



Expediente Tribunal Administrativo del Deporte número 118/2019

En Madrid, a 20 de septiembre de 2019, se reúne el Tribunal Administrativo del Deporte para conocer y resolver el recurso formulado por Dña. ~~XXX~~, contra la Resolución de la Agencia Española de Protección de la Salud en el Deporte (AEPSAD), de 13 de mayo de 2019.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En el mes de junio de 2018, la AEPSAD tuvo noticia de las actuaciones seguidas por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción número 2 de Calatayud, siguiéndose las Diligencias Previas 174/2018, en la que pudiera ostentar la condición de investigada doña ~~XXX~~ por la presunta comisión de delito contra la salud pública tipificado en el artículo 362 quinquies del Código Penal.

En fecha 20 de junio de 2018, por medio de oficio del Director de la AEPSAD y al amparo de lo prevenido en el artículo 33 de la LO 3/2013, se solicitó el personamiento de la citada Agencia, a través de la Jefatura de la Abogacía del Estado, en las Diligencias Previas antes mencionadas, lo que se acordó en el procedimiento, procediéndose a la entrega de copia de las actuaciones con fecha 19 de julio de 2018.

En las actuaciones entregadas a la AEPSAD constaba el acta de 13 de junio de 2018, de entrada y registro en el domicilio de Doña ~~XXX~~, levantada por el Letrado de la Administración de Justicia en presencia de la investigada.

En el acta se relacionan los siguientes efectos intervenidos judicialmente en el domicilio de doña ~~XXX~~:

- 1 caja de Legalon 150mg, con número de lote 862903 y fecha de caducidad 1/2022, conteniendo un blíster con dos pastillas de color rojo.
- 1 caja de FERO GRADUMET, 105mg, con número de lote 1071y fecha de caducidad 10/2021, conteniendo un blíster con 13 pastillas de color rojo.
- 1 caja de DAFLON 500mg, con número de lote 387269 y fecha de caducidad 10/2020, conteniendo un blíster de 7 pastillas de color rosa.
- 2 botellas de cristal de GLUCOSA, grifols 5% de 250ml.
- 6 viales marca PROMOPHARM SA, de CLORURE DE SODIO 10 ml, número de lote 14033 y fecha de caducidad 2019.
- 3 viales HYDROXO 5000 inyectable 2ml.
- 1 caja con 4 viales, marca HIDROXO 5000 con número de lote 75001 y fecha de caducidad 06/2020.

- 1 caja con 4 viales, marca HIDROXO 5000 con número de lote 70005 y fecha de caducidad 10/2020.
- 3 viales de 10 ml de CHLOURURE DE POTASIIUM, 10% marca PRO MOPHARM, SA
- 2 viales de CHOURURE DE SODIUM 10% marca PRO MOPHARM SA con número de lote 16034 y fecha de caducidad 10/2021.
- 1 bote de cristal de 5 ml marca CERNEVIT, con número de lote LE16C044 y fecha de caducidad 03/2018.
- 6 viales marca MAGINJECTABLE magnesium.
- 1 caja de ACIDO ASCORBICO, con número de lote F0581 y fecha de caducidad 03/2020 conteniendo 6 ampollas.
- 1 jeringuilla EPREX, con número de lote HAS3H00 y fecha de caducidad 06/2018
- 1 vial usado KGTROPIN, sin número de lote y con fecha de caducidad 9/01/2020.

Con fecha 7 de febrero de 2019 tuvo entrada en la AEPSAD el informe relativo al análisis de las muestras recibidas en el Laboratorio de Control del Dopaje de la AEPSAD, muestras que fueron remitidas por la Agencia Española de Medicamentos y Productos sanitarios e intervenidas en el registro efectuado en el domicilio de doña XXX. En el mencionado informe se indica que el resultado de la muestra 01 (EPREX 10000 UI/ml Solución inyectable en jeringa precargada, Janssen – Gil, SA, Lote HAS3H00, cad: 06/2018 es Eritropoyetina Recombinante.

TERCERO.- Con fecha 12 de febrero de 2019 se dictó el acuerdo de incoación del expediente sancionador 4/2019, notificación recibida por la interesada el 4 de marzo de 2019, dándosele traslado para alegaciones y proposición de medios de prueba e informándosele de que los hechos descritos podrían ser constitutivos de una infracción muy grave tipificada y sancionada en los artículos 22.1.f) y 23.1 de la LOPSD, respectivamente.

Tras la tramitación del correspondiente procedimiento, del que resulta que la deportista (con licencia de la Real Federación Española de Atletismo) no ha percibido ingresos asociados a la práctica deportiva y que no tenía concedida , con fecha 13 de mayo de 2019, la AEPSAD dictó Resolución por la que sancionaba a Dña. XXX como responsable de una infracción muy grave en materia de dopaje, tipificada en el artículo 22.1.f) de la Ley Orgánica 3/2013, con la sanción de inhabilitación para obtener licencia federativa por un período de cuatro años.

La resolución fue notificada con fecha 29 de mayo de 2019 a doña XXX.

CUARTO.- Con fecha 1 de julio de 2019, Dña. XXX ha presentado ante este Tribunal recurso frente a la citada Resolución de la AEPSAD de 13 de mayo de 2019.

QUINTO.- A requerimiento de este Tribunal la AEPSAD remitió su informe y expediente debidamente foliado, no habiéndose estimado necesario conferir traslado para nuevas alegaciones, por la ausencia de alegaciones diferentes a las vertidas en sede del expediente administrativo ni incorporarse al informe por parte de la AEPSAD ningún argumento diferentes de los contenidos en la resolución objeto de recurso.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El Tribunal Administrativo del Deporte es competente para conocer del recurso interpuesto, de acuerdo con lo previsto en el art. 84.1 a) de la Ley 10/1990, de 15 de octubre, del Deporte; en el Real Decreto 1591/1992, de 23 de diciembre, sobre Disciplina Deportiva, todo ello en relación con la disposición adicional cuarta 2 de la Ley Orgánica 3/2013, de 20 de junio, de protección de la salud del deportista y lucha contra el dopaje en la actividad deportiva.

SEGUNDO.- La recurrente se halla legitimada activamente para interponer el recurso contra la resolución objeto de impugnación, por ser titular de derechos o intereses legítimos afectados por ella.

TERCERO.- El recurso ha sido interpuesto dentro del plazo de treinta días, contados a partir del siguiente a la notificación de la resolución impugnada, conforme a lo establecido en el art. 40.3 de la Ley Orgánica 3/2013.

CUARTO.- En la tramitación del recurso se han observado las exigencias de remisión del expediente y emisión de informe.

QUINTO.- Entrando ya en el fondo del asunto, y por tanto en los motivos del recurso, la recurrente no comparte la referida Resolución, alegando como primer motivo, la vulneración de la presunción de inocencia y como segundo, la desproporción de la sanción impuesta.

En relación con la denunciada vulneración de la presunción de inocencia, se argumenta con la cita del artículo 24 de la Constitución Española y sobre la base del argumento de que las sustancias halladas en la entrada y registro en su vivienda no se hallaron en su poder y la inexistencia de prueba de utilización, uso o consumo. Cita asimismo en el fundamento cuarto, en defensa de su tesis, una resolución, o más bien dos párrafos de la misma, correspondientes a la resolución dictada en el expediente 169/2015, sosteniendo la recurrente que tal resolución ampara su posición en el recurso, frente a la resolución de la AEPSAD.

No discutiéndose la tipificación contenida en la resolución (posesión de sustancias prohibidas o de los elementos necesarios para la utilización o uso de métodos

prohibidos) ha de valorarse si existe prueba de cargo suficiente y por tanto los elementos de juicio necesarios para estimar probada la conducta típica y destruida la presunción de inocencia.

En primer lugar, estima este tribunal necesario proceder a la transcripción del fundamento que sesgadamente se menciona en el recurso (Fundamento sexto de la resolución dictada en el expediente 169/2015), dictado también en un recurso interpuesto frente a una resolución de la AEPSAD, el cual fue desestimado.

“SEXTO.- El recurrente niega la posesión de sustancias prohibidas, señalando que quien afirma dicha posesión es quien debe probarlo. Y, efectivamente, así debe ser.

Para probar el hecho imputado, antes de la incoación del expediente la AEPSAD solicitó información al Juzgado penal, de conformidad con el artículo 33.5 de la Ley Orgánica 3/2013. Así, la AEPSAD dirigió con fecha 3 de febrero de 2015, como consta en el antecedente SEGUNDO, un oficio al Juzgado de Instrucción nº 3 de Guadalajara, solicitando comunicación sobre los hechos que supusieran, únicamente, tenencia de sustancias o métodos prohibidos, es decir, solicitó información sobre los hechos que pudieran ser susceptibles de ser calificados como una infracción administrativa.

El Juzgado, con fecha 23 de febrero de 2015, remitió la diligencia de entrada y registro en el domicilio del recurrente y la diligencia del Secretario Judicial a la Policía Judicial, a los efectos de retirar las sustancias intervenidas para su análisis en el laboratorio. En dicha documentación resultó la posesión por el ahora recurrente de diferentes sustancias prohibidas en el deporte.

El acta de entrada y registro puede considerarse como prueba de cargo en relación con la comisión de la infracción relativa a la posesión de sustancias prohibidas en el deporte, frente a la mera negativa de posesión hecha por el expedientado.

Lo que refiere la citada resolución, en contra de la errónea interpretación de la recurrente, es que el acta de entrada y registro se puede considerar prueba de cargo suficiente para acreditar la posesión, frente a la mera negativa del expedientado. Y tal es el criterio de este tribunal por cuanto la presunción de inocencia puede destruirse por prueba directa y prueba indiciaria. Amén de que puede considerarse prueba suficientemente directa de la conducta una entrada y registro en el domicilio de la deportista, hecho reconocido, a presencia de la misma, en la que se refiere el hallazgo de las sustancias prohibidas, sin que sea admisible equiparar posesión a localización en el propio cuerpo de la deportista, aún en el caso de estimar que estamos ante prueba indiciaria, lo cierto es que la misma sirve para destruir la presunción de inocencia. La mera negación de los hechos es absolutamente insuficiente para efectuar una valoración distinta de la contenida en la resolución objeto de recurso.

La realidad recogida en el acta de entrada y registro en el domicilio de la recurrente, deben considerarse indicios bastantes para la emisión de una resolución sancionadora. La conclusión única, lógica, racional que se desprende de la prueba existente es que las sustancias prohibidas se encontraban en posesión de la recurrente.

Frente a la prueba de cargo existente, ninguna de descargo aporta la recurrente que se limita a negar la posesión. Es cierto que la expedientada no viene obligada a acreditar

mediante una prueba diabólica de hechos negativos su inocencia, que en todo caso se presume, al amparo de lo previsto en el [artículo 24.2 del Texto Constitucional](#), pero no es menos cierto que deberá soportar las consecuencias negativas derivadas de su inactividad probatoria o de la falsedad de sus coartadas cuando, como ocurre en el presente caso, suficiente prueba existe en su contra. En palabras de la [sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de fecha 30 de Diciembre de 1.999](#) : "cabe recordar también la Jurisprudencia del Tribunal Supremo en relación al derecho a la presunción de inocencia (sentencia del Tribunal Supremo de 17 de Julio de 1.997), que señala cómo tal derecho no es un derecho activo, sino de carácter reaccional; es decir, no precisado de comportamiento activo por parte del titular del mismo. No precisa éste solicitar o practicar prueba alguna para acreditar su inocencia si quiere evitar la condena, pues la carga de la prueba de su culpabilidad está atribuida al que la afirme existente, que es el que tiene que acreditar la existencia no sólo del hecho punible, sino la intervención que en él tuvo el acusado -entre varias, sentencias del Tribunal Constitucional [141/86 \(EDJ 1986/141\)](#), [150/89 \(EDJ 1989/8349\)](#), [134/91 \(EDJ 1991/6451\)](#) y [76/94 \(EDJ 1994/2300\)](#) -. En tal sentido, como recientemente recuerda la [sentencia del Tribunal Supremo 721/94 \(EDJ 1994/3002\)](#), no difiere esencialmente de lo que es general a la teoría general del proceso conforme a los artículos 1.251 y 1.214 del CC. Consecuentemente con ello, continúa exponiendo, que lo que dispensa o "libera" de carga probatoria es la simple y mera negación de la intervención en el hecho; pero acreditada la misma se produce una nivelación procesal de las partes, y así, la parte acusada, si introduce en la causa un hecho impeditivo, tiene la carga de justificar probatoriamente la existencia del mismo pues la propia jurisprudencia del Tribunal Constitucional -sentencias 31/81, 107/83, 17/84 y 303/93 - ha limitado la carga de la prueba de la acusación a la de los hechos constitutivos de la pretensión penal. Y entender lo contrario -que bastaría la alegación de un impeditivo- privaría de sentido al derecho fundamental a producir prueba de descargo reconocido en los Tratados Internacionales y dirigido, si se priva de él, a evitar la indefensión"

Debe recordarse que, como establece el Tribunal Supremo, Sala 2ª, en Auto de 6 de Mayo de 2.002, "la doctrina procesal sobre la carga de la prueba obliga a cada parte a probar aquello que expresamente alegue, por lo que, así como sobre la acusación recae el "onus" de probar el hecho ilícito imputado y la participación en él del acusado, éste viene obligado, una vez admitida o se estime como probada la alegación de la acusación, a probar aquellos hechos impeditivos de la responsabilidad que para él se deriven de lo imputado y probado, hechos impeditivos que es insuficiente invocar sino que debe acreditar probatoriamente el que los alegue, pues no están cubiertos por la presunción de inocencia, ya que de otro modo se impondría a las acusaciones la carga indebida, y hasta imposible, de tener que probar además de los hechos positivos integrantes del tipo penal imputado y de la participación del acusado, los hechos negativos de la no concurrencia de las distintas causas de extinción de responsabilidad incluidas en el catálogo legal de las mismas.

Una cosa es el hecho negativo, y otra distinta el impeditivo, pues no es lo mismo la negación de los hechos que debe probar la acusación que la introducción de un hecho

que, aún acreditados aquéllos, impida sus efectos punitivos, pues esto debe probarlo quien lo alega ya que el equilibrio procesal de las partes impone a cada una el "onus probandi" de aquello que pretende aportar al proceso, de modo que probados el hecho y la participación en él del acusado que es la carga probatoria que recae sobre la acusación, dicha carga se traslada a aquél cuando sea él quien alegue hechos o extremos que eliminen la antijuricidad, la culpabilidad o cualquier otro elemento excluyente de la responsabilidad por los hechos típicos que se probaren como por él cometidos (sentencias del Tribunal Supremo de 9 y 15 de Febrero de 1.995).

En otras palabras, la defensa no debe limitarse a adoptar un posicionamiento meramente pasivo o de mero rechazo de la acusación, sino que debe intervenir activamente en relación a la acreditación de aquéllos hechos que pueden favorecer sus pretensiones".

Por todo lo indicado procede desestimar el motivo del recurso.

SEXTO.- Como segundo motivo del recurso, se alega desproporcionalidad, sin aportar argumento alguno sobre porqué ha de tener tal consideración la sanción de prohibición de obtener licencia federativa por un plazo de cuatro años. Nuevamente, al igual que en el motivo anterior, se limita a tacharla de desproporcionada sin más fundamento. Pese a ello, para dar respuesta al motivo, ha de tenerse presente que además de la posesión de elementos necesarios para el uso de sustancias prohibidas, una de estas sustancias halladas en posesión de la recurrente era una sustancia no específica (eritropoyetina). Y el artículo 23.1 de la LO 3/2013, establece que "*se impondrá una suspensión de la licencia por un periodo de cuatro años cuando la infracción no se haya cometido con una sustancia específica*". Y este es el caso. Y aunque existe la posibilidad de que la sanción sea de dos años, para ello se requiere que el deportista acredite la falta de intencionalidad, lo que no ha llevado a cabo – ni intentado siquiera – pero que además no resulta de los elementos de juicio que obran en el expediente. La posesión de elementos destinados indubitadamente destinados al uso de sustancias prohibidas unido a la posesión de una sustancia prohibida no específica llevan a considerar que el órgano competente para la imposición de la sanción, y también para apreciar las circunstancias concurrentes, ha actuado correctamente, procediendo la desestimación del motivo.

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

ACUERDA

DESESTIMAR íntegramente el recurso interpuesto por Dña. XXX contra la Resolución de la Agencia Española de Protección de la Salud en el Deporte (AEPSAD), de 13 de mayo de 2019.

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

EL PRESIDENTE



EL SECRETARIO

