bolsa de sangre, teniendo en cuenta asimismo la falta de un básico registro informático, incumpliendo el sistema previsto los requisitos de registros mínimos establecidos por la normativa al efecto.²¹

Se incide asimismo, que el art. 21.4 del Real Decreto 1088/2005 expresa que en relación a las autotransfusiones que “la frecuencia y el número de extracciones se establecerán conjuntamente por el médico prescriptor y el médico responsable del centro o servicio de transfusión de forma individualizada para cada donante-paciente”.

En este sentido, se declara que al poner en relación los referidos incumplimientos normativos con la consideración del tipo previsto en el art. 361 CP como delito de peligro de tipo intermedio o delito de peligro hipotético, se considera que la transfusión de sangre, bien en exclusiva, bien en combinación con determinados fármacos, esencialmente eritropoyetina, constituye la conducta propia del peligro abstracto, conducta que no precisaría una amenaza directa al bien jurídico salud pública, sino tan solo un riesgo potencial.

²¹ Cfr. Informe/V1/23052013. Informe de la Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios sobre el uso de Plasma Rico en Plaquetas, de 23 de mayo de 2013, sobre su consideración como medicamento de uso humano pero no medicamento industrial. Cfr. al respecto, Real Decreto 1088/2005, de 16 de septiembre, por el que se establecen los requisitos técnicos y condiciones mínimas de la hemodonación y de los centros y servicios de transfusión. Orden SPI/2101/2011, de 22 de julio, por el que se modifica el Anexo V del Real Decreto 1088/2005, de 16 de septiembre, por el que se establecen los requisitos técnicos y condiciones mínimas de la hemodonación y de los centros y servicios de transfusión. Orden SCO/322/2007, de 9 de febrero, por la que se establecen los requisitos de trazabilidad y de notificación de reacciones y efectos adversos graves de la sangre y de los componentes sanguíneos.

III. La valoración de las bolsas de sangre en procesos penales por dopaje sanguíneo como efectos del delito o fuente de datos personales

1. La doble consideración de las bolsas de sangre destinadas a la autotransfusión para la realización de un delito de dopaje deportivo

Al entrar en vigor en España la Convención UNESCO (publicada en BOE el 16 de febrero de 2007) que amparaba el compromiso español con los principios contenidos en Código Mundial Antidopaje, se vislumbró la necesidad de modificar la *Ley orgánica 7/2006, de 21 de noviembre, de Protección de la Salud y de Lucha contra el Dopaje en el Deporte*, aprobándose 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*, que finalmente ha resultado ser, no una modificación de la anterior, sino una regulación novedosa prestándole especial atención al nivel de exigencia física y al riesgo derivado de la actividad en cuestión (Fernández de Casadevante, 2014: 71 y ss.).

La *Ley Orgánica 3/2013* establece en su art. 11.1 que tiene que producirse una adecuada conciliación entre los derechos fundamentales de los deportistas y las necesidades materiales de la Agencia Española de Protección de la Salud en el Deporte, particularmente en lo que se refiere a la realización de controles fuera de la competición (Fernández de Casadevante, 2014: 71 y ss.).²²

Como ha indicado la doctrina, en los procesos penales se usan con frecuencia muestras biológicas que contribuyen al esclarecimiento de la realidad de la *notitia criminis*, como en lo referente a la identificación de sujetos que han intervenido en el hecho delictivo. Las muestras biológicas presentarían la característica esencial de ser datos personales que permiten identificar a los sujetos que hayan intervenido en la actividad delictiva. Sin embargo, esos datos no siempre afectan a las personas que son sujetos del proceso criminal sino también a terceros, a víctimas o perjudicados de delito. Por ello, como señala Colomer Hernández en su tratamiento control y régimen en el curso de un proceso penal sería precisa la intervención jurisdiccional para su protección y custodia como una garantía de los derechos de los ciudadanos (Colomer Hernández, 2013: 23-57). Para recabar esos datos personales, ante la negativa de la persona titular de una entrega voluntaria, estos se podrían reclamar mediante resolución motivada al personal médico o a la administración sanitaria que los tenga archivados o guardados. Sin embargo, se ha destacado que existen en la normativa procesal penal lagunas en relación con las actividades de tratamiento, cesión y el uso de los datos personales obtenidos en la investigación de un concreto delito, debiendo recurrirse a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo o del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Colomer Hernández, 2013: 23-57).

Lo trascendente, según ha puesto de relieve Colomer Hernández sería saber si el juez de un procedimiento penal puede ceder y bajo qué condiciones los

²² Cfr. en el mismo sentido, Palomar Olmeda, Belda y López Collazo (2014: 21-49).

datos para su uso en otros procedimientos criminales o incluso para su uso en procedimientos sancionadores de naturaleza administrativa o disciplinaria. Asimismo la complicación aumentaría cuando lo que es objeto de cesión o transmisión son muestras biológicas obtenidas mediante procedimientos quirúrgicos o médicos de extracción que se encuentren en poder de un juzgado de instrucción en el curso de una investigación penal, ya que las muestras biológicas pueden ser efectos del delito o fuente de datos personales, con su diverso tratamiento procesal (Colomer Hernández, 2013: 23-57).²³

De esta forma se expone que el art. 334 LECRim, establece que las muestras biológicas encontradas en el registro judicial tienen la consideración de efectos del delito contra la salud pública. En consecuencia las bolsas de sangre incautadas quedan bajo custodia del Juzgado para servir como prueba en el procedimiento penal que se sigue por delitos contra la salud pública y su custodia solo estaría justificada en atención a la investigación y posible enjuiciamiento del delito contra la salud pública. La sangre sería una fuente de prueba de cargo y descargo en relación con los hechos delictivos que se imputan a terceras personas distintas de los titulares de la sangre embolsada sin que pueda validarse destinarse a otra finalidad distinta de aquella para que fueron incautadas (Colomer Hernández, 2013: 23-57).

Por otra parte, las muestras de sangre serían a su vez, fuentes de datos personales y su utilización o el tratamiento de las mismas implicaría una afectación indebida del derecho a la intimidad si se utilizan para una finalidad distinta que la de servir como prueba de cargo o descargo en el proceso penal en el que se incautaron (*STEDH Caso Marper contra el Reino Unido, 4 de diciembre 2008*). Las muestras de sangre serían fuente de datos personales cuando son utilizadas para atribuir una determinada conducta al titular de la sangre (Colomer Hernández, 2013: 23-57).

Colomer Hernández indica que si la sangre es utilizada como prueba de cargo o de descargo de la comisión de un delito sin necesidad de conocer a los titulares de la sangre, no habría afectación del derecho a la intimidad, pero si por el contrario se usara para imputar la comisión de un delito o de una infracción administrativa al dueño de la sangre si se produciría afectación del Derecho a la intimidad, por cuanto la sangre actuaría como fuente de datos personales y su cesión o transmisión afecta al derecho a la intimidad, por ello para disponer de la sangre se precisaría bien el consentimiento de su titular o la autorización judicial expresa para la restricción del derecho a la intimidad (Colomer Hernández, 2013: 23-57).²⁴

²³ Se cita la *Decisión Marco de 27 de noviembre de 2008 del Consejo Europeo* adopto la normativa sobre la protección de datos personales obtenidos en el marco de la cooperación policial y judicial en materia penal.

²⁴ Cfr. *Proyecto de Ley de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea*. BOCG, Serie A, Proyectos de Ley 21 de marzo de 2014 Núm. 86-1, en cuyo art. 3 se recoge que “*la presente ley se aplicará respetando los derechos y libertades fundamentales y los principios recogidos en la Constitución Española, en*

Asimismo, la recogida de sangre en el registro efectuado solo puede ser prueba válida, en el proceso penal en el que se acuerda la restricción del derecho fundamental, pero fuera de ese proceso penal por delito contra la salud pública la obtención de la sangre se produciría con vulneración de derechos fundamentales, por lo que sería prueba ilícita o prohibida con relación a otros procesos penales o procedimientos sancionadores distintos en los que se pretenda usar como evidencia.²⁵

el artículo 6 del Tratado de la Unión Europea y en el Convenio Europeo de Derechos y Libertades Fundamentales del Consejo de Europa de 4 de noviembre de 1950. En su artículo 2 se especifica cuáles son dichos instrumentos de reconocimiento mutuo: “se entiende por instrumento de reconocimiento mutuo, aquella orden europea o resolución emitida por la autoridad competente de un Estado miembro de la Unión Europea que se transmite a otro Estado miembro para su reconocimiento y ejecución en el mismo. Los instrumentos de reconocimiento mutuo regulados en esta ley son los siguientes: la orden europea de detención y entrega; la resolución por la que se impone una pena o medida privativa de libertad; la resolución de libertad vigilada; la resolución sobre medidas de vigilancia de la libertad provisional; la orden europea de protección; la resolución de embargo preventivo de bienes o de aseguramiento de pruebas; la resolución de decomiso; la resolución por la que se imponen sanciones pecuniarias; el exhorto europeo de obtención de pruebas.

²⁵ Colomer Hernández (2013: 23-57), señala que el juez en el Auto de 18 de febrero de 2009 declaró nulo todo el proceso de petición de una muestra de sangre por parte de la Procura del CONI Italiano. Lo esencial no es que se use la sangre en otro proceso o procedimiento, sino que se utilice o no como un simple efecto o instrumento del delito, sino que la muestra biológica sea usada como fuente de datos personales en relación a con dicha persona a quien se le quiere imputar o atribuir una determinada responsabilidad. La prueba es ilícita por ser usada al margen del proceso penal en cuyo seno se acordó la medida restrictiva de un derecho fundamental y de otro porque al ser un dato personal la obtención de la sangre tiene que hacerse de acuerdo las exigencias necesarias para la preservación de ese derecho fundamental. La protección que brinda el art. 18.2 CE y que se levanta por la existencia de un auto judicial motivado en el que se indican las circunstancias habilitantes para acordar la entrada y registro y se efectúa el correspondiente juicio de proporcionalidad de la medida restrictiva de derechos, se ve absolutamente vulnerado si el resultado de la diligencia restrictiva de derechos, como son las bolsas de sangre incautadas, se entregan para su empleo en otro procedimiento penal o administrativo en el que el objeto punible o sancionable sea otra conducta. (En los casos de procedimiento administrativo sancionador, difícilmente podrán restringirse derechos fundamentales y en caso de serlo es preciso la asistencia e intervención del juez de lo contencioso-administrativo conforme al art. 91.2 LOPJ). Se añade que la cesión de la sangre para su uso no como simple efecto del delito al margen de quien sea el titular de la misma, sino para su utilización como fuente de datos personales para determinar o atribuir responsabilidad disciplinaria al dueño de la sangre exige que se respeten las exigencias de *la STC 206/2007, de 24 de septiembre*, requiriéndose: la existencia de un fin constitucionalmente legítimo como es el interés público propio de la investigación de un delito; que exista una previsión legal específica de la medida limitativa del derecho, no bastando la vía reglamentaria; que como regla general se acuerde mediante resolución judicial motivada con estricta observancia del principio de proporcionalidad (este se cumple cuando la medida es idónea para alcanzar el fin constitucionalmente legítimo; que la medida sea necesaria e imprescindible no existiendo otras medidas menos gravosas; y que de su aplicación se deriven más beneficios que ventajas en relación al sacrificio del derecho fundamental y la gravedad de los hechos o sospechas existentes).

Se sostiene que la Decisión Marco de 27 de noviembre de 2008, del Consejo, relativa a la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de sentencias en materia penal por las que se imponen penas u otras medidas privativas de libertad a efectos de su ejecución en la Unión Europea establece que las autoridades competentes solo podrán recoger datos personales con fines determinados, explícitos y legítimos en el marco de sus funciones y solo podrán tratarlos para el mismo fin que se hayan recogido (Colomer Hernández, 2013: 23-57).²⁶

Igualmente, la Ley 18/2006, de 5 de junio, para la eficacia en la Unión Europea de las resoluciones de embargo y de aseguramiento de pruebas en procedimientos penales, en su artículo 3 reconocía que en España, son autoridades judiciales competentes para emitir una resolución de embargo y aseguramiento de pruebas el juez o tribunal que conozca de la causa en la que se deba adoptar la medida, así como los fiscales que dirijan las diligencias de investigación en las que se deba adoptar una medida de aseguramiento de pruebas que no sea limitativa de derechos fundamentales.²⁷

Asimismo, la *Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, 2014/41/CE de 3 de abril de 2014 relativa a la orden europea de investigación en materia penal*, especifica que la Decisión Marco 2008/978/JAI del Consejo, relativa al exhorto europeo de obtención de pruebas, solo se aplica a la prueba que ya existen y, por lo tanto, cubre un espectro limitado de la cooperación judicial en materia penal cuando en el Programa de Estocolmo se decidió que debía proseguirse la creación de un sistema general para obtener pruebas en los casos de dimensión transfronteriza, basado en el principio de reconocimiento mutuo.

Este nuevo planteamiento se basa en un único instrumento denominado orden europea de investigación (OEI), que se expide para obtener una o varias medidas de investigación específicas que se llevarán a cabo en el Estado de ejecución de la OEI («el Estado de ejecución»), con vistas a la obtención de pruebas. Esto incluye la obtención de pruebas que ya están en posesión de la autoridad de ejecución. La OEI debe tener un ámbito horizontal y por ello se debe aplicar a todas las medidas de investigación dirigidas a la obtención de pruebas.

Según se detalla en la Directiva, la OEI debe centrarse en la medida de investigación que vaya a llevarse a cabo y la autoridad de emisión es la que mejor puede decidir, en función de los detalles de la investigación de los que tenga conocimiento, a qué medida de investigación ha de recurrirse. No obstante, la autoridad de ejecución debe, siempre que sea posible, recurrir a

²⁶ Decisión Marco 2002/584/JAI, de 13 de junio de 2002, sobre la orden europea de detención y entrega.

²⁷ Cfr. Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre el embargo preventivo y el decomiso de los productos de la delincuencia en la Unión Europea, de 12 de marzo de 2012. COM(2012) 85 final 2012/0036 (COD).

otro tipo de medida de investigación si la medida requerida no existe con arreglo a su Derecho nacional o no sería aplicable en un caso interno similar.

Por otra parte, la autoridad de ejecución puede también estar facultada para recurrir a otro tipo de medida de investigación cuando esta consiga el mismo resultado que la medida de investigación indicada en la OEI por medios que supongan una injerencia menor en los derechos fundamentales del interesado. Debe optarse por la OEI cuando la ejecución de una medida de investigación se considere proporcionada, adecuada y aplicable al caso concreto.²⁸

Principalmente se reconoce que el emitir una OEI, la autoridad de emisión debería prestar especial atención a garantizar el pleno respeto de los derechos reconocidos en el artículo 48 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, ya que la presunción de inocencia y los derechos de la defensa en los procesos penales, serían una piedra angular de los derechos fundamentales reconocidos en la Carta en el ámbito de la justicia penal. Cualquier limitación de estos derechos mediante una medida de investigación ordenada de conformidad con la Directiva debe ajustarse a los requisitos establecidos en el artículo 52 de la Carta con respecto a la necesidad, proporcionalidad y a los objetivos de interés general que debe buscar, o a la necesidad de proteger los derechos y libertades de los demás.²⁹

En la misma línea se reconoce que la protección de las personas físicas en relación con el tratamiento de datos personales es un derecho fundamental. De conformidad con el artículo 8, apartado 1, de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y el artículo 16, apartado 1, del TFUE, toda persona tiene derecho a la protección de los datos de carácter personal que le conciernan.³⁰

²⁸ De igual forma, se establece que no debe denegarse la ejecución de una OEI por motivos distintos de los previstos en la Directiva, pero la autoridad de ejecución debe poder optar por una medida de investigación menos invasora de la intimidad que la indicada en la OEI, a condición de que permita obtener resultados similares. Se considera que las medidas no invasivas podrían ser, por ejemplo, medidas que no violen el derecho a la vida privada o el derecho a la propiedad, dependiendo del Derecho nacional de que se trate. Si hubiere motivos sustanciales para creer que la ejecución de una medida de investigación indicada en la OEI vulneraría un derecho fundamental del interesado y que el Estado de ejecución ignoraría sus obligaciones relativas a la protección de los derechos fundamentales reconocidos en la Carta, la ejecución de la OEI debe denegarse.

²⁹ Conforme al *principio ne bis in idem*, la autoridad de ejecución debe estar facultada para denegar la ejecución de la OEI si dicha ejecución fuera contraria al citado principio. Por ello, dado el carácter preliminar de los procedimientos subyacentes a la OEI, su ejecución no debe ser objeto de rechazo cuando vaya dirigida a establecer la existencia de un posible conflicto con el principio *ne bis in idem*, o cuando la autoridad de emisión haya dado garantías de que la prueba transferida como resultado de la ejecución de la OEI no se utilizará para enjuiciar o imponer una sanción a una persona cuyo caso haya sido objeto de una resolución final en otro Estado miembro por los mismos hechos.

³⁰ Cfr. Resolución legislativa del Parlamento Europeo, de 25 de febrero de 2014, sobre la propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre el embargo preventivo y el decomiso de los productos de la delincuencia en la Unión Europea (COM(2012)0085 – C7-0075/2012 – 2012/0036(COD)) (Procedimiento legislativo ordinario: primera lectura). Normas del Reglamento

2. La negativa a la entrega de bolsas de sangre en la “Operación Puerto” para la sustanciación de procedimientos administrativos sancionadores

En relación a este controvertido punto, en primer lugar, se recoge en la *Sentencia de 29 de abril de 2013 del Juzgado de lo Penal número 21 de Madrid*, que la entrega de bolsas de sangre no podía ser resuelta dentro de los trámites de cuestión previa al inicio de las sesiones del Juicio. En este sentido, por parte de la Agencia Mundial Antidopaje (AMA) se reprodujo la solicitud de que se entregaran muestras sanguíneas, así como de plasma y concentrados de hematíes en relación a las bolsas que fueron incautadas en su día en las entradas y registros y que le fueron denegadas en la fase de instrucción, igualmente se adhirió la UCI y el CONI italiano.

Se entendió en esta resolución que dicha cuestión excedía de las pretensiones que a tenor del art. 786.2 de la LECr podían ser expuestas en el trámite de cuestiones previas. Tanto la AMA como la UCI justificaban su legitimación para recibir tales muestras y especificaba una serie de conductas concretas que podrían ser objeto de expediente sancionador disciplinario, especificando que tales expedientes se pretenderían abrir frente a "deportistas", sin poder especificar un listado exhaustivo de posibles afectados.

Por parte de la Real Federación Española de Ciclismo (RFEC), se reiteraba igualmente la solicitud de entrega a dicha parte de muestras de sangre de todas y cada una de las bolsas de sangre, de plasma y/o concentrados de hematíes intervenidas en el procedimiento en las entradas y registros y se aludía a la incoación por parte del Comité Nacional de Competición y Disciplina deportiva de la RFEC de medio centenar de expedientes reservados, al entender que podía desprenderse indiciariamente de las Diligencias Previas la posible comisión, por ciertos corredores profesionales con licencia federativa de hechos que pudieran constituir infracción de lo dispuesto en el artículo 83.1 y 2 del Reglamento Nacional de Control del Dopaje de la RFEC, expedientes reservados que fueron archivados, a la espera del resultado del procedimiento penal.

Por parte del CONI se justificó su solicitud en el hecho de poder verificar si todas o alguna de ellas contienen solo plasma o sangre o si por el contrario también contienen otras sustancias añadidas y cuales sean estas y su posible nocividad para la salud humana, de contrastar si en dichas bolsas el índice de hematocrito era siempre alto y nunca por debajo del límite inferior a la normalidad y para determinar si los recipientes de conservación de las bolsas de sangre y

interno de Eurojust relativas al tratamiento y a la protección de datos personales (Texto adoptado por unanimidad por el Colegio de Eurojust en su reunión del 21 de octubre de 2004 y aprobado por el Consejo el 24 de febrero de 2005). Reglamento (CE) n° 45/2001 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 18 de diciembre de 2000, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales por las instituciones y los organismos comunitarios y a la libre circulación de estos datos.

plasma eran adecuados, así como poder depurar responsabilidades disciplinarias en el ámbito deportivo que, en su caso, correspondieren.

La Abogacía del Estado alegó que la petición de entrega de muestras de las bolsas tendría por objeto intentar identificar a los deportistas donantes de tales bolsas, con el objeto de que los procedimientos administrativos que se pudieran iniciar, en su caso, se dirigieran sólo frente a quienes fueran titulares de tales bolsas de sangre (si fueran deportistas federados), y no frente a cualquier otra persona, considerando prácticamente imposible indicar respecto de que deportistas se solicitaría la entrega de muestras, ya que sería a través del correspondiente análisis de ADN de cada una de las muestras como se podrían identificar tales deportistas.

En la citada Resolución, por lo tanto se recoge que la cuestión principal en este sentido sería determinar cuál habría de ser el destino de las muestras biológicas (sangre, plasma y concentrados de hematíes) encontradas en las entradas y registros practicadas en los domicilios de algunos de los acusados, así como si una posible entrega de parte de tales muestras, podría vulnerar derechos fundamentales ya de los acusados o de terceros ajenos a la causa y contra los que se pudiera incoar en el futuro un procedimiento administrativo sancionador como consecuencia de los hallazgos encontrados tras un futuro análisis de ADN de las muestras.

La Sentencia hace hincapié en que “al igual que "no todo vale" en el deporte, también en materia jurisdiccional han de respetarse unos límites, límites que vienen constituidos por el respeto escrupuloso al Ordenamiento Jurídico aplicable y, en particular a nuestra Carta Magna, y muy especialmente a los derechos fundamentales que en la misma se proclaman”. Por ello, se considera que la petición de muestras biológicas (sangre, plasma y concentrados de hematíes) no podía prosperar.

En esta línea se detalla que no puede estimarse que sin la entrega de las muestras de sangre, plasma y hematíes, se frustraría el resultado del procedimiento administrativo, sino que la cuestión es de naturaleza probatoria, analizando si la entrega de dichas bolsas vulneraría derechos fundamentales de terceros.

Se especifica que la cuestión de la posible utilización de las pruebas penales en la instrucción de un procedimiento disciplinario fue analizado *por la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso, Sección 7ª) de 30 de abril de 2.012*, donde se examinaba si era admisible que el instructor de un procedimiento disciplinario (en ese caso un procedimiento disciplinario pudiera reclamar al instructor de un proceso penal y éste facilitar a aquél, el contenido de conversaciones telefónicas legalmente intervenidas en el curso de la instrucción de un procedimiento penal, así como si esa reclamación y la consiguiente facilitación de tales pruebas por uno y otro instructores (el del expediente disciplinario y el del proceso penal, respectivamente) vulneraría o no el derecho fundamental del art. 18.3 CE (en ese caso se trataba de la inviolabilidad del secreto de las comunicaciones).

En dicha Sentencia de la Sala de lo Contencioso del Tribunal Supremo se llegaba a la conclusión de que en relación con expedientes disciplinarios no existe previsión legal de posible intervención por Auto judicial de las comunicaciones telefónicas.³¹ La Sentencia del Tribunal Supremo constataba que la única previsión legal en nuestro ordenamiento jurídico de intervención de las comunicaciones telefónicas en el ámbito del *ius puniendi* del Estado era la del art. 579.2 de la LECr, precepto que se refería estrictamente a delitos. Por lo tanto, se llegaba a la conclusión de que la utilización de las pruebas precitadas por el instructor del expediente no podía sostenerse ya que se trataba de pruebas ilícitas e inconstitucionales.

Se estima por parte del Juzgado de lo Penal, que las bolsas de sangre, plasma y concentrados de hematíes se obtuvieron en la entrada y registro de los domicilios relacionados con la investigación de delitos, habiendo perfilado además la jurisprudencia las circunstancias en que podrá acordarse tal diligencia, que implica afectación de los derechos fundamentales a la intimidad y a la inviolabilidad del domicilio del interesado. En este sentido, la Sentencia de 3 de julio de 2.003 del Tribunal Supremo establece el valor del denominado "hallazgo casual", en relación al valor que haya de ostentar el descubrimiento casual, en el transcurso de un registro domiciliario, de elementos probatorios de cargo no relacionados con el ilícito cuya investigación motivó la inicial autorización judicial otorgada para la injerencia en el derecho fundamental a la inviolabilidad domiciliaria, optándose por conferir valor a estos denominados “hallazgos casuales” pero con algunos matices. Se afirma que “si las pruebas casualmente halladas hubieran podido ser obtenidas mediante el procedimiento en el que se encontró, nada impide que tales pruebas puedan ser valoradas”. A sensu contrario, si los hallazgos no hubieran podido ser obtenidos mediante el procedimiento en que se hallaron, una diligencia de entrada y registro en un domicilio, por no cumplirse los requisitos de proporcionalidad exigidos por la jurisprudencia y, esencialmente, por el hecho de acordarse la entrada y registro siempre para la investigación de un delito, no para la investigación de una falta, y menos en relación a un procedimiento administrativo sancionador, el hallazgo, efecto del delito en este caso, en ningún modo podrá ser utilizado en un procedimiento sancionador”.

Asimismo se incide en que *el Auto de la Audiencia Provincial de Alicante de 12 de agosto de 2010* entiende que el contenido de unas escuchas telefónicas obtenidas mediante autorización judicial para el descubrimiento de un delito no puede ser utilizado por la Real Federación Española de Fútbol para la averiguación de una eventual falta disciplinaria que determinaría en su caso la imposición de una infracción administrativa, ya que la restricción del derecho fundamental que supone la intervención telefónica encuentra su justificación en la investigación de un delito grave.

³¹ Cfr. igualmente el art. 8 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 4 de noviembre de 1.950, ratificado por España por Instrumento de 26 de septiembre de 1979.

En suma, se recoge que se trataría de un supuesto de prueba ilícita o prohibida a los efectos del art. 11.1 y 2 de la L.O.P.J, ya que la obtención de unos efectos del delito obtenidos para la averiguación de un presunto ilícito penal mediante una diligencia de entrada y registro autorizada por un Juez de instrucción, con lo que supone de injerencia en los derechos fundamentales del interesado no ha de servir para ser tenida en cuenta para su empleo en un procedimiento administrativo sancionador en el ámbito del cual nunca habría podido autorizarse la injerencia, procedimiento en el que, a mayor abundamiento resultarían afectados los derechos fundamentales de terceras personas sin intervención en la causa penal.

En este aspecto, en relación al principio de proporcionalidad, se ha indicado que conforme ha reiterado el TEDH la admisibilidad de las medidas restrictivas de los derechos tutelados por el Convenio de Roma quedaría condicionada a que las injerencias se encuentren previstas por la ley y sean necesarias en una sociedad democrática para alcanzar ciertos fines legítimos previstos. Así formulado, el principio de prohibición de exceso puede descomponerse en determinados presupuestos y requisitos de validez de las medidas que, conjuntamente considerados, constituyen un completo y riguroso mecanismo de control de constitucionalidad de la actuación de los poderes públicos en la limitación de los derechos fundamentales, el cual ha de ser utilizado tanto en relación con la creación normativa como en la aplicación del Derecho.³²

Desde este punto de vista, los presupuestos sobre los que se asienta el principio de proporcionalidad serían dos: uno formal, constituido por el principio de legalidad, y otro material, de justificación teleológica. El primero exige que toda medida restrictiva de derechos fundamentales se encuentre prevista por la ley y el segundo presupuesto, de justificación teleológica, es material porque introduce en el enjuiciamiento de la admisibilidad de las injerencias del Estado los valores que trata de salvaguardar la autoridad actuante y que precisan gozar de la fuerza constitucional suficiente para enfrentarse a los valores representados por los derechos fundamentales restringidos. El principio de proporcionalidad requiere que toda limitación de los derechos tienda a la consecución de fines legítimos.³³

Además el principio de prohibición de exceso requeriría que las injerencias cumplan ciertos requisitos de diversa naturaleza. Los requisitos extrínsecos serían los requisitos de judicialidad, que reclama en determinados casos la intervención de un órgano jurisdiccional en la adopción de la injerencia, y de motivación. Los requisitos intrínsecos, relativos al contenido de la actuación estatal en concreto, están constituidos por los principios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto.

³² Cfr. González-Cuellar (1998: 191-215).

³³ Cfr. González-Cuellar (1998: 191-215).

Incluso, se añade en la resolución examinada que conforme a lo previsto en la *Ley Orgánica de protección de la salud del deportista y lucha contra el dopaje en la actividad deportiva de 2013*³⁴ en su artículo 33, bajo la rúbrica de "colaboración con las autoridades judiciales" se prevé que la Agencia Española de Protección de la Salud en el Deporte podrá solicitar del Juez instructor, o bien del órgano jurisdiccional que esté conociendo de las actuaciones si la causa ya no se encuentra en fase de instrucción, que le sean remitidas aquellas diligencias de instrucción practicadas que sean necesarias para la continuación de los procedimientos sancionadores, estableciendo que "la resolución del Juez será plenamente respetuosa con el principio de proporcionalidad, entregando a la Administración, mediante resolución motivada, únicamente las diligencias que la aplicación de tal principio autorice". El otorgamiento de estas "pruebas", por lo tanto, por parte de la autoridad judicial "deberá hacerse de manera motivada y previa ponderación del principio de proporcionalidad para respetar adecuadamente los pronunciamientos del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo, afirmándose que el Informe al Anteproyecto emitido por el Consejo General del Poder Judicial de 11 de octubre de 2.012 se pronunció en el sentido de que la alusión del precepto al "necesario respeto del principio de proporcionalidad" parece querer superar el obstáculo que supondría el hecho de que determinada clase de pruebas o diligencias no pueda realizarse cuando de la instrucción de un expediente sancionador o disciplinario se trate pues el bien jurídico a preservar (potestad disciplinaria o sancionadora de la Administración), a diferencia del *ius puniendi*, no justifica su realización (falta de proporcionalidad).

Por eso, se destaca que el informe del CGPJ mantiene que “el trasvase sin más de la totalidad del material probatorio recabado durante la instrucción penal a la entidad con potestad sancionadora administrativa en esa misma área, no es posible, habiéndose debido establecer de forma explícita que el Juez no podrá facilitar ningún material probatorio que, por su naturaleza, pudiera afectar a los derechos fundamentales del sujeto investigado, ya que el hecho de que esas pruebas se hayan obtenido, en el curso del proceso penal bajo el oportuno control judicial no las hace aptas para ser trasladadas a un proceso de naturaleza distinta, como es el administrativo sancionador”.

Precisamente, se indica en la Sentencia de la Operación Puerto que conforme a la nueva Ley del Dopaje en base al art. 33 se habría diseñado un sistema de colaboración entre las autoridades judiciales, competentes para instruir los procedimientos penales derivados de la posible comisión del delito establecido en el artículo 361 bis del Código Penal y las autoridades administrativas encargadas de la tramitación de los procedimientos sancionadores en materia de dopaje, teniendo en cuenta el debido respeto al principio *ne bis in idem* y la preferencia de la jurisdicción penal por un lado, y la consecución del efecto exigido por el Código Mundial Antidopaje para que, cualquiera que sea la autoridad que sancione la

³⁴ En Proyecto de 15 de marzo de 2013 cuando se dictó la Sentencia de la Operación Puerto.

Comisión de una infracción en materia de dopaje de las descritas en el Código, se produzcan las consecuencias que el mismo establece.

De este modo, se explica el diseño de un sistema que con pleno respeto a la independencia judicial, se concede al Juez de Instrucción la posibilidad de solicitar de la Agencia Española de Protección de la Salud en el Deporte, la emisión de un dictamen en el que informe acerca de la posible existencia de peligro para la vida o la salud de los deportistas a quienes se les haya administrado o proporcionado las sustancias o los métodos prohibidos, al ser éste el elemento diferencial entre el tipo penal y el tipo administrativo en estos casos.

Si el Juez Instructor decide no continuar con el proceso penal, la Administración quedará vinculada por los hechos declarados probados en el auto de sobreseimiento libre, a los efectos de continuar con sus procedimientos sancionadores. Además, podrá solicitar del Juez de Instrucción, en cualquier momento, que le proporcione los elementos de prueba, obrantes en autos, que puedan ser necesarios para la tramitación de los procedimientos sancionadores. No obstante, el otorgamiento de estas pruebas por parte de la autoridad judicial, deberá hacerse de manera motivada y previa ponderación del principio de proporcionalidad, para respetar adecuadamente los pronunciamientos del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo en este punto.

En el caso de que el Juez considere que debe continuar con la tramitación del proceso penal, la Agencia Española de Protección de la Salud en el Deporte estará obligada a suspender la tramitación de sus procedimientos sancionadores en los que aprecie identidad de sujeto, hecho y fundamento.³⁵

Finalmente, se establece la posibilidad de que la autoridad judicial pueda acordar, de oficio o a instancia de la Agencia Española de protección de la Salud en el Deporte, la deducción del tanto de culpa correspondiente, si apreciase la posible existencia de infracciones administrativas en materia de dopaje.

En relación a la nueva normativa, la doctrina habría destacado que esta norma se habría realizado con la finalidad de adaptar la normativa española a la *Convención Internacional contra el Dopaje en el Deporte de la UNESCO*, si bien, las previsiones de este Convenio serían más bien de tipo genérico, y por supuesto, no establecerían la obligación de entregar material probatorio recabado en el

³⁵ No obstante, antes de adoptar la suspensión de estos procedimientos, la Agencia podrá proceder a acordar la suspensión de la licencia federativa de las personas contra las que se dirija el procedimiento penal, previa audiencia del interesado, y si procede de conformidad con las normas internacionales y de la propia ley que regulan la materia. Esta medida está justificada por el hecho de que el propio Juez instructor considere que debe continuar con la tramitación del proceso penal, por existir indicios de la existencia del delito.

procedimiento penal a la Agencia Mundial Antidopaje ni a ningún organismo similar, y menos aún con vulneración de derechos fundamentales.³⁶

Por otra parte, se detalla en la Sentencia de la “Operación Puerto” que algunas acusaciones habrían reconocido expresamente que no se podría identificar *a priori* a los ciclistas contra los que eventualmente se abriría procedimiento sancionador sino que lo que se pretende con la obtención de las muestras de las bolsas incautadas sería precisamente el análisis del ADN a efectos de identificar a los donantes de la sangre contenida en dichas bolsas. Se considera que conforme a la *Ley 10/2007, de 8 de octubre, reguladora de la base de datos policial sobre identificadores obtenidos a partir del ADN* en su art. 7, se establece que los datos contenidos en la base de datos objeto de esta Ley sólo podrán utilizarse por las Unidades de Policía Judicial de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad el Estado, entendiendo por tales las Unidades respectivas de la Policía y de la Guardia Civil en el ejercicio de las funciones previstas en el art. 547 de la Ley orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, así como por las Autoridades Judiciales y Fiscales, en la investigación de los delitos enumerados en la letra a) del apartado primero del art. 3 de dicha Ley.

Del mismo modo, se estima que sólo podrán cederse los datos contenidos en la base de datos a las Autoridades Judiciales, Fiscales o Policiales de terceros países de acuerdo con lo previsto en los convenios internacionales ratificados por España y que estén vigentes; a las Policías Autonómicas con competencia estatutaria para la protección de personas y bienes y para el mantenimiento de la seguridad pública, que únicamente podrán utilizar los datos para la investigación de los delitos enumerados en la letra a) del apartado 1 del art. 3 de esta Ley o, en su caso, para la identificación de cadáveres o averiguación de personas desaparecidas y al Centro Nacional de Inteligencia, que podrá utilizar los datos para el cumplimiento de sus funciones relativas a la prevención de tales delitos, en la forma prevista en la Ley 11/2002, de 6 de mayo, reguladora del Centro Nacional de Inteligencia.

³⁶ Castro Moreno (2013: 33-34). Se determina, por otra parte, en la *Sentencia de 29 de Abril de 2013, del Juzgado de lo Penal número 21 de Madrid*, que no puede servir de fundamento añadido a la entrega de las muestras sanguíneas la eventualidad de que algunos de los testigos-ciclistas que han declarado en el procedimiento pudieran haber mentado al decir que ninguna de las bolsas encontradas en las diligencias de entrada y registro pudieran ser de su pertenencia, solicitando las bolsas en orden a intentar fundamentar la presunta existencia de un delito de falso testimonio, pues si alguno de los Letrados que interrogaron a los testigos ciclistas en el acto del Juicio tuvo motivos, debería haber detenido su respectivo interrogatorio a fin de solicitar la deducción de testimonio contra el testigo para seguir el correspondiente procedimiento y no continuar con un interrogatorio realizado bajo juramento o promesa hasta conseguir un testimonio de autoinculpación, pues tal interrogatorio se desarrollaría sin las garantías que le corresponden a todo acusado. En este sentido, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha considerado violado este derecho fundamental a no declarar contra sí mismo, en caso de uso de declaraciones autoinculpatorias obtenidas bajo coacción en un procedimiento previo a la incoación de un procedimiento punitivo. SSTEDH de 17 de diciembre de 1.996 y de 19 de septiembre de 2.000.

En cuanto a cuáles serían los delitos contemplados en el artículo 3.1, para cuya investigación se permite el uso y cesión de los datos contenidos en las bases sobre ADN, se produce en el caso de cuando se trate de delitos graves y, en todo caso, los que afecten a la vida, la libertad, la indemnidad o la libertad sexual, la integridad de las personas, el patrimonio siempre que fuesen realizados con fuerza en las cosas, o violencia o intimidación en las personas, así como en los casos de la delincuencia organizada, debiendo entenderse incluida, en todo caso, en el término delincuencia organizada la recogida en el art. 282 bis, apartado 4 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en relación con los delitos enumerados.

En suma, se especifica en dicho pronunciamiento judicial que en todo momento el uso y cesión de esos datos se refieren a la investigación de delitos graves, nunca en orden a ser tenidos en cuenta en un procedimiento sancionador.

Por otro lado, se considera que la petición por parte de las Acusaciones de muestras biológicas de las bolsas de sangre, plasma y concentrados de hematíes encontradas en las entradas y registros practicadas en la fase de instrucción de la presente causa no deja de ir dirigida, una vez precisada la finalidad de la obtención de las bolsas para la apertura de procedimientos disciplinarios contra deportistas cuya identidad no se concreta y que no han resultado acusados en la causa, no deja de ser un supuesto de investigación prospectiva o de intento de apertura de una causa general en el ámbito administrativo deportivo incompatible con los principios constitucionales propios de un Estado de Derecho.³⁷

En definitiva, puede decirse en relación a esta cuestión, concordando con la síntesis expuesta por Castro Moreno, que los argumentos en contra de la utilización en vía disciplinaria deportiva de información obtenida en el proceso penal mediante injerencia en los derechos fundamentales serían principalmente: indelegabilidad del *ius puniendi* estatal, ausencia de invasión de competencias administrativas, inaplicabilidad de la doctrina del hallazgo casual y protección de derechos fundamentales de terceras personas y la ilegitimidad de las investigaciones prospectivas en el ámbito sancionador.³⁸

En lo que respecta a la *indelegabilidad del ius puniendi estatal* se afirma que la delegación de funciones públicas por parte del Estado no puede entenderse sin limitación alguna sino al contrario. De este modo, se añade que en el ámbito deportivo la legislación administrativa no se limita a establecer un auxilio de sujetos o entes particulares a la Administración, sino que se produce una autentica sustitución. Ya que la coordinación y tutela del Consejo Superior de Deportes en muchas ocasiones se traduce en que las sanciones que impone el ente particular puedan recurrirse ante este órgano (Castro Moreno, 2013: 22 y ss.).

³⁷ De este modo, se desestiman las peticiones y se acuerda el comiso de las mismas y posterior destrucción, al no ser de lícito comercio, que se verificará tras devenir firme la Sentencia.

³⁸ Cfr. Castro Moreno (2009: 22 y ss.)

Por otra parte, se expone que cuando se afirma que negar a la RFEC la entrega de muestras sanguíneas obtenidas en el procedimiento judicial penal mediante registros judiciales y con previa intervención de comunicaciones supondría invadir las competencias del art. 103.1 CE que se atribuyen a la Administración, se olvida que el órgano penal con esa decisión no ejerce ninguna función administrativa sino jurisdiccional, en el marco de sus propias competencias y en el marco del propio procedimiento penal. Se destaca que es innegable que con independencia de no entregar las muestras la Administración o la entidad particular que por delegación administrativa ejerza la potestad disciplinaria deportiva puede instruir perfectamente un procedimiento administrativo sancionador contra los deportistas consumidores federados, contra los que no se ejerce acción penal. La Ley atribuye en exclusiva al Juez Penal, y solo por delitos graves, y de acuerdo con el principio de proporcionalidad³⁹, determinadas facultades excepcionales para interferir en derechos fundamentales y solo para la investigación de esos delitos y no con ninguna otra finalidad (Castro Moreno, 2013: 33-34).

Resalta, asimismo, Castro Moreno que tampoco se puede recurrir a la conocida doctrina del hallazgo casual pues esta se refiere a la posible utilización de pruebas obtenidas en la presunta comisión de un delito, con ocasión de una injerencia en derechos fundamentales para investigar otro delito diferente al descubierto. En estos casos se trataría de la utilización de pruebas obtenidas para la represión en todo caso de conductas delictivas, mas no para su uso en intereses ajenos al propio ámbito estrictamente criminal.⁴⁰

En el artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos humanos se recoge que “toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho, sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico

³⁹ Cfr. González-Cuellar (1998: 191-215).

⁴⁰ Cfr. Castro Moreno (2009: 25 y ss.). Cfr. el *art. 6 del Convenio para la protección de los derechos y de las libertades fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950; el protocolo adicional al Convenio, hecho en París el 20 de marzo de 1952, y el protocolo número 6, relativo a la abolición de la pena de muerte, hecho en Estrasburgo el 28 de abril de 1983*. “Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable, por un tribunal independiente e imparcial, establecido por la ley, que decidirá los litigios sobre sus derechos y obligaciones de carácter civil o sobre el fundamento de cualquier acusación en materia penal dirigida contra ella. La sentencia debe ser pronunciada públicamente, pero el acceso a la sala de audiencia puede ser prohibido a la prensa y al público durante la totalidad o parte del proceso en interés de la moralidad, del orden público o de la seguridad nacional en una sociedad democrática, cuando los intereses de los menores o la protección de la vida privada de las partes en el proceso así lo exijan o en la medida considerada necesaria por el tribunal, cuando en circunstancias especiales la publicidad pudiera ser perjudicial para los intereses de la justicia. Toda persona acusada de una infracción se presume inocente hasta que su culpabilidad haya sido legalmente declarada.”

del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás”.

En este sentido, con las muestras de sangre encontradas en los registros practicados, supuestamente pertenecientes a deportistas contra quienes no se dirige en ningún momento la acción penal, el órgano penal que con ocasión de una medida tan excepcional encuentra datos que afectan a la intimidad de terceras personas contra quienes no se dirigía ni la medida ni el procedimiento debe salvaguardar a toda costa los derechos fundamentales e esos terceros indirectamente afectados por la injerencia estatal.

En relación a la ilegitimidad de investigaciones prospectivas en el ámbito sancionador, se refiere a los argumentos de la RFEC, AMA y UCI sobre que debía accederse a la entrega del material probatorio solicitado para incoar gracias a los mismos procedimientos sancionador contra deportistas no imputados en el proceso penal y evitar de este modo la prescripción administrativa de las infracciones deportivas. Se señala que en la solicitud de testimonios y muestras tampoco se ha determinado con la suficiente claridad la identidad de las personas contra las que se va a abrir el procedimiento sancionador y las concretas conductas objeto de expediente.⁴¹

Expone Castro Moreno que no puede consentirse la apertura de una “causa general en el ámbito administrativo”, que es lo que en el ámbito sancionador se denomina investigaciones meramente prospectivas, incompatibles con un Estado de Derecho, puesto que como ha declarado el Tribunal Supremo y el TEDH los derechos a la intimidad y al secreto de las comunicaciones quedarían vacíos de contenido.⁴²

IV. Conclusiones

En relación al objeto de estudio, puede afirmarse que en la Sentencia del Juzgado de lo Penal de 29 de abril de 2013, el término “medicamento” a los efectos de la integración típica de las figuras delictivas se entiende como “esa substancia, de origen artificial o biológico, que se utiliza por la Medicina con fines terapéuticos sobre el ser humano”, y que desde este punto de vista la sangre bien se trate de sangre completa, plasma, concentrados de hematíes o bien se trate de hemoderivados, sería medicamento a efectos penales.

Asimismo, la Sentencia pone de relieve la existencia de un “mercado ilícito de tráfico de sangre” y considera que al mediar precio como forma de contraprestación económica de las técnicas de autotransfusión realizadas bajo la supervisión de especialistas, podía considerarse la realización de las conductas de

⁴¹ Cfr. Castro Moreno (2009: 25 y ss.).

⁴² Cfr. Castro Moreno (2009: 25 y ss.).

“expedición” o “despacho” no pudiendo aplicarse la agravante de precio al ser un necesario elemento típico de las formas de acción delictiva.

Como había indicado Cortés Bechiarelli, desde nuestro punto de vista, en este caso, al igual que se había producido en el Auto de 2009, se habría realizado una integración analógica de la ley penal, al proponerse una integración que iría mucho más allá de aquello que el legislador penal pretendía sancionar al instaurar en el Código Penal la figura del art. 361 CP con una determinada redacción típica.

No obstante si hay que destacar que esta resolución jurisprudencial ha puesto de relieve el enorme riesgo que conllevaba la realización de estas prácticas, ya que en lo que respecta a la identificación de las bolsas de sangre destinadas a la autotransfusión sanguínea con fines de dopaje deportivo la resolución jurisprudencial analizada establece que las normas sobre identificación e etiquetado de las bolsas no se han cumplido, teniendo en cuenta las manifestaciones de los testigos ciclistas que afirmaban que las bolsas solo se identificaban con un código numérico o por un alias por ellos elegido o bien mediante iniciales.

Sin embargo, uno de los puntos más controvertidos, ante la existencia de grandes vacíos legales en nuestro ordenamiento, sería determinar si el juez de un procedimiento penal puede ceder y bajo qué condiciones los datos para su uso en otros procedimientos criminales o incluso para su uso en procedimientos sancionadores de naturaleza administrativa o disciplinaria, sobre todo cuando lo que es objeto de cesión o transmisión son muestras biológicas obtenidas mediante procedimientos quirúrgicos o médicos de extracción que se encuentren en poder de un juzgado de instrucción en el curso de una investigación penal, ya que las muestras biológicas pueden ser efectos del delito o fuente de datos personales, con su diverso tratamiento procesal (Colomer Hernández, 2013: 23-57).

Cuando las bolsas de sangre sean efectos de un delito, las bolsas de sangre incautadas quedan bajo custodia del Juzgado para servir como prueba en el procedimiento penal que se sigue por delitos contra la salud pública y su custodia solo estaría justificada en atención a la investigación y posible enjuiciamiento del delito contra la salud pública. La sangre sería una fuente de prueba de cargo y descargo en relación con los hechos delictivos que se imputan a terceras personas distintas de los titulares de la sangre embolsada sin que pueda validarse destinarse a otra finalidad distinta de aquella para que fueron incautadas (Colomer Hernández, 2013: 23-57).

Por otra parte, las muestras de sangre serían a su vez, fuentes de datos personales y su utilización o el tratamiento de las mismas implicaría una afectación indebida del derecho a la intimidad si se utilizan para una finalidad distinta que la de servir como prueba de cargo o descargo en el proceso penal en el que se incautaron. Las muestras de sangre serían fuente de datos personales cuando son utilizadas para atribuir una determinada conducta al titular de la sangre (Colomer Hernández, 2013: 23-57).

Como ha sostenido la doctrina, si la sangre es utilizada como prueba de cargo o de descargo de la comisión de un delito sin necesidad de conocer a los titulares de la sangre, no habría afectación del derecho a la intimidad, pero si por el contrario se usara para imputar la comisión de un delito o de una infracción administrativa al dueño de la sangre si se produciría afectación del Derecho a la intimidad, por cuanto la sangre actuaría como fuente de datos personales, por ello para disponer de la sangre se precisaría bien el consentimiento de su titular o la autorización judicial expresa para la restricción del derecho a la intimidad (Colomer Hernández, 2013: 23-57).

Asimismo, en esta misma línea garantista, *la Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, 2014/41/CE de 3 de abril de 2014 relativa a la orden europea de investigación en materia penal*, reconoce que el emitir una OEI, la autoridad de emisión debería prestar especial atención a garantizar el pleno respeto de los derechos reconocidos en el artículo 48 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, y cualquier limitación de estos derechos mediante una medida de investigación debe ajustarse a los requisitos establecidos en el artículo 52 de la Carta con respecto a la necesidad, proporcionalidad y a los objetivos de interés general que debe buscar, o a la necesidad de proteger los derechos y libertades de los demás.

En la polémica sentencia del Juzgado de lo Penal de 29 de abril de 2013, dictada con ocasión de la “Operación Puerto” se recoge que la cuestión principal en este sentido sería determinar si una posible entrega de parte de tales muestras biológicas, podría vulnerar derechos fundamentales ya de los acusados o de terceros ajenos a la causa y contra los que se pudiera incoar en el futuro un procedimiento administrativo sancionador como consecuencia de los hallazgos encontrados tras un futuro análisis de ADN de las muestras.

Se estima por parte del Juzgado de lo Penal, que las bolsas de sangre, plasma y concentrados de hematíes se obtuvieron en la entrada y registro de los domicilios relacionados con la investigación de delitos, habiendo perfilado la jurisprudencia las circunstancias en que podrá acordarse tal diligencia, que implica afectación de los derechos fundamentales a la intimidad y a la inviolabilidad del domicilio del interesado. Por ello, por el hecho de acordarse la entrada y registro siempre para la investigación de un delito, no para la investigación de una falta, y menos en relación a un procedimiento administrativo sancionador, el hallazgo, efecto del delito en este caso, en ningún modo podría ser utilizado en un procedimiento sancionador.

En suma, se recoge que ello provocaría que se tratase de un supuesto de prueba ilícita o prohibida a los efectos del art. 11.1 y 2 LOPJ.⁴³

⁴³ Cfr. Castro Moreno (2009: 22 y ss.).

Asimismo, desde nuestro punto de vista, coincidimos plenamente con la doctrina que habría señalado que en cualquier caso, debe negarse siempre la existencia en el ámbito sancionador de investigaciones meramente prospectivas, incompatibles con un Estado de Derecho, dejando sin contenido derechos tan esenciales como el derecho a la intimidad y al secreto de las comunicaciones⁴⁴, e incluso, llegándose a afectar en algunos casos, al debido respeto al derecho de defensa y al derecho a una tutela judicial efectiva.

⁴⁴ Cfr. Castro Moreno (2009: 25).

BIBLIOGRAFÍA

- ❖ ARROYO Zapatero, Luis (1996): "La supresión del delito de propagación de enfermedades y el debate sobre la posible incriminación de las conductas que comportan un riesgo de transmisión en el sida", disponible en www.aja.es, consultada en fecha 12 de septiembre de 2009.
- ❖ CASTRO Moreno, Abraham (2013): "El delito de expendición de medicamentos incumpliendo sus exigencias técnicas. Comentario de la SJP Numero 21 de Madrid, de 29 de abril de 2013, sobre un delito contra la salud pública" (Operación Puerto), en *Revista de Derecho del Deporte y del Entretenimiento*, núm. 41, diciembre.
- _____ (2009): "Instrumentalización de los medios de investigación criminal con injerencia en derechos fundamentales al servicio de fines puramente deportivos", en *Revista de Derecho del Deporte y del Entretenimiento*, núm. 29.
- ❖ COLOMER Hernández, Ignacio (2013): "La transmisión y cesión de datos personales obtenidos en un proceso penal a un procedimiento sancionador por dopaje", en *Revista Aranzadi de Derecho del Deporte y entretenimiento*, núm. 40.
- ❖ CORTÉS Bechiarelli, Emilio (2009): "Sobreseimiento libre y principio de legalidad: a propósito de la reapertura del caso de la operación Puerto", en *Actualidad jurídica Aranzadi*, núm. 772.
- ❖ FERNÁNDEZ de Casadevante Mayordomo, Pablo (2014): "Derecho a la intimidad y dopaje", en *Revista Jurídica del Deporte y Entretenimiento*, num. 43.
- ❖ GARCÍA Albero, Ramón (2007): "De los delitos contra la salud pública" en Quintero Olivares (Director), Morales Prats (Coordinador), en *Comentarios a la Parte especial del Derecho penal*, 6º Edición Navarra.
- ❖ GÓMEZ Rivero, María Carmen y MONGE Fernández, Antonia (1997): "Venta y manipulación ilegal de medicamentos", en Martos Núñez, (Director), en *Protección penal y tutela jurisdiccional de la salud pública y el medio ambiente*, Universidad de Sevilla.
- ❖ GONZÁLEZ-CUELLAR Serrano, Nicolás (1998): "El principio de proporcionalidad en Derecho procesal español", en Cuadernos de Derecho Público nº 5. Septiembre-Diciembre.
- ❖ JERICÓ Ojer, Leticia (2008): "Comentarios al artículo 361 del Código Penal", en COBO DEL ROSAL, *Comentarios al Código Penal*, Segunda Época, Dykinson, Madrid.
- ❖ MENDOZA Calderón, Silvia (2011): *La responsabilidad penal por medicamentos defectuosos*. Tirant lo Blanch, Valencia.
- ❖ MUÑOZ Conde, Francisco (2008): "Algunas cuestiones relacionadas con el consentimiento del paciente y el tratamiento médico", en Muñoz Conde (Director), *Problemas actuales del Derecho penal y la Criminología, Estudios penales en memoria de la Profesora Doctora María del Mar Díaz Pita*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- ❖ PALOMAR Olmeda, Alberto/BELDA Iniesta, Cristóbal/LÓPEZ Collazo, Eduardo (2014): "La necesidad de abordar el control del dopaje desde fundamentos diferentes. Algunos puntos para una reflexión sobre bases diferentes", en *Revista Jurídica del Deporte* 44.
- ❖ ROMEO Casabona, Carlos (1988): "El diagnóstico prenatal y sus implicaciones jurídico-penales", en Mir Puig, (edición), *Avances de la Medicina y Derecho penal*, Barcelona, págs. 81 ss.
- ❖ SÁNCHEZ Martínez, Flor (1998): "¿Hacia un futuro espectacular y preocupante de la terapia génica?", en Romeo Casabona (coordinación), *Biotecnología y Derecho, perspectivas de Derecho comparado. Curso superior de Biotecnología, Derecho y Bioética*, Comares, Granada.
- ❖ SÁNCHEZ-MORALEDA Vilches, Natalia (2014): "La sangre y sus derivados. ¿Medicamentos a efectos penales? A propósito de la Sentencia del Juzgado de lo Penal sobre "la Operación Puerto", en *Diario La Ley*, num.8223, 2014. LA LEY, 10991/2013.

- ❖ SOLA Reche, Esteban (2002): "Implicaciones jurídicas del consejo genético", en Romeo Casabona (director), *Estudios de derecho judicial, Genética y Derecho II*, Madrid.
- ❖ VALVERDE López, José Luis/RISQUEZ Madrdejos, Juan pedro/CABEZAS López, María Dolores (1999): “El concepto jurídico de la sangre y sus derivados desde la perspectiva del derecho comunitario y español”, en *Ars Pharmaceutica*, 40:3.
- ❖ VALLS Prieto, Javier (2005): “Responsabilidad penal por utilización de medicamentos transgénicos”, en Peris Riera, Benítez Ortúzar, Morillas Cueva, *Estudios jurídico-penales sobre genética y biomedicina: libro homenaje al Profesor Ferrando Mantovani*, Dykinson, Madrid.