

EL DERECHO DEL DEPORTE EN IBEROAMÉRICA. DESAFÍOS Y EXPERIENCIAS NACIONALES EN EL SIGLO XXI

Obra ganadora del Concurso Anual 2016 de la Editorial UNIJURIS



Coordinador
KAREL LUIS PACHOT ZAMBRANA

Libro indexado en la plataforma jurídica Global vLex.com



Coordinador: Karel Luis Pachot Zambrana
Edición y corrección: Lic. Ramón Caballero Arbelo
Diseño interior y de cubierta: Di. Mario Villalba Gutiérrez
Emplante digital: MSc. Daylín Rodríguez Javiqué

Sobre la presente edición:

© Karel Luis Pachot Zambrana, 2017.

© Editorial UNIJURIS, 2017.

El Derecho del deporte en Iberoamérica.
Desafíos y experiencias nacionales en el siglo XXI

ISBN 978-959-7219-46-0

Unión Nacional de Juristas de Cuba

Sociedad cubana de Ciencias Penales

Facultad de Derecho de la Universidad de La Habana

Obra ganadora del Concurso Anual 2016 de la Editorial UNIJURIS:

El jurado estuvo integrado por:

Presidente: Dr. Andry Matilla Correa, Profesor Titular de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho de la Universidad de la Habana y presidente de la Sociedad cubana de Derecho Constitucional y Administrativo.

Secretaria: Dra. Orisell Richards Martínez, Profesora Auxiliar de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Habana.

Vocal: Dra. Dánice Vázquez D' Alvaré, Profesora Titular de Derecho de la Propiedad Industrial de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Habana.

Redacción y Administración

Calle 21 No. 552, esq. D, Apartado Postal 4161, Plaza, C.P. 10400,
La Habana, Cuba. 30 de junio de 2015.

Teléfonos: (53)7832-9680/7832-7562; Email: unjc@unjc.co.cu

Web: www.unjc.co.cu

ÍNDICE

Presentación / VI

Dr. Karel Luis PACHOT ZAMBRANA

Deporte y Derecho en España / 1

Dr. José BERMEJO VERA

La organización pública estatal del deporte en España / 26

Dr. José Luis CARRETERO LESTÓN

La Constitución, el deporte y los servicios públicos en Cuba / 43

MSc. Yomisel GALINDO RODRÍGUEZ

El deportista como sujeto de la relación jurídica administrativa. Posición en el Derecho cubano / 56

Dra. Nilda Haydeé RIZO PÉREZ

Lic. Yayma HENRIQUEZ RIVERO

La responsabilidad jurídica civil de las entidades organizadoras de eventos deportivos.

Tendencias en Iberoamérica y sus retos en Cuba / 83

Dr. Rolando PAVÓ ACOSTA

La cultura física y el deporte en la Constitución mexicana / 111

MSc. Adrián CAMARGO ZAMUDIO

O direito ao desporto como direito fundamental nos países de língua portuguesa / 126

Dra. Maria José CARVALHO

Dr. Vilde DE MENEZES

Dr. Gustavo PAIPE

Año de elecciones federativas: seguimos sin noticias del derecho de asociación / 150

Dr. Julián ESPARTERO CASADO

Las garantías del derecho al deporte en el ordenamiento jurídico cubano. Hacia un modelo necesario y deseable en la actualización del sistema deportivo / 201

Dr. Karel Luis PACHOT ZAMBRANA

O principio constitucional da autonomia desportiva / 234

Dra. Márcia SANTOS DA SILVA

La relación jurídica laboral especial en el marco deportivo. Desafíos en el contexto de actualización del modelo económico cubano / 266

Dr. Freider SANTANA LESCAILLE

MSc. Yadira DE LAS CUEVAS POTRONY

Concurso de acreedores de clubes deportivos. A propósito de la legalidad de la Ley 30.064 o ley complementaria para la reestructuración económica del fútbol peruano / 292

Dr. Esteban CARBONELL O'BRIEN

Deporte, finanzas y mercado. Notas introductorias en torno a una simbiosis necesaria para el Derecho del deporte en Cuba / 305

Dra.C. Yalenni PÉREZ URQUIZA

MSc. Elizabeth BAUSA CABALLERO

La responsabilidad penal de las personas jurídicas (con especial referencia a los clubes deportivos) y los programas de cumplimiento / 318

Lic. Eva CAÑIZARES RIVAS

Dr. José Luis PÉREZ TRIVIÑO

La evolución del Derecho penal deportivo en España / 345

Dra. Rosario DE VICENTE MARTÍNEZ

Situación actual de la corrupción en el deporte: un acercamiento al Código Penal español / 375

Dr. José Manuel RÍOS CORBACHO

Los delitos deportivos en Cuba. Una visión desde la dogmática penal / 406

Dr. Ciro Félix RODRÍGUEZ SÁNCHEZ

Lic. Mirtha Ricel MENA CASTELLANOS

**Inclusión del delito de dopaje en el Código Penal
¿necesidad en la sociedad cubana actual? / 433**

Dr. Ciro Félix RODRÍGUEZ SÁNCHEZ

MSc. Dayris ZAMORA CASTILLO

**La obligatoriedad de las resoluciones del Tribunal de
Arbitraje Deportivo (T.A.D.) en México.**

El caso de José Salvador CARMONA ÁLVAREZ / 456

Dra. Zitlally FLORES FERNÁNDEZ

**Los desafíos permanentes de la administración
(la dirección o la gestión) en el Sistema Cubano de Cultura
Física y Deportes / 477**

MSc. Adis CAPOTE PÉREZ

**CAPABLANCA en Santiago de Cuba:
su primera visita a la tierra indómita / 491**

Dr. Léster Amaurys MARTÍNEZ QUINTANA

Política social, deporte, discapacidad e integración social / 498

MSc. Osmanys SOLER NARIÑO

Lic. Yaser BRING PÉREZ

Presentación

Podremos estar de acuerdo o no en los gustos y aficiones personales por los deportes e, incluso, no apetecemos ninguno. Pero ello no nos impedirá coincidir en lo que sí ya es una realidad social indiscutible, y que parte de las dinámicas que influyen actualmente las sociedades contemporáneas: nos encontramos asistiendo a sociedades considerablemente influenciadas por el deporte (o progresivamente deportivizadas. Ello ha condicionado la incorporación directa e inmediata de importantes sectores a la práctica formal de las actividades deportivas, donde la competición ocupa, sin lugar a dudas, la cima de la consecución de los propósitos deportivos individuales y competitivos. Pero también la afición a los espectáculos deportivos es ya parte indisoluble, identitaria y afirmativa de nuestras manifestaciones culturales.

Así se ha venido concibiendo, con mayor o menor intervención pública o con prevalencia de organizaciones privadas, un genuino ordenamiento jurídico del deporte cual sistema de normas, reglas, instituciones, organizaciones, procedimientos, principios y valores, entre otros, se ha encargado de regular las relaciones socialmente relevantes generadas en el deporte. He ahí el Derecho del deporte. Tal ordenamiento jurídico particular impacta en toda la órbita social. De ahí que nos sea inexcusable pronunciarnos debida y oportunamente desde la doctrina académica del Derecho. Y ello porque siempre acechan “peligros”, “desafíos” o “tensiones” que pueden lacerar la plena integración del deporte en el ordenamiento jurídico general, suponiéndose en las particularidades del mismo o en el pretendido “complejo de isla”, tal y como nos lo identificara Luis María CAZORLA PRIETO, argumento este último que ha pretendido legitimar una abstención del Derecho general frente a los “muros del deporte”.

Entonces podrían verificarse importantes y relevantes “distorsiones” en cuanto a la integración de las normas emanadas del “mundo deportivo”, y con ello de sus preceptos o instituciones (entiéndase provenientes mayormente de las asociaciones deportivas, tradicionales ordenadores del deporte) con las normas jurídicas generales (tanto en los órdenes administrativo, civil, constitucional, laboral, penal, mercantil, financiero, procesal, entre otros), muchas veces con la anuencia, el desconocimiento o hasta la complicidad de los propios Estados.

Frente a estos peligros nos advirtió el prestigioso y reconocido profesor español José BERMEJO VERA, cuando afirmó que "(...) ningún jurista celoso de su profesión puede sostener la tesis de que la naturaleza genuinamente privada del deporte exige la proscripción de las fórmulas de ordenación y encauzamiento normativo del deporte procedentes de los legítimos poderes públicos, e incluso la eliminación de influencias constitucionales inevitables, como la de los principios y los derechos fundamentales".¹

Precisamente, compartiendo estas y otras preocupaciones relacionadas con la ordenación jurídica del deporte nos convocamos los autores esta obra, teniendo como punto de partida la recientemente constituida Red Iberoamericana de Investigadores en Derecho y Gestión del Deporte (coordinada desde la Universidad de Oriente, Santiago de Cuba, y reconocida y patrocinada por la Asociación Universitaria Iberoamericana de Posgrado, AUIP, con sede en Salamanca, España) con el propósito de exponer, de una forma adecuadamente sistemática, los principales desafíos y tendencias de la ordenación jurídica del deporte en las sociedades iberoamericanas a partir de las experiencias nacionales.

Ello nos permitió reunir una importante muestra de los más serios, rigurosos e importantes estudios doctrinales que en los últimos tiempos venimos desarrollando todos aquellos que nos permitimos considerar ya como comprometidos iusdeportivistas. Los estudios los propusimos ordenar, a su vez, en las diferentes áreas particulares del conocimiento jurídico abordadas, de modo que los lectores pueden encontrar en la obra un resultado accesible y sugerente para posteriores pesquisas personales o institucionales. Esperamos que también para acercarse, conocer y comprender el Derecho del deporte.

Al final de la obra, en una suerte de adenda, decidimos incluir tres estudios sobre sociología, historia y gestión y administración del deporte, los que nos permitirán comprender en su alcance multidimensional el fenómeno deportivo, necesariamente urgido de ello en el propósito de comprender cabalmente su importancia social y jurídica. Confiamos que serán de interés y disfrute para todos.

¹ Bermejo Vera, José, Constitución y deporte, Tecnos, Madrid, 1998, p. 19.

Finalmente, en mi condición de coordinador de la obra, debo expresar el más sincero agradecimiento a nombre de todos los miembros de la Red a todos los autores que gentilmente contribuyeron con sus colaboraciones, miembros o no de la misma, y que han venido apoyando cada uno de los proyectos que hemos venido proponiendo y concretando y sin cuya denodada y desinteresada participación no fuera posible hoy exhibir resultados como este. A todos ustedes muchas gracias, confiando que este y otros resultados académicos que exhibiremos en un futuro inmediato contribuyan definitivamente al acervo, conocimiento y aplicación del Derecho del deporte no sólo en Iberoamérica sino, incluso, en todo el mundo.

Dr. Karel Luis PACHOT ZAMBRANA

Coordinador del Grupo de Investigación sobre Derecho del Deporte
de la Universidad de Oriente, Santiago de Cuba,
y Coordinador/ Promotor de la Red Iberoamericana de Investigadores sobre
Derecho y Gestión del Deporte

Santiago de Cuba, 15 de abril de 2016

Deporte y Derecho en España

Dr. JOSÉ BERMEJO VERA*

Sumario

- I. Introducción
 - I.1. El deporte en general
 - I.2. La intervención de los poderes públicos en el deporte
 - I.3. Los tribunales de justicia y los deportistas profesionales
- II. Significado del Derecho (ordenamiento) deportivo
 - II.1. El Derecho u ordenamiento jurídico-deportivo
 - II.2. El marco legal del deporte en España
 - II.3. Referencia a las competencias de las Comunidades Autónomas y Corporaciones locales sobre el deporte
- III. El llamado “modelo” deportivo estatal: corresponsabilidad entre sector público y privado
 - III.1. La Administración Pública del deporte
 - III.2. El régimen del asociacionismo deportivo
 - III.3. El control del dopaje
 - III.4. La prevención de la violencia en los espectáculos deportivos
 - III.5. El régimen de la disciplina deportiva
- IV. Régimen del deporte profesional
- V. Nota final: esquema normativo
- VI. Referencias bibliográficas

* Catedrático de Derecho administrativo, Facultad de Derecho de la Universidad de Zaragoza, España. Presidente de Honor de la Asociación Española de Derecho Deportivo (AEDD). Miembro de Honor del Grupo de Investigación sobre Derecho del Deporte, Universidad de Oriente, Santiago de Cuba. Investigador de la Red Iberoamericana de Investigadores en Derecho y Gestión del Deporte (reconocida y patrocinada por la Asociación Universitaria Iberoamericana de Posgrado, AUIP, Salamanca, España). jbermejo@unizar.es

I. Introducción

I.1. El deporte en general

El “deporte”, es decir, el conjunto de las actividades humanas calificadas como físico-deportivas, ha sido una constante de nuestra historia conocida. Dicho de otra manera, los deportes forman parte relevante de nuestra cultura común, fundamentalmente a partir del conocido fenómeno de los antiguos y tradicionales Juegos Olímpicos (J.J. OO.), restablecidos a finales del siglo XIX y continuados sin, prácticamente, interrupciones hasta nuestros días.

En la actualidad el deporte en general, pero el fútbol en particular, se encuentra en pleno vigor social y económico, merced a la ayuda imprescindible de los medios de comunicación (especialmente, la televisión), sobre todo en sus manifestaciones principales, es decir, las competiciones deportivas de ámbito europeo y mundial. Y, por supuesto, los campeonatos de las distintas modalidades deportivas en todos los países y sus zonas regio-nacionales.

Cualquiera que sea el juicio que merezca el fenómeno deportivo – y, desde luego, no todas las personas opinan lo mismo –, el deporte constituye, desde hace ya bastantes años, y mucho más en los últimos tiempos, una evidente, notoria, reconocida y, por regla general, estimada manifestación del progreso de todas las sociedades del orbe, sin excluir a las más débiles económicamente. Por cierto, los “deportes” (identificación equiparada a la actividad física-deportiva en general) se practican – o se contemplan –, de una u otra forma en todo el mundo. Y, además, sus organizaciones o estructuras típicas (los clubes, las federaciones, sobre todo) han adquirido una influencia creciente, difícil de imaginar en el pasado más próximo, y desarrollan funciones muy destacadas en todos los Estados del mundo, sin excepción alguna.

Pero, especialmente, el “deporte profesional”, es decir, el deporte practicado por profesionales (también denominado como deporte espectáculo) tiene una significativa e indiscutida importancia universal, atrayendo millones de lectores (de prensa y literatura), oyentes (de radio) o espectadores (del audiovisual o internet), a través de la contemplación directa y también a través de los medios de comunicación social (prensa escrita y audiovisual). En epígrafes posteriores se trata específicamente el régimen jurídico del deporte profesionalizado.

No resulta sorprendente, por ello, y sin que falten las críticas negativas, que las extraordinarias dimensiones del fenómeno deportivo, desde

todos los puntos de vista (cantidad de deportistas y asociaciones deportivas, repercusión social y económica, seguridad pública, literatura, medios de comunicación, etc.), atraigan la atención ciudadana y, por derivación, hayan excitado el interés, la vigilancia y control e intervención de todos los poderes públicos sobre los deportes.

El deporte, digámoslo así, rotundamente, se ha convertido en fundamental en el sistema de vida de los ciudadanos, alcanzando un elevadísimo grado de participación humana, en la práctica directa, aficionada, profesional o cuasi profesional, o como espectadores. Además, las fronteras de los diferentes Estados, no solamente han dejado de constituir una barrera u obstáculo en este ámbito del deporte, sino que, por el contrario, han favorecido espectacularmente las relaciones entre los diferentes países.

Ahora bien, como estas actividades físico-deportivas se desarrollan de diferentes formas – desde la práctica activa, de manera individualizada o en grupo, en modalidad competitiva o sin competición, en forma de afición o de ejercicio de profesión, incluso como simple contemplación de un espectáculo –, es lógico que las normas y reglas que les afectan, imprescindibles para ordenar el desarrollo de las diferentes actividades deportivas, sean distintas. Igualmente es diferente la atención, tutela o control de los poderes públicos (las organizaciones internacionales, los Estados nacionales, las entidades “subestatales” – en España, las Comunidades Autónomas (en adelante CC. AA.) –, las Corporaciones locales – Municipios y Provincias –, etc.).

1.2. La intervención de los poderes públicos en el deporte

Centraremos ahora nuestro comentario en la explicación y justificación de la intervención de los poderes públicos (Estados, CC. AA., Provincias, Municipios, etc.) en el deporte.

Para empezar, es preciso poner de relieve que aquellas reglas “autóctonas” y originales de las distintas modalidades deportivas (o sea, lo que es “penalty” o “fuera de juego” o las tarjetas amarilla y roja en el fútbol, la “falta personal” en el baloncesto, la organización de competiciones en las diferentes modalidades, etc.) son “reglas de juego” que elaboran y aprueban las propias organizaciones deportivas (el Comité Olímpico Internacional, las federaciones internacionales o las nacionales) en sus respectivos estatutos y reglamentos.

Pero, además, esas reglas autóctonas y propias de cada tipo de deporte – las “reglas de juego” – se completan con otras reglas elaboradas y aprobadas por los poderes públicos en el desempeño, como en otros ámbitos

de la sociedad, de su legítima función. Porque cuando se trata de poderes públicos democráticos, la regulación y ordenación de cualquier sector social (educación, sanidad, transportes, telecomunicaciones, seguros, crédito, agricultura, medio ambiente, etc.), incluido – ¿por qué no habría de ser así? – el sector del deporte. Porque no hay, o sea, no puede haber, “rincones sociales exentos” para la actuación de los poderes públicos.

Dicho sencillamente, quienes son representantes legítimos de la soberanía popular – es decir, los poderes públicos – no pueden desentenderse de la realidad, de las consecuencias o de los efectos que se producen y desarrollan, como es el caso de los deportes, en una sociedad democrática. Mucho menos, cuando se trata de un fenómeno, según hemos dicho, de indiscutible repercusión social y de tan compleja naturaleza como el sector del deporte. Un fenómeno social, por añadidura, que puede influir notoriamente en el entretenimiento, la salud, la vida social y el desarrollo personal.

Esta labor de soporte de la actividad deportiva, desde luego, no es sólo característica del Estado español, pues ya desde hace algunas décadas se ha venido produciendo en Europa – o, al menos, en una buena parte de los Estados europeos – una intervención del poder público en los deportes, más o menos formalizada desde el punto de vista legislativo. Conviene subrayar que los poderes ejecutivos de los Estados europeos intervinieron, a través de sus Administraciones públicas, en la gestión del desarrollo – e incluso ordenación – de los deportes, la mayor parte de las veces sin que esa “intromisión” (siempre ha sido juzgada como tal, sobre todo cuando se producía mediante órdenes e instrucciones políticas) se formalizase en normas jurídicas emanadas del poder legislativo, único representante legítimo y democrático de la sociedad. Además, cuando se produjo dicha intervención, insisto, reputada como “intrusismo” político en una actividad privada, no lo era tanto como muestra de la preocupación pública por la importancia de la práctica deportiva para los ciudadanos y para el conjunto de la sociedad, sino mucho más por motivos de control de la seguridad y del orden público en los espectáculos deportivos.

La Constitución española de 1978 (en adelante CE), la norma principal y suprema del Derecho (u ordenamiento jurídico) español, es la que incorporó, por primera vez en nuestra historia, un precepto, inédito en los textos constitucionales precedentes, ordenando a los poderes públicos fomentar la educación física y el deporte, junto a la educación sanitaria y la utilización del ocio (art. 43.3 CE). Algo parecido plantean los Estatutos de las CC. AA., que son su norma institucional básica, por derivación de lo que dispone el artículo 148.1.19 de la CE, según veremos.

Este mandato de promocionar el deporte se incluyó en el texto constitucional debido a cierta presión del llamado “mundo del deporte” (así suele identificarse entre los deportistas al conjunto de practicantes del deporte, sus estructuras organizativas y sus medios de comunicación específicos). Ciertamente, influyó, y mucho, el resultado o las conclusiones de una Asamblea General del Deporte que se celebró en diciembre del año 1977, en los albores del debate de la CE. Pero también la convicción de quienes participaron, como representantes del pueblo español, en la elaboración y aprobación del texto constitucional, acerca de los indudables beneficios de la actividad deportiva en la vida de los ciudadanos.

En definitiva, lo cierto es que la CE propició e impulsó la intervención de los poderes públicos sobre las actividades deportivas en general, dando lugar a una eficaz e importante tarea del poder público en apoyo del deporte. No se puede negar que la tradicional despreocupación – o preocupación “interesada” para fines propagandísticos –, del poder público sobre los deportes, dio paso a una actitud completamente distinta. Desde fechas relativamente recientes, los distintos poderes públicos apoyan el deporte y, desde el punto de vista de los evidentes y reconocidos éxitos, favorecen su desarrollo y popularidad.

La primera norma de rango legal reguladora de la educación física y de las actividades deportivas, promulgado en España ya en el año 1961, tenía como objetivo generalizar el ejercicio de la educación física y del deporte en la escuela y en la sociedad, con fines notoriamente políticos. Los planteamientos esenciales de esa ley respetaban estrictamente las fórmulas de la tradición deportiva, recogidas y constatadas por el identificado entonces como Movimiento Olímpico. Así, por ejemplo, dicha Ley incluía la terminante prohibición de acudir a los tribunales de justicia, bajo la amenaza a quienes acudiesen a los jueces ordinarios en defensa de sus intereses o derechos – ahora, en cierto modo, reiterada – de pérdida de la licencia federativa y demás derechos inherentes al deportista. Esta regla procedía de la Carta Olímpica, del Comité Olímpico Internacional (C.O.I.), y se encontraba, tal cual, en los estatutos y reglamentos de las federaciones deportivas internacionales. Obviamente, la dependencia total de las federaciones deportivas españolas, respecto de las federaciones internacionales, justificaba la reiteración de tan restrictiva regla, no solamente en las normas estatutarias de las federaciones deportivas, sino incluso en la propia legislación española. Como veremos luego, la vigente ley estatal del deporte (y también las leyes autonómicas del deporte) consagra el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE), o sea, el derecho de acceder a los tribunales, de todos los ciudadanos y, por supuesto, de los deportistas, en defensa y protección de sus derechos e intereses legítimos.

I.3. Los tribunales de justicia y los deportistas profesionales

Fue a comienzos de los años setenta cuando se empezó a poner en cuestión esa prohibición a los deportistas de reclamar a los tribunales de justicia. Y, una vez que se había relajado la aplicación de aquéllas restrictivas normas, empezaron las reclamaciones judiciales de algunos atrevidos deportistas, atendiendo probablemente a los consejos de juristas que consideraban jurídicamente inaceptable la denegación del derecho a reclamar ante el poder judicial, es decir, de acudir a los tribunales de justicia. Téngase en cuenta que, desde el año 1956, se encontraba en vigor la ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa, una de las normas más importantes para la homologación del Estado español en el mundo democrático y, desde luego, para el progreso hacia el reconocimiento de derechos esenciales de las personas.

Así fue como el Tribunal Supremo, en una Sentencia de 3 de noviembre de 1972 (“Asunto Mendoza”, conocido futbolista extranjero que jugaba en España), revocó y anuló la sentencia de un juzgado laboral que, siguiendo lo dispuesto en la restrictiva legislación antes mencionada, se declaró incompetente en una demanda planteada por el mencionado futbolista reclamando las retribuciones adeudadas por el club en el que entonces prestaba sus servicios. El Tribunal Supremo le dio la razón en su recurso, considerando que la reclamación era jurídicamente viable por formar parte de los derechos del deportista en su condición de “trabajador”.

Y, claro está, no solamente se abrió así la puerta de la “laboralización” de los deportistas que practicaban el deporte en el plano profesional, sino que quedó definitivamente en entredicho la prohibición del acceso a la vía judicial. En la actualidad, ya perfectamente normalizada, como veremos, y con consecuencias muy importantes en los derechos de los deportistas-futbolistas profesionales (a partir del “Asunto Bosman”, que se tratará más adelante).

Poco tiempo después, la doctrina de esta decisión judicial fue confirmada por el Tribunal Supremo, en otro foro judicial. En efecto, la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional resolvió un recurso planteado contra la correspondiente organización federativa (hípica) por un deportista que fue eliminado del Campeonato de España de “doma de caballos”. La Sentencia de 17 de septiembre de 1975 (“Asunto Tornos”) determinó que la mencionada prohibición de recurrir a los tribunales de justicia era restrictiva y totalmente incompatible con la legislación española.

El cambio de régimen político, consolidado con la promulgación de nuestra Constitución de 1978, supuso en el ámbito del deporte, como en otros,

una profunda alteración de los planteamientos existentes. Por una parte, se normalizó la posibilidad de reclamación de los deportistas a la justicia ordinaria. Por otra – y esto es lo relevante para nuestro objeto –, el poder público comenzó a demostrar su inquietud por la prudente ordenación de la actividad deportiva, en el mismo o semejante nivel que para otros sectores de la sociedad.

Tras la CE, según hemos visto, se estableció la obligación de todos los poderes públicos de fomentar el deporte, como uno más de los “principios rectores de la política social y económica” (su significado se analiza luego). Esta intervención o tutela pública sobre las actividades deportivas obedecía al mandato aludido, pero también al impulso y conformación social que representa el poder legislativo en un Estado de Derecho democrático y social.

Efectivamente, si el poder legislativo interviene en cualquier ámbito de la sociedad, no es fácilmente explicable por qué no va a poder hacerlo en el sector del deporte, siempre que con ello no conculque los principios y reglas de la CE, único “techo” normativo invulnerable para el legislador. De ahí que la primera ley del deporte tras la CE (la Ley General de la Cultura Física y del Deporte, de 1980), tras configurar las disposiciones sustanciales en la ordenación de las actividades físicas y deportivas, y con exquisito respeto a las libertades y derechos constitucionales, reservase la máxima responsabilidad de la política deportiva al Consejo Superior de Deportes, un organismo autónomo de la Administración estatal creado ad hoc, en cuya estructura participaría necesariamente una representación plural de las diferentes organizaciones públicas con competencias deportivas, concretamente las CC. AA. y las Entidades locales, así como las asociaciones deportivas privadas – federaciones deportivas –, tradicionalmente gestoras de los distintos deportes. Por último, la ley creó un Comité Superior de Disciplina Deportiva (antecedente del actual Tribunal Administrativo del Deporte) que es un órgano de la Administración del Estado. Este “tribunal”, vigente ya la Ley de 15 de octubre de 1990, tiene el exclusivo objeto de desempeñar un papel crucial en la gestión deportiva, es decir, la resolución definitiva de las cuestiones de la disciplina deportiva, aunque con posibilidad de posterior recurso ante los tribunales de la jurisdicción contencioso-administrativa.

Estos planteamientos aseguran los procedimientos de tutela y control del poder público respecto de las organizaciones federativas, de forma directa, y, de los clubes o asociaciones deportivas, de forma indirecta. La legislación incide en algunos aspectos del sistema de la organización deportiva privada (clubes o asociaciones de primer nivel y federaciones o asociaciones de segundo grado), cumpliendo así el mandato constitucional precitado.

II. Significado del Derecho (ordenamiento) deportivo

II.1. El Derecho u ordenamiento jurídico-deportivo

Como ya hemos visto, prácticamente todos los países – España, sin ninguna duda – han “intervenido” siempre, de una u otra forma, a través de sus brazos ejecutivos – las Administraciones públicas – en el desarrollo y ordenación de las actividades deportivas. En cualquier caso, la intervención de los poderes públicos en el ámbito del deporte ha adquirido actualmente la consideración de “sistema jurídico”, identificado comúnmente como “ordenamiento jurídico-deportivo” o, más coloquialmente, “Derecho deportivo”.

Sintetizando todo lo posible, podría decirse que el “Derecho deportivo” es un sistema muy complejo, que está integrado por los siguientes tipos de normas o reglas (sin que el orden en que se relacionan sea determinante, ni mucho menos, de su mayor o menor valor y más o menos aplicación efectiva):

- en primer lugar, por las normas procedentes de las propias y peculiares organizaciones o estructuras de gestión del deporte, es decir del sector “privado”. Encajan aquí todas las reglas procedentes de los comités olímpicos (internacional y nacionales), los estatutos y reglamentos deportivos de las federaciones internacionales, nacionales o autonómicas, así como de los clubes y demás asociaciones deportivas;
- en segundo lugar, por las normas del poder público, es decir, desde la Constitución hasta las leyes y reglamentos del Estado y de las CC. AA., tanto las que ordenan la forma de intervención, tutela o control de los poderes públicos sobre las entidades deportivas de cualquier clase o condición, como las normas generales civiles, penales, mercantiles, laborales, fiscales, etc., que afectan a clubes y federaciones;
- en tercer lugar, por los tratados internacionales y normas de la Unión Europea, vinculantes para el Estado español como parte de aquéllos o como miembro de dicha organización supranacional.

Hemos de advertir que esta descripción es muy simplista y genérica. Además, la interpretación de un conjunto normativo tan heterogéneo no resulta sencilla, porque, además de la distinta procedencia, distinto valor y diferente función de unas y otras normas, para la solución de los conflictos que surgen en el deporte los “operadores” jurídicos, o sea, quienes lo analizan y aplican, disponen de cierta libertad interpretativa. En definitiva, son los jueces y tribunales del poder judicial, según los hechos y las cuestiones que se discuten, quienes tienen la última palabra en la resolución de los conflictos.

II.2. El marco legal del deporte en España

La legislación de carácter general y la legislación estrictamente referida a los deportes conviven en el sistema jurídico (Derecho u ordenamiento jurídico), junto también con la normativa propia de las federaciones deportivas y de los clubes o asociaciones deportivas. Pero, como vamos a ver luego, en España, que es un Estado “plural” o autonómico, o sea, un Estado organizado desde el concepto de la “soberanía nacional única” (Estado central), pero con reconocimiento y respeto de poderes territoriales (CC. AA.), la “armonía” – en el sentido de unión, concierto o combinación de unas normas con otras – no se ha conseguido totalmente por los motivos que se explicarán.

Sin embargo, hay que decir que esa deseable armonía entre las normas se ha logrado en el ámbito de las leyes estatales y autonómicas, gracias a la adopción de un originario modelo de “corresponsabilidad” entre el sector público y el privado. Esto quiere decir que dicho modelo combina la competencia de los poderes públicos para ordenar cuestiones fundamentales del deporte, y, al mismo tiempo, la capacidad de disposición y ordenación de los agentes del “mundo del deporte” sobre ciertos aspectos de la gestión y desarrollo de las modalidades deportivas.

Efectivamente, hay un problema en la distribución constitucional de “competencias” (poder de elaborar y aprobar normas sobre el deporte) entre el Estado y las CC. AA.. Pero, a pesar de las diferencias – más bien escasas – que pueden observarse entre la ley estatal y las leyes deportivas de las 17 comunidades autónomas españolas, ese problema se ha resuelto relativamente bien. Desde luego, mejor que otros ámbitos de la acción pública.

II.3. Referencia a las competencias de las Comunidades Autónomas y Corporaciones locales sobre el deporte

El denominado “Derecho deportivo”, como ya se ha dicho, está integrado por un conglomerado de normas en el que las diferentes piezas (normas administrativas, civiles, mercantiles, laborales, etc.) deben encajar del mejor modo posible. Pero, en lo que se refiere a la competencia para dictarlas, teniendo en cuenta la peculiar organización política y territorial del Estado español, hemos de precisar lo que sigue a continuación.

En el Título VIII de la CE se reservan al Estado competencias exclusivas para la regulación de determinadas materias. El artículo 149 especifica las que corresponden sólo al Estado o, si se prefiere, las que no pueden desempeñar las CC. AA.. Nada se dice directamente sobre el deporte en

el artículo 149. Por el contrario, el artículo 148.1.19 abre a las CC. AA. la posibilidad de asumir en sus Estatutos la competencia en la “promoción del deporte y de la adecuada utilización del ocio”.

En base a esta distribución competencial, todos los Estatutos de autonomía han incluido la materia “deporte”, o bien “promoción del deporte”, como competencia de las CC. AA.. Esta cuestión pudo constituir un grave obstáculo para la uniformidad de un modelo normativo único o uniforme para el deporte, pues en los Estatutos de Autonomía se han asumido competencias “exclusivas” en deporte

Poco después de aprobarse la CE, se promulgó la ya citada Ley General de la Cultura Física y el Deporte, de 1980. Las CC. AA. no reclamaron contra esta Ley, en defensa de su competencia constitucional, como tampoco lo hicieron contra la estatal Ley 10/1990, de 15 de octubre, del Deporte (en adelante LD). Esta actitud pudo interpretarse como una forma de aceptar que el Estado ejerciera una competencia o materia de gran importancia, en cierto modo “olvidada” en el listado de competencias exclusivas del Estado en el artículo 149 de la CE. Sin embargo, la razón es bastante distinta.

El “deporte” no puede ser considerado como un sector, una materia o un ámbito perfectamente delimitado, ni es fácilmente delimitable. ¿Por qué? Porque no solamente existen varios tipos de practicar las actividades deportivas, porque son bastantes y bien diferentes las modalidades deportivas, tan distantes entre sí como el fútbol, el boxeo, el ciclismo o la colombicultura, y porque buena parte de los deportes pueden gestionarse o practicarse en diversos niveles territoriales (internacional, nacional, regional, provincial, municipal, etc.), o con objetivos funcionales y económicos distintos (profesionales, semiprofesionales, de aficionados, etc.). Obviamente, para su regulación, gestión, promoción tutela y control, se utilizan fórmulas o técnicas jurídicas también diferentes y adecuadas a las peculiares características de esas formas de gestión y práctica.

Por añadidura, una reiterada jurisprudencia del Tribunal Constitucional español, al analizar el significado real y la correcta interpretación de la “exclusividad” de las competencias de las CC. AA., viene a señalar que “la delimitación del territorio” en los Estatutos de autonomía es condición básica para el ejercicio ordinario de sus competencias. Por eso, no es difícil llegar a la conclusión de la razonabilidad de una Ley del Estado sobre ciertas facetas del deporte.

En el preámbulo de la vigente LD se afirma que el objeto de la misma no va más allá del de la ordenación del deporte, aunque “de acuerdo con las competencias que corresponden a la Administración del Estado”. Por eso,

su artículo 2 señala que la Administración del Estado ejercerá las competencias atribuidas por esta Ley y “coordinará” con las CC. AA. y, en su caso, con las Corporaciones locales, aquellas competencias que puedan afectar, directa y manifiestamente, a los “intereses generales del deporte en el ámbito nacional” o estatal.

El Tribunal Constitucional ha avalado en varias ocasiones el criterio de la competencia deportiva del Estado, pese a no existir un título competencial expreso. Por ejemplo, cuando se planteó un conflicto positivo de competencia respecto del Real Decreto estatal 2075/1982, de 9 de julio, sobre actividades y representaciones deportivas internacionales. En su decisión, el Tribunal Constitucional, de acuerdo con la legislación estatal del deporte, reconoció a las federaciones deportivas españolas la exclusividad de la representación internacional del deporte español y, de paso, la capacidad tutelar de la acción del Estado sobre las mismas. Esta fue su doctrina:

“(…) Sin desconocer que la relevancia pública, por su dimensión internacional, de estos concretos encuentros deportivos haya podido llevar a la adopción de la intervención administrativa sobre el deporte federado que incorpora el Real Decreto objeto del conflicto, no es necesario aquí, sin embargo, analizar la relevancia de dicha conexión internacional para determinar la titularidad competencial controvertida.

(…) Siendo esto así, la intervención administrativa disputada habrá de incidir sobre unos entes -las Federaciones Españolas- cuya actividad se desenvuelve en el ámbito nacional y que no quedan, como tales ni tutelados ni asistidos por la Administración deportiva de las distintas Comunidades Autónomas, sino, antes bien, por la Administración del Estado...

(…) Pues bien, desde el momento en que la decisión sobre la participación en la competición ha adquirido rango nacional, por haberse pronunciado ya la Federación Española correspondiente, es claro que la posible intervención administrativa que aquí se viene considerando no puede corresponder a las autoridades de la Comunidad Autónoma, pues si ésta tiene, sin duda, competencias en materia deportiva con arreglo a su Estatuto de Autonomía, no es menos cierto que estas competencias, como cualesquiera otras de las que ostente, no pueden desplegarse sobre entes que, como en este caso ocurre, existen y desarrollan sus actividades en un ámbito nacional sustraído ya al ejercicio de las potestades autonómicas, estando la autonomía constitucionalmente garantizada a las Comunidades Autónomas, al servicio de la gestión de sus intereses propios (art. 137 de la Constitución), limitados *ratione loci* (art. 25.1 del Estatuto de Autonomía de Cataluña), y no siendo desde ella posible, ciertamente,

la afectación, como aquí habría de ocurrir, de intereses que son propios del deporte federado español en su conjunto" (STC 1/1986, de 10 de enero, Fundamento jurídico 3).

De modo que la LD no supone una operación de "redistribución" o un nuevo reparto de las competencias sobre el deporte fijadas en la CE. Según su exposición de motivos, hay factores que justifican la promulgación de una ley del Estado, como por ejemplo "la faceta competitiva de ámbito estatal e internacional que es inherente al deporte" y la "evidente manifestación cultural" que la actividad deportiva constituye. Además, hay otros títulos competenciales a favor del Estado, como los relativos a la "educación", la "investigación", la "sanidad", la "legislación mercantil", así como la "legislación laboral" o la "seguridad pública", que, por su relación con algunas facetas del deporte, proporcionan suficiente cobertura constitucional a la Ley del Estado reguladora del deporte.

Este planteamiento ya se ha asumido por los juristas, aunque con ciertas reservas. El Tribunal Constitucional (con varios votos particulares discordantes), ha considerado que los preceptos de la legislación vasca y catalana del deporte que atribuyen a las federaciones deportivas correspondientes la "representación única" de la respectiva modalidad deportiva, tanto en el ámbito estatal como en el "internacional", son conformes con la CE (es decir, que respetan la distribución constitucional de las competencias entre el Estado y las CC. AA.). De forma un tanto rebuscada, el TC afirma:

"En conclusión, el primer inciso del art. 16.6 Ley Deporte País Vasco, según el cual las federaciones vascas de cada modalidad deportiva serán las únicas representantes del deporte federado vasco en el ámbito internacional, es constitucional siempre que se trate de deportes en los que no existan federaciones españolas, y que, en ningún caso, se impidan o perturben las competencias del Estado de coordinación y representación internacional del deporte español" (STC 80/2012, de 18 de abril. Y, con relación a la legislación de Cataluña, exactamente lo mismo en la STC 110/2012, de 23 de mayo).

Por otra parte, las Entidades locales, es decir, los Municipios, las Provincias y las Islas, en uso de su autonomía garantizada en la CE, tienen competencias sobre deporte. También, por ejemplo, otras Administraciones públicas de carácter local, como las veguerías catalanas o las comarcas, se encuentran habilitadas por las leyes – y, en algunos casos, obligadas – para adoptar acciones que repercuten sobre la actividad deportiva. Claro que sus competencias se limitan estrictamente a su propio ámbito funcional y territorial.

En primer lugar, porque la Ley reguladora de las bases de régimen local, 7/1985, de 2 de abril) dispone (art. 2) que para la efectividad de la autonomía de las entidades locales, constitucionalmente garantizada, la legislación del Estado y de las CC. AA., reguladora de los distintos sectores de la acción pública, según la distribución constitucional de competencias, deberá asegurar a los Municipios, las Provincias y las Islas su derecho a intervenir en cuantos asuntos afecten directamente al círculo de sus intereses. En segundo lugar, porque dicha Ley (art. 25.1) dispone que los Municipios pueden promover actividades y prestar servicios públicos que contribuyan a satisfacer las necesidades y aspiraciones de la comunidad vecinal. Y, en tercer lugar, porque la citada legislación de régimen local (art. 25.2, apartado I) obliga a los Municipios de más de 20.000 habitantes a prestar servicios relativos a “actividades o instalaciones culturales y deportivas (...)”.

De manera que también las Entidades locales desarrollan actividades relacionadas con el deporte. Se trata, fundamentalmente, de construir instalaciones y servicios de apoyo físico-deportivo a los vecinos, de celebrar espectáculos deportivos, pero también de organizar competiciones deportivas de ámbito local, etc.).

III. El llamado “modelo” deportivo estatal: corresponsabilidad entre sector público y privado

¿Existe o podríamos considerar que hay un modelo jurídico-deportivo en España? La respuesta es afirmativa. Sin duda, el sistema de regulación jurídica de los deportes que implantó la legislación del Estado, ha sido respetado y reproducido, prácticamente en su integridad, por todas las CC. AA. en su legislación deportiva. Partiendo de los principios generales que ya hemos expuesto, la vigente LD ordena, principalmente, las siguientes cuestiones:

- la Administración pública del deporte,
- el “asociacionismo” deportivo,
- las competiciones deportivas,
- el olimpismo y el deporte de alto nivel,
- las titulaciones deportivas,
- el dopaje y prevención de la violencia en el deporte,
- la disciplina deportiva,
- las instalaciones deportivas,

- los métodos de conciliación extrajudicial, y
- la regulación específica para el deporte profesional o “mercantilizado”.

A continuación, comento particularidades de cierto interés en alguno de los puntos expuestos.

III.1. La Administración Pública del deporte

La organización pública estatal para el deporte se concentra en un organismo de Derecho público que se denomina Consejo Superior de Deportes (en adelante C.S.D.). Este organismo asume las competencias que el legislador considera propias del Estado tiene como tareas fundamentales las siguientes:

- autorizar la constitución de federaciones deportivas españolas, y aprobar sus estatutos y reglamentos;
- reconocer la existencia de modalidades deportivas específicas;
- asignar fondos públicos a las federaciones y demás asociaciones deportivas;
- controlar el desarrollo de las competiciones deportivas oficiales de carácter internacional y la participación de las selecciones deportivas españolas en dichas competiciones;
- controlar la aplicación de la LD y las normas que la desarrollan;
- coordinar, colaborar y cooperar con las CC. AA., las Entidades locales y las federaciones deportivas españolas en la promoción del deporte, fundamentalmente en lo que se refiere a la construcción de instalaciones y equipamientos deportivos, las medidas de prevención y represión del doping y el reparto de fondos públicos; y
- calificar las competiciones oficiales de ámbito estatal de carácter profesional y autorizar la inscripción registral de las sociedades anónimas deportivas y controlar la adquisición o enajenación de participaciones significativas en su accionariado. (Real Decreto de 5 de junio de 2015, sobre estructura orgánica y funciones del C.S.D.).

Por añadidura, y para garantizar el cumplimiento efectivo y adecuado de las funciones públicas delegadas en las federaciones, el C.S.D. se reserva las siguientes competencias:

- inspección de libros y documentos;
- convocatoria de órganos colegiados; y
- suspensión motivada y provisional del Presidente u otros miembros de órganos directivos.

Del C.S.D. depende el Tribunal Administrativo del Deporte (antes, Comité Español de Disciplina Deportiva), que es un órgano administrativo colegiado (compuesto por varias personas) adscrito al propio C.S.D., pero independiente para realizar sus funciones. No es un “tribunal” de justicia, sino un órgano de la Administración General del Estado.

Su principal función es resolver definitivamente en “vía administrativa” todas las cuestiones de aplicación del régimen disciplinario deportivo, incluido el dopaje, y las cuestiones electorales que se plantean en las elecciones federativas. Quiere decirse que sus resoluciones son “administrativas” y, contra ellas, cabe un recurso ante la justicia contencioso-administrativa (jueces y tribunales del poder judicial).

En este marco organizativo se encuentran, también, la Agencia España de Protección de la Salud en el Deporte y la Comisión Nacional contra la Violencia.

III.2. El régimen del asociacionismo deportivo

a) La LD clasifica las asociaciones deportivas, a los efectos de la Ley, en clubes, agrupaciones de clubes de ámbito estatal, entes de promoción deportiva de ámbito estatal, las ligas profesionales y las federaciones deportivas españolas. A su vez, los clubes, se diferencian en clubes deportivos elementales, clubes deportivos básicos y sociedades anónimas deportivas (S.A.D.). No son muy diferentes los tipos de asociación deportiva contemplados en la legislación autonómica.

Lo importante es que todas las asociaciones deportivas están caracterizadas como estructuras privadas que integran personas físicas o jurídicas y tienen por objeto la promoción de una o varias modalidades deportivas, la práctica de las mismas por los asociados y/o la participación en actividades y competiciones deportivas.

El deporte profesional o “mercantilizado” – sobre cuyas particularidades jurídicas tratamos luego con más detalle – se articula, principalmente, a través de las denominadas S.A.D.. Esta fórmula mercantil se impone obligatoriamente a los clubes, o sus equipos profesionales, que participan en competiciones deportivas oficiales de carácter profesional y ámbito estatal, quedando sometidas a la legislación general de las sociedades anónimas (reguladas en el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital).

b) Como es tradicional en el deporte de todos los países, las “asociaciones deportivas de primer grado”, esto es, los clubes, se integran en “asociacio-

nes de segundo grado” o federaciones deportivas (también ahora en ligas profesionales, según veremos) que son organizaciones de base privada pero que, por sus especiales características, colaboran en el desempeño de tareas públicas. La Ley señala que las federaciones deportivas “ejercen”, por delegación estatal – o de la Comunidad Autónoma, en el caso de las federaciones deportivas autonómicas – “funciones públicas de carácter administrativo”. Esta es la esencia del que puede calificarse como “modelo de corresponsabilidad” en el deporte. ¿Por qué?

Las federaciones deportivas españolas, en efecto, son “entidades privadas”, con personalidad jurídica propia, cuyo ámbito de actuación se extiende al conjunto del territorio del Estado, en el desarrollo de las competencias que le son propias, integradas por federaciones deportivas de ámbito autonómico, clubes deportivos, deportistas, técnicos, jueces y árbitros, ligas profesionales, si las hubiese, y otros colectivos interesados que promueven, practican o contribuyen al desarrollo del deporte” (art. 30 LD). La naturaleza jurídica de estas entidades personificadas, esto es, la interpretación de su carácter público o privado, se ha convertido en una cuestión importante y muy discutida, porque de ello depende el régimen jurídico aplicable y el control de sus actuaciones.

Hay posiciones contrapuestas al respecto, al igual que ha ocurrido en otros países, pero parece claro que una asociación que está integrada solamente por asociaciones de carácter privado no puede ser más que asociación privada, salvo que otra cosa disponga la ley. Y así lo hace, como hemos visto, el art. 30 de la LD, cuando encomienda a las federaciones deportivas la realización de funciones públicas de carácter administrativo y las considera “agentes colaboradores de la Administración”.

Esta fórmula, perfectamente conocida en el ordenamiento jurídico de los Estados europeos, significa que el poder legislativo “delega” a entidades particulares el ejercicio de determinadas “funciones públicas”, sin que éstas dejen de ser públicas, ni las entidades delegadas deban perder por ello su naturaleza privada, ni, mucho menos, estas entidades privadas se transformen en públicas.

Teniendo en cuenta de la importancia de su misión, la LD (arts. 33 y 34) dispone que “no puede constituirse más que una sola Federación para cada modalidad deportiva”, es decir, que se le concede el “monopolio” de la modalidad”, al igual que ocurre, salvo alguna excepción, en el plano internacional. Conviene advertir que modalidad y especialidad son conceptos diferenciados, por lo que una misma federación puede contener distintas especialidades deportivas (la Real Federación Española de Fútbol,

gestora de la “modalidad de fútbol”, tiene varias “especialidades”: fútbol sala, fútbol playa, fútbol femenino). De este modo, las federaciones deportivas ostentan la representación de España en las actividades y competiciones internacionales.

Bajo la “coordinación y tutela” del C.S.D., las federaciones regulan su estructura interna y funcionamiento a través de sus propios estatutos elaborados de conformidad con principios democráticos y representativos. En las federaciones deportivas españolas “deben” estar integradas las federaciones de ámbito autonómico, si sus miembros quieren participar en actividades o competiciones deportivas oficiales de ámbito estatal o internacional. En este caso, los presidentes de las federaciones autonómicas forman parte de la Asamblea General de las federaciones españolas y las representan en la respectiva Comunidad Autónoma.

c) Las ligas profesionales también son estructuras asociativas de segundo grado, pero para agrupar o integrar a los clubes o S.A.D. que participan en competiciones de tipo profesional. Por su importancia, los aspectos generales y funciones específicas de las ligas se analizan dentro del apartado dedicado al régimen específico del deporte profesional.

d) El “olimpismo” y el deporte de alto nivel. La LD quiso reflejar el vigor del “fenómeno olímpico”, reconociendo y potenciando su existencia. Así, por ejemplo, se reconoce la personalidad jurídica y capacidad de obrar y patrimonio propio del Comité Olímpico Español (C.O.E.), organismo sin fines de lucro, constituido de acuerdo con los principios y normas del C.O.I..

III.3. El control del dopaje

El ordenamiento deportivo prevé y trata de hacer efectivo un control serio y riguroso del dopaje (doping). A tal efecto, ha establecido instrumentos de lucha y prevención contra el consumo de sustancias prohibidas o el uso de métodos ilegales destinados a aumentar artificialmente el rendimiento de los deportistas o a modificar los resultados de las competiciones. Por Resolución de la Presidencia del C.S.D. se aprueba y modifica, en su caso, la lista de sustancias y métodos prohibidos en el deporte.

Los diversos Estados europeos - España también – ratificaron ciertos convenios internacionales de prevención, control y represión de esas prácticas y métodos prohibidos en el deporte. Ello aparte de las propias reglamentaciones vigentes en cada modalidad deportiva y en el C.O.I.. La celebración en 1999, y a iniciativa del propio C.O.I., en Lausana (Suiza) de la Conferencia Mundial sobre el Dopaje en el Deporte, puso de manifiesto la necesidad de profundizar en la colaboración entre poderes públicos

y organizaciones deportivas. De este modo, se ha producido un notorio cambio de rumbo en la forma de abordar el problema del dopaje en el deporte, poniendo el acento en la necesidad de crear un organismo internacional independiente, que estableciera normas comunes para combatir el dopaje y coordinara los esfuerzos de las organizaciones deportivas y de los poderes públicos. Ese mismo año, se acordó constituir y poner en funcionamiento la Agencia Mundial Antidopaje (A.M.A.), en cuya estructura y financiación participan de forma equitativa el C.O.I. y los gobiernos de un gran número de países, entre ellos España, preocupados cada vez más por el auge del dopaje y su rápida expansión más allá del ámbito de la alta competición deportiva.

La A.M.A. es una fundación de Derecho privado, regida por el ordenamiento jurídico suizo y cuya sede central está radicada en la ciudad canadiense de Montreal. En el año 2003, la A.M.A. elaboró el Código Mundial Antidopaje y los estándares internacionales que lo complementan, a modo de reglas y directrices de obligado cumplimiento para el movimiento deportivo internacional. En el año 2007, se aprobaron varias enmiendas al Código, que han entrado en vigor el 1 de enero de 2009.

En la actualidad, como consecuencia de la aprobación de la Ley orgánica de protección de la salud del deportista y de lucha contra el dopaje en la actividad deportiva (Ley 3/2013, de 20 de junio), existe una Agencia Española de Protección de la Salud en el Deporte (para “realizar las actividades materiales de prevención, control e investigación sobre la salud y el dopaje que afectan al deporte federado de ámbito estatal”).

III.4. La prevención de la violencia en los espectáculos deportivos

La Ley 19/2007, de 11 de julio, contra la violencia, el racismo, la xenofobia y la intolerancia en el deporte, tiene por objetivo regular en un solo texto legal todas las medidas de lucha contra la violencia, el racismo, la xenofobia, el antisemitismo y la intolerancia, a través de los siguientes métodos:

“1) Fomentar el juego limpio, la convivencia y la integración en una sociedad democrática y pluralista, así como los valores humanos que se identifican con el deporte.

2) Mantener la seguridad ciudadana y el orden público en los espectáculos deportivos con ocasión de la celebración de competiciones y espectáculos deportivos.

3) Establecer, en relación con el deporte federado de ámbito estatal, el régimen disciplinario deportivo aplicable a la lucha contra la violencia, el racismo, la xenofobia y la intolerancia en el deporte.

4) Determinar el régimen administrativo sancionador contra los actos de violencia, racismo, xenofobia o intolerancia en todas sus formas vinculados a la celebración de competiciones y espectáculos deportivos.

5) Eliminar el racismo, la discriminación racial así como garantizar el principio de igualdad de trato en el deporte. A estos efectos se entiende por racismo y discriminación racial directa e indirecta, toda distinción, exclusión, restricción o preferencia basada en motivos de raza, color, linaje u origen nacional o étnico que tenga por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural o en cualquier otra esfera de la vida pública.”

Ahora bien, la Ley afecta solamente a las competiciones deportivas oficiales de ámbito estatal y que se organicen por entidades deportivas en el marco de la LD, o aquellas otras organizadas o autorizadas por las federaciones deportivas españolas.

III.5. El régimen de la disciplina deportiva

Aparte de lo dispuesto en las leyes contra el dopaje (Ley 3/2013, de 20 de junio) y contra la violencia y demás conductas proscritas (Ley 19/2007, de 11 de julio), la LD configura el marco propio de la potestad disciplinaria deportiva. La disciplina deportiva se califica como una “función pública”, haciendo responsables de su ejercicio a los propios agentes del deporte (jueces y árbitros, clubes, y, en último término, federaciones deportivas, etc.). Pero, para revisar el correcto funcionamiento del sistema, se creó un órgano especial (dependiente de la Administración General del Estado, concretamente, del C.S.D., aunque independiente en su función de control) para la revisión de las decisiones disciplinarias adoptadas por aquéllos: el Tribunal Administrativo del Deporte. Ello determina, consecuentemente, que la jurisdicción contencioso-administrativa – que son los jueces y tribunales encargados de controlar la actuación de las Administraciones públicas –, puede revisar o enjuiciar cualesquiera resoluciones disciplinarias adoptadas por el Tribunal Administrativo del Deporte. El mismo sistema funciona en las CC. AA..

Se atribuye a las federaciones deportivas la capacidad de precisar en sus estatutos y reglamentos un sistema tipificado de infracciones, de acuerdo con las reglas de cada modalidad deportiva, pero distinguiéndolas en

función de su gravedad, de las sanciones aplicables, de las causas que eximen, atenúan o agravan la responsabilidad, de los criterios de proporcionalidad de la sanción, la prohibición de doble sanción por los mismos hechos, la obligación de reconocer y aplicar efectos retroactivos favorables y la prohibición de sancionar por infracciones no tipificadas con anterioridad al momento de comisión de la infracción. En todo caso, se pretende asegurar un marco mínimo de garantías jurídicas, estableciendo directamente infracciones y sanciones, así como los principios de los procedimientos disciplinarios, cuyo desarrollo, para adaptarlo a las peculiaridades de las modalidades deportivas correspondientes, corresponde a los estatutos de las federaciones deportivas españolas. La ejecución de las resoluciones del Tribunal Administrativo del Deporte corresponde a las federaciones respectivas.

IV. Régimen del deporte profesional

1. Desde 1990, las entidades que participan en competiciones deportivas oficiales de carácter profesional y ámbito estatal deben adoptar obligatoriamente la forma de S.A.D. (art. 19 LD) e integrarse forzosamente en ligas profesionales (art. 41 LD), además de su afiliación a las federaciones deportivas. Hay que advertir que quedaron exentos de esta obligatoria conversión en S.A.D. cuatro clubes (Barcelona, Real Madrid, At. Bilbao y Osasuna), por haber mantenido en la etapa anterior unos presupuestos económicos saneados.

Son características especiales del régimen jurídico de las S.A.D. las siguientes:

- su reconocimiento y constitución se realiza de conformidad con lo previsto en la legislación mercantil;
- el capital mínimo debe estar totalmente desembolsado, en acciones nominativas;
- es obligatoria la comunicación al C.S.D. de la adquisición o enajenación de participaciones significativas. Son acciones o participaciones significativas en el capital de la S.A.D. las que sean iguales o múltiplos del 5 %;
- se prohíbe a la S.A.D. y club profesional participar en otra S.A.D. de la misma competición;
- hay también prohibición a personas físicas o jurídicas con capital, igual o superior a 5 %, de participar en otra S.A.D. de la misma competición (las adquisiciones vulnerando estas prohibiciones son radicalmente nulas);

- es necesaria la autorización previa del C.S.D. para adquirir acciones o participaciones en el total del capital por importe igual o superior a 25 %;
- existe un riguroso régimen de incompatibilidades en los órganos de administración de las S.A.D.;
- se prohíbe desempeñar cargos en distintas S.A.D.;
- es necesaria una contabilidad separada para las secciones deportivas no profesionales;
- las S.A.D., transcurridos tres años y si cumplen las leyes, pueden solicitar la salida a Bolsa de Valores;
- existen los derechos de tanteo y retracto (adquisición preferente) a favor del C.S.D., la Comunidad Autónoma o el Ayuntamiento en la enajenación de instalaciones deportivas de las S.A.D. o clubes profesionales. La preferencia corresponde al Ayuntamiento en cuyo término municipal se encuentren las instalaciones; y
- los miembros de juntas directivas de clubes profesionales, es decir, los no transformados en S.A.D., por la exención dispuesta en la Ley del deporte, han de prestar avales bancarios.

2. Para la tutela y control de las S.A.D. (y los demás clubes “profesionales” no obligados a transformarse en S.A.D., según hemos visto) se han constituido las ligas profesionales.

La liga profesional puede considerarse en realidad como una organización “patronal” de las S.A.D. y clubes profesionales que no han sido transformados en S.A.D. Tampoco es difícil considerar a las ligas profesionales como una especie de “federación dentro de la federación”, pues la legislación les atribuye personalidad jurídica y les reconoce “autonomía para su organización interna y funcionamiento”, si bien dichas autonomía y personalidad no impiden que, como dice explícitamente la LD (art. 41), formen parte necesariamente de la federación deportiva española correspondiente.

3. Comoquiera que el ejercicio de las competencias de las federaciones y de las ligas profesionales puede ser conflictivo, la LD impone una fórmula de coordinación voluntaria de las funciones de las federaciones y de las ligas (art. 41). Y, si no se ponen acuerdo en las cuestiones a coordinar, el Real Decreto de Federaciones (art. 28 y Disposición final segunda) impone una serie de reglas relativas al “calendario deportivo”, “acceso a las competiciones”, “cupos de deportistas extranjeros no comunitarios” y “arbitraje” en las competiciones. El C.S.D. se reserva la competencia para resolver los conflictos que se produzcan entre federaciones y ligas.

4. En cuanto al sistema de adquisición y explotación de los derechos audiovisuales de las competiciones futbolísticas españolas regulares, la Ley dispone que se registrará por el principio de libertad de empresa respetando, obviamente, las reglas de libre competencia establecidas por la legislación europea y española. Por ello, el plazo máximo de duración de los contratos de adquisición de los derechos de las competiciones futbolísticas será de cuatro años y la venta a los prestadores de servicios audiovisuales deberá realizarse en condiciones de transparencia, objetividad, no discriminación y respeto a las reglas de la competencia.

El Real Decreto-ley 5/2015, de 30 de abril, aprueba “medidas urgentes en relación con la comercialización de los derechos de explotación de contenidos audiovisuales de las competiciones de fútbol profesional”.

Uno de los “ejes fundamentales” sobre los que gira la disposición comentada, según predica en su exposición de motivos (III) es que “la titularidad de los derechos audiovisuales de retransmisión en directo y/o diferido en su integridad o en versiones resumidas y/o fragmentadas de los encuentros de las competiciones de fútbol profesional se atribuye a los clubes o entidades participantes”.

V. Nota final: esquema normativo

El marco general (resumido) de las normas que, con carácter general o específico, afectan al deporte puede estructurarse convencionalmente cuatro bloques:

a) Legislación estatal relativa específicamente al deporte:

- Ley 10/1990, de 15 de octubre, del Deporte.
- Ley de 11 de julio de 2007, contra la violencia, el racismo, la xenofobia y la intolerancia en el deporte.
- Ley Orgánica 3/2013, de 20 de junio, de protección de la salud del deportista y lucha contra el dopaje en la actividad deportiva.

Estas leyes se han desarrollado a través de Reglamentos, modificados en varias ocasiones. Los principales son los siguientes:

- Real Decreto sobre Relación laboral de deportistas profesionales (de 26 de junio de 1985).
- Real Decreto de Federaciones Deportivas (20 de diciembre de 1991).
- Real Decreto de Disciplina Deportiva (23 de diciembre de 1992).

- Real Decreto de Sociedades Anónimas Deportivas (16 de julio de 1999).
- Real Decreto sobre Enseñanzas deportivas de régimen especial (de 24 de octubre de 2007).
- Reales Decretos sobre Dopaje (16 de febrero de 1996, 1 de agosto de 1997, 25 de enero de 2008, 17 de abril de 2009 y 18 de septiembre de 2009).
- Real Decreto sobre Prevención de la Violencia (26 de febrero de 2010).
- Real Decreto sobre Tribunal Administrativo del Deporte (de 31 de enero de 2014).

b) Legislación autonómica del deporte:

- Ley de Aragón, de 16 de marzo de 1993.
- Ley de la Comunidad de Madrid, de 28 de diciembre de 1994.
- Ley de Asturias, de 29 de diciembre de 1994.
- Ley de Extremadura, de 6 de abril de 1995.
- Ley de Canarias, de 9 de julio de 1997.
- Ley del País Vasco, de 11 de junio de 1998.
- Ley de Andalucía, de 14 de diciembre de 1998.
- Ley de Cantabria, de 3 de julio de 2000.
- Ley de Cataluña, Decreto legislativo de 31 de julio de 2000.
- Ley de Navarra, de 5 de julio de 2001.
- Ley de Castilla y León, de 28 de marzo de 2003.
- Ley de las Islas Baleares, de 17 de octubre de 2006.
- Ley de la Comunidad Valenciana, de 22 de marzo de 2011.
- Ley de Galicia, de 2 de abril de 2012.
- Ley de La Rioja, de 23 de marzo de 2015.
- Ley de Murcia, de 24 de marzo de 2015.
- Ley de Castilla-La Mancha, de 26 de marzo de 2015.

Estas Leyes, al igual que la LD, han sido objeto de modificaciones y se han desarrollado por sus correspondientes reglamentos que conciernen, entre otras, a las materias de federaciones autonómicas, asociaciones y clubes, disciplina deportiva, instalaciones, etc.

c) Otras disposiciones legales estatales:

- Ley General de la Comunicación Audiovisual, 7/2010, de 31 de marzo.

- Leyes civiles (Código Civil), mercantiles (Código de Comercio; Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital y Ley Concursal 22/2003, de 9 de julio), penales (Código Penal), laborales (Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido del Estatuto de los Trabajadores) o fiscales (leyes reguladoras de tributos, como impuesto sobre la renta de la persona física IRPF, sociedades, etc.).

Todas estas normas se modifican constantemente, por lo que conviene tener en cuenta siempre la versión vigente)

d) Normativa deportivo-federativa:

- Reglas del Comité Olímpico Internacional (Carta Olímpica y otras disposiciones de desarrollo).
- Estatutos y reglamentos de las federaciones deportivas internacionales (por ejemplo: Federación Internacional de Asociaciones de Fútbol FIFA, Unión Europea de Asociaciones de Fútbol UEFA, etc.)
- Estatutos y reglamentos de las federaciones deportivas españolas y de las ligas profesionales.
- Estatutos y reglamentos de las federaciones deportivas autonómicas.

VI. Referencias bibliográficas

Obras generales

AGUIRREAZCUÉNAGA, Iñaki, Intervención pública en el deporte, Ed. Civitas, Madrid, 1998.

BERMEJO VERA, José, Constitución y Deporte, Ed. Tecnos, Madrid, 1998.

BERMEJO VERA, José, GAMERO CASADO, Eduardo y PALOMAR OLMEDA, Alberto, Poderes públicos y deporte, Ed. Junta de Andalucía, Sevilla, 2003.

CAZORLA PRIETO, Luis. M., Las Sociedades Anónimas Deportivas, Ed. de las Ciencias Sociales, Madrid, 1990.

CAMPS POVILL, Andréu, Las Federaciones Deportivas. Régimen jurídico, Ed. Civitas, Madrid, 1996.

DE VICENTE MARTÍNEZ, Rosario, Derecho penal del deporte, Ed. Bosch, Barcelona, 2010.

JIMÉNEZ SOTO, Ignacio, El Derecho deportivo en España, 1975-2005, Ed. Junta de Andalucía, Sevilla, 2005.

MILLAN GARRIDO, Antonio (Coordinador), Régimen jurídico de la violencia en el deporte, Ed. Bosch, Barcelona, 2006.

MILLAN GARRIDO, Antonio (Coordinador), Comentarios a la ley orgánica de protección de la salud y de lucha contra el dopaje en el deporte, Editorial Bosch, Barcelona, 2007.

MILLAN GARRIDO, Antonio (Coordinador), Cuestiones actuales de Derecho del Deporte, Ed. Reus, Madrid, 2015.

REAL FERRER, Gabriel, Derecho público del Deporte, Ed. Civitas, Madrid, 1991.

TEROL GOMEZ, Ramón, Las Ligas Profesionales, Ed. Aranzadi, Pamplona, 1998.

La organización pública estatal del deporte en España

DR. JOSÉ LUIS CARRETERO LESTÓN*

Sumario

- I. Consideraciones previas
- II. Ámbito estatal
 - II.1. El Consejo Superior de Deportes
 - II.2. Otros organismos
- III. Fuentes bibliográficas

I. Consideraciones previas

Existen muy pocos trabajos doctrinales sobre la organización del deporte. No puedo precisar si esa falta de atención, en particular de la doctrina jurídica, obedece a que se trata de un tema poco problemático o con poca enjundia jurídica, o si se debe a que nos enfrentamos a una cuestión más propia de expertos en gestión o en organización y métodos, pese a estar regulada, como veremos más adelante, en textos legales o reglamentarios. En todo caso, las estructuras organizativas no parecen ser un aspecto o elemento relevante a efectos de realizar un análisis de la legislación deportiva.

* Profesor Titular de Derecho financiero y tributario, Facultad de Derecho de la Universidad de Málaga, España. Vicepresidente de la Asociación Española de Derecho Deportivo (AEDD). Vicepresidente del Tribunal Español de Arbitraje Deportivo. Co-director del Máster en Derecho Deportivo de la Universidad de Lleida, España. Co-director de la *Revista Española de Derecho Deportivo* (REDD). Investigador de la Red Iberoamericana de Investigadores en Derecho y Gestión del Deporte (reconocida y patrocinada por la Asociación Universitaria Iberoamericana de Posgrado, AUIP, Salamanca, España). jlcarretero@uma.es

Aunque hay referencias a la organización administrativa en la legislación deportiva, del Estado y de las Comunidades Autónomas (en adelante CC. AA.), no se trata de una materia típicamente deportiva. Su regulación se encuentra en decretos u órdenes, del Estado y de las Comunidades Autónomas, sobre estructura orgánica y funcional, que, a título de ejemplo y salvo la relativa al Consejo Superior de Deportes, apenas aparecen en las compilaciones sobre legislación deportiva. En las menciones existentes en las leyes reguladoras del deporte de las CC. AA., no percibo la adecuada precisión. En ocasiones, nos encontramos con referencias a la organización privada; en otras, se trata del desarrollo normativo de las competencias que tiene atribuidas la Comunidad Autónoma en este sector.¹

Centrándome en la organización deportiva, cabe distinguir una organización pública, o administrativa en sentido estricto, del deporte y una organización privada del deporte. La primera comprende las estructuras administrativas del Estado, CC. AA. y Entidades locales. La segunda, la estructura de las federaciones deportivas, pese a la asunción de funciones públicas, ligas profesionales, clubes, etc. Aquí, me refiero exclusivamente a la organización pública o administrativa del deporte en España.

El artículo 43.3 de la Constitución española ordena a los poderes públicos, en plural, el fomento del deporte. La intervención del Estado se fundamenta en varios de los títulos competenciales a los que se refiere el artículo 149 del texto constitucional. Por su parte, las CC. AA. tienen competencias en materia deportiva en virtud del artículo 148.1.19 del citado texto. Por último, las Entidades locales, provincias y municipios, justifican sus actuaciones en el principio de autonomía local.

De manera esquemática la organización administrativa del deporte, territorialmente considerada, puede resumirse así:

- en el ámbito territorial del Estado, las competencias en materia deportiva están encuadradas, desde 2011, en el Ministerio de Educación, Cultura y Deporte² (anteriormente lo estuvieron en el Ministerio de Edu-

¹ Vid. CARRETERO LESTÓN, José Luis, "La organización administrativa del deporte en España", en COLECTIVO DE AUTORES, *Manual de la organización institucional del deporte*, Paidotribo, Barcelona, 1999, p. 139.

² Vid. el Real Decreto 1823/2011, de 21 de diciembre.

cación y Cultura,³ en el Ministerio de Educación, Cultura y Deporte,⁴ en el Ministerio de Educación y Ciencia,⁵ en el Ministerio de Educación, Política Social y Deporte⁶ y en el Ministerio de la Presidencia⁷), y son ejercidas por el Consejo Superior de Deportes, sobre cuya estructura trataré más adelante;

- en el ámbito territorial autonómico, las citadas competencias están atribuidas a las Consejerías, y de modo particular a las Direcciones Generales de Deportes;
- el ámbito territorial provincial es el único en el que existen órganos de dos distintas administraciones: los servicios de deportes de las Diputaciones y las secciones de deporte de las Delegaciones provinciales de las Consejerías de las CC. AA., excepto en aquellas de carácter uniprovincial. En los territorios insulares funcionan los servicios de deportes de los Cabildos o de los Consejos. Han desaparecido, como no podía ser de otro modo, las delegaciones provinciales del Consejo Superior de Deportes; y,
- en el ámbito territorial municipal, los Ayuntamientos disponen de patronatos deportivos municipales, de institutos municipales de deportes o de fundaciones deportivas, no siendo frecuente la asunción directa de la gestión a través de secciones o negociados.

Realizada esta panorámica general, procederé al análisis pormenorizado de la estructura organizativa de los entes estatales.

³ Vid. el Real Decreto 758/1996, de 5 de mayo.

⁴ Vid. el Real Decreto 557/2000, de 27 de abril.

⁵ Vid. el Real Decreto 553/2004, de 17 de abril.

⁶ Vid. el Real Decreto 432/2008, de 12 de abril.

⁷ Vid. el Real Decreto 542/2009, de 7 de abril.

II. Ámbito estatal

II.1. El Consejo Superior de Deportes (en adelante CSD)⁸ es un organismo autónomo de carácter administrativo,⁹ conforme a la derogada Ley General Presupuestaria de 1988 y a la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado, adscrito ahora al Ministerio de Educación, Cultura y Deporte en virtud del artículo 1.3 del citado Real Decreto 1823/2011, de 21 de diciembre, que ejerce la actuación de la Administración del Estado en el campo del deporte. Esa naturaleza se mantiene en el Real Decreto 460/2015, de 5 de junio, por el que se aprueba el Estatuto del Consejo Superior de Deportes (en adelante Real Decreto 460/2015).¹⁰

Entre sus competencias cabe destacar las siguientes:

- autorizar o revocar, de forma motivada, la constitución de las federaciones deportivas españolas;
- aprobar los estatutos y reglamentos de las citadas federaciones;
- reconocer la existencia de una modalidad deportiva;
- acordar con las federaciones deportivas españolas sus objetivos, programas deportivos, presupuestos, estructuras orgánica y funcional, suscribiendo, al efecto, los correspondientes convenios;
- conceder las subvenciones económicas que procedan, a las federaciones y demás entidades y asociaciones deportivas, inspeccionando

⁸ Sobre los orígenes del Consejo Superior de Deportes véanse, entre otros, CALONGE VELÁZQUEZ, Antonio, "La organización pública del deporte", en ESPARTERO CASADO, Julián (Coordinador), *Introducción al Derecho del deporte*, Dykinson, Madrid, 2009, p. 88; DE LA PLATA CABALLERO, Nicolás, "Organización deportiva del sector público", en GAMERO CASADO, Eduardo (Coordinador), *Fundamentos de Derecho deportivo*, Tecnos, Madrid, 2012, p. 89-91; y TEROL GÓMEZ, Ramón, "Administración pública y deporte", en PALOMAR OLMEDA, Alberto (Director), *Derecho del deporte*, Aranzadi, Cizur Menor, 2013, p. 69-70.

⁹ *Vid.* el artículo 7.2 de la Ley 10/1990, de 15 de octubre, del Deporte (en adelante LD).

¹⁰ Sobre la naturaleza, funciones y estructura del Consejo Superior de Deportes con anterioridad a la legislación vigente, *vid.*, entre otros, CARRETERO LESTÓN, *op. cit.*, p. 141-144; CALONGE VELÁZQUEZ, *op. cit.*, p. 91; DE LA PLATA CABALLERO, *op. cit.*, p. 92 y TEROL GÓMEZ, *op. cit.*, p. 106-110.

y comprobando la adecuación de las mismas al cumplimiento de los fines;

- calificar las competiciones oficiales de carácter profesional y ámbito estatal;
- promover e impulsar la investigación científica en materia deportiva;
- promover e impulsar medidas de prevención, control y represión del uso de sustancias prohibidas y métodos no reglamentarios, destinados a aumentar artificialmente la capacidad física de los deportistas o a modificar los resultados de las competiciones;
- actuar en coordinación con las CC. AA. respecto a la actividad deportiva general;
- cooperar con las CC. AA. en el desarrollo de las competencias que tienen atribuidas en sus respectivos estatutos;
- autorizar o denegar, previa conformidad del Ministerio de Asuntos Exteriores, la celebración en territorio español de competiciones deportivas oficiales de carácter internacional;
- autorizar la participación de las selecciones españolas en las competiciones internacionales;
- coordinar con las CC. AA. la programación del deporte escolar y universitario, cuando tengan proyección nacional e internacional;
- elaborar y ejecutar, en colaboración con las CC. AA. y las Entidades locales, los planes de construcción y mejora de instalaciones deportivas para el desarrollo del deporte de alta competición, así como actualizar la normativa técnica de este tipo de instalaciones;
- elaborar propuestas para el establecimiento de las enseñanzas de las titulaciones de técnicos deportivos;
- colaborar en el establecimiento de los programas y planes de estudios relativos a dichas titulaciones, reconocer los centros autorizados -para impartirlos, e inspeccionar los programas de formación en aquellas CC. AA. sin competencias en materia de educación;
- autorizar los gastos plurianuales de las federaciones deportivas españolas;
- actualizar, en colaboración con las CC. AA., el censo de instalaciones deportivas;
- autorizar la inscripción de las sociedades anónimas deportivas en el Registro de asociaciones deportivas;
- autorizar la inscripción de las federaciones deportivas españolas en las correspondientes federaciones deportivas de carácter internacional;

- colaborar, en materia de medio ambiente y defensa de la naturaleza, con otros organismos públicos;
- administrar el arbitraje en relación con las discrepancias que puedan suscitarse sobre la comercialización y explotación de los derechos audiovisuales en las competiciones oficiales de fútbol profesional; y
- cualquier otra facultad, atribuida legal o reglamentariamente, que contribuya a la realización de sus fines y objetivos.¹¹

Su organigrama es el siguiente:

El Presidente del CSD, con rango de Secretario de Estado, ostenta la representación y superior dirección del Consejo, administra su patrimonio, celebra los contratos propios de su actividad y dicta los actos administrativos. Sus competencias se determinan en el artículo 5.2 del Real Decreto 460/2015.

La Comisión Directiva, presidida por el propio Presidente, está integrada por representantes de la Administración del Estado, CC. AA., Corporaciones locales y federaciones deportivas españolas. Además formarán parte de esta Comisión personas de reconocido prestigio en el mundo del deporte, designadas por el Presidente del CSD.¹²

Son sus competencias específicas, entre otras, las siguientes:

- autorizar o revocar, de forma motivada, la constitución de las federaciones deportivas españolas;
- aprobar definitivamente los estatutos y reglamentos de las federaciones deportivas españolas, ligas profesionales y agrupaciones de clubes, autorizando su inscripción en el Registro de asociaciones deportivas;
- designar los miembros del Comité Español de Disciplina Deportiva (ahora Tribunal Administrativo del Deporte);
- suspender motivadamente, y de forma cautelar y provisional, al presidente y demás miembros de los órganos de gobierno de las federaciones deportivas españolas y ligas profesionales;

¹¹ Vid. el artículo 8 de la LD.

¹² Vid. el artículo 10.1 de la LD.

- convocar los órganos colegiados de las citadas federaciones y ligas cuando no lo hagan quienes tienen obligación legal o estatutaria de hacerlo;
- reconocer la existencia de una modalidad deportiva;
- calificar las competiciones oficiales de carácter profesional y ámbito estatal;
- autorizar la inscripción de las federaciones deportivas españolas en las correspondientes federaciones deportivas de carácter internacional; y
- autorizar la inscripción de las sociedades anónimas deportivas en el Registro de asociaciones deportivas.¹³

Su composición es la siguiente:

- el Secretario de Estado – Presidente del CSD como Presidente,
- el Director General de Deportes como Vicepresidente,
- tres vocales en representación de la Administración del Estado,
- un vocal en representación de las CC. AA.,
- un vocal en representación de las Corporaciones locales,
- dos vocales en representación de las federaciones deportivas españolas, y
- tres vocales entre personas de reconocido prestigio en el mundo del deporte.

El Secretario, con voz pero sin voto, será el Subdirector General de Régimen Jurídico del CSD, y además intervendrá, con voz pero sin voto, un representante del Servicio Jurídico del Estado.

Depende directamente del Presidente la Dirección General de Deportes.¹⁴ En la Dirección General de Deportes se integran las siguientes subdirecciones generales:

- la Subdirección General de Alta Competición,
- la Subdirección General de Promoción e Innovación Deportiva,
- la Subdirección General de Mujer y Deporte,

¹³ Vid. el artículo 10.2 de la LD y el artículo 6.6 del Real Decreto 460/2015.

¹⁴ Ha desaparecido la Dirección General de Infraestructuras Deportivas.

- la Subdirección General de Régimen Jurídico del Deporte (a la que está adscrito el Registro de Entidades Deportivas), y
- la Secretaría General.

El organigrama se completa con otros órganos con rango de subdirección general: el Gabinete del Presidente, como órgano de apoyo, asesoramiento y asistencia inmediata, la Subdirección General de Deporte Profesional y Control Financiero y la Oficina de Prensa.

Con carácter consultivo y con el objeto principal de asesorar al Presidente, se constituye la Asamblea General del Deporte. Está integrada por representantes de la Administración del Estado, CC. AA., Corporaciones locales, federaciones deportivas españolas, ligas profesionales, otras instituciones y entidades de carácter deportivo, y personal de especial cualificación.¹⁵ Su composición es la siguiente:

- el Presidente del CSD,
- doce vocales en representación de la Administración del Estado,
- un vocal en representación de cada una de las CC. AA.,
- ocho vocales en representación de las Corporaciones locales,
- los presidentes de las federaciones deportivas españolas,
- los presidentes de las ligas profesionales,
- un vocal en representación de cada una de las agrupaciones de clubes de ámbito estatal,
- un vocal en representación de cada uno de los entes de promoción deportiva de ámbito estatal,
- un vocal en representación del Comité Olímpico Español,
- un vocal en representación de cada una de las asociaciones de deportistas profesionales,
- un vocal en representación de la Asociación de Prensa Deportiva,
- cinco vocales designados por el Presidente del CSD entre personas de especial cualificación en el ámbito deportivo.¹⁶

¹⁵ Vid. el artículo 86 de la LD.

¹⁶ Vid. el artículo 2 del Real Decreto 630/1993, de 4 de mayo, sobre composición y funciones de la Asamblea General del Deporte.

Para el ejercicio de sus funciones se podrán crear comisiones técnicas específicas.

II.2. Otros organismos. Son organismos adscritos o dependientes orgánicamente del CSD:¹⁷

a) El Tribunal Administrativo del Deporte (en adelante TAD). Creado por la disposición final cuarta 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, es un órgano colegiado de ámbito estatal que actúa con independencia del CSD.

Son sus funciones, conforme al artículo 1.1 del Real Decreto 53/2014, de 31 de enero, por el que se desarrolla la composición, organización y funciones del TAD, las siguientes:

- decidir en vía administrativa, y en última instancia, las cuestiones disciplinarias de su competencia;
- tramitar y resolver, a requerimiento del CSD, los expedientes disciplinarios específicos a los que se refiere el artículo 76 de la LED; y
- velar, de forma inmediata y en última instancia administrativa, por la conformidad a derecho de los procesos electorales de las federaciones deportivas españolas.

El TAD se compone de siete miembros, independientes e inamovibles, designados por la Comisión Directiva del CSD.¹⁸

Han sido suprimidos el Comité Español de Disciplina Deportiva, que era el órgano adscrito orgánicamente al CSD que, actuando con independencia de éste, decidía en última instancia y en vía administrativa, las cuestiones disciplinarias deportivas de su competencia y la Junta de Garantías Electorales, también adscrita orgánicamente al CSD, que velaba en última

¹⁷ Sobre los órganos adscritos al Consejo Superior de Deportes con anterioridad a la legislación vigente *vid.*, entre otros, CARRETERO LESTÓN, *op. cit.*, p. 145-148; y CALONGE VELÁZQUEZ, *op. cit.*, p. 102-104.

¹⁸ Una visión crítica del TAD puede verse en PALOMAR OLMEDA, Alberto, "El Tribunal Administrativo del Deporte", en MILLÁN GARRIDO, Antonio (Coordinador), *Cuestiones actuales de Derecho del deporte*, Reus, Madrid, 2015, p. 75 y ss.

instancia administrativa por el ajuste a derecho de los procesos electorales en los órganos de gobierno de las federaciones deportivas españolas

b) Adscrita orgánicamente al Ministerio competente, a través del CSD, opera la Comisión Estatal contra la Violencia, el Racismo, la Xenofobia y la Intolerancia en el Deporte, creada por el artículo 20 de la Ley 19/2007, de 11 de julio, contra la violencia, el racismo, la xenofobia y la intolerancia en el deporte (en adelante Ley 19/2007) e integrada por representantes de la Administración del Estado, de las CC. AA. y Corporaciones locales, de las federaciones deportivas españolas o ligas profesionales, asociaciones de deportistas, y por personas de reconocido prestigio en el ámbito del deporte y la seguridad.

Son funciones de la Comisión, entre otras, las siguientes:

- recoger y publicar anualmente los datos sobre violencia en los espectáculos deportivos;
- realizar informes y estudios sobre las causas y los efectos de la violencia en el deporte;
- promover e impulsar acciones de prevención;
- elaborar orientaciones y recomendaciones;
- informar los proyectos de disposiciones relativas a policía de espectáculos deportivos y reglamentaciones técnicas sobre instalaciones;
- promover campañas de divulgación;
- fomentar y coordinar campañas de colaboración ciudadana; y
- proponer el marco de actuación de las agrupaciones de voluntarios.¹⁹

El Pleno de la Comisión está compuesto por treinta y tres miembros, designados de la forma siguiente:

- cuatro por el Ministerio de Educación, Política Social y Deporte (ahora Ministerio de Educación, Cultura y Deporte),
- cuatro por el Ministerio del Interior,
- uno por el Ministerio de Trabajo e Inmigración,
- uno por el Ministerio de Sanidad y Consumo,

¹⁹ Vid. el artículo 20.3 de la Ley 19/2007 y el artículo 3 del Real Decreto 748/2008, de 9 de mayo, por el que se regula la Comisión (en adelante Real Decreto 748/2008).

- un miembro de la carrera fiscal,
- tres en representación de las CC. AA.,
- tres en representación de las Corporaciones locales,
- dos de entre los propuestos por las Federaciones Españolas de Fútbol y de Baloncesto,
- uno entre los propuestos por el resto de las federaciones deportivas españolas,
- dos entre los propuestos por las ligas profesionales,
- dos entre los propuestos por las asociaciones de deportistas,
- cuatro entre personas de reconocido prestigio en el ámbito de las competencias de la Comisión,
- un representante de la Asociación de Prensa Deportiva,
- un representante de los colectivos arbitrales en que haya competición profesional, y
- tres entre personas de reconocido prestigio miembros de asociaciones de aficionados u organizaciones no gubernamentales.²⁰

c) En el seno del CSD se crea la Comisión de Evaluación de Deporte de Alto Nivel, con las siguientes funciones:

- elaborar la propuesta de las relaciones anuales de deportistas de alto nivel,
- proponer la modificación de los criterios de clasificación, y
- cualesquiera otras que puedan serle encomendadas por el Presidente del CSD.²¹

La Comisión estará integrada por los siguientes miembros:

- el Secretario de Estado – Presidente del CSD,
- tres representantes del CSD,
- una persona de reconocido prestigio en el ámbito del deporte de alto nivel,

²⁰ Vid. el artículo 7.2 del Real Decreto 748/2008.

²¹ Vid. el artículo 7.2 del Real Decreto 971/2007, de 13 de julio, sobre deportistas de alto nivel y alto rendimiento (en adelante Real Decreto 971/2007).

- dos representantes de las federaciones deportivas españolas, uno en representación de los deportes de equipo y otro de los individuales,
- dos representantes de las CC. AA.,
- un representante del Comité Olímpico Español,
- un representante del Comité Paralímpico Español,
- dos representantes de las universidades públicas,
- tres deportistas de alto nivel (uno en representación de los deportes olímpicos, otro de los no olímpicos y otro en representación del deporte paralímpico),
- un representante de las asociaciones de entidades locales, y
- el Secretario General del organismo.²²

Para el ejercicio de sus funciones se crea la Subcomisión Técnica de Seguimiento.²³

d) El Comité Español de Deporte Universitario, creado por Orden de 20 de diciembre de 1988, dictada en desarrollo del Real Decreto 2069/1985, de 9 de octubre, sobre articulación de competencias en materia de actividad deportiva universitaria, y tiene encomendadas las siguientes funciones:

- presentar al CSD el plan anual de competiciones y actividades deportivas universitarias nacionales e internacionales,
- prestar asesoramiento técnico al CSD,
- elaborar informes y dictámenes sobre la materia, y
- realizar las funciones instrumentales que le sean encomendadas por el CSD.²⁴

La composición del Pleno es la siguiente:

- un Presidente (el Secretario de Estado – Presidente del CSD),
- un Vicepresidente primero (un representante del Consejo de Coordinación Universitaria),

²² Vid. el artículo 7.6 del Real Decreto 971/2007.

²³ Vid. el artículo 8 del Real Decreto 971/2007.

²⁴ Vid. el artículo 2 de la Orden ECD 273/2004, de 3 de febrero, por la que se regula el Comité Español de Deporte Universitario (en adelante Orden ECD 273/2004).

- un Vicepresidente segundo (el Director General de Deportes del CSD),
- un Secretario (el Subdirector General del CSD con competencia en materia de deporte universitario),
- un representante por cada universidad,
- los asesores técnicos de las modalidades deportivas correspondientes, y
- un representante por cada una de las CC. AA.²⁵

e) El Consejo para las Emisiones y Retransmisiones Deportivas, autorizado por la disposición final cuarta de la Ley 21/1997, de 3 de julio, reguladora de las emisiones y retransmisiones de competiciones y acontecimientos deportivos, es el órgano colegiado de participación de las Administraciones y de las organizaciones representativas de los sectores afectados. Corresponden al Consejo, entre otras, las siguientes funciones:

- aprobar el catálogo de competiciones o acontecimientos deportivos de interés general,
- elevar informes al Gobierno y al Congreso de los Diputados, y
- cualesquiera otras que se le atribuyan por disposiciones legales o reglamentarias.²⁶

La composición del Pleno del Consejo es la siguiente:

- un Presidente (el Presidente del CSD),
- un Vicepresidente primero (un vocal entre los que ostente la representación de las autoridades gubernativas de ámbito estatal y autonómico),
- un Vicepresidente segundo (un vocal entre los que ostente la representación de las restantes organizaciones: federaciones deportivas españolas, ligas profesionales, asociaciones de deportistas profesionales, medios de comunicación, etc.), y
- los vocales.²⁷

²⁵ Vid. el artículo 5 de la Orden ECD 273/2004.

²⁶ Vid. el artículo 1.2 del Real Decreto 991/1998, de 22 de mayo, por el que se crea el Consejo para las Emisiones y Retransmisiones Deportivas (en adelante Real Decreto 991/1998).

²⁷ Vid. el artículo 4 del Real Decreto 991/1998.

f) La Agencia Española de Protección de la Salud en el Deporte, creada por el artículo 7 de la Ley Orgánica 3/2013, de 20 de julio, de protección de la salud en el deporte y lucha contra el dopaje en la actividad deportiva, siendo un organismo público, con personalidad jurídica diferenciada, que tiene por objeto el desarrollo de las políticas estatales de protección de la salud y de lucha contra el dopaje en el deporte.

Sus funciones son, entre otras y conforme al artículo 7 del Real Decreto 461/2015, de 5 de junio, por el que se aprueba el Estatuto de la Agencia, las siguientes:

- ejercer la potestad disciplinaria en materia de dopaje,
- firmar convenios con las federaciones internacionales,
- realizar controles de dopaje y conceder autorizaciones terapéuticas,
- asesorar y colaborar con las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado,
- emitir informes a instancia de las autoridades judiciales,
- solicitar de las autoridades judiciales la remisión de los autos de sobreseimiento o de las sentencias absolutorias,
- elaborar el Plan de apoyo a la salud en el deporte, y
- promover, gestionar, dirigir y realizar actividades de investigación científica y transferencia de conocimientos.

Son órganos de gobierno de la Agencia el Presidente (que es el Presidente del CSD), el Consejo Rector y el Director. La composición del Consejo Rector es la siguiente:

- un representante por cada uno de los siguientes Ministerios: Educación, Cultura y Deporte, Hacienda y Administraciones Públicas, Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, y del Interior,
- uno en representación de las federaciones deportivas españolas,
- un representante de las CC. AA.,
- el Presidente de la Agencia,
- el Director de la Agencia, y
- el Secretario, con voz y sin voto.²⁸

²⁸ Vid. el artículo 10 del Real Decreto 461/2015.

Han sido suprimidas la Agencia Estatal Antidopaje y la Comisión de Control y Seguimiento de la Salud y el Dopaje.

g) El Centro Superior de Enseñanzas Deportivas, creado por el artículo 1.1 del Real Decreto 950/2015, de 23 de octubre (en adelante Real Decreto 950/2015), y que se trata de un centro docente de titularidad pública y sin personalidad jurídica propia.

Son funciones, entre otras, del Centro:

- impartir ofertas formativas a distancia conducentes a títulos de enseñanzas deportivas de régimen especial de grado superior,
- desarrollar vínculos con el deporte federado estatal,
- desarrollar programas de formación pedagógica y didáctica y de perfeccionamiento del profesorado,
- elaborar, seguir y evaluar los medios didácticos, y
- colaborar en la integración en el sistema educativo de los deportistas de alto nivel y alto rendimiento.²⁹

Son órganos colegiados el Consejo Deportivo y el Claustro de profesores. La composición del Consejo Deportivo es la siguiente:

- el Director del Centro,
- el Jefe de Estudios del Centro,
- los titulares de las subdirecciones generales del CSD competentes en alta competición y en enseñanza deportiva,
- un representante del Ministerio de Educación, Cultura y Deporte,
- dos profesores del Centro,
- dos representantes de las federaciones deportivas españolas,
- un representante de los alumnos del Centro, y
- el Secretario, con voz y sin voto.³⁰

²⁹ Vid. el artículo 3.1 del Real Decreto 950/2015.

³⁰ Vid. el artículo 17.1 del Real Decreto 950/2015.

III. Fuentes bibliográficas

Obras generales

- CALONGE VELÁZQUEZ, Antonio, "La organización pública del deporte", en ESPARTERO CASADO, Julián (Coordinador), *Introducción al Derecho del deporte*, Dykinson, Madrid, 2009.
- CARRETERO LESTÓN, José Luis, "La organización administrativa del deporte en España", en COLECTIVO DE AUTORES, *Manual de la organización institucional del deporte*, Paidotribo, Barcelona, 1999.
- DE LA PLATA CABALLERO, Nicolás, "Organización deportiva del sector público", en GAMERO CASADO, Eduardo (Coordinador), *Fundamentos de Derecho deportivo*, Tecnos, Madrid, 2012.
- MILLÁN GARRIDO, Antonio, *Legislación deportiva*, Reus, Madrid, 2016.
- PALOMAR OLMEDA, Alberto, "El Tribunal Administrativo del Deporte", en MILLÁN GARRIDO, Antonio (Coordinador), *Cuestiones actuales de Derecho del deporte*, Reus, Madrid, 2015.
- TEROL GÓMEZ, Ramón, "Administración pública y deporte", en PALOMAR OLMEDA, Alberto (Director), *Derecho del deporte*, Aranzadi, Cizur Menor, 2013.

Normas jurídicas nacionales

- Ley 10/1990, de 15 de octubre, del Deporte.
- Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado.
- Ley 19/2007, de 11 de julio, contra la violencia, el racismo, la xenofobia y la intolerancia en el deporte.
- Ley 21/1997, de 3 de julio, reguladora de las emisiones y retransmisiones de competiciones y acontecimientos deportivos. (derogada)
- Ley Orgánica 3/2013, de 20 de julio, de protección de la salud en el deporte y lucha contra el dopaje en la actividad deportiva.
- Real Decreto 630/1993, de 4 de mayo, sobre composición y funciones de la Asamblea General del Deporte.
- Real Decreto 991/1998, de 22 de mayo, por el que se crea el Consejo para las Emisiones y Retransmisiones Deportivas.
- Real Decreto 971/2007, de 13 de julio, sobre deportistas de alto nivel y alto rendimiento.

Real Decreto 748/2008, de 9 de mayo., por el que se regula la Comisión Estatal contra la Violencia.

Real Decreto 53/2014, de 31 de enero, por el que se desarrolla la composición, organización y funciones del TAD.

Real Decreto 460/2015, de 5 de junio, por el que se aprueba el Estatuto del Consejo Superior de Deportes.

Real Decreto 461/2015, de 5 de junio, por el que se aprueba el Estatuto de la Agencia Española de Protección de la Salud en el Deporte

Real Decreto 950/2015, de 23 de octubre, por el que se crea el Centro Superior de Enseñanzas Deportivas.

Orden ECD 273/2004, de 3 de febrero, por la que se regula el Comité Español de Deporte Universitario.

La Constitución, el deporte y los servicios públicos en Cuba*

MSc. YOMISEL GALINDO RODRÍGUEZ**

Sumario

- I. Introducción
- II. El régimen de la actividad deportiva como servicio público en la Constitución socialista de la República de Cuba de 1976
- III. A modo de conclusiones
- IV. Referencias bibliográficas

I. Introducción

La Administración Pública en su amplio marco constituye uno de los modos mediante el cual se hace efectiva la intervención estatal en la sociedad; siendo delimitada, estructurada y regulada por el Derecho y estableciendo y normando las relaciones que se crean entre ésta y los administrados. La actividad administrativa en cualquiera de sus formas, resulta ser una de las principales tareas acometidas por la Administración. A partir de aquí se forjan una serie de relaciones jurídicas que en un momento

* Ponencia presentada en la I Jornada (Internacional) sobre Derecho del Deporte, organizada por el Grupo de Investigación sobre Derecho del Deporte de la Facultad de Derecho en la Universidad de Oriente y la Junta Directiva Provincial de la Unión Nacional de Juristas de Cuba (UNJC), Santiago de Cuba, 27 y 28 de noviembre de 2014.

** Profesor Asistente de Derecho de propiedad industrial, Departamento de Derecho de la Facultad de Ciencias Sociales y Humanísticas de la Universidad de Granma, Cuba. Vicepresidente del Capítulo Provincial de la Sociedad Cubana de Derecho Constitucional y Administrativo en Granma. Colaborador del Grupo de Investigación sobre Derecho del Deporte, Universidad de Oriente. ygalindor@udg.co.cu

suelen ser consideradas como prestacionales, mientras que en otro serán entendidas como servicios públicos, limitación o policía, fomento entre otros reconocimientos doctrinales.

El servicio público, como una de las formas de actividad utilizada por Administración Pública para cumplir sus fines, ha sufrido modificaciones consecuentemente con los cambios que los Estados han experimentado convirtiéndose en parte de la vida de estos. En estos últimos no se conciben –sobre todo los de corte democrático– sin la existencia de este tipo de actividad.¹

El Estado contemporáneo generalmente se presenta con un alto grado de intervencionismo, por lo que es de considerar que a éste no solamente le viene la obligación de prestar determinadas actividades en bien de la colectividad, sino que debe además establecer las regulaciones necesarias en pos de garantizar que los servicios prestados por sí o a través de sus representantes sean realizados con la calidad requerida y en gran medida sea prestado a todos o en su defecto a la mayoría de los individuos de la sociedad. ARIÑO ORTIZ deja muy en claro que como consecuencia del sometimiento de la Administración al Derecho y las exigencias propias de los Estados debe de ajustar su actuar al ordenamiento jurídico y por su puesto a las constituciones como cima de éste.²

Por su parte, las Constituciones se afirman como la norma suprema de los ordenamientos jurídicos, en las cuales se recogen las principales instituciones de forma general.³ A partir de lo que en ellas se establece en

¹ VALLS HERNÁNDEZ, Sergio A., “La noción del servicio público en el Estado Social de Derecho”, en COLECTIVO DE AUTORES, *Actualidad de los servicios públicos en Iberoamérica*, 1ª edición., Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2008, p. 383 y ss. Véase además SERRA ROJAS, Andrés, *Derecho administrativo*, Primer Curso, 19ª edición, Porrúa, México, 1998, pp. 108 y 109. En este sentido sostiene al referirse a los servicios públicos que estos “(...) son servicios de los cuales no puede prescindir una sociedad, como la justicia, la defensa nacional, los transporte, la actividad educativa y económica del Estado, el crédito público y otras (...)”.

² ARIÑO ORTIZ, Gaspar, *Dictámenes sobre la improcedencia de paralizar la prestación de un servicio público por parte del poder judicial*, Madrid, 2004, p. 6.

³ La Constitución resulta un fenómeno complejo que puede ser vista desde varios ángulos. *Vid.* PRIETO VALDÉS, Martha, “Reflexiones en torno al carácter normativo de la Constitución” en PRIETO VALDÉS, Martha y PÉREZ HERNÁNDEZ, Lissette (Coordinadoras), *Temas de Derecho Constitucional cubano*, Editorial Félix Varela, La Habana, 2000,

materia de Derecho, las normas derivadas podrán recoger, ampliar en contenido y establecer determinadas particularidades que serían muy necesarias para el correcto funcionamiento del ordenamiento jurídico y la funcionalidad práctica de la sociedad.

Suele suceder que el servicio público es considerado como una restricción a los derechos del particular. Sin embargo se ha demostrado que cuando se establecen en las constituciones – al menos la conceptualización de lo que debe de ser entendido por un servicio público –, aumenta la calidad de las prestaciones que se realizan con ese fin y aparece la obligatoriedad de los Estados a la prestación de ésta y otras actividades con la finalidad de lograr un mínimo de vitalidad en la vida de los ciudadanos. En este mismo sentido BREWER-CARÍAS aclara

“(...) el hecho de que el servicio público se cumpla por el Estado en ejecución de una obligación constitucional o legal, da origen a dos consecuencias fundamentales en relación a los particulares: por una parte, el hecho de que con motivo de la obligación jurídica del Estado surge una relación jurídica, en cuyo otro extremo está un derecho de los administrado a tales servicios públicos; y por otra parte, el hecho de que la presencia del Estado como prestador de servicios públicos restringe, a la vez, la libertad económica de los administrados”.⁴

Por tanto, argumenta que

“(...) cuando la Constitución directamente, establece así algunos servicios públicos, como actividades a cargo, obligatoriamente, del Estado, establece el derecho de todos los individuos a participar de ese servicio público creado, prevé la obligación de las autoridades competentes de velar por el estricto cumplimiento y mantenimiento del servicio”.⁵

p. 26, y PERAZA CHAPEAU, José, *Derecho constitucional general y comparado*, Universidad de La Habana, La Habana, 1989, p. 6.

⁴ BREWER-CARÍAS, Allan R., *Comentarios sobre la noción del servicio público como actividad prestacional del Estado y sus consecuencias*, Comentarios monográficos, Universidad Central de Venezuela, Caracas, p. 66 y ss.

⁵ *Ibidem*.

De esta manera resultan indudables las relaciones existentes entre el Estado y la Constitución, al punto de aparecer como causal la denominación de Estado constitucional a aquel que cuenta con una Constitución, donde se organiza políticamente y se regulan sus instituciones básicas; con independencia del tipo de Estado, de Constitución y la clasificación que consecuentemente recibe. Como es conocido el Estado, en cuanto entidad jurídica, realiza una serie de funciones o actividades en función de la sociedad entre las que se encuentra la ejecutiva.⁶

Resulta innegable la importancia que revisten los servicios públicos en los Estados contemporáneos, ya que no solo se consideran como parte elemental en el desarrollo económico social, sino que han sido considerado además como una garantía al respecto de los derechos de los ciudadanos y a su participación en las cuestiones más elementales de la sociedad. Sin embargo no podrá llevarse a cabo con efectividad una actividad por parte del Estado o uno de sus representantes si antes no se establece en las normativas generales – Cartas Magnas – propiciando su adecuado funcionamiento.

II. El régimen de la actividad deportiva como servicio público en la Constitución socialista de la República de Cuba de 1976

El 24 de febrero de 1976 entra en vigor la Constitución de la República de Cuba, reformada posteriormente en 1978, 1992 y 2002, y vigente actualmente. Al parecer ésta prescinde totalmente de la ordenación del servicio público como categoría jurídica a diferencia de algunas que la antecedieron. No obstante en los artículos del 14, 15 y 17, de la Ley de leyes cubana, donde los términos utilizados son muy generales podrían hacer pensar que en ellos los servicios tienen su basamento, sin embargo no puede olvidarse que ni la finalidad, ni la titularidad de los bienes, ni la personalidad que los atiende, son criterios suficientes para catalogar un servicio de

⁶ La doctrina ha reconocido determinadas funciones que son realizadas por los Estados: la función ejecutiva, puramente administrativa o gubernamental, que debe distinguirse, según esa posición, de la función legislativa y de la función judicial, encaminada esta última a administrar justicia. FERNÁNDEZ BULTÉ, Julio, *Teoría general del Estado*, Félix Varela, La Habana, 2004, pp. 45 y ss.

servicios. MATILLA CORREA hace referencia a que en el artículo 15 párrafo tercero de la Constitución,⁷ la concesión administrativa está constitucionalizada de manera indirecta, pues ella conlleva la transmisión a favor del concesionario de derechos sobre bienes bajo titularidad del Estado, y tal situación se aviene a la letra de ese artículo.⁸

Con independencia de estos pormenores se encuentran actividades en Cuba que pueden constituirse como servicios públicos aún y cuando no han sido declarados como tal. Si apreciamos los elementos o características que deben de tenerse en cuenta para que una actividad sea considerada como servicios público, es de percatarse que la actividad deportiva de manera general resulta como tal una de ellas.

En esencia resultan interesantes a estos fines los criterios de la autora cubana LANZA LÓPEZ al realizar una caracterización de la actividad administrativa de servicios públicos de la siguiente manera:

- satisfacción de una necesidad o interés general o colectivo;
- que la actividad encaminada a satisfacer dicha necesidad se realice por el Estado a partir de las funciones y las competencias de los agentes administrativos, o por particulares a través de formas que garanticen la defensa del interés público;
- que su régimen jurídico permita que la Administración reglamente, dirija y gestione de forma directa o indirecta el servicio; y
- que suponga una actividad técnica prestada de forma regular y continua y que la misma sea adecuada, y sea predeterminada por una igualdad en relación con aquellos usuarios del servicio.⁹

⁷ BURGUT RODRÍGUEZ, René, *Ley de la Inversión Extranjera en Cuba. Texto de la Ley, Comentarios*, Consultoría Jurídica Internacional, Sangova, S.A., Madrid, p. 12; y LANZA LÓPEZ, María Teresa, "La concesión administrativa de servicio público", en MATILLA CORREA, Andry (Coordinador), *Temas de Derecho Administrativo cubano*, Tomo II, Editorial Félix Varela, La Habana, 2004, p. 158.

⁸ MATILLA CORREA, Andry, *Introducción al régimen jurídico de las concesiones administrativas en Cuba*, Editorial Universitaria, La Habana, 2009, nota 28, p. 68. El autor agrega que esta aparición de la concesión administrativa es el resultado de la reforma constitucional de 1992.

⁹ LANZA LÓPEZ, *op. cit.*, p. 394.

De esta caracterización se puede determinar que lo que fija al servicio público es la satisfacción del interés público y no privado, no importa si este ente que realiza la prestación es un órgano de Administración estatal encargada de la vigilancia de los intereses generales propio de sus funciones, particulares o empresas privadas a las que sólo se le cede la gestión, siempre y cuando sea garantizada la defensa de los intereses colectivos. Si es importante la manera en que se dirija o gestione ya sea directa o indirectamente, de manera constante y ajustada y que garantice la equivalencia en la utilización del servicio.

Por lo que implica la práctica deportiva para el fortalecimiento y perfeccionamiento de la salud física y mental de los individuos, esta actividad ha sido considerada como una necesidad de la social toda vez que la Constitución Socialista de la República de Cuba en su artículo 9 inciso b) a determinado que el Estado como poder del pueblo, en servicio del propio pueblo, garantiza que no haya persona que no tenga acceso al estudio, la cultura y el deporte.

Uno de los elementos indispensables en la determinación de la actividad de servicio público tiene que ver con la titularidad. En tal sentido la Carta Magna cubana es clara cuando establece la propiedad estatal socialista de todo el pueblo, determinándola – entre otras cuestiones – sobre los centros “(...) culturales y deportivos construidos, fomentados o adquiridos por el Estado y los que en el futuro construya, fomente o adquiera”.¹⁰ Así mismo y en reafirmación de dicha titularidad instituye, a partir del artículo 39 b) lo siguiente:

“El Estado orienta, fomenta y promueve la educación, la cultura y las ciencias en todas sus manifestaciones. En su política educativa y cultural se atiende a los postulados siguientes: (...) promover la educación patriótica y la formación comunista de las nuevas

¹⁰ Vid. Constitución de la República de Cuba de 24 de febrero de 1976, reformada en 1978, 1992 y 2002, en su artículo 15. Inciso b): “Son de propiedad estatal socialista de todo el pueblo: los centrales azucareros, las fábricas, los medios fundamentales de transporte, y cuantas empresas, bancos e instalaciones han sido nacionalizados y expropiados a los imperialistas, latifundistas y burgueses, así como las fábricas, empresas e instalaciones económicas y centros científicos, sociales, culturales y deportivos construidos, fomentados o adquiridos por el Estado y los que en el futuro construya, fomente o adquiera”.

generaciones y la preparación de los niños, jóvenes y adultos para la vida social”.

Para realizar este principio se combinan la educación general y las especializadas de carácter científico, técnico o artístico, con el trabajo, la investigación para el desarrollo, la educación física, el deporte y la participación en actividades políticas, sociales y de preparación militar. Por otra parte el mismo artículo 39 en su inciso g) “(...) Estado orienta, fomenta y promueve la cultura física y el deporte en todas sus manifestaciones como medio de educación y contribución a la formación integral de los ciudadanos”.

Otro de los elementos está relacionado con la dirección, gestión y control de los servicios públicos por parte de la Administración Pública. En tal sentido pudiese encontrarse algunos atisbos en la norma suprema cubana, por ejemplo: cuando faculta a las administraciones locales del Poder Popular para dirigir las entidades económicas y de servicio de subordinación local, con el propósito de satisfacer las necesidades económicas, de salud y otras de carácter asistenciales como educación, cultura, deportivas y recreativas de la colectividad del territorio en el que se extiende la jurisdicción de cada una; y en lo referente a los consejos populares, donde se alude al desarrollo de las actividades de producción y de servicios y por la satisfacción de las necesidades asistenciales, económicas, educacionales, culturales y sociales de la población, promoviendo la mayor participación de ésta y las iniciativas locales para la solución de sus problemas.¹¹

Por último, y no menos importante, se encuentra la uniformidad, continuidad e igualdad de trato para los usuarios del servicio público. Este elemento se constituye además como uno de los principios fundamentales

¹¹ *Vid.* Constitución de la República de Cuba de 24 de febrero de 1976, reformada en 1978, 1992 y 2002, en su artículo 103 tercer párrafo, donde se regula “(...) Las Administraciones Locales que estas Asambleas constituyen, dirigen las entidades económicas, de producción y de servicios de subordinación local, con el propósito de satisfacer las necesidades económicas, de salud y otras de carácter asistencial, educacionales, culturales, deportivas y recreativas de la colectividad del territorio a que se extiende la jurisdicción de cada una”. El artículo 104, segundo párrafo, referido a los Consejos Populares agrega “(...) Trabajan activamente por la eficiencia en el desarrollo de las actividades de producción y de servicios y por la satisfacción de las necesidades asistenciales, económicas, educacionales, culturales y sociales de la población, promoviendo la mayor participación de ésta y las iniciativas locales para la solución de sus problemas”.

a analizar. En dirección a lo expuesto la actividad que se realiza debe ajustarse al punto de poder mostrar un trato igualitario para todos aquellos que se encuentren en situaciones de igualdad, pues "(...) ante los servicios públicos todos los individuos son iguales".¹² Debiendo aclararse que este principio se da salvo en los casos de existencia de categorías especiales.

La uniformidad en el servicio, tiene, en principio su base en el Capítulo VI de la Constitución, referido a la igualdad, y de manera específica en el artículo 43, que, entre otros aspectos, se refiere al derecho que todos los ciudadanos tienen, a ser atendidos en todos los establecimientos de servicio público. Estos pronunciamientos incluyen a la actividad deportiva al anunciar la igualdad de todos los ciudadanos cubanos que "(...) disfrutan de los mismos balnearios, playas, parques, círculos sociales y demás centros de cultura, deportes, recreación y descanso". Afortunadamente en esta norma se ponen de manifiesto dos principios fundamentales: el principio de continuidad y el de igualdad, debiéndose aclarar que en este artículo no se hace de manera directa e intencionada a los servicios públicos.

El hecho de que exista este importante principio en la norma constitucional cubana y su referencia a la categoría jurídica que se analiza, no puede pensarse que tenga su basamento jurídico debidamente establecido, pues solamente hay un empleo del término que no garantiza una definición de servicio público, por lo que a simple vista da la impresión que la intención es dejar bien claro que en determinados locales con un carácter estatal todos los usuarios tendrán los mismos derechos de recibir la prestación que se lleva a cabo.

A fin de cumplir los objetivos de la actividad de servicio público y de hecho en materia de deporte, resulta necesario tener en cuenta la obligatoriedad de respeto a la ley, es decir actuar conforme a las disposiciones establecidas. El principio de legalidad hace alusión al sometimiento que debe tener la Administración para seguir las leyes y mandatos constitucionales así como demás disposiciones jurídicas, especialmente en

¹² LARES MARTÍNEZ, Eloy, *Manual de Derecho Administrativo*, 10ª edición, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1996, p. 240. Vid. ISLAS COLIN, Alfredo, en COLECTIVO DE AUTORES, *Actualidad de los servicios públicos en Iberoamérica*, op. cit., p. 289. El citado autor refiriéndose al principio de igualdad expresa "(...) consiste en que los usuarios que se encuentran en condiciones similares se le debe aplicar la prestación del servicio público en similares condiciones de tratamiento (...)".

aquellos casos que se afecten libertades, derechos fundamentales que estén establecidos en los cuerpos normativos. Bajo este principio los poderes públicos se encuentran sujetos a la ley, por lo que todos los actos por estos realizados deben ser conforme a las disposiciones vigentes, de lo contrario no serían válidos.

Se entiende que esta regla se refiere especialmente a los actos emanados del Estado que pueden incidir sobre los derechos subjetivos (libertad, de propiedad, etc.) de los ciudadanos, limitándolos o extinguiéndolos. En cuanto tal, el principio de legalidad tiene una evidente función garantista.¹³

Para FERNÁNDEZ BULTÉ "(...) la legalidad suele definirse como una forma de la vida sociopolítica de un país, en la cual las relaciones entre el poder y el individuo, entre el Estado, sus órganos y funcionarios, por una parte, y los ciudadanos, por otra, se basan en la ley y no en la arbitrariedad".¹⁴ Al respecto MATILLA CORREA argumenta que el modo en que se ha redactado este precepto y según su ubicación en el texto Constitucional, "es mucho más general y abarcador" que lo ordenado en el artículo 10 del propio texto, añade, "y sienta al principio de legalidad, no solamente como un principio de actuación del Estado, sino como principio que debe regir la conducta de todos los actores de la sociedad cubana". Agregando que la ordenación del principio de legalidad en la Ley de Leyes

"complementa los dos sentidos de extensión subjetivos que este puede tener: el sentido absoluto, que exige que todos los sujetos actúan conforme a las normas jurídicas vigentes; el sentido amplio

¹³ GIANNINI, M.S., *Dritto amministrativo*, I, Milán, 1970, p. 82. Vid. además FERRAJOLI, Luigi, *Diritto e ragione. Teoría del garantismo penale*, Trad. al castellano, Trotta, Madrid, 1995; TORNOS Y MÁS, Joaquín, "El principio de legalidad en la doctrina jurídica española", en *Diritto Pubblico*, No. 1, 1995, pp. 88 y 89; GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, "Principio de legalidad, Estado material de derecho y facultades interpretativas y constructivas de la jurisprudencia en la Constitución", en *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 4, No. 10, Enero-abril 1984, p. 11 y ss.; e IGARTUA SALAVERRÍA, Juan, "Principio de legalidad, conceptos indeterminados y discrecionalidad administrativa", en *Revista de Administración Pública*, No. 92 de 1996, p. 536 y ss.

¹⁴ FERNÁNDEZ BULTÉ, *op. cit.*, p. 492.

que prefija ese proceder para los órganos del Estado; y el restringido que destaca tal deber para la Administración Pública en especial”.¹⁵

De tal suerte en la normativa constitucional cubana se establece otro de los principios relevantes a tener en cuenta en los servicios públicos. La obligatoriedad de prestación como uno de los principales sustentadores de la actividad. A partir de aquí no hay opción de prestar o no el servicio, sino la obligación de hacerlo. Por tanto, una vez que esa actividad, por razones de interés social, se erige como un servicio público, ya que por su trascendencia para el colectivo, el Estado la asume para sí, no puede el sujeto encargado – bien sea la propia Administración o un particular mediante concesión – excusarse injustificadamente del cabal cumplimiento de la tarea asignada.¹⁶

En el caso de la Constitución cubana esta obligatoriedad surge a partir del reconocimiento en el artículo 52 el derecho a la educación física, al deporte y a la recreación de todos los ciudadanos cubanos, así como la garantía estatal de facilitar, a partir de la puesta de los medios a disposición del pueblos, la práctica deportiva y recreativa al establecer:

“(...) El disfrute de este derecho está garantizado por la inclusión de la enseñanza y práctica de la educación física y el deporte en los planes de estudio del sistema nacional de educación; y por la amplitud de la instrucción y los medios puestos a disposición del pueblo, que facilitan la práctica masiva del deporte y la recreación.”

¹⁵ MATILLA CORREA, Andry, “Notas sobre la ley y el principio de legalidad en el ordenamiento jurídico cubano”, en COLECTIVO DE AUTORES, *Memorias del VI Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo. VIII Jornadas de Derecho Constitucional y Administrativo*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2007, p. 411 y ss. *Cit pos.* GARCÍA RUÍZ, Joarlen, en *El silencio administrativo en los procedimientos tributarios en Cuba*, Tesis presentada en opción al Título Académico de Máster en Derecho Constitucional y Administrativo, Universidad de La Habana, La Habana, 2011.

¹⁶ *Ibidem*, p. 8. Véase además en criterio RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime, en el derecho comunitario, todos los servicios que las autoridades nacionales consideren de interés general tienen obligaciones de servicio público, sean o no de contenido económico; en COLECTIVO DE AUTORES, *Actualidad de los...*, *op. cit.*, p. 604; ISLAS COLIN, (*op. cit.*, p. 289), “(...) los servicios están implementados en beneficio del interés general...no obstante, se admite que los servicios públicos, los más esenciales, que tienen el carácter de obligatorios, y deben proporcionarse gratuitamente”.

III. A modo de conclusiones

Como resultado de la insuficiente concepción teórico-jurídica del servicio público en Cuba, se verifica un inadecuado reconocimiento de ésta categoría jurídica en la normativa constitucional, aún y cuando pueden encontrarse asomos de su base legal general – al tener el Estado la posibilidad de entregar a un sujeto la gestión de una actividad encaminada a la solución de intereses generales –, así como algunos principios aislados por el cuerpo normativo. Tampoco se advierte un espacio para su regulación sistemática, fiscalización y control; o en su defecto la norma que será la encargada de hacerlo y en consecuencia las dificultades para determinar la claridad de las actividades de la Administración Pública como servicio público.

Con relación a la actividad deportiva, y desde la visión general constitucional, pudiese ser considerada ésta como una actividad administrativa de servicio público, toda vez que cuenta con las características – necesidad social, titularidad estatal, forma de gestión, fiscalización y control y la uniformidad, unidad y continuidad de la misma – y principios que lo sustentan – legalidad, obligatoriedad, continuidad e igualdad de trato para los usuarios – este tipo de actividad; con independencias de los matices propios que puedan aflorar en las normativas complementarias.

IV. Referencias bibliográficas

Obras generales

- ARIÑO ORTIZ, Gaspar, *Dictámenes sobre la improcedencia de paralizar la prestación de un servicio público por parte del poder judicial*, Madrid, 2004.
- BREWER-CARÍAS, Allan R., *Comentarios sobre la noción del servicio público como actividad prestacional del Estado y sus consecuencias*, Comentarios monográficos, Universidad Central de Venezuela, Caracas.
- BURGUT RODRÍGUEZ, René, *Ley de la Inversión Extranjera en Cuba. Texto de la Ley, Comentarios*, Consultoría Jurídica Internacional, Sangova, S.A., Madrid. FERNÁNDEZ BULTÉ, Julio, *Teoría general del Estado*, Félix Varela, La Habana, 2004.
- FERRAJOLI, Luigi, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Trad. al castellano, Trotta, Madrid, 1995.
- GARCÍA RUÍZ, Joarlen, *El silencio administrativo en los procedimientos tributarios en Cuba*, Tesis presentada en opción al Título Académico de

Máster en Derecho Constitucional y Administrativo, Universidad de La Habana, La Habana, 2011.

GIANNINI, M.S., *Dritto amministrativo*, I, Milán, 1970.

LANZA LÓPEZ, María Teresa, "La concesión administrativa de servicio público", en MATILLA CORREA, Andry (Coordinador), *Temas de Derecho Administrativo cubano*, Tomo II, Editorial Félix Varela, La Habana, 2004.

LARES MARTÍNEZ, Eloy, *Manual de Derecho Administrativo*, 10ª edición, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1996.

MATILLA CORREA, Andry, "Notas sobre la ley y el principio de legalidad en el ordenamiento jurídico cubano", en COLECTIVO DE AUTORES, *Memorias del VI Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo. VIII Jornadas de Derecho Constitucional y Administrativo*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2007.

MATILLA CORREA, Andry, *Introducción al régimen jurídico de las concesiones administrativas en Cuba*, Editorial Universitaria, La Habana, 2009.

PERAZA CHAPEAU, José, *Derecho constitucional general y comparado*, Universidad de La Habana, La Habana, 1989.

PRIETO VALDÉS, Martha, "Reflexiones en torno al carácter normativo de la Constitución", en PRIETO VALDÉS, Martha y PÉREZ HERNÁNDEZ, Lissette (Coordinadoras), *Temas de Derecho Constitucional cubano*, Editorial Félix Varela, La Habana, 2000.

RUIZ Y GÓMEZ, Julián Modesto, *Principios de Derecho Administrativo (Segundo semestre)*, 1ª edición, Escuela de Ciencias Comerciales, Universidad de la Habana, La Habana, 1947.

SERRA ROJAS, Andrés, *Derecho administrativo*, Primer Curso, 19ª edición, Porrúa, México, 1998.

VALLS HERNÁNDEZ, Sergio A., "La noción del servicio público en el Estado Social de Derecho", en COLECTIVO DE AUTORES, *Actualidad de los servicios públicos en Iberoamérica*, 1ª edición, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2008.

Publicaciones periódicas

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, "Principio de legalidad, Estado material de derecho y facultades interpretativas y constructivas de la jurisprudencia en la Constitución", en *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 4, No. 10, enero-abril, 1984, Madrid.

IGARTUA SALAVERRÍA, Juan, "Principio de legalidad, conceptos indeterminados y discrecionalidad administrativa", en *Revista de Administración Pública*, No. 92, 1996, Madrid.

TORNOS Y MÁS, Joaquín, "El principio de legalidad en la doctrina jurídica española", en *Diritto Pubblico*, No. 1, 1995.

Normas jurídicas nacionales

Constitución de la República de Cuba, de 24 de febrero de 1976 (reformada en 1978, 1992 y 2002), Gaceta Oficial Extraordinaria No. 3 de 31 de enero de 2003.

El deportista como sujeto de la relación jurídica administrativa. Posición en el Derecho cubano

DRA. NILDA HAYDEÉ RIZO PÉREZ*
LIC. YAYMA HENRIQUEZ RIVERO**

Sumario

- I. A modo de introducción
- II. La relación jurídica en el deporte
 - II.1. Del otro lado de la Administración Pública: el deportista
- III. El deportista y la Administración Pública en el ordenamiento jurídico-deportivo cubano
- IV. A modo de conclusión
- V. Referencias bibliográficas

I. A modo de introducción

La argumentación de la relación de la Administración Pública y el deporte pasa por el examen de algunos elementos claves para la comprensión de esa actividad como realidad jurídica. Constituyen puntos salientes: el conjunto normativo, las instituciones y definiciones, principios y, sobre todo,

* Profesora Titular de Derecho administrativo, Facultad de Derecho de la Universidad de Oriente, Santiago de Cuba. Miembro del Grupo de Investigación sobre Derecho del Deporte del propio centro. Investigadora de la Red Iberoamericana de Investigadores en Derecho y Gestión del Deporte (reconocida y patrocinada por la Asociación Universitaria Iberoamericana de Posgrado, AUIP, Salamanca, España). hrizo@uo.edu.cu

** Abogada de la Organización Nacional de Bufetes Colectivos, Santiago de Cuba. Colaboradora del Grupo de Investigación sobre Derecho del Deporte, Facultad de Derecho, Universidad de Oriente.

la organización, en la que, según las tendencias del Derecho comparado, la configuración del deporte se desdobra en estructuras públicas y privadas, pero permeada, en mayor o menor medida, por el intervencionismo estatal, en particular de la Administración Pública, devenida en deportiva, generalmente a través de órganos especializados o de otros pertenecientes a dicha estructura.

Dentro de la temática adquieren importancia los elementos distintivos de la relación jurídica entre la Administración Pública deportiva y los administrados a partir del referente doctrinal de la relación jurídica administrativa, siendo configurada sobre el vínculo jurídico establecido entre la Administración Pública deportiva, sus entes subordinados o descentralizados con los deportistas, jugadores, atletas o practicantes así como técnicos, funcionarios, directivos, profesores, entrenadores, árbitros y jueces, con el fin de crear, modificar o extinguir situaciones jurídicas bilaterales contentivas de derechos y obligaciones recíprocas. Se erige, así, la Administración Pública deportiva como el elemento institucional *sine qua non* de esta relación, acorde al rol determinante de las incidencias de sus actuaciones en los ámbitos de garantía de los administrados, figuras contrapuestas en un formal plano de igualdad, del cual la primera es garante y obligada permanente de aseguramiento de las necesidades sociales emanadas de la ejecución de la actividad administrativa deportiva, de cual se benefician o afectan sus administrados.

Empero, es propósito de este trabajo, la caracterización de uno de los sujetos de la relación jurídica administrativa, justamente el que se encuentra frente a la Administración Pública; corresponde en este espacio, pues, caracterizar al administrado deportivo¹ y en particular el deportista.²

¹ A los efectos del presente estudio se utiliza este término para designar a la persona colocada en la relación jurídica administrativa en el lado opuesto de la Administración.

² También denominado atleta, jugador o practicante de manera indistinta. Sin embargo la existencia del atletismo como disciplina deportiva, ha traído como consecuencia que a quienes la practican se les denomina atletas, determinándose la tendencia dominante de considerar como deportista al practicante de cualquier disciplina con fines competitivos. Para AGIRREAZKUENAGA ZIGORRAGA "(...) tendrá la consideración de deportista toda persona que practique alguna modalidad, disciplina o especialidad deportiva, cualquiera que sea su sexo, edad, capacidad o condición social, de tal modo que contribuya a su bienestar personal, salud, formación o esparcimiento, aun cuando no esté fede-

II. La relación jurídica en el deporte

La Administración Pública se presenta como eje central en el desarrollo de la actividad deportiva, máxime en aquellos modelos deportivos mediana o definitivamente publicados. La inserción y asunción del deporte en el marco de la Administración Pública, ha normalizado su encuadramiento jurídico-administrativo, al margen de la gradual implementación de adecuadas formas organizativas, reconocidas en el complejo campo de los modelos orgánicos consagrados en el seno de la Administración Pública. Con sujeción a tales presupuestos, la intervención administrativa en la actividad deportiva demanda la configuración de una Administración Pública deportiva capaz de satisfacer el ambicioso anhelo social del deporte para todos, siendo configurada como la instancia instrumental respecto a los objetivos últimos de la política deportiva, previamente definida y configurada, con enfoques concretos hacia los objetivos y proyectos globales insertos en un modelo de sociedad determinada.³

En los modelos intervencionistas, al margen de su alcance y desarrollo, se ha consolidado gradualmente el *status* de la Administración Pública deportiva como persona jurídica independiente de otros entes administrativos, vinculada a la Administración Central del Estado, aplicándosele un régimen jurídico-administrativo configurado en correspondencia con el desarrollo de la práctica deportiva, adaptado a los objetivos de una política consecuente de su proyección social. En consideración, la estructura pública deportiva se conforma a partir de la asunción de competencias por las Administraciones en los distintos ámbitos territoriales, ejercidos a través del órgano administrativo con tal asignación.

Consecuentemente, la intervención del sector público en las arenas de las estructuras privadas del deporte tiene su máxima expresión en la configuración de estas Administraciones especializadas, encargadas de dirigir las políticas deportivas.

rado o no participe en competiciones deportivas". (AGIRREAZKUENAGA ZIGORRAGA, Iñaki, *Intervención pública en el deporte*, Editorial Cívitas, Madrid, 1998, p. 30).

³ Vid. BASSOLS COMA, Martín, "La Administración deportiva: evolución y posible configuración", en *Revista de Administración Pública*, Madrid, No. 85, enero-abril 1978, pp. 381-383.

En Cuba destaca la Administración Pública como sector más relevante, con centro en el Instituto Nacional de Deportes, Educación Física y Recreación (en adelante INDER) y sus dependencias y formando parte de un sistema con las organizaciones políticas, sociales y de masas.

No obstante, la presencia de las asociaciones nacionales por deportes, con naturaleza de entes privados, conforme a los estatutos y reglamentos del Comité Olímpico Internacional y de sus respectivas federaciones internacionales, y amparadas en la Ley No. 54, de 27 de diciembre de 1985, de Asociaciones, cuyo rol está signado por la incorporación a nuestro ordenamiento jurídico de los principios y normas internacionalmente aceptadas en el ámbito del deporte.

“En toda relación jurídico-administrativa, por otra parte, se concibe además de la Administración un sujeto pasivo que sería el administrado, el particular, a quien se dirige y destina la acción administrativa, quien ocupa una situación jurídica opuesta a la Administración, aunque aparezca también en el campo del Derecho como titular de potestades y derechos frente a aquella, en consecuencia de la vinculación de la Administración a la ley y del principio de la legalidad”⁴

II.1. Del otro lado de la Administración Pública: el deportista

Amén de las críticas en el orden terminológico,⁵ la concepción sobre el administrado en el deporte discurre por la teoría sobre este ente como elemento subjetivo de la relación jurídico-administrativa.

⁴ GARCINI GUERRA, Héctor, *Derecho Administrativo*, 2ª edición, Editorial Pueblo y Educación, La Habana, 1986, p. 107.

⁵ Se ha argumentado históricamente que el término “administrado tiene una concepción poco feliz para los fines del Derecho Administrativo, pues, como participio pasivo del verbo “administrar”, parece asumir una posición simplemente pasiva de un sujeto, que vendría a sufrir o soportar la acción de administrar que otro sujeto eminente y activo ejerce sobre él: la Administración Pública. Esta concepción, a pesar de haber tenido sustento en los “*Antiques Regimenes*” europeos ha perdido validez debido a la creciente titularidad de situaciones activas a favor del ciudadano y de los individuos en general ante la Administración Pública, hecho condicionante de una igualdad formal entre ambos sujetos generador de derechos y obligaciones recíprocos y garantías para el admi-

El administrado, es el ente o individuo con personalidad jurídica capaz de establecer una relación jurídico-administrativa cuando insta ante la Administración o simplemente hace uso de un servicio estatal. Dentro del concepto del administrado debe comprenderse no sólo a los individuos sino también a aquellas personas jurídicas que entran en relación con una entidad administrativa, incluso a los órganos estatales que lo hagan con otros que por razón de su posición en la estructura administrativa tienen potestad sobre ella, en consecuencia, es cualquier persona física o jurídica considerada desde su posición privada respecto de la Administración Pública o a sus agentes.⁶

Resultan igualmente relevantes las modalidades de administrado: simple y administrado cualificado; al margen de constituir un criterio de clasificación puramente funcional pues “todos somos administrados simples en la mayor parte de nuestras relaciones con la Administración, todos podemos ser en una circunstancia administrados cualificados, aunque siempre respecto de relaciones concretas y sólo en el seno de éstas”⁷

El administrado simple ostenta una posición puramente genérica de ciudadano, expresada en la posición jurídica respecto a la Administración propia del binomio poder público-ciudadanos. El administrado cualificado matiza su posición de un *status* especial que le singulariza de la situación genérica por virtud de un tipo de relación concreta que le liga con la Administración de una manera específica. Existen varios supuestos configuradores de tal modalidad, el primero de ellos y más destacado es el recurrente, parte o interesado en un procedimiento administrativo, la segunda de ellas, tal vez la de mayores problemas, es la configurada al insertarse el administrado como agente de una organización administrativa determinada, situación que fue abordada como un estado de libertad restringida, por la inminente afectación devenida de los poderes organizativos de la propia Administración Pública.⁸

nistrado. Al respecto *Vid.* GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás-Ramón, *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo II, 10ª edición, Thompson-Civitas, Madrid, 2006, pp. 361 y 362; COSCULLUELA MONTANER, Luis, *Manual de Derecho Administrativo*, Tomo I, 15ª edición, Editorial Civitas, Madrid, 2004, pp. 461 y 462.

⁶ *Vid.* GARCINI GUERRA, *op. cit.*, pp. 106 y 107.

⁷ GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *op. cit.*, p. 17.

⁸ Al respecto *vid. ibídem*, pp. 17 y 18.

En tal sentido, se puede entender la posición jurídica del administrado en el deporte, con arreglo a las modalidades previamente esbozadas, como los sujetos practicantes o imbricados (tanto personas físicas como jurídicas) en el aseguramiento de la actividad deportiva con capacidad legal y personalidad jurídica para crear, modificar o extinguir situaciones jurídicas contentivas de derechos y obligaciones recíprocas ante la Administración Pública, con quien adopta las posiciones de administrado simple o cualificado indistintamente en sus interacciones con la Administración Pública.

Por ende, los destinatarios directos de la ordenación jurídico-administrativa en el campo del deporte lo constituyen en primer lugar los deportistas, pero también técnicos, funcionarios, directivos, profesores, entrenadores, árbitros y jueces; y en segundo lugar los entes administrativos desarrolladores de la actividad deportiva subordinados al aparato público responsable de las funciones ejecutiva-administrativa.

Generalmente, aún y cuando la Administración se encuentra en una situación jurídica de poder, "los administrados ocupan a veces una posición activa cuando la ley les da poderes frente a una entidad administrativa, que en estos casos ocupa una posición pasiva"⁹

Así, dichos administrados pueden "vincularse a la Administración Pública, saliendo a la luz del derecho la cuestión de la aptitud del administrado para ser titular de derechos, poderes, acciones en relación con la Administración y a la vez adquirir obligaciones y deberes frente a ella"¹⁰

Tal aseveración exige la referencia a la posición jurídica del administrado.

"Como todos los demás sujetos, el administrado, al desplegar su propia personalidad dentro de los límites de la capacidad jurídica y de obrar que le reconoce el ordenamiento jurídico, puede resultar titular de una serie de situaciones jurídicas, que convencionalmente suelen agruparse en dos grandes categorías, según comporten una ampliación de su esfera jurídica, o bien una limitación o minorización de la misma. Se habla así de situaciones jurídicas de ventaja

⁹ GARCINI GUERRA, *op. cit.*, p. 107.

¹⁰ MATILLA CORREA, Andry (Coordinador), *Temas de Derecho Administrativo cubano*, Editorial Félix Varela, La Habana, 2004.

o activas o de situaciones jurídicas de desventaja, de gravamen o pasivas".¹¹

Entre las situaciones jurídicas activas (básicamente en ellas se funda esta investigación) se encuentran las potestades, los derechos subjetivos y los intereses legítimos y entre las pasivas se incluye la sujeción,¹² el deber y la obligación.¹³

¹¹ GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *op. cit.*, p. 26.

¹² "(...) la sujeción, supone sólo la eventualidad de soportar los efectos de una potestad de otro sobre el propio ámbito jurídico". *Ibidem*, p. 30. De este modo el concepto debe entenderse no en el sentido de subordinación o sometimiento, sino en el sentido de la eventualidad de soportar las consecuencias, que pueden ser normalmente desventajosas, aunque puedan también no serlo del ejercicio de la potestad.

¹³ "La distinción entre deber y obligación discurre, en efecto, por un camino paralelo a la de potestad y derecho subjetivo. Deberes y obligaciones son dos especies de un género común, los deberes en sentido amplio, en cuanto comportamientos, positivos o negativos, que se imponen a un sujeto en consideración a intereses que no son los suyos propios, sino los de otro sujeto distinto o los generales de la colectividad". (...) "En unos casos, en efecto, estos deberes operan en direcciones genéricas, de forma que los grabados por ellos no tienen frente a sí un sujeto determinado que sea titular de un derecho subjetivo propiamente tal a exigir de ellos el comportamiento que el deber consiste, sino, todo lo más, un poder destinado a actuar como garantía del efectivo cumplimiento del deber. En estos supuestos se habla de deberes en sentido estricto, que al igual que las potestades tienen su origen directamente en la norma y no en ninguna relación o negocio jurídico concreto". *Ibidem*, p. 31.

"(...) En cambio, la situación de deber se produce en el seno de una relación dada en estricta correlación con un derecho subjetivo de otro sujeto que es parte de dicha relación y que, en consecuencia, tiene el poder de exigir del sujeto grabado, so pena de responsabilidad, el efectivo cumplimiento del comportamiento previsto, en la medida en que ese comportamiento viene impuesto en el marco de la relación considerada en atención, precisamente, a los específicos intereses del titular del derecho. Para este tipo de deberes específicos se reserva la denominación de obligaciones.

Entre el deber en sentido estricto y la obligación suele mediar, por lo tanto, un proceso de concreción semejante al que, (...) se produce entre la potestad y el derecho subjetivo, proceso que en este caso se resuelve en actos administrativos de *acertamento* o fijación, que en atención a las circunstancias concurrentes en cada caso, precisan en relación a un sujeto determinado el deber genérico impuesto en la norma y el alcance concreto del comportamiento exigible al sujeto grabado". *Ibidem*, pp. 31 y 32.

GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ plantean al respecto:

“(...) la primera de éstas situaciones jurídicas del administrado remite a la figura de la potestad, (...) la potestad, especie del género común de los poderes públicos al que también pertenecen los derechos subjetivos, se definía por oposición a éstos como una manifestación de la personalidad consistente en un poder efectivo, atribuido directamente por el ordenamiento, previo, por tanto, e independiente de toda relación jurídica concreta, y susceptible, por esa razón de desplegarse y actuar frente a círculos genéricos de personas, que, respecto del titular de dicho poder, se encuentran en una situación de sujeción. (...) Se trata, pues, de un poder genérico no referido a un sujeto en particular, ni a un objeto determinado, un poder, en fin, que sólo a través de su concreto ejercicio puede llegar a actualizarse y traducirse en un poder concreto, es decir, en un verdadero derecho subjetivo”.¹⁴

Así, continúan los recién mencionados autores, “la figura de la potestad, si bien es capital para definir la posición jurídica de la Administración, no es exclusiva de ésta, puesto que los administrados también pueden resultar de esta clase de poderes jurídicos, tanto en el ámbito del Derecho privado como en la esfera del Derecho Público”.

“La figura subjetiva activa por excelencia en el ámbito del Derecho privado, (...) es la del derecho subjetivo. Esta figura se edifica sobre el reconocimiento por el derecho de un poder a favor de un sujeto concreto que puede hacer valer frente a otros sujetos, imponiéndoles obligaciones o deberes, en su interés propio, reconocimiento que implica la tutela judicial de dicha posición”.¹⁵

Los intereses legítimos “implican situaciones que permiten al ciudadano intervenir en el procedimiento administrativo de adopción de actos administrativos que le afectan; permitiéndole también recurrir contra dichos actos, tanto en la vía administrativa como ante los Tribunales de lo Contencioso-Administrativo”.¹⁶

¹⁴ *Ibidem*, p. 29.

¹⁵ *Ibidem*, p. 24.

¹⁶ COSCULLUELA MONTANER, *op. cit.*, p. 463.

Los referidos autores hacen notar en esta división su carácter simplificado del que escapan otras figuras jurídicas de carácter intermedio en las que se mezclan de una forma u otras ventajas y desventajas, más o menos intensas y evidentes, respectivamente según el punto de vista del cual se contemplen. Es el caso por ejemplo de los llamados poderes-deberes, o más propiamente poderes funcionales o funciones, en los que la situación de poder está ensamblada con una situación de deber, y ello en la medida que el poder se otorga no ya (o no sólo en consideración) de un interés propio de su titular sino en atención a un interés de otro sujeto o a un interés simplemente objetivo (funciones) cuya efectiva satisfacción depende la legitimidad misma de su ejercicio.

De la misma manera tipifica como situación intermedia a la carga, similar a la obligación en que impone a su titular la adopción de un determinado comportamiento pero diferente pues la obligación mira a satisfacer el interés de otro sujeto y se configura como un comportamiento forzoso, mientras que en la carga se conecta a un interés propio del sujeto grabado y por tanto voluntario pues su omisión no implica responsabilidad aunque se verá privado del beneficio o ventaja de lo que dicho comportamiento es presupuesto.

Igualmente hacen referencia a la exclusión de las situaciones jurídicas complejas constituidas por un conjunto de poderes, derechos, deberes y obligaciones definidos en términos generales por la ley y aplicable en bloque a todos aquellos sujetos que se encuentran en determinadas circunstancias o ingresan en ciertos grupos o colectividades. En este caso se habla de *status* de ciudadano, vecino, funcionario, estudiante, o miembro de un colegio profesional.

También advierten sobre el riesgo de esa división esquemática, al tender "por un lado, a presentar como incomunicadas entre sí a unas y otras figuras, que, como es lógico, suelen aparecer entrelazadas, y, por otro, a expresar correlaciones entre ellas, que, aún siendo frecuentes, no son, sin embargo, necesarias, ni se producen en todos los casos".¹⁷

En esta investigación el punto de mira se dirige a la figura del deportista, que a juicio de los autores, se encuentra con respecto al "fondo genérico e

¹⁷ GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *op. cit.*, p. 28.

inespecífico común a todos los ciudadanos iguales ante la ley”¹⁸ en uno de los *status* especiales mencionados por los autores recién referenciados; por tanto como antes se alegó en una situación jurídica compleja, no susceptible de calificar como netamente activa o pasiva, ese *status* vendrá definido

«normalmente por la condición de destinatario de un “ordenamiento seccional”, en la expresiva terminología italiana. Parece ociosa una clasificación en este momento de esa pluralidad de situaciones jurídicas posibles, que son potencialmente en las que el Derecho Administrativo regula situaciones concretas de una manera más o menos orgánica y no ocasional».¹⁹

En tal sentido existe una cualificación en la condición de administrado del deportista. Si se inserta en una organización tiene, respecto a ésta, una relación especial de poder o sujeción especial clasificada por MAYER como un “estado de libertad restringida” con base en “los poderes de autorganización de la Administración sobre el establecimiento o el servicio en que se integran el administrado, poderes cuyo ejercicio podría afectar a este administrado como «disciplina» de forma más expedita que lo que es común en las relaciones ordinarias”.²⁰

El autor ejemplifica tal situación aludiendo al preso, soldado, funcionario, escolar, u otros usuarios de un servicio público, y llama la atención en cuanto a que el problema de la disciplina interna de un servicio o de una corporación no puede resolverse al margen de la legalidad; lo más que puede llegar a legitimar es una deducción de poderes implícitos otorgados por la ley de una manera general o de un más amplio margen del papel del reglamento en desarrollo de esa ley, nunca una exención de éste.²¹

Los propios autores alertan en cuanto a la confusión entre las relaciones de sujeción especial con cualquier caso de relación particularizada entre la Administración y un administrado, llamando a este último “status cuali-

¹⁸ *Ibidem*, p.18.

¹⁹ *Ibidem*, p.18.

²⁰ MAYER, *cit. pos ibidem*, p. 19.

²¹ *Ibidem*, p. 19.

ficado de un administrado” que no supone necesariamente, (ni ordinariamente) su inserción en una organización administrativa.²²

Es importante aquí recordar, por un lado el papel y naturaleza de los entes asociativos privados con respecto a la Administración Pública dada la generalidad de la delegación en ellas de funciones públicas de carácter administrativo. Por otro lado la clasificación del deporte definitiva por tanto del status del deportista y su grado de sujeción.

Sobre el último particular puede citarse a REAL FERRER en cuanto a las sub- clasificaciones del deporte aficionado. Al referirse al no federado expresa que para éstos deportistas la conexión con el ordenamiento deportivo es esporádica y poco intensa. Se sujetan convencionalmente a las reglas del deporte que practican o a la competición en la que concurren y, aparte de ello, tan sólo caen bajo la órbita del ordenamiento deportivo por su parcial sujeción al Derecho público del deporte, ya sea como destinatarios de algunas medidas de fomento, o como ciudadanos a los que se debe asegurar los medios para la realización de sus prácticas deportivas (instalaciones) o, en fin y genéricamente, garantizar su seguridad, salud, etc.²³

Mientras el aficionado federado, sigue diciendo, “en comparación con el que no lo está, suele establecer una relación más intensa y duradera con el deporte. La cualidad de esa relación le hace sujetarse al ordenamiento deportivo a través del acto de afiliación. Puede pertenecer o no a un club o asociación deportiva de base, pero, en todo caso, su integración a una federación será la condición que le permitirá el desarrollo pleno de su afición”.²⁴

La cualificación de la condición del deportista como administrado es visible, igualmente, cuando es considerado como parte o interesado en un procedimiento administrativo. Siguiendo esta línea, la caracterización del deportista como administrado, al igual que en la teoría general, exige una mirada a la capacidad del administrado y sus circunstancias modificativas.

²² *Ibidem*, pp. 19 y 20.

²³ *Vid.* REAL FERRER, Gabriel, *Derecho Público del Deporte*, Editorial Civitas-Secretaría de Publicaciones de la Universidad de Alicante, Madrid, 1991, pp. 168 y 169.

²⁴ *Ibidem*, p. 169.

“La titularidad de los derechos que de acuerdo con el ordenamiento legal pueden tener los administrados es consecuencia de una capacidad jurídica distinta de la capacidad jurídico civil. Existe una capacidad jurídico administrativa (...) que corresponde no sólo a la capacidad jurídica sino también a la capacidad de obrar. Los casos y circunstancias condicionantes de la capacidad jurídico-administrativa de los particulares obrarán en el Derecho Administrativo de manera distinta que en el Derecho Civil, pues no se reconocen efectos generales a su existencia, sino que cada materia determinada tiene relevancia distinta”.²⁵

III. El deportista y la Administración Pública en el ordenamiento jurídico-deportivo cubano

Lo anterior es válido por tanto en materia deportiva y así, circunstancias como la edad, la nacionalidad, sexo, estado físico y de salud, el domicilio, la capacidad técnica, la buena conducta, tienen connotaciones diferentes, tal y como apreciaremos a continuación ejemplificando en los supuestos previstos por el ordenamiento jurídico cubano.

a) Con respecto a la edad en el Derecho civil son considerados mayores y por tanto con plena capacidad a partir de una determinada edad, sin embargo la minoría de edad en el deporte, no excluye la participación como practicante y por ende el status de deportista. Por ejemplo la edad desempeña un rol muy importante para la determinación del régimen de participación deportiva (deporte escolar, deporte universitario, deporte juvenil, etc.).

Por otro lado de manera general no hay una estandarización en relación con el momento a partir del cual en el *status* de deportista, de practicante activo, común en el régimen laboral, que si bien no es obligatorio cumplirlo se establecen edades para el retiro, pues mayormente salvo las limitaciones categoriales, están en dependencia del rendimiento.

Una mirada de la regulación jurídica sobre el régimen de participación deportiva, puede ser útil para ejemplificar lo antes expresado. Son varias las normas dentro del Decreto No. 140 de 10 de febrero de 1988, Régimen

²⁵ GARCINI GUERRA, *op. cit.*, pp. 107 y 108.

de participación deportiva (en adelante Decreto No. 140), y la Resolución No. 52 de 15 de febrero de 1989 del Presidente del INDER, Reglamento del Decreto sobre el Régimen de participación deportiva (en adelante Resolución No. 52), vinculados a la circunstancia estarían entre ellas los artículos 17 y 22 del primero.

El artículo 17 estipula que para la organización del deporte escolar se tomará como base la edad escolar y se conformarán los grupos de edades de acuerdo con las características y especificidades de cada deporte. Mientras el artículo 22 establece los modos de competencia por categorías y edades determinables en la estrategia del desarrollo deportivo nacional a regir en un ciclo.

El Reglamento dedica el Capítulo IV al sistema de competencias para grupos de edades y categorías. Dentro del citado apartado destacan los artículos 29 (relacionado con el deporte para niños y jóvenes) denominado deporte escolar, y las agrupaciones que conforma de acuerdo a la edad escolar los juegos escolares de alto rendimiento (9 a 10 años, 11 a 12 años, 13 a 14 años, y 15 a 16 años); el artículo 33 estipulante, como una de las bases para la participación de atletas en juegos escolares, tener la edad requerida para las categoría, avalada por el carnet de identidad o tarjeta de menor, el artículo 42 también normativo de bases para la participación en juegos escolares de alto rendimiento, estipula que serán elegibles en una categoría determinada los alumnos comprendidos en las edades establecidas a comprobar con el documento correspondiente (base primera) y en la sexta condicional la participación de un atleta en una categoría de edad inferior en una de edad superior al aval de de la Comisión Técnica Nacional del deporte, así como la posibilidad de participar en los juegos escolares de alto rendimiento, mientras permanezca en los límites de edad requeridos para su categoría.

Por su parte, los artículos 16 del Decreto No. 140 y 44 de la Resolución No. 52 establecen categorías para el deporte social: juvenil (16 a 20 años de edad), segunda (la de mayor masividad, con atletas procedentes de las categorías de mayor nivel cualitativo, donde sólo están contenidos los juveniles) y primera (los deportistas que venzan marcas, tiempos y normas técnicas). Es así que la atención a la edad para el establecimiento de las

categorías se traduce en una manifestación del cumplimiento del principio de *par conditio*.²⁶

En las modificaciones recientes, particularmente en la referida al régimen de contratación de atletas, también se encuentran referencias a la edad. La Resolución No. 25 de 20 de marzo de 2014 del Presidente del INDER, Sistema de contratación de los atletas de alto rendimiento de las preselecciones deportivas nacionales, la serie nacional de béisbol y las reservas de estos (en adelante Resolución No. 25), en su apartado Tercero establece que en caso de los atletas que no hayan arribado a los 17 años de edad, se establece un convenio de prestación social a suscribir entre sus representantes legales y los directores de las escuelas y de las direcciones provinciales de deportes, según proceda.

b) La nacionalidad tiene implicaciones en el deporte, y por ende en el deportista, aunque no de carácter absoluto. En Cuba, la Resolución No. 52 contiene algunas pinceladas en relación con esta circunstancia. El artículo 43, en la base décima refrenda que los alumnos de escuelas para extranjeros no podrán participar en determinadas competencias pero sí podrán hacerlo en los juegos deportivos escolares de alto rendimiento y en los juegos de la amistad de Isla de la Juventud.

El artículo 54 legitima a todos los atletas extranjeros, estudiantes o prestadores de ayuda técnica en Cuba, para participar en los eventos del deporte social, de acuerdo con lo que establezca la convocatoria, excepto en el atletismo y el levantamiento de pesas, debido a las normas establecidas por las federaciones internacionales de dicho deporte que lo limitan. De hecho, con cierta frecuencia se inscriben y participan en campeonatos provinciales y nacionales los estudiantes extranjeros radicados en Cuba. Incluso en campeonatos internacionales que se organizan y celebran en nuestro país, siempre y cuando lo permitan las reglamentaciones para la inscripción, participan estos estudiantes.

²⁶ Se trata del principio denominado *par conditio*, definido por REAL FERRER como "(...) la regla general que preside las actuaciones de los deportistas, si bien en busca del récord, bien en busca de la victoria; y supone el establecimiento de un cierto equilibrio entre las condiciones naturales o artificiales de los contendientes, una pareja situación de partida que haga meritorio el éxito deportivo" (REAL FERRER, *op. cit.*, p. 152).

En conclusión de la incidencia de la circunstancia analizada en la capacidad jurídica del administrado en el deporte – en virtud de la debida vinculación positiva al principio de legalidad –, cabe destacar que no siempre pueden competir los extranjeros, ni son todos los extranjeros los que pueden competir.

c) La influencia del sexo también está relacionado con el principio de *par conditio* dada la organización de categorías competicionales femenina y masculina, que por otro lado, si bien se ha ido superando esta “barrera”, si permanecen deportes destinados exclusivamente para hombres, pero otros van dedicados sólo a mujeres. Las razones que legitiman esta distinción, obviamente, responden a criterios biológicos fundados en el sexo, demostrándose científicamente que no pueden competir en igualdad de condiciones y circunstancias los hombres y mujeres.

Un caso interesante (que no ha sido único en la historia del deporte) lo constituye el de la corredora sudafricana Caster SEMENYA, titular mundial en atletismo, cuya identidad sexual estuvo en conflicto sometida a complejos exámenes para investigar cuestiones anatómicas, ginecológicas, psicológicas, genéticas que intervienen en la conformación del género dado su aspecto masculino.²⁷

²⁷ Las pruebas para determinar el sexo de las deportistas no se inauguran con el caso de la sudafricana. Desde 1967 hasta 1999 se estableció como práctica que en los Juegos Olímpicos se realizara un control de sexo a todas las competidoras. Los hombres no deben someterse a este tipo de controles debido a un planteamiento de base sexista: ninguna mujer estaría interesada en competir entre los varones, pues quedaría en desventaja biológica. Debido a la ambigüedad de estos exámenes, en 1999 se decidió suprimir el test. Sin embargo tal es el caso de Stella WALSH, la primera mujer en bajar de los 12 segundos en los 100 metros planos y ganadora de la medalla de oro en los Juegos Olímpicos de Los Ángeles 1932, a quien descubrieron genitales masculinos en 1980. También la polaca Ewa KLOLUKOWSKA, plusmarquista mundial de los 100 metros en 1965, fue obligada a retirarse en 1967 al encontrarse una anomalía en el test de sexo. Para la india Santhi SOUNDARAJAR, desposeída de su medalla de los 800 metros de los Juegos Asiáticos de 2006 al comprobarse su hermafroditismo, la primera reacción fue el suicidio. El hallazgo en 1986 de un cromosoma y en su ADN dio al traste con la carrera de María José MARTÍNEZ PATIÑO, plusmarquista española de 60 metros con valla. A la inversa se transformó el ciclista escocés ROBERT MILLAR, quien pese a ser el rey de la montaña del Tour de Francia de 1984, en 2003 cambió de sexo y hoy vive como Philippa YORK. Vid. HERNÁNDEZ HORMILLA, Helen, “Fuera de la ley... de género”, en Revista *Mujeres*, No. 4, 2009, pp. 82-85.

En Cuba, además de la influencia de la normativa internacional, en el régimen de participación deportiva – tomado como ejemplo para ilustrar las diferentes circunstancias modificativas de la capacidad – se advierten atisbos de la división intersexual; así en el artículo 29 de la Resolución No. 52 ya analizada, para las agrupaciones por edades en el deporte escolar, se hace referencia a que los grupos de edades no serán iguales en todos los deportes y sexos pues se tendrán en cuenta las características de las diferentes disciplinas deportivas.

Por su parte, en el también mencionado artículo 43, en la base tercera se establece que en los deportes cuya programación sea para atletas masculinos y femeninos, podrán representar a sus escuelas ganadoras en un solo sexo o en ambos.

d) Igualmente el estado físico y de salud, tienen repercusión en la capacidad del deportista, si bien no es excluyente de este status, si es tenido en cuenta para la conformación del régimen de participación deportiva y en el cumplimiento del ya multimencionado principio *par conditio*. Se distinguen así el deporte para discapacitados y organización de las competencias paralímpicas y parapanamericanas.

Incide también en el rendimiento y posibilidades de competición y en la vinculación con la organización deportiva, pues las personas pueden estar incapacitadas para continuar la práctica del deporte cuando le sobreviene una afectación física que de acuerdo con los criterios establecidos les impide proseguir la realización de las tareas propias de la modalidad deportiva, así como en cumplimiento del citado principio en organización de campeonatos por categorías, por pesos, tamaño y otras condiciones corporales.

De similar manera:

“El *doping* supone un atentado a la *par conditio*, por cuanto comporta una ventaja ilegítima para el atleta que lo utiliza. Es claro que el esfuerzo de los deportistas – entrenamientos, dietas, preparación psicológica – se dirige a estar en las mejores condiciones físicas en el momento de la competición, pero la mejora de los rendimientos mediante este artificio se considera ajeno al esfuerzo personal del atleta y, por tanto ilegítimo”.²⁸

²⁸ REAL FERRER, *op. cit.*, p. 152.

La legislación nacional, en sentido general contiene reflejo de esta circunstancia. De manera indirecta los ya mencionados artículos 16 y 44, del Decreto No. 140 y su Reglamento respectivamente, al categorizar el deporte social, tienen en cuenta el estado físico, vinculado al rendimiento.

Por su parte, en materia disciplinaria, la Resolución No. 13 de 7 de febrero del 2003 del Presidente del INDER, Reglamento disciplinario de los jugadores, entrenadores, árbitros, oficiales y directivos, que participen en eventos deportivos bajo la Dirección Nacional de Béisbol (en adelante Resolución No. 13), se establece como violación incumplir reiteradamente con las normas que rigen el cuidado del peso idóneo exigido por el colectivo técnico del equipo (artículo 8, inciso h). Igual previsión contiene la Resolución No. 66 de 15 de octubre del 2009 del Presidente del INDER, Reglamento disciplinario para los alumnos-atletas vinculados al Sistema Deportivo Nacional (en adelante Resolución No. 66).

La ingestión de bebidas alcohólicas incidentes en el estado físico y de salud es recogida como violación en ambos cuerpos disciplinarios y así se aprecia del tratamiento del principio de "juego limpio" o *fair play*.²⁹ Igualmente en el artículo 6 inciso a) de la Resolución No. 13 se sanciona como faltas muy graves: al que cometa cualquier hecho que pueda ser constitutivo de delito y en similar sentido la Resolución No. 66 considera violatoria, en su artículo 3, poseer, usar o proporcionar a otros, sustancias y/o métodos prohibidos potencialmente peligrosos para la salud y/o capaces de mejorar el rendimiento deportivo consideras doping, según las

²⁹ El comúnmente conocido por *fair play* o Juego Limpio, está muy liado con lo "ético moral deportivo". Este delicado principio tiene innumerables manifestaciones, y reviste toda la actividad normativa deportiva. "El deporte se basa, idealmente, en el respeto al contrario, lo que se traduce en reglas de cortesía firmemente asentadas en la conducta deportiva (...)" (REAL FERRER, *op. cit.*, p. 155).

Redunda a favor de la voluntad política y administrativa de cumplimiento de ese principio, la previsión como infracciones, en las normas cubanas de algunas conductas, por ejemplo: cometer cualquier hecho o incurrir en conductas manifiestamente antideportivas, que laceren la integridad moral o física de otros atletas, entrenadores, árbitros, directivos, personal de apoyo o público asistente.

Incluso, y obviamente, el principio de *fair play* queda proclamado en los estatutos de las asociaciones deportivas nacionales. Así, en el art. 35 de los Estatutos de la Federación Cubana de Natación y en el art. 44 de los Estatutos del Comité Olímpico Cubano.

normas del Comité Olímpico Cubano y el Comité Olímpico Internacional y las federaciones deportivas nacionales e internacionales.

Actualmente, en la Resolución No. 25, en su apartado quinto, se hace referencia al tratamiento por incapacidad temporal por enfermedad común o profesional o accidente ocurrido durante la preparación o competencia que limita la práctica deportiva y en el sexto a los atletas con incapacidad total por las mismas razones.

e) El domicilio puede tener también influencia en la conformación de equipos o inscripción de deportistas para la competición, según las normas nacionales que pueden exigir como requisito para la filiación y participación en determinadas competencias pertenecer a una determinada comunidad.

Las normas cubanas sobre la participación deportiva, también contienen elementos relacionados con la circunstancia objeto de examen. El artículo 42 de la Resolución No. 52, ya mencionado y sentador de bases organizativas del deporte escolar de alto rendimiento, en la segunda estipula la participación de los atletas representando a la provincia donde hayan comenzado y terminado el curso escolar y en la novena refrenda que los alumnos matriculados en la Escuela Superior de Perfeccionamiento Atlético (en adelante ESPA) nacional (y de otros centros antes nombrados) y de las preselecciones nacionales, mientras se mantengan activos en estos centros, participarán por su provincia de origen. Conforme a la base séptima, competirán los alumnos que están en las escuelas e instituciones deportivas de becas, representando a la provincia donde estén ubicados sus centros de estudio. Mientras de acuerdo a la base novena los alumnos, matriculados en la ESPA nacional, la Escuela de Natación "Marcelo Salado", la Escuela Nacional de Gimnástica y Gimnasia Rítmica Deportiva y las preselecciones nacionales, mientras se mantengan activos en estos centros, participarán por sus provincias.

Los artículos del 47 al 50 referidos al deporte social estipulan:

- la participación de personas representando a sus territorios de residencia (artículo 47);
- las reclamaciones de un territorio a otro deberán hacerse con no menos de 30 días de antelación al evento (artículo 47);
- los alumnos de la ESPA y otros centros, de las preselecciones nacionales y de escuelas y academias provinciales mientras se mantengan activos en esos centros, participarán por los territorios de origen, teniendo en cuenta su lugar de residencia según la división político administrativa, en el momento que haya sido promovido (artículo 48);

- los atletas que no estén en preselección nacional y se incorporen al Servicio Militar Activo participarán representando al territorio donde esté ubicada su unidad militar. Una vez terminado, lo harán por representación del lugar donde estuvieran residiendo al responder al llamado independientemente de que se haya iniciado en el deporte durante el período del servicio (artículo 49);
- todos los ciudadanos podrán representar a los territorios donde residen independientemente del tiempo que hayan estado viviendo en ellos salvo los dos casos precedentes (artículo 50);
- los artículos del 51 al 53 también son contentivos de reglas relacionadas con la circunstancia examinada;
- los atletas de primera categoría que hayan participado en las competencias sociales representando a un territorio, al cambiar de domicilio tendrán que esperar un año para participar de nuevo por el territorio. En ese año no podrán participar o hacerlo por su antiguo territorio. La espera del año que a continuación se refiere el párrafo anterior se podrá obviar si el Jefe de Actividades Deportivas del territorio donde debería participar lo autorizara (artículo 51);
- los atletas que causen baja definitivamente de los centros de alto rendimiento participarán por los territorios donde estuviesen residiendo al momento de causar baja, siempre que como mínimo hayan estado dos años residiendo en dicho territorio. Las bajas se consideran definitivas a partir de los dos años fuera de los centros (artículo 52); y
- los atletas que causen baja transitoria de los centros de alto rendimiento participarán por los territorios que los hayan promovido a los centros. La duración de esta fase será determinada por la comisión técnica del deporte que practique el atleta del nivel correspondiente (artículo 53).

f) La capacidad técnica es igualmente determinante dada la exigencia para el desempeño como deportista, especialmente de alto rendimiento o para participar en determinadas competiciones, un cúmulo de conocimientos específicos y un grado de preparación física e intelectual, según la modalidad deportiva. Se relaciona pues, con el rendimiento de la persona a partir de su preparación y capacidad intelectual.

Relacionado con la capacidad técnica, se encuentran los artículos 16 del Decreto No. 140 y 44 de la Resolución No. 52, ya comentados, los cuales al establecer las categorías imponen el cumplimiento de normas técnicas especialmente en la primera donde se refiere, además, a la satisfacción de marcas, tiempos establecidos en las convocatorias.

El artículo 58 estipula las bases regentes de la participación de los deportistas en las competencias del calendario oficial de deportes sociales, regida por las bases siguientes:

- haber participado en la etapa precedente,
- tener la categoría deportiva avalada por la Comisión Técnica Nacional,
- cumplir con las normas y requerimientos exigidos por este reglamento y las convocatorias específicas para cada deporte y categoría,
- estar inscriptos en las plantillas colectivas que envíen los territorios, que avalarán su participación y que deberán estar en la comisión deportiva respectiva con diez días de antelación al inicio de los eventos correspondientes. Si las inscripciones se realizaran fuera de fecha, los atletas competirán, pero sin darles puntos a su territorio. Y
- haber cumplido con los requisitos establecidos en lo referente al tiempo de entrenamiento previsto para cada deporte.

La mencionada Resolución No. 25, apartado séptimo, se refiere al tratamiento de los atletas que causen baja técnica por rendimiento. No obstante, es justo destacar que justamente es la capacidad técnica en gran medida, la que estructura el conjunto de normas que han venido a modificar recientemente el status y tratamiento al atleta pues el centro de las nuevas disposiciones es en mayor medida el deporte de alto rendimiento, o mejor el atleta (deportista) de alto rendimiento, definido en la Política de Ingreso para atletas, entrenadores y especialistas del deporte y en la Resolución No. 24 de 20 de marzo de 2014 del Presidente del INDER, Reglamento para la categorización deportiva de los atletas de alto rendimiento de las preselecciones deportivas nacionales, la serie nacional de béisbol y las reservas de estos (en adelante Resolución No. 24).

g) El buen comportamiento o buena conducta tiene relevancia a partir de que su inobservancia puede ser motivo de la inhabilitación para la práctica de la modalidad deportiva y la participación en competencias, provoca igualmente que sobre el deportista recaigan sanciones administrativas y de otra índole, según la peligrosidad de la conducta violatoria.

Los multimencionados cuerpos normativos del régimen de participación deportiva también contienen elementos relacionados con el buen comportamiento o conducta. Los artículos 18 del Decreto Ley No. 140 y 33 y 42 de su Reglamento establecen como requisitos para participación de los atletas el haber promovido de grado, lo que se acreditará mediante certificación de la dirección del centro de estudio.

Los reglamentos disciplinarios generales son indicativos de la necesidad de mantener una buena conducta, so pena de soportar la separación de la preselección nacional o equipo de béisbol, la suspensión de participar en eventos deportivos, suspensión de participación total o parcialmente en campeonato, torneo, entre otras sanciones (artículos 10 y 4 de las Resoluciones Nos. 13 y 66, respectivamente).

Son varias las violaciones, algunas ya mencionadas, pero es menester hacer énfasis en que de manera expresa se señala:

- cometer cualquier hecho que pueda ser constitutivo de delito (artículo 6 inciso a) de Resolución No. 13 y artículo 3 Resolución No. 66) o contravención (artículo 7 inciso a) de la Resolución No. 13 y 3 de la Resolución No. 66); y
- no observar la debida disciplina y comportamiento ético en los entrenamientos, competencias u otras actividades programadas oficialmente (artículo 8 inciso a) de la Resolución No. 13 y artículo 3 Resolución No. 66).

Si bien anteriormente se dejó plasmada la crítica a la bipolarización de la posición jurídica del administrado en situaciones ventajosas o desventajosas se advierte que entre estas clasificaciones y las situaciones jurídicas intermedias, excluidas por ellas se presenta como elemento común el poder, por tanto la denominación del Capítulo.

Como plantearan GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, en ocasiones son denominados como derechos algunas potestades cuyas diferencias sentadas anteriormente depende del origen y concreción. En tal sentido, al tratarse de un proceso de concreción mediador entre la potestad y el derecho subjetivo, se entiende prudente plantear algunas de las diferentes relaciones jurídicas factibles de establecerse entre el deportista y su organización deportiva, teniendo en cuenta el ya mencionado rol en la función administrativa de los entes asociativos privados.

GONZÁLEZ GRIMALDO, por su parte, ofrece su opinión sobre las más relevantes y tomándose aquellas donde estuviese el deportista como persona física, se pueden encontrar:³⁰

³⁰ Vid. GONZÁLEZ GRIMALDO, Mariano- Carmelo, *El ordenamiento jurídico del deporte*. Editorial Civitas en Revista de Occidente, Madrid, 1974, p. 163.

- relaciones jurídicas socio-club, derivadas de un régimen asociativo;
- relación jurídica deportista-club, ya que aquel aficionado o profesional tiene que hallarse en posesión de una licencia federativa, sea o no socio del club, para el ejercicio de una actividad deportiva de competición y sujeto, por tanto a las normas técnicas de cada deporte (reglamento de juego);
- relación jurídica deportista-federación, en el caso de los llamados “independientes”, es decir, no afiliados a clubs; y
- relaciones jurídicas derivadas de las normas de aplicación a cada deporte, no estrictamente reglas del juego, sino sobre forma de celebración de competiciones, disciplina de jugadores.

El referido autor añade otras posibles relaciones más que no atañen directamente al deportista, circunstancia responsable de su exclusión a los efectos de esta investigación. Y aunque quizás pueda extrañar, conforme a su objeto, la mención de relaciones más allá de las establecidas por el deportista con la Administración Pública, se resuelve al recordar el papel del asociacionismo privado asumiendo funciones o potestades públicas delegadas en ellos, reconociéndose su condición como agentes colaboradores, tal como sucede en algunos ordenamientos jurídicos.

De estas relaciones surgen derechos y como en la doctrina general administrativa pueden agruparse siguiendo concepciones de GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, el administrado puede ser titular de derechos subjetivos deportivos en tres supuestos típicos por lo menos frente a la Administración:

- derechos de naturaleza patrimonial, tanto los de naturaleza obligacional, en sus tres casos de contractual, extracontractual por daños y legal, como de naturaleza real en sus varias formas y contenidos;
- derechos creados, declarados o reconocidos por actos administrativos singulares, en favor de una persona determinada (concesionarios, titulares de licencias o autorizaciones, etc.); y
- situaciones de libertad individual articuladas técnicamente como derechos subjetivos.³¹

³¹ En estos tres supuestos, atendiendo a ésta clasificación, se encuentra contenida la clara aplicación del mecanismo técnico del derecho subjetivo en su sentido más tradicional e indiscutible, tratándose de situaciones de intereses eminentemente privados, en ser-

Es posible una sistematización de los presupuestos típicos en los cuales el administrado es titular de derechos subjetivos frente a la Administración; y así lo hacen los mencionados autores españoles:³²

- cuando ostentan pretensiones activas frente a la Administración para la consecución de prestaciones patrimoniales, o de respeto de titularidades jurídico-reales, o de vinculación a actos procedentes de la propia Administración o de respeto a una esfera de libertad formalmente definida; podemos llamar a éstos derechos subjetivos derechos típicos (por su identidad con los derechos clásicos del Derecho privado) o activos; y
- cuando se ha perturbado en su esfera vital de intereses por una actuación administrativa ilegal, supuesto en el cual el ordenamiento le apodera con un derecho a la eliminación de esa actuación ilegal y al restablecimiento de la integridad de sus intereses; a éstos derechos subjetivos suele llamársele reaccionales o impugnatorios.

Así GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ aluden a la diferencia entre los dos supuestos, aunque no implica una división de naturaleza, pues en los dos supuestos se trata de verdaderos derechos subjetivos y su funcionalidad es sustancialmente la misma, pudiendo mezclarse uno y otros inescindiblemente en el mismo proceso.³³

En Cuba, por su parte, se adolece de norma general de ordenación del deporte,³⁴ pero pueden identificarse algunos posibles derechos en el sistema de atención a los atletas, en las normas reseñadas, que serán objeto de análisis en futuros estudios.

vicio de los cuales el ordenamiento confiere un poder a favor de su titular, con el cual puede imponer a la Administración una conducta (una prestación o una abstención, un deber). Al respecto, *vid*, GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *op. cit.*, p. 35.

³² *Vid. ibidem*, p. 53.

³³ En cuanto a ésta clasificación véase *ibidem*, p. 53.

³⁴ La caracterización de la realidad deportiva cubana conduce a la existencia de una regulación jurídica calificada como de escasa intensidad, si bien encabezada por el reconocimiento del derecho al deporte, en el artículo 52 de la Constitución de la República, adolece de una norma general de ordenación, a diferencia de lo acontecido en el Derecho comparado.

IV. A modo de conclusión

En el ámbito deportivo cubano aparece la Administración Pública como sector más relevante, con centro en el INDER y sus dependencias, así como las direcciones locales de deportes y formando parte de un sistema con las organizaciones políticas, sociales y de masas. No obstante, la presencia de las asociaciones nacionales por deportes, con naturaleza de ente privado, conforme a los estatutos del Comité Olímpico Internacional y sus respectivas federaciones internacionales, y amparadas en la Ley No. 54, de Asociaciones, cuyo rol está signado por la incorporación a nuestro ordenamiento jurídico de los principios y normas internacionalmente aceptadas en el ámbito del deporte, implicarán un sistema de organización deportiva público con participación privada.

Pero, la actividad de la Administración Pública deportiva cubana, como todas las de su tipo, tiene influencia en las posiciones jurídicas del administrado, situado en el lado opuesto de las relaciones jurídicas que con ésta establece, en particular, el deportista, cuya condición jurídica es compleja y cualificada (*status* jurídico) e insertado en una organización que tiene respecto a ésta una relación especial de poder o sujeción especial. Su capacidad está vinculada a circunstancias modificativas (edad, nacionalidad, sexo, estado físico y de salud, domicilio, capacidad técnica, buena conducta) con particularidades, más allá de la propias del Derecho administrativo. Emerge, en ocasiones como titular de situaciones jurídicas de poder (potestades, derechos subjetivos e intereses legítimos) necesitadas de protección.

En Cuba, a diferencia de otras legislaciones foráneas y en cierta medida determinado por la carencia de una ley general de ordenación, no existe una precisión de las potestades, intereses y derechos subjetivos del deportista, en relación de sujeción especial; incidente en su estado de protección.

V. Referencias bibliográficas

Obras generales

- AGIRREAZKUENAGA ZIGORRAGA, Iñaki, *Intervención pública en el deporte*, Editorial Civitas, España, 1998.
- AGUILERA FERNÁNDEZ, Antonio, *Estado y deporte. Legislación, organización y administración del deporte*, Editorial Comares, Granada, 1992.
- BERMEJO VERA, José, *Constitución y deporte*, Editorial Tecnos, Madrid, 1998.

- GAMERO CASADO, Eduardo, "Modelos deportivos en Latinoamérica", en BERMEJO VERA, José, GAMERO CASADO, Eduardo y PALOMAR OLMEDA, Alberto, *Poderes públicos y deporte: los modelos deportivos en España, Latinoamérica y Europa*, Editorial Consejería de Turismo y Deporte, Junta de Andalucía, Sevilla, 2003.
- CAMPS I POVILL, Andreu, "La organización del deporte en otros países", en COLECTIVO DE AUTORES, *Manual de la organización institucional del deporte*, Editorial Comares, Barcelona, 1996
- CASSAGNE, Juan Carlos, *Derecho Administrativo*, Tomo II, 7ª edición actualizada, Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2002.
- CAZORLA PRIETO, Luis, *Deporte y Estado*, Editorial Labor, España, 1979.
- COSCULLUELA MONTANER, Luís, *Manual de Derecho Administrativo*, Tomo I, 15ª edición, Editorial Civitas, Madrid, 2004.
- DROMI, José Roberto, *El procedimiento administrativo*, Editorial I.E.A.L., Madrid, 1986.
- FRAGA, Gabino, *Derecho Administrativo*, 23ª edición, Porrúa, México, 1984.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás-Ramón, *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo II, 10ª edición, Editorial Thompson-Civitas, Madrid, 2006.
- GONZÁLEZ GRIMALDO, Mariano- Carmelo, *El ordenamiento jurídico del deporte*, Editorial Civitas, Madrid, 1974.
- GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, *Derecho procesal administrativo*, Volumen I, Editorial Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1967.
- MATILLA CORREA, Andry, (Coordinador), *Temas de Derecho Administrativo cubano*, Editorial Félix Varela, La Habana, 2004.
- LLANUSA GOBEL, José, *El deporte en Cuba. Análisis para debatir*, Editorial José Martí, La Habana, 1990.
- MARTIN MATEO, Ramón, *Manual de Derecho Administrativo*, 12ª edición, Editorial Trivium, Madrid, 1988.
- MILLÁN GARRIDO, Antonio, *Régimen jurídico de las entidades deportivas andaluzas*, Editorial Signatura Ediciones, Sevilla, 2006.
- MONGE GIL, Ángel Luis, *Aspectos básicos del ordenamiento jurídico deportivo*, Editorial Diputación General de Aragón, Departamento de Presidencia y Relaciones Institucionales, Dirección General de Deportes, Madrid, 1987.
- ESPARTERO CASADO, Julián, *Deporte y derecho de asociación (las federaciones deportivas)*, Editorial Universidad de León, León, 2000.
- OUTERELO, Norberto O., *Justicia deportiva*, 1ª edición, Editorial Ad-Hoc, Buenos Aires, 2009.

- PACHOT ZAMBRANA, Karel Luis, *El derecho al deporte, la Constitución y las normas de ordenación del deporte en Cuba*, Editorial Universitaria, La Habana, 2008.
- PARADA, Ramón, *Derecho Administrativo*, Tomo II, Editorial Marcial Pons, Madrid, 1997.
- PIÑEIRO SALGUERO, José, *Responsabilidad civil y deporte*, Editorial Universitat Pompeu Fabra, Barcelona, 2008.
- REAL FERRER, Gabriel, *Derecho público del deporte*, Editorial Civitas-Secretaría de Publicaciones de la Universidad de Alicante, Madrid, 1991.
- FORBES, Irene, LUJÁN, Ana María y VELAZQUEZ, Juan, *Famosos y desconocidos. Cubanos en Juegos Olímpicos*, 2ª edición, Editorial Pueblo y Educación, La Habana, 2003.
- SANTOFIMIO, Jaime Orlando, *Acto administrativo, eficacia y validez*, Editorial Instituto de Investigaciones Jurídicas – Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1988.
- VASILENKOV *et al.* *Derecho Administrativo Soviético* (traducción de PERAZA CHAPEAUX, José), Editorial Pueblo y Educación, La Habana, 1989.

Publicaciones periódicas

- AGIRREAZKUENAGA ZIGORRAGA, Iñaki, “Claves para la comprensión del ordenamiento jurídico del deporte”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, No. 57, 1999, Madrid.
- BASSOLS COMA, Martín, “La Administración deportiva: evolución y posible configuración”, en *Revista de Administración Pública*, No. 85, enero-abril 1978, Madrid.
- CARRETERO LESTÓN, José Luis, “La disciplina deportiva: concepto, contenido y límites”, en *Revista Española de Derecho Deportivo*, No. 3, 1994, Madrid.
- GAMERO CASADO, Eduardo, “Constitución y ordenamiento deportivo”, en *Revista de Estudios de Derecho Administrativo*, No. 63, 1989, Madrid.
- HERNÁNDEZ HORMILLA, Helen, “Fuera de la ley... de género”, en *Revista Mujeres*, No. 4, 2009, La Habana.
- LÓPEZ MENUDO, Francisco, “Los principios generales del procedimiento administrativo”, en *Revista de Administración Pública*, No. 129, septiembre-diciembre, 1992, Madrid.

Normas jurídicas nacionales

Constitución de la República de Cuba, de 24 de febrero de 1976 (reformada en 1978, 1992 y 2002), Gaceta Oficial Extraordinaria No. 3 de 31 de enero de 2003.

Ley No. 936 de 23 de febrero de 1961, creación del INDER, Gaceta Oficial de 23 de febrero de 1961.

Ley No. 1 293 de 6 de mayo de 1975, modifica el artículo 3 de la Ley No. 936 de 23 de febrero de 1961, Gaceta Oficial de 6 de mayo de 1975.

Ley No. 54, de 27 de diciembre de 1985, de Asociaciones.

Decreto No. 140 de 10 de febrero de 1988, Régimen de participación deportiva, Gaceta Oficial Ordinaria No. 13 de 25 de febrero de 1988.

Resolución No. 52 de 15 de febrero de 1989 del Presidente del INDER, Reglamento del Decreto sobre el Régimen de participación deportiva, Gaceta Oficial Ordinaria N. 16 de 28 de febrero de 1989.

Resolución No. 13 de 7 de febrero del 2003 del Presidente del INDER, Reglamento disciplinario de los jugadores, entrenadores, árbitros, oficiales y directivos, que participen en eventos deportivos bajo la Dirección Nacional de Béisbol.

Resolución No. 66 de 15 de octubre del 2009 del Presidente del INDER, Reglamento disciplinario para los alumnos-atletas vinculados al Sistema Deportivo Nacional.

Resolución No. 24 de 20 de marzo de 2014 del Presidente del INDER, Reglamento para la categorización deportiva de los atletas de alto rendimiento de las preselecciones deportivas nacionales, la serie nacional de béisbol y las reservas de estos.

Resolución No. 25 de 20 de marzo de 2014 del Presidente del INDER, Sistema de contratación de los atletas de alto rendimiento de las preselecciones deportivas nacionales, la serie nacional de béisbol y las reservas de estos.

Estatutos del Comité Olímpico Cubano, 12 de julio de 2001.

Estatutos de la Federación Cubana de Natación, 6 de julio del 2000.

La responsabilidad jurídica civil de las entidades organizadoras de eventos deportivos. Tendencias en Iberoamérica y sus retos en Cuba

DR. ROLANDO PAVÓ ACOSTA*

Sumario

- I. Presentación del tema
- II. La responsabilidad jurídica civil en el ámbito de la práctica deportiva. Fundamento y peculiaridades
- III. Responsabilidad civil de los organizadores de eventos deportivos
- IV. Responsabilidad civil de los propietarios de instalaciones deportivas
- V. Responsabilidad colateral de las entidades deportivas en los casos de violencia cometida por espectadores
- VI. Responsabilidad civil de las administraciones públicas
- VII. El estado de la cuestión en Cuba y sus desafíos
- VIII. Conclusiones
- IX. Referencias bibliográficas

* Profesor Titular de Derecho civil y de Derecho agrario, Facultad de Derecho de la Universidad de Oriente, Santiago de Cuba. Vicepresidente de la Sociedad Cubana de Derecho Agrario. Vice-coordinador del Grupo de Investigación sobre Derecho del Deporte, Universidad de Oriente. Investigador de la Red Iberoamericana de Investigadores en Derecho y Gestión del Deporte (reconocida y patrocinada por la Asociación Universitaria Iberoamericana de Posgrado, AUIP, Salamanca, España). rpavo@uo.edu.cu

I. Presentación del tema

Para que la actividad deportiva cumpla sus importantes funciones en el bienestar, la salud y el desarrollo de los individuos es preciso, entre otros presupuestos jurídicos, el establecimiento de un régimen apropiado de responsabilidad civil. Al deporte les son inherentes complejidades y especificidades que particularizan su ordenamiento jurídico y en especial su régimen de responsabilidad penal, laboral, civil y otras, que vale la pena dominar.

La práctica deportiva, dado su fuerte componente físico deviene altamente proclive a la producción de daños que no acontecen únicamente por la conducta de los atletas; pues, como ya referimos, los eventos deportivos normalmente tienen lugar en espacios o instalaciones delimitadas, a las que usualmente concurren gran cantidad de espectadores que acuden a disfrutar de un espectáculo, pudiéndose producir incidentes violentos, con intervención de dolo o culpa, de los que se deriven daños a cualesquiera de las personas presentes o al patrimonio de las mismas.

Pero no necesariamente los sucesos generadores de responsabilidad civil derivada de la práctica del deporte tienen su origen en hechos provocados por la violencia, sino que los mismos pueden acaecer debido a accidentes en el desarrollo de las competiciones debido al actuar de los deportistas u otros terceros, o motivados por desperfectos propiamente técnicos de los medios, implementos o instalaciones utilizadas; tal es el caso, por ejemplo, de desprendimientos de aros o canastas de basquetbol; rotura de implementos utilizados en la práctica de la gimnasia como anillos, barras, caballo; derrumbes totales o parciales de gradas, techos, pizarras de anotaciones, carteles; e incluso la inadecuada previsión de las medidas de seguridad o el incumplimiento de éstas por parte de los que organizan los eventos deportivos.

En fin, son múltiples las situaciones que diariamente acontecen en el ámbito del deporte de las que se derivan conductas dañosas que dan lugar a la responsabilidad civil, no quedando siempre claro para los operadores jurídicos a quiénes exigir el resarcimiento en cada caso, a qué factor de atribución atenerse, lo cual puede ser causa de dificultades para que la víctima logre el resarcimiento en correspondencia con el menoscabo sufrido.

En consecuencia la presente exposición se encamina al objetivo de sistematizar presupuestos teóricos que fundamentan la responsabilidad jurídica civil acordes con las peculiaridades de la práctica deportiva, identificando las regularidades y tendencias fundamentales en la doctrina,

la legislación y la jurisprudencia en Iberoamérica en relación con la exigencia de tal responsabilidad por los daños imputables a las entidades que organizan y gestionan la actividad deportiva y los retos que supone para Cuba.

II. La responsabilidad jurídica civil en el ámbito de la práctica deportiva. Fundamento y peculiaridades

Resulta normal y hasta lógico que en una actividad humana con un fuerte componente de actividad física como lo es el deporte, se produzcan frecuentes lesiones a las personas, siendo evidente que ese riesgo general de sufrir afectaciones a la vida y a la integridad física se eleva al máximo en el caso de los llamados “deportes de riesgo”, aquí el riesgo representa el ingrediente principal y el estímulo que anima a los practicantes y espectadores; haciéndose posible y frecuente la ocurrencia de daños a los deportistas, practicantes, a los espectadores u otras personas y al patrimonio de alguna de ellas, los actos lesivos causantes de tales pudieran provenir de los deportistas, los espectadores, los técnicos deportivos, entidades deportivas, organizadores de eventos, propietarios de instalaciones y las administraciones públicas.

Una de las constataciones más obvias – y probablemente la más inquietante – en el terreno de la responsabilidad civil deportiva, estriba en la ausencia de una previsión normativa específica, teniendo que acudir a las reglas del Código Civil y a leyes especiales del deporte, que por lo general no tienen como finalidad esencial la fijación de criterios frente a los daños producidos durante las actividades deportivas, sino el establecimiento de unas reglas para el mantenimiento del orden público en los espectáculos deportivos.¹

Esta situación ha generado la tendencia a que, como comenta NEVES MIRANDA, por ejemplo en Brasil, por virtud del Estatuto del Torcedor (torcedor: simpatizante de un equipo deportivo), Ley 10.671 de 2003, conjuntamente con la Ley General del Deporte, Ley 9.615 de 1998, se ha

¹ Vid. VERDERA SERVER, Rafael, “Una aproximación a los riesgos del deporte”, en *InDret*, No. 1, enero de 2003, Barcelona, p. 5, disponible en: <http://www.indret.com> (consultado el 12/9/2010, a las 15.00).

instituido, “*um regime específico de direitos, obrigações e responsabilidades, deixando de lado várias concepções tradicionais contidas no imponente Código Civil*”.²

Una de las peculiaridades que tipifica – y dificulta notablemente – la solución de los posibles conflictos sobre responsabilidad por daños ocurridos en el ámbito de la práctica deportiva es su complejidad, puesto que normalmente intervienen varias decisiones y actuaciones de distintos sujetos: el propio deportista, los organizadores de los eventos, guías, monitores, los propietarios de las instalaciones y otros, en algunos casos esta dificultad puede volverse extrema, difícil de desentrañar, el hecho dañoso se produce en un breve instante, hay pocos o ningún testigo y no se pueden obtener evidencias materiales, es tal la situación creada que se ha dicho que por ejemplo en los deportes de montaña puede hasta cometerse un crimen perfecto, todo lo cual deviene en un serio desafío para los jueces, tal y como lo muestra la Sentencia del Tribunal Civil de Grenoble, Francia, de 22 de enero de 1979, juzgando un caso sucedido el 17 de agosto de 1974, en el que un guía había resultado herido, por el desprendimiento de un pedazo de roca que había caído cuando uno de los alpinistas – situado treinta metros más alto –, imprudentemente había movido una de las cuerdas de sostén, durante la ascensión de una montaña, produciéndose la muerte horas después; se debatió el Tribunal entre dos posiciones contrapuestas: la teoría del riesgo aceptado por la víctima y la de que el alpinista era el causante del daño pues había inobservado las reglas elementales de prudencia, que todo montañero conoce. Aquí además de los disímiles riesgos bajo los cuales se desarrolla este tipo de actividad deportiva (el viento, las piedras, las tormentas) y que las decisiones humanas se suceden muy rápidamente, en este caso concurrió que la víctima no portara un casco de seguridad y una acción imprudente del presunto alpinista responsable, que con su acción provocó el desprendimiento de la piedra que golpeó al que luego resultara fallecido. En estas

² Traducción del Autor (TA): “Un régimen específico de derechos obligaciones y responsabilidades, dejando de lado varias concepciones tradicionales contenidas en el vigente Código Civil”. *Vid.* NEVES MIRANDA, Martinho, “A responsabilidade civil nos espectáculos desportivos: teoria e prática no direito comparado e no direito brasileiro”, en FLORES FERNÁNDEZ, Zitlally (Coordinadora), *El Derecho deportivo desde una perspectiva comparada*, Flores S.A de C.V., México D.F., 2015, p. 147.

circunstancias el Tribunal de Apelaciones determinó declarar sin lugar la demanda de la viuda del fallecido y absolver al alpinista demandado.³

Sobre esta concurrencia de actos de diferentes personas que formando una cadena causal determinen la producción de un daño del que se desprenda responsabilidad civil, plantea DIEZ PICAZO:

“En este contexto los daños se producen a menudo ante una posible concurrencia de culpas, sin que las legislaciones, la doctrina y la jurisprudencia hayan arribado a criterios unánimes; sin embargo, es apreciable en los últimos años en la jurisprudencia española su apego a la posición de considerar a todas las acciones intervinientes como adecuadas para producir el resultado dañoso, y en consecuencia establecer cuotas de responsabilidad de acuerdo al peso que hayan tenido las diferentes acciones intervinientes, llegándose así a fallos que declaran las demandas con lugar en parte, estableciendo por ejemplo, una reparación parcial, o una moderación o gradación de la pena por apreciarse que concurre la culpa de la propia víctima en la producción del resultado dañoso, criterio que parece más justo.”⁴

Los deportes en sus innumerables manifestaciones, exponen a un sinfín de riesgos a los deportistas y a terceras personas. Los poderes públicos, conscientes de ello, han instaurado un amplio abanico de aseguramientos obligatorios con los que pretende proteger a las víctimas de los daños que pudieran derivarse sobre su salud o sobre su patrimonio como consecuencia de la materialización de estos riesgos, es por ello que en muchos países se ha establecido legalmente el seguro deportivo obligatorio de responsabilidad civil, que deben concertar sobre todo las entidades que organizan, gestionan los eventos y la práctica deportiva, y los dueños de instalaciones deportivas, incorporándose a las compañías de seguro como sujetos en los diferentes litigios sobre daños y perjuicios causados a los deportistas y a los aludidos terceros, que en estos casos suelen ser los espectadores y otras personas. Hay países donde se establecen sanciones administrativas ante la falta de seguro, en los casos en que se haya regulado su obligatoriedad.

³ Vid. MOSSET ITURRASPE, Jorge, *Estudios sobre responsabilidad por daños*, Tomo IV, Rubinzal y Culzoni, Santa Fe, Argentina, 1979, pp. 246-248.

⁴ DIEZ PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis, *Derecho de daños*, Civitas, Madrid, 1999, p. 367.

De manera que en los litigios sobre responsabilidad civil por daños causados a los deportistas y a terceras personas, como tendencia en las demandas se acude, a diferentes argumentos como: la asunción de riesgo por el deportista como premisa que exonera al causante del daño, o que existe concurrencia de culpa de la propia víctima, y otros que vale la pena examinar en detalle un poco más adelante.

Resulta oportuno advertir que como tendencias tanto en la doctrina, como en la legislación acerca de la responsabilidad civil – en la común y en la especial – se aprecia una visión cada vez más amplia y flexible del contenido de la responsabilidad jurídica civil en aras de mayores niveles de realización del principio de la *restitutio in integrum*. Lo que al decir de MOSSET ITURRASPE significa que la responsabilidad puede comprender a todas las consecuencias dañosas del obrar del agente, sin límite ni restricción alguna, por mas remotas o alejadas que ellas sean, bastando la demostración de algún vínculo o relación de causalidad⁵; siempre, claro está, con la salvedad apuntada de examinar la prueba con el suficiente rigor para no indemnizar las meras expectativas y para no acceder a demandas desproporcionadas e infundadas.

III. Responsabilidad civil de los organizadores de eventos deportivos

Este tipo de responsabilidad se refiere a las personas físicas o jurídicas que tienen a su cargo la promisión, celebración u organización de eventos deportivos, asumiendo toda la responsabilidad, el encuentro de uno o más atletas con el fin de alcanzar un resultado en una o más disciplinas deportivas, más allá de que se convoque o no a espectadores.

En este sentido resulta apreciable como la jurisprudencia argentina ha entendido que todas las entidades, asociaciones o clubes que sirven o aprovechan el espectáculo, forman parte del “aparato organizador” del evento deportivo y en tal sentido se constituyen en sujetos pasivos del resarcimiento de daños causados a los espectadores de esos eventos.

⁵ Vid. MOSSET ITURRASPE, Jorge, “La relación de causalidad en la responsabilidad”, en *Revista Latinoamericana de Derecho*, Año 1, No. 1, enero-julio de 2004, Universidad Iberoamericana, México, DF, p. 358.

La legislación de Brasil todavía, es más específica al respecto y habla de “*entidade de prática detentora do mando de jogo*”;⁶ refiriéndose al home club, o equipo de la casa, y al caso específico del fútbol, que normalmente es la propietaria del estadio, y que en esa ocasión porque va recibir en sus predios a un equipo adversario, les están atribuidos exclusivamente determinados derechos, y particularmente las responsabilidades que deriven de los daños generados en el evento, por ser el proveedor de los servicios del espectáculo, a no ser que recaiga tal responsabilidad indirectamente sobre otra entidad predefinida.

Entre los organizadores de eventos deportivos más reconocidos a nivel internacional, se encuentran, en primer lugar el Comité Olímpico Internacional (COI), las federaciones internacionales creadas para las diferentes disciplinas, entre ellas: la Federación Internacional de Fútbol Asociación (FIFA), la *International Amateur Athletic Federation* (IAAF), la Federación Internacional de Automovilismo (FIA), la Unión Ciclista Internacional (UCI), las federaciones nacionales, las ligas nacionales o internacionales (por ejemplo, en este último caso la *Premier League* de fútbol en Reino Unido), los clubes, etc.

A nivel internacional la doctrina y la jurisprudencia referida a la responsabilidad civil en el ámbito deportivo, cuando los daños son imputables a los organizadores de los eventos deportivos, ha ido transitando desde un régimen de responsabilidad basado en la responsabilidad extracontractual y particularmente en la responsabilidad subjetiva, centrada en la exigencia de la culpa del causante del daño, hacia un régimen de imputación objetiva, aunque aún las posiciones no son unánimes en este sentido.

Nos ilustra su parecer a favor del criterio subjetivo Josep SOLÉ FELIU, cuando expresa que resulta correcta la Sentencia de 22 de octubre de 1992, dictada por el Tribunal Supremo español, la cual sentó jurisprudencia en el sentido de que la responsabilidad civil deportiva queda sujeta al régimen de responsabilidad del artículo 1902 del Código Civil español,⁷ sin que resulte aplicable la tendencia “objetivadora”, argumentando que el riesgo típico que deriva o va implícito en las competiciones y actividades

⁶ TA: “entidad de práctica que detenta el mando del juego”.

⁷ “El que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia está obligado a reparar el daño causado”.

deportivas no puede equipararse a la idea del riesgo como criterio de objetivación de la responsabilidad.⁸

A este respecto, en las reclamaciones sobre responsabilidad civil deportiva contra los organizadores de eventos se suele acudir a la excepción perentoria de la asunción del riesgo por el deportista lesionado, argumento que debe prosperar siempre que tal riesgo no haya sido intensificado, "incrementado o agravado por el demandado". En tal sentido se puede coincidir con Rafael VERDERA, cuando augura que uno de los aspectos cruciales de los futuros pleitos sobre responsabilidad civil deportiva va a situarse justamente en la cuestión de la información facilitada al deportista por la entidad organizadora o prestadora de servicios acerca de los riesgos propios del evento deportivo, señalándose que una omisión de información o una defectuosa información (por ejemplo, sobre las condiciones atmosféricas o del tipo de nieve en una estación de esquí – como sostuvo la Sentencia del Tribunal Supremo español, de 23 de marzo de 1988 o la Sentencia de la Audiencia Provincial de Huesca, de 8 de julio de 1999 –, puede constituir un argumento decisivo para afirmar la responsabilidad del organizador o prestador de servicios.⁹

Obviamente, no es suficiente el mero conocimiento para afirmar que existe asunción del riesgo, cuando se habla de la asunción de riesgo como hipótesis que exime de responsabilidad a los organizadores de eventos deportivos, lo relevante es que se provea al practicante del conocimiento sobre los riesgos que puede suponer cierta actividad deportiva, y que luego éste acepte libre y conscientemente, no importando si en forma expresa o tácita, la práctica de esa actividad; pero la aplicación del criterio de la asunción del riesgo tampoco es absoluta ya que puede plantear especiales dificultades, particularmente cuando se está en presencia de deportistas que son menores de edad.¹⁰

⁸ Vid. SOLÉ FELIU, Josep, "Daños sufridos en la práctica de un deporte. Responsabilidad civil del organizador de la Vuelta Ciclista a España en la caída de un ciclista profesional mientras participaba en la prueba. Comentario a la Sentencia de 31 de mayo de 2006", en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, disponible en: <http://www.aranzadi.es> (consultado el 12/9/2010, a las 15.30).

⁹ Vid. VERDERA SERVER, Rafael, *op. cit.*, p. 7.

¹⁰ *Ibidem*, p. 8.

La doctrina italiana ha detallado los diversos ámbitos a los que se extiende el deber de diligencia exigible al organizador de acontecimientos y competiciones deportivas. En particular, se afirma que la diligencia del organizador debe cubrir:

- el examen de las condiciones psicofísicas de los deportistas;
- el análisis de la adecuación y peligrosidad de los medios técnicos utilizados por los deportistas; y
- la adecuación o peligrosidad de los lugares y espacios en los que tendrá lugar la competición.

Vale la pena detenerse en los deberes que integran el tercer ámbito de actuación, – pues adquieren una relevancia especial en los casos de competiciones ciclistas que, como la Vuelta a España, el *Tour* de Francia y otras discurren por carretera –, con el fin de evitar los accidentes que puedan sufrir los participantes en el transcurso de la carrera, y que han sido regulados en diversas normas técnicas, nacionales e internacionales, que establecen los requisitos y condiciones que deben cumplir las pruebas ciclistas desarrolladas en las carreteras.

Así, el Reglamento General del Deporte Ciclista aprobado por la Unión Ciclística Internacional (UCI), complementado en España por el Reglamento Técnico de la Real Federación Española de Ciclismo, señala que el organizador de pruebas ciclistas “debe velar para que se eviten en el recorrido o en el sitio de la competición, lugares o situaciones que presenten un riesgo particular para la seguridad de las personas (corredores, acompañantes, oficiales, espectadores, etc.)” (art. 12061). Por otra parte, y específicamente en relación con los túneles por donde tenga que pasar la carrera, la *Guide de Sécurité à l’usage des organisateurs d’épreuves sur route*, aprobada por el Consejo de Ciclismo Profesional de la UCI, obliga al organizador de las pruebas a velar “particularmente para asegurar el alumbrado de los túneles de forma que sea posible, en cualquier lugar del túnel y a la entrada de éste, distinguir a simple vista la matrícula de un automóvil a 10 metros, así como un vehículo de un color oscuro a 50 metros”. Algo más adelante, la Guía establece de nuevo que el organizador tiene la responsabilidad de

alumbrar convenientemente los túneles por los que cruce su prueba en el caso de ausencia total de alumbrado.¹¹

A partir de tales premisas se puede encontrar un magnífico ejemplo de exigencia de responsabilidad civil a la entidad organizadora de un evento en la Sentencia del Tribunal Supremo español de 31 de mayo de 2006, que condenó al organizador de la Vuelta Ciclista a España de 1989 a una indemnización por 80 millones de pesetas, por las graves lesiones que sufrió un corredor al caer en un túnel mal iluminado.

Normalmente los reglamentos de las federaciones y ligas, establecen determinadas exigencias que deben cumplirse en las instalaciones donde se van a organizar las competencias y que de incumplirse y generarse daños a los deportistas o árbitros deben responder civilmente tales organizadores, precisamente por el argumento de que entonces estarían aumentando el riesgo, un ejemplo puede verse en el Reglamento Deportivo de la Federación Mexicana de Voleibol cuando establece:

“Artículo 35. Las medidas mínimas que requieren las instalaciones, para que se realicen los Campeonatos Nacionales, Regionales, Selectivos, son:

- Debe contar con una zona libre de obstáculos, 6 metros de las líneas laterales y 4 metros de las líneas finales (fondo)
- Debe contar con zona de vestidores y baños, para los competidores y árbitros.
- Tener protección la cancha de juego, para no permitir el paso del público.”¹²

En una decisión considerada histórica la Corte Suprema de Argentina resolvió un caso de graves lesiones a una tercera persona durante la celebración de un partido de fútbol, asumiendo el criterio de responsabilidad objetiva. El 10 de diciembre de 1996 se enfrentaron los equipos Club Atlético Lanus e Independiente en la sede de, en el estadio sede del primero en Buenos Aires, que concluyó 2 a 1 a favor de los visitantes y que como

¹¹ Vid. Reglamento General del Deporte Ciclista y *Guide de Sécurité à l'usage des organisateurs d'épreuves sur route*, disponibles en: <http://www.rfec.com/normativa/> (consultado el 12/9/2010, a las 14.00).

¹² Reglamento Deportivo de la Federación Mexicana de Voleibol, con las modificaciones acordadas en la Asamblea Extraordinaria del 23 y 24 de Noviembre de 1996.

otras tantas veces en esos ámbitos al final hubo protestas e incidentes de violencia que generaron 28 detenidos, y también se produjo una herida que sufrió una persona víctima de una pedrada que voló desde la tribuna y le provocó la pérdida de la vista en un ojo. La Corte estableció la condena de indemnización al Club de Fútbol Lanus y a la Asociación de Fútbol Argentina (AFA) apreciando que:

“Primero, por la costumbre, que muestra claramente que en el momento en que se realiza un partido de fútbol, todas las inmediaciones del estadio están bajo control directo o indirecto del organizador, que se ocupa de orientar el ingreso de la gente por distintas calles de acceso, razón por la cual no cabe entender que el término espectador sólo abarca a quienes están ubicados dentro del lugar y mirando el espectáculo.

Segundo, porque corresponde estar a la finalidad del legislador, que ha sido la tutela específica de los asistentes, y que también está prevista en el Código Civil con un criterio de previsibilidad en cuanto a la extensión de las consecuencias. Una persona razonable y cuidadosa que organiza un espectáculo debe ponderar los riesgos que existen en el acceso al mismo o sus inmediaciones, y adoptar las diligencias necesarias para evitarlos. El organizador debe proteger al espectador ubicado dentro del estadio, cuando accede al mismo para ver el espectáculo y, cuando está a unos metros de la entrada. Es irrazonable pensar que una persona accede a su riesgo antes de la puerta y, por el contrario, está asegurada por el organizador cuando traspasa ese umbral, siendo que la fuente de riesgo es la misma: la organización de un espectáculo sobre la base de la tolerancia excesiva y negligente de las hinchadas.”¹³

La Corte valoró también que los condenados participaban en los beneficios del espectáculo de modo relevante y por tanto aquel que se aprovecha de los beneficios de una actividad, tiene que hacerse cargo de sus contingencias gravosas y que los numerosos acontecimientos de violencia, los daños sufridos por las personas, la zozobra por la inseguridad, y la conmoción social que existe por estos sucesos, no puede pasar desapercibida y por esta razón no es excesivo señalar que deberían haber destinado una

¹³ Fallo: MOSCA, Hugo Arnaldo contra Provincia de Buenos Aires (Policía Bonaerense) y otros sobre daños y perjuicios, 6 de marzo de 2007.

parte de sus medios organizativos para prevenir y resolver situaciones como la que originó la presente demanda.¹⁴

Este criterio resulta interesante y de relevancia ante la creciente violencia en los espectáculos deportivos. La jurisprudencia argentina, ha entendido que entre el organizador del juego y el espectador se celebra un contrato innominado que ha sido llamado “de espectáculo público”, por el cual aquél se compromete implícitamente a que nadie sufra daño a causa de ese hecho: es la cláusula de incolumidad – deber de seguridad – que se entiende incorporada tácitamente a todo contrato en el que la suerte de la persona de uno de los contratantes, que satisface una prestación, queda confiada a la otra parte. Por ello, el empresario del espectáculo incurre en responsabilidad contractual si incumpliendo el mencionado deber de seguridad permite que el espectador sufra un daño a causa del mismo espectáculo que él le ha ofrecido, así se plantea también en la Sentencia de la Corte Suprema de Argentina, de abril de 1998, que no sólo declaró la responsabilidad de dos hinchas – integrantes de la “barra brava” del equipo local, que colocaron e hicieron estallar una bomba de estruendo en el estadio del Club Atlético Instituto Central de Córdoba –, sino además, de los propietarios del estadio y del club local de fútbol de Córdoba y de la AFA, de lo cual resultaron lesiones al jugador Claudio H. ZACARÍAS, del equipo visitante, Club San Lorenzo de Almagro.¹⁵ Esta fórmula quedó fijada en la Ley 23.184 de 21 de junio de 1985, que consagra en su artículo 33 que, “las entidades o asociaciones participantes de un espectáculo deportivo son solidariamente responsables civiles de los daños sufridos por los espectadores de los mismos, en los estadios y durante su desarrollo, si no ha mediado culpa por parte del damnificado”. Mientras que la Ley 24.192, promulgada el 23 de marzo de 1993 y modificativa de la anterior, señala simplemente que: “Las entidades o asociaciones participantes de un espectáculo deportivo son solidariamente responsables de los daños y perjuicios que se generen en los estadios” (art. 51). Criterio, que es compartido mayoritariamente por la doctrina internacional, al fijarse como regularidad una responsabilidad objetiva, con fundamento en el riesgo creado, que prescinde de toda idea de culpa por parte del sujeto obligado a resarcir frente al espectador que sufre un daño, en estadios

¹⁴ *Ibidem.*

¹⁵ Fallo: ZACARÍAS, Claudio H. contra el Club Instituto Atlético Central Córdoba y contra la Asociación del Fútbol Argentino sobre daños y perjuicios, abril de 1998.

de concurrencia pública, durante un espectáculo deportivo, reafirmando el criterio de exigencia de la responsabilidad objetiva, propia de las relaciones de consumo, centrándose en el problema de la responsabilidad solidaria de la entidad organizadora del evento por los daños derivados de las fallas en los sistemas de seguridad.

De la sentencia anteriormente comentada resulta relevante la valoración realizada por la Corte Suprema en cuanto a los alcances de la reparación que abarca los daños corporales, pérdidas patrimoniales por los gastos de tratamiento psicoterapéuticos, lucro cesante, daño moral. En este sentido se acredita en la sentencia que, parece indudable el reconocimiento del daño moral partiendo de la opinión de la perito en psicología, Marcela V. MAYOCHI es ilustrativa que en su informe indica la existencia de síntomas post-traumáticos específicos centrados en el temor y en la incapacidad que padecía ZACARÍAS y evidencias de depresión, todo lo cual la experta atribuye a la lesión sufrida que gravitó en una faceta sustancial de su vida como lo era la actividad deportiva. Se habla también de la pérdida de oportunidades, es decir, las consecuencias patrimoniales producidas por el infortunio en cuanto a la frustración de sus posibilidades de éxito en el campo deportivo. Hace hincapié, en ese sentido, en que a más de percibir importantes sumas en concepto de sueldo, premios y haberes en el Club San Lorenzo de Almagro, en cuya primera división jugaba, tenía por su rendimiento grandes posibilidades de ser transferido internacionalmente con los consiguientes beneficios económicos – que después de la lesión sufrida sus condiciones disminuyeron sensiblemente – y que en consecuencia existían posibilidades suficientes de buen éxito de deportivo y económico que superan la hipótesis del daño eventual para constituirse en un perjuicio cierto y resarcible, que el futuro deportivo del jugador se vio así frustrado, y la evidencia más palmaria de este aserto la constituye el desarrollo de su carrera posterior al accidente, fijando el monto total de la indemnización en la suma de 410 400 pesos.

En cambio constituye un buen ejemplo de exoneración de responsabilidad a la entidad organizadora de un evento deportivo basándose en la asunción del riesgo por la víctima y en la falta de uno de los presupuestos para que sea exigible la responsabilidad civil – desde la teoría subjetiva, que es la aplicable a estos casos como ya se ha dicho –, el caso de Luis, de 21 años que participaba en una actividad deportiva de *rafting* en el río Gallego, sucediendo que inmediatamente después de quedar liberada la balsa neumática en la que iba choca con una roca sita en un desfiladero de especial dificultad, cayó al agua, al igual que otros tripulantes, produciéndose la muerte de Luis no por ahogamiento sino por una contusión que presuntamente sufrió al golpearse contra la roca, tal como lo declara

justamente la Sentencia del Tribunal Supremo español de 17 de octubre de 2001, que tras analizar las circunstancias fácticas del caso consideró que el accidente acaecido había sido asumido por el deportista y que no se constataba negligencia, esto es, el incremento del riesgo por parte de los organizadores o del monitor que dirigía la actividad.¹⁶

En opinión del Tribunal Supremo, tanto el monitor como la entidad organizadora de la actividad actuaron de forma diligente, ya que no se apreciaron deficiencias en la organización de la actividad, la lancha contaba con todos los elementos de seguridad necesarios, el material de protección individual también era adecuado (traje de neopreno, chaleco salvavidas, casco), el equipo de apoyo actuó correctamente y el lugar del accidente no era más peligroso de lo habitual. En consecuencia, el alto tribunal concluyó que, "no hay culpa porque no se omitió la diligencia exigible en ninguno de los aspectos de la actividad desplegada".¹⁷

Igualmente razonó la Sentencia del Tribunal Supremo español, de 19 de junio de 1998, resolviendo un caso en que la víctima sufrió daños mientras montaba un caballo que había alquilado al demandado. El Tribunal Supremo rechazó la responsabilidad al considerar que el demandado había actuado de forma diligente, ya que "durante el recorrido no hubo nada anormal, ni hay prueba alguna que acredite una especial peligrosidad o dificultad en el caballo alquilado para su monta, ni defecto alguno o fallo en la montura".¹⁸

En algunos casos se intenta lograr la exoneración de responsabilidad de la entidad organizadora del evento basándose en la imputación de culpa a la víctima, demostrando que ésta ha infringido los deberes de cuidado o precaución razonablemente exigibles, en función del tipo de persona y de las circunstancias previas al accidente y en otros casos, empleando la misma institución jurídica, la estrategia de la entidad demandada reconduce el litigio al terreno de la concurrencia y compensación de culpas, argumentando que el daño se debió en parte, a la culpa de la propia víctima, logrando así, sino la exoneración, al menos una moderación de la indemnización solicitada.

¹⁶ *Ibidem*, p. 9.

¹⁷ *Vid.* SOLÉ FELIU, *op. cit.*

¹⁸ *Ibidem*.

Resulta interesante este caso juzgado por la justicia brasileña: en los momentos en que varias parejas de atletas realizaban entrenamiento libre en el local destinado a la práctica de judo, uno de ellos Rui Nuno NUNES FERNÁNDEZ al tratar de aplicar una proyección a su compañero Gabriel PINTO CARDOZO, se desequilibró cayendo al piso, justo en el instante en que el profesor demostraba al atleta Joao Luis BRANDT, como se hacía un ejercicio y al tratar de proyectarlo fue desequilibrado, cayendo justamente sobre el atleta NUNES FERNÁNDEZ que se encontraba ya en el suelo, provocándole traumatismo medular cervical con luxación de dos vértebras y en consecuencia un cuadro clínico inmediato de cuadriplejia. El accidente dejó a la víctima absolutamente incapacitada, viviendo el drama de un traumatismo para el resto de su vida, preso de los cuidados espaciales perdiendo el sentido de la vida profesional y de la misma vida interior. La indemnización solicitada incluyó: pensión equivalente a un salario mínimo mensual, reembolso de los gastos por cuidados médicos, acompañamiento médico, fisioterapéutico y psicológico, otra cuantía para cubrir el valor de una silla de ruedas, otra silla higiénica y una cama hospitalaria, el servicio de enfermera acompañante, más una indemnización por daños morales de mil quinientos salarios mínimos.

La cuestión puesta a debate se centró en saber si la Asociación Atlética Banco de Brasil (AABBR) debía responder por los perjuicios morales y materiales derivados de los hechos narrados en razón de la responsabilidad objetiva del proveedor de servicios o si debía eximirse en razón del caso fortuito o de fuerza mayor.

Los demandados basaron su defensa, en que se trataba de un caso fortuito o en todo caso, de un hecho que aunque previsible era inevitable, y también en la teoría de la asunción del riesgo por la víctima. El juez de primera instancia juzgó según la responsabilidad extracontractual o aquiliana; encontró improcedente el pedido y absolvió a la parte demandada considerando que se trató de un lamentable caso fortuito. Esta decisión fue apelada por los demandantes siendo luego acogida con lugar en parte por la Sala Tercera de lo Civil del Tribunal de Justicia de Río de Janeiro, que en su Sentencia del 14 de junio de 2004 apreció que al contrario a lo sostenido por el tribunal de primera instancia la norma aplicable al caso es el artículo 14, apartado 3ro. del Código de Defensa del Consumidor que establece la responsabilidad objetiva del proveedor del servicio y ubica el caso en los ámbitos de la responsabilidad contractual.

Se debe coincidir forzosamente con que conforme a los hechos procedió correctamente el Tribunal de Apelaciones al extraer la cuestión medular del debate del ámbito de la responsabilidad civil tradicional, no aceptando la teoría de la asunción del riesgo por la víctima y ubicando el asunto en

el ámbito específico de la responsabilidad civil en las relaciones de consumo. A este respecto y refiriéndose a la teoría objetiva de la responsabilidad, o teoría del riesgo, ha expresado MOSSET ITURRASPE que: "Crea el riesgo quien con sus cosas, sus animales o sus empresas multiplica, aumenta o potencia las posibilidades de dañosidad".¹⁹

A este mismo respecto del razonamiento seguido en esta sentencia cabe citar a NEVES MIRANDA cuando subraya que, "*No que concerne às obrigações do organizador pode-se elencar as seguintes: exhibir um espetáculo, garantir a qualidade do serviço prestado e assegurar a segurança de todos os torcedores*";²⁰ obligaciones que se hacen extensivas a los organizadores de eventos deportivos, por los daños causados a todos los participantes en dichos eventos.

Como se ha reconocido por la doctrina – y según se regula también en la legislación de Brasil – en cuanto a la responsabilidad civil desde el criterio objetivo, y específicamente para las relaciones de consumo, se exige de tres presupuestos: 1) el defecto en la prestación del servicio, 2) el evento dañoso y 3) la relación de causalidad entre el defecto en el servicio y el daño, y algunos autores incorporan un cuarto elemento: que no estén presentes ninguna de las excluyentes de la responsabilidad como el caso fortuito y la fuerza mayor, pero para otros autores tales excluyentes no se aplican a la responsabilidad en la relación de consumo, siendo lo cierto que el Código de Consumo de Brasil sólo estima como excluyente cuando hay culpa exclusiva de un tercero o del propio consumidor.

La doctrina más moderna aplicable a las relaciones de consumo viene haciendo la distinción entre a) fortuito interno, siendo aquel ocurrido en el momento de la fabricación del producto o de la prestación del servicio (el que por supuesto no tiene por qué excluir de la responsabilidad), porque no integra el concepto de los riesgos de la actividad y b) fortuito externo que se refiere a hechos de los terceros o de naturaleza imprevista e imprevista, distinción esta que es inherente a la relación de consumo. El caso de examen, por tanto, corresponde a un fortuito interno e implicaría el deber de indemnizar. También la doctrina ha precisado que un servicio

¹⁹ Vid. MOSSET ITURRASPE, *Estudios sobre responsabilidad civil por daños*, op. cit., p. 27.

²⁰ TA: "En lo que concierne a las obligaciones del organizador pueden enunciarse las siguientes: exhibir un espectáculo, garantizar la calidad del servicio prestado y garantizar la seguridad de todos los aficionados". Vid. NEVES MIRANDA, op. cit., p. 155.

se entiende defectuoso cuando es capaz de generar riesgos superiores a una expectativa razonable, resultando que aquí el profesor faltó a un deber de cuidado, máxime cuando en el local estaba siendo utilizado por un número inferior de parejas a la capacidad del local y que si el profesor hubiera estado coordinando o supervisando al aula y no hubiese estado entrenado con otro atleta hubiera tenido como evitar ese resultado.

La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Río de Janeiro estimó que ese tipo de hecho era previsible, que el profesor tenía que tomar aquellas precauciones y mantener la distancia adecuada, que el hecho es lamentable además, pues todo lleva a creer que se trataba de un profesor respetado, de excelente nivel; pero incurrió en esa negligencia, ocasionando un daño de tanta gravedad. Sabido, que en principio los deportes de combate, y en el caso del judo, su práctica implican actos violentos, y aquellos que lo practican sufren los riesgos evidentes de una lucha de ese tipo. Es obvio que, justamente por ser una lucha violenta incluso la que se enseña en las academias, que se adopten por parte de los profesores todas las medidas preventivas, tratando de evitar accidentes como este. Y en consecuencia la Sala estimó que por eso están presentes todos los requisitos legales necesarios para imponer la indemnización, ya sea tanto por daño material como por daño moral.²¹

IV. Responsabilidad civil de los propietarios de instalaciones deportivas

Se alude bajo este concepto a la persona natural o jurídica titular de cualquier gimnasio, estadio o de alguna otra instalación destinada a la práctica deportiva.

Existe la tendencia en España a que los Tribunales de Justicia se pronuncien por la aplicabilidad en esta ámbito de las normas reguladoras de la responsabilidad civil contractual y las que rigen las relaciones de consumo y así por ejemplo, en el caso de una niña, usuaria del polideportivo municipal, sobre la que se desplomó un lavabo, los Tribunales determinaron que se trataba de un caso de responsabilidad civil contractual derivada del uso de instalaciones mediante el pago de una entrada o el abono

²¹ Vid. "Jurisprudencia", en *Revista Brasileira de Direito Desportivo*, No. 8, julio- diciembre de 2005, pp. 96-118.

periódico de una cuota fija, según el caso.²² El criterio parece razonable pues se dan aquí los presupuestos de la responsabilidad contractual y ello tiene trascendencia de mayores oportunidades para la víctima en el plano probatorio, en cuanto a término de prescripción, carga de la prueba (el demandado es el que tiene que acreditar que en su actuar no obró con imprudencia, negligencia o impericia) y otras circunstancias.

En este tipo de responsabilidad pueden intervenir como sujetos demandados denominados los clubes sociales, que como se conoce que son lugares concebidos para la práctica de actividades de esparcimiento y recreación de los socios, a las que se agregan otras de tipo social; pero en lo particular incluyen actividades deportivas – piscina para la natación, cancha de tenis, sauna, gimnasio – y por tanto, merecerán el mismo tratamiento que las instalaciones propiamente deportivas en cuanto a la responsabilidad civil.

Existe consenso a nivel de doctrina y jurisprudencia en cuanto a que los deportistas o asistentes a tales clubes asumen los riesgos y peligros que son propios de cada deporte que allí practiquen – caídas, golpes, fracturas óseas, contracturas musculares, etc. – y que, como tales, en principio, no pueden ser derivados hacia otros sujetos haciéndolos responsables por los mismos pues se consideran como hechos naturales del propio juego, y mucho más por el hecho de que los practicantes de esos deportes lo hacen de manera voluntaria.

En este sentido se pronunció la Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de España, de 11 de octubre de 2006, cuando examinara el caso de un accidente en un circuito de mini-golf. Los miembros de un equipo juvenil de fútbol se detuvieron a comer en un restaurante que cuenta con instalación de mini-golf, gratuita para los clientes. Cuando uno de los menores simula un *swing* de golf, golpea violentamente a otro en la cabeza, que se encontraba agachado próximo a él, causándole graves lesiones. Aunque se demandaba inicialmente al responsable del mini-golf y a los

²² Vid. TORREGROSA MESEGUER, Aníbal J., "Responsabilidad civil en el ámbito deportivo. Primera Parte", (Ponencia presentada en el Curso sobre Responsabilidad Civil en el ámbito de la Educación Física, Colegio Oficial de Licenciados en Educación Física y en Ciencias de la Actividad Física y del Deporte de la Región de Murcia, España, noviembre de 2000), en *Revista Digital*, Año 7, No. 40, septiembre de 2001, Buenos Aires, disponible en: <http://www.efdeportes.com/> (consultado el 12/9/2010, a las 15.00).

padres del menor causante del accidente, no se recurrió la absolución de éstos (lógicamente, serían amigos, no se fue contra ellos), y se continuó con la apelación únicamente contra el dueño del negocio. Pero éste no incurrió en culpa ni negligencia. No hay responsabilidad objetiva y no se le puede aplicar la teoría del riesgo, porque el mini-golf no es actividad creadora de riesgos que lo justifique; ni la teoría del beneficio, en cuanto que no existe un aprovechamiento de un beneficio económico con esa actividad.

Pero la imputación de responsabilidad a los propietarios de instalaciones deportivas resulta lógica especialmente clara cuando se trata de daños que no son causados por otros deportistas, ni pueden explicadas por la propia conducta del deportista; sino por las propias características del deporte o de las instalaciones, por ejemplo, caída de telearrastres en estaciones de esquí, tal y como lo mostró la Sentencia del Tribunal Supremo de España de 21 de noviembre de 1996, o de las condiciones en que se desarrolla el deporte.²³

Por tales razones, esa asunción de los riesgos no puede entenderse absoluta, ya que suelen presentarse supuestos en los que debe entenderse imputables a los propietarios de tales instalaciones, como sucede cuando los daños han sido provocados por hechos que se consideran extraños al juego o cuando estas instituciones han provocado con sus acciones un aumento o exceso en tales riesgos – una intensificación anormal de los riesgos –, como sería el caso en que un menor de edad fallece por ahogamiento en la piscina del club debido a un ineficiente servicio de salvavidas.

En este contexto cabe valorar, como frecuentemente en las normas y estipulaciones reguladoras de las competiciones deportivas o de la utilización de gimnasios, clubes de tenis o de golf, etc. – establecidas mediante contratos de adhesión – resulta frecuente encontrar cláusulas que exoneran total o parcialmente a los propietarios de tales instalaciones o a los organizadores de las competiciones. A juicio de Anibal TORREGOSA – y se le debe conceder plena razón – dichas cláusulas son inadmisibles, pues son contrarias a la legislación sobre defensa de los consumidores y usuarios y en ese sentido se ha expresado reiteradamente la jurisprudencia española, por ejemplo en las Sentencias del Tribunal Supremo español

²³ Vid. VERDERA SERVER, *op. cit.*, p. 6.

de 23 de noviembre de 1953 y de 20 de octubre de 1984 y en la Sentencia de la Audiencia Territorial de Oviedo de 6 de julio de 1988, entre otras.²⁴

V. Responsabilidad colateral de las entidades deportivas en los casos de violencia cometida por espectadores

La violencia en el deporte ha existido siempre, pero en los últimos años su aumento ha sido desmedido y el grado de violencia, en estos casos, es extremo. Una mención especial merece la violencia en el fútbol, que puede calificarse como un problema social con matices inquietantes.

Se acusa como fundamentales autores de este tipo de violencia a los espectadores, especialmente a los hinchas que son aquellos que concurren a la cancha – jóvenes, adultos, ancianos, niños – sosteniendo una relación afectiva con el club: amor por los colores, por la institución, por el equipo, etc. Si bien estas personas están en contra de la violencia, muchas veces algunas de ellas tienen comportamientos violentos, que se manifiestan a través de canciones, insultos, peleas o algún otro tipo de agresión física, como por ejemplo, el arrojar objetos contra jugadores y árbitros o al campo de juego. Con respecto a los resultados que suelen acarrear tales comportamientos, se destacan lesiones y muertes de deportistas, espectadores, técnicos y daños económicos, a lo cual se asocia la pérdida del verdadero sentido de este deporte recreativo y del espectáculo.

Pero aunque la responsabilidad sobre ese tipo de violencia y sus nefastos resultados se haya atribuido en primer lugar a estos llamados “barras bravas” y de hecho sucede así, obviamente no son los únicos, debiendo considerarse también a los dirigentes futbolísticos, siguiéndole a los mismos las entidades organizativas de los eventos deportivos, las autoridades públicas (policías), las asociaciones y federaciones de fútbol, los jugadores, técnicos y árbitros, seguido de la prensa, y por último la responsabilidad estatal y de la sociedad en general. En este último caso se ha estimado y con plena razón que este tipo de violencia se asocia al egoísmo, el individualismo y a varios antivalores más, que se han desarrollado en muchos ciudadanos, al tiempo que la ausencia de valores como la tolerancia y el respeto apreciable en todas las clases sociales.

²⁴ Vid. TORREGOSA MESEGUER, *op. cit.*, pp. 15 y 16.

VI. Responsabilidad civil de las administraciones públicas

Se refiere a la responsabilidad indirecta o colateral en otros casos que pudiera corresponderle a los ayuntamientos, gobiernos provinciales u otras dependencias administrativas responsables de instalaciones y de determinados servicios educativos y culturales.

Aquí también la jurisprudencia admite como válido el argumento de la asunción del riesgo como causa de exoneración de la responsabilidad, en virtud de la cual la víctima acepta participar en una actividad y exponerse al riesgo de sufrir determinados daños inherentes a ella.

Un tratamiento especial por parte de la doctrina y la jurisprudencia se aprecia en los casos de responsabilidad civil relacionada con la materia de Educación Física y con actividades análogas en centros escolares, pues aquí se ha defendido con insistencia la posición de excluir el criterio de la asunción del riesgo por el estudiante o practicante de deporte cuando se trata de enseñanza deportiva, como lo señala la sentencia de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga, España, de 5 de diciembre de 1995.²⁵

Esta posición se aprecia por ejemplo, en el caso ocurrido el 13 de enero de 1988, cuando un alumno del Instituto Mixto de Bachillerato de Fuengirola, Andalucía, en ocasión de hallarse en clase de educación física, bajo la dirección de la profesora de la asignatura, al realizar uno de los ejercicios de salto que tenían lugar sobre un trampolín elástico, y que consistía en efectuar una breve carrera de ocho metros aproximadamente, para a continuación tomar impulso sobre el trampolín y botar en posición vertical sobre una colchoneta, como consecuencia de producirse un desequilibrio en el aire, cayó mal y se golpeó con la barbilla contra dicha colchoneta, lo que le causó graves lesiones y secuelas calificadas como de gran invalidez. El Tribunal Supremo de España, Sala Primera, en su Sentencia de 22 de diciembre de 1999, apreció que la profesora, que obviamente conocía el riesgo concreto del aparato, no actuó con arreglo a la diligencia que le era exigible, sin que quepa descargar en el Director del Colegio una especie de responsabilidad genérica por todo lo que ocurre en el mismo, y en consecuencia en su fallo declaró haber lugar parcialmente al recurso de casación interpuesto, y condenó a la profesora, a la Consejería de

²⁵ Vid. VERDERA SERVER, *op. cit.*, p. 8.

Educación y Ciencia de la Junta de Andalucía y la compañía "Seguros I., S.A." a que pagaran, con carácter solidario, al actor la cantidad de ciento veinte millones de pesetas, si bien la Compañía de Seguros sería responsable solamente hasta la cantidad máxima asegurada.²⁶

Existe en la doctrina una figura que puede confundirse fácilmente con la asunción del riesgo. Es la concurrencia de culpa de la víctima, pero vale la pena hacer notar la distinción, pues si la asunción del riesgo como ya aquí se ha expresado, excluye totalmente la responsabilidad civil del demandado, en cambio la concurrencia de la culpa de la víctima no la excluye, sino que la modera, reduciendo proporcionalmente la cuantía indemnizatoria.

Veamos un ejemplo, los hechos ocurrieron en el frontón propiedad del Ayuntamiento de Huarte Araquil, Navarra, España, cuando la víctima acudió a recoger a su hijo que recibía clases de pelota vasca en el recinto, mientras esperaba, se colgó del larguero superior de una portería de fútbol-sala, que el Ayuntamiento había colocado en un extremo del frontón y, como consecuencia de ello, la portería cayó al suelo, arrastrando a la víctima y causándole la muerte. La viuda del fallecido interpuso demanda de reclamación de daños y perjuicios, en su propio nombre, y en el de sus tres hijos menores de edad. El Tribunal Supremo de España mediante la Sentencia de 6 de octubre de 2000, confirmó la sentencia de apelación y por un lado, consideró acreditada la culpa del Ayuntamiento, quien "se limitó a aparcar la portería a un extremo del local, no obstante la habitualidad con que los vecinos la usaban, sin adoptar medida de precaución alguna, mediante su inutilización eficaz para cuando no se utilizasen en el juego e incluso con una actuación tan sencilla como mantenerla tumbada en el suelo y segura" y por otro lado, junto con la responsabilidad del Ayuntamiento, el alto Tribunal considera probada la culpa concurrente de la víctima "al no ser una portería de fútbol-sala el elemento más adecuado para practicar sobre la misma actividades gimnásticas, sin que dicha culpa elimine por completo la culpabilidad del Ayuntamiento recurrente".

Así también la Sentencia de 23 de septiembre de 2004 del Tribunal Supremo de España, Sala Primera, no admitió el argumento del Abogado del

²⁶ Vid. LANDABEREA UNZUETA, Juan Antonio, "Algunas sentencias sobre responsabilidad civil en el ejercicio de profesiones del deporte", en *VII Jornadas Nacionales de Derecho Deportivo*, La Coruña, 13 y 14 de abril de 2007.

Estado, de que el hecho determinante del fallecimiento fuera exclusivamente por su imprudencia, al colgarse indebidamente de un larguero de la portería de balonmano, lo que produjo el desequilibrio en la portería que en su caída le golpea en la cabeza, produciéndose el fallecimiento en los días posteriores, señalando que el motivo no puede ser atendido, sin hacer alegación alguna a la responsabilidad de la directora del centro. Es decir, sin hacer alusión sobre la culpa *in vigilando* o *in eligendo* de la Administración, y al invocar unilateralmente la culpa exclusiva (en todo caso de difícil encaje en un niño de once años). La sentencia en cambio apreció el alegato de los reclamantes de que no se agotaron las medidas posibles y previsibles para evitar el hecho en cuestión, ya que no dispuso el anclaje debido de la portería, cualquiera que fuera su situación y disponibilidad; y esta falta de anclaje fue la determinante de las lesiones y ulterior fallecimiento del menor de edad Javier. Y en consecuencia condenó al pago de la indemnización por los daños a la profesora sustituta de gimnasia, a la Directora del Colegio Juan Capó, de Palma de Mallorca, al Ministerio de Educación y Ciencia, y a MUSINI Sociedad Mutua de Seguros y Reaseguros en función de la póliza que tenía suscrita con el señalado colegio público.

Dentro de este concepto, también, como ya se ha comentado se ha exigido responsabilidad civil a los órganos del orden interior.

VII. El estado de la cuestión en Cuba y sus desafíos

El caso cubano pudiera subsumirse en la valoración general que hiciera VERDERA SERVER sobre el estado de la legislación relativa la responsabilidad civil en el ámbito de las actividades deportivas en muchos países, al afirmar que:

“Una de las constataciones más obvias -y probablemente la más inquietante- en el terreno de la responsabilidad civil deportiva, estriba en la ausencia de una previsión normativa específica, teniendo que acudirse a las reglas del Código Civil y a leyes especiales del deporte, que por lo general no tienen como finalidad esencial la fijación de criterios frente a los daños producidos durante las actividades deportivas, sino el establecimiento de unas reglas para el mantenimiento del orden público en los espectáculos deportivos.”²⁷

²⁷ Vid. VERDERA SERVER, *op. cit.*, p. 5.

Pero es que además el Código Civil cubano (en adelante CC) como ley general aplicable a los casos de daños originados en la práctica deportiva, presenta notables omisiones y deficiencias como que no precisa a cual teoría se afilia, si a la subjetiva o u objetiva, y en consecuencia ofrece un débil respaldo para la aplicación de la teoría del riesgo u objetiva para dilucidar los casos de daños derivados de la práctica deportiva. En este sentido es trascendente que el país no cuente con una ley general de protección de los consumidores en la cual queden subsumidas las actividades deportivas.

El requisito de procedibilidad establecido en el artículo 96.2 del CC, limita el principio de libre acceso a la justicia que tiene todo ciudadano, constituye una defensa extrema de la responsabilidad subjetiva, por el hecho de que las entidades organizadoras de evento como las propietarias de instalaciones deportivas son de carácter estatal, estableciendo que en caso de daños el acto sea declarado ilícito por la autoridad administrativa superior, lo que atenta contra el deber de los tribunales de resolver todo conflicto jurídico civil que surja en la sociedad, obstaculizando así el camino de la víctima para la obtención de su resarcimiento por los daños sufridos, este inconveniente también obstaculiza las posibles reclamaciones por daños contra las autoridades del orden.

La regulación actual de la reparación del daño moral, prevista en el artículo 88 del CC, que solo prevé el derecho de la víctima a obtener la retracción del ofensor, no resulta suficiente para que la víctima quede plenamente resarcida del menoscabo sufrido, debiendo ampliarse el contenido de dicha reparación, en el sentido de que se incluya un resarcimiento de índole pecuniario; debiendo preverse igualmente el sistema de avalúo a aplicar, por las características de este tipo de daño que hacen muy difícil su tasación.

A este respecto vale citar el caso de tres jugadores de pelota acusados de un supuesto delito de violación, por una muchacha que se había introducido en las habitaciones del hotel donde se encontraban alojados los atletas, por esos hechos las autoridades que rigen el campeonato nacional de este deporte, los sancionaron a una suspensión de su participación en el torneo, lo que fue dado a conocer públicamente. Meses después el Tribunal Popular de la provincia de Guantánamo los absolvió por falta de pruebas, y las autoridades deportivas los autorizaron a volver a jugar en la siguiente serie, pero cada vez que salían a jugar, los espectadores los ofendían (los abucheaban, gritándoles violadores y/o delincuentes); evidentemente estos atletas producto de la acción de los funcionarios de la administración del deporte sufrieron daño emergente, lucro cesante y

daño moral, sin que encontraran la protección jurídica civil adecuada, al no cumplirse con lo regulado por el CC, de emitir una declaración pública, retractándose de haber afectado de ese modo la dignidad y el honor de los atletas y la salud psíquica de los atletas.

En cuanto al CC, en su artículo 449.2 se limitaba a enunciar que: “El seguro obligatorio se rige por las disposiciones de la ley que lo crea y supletoriamente por las que se establecen en este Código” y del 463 al 465 tampoco regulaba los casos en que se exigirá el seguro obligatorio de responsabilidad civil. El Decreto-Ley No. 263, de 23 de diciembre de 2008, del Contrato de Seguros, por su Disposición Final Tercera declaró derogado, precisamente, el Título XVII del Libro Tercero (artículos 448 al 465) del CC, sin embargo, aunque amplió la regulación del seguro de responsabilidad civil no proyectó tal ampliación en cuanto a los seguros obligatorios, como debiera ser el caso de las personas o entidades que realizan actividades riesgosas para terceros, incluyendo a los organizadores de eventos y espectáculos deportivos y los propietarios de gimnasios, etc., máxime cuando como parte de las actuales reformas económicas y aprovechando el nuevo soporte jurídico que se ha ofrecido para el trabajo por cuenta propia y las cooperativas se han creado posibilidades para la actuación de estas formas de gestión no estatal en los diferentes ámbitos sociales como lo es el deporte y la recreación, ocurriendo que al amparo de esta situación han proliferado infinidad de gimnasios deportivos particulares.

Por otra parte en el ordenamiento jurídico cubano, no se dispone de una ley o norma que disponga la prevención de la violencia en el deporte y sus respectivas sanciones, aunque estos hechos nunca han estado ausentes de la realidad deportiva cubana.

Por ejemplo, hace ya unos años, durante un juego de béisbol de la Serie Nacional, en el estadio de la ciudad de Santiago de Cuba, un espectador le gritó cornudo a uno de los atletas del equipo local. Luego otro de los miembros de ese equipo subió a las gradas y al parecer valiéndose del engaño y de medios coercitivos, logró llevarlo al banco del equipo, donde varios atletas le propinaron una golpiza, por lo cual fueron sancionados estos atletas por el delito de lesiones por el Tribunal Provincial Popular de Santiago de Cuba. Es evidente que los órganos encargados del orden interior pudieron tener alguna responsabilidad por acción u omisión en sus funciones.

Lo preocupante es que en los últimos tiempos evidentemente se han venido acrecentado los hechos de violencia en los espectáculos deportivos, especialmente de beisbol, futbol y básquetbol, sucesos que incluso han tenido reflejo en la televisión nacional.

VIII. Conclusiones

Doctrinalmente existe consenso mayoritario de que al desarrollarse un espectáculo deportivo se está en presencia de un “contrato de espectáculo” atípico, innominado, bilateral y por adhesión y aun siendo gratuito el ingreso al local en que se desarrollará, surtirán efectos la acción resarcitoria, en su caso.

Conforme a la teoría del riesgo-provecho, a nivel foráneo es criterio mayoritario, tanto en el plano doctrinal, legislativo como jurisprudencial que los organizadores de eventos y dueños de instalaciones deportivas, respondan civilmente con criterio de atribución objetiva, pues justo resulta que quien recibe el beneficio económico asuma el peso de todos los acontecimientos infortunados que sobrevengan durante el desarrollo de su actividad, correspondiendo a estos terceros intervinientes en la práctica del deporte, que reciben ganancias generalmente elevadas por la celebración de este tipo de eventos, tomar las precauciones necesarias para evitar los riesgos que pudiesen sobrevenir, ya que además por ser una relación de consumo, el deber de seguridad les impone mantener la integridad física y patrimonial de quienes concurren al espectáculo o evento deportivo.

Por otra parte, se aprecia en la legislación a nivel de Iberoamérica una tendencia creciente a exigir a los organizadores de eventos y a propietarios de instalaciones deportivas, la contratación con carácter obligatorio de un seguro de responsabilidad civil a modo de garantía para el resarcimiento a eventuales víctimas de daños causados por estos en el desempeño de sus actividades, ya que por las características de las funciones que realizan siempre van a estar propensos a causar daños, siendo los más comunes las lesiones corporales por negligencia o impericia.

Particularmente con relación al marco jurídico del deporte en Cuba, pese a los avances indiscutibles del país en el campo de los deportes participativo y de alto rendimiento, reflejados en los numerosos títulos en eventos internacionales, resulta incompleto, particularmente en lo que concierne a la responsabilidad civil por daños personales y patrimoniales causados que suelen generarse en los estadios y en las actividades deportivas en general, al resultar deficiente y obsoleto el CC vigente y no contarse con una ley del deporte, de una ley sobre la violencia en los estadios y la conducta de los espectadores en los espectáculos deportivos, tales deficiencias, asociadas al crecimiento del trabajo por cuenta propia y de formas de gestión no estatales en los servicios, entre los que se cuentan propietarios de gimnasios deportivos, crean un cuadro de insuficiente protección

para los asistentes a actividades y espectáculos deportivos frente a los daños que tales ámbitos pueden generarse y apuntalan la necesidad no solo de modificar el CC, sino también de la promulgación de una ley del deporte, una ley sobre la prevención de la violencia en los espectáculos deportivos, de una ley sobre la protección de los consumidores, y de otra norma sobre la conducta de los asistentes a los estadios e instalaciones deportivas.

IX. Referencias bibliográficas

Obras generales

- DIEZ PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis, *Derecho de daños*, Civitas, Madrid, 1999.
- MOSSET ITURRASPE, Jorge, *Estudios sobre responsabilidad por daños*, Tomo I, Rubinzal y Culzoni, Santa Fe, Argentina, 1979.
- NEVES MIRANDA, Martinho, "A responsabilidade civil nos espectáculos desportivos: teoria e prática no direito comparado e no direito brasileiro", en FLORES FERNÁNDEZ, Zitlally (Coordinadora), *El Derecho deportivo desde una perspectiva comparada*, Flores S.A de C.V., México D.F., 2015.
- TORREGOSA MESEGUER, Anibal J., *Responsabilidad civil en el ámbito del deporte*, disponible en <http://www.anibalsport.es/> (consultado el 12/9/2010, a las 15.30).

Publicaciones periódicas

- LANDABEREA UNZUETA, Juan Antonio, "Algunas sentencias sobre responsabilidad civil en el ejercicio de profesiones del deporte", en *VII Jornadas Nacionales de Derecho Deportivo*, La Coruña, 13 y 14 de abril de 2007.
- MOSSET ITURRASPE, Jorge, "La relación de causalidad en la responsabilidad civil extracontractual", en *Revista Latinoamericana de Derecho*, Año 1, No. 1, enero-julio, 2004, Universidad Iberoamericana, México, DF, pp. 357-380.
- SOLÉ FELIU, Josep, "Daños sufridos en la práctica de un deporte. Responsabilidad civil del organizador de la Vuelta Ciclista a España en la caída de un ciclista profesional mientras participaba en la prueba. Comentario a la Sentencia 3494, de 31 de mayo de 2006", en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, disponible en <http://www.aranzadi.es/> (consultado el 12/9/2010, a las 15.30).

TORREGROSA MESEGUER, Aníbal J., "Responsabilidad civil en el ámbito deportivo. Primera Parte" (Ponencia en el Curso sobre Responsabilidad Civil en el ámbito de la Educación Física, Colegio Oficial de Licenciados en Educación Física y en Ciencias de la Actividad Física y del Deporte de la Región de Murcia, España, noviembre de 2000), en *Revista Digital*, Año 7, No. 40, septiembre, 2001, Buenos Aires, disponible en: <http://www.efdeportes.com/> (consultado el 12/9/2010, a las 15.00).

VERDERA SERVER, Rafael, "Una aproximación a los riesgos del deporte", en *InDret*, No. 1, enero de 2003, Barcelona, disponible en: <http://www.indret.com/>, (consultado el 12/9/2010, a las 15.00).

Documentos

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA ARGENTINA, Buenos Aires, 6/3/ 2007: Fallo MOSCA, Hugo Arnaldo contra Provincia de Buenos Aires (Policía Bonaerense) y otros sobre daños y perjuicios, 6 de marzo de 2007, disponible en: www.saberderecho.com, (consultado el 12/9/2010, a las 14.00).

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA ARGENTINA, Buenos Aires, 6/4/ 1998: Fallo ZACARÍAS, Claudio H. contra el Club Instituto Atlético Central Córdoba y contra la Asociación del Fútbol Argentino sobre Daños y Perjuicios, abril de 1998, disponible en www.saberderecho.com, (consultado el 12/9/2010, a las 14.30).

Instrumentos jurídicos internacionales

Reglamento General del Deporte Ciclista y *Guide de Sécurité à l'usage des organisateurs d'épreuves sur route*, disponible en <http://www.rfec.com/normativa/>, (consultado el 12/9/2010, a las 14.00).

Normas jurídicas nacionales

Ley No. 59, de 16 de julio de 1987, Código Civil (cubano).

Decreto Ley No. 263, del Contrato de Seguros, de 23 de diciembre de 2008, Gaceta Oficial Extraordinaria, 5 de 26 de enero de 2009.

La cultura física y el deporte en la Constitución mexicana

MSC. ADRIÁN CAMARGO ZAMUDIO*

Sumario

- I. Introducción
- II. Definición de cultura física y deporte
 - II.1. Definición de cultura física
 - II.2. Definición de deporte
- III. Cultura física y deporte en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM)
- IV. Conclusiones
- V. Referencias bibliográficas

I. Introducción

El 12 de octubre del año 2011 se integró un párrafo decimo al artículo 4 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (en adelante CPEUM), que reconoce expresamente que todas las personas tienen derecho a la cultura física y al deporte. El contenido del párrafo citado es un esfuerzo que se debe reconocer al legislador por la inclusión de este derecho fundamental en la CPEUM. Precisamente, y a partir de ello fue planteado el presente estudio, con el propósito de conocer y comparar lo hecho por el legislador nacional (novedoso para el Derecho mexicano) y el panorama actual en Latinoamérica con relación a la constitucionalización de la cultura física y el deporte.

* Docente de la Universidad Nacional Autónoma de México. Coordinador del Diplomado en Derecho Deportivo (FES Aragón, UNAM). Investigador de la Red Iberoamericana de Investigadores en Derecho y Gestión del Deporte (reconocida y patrocinada por la Asociación Universitaria Iberoamericana de Posgrado, AUIP, Salamanca, España). camargo.mex@hotmail.es

Así, este trabajo se divide en tres secciones principales. La primera, donde se analiza el concepto de la cultura física y el deporte en la doctrina y la legislación nacional, lo que nos permitirá conocer el significado de este derecho en nuestra legislación. La segunda, donde se realiza un análisis de la cultura física y el deporte en los diferentes artículos que citan estos temas en la CPEUM, y por último, en un ejercicio de Derecho comparado, en la última sección se analiza el contenido en la misma materia en las diversas Constituciones vigentes en Latinoamérica.

II. Definición de cultura física y deporte

Encontrar a la cultura física y deporte en el marco legal mexicano es algo ya común en los últimos años. El deporte tiene presencia en nuestra carta magna, en diversos tratados internacionales, tanto bilaterales y multilaterales, además se ha realizado legislación específica federal, local e incluso municipal en el tema de la cultura física y deporte.

En nuestro país existen 33 Leyes que regulan la cultura física y el deporte (una de tipo federal y 32 locales), con diversas y variadas denominaciones. Además existe la estructura deportiva municipal que recibe diversas denominaciones según la naturaleza jurídica que tiene en algunos municipios.

Los términos más comunes empleados en las diversas Constituciones de Latinoamérica y en la propia CPEUM son las de "cultura física" y "deporte". Sin embargo existen otros utilizados para referirse a las actividades deportivas, tales como "ocio", "recreación", "esparcimiento", "educación física", "activación física" y "juego". Por su parte, los términos "cultura física" y "deporte" traen consigo diversos enfoques, no existiendo un criterio unificado. La doctrina y la legislación deportiva federal y local en México han generado definiciones en diferentes momentos y lugares, destacándose que la legislación deportiva no tiene un criterio unificado en el concepto.

II.1. Definición de cultura física

La cultura física cuenta con muy diversas definiciones que han surgido de la doctrina y la legislación. Diversos autores extranjeros y mexicanos se han esforzado en definir a la cultura física y diferenciarla del deporte, de la educación física, de la activación física y de aquellas otras formas que se han definido al quehacer humano deportivo. También ha sido trabajo de los legisladores en el país intentar definirla, no existiendo una sola definición legal. Así, cada estado maneja un concepto y elementos diferentes, siendo digno de resaltar también que las leyes estatales en materia de

deporte de los estados de Chiapas, Durango, Jalisco, Nuevo León, Puebla, San Luis Potosí, Sinaloa y Veracruz no contemplan ninguna definición.

La doctrina a través de MORALES DEL MORAL y GUZMÁN ORDOÑEZ,¹ señalan al respecto de la cultura física que: “es el cultivo, construcción. En este caso construcción de salud, fuerza, agilidad y de igual forma de equilibrio interior y serenidad. Desarrollo de la voluntad y de la disciplina, modelación de facultades físicas (...) Metas que pueden conseguirse con la práctica de una actividad deportiva”

De la anterior definición, se desprende que la cultura física carece de elementos como son la reglamentación y la competencia. Se debe entender que la cultura física es meramente la actividad deportiva (de esta manera la definen varios doctrinarios españoles), el juego, la diversión, el ejercicio por conservar un buen estado de salud físico, es la actividad deportiva por conservar un estado bueno de salud. Por su parte en el Diccionario Paidotribo de la actividad física y el deporte,² se define como:

“Termino surgido a finales del siglo XIX en Francia que hace referencia al conjunto de prácticas corporales, deportivas y gimnásticas que se han ido depositando en la tradición y costumbres de los diversos grupos humanos. Asociado a la práctica médica como medida preventiva de la salud, hoy en día ha ido evolucionando hasta convertirse en lo que conocemos como cultura (véase culturismo), práctica que ha desbordado y tergiversado su originario propósito”.

Por su parte la legislación federal y local en México han hecho esfuerzos por definir a la cultura física, contándose con una gran diversidad de conceptos legales. La Exposición de Motivos de la Ley General de Cultura Física y Deporte publicada en el Diario Oficial de la Federación el día 7 de junio del año 2013 (en adelante LGCFD), se señala literalmente:

“El Deporte en particular, y otras actividades que componen el concepto integrador denominado Cultura Física, más allá de su significado etimológico, que hace alusión a la diversión o recreación, se trata de un concepto múltiple que identifica a variadas actividades

¹ MORALES DEL MORAL, Antonio y GUZMAN ORDOÑEZ, Manuel, *Diccionario temático de los deportes*, Arguval, España, 2000, p. 178.

² PAIDOTRIBO, *Diccionario Paidotribo de la actividad física y el deporte*, Paidotribo, España, 2008, pp. 541 y 542.

practicadas con fines de competencia entre individuos o grupos, reglamentadas y desarrolladas como medio para lograr los propósitos de la Cultura Física, lo cual involucra un conjunto de conocimientos, ideas, valores y gestos motores diversos que adquiere el individuo a lo largo de su vida, fundamentados en la motricidad del cuerpo, teniendo como medios para lograr sus propósitos a la Educación Física, el deporte en sus diversas manifestaciones, la recreación y a la activación físicas.”

Como se desprende el legislador no solo toma el concepto de deporte, limitando a la Ley esta actividad humana, sino también toma en cuenta el concepto de la cultura física, englobando en esta actividad las diversas modalidades y prácticas del ser humano para un desarrollo psicomotriz del individuo, sin la necesidad de llegar a una práctica deportiva, reglamentada y mucho menos de un alto rendimiento. Como consecuencia el legislador en la propia LGCFD, en su artículo 5 fracción II, empleó una definición de cultura física tal y como sigue: “Conjunto de bienes, conocimientos, ideas, valores y elementos materiales que el hombre ha producido en relación, al movimiento y uso de su cuerpo”.

De la anterior definición se considera que la cultura física es todo el conjunto de actividades intelectuales y materiales que el hombre ha producido anteriormente respecto al movimiento y uso de su cuerpo. Podemos concluir que la cultura física será el crecimiento físico que puede tener el ser humano de manera individual y en conjunto con su cuerpo mismo, y que tiene como objetivo establecer un sistema de vida saludable a través de ejercicios y prácticas deportivas no reglamentadas.

II.2. Definición de deporte

La práctica del deporte, como disciplina del ser humano a lo largo de la historia de la humanidad ha estado presente. De la misma manera la definición de deporte también ha evolucionado con el paso de los siglos, su misma antigüedad y diversidad de lugares donde se practicaban actividades deportivas, nos evita tener un consenso en la definición etimológica u origen del vocablo deporte. Por un lado MORALES DEL MORAL y GUZMÁN ORDOÑEZ³ señalan:

³ MORALES DEL MORAL, y GUZMAN ORDOÑEZ, *op. cit.*, p. 188

“Etimológicamente, el vocablo es de origen latino y tiene sus primeras aplicaciones en el medievo. Anteriormente, los griegos, utilizaron con significado similar el de agonística para englobar todos aquellos ejercicios físicos diversos relacionados con el atletismo y la lucha... Deportes significa toda forma de actividad física que, mediante la participación casual u organizada, tiende a expresar o mejorar la condición física y el bienestar mental, estableciendo relaciones sociales u obteniendo resultados en competencia a cualquier nivel.”

De la anterior definición se desprende una definición global del deporte, entendiendo el mismo como toda actividad física que realiza el hombre, sin importar que sea de manera eventual u organizada, si se desarrolla de manera reglamentada o desorganizada, superándose la definición antigua que limitaba únicamente el deporte al ejercicio físico realizado por el ser humano. Por ello, considero que el concepto de deporte ha evolucionado de la mano del desarrollo de la actividad física en general, viviendo el proceso originarse en actividades físicas de los antiguos habitantes para su supervivencia, pasando por la etapa de la recreación, el juego y desembocar este en una actividad física reglamentada, ordenada, registrada y de competencia. Por su parte JOVER RUIZ,⁴ citando a varios autores, establece que el origen del vocablo deporte, es de origen francés, y señala textualmente:

“la acepción actual del término deporte, es tributaria a una evolución que tiene su origen en el término francés *provenzal desport*, que se estableció como oposición lingüística a *solatz*. Designaba la primera voz los entretenimientos bajo techado (las justas poéticas, los juegos de ingenio) y la segunda, los ejercicios corporales al aire libre. Se relacionaba *desport* con la =diversión, recreación, pasatiempo o divertimento=, y señalaba aquello que se situaba fuera de lo ordinario, de lo mundano, de lo =serio=. Posteriormente pasa a ser *disport*, que en su forma reducida deviene en *sport*. La palabra *sports* (plural) se aplicó por primera vez a las competiciones deportivas en el siglo XVI.

⁴ JOVER RUIZ, Ramiro, *Antecedentes del deporte y el olimpismo en la obra de Homero*, Cubillas, España, p. 36.

En la lengua española ocurrió de forma muy semejante, pero partiendo de la voz castellana *depuerto*, la cual, probablemente por influencias de la provenzal *desport*, da lugar a deporte.”

La palabra deporte, tomando en consideración lo señalado anteriormente, se debe considerar simple y llanamente como actividad física y diversión. En la actualidad el deporte es considerado como competencia, reglamentación, asocianismo y marcas deportivas.

El barón Pierre DE COUBERTIN, citado por AGIRREAZKUENAGA,⁵ y quien rescató a finales del siglo XIX el desarrollo de los Juegos Olímpicos, como un homenaje a la cultura griega y como un fenómeno social de hermandad y de unión de los pueblos del mundo, expresó que el deporte es: “Un culto voluntario y habitual del ejercicio muscular intensivo apoyado en el deseo de progreso y que puede llegar hasta el riesgo”. Consideraba que el deporte era el trabajo físico del hombre con su cuerpo.

El autor mexicano ALBOR SALCEDO,⁶ por su parte, encuentra el deporte en la expresión *de-portu*, que originalmente significaba: “estar de puerto, o de ocio, o de juego y ejercicio, de alegría y pasatiempo (...) dedicar su tiempo libre a los juegos del puerto”. La anterior definición es un ejemplo de la variación que tiene la palabra deporte, al considerarse la actividad que realice el ser humano como ocio, juego, consumiendo tiempo y ejercicio, simplemente dedicar el tiempo a jugar.

Una definición del deporte moderna es la ofrecida por el autor español CAZORLA PRIETO,⁷ quien lo define como:

“una actividad humana, predominantemente física, que se practica aislada y colectivamente y en cuya realización pueden encontrarse autosatisfacción o un medio para alcanzar otras aspiraciones (...) Es el deporte un fenómeno de primera magnitud en la sociedad contemporánea que origina importantes consecuencias no solo sociales, sino también políticas y económicas”.

⁵ AGIRREAZKUENAGA, Iñaki, *Intervención pública en el deporte*, Civitas, España, 1998, p. 36.

⁶ ALBOR SALCEDO, Mariano, *Deporte y Derecho*, Trillas, México, 1989, p. 133.

⁷ CAZORLA PRIETO, Luis María, Et al, *Derecho del deporte*, Tecnos, Madrid, 1992, p. 32.

Esta definición reconoce el trabajo físico del hombre, desarrollado en conjunto o individual. En fin, el deporte se podrá practicar por diversos motivos u objetivos, que bien podrán ser la mejora de la salud, alcanzar metas personales, generar riquezas económicas, lograr marcas deportivas, imponer records nacionales e internacionales, entre otras. Estos motivos y objetivos de practicar deportes se han modificado con el paso del tiempo y de diversos factores extrínsecos del deporte mismo, y en la actualidad llevan un dinámica distinta a como se practicaba en la Antigüedad.

Otra definición es la que ofrece REAL FERRER,⁸ señalando que “son deporte aquellas actividades físicas institucionalizadas que supongan una superflua confrontación o competición, consigo mismo o con un elemento externo”. Esta definición habla de un aspecto muy modernista, como lo es la institucionalización del deporte, con esto el deporte ya se considera una actividad organizada en su desarrollo, la cual se ejecuta a través de organismos tanto del sector público y privado. Los organismos deportivos nacionales e internacionales no son dueños o propietarios propiamente de los deportes, sino ellos son rectores de sus torneos y competencias, que se vuelven atractivas por los registros y marcas que se presentan en los mismos eventos.

En México la LGCFD, en su artículo 5 fracción V define al deporte como la “actividad física, organizada, reglamentada, que tiene por finalidad preservar y mejorar las salud física y mental, el desarrollo social, ético e intelectual con el logro de resultados en competiciones”. Los elementos contemplados en la Ley, son muy idénticos a los considerados en la definición de cultura física si consideramos que la definición de deporte lo considera una actividad física pero, a diferencia de la cultura física, este debe de ser organizada por un ente público o privado. Respecto a lo reglamentado, el deporte (individual o de conjunto) debe de tener reglas para su ejecución, aseguradas por los organismos reguladores de cada disciplina deportiva, que disponen de reglamentos para la ejecución correcta de su disciplina y de competencia, reglamentos que son necesarios para alcanzar el último elemento señalado en la LGCFD, el logro de resultados en competiciones.

En fin, el deporte se asimila a la cultura física, pero tiene como diferencia que esa actividad física (deportiva) que realiza el hombre a diferencia de la cultura física que se practica por diversión o recreación, se debe de

⁸ REAL FERRER, Gabriel, *Derecho público del deporte*, Civitas, Alicante, 1991, p. 96.

ejecutar de manera reglamentada, organizada, alcanzando marcas y registrando resultados.

III. Cultura física y deporte en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM)

La cultura física y el deporte en la CPEUM no es un tema nuevo, si bien en el inicio de su vigencia no se contemplaban propiamente en su texto, sino que fue hasta varias décadas después que el Congreso de la Unión legisló, para otorgarse facultades de legislar en materia deportiva, como un medio de integración social en el sistema penitenciario y como parte de la forma legal del Distrito Federal. Fue hasta el 12 de octubre del 2011, en que se publicó en el Diario Oficial de la Federación una reforma a la CPEUM en el cual se modifica el artículo 4º, señalando en su décimo, al considerar la cultura física y el deporte como un derecho, señalándose textualmente: “Toda persona tiene derecho a la cultura física y a la práctica del deporte. Corresponde al Estado su promoción, fomento y estímulo conforme a las leyes en la materia”.⁹

De esta manera con el artículo 4º, se considera la cultura física y el deporte como derechos fundamentales de la población mexicana, artículo que se encuentra en la parte dogmática de las garantías individuales. Además el Estado tiene la obligación de la promoción, fomento y estímulo de acuerdo a las leyes. En este sentido la LGCFD, contempla que el deporte es desarrollado por los sectores público y privado, además de reconocer la actividad de los organismos deportivos tales como la Comisión Nacional de Cultura Física y Deporte (CONADE), el Comité Olímpico Mexicano y la Confederación Deportiva Mexicana.

En la reforma en la que se adicionó el último párrafo del 4º constitucional, que consideró como derechos humanos de toda persona la cultura física y el deporte, no definió tales conceptos, permitiendo que otras actividades físicas se asimilaran a estos conceptos (como, por ejemplo, el ocio, la recreación, la educación física, la activación física, entre otras), siendo

⁹ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Diario Oficial de la Federación, 10 de julio de 2015.

doctrinariamente cosas muy diferentes, motivo por el cual no deben de englobarse en la primera hipótesis del artículo 4º constitucional. También ha quedado fuera en este artículo, el señalamiento de alguna estructura administrativa, facultad económica o criterio de la política deportiva.

Hasta el día de hoy el máximo tribunal del país no se ha pronunciado formalmente en el alcance que tiene respecto a la cultura física y el deporte el artículo 4 de la CPEUM. El único antecedente del que se tiene conocimiento es que dentro del Juicio de Amparo Directo en materia Administrativa 178/2015 radicado en el Segundo Tribunal Colegiado en materia administrativa del Décimo Sexto Circuito, promovido por un ciudadano mayor de edad y en ejercicio de la patria potestad que ejerce sobre sus dos menores hijos en contra a de una sentencia definitiva dictada por el Magistrado de la Primera Sala del Tribunal Contencioso Administrativo del Estado de Guanajuato, en la cual declaró esta última autoridad la nulidad total del oficio número PMM/291/2014, de fecha 7 de julio del año 2014, emitido por el Presidente Municipal de Moroleón, Guanajuato; y señala que No ha lugar a reconocer el derecho de la parte actora, en términos precisados de la sentencia. En el escrito presentado ante la autoridad municipal la parte actora solicitó que el Gobierno Municipal pagará el servicio de escuela privada de natación a los menores, en virtud de que de acuerdo a la Unidad de Acceso a la Información Pública del Municipio de Moroleón, no presta el servicio de alberca, mucho menos de clases de natación.

Ante la negativa municipal, los afectados iniciaron el proceso ante el Tribunal Contencioso Administrativo, quien reconoció la mala fundamentación de la autoridad municipal pero no reconoció el derecho a la cultura física y al deporte de los menores al señalar que el Gobierno no puede destinar recursos al pago de necesidades individuales. Promovido el juicio de Amparo Directo en cita, la parte actora, solicitó al Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (en adelante SCJN) que ejerciera la facultad de atracción sobre el asunto al considerarse un tema de interés y trascendencia jurídica, ante la falta de pronunciamiento del tema deportivo por parte del máximo tribunal del país. Precisamente en el caso del 11 de junio del año 2015, el Ministro Alberto PÉREZ DAYÁN, Presidente de la Segunda Sala de la SCJN, rechazó la petición para ejercer la facultad de atracción, situación que dejó al gobernado desprotegido y solo esperando con suerte que la autoridad le interese el tema o por casualidad sepa que existe un juicio con determinadas características en provincia.

Ante esta negativa de la SCJN, se continuó el trámite ante el Segundo Tribunal Colegiado en materia administrativa del Décimo Sexto Circuito, en sesión del 17 de agosto del año 2015, quien dictó resolución que se

convierte en la única en el tema deportivo emitida por un Tribunal Colegiado de Circuito. En su resolución el Tribunal dicto No ha lugar de reconocer el derecho de la parte actora, en su Considerando Quinto, reconociendo el derecho al deporte, señalando:

“(...) Efectivamente el Estado Mexicano reconoció el derecho a la cultura física y al deporte como un derecho fundamental que implica para los particulares que se les garantice la posibilidad de desarrollar sus capacidades a través de la activación física, la recreación y el deporte, derecho que conlleva la correlativa obligación del Estado de proporcionar los medios para que esto sea posible (...) la obligación del Estado se traduce en la responsabilidad de proveer los elementos suficientes para ejercer ese derecho, lo que se hace a través de la instrumentación de políticas públicas, establecimiento de programas, destino de recursos humanos, financieros y materiales, y en general todo aquello que haga posible que los gobernados practiquen actividades físicas o deportivas, su promoción, fomento o estímulo.”

Sin embargo, el Tribunal Colegiado de Circuito no otorgó el amparo, al señalar en la misma sentencia:

“(...) no implica la obligación del Estado de procurar que cada individuo en particular desarrolle las actividades deportivas que prefiera y bajo las modalidades que le parezcan más convenientes. La obligación es genérica: destinar recursos de toda índole para lograr como beneficio social o colectivo la posibilidad de que se lleve a cabo la práctica, promoción y fomento de la actividad física y deportiva; pero no significa que cuando –como en el caso- un gobernado decida practicar un determinado deporte de manera privada y bajo ciertas circunstancias, el Estado deba destinar recursos públicos a satisfacer ese interés personal (...) el analizado derecho fundamental no tiene el alcance de garantizar a los gobernados la práctica de las actividades deportivas en forma particularizada y bajo las modalidades que sean de su preferencia, atendiendo a sus necesidades y exigencias específicas (...)”

Con lo expuesto por este Tribunal Colegiado de Circuito se desprende que el Estado mexicano no tiene obligación de cubrir las necesidades individuales de los gobernados de manera individual, reconoce la obligación del Estado de dotar los medios para que la población practique actividades deportivas, sin embargo, tampoco señala cual es el medio en que el Estado lo deba proporcionar. No señaló ningún alcance del artículo 4º constitucional al hacer precisiones subjetivas.

Por lo que considero que el derecho fundamental a la cultura física y a la práctica del deporte, es una obligación que tiene el Estado mexicano con todo ciudadano, no debe ser algo sujeto a criterios o requisitos, por lo que cualquier órgano en los tres niveles de Gobierno, están constreñidos a velar porque la población tenga asegurada su acceso a la cultura física y el deporte, y si es el caso que cualquier autoridad ponga como pretexto legal, el cumplimiento de algún requisito especial para poder otorgar este derecho humano es violatorio de derechos humanos. Situación que crece, cuando esta violación se realiza en combinación con otros derechos, como bien pudieran ser los derechos de los niños, cuando a estos se les niegue el acceso a la cultura física y deporte.

En su segundo supuesto, el artículo 4º constitucional, confirma que el Estado mexicano tiene la obligación de su promoción, fomento y estímulo conforme a las leyes. Ello significa que la obligación de promocionar, fomentar y estimular el deporte corresponde al Estado y no a los particulares, de acuerdo a las obligaciones emanadas de sus diversas leyes. Por lo que no se debe en ningún momento pensar o limitar que los Gobiernos solo tienen la obligación de la promoción, fomento y estímulo conforme a las leyes en la materia, sino que en realidad su intervención va mucho más allá, además de estas actividades debe vigilar en todo momento que todo ciudadano tenga garantizado el acceso a la cultura física y al deporte, derechos humanos tan importante como cualquier otro.

Por otra parte, en la reforma constitucional que se llevó a cabo el 10 de junio del año 2011, que modifica la denominación del Capítulo I del Título Primero, reformó diversos artículos de la CPEUM, entre ellos el artículo 18 que señala literalmente:

“El sistema penitenciario se organizará sobre la base del respeto a los derechos humanos, del trabajo, la capacitación para el mismo, la educación, la salud y el deporte como medios para lograr la reinserción del sentenciado a la sociedad y procurar que no vuelva a delinquir, observando los beneficios que para él prevé la ley. Las mujeres compurgarán sus penas en lugares separados de los destinados a los hombres para tal efecto”.

El artículo 18 constitucional contempla que la base del sistema penitenciario en el país debe de ser el respeto de los derechos humanos, el respeto al trabajo y la capacitación laboral de los internos, sin olvidar la educación, la salud y el deporte, este último en un eje transversal con el tema de la educación y la salud.

Esta importancia del deporte en el sistema penitenciario mexicano, ha sido considerada por la SCJN en la tesis jurisprudencial con número de Registro 2005105 que al rubro cita:

“REINSERCIÓN DEL SENTENCIADO A LA SOCIEDAD. SU ALCANCE CONFORME AL ARTÍCULO 18 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS¹⁰

Con la reforma al indicado precepto, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 18 de junio de 2008, se sustituyó el término “readaptación social” por el de “reinserción del sentenciado a la sociedad” el cual, a diferencia del primero, reconoce a la delincuencia como un problema social y no individual, de forma que el fin de la prisión cambia radicalmente, pues ya no se intentará readaptar sino regresar al sujeto a la vida en sociedad, a través de diversos medios que fungen como herramienta y motor de transformación, tanto del entorno como del hombre privado de su libertad. Así, en tanto se asume que quien comete un acto delictivo se aparta de la sociedad porque no se encuentra integrado a ella, para su reinserción se prevé un conjunto de actividades y programas que se diseñan y aplican para permitir a las personas condenadas a pena privativa de la libertad en los establecimientos de reclusión su regreso a la sociedad, cuestión que, como reconoce la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en su artículo 18, no es posible sin una instrucción previa, creadora o revitalizadora de habilidades y hábitos laborales, así como la atención de la salud, la educación y el deporte.”

El tercer artículo constitucional que cita el tema del deporte en la CPEUM es el artículo 73, que regula las facultades que tiene el Congreso de la Unión. En 1990 se promulgó la primera ley federal en materia de deporte, la Ley de Estímulo y Fomento del Deporte. Sin embargo fue declarada inconstitucional toda vez que en ese año el Congreso aún no tenía la facultad expresa para legislar en materia de deporte. Fue hasta la publicación del Diario Oficial de la Federación del día 28 de junio de 1999, cuando se adicionó la fracción XXIX-J a la CPEUM que decía textualmente: “Para

¹⁰ REINSERCIÓN DEL SENTENCIADO A LA SOCIEDAD. SU ALCANCE CONFORME AL ARTÍCULO 18 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, décima época, registro 2005105, Pleno, Jurisprudencia, Semanario judicial de la Federación, Diciembre de 2013, Tomo I, P./J. 31/2013 (10a.).

legislar en materia de deporte, estableciendo las bases generales de coordinación de la facultad concurrente entre la Federación, los estados, el Distrito Federal y municipios; asimismo de la participación de los sectores social y privado”.

De este último artículo, señala las facultades que tiene el Congreso de la Unión (nombre que se le da en su conjunto a la Cámara de Diputados y a la Cámara de Senadores), y de acuerdo a la fracción XXIX en su inciso J, indica que tiene facultad para legislar en materia deportiva, coordinando las facultades entre los 3 niveles de gobierno, con la respectiva participación del sector público y privado, esto se cumple, tal como lo señala la ley en la materia. Con esto se permitió al Congreso para legislar en materia deportiva y trajo como consecuencia la publicación de las diversas leyes federales en materia del deporte que se han publicado.

La reforma constitucional trajo consigo no solamente la adición del último párrafo del artículo 4º constitucional, sino también la reforma del artículo 73 de la Constitución que señala las facultades que tiene el Congreso de la Unión, en su fracción XXIX–J, que dice actualmente en la CPEUM: “Para legislar en materia de cultura física y deporte con objeto de cumplir lo previsto en el artículo 4o. de esta Constitución, estableciendo la concurrencia entre la Federación, los Estados, el Distrito Federal y los municipios; así como de la participación de los sectores social y privado”.

Con esta nueva fracción se ampliaron las facultades del Congreso de la Unión permitiéndole legislar ahora también en temas de cultura física y deporte, así como establecer concurrencia entre los tres niveles de gobierno y la participación de los sectores públicos y privados en el deporte, hecho que ya sucedió con la última LGCFD.

Esta reforma se hizo en el mismo Decreto que adicionó el último párrafo del 4º constitucional, y que en su artículo segundo transitorio la CPEUM señala que “en el plazo de un año, a partir de la publicación del presente Decreto, el Congreso de la Unión expedirá la legislación general reglamentaria del artículo cuarto constitucional en materia de cultura física y deporte”. De hecho ello se llevó a cabo con la actual LGCFD que fue publicada en el DOF el día 7 de junio del año 2013.

El último artículo de la CPEUM que se refiere al deporte es el 122, que señala el régimen jurídico que tiene el Distrito Federal. Por su naturaleza de carácter federal a comparación de los restantes estados de la República, su gobierno está a cargo de los Poderes Federales y de los órganos Ejecutivo, Legislativo y Judicial de carácter local, en los términos de este artículo. Las autoridades a nivel local del Distrito Federal, son la Asamblea

Legislativa (Órgano Legislativo), el Jefe de Gobierno del Distrito Federal (Órgano Ejecutivo) y el Tribunal Superior de Justicia (Órgano Judicial). La Asamblea Legislativa del Distrito Federal se integra con 66 diputados electos según los principios de mayoría relativa (40) y de representación proporcional (26).

La distribución de competencias entre los Poderes de la Unión y las autoridades locales del Distrito Federal se sujeta a el Estatuto de Gobierno del Distrito Federal, y que de acuerdo a la Base Primera, fracción V, se refiere a la Asamblea Legislativa, y tiene en sus facultades de acuerdo al inciso I), cita la CPEUM literalmente: "Expedir normas sobre fomento económico y protección al empleo; desarrollo agropecuario; establecimientos mercantiles; protección de animales; espectáculos públicos; fomento cultural cívico y deportivo; y función social educativa en los términos de la fracción VIII, del artículo 3o. de esta Constitución".

En este sentido y dando cumplimiento a los dispuesto en la Constitución es por lo que se publicó en la Gaceta Oficial del Distrito Federal el viernes 4 de enero de 2008, la Ley de Educación Física y Deporte del Distrito Federal.

IV. Conclusiones

A manera de conclusiones puedo señalar que ha sido un avance importante en la historia del deporte y del Derecho en nuestro país, que se haya integrado el tema de la cultura física y el deporte en la CPEUM, más como derechos fundamentales para todas las personas. Sin embargo, ante la ausencia de definiciones concretas sobre ambos conceptos (cultura física y deporte) es necesario que el máximo tribunal de justicia del país se pronuncie señalando cual es el alcance que tiene el décimo párrafo del artículo 4° constitucional y explique cuáles son los derechos y obligaciones de las personas y gobierno en materia de cultura física y deporte.

Deberá seguirse el enfoque que le da al deporte y a la cultura física el Poder Legislativo en la CPEUM, siendo piedras angulares del deporte y la cultura física que se desea desarrollar. Mientras sea más limitado el contenido constitucional será más limitado el crecimiento deportivo y físico de la nación.

Debe advertirse que la tradición deportiva que tiene nuestro país no se ha reflejado en la legislación, la doctrina y la jurisprudencia en materia deportiva, existiendo un mayor tratamiento de estos temas en la Constituciones latinoamericanas en comparación con la CPEUM.

V. Fuentes bibliográficas

Obras generales

AGUIRREAZKUENAGA, Iñaki, *Intervención pública en el deporte*, Civitas, España, 1998.

ALBOR SALCEDO, Mariano, *Deporte y derecho*, Trillas. México, 1989.

CAZORLA PRIETO, Luis María, et al, *Derecho del deporte*, Tecnos, España, 1992.

JOVER RUIZ, Ramiro, *Antecedentes del deporte y el olimpismo en la obra de Homero*, Cubillas, España

MORALES DEL MORAL, Antonio y GUZMAN ORDOÑEZ, Manuel, *Diccionario temático de los deportes*, Arguval, España, 2000.

PAIDOTRIBO, *Diccionario Paidotribo de la actividad física y el deporte*, Paidotribo, España, 2008.

REAL FERRER, Gabriel, *Derecho público del deporte*, Civitas, España, 1991.

Normas jurídicas nacionales

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Diario Oficial de la Federación 10 de julio de 2015.

Ley General de Cultura Física y Deporte, Diario Oficial de la Federación, 07 de junio de 2013.

Documentos

REINSERCIÓN DEL SENTENCIADO A LA SOCIEDAD. SU ALCANCE CONFORME AL ARTÍCULO 18 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, décima época, registro 2005105, Pleno, Jurisprudencia, Semanario judicial de la Federación, Diciembre de 2013, Tomo I, P./J. 31/2013 (10a.)

O direito ao desporto como direito fundamental nos países de língua portuguesa

DRA. MARIA JOSÉ CARVALHO*

DR. VILDE DE MENEZES**

DR. GUSTAVO PAIPE***

Sumario

- I. Desporto e Direito e direito ao desporto
- II. O Direito do desporto como fator de desenvolvimento do desporto
- III. O desporto nos textos constitucionais enquanto direito fundamental
 - III.1. O desporto na Constituição da República Portuguesa
 - III.2. O desporto nos textos constitucionais de outros países de língua portuguesa
- IV. Notas conclusivas
- V. Referências bibliográficas

* Docente na Faculdade de Desporto da Universidade do Porto (FADEUP). Membro efetivo do Centro de Investigação, Formação, Inovação e Intervenção em Desporto (CIF2D). Diretora do Mestrado em Gestão Desportiva da FADEUP. Membro do Conselho de Disciplina da Federação Portuguesa de Futebol. Miembro del Grupo de Investigación sobre Derecho del Deporte, Universidad de Oriente, Santiago de Cuba. Investigadora de la Red Iberoamericana de Investigadores en Derecho y Gestión del Deporte (reconocida y patrocinada por la Asociación Universitaria Iberoamericana de Posgrado, AUIP, Salamanca, España). mjc@fade.up.pt

** Professor Adjunto da Universidade Federal de Pernambuco (UFPE)-Brasil. Coordenador do Laboratório em Gestão do Esporte e Políticas Públicas.

*** Assistente Universitário na Universidade Pedagógica de Moçambique. Doutorada pela Faculdade de Desporto da Universidade do Porto (FADEUP). Miembro del Grupo de Investigación sobre Derecho del Deporte, Universidad de Oriente, Santiago de Cuba. Investigador de la Red Iberoamericana de Investigadores en Derecho y Gestión del Deporte (reconocida y patrocinada por la Asociación Universitaria Iberoamericana de Posgrado, AUIP, Salamanca, España). gustavopaipe@gmail.com

I. Desporto e Direito e direito ao desporto

Se é compreensível que em meados do século XIX se assistiu a uma organização desportiva despida de complexidade, mediatização e comercialização, cujas estruturas associativas locais começavam a sua edificação e organização, não menos verdade é que já se descortinavam os fundamentos da ordem jurídica a conformar esta realidade social. Efetivamente, começaram a existir e a crescer os primeiros clubes desportivos e federações desportivas¹ e respetivos praticantes, ou seja um grupo de sujeitos de direito, adstritos a determinadas regras reguladoras da modalidade desportiva. A mediar e a ajuizar as condutas dos praticantes existia o árbitro/juiz em primeira instância e os órgãos federativos com atribuições para imporem sanções aos que não se conformassem com a ordem estabelecida. Como é sabido, a génese do desporto² moderno tem o seu berço em Inglaterra e está associada à afirmação do capitalismo industrial do século XIX. A influência de Thomas ARNOLD na moralização e regulamentação das atividades desportivas nos colégios ingleses, a história das classes sociais inglesas (a aristocracia e os seus clubes por um lado e por outro a *gentry*, classe de operários industriais) na assunção do desporto, as lutas religiosas e políticas, a cultura Vitoriana e a afirmação do império

¹ Aparecem assim, em meados e fins do século XIX, importantes organizações desportivas privadas com destaque para a criação da primeira federação inglesa, a *Football Association* em 1863 e em Portugal também para a primeira federação nacional, a União Velocipédica Portuguesa, em 1899. Não é pois de estranhar que nos finais de 1880 o futebol tenha emergido em Inglaterra como um espetáculo comercial jogado por atletas profissionais num quadro competitivo regular (GARDINER *et al*, 1998).

² Ao longo dos tempos muitos autores têm discorrido acerca do conceito de desporto e da sua evolução histórica. Por uma questão de clareza e internacionalização, decidimos adotar a definição de desporto ínsita na Carta Europeia de Desporto, elaborada na 7ª Conferência dos Ministros europeus responsáveis pelo Desporto, reunidos nos dias 14 e 15 de Maio de 1992 em Rhodes, cuja redação resulta do seu artigo 2.º, n.º 1, al. a), nos seguintes termos:

Entende-se por "desporto" todas as formas de atividades físicas que, através de uma participação organizada ou não, têm por objectivo a expressão ou o melhoramento da condição física e psíquica, o desenvolvimento das relações sociais ou a obtenção de resultados na competição a todos os níveis.

colonial contribuíram fortemente para a institucionalização do desporto moderno.³

A partir de então, como CAILLAT (1996, p. 19) afirma, o desporto segue o comércio, desenvolve-se na sua pátria, a Inglaterra, e exporta-se como as outras mercadorias à medida que se instala o modo de produção capitalista. O desporto mundializa-se, primeiro a imprensa escrita (*Gazzetta dello Sport* em 1860 e *L'equipe* em 1915) e a rádio (anos 20 do Séc. XX), depois as primeiras filmagens e a televisão (transmissão em 1964 dos Jogos Olímpicos de Tóquio) associadas à explosão das marcas comerciais do pós-guerra constroem o triângulo mágico: desporto-empresas-média. Com mais pujança do que outrora o Direito medra no campo desportivo, fertilizado por todas as necessidades de maior controlo, segurança e fiscalização da atividade dos diferentes operadores e organizações desportivas, assim como pela crescente intervenção dos Estados na sua regulamentação.

Se é verdade e corrente afirmar-se que ao Direito interessam tanto os atos banais como os mais complexos da vida social, como sejam a compra de um simples ramo de flores ou de uma gravata, passando pelo contrato de casamento ou pela partilha de bens numa sucessão familiar, não menos é reconhecido e aceite o seu empenho no quotidiano do pulsar do desporto, respeitante tanto às organizações como aos agentes desportivos que lhe dão existência, às suas relações e conflitos.

Sendo certo que o Direito e o desporto são realidades multiseculares complexas e autónomas, com percursos próprios e em permanente transformação e renovação, é igualmente válido afirmar que a determinado momento histórico intensificaram a sua relação e entrecruzaram os seus saberes e atuações. É sabido que já no tempo da civilização grega o faziam como, por exemplo, bem expressaram os regulamentos nos Jogos Olímpicos ao estabelecerem que só os atletas sem mácula moral deviam ser admitidos.⁴ Na verdade, os preditos Jogos constituíram-se como das primeiras manifestações desportivas institucionalizadas e regulamentadas e,

³ Esta é a tese defendida por muitos autores e designadamente por DEFRANCE, Jacques, *Sociologie du sport*, Éditions La Decouverte, Paris, 1995, p. 11.

⁴ Cfr. "O Desporto e as Estruturas Sociais", Edições Universitárias Lusófonas, 1999, p. 42.

curiosamente, enquanto duravam os jogos nacionais, os tribunais folgavam e adiavam-se execuções capitais.⁵

Porém, é no século XX que a relação em causa assume traços de grande intimidade, sendo uma realidade intrincada e inseparável no século XXI. Contribuem para esta constatação, naturalmente, o estado de desenvolvimento do desporto e as suas especiais exigências de organização. Se quisermos ser mais corretos e abrangentes na análise, contribuirá para a relação de proximidade e de interpenetração referida, o estado de evolução e de transformação que caracteriza as sociedades hodiernas, já que o desporto é simultaneamente, um facto social total reflexo da sua sociedade, e um produto gerador e integrador essa mesma evolução e transformação, assim como o Direito, primando este por ser um espaço regularizador para que haja harmonia, paz e bem comum em tais realizações.

Efetivamente, o domínio do Direito compreende a vida social do homem, a sua função ordenadora abrange todos os domínios sociais, toda a atividade humana que tenha ou possa ter implicações no seu “envolvimento social”. Poderia o desporto escapar a esta função ordenadora do Direito? Poderia o desporto, uma das atividades sociais de maior pujança na atualidade dispensar um dos motores para o seu desenvolvimento? Poderá haver uma política desportiva sem uma firme e coerente política legislativa para o desporto?⁶

Inexoravelmente, nos dias de hoje, é impensável vislumbrar o fenómeno desportivo sem nele descortinarmos, explícita e implicitamente, a sua ordenação e regulamentação, ou seja a previsão de padrões de conduta, a definição de direitos e deveres, a fixação de responsabilidades que visam estabelecer a convivência sócio desportiva e evitar ou reduzir os conflitos sociais.

Contudo, facilmente se percebe que o direito ao desporto foi um direito tardio e que não acompanhou os restantes direitos cívicos e políticos.

⁵ BONNARD, A., *A Civilização Grega*, Edições 70, 1980, p. 20.

⁶ CARVALHO, M. J., RESENDE, C., CIRAC, M., e COSTA, J., “Desporto, política e direito: Do passado e da atualidade. Enfoque nas autarquias locais”, em BENTO, J. e CONSTANTINO, J. (Eds.), *Desporto e Municípios: Políticas, práticas e programas*, Visão e Contextos, Edições e Representações, Lisboa, 2012, pp. 39-71.

II. O Direito do desporto como fator de desenvolvimento do desporto

Quem vive, estuda e observa o desporto constata que este não pode existir nem se desenvolver sem o Direito. Tal convicção é bem firmada na atualidade pois,

“desde logo por razões de ordem intrínseca, a prática desportiva é uma atividade de intra-regulação quanto ao objeto da ação, aos locais onde se exerce e aos agentes que o protagonizam. Depois, de acordo com o seu grau de institucionalização e ditado por razões que se prendem fundamentalmente com a determinação da igualdade na competição, surge como um espaço de auto-regulação das modalidades desportivas encabeçado pelas instituições nacionais e internacionais que a superintendam. Finalmente e saindo do domínio privado encontramos um espaço de hetero-regulação do desporto por parte das entidades públicas, seja dos ordenamentos jurídicos dos respetivos Estados, seja no caso da União Europeia do ordenamento jurídico das comunidades europeias. Desta forma, num exercício meramente didático, podemos dizer que do jogo da petanca ao futebol encontramos um espaço de intra-regulação relativo às regras específicas destes jogos, com componentes técnicas, espaciais e humanas, um espaço de auto-regulação quanto à organização, disciplina e arbitragem das competições e funcionamento institucional de cada modalidade e deparamos simultaneamente com um espaço de hetero-regulação, ditado pelos poderes públicos, por exemplo, nos domínios da segurança, do dopagem ou da tributação aplicável ao desporto. Com base nestes níveis e ordenação desportiva, os atletas e as equipas conseguem comunicar, interrelacionar-se e serem compreendidos por espectadores diferenciados de qualquer parte do mundo, sem necessidade de intérpretes ou mediadores a não ser os árbitros ou juizes próprios das modalidades desportivas. Na verdade, o desporto moderno com os seus próprios signos e símbolos, tal como o esperanto, é uma linguagem universal”.⁷

⁷ Já tínhamos expressado tais entendimentos em CARVALHO *et al*, *op. cit.*, p. 61.

Mais, atrevemo-nos a asseverar como o faz Edward GRAYSON: “*For without the rule of law in society anarchy reigns. Without the rule of law in sport chaos exists*”.⁸

É legítimo, por conseguinte, questionar se o Direito do desporto, pode ou não ser um instrumento de política desportiva para contribuir e potenciar o desenvolvimento do desporto. Ou, por outras palavras, indagar se o Direito do desporto se configura, ou não, como um dos seus fatores de desenvolvimento⁹. Na esteira do assinalado por Gustavo PIRES:

“ (...) os factores de desenvolvimento do desporto são operadores de mudança e de progresso que têm por objeto promover o desenvolvimento do desporto. Para desencadear um processo de desenvolvimento, tendo em atenção a realidade em causa os objetivos a atingir deve ser utilizado um número apropriado de fatores de desenvolvimento desportivo”.¹⁰

Assim, este autor apresenta 12 fatores de desenvolvimento: Gestão; Orgânica; Recursos humanos; Marketing; Documentação; Informação; Apetrechamento; Instalações; Formação; Economia e Finanças; Atividades; Normativo, sendo que este último é o “conjunto das normas mais ou menos formais e das leis que enquadram, regulamentam e configuram o sistema desportivo”.

Para além deste recorte doutrinário, importa recolher alguns indicadores que a própria legislação contempla para melhor respondermos às inquietações acima expostas. Parece resultar claro que, da leitura da Lei de Bases da Actividade Física e do Desporto, o desenvolvimento desportivo

“passa pela generalização da atividade física e do desporto, pela universalidade no acesso às respetivas práticas, de forma integrada,

⁸ Edward GRAYSON, *cit.* GREENFIELD, Steve e OSBORN, Guy (Eds.), *The Historical Development of Sport and Law, In Law and Sport in Contemporary Society*, Franc Cass Publishers, London, 2000.

⁹ A designação de desenvolvimento do desporto está bem presente em várias das asserções da Lei de Bases da Atividade Física e do Desporto, desde o domínio das políticas públicas, às instalações desportivas, ao voluntariado, às federações desportivas ou aos contratos de desenvolvimento desporto, entre outros. *Vid.* os artigos 1.º; 4.º, n.º 1; 5.º, n.ºs 1 e 2; 7.º; 10.º; 14.º; 15.º; 19.º; 27.º; 28.º; 38.º; 46.º; 47.º.

¹⁰ PIRES, Gustavo, *Agôn: Gestão do Desporto*, Porto Editora, Porto, 2007, pp. 222-224.

coordenada e territorialmente contínua, sendo as políticas públicas decisivas a todos os níveis – central, regional e local –, mas concretizadas em colaboração com entidades privadas e outras entidades públicas, visando a melhoria da condição física, da qualidade de vida e da saúde dos cidadãos, bem como o alcançar de outros patamares ao nível da prática desportiva regular e de alto rendimento”.

Tudo isto, olhando presencialmente os enunciados fatores de desenvolvimento desportivo (instalações desportivas, espaços naturais de recreio e desporto, associativismo desportivo, hábitos desportivos, condição física das pessoas e enquadramento humano, incluindo a identificação da participação em função do género) e apostando na investigação científica desses fatores, sem contudo se fazer alusão a qualquer instrumento de planeamento.

Não podemos estar mais de acordo com o afirmado por Edgar TABORDA LOPES:

“Ninguém nasce ensinado e o Direito começa quase sempre por ser empolgante, quando verificamos que tudo faz sentido, que as normas encaixam, que o humano está sempre presente na interpretação, que é possível fazer muitas coisas com as normas e os princípios, que as evoluções e as revoluções, ao longo da História, foram feitas com ele. Mas depois vem a realidade, a desilusão com as injustiças e as prepotências, os desencantos com o que à sua luz é feito, as tais “feridas oficinais” (...). Por fim, (ou não) vem o realismo, fazer cada um, dentro da área de influência que foi conquistando, o melhor que puder para que o empolgamento não decresça ao nível da descrença, para que as feridas não sejam mortais. Saber, experiência, abertura a novos autores e ao seu contribuinte, às suas ideias, geram um confronto entre o que temos como certo e o que de novo nos surge, desafiando-nos e permitindo sempre melhorar o que fazemos.”¹¹

É precisamente o que sentimos quando nos deparamos com o estudo do Direito e do Direito do desporto, pois possibilita-nos a aquisição de outra visão do mundo, da sua organização, da sua política, dos seus meandros

¹¹ TABORDA LOPES, Edgar, “Desvendar, Iluminar, Desafiar”, em *Desvendar o Direito. Iniciação ao saber jurídico*, Quid Juris, 2014, pp. 249-253.

jurídicos, dos comandos, das justiças e injustiças de tantas situações. Desta forma o Direito do desporto afirma-se como meio de catapultar o desporto para níveis de melhor organização nas suas múltiplas dimensões, de promover a sua prática e participação acessível a todos, assim como para contribuir para o elevar para desempenhos de excelência. Para além do mais, entendendo o Direito apenas como um dos muitos instrumentos desenvolvidos pelos seres humanos para que aconteça a vida humana da melhor maneira possível, ou seja, em coesão social, e, naturalmente, o Direito do desporto persegue igualmente tal desiderato.

De facto a ordenação e regulação da atividade desportiva é um serviço cabal do direito, ao ponto de podermos mesmo afirmar que o desporto é em parte uma criação do direito.¹² Efetivamente, não podemos ocultar na matriz do binómio direito e desporto, a ideia que os dois espaços embora reciprocamente autonomizados (quanto aos seus princípios, instituições e personagens) são parte integrante um do outro, o direito porque abraçou o desporto para o ordenar, o desporto porque, sem um dos seus elementos intrínsecos a normatização, não poderá ser considerado como tal. Tal como GREENFIELD e OSBORN sublinham esta relação íntima não é apenas visível em áreas tradicionais como a dos contratos, mas transversalmente num espectro que abrange aspectos de ordem civil e criminal, assim como em aspetos comerciais como os direitos de *broadcasting*, as transferências entre clubes dos jogadores ou o patrocínio.¹³

Indubitavelmente, é devido ao enquadramento legislativo e regulamentar da atividade desportiva que no mundo inteiro os desportistas conseguem utilizar os mesmos códigos e interagirem em competições ou encontros mundiais sem necessidade de intérpretes ou mediadores, a não ser os árbitros ou juizes próprios das modalidades desportivas. É através das normas jurídicas oriundas do Estado e das organizações desportivas privadas, numa simbiose publico-privada, que o desporto se codifica, se afirma culturalmente e se expande como um todo homogéneo de dimensão planetária, ainda que com as singularidades de cada região.

¹² Assim o faz MARTIN MATEO no prólogo ao livro de G. REAL FERRER, *Derecho Público del Deporte*, Civitas, Madrid, 1991, pág. 21.

¹³ GREENFIELD, S. e OSBORN, G. "Sport and the law. Considerations for sport managers". em *Managing sport business: an introduction*, Taylor and Francis, 2010, pp. 285-298.

E na verdade tudo merece o resguardo do direito no que concerne ao desporto: a contratualização dos agentes desportivos ou a negociação com os parceiros, patrocinadores ou fornecedores; as caixas-pretas dos males que o assolam, como a corrupção, o *doping*, o racismo ou a violência no desporto; os direitos de transmissão televisiva dos médios e grandes eventos desportivos; a responsabilidade no desporto (civil, penal ou disciplinar); as marcas desportivas; o *merchandising* desportivo; a segurança; o desporto escolar a prática do desporto em áreas protegidas ou na via pública; o desporto de alto rendimento; o desporto com armas; o licenciamento das instalações desportivas; o policiamento dos espetáculos desportivos; o regime de acesso e exercício da atividade de treinador de desporto, enfim, muitas, e muitas outras temáticas que integram este mundo mágico de formação, reabilitação, recreação ou negócio e que denominamos de desporto, para além do conjunto de mecanismos e instrumentos de resolução judicial e extrajudicial dos conflitos que dele emanam.

Por conseguinte, temos de aceitar que sendo tantas as matérias e com tanta complexidade que abundam e perfazem o desporto, o direito foi e é um auxiliar supremo para a sua existência e que o desporto não pode viver isolado numa qualquer torre de marfim, não pode ser considerado como uma espécie de espaço extra ou ajurídico, inteiramente subtraído à jurisdição e às leis dos Estados.

III. O desporto nos textos constitucionais enquanto direito fundamental

A abordagem que fazemos ao desporto é no sentido da necessidade do seu “aprofundamento e alargamento como área académica, científica e profissional e como um campo de actividade relevante para o enriquecimento do sentido da vida”.¹⁴ Este é o pensamento que perfilhamos de Jorge BENTO e por isso continuamos a apropriarmo-nos das suas palavras quando afirma que

“(...) o desporto é o artefacto cultural por excelência, criado pela nossa civilização, para corresponder ao desejo de instituir o corpo como instrumento de socialização em princípios e valores que elevam

¹⁴ BENTO, Jorge, *Em defesa do desporto: mutações e valores em conflito*, Almedina, Coimbra, 2007, pp. 9-55 (42).

e qualificam a pessoa e a vida. Ei-lo, pois, arvorado em fator importante de implantação da desejada e apreciada condição humana e social!”¹⁵

É neste quando conceptual que “não se estranha que o objetivo de criar as condições efectivas de realização da dignidade da pessoa humana venha a incluir prestações estaduais destinadas a garantir, em geral, o bem-estar e a qualidade de vida das pessoas” como bem sublinha VIEIRA DE ANDRADE¹⁶ e consequentemente surja a previsão constitucional do direito ao desporto como um direito fundamental integrado no catálogo dos direitos sociais e culturais, como melhor explicitado adiante.

Efetivamente, o entendimento político e jurídico do direito ao desporto como um direito fundamental dos cidadãos enquadrado no catálogo dos direitos humanos releva de sobremaneira nas sociedades que emergiram das guerras mundiais:

“o Estado passou a desempenhar um papel e a ter uma intervenção na área desportiva, maior ou menor, conforme os países, e, por seu lado, as normas relativas aos direitos fundamentais passaram a reger toda a vida social, designadamente quando estivessem implicadas relações sociais e poder, ainda que tais relações fossem jurídicas privadas”.¹⁷

Ademais as transformações dos Direitos Humanos, ou melhor dizendo as etapas da sua evolução, partem dos direitos humanos de primeira geração, em que avultavam direitos relacionados com a liberdade e a defesa do homem e do cidadão perante o poder estadual (ex. liberdade contra a prisão sem culpa formada, liberdade de expressão, liberdades económicas, direito de propriedade), passando para os direitos humanos de segunda geração e terceira geração, decorrentes da ideia dos direitos sociais e da imposição da intervenção do Estado em toda a esfera económica e social, perante as situações de injustiças sociais e de protecção da dignidade das pessoas em situações de vulnerabilidade.

¹⁵ *Ibidem*, p. 27.

¹⁶ VIEIRA DE ANDRADE, *Os Direitos Fundamentais e o Direito do Desporto.*, em COSTA, Ricardo e BARBOSA, Nuno (Coords.), *II Congresso de Direito do Desporto, Memórias*, Almedina, 2007, pp. 24 y 25.

¹⁷ *Ibidem*, p. 23.

O tratamento a dar à relação entre o desporto e direitos humanos¹⁸, ou se quisermos com mais precisão, entre o direito do desporto e os direitos fundamentais, é feita com uma preocupação muito objetiva de fazer uma aproximação estreita à realidade fáctica do fenómeno desportivo. Pretende-se pois transportar a reflexão para o universo do real e sobretudo levantar questões, colocar dúvidas sobre o futuro da humanidade, das pessoas envolvidas no fenómeno desportivo. Com isto queremos dizer que há sempre a necessidade de investigar e abordar as partes, isto é o desporto e o Direito, para sobretudo investigar e abordar com coerência e rigor as relações estabelecidas entre este binómio no que concerne aos direitos humanos / direitos fundamentais. Para tal deve-se privilegiar a análise das declarações e dos documentos internacionais, assim como dos textos legais nacionais procurando recorrer à realidade fáctica e demonstrar situações concretas (ilustração com múltiplos casos da realidade desportiva ou colocando possíveis cenários). Será pois um subsídio de análise jurídico-desportiva numa temática de plena vitalidade e atualidade em diversos âmbitos de conhecimento, mas ainda com pouco aprofundamento do desporto.

Ainda que possamos ter uma visão localizada, ou seja, um olhar e uma abordagem influenciada pela qualidade de jurista da Europa do Sul, contudo não se podem olvidar outras realidades sociais (ISHAY, M., 2006 e JELIN, E., 2006). Esta prevenção tem todo o sentido, uma vez que aquilo que é entendido como Direito do desporto, pode variar consoante o país ou “família do Direito” de onde procedemos à observação. Como é consabido a Europa do Sul – Portugal, Espanha, França, Itália e Grécia – são conhecidos pelo facto do seu sistema desportivo contar com um papel importante do Estado e com um grau – variável de país para país – de publicização do desporto. Já o mesmo não se poderá dizer, por exemplo, dos países da Europa do Norte ou, para utilizar “uma família”, nos países de raiz anglo-saxónica.

É consabido que só após as duas guerras mundiais, os Estados se voltaram para as valências do desporto e começaram a intervir, direta e indi-

¹⁸ Devemos entender o conceito de direitos humanos como portador assumido de alguns fundamentos axiológicos essenciais: i) o reconhecimento do homem como valor essencial e acima de qualquer outro; ii) o reconhecimento da pessoa humana como espaço axiológico autónomo e original; iii) o valor da liberdade como fundamento dos direitos humanos.

retamente, na atividade desportiva. Até então existia uma comunidade internacional desportiva privada que de forma autónoma edificou todo um ordenamento jurídico de aplicação universal. De então para cá, e particularmente nas últimas quatro, cinco décadas o movimento publicizante a nível internacional tem vindo a crescer, não sendo mais possível sustentar que um Direito internacional do desporto compreenda apenas as normas e os princípios decorrentes das organizações desportivas. Mas nem sempre assim foi. Efetivamente existem diversos documentos internacionais que edificaram inicialmente o sistema internacional de proteção dos direitos humanos que não contemplaram um especial direito ao desporto, são eles: a Declaração Universal dos Direitos do Homem,¹⁹ a Convenção Europeia para a Salvaguarda dos Direitos do Homem, a Carta Social Europeia, a Carta Europeia dos Direitos Fundamentais. Neles não encontramos formulado um direito fundamental ao desporto, ao invés de ulteriores documentos, designadamente: a Carta de Desporto para Todos, a Carta Internacional de Educação Física e do Desporto,²⁰ a Carta Europeia

¹⁹ O elenco dos direitos humanos correspondentes ao mínimo ético existencial, consubstanciam-se e concretizam-se positivamente na Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948.

²⁰ A Carta Internacional da Educação Física, Atividade Física e Desporto da UNESCO, instituída em 1978, teve a sua última alteração em 2015 espelhando um espírito ambicioso no sentido de abarcar os domínios da Educação Física, do Desporto e da Atividade Física, em tantas vertentes quantas possíveis no que respeita à elaboração de políticas para a criação de programas seguros e ambientalmente conscientes. Um dos pontos fortes da carta é o reconhecimento de que o desporto e atividade física precisam de ser incentivados em todos os níveis, como é bem evidenciado no ponto 9 do preâmbulo (uma forma de garantir o desenvolvimento de “habilidades, atitudes, valores, conhecimento, compreensão e apreciação necessária” para promover a alfabetização física e uma crença que a atividade física é essencial em toda a vida de uma pessoa.) e expandido no artigo 2.º Artigo (ao afirmar que alfabetização física não é apenas útil no sentido de ser coordenado e equilibrado, mas é uma habilidade de vida necessária.). Contudo, tal mensagem é bem transmitida sobretudo para a juventude, mas com omissão para os adultos e idosos, reservando o sentido para estes sobretudo para as funções de liderança e praticamente nada para a prática desportiva (e sublinhe-se que muitos adultos não tiveram oportunidades de serem alfabetizadas fisicamente quando jovens), sendo que a manutenção de um estilo de vida ativo ao longo da vida é um princípio a preservar.

do Desporto,²¹ a Carta do Desporto dos Países de Língua Portuguesa,²² ou a Carta Olímpica,²³ nos quais é explicitamente salvaguardado e reconhecido tal direito.

Através da leitura dos múltiplos documentos dos vários órgãos da União Europeia não oferece dúvidas acerca do crescente e paulatino reconhecimento da função social do desporto, das suas externalidades para a saúde e bem-estar dos cidadãos, assim como do seu enorme impacto formativo, cultural e económico nas sociedades hodiernas. Tal reconhecimento quer pelos cidadãos, quer pelas entidades, privadas e públicas, tem-se revelado e repercutido tanto em aspetos sociais como jurídicos. Assim, é evidente a gradual consciencialização e adesão das populações à prática desportiva e à atividade física,²⁴ o empenho do sector privado no incremento dos serviços e produtos desportivos e a evolução da intervenção dos poderes públicos nas múltiplas e variadas manifestações do fenómeno desportivo.

Neste sentido, não é de estranhar que a Constituição da República Portuguesa o tenha feito igualmente, consagrando um artigo específico para o direito plural ao desporto e para o dever do Estado, em colaboração com as escolas e associações, efetivar esse direito (artigo 79.º). Situação idêntica foi plasmada nas Constituições de vários países de língua portuguesa, como é o caso do Brasil, de S. Tomé e Príncipe, Angola, Cabo Verde, Moçambique e Guiné-Bissau, como melhor explanaremos adiante. Podemos, pois, seguramente, afirmar como faz MEIRIM que “o desporto no fundamental é já um traço identificador dos países lusófonos, uma realidade que, por força da sua expressão constitucional, demanda dos poderes públicos um certo grau de densificação”.²⁵

²¹ Comité de Ministros do Conselho da Europa, 1992, com a alteração de 2001.

²² Concluída em Bissau, em 1993, e aprovada pelo artigo 2.º do Decreto n.º 32/95 de 26 de agosto. A carta é subscrita por Portugal, S. Tomé e Príncipe, Angola, Cabo Verde, Moçambique e Guiné-Bissau.

²³ Consultar a Carta Olímpica, texto atual de 2004, cujo n.º 4 preceitua como princípio fundamental “a prática do desporto é um direito humano”.

²⁴ Eurobarómetro “Desporto e Atividade Física”, publicado pela Comissão Europeia, 2014.

²⁵ MEIRIM, J.M., “O Desporto no Fundamental: um valor lusófono”, em *Temas de Direito do Desporto*, Coimbra Editora, Coimbra, 2006, pp. 307-320.

Bem sabemos que a democratização política de muitos países não implicou automaticamente a democratização social de muitas regiões, por exemplo, para muitos países da América Latina, existem grupos inteiros espoliados de direitos básicos que um Estado democrático pode oferecer.²⁶

Nestas circunstâncias e noutras análogas, o desporto nem sempre pode ser uma prioridade das vidas das pessoas, nem um dos direitos económicos, sociais e culturais garantidos pelos Estados. Não é, felizmente, esta a situação atual da maioria dos países europeus e de Portugal e por isso importa, pois, numa era de convivência pacífica, mas simultaneamente eivada de conflitos e contradições, entre a esfera pública e a esfera privada e respetivos ordenamentos jurídicos, continuar a pugnar pela salvaguarda dos direitos fundamentais e expor situações ainda existentes de discriminação e negação de direitos humanos. O desporto é incompatível com todas as formas de discriminação lamentavelmente ainda tão presentes e visíveis nas pessoas com deficiência,²⁷ nas raparigas e nas mulheres²⁸,

²⁶ ISHAY, M. e JOLY, F. B., *Direitos Humanos: Uma Antologia – Principais escritos políticos, ensaios e documentos desde a bíblia até o presente*, Editora da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2006; e JELIN, E. e HERSHBERG, E., *Construindo a Democracia: Direitos Humanos, Cidadania e Sociedade na América Latina*, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2006.

²⁷ Quem não se recorda do caso de Óscar PISTORIUS? Este atleta sul-africano com as pernas amputadas, participou nos Jogos Olímpicos de Pequim, na prova de 400m, após litígio de vários anos com a Federação Internacional de Atletismo, que alegava que as próteses que o atleta usava lhe davam vantagem mecânica em relação aos outros competidores. Tal contencioso foi dirimido pelo Tribunal Arbitral do Desporto, sediado em Lausanne, cujos juízes entenderam que “a IAAF não provou que os efeitos biomecânicos pelo uso destas próteses deem uma vantagem a Óscar PISTORIUS relativamente a atletas que não as usem”.

²⁸ A matriz civilizacional que se rege por valores de igualdade de direitos e oportunidades entre homens e mulheres é ainda uma miríade entre nós em vários domínios sociais, desde o emprego, a economia, a saúde, a educação, ou o desporto, entre outros. Bem sabemos que ainda não é possível conquistar no desporto o que noutros setores ainda não se alcançou, mas não nos resignamos ao lema de nada fazer ou de deixar passar o tempo para que as mentalidades e as culturas de igualdade de género desabrochem e se afirmem. Entendemos que a realidade social pode ser alterada todos os dias por nós, por todos os agentes, verdadeiramente interessados nessa mudança, ainda que com a obstaculização dos que, para manterem o seu *status*, os seus poderes e interesses instalados, nada queiram fazer. Deste modo, apenas políticas e intervenções, por um lado específicas e, por outro lado, que não descurem componentes de grande trans-

nos casos de xenofobia e racismo, nas práticas abusivas e ilegais com o *doping*, o assédio sexual, entre outros.

Daí que a alusão a situações tipo e a referências negativas e positivas no âmbito da luta e da afirmação dos direitos humanos no desporto faça todo o sentido para uma maior consciencialização crítica destas realidades e sobretudo, com o objetivo firme de as esbater e banir em pleno século XXI. Bem sabemos que de práticas sociais negadoras de direito não se pode inferir que eles não existam, assim como de doutrinas ou até legislações mais ou menos utópicas que retoricamente malbaratem direitos não pode deduzir-se que eles existam: e aí está a prática quotidiana, administrativa e judicial a prová-lo. Nunca as más práticas podem fundar direito ou refutar a validade das rectas prescrições. O crime, a ilegalidade ou irregularidade não infirmam a norma: aí deve estar a pena para provar que o crime e afins são erro.

Faremos de seguida, necessariamente, o enquadramento do direito ao desporto, fazendo alusão às principais Constituições, com incidência particular a Portugal e às dos países de língua portuguesa.

III.1. O desporto na Constituição da República Portuguesa

Sendo por via das disposições constitucionais²⁹ que o desporto é inscrito na matriz cultural dos direitos fundamentais, é igualmente por via destes preceitos dirigida e fixada a incumbência para a sua efetivação, como

versalidade e coordenação intersectorial, poderão recolher dividendos positivos no progresso social e na paridade dos direitos e oportunidades que homens e mulheres inegavelmente devem ter. Se por um lado, é indesmentível um maior envolvimento das mulheres no desporto, facilmente constatável, por exemplo, através do número crescente de mulheres a assistirem a espetáculos desportivos, mormente o futebol, ou a participarem ativamente nas caminhadas e corridas associadas a determinadas causa sociais, por outro lado, os números do Eurobarómetro publicado em março 2014 e os que respeitam à participação no desporto federado continuam a demonstrar fria e cruelmente que Portugal se situa na cauda da europa com valores paupérrimos de participação das jovens e das mulheres nas atividades e funções desportivas.

²⁹ Reportamo-nos à Constituição da República Portuguesa de 2 de abril de 1976, na redação que lhe foi dada pelas Leis Constitucionais n.ºs 1/82, de 30 de setembro, 1/89, de 8 de julho, 1/92, de 25 de novembro, 1/97, de 20 de setembro, 1/2001, de 12 de dezembro, 1/2004, de 24 de julho, e finalmente 1/2005, de 12 de agosto (7.ª revisão constitucional).

decorre do artigo sob a epígrafe “Cultura física e desporto” que a seguir transcrevemos:

1. “Todos têm direito à cultura física e ao desporto.
2. Incumbe ao Estado, em colaboração com as escolas e as associações e colectividades desportivas, promover, estimular, orientar e apoiar a prática e a difusão da cultura física e do desporto, bem como prevenir a violência no desporto”.

Eis o artigo da lei fundamental que atribui dignidade superior à matéria desportiva, inserido na Parte I (Direitos e deveres fundamentais), Título III (Direitos e deveres económicos, sociais e culturais), no seu Capítulo III (Direitos e deveres culturais). Efetivamente, o referido normativo constitucional representa a mais importante expressão da relevância do desporto no quadro do texto constitucional e traduz um carácter inovatório, constituindo uma das primeiras referências, se não mesmo a primeira, em ambiente democrático, a recolher expressamente, no domínio direitos económicos, sociais e culturais, o direito à cultura física e ao desporto. Inequivocamente o desporto é erigido na lei fundamental a matéria de interesse público, dotado de características de liberdade, democracia, e pluralismo, tal qual os fundamentos do texto constitucional de 1976, e por esta razão, na esteira de MEIRIM, podemos considerar que o direito ao desporto abarcará, em consequência, quer o desporto de recreação quer o desporto rendimento e de alta competição; quer o desporto finalisticamente dirigido à prossecução de um melhor quadro de saúde e ambiente de vida do cidadão, quer o desporto profissional.³⁰

Também Jorge MIRANDA e Rui MEDEIROS entendem que no artigo 79.º não se distinguem desporto amador e desporto profissional ou prática desportiva e espetáculo desportivo, apesar de admitirem um tratamento diferente – de maior apoio o desporto amador e a prática desportiva em si mesma, em face de outros preceitos constitucionais.³¹

³⁰ MEIRIM, J.M., “Desporto e Constituição”, em *Sub Judice*, Janeiro/Março, 1994, pp. 37-57.

³¹ MIRANDA, Jorge e MEDEIROS, Rui, *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo I, Coimbra Editora, Coimbra, 2005, p. 749. Estes autores adiantam ainda que o desporto profissional e o espetáculo desportivo se situam no âmbito das atividades económicas, sujeitos, portanto, a princípios como os da igualdade de oportunidades, de equilibrada concorrência entre as empresas e dos consumidores [alíneas b) e c) do artigo 80.º], assim como a tributação nos termos gerais (artigos 103.º e 104.º).

Através desta norma constitucional é expressamente salvaguardado e garantido o direito universal ao desporto e invocado o Estado como o protagonista sobre o qual recai a especial obrigação de tornar efetivo esse direito. Porém, a colaboração do Estado com as escolas, associações e coletividades, numa assunção da realização do desporto como competência partilhada entre o Estado e a Sociedade é o entendimento que subjaz ao preceito constitucional.

Contudo a mensagem de que é portadora a Constituição da República Portuguesa (CRP) não pode ser balizada unicamente pela interpretação de apenas um dos seus artigos, a sua compreensão tem de ser feita com uma leitura cruzada e interligada de várias disposições que se projetam no domínio do desporto. Para tanto, é imprescindível atentarmos nas menções explícitas ao desporto, e procedermos a uma leitura conjugada do artigo 79.º com os artigos 64.º e 70.º relativos, respetivamente, à saúde e à juventude, nos preceitos com a seguinte redação:

“Artigo 64.º, n.º 2, alínea b) – O direito à protecção à saúde é também realizado pela promoção da cultura física e desportiva, escolar e popular.

Artigo 70.º, n.º 1, alínea d) – Especial protecção para os jovens na efectivação dos seus direitos económicos, sociais e culturais, nomeadamente na educação física e no desporto.”

Sendo estes os três artigos que comportam alusões específicas e diretas ao desporto, estamos em crer que num primeiro nível o direito ao desporto deve ser assegurado e privilegiado com políticas que se dirijam aos jovens e à promoção da saúde. Num segundo nível seguir-se-ão os outros domínios desportivos implícitos nas projeções constitucionais a que já aludimos e naturalmente as múltiplas manifestações compreendidas no conceito plural que assume o desporto na CRP,³² ou seja quer o desporto recreação quer o desporto rendimento e de alta competição; quer o desporto finalisticamente dirigido à prossecução de um melhor quadro de saúde e ambiente de vida do cidadão, quer o desporto profissional. Postula-se assim o desporto como matéria de interesse público, sem que o desporto é ou deva ser estatizado, desde logo porque é o próprio texto

³² No entanto outras projeções constitucionais, com menções implícitas ao desporto, não podem ser olvidadas pois assinalam direitos conexos com o desporto, designadamente os artigos 59.º, 65.º, 66.º, n.º 1, 69.º, 71.º, n.º 2, 73.º, n.ºs 1 e 2.

constitucional que estabelece as incumbências sob um princípio colaborativo entre o Estado e as escolas, associações e colectividades desportivas para a promoção e o apoio ao desporto.

Naturalmente, em Portugal para que este direito fundamental seja uma realidade foram desenvolvidos vários instrumentos legislativos para a sua efetivação pelo poder público com a atribuição das respetivas competências específicas neste domínio. Merecem particular destaque a Lei de Bases da Actividade Física e do Desporto (LBAFD), que ancorada na CRP, define as linhas político-jurídicas da atividade desportiva portuguesa, assim como a vasta regulamentação que abarca transversalmente o fenómeno desportivo.

3.3. O desporto nos textos constitucionais de outros países de língua portuguesa

É crucial ter respostas para perguntas, tais como: que função cumpre o desporto nos nossos dias nos países de língua portuguesa? Existe um direito à prática do desporto? E em caso de existir, como já vimos entre nós, pode ser considerado um direito humano? Como deve ser efetivado? E que relação tem com os outros direitos humanos? Estas e outras questões têm de ser colocadas e esclarecidas como pressupostos básicos do entendimento do desporto enquanto património cultural da humanidade, isto é, de atividade que é criada, transmitida e transformada ao longo dos tempos de forma evolutiva e dinâmica.

Tal como Jorge BACELAR GOUVEIA³³ sublinha, “a aproximação – cultural e não só – entre os Estados de Língua Portuguesa vai-se intensificando. E nessa intercomunicação, o Direito constitucional naturalmente desempenha e tem, desempenhado um papel singular”. Este autor afirma mesmo que dentro em breve a consolidação da família jus constitucional de matriz portuguesa será uma realidade, à medida que a comunicação, no plano jurídico, for progredindo.

Efetivamente, o direito ao desporto é uma realidade explicita nas Constituições de vários países de língua portuguesa, como é o caso do Brasil,³⁴

³³ Vid. BACELAR GOUVEIA, Jorge, *As Constituições dos Estados Lusófonos*, Editorial Notícias, 2ª ed., 2000, pp. 7-13.

³⁴ Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, artigo 217.º.

Moçambique,³⁵ S. Tomé e Príncipe,³⁶ Angola,³⁷ Cabo Verde³⁸, e Guiné-Bissau.³⁹

Destaque-se em 1993 a subscrição por um grupo alargado de países da Carta do Desporto dos Países de Língua Portuguesa visando a democratização do acesso à prática desportiva sem violação de princípios básicos como a igualdade, não discriminação e liberdade, sublinhando a intenção que subjaz à constitucionalização de um direito ao desporto.

Na Constituição da República Federativa do Brasil, como referem RAMOS e LEITE, há que destacar a dimensão social do desporto, que aparece dotado de uma capacidade enquanto meio de inclusão social e proliferação dos ideais democráticos que podem representar uma melhoria das condições de vida da população em geral. Realce, pois para o artigo 217º, na secção III do capítulo III, com epigrafe educação, cultura e desporto, o qual em conjugação com o disposto no artigo 6.º, se revela um direito social fundamental.⁴⁰ Eis a redação do artigo 217º:

“É dever do Estado fomentar práticas desportivas formais e não formais, como direito de cada um, observados:

- I– a autonomia das entidades desportivas dirigentes e associações, quanto a sua organização e funcionamento;
- II– a destinação de recursos públicos para a promoção prioritária do desporto educacional e, em casos específicos, para a do desporto de alto rendimento;
- III– o tratamento diferenciado para o desporto profissional e o não profissional;
- IV– a proteção e o incentivo às manifestações desportivas de criação nacional.

³⁵ De 30 de novembro de 1990, tendo sido revista pela Lei n.º 11/92, de 8 de outubro e pela Lei n.º 12/92, de 9 de outubro, artigo 93.º.

³⁶ De 20 de setembro de 1990, artigo 55.º, n.º 3.

³⁷ De 16 de setembro de 1992, artigo 49.º, n.º 1.

³⁸ Lei Constitucional n.º 1/V/99, de 23 de novembro, artigo 79.º.

³⁹ De 26 de Fevereiro de 1993, artigo 17.º.

⁴⁰ RAMOS, R. e LEITE, V., “Direito Desportivo e o Direito ao Desporto na Constituição Brasileira”, em *Revista Desporto & Direito*, Ano VII, No. 20, 2010, pp. 151-181.

§ 1^o O Poder Judiciário só admitirá ações relativas à disciplina e às competições desportivas após esgotarem-se as instâncias da justiça desportiva, regulada em lei.

§ 2^o A justiça desportiva terá o prazo máximo de sessenta dias, contados da instauração do processo, para proferir decisão final.

§ 3^o O poder público incentivará o lazer, como forma de promoção social.”

Também Moçambique é um país que apresenta um modelo intervencionista no que diz respeito à diversa legislação que produz para os diversos sectores sociais. O desporto não escapa a esta regulação normativa pelo que, a temática de desporto como um direito fundamental está intimamente relacionada com os instrumentos legais que regulam esta atividade. A Educação Física e o Desporto estão consagrados na Constituição da República de Moçambique (CRM) como um direito dos cidadãos, incumbindo ao Estado a sua promoção e difusão, através das instituições desportivas e escolares, conforme estabelecido no Título II (Direitos, Deveres e Liberdades Fundamentais), Capítulo III (Direitos e deveres económicos e sociais) no artigo 93.º de epígrafe Cultura Física e Desporto:

“1. Os cidadãos têm direito à educação física e ao desporto.

2. O Estado promove, através das instituições desportivas e escolares, a prática e a difusão da educação física e do desporto.”

Com este preceito constitucional é garantido formalmente o direito ao desporto à sociedade moçambicana, incumbindo ao Estado o principal papel da sua promoção, tal como sucede na sociedade portuguesa. A CRM, não distingue igualmente as diferentes formas de prática desportiva, apenas faz alusão a este direito fundamental.

S. Tomé e Príncipe revela preocupação com a promoção do desenvolvimento equilibrado e harmonioso dos seus cidadãos. Sendo o desporto um instrumento para o desenvolvimento harmonioso por excelência, este encontra-se consagrado na Constituição da República Democrática de São Tomé e Príncipe na Parte II (Direitos Fundamentais e Ordem Social), Título III (Direitos sociais e ordem económica, social e cultural) no artigo 55.º (Cultura e Desporto) alínea 3 se indica que: “Incumbe ao Estado encorajar e promover a prática e difusão dos desportos e da cultura física”.

Este preceito constitucional representa a garantia do direito ao desporto para sociedade santomense, assumindo o estado a responsabilidade de criação de condições para a sua prática bem como a sua promoção.

Angola é um país assente nos fundamentos na dignidade da pessoa humana onde os direitos e liberdades do homem são observados. É neste sentido que o direito ao desporto se encontra garantido no Título II (Direitos e Deveres Fundamentais), no artigo 49.º onde se enuncia: “O Estado promove o acesso de todos os cidadãos à instrução, à cultura e ao desporto, garantido a participação dos diversos agentes particulares na sua efetivação, nos termos da lei.”

Com este princípio constitucional, o Estado cria as condições para a prática do desporto para todos os cidadãos, contudo a sua efetivação é atribuída nos termos da lei aos agentes particulares, sendo este apenas responsável pela definição das políticas públicas.

Cabo Verde defende igualmente a dignidade da pessoa humana e reconhece a inviolabilidade e a inalienabilidade dos direitos do homem como fundamento de toda a comunidade humana. Assim, o desporto como direito neste país encontra seu alicerce na Constituição da República de Cabo Verde na Parte II (Direitos e Deveres Fundamentais), Capítulo III (Direitos, liberdades e garantias dos trabalhadores), no Título III (Direitos e deveres económicos, sociais e culturais) no artigo 79.º sobre direito à cultura física e ao desporto onde se expressa:

1. “A todos é reconhecido o direito à cultura física e ao desporto.
2. Para garantir o direito à cultura física e ao desporto, aos poderes públicos em colaboração com as associações, coletividades desportivas, escolas e demais agentes desportivos incumbe designadamente:
 - a) Estimular a formação de associações e coletividades desportivas;
 - b) Promover a infra-estruturação desportiva do país;
 - c) Estimular, orientar e apoiar a prática e a difusão da cultura física e do desporto;
 - d) Prevenir a violência no desporto.”

Com este preceito constitucional, pode-se dizer que o Estado assume o compromisso de garantir condições para que este direito se efetive na sua plenitude para os seus cidadãos e em colaboração com o movimento associativo.

Guiné-Bissau, país imbuído em defender os valores do humanismo que se reflete na garantia dos direitos e liberdades aos sus cidadãos. O desporto como direito, encontra a sua primeira expressão no Título I (Princípios Fundamentais) artigo 17 da constituição onde se expressa no número 3 que: “Incumbe ao Estado encorajar a prática e difusão dos desportos e da cultura física”.

Neste sentido, se pode afirmar que este país é intervencionista tal como os outros acima referidos no que diz respeito à prática do desporto, pese embora o preceito constitucional se referir apenas ao “encorajamento” da prática desportiva.

IV. Notas conclusivas

A análise das leis magnas dos países de língua portuguesa permite-nos concluir que o direito ao desporto nestes países é uma realidade incontornável e inquestionável e erigida a direito fundamental dos cidadãos.

Inexoravelmente, por todas as influências e consequências que o desporto gera a nível educacional, social, económico ou político e, por constituir um espaço de vida social, claro está que reclamou e foi sujeito à intervenção do Direito. Ademais, *ubi homo ibi societas* e *ubi societas ibi jus*.

O que se pretende com a salvaguarda dos direitos fundamentais é apenas e tão só a defesa da dignidade da pessoa humana e a justiça. Daí o assumir os direitos humanos como mínimo ético existencial que é expressão de “dignidade humana” no concreto da vida político-sócio-económico-cultural-desportivo dos humanos. É fundamentalmente, a salvaguarda da expressão da dignidade e autonomia do homem, da mulher, jovens, idosos, crianças ou adultos, que não se movam nos corredores dos poderes, que não pertençam a corporações ou *lobys* reivindicativos ou influentes, nem possam dispor de meios económicos que aplanem escolhos.

No século ou na “era dos direitos” a proteção dos direitos, liberdades e garantias das pessoas, têm de ser assegurados pelos poderes públicos (legislador, administração, tribunais), nas relações entre privados, bem como no âmbito de organizações particulares.

O desporto como uma das mais nobres atividades socioculturais não pode ser arredado nem alheado dos direitos fundamentais dos cidadãos expressamente consagrados nas diversas constituições dos países lusófonos, consequência do valor fundamental do desporto a nível internacional.

V. Referências bibliográficas

Obras generales

- BACELAR GOUVEIA, Jorge, *As Constituições dos Estados Lusófonos*, Editorial Notícias, 2ª ed., 2000.
- BENTO, Jorge, *Em defesa do desporto: mutações e valores em conflito*, Almedina, Coimbra, 2007.
- BONNARD, A., *A Civilização Grega*, Edições 70, 1980.
- CARVALHO, M. J., RESENDE, C., CIRAC, M., e COSTA, J., “Desporto, política e direito: Do passado e da atualidade. Enfoque nas autarquias locais”, em BENTO, J. e CONSTANTINO, J. (Eds.), *Desporto e Municípios: Políticas, práticas e programas*, Visão e Contextos, Edições e Representações, Lisboa, 2012.
- DEFRANCE, Jacques, *Sociologie du sport*, Éditions La Decouverte, Paris, 1995.
- GREENFIELD, Steve e OSBORN, Guy (Eds.), *The Historical Development of Sport and Law, In Law and Sport in Contemporary Society*, Franc Cass Publishers, London, 2000.
- ISHAY, M. e JOLY, F. B., *Direitos Humanos: Uma Antologia – Principais escritos políticos, ensaios e documentos desde a bíblia até o presente*, Editora da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2006.
- JELIN, E. e HERSHBERG, E., *Construindo a Democracia: Direitos Humanos, Cidadania e Sociedade na América Latina*, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2006.
- MEIRIM, J.M., “O Desporto no Fundamental: um valor lusófono”, em *Temas de Direito do Desporto*, Coimbra Editora, Coimbra, 2006.
- MIRANDA, Jorge e MEDEIROS, Rui, *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo I, Coimbra Editora, Coimbra, 2005.
- PIRES, Gustavo, *Agôn: Gestão do Desporto*, Porto Editora, Porto, 2007.
- REAL FERRER, Gabriel, *Derecho Público del Deporte*, Civitas, Madrid, 1991.
- TABORDA LOPES, Edgar, “Desvendar, Iluminar, Desafiar”, em *Desvendar o Direito. Iniciação ao saber jurídico*, Quid Juris, 2014.
- GREENFIELD, S. e OSBORN, G. “Sport and the law. Considerations for sport managers”, em *Managing sport business: an introduction*, Taylor and Francis, 2010.
- VIEIRA DE ANDRADE, *Os Direitos Fundamentais e o Direito do Desporto.*, em COSTA, Ricardo e BARBOSA, Nuno (Coords.), *Il Congresso de Direito do Desporto, Memórias*, Almedina, 2007.

Publicaciones periódicas

MEIRIM, J.M., “Desporto e Constituição”, em *Sub Judice*, Janeiro/Março, 1994.

RAMOS, R. e LEITE, V., “Direito Desportivo e o Direito ao Desporto na Constituição Brasileira”, em *Revista Desporto & Direito*, Ano VII, No. 20, 2010.

Instrumentos jurídicos internacionales

Carta Europeia de Desporto, elaborada na 7ª Conferência dos Ministros europeus responsáveis pelo Desporto, reunidos nos dias 14 e 15 de Maio de 1992 em Rhodes.

Carta Internacional da Educação Física, Atividade Física e Desporto da UNESCO, instituída em 1978, teve a sua última alteração em 2015.

Carta Olímpica, texto atual de 2004.

Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948.

Normas jurídicas nacionales

Constituição da República do Angola, De 16 de setembro de 1992.

Constituição da República do Cabo Verde, Lei Constitucional n.º 1/V/99, de 23 de novembro.

Constituição da República do Guiné-Bissau, de 26 de Fevereiro de 1993.
Constituição da República do Moçambique, de 30 de novembro de 1990, tendo sido revista pela Lei n.º 11/92, de 8 de outubro e pela Lei n.º 12/92, de 9 de outubro.

Constituição da República do S. Tomé e Príncipe, de 20 de setembro de 1990.

Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Constituição da República Portuguesa de 2 de abril de 1976, na redação que lhe foi dada pelas Leis Constitucionais n.ºs 1/82, de 30 de setembro, 1/89, de 8 de julho, 1/92, de 25 de novembro, 1/97, de 20 de setembro, 1/2001, de 12 de dezembro, 1/2004, de 24 de julho, e finalmente 1/2005, de 12 de agosto (7.ª revisão constitucional).

Lei de Bases da Atividade Física e do Desporto, Portugal.

Año de elecciones federativas: seguimos sin noticias del derecho de asociación*

DR. JULIÁN ESPARTERO CASADO**

Sumario

- I. Introducción
- II. Antecedentes: organización pública y estatismo
- III. La imposición de estructuras democráticas a las Federaciones Deportivas Españolas mediante la ususpación de los procedimientos electorales federativos: la Ley 13/1980 y sus disposiciones reglamentarias de desarrollo
- IV. La definitiva sustracción de los procedimientos electorales federativos mediante su administrativización: la Ley 10/1990 y sus disposiciones reglamentarias de desarrollo
- V. ¿Y qué hay del derecho de asociación?
- VI. Una última reflexión
- VII. Referencias bibliográficas

I. Introducción

Coincidiendo con el año olímpico, volvemos a hallarnos en pleno proceso de elecciones a las Federaciones Deportivas Españolas, debiendo realizarse las mismas conforme a los dictados prescritos por la Orden ECI/3567/2007 que establece la vigente regulación de estos procesos

* "Originalmente publicado en la Revista *Aranzadi de Derecho del Deporte y el Entrenamiento* No. 36, 2012, pp. 151-192".

** Profesor Titular de Estructura y organización de las instituciones deportivas y Decano de la Facultad de Ciencias de la Actividad Física y del Deporte de la Universidad de León, España. Investigador de la Red Iberoamericana de Investigadores en Derecho y Gestión del Deporte (reconocida y patrocinada por la Asociación Universitaria Iberoamericana de Posgrado, AUIP, Salamanca, España). jespcc@unileon.es

electorales. Esto significa, entre otras cosas, que transcurridos más de treinta años desde que se dictara una ley -consecuencia del mandato constitucional inserto en el 43.3 de la vigente Constitución- que supuestamente venía a traer una nueva regulación del asociacionismo deportivo, las Federaciones Deportivas Españolas sigan sin gozar del principio de libertad de organización y funcionamiento internos de una asociación sin injerencias públicas, ínsito en el contenido esencial del derecho fundamental de asociación reconocido en el artículo 22 de la Constitución.

No es decir nada nuevo si proclamamos que es en la dinámica asociativa donde debe buscarse, definitivamente, el origen y desarrollo del fenómeno deportivo, en cuanto que el cauce asociativo privado sería crucial en su inicial desarrollo y expansión. Ahora bien, dejada constancia de esta obviedad, es difícil admitir que en España la impulsión del desarrollo del deporte haya discurrido ligado a un asociacionismo deportivo producto de un genuino impulso asociativo surgido del tejido de la sociedad civil. Antes al contrario, y como resulta bien sabido, la incipiente organización privada del deporte sería fagocitada por unas autoritarias estructuras del poder público que instrumentalizaron y reciclaron las más representativas expresiones asociativas del deporte, las federaciones deportivas, hasta convertirlas en un particular "organismo técnico y administrativo" de la entonces Administración deportiva.

Tras el advenimiento democrático, es cierto que se produciría una sensible despolitización de las entidades federativas, pero sin que ello supusiera el abandono del mantenimiento de un desmedido intervencionismo público sobre las mismas que dificulta seriamente la contemplación de las mismas como auténticas asociaciones fruto del ejercicio de un derecho subjetivo público, cual es el derecho fundamental de asociación reconocido en el artículo 22 de la Constitución Española de 1978. En efecto, la primera ley postconstitucional reguladora del hecho deportivo – la Ley 13/1980 General de Cultura Física y del Deporte – llevaría a cabo una desparajada regulación intervencionista –que se enfatizaría en su desarrollo reglamentario- de las federaciones deportivas y que tendría un difícil engarce en los planteamientos propios del derecho de asociación. Ello contaría con el inestimable apoyo de la jurisprudencia al considerar que esta actuación no suponía una limitación del derecho de asociación ni un desvío de los planteamientos asentados por el Tribunal Constitucional en relación con su regulación.

Es más, sería el propio Tribunal Constitucional quien, con la emblemática STC 67/1985, alumbraría una nueva entidad – la asociación de configuración legal – para justificar la configuración de las federaciones deportivas

como entidades privadas compatibles con el derecho de asociación, aunque el mismo se viera sometido a intensas modulaciones debido a la relevancia de los fines públicos que a través de las mismas se pretendían conseguir. Con ello la decisiva STC 67/1985 vendría a dar carta de naturaleza al legislador del vigente Ley 10/1990 del Deporte para explicitar – por primera vez, en la legislación española – la naturaleza jurídico-privada de las Federaciones Deportivas Españolas, a pesar de que se continuó más decididamente si cabe la intervención y consecuente publicación de las mismas.

Este discurrir normativo regulador de las federaciones, bien es sabido, ha fluctuado en medio del secular debate relativo a la naturaleza jurídica de las mismas y no ha cesado – antes al contrario – con la expresa calificación privada de las mismas. Sin embargo, se trata de un debate fallido, que no termina de cerrarse ni de encontrar alternativa o solución. Pero no por ello ha considerarse que el mismo sea inútil o deba considerarse superado, creemos más bien que la frustración y falta de efecto de este debate tiene una importante repercusión en nuestro ordenamiento jurídico deportivo. La falta de sintonía entre la predicada naturaleza privada de las Federaciones Deportivas Españolas y el régimen jurídico que se atribuye a las mismas no deja de provocar problemas y conflictos – incluso a nivel de derechos fundamentales –, perfilándose como uno de los más serios elementos perturbadores de entre todos aquellos que vienen a impedir que la relación entre el Derecho y el deporte sea una relación plenamente encajada.

Estas consideraciones hallan un pleno refrendo ilustrativo con la celebración, en el periodo reglamentariamente determinado, de las elecciones federativas. Su estridente publicación, así como lo conflictos que genera – los ecos del último han venido a intentar apagarse por la reciente Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, de 6 marzo 2012 –, vienen periódicamente a poner de manifiesto que algo falla en esta regulación de la organización de los elementos catalizadores de la actividad deportiva, las federaciones, en cuanto que imposibilita su anclaje en los más señeros caracteres del regular ejercicio del derecho de asociación, como pueda ser la facultad de autoorganización.

Por tanto, a continuación se llevará a cabo una introspección de la regulación del marco electoral de las Federaciones Deportivas Españolas y su confrontación con el natural desenvolvimiento de lo que es propio del derecho de asociación, sin que ello pueda hallar cobijo o justificación en los fines públicos que se pretenden atribuir a las mismas. Hasta el punto de que nos hallamos en un contexto en el que quizás se suscite la más

acendrada desavenencia entre los pronunciamientos jurisprudenciales y la opinión de la más autorizada y mayoritaria doctrina, como se pondrá de manifiesto.

II. Antecedentes: organización pública y estatismo

Es sabido que el contexto que alumbró los inicios de asociacionismo deportivo -y por ende de la práctica deportiva en España- fue, a todas luces, pobre e irregular¹. Sin embargo, también debe de afirmarse, sin lugar a dudas, que si alguna vez el asociacionismo deportivo ha gozado de una caracterización genuina en España, en el sentido de disfrutar de una enorme autonomía respecto de los poderes públicos, fue durante este periodo histórico. Autonomía que se perdería, para no volver a ser plenamente recuperada nunca en la normativa posterior y tampoco en la actual.

La promulgación la normativa del Decreto de 22 de febrero de 1941² por el que se crea la Delegación Nacional de Deportes (en adelante DND) y la Orden de 1945 que aprobaba su Estatuto Orgánico,³ supondría la radical sustitución de toda la organización deportiva, que la espontánea iniciativa privada había construido, por un modelo estructurador e ideológico que resumaba rigidez y estatismo. A la par que, sobre la base de la nueva regulación, se impondría a las Federaciones un nuevo régimen jurídico, que configuraba a las mismas como un organismo técnico y administrativo dependiente y bajo las órdenes de la DND.⁴

¹ Al respecto, *vid.* REAL FERRER, Gabriel, *Derecho Público del Deporte*, Civitas, Madrid, 1991; así como también nuestro trabajo ESPARTERO CASADO, Julián, *Deporte, Asociacionismo Deportivo y Derecho de Asociación: Las Federaciones Deportivas*, Universidad de León, 2000, pp. 153 y ss.

² Decreto de la Jefatura del Estado de 22 de febrero, BOE No. 64, de 5 de marzo.

³ Orden de 7 de junio de 1945, Boletín Oficial del Movimiento, No. 268, de 15 de julio.

⁴ Así, el Capítulo XIV del referido Estatuto - De las Federaciones Nacionales Deportivas - se iniciaba declarando que éstas “constituyen el organismo técnico y administrativo, que, dependiente y bajo las órdenes de la Delegación Nacional de Deportes, rigen cada uno de ellos su práctica y fomento, representándole por delegación de la correspondiente Federación Internacional” (art. 40). De modo que la DND, a través de las Federaciones, controlaba toda manifestación deportiva, pues entraba “en la esfera de competencia de cada Federación Nacional Deportiva el deporte directamente practicado por particulares y por éstos reunidos en Sociedades o Clubs, y los espectáculos deportivos de

Lo cual supondría el absoluto control de las asociaciones y federaciones deportivas. Control, debe enfatizarse, que además de exhaustivo era también político y doctrinal como lo demuestran las estipulaciones que se realizaran en el Estatuto Orgánico y que determinaban que los miembros de las Federaciones Nacionales habían “de tener una probada adhesión al Movimiento Nacional” (artículo 42); excepto los puestos de Secretarios Técnicos o Administrativos, todos los cargos de las Federaciones Nacionales, Regionales, Provinciales y de los Clubs o entidades deportivas eran “(...) irrenunciables y honoríficos”, aceptándose únicamente “las renunciaciones basadas en motivos reales de fuerza mayor, los cuales serán apreciados por el organismo jerarquía inmediato superior” (art. 45). Por tanto, correspondía al Delegado Nacional la designación discrecional (“designados libremente”), de “Los Presidentes, Vicepresidentes y restantes miembros de las Federaciones Nacionales Deportivas” (art. 46); a su vez correspondía a los Presidentes de las Federaciones regir “la Federación de su cargo con plena autoridad y responsabilidad” (art. 47), así como también designar y sustituir libremente a “los Secretarios Técnicos o Administrativos de cada Federación” (art. 53). Asimismo, las Federaciones podrían celebrar “cuantas reuniones estime convenientes el Presidente para el buen servicio, y obligatoriamente, por lo menos, una reunión plenaria anual”, si bien, en todo caso, se contemplaba que “A dichas reuniones podrá asistir un representante de la DND y, en dicho caso, la presidirá” (art. 55).⁵

Esta situación no cambiaría con la publicación de la Ley 77/1961, de 23 de diciembre, sobre Educación Física,⁶ pues no supondría mayor variación de la estructura o régimen del asociacionismo deportivo, salvo, quizás, moderar un tanto el estentóreo tono político doctrinal que presentaba

carácter profesional organizados por empresarios o entidades industriales. Asimismo ejercerán jurisdicción sobre los afiliados a las Secciones deportivas del Movimiento y sobre los pertenecientes a organizaciones de Educación Física de los Institutos Armados, cuando unos u otros participen en torneos o competiciones organizados por la Federación correspondiente (...)” (art. 41).

⁵ Esta incardinación del asociacionismo deportivo en el aparato político del Estado franquista, suscitaría una tenue crítica por parte de LLUIS Y NAVAS, Jaime, *Derecho de Asociaciones*, Librería Bosch, Barcelona, 1967, p. 390, quien señalaba que “no parece muy técnico encuadrar en el Movimiento, institución por esencia política, las asociaciones deportivas por esencia apolíticas”.

⁶ BOE No. 309, de 27 de diciembre.

la normativa anterior en este contexto. En efecto, cuando el artículo 20 establecía las funciones de la DND – que seguían siendo las mismas que las establecidas por la normativa anterior – dichas funciones se expresan formalmente en términos, digamos, más “neutros”. Así, en referencia a las Federaciones, el apartado f) del citado artículo 20, señalaba que correspondían a la DND “Aprobar los Estatutos y Reglamentos de las Federaciones Deportivas y coordinar e impulsar sus actividades, estableciendo las normas reguladoras de su funcionamiento, estructuración, designación y elección de sus miembros de acuerdo con las especiales características de cada uno”. Por tanto, al menos, ya no se hacía referencia expresa a la necesaria vinculación partidista de dichos miembros federativos, pese a que la politización de los mismos se mantuviera.

En suma, la nueva Ley no alteraría las bases estructurales federativas, antes al contrario, contribuirá a reafirmarlas y a consolidarlas, otorgándoles el máximo nivel de juridicidad positiva y sin que su régimen jurídico tampoco resultara afectado por la promulgación de la Ley 191/1964, de 24 de diciembre, de Asociaciones,⁷ al excluir expresamente de su ámbito de aplicación a las asociaciones “sujetas al régimen jurídico del Movimiento” (art. 2º.4).

En los últimos años del régimen franquista, la sociedad española se había convertido en una sociedad de clases medias con un poder adquisitivo desconocido tan sólo diez años antes y, sobre todo, “con una cobertura de tiempo libre disponible semanalmente que le permitiría entre otras muchas cosas, acercarse a la praxis deportiva”.⁸ Frente a ello las estructuras federativas seguirían enquistadas en un sistema ideologizado, centralista, burocratizado y, desde luego, coriáceo a cualquier corriente participativa proveniente de ámbitos ajenos al organigrama todavía latente de la DND – Movimiento. Ello determinaría la aparición de voces que, tenue pero insistentemente, ponían de manifiesto la necesidad de un cambio en la organización del deporte.

⁷ BOE No. 311, de 28 de diciembre.

⁸ LAGARDERA OTERO, Francisco, “Historia social del deporte en España”, en GARCÍA BLANCO, S. (Coordinador), *Simposium de Historia de la Educación Física*, Universidad de Salamanca, Salamanca, 1995, p. 68, señalando como testimonio de estas afirmaciones el informe FOESSA de 1972.

Es más, el inicio de la transición democrática encontró un serio escollo en el ámbito deportivo, pues las Federaciones deportivas eran – a la cabeza del asociacionismo deportivo – elementos refractarios a estas nuevas corrientes por su peculiar condición de órganos públicos intensamente politizados. Lo cual, consecuentemente, determinaría que la búsqueda de soluciones e innovaciones, desde una perspectiva estrictamente deportiva, se configurara como una tarea intrascendente frente a una temática cuasi exclusivamente política, que en esos momentos resultaba más urgente e importante para los responsables de los organismos federativos y sus superiores jerárquicos.

Sin embargo, la Ley 1/1977, de 4 de enero, para la Reforma Política,⁹ daría comienzo al desmantelamiento de las estructuras organizativas del Movimiento Nacional. Ello tendrá su proyección en el contexto deportivo con la publicación del Real Decreto 2258/1977, de 27 de agosto, sobre estructura orgánica y funciones del Ministerio de Cultura,¹⁰ que vino a crear en directa dependencia del Ministerio, “el Organismo autónomo Consejo Superior de Deportes” (art. 1º.2)¹¹ y, posteriormente, con el Real Decreto 2960/1978, de 3 de noviembre, sobre la regulación de la estructura orgánica y funciones del Consejo Superior de Deportes¹² (en adelante, CSD).¹³ Normativa reglamentaria que atribuiría al nuevo ente una ingente

⁹ BOE No. 4, de 5 de enero.

¹⁰ BOE No. 209, de 1 de septiembre.

¹¹ Al cual competía “el fomento, planificación y desarrollo de la cultura física y las actividades deportivas de todo orden; la coordinación y ayuda a las Entidades sociales de carácter deportivo, así como la relación con el Comité Olímpico Español; la gestión, fomento y promoción de centros y servicios, destinados a la cultura física y a la práctica deportiva; las enseñanzas y tareas de investigación relativas a estas actividades y el régimen e inspección técnica de las actividades y manifestaciones deportivas” (art. 13.1.).

¹² BOE No. 301, de 18 de diciembre.

¹³ A partir del mismo, el CSD -que orgánicamente se integraba por el Pleno -integrado, entre otros representantes de la actividad deportiva, por “los Presidentes de las Federaciones Españolas” (art. 5º e)- y la Comisión permanente” (artículo 4º) contaría con una ingente atribución de competencias en el ámbito del asociacionismo deportivo en general, y respecto de las Federaciones en particular, sobre la base del artículo 2º, del referido RD 2960/1978. Así, según el precitado art. 2º, correspondía al CSD: la aprobación de presupuesto, balances, e incluso potestad de comprobación “de la inversión de sus fondos”; de las Federaciones y todo tipo de entidad asociativa deportiva (art. 2º.1.); subvención a Federaciones deportivas, clubes y cualquier clase de persona

atribución de competencias en materia de asociacionismo deportivo, incluso mayor que las ostentadas en su momento por la fenecida DND. Por consiguiente, persistió el mantenimiento por parte de la Administración de un rígido control del ámbito del deporte, en general, y, en particular, respecto de las Federaciones deportivas que seguían, a pesar del reconocimiento de su personalidad jurídica propia y de su despolitización, estrechamente imbricadas en las estructuras administrativas – ahora del CSD – y ostentado su peculiar condición de órganos públicos.¹⁴

físicas o jurídicas “en relación con sus actividades deportivas” (art. 2º.3.); inspección e intervención en los espectáculos públicos “por sí o a través de las Federaciones” (art. 2º. 6.); dirigir, inspeccionar a través de las Federaciones Deportivas y de los órganos técnicos y pedagógicos de este Consejo, la formación del personal técnico y deportivo especializado (art. 2º 7.); “aprobar los Estatutos y Reglamentos de las Federaciones, Sociedades, Asociaciones, Clubes y demás Entidades deportivas, sin perjuicio de la personalidad jurídica propia de todas las citadas Entidades, vigilando el cumplimiento de sus fines y ostentando la suprema dirección e inspección de todas las actividades que realizan las mismas” (art. 2º. 8). Conjunto competencial que se vería corolado por la atribución que se realizaba en el apartado 10º, del referido artículo 2º, toda vez que el mismo prescribía que, además de las competencias contenidas en los apartados anteriores, correspondía al CSD, “cualesquiera otra que se le pueda encomendar para el eficaz cumplimiento de su misión y en especial todas las competencias que la Ley de Educación de (...) 1961, otorgaba a la extinguida D.N.E.F. y D., así como las asignadas por cualquier tipo de disposición a las extinguidas Delegación Nacional de la Juventud y Sección Femenina, en materia de deporte y educación física no escolar”; si bien se exceptuaba de su ámbito competencial, la educación física y la capacidad para imponer una determinada política deportiva.

¹⁴ En este sentido, en su señero trabajo, CAZORLA PRIETO, Luis María, *Deporte y Estado*, Labor-Politeia, Barcelona, 1979, pp. 191-250, tras afirmar que en la etapa dictatorial las Federaciones “eran entidades públicas jerárquicamente subordinadas a la Delegación Nacional de Deportes”, señala como durante la Asamblea General del Deporte, en su ponencia *Estructura normativa y deporte -y-* “con la idea de alejar las estructuras sociales del deporte de su estatalización”- expuso que “Sólo una visión trasnochada del deporte puede llevar a la tesis de que las federaciones son órganos públicos, unidos por una relación de jerarquía con el CSD. Son entidades asociativas privadas, nacidas desde abajo para la ordenación del deporte en una determinada rama, y que como tales han de gozar de personalidad jurídica independiente de la del CSD. (...). Efectivamente, así se establece en el art. 2.8. del RD 2960/78, pero también, y sin perjuicio de ello, corresponde al CSD vigilar “el cumplimiento de sus fines (...) ostentando la suprema dirección e inspección de las mismas”, entre otras competencias ya enunciadas”. De ahí que el propio CAZORLA PRIETO evidencie que aquella apasionada afirmación sobre

III. La imposición de estructuras democráticas a las Federaciones Deportivas Españolas mediante la usurpación de los procedimientos electorales federativos: la Ley 13/1980 y sus disposiciones reglamentarias de desarrollo

La promulgación de la Constitución de 1978 supuso que el derecho de asociación, proclamado en su artículo 22, constituyera el “derecho común” de las asociaciones. Sin embargo, ello no resultaría impedimento para el mantenimiento de un tratamiento específico del asociacionismo deportivo. Esta afirmación debe ser realizada sin perjuicio de admitir la dificultad de determinar cuáles fueran en este periodo las fuentes normativas que regularan las Federaciones deportivas. Esta aparente situación de vacío normativo¹⁵ respondería a los embates provocados por las importantes reformas normativas que vinieron a incidir en las estructuras orgánicas en que se hallaban incardinadas las entidades federativas y que, consecuentemente, afectaron seriamente a las mismas dadas las reminiscencias políticas que pesadamente arrastraban.

Aun admitiendo esta referida dificultad, debe convenirse con LÓPEZ-NIETO que en este periodo “no cabe duda de que la fuente fundamental sigue siendo todavía la Ley 77/1961 (...) de Educación Física”; aunque reconociendo que “el hecho de que sus preceptos se refieran constantemente a

la naturaleza privada de las Federaciones, era un deseo, o una “idea” -como señala el propio autor- que todavía, cuando se publicó dicho trabajo en 1979, podía “constituir una meta a la que se llegue después de una larga evolución”. De manera “que las estructuras deportivas han de privatizarse en lo que atañe a federaciones y clubs, respondiendo por otra parte, al mandato constitucional”. Con lo cual, creemos que deba interpretarse de estas autorizadas manifestaciones que dichas entidades seguían siendo públicas.

¹⁵ En este sentido, CALONGE VELÁZQUEZ, Antonio y ALLUÉ BUIZA, Alfredo, “Derecho de Asociación y Federaciones Deportivas”, en COLECTIVO DE AUTORES, *XII Jornadas de Estudio: Los Derechos Fundamentales y Libertades Públicas (I)*, Vol. II, Dirección General del Servicio Jurídico del Estado, Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones, 1992, p. 1651, señalan que “Por lo que refiere a las federaciones deportivas, en estos primeros años de régimen democrático y hasta la promulgación en el año 1980 de la L.G.C.F.D., no van a estar reguladas por norma alguna, lo que va a provocar (...) una situación de notable ambigüedad”.

organismos que han sido suprimidos hace que buena parte de aquéllos sea de difícil aplicación".¹⁶

Tal situación, por tanto, provocaba que pese a la vigencia de la recién estrenada Constitución y la pervivencia de la Ley 77/1961, se mantuviera una incierta situación en relación con la cobertura legal del asociacionismo deportivo. Dicha incertidumbre no sería resuelta por el legislador sino hasta la promulgación de la Ley 13/1980, de 31 de marzo, General de la Cultura Física y el Deporte,¹⁷ que vino a regular el asociacionismo deportivo, supuestamente, con planteamientos más acordes a los postulados constitucionales. En efecto, en el Preámbulo de la nueva Ley se afirmaba que

"Ley de Educación Física de mil novecientos sesenta y uno (...) adoleció de una estructura organizativa inadecuada, debido a la escasa participación de los deportistas y a su explicable pero indebida vinculación a las instancias políticas imperantes en el momento de ser aprobada. (...) Esta situación, en trance de creciente deterioro, impone la aprobación de una nueva Ley que tenga en cuenta las exigencias actuales y se muestre capaz de encauzar el futuro. A este propósito responde la presente Ley, que a la vez supone la aplicación del imperativo contenido en el artículo cuarenta y tres, tres, de la Constitución".

En tal sentido, se señalaba como uno de los "principios básicos que consagra (...): El reconocimiento y respeto de las espontáneas iniciativas sociales en materia de cultura física y del deporte".¹⁸ Pero, en contra de lo que pudiera esperarse a la vista de todas estas introductorias declaraciones

¹⁶ LÓPEZ-NIETO Y MALLO, Francisco, "La normativa de las asociaciones sometidas a regímenes especiales", en *Revista Documentación Jurídica*, No. 22, 1979, p. 364. Afirmación que sería, de nuevo, mantenida por el autor en su libro *Las asociaciones y su normativa legal*, Abella, Madrid, 1980, p. 117.

¹⁷ BOE No. 89, de 12 de abril.

¹⁸ El establecimiento de dicho reconocimiento como un principio básico, según BERMEJO VERA, José, "Administración y Deporte", en BERMEJO VERA, José (Director), *Derecho Administrativo. Parte Especial*, Civitas, Madrid, 1994, p. 189, determinó que no resultara "sorprendente que se plantease el nuevo régimen de los clubs y federaciones deportivas con cierta timidez"; lo cual se explicaba por el "clave hecho de que la Constitución española consagra, como derecho fundamental, el de asociación (art. 22), de modo que ni siquiera el poder legislativo puede regular su ejercicio en forma que lo obstaculice o perturbe, o, dicho de otra manera, afecte a su "contenido esencial".

solemnes, se volvería a reincidir en la implantación de un tratamiento específico del asociacionismo deportivo:

“Es preciso resaltar que se establece en la Ley un régimen asociativo especial para las asociaciones que tienen como finalidad específica la educación física y el deporte. Se prevé el cauce legal para atender la necesaria solidaridad entre tales asociaciones, especialmente con motivo de la organización de competiciones oficiales o la participación en competiciones de carácter internacional”.

Sobre la base de esta rocambolesca justificación en el deporte de competición – y que tan mal encaje hallaba en el deporte postulado por el artículo 43.3 de la Constitución –, de nuevo, se reconducía al asociacionismo deportivo a un cauce especial y paralelo al régimen asociativo general o común. Lo que supuso una regulación de las Federaciones deportivas – su fricciones que la normativa referida suscitaba respecto del derecho de asociación constitucionalmente reconocido, se dictó por el Ministerio de Cultura el Real Decreto 643/1984, de 28 de marzo, sobre Estructuras Federativas,¹⁹ significando en su preámbulo que “el Real Decreto 177/1981 (...) reguló con excesiva uniformidad las cuestiones relativas al régimen de entidades tan heterogéneas como federaciones, clubs y agrupaciones deportivas (...), lo que dio lugar, como la experiencia ha demostrado, a dificultades de adaptación”. Asimismo, en dicho preámbulo, se hacía una decisiva declaración de intenciones al reseñar que

“(...) si las asociaciones de carácter deportivo (...) intervienen en la organización de competiciones oficiales o son el instrumento o el cauce que las Administraciones públicas utilizan para hacer efectivas algunas de sus responsabilidades en la promoción del deporte, actúan, a no dudarlo, como agentes de la Administración al servicio de un interés general. (...) Así, en cuanto las actuales Federaciones deportivas españolas gestionan asuntos o competencias de evidente carácter público, actuando como agentes de la Administración del Estado, ésta puede incidir en la organización y en el régimen de funcionamiento de aquéllas para propiciar su adecuación a la gestión que han de desarrollar. (...) la Administración del Estado competencia indiscutible para intervenir en el desarrollo de las Federaciones que se encarguen de regular tales cometidos”.

¹⁹ Juntamente con el RD 642/1984 sobre Reglamento Disciplinario y publicados ambos en el BOE No. 80, de 3 de abril.

Así pues, dejando a un lado a los clubes y a las agrupaciones deportivas,²⁰ la nueva regulación reglamentaria vino a centrarse en la organización y funciones de las estructuras federativas. Pero ello no supuso modificación alguna del régimen implantado por el Real Decreto 177/1981, en cuanto que los principios establecidos por el mismo no es que permanecieran prácticamente inalterados, es que se reforzaron. En suma, esta nueva normativa estableció algunas variaciones, respecto de la normativa anterior, relativas a la organización de las entidades federativas, pero dio un paso al frente regularizando pormenorizadamente estos aspectos, enumerando los órganos superiores de gobierno de estos entes -si bien de modo no cerrado-, su composición, en algunos casos, sus competencias, sistema de elección de sus miembros, además de describir el carácter de estos órganos, su composición, funciones, etc.²¹

Es innegable, pues, una auténtica voluntad intervencionista de la comentada normativa en las facultades de autoorganización que las Federaciones debían de gozar dada su supuesta condición de asociaciones. Particularmente, en lo que se refiere a la composición de las Asambleas Generales (art. 5); en la ocupación de las presidencias federativas, al establecer la inelegibilidad de aquéllos que hubieran ostentado dicho cargo, ininterrumpidamente, durante los tres periodos inmediatamente anteriores a la nueva normativa, y cualquiera que hubiera sido la duración efectiva de dichos mandatos (art. 7.3.),²² y, sobre todo y decisivamente, en la previsión de la celebración de elecciones federativas y la elaboración de nuevos Estatutos federativos con sujeción a lo dispuesto en su Disposición transitoria tercera²³ y que sería detalladamente desarrollado por la

²⁰ Según BERMEJO VERA, "Administración y...", *op. cit.*, p. 193, ello se entendió así al considerarse "rechazable la uniformidad pretendida de las cuestiones relativas al régimen de entidades tan heterogéneas como federaciones, clubes y demás agrupaciones deportivas".

²¹ *Vid.* en este sentido, los arts. 3º.2., 4º, 5º, 6º, 7º y 8º del referido RD 643/84.

²² Para BERMEJO VERA, "Administración y...", *op. cit.*, p. 193, "Una innovación auténticamente polémica fue la establecida por el art. 7 de este RD que, recuperando antiguos planteamientos del ordenamiento deportivo francés, prohibió la reelección de los presidentes de las Federaciones (...) cuando dichos presidentes hubieran ostentado ininterrumpidamente tal condición durante tres periodos consecutivos (...)".

²³ "Una vez promulgadas las instrucciones de desarrollo del presente Real Decreto y en el plazo que éstas indiquen, las actuales Juntas Directivas procederán a convocar elecciones para Plenos federativos, en cuyo momento aquéllas se constituirán como comi-

Orden del Ministerio de Cultura, de 2 de julio de 1984,²⁴ sobre instrucciones para la elección de Plenos Federativos y Presidentes de las Federaciones y para la renovación de los Estatutos.²⁵

El conjunto normativo legal y reglamentario expuesto, en suma, obligaba a las entidades federativas a renunciar a la potestad de autoorganizarse que resulta ser expresión inmediata de la libertad positiva de asociación reconocida en la Constitución²⁶. Es cierto que aquella consideración – explicitada por el Real Decreto 643/1984 – de las federaciones como agentes de la Administración, en el desarrollo de su concreta modalidad deportiva, cuando actúan en “el ejercicio de funciones (...) delegadas por la Administración del Estado, bajo la coordinación del Consejo Superior de Deportes” (art. 1.2.), tiene posible encaje dentro de la denominada autoadministración, tradicional fenómeno en la Administración contemporánea.²⁷ Pero esta evidencia no resolvía el problema de que los

siones gestoras de las mismas. Constituidas éstas, y la correspondiente Mesa electoral, que estará integrada por los miembros de mayor y menor edad de cada sector representado, se procederá a la elección del Presidente de la Federación y a la elaboración, conforme al procedimiento que se establezca, de los nuevos Estatutos, con sujeción a lo dispuesto en el presente Real Decreto”.

²⁴ BOE No. 158, de 3 de julio.

²⁵ Proceso que sería continuado por la Orden de 9 de marzo de 1988 por la que se establecen instrucciones para la elección de Plenos federativos y Presidentes (BOE No. 67, de 18 de marzo), al considerarse que “Aún cuando en cumplimiento de las citadas disposiciones se ha procedido por las Federaciones Españolas al adecuado desarrollo estatutario, parece oportuno establecer unas instrucciones que permitan la coordinación por el Consejo Superior de Deportes de un proceso electoral que afecta a las 54 Federaciones Deportivas Españolas y tengan en cuenta las exigencias derivadas de la participación en los Juegos Olímpicos del presente año”.

²⁶ En este sentido LÓPEZ-NIETO Y MALLO, Francisco, *Manual de asociaciones: doctrina, legislación, jurisprudencia, formularios*, Tecnos, Madrid, 1987, p. 185, señalaba como la referida normativa “recuerda un sistema derogado por la Constitución, (...) y que roza peligrosamente con la libertad de asociación pregonada por el art. 22 de nuestro texto constitucional”.

²⁷ Que, según SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso, *Fundamentos de Derecho Administrativo*, Vol. I, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1988, p. 950 y ss, se concreta en el hecho de que a entes asociativos, integrados por personas privadas, se les confíen, junto a actividades de naturaleza estrictamente privada, funciones auténticamente públicas. De manera que, a esa encomienda o delegación de funciones públicas, se

procesos electorales federativos no se incluían entre esas funciones,²⁸ como no podía ser de otra manera, pues como con agudeza matizaba TEJEDOR BIELSA los mismos no pueden calificarse como función pública porque “ni siquiera son una función”.²⁹

Si a ello se añade que las Federaciones Deportivas – tal y como aparecían reguladas en la Ley 13/1980 y disposiciones de desarrollo – debían su constitución a un acto del poder público – que, además, definía sus fines y les atribuía el monopolio del ejercicio de funciones públicas – y se imponía la obligatoriedad, al menos indirecta, de adscripción a las mismas, pues realmente es difícil afirmar la presencia en las mismas la libertad de asociación establecida en el artículo 22 de la Constitución.³⁰

corresponde el que determinados actos de dichas entidades sean sometidos al régimen de recursos administrativos y, en su caso, a la jurisdicción contencioso-administrativa, y, también, en determinadas ocasiones, se adscriba a dichas entidades algún tributo o figura semejante para el sostenimiento de dichas entidades. Así como, también, normalmente, la pertenencia a tales entidades es obligatoria, para la realización de concretas actividades que a aquellas entidades han sido encomendadas.

²⁸ Vid. en tal sentido el artículo 16 de la Ley 13/1980.

²⁹ TEJEDOR BIELSA, Julio César, “Las elecciones Federativas y el derecho público: ¿incompetencia de la jurisdicción civil? ”, en *Revista Española de Derecho Deportivo*, No. 4, 1994, p. 242. Es más, como certeramente afirmara DE LA IGLESIA PRADOS, Eduardo, “La errónea consideración del régimen electoral de las federaciones deportivas como competencia pública delegada”, en *Anuario Andaluz de Derecho Deportivo*, No. 2, 2002, p. 201, para poder delegar una competencia es claro que ésta tiene que ser propia del delegante y si las Federaciones deportivas son asociaciones privadas, su ámbito electoral no puede considerarse propio de la Administración, al ser entidades independientes que “poseen competencias propias distintas de las directamente delegadas por la Administración”.

³⁰ A este respecto, merece ser destacado el Dictamen del Consejo de Estado número 46.134/1984, de 23 febrero de 1984, en *Recopilación de Doctrina Legal*, Boletín Oficial del Estado, 1984, pp. 156-159, emitido respecto de los apartados 3º y 4º, del artículo 5º del Proyecto de RD de estructuras federativas. En el mismo, el Consejo de Estado señalaba que tanto en el caso del RD 177/1981, como en el caso del referido Proyecto, “el preámbulo y la memoria, así como indirectamente el texto del Reglamento, parten de la idea de configurar a las federaciones deportivas como una corporación de derecho público o “entidad de derecho público”, sobre la base de que, como indica la memoria, “es lo cierto que parecen existir en la misma Ley razones suficientes para sostener el carácter público de las Federaciones Españolas”, tanto en cuanto al origen como básicamente en cuanto al silencio de su calificación al referirse a ellas simplemente como

Consideración esta que no sería así apreciada por la STS de 19 de junio de 1984 que declararía, respecto de la impugnación del Real Decreto 643/1984, al entender que el mismo

“advierte en su preámbulo que las asociaciones de carácter deportivo, pueden constituirse libremente al amparo del derecho constitucional de asociación, pero si intervienen en la organización de competencias oficiales o son el instrumento que las Administraciones Públicas utilizan para hacer efectivas algunas de sus responsabilidades en la promoción del deporte, actúan como agentes de la

entidades”. El Dictamen venía referido al Proyecto de Real Decreto de Estructuras Federativas Deportivas Españolas y Relaciones de las mismas con la Administración del Estado, en particular, a los aptdos. 3º y 4º, del artículo 5º del Proyecto. Así, el referido Proyecto establecía la potestad del CSD, en ejercicio de la función de control, de “suspender razonadamente la ejecución de los actos y acuerdos de los órganos superiores de las Federaciones deportivas españolas, siempre que sean manifiestamente contrarios al Ordenamiento jurídico deportivo, a las leyes, y las normas presupuestarias en vigor, o cuando constituyan una grave desviación de los fines estatutarios de aquéllas (...)” (art. 5º.3.), mientras que el RD 177/1981, en su art. 24.2., refería dicha potestad de suspensión o anulación, a instancia de parte o del Ministerio Público, de dichos actos o acuerdos a la autoridad judicial, cuando fueran contrarios “al Ordenamiento jurídico o a lo establecido en la Ley General de Cultura Física y del Deporte, o a las normas del presente RD o prescripciones de los correspondientes estatutos y reglamentos”. Solución esta última, que el Consejo estimaba “más ajustada al Ordenamiento jurídico y a los valores constitucionales”. De ahí la no inclusión del referido art. 5º.3. Por su parte el aptdo. 4º, del citado art. 5º, del Proyecto establecía “como consecuencia de las funciones de Control que corresponden al C.S.D.” la potestad de este para “acordar la inhabilitación temporal o definitiva para la gestión de la Federación Española correspondiente, de las personas que resultasen responsables en los supuestos contemplados en el apartado anterior (...); potestad de inhabilitación especial que el Consejo estimó que no podía establecerse en una norma de rango reglamentario, ni aún admitiéndose “a efectos argumentales que la naturaleza de las Federaciones es pública, ni el hecho de que de esta forma se trate de asegurar la correcta gestión de dinero público”, podían ser razones suficientes “para enervar la reserva de Ley constitucionalmente establecida al respecto”. Al final se reiteraron las conclusiones expuestas en el Dictamen del Consejo de Estado No. 42.963/1980, de 30 de octubre, relativo al Proyecto del que posteriormente fuera el RD 177/1981 -donde también se había planteado, aunque no tan formalmente, la cuestión relativa a la naturaleza de las Federaciones deportivas-, el Consejo de Estado consideraría que, en el caso de las Federaciones, “más bien se trata de un derecho de asociación, distinto del general para todos los ciudadanos regulado en el artículo 22 de la Constitución, y, por ello, susceptible de ser sometido a ciertas especialidades”.

Administración, y bajo este principio se desarrollan los preceptos del Real Decreto impugnado (...)” (Considerando 3º).

Pero resulta muy difícil convenir con el Alto Tribunal, como señalara ESTEVE PARDO, que el hecho de que las Federaciones sean facultadas para el ejercicio de funciones públicas puede fundamentar “un control de la Administración sobre la práctica totalidad de las actividades de las mismas, ni una regulación prácticamente exhaustiva de su organización”.³¹ Lo cual no impediría que ello volviera a ser apuntalado en la STS de 23 de marzo de 1988, que resolviera una nueva impugnación del RD 643/1984 a través de un procedimiento ordinario. Entre otras cuestiones, el TS argumentaría que

“(…) si los Estatutos suponen una cierta capacidad de autonormación para las organizaciones de base privada (...) no es menos cierto que su alcance y eficacia general ha de estar limitado por el ordenamiento estatal (...) de aquí que, los Estatutos de las Federaciones Españolas aún teniendo su ámbito peculiar y propio, conforme al artículo 17 ha de subordinarse a la Ley 13/1980 y disposiciones que la desarrollan. (...) la fijación de los contenidos básicos de los Estatutos, -artículos 3º a 8º del RD impugnado-, constituye una objetivación de las reglas protectoras de los principios representativos y una estructuración democrática exigidas por la Ley 13/1980, así el RD reitera que, son los respectivos Estatutos de las Federaciones (...) los que regulan su estructura interna y territorial (...), lo que no supone esa razón de precisión o concreción, que exista atentado alguno contra el núcleo esencial de la libertad de asociación y, otro tanto puede decirse «de las reglas de funcionamiento», -arts. 4º, 9º y 10º del RD combatido-, pues, todas ellas reproducen con exactitud los principios y preceptos de la Ley, lo que en definitiva supone que dicho RD constituye un adecuado desarrollo de la Ley 13/1980” (FD 8º).

³¹ Ello no obstante, como señala ESTEVE PARDO, José, “Las asociaciones de configuración legal. El caso de las Federaciones Deportivas (STC de 24 de mayo de 1985)”, en *Revista Española de Derecho Administrativo*, No. 45, 1985, pp. 116, nota 3, de ahí que considere que “resultan por ello cuestionables el contenido y pretensiones del RD de 28 de marzo de 1984 (...) sobre estructuras federativas al reglamentar -justificándose en la falta de concreción en este punto de la LGCFD- la organización y régimen interno de las Federaciones”. Consideración que se extiende “a la simple Orden de 2 de julio de 1984 (...) que contiene “Instrucciones” para la elección de Plenos Federativos y Presidentes Federativos y para la renovación de los Estatutos (...)”.

Asimismo, en relación a la impugnación de las concretas previsiones reglamentarias relativas a las elecciones de los presidentes de las Federaciones Españolas, las entidades demandantes reivindicaban la competencia exclusiva en las mismas y, más concretamente, la nulidad de la cláusula de ineligibilidad del artículo 7.3 del Real Decreto.³² Sin embargo, para el Tribunal, dicha cláusula

“no significa ilicitud de clase alguna, ya que responde (...) lograr, lo que se cree, una mayor eficacia al entender que ésta sea mayor con la llegada a los cargos federativos de nuevas personas, con renovadas ideas y progresivas fronteras a alcanzar en la organización del deporte, evitando la tendencia a la rutina e inmovilismo (...), buscando con ello una saludable alternancia en los cargos de responsabilidad (...), lo cual en modo alguno ha de considerarse opuesto a las esencias de los principios democráticos, procurando el cambio y renovación de las representaciones. (...) la importancia del cargo de Presidente de Federaciones Deportivas (...) lleva consigo el que sea más vinculado con las funciones públicas de las Federaciones, lo que justifica la competencia estatal para intervenir en la regulación de la elección de tales cargos” (FD 9º).

Este apoyo jurisprudencial, cuyo razonamiento no llegaba «a ser del todo convincente» a juicio del profesor FERNÁNDEZ FARRERES,³³ vino a dotar de carta de naturaleza a la apropiación administrativa de los procesos electorales federativos que preconizara el desarrollo reglamentario de la Ley 13/1980 incardinado en el combatido Real Decreto 643/1984 y en las citadas Órdenes Ministeriales de 1984 y 1988 sobre instrucciones para la elección de Plenos Federativos y Presidentes de las Federaciones. A la par que se sentaban las bases normativas que determinan la actual regulación de las elecciones federativas y que supone la publicación de una potestad genuinamente privada que hubiera de ser natural expresión de

³² Medida que recuerda BERMEJO VERA, José, “Constitución y Ordenamiento Deportivo”, en *Revista Española de Derecho Administrativo*, No. 63, 1989, p. 356, que similar a la “adoptada en Francia a mediados de los años 60 (...) se juzgó como una intromisión inadmisibles del libre derecho de asociación”. Si bien añadiría el autor, en nota al pie No. 44, que dicha medida “fue objeto de fuerte contestación (...) aunque el *Conseil d’État* la consideró válida”.

³³ GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús y FERNÁNDEZ FARRERES, Germán, *Derecho de asociación: comentarios a la Ley orgánica 1/2002, de 22 de marzo*, Civitas, Madrid, 2002, p. 55.

la libertad de autoorganización que corresponde a toda asociación de acuerdo con el contenido esencial del derecho de asociación regulado en la Constitución.

IV. La definitiva sustracción de los procedimientos electorales federativos mediante su administrativización: la Ley 10/1990 y sus disposiciones reglamentarias de desarrollo

Deliberadamente hemos omitido en el epígrafe anterior la referencia al pronunciamiento jurisprudencial más relevante de los dictados en el período de vigencia de la Ley 13/1980: la STC 67/1985, de 24 de mayo. La razón de esta consciente omisión se encuentra en el hecho de que su doctrina influiría, bien es sabido, decisivamente en la regulación de las Federaciones Españolas realizada por la vigente Ley 10/1990 del Deporte y sus disposiciones reglamentarias de desarrollo. Ello, además, de establecer una serie de fundamentales planteamientos que sucesivamente han venido siendo reiterados en los posteriores pronunciamientos del Tribunal Constitucional y no sólo en el ámbito concreto del asociacionismo deportivo sino también del derecho de asociación en general³⁴.

En efecto, la definitiva y definitoria STC 67/1985 incluiría a las Federaciones –reproduciendo la fina ironía del profesor PARADA – “en el sexo poco conocido de las «asociaciones de configuración legal»”³⁵ y afirmando, por tanto, que las mismas “aparecen configuradas como asociaciones de carácter privado, a las que se atribuyen funciones públicas de carácter administrativo” (FJ. 4 B).

³⁴ En este sentido, PAREJO ALFONSO, Luciano, *Estudio Preliminar a Cámaras Oficiales y Cámaras de Comercio*, de del Saz, S., Marcial Pons, Madrid, 1996, pp. 9-14, considera que el Tribunal Constitucional con esta Sentencia -y juntamente con la STC 123/87 de 15 de julio- adoptó un criterio, y ya para lo sucesivo, que “enturbia definitivamente su doctrina”. Toda vez que supuso una inflexión clave respecto de “la primera y más correcta doctrina sobre las organizaciones de configuración legal”, que se estableciera por las SSTC 18/1984 de 7 de febrero y 23/1984 de 20 de febrero.

³⁵ PARADA VÁZQUEZ, Ramón, *Derecho Administrativo. Organización y empleo público*, Vol. II, Marcial Pons, 1989, p. 265.

Esta doctrina constitucional, relativa a la naturaleza y funciones de las federaciones, daría alas al legislador de la Ley 10/1990, de 15 de octubre, del Deporte³⁶ para llevar a cabo su revalidación legal. De ahí que en su Preámbulo se apresurara a declarar que

«Por primera vez se reconoce en la legislación la naturaleza jurídico-privada de las Federaciones, al tiempo que se les atribuyen funciones públicas de carácter administrativo. Es en esta última dimensión en la que se sustentan las diferentes reglas de tutela y control que la Administración del Estado puede ejercer sobre las Federaciones y que la Ley, cautelarmente, ha establecido con un absoluto y exquisito respeto de los principios de autoorganización que resultan compatibles con la vigilancia y protección de los intereses públicos en presencia».

Pero, al margen de esta declaración de principios, el régimen jurídico al que se viene a sujetar la naturaleza y actuación de las Federaciones – tanto por la propia Ley como por sus disposiciones de desarrollo – desnaturaliza y desdice cualquier atisbo posibilista de lo así declarado. Las funciones de tutela³⁷ y control administrativo que implementa la vigente normativa sobre las Federaciones Españolas convierten en una ilusoria entelequia el anunciado “exquisito respeto de los principios de autoorganización” de estas supuestas entidades asociativas. Verificándose sobre las mismas una intervención pública, sustentada en la atribución que se les hace del ejercicio de funciones públicas, que resulta ser intensa y determinante al afectar a apartados muy relevantes para su existencia y funcionamiento.³⁸

Hasta el punto de que se va a exceder el ámbito de justificación que deviene de la vigilancia de acciones administrativas al incidir, con carácter

³⁶ BOE No. 249, 17 de octubre.

³⁷ OSORIO ITURMENDI, Lucas, “El ejercicio de funciones públicas por las Federaciones deportivas españolas. Régimen aplicable”, en *Revista Española de Derecho Deportivo*, No. 4, 1994, p. 278, “La expresión “tutela” indica una relación cuasi jerárquica del CSD en relación con las Federaciones Deportivas, lo que apunta una relación de superioridad y ordenación de actuaciones del primero con respecto al segundo”.

³⁸ En este sentido *vid.* las consideraciones que realizaba SOUVIRÓN MORENILLA, José María, “Fronteras entre lo público y lo privado: las llamadas asociaciones deportivas”, en CARRETERO LESTÓN, José Luis (Director), *Derecho del Deporte. El nuevo marco legal*, Unisport/Junta de Andalucía, Málaga, 1992, pp. 58 y ss.

decisorio además, en el ámbito de las potestades asociativas propiamente privadas. Consideración esta que encuentra paradigmática ilustración en la vigente regulación de los procedimientos electorales federativos, que son hurtados de la potestad de autoorganización asociativa cuando, debe insistirse, no constituyen ejercicio de función pública alguna. De ahí la extrañeza que provoca su publicación cuando lo preceptivo sería su encuadramiento en el régimen privado como así lo considera, al menos, el parecer doctrinal mayoritario.³⁹

³⁹ En tal sentido, *vid.*, por todos, AGIRREAZKUENAGA, Iñaki, *Intervención pública en el deporte*, Civitas-Instituto Vasco de Administración Pública, Madrid, 1998, pp. 211 y ss.; ALONSO-ALEGRE FERNÁNDEZ DE VALDERRAMA, Germán, "Envío de observadores por la Administración Pública a procesos electorales de las federaciones deportivas: ¿práctica habitual y conforme a Derecho o afán intervencionista e ilegal?", en *Revista Jurídica del Deporte*, No. 13, 2005, pp. 465-468; BERMEJO VERA, José, "El conflicto deportivo y la jurisdicción", *Documentación Administrativa*, No. 220, 1989, pp. 179-205; CALONGE VELÁZQUEZ, Antonio, "Elecciones federativas en Castilla y León: algunos problemas sobre su régimen jurídico", en *Revista Española de Derecho Deportivo*, No. 7, 1997, pp. 5-13, también publicado en *Recursos para la gestión, el rendimiento y entrenamiento deportivo y para la intervención pedagógica en la actividad física y deportiva*, Vol. III, Junta de Castilla y León, Consejería de Educación y Cultura, Valladolid, 1997, pp. 370 y ss.; CAMPS POVILL, Andreu, *Las federaciones deportivas. Régimen jurídico*, Civitas, Madrid, 1996, pp. 311-323; DE LA IGLESIA PRADOS, Eduardo, "Comentario a la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Sevilla), de 25 de abril de 2001", en *Anuario Andaluz de Derecho Deportivo*, No. 1, 2002, pp. 155-161, del mismo autor, "La errónea consideración del régimen electoral de las federaciones deportivas como competencia pública delegada", *Anuario Andaluz de Derecho Deportivo*, No. 2, 2003, pp. 197-205 y "Régimen jurídico de las elecciones en las federaciones deportivas españolas", en *Derecho Deportivo*, No. 6, 2004, pp. 79-104; ESPARTERO CASADO, *Deporte, Asociacionismo Deportivo y Derecho de Asociación*, *op. cit.*, pp. 297 y ss.; GARCÍA CABA, Miguel María, "La -creciente- publicación del régimen jurídico de los procesos electorales de las Federaciones Deportivas Españolas: ¿una transgresión del principio de autoorganización federativa? A propósito de la Orden ECD/452/2004, de 12 de febrero", en *Revista Jurídica del Deporte*, No. 13, 2005, pp. 435-458; HERNÁNDEZ SAN JUAN, Isabel, "Comentario de la Sentencia de la Audiencia Nacional desestimando el recurso contencioso-administrativo deducido contra la Orden ECI/3567/2007, de 4 de diciembre, por la que se regulan los procesos electorales en las Federaciones Deportivas", en *Revista Jurídica del Deporte*, No. 23, 2009, pp. 237-241; HERNÁNDEZ VENERO, José María, "Reflexiones sobre el sistema de elección de presidente de las federaciones deportivas españolas", en *Revista Española de Derecho Deportivo*, No. 11, 1999, pp. 49-59; MILLÁN GARRIDO, Antonio, "Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de julio

Pero, como decimos, la vigente normativa ha abusado de la facultad restrictiva de las potestades de organización interna de las Federaciones Españolas. De manera que estas restricciones en el ámbito electoral se verifican por las vías que con singular acierto compendia MILLÁN GARRIDO.⁴⁰ Señalándose como la primera vía de intervención pública la conformación normativa general de la estructura orgánica de las federaciones deportivas, esto es, los artículos 31 de la Ley 10/1990 y 13 a 22 del Real Decreto 1835/1991, de 20 de diciembre, sobre Federaciones Deportivas Españolas.⁴¹ En suma, se estipula que las Federaciones deportivas

de 2001"; en *Anuario Andaluz de Derecho Deportivo*, No. 1, 2002, pp. 149-153 y también del mismo autor, *Régimen electoral de las federaciones deportivas andaluzas*, Bosch, Barcelona, 2003, pp. 21 y ss, "La modificación de los estatutos federativos a requerimiento de la Administración: comentario a la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de 23 de enero 2001 (RJCA 2001, 991)"; en *Revista Jurídica del Deporte*, No. 6, 2001, pp. 109-116, "El régimen electoral de las federaciones deportivas españolas"; en *Anuario Iberoamericano de Derecho Deportivo*, No. 1, 2009, pp. 245-303; PALOMAR OLMEDA, Alberto, "De nuevo algunas reflexiones sobre la supervisión de los procesos electorales"; en *Derecho Deportivo*, No. 6, 2004, pp. 13-31, también del mismo autor, *El sistema deportivo español: una visión diferente y pautas de reforma*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), pp. 54 y ss.; PRADOS PRADOS, Santiago, "El régimen jurídico de los procesos electorales de las federaciones deportivas"; en *Revista Jurídica del Deporte*, No. 6, 2001, pp. 13-23 y también del mismo autor, *Las licencias deportivas*, Bosch, Barcelona, 2002, pp. 14 y ss.; SILVA PÉREZ, José Miguel, "Problemática práctica de las elecciones federativas"; en *Revista Española de Derecho Deportivo*, No. 7, 1997, pp. 61-70; TEBAS MEDRANO, Javier, "La fiscalización administrativa de los procesos electorales federativos estatales: una verdad a medias"; en *Revista Española de Derecho Deportivo* No. 25, 2009, pp. 61-74; TEJEDOR BIELSA, Julio César, "¿Quién controla las elecciones federativas?"; en *Revista Española de Derecho Deportivo*, No. 1, 1993, pp. 69-77 y también del mismo autor, "Las elecciones federativas y el Derecho público: ¿incompetencia de la jurisdicción civil?"; en *Revista Española de Derecho Deportivo*, No. 4, 1994, pp. 239-247, "Materia deportiva, materia administrativa y acceso a la jurisdicción"; en *Derecho Deportivo*, No. 3 y 4, 2003, pp. 17-48, *Público y privado en el deporte*, Bosch, Barcelona, 2003, pp. 126 y ss.

⁴⁰ MILLÁN GARRIDO, "El régimen electoral de las federaciones deportivas españolas", *op. cit.*, pp. 253-257.

⁴¹ BOE No. 312, de 30 de diciembre. El cual ha sido sucesivamente modificado por el RD 1325/1995, de 28 de julio (BOE No. 222, de 16 de septiembre) por el que se modifica el Real Decreto 1835/1991, de 20 de diciembre, sobre Federaciones Deportivas Españolas, al añadir al mismo el Capítulo X, "De las Federaciones y Asociaciones deportivas internacionales"; integrado por dos nuevos artículos, el 40 y 41 concretamente.

españolas “regularán su estructura interna y funcionamiento a través de sus Estatutos, de acuerdo con principios democráticos y representativos”;⁴² siendo sus órganos de gobierno y representación «con carácter necesario, la Asamblea General y el Presidente»⁴³ y se determina “la consideración de electores y elegibles para los citados órganos”⁴⁴

Asimismo, el RD 253/1996, de 16 de febrero (BOE No. 58, de 7 de marzo), por el que se modifican, concretamente, los arts. 12.2. j) y 17.5 del RD 1835/1991. El RD 1252/1999, de 16 de julio (BOE No. 170, de 17 de julio), de modificación parcial del RD 1835/1991: se modifica su denominación, que pasa a ser RD 1835/1991 sobre Federaciones Deportivas Españolas y Registro de Asociaciones Deportivas; se modifican los artículos 8, 10, 14, 15, 17, 18, 25, 26, 27, 28 y las disposiciones adicionales primera y segunda; se introdujo un nuevo capítulo XI, artículos 42 a 49. El RD 1026/2007, de 20 de julio (BOE No. 174, de 21 de julio), por el que se modifican el apartado 5 del artículo 18 –relativo a la composición de las Comisiones Gestoras- y los apartados 1 y 2 del artículo 31 –relativos a la composición de la Junta de Garantías Electorales- del RD1835/1991.

⁴² Artículo 31.1 de la Ley 10/1990. Por su parte el artículo 13 del RD 1835/1991 tras reproducir en su apartado 1º dicho tenor literal, establece en su apartado 2º que “Los Estatutos podrán prever como órganos complementarios de los de gobierno y representación la Junta Directiva, el Secretario de la Federación y el Gerente, asistiendo al Presidente. En el seno de la Asamblea General se constituirá una Comisión Delegada, de asistencia a la misma”.

⁴³ Artículo 31.2 de la Ley 10/1990. En cuanto al régimen de elección y representación, el artículo 12.2.j) se vería modificado por el RD 253/1996, de forma que su redacción quedara como sigue “sistema de elección y cese de los titulares de los órganos federativos de gobierno y representación garantizando su provisión mediante sufragio libre, igual, directo y secreto. En todo caso se recogerá el número de mandatos que pueda ostentar el Presidente de la Federación Deportiva Española y el sistema para presentar la moción de censura contra el mismo”. Asimismo, particularmente interesante resultaría ser la modificación introducida por el precitado RD 253/1996 en el artículo 17.5 -“Los Estatutos de cada Federación Deportiva Española se pronunciarán, expresamente, sobre el número de mandatos que con carácter indefinido o limitado, puedan ostentar sus respectivos Presidentes”, en cuanto que vino a eliminar la limitación de elegibilidad a la Presidencia de una Federación Española que expresamente se determinaba para quien hubiera ostentado dicha condición, ininterrumpidamente, durante tres periodos..

⁴⁴ Artículo 31.3 de la Ley 10/1990. Asimismo, las estipulaciones establecidas a este respecto en el artículo 14 del RD 1835/1991 serían objeto, entre otros, del recurso contencioso-administrativo -interpuesto por las Federaciones Catalanas de Ciclismo, Billar, Motonáutica, Actividades Subacuáticas y Tiro con Arco frente al RD 1835/1991-, pues consideraban los recurrentes que infringía los artículos 14 y 22 de la Constitución al establecer una discriminación entre los miembros de las Federaciones Deportivas Es-

La publicación continúa con el establecimiento de las bases, principios o criterios generales a que han de ajustarse los procesos electorales federativos mediante las correspondientes y sucesivas órdenes ministeriales⁴⁵ y que constituyen el marco en el que debe moverse dicho régimen interno electoral federativo. A ello se añade el control de los estatutos federativos mediante el trámite de verificación reglada de los mismos, que deriva de la estipulación que legal y reglamentariamente determina que los estatutos de las Federaciones deportivas españolas y sus modificaciones, una vez aprobados por la Comisión Directiva del Consejo Superior de Deportes

pañolas al otorgar la condición de electores o elegibles, porque limita la condición de electores y elegibles solamente a aquellos miembros que hayan participado en competiciones oficiales de ámbito nacional en la temporada anterior. La STS de 5 de diciembre de 1996 que desestimaría el recurso contencioso-administrativo interpuesto, declaró que "La tesis del recurrente no puede ser aceptada por la Sala pues, coincide el art. 14 del Reglamento con el art. 31 de la Ley, y no constituye infracción constitucional alguna, el hecho de que dentro de las Federaciones existan miembros con capacidad para ser electores y elegibles y otros no lo sean. (...) Ello no supone discriminación alguna, ya que la discriminación existiría únicamente si hubiese derechos y obligaciones distintas para miembros que tengan las mismas características pero no cuando existen diferentes clases de miembros que responden a diferentes situaciones y sólo se concede el derecho al grupo de miembros que se consideren más idóneos para participar en la Federación, dado que la diferencia que se establece entre los miembros es objetiva y razonable, lo cual elimina toda posibilidad de discriminación, según reiterada jurisprudencia del Tribunal Constitucional. (...) No existe pues ninguna infracción del derecho de asociación y procede la desestimación total del recurso, en cuanto que el Real Decreto impugnado, en cuanto a los extremos examinados es conforme a Derecho" (FD 9º).

⁴⁵ Orden de 28 de abril de 1992 (BOE No. 109, de 6 de mayo) por la que se establecen los criterios para la realización de los procesos electorales de los órganos de gobierno y representación en las Federaciones Deportivas Españolas. Orden de 11 de abril 1996 (BOE No. 90, de 13 de abril) por la que se establecen los criterios para la elaboración de reglamentos y realización de los procesos electorales en las Federaciones Deportivas Españolas y agrupaciones de clubes. Orden de 8 de noviembre 1999 (BOE No. 275, de 17 de noviembre) por la que se establecen los criterios para la elaboración de reglamentos y realización de los procesos electorales en las Federaciones Deportivas Españolas y agrupaciones de clubes. Orden ECD/452/2004, de 12 de febrero (BOE No. 49, de 26 de febrero), por la que se establecen los criterios para la elaboración de reglamentos y realización de los procesos electorales en las Federaciones Deportivas Españolas y agrupaciones de clubes. Y la última y vigente Orden ECI/3567/2007, de 4 de diciembre (BOE No. 294, de 8 de diciembre), por la que se por la que se regulan los procesos electorales en las Federaciones Deportivas Españolas.

se publicarán en el Boletín Oficial del Estado,⁴⁶ y se inscribirán en el registro de asociaciones deportivas correspondiente.⁴⁷ De ahí que los Estatutos federativos no sean producto o expresión normativa de la libertad asociativa sino que, antes al contrario, se hace depender la eficacia de los mismos de una decisión administrativa.⁴⁸

Este control estatutario se va extender, siguiendo la senda de esta intervención administrativa, a la reglamentación electoral que de los mismos derive, pues como ya determinara Orden de 28 de abril de 1992 las Federaciones Españolas

“A efectos de lo previsto en la disposición transitoria octava del Real Decreto 1835/1991 (...), elaborarán y presentarán en el Consejo Superior de Deportes (...) los correspondientes Reglamentos electorales que serán aprobados definitivamente por su Comisión Directiva, o denegados, señalando, en este último caso, las deficiencias a rectificar”⁴⁹ (Disposición transitoria 3ª).

⁴⁶ Para BERMEJO VERA, José, “Entes instrumentales para la gestión de la función pública del deporte: las Federaciones Deportivas”, en Pérez Moreno, A. (Coord.), *Administración Instrumental. Libro homenaje a Manuel Francisco Clavero Arévalo*, Vol. I, Civitas/Instituto García Oviedo, Madrid, 1994, p. 315, “Esta importante innovación legislativa obedece fundamentalmente al *componente público* de las Federaciones, es decir, a la conveniencia de conocer los datos más relevantes de su organización y funcionamiento”.

⁴⁷ Vid. artículo 31. 7 de la Ley 10/1990 y 12. 3 del RD 1835/1991.

⁴⁸ Como bien explica MILLÁN GARRIDO, “El régimen ...”, *op. cit.*, p. 254, “Se establece, con ello, un procedimiento dual o bifásico en el que la aprobación (provisional) de los estatutos corresponde a la Asamblea General federativa o a su Comisión Delegada, pero su ratificación (o aprobación definitiva) se atribuye a la Administración, siendo tal ratificación determinante de la validez de la norma y posibilitadora de su vigencia. Como requisitos de publicidad se prevén la inserción en el Boletín Oficial del Estado y la inscripción en el Registro de Asociaciones Deportivas”.

⁴⁹ Prescripción que permanece inalterada en la vigente Orden ECI/3567/2007 por la que se por la que se regulan los procesos electorales en las Federaciones Deportivas Española, al disponer que “1. Las Federaciones deportivas españolas elaborarán y someterán a la aprobación definitiva del Consejo Superior de Deportes un Reglamento Electoral, que deberá estar aprobado antes de iniciarse el correspondiente proceso electoral” (art. 3).

En consecuencia debe afirmarse que en el ámbito electoral federativo la potestad autoorganizativa de la vida asociativa alcanza hasta donde permite y valida la voluntad del poder público, lo que resulta del todo incompatible con los amplios márgenes de libertad y autonomía interna atribuidos por el derecho de asociación en su vertiente positiva.

Finalmente, se culmina el proceso interventor con la creación de una Junta de Garantías Electorales que, adscrita orgánicamente al CSD, “velará de forma inmediata y en última instancia administrativa⁵⁰ por el ajuste a derecho de los procesos electorales en los órganos de gobierno de las Federaciones deportivas españolas” (art. 38.1). Su constitución, régimen de funcionamiento y competencias habrían de regularse “por vía reglamentaria”⁵¹ (art. 38.2). Debe significarse que el tiempo y la incasable productividad normativa interventora en este sector, han venido a confirmar plenamente la pionera premonición de TEJEDOR BIELSA cuando motejara a la entonces novedosa Junta de Garantías Electorales⁵² de “elemento de distorsión”,⁵³ toda vez que sus funciones o competencias podrían suponer una completa sustracción de los procesos electorales federativos del ámbito de lo privado – como, en efecto, ha ocurrido –, así como el planteamiento de dudas a la hora de dilucidar el orden jurisdiccional ante el que habrían de resolverse los conflictos que se suscitaban en relación a los mismos. En tal sentido, consideraba el citado autor⁵⁴ que el control electoral administrativo de la Junta debía intervenir sólo cuando se vulneraran “los principios democráticos y representativos”, siendo en los demás casos competente la jurisdicción civil. De ello disientiría CALONGE VELÁZQUEZ⁵⁵ al sostener que la jurisdicción competente era la conten-

⁵⁰ Como bien indicara AGIRREAZKUENAGA, *op. cit.*, p. 213, “es la vía que igualmente han escogido, con posterioridad, todos los legisladores autonómicos con la instauración de sus respectivas Junta de Garantías Electorales, o con la atribución de similares funciones al órgano administrativo encargado de enjuiciar la disciplina deportiva”.

⁵¹ *Vid.* el Capítulo VIII, arts. 30 a 33, del RD 1835/1991.

⁵² Particularmente crítico se muestra hacia la actuación de dicho órgano administrativo TEBAS MEDRANO, *op. cit.*, en particular, pp. 71-74.

⁵³ TEJEDOR BIELSA, “¿Quién controla las elecciones federativas?”, *op. cit.*, p. 71.

⁵⁴ *Ibidem*, p. 76.

⁵⁵ CALONGE VELÁZQUEZ, Antonio, “Elecciones federativas en Castilla y León: algunos problemas sobre su régimen jurídico”, en *Revista Española de Derecho Deportivo*, No. 7, 1997, pp. 11-13 y más especialmente nota 11.

ciosa-administrativa. Posteriormente, el propio TEJEDOR BIELSA reconsideraría que la existencia de un órgano encargado de garantizar en última instancia administrativa la legalidad del proceso electoral federativo “alteraba el orden jurisdiccional competente para conocer de las impugnaciones contra el mismo (...), y al intervenir un órgano administrativo sujeto a Derecho administrativo, el orden jurisdiccional competente es el contencioso-administrativo”.⁵⁶

Creemos, en efecto, que así es y que no caben dudas a la hora de dilucidar el orden jurisdiccional ante el que hayan de resolverse los conflictos que se susciten en relación a los procesos electorales federativos⁵⁷, pues debe convenirse que la vigente normativa administrativiza el control electoral y, por tanto, los conflictos que en el mismo se produzcan, habrán de sustanciarse en vía administrativa ante un órgano administrativo – la Junta de Garantías Electorales – y la jurisdicción contencioso-administrativa en vía judicial. Es más, la autorizada voz de PALOMAR OLMEDA ha venido a advertir que esta Junta

“puede decirse que se ha convertido en una especie de «filtro natural» que delimita las cuestiones más serias y fundadas en las que el órgano administrativo es, únicamente, un trámite más en una larga carrera hacia la revisión jurisdiccional final de las decisiones y los procesos electorales. Esta disociación nos permite indicar que, al día de hoy, es ciertamente difícil – por utilizar una expresión eufemística – la impugnación indirecta de la disposición de carácter general porque la misma se articula a través de un órgano administrativo diferente al que aprueba la normativa general y vincula por tanto una competencia jurisdiccional diferente”.⁵⁸

⁵⁶ TEJEDOR BIELSA, *Público y privado en el deporte*, op. cit., 2003, p. 143.

⁵⁷ A este respecto y en relación con el análisis de los pronunciamientos jurisprudenciales sobre la materia, *vid.* por todos, los trabajos de MILLÁN GARRIDO, “Régimen electoral de las federaciones Deportivas Andaluzas”, op. cit. pp. 22 y ss.; así como “El régimen electoral de las federaciones deportivas españolas”, op. cit., pp. 247 y ss.

⁵⁸ PALOMAR OLMEDA, *El sistema deportivo español: una visión diferente y pautas de reforma*, op. cit., p. 55.

Todo ello hace que se mantenga impertérrita la singular paradoja que hace tiempo señalamos⁵⁹ y que supone el hecho de que estos mecanismos de control administrativo que se implementan sobre los procesos electorales en el ámbito de las Federaciones deportivas – expresamente calificadas por el legislador como “entidades asociativas privadas” – ni siquiera se accionen sobre entidades tales como las Corporaciones,⁶⁰ auténticas Administraciones Públicas. Sin que dicha intervención pública pueda justificarse en el ejercicio de funciones públicas por dichas entidades federativas, pues no estamos si quiera ante una función y como bien señalara CALONGE VELÁZQUEZ⁶¹ “la regulación de las elecciones federativas ¿para qué sirve? ¿qué aporta a la defensa de los fines públicos que les han sido confiados?”⁶²

Por tanto, la vigente Ley 10/1990 del Deporte y sus disposiciones de desarrollo han rematado un denso entramado de atribuciones interventoras administrativas – iniciado con la Ley 13/1980 y su desarrollo reglamentario – que van a incidir, precisamente y con carácter determinante, en el ámbito de las facultades de autoorganización interno del funcionamiento de las Federaciones Deportivas Españolas y, particularmente, en la autonomía para elegir a sus órganos de gobierno. Con ello tal pareciera que el legislador postconstitucional en la materia federativa hubiera actuado movido por la *lampedusiana* consigna de que “todo debe cambiar para que todo siga igual”, pues excediendo el ámbito de justificación de la vigilancia de acciones administrativas y de la salvaguarda de los principios

⁵⁹ ESPARTERO CASADO, *op. cit.*, p. 297

⁶⁰ En tal sentido, BERMEJO VERA, José, “Garantías electorales en el deporte”, en *IV Congreso de Derecho Deportivo de Castilla y León*, Valladolid, 14 y 15 de marzo de 1996, recogido en *Congreso de Derecho Deportivo. Textos de las ediciones de los años 1992 a 1996*, Junta de Castilla y León/Consejería de Educación y Cultura/Dirección General de Deportes y Juventud/Servicio de Formación Deportiva, Valladolid, 1997, pp. 15-16, al significar que “las Corporaciones de Derecho Público más típicas existentes en nuestro Derecho tienen su propio Derecho Electoral. (...) Lo cual hace más sorprendente que, aún teniendo soporte en la Ley, en las Federaciones se trate de imponer un Ordenamiento electoral muy completo desde fuera, es decir, desde la Administración”.

⁶¹ CALONGE VELÁZQUEZ, Antonio, “Elecciones deportivas en Castilla y León: algunos problemas sobre su régimen”, en *Recursos para la gestión, el rendimiento y entrenamiento deportivo, y para la intervención pedagógica en la actividad física y deportiva*, Vol. II, Junta de Castilla y León/Consejería de Educación y Cultura, Valladolid, 1997, pp. 370-371.

⁶² *Ibidem*, p. 370.

democráticos y representativos que deben presidir las estructura federativas, ha desplegado una intervención pública tan intensa que coloca a las Federaciones en una situación que, al decir de GONZÁLEZ GRIMALDO, “recuerda a aquélla ya superada en la que las Federaciones Deportivas Españolas se definían como órganos técnicos y administrativos de la Administración”⁶³

V. ¿Y qué hay del derecho de asociación?

La omnipresente STC 67/1985 – reiteradamente corroborada y utilizada por la jurisprudencia para establecer un diferente régimen jurídico para las federaciones deportivas – justificaría que las limitaciones legales que se imponían a la constitución de las Federaciones Españolas (trámite reglado de verificación por parte de la Administración, así como limitación, del número de las mismas, a una por modalidad deportiva) no excluirían, de suyo, a las mismas de las previsiones del artículo 22 de la Constitución, que han de ser observadas por cualquier tipo de asociación. Lo que ocurre, según explicaba ESTEVE PARDO, es que las Federaciones “han de cumplir, además, con una serie de exigencias fijadas por su legislación peculiar”.⁶⁴ Por tanto, este pronunciamiento jurisprudencial justificará que el ordenamiento exija un plus correlativo a cierta pérdida de libertad positiva de asociación – y que se extenderá a su dimensión organizativa y de funcionamiento – en el caso de aquellas asociaciones que van a gozar de especiales facultades, como es el ejercicio de funciones públicas, respecto de las restantes asociaciones.

A pesar del empeño justificador de que se esquilmará la libertad positiva y con ello las facultades de autoorganización federativas en los términos jurisprudenciales antedichos, resultaba realmente arduo sostener que con estos planteamientos las Federaciones Españolas se configuraran como auténticas asociaciones.⁶⁵ Pero si a ello se añade, además, cómo las previsiones legales y reglamentarias vigentes no sólo se limitan a los ex-

⁶³ GONZÁLEZ GRIMALDO, M. C., *Prólogo a Legislación Deportiva*, Tecnos, Madrid, 1994, p. 15.

⁶⁴ ESTEVE PARDO, *op. cit.*, p. 114.

⁶⁵ SOUVIRÓN MORENILLA, *op. cit.*, p. 79, consideraba al respecto que estas restricciones suponían soportar una intervención pública “no ya similar a la existente en el caso de los entes corporativos o administrativos instrumentales, sino mucho más intensa y por

tremos referidos sino que, también, se dirigen a abordar la regulación de las bases del procedimiento electoral en los contundentes términos⁶⁶ de la vigente Orden ECI/3567/2007, entonces a nadie puede extrañar que esta presión interventora llevara a la Real Federación Española de Fútbol a la impugnación de sus postulados.

Varias Sentencias de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional dictadas a lo largo del año 2009 (de 26 febrero⁶⁷;

tanto en cierta medida contradictoria con la personalidad jurídica privada que según la Ley del Deporte ostentan las Federaciones Deportivas Españolas”.

⁶⁶ Verbigracia: (1º) fija el comienzo de los procesos electorales en el primer trimestre del año de celebración de los Juegos Olímpicos de Verano; (2º) exige a las federaciones un censo permanentemente actualizado, (3º) modifica la representatividad en la Asamblea General de los técnicos y entrenadores; (4º) racionaliza los plazos de los procesos electorales y adapta las normas sobre Comisiones Gestoras; (5º) regula las agrupaciones de candidaturas; (6º) regula el voto por correo según el modelo de la legislación electoral general para garantizar la identidad del elector y la recepción, custodia y cómputo de estos votos así como establece un censo especial de voto no presencial, además de exigir sobres y papeletas de carácter oficial; (7º) refuerza la posición de la Junta de Garantías Electorales y extiende a sus miembros las causas de abstención y recusación de los artículos 28 y 29 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

⁶⁷ La Sala desestimó el recurso contencioso habida cuenta que las federaciones deportivas quedan fuera del ámbito de la Ley Orgánica 1/2002 reguladora del Derecho de Asociación, por lo que rechaza todos los argumentos centrados en concretas vulneraciones de la misma que prescindan de la legislación específica existente al caso, manifiesta que, en ese marco, el art. 31, 6 Ley 10/1990 habilita para el desarrollo normativo en lo concerniente a los criterios establecidos para los estatutos, composición, funciones y duración del mandato de los órganos de gobierno y representación, así como la organización complementaria de las federaciones deportivas españolas, aspectos en los que claramente incide la OM al regular los procesos electorales. *Vid.* un comentario sobre la misma en HERNÁNDEZ SAN JUAN, “Comentario de la Sentencia de la Audiencia Nacional desestimando el recurso contencioso-administrativo deducido contra la Orden ECI/3567/2007, de 4 de diciembre, por la que se regulan los procesos electorales en las Federaciones Deportivas”, *op. cit.*, pp. 237-241.

de 23 julio;⁶⁸ de 30 septiembre;⁶⁹ y de 1 de octubre⁷⁰) rechazarían las pretensiones federativas⁷¹ que se alegaban a tal fin. Se niega, pues, que la

⁶⁸ La Sala declara la competencia del orden contencioso para conocer de reclamación derivada de proceso electoral federativo, pues el artículo 38 de la Ley 10/1990 al crear la Junta de Garantías electorales, adscrita orgánicamente al Consejo Superior de Deportes, afirma que dicho órgano velará, de forma inmediata y en última instancia administrativa, por el ajuste a derecho de los procesos electorales en los órganos de gobierno de las Federaciones deportivas españolas, por lo que al tratarse de actos dictados por la última instancia administrativa en el ejercicio de funciones públicas delegadas y, por tanto, sujetas al derecho administrativo, su conocimiento está encomendado al orden contencioso-administrativo. Sobre la misma puede verse el comentario de DE MIGUEL PAJUELO, Francisco, "Naturaleza jurídica de las federaciones deportivas españolas. Comentario a la sentencia del la audiencia nacional (sala de lo contencioso administrativo, sección 3ª) de 23 de julio de 2009", en *Revista Jurídica del Deporte*, No. 28, 2010, pp. 349-356.; PUNZÓN MORALEDA, Jesús y SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, Francisco, "La incidencia de los derechos fundamentales en la configuración legal de las federaciones deportivas: el derecho de asociación", en *Revista Jurídica del Deporte*, No. 28, 2010, pp. 73-82.

⁶⁹ La Sala rechaza la pretensión de la recurrente de que se efectúa una intromisión en la esfera interna de entidad privada, considerando que no existe vulneración del derecho de asociación, dado que se excluyen de los efectos del artículo 22 de la Constitución a estas entidades por su peculiares características, pretendiéndose con ello una finalidad adecuada por la Administración, que no es otra que la regulación uniforme de los procesos electorales en la federaciones deportivas españolas.

⁷⁰ En la que, prácticamente, se reproducen los fundamentos desarrollados en la anterior.

⁷¹ En síntesis, la Real Federación Española de Fútbol impugnó por el procedimiento de protección de los derechos fundamentales la citada Orden ECI/3567/2007 aduciendo los siguientes motivos: 1º Vulneración del derecho fundamental de asociación lo que determina la nulidad radical de la citada Orden al amparo del art. 62.1. a) y art. 62.2 de Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, , pues dada la naturaleza privada de las Federaciones Deportivas la Orden conculca su derecho de asociación en cuanto impide su potestad de autoorganización, del que forman parte las reglas y procedimientos para elección y sustitución de los miembros de órgano de gobierno y representación sin que una Orden Ministerial, sin cobertura legal alguna, pudiese regular de forma tan pormenorizada el citado régimen electoral, hasta el punto de impedirle ejercer la potestad de autoorganización. 2º Vulneración de la Ley Orgánica 1/2002, de 22 de marzo, reguladora del derecho asociación. Y ello por cuanto la citada Ley Orgánica fija los elementos esenciales del régimen del derecho de asociación, entre los que se incluye las libertades de autoorganización y funcionamiento sin injerencias ex-

normativa impugnada produjera las vulneraciones alegadas en relación con el derecho fundamental de asociación, la Ley Orgánica 1/2002, la Ley 10/1990 y Real Decreto 1835/1991 y considerado que son las funciones públicas de carácter administrativo ejercidas por parte de las federaciones deportivas lo que avala las diferentes reglas de tutela y control que la Administración del Estado puede ejercitar sobre las mismas y que la propia Ley 10/1990 del Deporte remite al desarrollo reglamentario, por lo que la regulación de sus procesos electorales se fundamenta en el control del Estado subyacente al ejercicio de funciones públicas delegadas.

Dichos fundamentos se reproducirían en la desestimación que el Tribunal Supremo realizara de todos los recursos de casación planteados frente a los referidos pronunciamientos de la Audiencia Nacional y cuya resolu-

teriores, sin que un reglamento de desarrollo de la Ley del Deporte pueda contradecir las previsiones de la citada Ley Orgánica. En este sentido consideraba que la Orden impugnada vulneraba distintos preceptos de la Ley Orgánica (arts. 2.4; 4.2; 7 apartado h); 40). 3º Vulneración de la Ley 10/1990 del Deporte en cuanto recoge en su Exposición de Motivos el principio de autoorganización federativo en cuanto asociación privada y pese a ello la Orden Ministerial regula las normas electorales de las Federaciones deportivas, sin la menor habilitación legal, infringiendo el art. 31.6 de la Ley del Deporte. La violación del principio de autoorganización se produce en cuanto la Orden no solo determina la composición de las Asambleas Generales de las Federaciones Deportivas sino también hasta de que manera y en que proporción se configura esa composición es decir la proporcionalidad en la representación de los estamentos implicados, tal y como establece el art. 10.3 de la Orden. 4º Vulneración de los artículos 15 y 17 del RD 1835/1991. 5º Vulneración de la normativa FIFA con grave riesgo de no participación de los clubes de fútbol español y de la selección nacional en competiciones o en actividades deportivas internacionales, pues los Estatutos FIFA consagran el principio de no injerencia de los poderes públicos de los Estados en los asuntos internos de las asociaciones nacionales bajo apercibimiento de suspensión de las mismas. Entre esta normativa FIFA se encuentra el Reglamento o Código electoral que entra en colisión con la Orden Ministerial impugnada, en especial al no permitir ninguna injerencia gubernamental en el proceso electoral ni en la composición del cuerpo electoral. 6º También se añade que falta el acuerdo de inicio del procedimiento de elaboración de la Orden y que no consta firma en la Memoria económica y en el informe de necesidad y oportunidad del proyecto, así como en el informe sobre el impacto por razón de género, informes preceptivos conforme el art. 22 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno.

ción se alargaría hasta la reciente STS⁷² (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4ª) de 6 de marzo de 2012, fecha en la que la federación recurrente se halla en su siguiente mandato por haberse celebrado ya las elecciones del presente periodo electoral. No obstante, esta STS, como sus predecesoras, deben ser objeto de atención porque aluden y reproducen condensadamente los argumentos jurisprudenciales que, en relación con el derecho de asociación, llevaran a rechazar las pretensiones invocadas.

En primer lugar, se significa que no es lo mismo una asociación deportiva (género) que una federación deportiva (especie) y critica a la recurrente que su argumentación no tenga en cuenta esas funciones públicas administrativas confiadas a las federaciones. Citando al respecto la STC 67/1985, reproducirá buena parte de la misma⁷³ para destacar que las

⁷² Previo pronunciamiento de las SSTs de 8 de noviembre de 2010 y de 15 de diciembre de 2011.

⁷³ *Vid.*, por ejemplo, la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 30 de septiembre de 2009: “c) Concebida la asociación de configuración legal dentro de estos límites, se trataría de una asociación distinta de la prevista en el art. 22 CE, que no comprende el derecho de constituir asociaciones para el ejercicio de funciones públicas de carácter administrativo relativas a un sector de la vida social. Esta posibilidad no se encuentra excluida por el artículo mencionado, cuyo núm. 3 se refiere a “las asociaciones constituidas al amparo de este artículo”, de donde se deduce “a sensu contrario” que no se excluye la existencia de asociaciones que no se constituyan a su amparo. (...) d) La peculiaridad de estas asociaciones, dado su objeto, puede dar lugar a que el legislador regule su constitución exigiendo los requisitos que estime pertinentes, dentro de los límites indicados; y ello porque el derecho de asociación reconocido en el art. 22 no comprende el de constituir asociaciones cuyo objeto sea el ejercicio de funciones públicas de carácter administrativo relativas a un sector de la vida social. (...) C) El art. 22 CE contiene una garantía que podríamos denominar común; es decir, el derecho de asociación que regula el artículo mencionado se refiere a un género -la asociación - dentro del que caben modalidades específicas. Así en la propia Constitución (arts. 6 y 7), se contienen normas especiales respecto de asociaciones de relevancia constitucional como los partidos políticos, los sindicatos y las asociaciones empresariales. (...) Por ello debe señalarse que la reserva de la Ley Orgánica en el art. 81.1 CE en orden a las leyes relativas “al desarrollo de los derechos fundamentales” se refiere en este caso a la Ley que desarrolle el derecho fundamental de asociación en cuanto tal, pero no excluye la posibilidad de que las leyes ordinarias incidan en la regulación de tipos específicos de asociaciones, siempre que respeten el desarrollo efectuado en la Ley Orgánica”.... (FJ 4) “La configuración de las Federaciones españolas como un tipo de asociaciones a las que la Ley atribuye el ejercicio de funcio-

federaciones deportivas son asociaciones distintas de las previstas en el artículo 22 de la Constitución y que las leyes pueden establecer para ellas requisitos no previstos en ese precepto.

Nada nuevo, pues, en la reiteración de los fundamentos que sentara la emblemática y, en ocasiones, socorrida STC 67/1985. Sin embargo, sí sorprende que la literal reproducción de la misma se utilice en la fundamentación de la Audiencia Nacional – que hace suya el Tribunal Supremo – extendiendo las argumentaciones que el pronunciamiento del Tribunal Constitucional realizara respecto de la justificación de los particulares requisitos de la constitución de las Federaciones Deportivas Españolas a sus facultades de autoorganización – que son las invocadas como vulneradas por la recurrente – a las que la doctrina constitucional no aludiría – al menos no expresamente – en ningún momento. Pero, además, creemos que debe ser muy matizada la afirmación de que el ejercicio de funciones públicas por las Federaciones Españolas justifica que se exijan determinados requisitos para su constitución “dado que no se trata de asociaciones constituidas al amparo del artículo 22 de la Constitución”.⁷⁴

En tal sentido, deben recordarse y traerse aquí a colación las avisadas precisiones que al respecto realizara el profesor FERNÁNDEZ FARRERES señalando que dicha afirmación “no debe inducir a equívocos” respecto de que dichas entidades federativas – asociaciones de configuración legal y por tanto con un régimen jurídico específico – queden excluidas del derecho de asociación y de las bases o principios constitucionales que enmarcan su ejercicio. Es cierto que el Tribunal admite la singularidad del régimen jurídico de estas asociaciones de configuración legal, pero dentro de unos límites, los derivados del necesario respeto por el legislador al contenido esencial del derecho de asociación. De ahí que “la afirmación de que no se trata de asociaciones constituidas al amparo del artículo 22 – afirmación quizás discutible y apoyada en cualquier caso en una interpretación late-

nes públicas, justifica que se exijan determinados requisitos para su constitución, dado que no se trata de asociaciones constituidas al amparo del art. 22 CE, que no reconoce el derecho de asociación para constituir asociaciones cuyo objeto sea el ejercicio de funciones públicas de carácter administrativo, según hemos indicado reiteradamente. Por eso, dado que el derecho a constituir Federaciones españolas existe en la medida y con el alcance con que lo regula la Ley, no es inconstitucional que el legislador prevea determinados requisitos y fases para su constitución definitiva” (FJ. 3º).

⁷⁴ STC 67/1985 (FJ. 4º D).

ral a *sensu contrario* del número 3º del artículo 22 –, como mucho debe quedar referida al mecanismo propio de constitución y reconocimiento legal de tales asociaciones”.⁷⁵

El Tribunal Constitucional ha insistido en que “el artículo 22.1 CE reconoce el derecho de asociación sin referencia material alguna, de modo que este derecho se proyecta sobre la totalidad del fenómeno asociativo en sus muchas manifestaciones y modalidades (SSTC 67/1985, 23/1987 y 56/1995)” (STC 5/1996, FJ. 6º). El artículo 22 de la Constitución es, por tanto, norma común de toda manifestación asociativa y por ello mismo contiene también el régimen jurídico básico de toda asociación y, en cuanto tal, supone el límite que necesariamente deberán respetar las leyes que regulen los distintos tipos asociativos. De modo que se constituye en “lo que podríamos llamar el derecho común a nivel constitucional de todas las asociaciones (...)”.⁷⁶

Sentadas dichas consideraciones, hemos de trasladar nuestras miras a significar la amplia autonomía de libre desenvolvimiento que comporta la libertad asociativa. Hasta el punto que desde esta perspectiva señala GÓMEZ MONTORO que el derecho de asociación “no se refiere a contenidos materiales sino que es, ante todo, garantía de organización”.⁷⁷ Sin embargo, es cierto que se ha afirmado por la propia STC 67/1985 que “El artículo 22 CE contiene una garantía que podríamos denominar común; es decir, el derecho de asociación que regula el artículo mencionado se refiere a un género -la asociación- dentro del que caben modalidades específicas” (FJ. 3º C). Por ello es perfectamente plausible que existan asociaciones cuya específicas finalidades permitan, sin ser excluidas de los márgenes

⁷⁵ “Asociaciones y...”, *op. cit.*, p. 206, nota 56.

⁷⁶ SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso, “Comentario al artículo 22”, en GARRIDO FALLA, F. (Dir.), *Comentarios a la Constitución*, Civitas, Madrid, 1985, p. 428, quien añade que la mención constitucional separada de las mismas “no supone en caso alguno la consagración, para tipos concretos, de principios o reglas contradictorias o meramente distintos de lo establecido en el art. 22 de la Constitución; las reglas de este artículo, pues, serían de general aplicación, a menos que por ley se dispusiese lo contrario en atención a la peculiar naturaleza de algunas asociaciones”. En el mismo sentido, LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, Enrique, *op. cit.*, pp. 88 y ss.

⁷⁷ GÓMEZ MONTORO, Ángel José, *Asociación, Constitución, Ley. Sobre el contenido constitucional del derecho de asociación*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2004, p. 65.

del derecho de asociación, una especial configuración por el legislador que las separe de la regulación general. Ahora bien, la libertad configuradora no puede ser absoluta pues como establece la STC 5/1996, de 16 de enero, “el legislador, en el desarrollo legislativo de este derecho, pueda establecer ciertas condiciones y requisitos de ejercicio en relación con determinadas modalidades asociativas, o en atención a la distinta naturaleza de sus fines, siempre que los mismos no afecten al contenido esencial de este derecho fundamental” (FJ. 6º).

En tal sentido, procede recordar aquí la doctrina material⁷⁸ que estableciera la STC 218/1988, de 22 de noviembre, que vino a afirmar que se garantiza a las asociaciones autonomía organizativa que resulta inmune a cualquier injerencia, pública o privada, pues debe respetarse el contenido esencial de tal derecho:

“el derecho de asociación, reconocido en el art. 22 de la Constitución, comprende no sólo el derecho a asociarse, sino también el de establecer la propia organización del ente creado por el acto asociativo dentro del marco de la Constitución y de las leyes que, respetando el contenido esencial de tal derecho, lo desarrollen o lo regulen (art. 53.1). (...) todos los poderes públicos, deben respetar el derecho fundamental de asociación y, en consecuencia, deben respetar el derecho de autoorganización de las asociaciones que, como antes se ha dicho, forma parte del derecho de asociación”⁷⁹ (FJ. 1º).

Planteados en estos términos la cuestión del derecho de las asociaciones a la autonomía organizativa interna, hemos de llamar la atención sobre el hecho de que no serían así apreciados por Tribunal Supremo que reiteraría la argumentación de que

⁷⁸ Respecto de la misma *vid.*, por todos, MARÍN LÓPEZ, Juan José, “La intervención judicial en los conflictos endoasociativos: el caso de la expulsión de los asociados (Comentario a la STC 218/1988, de 22 de noviembre)”, en *Revista del Poder Judicial/Consejo General del Poder Judicial*, No. 14, 1989, p. 151-162; LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, *op. cit.*, pp. 232 y ss.; BILBAO UBILLOS, Juan María, *La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997, pp. 63 y ss.

⁷⁹ *Vid.* en el mismo sentido las SSTC 56/1995 de 6 marzo; 96/1994 de 21 marzo; 173/1998, de 23 de julio; 104/1999 de 14 junio; 133/2006 de 27 abril.

“(...) el ejercicio por estas federaciones de funciones públicas de carácter administrativo (artículo 30.2 de la Ley 10/1990), la representación de España que se les atribuye en el plano internacional (artículo 33.2) y, en general, la relevancia que el deporte y su organización tienen en la vida social (artículo 43 de la Constitución y preámbulo de la Ley 10/1990) no sólo justifican que se las someta a la coordinación y tutela del Consejo Superior de Deportes (artículo 33 de la Ley 10/1990), sino también que se les impongan determinadas exigencias en el plano de su organización y funcionamiento y en lo relativo a los procesos electorales correspondientes a sus órganos de gobierno. No debe pasarse por alto, en este sentido, que la Constitución ha impuesto a algunas de las asociaciones y entidades de base asociativa más relevantes por la trascendencia de las funciones que desempeñan --los partidos políticos, los sindicatos, las asociaciones empresariales, los colegios y las organizaciones profesionales-- una estructura interna y un funcionamiento democráticos (artículos 6 y 7 y 36 y 52). Ni tampoco que la Ley del Deporte ha querido extender a las federaciones deportivas exigencias de esta naturaleza (artículo 31.1) y el RD 1835/1991 las ha articulado. (...) En este contexto se inserta la Orden de 4 diciembre de 2007”.⁸⁰

Creemos, empero, que debe convenirse con GÓMEZ MONTORO que el

“derecho de asociación protege no sólo el derecho «a» (crear) una asociación sino también el derecho «en» la asociación. Quedan, por tanto, dentro del ámbito constitucionalmente garantizado todas aquellas actuaciones de los titulares de la organización que se ordenan a su subsistencia y a su capacidad de funcionamiento. Esto incluye la autonomía normativa y la autonomía organizativa”.⁸¹

A ello no empece que el legislador pueda limitar el derecho de autoorganización mediante la exigencia de formas organizativas que garanticen la democracia interna en la asociación. Como se ha puesto de manifiesto páginas atrás, dicha imposición es impuesta expresamente por la Constitución a determinadas asociaciones, pero también es verdad que no existe un soporte constitucional genérico a estos efectos, aunque ello – también

⁸⁰ Vid. FD 6º de la STS de 8 de noviembre de 2010 y FD. 2º de la STS de 6 de marzo de 2012.

⁸¹ GÓMEZ MONTORO, Ángel José., “Veinticinco años de derecho de asociación”, en *Revista de Derecho Político*, No. 58-59, 2003-2004, p. 260.

es cierto – no ha impedido que la Ley Orgánica 1/2002, de 22 de marzo, reguladora del Derecho de Asociación⁸² extienda dicha exigencia a la generalidad de las asociaciones.⁸³ Lo cual no legitima la desmesura que supone la actual normativa, al cercenar en el seno de las Federaciones Deportivas Españolas la autonomía asociativa que permita la organización funcional de la elección de sus órganos de gobierno.

No puede admitirse por ello esta justificación de la apropiación administrativa de los procesos electorales federativos que realiza el Alto Tribunal sobre la base de que estas entidades ejercen funciones públicas, pues ello no autoriza que la Administración pueda mediatizar, hasta convertirla en administrativa, la adopción de decisiones sobre la vida interna de las mismas y, más concretamente, sobre sus funciones propias de autoorganización y gobierno.⁸⁴ En todo caso, y aunque se admitan las amplias facultades configuradoras del legislador en estas específicas asociaciones de configuración legal, debe reiterarse con ESTEVE PARDO que ese intervencionismo público sólo podrá desplegarse “sobre aquellas funciones públicas para cuyo ejercicio han sido facultadas”.⁸⁵ Siguiendo este parecer FERNÁNDEZ FARRERES afirma que “lo que importa retener” es que el hecho de que estas asociaciones ejerzan funciones públicas no puede llevar sin más a admitir un control pleno y total sobre la organización y las actividades de las mismas, sino que el mismo sólo cabrá sobre esas funciones y guardando la debida proporcionalidad, de modo que “la intervención ad-

⁸² BOE No. 73, de 26 de marzo.

⁸³ “5. La organización interna y el funcionamiento de las asociaciones deben ser democráticos, con pleno respeto al pluralismo. (...)” (art. 2º). Circunstancia esta que sigue sin resultar pacífica en la doctrina y como opina SALVADOR CODERCH, P., *Asociaciones, derechos fundamentales y Constitución*, Madrid, 1997, p. 132, señalando como criterio constitucionalmente adecuado que “la sujeción a un estatuto democrático debe imponerse a aquellas asociaciones que representan intereses sociales ante las instancias públicas, a fin de procurar la mayor autenticidad posible en esa representación”.

⁸⁴ SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, Juan José, “Asociación y Constitución”, en GARCÍA DE ENTERRÍA MARTÍNEZ-CARANDE, Eduardo, *Constitución y constitucionalismo hoy*, Fundación Manuel García-Pelayo, Caracas, 2000, p. 493 y ss., considera que los límites a la libertad configuradora del legislador son la autodeterminación asociativa, la capacidad organizativa funcional y el principio de proporcionalidad.

⁸⁵ ESTEVE PARDO, *op. cit.* p. 116.

ministrativa sólo será legítima, en consecuencia, en tanto se adecue o sea proporcional a los intereses generales que persigue y que la justifican”.⁸⁶

Por ello creemos que es muy significativo que el propio Tribunal Supremo señale entre los elementos de sus argumentación que la propia Constitución ha establecido especiales previsiones para determinadas asociaciones (partidos políticos, sindicatos, etc.) que son “más relevantes por la trascendencia de las funciones que desempeñan”. Es más, hace tiempo que mostramos nuestro acuerdo con esta previsión jurisprudencial al sostener que la importancia de estas concretas modalidades asociativas “no permite encuadrar a las Federaciones –asociaciones de configuración legal – conjuntamente con aquéllas asociaciones que dada su especial relevancia jurídico-social, resultan objeto de particulares exigencias por expresas menciones constitucionales”.⁸⁷ Sin embargo, quizás, al juzgador se le olvide que la extensión de este argumento deba finalizar en la reveladora constatación de que a pesar de la extraordinaria relevancia social de estas concretas asociaciones y de la importancia de las funciones públicas ejercidas por las mismas – piénsese si no, verbigracia, en el caso de los partidos políticos⁸⁸ – en ningún momento se ha producido intervención administrativa alguna de sus procesos electorales internos, como sí ocurre y de forma muy decisiva además en el caso de las Federaciones Españolas.

Tampoco nos convence el razonamiento de los pronunciamientos que en la cuestión que nos ocupa realizara la Audiencia Nacional y confirmara el Tribunal Supremo respecto de que las Federaciones Deportivas Españolas quedan fuera del ámbito de la Ley Orgánica 1/2002, en cuanto que la misma expresamente deja a salvo de su régimen aplicativo aquellas asociaciones que tengan un régimen asociativo específico y entre ellas menciona especialmente a las Federación Española que se regirán por su

⁸⁶ “Asociaciones y...”, *op. cit.*, p. 208.

⁸⁷ “Deporte, Asociacionismo Deportivo y...”, *op. cit.*, p. 217.

⁸⁸ Como señala la propia Exposición de Motivos de Ley Orgánica 6/2002, de 27 de junio (BOE 154, de 28 de junio), de Partidos Políticos, “aunque los partidos políticos no son órganos constitucionales sino entes privados de base asociativa, forman parte esencial de la arquitectura constitucional, realizan funciones de una importancia constitucional primaria y disponen de una segunda naturaleza que la doctrina suele resumir con referencias reiteradas a su relevancia constitucional y a la garantía institucional de los mismos por parte de la Constitución”.

legislación específica. Esto es, y en este contexto, la Ley 10/1990, el Real Decreto 1835/1991 y la vigente Orden ECI/3567/2007. Pero si dicha normativa reguladora del asociacionismo deportivo en el ámbito federativo no constituye regulación del derecho de asociación entonces debemos preguntarnos por el desarrollo de dicho derecho y cuales sean los aspectos del mismo que hayan de ser reservados a ley orgánica.

En este sentido, la STC 67/1985 iniciaría una reiterada doctrina al afirmar que:

“(...) debe señalarse que la reserva de la Ley Orgánica en el artículo 81.1 de la Constitución en orden a las leyes relativas «al desarrollo de los derechos fundamentales» se refiere en este caso a la Ley que desarrolle el derecho fundamental de asociación en cuanto tal, pero no excluye la posibilidad de que las leyes ordinarias incidan en la regulación de tipos específicos de asociaciones, siempre que respeten el desarrollo efectuado en la Ley Orgánica» (FJ. 3 C).

No obstante, a juicio de GÓMEZ MONTORO, es en la STC 173/1998 donde de manera “contundente”⁸⁹ se estableciera cuáles son los aspectos del derecho de asociación reservados a ley orgánica:

“(...) debe considerarse reservado a la ley orgánica ex art. 81.1 CE la regulación de «los elementos esenciales de la definición» del derecho de asociación – o, en otras palabras, la delimitación de «los aspectos esenciales del contenido del derecho» en lo tocante a la titularidad, a las facultades elementales que lo integran en sus varias vertientes (STC 101/1991, fundamento jurídico 2º), al alcance del mismo en las relaciones *inter privados*, a las garantías fundamentales necesarias para preservarlo frente a las injerencias de los poderes públicos y, muy especialmente, dada su naturaleza de derecho de libertad, corresponde en exclusiva al legislador orgánico la precisión de los límites que, en atención a otros derechos y libertades constitucionalmente reconocidos y respetando siempre el contenido esencial, puedan establecerse para determinar las asociaciones constitucionalmente proscritas -es decir, las ilegales, secretas y de carácter paramilitar-, así como los límites en relación al derecho

⁸⁹ GÓMEZ MONTORO, “Asociación, Constitución, Ley...”, *op. cit.*, p. 215.

de asociarse de determinados grupos de personas -militares, jueces, etc.-, o en relación a la libertad de no asociarse" (FJ. 8º).

En este orden de cosas, llama la atención que la propia Exposición de motivos de la Ley Orgánica 1/2002 recalque

"la necesidad ineludible de abordar el desarrollo del artículo 22 de la Constitución, mediante Ley Orgánica al tratarse del ejercicio de un derecho fundamental (artículo 81), implica que el régimen general del derecho de asociación sea compatible con las modalidades específicas reguladas en leyes especiales y en las normas que las desarrollan, para (...) las asociaciones deportivas. Con este objetivo se establece un régimen mínimo y común (...)"

Acordemente con esta exposición debe admitirse que es cierto que la Ley Orgánica 1/2002 estipula que las Federaciones Deportivas, entre otras asociaciones, "Se regirán por su legislación específica (...)" (art. 1.3). Pero también, y como ya hemos sostenido⁹⁰, debe atenderse al autorizado parecer de GONZÁLEZ PÉREZ y FERNÁNDEZ FARRERES cuando señalan que la interpretación que deba hacerse de esta mención contenida en la disposición orgánica debe de ser realizada en el sentido de entender que las asociaciones que se enuncian en la misma "no son supuestos formalmente excluidos del ámbito de aplicación de la Ley, sino asociaciones a las que por su especificidad, sin dejar de regirse por la LODA, se les aplicará una normativa propia"⁹¹. Lo que, por otra parte, resulta plenamente coherente con la doctrina expuesta de la reiterada STC 67/1985 cuando afirmara que no se excluye "la posibilidad de que las leyes ordinarias incidan en la regulación de tipos específicos de asociaciones, siempre que respeten el desarrollo efectuado en la Ley Orgánica". De manera que esta precisión del Alto Tribunal "indica claramente que esa sujeción a una legislación específica no puede determinar una exclusión total del ámbito de aplicación de la Ley Orgánica (...)"⁹², en cuanto la misma fija el régimen del derecho de asociación.

⁹⁰ Vid. nuestro trabajo ESPARTERO CASADO, Julián, "La necesaria ilicitud de las cláusulas estatutarias federativas prohibitivas del derecho a la tutela judicial", *Revista Jurídica del Deporte*, No. 14, 2005, pp. 47-71.

⁹¹ *Op. cit.*, p. 43. En lo esencial comparte dicho planteamiento GÓMEZ MONTORO, "Asociación, Constitución, Ley...", *op. cit.*, p. 27, especialmente nota 3.

⁹² *Ibidem*, p. 45.

A mayor abundamiento, la Disposición Final 1ª de la Ley Orgánica 1/2002 establece que “Los artículos 1; 2 salvo apartado 6; 3 salvo apartado g); 4.2, 5 y 6; 10.1; 19; 21; 23.1; 24; 29.1; 30.3 y 4 ; 37; 38; la disposición derogatoria única; y las disposiciones finales primera 1, segunda y cuarta tienen rango de Ley Orgánica, al constituir el desarrollo del derecho fundamental de asociación, contenido en el artículo 22 de la Constitución”. A este respecto, afirma MARÍN que dicha estipulación significa que estos preceptos hayan de aplicarse a los tipos específicos de asociaciones identificados en el artículo 1.3 “de modo directo y principal”.⁹³

En suma, y a modo de conclusión de esta cuestión, como contundentemente declaran los eminentes profesores GONZÁLEZ PÉREZ y FERNÁNDEZ FARRERES, en los términos antedichos debe quedar “precisado (...) el efectivo alcance del apartado 3º de este artículo 1 (...). Esa remisión a la legislación específica no supone que los principios o bases normativas contenidas en el artículo 22 de la CE – y también normas orgánicas de desarrollo, concretadas en la LODA – dejen de vincular – con las precisiones que, según los caso, haya que hacer- a todas esas modalidades desgajadas del género común asociativo”.⁹⁴

VI. Una última reflexión

La intervención pública en cualquier actividad se justifica por la presencia de un interés general o público⁹⁵ que, por tanto, va a requerir preocu-

⁹³ MARÍN LÓPEZ, Juan José, *Ley Orgánica del Derecho de Asociación*, Tecnos, Madrid, 2003, p. 117.

⁹⁴ *Op. cit.*, p. 46.

⁹⁵ Utilizamos esta acepción en el sentido estricto que señala el ilustre profesor PAREJO ALFONSO, Luciano, “El interés general o público. Las potestades generales o formales para su realización”, en PAREJO ALFONSO, Luciano, JIMÉNEZ BLANCO, A. y ORTEGA ÁLVAREZ, L., *Manual de Derecho Administrativo*, Vol. I, Ariel, Barcelona, 1996, pp. 467-469, “en su acepción más general y amplia, el interés general se confunde con el fin mismo del Estado, al que en el Preámbulo de la Constitución se alude con las expresiones “orden económico y social justo” y “calidad de vida”. Entendido en sentido más estricto, el interés general -esto es, cuando el mismo “se refiere a los bienes jurídicos imputables a la colectividad, cuya tutela corresponde, por ello, a los poderes públicos, es decir, a las organizaciones (o las designadas por éstas), en cuanto gestores cabalmente de los intereses del común o no pertenecientes (en su caso, no

parse por ella y sus efectos, regular su desarrollo en términos razonables, participar en su organización cuando sea necesario y contribuir a su financiación.⁹⁶ Si estamos de acuerdo en ello, entonces también habremos de convenir que cuando aquella intervención desborda “términos razonables”, la misma deviene en injustificada y, en consecuencia, debe cesarse o, al menos, replantearse. Consideración esta que resulta ser plenamente aplicable en el contexto que nos ocupa y a la que refiere PALOMAR OLMEDA⁹⁷ en su último trabajo – que consideramos, es hora ya de decirlo, como el libro más relevante que en materia de organización jurídica del deporte se ha publicado en los últimos años –, cuando señalando la hoja de ruta hacia una reconversión⁹⁸ de la estructura pública de nuestro modelo deportivo, concluye respecto del control administrativo y el sistema impugnatorio de los procesos electorales federativos que

“Esta circunstancia hace que, en la actualidad, el sistema impugnatorio no pueda considerarse completo de forma que o bien se repiensa dentro del sistema público o se remite las cuestiones electorales a un modelo puramente privado cuya impugnación final debería corresponder a la jurisdicción civil teniendo en cuenta que los procesos electorales no están sometidos a la celeridad y la intensidad temporal que anteriormente indicábamos en relación con la disciplina deportiva. (...) La sentencia del Tribunal supremo de 8 de Noviembre de 2010 ha confirmado la legalidad del modelo actual pero no cuestiona la posibilidad de otro modelo lo que nos

asignados), a la esfera propia de los sujetos privados”, se identifica con el interés público que “se da cuando el objetivo que debe ser atendido por una actividad afecta a una organización política o administrativa como totalidad y no puede ser logrado más que por esa totalidad. La apreciación y declaración de tal interés corresponde necesariamente, pues, a los poderes públicos constituidos (...)”.

⁹⁶ Deliberadamente hemos parafraseado aquí los términos que refiere el preámbulo de la Ley 10/1990 del Deporte al hablar del mandato constitucional de fomento del artículo 43.3 de la Constitución.

⁹⁷ PALOMAR OLMEDA, *El sistema deportivo español...*, op. cit., p. 55.

⁹⁸ Empeño este, dicho sea de paso, que ya se ha manifestado en anteriores publicaciones. Ver si no al respecto, por todas, PALOMAR OLMEDA, Alberto, “Repensar el modelo... repensar “lo público””, en *Revista Jurídica del Deporte*, No. 21, 2007, pp. 117-158; “La modernización de la gestión pública del deporte”, en *Revista Jurídica del Deporte*, No. 25, 2009, pp. 19-44.

permite indicar que sería posible remitir a sus propias reglas –propias de una entidad asociativa– la regulación y control de los procesos electorales manteniendo en “mano pública” la normativa que asegure la democracia, la transparencia y la representatividad de los colectivos en el marco de los procesos electorales”.

Tan avisada doctrina nos reafirma en la oportunidad de la desaparición o, al menos, atemperación de esta intervención administrativa que juzgamos excesiva y carente de fundamentación en cuanto que no aporta nada a los fines que afirma pretender. Ello a pesar de que importante doctrina, sin perjuicio de sostener el carácter privado de las elecciones federativas, ha apuntado sólidas razones como puedan ser la financiación pública⁹⁹ de las federaciones o la importancia para los poderes públicos de los procesos que deban seguirse para la elección de quienes habrán de estar al frente del monopolio federativo para fundamentar la concurrencia de un interés público en la regularidad de los procesos electorales federativos y que exige “el establecimiento de mecanismos eficaces de control electoral que aseguren la plena vigencia de los puros principios de representatividad y democracia”.¹⁰⁰

Pero, sin desmerecer estos planteamientos, discrepamos de los mismos por la evidencia de que son muchas las importantes entidades públicas y

⁹⁹ AGUILERA FERNÁNDEZ, Antonio, “Algunos malos ejemplos de la relación entre el Estado social y el deporte”, en *Revista Española de derecho Deportivo*, No. 7, 1997, p. 25, “el clásico argumento del carácter privado de las Federaciones deportivas, y su exigencia de no intromisión de los poderes -ejecutivo y legislativo en nuestro caso- en su organización interna, es, en elemental teoría política y constitucional, sofisticado, por estar en abierta confrontación con la (...) realidad de la financiación por parte del Consejo Superior de Deportes del 75 por 100 de los gastos de las Federaciones deportivas españolas”.

¹⁰⁰ PRADOS PRADOS, “El régimen jurídico de los procesos electorales de las federaciones deportivas”, *op. cit.*, p. 19. En similar sentido, PUNZÓN MORALEDA, y SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, *op. cit.*, p. 80, “Entre esos requisitos que se sobreponen sobre las Federaciones deportivas se encuentra la regulación del régimen electoral de los órganos de gobierno y representación de las Federaciones deportivas para garantizar que los procesos electorales se desarrollen teniendo en consideración los principios de Estado social y democrático de derecho en los que se basa nuestro ordenamiento constitucional permitiendo el desarrollo de un sistema electoral que permita un sufragio libre y secreto, igual y directo. Así es posible garantizar los principios de universalidad, igualdad, libertad y secreto de la votación junto con las salvaguardas procedimentales de transparencia, verificabilidad y seguridad del mismo”.

privadas que mantienen una fuerte dependencia financiera del Estado y ello no ha deparado ni depara un control o intervención¹⁰¹ que vaya más allá de las aportaciones públicas y que sustituya la capacidad de autoorganización de las mismas. Claro es también que un Estado que constitucionalmente se autoproclama como democrático no pueda permanecer indiferente respecto de la necesidad de la pureza de los principios de representatividad y democracia que han de presidir las estructuras federativas. Pero este mismo razonamiento, como se ha insistido, es predicable también respecto de asociaciones de singular relevancia constitucional (partidos políticos, sindicatos, asociaciones de empresarios, etc.), así como de la propia Administración corporativa (colegios profesionales, cámaras, etc.) titular de auténticas potestades administrativas y, otra vez repetimos, sus procesos electorales no se han visto nunca intervenidos.

Lo que viene a reforzar la idea de que la caracterización privada de entidades federativas se limitó a recurrir al novedoso género de la asociación de configuración legal para encubrir lo que es una evidente publicación de las mismas. A la vez que para ello, nos atreveríamos a añadir, se distorsionara el contenido del artículo 22 de la Constitución, así como el trazado de las distintas categorías jurídicas que devienen, por confusas, en inservibles. Porque el régimen jurídico al que la vigente normativa somete a las Federaciones Españolas apenas consigue ocultar que su naturaleza privada es ficticia, pues tanto su constitución como su funcionamiento y organización interna es diseñado y dirigido íntegramente por la Administración.

Hasta el punto de que lo que habría de entenderse función o facultad interna, genuina expresión de la autonomía organizativa correspondiente

¹⁰¹ En este sentido, GONZÁLEZ GRIMALDO, *op. cit.*, p. 16, "En ningún caso la subvención o la dependencia financiera han justificado un intervencionismo estatal más allá de lo que significan la vigilancia y el control del destino de los fondos públicos". También BAÑEGIL ESPINOSA, Adolfo, "El orden público deportivo, como límite a la autorregulación en el movimiento deportivo", en *Justicia Deportiva/Aranzadi*, No. 2, 1996, p. 18, quien tras señalar que "El control que actualmente se realiza sobre las Federaciones tiene su base más nítida en las ayudas presupuestarias que les son distribuidas", resalta el hecho de que "sin embargo existen muchas empresas que también reciben ayudas y sobre el destino de las mismas existe el control establecido en la Ley General Presupuestaria (Intervención del Estado, Tribunal de Cuentas...). Estos mecanismos de intervención sobre el dinero público podrían ser suficientes".

a toda asociación, se convierte por obra y gracia del legislador en una actividad administrativa. De modo que el que se siga manteniendo esta injustificada intervención, pese al transcurso de estas tres largas décadas de consolidación constitucional del derecho de asociación, nos revela que el poder público sigue sin confiar en la capacidad¹⁰² de autoorganización de las Federaciones, pues considera imprescindible establecer controles – que como se ha puesto reiteradamente de manifiesto, incluso exceden a aquéllos que caracterizan la Administración corporativa – para salvaguardar el necesario respeto y transparencia de los principios democráticos y representativos que deban presidir su estructura interna. Lo que supone someter a las Federaciones Deportivas Españolas a la imposición administrativa de una democracia vigilada que anula su derecho de autoorganización y que las coloca forzosamente en una situación organizativa, parafraseando al profesor SALVADOR CODERCH,¹⁰³ en la que el imperio de la democracia y sus reglas poco o nada tienen que ver con la libertad y las suyas.

¹⁰² Así se manifestaba GONZÁLEZ GRIMALDO, *op. cit.*, p. 16, considerando el autor entonces que ello tenía su origen en que “el deporte español no ha superado la mayoría de edad”. Símil éste que, en cierto modo, también resulta utilizado por BAÑEGIL ESPINOSA, *op. cit.*, p. 14, al afirmar que los controles sobre el mundo deportivo y las Federaciones deberán desaparecer “paso a paso permitiendo la emancipación hasta la mayoría de edad”. La misma idea se refleja, asimismo, en las consideraciones de SOUVIRÓN MORENILLA, *op. cit.*, p. 79, nota 64, al destacar como en la regulación vigente sobre las federaciones la literalidad de determinados preceptos “evoca el campo vedado al menor emancipado si no cuenta con la debida asistencia”.

¹⁰³ Así, en SALVADOR CODERCH, *op. cit.*, p. 132, refiriéndose al punto o medida que puede llegar el legislador limitando el derecho de autoorganización mediante la exigencia de formas organizativas que garanticen la democracia interna, señala que “la democracia y sus reglas no siempre coinciden con la libertad y las suyas”.

VII. Referencias bibliográficas

Obras generales

- AGIRREAZKUENAGA ZIGORRAGA, Iñaki, *Intervención pública en el deporte*, Civitas-Instituto Vasco de Administración Pública, Madrid, 1998.
- BERMEJO VERA, José, "Garantías electorales en el deporte", en *IV Congreso de Derecho Deportivo de Castilla y León*, Valladolid, 14 y 15 de marzo de 1996, recogido en *Congreso de Derecho Deportivo. Textos de las ediciones de los años 1992 a 1996*, Junta de Castilla y León/Consejería de Educación y Cultura/Dirección General de Deportes y Juventud/Servicio de Formación Deportiva, Valladolid, 1997.
- _____, "Administración y Deporte", en BERMEJO VERA, José (Director), *Derecho Administrativo. Parte Especial*, Civitas, Madrid, 1994.
- _____, "El Derecho de asociación con fines deportivos", en COLECTIVO DE AUTORES, *XII Jornadas de Estudio: Los Derechos Fundamentales y Libertades Públicas (I)*, Vol. II, Dirección General del Servicio Jurídico del Estado, Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones, 1992.
- _____, "Entes instrumentales para la gestión de la función pública del deporte: las Federaciones Deportivas", en PÉREZ MORENO, A. (Coordinador), *Administración Instrumental. Libro homenaje a Manuel Francisco Clavero Arévalo*, Vol. I, Civitas/Instituto García Oviedo, Madrid, 1994.
- BILBAO UBILLOS, Juan María, *La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997.
- _____, *Libertad de asociación y derechos de los socios*, Secretariado de Publicaciones e Intercambio Científico/Universidad de Valladolid, Valladolid, 1997.
- CALONGE VELÁZQUEZ, Antonio y ALLUÉ BUIZA, Alfredo, "Derecho de Asociación y Federaciones Deportivas", en VVAA., *XII Jornadas de Estudio: Los Derechos Fundamentales y Libertades Públicas (I)*, Vol. II, Dirección General del Servicio Jurídico del Estado, Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones, 1992.
- CAMPS POVILL, Andreu, *Las federaciones deportivas. Régimen jurídico*, Civitas, Madrid, 1996.
- CAZORLA PRIETO, Luis María, *Deporte y Estado*, Labor-Politeia, Barcelona, 1979.

- ESPARTERO CASADO, Julián, *Deporte, Asociacionismo Deportivo y Derecho de Asociación: Las Federaciones Deportivas*, Universidad de León, León, 2000.
- GÓMEZ MONTORO, Ángel José, *Asociación, Constitución, Ley. Sobre el contenido constitucional del derecho de asociación*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2004.
- GONZÁLEZ GRIMALDO, Mariano Carmelo, *Prólogo a Legislación Deportiva*, Tecnos, Madrid, 1994.
- GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús y FERNÁNDEZ FARRERES, Germán, *Derecho de asociación: comentarios a la Ley orgánica 1/2002, de 22 de marzo*, Civitas, Madrid, 2002.
- LAGARDERA OTERO, Francisco, "Historia social del deporte en España", en GARCÍA BLANCO, S. (Coordinador), *Simposium de Historia de la Educación Física*, Universidad de Salamanca, Salamanca, 1995.
- LÓPEZ-NIETO Y MALLO, Francisco, *Las asociaciones y su normativa legal*, Abella, Madrid, 1980.
- _____, *Manual de asociaciones: doctrina, legislación, jurisprudencia, formularios*, Tecnos, Madrid, 1987.
- LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, Enrique, *El Derecho de Asociación*, Tecnos, Madrid 1996.
- LLUIS y NAVAS, Jaime, *Derecho de Asociaciones*, Librería Bosch, Barcelona, 1967.
- MARÍN LÓPEZ, Juan José, *Ley Orgánica del Derecho de Asociación*, Tecnos, Madrid, 2003.
- MILLÁN GARRIDO, Antonio, *Régimen electoral de las federaciones deportivas andaluzas*, Bosch, Barcelona, 2003.
- PALOMAR OLMEDA, Alberto, *El sistema deportivo español: una visión diferente y pautas de reforma*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2011.
- PARADA VÁZQUEZ, Ramón, *Derecho Administrativo. Organización y empleo público, Vol. II*, Marcial Pons, 1989.
- PAREJO ALFONSO, Luciano, "El interés general o público. Las potestades generales o formales para su realización", en PAREJO ALFONSO, L., JIMÉNEZ BLANCO, A. y ORTEGA ÁLVAREZ, L., *Manual de Derecho Administrativo*, Vol. I, Ariel, Barcelona, 1996, págs. 467-469.
- _____, "Estudio Preliminar", en del Saz, S., *Cámaras Oficiales y Cámaras de Comercio*, Marcial Pons, Madrid, 1996, págs.9-14.
- PRADOS PRADOS, Santiago, *Las licencias deportivas*, Bosch, Barcelona, 2002.
- REAL FERRER, Gabriel, *Derecho Público del Deporte*, Civitas, Madrid, 1991.

- SALVADOR CODERCH, P., *Asociaciones, derechos fundamentales y Constitución*, Madrid, 1997.
- SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso, "Comentario al artículo 22", en GARRIDO FALLA, F. (Director), *Comentarios a la Constitución*, Civitas, Madrid, 1985.
- _____, *Fundamentos de Derecho Administrativo*, Vol. I, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1988.
- SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, Juan José, "Asociación y Constitución", en GARCÍA DE ENTERRÍA MARTÍNEZ-CARANDE, Eduardo, *Constitución y constitucionalismo hoy*, Fundación Manuel García-Pelayo, Caracas, 2000, p. 473-506.
- SOUVIRÓN MORENILLA, José María, "Fronteras entre lo público y lo privado: las llamadas asociaciones deportivas", en CARRETERO LESTÓN, José Luis (Director), *Derecho del Deporte. El nuevo marco legal*, Unisport/Junta de Andalucía, Málaga, 1992.
- TEJEDOR BIELSA, Julio César, *Público y privado en el deporte*, Bosch, Barcelona, 2003.

Publicaciones periódicas

- AGUILERA FERNÁNDEZ, Antonio, "Algunos malos ejemplos de la relación entre el Estado social y el deporte", en *Revista Española de Derecho Deportivo*, No. 7, 1997, pp. 21-28.
- ALONSO-ALEGRE FERNÁNDEZ DE VALDERRAMA, Germán, "Envío de observadores por la Administración Pública a procesos electorales de las federaciones deportivas: ¿práctica habitual y conforme a Derecho o afán intervencionista e ilegal?", en *Revista Jurídica del Deporte*, No. 13, 2005, pp. 465-468.
- BAÑEGIL ESPINOSA, Adolfo, "El orden público deportivo, como límite a la autorregulación en el movimiento deportivo", en *Justicia Deportiva/ Aranzadi*, No. 2, 1996, pp. 11-25.
- BERMEJO VERA, José, "Constitución y Ordenamiento Deportivo", en *Revista Española de Derecho Administrativo*, No. 63, 1989, pp. 337-364.
- _____, "El conflicto deportivo y la jurisdicción", en *Documentación Administrativa*, No. 220, 1989, pp. 179-205.
- _____, "La dimensión constitucional del derecho de asociación", en *Revista de Administración Pública*, No. 136, 1995, pp. 119-148.
- CALONGE VELÁZQUEZ, Antonio, "Elecciones federativas en Castilla y León: algunos problemas sobre su régimen jurídico", en *Revista Española de Derecho Deportivo*, No. 7, 1997, pp. 5-13.

CALONGE VELÁZQUEZ, Antonio, "Elecciones federativas en Castilla y León: algunos problemas sobre su régimen jurídico", en *Revista Española de Derecho Deportivo*, No. 7, 1997, pp. 5-14.

DE LA IGLESIA PRADOS, Eduardo, "La errónea consideración del régimen electoral de las federaciones deportivas como competencia pública delegada", en *Anuario Andaluz de Derecho Deportivo*, No. 2, 2002, pp. 197-205.

_____, "Comentario a la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Sevilla), de 25 de abril de 2001", en *Anuario Andaluz de Derecho Deportivo*, No. 1, 2002, pp. 155-161.

_____, "La errónea consideración del régimen electoral de las federaciones deportivas como competencia pública delegada", en *Anuario Andaluz de Derecho Deportivo*, No. 2, 2003, pp. 197-205.

_____, "Régimen jurídico de las elecciones en las federaciones deportivas españolas", en *Derecho Deportivo*, No. 6, 2004, pp. 79-104.

DE MIGUEL PAJUELO, Francisco, "Naturaleza jurídica de las federaciones deportivas españolas. Comentario a la sentencia de la audiencia nacional (sala de lo contencioso administrativo, sección 3ª) de 23 de julio de 2009", en *Revista Jurídica del Deporte*, No. 28, 2010, pp. 349-356.

ESPARTERO CASADO, Julián, "La necesaria ilicitud de las cláusulas estatutarias federativas prohibitivas del derecho a la tutela judicial", en *Revista Jurídica del Deporte*, No. 14, 2005, pp. 47-71.

ESTEVE PARDO, José, "Las asociaciones de configuración legal. El caso de las Federaciones Deportivas (STC de 24 de mayo de 1985)", en *Revista Española de Derecho Administrativo*, No. 45, 1985, pp. 113-122.

GARCÍA CABA, Miguel María, "La –creciente– publicación del régimen jurídico de los procesos electorales de las Federaciones Deportivas Españolas: ¿una transgresión del principio de autoorganización federativa? A propósito de la Orden ECD/452/2004, de 12 de febrero", en *Revista Jurídica del Deporte*, No. 13, 2005, pp. 435-458.

GÓMEZ MONTORO, Ángel José, "Veinticinco años de derecho de asociación", en *Revista de Derecho Político*, No. 58-59, 2003-2004, pp. 241-268.

HERNÁNDEZ SAN JUAN, Isabel, "Comentario de la Sentencia de la Audiencia Nacional desestimando el recurso contencioso-administrativo deducido contra la Orden ECI/3567/2007, de 4 de diciembre, por la que se regulan los procesos electorales en las Federaciones Deportivas", en *Revista Jurídica del Deporte*, No. 23, 2009, pp. 237-241.

- HERNÁNDEZ VENERO, José María, "Reflexiones sobre el sistema de elección de presidente de las federaciones deportivas españolas", en *Revista Española de Derecho Deportivo*, No. 11, 1999, pp. 49-59.
- MARÍN LÓPEZ, Juan José, "Asociaciones: expulsión de asociado; ámbito de intervención judicial en los conflictos endoasociativos. Tutela procesal de los derechos fundamentales frente a violaciones procedentes de particulares (Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de marzo de 1992)", en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, No. 28, 1992, pp. 285-302.
- _____, "La intervención judicial en los conflictos endoasociativos: el caso de la expulsión de los asociados (Comentario a la STC 218/1988, de 22 de noviembre)", en *Revista del Poder Judicial/Consejo General del Poder Judicial*, No. 14, 1989, pp. 151-162.
- MILLÁN GARRIDO, Antonio, "Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de julio de 2001", en *Anuario Andaluz de Derecho Deportivo*, No. 1, 2002, pp. 149-153.
- _____, "El régimen electoral de las federaciones deportivas españolas», en *Anuario Iberoamericano de Derecho Deportivo*, No. 1, 2009, pp. 245-303.
- _____, "La modificación de los estatutos federativos a requerimiento de la Administración: comentario a la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de 23 de enero 2001 (RJCA 2001, 991)", en *Revista Jurídica del Deporte*, No. 6, 2001, pp. 109-116.
- OSORIO ITURMENDI, Lucas, "El ejercicio de funciones públicas por las Federaciones deportivas españolas. Régimen aplicable", en *Revista Española de Derecho Deportivo*, No. 4, 1994, pp. 278.
- PALOMAR OLMEDA, Alberto, "De nuevo algunas reflexiones sobre la supervisión de los procesos electorales", en *Derecho Deportivo*, No. 6, 2004, pp. 13-31.
- _____, "La modernización de la gestión pública del deporte", en *Revista Jurídica del Deporte*, No. 25, 2009, pp. 19-44.
- _____, "Repensar el modelo... repensar «lo público»", en *Revista Jurídica del Deporte*, No. 21, 2007, pp. 117-158.
- PRADOS PRADOS, Santiago, "El régimen jurídico de los procesos electorales de las federaciones deportivas", en *Revista Jurídica del Deporte*, No. 6, 2001, pp. 13-23.
- PUNZÓN MORALEDA, Jesús y SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, Francisco, "La incidencia de los derechos fundamentales en la configuración legal de las federaciones deportivas: el derecho de asociación", en *Revista Jurídica del Deporte*, No. 28, 2010, pp. 73-82.

SILVA PÉREZ, José Miguel, "Problemática práctica de las elecciones federativas", en *Revista Española de Derecho Deportivo*, No. 7, 1997, pp. 61-70.

TEBAS MEDRANO, Javier, "La fiscalización administrativa de los procesos electorales federativos estatales: una verdad a medias", en *Revista Española de Derecho Deportivo*, No. 25, 2009, pp. 61-74.

TEJEDOR BIELSA, Julio César, "Las elecciones Federativas y el derecho público: ¿incompetencia de la jurisdicción civil?", en *Revista Española de Derecho Deportivo*, No. 4, 1994, pp. 239-247.

_____, "Materia deportiva, materia administrativa y acceso a la jurisdicción", en *Derecho Deportivo*, Nos. 3 y 4, 2003, pp. 17-48.

_____, "¿Quién controla las elecciones federativas?", en *Revista Española de Derecho Deportivo*, No. 1, 1993, pp. 69-77.

Las garantías del derecho al deporte en el ordenamiento jurídico cubano. Hacia un modelo necesario y deseable en la actualización del sistema deportivo*

DR. KAREL LUIS PACHOT ZAMBRANA**

Sumario

- I. Presentación del tema
- II. Las garantías del derecho al deporte. Hacia un modelo necesario y deseable
- III. Una propuesta de bases generales dirigidas al perfeccionamiento de las garantías del derecho al deporte en Cuba
- IV. A modo de conclusiones
- V. Fuentes bibliográficas

* Publicado como parte del artículo “Las garantías del derecho al deporte en el ordenamiento jurídico cubano ante la actualización del modelo deportivo”, en la *Revista Española de Derecho Deportivo*, Editorial Reus, S.A. y Asociación Española de Derecho Deportivo, Madrid, España, No. 34-2, Enero-Junio 2014, pp. 25-58. Para esta oportunidad fue debidamente revisado y actualizado.

** Profesor Titular de Teoría general del Estado y de Derecho constitucional, Facultad de Derecho de la Universidad de Oriente, Santiago de Cuba. Responsable de la Disciplina (Área) de Fundamentos Teóricos y Constitucionales del Estado y del Derecho y Coordinador del Grupo de Investigación sobre Derecho del Deporte, del propio centro. Coordinador/ Promotor de la Red Iberoamericana de Investigadores en Derecho y Gestión del Deporte (reconocida y patrocinada por la Asociación Universitaria Iberoamericana de Posgrado, AUIP, Salamanca, España). kpachot@uo.edu.cu

I. Presentación del tema

Recientemente, en 2014, fue aprobada por el Consejo de Ministros (máximo órgano ejecutivo y administrativo que constituye el Gobierno de la República de Cuba) la denominada “Nueva política de contratación de atletas, entrenadores y especialistas del deporte”, la que comenzó a ser implementada de conjunto con los Organismos de la Administración Central del Estado directamente relacionados con esta novedosa política (el Instituto Nacional de Deportes, Educación Física y Deportes, INDER, y los Ministerios de Trabajo y Seguridad Social, MTSS, y de Finanzas y Precios, MFP, entre otras instituciones).

Con ello, comenzaba un (esperado y demorado) proceso de actualización del sistema deportivo cubano, y que conduciría a cambios o transformaciones profundamente relevantes. Supóngase que durante el último medio siglo el sistema deportivo cubano se concibió exclusivamente en el deporte aficionado (*amateur*), ya que quedó proscrito desde 1962 cualquier manifestación deportiva de carácter profesional.¹

En sentido general, todo este proceso se circunscribe en el proceso de actualización del modelo económico y social en que se encuentra involucrado el país, iniciado a partir de la aprobación en el pasado VI Congreso del Partido Comunista de Cuba (el 18 de abril de 2011) de los Lineamientos de la Política Económica y Social del Partido y la Revolución, luego de un extenso debate sometido no sólo a la militancia política del partido sino a la sociedad cubana, encauzado en el propósito fundamental de “garantizar la continuidad e irreversibilidad del socialismo, el desarrollo económico del país y la elevación del nivel de vida de la población, conjugado con la necesaria formación de valores éticos y políticos en nuestros ciudadanos”.²

Volviendo a la “Nueva política de ingresos de atletas, entrenadores y especialistas del deporte”,³ la misma pretende, inicialmente, el perfeccio-

¹ Cfr. Resolución No. 83-A, del 19 de marzo de 1962, del entonces Director General del (recientemente creado) Instituto Nacional de Deportes, Educación Física y Recreación (INDER).

² Cfr. *Lineamientos de la Política Económica y Social del Partido y la Revolución*, p. 10.

³ Vid. las normas jurídicas que implementan la “Nueva política de ingresos de atletas, entrenadores y especialistas del deporte” y que fueron aprobadas entonces: Decreto

namiento del sistema deportivo cubano, generando fuentes de ingresos que le hagan sostenible, buscando calidad y rigor en las competencias, incrementando los salarios de manera gradual y asegurando el principio de distribución socialista que constitucionalmente reconoce “de cada cual según su capacidad; a cada cual según su trabajo” (artículo 14 de la Constitución de la República de 1976, en adelante CR), todo ello siguiendo los Lineamientos 143 (relativo a los Lineamientos generales de la Política Social), 162 (Deporte), 170 y 171 (estos últimos sobre el Empleo y Salarios).

Como parte de la política anunciada comenzó a establecerse un sistema de contratación anual, acreditado por la respectiva federación nacional del deporte que practicara el atleta (deportista), en sustitución de la licencia deportiva, instrumento que en el ordenamiento jurídico cubano consiste en la exoneración laboral retribuida por un período de tiempo determinado a los trabajadores, en general, y campesinos de las cooperativas de producción agropecuaria, es decir los participantes que serán incluidos en eventos deportivos, de cultura física y recreativos convocados dentro de los calendarios y en las actividades deportivas establecidas por el INDER.⁴ Precisamente con esta licencia deportiva se asegura, en un considerable sentido, el disfrute de los ciudadanos a la práctica del deporte competitivo, cual contenido esencial del derecho fundamental al deporte, la educación física y recreación reconocido constitucionalmente en el

No. 324/2014 del Comité Ejecutivo del Consejo de Ministros (modifica Decreto No. 134/1986 “Sobre las licencias deportivas”), el Acuerdo No. 7531 del Consejo de Ministros, la Resolución No. 9/2014 del Ministro de Trabajo y Seguridad Social (sobre pago de los ingresos básicos mensuales en pesos cubanos convertibles a los atletas de alto rendimiento), la Res. Conjunta No. 1/2014 del Presidente del INDER y el Ministro de Trabajo y Seguridad Social (deroga la Resolución anterior sobre protección social de los atletas), la Res. No. 152/2014 de la Ministra de Finanzas y Precios (régimen simplificado tributario de los atletas y entrenadores para el pago del Impuesto sobre Ingresos Personales), y del Presidente del INDER, las Resoluciones No. 22/2014 (modifica Res. No. 79/09 Premios internacionales), la No. 23/2014 (modifica Res. No. 80/09 sobre ganadores y recordistas mundiales), la No. 24/2014 (categorización de los atletas de alto rendimiento) y la No. 25/2014 (sistema de contratación de los atletas de alto rendimiento). Posteriormente el Presidente del INDER aprobó la Res. No. 41/2015 (modificaciones al Procedimiento Interno para la aplicación del Reglamento de Estimulación, establecido en la Res. 80/2014 y otras modificaciones documentales).

⁴ Artículo 1, Decreto No. 134, sobre las licencias deportivas, de 6 de mayo de 1986, *Gaceta Oficial Ordinaria* de 31 de mayo de 1986.

artículo 52. Así, queda garantizada (exclusivamente hasta los momentos de aprobarse la nueva política) la base del sistema deportivo cubano, de carácter eminentemente público, y sustentado en la masiva participación ciudadana en las actividades deportivas, cual resultado incuestionablemente reconocido al Estado socialista.

A partir de entonces, convivirán en nuestro país dos sistemas paralelos de participación deportiva: uno dirigido a los atletas de alto rendimiento miembros de las preselecciones deportivas nacionales, la Serie Nacional de Béisbol y las respectivas reservas de ambos (contratados mediante una relación especial de trabajo, según dispone en su artículo 76 el vigente Código de Trabajo, Ley No. 116, de 20 de diciembre de 2013); y otro dirigido al deporte masivo, sustentado en la tradicional licencia deportiva, advirtiéndose en la nueva política que éstas irán disminuyendo progresivamente.

Precisamente, esta última decisión anunciada nos motivó a retomar el tema (no suficientemente abordado desde la doctrina académica patria) de las garantías del derecho constitucional al deporte, por cuanto considero que la gradual disminución de la licencia deportiva puede suponer serias contradicciones con lo que hasta ahora se concibe como uno de los fundamentos esenciales del sistema deportivo cubano, ya que no puede desconocerse que no todas las actividades deportivas serán sometidas a la nueva contratación (de carácter laboral, insisto), y pueden quedar en estado de desprotección jurídica aquellas que continuarán siendo esencialmente aficionadas y que son considerables (ubicadas todas estas manifestaciones en el deporte masivo).

Sépanse, a modo de ejemplo, que, y según el Anuario Estadístico del año 2012, último publicado por la Oficina Nacional de Estadísticas, en todo el país se han comprobado un total de 3.474.236 practicantes sistemáticos, de los que sólo 123.622 son deportistas de alto rendimiento (incluso, no todos estos últimos serían contratables por la nueva política pues no todos integran preselecciones nacionales ni participan en la Serie Nacional de Béisbol).⁵ Incluso, el Lineamiento 161, relativo a la Política Social y específicamente al deporte, principia que debe ofrecérsele prioridad al fomento y promoción de la cultura física y el deporte en todas sus

⁵ *Anuario Estadístico de Cuba 2012*, Edición 2012, Oficina Nacional de Estadísticas de la República de Cuba, La Habana, 2013.

manifestaciones como medios para elevar la calidad de vida, la educación y la formación integral de los ciudadanos, para lo cual se concentrará la atención principal en la práctica masiva del deporte y la actividad física, a partir del reordenamiento del sistema deportivo y la reestructuración de su red de centros.

Alarmante entonces resultaría la decisión, en caso de soslayar lo anteriormente reflexionado, con relación a la necesaria garantía material y jurídica que debe brindársele al derecho al deporte, constitucionalmente reconocido como un derecho fundamental, reitero, y que pone en evidencia, una vez más, la necesidad de una construcción teórica y, por qué no, práctica de la dogmática particular del derecho, carente de lo mismo no sólo en nuestro ordenamiento jurídico, sino, me atrevo a afirmar, en el Derecho y la doctrina comparados.

Y, por demás, puede soslayar el significado político y social que en Cuba ha marcado al deporte durante todo el período revolucionario, cuyo colofón en lo jurídico-formal fue el reconocimiento constitucional del derecho al deporte como un derecho fundamental en 1976, reconocimiento que constituyó, a la vez y sin lugar a dudas, una novedosa y profunda revolución en la constitucionalización que hasta el momento se le había brindado al deporte, en lo que bien calificaba desde la doctrina española Luis María CAZORLA PRIETO como una *constitucionalización parcial* del deporte, que venía suponiendo el tratamiento tradicional.⁶

⁶ Al respecto, CAZORLA PRIETO, Luis María, *Deporte y Estado*, Labor, Barcelona, 1979, p. 174, consideró que se constitucionalizaba parcialmente el derecho al deporte en estos supuestos En sentido contrario se manifestó CAMPS I POVILL, Andreu "El artículo 43.3 de la Constitución española", en CARRETERO LESTÓN, José Luis (Coordinador) *et al.*, *La Constitución y el deporte*, Junta de Andalucía, Málaga, 1993, p. 24, cuando asumió que: "Si la Constitución establece un Deber de fomento del deporte por parte de los poderes públicos, está reconociendo un derecho para el ciudadano, puesto que el deber para uno no deja de convertirse en un derecho para el otro, más si convenimos que el precepto no tiene sólo un valor simbólico, sino que tiene consecuencias jurídicas tales como el necesario equilibrio entre la actuación del sector público y la intervención del sector privado, basado en una limitación al intervencionismo público, pero sin llegar a una actuación exclusiva del sector privado". En este sentido, además *vid.*: BERMEJO VERA, José, "Constitución y ordenamiento jurídico", en *Revista Española de Derecho Administrativo*, No. 63, julio-septiembre de 1989, p. 344. Por su parte, DE ASÍS ROIG, "Derechos fundamentales y deporte", en CARRETERO LESTÓN (Coordinador) *et al.*, *op. cit.*, p. 99, sostuvo que se infiere "un derecho fundamental a exigir una actitud promo-

Con relación a la experiencia cubana sobre las garantías del derecho al deporte expondré a continuación mis consideraciones y recomendaciones en el ánimo de contribuir a comprender mejor la problemática y conducir a determinar los instrumentos garantes que desde el ámbito jurídico signifiquen la inequívoca defensa a la que apelarán sus titulares en caso de su menoscabo o disminución.

II. Las garantías del derecho al deporte. Hacia un modelo necesario y deseable

Con respecto a las garantías dirigidas a concretar la eficacia real y la defensa jurídica del derecho al deporte, a partir del texto constitucional solamente es posible advertir las garantías materiales que ofrecen una condicionalidad material mínima dirigida a asegurar la eficacia real del derecho. Ello podrá afirmarse a partir del segundo párrafo del propio artículo 52 cuando se refiere: "El disfrute de este derecho está garantizado por la inclusión de la enseñanza y práctica de la educación física y el deporte en los planes de estudio del sistema nacional de educación; y por la amplitud de la instrucción y los medios puestos a disposición del pueblo, que facilitan la práctica masiva del deporte y la recreación".

En sentido general, el condicionamiento material de los derechos económicos, sociales y culturales, asegurado por el régimen político, económico y social vigente en cada sociedad, estará dirigido a concretar el ejercicio real del derecho por parte de sus titulares con el objetivo de garantizar su pleno disfrute por parte de los mismos. Por otra parte, obviamente la plena realización del derecho al deporte dependerá de la instrumentación de políticas públicas que posibiliten la creación de unas condiciones materiales mínimas, que pasan desde la creación de una infraestructura

cional del Estado en aras de facilitar la posibilidad de practicar el Deporte". Sobre estos y otras consideraciones al respecto *cf.* AGIRREAZKUENAGA, Iñaki, *Intervención pública en el deporte*, Civitas, Madrid, 1998, pp. 48 y ss. Al respecto, es significativa, teniendo la escasa doctrina jurisprudencial sentada al respecto, el Fundamento Séptimo de la Sentencia del Tribunal Supremo de España de 23 de marzo de 1988, *cit.* CAMPS I POVILL, *op. cit.*, p. 22, cuando expresó: "La Constitución de 1978, en su artículo 43.3, no consagra ciertamente un derecho al deporte, sino que únicamente establece su fomento público (...)". En sentido contrario, CAZORLA PRIETO, *op. cit.*, pp. 170 y 171, cuando evalúa la aparición del derecho al deporte en la Constitución portuguesa.

adecuada de instalaciones deportivas, de apoyo financiero y logístico a su práctica, de formación de personal especializado en su enseñanza y divulgación, su implementación en los sistemas de educación, y otras, que concreten tangiblemente lo preceptuado en los textos constitucionales. Estas medidas conducentes a su promoción y fomento serán adoptadas según las concepciones jurídico-políticas y sociales en las que se apoyan los detentores del poder y de la consiguiente profundidad de iniciativa pública que se atribuya al Estado.

Se torna, de este modo, como una garantía por excelencia de estos derechos, que, sin embargo, no ha tenido la merecida consideración en la doctrina comparada. Con respecto a nuestro país, este condicionamiento material ha sido objeto de una considerable atención por parte del Estado, toda vez que se entiende el mismo como ineludible para el pleno disfrute de los derechos económicos, sociales y culturales, incluyéndose en esta consideración el derecho al deporte, junto con el acceso a la educación física y a la recreación. De hecho, el sistema deportivo cubano se ha construido sobre la base de la masividad con que asisten los participantes (cual sujetos del derecho al deporte) lo que le ha hecho merecer elogios y reconocimientos, no sólo a partir de sus resultados en competiciones deportivas de alto rendimiento sino, fundamentalmente, por el desenvolvimiento que ha adquirido en todos estos años el deporte participativo, de masas o social, y ello no puede dejar de reconocerse.

Sin embargo, precisamente hacia la necesaria y sostenible condicionalidad material se pueden dirigir serios desafíos en la actualidad, lo que bien merecerá la atención de las autoridades públicas así como de los entes asociativos del deporte. Por ejemplo, según declaraciones públicas del Vicepresidente de Inversiones del propio INDER a la prensa alrededor del 70 % de las instalaciones del país se encuentran en mal o regular estado, lo que se traduce en inadmisibles desde el punto de vista del aseguramiento de una práctica deportiva, reitero, necesaria y sostenible. Llegado este punto sería válido plantearse la posibilidad de instrumentar otras formas de gestión de la propiedad estatal en tales instalaciones deportivas (bien en forma de cooperativas, de arrendatarios, u otras) donde la participación con un marcado carácter social permita elevar la calidad no sólo de las instalaciones sino además de los servicios que en ella se ofertan, contribuyendo notablemente a la sostenibilidad y perdurabilidad del sistema deportivo nacional.

Incluso, con relación a esa necesaria sostenibilidad (en los órdenes del financiamiento y de la administración), y a tenor de las crecientes demandas económicas que exige la actividad deportiva en Cuba, llama la

atención otra de las recientes decisiones adoptadas en el marco de la actualización del modelo económico y social y que, sin lugar a dudas, evidencia alguna contradicción con aquel propósito inicial (necesaria sostenibilidad del modelo deportivo). Ello se aprecia en la recientemente aprobada Ley No. 113, del Sistema Tributario,⁷ cuando a partir de sus artículos 337, inciso c) y 338, se exige de gravamen la tasa por radicación de anuncios y propaganda comercial de los que se ubiquen por imposición de las Federaciones Internacionales en determinados eventos internacionales (que bien pudieran ser las anualmente celebradas Liga Mundial de Voleibol, Copa Mundial de Esgrima, Serie Mundial de Boxeo, u otras competiciones internacionales que ocasionalmente se celebren en el país, por ejemplo). De modo que el Estado cubano se autopriva de uno de los más importantes ingresos que en la contemporaneidad ayudan a sufragar el deporte organizado. Insisto, todo ello es necesario de ser reevaluado por las autoridades deportivas del país a fin de armonizar lógica y racionalmente el criterio de necesaria prosperidad y sostenibilidad del modelo deportivo con las decisiones adoptadas en el proceso de actualización al que se comienza a someter el mismo en estos momentos.

En fin, el constituyente sólo enunció con respecto al derecho al deporte, así como con respecto al resto de este tipo de derechos (económicos, sociales y culturales), la condicionalidad material como garantía del mismo, no explicitando en el texto constitucional directamente otras garantías dirigidas a la defensa jurídica del derecho al deporte, aunque bien pudieran encontrarse dispersas en el ordenamiento jurídico vigente.

Precisamente es hacia este ámbito de la problemática de los derechos fundamentales constitucionalmente reconocidos en Cuba hacia donde más se dirigen los debates por un considerable sector de la doctrina nacional en la actualidad.⁸ Esto se motiva inicialmente en que al constitucio-

⁷ *Gaceta Oficial Ordinaria* de 21 de noviembre de 2012.

⁸ Cfr. VILLABELLA ARMENGOL, Carlos, "Los derechos humanos. Consideraciones teóricas de su legitimación en la Constitución cubana", en PÉREZ HERNÁNDEZ, Lissette y PRIETO VALDÉS, Martha (Compilador) *et al*, *Temas de Derecho Constitucional cubano*, pp. 319 y ss.; de CUTIÉ MUSTELIER, Danelia, MARIÑO CASTELLANOS, Ángel y MÉNDEZ LÓPEZ, Josefina, "Reflexiones en torno a la protección de los derechos fundamentales en Cuba. Propuesta para su perfeccionamiento", PÉREZ HERNÁNDEZ y PRIETO VALDÉS (Compilador) *et al*, *op. cit.*, pp. 324 y ss., y "El sistema de garantías de los derechos fundamentales en Cuba", en COLECTIVO DE AUTORES, *Memorias de la IV Conferen-*

nalizarse las garantías de los referidos derechos en el texto constitucional, denominándose el Capítulo VII como Derechos, Deberes y Garantías Fundamentales, más bien, como advertí antes, se positivaron las condiciones materiales imprescindibles para la realización de los mismos, no así con las vías dirigidas a la defensa jurídica de los derechos.⁹

Por demás, esta situación, esgrimida con el argumento de que nuestro país se acogió al modelo constitucional socialista, soslaya que, justamente, en el constitucionalismo socialista no se constató anterior ni posteriormente a la promulgación del texto constitucional nuestro una denominación en la dogmática constitucional de una parte referida a los derechos y deberes fundamentales, que incluyera el término “garantías”, por lo que podemos considerarnos una excepción.¹⁰

Por otra parte, obviamente el reconocimiento formal de los derechos fundamentales, sea éste en los textos constitucionales o bien positivado en el resto del ordenamiento jurídico, es una condición ineludible en la consecución del pleno ejercicio de los mismos. Empero, no puede obviarse que la problemática de los derechos fundamentales es objeto de enconados debates toda vez que la experiencia histórica ha demostrado que no ha sido suficiente lo anterior para un efectivo respeto de los mismos. Tal circunstancia ha conducido a dotar a los derechos fundamentales de instrumentos jurídicos y de las condiciones materiales y económicas, que garanticen por un lado su ejercicio, y a la vez permitan su eficacia real en la sociedad. Esta realidad no pasó desapercibido por el constituyente

cia Científica sobre el Derecho, Barco de Papel, Mayagüez, Puerto Rico, 1998, pp. 151 y ss.; y TORRADO, Fabio Raimundo, *Los derechos humanos en el sistema político cubano*, Ciencias Sociales, La Habana, 2003, pp. 227 y ss.

⁹ Para VILLABELLA ARMENGOL, *op. cit.*, p. 320, se utilizó injustificadamente el término “garantías” por no exponerse ninguno de los mecanismos que la dogmática constitucional moderna considera como tal, criterio que no asumo pues si bien se consignó exclusivamente la condicionalidad material, bien pudieron incluirse expresamente las garantías jurídicas, pues una no excluye a la otra. Además, es válido recordar que la visión imperante en la dogmática comparada sobre las garantías es eminentemente procesalista o judicialista, por lo que tampoco dan una respuesta cabal o definitiva a la problemática de los derechos fundamentales a la cuestión de sus garantías.

¹⁰ Cfr. Constituciones de la URSS de 1936, de Viet Nam de 1959, de Checoslovaquia de 1960, de Yugoslavia de 1963, de la República Democrática Alemana de 1968, de Bulgaria de 1971, y, posterior a la nuestra, la de la URSS de 1977.

de 1976, que conjuntamente al positivizar los derechos fundamentales plasmó las respectivas garantías de los mismos. De tal modo, considero necesario identificar un esquema contentivo de las principales garantías jurídicas que pueden dirigirse al derecho al deporte, enunciadas no sólo en el texto constitucional sino dispersas en todo el ordenamiento jurídico, las que en la actualidad implican un eje ineludible de atención en medio del proceso de actualización del modelo político, económico y social cubano anteriormente declarado.

Así, aunque expresamente no fueron consignadas en el referido Capítulo las garantías para la defensa jurídica de los derechos fundamentales, puede constatar en la legislación ordinaria unos instrumentos procesales que pueden activarse en el supuesto de vulneración de los derechos fundamentales,¹¹ y que en el caso concreto del derecho al deporte se verifican del modo que a continuación se expone:

Garantías jurisdiccionales generales u ordinarias: al no estar establecidos en Cuba procedimientos jurisdiccionales exclusivamente dirigidos a tutelar los derechos fundamentales, ya sea ante órganos jurisdiccionales ordinarios o extraordinarios, serán, precisamente, a través de los procedimientos jurisdiccionales generales u ordinarios que se protegerán los derechos fundamentales reconocidos en el texto constitucional. Estas garantías no se encuentran previstas expresamente en el articulado constitucional, no obstante lo cual para algunos autores nacionales¹² de la lectura de algunos artículos puede inferirse la alusión a ellas, como del artículo 26, cuando

¹¹ Al respecto, *vid.* VILLABELLA ARMENGOL, *op. cit.*, p. 321; CUTIÉ MUSTELIER, MARIÑO CASTELLANOS Y MÉNDEZ LÓPEZ, "Reflexiones en torno a la protección de los derechos fundamentales en Cuba. Propuesta para su perfeccionamiento", *op. cit.*, pp. 324 y ss., y "El sistema de garantías de los derechos fundamentales en Cuba", *op. cit.*, pp. 151 y ss.; y TORRADO, *op. cit.*, pp. 227 y ss. Para más detalles sobre el sistema de protección jurídica de los derechos fundamentales en Cuba, *cf.* CUTIÉ MUSTELIER, Danelia, *El sistema de garantías de los derechos humanos en Cuba*, Tesis presentada en opción del Grado Científico de Doctora en Ciencias Jurídicas, Santiago de Cuba, 1999, pp. 77 y ss.; y CUTIÉ MUSTELIER, Danelia, y MÉNDEZ LÓPEZ, Josefina, "Tribunales y tutela de los Derechos Humanos en Cuba", en Colectivo de Autores, *Memorias de la Jornada Científica Internacional "Homenaje a la Constitución cubana de 1976 en su XXX Aniversario"*, Ediciones Universidad de Oriente, Santiago de Cuba, 2006, pp. 1 y ss.

¹² *Cfr.* de CUTIÉ MUSTELIER, MARIÑO CASTELLANOS y MÉNDEZ LÓPEZ, "Reflexiones en torno a la protección de los derechos fundamentales en Cuba. Propuesta para su per-

se refiere al derecho que toda persona tiene a reclamar y obtener la correspondiente reparación o indemnización que establezca la ley cuando sufriera un daño o perjuicio causado indebidamente por un agente o funcionario del Estado con motivo del ejercicio de sus funciones. Estas garantías hallan su fundamento tradicional en el derecho que le asiste a toda persona de presentar un recurso efectivo ante los órganos judiciales ante la posible vulneración de sus derechos fundamentales, consignado en los instrumentos internacionales de protección de estos¹³ o, expresamente en algunos ordenamientos jurídicos en los propios textos constitucionales.¹⁴ Su ausencia redundaría en la “esterilidad” de la defensa jurídica de los derechos fundamentales, por lo que en el supuesto específico del derecho al deporte constituye una deuda pendiente de ineludible atención.

Con respecto a Cuba, podemos fundamentar jurídicamente la existencia de estas garantías, en sentido general, en la vigente legislación de organización del sistema judicial. Así, en la Ley No. 82 de 11 de julio de 1997, Ley de los Tribunales Populares,¹⁵ se establece en el inciso c) del artículo 4, entre los principales objetivos de la actividad judicial, el de “amparar la vida, la libertad, la dignidad, las relaciones familiares, el honor, el matrimonio, y los demás derechos e intereses legítimos de los ciudadanos”.

Entre estas garantías, pueden ser instadas en la defensa del derecho al deporte en nuestro país:

feccionamiento”, *op. cit.*, pp. 328 y 330, y “El sistema de garantías de los derechos fundamentales en Cuba”, *op. cit.*, p. 153; y TORRADO, *op. cit.*, p. 231.

¹³ Tal como consigna la Declaración Universal de los Derechos Humanos en su artículo 8, de la que el Estado cubano es signatario.

¹⁴ La cláusula general de protección jurisdiccional de los derechos reconocidos a los ciudadanos por los textos constitucionales frente a posibles lesiones que sufran en el ejercicio de los mismos puede considerarse un aporte de la dogmática constitucional alemana, al ser introducida por vez primera en la Ley Fundamental de Bonn en su artículo 19 segundo párrafo. A partir de entonces fue incorporada progresivamente en una considerable parte de los textos constitucionales posteriores. *Vgr.* en el ámbito latinoamericano: artículo 43 de la Constitución argentina de 1994, artículo 19 de la Constitución boliviana de 1967, artículo 86 de la Constitución colombiana de 1991, artículo 134 de la Constitución paraguaya de 1992, artículo 200 de la Constitución peruana de 1993, y artículo 26 de la Constitución venezolana de 1999. En Europa: artículo 24 de la Constitución española de 1978.

¹⁵ *Gaceta Oficial Extraordinaria* No. 8 de 14 de junio de 1997.

a) El procedimiento administrativo (conocido en el Derecho comparado como proceso contencioso-administrativo): la regulación de este procedimiento aparece en la Ley No. 7 de 19 de agosto de 1977,¹⁶ recientemente modificada por el Decreto-Ley No. 241 de 26 de septiembre de 2006,¹⁷ denominada Ley de Procedimiento Civil, Administrativo, Laboral y Económico (en adelante LPCALE). Según lo dispuesto en su artículo 656, mediante este procedimiento pueden impugnarse todas las disposiciones de carácter general y resoluciones que emanen de los organismos de la Administración Central del Estado, sus delegaciones territoriales y los órganos de la administración local, que vulnere derechos legalmente establecidos a favor del reclamante, salvo lo dispuesto en los artículos 657 (que establece las cuestiones que no serán jurisdiccionales del procedimiento administrativo, y que aunque explicita las materias constitucionales no puede afirmarse inequívocamente a que se refiere tal precepto, por su ambigüedad y poca claridad, al no verificarse pronunciamiento definitivo al respecto, ni por la Asamblea Nacional, el Consejo de Estado o el Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular) y 673 (que establece que no serán impugnables ante la jurisdicción administrativa las resoluciones que sean reproducción de otras anteriores definitivas y firmes ni las confirmatorias de acuerdos consentidos por no haber sido recurridos en tiempo y forma).

Con relación a este procedimiento como vía para la defensa jurisdiccional de los derechos fundamentales en nuestro país, Danelia CUTIÉ MUSTELIER¹⁸ ha identificado, entre sus ventajas, el que su ámbito protector abarca cualquier derecho, siempre y cuando el titular tenga la condición de administrado y la lesión provenga de la Administración Pública o de sus agentes, y el efecto anulador de la sentencia estimativa que podrá revocar total o parcialmente la disposición o resolución impugnada (artículos 690 y 691, LPCALE). Por otra parte, advierte como una de sus mayores desventajas el que de su ámbito protector queden excluidos las cuestiones en referidas materias constitucionales¹⁹ y el ejercicio de la potestad

¹⁶ *Gaceta Oficial* de 20 de agosto de 1977.

¹⁷ *Gaceta Oficial Extraordinaria* de 27 de septiembre de 2006.

¹⁸ CUTIÉ MUSTELIER, *El sistema de garantías de los derechos humanos en Cuba*, op. cit., p. 86 y ss.

¹⁹ Con respecto a las "materias constitucionales", la formulación en la Ley de una manera general y amplia de esta expresión suscita dudas en torno a considerar si las reclamacio-

discrecional (artículo 657, incisos 4 y 6, LPCALE), esta última traducida en la práctica en una protagonista casi absoluta en la esfera decisonal administrativa, limitando de facto el acceso al procedimiento administrativo.²⁰

No obstante, es válido apuntar que ese procedimiento deja expedita una vía para la defensa jurídica del derecho al deporte frente a las actuaciones de la Administración Pública que puedan lesionar, vulnerar, amenazar o disminuir su ejercicio por parte de sus titulares, vía recurrible por excelencia toda vez que en nuestro país tiene una alta incidencia la Administración Pública en relación con el deporte, tratándose de un modelo deportivo intervencionista, por lo que emana de la misma la ordenación jurídica fundamental de nuestro ordenamiento jurídico, pudiendo evidenciarse en ese actuar los anteriores supuestos en relación con el derecho al deporte.

Frente a esta consideración atenta, por una parte, el que determinadas disposiciones del INDER, principalmente en lo referente a su potestad sancionadora en materia de disciplina deportiva,²¹ niegan la posibilidad de impugnar las decisiones de ese carácter adoptadas en última instan-

nes sobre derechos reconocidos en la Constitución pueden o no instarse ante la vía jurisdiccional administrativa. En el supuesto de negarles esta vía a las pretensiones que se deduzcan contra las disposiciones de carácter general y resoluciones que emanen de la Administración, y que en ambos casos supongan la vulneración de derechos legalmente reconocidos a favor del reclamante, se entraría en contradicción con lo preceptuado en la propia Ley en su artículo 656 inciso primero. En tal sentido, con el propósito de aclarar esta situación, CUTIÉ MUSTELIER, *El sistema de garantías de los derechos humanos en Cuba, op. cit.*, p. 87, sostiene el criterio, que comparto, de que "el sentido del legislador no era excluir tal materia sino las relativas a las cuestiones de constitucionalidad de leyes y demás disposiciones de carácter general, para lo cual se debe seguir el procedimiento establecido ante la Asamblea Nacional del Poder Popular".

²⁰ Cfr. ARIAS GAYOSO, Grethel, *La potestad discrecional en Cuba*, Tesis presentada en opción al Grado Científico de Doctora en Ciencias Jurídicas, Santiago de Cuba, 2010, *in totum*.

²¹ Cfr. artículo 19 de la Resolución No. 13 de 7 de febrero de 2003, Reglamento disciplinario del Béisbol, o artículo 24 de la Resolución No. 66 de 2009, Reglamento disciplinario para los alumnos-atletas matriculados en el sistema de enseñanza deportiva y los atletas que participan en eventos deportivos nacionales e internacionales. En este último supuesto, con respecto a los alumnos-atletas no es posible acudir a la vía jurisdiccional administrativa, al no estar comprendida en la misma la actividad educacional y la disciplina escolar y estudiantil, toda vez que así lo dispone el artículo 657.5 de la Ley de Procedimiento Civil, Administrativo, Laboral y Económico (LPCALE), no así con respecto

cia en la vía interna de la Administración ante los órganos de justicia, lo que restringe, a su vez, el acceso a la justicia ordinaria, actuar totalmente contrario a los fundamentos jurídicos de nuestro Estado Socialista, en los que la revisión judicial de los actos de la Administración es una garantía del cumplimiento del principio de legalidad socialista. Esta “pretendida” exención judicial de las decisiones de la Administración soslaya, al parecer, que en virtud de las mismas puede disminuirse o lesionarse el derecho fundamental a la práctica del deporte, por cuanto implican la separación temporal o definitiva de un practicante del deporte competitivo, negándole la posibilidad de impugnarlas ante un órgano imparcial. Otra cosa puede ser su “pretendida” eficacia en el ordenamiento jurídico cubano, toda vez que los tribunales competentes pueden admitir sin vacilación alguna las demandas de los afectados por estas disposiciones, amparados legalmente en las disposiciones de la LPCALE.

Por otra parte se pretende obviar que la potestad sancionadora de la Administración Pública es revisable en vía jurisdiccional,²² por lo que desde el punto de vista estrictamente técnico-jurídico, debe ser considerado legítimo que los practicantes de actividades deportivas competitivas en ejercicio del derecho fundamental que la Constitución les reconoce como plenos sujetos titulares, en el supuesto de ser sancionados por la Administración Pública pueden acudir a la vía jurisdiccional-administrativo a solucionar sus diferencias con respecto a las medidas impuestas.²³

En sentido general, toda disposición administrativa debe ser susceptible de impugnación judicial cuando afecte a los derechos fundamentales e intereses legítimos consagrados constitucionalmente, sin que pueda producirse indefensión para sus titulares, salvo las excepciones expresamente consignadas en la LPCALE. De lo contrario, aceptar que no sean revisables en sede judicial las decisiones administrativas que presumiblemente vulneren el ejercicio de derechos fundamentales sería incentivar en

a los demás sujetos que califican como deportistas participantes en eventos nacionales o internacionales.

²² La exclusión de la potestad sancionadora en materia de disciplina deportiva con respecto a la jurisdicción administrativa no está establecida en ninguna disposición de la LPCALE.

²³ Sobre la potestad sancionadora de la Administración y su incidencia específica en el deporte, *cfr.* GAMERO CASADO, Eduardo, *Las sanciones deportivas*, Bosch, Barcelona, 2003, *in totum*.

nuestra sociedad zonas al margen del Derecho, donde pudieran efectuarse potenciales arbitrariedades por parte de las autoridades administrativas, lo que, en mi opinión, no puede tener cabida alguna bajo el régimen político, económico y social imperante en nuestra sociedad y según lo preceptuado en nuestro ordenamiento jurídico.²⁴

b) El procedimiento laboral: el procedimiento laboral pudiera antojarse en nuestro Derecho de ser la vía efectiva por excelencia en garantizar el acceso a la práctica del deporte, toda vez que una considerable parte de los practicantes del deporte competitivo, calendariado oficialmente por el INDER ya sea a los efectos de competencias a efectuarse en el territorio nacional o en el extranjero, están vinculados laboralmente a una entidad, obligada a otorgar la respectiva licencia deportiva que permita el acceso del trabajador a la práctica del deporte competitivo, cual sujeto titular del derecho fundamental. Sin embargo, en el propio Decreto No. 134, en su artículo 18, se establece que en caso de discrepancia entre el Director de Deportes, autoridad solicitante de la licencia deportiva, y el director o administrador de la entidad donde labore el trabajador, la decisión final la tomará el Órgano de Administración Local, en caso de que el participante prestara servicios en una entidad de subordinación local, o el jefe de la delegación territorial o, en caso de no contar el respectivo organismo con una delegación territorial, decidirá el jefe del organismo al que se encuentre subordinada la entidad, en el caso de que esta última sea de subordinación nacional, oído el parecer del Departamento de Deportes de la Central de Trabajadores de Cuba. Obviamente, lo que pudiera tramitarse como una reclamación por reconocimiento de derecho emanado de la legislación laboral vigente (Ley No. 116, Código de Trabajo, arts. 165-180), al amparo del Sistema de Justicia Laboral, parece destinado a conducirse por la vía administrativa interna. Paradójicamente, en la primera disposición final del Decreto No. 134, se establece que a los participantes se les mantendrán los derechos laborales y de seguridad social previstos en la legislación vigente mientras estén disfrutando de la licencia deportiva, sin

²⁴ En este sentido es oportuno recordar a GONZÁLEZ GRIMALDO, Mariano-Carmelo, *El ordenamiento jurídico del deporte*, Civitas, Madrid, 1974, p. 60, cuando tempranamente al referirse a la posible inimpugnabilidad de las normas emanadas de la Administración relativas al deporte advirtió que "(...) si se admitiera la posibilidad de unos entes con potestades públicas, fueran inmunes a toda impugnación normativa, se consagraría así una parcela del ordenamiento del Estado como sagrada, aunque contuviera los más grandes disparates, e incluso infracciones de leyes formales (...)".

que se haga referencia alguna al disfrute de esos derechos, entre los que está la licencia deportiva, antes o durante el reconocimiento de la misma, entre los que sin dudas está el de reclamar oportunamente cuando así entienda que se le ha violado algún derecho reconocido jurídicamente. Los argumentos más sólidos a favor de mantener el actual sistema se concentran en la inmediatez y celeridad que exige la práctica deportiva, toda vez que el término de transcurso de las competencias es relativamente breve, por lo que demoraría el reconocimiento de la licencia deportiva su viabilidad ante los órganos de solución de conflictos laborales, situación que pudiera quedar salvada con el establecimiento de un procedimiento laboral especial en caso de solicitarse la referida licencia y ser negada ésta por la administración de la entidad laboral, que permita impugnar tal decisión por parte de los titulares del derecho.

c) Entre otras garantías jurisdiccionales establecidas en el ordenamiento jurídico cubano merece una breve reflexión el procedimiento penal, ante el que, si bien no es previsible acudir en la defensa jurídica del derecho al deporte, se brinda tutela a algunos derechos sociales, económicos y culturales. La protección penal de algunos derechos fundamentales en nuestro país parte del supuesto de que son tipificadas en el Código Penal conductas delictivas que pueden restringir el disfrute de los mismos. Tal es el caso de una gran parte de los derechos individuales (Libro II Parte Especial, Título IX, artículos 279-295), laborales, aunque con respecto a estos exclusivamente el derecho a la protección e higiene del trabajo y la disciplina laboral (Libro II Parte Especial, Título X, artículos 296 y 297) y la protección de la salud pública (Libro II Parte Especial, Título III, Capítulo V, artículos 187-199), algunos constitucionalizados en el Capítulo VII e incluso otros dispersos en el resto del articulado. Sin embargo, ninguna referencia al respecto se hizo del deporte, bien pudiéndose tipificar y sancionar penalmente en consecuencia todas aquellas acciones u omisiones que vulneraran el ejercicio de los titulares del derecho al deporte, fundamentalmente impidiendo el acceso a su práctica y conocimiento. Esta situación resulta paradójica toda vez que el tratamiento recibido por los derechos económicos, sociales y culturales en su conjunto en nuestra sociedad ha sido de absoluta preeminencia con respecto al resto de los mismos.

Por otra parte, ante la posición de que no todo debe conducirse por los cauces del Derecho penal, no creo admisible que determinados derechos fundamentales gocen de especial protección por parte de éste, en detrimento de otros, principalmente los de carácter social, económico y cultural. Esta posible exclusión tampoco puede inferirse de la voluntad del legislador, por cuanto determinados derechos de esta índole fueron protegidos penalmente, lo que, indudablemente, provoca reflexionar sobre

la necesidad de construir teóricamente la “demorada” o “ausente” dogmática particular del derecho al deporte, posible causa de estas omisiones con respecto al mismo.

Garantías no jurisdiccionales: definidas en la doctrina nacional por PÉREZ HERNÁNDEZ y PRIETO VALDÉS²⁵ como garantías institucionales, por cuanto “(...) comprenden a los órganos e instituciones ante los que se presentan las reclamaciones por presuntas lesiones de derecho, y que en ocasiones tienen entre sus atribuciones la facultad de adoptar las decisiones que solucionen y permitan su reconocimiento, restitución, e indemnización, si fuere el caso”. En nuestro ordenamiento jurídico se concretan en la queja ante la Fiscalía General de la República o sus dependencias territoriales, la queja administrativa y el procedimiento administrativo interno.²⁶ Su fundamento constitucional radica en el artículo 63 de la Constitución, si bien este no agota toda la dimensión constitucional del derecho de queja y petición²⁷. Por otra parte no entraña una solución totalmente efectiva por cuanto el enunciado constitucional prevé exclusivamente el derecho a recibir la atención o respuestas pertinentes en un plazo adecuado, pero nada con respecto a la satisfacción de la pretensión expuesta.

a) La queja tramitada ante la Fiscalía General de la República o ante sus instancias territoriales se formula ante la Dirección de Protección a los Derechos de los Ciudadanos o ante sus respectivas dependencias territoriales. Esta función, íntimamente relacionada con la función atribuida constitucionalmente a la Fiscalía en el artículo 127 de velar, entre otros objetivos, por el control y la preservación de la legalidad, sobre la base de la vigilancia

²⁵ PÉREZ HERNÁNDEZ, Lissette y PRIETO VALDÉS, Martha, “Los derechos fundamentales. Algunas consideraciones doctrinales necesarias para su análisis”, en PÉREZ HERNÁNDEZ y PRIETO VALDÉS (Compiladoras) *et al.*, *Temas de Derecho Constitucional cubano*, *op. cit.*, p. 304.

²⁶ Para CUTIÉ MUSTELIER, MARIÑO CASTELLANOS y MÉNDEZ LÓPEZ, “El sistema de garantías de los derechos fundamentales en Cuba”, *op. cit.*, p. 154, se incluyen además entre las garantías no jurisdiccionales las quejas ante los Órganos Locales del Poder Popular y ante las instancias del Partido Comunista de Cuba, las que por considerarlas extrajurídicas, exponemos a continuación de este esquema metodológico.

²⁷ Para más detalles sobre el derecho de queja y petición, *cf.* HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Orlando, “El derecho de queja y petición frente al quehacer del Estado y la Administración Pública”, en COLECTIVO DE AUTORES, *Memorias de la Jornada Científica Internacional “Homenaje a la Constitución cubana de 1976 en su XXX Aniversario”*, *op. cit.*, pp. 4 y ss.

del estricto cumplimiento de la Constitución, las leyes y demás disposiciones legales, por los organismos del Estado, entidades económicas y sociales y por los ciudadanos, asimila a la Fiscalía en nuestro Derecho, en alguna medida, a la institución del *ombudsman* escandinavo o Defensor del Pueblo, denominación con la que se ha internacionalizado²⁸.

Esta vía se desarrolla en la Ley No. 83 de 13 de julio de 2000, de la Fiscalía General de la República, específicamente en su Capítulo III, denominado Protección de los Derechos Ciudadanos, y su fundamento legal aparece entre los objetivos de la Fiscalía, mencionados en el artículo 7 del propio texto legal, inciso c, cuando enuncia que la actividad de este órgano tiene como objetivo, entre otros, proteger a los ciudadanos en el ejercicio legítimo de sus derechos e intereses. En el referido Capítulo, en su único artículo, el 24, se establece que el Fiscal designado al efecto debe atender, investigar y responder en el plazo de sesenta días las denuncias, quejas y reclamaciones que en el orden legal formulen los ciudadanos. En el caso de apreciar alguna violación en el ejercicio de un derecho dispondrá, mediante resolución, que se restablezca la legalidad, tornándose, indudablemente, en una vía posible para exigir la restitución de un derecho fundamental lesionado, en este caso el derecho al deporte.

b) La queja administrativa, estuvo prevista en el artículo 52 inciso r) del Decreto-Ley No. 67 de 19 de abril de 1983, de Organización de la Administración Central del Estado²⁹, junto con el procedimiento jurisdiccional administrativo condensaba la justicia administrativa en nuestro país. Según lo prescrito en el mencionado artículo, los organismos de la Administración Central del Estado tenían, entre sus deberes, atribuciones y funciones comunes, el de prestar atención y dar respuestas pertinentes, dentro de un término de sesenta días, a las quejas y peticiones que les dirigieran los ciudadanos, debiéndose esforzar por resolver correctamente las cuestiones en ellas planteadas y adoptar las medidas para eliminar las deficiencias señaladas. Esta vez, al tratarse de un recurso administrativo

²⁸ Sobre la consideración de la FGR como un *ombudsman*, según la usanza escandinava, *cfr.* VILLABELLA ARMENGOL, *Los derechos humanos. Consideraciones teóricas de su legitimación en la Constitución cubana*, *op. cit.*, p. 321; CUTIÉ MUSTELIER, MARIÑO CASTELLANOS y MÉNDEZ LÓPEZ, "Reflexiones en torno a la protección de los derechos fundamentales en Cuba. Propuesta para su perfeccionamiento", *op. cit.*, pp. 332; y TORRADO, *op. cit.*, pp. 233 y ss.

²⁹ *Gaceta Oficial* de 19 de abril de 1983.

interno, algunos autores nacionales al exponer sus principales desventajas³⁰, enfatizaban como principal insuficiencia el mismo el autocontrol que ejercía la propia Administración. Sin menoscabo de lo anterior, es válido referir que un considerable contraproducente de esta vía de tramitación de presuntas violaciones a los derechos fundamentales era el insuficiente conocimiento que tenía de él la población, al no estar comprendido concretamente en la normativa constitucional o en una norma de dominio y conocimiento general de la población, como pueda ser una normativa específica dirigida a la defensa jurídica de los reiterados derechos por parte de sus titulares, la cual no ha sido promulgada aún. Sin embargo, cuando se promulgó el Decreto-Ley No. 272, de la organización y funcionamiento del Consejo de Ministros, en su disposición final 1ª se estipuló que quedaba derogado el Decreto-Ley No. 64, con excepción de lo dispuesto en la disposición transitoria 1ª del propio Decreto-Ley, que sólo reconocía que continuaban vigentes los artículos 29 al 37 y los artículos 39 y 41 y los artículos 42 y del 49 al 51, quedando entonces derogado expresamente el artículo 52, referido a la queja administrativa.

c) El procedimiento administrativo interno, caracterizado por no desbordar su *iter* procedimental, desarrollándose siempre en el contexto administrativo, toda vez que es éste el contexto al que exclusivamente se permiten dirigir los ataques a las resoluciones controversiales, según nos advierte en la doctrina patria José Ramón LEZCANO CALCINES,³¹ constituye uno de las vías invocadas por los ciudadanos (en calidad de administrados) para solventar sus inconformidades con las resoluciones administrativas. Para ello el ordenamiento jurídico cubano reconoce recursos administrativos como la reforma, alzada o apelación, así como el procedimiento excepcional de revisión. Sin embargo, también se ha advertido de las limitaciones de este procedimiento, precisamente determinadas en que el órgano de decisión funge como juez y parte en el proceso, así como que la falta de acceso posterior a la vía jurisdiccional que la propia

³⁰ CUTIÉ MUSTELIER, MARIÑO CASTELLANOS y MÉNDEZ LÓPEZ, "Reflexiones en torno a la protección de los derechos fundamentales en Cuba. Propuesta para su perfeccionamiento", *op. cit.*, pp. 331, y "El sistema de garantías de los derechos fundamentales en Cuba", *op. cit.*, p. 154.

³¹ LEZCANO CALCINES, José Ramón, "El procedimiento administrativo", en COLECTIVO DE AUTORES, *Estudios de Derecho Administrativo cubano*, Félix Varela, La Habana, 2002, p. 272.

Administración dispone con frecuencia una vez agotada la vía interna, tal y como señalé anteriormente en relación a la potestad disciplinaria ejercida por el INDER.

Garantías normativas o abstractas: considerando como tales aquellas instituciones comprendidas en la CR destinadas a enfrentar preventivamente las presuntas violaciones de los derechos fundamentales por parte de los órganos estatales, podemos apreciar que en nuestro texto fundamental, para el caso del derecho al deporte, sólo se prevé la rigidez constitucional expuesta en el artículo 137 segundo párrafo. Prevista para todos los derechos constitucionalmente reconocidos, en el mencionado artículo se establece un procedimiento de reforma que exige en el supuesto de referirse a los derechos constitucionalmente reconocidos, además de la mayoría cualificada de 2/3 partes del voto de sus diputados efectuado en votación nominal, de la ratificación por el voto favorable de los ciudadanos con derecho electoral mediante un referendo aprobatorio. Se configuran así los derechos como contenidos especialmente protegidos.

Con respecto a la directa e inmediata aplicabilidad de la normativa constitucional que regula los derechos fundamentales, subsumida en el debate doctrinal sobre la directa aplicabilidad del texto constitucional – aún no agotado y, por momentos, evitado –,³² expresamente no se verifica

³² Según lo expuesto por FERNÁNDEZ SALGADO, Michel, “Breves consideraciones sobre los derechos humanos en la Constitución cubana”, en MATILLA CORREA, Andry (Coordinador) *et al.*, *Introducción al estudio del Derecho*, Félix Varela, La Habana, [s.f.], p. 169, esta última “no es norma de aplicación directa, requiere de leyes complementarias para su desarrollo y aplicación; es una norma, principio guía, que no vincula directamente a los operadores del derecho en su actuar”, criterio contra el que me pronuncio contrario, puesto que, por una parte, no está validado positivamente en nuestro ordenamiento jurídico, mucho menos no existe mandato constitucional contrario a la directa aplicabilidad del texto constitucional, al menos en lo referente a los derechos fundamentales, por lo que los componentes sociales, bien sean los operadores jurídicos, están obligados a cumplir sus postulados desde el momento de promulgación del propio texto constitucional. Por otra parte, tampoco se verifica en la voluntad del constituyente tal consideración, o en la de la dirigencia política del país ocurre lo mismo, constatándose por el contrario una posición consecuente con la directa aplicabilidad. En este sentido, PRIETO VALDÉS, Martha, “Funciones de la Constitución”, en *Revista Jurídica*, Ministerio de Justicia, Año 5, No. 9, enero-junio de 2004, La Habana, p. 44, recuerda: “La efectividad de los postulados constitucionales, es un objetivo esencial en la sociedad. Ha de posibilitarse que actúen como parámetros conductuales, por lo cual los operadores

ningún mandato constitucional que haga referencia a la misma.³³ Por demás, la cuestión de la directa e inmediata aplicabilidad de los mandatos constitucionales que postulan los derechos fundamentales se encuentra indisolublemente relacionada con el grado de eficacia jurídica que de los mismos se haya reconocido por el Derecho. Desde mi punto de vista, he reiterado en otras oportunidades que no me cabe la menor duda de que las normas constitucionales que reconocen a los derechos fundamentales, expresan verdaderos mandatos preceptivos, y consecuentemente son directamente aplicables y exigibles, cual carácter sustancial de los mismos que nos lo van a diferenciar del resto de los derechos positivados en el ordenamiento jurídico y del lugar que ocupan en la sociedad.

De no objetarse lo anterior, la CR deberá ser considerada fuente directa de los derechos fundamentales que regula, no precisando de legislación complementaria de desarrollo para ser defendibles, sí para su imprescindible materialización en el ordenamiento jurídico vigente con el objetivo de hacerlos más efectivos socialmente, que es otra cuestión. Así la

jurídicos, en su quehacer diario, volverán su vista hacia sus normas a la hora de aplicar las disposiciones infla-constitucionales”, y más adelante: “Debe asimismo entenderse que la Constitución es fuente directa de Derecho para todo proceso; que su aplicación preferente debe realizarse en materia de derechos constitucionales a falta de ley de desarrollo (...)”. Finalmente el argumento de la influencia del constitucionalismo socialista de entonces recurrido para validar la idea de la diferida aplicación de la Constitución cubana, no es absoluto, pues todo lo contrario se puede apreciar en el artículo 105 de la Constitución alemana de 1968, cuando establece que: “La Constitución es fuente directa de Derecho”, mención expresa que si bien no fue común en el modelo constitucional socialista significa una ruptura esencial con aquella línea de pensamiento. En torno a la eficacia normativo-jurídica de la Constitución cubana, *cf.* MONDELO GARCÍA, José Walter, “Regla de reconocimiento, Constitución y Valores Jurídicos”, en COLECTIVO DE AUTORES, *Memorias de la Jornada Científica Internacional “Homenaje a la Constitución cubana de 1976 en su XXX Aniversario”*, *op. cit.*, pp. 18 y ss.

³³ A propósito de esta consideración con respecto a la aplicabilidad directa de las normas constitucionales, PRIETO VALDÉS, Martha, *El Derecho, la Constitución y su Interpretación*, Tesis presentada en opción al Grado Científico de Doctora en Ciencias Jurídicas, La Habana, 2002, p. 137, sostiene que “(...) ni el legislador cubano constituyente ni el ordinario han establecido límites a la aplicabilidad directa de la normativa constitucional, sino que por el contrario fue así concebida, aun cuando como consecuencia de problemas de prácticas jurídicas y de decisión más que de prohibición, no goza de eficacia normativa directa, dependiendo de la realización de sus postulados del accionar del órgano supremo del poder estatal”.

posición de absoluta preeminencia que en el Derecho tienen las normas constitucionales que reconocen los derechos fundamentales significará la primera garantía, no absoluta, para efectuar el ejercicio de los derechos fundamentales por parte de sus titulares.

Otro tanto ocurre con la reserva de ley, que si bien no está prevista para el desarrollo del derecho al deporte,³⁴ la ausencia de una legislación marco de ordenación general del deporte, actualizada según las exigencias de la práctica deportiva y del ordenamiento jurídico vigente, puede considerarse como el medio eficaz para atenuar jurídicamente las posibles vulneraciones del derecho al deporte, y así otorgar a sus titulares las vías de defensa jurídica adecuadas en el marco del Derecho vigente en nuestra sociedad. Cierto es que para los derechos sociales, económicos y culturales regulados en la Constitución cubana debe tenerse en cuenta que esta "(...) no tiene reservas de ley en el sentido de límites e impedimentos para el ejecutivo, ya que la concepción unitaria del poder destruye tal idea", tal como oportunamente avizoró PRIETO VALDÉS³⁵ con respecto al texto constitucional. Este supuesto no contradice que se formule una norma jurídica de ordenación general del deporte en nuestro país, la que debe merecer el tratamiento jerárquico de ley, toda vez que el deporte goza del reconocimiento de derecho fundamental.

Otras vías empleadas tradicionalmente en nuestro país como forma de obtener un amparo extrajudicial ante presuntas violaciones a los derechos fundamentales por parte de los ciudadanos son el establecimiento de quejas y peticiones ante las instancias de los Órganos del Poder Popular, del Partido Comunista de Cuba y del resto de las organizaciones

³⁴ Aunque no está prevista el desarrollo de legislación complementaria para el supuesto del resto de los derechos económicos, sociales y culturales, es evidente que los derechos laborales han sido objeto de una extensa y copiosa legislación de desarrollo, expuesta no sólo en el Código de Trabajo, sino además en normativa legal que desarrolla específicamente cuestiones de este ámbito, así como está vigente en nuestro ordenamiento jurídico la Ley No. 41 de 13 de julio de 1983, de Salud Pública (*Gaceta Oficial* de 15 de agosto de 1983), no así una normativa específica para el derecho a la educación, bien sea esta de tipo orgánica y general.

³⁵ PRIETO VALDÉS, "Reflexiones en torno al carácter normativo de la Constitución", en PÉREZ HERNÁNDEZ y PRIETO VALDÉS (Comp.) *et al.*, *Temas de Derecho Constitucional cubano, op. cit.*, p. 31.

políticas, sociales y de masas reconocidas en el país.³⁶ Éstas se han encargado de atender y solucionar las situaciones presentadas en ocasiones, pero puede afirmarse que sus resoluciones y decisiones no tienen fuerza vinculante ya que carecen de jurisdicción, por lo que la obligatoriedad de su cumplimiento más bien se torna en persuasión, sin menoscabo de que contribuyen adecuadamente como vías alternativas en la protección de los derechos fundamentales.

En los últimos años también se ha hecho evidente que la población, en la reclamación de sus derechos, acude con una progresiva frecuencia a los medios de comunicación social (como la prensa escrita, radial o televisiva), cual vía que ha ido ganando cierto grado de "legitimidad ciudadana" en la solución de los conflictos derivados del incumplimiento o violación de un derecho. Esta vía también está imbricada de las desventajas anteriormente enunciadas para las otras garantías extrajurídicas.

Finalmente, pueden advertirse una serie de situaciones o circunstancias dadas en el escenario deportivo contemporáneo, que obviamente inciden en el ordenamiento jurídico cubano, y que pueden menoscabar el acceso a las garantías jurídicas, específicamente las jurisdiccionales, con respecto al derecho al deporte. Una de tales situaciones es lo que viene constituyendo una actitud histórica de las autoridades rectoras del mundo deportivo: la prohibición de que los miembros de las organizaciones deportivas acudan a los órganos jurisdiccionales a impugnar las decisiones o actos que emanen de las mismas, negando lo que, a mi modo de ver, es un pilar indispensable en la defensa jurídica de los derechos fundamentales: la tutela judicial efectiva, produciendo consecuentemente un estado de indefensión del derecho al deporte³⁷. De este modo, el control

³⁶ Sobre las garantías extrajurídicas o extralegales, *vid.* VILLABELLA ARMENGOL, "Los derechos humanos. Consideraciones teóricas de su legitimación en la Constitución cubana", *op. cit.*, p. 321; y CUTIÉ MUSTELIER, MARIÑO CASTELLANOS y MÉNDEZ LÓPEZ, "Reflexiones en torno a la protección de los derechos fundamentales en Cuba. Propuesta para su perfeccionamiento", *op. cit.*, pp. 332, y "El sistema de garantías de los derechos fundamentales en Cuba", *op. cit.*, pp. 154 y 155.

³⁷ La tutela judicial efectiva de los derechos fundamentales constituye un rasgo común al constitucionalismo contemporáneo cual expresión de la seguridad jurídica que debe ofrecerse a sus titulares en el disfrute de los mismos. Su establecimiento implica el derecho a acceder a los tribunales o jueces, sometidos exclusivamente en su actividad fundamental de impartir justicia al *imperium* del Derecho; a obtener de estos un fallo justo y,

jurisdiccional de las acciones u omisiones, provenientes ya sea de los órganos estatales como de las organizaciones deportivas, se revela como una garantía jurídica que permite examinar la compatibilidad lógica entre éstas con las normas constitucionales y, en sentido general, con el ordenamiento jurídico vigente, posibilitando, a la vez, en el caso del ejercicio del derecho al deporte su restablecimiento cuando haya sido vulnerado o menoscabado por aquellas.

En sentido general, el deporte no es un hecho social aislado, siendo un fenómeno producto de la sociedad y, consecuentemente, sujeto al ordenamiento jurídico vigente en la misma, susceptible de regulación por los órganos estatales. Por demás, en el supuesto de reconocimiento constitucional de un derecho al mismo le deberán extenderse a éste garantías jurídicas protectoras del universo de derechos constitucionales. De este último particular no deben presuponerse excluir el ámbito de las organizaciones deportivas, una considerable parte de las cuales, no obstante, imponen a sus miembros, entre los que se encuentran los practicantes del deporte – en ejercicio del derecho al deporte, dónde este ha sido plenamente reconocido – la prohibición de acudir a vías externas (judiciales por excelencia) para la resolución de conflictos que trascienden el ámbito asociativo.

En tales supuestos pueden producirse vulneraciones del derecho al deporte, incluso colisiones con el Derecho vigente, por lo que tales cláusulas prohibitivas de acudir a las vías judiciales deben, de no prosperar su “sustracción” de un debido control judicial, declararse jurídicamente

posteriormente, la ejecución del mismo. Con respecto específicamente a la proyección de la tutela judicial en el ámbito deportivo, *vid.*: BERMEJO VERA, José, *Constitución y deporte*, Tecnos, Madrid, 1998, pp. 270 y ss.; DE ASÍS ROIG, en CARRETERO LESTÓN (Coord.) *et al.*, *op. cit.*, pp. 104 y 105; DE SOUZA SIQUEIRA, “O direito de ação e a ação judicial desportiva”, en *Revista Brasileira de Direito Desportivo*, IBDD, núm. 6, julio-diciembre de 2004, São Paulo, Brasil, pp. 42 y ss.; LANDABEREA UNZUETA, Juan Antonio, “El “affaire Olympique de Marsella y el derecho a la tutela judicial en el deporte”, en CARRETERO LESTÓN (Coord.) *et al.*, *op. cit.*, pp. 113 y ss.; ESPARTERO CASADO, Julián, “La necesaria ilicitud de las cláusulas estatutarias federativas prohibitivas del derecho a la tutela judicial”, en *Revista Jurídica de Deporte y de Entretenimiento*, Thomson-Aranzadi, núm. 14, 2005, Navarra, España, pp. 47 y ss.; y HELLENDER DE CUADROS y SCHMITT, “Justiça Desportiva vs. Poder Judiciário: um conflito constitucional aparente”, en *Revista Brasileira de Direito Desportivo*, IBDD, núm. 4, julio-diciembre de 2003, São Paulo, Brasil, pp. 168 y ss.

nulas. La universalidad de las garantías jurídicas del derecho al deporte, imponiendo su extensión a cualquier sector o ámbito de la vida social, incluso al de las organizaciones deportivas, condiciona la posibilidad de la intervención judicial en todo tipo de conflictos surgidos en ocasión del ejercicio del derecho al deporte, en cualquiera de sus vertientes o manifestaciones. Por tanto, el acceso de sus titulares a la administración de justicia se impone como una necesidad, más que inicial, determinante para su defensa jurídica. Su reconocimiento constitucional no significaría absolutamente nada si las organizaciones deportivas hacen caso omiso al mismo como tal, convirtiéndose de este modo en un "auténtico enclave de arbitrariedad".³⁸ Por otra parte, los Estados deben abandonar su tradicional posición de "acuerdo cómplice", actuando pertinentemente en la instrumentación jurídica del derecho al deporte, y en sentido general de toda la actividad deportiva.

Definitivamente, desde el punto de vista político-jurídico, la legitimidad de la intervención pública en el deporte pone de manifiesto la importancia vertiginosa que ha alcanzado este fenómeno social durante el pasado siglo. Consecuentemente, el reconocimiento explícito de un derecho constitucional a su acceso y práctica es una causa inexcusable para la posterior vertebración de las acciones públicas con el objetivo de su desarrollo. Sin embargo, dicho reconocimiento se nos puede desdibujar meramente simbólico e intrascendente si desde el punto de vista material no se crean las condiciones para que ese reconocimiento sea eficaz y operativo, y se logre que alcance la universalidad exigida en toda sociedad, trascendiendo las barreras impuestas por la desidia y el olvido, el abandono y el aislamiento, la ignorancia y el pretexto. El deporte es una actividad fundamental para el pleno desenvolvimiento de la personalidad humana. Caso omiso a ello no puede seguir siendo excusa para su menosprecio. No desde sectores académicos que lo han pretendido minimizar (incluso ridiculizar), por lo que, aún tardíos, debemos abrirle el espacio requerido en nuestras investigaciones con el propósito de descifrar las consecuencias jurídicas que del mismo se derivan.

³⁸ LANDABEREA UNZUETA, *op. cit.*, p. 113.

III. Una propuesta de bases generales dirigida al perfeccionamiento de las garantías del derecho al deporte en Cuba

Como anteriormente expuse, a partir de las falencias que aún caracterizan las garantías del derecho al deporte en Cuba se torna más que evidente la necesidad de perfeccionarlas atendiendo, en principio, a los presupuestos teóricos derivados de la constitucionalización del derecho al deporte, implicando la vigencia de los elementos constitutivos de éste en tal ámbito normativo, y marcadamente contextualizándose en el actual proceso de actualización del modelo deportivo que apenas comienza.

En este sentido, y ante la ausencia de una norma de ordenación del deporte de carácter general, en principio me pronuncio por la adopción impostergable de ésta, la que vendría a ser una Ley General del Deporte cubano, o sea una norma marco que actualice y sistematice las disposiciones vigentes al respecto. La misma debe establecer, orientar y ordenar las coordenadas generales con respecto al derecho al deporte y su desarrollo normativo, teniendo en cuenta la dogmática particular del mismo fundamentado teóricamente a partir de sus elementos constitutivos, y, con ello, el sistema de garantías que no sólo aseguren la condicionalidad material del mismo sino que tutelen su ejercicio y contenido por parte de sus titulares, al menos en sus ejes mínimos de protección. A partir de ello, se procederá a la necesaria coherencia y armonía de todas las normas jurídicas que incidan en el deporte incluso, y especialmente, las de carácter privado.

En tal normativa de carácter general se dispondrá inicialmente, en la parte correspondiente a la dogmática normativa, de: una definición conceptual y tipológica del deporte, que se emplee a los efectos del ámbito de aplicación de esta normativa; los fundamentos históricos, políticos, económicos, jurídicos y sociales, en sentido general, de la relación entre el Estado y el deporte en nuestro país; los principios generales del deporte; y, con respecto al ámbito específico del derecho al deporte, la identificación de su naturaleza jurídica, su objeto, sus sujetos titulares, los sujetos obligados con el mismo, derechos y deberes de los titulares, su contenido esencial (especificándose los ejes mínimos de protección jurídica, los que serán el núcleo fundamental para determinar el grado y modo en que se garantizará jurídicamente el derecho), así como los límites a su ejercicio, legitimándose así de manera precisa e inequívoca el ejercicio de un derecho fundamental reconocido constitucionalmente como tal.

Aparejado a ello, se deberán sistematizar las garantías de defensa jurídica del derecho, en el ánimo de contribuir a consolidar el mismo, a partir de su dogmática particular, como un verdadero derecho subjetivo.

En este sentido, propongo que se valore la posibilidad de establecer un sistema de defensa jurídica específico del derecho al deporte de carácter interno en la vía administrativa, para lo cual se estructurará en el INDER. Este sistema se vertebrará en un procedimiento especial ante el cual se sustanciarán las acciones u omisiones provenientes de las autoridades públicas o particulares que lesionen o amenacen de hacerlo el ejercicio del derecho al deporte, además de otras diferencias que pueden producirse entre los titulares del mismo, en ejercicio de éste, y la Administración Pública o las organizaciones deportivas. Su marco institucional bien pueden ser Comités o Comisiones Especiales, que puede tener como soporte teórico los presupuestos de la Justicia Deportiva de tipo administrativa, y que pueden instituirse a nivel municipal, provincial y nacional. Además, este procedimiento se regirá por los siguientes principios generales: legalidad, publicidad, tipicidad, celeridad, sencillez y economía procesal, principios fundamentados en las características de la actividad deportiva, inmersa en la brevedad e inmediatez de las competiciones deportivas, que provocan la urgencia de los procedimientos involucrados en ellas.

Una vez agotada la vía interna de este procedimiento administrativo quedará expedita la posibilidad de que los titulares del derecho al deporte puedan impugnar las decisiones adoptadas por la Administración Pública ante la jurisdicción administrativa, en los marcos preceptuados por la actual LPCALE, invocando la necesaria tutela judicial efectiva reconocible en ordenamientos jurídicos contemporáneos.

Con respecto, al régimen de reconocimiento y concesión de las licencias deportivas, en espera de sus sustitución pero por otro que asimile sus propósitos, no por un contrato laboral, debe considerarse la posibilidad de establecer un procedimiento especial que permita impugnar la negativa emitida por parte de las entidades deportivas con respecto a conceder las licencias deportivas a sus beneficiarios, procedimiento que debe ser incorporado al Sistema de Justicia Laboral vigente en la actualidad, según el Decreto-Ley No. 176 de 15 de agosto de 1997, reconociéndose para el mismo los principios generales anteriormente referidos con respecto a la vía interna del procedimiento administrativo enunciado, teniendo en cuenta las características peculiares de la actividad deportiva.

Posteriormente a la promulgación de esta norma general, las normas de ordenación del deporte vigentes deberán adecuar o ajustar su contenido a la misma. Con respecto a las normas emanadas de las organizaciones deportivas, estas últimas deberán estudiar la adecuación de aquellas con los elementos constitutivos del derecho al deporte, debiendo ajustarlas a los mismos en caso necesario. Ello partirá del imperativo legal de adecuación y compatibilidad de las normas de ordenación del deporte

emanadas de tales organizaciones deportivas nacionales a los presupuestos teóricos del derecho constitucional al deporte, así como la debida incardinación en el ordenamiento jurídico cubano de las mismas. Advierto que este proceso no estará exento de debates y polémicas, toda vez que precisamente a partir de la actitud asumida tradicionalmente por las organizaciones deportivas de exigirles a sus miembros o participantes en sus competiciones acudir a otras vías no establecidas internamente por las mismas para solucionar diferencias, obviamente se producirán conflictos al respecto, no pocas veces prácticamente insalvables.

De tal modo, el reconocimiento constitucional del derecho al deporte implicará genuinamente la vigencia de sus elementos constitutivos, esbozados en la construcción teórica de su dogmática particular, en el ámbito de todas las normas de ordenación del deporte, en las que la integridad y respeto de tales elementos se expone como una condición *sine qua non* en la consecución del pleno ejercicio del mismo. Por demás, teniendo en cuenta la peculiar organización de la actividad deportiva, sometida intensamente al influjo de las organizaciones deportivas internacionales y nacionales, la vigencia de los elementos constitutivos en el ámbito normativo de las mismas se expone imprescindible, toda vez que en su seno se determinarán los contornos horizontales del ejercicio del derecho al deporte por parte de sus titulares.

Con relación, específicamente, a la Administración Pública, se recomienda al INDER, a través de su Dirección Jurídica el perfeccionamiento de las vías de defensa jurídica del derecho al deporte, instrumentando un procedimiento especial que, como fase interna del procedimiento administrativo, permita impugnar las acciones u omisiones provenientes de las Administración Pública o las organizaciones deportivas que lesionen o amenacen de hacerlo al derecho al deporte, además de otras diferencias que pueden producirse entre los titulares del derecho al deporte, en ejercicio de éste, y la propia Administración Pública o las organizaciones deportivas. Una vez concluida esta fase interna se viabilizará la posibilidad de impugnar las decisiones finales, en caso de inconformidad por parte de los titulares del derecho al deporte, ante la jurisdicción administrativa en los cauces legales establecidos por la actual LPCALE; y, adecuar las normas de ordenación del deporte emanadas del Instituto a los presupuestos teóricos derivados de la dogmática particular del derecho al deporte, implicando el respeto a la integridad de los elementos constitutivos de éste.

Por otra parte, la Dirección de Legislación y Asesoría del Ministerio de Justicia y demás órganos responsabilizados con la creación y aplicación de las normas de ordenación del deporte deberán orientar la vigencia de los

elementos constitutivos del derecho al deporte en las mismas, teniendo en cuenta los resultados de la presente investigación. Y, finalmente, los órganos de dirección de las organizaciones deportivas nacionales deberán evaluar la compatibilidad de sus normas de organización y funcionamiento con los elementos constitutivos del derecho al deporte con el objetivo de identificar aquellas que no cumplen tal exigencia y modificarlas en tal sentido.

IV. A modo de conclusiones

Más allá del modo en que definitivamente fue asumido el deporte en los textos constitucionales, debe reconocerse que su consagración en ese rango jurídico-normativo y político constituye una manifestación inequívoca del reconocimiento social alcanzado por el mismo, consecuencia de la idea impercedera de mejoramiento de la calidad de vida y las relaciones humanas que ha logrado transmitir en las sociedades donde se han instrumentado políticas públicas en torno a la actividad deportiva. Se marcó, así, una ruptura con el pasado: el deporte comenzó a evidenciar una debida atención del Estado, que hasta entonces se había mostrado inhibido ante el mismo, comenzando a ser objeto de mayor espacio, al menos desde el punto de vista jurídico-formal, promulgándose consecuentemente legislaciones complementarias al respecto, imprescindibles para la consecución final del pleno desarrollo de la actividad deportiva.

Sin embargo, ha correspondido al Derecho el “rezago” en llegar a comprender el deporte desde su óptica particular. Y, precisamente desde el Derecho, ocurre que se puede dimensionar el deporte, teniendo en cuenta que el mismo es un fenómeno normativo, donde las reglas y normas en ocasiones, incluso, desbordan los límites permisibles en cada modalidad deportiva e inundan diferentes ámbitos sociales. Consecuentemente, lejos hemos de encontrarnos, en el Derecho, de subvalorar y minimizar el ámbito deportivo, toda vez que del mismo se derivan efectos que repercuten directamente en la sociedad, y ésta, al estar regida por el imperio del Derecho, no debe hacer caso omiso de la actividad deportiva.

Este planteamiento gana mayor repercusión cuando se trata de la positividad del deporte en los ordenamientos jurídicos, y, a la vez, mucho más cuando se trata, esta incorporación al Derecho, desde la perspectiva de la constitucionalización del mismo como un derecho fundamental, tendencia novedosa que incide directamente en nuestro contexto particular. De tal modo, sería inconsecuente no plantearse la necesidad de adecuar el ámbito deportivo a los principios y normas del Derecho, vigentes en cada

sociedad. Esta idea, que se expone obvia desde la óptica del Derecho, sin embargo desde la visión de las organizaciones deportivas no ha sido del todo aceptada, postulándose tradicionalmente desde las mismas la visión de que el Derecho se detiene ante los “muros del mundo deportivo”, negándose a aceptar o adecuar, en ocasiones, sus postulados a los imperantes jurídicamente.

Por tal motivo, se hace impostergable un acercamiento al deporte desde la perspectiva del Derecho, que permita delinear los contornos teóricos de la dogmática particular del derecho al deporte, en primer lugar, y a partir de la misma determinar si sus elementos constitutivos operan en el ámbito normativo del deporte, bien sea éste producto de los órganos estatales o bien de las organizaciones deportivas. Con respecto a éstas últimas, el derecho al deporte adquiere una dimensión particular, toda vez que su ejercicio discurrirá, al unísono, en un ámbito peculiarísimo de las relaciones sociales: el ámbito regido por las organizaciones deportivas, de las cuales emanan los principales actos y normas que regulan la actividad deportiva. Una sencilla observación al resto de los derechos fundamentales de carácter social, económico y cultural (trabajo y seguridad social, salud, educación, cultura, entre otros) y se apreciará como en ningún caso la determinación de los mismos se origina en el seno de organizaciones internacionales, que, incluso, pretenden erigirse como supranacionales. Es obvio, que la emergencia reciente del derecho al deporte impone su estudio desde el Derecho que permita satisfacer su dogmática particular con el propósito de articular correctamente su incardinación en los respectivos ordenamientos jurídicos. Por demás, la formulación jurídica del derecho al deporte no ha gozado de los beneficios de una construcción teórica que lo consolide en lo que técnico-jurídicamente se refiera, siendo hasta el momento un derecho glosado retóricamente más que elaborado teóricamente, incidiendo negativamente esta situación en su expansión hacia otros ordenamientos jurídicos donde aún no se ha reconocido como tal. Por tanto, esos cauces teóricos exigen su definitiva identificación con el propósito de exhibir, definitivamente, la posibilidad de incorporar el derecho al deporte al catálogo de derechos fundamentales reconocidos en los respectivos textos constitucionales. Y, finalmente, con ello, dotarlo de un sistema de garantías jurídicas que permitan su restablecimiento pleno cuando sea menoscabado, lesionado o restringido en algunos de los elementos que conforman su dogmática particular, dimensionándolo definitivamente como un pleno derecho subjetivo.

V. Fuentes bibliográficas

Obras generales

- AGIRREAZKUENAGA, Iñaki, *Intervención pública en el deporte*, Civitas, Madrid, 1998.
- ARIAS GAYOSO, Grethel, *La potestad discrecional en Cuba*, Tesis presentada en opción al Grado Científico de Doctora en Ciencias Jurídicas, Santiago de Cuba, 2010.
- BERMEJO VERA, José, *Constitución y deporte*, Tecnos, Madrid, 1998.
- CAMPS I POVILL, Andreu “El artículo 43.3 de la Constitución española”, en CARRETERO LESTÓN, José Luis (Coordinador) *et al.*, *La Constitución y el deporte*, Junta de Andalucía, Málaga, 1993.
- CAZORLA PRIETO, Luis María, *Deporte y Estado*, Labor, Barcelona, 1979. DE ASÍS ROIG, “Derechos fundamentales y deporte”, en CARRETERO LESTÓN, José Luis (Coordinador) *et al.*, *La Constitución y el deporte*, Junta de Andalucía, Málaga, 1993.
- CUTIÉ MUSTELIER, Danelia, MARIÑO CASTELLANOS, Ángel y MÉNDEZ LÓPEZ, Josefina, “El sistema de garantías de los derechos fundamentales en Cuba”, en COLECTIVO DE AUTORES, *Memorias de la IV Conferencia Científica sobre el Derecho*, Barco de Papel, Mayagüez, Puerto Rico, 1998.
- CUTIÉ MUSTELIER, Danelia, MARIÑO CASTELLANOS, Ángel y MÉNDEZ LÓPEZ, Josefina, “Reflexiones en torno a la protección de los derechos fundamentales en Cuba. Propuesta para su perfeccionamiento”, en PÉREZ HERNÁNDEZ, Lissette y PRIETO VALDÉS, Martha (Compilador) *et al.*, *Temas de Derecho Constitucional cubano*, Félix Varela, La Habana, 2000.
- CUTIÉ MUSTELIER, Danelia, *El sistema de garantías de los derechos humanos en Cuba*, Tesis presentada en opción del Grado Científico de Doctora en Ciencias Jurídicas, Santiago de Cuba, 1999.
- CUTIÉ MUSTELIER, Danelia, y MÉNDEZ LÓPEZ, Josefina, “Tribunales y tutela de los Derechos Humanos en Cuba”, en COLECTIVO DE AUTORES, *Memorias de la Jornada Científica Internacional “Homenaje a la Constitución cubana de 1976 en su XXX Aniversario”*, Ediciones Universidad de Oriente, Santiago de Cuba, 2006.
- FERNÁNDEZ SALGADO, Michel, “Breves consideraciones sobre los derechos humanos en la Constitución cubana”, en MATILLA CORREA, Andry (Coordinador) *et al.*, *Introducción al estudio del Derecho*, Félix Varela, La Habana, [s.f.].

- GAMERO CASADO, Eduardo, *Las sanciones deportivas*, Bosch, Barcelona, 2003.
- GONZÁLEZ GRIMALDO, Mariano-Carmelo, *El ordenamiento jurídico del deporte*, Civitas, Madrid, 1974.
- HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Orlando, "El derecho de queja y petición frente al quehacer del Estado y la Administración Pública", en COLECTIVO DE AUTORES, *Memorias de la Jornada Científica Internacional "Homenaje a la Constitución cubana de 1976 en su XXX Aniversario"*, Ediciones Universidad de Oriente, Santiago de Cuba, 2006.
- LANDABEREA UNZUETA, Juan Antonio, "El "affaire Olympique de Marseille y el derecho a la tutela judicial en el deporte", en CARRETERO LESTÓN, José Luis (Coordinador) et al., *La Constitución y el deporte*, Junta de Andalucía, Málaga, 1993.
- LEZCANO CALCINES, José Ramón, "El procedimiento administrativo", en COLECTIVO DE AUTORES, *Estudios de Derecho Administrativo cubano*, Félix Varela, La Habana, 2002.
- MONDELO GARCÍA, José Walter, "Regla de reconocimiento, Constitución y Valores Jurídicos", en COLECTIVO DE AUTORES, *Memorias de la Jornada Científica Internacional "Homenaje a la Constitución cubana de 1976 en su XXX Aniversario"*, Ediciones Universidad de Oriente, Santiago de Cuba, 2006.
- PÉREZ HERNÁNDEZ, Lissette y PRIETO VALDÉS, Martha, "Los derechos fundamentales. Algunas consideraciones doctrinales necesarias para su análisis", en PÉREZ HERNÁNDEZ, Lissette y PRIETO VALDÉS, Martha (Compilador) et al, *Temas de Derecho Constitucional cubano*, Félix Varela, La Habana, 2000.
- PRIETO VALDÉS, Martha, *El Derecho, la Constitución y su Interpretación*, Tesis presentada en opción al Grado Científico de Doctora en Ciencias Jurídicas, La Habana, 2002.
- PRIETO VALDÉS, "Reflexiones en torno al carácter normativo de la Constitución", en PÉREZ HERNÁNDEZ, Lissette y PRIETO VALDÉS, Martha (Compilador) et al, *Temas de Derecho Constitucional cubano*, Félix Varela, La Habana, 2000.
- TORRADO, Fabio Raimundo, *Los derechos humanos en el sistema político cubano*, Ciencias Sociales, La Habana, 2003.
- VILLABELLA ARMENGOL, Carlos, "Los derechos humanos. Consideraciones teóricas de su legitimación en la Constitución cubana", en PÉREZ HERNÁNDEZ, Lissette y PRIETO VALDÉS, Martha (Compilador) et al, *Temas de Derecho Constitucional cubano*, Félix Varela, La Habana, 2000.

Publicaciones periódicas

- BERMEJO VERA, José, "Constitución y ordenamiento jurídico", en *Revista Española de Derecho Administrativo*, No. 63, julio-septiembre de 1989.
- DE SOUZA SIQUEIRA, "O direito de ação e a ação judicial desportiva", en *Revista Brasileira de Direito Desportivo*, IBDD, núm. 6, julio-diciembre de 2004, São Paulo, Brasil.
- ESPARTERO CASADO, Julián, "La necesaria ilicitud de las cláusulas estatutarias federativas prohibitivas del derecho a la tutela judicial", en *Revista Jurídica de Deporte y de Entretenimiento*, Thomson-Aranzadi, núm. 14, 2005, Navarra, España.
- HELLENDER DE CUADROS y SCHMITT, "Justiça Desportiva vs. Poder Judiciário: um conflito constitucional aparente", en *Revista Brasileira de Direito Desportivo*, IBDD, núm. 4, julio-diciembre de 2003, São Paulo, Brasil.
- PRIETO VALDÉS, Martha, "Funciones de la Constitución", en *Revista Jurídica*, Ministerio de Justicia, Año 5, No. 9, enero-junio de 2004, La Habana.

O princípio constitucional da autonomia desportiva*

DRA. MÁRCIA SANTOS DA SILVA**

Sumario

- I. Introdução
- II. O vocábulo autonomia
- III. O princípio constitucional da autonomia desportiva
- IV. O futebol e as Comissões Parlamentares de Inquérito
- V. A liberdade de associação e o futebol de alto rendimento
- VI. A autonomia desportiva e a ordem jurídico-econômica nacional
- VII. Considerações finais
- VIII. Referências bibliográficas

I. Introdução

A interpretação do princípio constitucional da autonomia desportiva, disposta no Art. 217 da Constituição Federal, é o grande eixo das discussões envolvendo as entidades de organização e prática desportiva.

* Estudio presentado como evaluación parcial en el Programa de Maestría en Derecho de la Universidad de Marília UNIMAR en la Disciplina Metodología de la Investigación, dirigida por la profesora Dra. Walkíria MARTINEZ HEINRICH FERRER. Publicado na *Revista Brasileira de Direito Desportivo*, Ano 12, Volume 23, janeiro a junho de 2013, Editora Revista dos Tribunais, pp. 317-343.

** Profesora Titular de Derecho procesal civil, Facultad de Derecho, Universidad de Marília, São Paulo, Brasil. Miembro del Grupo de Investigación sobre Derecho del Deporte de la Universidad de Oriente, Santiago de Cuba. Investigadora de la Red Iberoamericana de Investigadores en Derecho y Gestión del Deporte (reconocida y patrocinada por la Asociación Universitaria Iberoamericana de Posgrado, AUIP, Salamanca, España). marciasantosadv@hotmail.com

Os limites desta autonomia face ao dever do Estado de fomentar e financiar práticas desportivas profissionais de alto rendimento como o futebol, conduzem ao debate acerca da legitimidade do intervencionismo estatal na atividade, por intermédio de suas funções legislativa, executiva e judiciária.

A investigação no que tange à natureza jurídica da prática do futebol profissional, demarcando seus contornos público e privado, favorece o enquadramento da atividade e a avaliação da viabilidade de sua exploração por meio de formato organizacional associativo.

A liberdade de associação e a autonomia de organização e funcionamento, garantias constitucionais, não simbolizam blindagem às entidades desportivas face ao direito posto, tampouco desnaturam a atividade desportiva como um direito de cada um e, portanto, um direito social.

O reconhecimento de que a exploração do futebol, enquanto desporto de alto rendimento, configura atividade econômica sem deixar de ser um direito social, autoriza o estudo acerca do quanto de interesse público há envolvido na atividade, se deve ou não haver obediência à ordem jurídico-econômica constitucional, bem como, se é possível estabelecer regulação estatal para o setor.

II. O vocábulo autonomia

A compreensão do sentido da palavra autonomia é de fundamental importância para o processo interpretativo de seu emprego pelo legislador constitucional.

Em dicionário de língua portuguesa tem-se o seguinte significado:

Autonomia. [Do gr. *autonomía*] s. f. i. Faculdade de se governar por si mesmo. 2. Direito ou faculdade de se reger (uma nação) por leis próprias. 3. Liberdade ou independência moral ou intelectual. 4. Distância máxima que um veículo, um avião ou um navio pode percorrer sem se reabastecer de combustível. 5. Ét. Propriedade pela qual o homem pretende poder escolher as leis que regem sua conduta. [cf. heteronomia].¹ (grifo do autor)

¹ FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda, *Novo Dicionário da Língua Portuguesa*, 1 ed. 11ª impressão, Nova Fronteira, Rio de Janeiro, p. 163.

Em dicionário jurídico, autonomia significa:

“Palavra derivada do grego *autonomia* (direito de se reger por suas próprias leis), que se aplica para indicar precisamente a faculdade que possui determinada pessoa ou instituição, em traçar as normas de sua conduta, sem que sinta imposições restritivas de ordem estranha (...). Autonomia pode ser absoluta ou relativa.”² (grifo do autor)

Maria Sylvia Zanella DI PIETRO, ao tratar da administração indireta, aponta a origem grega da palavra autonomia: “Autonomia de *autós* (próprio) e *nómos* (lei), significa o poder de editar as próprias leis, sem subordinação a outras normas que não as da própria Constituição”³ (grifo do autor)

Neste contexto, significando poder, liberdade e independência, é possível afirmar que em se tratando de autonomia absoluta tem-se constituída a própria soberania e, sendo relativa, será simplesmente autonomia tal como usualmente é a palavra empregada. É o que se se depreende da análise do dicionário jurídico:

“Quando se diz autonomia absoluta, entende-se a autonomia soberana, sem qualquer restrição que possa limitar a ação de quem a tem. E, neste caso, é sinônimo da própria soberania, que é aquela que possuem os Estados independentes e constituídos segundo a vontade soberana de seus componentes. Entre nós, a autonomia da União é soberana, pois que nela repousa todo poder político da Federação. Já a autonomia dos Estados-membros e dos Municípios se mostra relativa, porque se entende uma autonomia meramente administrativa, subordinada ao poder soberano da União, que tem, tão somente, a personalidade internacional, um dos caracteres fundamentais da soberania.”⁴

Pode-se dizer, portanto, que a soberania é a autonomia plena e irrestrita e, num Estado soberano, nenhuma outra instituição gozará de tal poder, poderá sim, desfrutar de autonomia relativa, ou seja, independência que

² SILVA, De Plácido e, *Vocabulário Jurídico*, Atualizadores Nagib Slaibi Filho e Gláucia Carvalho, Forense, Rio de Janeiro, 2004, p. 175.

³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, *Direito Administrativo*, 13 ed., Atlas, São Paulo, 2001, p. 343.

⁴ SILVA, *op. cit.*, p. 175.

pode ser administrativa, política, econômica, financeira, conforme consta do mesmo dicionário citado, entretanto, sempre subordinada ao poder soberano da União. E assim: "Toda autonomia relativa está subordinada às limitações decorrentes da vontade ou das determinações emanadas da entidade que mantém em suas mãos a autonomia absoluta ou soberana, que ela se revela a própria razão de ser ou de existir da autonomia relativa".⁵

Quando a Constituição Federal conferiu autonomia aos estados federados, municípios e Distrito Federal, conforme consta do art. 18, em relação às universidades, no art. 207, e assim também em relação às entidades de organização e prática desportiva, no art. 217, não o fez, é óbvio, em caráter absoluto. Em todos estes exemplos citados, trata-se de autonomia relativa ou, simplesmente, autonomia.

A autonomia poderá ser conferida pelo poder soberano em relação a aspectos determinados.

No tocante aos estados federados, municípios e Distrito Federal, o art. 18 da Constituição Federal, ao afirmar a autonomia destes entes que compõem a República Federativa do Brasil, estabelece também que assim se fará nos termos da própria Constituição.

A distinção entre soberania e autonomia é lembrada por José Afonso DA SILVA:

"Lembre-se da distinção entre soberania e autonomia. O Poder Constituinte Originário [sic], aquele que é fonte da Constituição Federal, é poder supremo, é soberano, enquanto o Poder Constituinte Estadual é apenas autônomo. A soberania consiste na autodeterminação plena, nunca dirigida por determinações jurídicas extrínsecas à vontade do soberano, que é o povo na sua expressão nacional, enquanto a autonomia, como poder próprio dentro de um círculo traçado por outro, pressupõe ao mesmo tempo uma zona de autodeterminação, que é o propriamente autônomo, e um conjunto de limitações e determinações jurídicas extrínsecas, que é o heterônomo."⁶

⁵ SILVA, *op. cit.*, p. 175.

⁶ *Ibidem*, p. 519.

Conclui-se que o uso da palavra autonomia, especialmente no texto constitucional, fez-se como sinônimo de um poder relativo, submetido ao poder supremo de um Estado soberano e por este limitado.

No caso das universidades e das entidades desportivas, o legislador constituinte precisou os aspectos da autonomia destas instituições.

O art. 207 da Constituição traz a informação de que as universidades gozam de autonomia didático-científica, administrativa e de gestão financeira e patrimonial.

E a razão de ser desta autonomia é assim explicada por José Afonso DA SILVA:

“Não poderia ser de outro modo. Se se consagrou a liberdade de aprender, de ensinar, de pesquisar, de divulgar o pensamento, a arte e o saber, como um princípio basilar do ensino (art. 206, II) a coerência exigia uma manifestação normativa, expressa em favor da autonomia das Universidades, autonomia que não é “apenas independência da instituição universitária, mas a do próprio saber humano”, pois “as universidades não serão o que devem ser se não cultivarem a consciência da independência do saber e se não souberem que a supremacia do saber, graças a essa independência, é levar a um novo saber.”⁷

Quanto às entidades desportivas, o legislador constituinte foi também expresso ao estabelecê-la no que tange à organização e funcionamento.

O estudo das razões e limites deste poder relativo conferido às entidades desportivas no art. 217 da Constituição é o cerne do presente trabalho.

III. O princípio constitucional da autonomia desportiva

O art. 217, da Constituição Federal, no capítulo “Da Ordem Social”, reconhece o desporto como um direito de cada um e confere, em seu inciso I, às entidades dirigentes (federações e confederações) e de prática desportiva

⁷ SILVA, José Afonso da, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 9 ed. 4 tiragem, Malheiros, São Paulo, 1994, pp. 712-713.

(clubes ou associações), autonomia quanto à sua organização e funcionamento:

“Art. 217. É dever do Estado fomentar práticas desportivas formais e não formais, como direito de cada um, observados:

I – a autonomia das entidades desportivas dirigentes e associações, quanto a sua organização e funcionamento;

II – a destinação de recursos públicos para a promoção prioritária do desporto educacional e, em casos específicos, para do desporto de alto rendimento;

III – o tratamento diferenciado para o desporto profissional e o não-profissional;

IV – a proteção e o incentivo às manifestações desportivas de criação nacional.

§ 1º. O Poder Judiciário só admitirá ações relativas à disciplina e às competições desportivas após esgotarem-se as instâncias da justiça desportiva, reguladas em lei.

§ 2º. A justiça desportiva terá o prazo máximo de sessenta dias, contados da instauração do processo, para proferir decisão final.

§ 3º. O Poder Público incentivará o lazer, como forma de promoção social.”⁸

A ingerência estatal na atividade desportiva aliada à vedação expressa de obtenção de lucro por meio de sua exploração, foram marcos legislativos anteriores à Constituição de 1988.

O Decreto-lei No. 3.199, de 14 de abril de 1.941, instrumento normativo produzido durante a era Vargas, trazia expressamente em seus artigos 48 e 50 a vedação da obtenção do lucro por meio do desporto e o caráter patriótico da prática:

“Art. 48. A entidade desportiva exerce uma função de caráter patriótico. É proibido organização e funcionamento de entidade desportiva, que resulte lucro para os que nele empreguem capitais sob qualquer forma.

⁸ Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, 35 ed., Saravia, São Paulo, 2005, p. 153.

Art. 50. As funções de direção das entidades desportivas não poderão ser, de nenhum modo remuneradas.”⁹

É válido lembrar que os clubes de futebol no Brasil surgiram debaixo do modelo organizacional associativo e sem fins lucrativos. Ou seja, o ideal associativo era cumprido por indivíduos que encontravam no desporto o prazer do jogo e da representação nacional. Nesta época ainda não se concebia o futebol como negócio.

O Decreto-lei No. 3.199, de 14 de abril de 1941¹⁰ criou o Conselho Nacional de Desportos, órgão integrante do então Ministério da Educação e Saúde, cujos membros indicados pelo Presidente da República tinham por atribuição, organizar e disciplinar a prática desportiva, reconhecendo-se nesta um eficiente processo de educação física e espiritual da juventude, bem como, uma alta expressão da cultura e da energia nacionais.

Ao longo da história, a ingerência estatal na atividade desportiva angariou antipatias doutrinárias e no próprio meio desportivo, não coincidentemente, à mesma medida em que o futebol profissional foi adquirindo contornos econômicos.

Comentando o fim do Conselho Nacional de Desportos, em 1993, com a entrada em vigor da Lei nº 8.672/1993, conhecida como “Lei Zico”, Álvaro MELO FILHO caracteriza-o como um órgão de atuação policialesca:

“(…) reduziu-se drasticamente a interferência do Estado, fortalecendo a iniciativa privada e o exercício da autonomia no âmbito desportivo, exemplificada, ainda, pela extinção do velho Conselho Nacional de Desportos, criado no Estado Novo e que nunca perdeu o estigma de órgão disciplinador e controlador do sistema desportivo, de visível atuação cartorial e policialesca. Ou seja, removeu-se com a Lei nº 8.672/93 todo o entulho autoritário desportivo, dotada que era de instrumentos legais que visavam a facilitar a operacionalidade e funcionalidade do ordenamento jurídico-desportivo, em que a proibição cedeu lugar à indução.”¹¹

⁹ Decreto Lei nº 3.199 de 14 de abril de 1941. Estabelece as bases de organizações dos desportos em todo o país, disponível em: www.ibdd.com.br (acesso em 25 jan. 2008).

¹⁰ *Ibidem*, (acesso em 06 set. 2009).

¹¹ MELO FILHO, Álvaro, *Direito Desportivo: aspectos teóricos e práticos*, IOB Thomson, São Paulo, 2006, p. 66.

Em outra oportunidade, o mesmo autor destaca, ainda uma vez, sua crítica, sendo nos dias atuais um dos ferrenhos defensores da autonomia desportiva:

A propósito, é irrecusável que este Decreto-lei No. 3.199/41 nasceu objetivando o controle, pelo Estado, das atividades desportivas, menos talvez com o intuito de promovê-las e dar-lhes condições de progresso, que pela necessidade política de vigiar as associações desportivas de molde a impedir e inibir as atividades contrárias à segurança, tanto do ponto de vista interno, como externo.¹²

Os defensores do afastamento estatal das atividades desportivas, rechaçando a intervenção característica dos regimes ditatoriais, buscam socorro no argumento de que a ingerência do Estado em tais períodos, dava-se como forma de controle da sociedade e não em razão do apelo social exercido pela prática desportiva, especialmente o futebol.

Há de se investigar, entretanto, a legitimidade da intervenção do Poder Público na atividade, lembrando que consta do *caput* do art. 217, da Constituição, o desporto como direito de cada um e mais, o referido artigo integra o Capítulo “Da Ordem Social”, ou seja, antes de estabelecer a autonomia das entidades de prática, a legitimidade da Justiça Desportiva, o legislador constitucional destacou o desporto como direito de cada um.

A interpretação de todos os incisos do referido art. 217 deve guardar sintonia obrigatória com o *caput*.

Teria o legislador constituinte conferido às entidades de prática desportiva, autonomia de organização e funcionamento, para que explorassem ao seu alvedrio e sem qualquer regulação estatal, atividade à qual o texto constitucional reconheceu o *status* de direito de cada um, direito de todos e, por conseguinte, um direito difuso? Atividade para a qual há, inclusive, previsão também constitucional, de financiamento estatal?

A garantia constitucional de autonomia às entidades de direção e prática desportiva, por vezes foi e ainda é interpretada de forma extensiva, de modo a configurar uma verdadeira blindagem à ingerência estatal nas questões desportivas.

¹² MELO FILHO, Álvaro, *O Desporto na Ordem Jurídico-Constitucional Brasileira*, Malheiros, São Paulo, 1995, p. 26.

Em nome desta tão festejada autonomia, foram rechaçadas as normas infraconstitucionais que obrigavam os clubes à adoção de modelo organizacional empresarial; apregoava-se a não-existência de interesse público na atividade, bem como, a sua derivação do princípio da liberdade, especialmente da liberdade de associação.

A liberdade de organização e funcionamento às entidades desportivas vem disposta no inciso I, do art. 217 da Constituição, logo, obrigatória sua interpretação a partir do *caput* e em harmonia com os demais incisos do mesmo artigo.

Neste mesmo art. 217, o legislador estabeleceu como dever do Estado fomentar práticas desportivas formais e não-formais, bem como a diferença que há de se fazer entre a prática desportiva profissional e não-profissional.

O desporto é tratado na Seção III, do Título III, do Capítulo da Constituição intitulado “Da Ordem Social”. O reconhecimento do desporto como direito de todos e dever do Estado está expresso, portanto, na Constituição Federal, no artigo anteriormente mencionado. Constituindo o desporto um direito social e havendo o dever do Estado em fomentá-lo, a liberdade de organização e funcionamento das entidades de prática desportiva fica condicionada à não-violação deste direito.

Traçando-se uma linha comparativa, ao tratar “Da Ordem Econômica” o legislador constituinte também prestigiou a livre iniciativa e lhe fixou os limites, indiretamente, quando destacou, de modo igualmente expresso, a proteção ao consumidor, ao meio ambiente, à pessoa humana do trabalhador, quando estabeleceu a função social da propriedade, a livre concorrência e a contenção ao abuso do poder econômico.

O Decreto de Vargas, em 1941, já citado anteriormente, foi um marco da ingerência estatal na atividade desportiva e que trazia, inclusive, a necessidade de aprovação dos estatutos das confederações, pelo Conselho Nacional dos Desportos, condição que vinha expressa em seu art. 17.¹³ A redação dada ao art. 217 da Constituição de 1988, no que concerne à autonomia para organização e funcionamento das entidades desportivas, configura, para muitos, a muralha de proteção a este intervencionismo

¹³ Decreto Lei No. 3.199 de 14 de abril de 1941. Estabelece as bases de organizações dos desportos em todo o país. Disponível em: <http://www.ibdd.com.br> (acesso em 25 jan. 2008).

estatal considerado exacerbado. Ocorre que o eixo da questão é o papel ocupado pelo desporto profissional, especialmente o futebol, nestes dois momentos da história do Brasil.

É possível afirmar que até o reconhecimento expresso do desporto como negócio e a possibilidade de sua exploração com finalidade lucrativa, o futebol guardava sua característica de fenômeno social estreitamente vinculado à representação patriótica e ao espírito lúdico de seus aficionados.

Em 1.993, a Lei No. 8.672, chamada “Lei Zico”, estabelecia em seu art. 10 a possibilidade de obtenção do lucro pelas entidades de prática desportiva, anotando as mudanças que já se haviam operado no sistema desportivo:

“Art. 10. As entidades de prática do desporto são pessoas jurídicas de direito privado, com ou sem fins lucrativos, constituídas na forma da lei, mediante o exercício do direito de livre associação.

Parágrafo único. As entidades de prática desportiva poderão filiar-se, por modalidade, a entidades de administração do desporto de mais de um sistema.”¹⁴

Constituindo o desporto um direito de todos, resta óbvio que a Constituição Federal se não prestigiou a mesma intensidade de ingerência estatal, presente na ditadura de Vargas e durante o período militar, também não afastou do Estado o dever de fomentá-lo e até mesmo financiá-lo, deixando claro que tal atividade, ainda que privada e livre, é apenas autônoma, tendo em vista seu poder de influência popular e o fato de constituir o desporto, um direito social.

O mesmo se dá com a iniciativa privada em qualquer circunstância. O Estado não irá intervir na vontade empresarial do particular de se imiscuir nesta ou naquela atividade; também não lhe obrigará a escolher estes ou aqueles sócios; não estabelecerá com quantos empregados deverá colocar-se em funcionamento. De outro lado, o abuso do poder econômico, a ofensa aos direitos do trabalhador e do consumidor, a ofensa ao meio-ambiente serão sempre rechaçados de forma veemente pelo Poder Público.

¹⁴ Lei No. 9.672 de 06 de julho de 1993. Institui normas gerais sobre desportos e dá outras providências. Disponível em: www.ibdd.com.br (acesso em 25 jan. 2008).

A investigação acerca da natureza jurídica da atividade desportiva profissional é que legitimará ou não a intervenção estatal, sendo importante destacar que a Constituição garantiu-lhe o *status* de direito de todos.

Logo, não se trata de uma atividade qualquer. Quando um grupo de pessoas desejoso de fazer uso da liberdade de associação, decide-se pela atividade desportiva, necessariamente haverá de ter em mente que estará cuidando com um direito social, que ultrapassa sua esfera de influência.

Todo esse questionamento seria inócuo se houvessem as associações desportivas mantido-se dentro do ideário que lhes deu origem, mas o reconhecimento da mercantilização do desporto frequenta a doutrina e a legislação desportiva do país e, isto, é fato notório

Como os conceitos vigentes à época da constituição da maioria das entidades desportivas do país eram diversos dos atuais, sendo que não havia necessidade de mercantilização que hoje presenciamos, inexistia, regra geral, a visualização da prática desportiva como um exercício de atividade econômica. Por isso a formatação jurídica das entidades desportivas como associação fora tão bem recebida, já que possibilitava aos participantes das mesmas uma ampla liberdade de organização, respeitadas as normas vigentes.¹⁵

O que se verifica é a conexão dos seguintes fatores: finalidade não econômica conduzindo e legitimando um modelo associativo e, por conseguinte, gerando a autonomia garantida constitucionalmente, quanto à organização e funcionamento.

O desvirtuamento de quaisquer desses fatores traz desequilíbrio ao sistema, rompe a sequência lógica do raciocínio e as premissas entram em discrepância com a conclusão. Vale dizer, quando a finalidade passa a ser econômica, o modelo associativo fica desarticulado e a autonomia, já então confundida como escudo ou blindagem contra intervenção estatal, passa a ser questionada quanto aos seus limites.

Os limites da autonomia desportiva estão, por conseguinte, conectados aos fins da atividade.

¹⁵ CARLEZZO, Eduardo, *Direito Desportivo Empresarial*, Juarez de Oliveira, São Paulo, 2004, p. 27.

Sendo o desporto um direito social, a exploração econômica da prática do futebol profissional pelos clubes envolve um direito público. Trata-se da exploração privada de um direito público e neste contexto, pertinente a discussão acerca da legitimidade da ingerência estatal, por meio de quaisquer das funções do Estado: legislativa, executiva e judiciária.

No que concerne ao Poder Executivo, a existência de órgãos do governo com atribuições ligadas ao desporto teve início em 1937 e, até 1995 as questões desportivas dividiam a pasta com a educação nacional. Em 1995, sob o mandato do presidente Fernando HENRIQUE CARDOSO foi criado o Ministério Extraordinário do Esporte, mas ainda recebendo orientações técnicas da Secretaria de Desportos do Ministério da Educação. Em 1998 foi criado o Ministério do Esporte e Turismo e em 2003, já sob o governo de Luiz Inácio Lula DA SILVA, o esporte recebe enfim, pasta específica, e foi então criado o Ministério do Esporte (ME). O Ministério do Esporte tem por atribuição a construção da Política Nacional de Esporte, desenvolvendo o esporte de alto rendimento e promovendo ações de inclusão social por meio da prática esportiva.

O Conselho Nacional do Esporte (CNE) é o órgão colegiado, diretamente vinculado ao Ministro do Esporte, com função deliberativa, normativa e de assessoramento. O Código Brasileiro de Justiça Desportiva (CBJD) adveio da Resolução de No. 1, de 23 de dezembro de 2003, do CNE.

No sítio eletrônico do Ministério do Esporte pode-se encontrar todo o Calendário Desportivo Nacional (CDN). No caso do futebol, os campeonatos organizados e reconhecidos inclusive pela *Fédération Internationale de Football Association* (FIFA), órgão máximo em nível internacional, lá estão dispostos.

A Secretaria Nacional de Esporte de Alto Rendimento (SNEAR) do ME, entende que a programação de eventos desportivos a serem promovidos ou deles participarem as Entidades Nacionais de Administração do Desporto (Associações/Confederações e Federações Nacionais) devem estar reunidos em um único documento, denominado CDN, para que não haja superposição de eventos importantes em datas e locais coincidentes.

No referido sítio eletrônico também é possível localizar a agenda da consulta pública realizada pelo Ministério do Esporte em conjunto com o Instituto Brasileiro de Direito Desportivo (IBDD), em importantes capitais do país, a fim de obter contribuições da sociedade para a reforma do CBJD.

Os interessados poderão enviar as propostas de modificação até o dia 21 de setembro através do portal do ME. Todas as propostas de mudanças

serão reunidas em um relatório. O documento será encaminhado à Comissão de Estudos Jurídicos Desportivos do CNE, para que possa ser modificado. O texto consolidado será, então, enviado para discussão e votação do CNE. O ME já realizou a consulta pública nas cidades de São Paulo (SP), Recife (PE), Curitiba (PR), Goiânia (GO), Salvador (BA) e Manaus (AM).

Deste breve histórico e constatações é possível afirmar que o tema desportivo é de interesse público e o Órgão Executivo do Poder Nacional não é alheio a esta importância.

No que diz respeito ao Órgão Judiciário, a existência da justiça desportiva e a necessidade de esgotamento de suas instâncias, no que tange às questões relativas à disciplina e às competições desportivas, é claro não vai de encontro ao princípio constitucional do livre acesso à justiça, ao contrário, denota a importância social da questão.

Importante destacar que a justiça desportiva deve apresentar decisão final em sessenta dias, no máximo; esgotado este prazo o acesso ao Judiciário é livre.

A existência de uma justiça administrativa e com respaldo constitucional não potencializa a autonomia conferida às entidades de organização e prática desportiva, mas, de outro lado, denota a relevância que o legislador constituinte atribuiu ao evento social que constitui a prática desportiva profissional e suas peculiaridades, tanto em respeito aos profissionais quanto aos seus aficionados.

Na seara legislativa, o histórico de leis que abarcam as questões desportivas e as polêmicas que lhes circundam, denotam e reforçam o desporto como um direito social e que, por conseguinte, deve despertar o cuidado dos legisladores escolhidos pelo povo.

É justamente na participação deste Órgão do Poder que reside o cerne dos maiores embates doutrinários, visto que, nesta seara se faz ou não mais evidente a ingerência estatal nas questões desportivas.

IV. O futebol e as Comissões Parlamentares de Inquérito

A instauração de Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI) para apuração de denúncias envolvendo a Confederação Brasileira de Futebol (CBF) e a empresa *Nike Europe B.V.*, sociedade comercial estrangeira, no ano de 2000, bem como questões relativas às contribuições previdenciárias e de

imposto de renda devido pelas entidades de organização e prática desportiva, sofreu oposição de renomados doutrinadores pátrios, debaixo do argumento de que negociações que não envolvam dinheiro público não devem ser alvo de investigação parlamentar.

Condenando a instauração da referida CPI para investigação do contrato de patrocínio firmado entre a CBF e a *Nike*, Luís Roberto BARROSO apregoa:

“A alegação era a de que o referido contrato seria inválido à luz das regras que disciplinam o desporto nacional, concentradas na Lei nº 9.615, de 24.03.98. A matéria escapa ao âmbito legítimo de atuação das CPIs. (...)

Desse modo, como a CBF é uma associação civil, sem qualquer vinculação com a Administração Pública, não é lícita a interferência do Poder Legislativo, por meio de comissão de inquérito, em seus negócios internos.”¹⁶

A questão comporta, entretanto, o estudo de seus desdobramentos, para que se possa alcançar o método interpretativo que melhor assegure a harmonia do sistema constitucional.

A CBF de fato é uma associação civil sem qualquer vinculação com a Administração Pública, entretanto lida com a prática desportiva, cujo caráter de direito social, está também garantido constitucionalmente.

Além disso, compete à Confederação, Federações e Clubes a arrecadação e repasse das contribuições previdenciárias e de imposto de renda retido na fonte, aos cofres públicos.

O questionamento que há de se fazer será quanto à definição da natureza jurídica da entidade investigada ou da atividade por ela exercida. Existe interesse público na prática desportiva profissional?

¹⁶ BARROSO, Luís Roberto, “Comissões Parlamentares de Inquérito e suas competências: política, direito e devido processo legal”, em *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, v. 1, n. 1, 2001, p. 8, disponível em: www.direitopublico.com.br (acesso em: 20 ago. 2009).

Luís Roberto BARROSO afirma ainda:

“Conforme assinalado no início deste capítulo, aspectos da vida privada das pessoas, bem como, negócios estritamente particulares, não são passíveis de investigação por comissões parlamentares de inquérito, salvo os casos que tenham direta e relevante ligação com o interesse público. Em abono da tese aqui desenvolvida, vale observar que as entidades desportivas – dentre elas, destacadamente, a CBF – encontram-se resguardadas, por duplo fundamento constitucional, de qualquer interferência do Estado em sua organização e funcionamento.”¹⁷ (destacou-se)

O duplo fundamento constitucional de que trata BARROSO é a autonomia desportiva e a liberdade de associação. Quanto à ressalva feita por ele, no que diz respeito aos casos em que, mesmo estritamente particulares envolvam interesse público, constitui a perspectiva para, novamente, investigar-se a natureza jurídica da atividade desportiva e, a partir daí, a legitimidade da instauração de Comissões Parlamentares de Inquérito para investigá-la.

O Sub-relator da CPI intitulada CPI DA NIKE fez constar de seu relatório que “propor alterações legais com reflexos na prática do futebol é tarefa tão honrosa, quanto complexa [...] diversamente do que ocorre com outros temas, deste toda a nação participa e conhece”.¹⁸

A existência de interesse público na prática desportiva profissional será objeto de estudo específico. Contudo, pertinente o seguinte questionamento: sendo o desporto um direito social e diante do estabelecido na Constituição, será correto afirmar que as entidades de prática desportiva profissional, no exercício da liberdade de associação, usufruindo autonomia de organização e funcionamento, podem atuar sem qualquer ingerência do Estado?

¹⁷ *Ibidem*, p. 8.

¹⁸ CPI da NIKE: Relatório. Disponível em: www.cev.org.br/biblioteca/cpi-nike-relatório (acesso em 20 ago. 2009).

O próprio relatório da CPI traz em seu bojo a exposição dos motivos que lhe ensejaram a instauração:

“A responsabilidade se revelou imensa. Afinal, que outro fato social, além do futebol, consegue desencadear paixões tão intensas e universais? Que outra forma de lazer está tão impregnada no cotidiano de nosso País quanto o futebol? Elemento de identidade nacional, forma de expressão do povo brasileiro, o futebol constitui fenômeno de massa incontestado, seja do ponto de vista sociológico, psicológico, ou esportivo.

Progressivamente, pelas ilimitadas possibilidades que abre em termos de geração de emprego e renda, vem se consolidando, também, como item importante da pauta econômica do País.”¹⁹ (destacou-se)

A existência de dinheiro público também é inegável. A possibilidade de financiamento estatal está expressa no inciso II, do art. 217 da Constituição. Não bastasse, a responsabilidade pela retenção e repasse de contribuições previdenciárias e impostos são deveres das entidades de organização e prática desportiva:

“E se cabe ao Congresso Nacional fiscalizar contas de pessoa física ou jurídica que guarde valores públicos, cabe também à comissão parlamentar de inquérito examinar essas contas. (...) Assim, o não recolhimento, aos cofres públicos, de valores relativos a imposto de renda ou a [sic] contribuição previdenciária, descontados na fonte, por quaisquer entidades – ainda que privadas – configura fato ilícito que está sujeito ao poder de sindicância de comissão parlamentar de inquérito.”²⁰

O poder de fiscalização das CPIs e a natureza dos fatos determinados à investigação serviram de justificativa para instauração da CPI do Futebol, mediante requerimento do Senado Federal.

Qual outra atividade econômica privada e livre pode contar com a criação de uma loteria para assim angariar fundos e lograr êxito na quitação de seus débitos para com a Fazenda Federal?

¹⁹ Relatório Final da Comissão Parlamentar de Inquérito, Vol. I, Requerimento 497/2000-SF, p. 3. Disponível em: www.ibdd.com.br/arquivos/vol1.pdf (acesso em 14 set. 2009).

²⁰ *Ibidem*, p. 10 (acesso em 27 set. 2009).

A “timemania” de que se já tratou anteriormente, instituída por meio da Lei No. 11.345, de 14 de setembro de 2006,²¹ foi criada para tal mister.

Verifica-se que o desporto profissional, especialmente o futebol, é fenômeno social e econômico e em razão disso interessa a todos os órgãos do poder constituído.

O Direito nasce do fato social e não o contrário. A razão de ser o futebol uma parte importante “Da Ordem Social” brasileira, também será objeto de estudo específico, mas o fato é que este esporte está na vida das pessoas e, no Brasil, sob o *status* de direito de cada um. A título de exemplo, a corrupção na arbitragem do futebol ganhou os noticiários televisivos e as páginas dos principais periódicos do País. Partidas foram refeitas e o árbitro desligado definitivamente de sua função:

O Grupo de Atuação Especial e Repressão ao Crime Organizado do Ministério Público de São Paulo (Gaeco) e a Polícia Federal então a ponto de dismantelar uma quadrilha montada com o objetivo de manipular resultados de partidas de futebol do Campeonato Brasileiro e Paulista. Ela envolve um grupo de empresários, donos de bingos em São Paulo e Piracicaba (no interior paulista) e o árbitro Edilson PEREIRA DE CARVALHO, um dos dez juizes brasileiros pertencentes aos quadros da Federação Internacional de Futebol (Fifa), que reúne a elite da arbitragem mundial. Com os resultados acertados com o juiz, a quadrilha lucrava em apostas milionárias em sites de jogatina na internet. É o maior golpe na paixão dos brasileiros pelo futebol e um escândalo de repercussão internacional.²²

A imprevisibilidade do resultado é a magia do jogo de futebol e um direito de seus aficionados, razão pela qual a corrupção apurada nos quadros da arbitragem, maculando os resultados das partidas, a todos interessou e interessa.

²¹ Lei nº 11.345 de 14 de setembro de 2006. Institui o concurso de prognóstico denominado Timemania, estabelece os critérios de participação e adesão das entidades de prática desportiva da modalidade futebol profissional e dá outras providências.

²² RIZEK, André; OYAMA, Thaís. *Especial: Jogo Sujo*. VEJA. Exclusivo: A Máfia do apito, ano 38, n. 39, 28 set. 2005, pp. 72-80.

Chamada para audiência pública em razão da alteração do CBJD, pode ser encontrada em sítio eletrônico especializado ao estudo do Direito desportivo.²³

Negar a existência de interesse público na prática desportiva profissional, especialmente o futebol, permite a menção dos dizeres de Nelson RODRIGUES, dramaturgo brasileiro, citado em epígrafe no Relatório final da CPI,²⁴ criada pelo requerimento 497-2000-SF para investigação das associações desportivas, no sentido de que, no mundo do futebol, o pior cego é aquele que só vê a bola.

Quanto aos requisitos legais para instauração de comissão parlamentar de inquérito, o texto constitucional especifica os seguintes, destacados por José Afonso DA SILVA:

“Essa liberdade de criação de comissões parlamentares de inquérito depende, contudo, do preenchimento de três requisitos: a) requerimento de pelo menos um terço de membros de cada Casa, para as respectivas comissões, ou de ambas para as comissões em conjunto (comissão mista); b) ter por objeto a apuração de fato determinado; c) ter prazo certo de funcionamento.”²⁵ (grifo do autor)

Não se verifica requisito subjetivo limitando a atividade investigativa do Legislativo. Vale dizer, a pertinência do tema eleito depende apenas de que dois terços de cada Casa ou de ambas, em caso de comissão mista, assim compreenda e, uma vez determinado o fato a ser investigado, seja respeitado o prazo estabelecido para o seu funcionamento.

No caso do futebol, os argumentos impeditivos à CPI, relativos à liberdade de associação e autonomia desportiva parecem minguar diante de constituir o desporto um direito social.

²³ Instituto Brasileiro de Direito Desportivo. Disponível em: www.ibdd.com.br (acesso em: 14 set. 2009).

²⁴ RODRIGUES, Nelson, 1963, apud BRASIL. Relatório Final da Comissão Parlamentar de Inquérito, Vol. I, Requerimento 497/2000-SF, p. 1. Disponível em: www.ibdd.com.br/arquivos.vol1.pdf (acesso em 14 set. 2009).

²⁵ DA SILVA, José Afonso, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 9 ed., Malheiros, São Paulo, 1994, p. 451.

Atualmente, a instauração de CPIs para apuração de fatos relativos ao futebol não mais tem causado impactos, ao menos, não mais que as próprias questões investigadas.

Na cidade de Marília, interior do Estado de São Paulo, os jornais locais noticiaram denúncia feita pelo plenário da Câmara Municipal, em conclusão aos trabalhos de CPI para investigação de desvio de dinheiro público pela Liga de Futebol da Cidade:

“A Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI) da Liga de Futebol concluiu sua investigação esta semana e, através do relatório final apresentado no plenário da sessão ordinária desta segunda-feira, concluiu ter encontrado indícios de crime de desvio de verba pública, dispersos tanto em peculato, improbidade administrativa, e falsidade ideológica. Vereadores vão agora protocolar a denúncia no Ministério Público Estadual.”²⁶

Verifica-se que a instauração de CPIs para investigação de fatos relativos ao futebol não tem enfrentado maior resistência, ao contrário, revela a publicidade do tema; publicidade esta que não é desnaturada ainda quando se enfrenta os argumentos da autonomia desportiva e da liberdade de associação.

V. A liberdade de associação e o futebol de alto rendimento

O modelo associativo foi adotado pela grande maioria dos clubes de futebol brasileiros em seu nascedouro, no início do século XX.

O associativismo foi a opção naturalmente albergada pelos clubes, posto que, naquele momento, o desporto traduzia apenas a intenção lúdica e patriótica de seus praticantes.

À medida em que foi se profissionalizando, despertando o interesse da imprensa e da sociedade em geral, deixando de ser um esporte de elite para ganhar as massas, a prática do futebol assumiu contornos econômicos.

²⁶ CPI denuncia Liga de Futebol pelo desvio de dinheiro público, em *Correio Mariliense*, Marília - São Paulo, p. A5, 30 set. 2009.

Conforme exposto no item de III deste trabalho, o Decreto-lei No. 3.199, de 14 de abril de 1.941, produzido durante a “Era Vargas”, vedava expressamente a obtenção do lucro através do desporto. Este período de forte intervencionismo estatal na atividade desportiva coincidiu com a fase não econômica da exploração do futebol.

É preciso destacar que a Constituição Federal de 1988 foi forjada em momento histórico de negação ao autoritarismo próprio dos governos ditatoriais:

“A transição desse regime restritivo, marcado por limitações e tolhimentos, para um ambiente de concessões e estímulo à liberdade, não tem tido histórico pacífico, no entanto. O alcance do conceito de autonomia desportiva tem ensejado importantes discussões de natureza jurídica. Por um lado, a faculdade que têm as associações de se organizarem juridicamente, de criarem um direito próprio, é considerada como direito inalienável por diversos autores. Outras análises, no entanto, entendem que a autonomia desportiva não pode se traduzir em liberdade absoluta, incondicional.”²⁷

Neste contexto, o legislador constituinte albergou e positivou o valor liberdade em muitos dos artigos e incisos da Lei Maior.

Em busca de superar o período em que a reunião de pessoas despertava a sanha punitiva do Estado, então temeroso pelo surgimento dos intitulados subversivos, a liberdade de associação veio estampada no texto constitucional como um direito fundamental e na condição de cláusula pétrea.

A liberdade de associação, entretanto, não foi um direito resguardado especialmente às entidades de prática desportiva, pode-se dizer que as encontrou neste formato associativo, mas não lhes foi endereçado particularmente.

O formato associativo, aliás, foi idealizado e implantado quando a realidade fática da exploração do futebol era bem outra, diversa da atual.

Doutrinadores advogam a tese de que as associações não estão proibidas de buscar o lucro, o que não pode haver, sob pena de desnaturaçã, é a

²⁷ Relatório Final da Comissão Parlamentar de Inquérito, Vol. I, Requerimento 497/2000-SF, p. 37. Disponível em: www.ibdd.com.br/arquivos/vol1.pdf (acesso em 09 out. 2009).

sua distribuição, o mesmo deve ser investido na própria atividade des-
envolvida pela associação. “A questão principal está na destinação desta
mais-valia, que deve, obrigatoriamente, ser reempregada na melhora de
suas atividades, sendo vedada a distribuição sob qualquer forma.”²⁸

O fato é que a associação de pessoas também se dá com o intento comer-
cial, e essa liberdade está, do mesmo modo, resguardada no texto consti-
tucional, ao tratar da livre iniciativa como princípio da ordem econômica.

Semelhante ao que ocorre com o vocábulo autonomia, a palavra asso-
ciação termina por significar, estritamente, as associações civis sem fins
lucrativos, posto que a associação de pessoas com finalidade empresarial
importa já ao direito societário e às várias modalidades distintas de reu-
nião de pessoas para fins empresariais. É o que se depreende dos dizeres
de José Afonso DA SILVA:

“Seus elementos são: base contratual, permanência (ao contrário
da reunião), fim lícito (fim não contrário ao direito). A ausência de
fim lucrativo não parece ser elemento da associação. Pois, o texto
parece-nos abranger também as sociedades lucrativas. Então, a li-
berdade de associação inclui tanto as associações em sentido es-
trito (em sentido técnico estrito, associações são coligações de fim
não lucrativo) e as sociedades (coligações de fim lucrativo).”²⁹ (grifo
do autor)

Os defensores de que, em nome da liberdade de associação e da auto-
nomia de organização e funcionamento, estão blindadas as associações
desportivas de qualquer ingerência estatal, o argumento fundamental é
o que segue:

“Tendo optado em seu nascedouro pela modalidade associativa, e
tendo sido este direito de associação albergado pelo Texto Consti-
tucional de 1988 como fundamental e inalterável, sendo certo que
também a Constituição põe a salvo o ato jurídico perfeito, a coisa
julgada e o direito adquirido, no inciso XXXVI do Art. 5º, nenhuma

²⁸ OLIVEIRA JUNIOR, Piraci Ubiratan, *Clubes Brasileiros de Futebol e Seus Reflexos Fiscais*, Rio de Janeiro, 2004, p. 32.

²⁹ DA SILVA, *Curso de ...*, *op. cit.*, p. 241.

lei pode exigir destas entidades de organização e prática desportiva, outro formato societário, sob pena de inconstitucionalidade: O estatuto nada mais é do que um ato jurídico que conjuga a vontade de várias pessoas. Sendo, destarte, este documento a expressão da vontade de um grupo de pessoas em criar uma associação desportiva, e estando constituído sob os permissivos legais da época, é um ato jurídico perfeito. Por conseqüência, não pode ser prejudicado por lei posterior, o que nos leva a entender que também neste aspecto a exigência de transformação colide com a Constituição Federal.³⁰

A grande questão reside sempre na interpretação dos princípios constitucionais.

Indiscutivelmente a liberdade de associação é um direito fundamental, mas até que ponto gerou direito adquirido às entidades de organização e prática desportiva?

Importante retomar ao ponto no qual o vocábulo associação, em sentido amplo, abarca tanto as associações civis sem fins lucrativos, como as associações para fins empresariais ou, as sociedades empresárias. As associações civis sem fins lucrativos, reconhecidas por associações fazem, conforme exposto anteriormente, o uso do vocábulo em sentido estrito.

Portanto, quando a Constituição assegura o direito de associação e a vedação de interferência em seu funcionamento, está a tratar tanto das associações civis sem fins lucrativos, como das associações para fins empresariais. Em qual modelo vai se enquadrar essa ou aquela atividade, depende não do rótulo que lhe queiram dar, mas de sua natureza jurídica.

A livre iniciativa, constante do capítulo constitucional referente à "Ordem Jurídico-Econômica", pode ser traduzida pela desnecessidade de autorização estatal para a associação de pessoas com intento lucrativo, com vistas ao exercício da atividade empresarial, cabendo ao interessado as providências registraes e fiscais necessárias.

Por conseguinte, a liberdade de iniciativa deflui do próprio direito fundamental de liberdade de associação, esta, como visto, apenas em sentido estrito denomina as associações civis sem fins lucrativos.

³⁰ CARLEZZO, *op. cit.*, p. 55.

Não é possível constituir uma associação civil sem fins lucrativos para a exploração de atividade empresarial, posto que para tal mister há uma gama de modelos societários pertinentes, que podem ser livremente escolhidos e sobre os quais também não haverá ingerência estatal em sua organização e funcionamento.

Quanto à natureza jurídica da atividade desenvolvida pelas entidades de organização e prática do futebol profissional, o que aconteceu foi a transmutação de seus motivos e objetivos. No início não vislumbravam o lucro e depois passaram a admiti-lo, inclusive com autorização legal para isso, e foi esta transformação que ensejou e enseja toda a discussão acerca da atual inadequação do modelo organizacional escolhido.

A autonomia desportiva para organização e funcionamento não difere da autonomia que toda atividade empresarial também usufrui, e nem por isso configura blindagem e ou escudo para a desobediência do direito posto.

Álvaro MELO FILHO afirma que exigir que um clube de futebol se transforme em empresa é o mesmo que exigir que uma empresa se transforme em associação desportiva:

“Por tudo isso, na ‘cirurgia jurídica’ que ajudamos a fazer na Lei nº 9.615/98, mais especificamente através da Lei nº 9.981/00, a *co-gênci*a ou *imposição* grafada no art. 27 cedeu lugar a uma *opção* ou *faculdade*, até porque, exigir a transformação dos clubes profissionais em empresas é tão esdrúxulo e injurídico quanto seria compelir as empresas a se tornarem clubes profissionais.”³¹ (grifos do autor)

Entretanto, o que define, por exemplo, se uma empresa terá inscrição municipal, quais os órgãos públicos precisam conferir alvará para o seu funcionamento, é a natureza jurídica de seu ramo de atividade.

Neste aspecto, a mais renomada doutrina desportiva não nega o caráter econômico adquirido pela prática do futebol profissional, em claro dis-

³¹ MELO FILHO, Álvaro, “Autonomia de Organização e Funcionamento das Entidades de Prática e de Direção do Desporto Brasileiro”, em AIDAR, Carlos Miguel (Coord.), *Curso de Direito Desportivo*, Ícone, São Paulo, 2003, pp. 77 y 78.

tanciamento dos objetivos iniciais e que inspiraram o formato associativo, momento em que a obtenção de lucro continha expressa vedação legal.

Tivessem os clubes e as entidades de organização do futebol profissional mantido o mesmo ideal e características do período de surgimento, poder-se-ia, quiçá, falar em direito adquirido, posto que uma idêntica situação estaria a receber um tratamento distinto pelo Texto Constitucional.

Inegável, entretanto, que da modalidade esportiva, denominada futebol e praticada na primeira metade do século XX, muito pouco restou, e a zona cinzenta que hoje circunda o fato desportivo profissional reflete-se, especialmente, no cenário legislativo, palco onde o direito busca acompanhar o ritmo das transformações sociais.

VI. A autonomia desportiva e a ordem jurídico-econômica nacional

Elencados no art. 170 da Constituição Federal estão os pilares sobre os quais deve ser construída a ordem jurídico-econômica nacional.

Tais princípios alocados sob o mesmo título e dispostos em forma de incisos de um mesmo artigo, que trata dos fundamentos da ordem econômica nacional, exigem técnicas de interpretação e solução de eventuais conflitos que transcendem os critérios interpretativos tradicionais:

Os direitos fundamentais, em vigor, não se interpretam; concretizam-se. A metodologia clássica da Velha Hermenêutica de SAVIGNY, de ordinário aplicada à lei e ao Direito privado, quando empregada para interpretar direitos fundamentais, raramente alcança decifrar-lhe os sentidos.

Os métodos tradicionais, a saber, gramatical, lógico, sistemático e histórico, são de certo modo rebeldes a valores, neutros em sua aplicação, e por isso mesmo impotentes e inadequados para interpretar direitos fundamentais. Estes se impregnam de peculiaridades que lhe conferem um caráter específico, demandando técnicas ou meios interpretativos distintos, cuja construção e emprego gerou a Nova Hermenêutica.³²

³² BONAVIDES, Paulo, *Curso de Direito Constitucional*, 7 ed. rev. atual. ampl, Malheiros, São Paulo, 1997, p. 545.

A Nova Hermenêutica mencionada pelo professor Paulo BONAVIDES está ancorada no princípio da proporcionalidade, onde se faz a ponderação de valores, bens e interesses e aquele princípio que deva, naquela circunstância concreta, ceder espaço ao outro, mantém-se no sistema, nada perdendo de sua carga axiológica.

Conciliar valores como a livre iniciativa, a proteção do meio ambiente e do consumidor e a valorização do trabalho humano, passou a ser uma necessidade moderna advinda da constatação de que, as várias dimensões do direito não se excluem, mas coexistem na formação de um novo estágio sócio-econômico.

A Constituição Federal albergou valores individuais, sem deixar de prestigiar os direitos coletivos e também metaindividuais.

A iniciativa é livre, vale dizer, aquele que pretender dar início à exploração de uma atividade econômica não sofrerá qualquer reprimenda estatal, entretanto, o cumprimento de tudo quanto disposto no art. 170 da Constituição é um dever e, neste ponto sim, sob pena de ingerência estatal.

E assim se dá porque o valor econômico da eficiência, hoje, é traduzido como algo muito maior que a simples busca pelo lucro. É eficiente aquele que preserva o meio-ambiente, valoriza a pessoa humana do trabalhador, que respeita a livre concorrência e a pessoa do consumidor.

A liberdade de dar início a uma atividade empresária não autoriza, por conseguinte, o descumprimento dos demais ditames da ordem jurídico-econômica. O que não significa a mitigação do valor liberdade, mas sua equiparação a outros valores igualmente relevantes no modelo de Estado adotado.

A liberdade de associação e a livre iniciativa não constituem um direito ilimitado e adquirido a tal ponto de que, tendo evoluído o conceito de eficiência com os ditames da Constituição de 1988, tenham as empresas e associações o direito adquirido de não se adequarem à nova ordem, debaixo do argumento de que criadas anteriormente.

Entretanto, este é o raciocínio daqueles que apontam a mácula da inconstitucionalidade em todas as legislações infraconstitucionais, que tiveram o intento de adequar o direito à realidade desportiva, exigindo a transformação dos clubes de futebol em empresas:

Deflui-se de todas estas colocações que a transformação das entidades desportivas em sociedades empresárias é nociva e prejudicial sob o prisma desportivo. De outra parte, no plano jurídico, esta cogência legal de

adoção de determinada tipologia ou molde jurídico agride o postulado constitucional da autonomia desportiva, tanto ao suprimir o direito de auto-organização, quanto ao permitir a descabida ingerência dos poderes estatais no seu funcionamento.³³

O fato de ter nascido sob o ideal do associativismo, sem fins lucrativos, não serve de blindagem aos clubes e entidades de organização desportiva para a exploração de atividade econômica sob a mesma roupagem inicial, adotada em momento que a realidade fática era diversa.

A questão converge sempre ao mesmo ponto, qual seja, a natureza jurídica da atividade desportiva de alto rendimento e, neste particular, a doutrina especializada é unânime em afirmar o caráter econômico adquirido ao longo dos anos e hoje evidente. "Optou-se pelo modelo associativo na formação das entidades desportivas exatamente em virtude de seu caráter não econômico. (...) No Brasil, há muito a atividade desportiva deixou de ter objetivos não econômicos."³⁴

Eduardo CARLEZZO defende a inconstitucionalidade da interferência estatal na atividade desportiva profissional, posto que, ainda que se configure atividade econômica, a ordem jurídico-econômica nacional está fundada na livre iniciativa:

"Atualmente é mais do que evidente a prática de uma atividade econômica por parte dos clubes de futebol, pois além de gerarem vários empregos, propulsionam a economia nacional no desempenho de suas atividades desportivas e comerciais. Transferência de jogadores, patrocínio, contratos de televisão, marketing, dentre outros aspectos, sem dúvida são elementos característicos de uma atividade econômica organizada. Dentro desta perspectiva, onde é assegurada a liberdade de associação, vedada a interferência estatal e sedimentado o direito à livre iniciativa, uma norma que venha a determinar o comportamento que está no âmbito discricionário das entidades de direito privado é amplamente inconstitucional."³⁵

³³ MELO FILHO, Álvaro, *Direito Desportivo...*, *op. cit.*, p. 48.

³⁴ CATEB, Alexandre Bueno, *Desporto Profissional e Direito de Empresa: de acordo com o Código Civil de 2002*, Juarez de Oliveira, São Paulo, 2004, p. 88.

³⁵ CARLEZZO, *op. cit.*, p. 51.

Existindo, conforme constatado pela doutrina, uma atividade econômica organizada, não seria compulsória a observância de todos os princípios da ordem jurídico-econômica elencados no art. 170 da Constituição Federal?

A livre iniciativa vem ao lado e em pé de igualdade com a proteção do consumidor e do trabalhador humano enfim, tem igual importância ao cumprimento da função social da propriedade, por exemplo.

No Brasil, quem são os consumidores do futebol enquanto prática desportiva profissional?

O desporto foi albergado pelo texto constitucional como um direito de cada um, portanto, aqueles que se dedicarem à exploração econômica do futebol, necessariamente estarão lidando com um direito social:

“Demonstrados o sentido e o alcance do princípio da autonomia desportiva, bem assim, a obrigação jurídica do Estado com relação ao desporto, resta reafirmar a convicção dessa Comissão Parlamentar de Inquérito quanto à natureza social do desporto. De fato, consoante o § 2º do art. 4º da Lei nº 9.615, de 1998, a organização desportiva do País compõe o patrimônio cultural brasileiro e é considerada de elevado interesse social. Além disso, conforme a lição do jurista Celso BASTOS, o futebol integra o campo dos direitos difusos e qualquer atentado contra as normas jurídicas aplicáveis fere a cultura nacional e atinge amplas parcelas de brasileiros. Assim, está o Poder Público obrigado à concepção de instrumentos legais que protejam o interesse público na gestão de atividade, se não pública, *stricto sensu*, inegavelmente ‘bem material’ componente do patrimônio cultural brasileiro.”³⁶ (grifou-se)

Forçoso reconhecer que a Constituição, especialmente no que diz respeito à ordem econômica abarcou tanto direitos individuais, como sociais e metaindividuais, razão pela qual a ponderação na interpretação dos princípios é fundamental.

Se protegidos estão os direitos individuais da liberdade de iniciativa e de propriedade, a positivação de sistemas de proteção da livre concorrência,

³⁶ Relatório Final da Comissão Parlamentar de Inquérito, Vol. I, Requerimento 497/2000-SF, p. 43. Disponível em: www.ibdd.com.br/arquivos/vol1.pdf (acesso em 09 out. 2009).

do consumidor, do meio ambiente e do trabalhador denota a evolução do ordenamento jurídico pátrio para a defesa dos direitos transindividuais.

A existência de interesse público na prática do futebol profissional será objeto de estudo específico, com vistas a aprofundar o debate acerca da pertinência da ingerência estatal na atividade. Será objeto de análise o art. 174 da Constituição, a fim de se investigar a quantidade de intervenção estatal na exploração econômica do futebol, mediante exercício do poder normativo e regulador e das funções fiscalizatórias, de incentivo e planejamento, pode ser admitida.

Desde logo, entretanto, é possível destacar que há previsão no art. 217 da Constituição para o financiamento estatal da atividade desportiva, cuja relação com os órgãos do poder constituído, já analisada em tópico anterior, é evidente.

A criação de uma loteria com vistas a auxiliar os clubes na quitação de seus débitos previdenciários para com a Fazenda Federal, e a “timemania” foi criada pelo Governo Federal para tal mister, configura privilégio não usufruído por nenhuma outra atividade econômica privada e livre.

Há portanto, na exploração econômica do futebol, porções públicas e privadas mescladas na composição da natureza jurídica da atividade.

A investigação e posterior definição desta natureza jurídica da atividade desenvolvida pelos clubes de futebol de alto rendimento, certamente, poria um fim em grande parte das discussões doutrinárias, quiçá evoluindo para o acolhimento do futebol profissional em tudo que tem de privado e de público.

Bresser Pereira identifica e intitula de instituições públicas não-estatais, aquelas que regidas pelo direito privado, estão voltadas para a efetivação de interesses públicos:

“(…) Entretanto, se definirmos como público aquilo que está voltado para o interesse geral, e como privado aquilo que é voltado para o interesse dos indivíduos e suas famílias, está claro que o público não pode ser limitado ao estatal, e que fundações e associações sem fins lucrativos e não voltadas para a defesa de interesses corporativos, mas para o interesse geral não podem ser consideradas privadas. (...) e segundo, as instituições de Direito Privado voltadas

para o interesse público e não para o consumo privado não são privadas, mas sim públicas não-estatais.”³⁷

As considerações de BRESSER PEREIRA conduzem ao raciocínio de que a dicotomia público-privado não é tão fácil de ser estabelecida, bem como, que um estudo mais aprofundado do que venha a ser interesse público e quais as atribuições exclusivas do Estado diante de direitos sociais, podem trazer efetivas contribuições ao Direito desportivo.

A investigação da natureza jurídica da prática do futebol profissional no Brasil, com vistas especialmente ao alvo desta atividade, qual seja, toda a sociedade brasileira, definindo-se a extensão de seus contornos público e privado, permitirá maior clareza, efetividade e respeito aos limites de exercício das funções legislativa, executiva e judiciária pelo Estado, face à autonomia de organização e funcionamento das entidades desportivas.

VII. Considerações finais

O vocábulo autonomia traduzindo liberdade de organização e capacidade de reger-se por suas próprias leis, em sentido amplo faz referência à própria soberania e, como corriqueiramente utilizado, significa liberdade relativa e sempre subordinada a um poder maior, soberano.

Quando o texto constitucional fez uso da palavra autonomia, o fez para indicar uma liberdade relativa e, no caso das entidades desportivas, fazendo expressa menção deste limite, qual seja, a autonomia para organização e funcionamento.

A interpretação do princípio constitucional da autonomia desportiva ao lado da garantia, também constitucional, da liberdade de associação, para muitos doutrinadores conduz à conclusão de que o Estado não deve intervir na atividade desportiva, por quaisquer de suas três funções, sob pena de inconstitucionalidade.

³⁷ BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos, *A Reforma do Estado dos anos 90: Lógica e Mecanismos de Controle*, Caderno 1, Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado, Brasília, 1997, pp. 25 e 26.

Entretanto, não é o que se verifica.

Os clubes de futebol surgiram sob o formato associativo, sem fins lucrativos, quando havia expressa vedação legal à obtenção do lucro.

A prática do futebol ganhou contornos econômicos, distanciou-se do ideal lúdico e meramente patriótico que inspirou a criação dos primeiros clubes de futebol, passando ao incontestável exercício da atividade empresária.

Os contornos econômicos adquiridos pelo futebol não o desnaturou enquanto direito social digno de financiamento estatal, conforme disposto no próprio Texto Constitucional, mas serviu para estabelecer o debate sobre o quanto de intervencionismo estatal pode ou não haver na atividade.

Para boa parte da doutrina, a liberdade de associação aliada à autonomia de organização e funcionamento veda qualquer ingerência estatal na atividade desportiva profissional, sob o fundamento de que, ao contrário estar-se-ia infringindo garantias constitucionais. Mesmo quando reconhecem no futebol profissional uma atividade econômica, prendem-se os doutrinadores ao princípio da livre iniciativa, para sustentar o argumento da inconstitucionalidade da interferência estatal, especialmente, por meio de leis e instauração de CPIs, visto que, justamente por meio desta função do poder, fica mais evidente a presença do Estado na atividade.

O texto constitucional, entretanto, não pode ser interpretado de maneira fragmentada, mas, sim, sistematicamente. A liberdade é um valor albergado pela Constituição, até como metaprincípio ou sobreprincípio a ela própria, e tal fato não se discute, entretanto, os direitos sociais e transindividuais, como o desporto, a proteção da pessoa humana do trabalhador, do meio ambiente e do consumidor, por exemplo, também foram abarcados pela Lei Maior.

Ao tratar “Da Ordem Social” o legislador constituinte estabeleceu, antes mesmo de tratar da autonomia desportiva, ser o desporto um direito de cada um e também um dever do Estado fomentá-lo e financiá-lo.

Aquele que se dedica a exploração econômica do futebol, no exercício de sua liberdade de associação, aqui também compreendida a associação para fins lucrativos, usufruirá da liberdade para organização e funcionamento, posto que desta goza toda e qualquer empresa legalmente estabelecida, mas não o fará à margem da ingerência estatal, e por uma razão muito simples, também inegável o caráter público de que se reveste a atividade.

A constatação da existência de interesse público na prática profissional do futebol oferece respaldo para o financiamento estatal e motivo para a

regulação que há de ser estabelecida para o setor. O estudo da natureza jurídica da atividade denota a superação da dicotomia entre o público e o privado, fazendo surgir uma atividade que pode ser definida como pública não-estatal, pública porque a todos interessa, é um direito social, e não-estatal porque não é e nem precisa ser desenvolvida pelo Estado diretamente; entretanto, advém deste caráter público, das subvenções devidas pelo Estado, também por força da Lei Maior, a justificativa à ingerência estatal por meio de seus órgãos do poder e a necessidade de criação de instrumentos regulatórios para o setor.

VIII. Referências bibliográficas

Obras generales

BONAVIDES, Paulo, *Curso de Direito Constitucional*, 7 ed. rev. atual. ampl., Malheiros, São Paulo, 1997.

BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos, *A Reforma do Estado dos anos 90: Lógica e Mecanismos de Controle*, Caderno 1, Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado, Brasília, 1997.

CARLEZZO, Eduardo, *Direito Desportivo Empresarial*, Juarez de Oliveira, São Paulo, 2004.

CATEB, Alexandre Bueno, *Desporto Profissional e Direito de Empresa: de acordo com o Código Civil de 2002*, Juarez de Oliveira, São Paulo, 2004.

DA SILVA, José Afonso, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 9 ed. 4 tiragem, Malheiros, São Paulo, 1994.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, *Direito Administrativo*, 13 ed., Atlas, São Paulo, 2001.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda, *Novo Dicionário da Língua Portuguesa*, 1 ed. 11ª impressão, Nova Fronteira, Rio de Janeiro.

MELO FILHO, Álvaro, "Autonomia de Organização e Funcionamento das Entidades de Prática e de Direção do Desporto Brasileiro", em ALDAR, Carlos Miguel (Coord.), *Curso de Direito Desportivo*, Ícone São Paulo, 2003.

_____, *Direito Desportivo: aspectos teóricos e práticos*, IOB Thomson, São Paulo, 2006.

_____, *O Desporto na Ordem Jurídico-Constitucional Brasileira*, Malheiros, São Paulo, 1995.

OLIVEIRA JUNIOR, Piraci Ubiratan, *Clubes Brasileiros de Futebol e Seus Reflexos Fiscais*, Rio de Janeiro, 2004.

SILVA, De Plácido e, *Vocabulário Jurídico*, Atualizadores Nagib Slaibi Filho e Gláucia Carvalho, Forense, Rio de Janeiro, 2004.

Publicaciones periódicas

BARROSO, Luis Roberto, "Comissões Parlamentares de Inquérito e suas competências: política, direito e devido processo legal", em *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, Centro de Atualização Jurídica, v. 1, n. 1, 2001, disponível em: www.direitopublico.com.br (acesso em: 20 ago. 2009).

Normas jurídicas nacionales

Constituição da República Federativa do Brasil, AASP, São Paulo, 2008.

Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, 35 ed., Saraiva, São Paulo, 2005.

Lei No. 9.672 de 06 de julho de 1993. Institui normas gerais sobre desportos e dá outras providências. Disponível em: www.ibdd.com.br (acesso em 25 jan. 2008).

Lei No. 11.345 de 14 de setembro de 2006. Institui o concurso de prognóstico denominado Timemania, estabelece os critérios de participação e adesão das entidades de prática desportiva da modalidade futebol profissional e dá outras providências.

Decreto Lei No. 3.199 de 14 de abril de 1941, estabelece as bases de organizações dos desportos em todo o país, disponível em: www.ibdd.com.br (acesso em 06 set. 2009).

Documentos

Relatório Final da Comissão Parlamentar de Inquérito, Vol. I, Requerimento 497/2000-SF. Disponível em: www.ibdd.com.br/arquivos/vol1.pdf (acesso em 09 out. 2009).

CPI da NIKE: Relatório, disponível em: www.cev.org.br/biblioteca/cpi-nike-relatório (acesso em 20 ago. 2009).

"CPI denuncia Liga de Futebol pelo desvio de dinheiro público", em *Correio Mariliense*, Marília – São Paulo, p. A5, 30 set. 2009.

RIZEK, André; OYAMA, Thaís. *Especial: Jogo Sujo*. VEJA. Exclusivo: A Máfia do apito, ano 38, n. 39, 28 set. 2005.

La relación jurídica laboral especial en el marco deportivo. Desafíos en el contexto de actualización del modelo económico cubano

DR. FREIDER SANTANA LESCAILLE*

MSc. YADIRA DE LAS CUEVAS POTRONY**

Sumario

- I. Apuntes iniciales
- II. Las relaciones jurídicas laborales especiales. Punto de partida
- III. La relación jurídica laboral especial en el deporte. Derecho laboral y deporte en Cuba
- IV. Ideas conclusivas
- V. Referencias bibliográficas

I. Apuntes iniciales

La participación en eventos deportivos de alto rendimiento, vista desde el prisma del Derecho laboral, entraña disímiles desafíos. Estos se han incrementado en el entorno cubano debido a lo que se declara como pretensión en el entorno del proceso de actualización del modelo económico y

* Profesor Titular de Derecho internacional público, Facultad de Derecho de la Universidad de Oriente, Santiago de Cuba. Miembro del Grupo de Investigación sobre Derecho del Deporte del propio centro. Investigador de la Red Iberoamericana de Investigadores en Derecho y Gestión del Deporte (reconocida y patrocinada por la Asociación Universitaria Iberoamericana de Posgrado, AUIP, Salamanca, España). fsantana@uo.edu.cu

** Profesora Auxiliar de Derecho laboral y marítimo, Facultad de Derecho de la Universidad de Oriente, Santiago de Cuba. Colaboradora del Grupo de Investigación sobre Derecho del Deporte del propio centro. ycuevas@uo.edu.cu

social cubano. Se orienta al movimiento deportivo cubano, que genere ingresos que contribuyan a la sostenibilidad e impactaran en la calidad de los eventos deportivos que se organizaran y que a su vez garantizara un incremento de los salarios tanto de entrenadores, especialistas vinculados a estas disciplinas y por supuesto a los atletas. Todo lo anterior impactará en las actuales dinámicas deportivas en el país, propiciando los resultados esperados y de seguros otros que no deberán escapar al acucioso ojo de los juristas que en cada momento socio-histórico se han dedicado al ámbito deportivo.

Es coincidente encontrar dentro de la periodización de las actividad deportiva cubana cuatro momentos importantes, a saber:¹ 1) etapa deportiva indiana, signada fundamentalmente por aquellas actividades relacionadas con el juego de batos, batey y la danza del areito; 2) etapa deportiva colonial, en la que aparecen los primeros gimnasios y la práctica de algunas disciplinas por los representantes de la alta aristocracia de origen español y algunas prácticas deportivas permitidas a los esclavos, en esta etapa se destaca la personalidad del padre Juan Bernardo O´GAVAN GUERRA considerado por muchos como el padre de la cultura física en Cuba; 3) etapa deportiva neocolonial, matizada por la marcada influencia norteamericana y por la impronta de la representación en el medallero olímpico de figuras del patio como Ramón FONST, Carlos DE CÁRDENAS CURMELL y Carlos DE CÁRDENAS PLÁ, Enrique FIGUEROLA, Enrique REGUEIFEROS, Rolando GARBEY, entre otros; y 4) etapa del deporte revolucionario, esta última signada por la masificación del deporte entendiéndola como un derecho de los ciudadanos y la consolidación de los resultados en eventos regionales, mundiales y olímpicos.

Evidentemente las condicionantes de la actividad deportiva han sido las problemáticas económicas, políticas y sociales imperantes en la realidad cubana a lo largo de su devenir socio-histórico y por supuesto, el propio desarrollo deportivo mundial, continental y centroamericano que impacta en la motivación de entrenadores, atletas de todas las categorías

¹ Vid. ZAMORA GALBÁN, Yuniesky, "Historia del deporte cubano: hasta Atenas 2004", disponible en http://www.bibliociencias.cu/gsd/collect/libros/import/Historia_deporte_cubano.pdf (consultado 16/03/2016 a las 13.00) y CRISPÍN CASTELLANOS, Douglas, "Desarrollo deportivo cubano antes y después de 1959", disponible en http://www.bibliociencias.cu/gsd/collect/libros/import/Historia_deporte_cubano.pdf (consultado 16/03/2016 a las 13.50).

y de los ciudadanos practicantes o no de deportes, pero consumidores directos o indirectos de productos deportivos. Por ello resulta de interés trascendental una mirada a este fenómeno desde el Derecho laboral, real expresión de las dinámicas antes enunciadas.

II. Las relaciones jurídicas laborales especiales. Punto de partida

Las relaciones jurídicas son una variedad de relaciones sociales, pero con efectos jurídicos, que unen a determinadas personas en virtud del vínculo creado entre ellas, otorgándoles obligaciones y derechos emanados del propio contenido de dichas relaciones. Dentro de ellas encontramos varios tipos en dependencia de su objeto y sujetos, siendo la que nos ocupa en esta investigación la derivada del vínculo obligacional surgido entre un trabajador y su empleador, en virtud de la relación de trabajo existente entre ambos.

Si bien toda relación jurídica tiene por lo menos dos sujetos, uno activo y otro pasivo, siendo el primero aquel que tiene la facultad o pretensión, y el segundo a quien corresponde la obligación, en ocasiones la relación se torna doble y compleja. En el Derecho del trabajo se aprecia esta complejidad, ya que los sujetos o las partes contratantes, tienen bilateralmente derechos y obligaciones correlativas. Por tanto, los sujetos de una relación laboral lo constituyen quienes se obligan recíprocamente a realizar las prestaciones que le corresponden. En esta relación se entrelazan dos intereses distintos, los del trabajador, como centro de todas las normativas de esta disciplina, quien realiza el trabajo, es decir, la prestación libre y bajo la subordinación de otro sujeto, y los del empleador, para quien se realiza dicha actividad.²

² Aun así, se hace necesario realizar la distinción entre los sujetos del Derecho del trabajo y los del contrato de trabajo, pues aunque los sujetos de éste, lo son también de aquel, no ocurre lo mismo a la inversa. Son sujetos del contrato de trabajo, los trabajadores y empleadores, que como tal, contratan la prestación de un trabajo subordinado a cambio de una remuneración; y los sujetos del Derecho del trabajo son aquellos a quienes se les aplica el Derecho mismo, los que tienen la potestad de exigir su cumplimiento y los comprendidos en sus beneficios u obligados por él. *Vid.* CABANELLAS, Guillermo, *Contrato de Trabajo*, 2ª edición, Bibliográfica Omeba, Buenos Aires, 1957, *in totum*.

El complejo mundo de las relaciones laborales y su globalización, ha desencadenado múltiples fenómenos en torno a ella, la evolución industrial y comercial cada vez más acelerada, ha incidido en el desarrollo de nuevos escenarios sociales y económicos, de conjunto con la aparición de nuevas figuras bajo el supuesto de la intermediación laboral, con marcada incidencia en el desarrollo de las relaciones de trabajo. Comienza así una nueva etapa dentro de las relaciones laborales, donde intervienen no solo las típicas figuras del trabajador y empleador sino un tercer sujeto, convirtiendo la relación clásica de trabajo entre dos personas, en una nueva, denominada relación triangular o intermediada en el marco del deporte pudieran ejemplificarse con los representantes, contratistas, empresas de contratación de atletas, los clubes o las federaciones deportivas en algunos casos.

Se ha afirmado que las relaciones intermediadas implican nuevas formas de empleo dependiente, con las características propias del trabajo ajeno y subordinado clásico, pero con particularidades tales que pueden ubicarse dentro de las conocidas relaciones especiales. Esta situación junto a la especialización del trabajo humano, las condiciones de determinados sectores de trabajadores frente a los empleadores y la acción de los sindicatos, puede considerarse la génesis de los contratos especiales de trabajo o de las relaciones laborales especiales.

Bajo estos argumentos fueron surgiendo reglamentaciones especiales que intentaron evitar, por un lado, la incertidumbre que provocaba la índole del trabajo de determinadas actividades, y por otro, que al amparo de los postulados civilistas quedaran sin protección personas que en la realidad desarrollaban una actividad de naturaleza laboral, pero que la costumbre local, catalogaba como sectores profesionales autónomos.³

Como bien apuntara BARAJAS MONTES DE OCA,⁴ si bien en sus orígenes esta especialidad estuvo dada por la situación particular de un sector de trabajadores frente a la empresa o el empleador como persona natural, en la actualidad, corresponde analizar la especialidad técnica y la naturaleza del oficio desempeñado, así como la exigencia de una relación de trabajo flexible que de solución a determinados conflictos económicos.

³ Vid. BARAJAS MONTES DE OCA, Santiago, *Derecho del Trabajo*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 1990, pp. 23-24.

⁴ BARAJAS MONTES DE OCA, Santiago, *Contratos Especiales*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 1992, p. 16.

Los contratos especiales o relaciones especiales de trabajo, llamados indistintamente tanto por la doctrina como por las legislaciones laborales, no son de aparición reciente, aunque su proliferación y tratamiento jurídico ha ido incrementándose cada vez más. Fue a inicios de siglo XX, en Alemania, donde se concertaron los primeros contratos especiales de trabajo, debido al intenso trabajo fluvial de la época y a los preparativos secretos de un posible conflicto bélico, que llevó a sus autoridades a conceder excepciones respecto a la contratación de ciertos empleos, con abandono de las disposiciones legales de aplicación uniforme a todos los trabajadores.

El trabajo de los bateleros⁵ y el de la gente de mar fueron los primeros en conseguir tal diferenciación, lo que se evidencia al ser una de las preocupaciones iniciales de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), con la aprobación de la primera recomendación para un seguro especial a los marinos y someter a un estudio las condiciones de trabajo de este sector de trabajadores, fundamentado en la naturaleza de la actividad que realizaban y las condiciones de trabajo. Otros sectores de trabajadores también fueron objeto de regulaciones específicas en los primeros años de esta organización, como el trabajo de la mujer y el de los menores, de conjunto con los migrantes temporales o fronterizos que prestaban servicios en otro Estado. Cada uno de ellos, con sistemas particulares de trabajo, lo que condujo a establecer ciertas reglamentaciones especiales.

Asimismo fueron incluyéndose dentro de las reglamentaciones particulares de cada país, otros sectores de trabajadores, conforme al desarrollo industrial que iban alcanzando. Paulatinamente se incorporaron al espectro de los estatutos o reglamentaciones especiales, actividades como la del transporte ferroviario, el trabajo minero y el de radiotelefonía y radiotelegrafía, que no encontraron consenso internacional en cuanto a su reglamentación, quedando su regulación a merced de las legislaciones nacionales hasta casi mediados del siglo pasado. Sin embargo, en la actualidad son cada vez más los sectores que se consideran sujetos a estatutos o regímenes especiales de trabajo, variando en dependencia de lo que en cada país se establece al respecto.

Diversos son los términos con los que se distingue a las relaciones laborales tradicionales de estas modalidades, a saber: irregulares, singulares,

⁵ Se les denominaba así a los trabajadores del tráfico fluvial.

atípicas, no estándares o especiales, aunque la polémica sobre el tema radica, en si lo que existe es una relación especial, contratos especiales, o un régimen normativo especial para determinados trabajos.⁶

Autores como CÓRDOVA⁷ y PASCÓ COSMÓPOLIS,⁸ se refieren a contratos especiales, pero estableciendo una distinción entre los contratos típicos y atípicos, identificando a los primeros como aquellos que corresponden a una prestación continua y dentro del centro de trabajo de un único empleador, y los segundos, correspondientes a una prestación eventual o desarrollada en una jornada distinta a la ordinaria, o por ejecutarse la prestación fuera del taller u oficina, o en la que intervienen más de un empleador, o sea, bajo la intermediación laboral. Serían contratos especiales los típicos o atípicos que aunque reúnan todos los elementos comunes de las relaciones laborales, atañen a una actividad específica distinta a la común, y que presentan peculiaridades tan manifiestas que deben estar regulados por ordenamientos específicos.

En este sentido DE BUEN⁹ apunta más bien a la especialidad de las regulaciones y no a la de los contratos, pues ella se debe a una modificación de las reglas relativas a la duración, suspensión y terminación de las relaciones de trabajo, estableciendo regímenes diferentes de condiciones de trabajo. Tal idea es compartida por PÉREZ¹⁰ al hacer un estudio detallado de estos trabajos y ubicarlos bajo el título de reglamentaciones especiales.

⁶ Cfr. PASCÓ COSMÓPOLIS, Mario, *Relaciones de Trabajo especiales, el caso de las modalidades formativas, s/a*, pp. 453-455; KURCZYN VILLALOBOS, Patricia, *Derechos de las mujeres trabajadoras*, Cámara de Diputados, LVII Legislatura, UNAM, México, 2000, pp. 328-340; BARAJAS MONTES DE OCA, *Contratos...*, op. cit., pp. 16-26; ALIMENTI, Jorge-lina, *Acerca de la especialidad de las relaciones laborales y su desarrollo en la Argentina, en Relaciones laborales y su desarrollo en la Argentina*, 2006, pp. 3-4; y MONTOYA MELGAR, Alfredo, *Derecho del Trabajo*, 5ª edición, Madrid, 1984, p. 475.

⁷ Vid. CÓRDOVA, Efrén, en *Revista de Derecho Laboral*, No. 142, abril-junio 1986, Montevideo, p. 21.

⁸ Vid. PASCÓ COSMÓPOLIS, Mario, op. cit., pp. 455 y 456.

⁹ Vid. DE BUEN, Néstor, *Derecho del Trabajo*, Tomo II, Porrúa, México, 2ª edición, 1996, p. 414.

¹⁰ Vid. PÉREZ, Benito, *Derecho del Trabajo*, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1983, p. 179.

Por otra parte DE LA CUEVA,¹¹ impulsor de esta tendencia dentro del Derecho mexicano, se refiere al concepto de trabajos especiales, que corresponde a diversas actividades, que si bien es cierto, dan nacimiento a relaciones que revisten caracteres de la relación laboral, presentan características particulares que exigen normas adecuadas para su mejor desenvolvimiento. De este modo asienta dicha especialidad no en la naturaleza jurídica de la relación trabajador-empleador, sino en la concurrencia de modalidades que vinculan a ciertos sectores de trabajadores y empleadores en materia de condiciones de trabajo.

De una u otra forma, cuando se habla de trabajos o contratos especiales, se refieren a relaciones especiales, que por su particularidad, se identifican con aquellas formadas en el marco de específicas realidades sociales, y que requieren al mismo tiempo, de un régimen normativo especial, coherente al general, pero diferente para el común del resto de los trabajadores.

Tomando como base la idea de ALIMENTI,¹² al hacer una analogía entre las relaciones laborales comunes y los verbos regulares; y las relaciones laborales especiales y los verbos irregulares, se puede afirmar que una relación de trabajo especial entraña una singularidad estructural, material y sociológica, lo que la torna insumisa a la regulación concebida para el común de los vínculos laborales.

Por ello refiere BARAJAS MONTES DE OCA,¹³ que una relación de trabajo especial es aquella en la que se imponen determinadas condiciones que modifican las reglas generales o los principios protectorios establecidos en la ley para los trabajadores, sujeta a determinadas normas que sin apartarse de las disposiciones comunes, operan con exclusividad en algún ramo de la industria, el comercio o el servicio al público, o como señalara DE BUEN,¹⁴ son situaciones de frontera que no encuentran ubicación precisa en el Derecho laboral.

La especialización de la actividad laboral, cobra mayor auge debido al tecnicismo del trabajo y evolución de la tecnología, así como la industrialización de muchas actividades realizadas anteriormente por uno o más

¹¹ Vid. DE LA CUEVA, Mario, *cit.* por BARAJAS MONTES DE OCA, *op. cit.*, p. 22.

¹² Vid. ALIMENTI, *op. cit.*, p. 3.

¹³ Vid. BARAJAS MONTES DE OCA, *op. cit.*, p. 22.

¹⁴ Vid. DE BUEN, *op. cit.*, p. 382.

individuos, conjuntamente con los complicados mecanismos de productividad y comercialización, el riesgo a la salud humana, el peligro que encierra determinado tipo de actividad laboral y el lugar donde se realiza, las jornadas u horarios de trabajo no convencionales, entre otros factores. Todo ello otorga una naturaleza diferente a la realización del trabajo, y obliga a establecer una diferenciación entre determinados tipos de relaciones laborales.

En tal sentido, se establecen algunos criterios relevantes para determinar la especialidad de las relaciones laborales, destacan: la naturaleza de la actividad, el lugar de trabajo, las condiciones materiales de la ejecución de la prestación, las particularidades de la organización productiva, la relación propia entre trabajador y empleador, la intermediación laboral, entre otras. Estos aunque sirven para tener en cuenta el fundamento de la especialidad tanto de la relación laboral de que se trate, como de su consiguiente tratamiento jurídico, no deben entenderse como un conjunto de criterios restrictivos, sino más bien una sistematización de algunas particularidades a tener en cuenta para la determinación de dicha especialidad.

Por estas razones se establece un tratamiento diferenciado a este tipo de relaciones, lo que conduce entonces a comprender y defender su especialidad normativa. Todo ello derivado de la especialidad de la relación, verificada en el hecho del trabajo que por sus características se diferencia del tenido en consideración al momento de emitirse la legislación general para el común de los trabajadores.

No obstante, ALIMENTI¹⁵ sostiene al referirse a la especialidad normativa, que sólo debería tenerse en cuenta como consecuencia de la especialidad que radica en el hecho del trabajo realizado, que por sus características, difieren del tenido en cuenta al momento de articularse el sistema protectorio para el resto de los trabajadores, por tanto, solo en ello debe basarse el legislador para la creación de dichos estatutos o reglamentaciones especiales. No obstante, la realidad jurídica es otra, pues una mirada a las fuentes reguladoras de esta cuestión, evidencia que puede existir también independientemente de la existencia de una relación laboral con características particulares, por el simple hecho de obedecer la voluntad normativa a razones de otra índole, sectores de trabajadores vulnerados,

¹⁵ Vid. ALIMENTI, *op. cit.*, p. 4.

o el caso de las relaciones de trabajo no dependientes o nuevas formas de empleo.

Lo cierto es que la polémica discurre muchas veces en si debe incluirse dentro de estas a aquellas relaciones de empleo que se realizan bajo arreglos y condiciones que no son las propias de un contrato de trabajo, pero que se caracterizan por la imposición unilateral de quienes reciben esos servicios, y que precisan de algún modo de protección jurídica por el Derecho del Trabajo, sirviendo esta especialidad de cobertor para mitigar la desigualdad manifiesta entre los sujetos en este tipo de relaciones, que no alcanzan los caracteres típicos de dependencia o subordinación, ajenidad y retribución.

Se trata en este caso de lo que se denomina en la doctrina como zonas grises del Derecho del trabajo, relaciones que se encuentran en la frontera entre el trabajo por cuenta ajena y el trabajo por cuenta propia, cuya línea divisoria está determinada por la nota de la ajenidad. Otro grupo de supuestos fronterizos de difícil calificación, en el que entra en juego la nota de dependencia, se ubica en la demarcación entre el trabajo dependiente y el trabajo autónomo, y un tercer grupo lo que discute principalmente es la existencia o no de retribución salarial, o sea, la condición o no de trabajo retribuido mediante salario por los servicios prestados. Destaca dentro de estos el ejercicio de profesiones liberales, el trabajo familiar, el socio-empleado de sociedades por acciones que ostenta una importante participación en la propiedad de la misma, el trabajo de los religiosos, los transportistas privados, los agentes de comercio independientes, los agentes de seguros y el teletrabajo. Estas relaciones de servicios quedan extramuros del Derecho del trabajo, si se cumplen los criterios previstos en su legislación específica, aunque no deja de plantearse en numerosos supuestos, los problemas de calificación típicos de las zonas grises del contrato de trabajo.¹⁶

¹⁶ Sobre estas relaciones llamadas en la doctrina "zonas grises del Derecho del Trabajo", Vid. VALVERDE, Antonio Martín, "Fronteras y «zonas grises» del Derecho del Trabajo en la jurisprudencia actual (1980-2001)", en *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, No. 38, 2002, España, pp. 30-36.

Algunos laboristas¹⁷ de manera general, se refieran a contratos especiales o relaciones especiales, en la práctica como señala MONTOYA MELGAR,¹⁸ no hay diferenciación. Criterio que se comparte, pues lo que existe para ellos, teniendo en cuenta la actividad que se desarrolla, es una regulación normativa de su rama o sector, de ahí, además de la existencia de la regulación básica, la existencia de determinadas regulaciones específicas aplicables a estas, quedando dichas relaciones sometidas verdaderamente a regímenes especiales de trabajo.

En realidad, cuando se trata de un trabajo calificado como especial por las características antes apuntadas, se puede hablar de relaciones especiales, con su consiguiente regulación jurídica especial, aunque pudieran existir determinados regímenes especiales que no tengan su base en una relación laboral especial preexistente- aludiéndose por ello también en ciertos casos a la expresión de contrato especial, por las condiciones de trabajo que regula o la naturaleza del trabajo objeto de este, distinciones terminológicas que no trascienden a lo que se persigue.

Se colige así, explicado de uno u otro modo, que determinadas actividades enmarcadas dentro de las relaciones laborales, y calificadas como trabajos o contratos especiales, requieren de un estatuto o reglamentación diferente, o si se quiere, complementaria a las disposiciones aplicables para el común de estas relaciones. En este sentido, y como refiere KROTOSCHIN,¹⁹ conviene establecer la reglamentación de todas aquellas situaciones de trabajo que no sea posible ajustar a un mismo patrón o a un determinado número de disposiciones generales. En esencia, lo que interesa es que estas relaciones tengan un respaldo en la ley que no permita aplicar las normas de carácter general u ordinario a todos los trabajadores como una camisa de fuerza a este tipo de relaciones con características diferentes, sean reguladas dentro de un título aparte de la ley o en una norma jurídica independiente.²⁰

¹⁷ Entre estos se destacan DEVEALÍ, Néstor; DE BUEN, Rafael; y CALDERA, Efrén; citados en BARAJAS MONTES DE OCA, *op. cit.*, pp. 21 y 22.

¹⁸ *Vid.* MONTOYA MELGAR, Alfredo, *Derecho del Trabajo*, 5ª edición, Tecnos, Madrid, 1984, p. 475.

¹⁹ *Vid.* BARAJAS MONTES DE OCA, *Contratos...*, *op. cit.*, p. 26.

²⁰ La tendencia que se observa en el derecho comparado es a regular estas relaciones en un título aparte del Código de Trabajo y dejando en algunos casos su regulación en una reglamentación independiente posterior.

Son varios los ordenamientos jurídicos que siguen una u otra tendencia – ya sea bajo el rubro de regímenes especiales, contratos especiales o relaciones especiales – y la mayoría identifican dentro de este grupo, al trabajo doméstico o trabajadores del hogar, trabajo a domicilio, trabajo portuario, trabajadores del transporte, el sector minero, artistas, personal médico, personal de alta dirección, trabajador de confianza, sector agrario, periodistas, extranjeros, socios empleados de una sociedad mercantil, algunos representantes de comercio y los deportistas. Cada uno de estos supuestos se sirve de determinadas razones por las que resultan incluidos dentro del grupo de las relaciones especiales, unas por la especialidad concreta de la relación y otras por circunstancias sobrevenidas en el momento histórico de su regulación.²¹ El examen por separado de algunos de estos permitirá ilustrar tal afirmación.

En el supuesto de los viajantes y representantes de comercio encuadran solamente, aquellos cuyos trabajos son realizados por cuenta y en nombre de la persona a cuyo servicio trabaja, existiendo aquí una verdadera relación jurídica laboral, excluyendo de ella entonces, aquellos que la realizan por cuenta ajena pero en nombre propio, amparado en un poder o representación. La nota distintiva en este caso sería la naturaleza del servicio prestado, y aunque los mercantilistas lo asimilan como un auxiliar del comercio, los laboristas han ganado la batalla al identificar la nota de la ajenidad y subordinación en su actuar, si bien es cierto que debe quedar fuera de este supuesto el comisionista o auxiliar de comercio independiente. Sus características de movilidad geográfica, la naturaleza de las operaciones a realizar o los productos a difundir o colocar en el mercado, y el salario mixto o comisión que perciben por el resultado de sus

²¹ En este sentido en algunas legislaciones se regula el trabajo de los menores, el de la mujer, y el de los extranjeros, a través de normativas específicas, con el propósito de proteger a estos sectores tan vulnerados en todos los tiempos, imponiendo límites a su contratación como trabajadores, en el caso de los menores, en pos de proteger su educación, salud y moral, y en el de las mujeres, en relación con su maternidad, siendo para el supuesto de los extranjeros el propósito de otorgar un trato similar al de los nacionales del país donde prestan su servicio. *Vid.* VÁZQUEZ VIALARD, Antonio, *Derecho del Trabajo y de la seguridad social*, Tomo I, Editorial Astrea, 8ª edición, Buenos Aires, 1999, pp. 653 y 654; KURCZYN VILLALOBOS, Patricia, *Derechos de las mujeres trabajadoras*, Cámara de Diputados, LVII Legislatura, UNAM, México, 2000, p. 8; DÁVALOS, José, *Derechos de los menores trabajadores*, Cámara de Diputados, LVIII Legislatura, UNAM, México, 2000, pp. 23-31.

servicios, imprimen a este el carácter de especial, demandando una modificación del régimen de trabajo, no solo en cuanto a jornada, salario, sino también en lo relativo además a la terminación o rescisión del contrato.²²

En el supuesto de los artistas o trabajadores de espectáculos, la cuestión transita desde los criterios que consideran esta relación como una simple prestación de servicios de carácter civil, hasta quienes sostienen su naturaleza laboral a partir del contrato celebrado entre este y el empresario que contrata su servicio o el propietario del local donde se ofrece el espectáculo, ya que actúa bajo sus órdenes o dirección, y a cambio de un pago convenido, con participación o no de lo recaudado en la actuación, lo que sin dudas demuestra la nota de laboralidad de esta relación. El criterio de la especialidad se apoya así, sobre la base de la naturaleza de la actividad a desarrollar, por el modo de la representación o ejecución de las obras, el lugar de presentación, las obligaciones asumidas en cuanto a traslado y estancia en el lugar de la exhibición, así como la variabilidad de las retribuciones, lo que fundamenta su protección en una reglamentación diferente de la ordinaria.²³

En el supuesto de los trabajadores domésticos,²⁴ el fundamento de dicha regulación especial se asienta en la permanencia en el empleo de estos sujetos, las irregularidades en cuanto a su horario y jornada diaria, sobre todo si se aloja en el hogar en el que labora, el cual a su vez es su centro de trabajo, lo cual supone una comunidad de vida o convivencia con quien lo emplea, atendiendo actividades puramente personales. Dentro de este

²² Vid. BARAJAS MONTES DE OCA, *Contratos...*, op. cit., pp. 146-151. Esta modalidad aparece regulada en México bajo el rubro de trabajos especiales (art. 285-291 de la Ley Federal del Trabajo), en España reconocida como relación laboral de carácter especial (inc. f del art. 2 del Estatuto de los Trabajadores), y en Panamá bajo el título de los Contratos especiales (art. 238-242 del Código de Trabajo).

²³ Vid. *ibidem*, pp. 93-99. En España es regulada como relaciones laborales especiales, (art. 2 inc. e del Estatuto de los trabajadores), en México como trabajos especiales (art.304-310 de la Ley Federal del Trabajo), en Venezuela bajo la denominación de las modalidades especiales de condiciones de trabajo (art.287-288 de la Ley Orgánica del Trabajo), en Chile como contratos especiales (art. 145A-145 L del Código de Trabajo), en Panamá como contratos especiales (art.243-244 del Código de Trabajo). Vid. Italia y Brasil.

²⁴ Vid. RÍOS ESTAVILLO, Juan José, *Derechos de los trabajadores domésticos*, Cámara de Diputados, LVIII Legislatura, UNAM, México, 2000, pp. 6-14.

se han distinguido como modalidades independientes, a los choferes particulares y encargados de edificio. Aunque no es logrado el consenso en la doctrina acerca de la naturaleza laboral de esta actividad, siendo CABANELLAS²⁵ uno de los que la niega, se insiste no obstante en su reglamentación bajo específicas condiciones.²⁶

Actividad diferente aunque realizada dentro del hogar igualmente, es el supuesto del trabajo a domicilio desde las modalidades más antiguas hasta la de más reciente aparición: el teletrabajo. Aunque era cuestionado el elemento de la subordinación en este caso, ya que no se presentaba de la forma típica, por el hecho de realizar la prestación fuera del centro de trabajo y no estar bajo el poder de mando del empleador, lo cierto es que, a pesar de la flexibilización que caracteriza este tipo de trabajo, el trabajador no dispone del producto de su trabajo, sino que obtiene un pago por ello, conforme a instrucciones específicas dadas por quien hace el encargo (en este caso el empleador). La atípica manifestación de la subordinación en esta relación, es lo que ofrece tal flexibilización, y atribuye ciertos inconvenientes como exceso de jornada diaria, ausencia de normas de seguridad y salud, además de la evasión por parte del patrón del cumplimiento de condiciones mínimas de trabajo, razones por las que se ha ubicado dentro del grupo de las llamadas relaciones o contratos especiales.²⁷

²⁵ Vid. CABANELLAS, Guillermo, *Contrato de Trabajo*, 2ª edición, Bibliográfica Omeba, Buenos Aires, 1957, p. 232.

²⁶ En algunas legislaciones como la italiana y la francesa este tipo de trabajo queda fuera del Derecho Laboral, pues lo asimilan a un contrato de hospedaje. Vid. BARAJAS MONTES DE OCA, *Contratos...*, *op. cit.*, p. 87. Sin embargo es acogido dentro de las legislaciones laborales de México (art. 331-343 de la Ley Federal del Trabajo), Venezuela (art. 297-208 de la Orgánica del Trabajo), Bolivia (art.36-40 de la Ley General del Trabajo, Chile (art.146-152 bis del Código de Trabajo), España (art. 2 inc. b del Estatuto de los Trabajadores), El Salvador (art. 76-83 del Código de Trabajo).

²⁷ Vid. ALEMÁN PÁEZ, Francisco *et al*, *Derecho del Trabajo II*, Manuales Docentes de relaciones laborales No. 9, Vol. I, Universidad de Las Palmas de Gran Canaria, Las Palmas, 2007, pp. 119 y 120; VÁZQUEZ VIALARD, *op. cit.*, pp. 296-297; CORDOVA CORDOVÉS, *op. cit.*, pp. 377 y 378. Este supuesto aparece regulado en España aunque fuera del art. 2 sobre las relaciones especiales, sí en un artículo aparte como modalidad del contrato de trabajo (art. 13 del Estatuto de los Trabajadores), en Venezuela (art.209-217 de la Ley Orgánica del Trabajo), en Costa Rica (art.109-113 del Código de Trabajo), en México (art. 311-330 de la Ley Federal del Trabajo), en Panamá (anteriormente aparecían regulados en los arts. 231-232 hasta derogarse por la Ley 1 de 17 de marzo de 1986),

El trabajo en el campo,²⁸ como otra de las modalidades, adquiere gran relevancia sobre todo donde la ganadería y la agricultura forman parte importante de la economía nacional, a esta razón se le suman las características propias de esta actividad, como la temporalidad, debido al carácter cíclico de las cosechas o períodos limitados de los cultivos, condiciones de tiempo y lugar, que varían el horario o la jornada diaria ordinaria, además de la inmediata ejecución debido a fenómenos atmosféricos adversos. Algunas legislaciones distinguen a estos trabajadores denominados “obreros agrícolas” de los llamados “empleados agrícolas” que se dedican a funciones administrativas²⁹ y no a trabajar directamente la tierra, distinguiendo también a los trabajadores temporales de los permanentes.³⁰

Los profesionales universitarios (médicos, abogados, ingenieros, arquitectos) en cambio, son un supuesto en el que, indudablemente, solo existe vínculo laboral cuando estos pertenecen a una empresa determinada, constituyéndose para ellos también un régimen o reglamentación especial, debido más que a sus condiciones de trabajo, a la cuestión de la remuneración, aunque en algunos ordenamientos se incluye al personal de la salud además por estar sometido a jornadas extraordinarias, condiciones de nocturnidad, riesgo biológico y estrés.³¹ En algunos casos se ha pretendido asimilar esta relación con la del trabajador de confianza, como en México, sin embargo, no todo trabajador de confianza requiere un título o grado académico, y puede desempeñar el oficio siempre y cuando cumpla el requisito exigible para dicho cargo, lo que no obsta que un abogado, ingeniero, u otra clase de profesional, pueda considerarse como tal,

en El Salvador (art.71-75 del Código de Trabajo), en Guatemala (art. 156-160 del Código de Trabajo) y en Bolivia (art. 32-35 de la Ley General del Trabajo).

²⁸ Vid. VÁZQUEZ VIALARD, *op. cit.*, pp. 731-739; CÓRDOVA CORDOVÉS, *op. cit.*, pp. 215 y 216. Este supuesto aparece regulado en los Código de Trabajo de Venezuela (arts. 229-238), México (arts. 279-284), Chile (arts. 87-95), Bolivia (art.1 dispone sobre la sujeción a un régimen especial), Guatemala (art.138-146), El Salvador (art.84-103).

²⁹ Vid. en Chile (art. 87 segundo párrafo), El Salvador (art. 97).

³⁰ Este es el caso de El Salvador (art. 86), Chile (art.92 y 93), Venezuela (art.230), Venezuela (art.229).

³¹ Vid. BARAJAS MONTES DE OCA, *Contratos...*, *op. cit.*; VÁZQUEZ VIALARD, *op. cit.*, pp. 297 y 298. En el caso de legislación mexicana se regula específicamente dentro de la Ley Federal del Trabajo el de los médicos residentes en adiestramiento de una especialidad (arts. 353 A-353 I).

si su contrato así lo establece, rigiéndose entonces por la reglamentación especial del trabajo de confianza.

El trabajo periodístico³² en la actualidad – contrario a lo que sucedía antes cuando el periodista era el dueño del propio órgano informativo o emisora – presenta caracteres similares, permeados igualmente por la subordinación y ajenidad, por lo se ha considerado también una relación sujeta a regulaciones específicas.

Una situación afín al anterior supuesto, y como parte del trabajo intelectual, es la que se erige bajo el rubro de trabajo académico e investigativo, de aparición un poco más reciente, debido no solo a la importancia que ha ido adquiriendo el desarrollo de la educación, la ciencia y el arte, en la mayoría de las naciones, sino también a las características de este personal y requisitos de ingreso según los diferentes niveles de enseñanza, así como la cuestión del horario que no puede fijarse estrictamente dentro de los límites de la impartición de docencia, sin dejar fuera el tiempo de auto-preparación y superación, así como en el caso de los profesores universitarios el de la investigación. En algunos países incluso, se distingue sin menosprecio de uno u otro, entre el trabajo de un profesor y un maestro, y entre el de un licenciado y un doctor, entendiéndose sus funciones diversas, aún en pos del desarrollo del intelecto humano, reservándose para estos regulaciones por separado.³³

Otros sectores igualmente asimilados como trabajo especial lo constituyen el trabajo en las minas, el trabajo en la construcción,³⁴ el de maniobras³⁵ y el portuario,³⁶ debido a la propia naturaleza de la actividad, la intermitencia e irregularidad de este trabajo, el régimen de jornada y

³² Vid. BARAJAS MONTES DE OCA, *Contratos...*, *op. cit.*, pp. 200-205.

³³ Cfr. VÁZQUEZ VIALARD, *op. cit.*, pp. 297-298; BARAJAS MONTES DE OCA, *Contratos...*, *op. cit.*, pp. 211-215. Ejemplo de los Códigos de Trabajo que lo incluyen son: México (Trabajo en la Educación Superior, arts. 353 J- 353 U), y Panamá (Maestros y profesores arts. 236-237).

³⁴ Vid. Código de Trabajo de Panamá, (arts. 279-280).

³⁵ Vid. Ley Federal del Trabajo de México (arts. 265-278).

³⁶ Vid. Código de Trabajo de Chile (arts. 133-145 trabajador portuario eventual), Estatuto de los Trabajadores en España (art.2 inc. h), Ley Federal del Trabajo en México (Trabajo de maniobras donde se incluye el portuario, arts. 265-278).

descanso, su temporalidad, eventualidad y el cúmulo de riesgos que enfrentan estos trabajadores.³⁷

El trabajo en el transporte³⁸ ha sido otro grupo de los reconocidos en las legislaciones como contratos especiales, así se ha entendido tanto al transporte aéreo, ferroviario y marítimo, y en menor medida al autotransporte o transporte privado. Para el caso del transporte ferroviario, se considera especial por las particularidades que exhibe y la variedad de oficios que están a cargo de su personal, presentándose condiciones de trabajo distintas y exigencias técnicas de este, sujetas a constantes controles, tanto médicos como de habilitación. Situación similar se manifiesta con los trabajadores de la aeronáutica civil y los de a bordo de buques, dada la naturaleza de su prestación, el espacio donde la desarrollan, y los riesgos que representa para la seguridad colectiva, lo que exige el cumplimiento de determinados requisitos de calificación profesional acorde a los estándares internacionales y de salud física y mental, convirtiéndolo en un trabajo sujeto a normas especiales de alcance nacional e internacional.³⁹

Hasta aquí, el análisis de las llamadas relaciones especiales para algunos, o contratos especiales para otros, o simplemente régimen, reglamentación o estatuto especial, permite distinguir cuando por la naturaleza de la actividad o condiciones de trabajo, entre otros criterios aportados *supra*, estamos obligados al establecimiento de un régimen normativo especial consecuente con la propia especialidad de la relación, para que dote de mayor seguridad jurídica al sector de trabajadores objeto de tal singularidad en la realización de su prestación de trabajo. En lo adelante se

³⁷ Vid. BARAJAS MONTES DE OCA, *Contratos...*, op. cit., pp. 169-183.

³⁸ Este es uno de los sectores que mayoritariamente se incluyen dentro del título de los contratos especiales o regímenes especiales, ejemplo: Venezuela (transporte terrestre arts. 239-244, transporte aéreo arts. 268-282, y transporte marítimo arts. 245-267), Chile (gente de mar arts. 96-132 y tripulantes de aeronaves arts.152 m), Costa Rica (trabajo en el mar y las vías navegables arts. 118-132), México (trabajo en los buques arts. 187-214, trabajo de tripulaciones aeronáuticas arts. 215-245, trabajo ferrocarrilero arts. 246-255), Panamá (trabajo autotransporte arts. 245-250, y el trabajo en el mar y en las vías navegables arts. 251-278), Guatemala (trabajo en el mar y en las vías navegables arts. 175-190).

³⁹ Cfr. BARAJAS MONTES DE OCA, *Contratos...*, op. cit., pp. 211-215; VÁZQUEZ VIALARD, op. cit., pp. 658-678.

abordará el caso de los atletas y entrenadores, quienes disfrutaban de esta regulación especial desde el Derecho laboral.

III. La relación jurídica laboral especial en el deporte. Derecho laboral y deporte en Cuba

La actividad deportiva es respaldada legalmente siguiendo en lo fundamental, el criterio de considerarla como un derecho humano, y desde tal posición es usual que quede consagrado en los textos constitucionales⁴⁰ garantizando el acceso masivo a la práctica del deporte y a la recreación. Sin embargo cuando se trata de la práctica del deporte vinculado a los círculos de la alta competición o el espectáculo, generalmente ocurre una metamorfosis del objeto a proteger por el ordenamiento jurídico y se recurre a considerar la relación que se establece entre las partes que intervienen en la actividad deportiva, como una relación jurídica laboral.

La relación jurídica enunciada anteriormente es clasificada usualmente como especial debido a que encuadra en los condicionantes que quedan establecidas en la doctrina y en la práctica jurídica para catalogarla como tal, y que se han expuesto en extenso en el apartado anterior. De esta relación *sui generis* surgen denominaciones controvertidas como por ejemplo la de atletas profesionales, definición que es considerada como antagónica al de la práctica del deporte amateur. Aporta luces a la conceptualización de deporte profesionalizado BERMEJO VERA cuando expone:

“El deporte profesional, sintagma que trata de aglutinar las actividades deportivas que practican, principalmente, con objetivos mercantiles y de lucro (también calificado como deporte espectáculo) surgió como derivación natural de algunas modalidades deportivas en cuya práctica confluyeron, fundamentalmente, los deportistas retribuidos económicamente de forma regular por sus clubes y algunas federaciones deportivas que organizaban competiciones en las que participaban aquellos.”⁴¹

⁴⁰ Vid. por ejemplo: Constitución de la República de Cuba, artículo 51; Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, artículo 40; y Constitución del Reino de España, artículo 43.3.

⁴¹ BERMEJO VERA, José, “El deporte profesionalizado: un pasado dudoso, un presente problemático, un futuro incierto”, en *Revista Española de Derecho Deportivo*, No. 33, 2014, p. 12.

Se entiende como deportistas profesionales, a aquellos que hayan sido contratados por una entidad deportiva, para la realización de su actividad a cambio de una determinada remuneración, quedando obligado con ella, se evidencia aquí un verdadero vínculo laboral. Cuando se dan estas y otras condiciones, aparece la necesidad de perfeccionar el ordenamiento jurídico nacional para respaldar legalmente las relaciones multifacéticas que se dan en el entorno deportivo. A decir de DÍAZ RIVERA:

“La experiencia de países que han creado modelos jurídicos deportivos muy bien estructurados indica que lo más conveniente y cómodo para trabajar es crear un régimen jurídico especial para los deportistas, entrenadores y trabajadores del sector deportivo, que permita reconocerlos como sujetos especiales del Derecho Laboral”.⁴²

En realidad, el reconocimiento del deportista profesional como trabajador quedó evidenciado con las notas de subordinación tanto técnica como económica que presentaba la relación entre éste y el propietario del equipo deportivo para el cual juega, lo que junto al pago por dicha actividad, le otorga carácter especial a esta relación.⁴³ La inclusión jurídica laboral de la actividad relacionada con el deporte ha quedado establecida por ejemplo en las legislaciones laborales de: Venezuela (arts. 218 -228 de la Ley Orgánica del Trabajo), Chile (art. 152 a- l), España (art. 2 inc. D del Estatuto de los Trabajadores) y México (arts. 292-303 de la Ley Federal del Trabajo). Un sector de la doctrina que ubica o deriva la institución jurídica laboral en el deporte, desde la concesión de la licencia a un deportista por parte de una federación; sin embargo la licencia deportiva debemos entenderla en una dimensión mayor, en palabras de PRADOS PRADOS:

“La licencia deportiva viene definida normalmente por su objeto, como un documento o título jurídico, único, nominal e intransferible, que permite o habilita para participar en actividades y competiciones oficiales organizadas, bien por las federaciones deportivas

⁴² DÍAZ RIVERA, Chanel, “Tratamiento jurídico-laboral del sector deportivo cubano”, en Justicia y Derecho, No. 9, Año 5, diciembre de 2007, Minjus, La Habana, p. 38.

⁴³ Vid. BARAJAS MONTES DE OCA, *op. cit.*, pp. 93-99; y VÁZQUEZ VIALARD, *op. cit.*, p. 298.

o bien por las Administraciones públicas, en su dimensión de autorización administrativa".⁴⁴

En Cuba, con la aprobación de la Ley No. 116, de 20 de diciembre de 2013, actual Código de Trabajo (en adelante CT),⁴⁵ la relación entre los atletas y las entidades facultadas para su contratación quedó respaldada como una relación jurídica laboral especial. El artículo 76 de la mencionada Ley, forma parte del Capítulo VII denominado como "Relaciones de trabajo especiales", en particular el apartado referido a: "Otras relaciones de trabajo", en su sección segunda.⁴⁶

Aunque pudiera ser cuestionable la forma que el legislador escogió para reglar las relaciones especiales de trabajo, lo cierto es que con esta fórmula, la relación de los atletas se consagró con el espíritu de la relación jurídica laboral. Así permitió resolver el problema que por años introdujo el anterior Código Laboral cubano⁴⁷ que no otorgaba la posibilidad de respaldo de los atletas desde esta dimensión pues no permitía clasificar la actividad que desarrollaban como una relación jurídica laboral.

No obstante a los adelantos que introduce el CT, nos encontramos ante los escollos que suponen la definición de atleta y la identificación de las otras partes que pudieran participar en esta relación jurídica laboral especial. Para sortear estos problemas, hemos de remitirnos a normas complementarias que a la luz del propio CT aparecieron en el contexto cubano,

⁴⁴ PRADOS PRADOS, Santiago, *El régimen jurídico de las licencias deportivas*, Tesis de Maestría, Marbella, 2002.

⁴⁵ *Vid.* Ley No. 116, Código de Trabajo, aprobado el 20 de diciembre de 2013.

⁴⁶ Artículo 76: Los jefes de los organismos donde laboran los profesionales y técnicos de la medicina, el personal docente, los trabajadores pertenecientes a la rama artística y los atletas, establecen, en consulta con el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social y de acuerdo con la organización sindical correspondiente, las relaciones laborales con sus trabajadores; para lo cual tienen en cuenta las características de estas actividades y las disposiciones establecidas en esta Ley. / En lo que a los profesionales y técnicos de la medicina respecto, a las regulaciones antes expuestas se refieren a la contratación, ubicación, reubicación, promoción e inhabilitación. / Para la rama artística establecen las modalidades del contrato de trabajo, evaluación y formas de remuneración. / Para los atletas establece el sistema de contratación. / En el resto de las materias se rigen por lo dispuesto en este Código y su Reglamento.

⁴⁷ Ley No. 49, Código de Trabajo, 28 de diciembre de 1984.

matizado además por el proceso de actualización del modelo económico y social en el país.

Resultan de interés para este análisis las siguientes normas cubanas: el Acuerdo No. 6351/2008 del Comité Ejecutivo del Consejo de Ministros,⁴⁸ el Decreto No. 324 de 2014 del Comité Ejecutivo del Consejo de Ministros,⁴⁹ el Acuerdo No. 7531 del Consejo de Ministros,⁵⁰ la Resolución No. 9/2014 del Ministro de Trabajo y Seguridad Social,⁵¹ Resolución Conjunta No. 1/2014, del Presidente del Instituto Nacional de Deportes, Educación Física y Recreación (en adelante INDER) y el Ministro de Trabajo y Seguridad Social,⁵² y las Resoluciones Nos. 22,⁵³ 23,⁵⁴ 24⁵⁵ y 25⁵⁶ del 2014 del Presidente del INDER.

Uno de los aportes más relevantes de este entramado normativo lo constituye la definición de atleta que fue introducido desde el CT en su artículo 76 como uno de los sujetos de la relación jurídica laboral especial. Sin

⁴⁸ Dispone las normas para el otorgamiento de estímulos y reconocimientos a integrantes de las delegaciones deportivas y glorias del deporte cubano.

⁴⁹ Deja sin aplicación lo referido a lo dispuesto en el Decreto No. 134/ 1986 "Sobre las licencias deportivas", a los atletas de alto rendimiento miembros de las preselecciones nacionales, la serie nacional de beisbol y las reservas de las preselecciones deportivas nacionales y de la Serie Nacional de Beisbol.

⁵⁰ Modifica el Acuerdo 6351 / 2008 del Comité Ejecutivo del Consejo de Ministros, en relación a la distribución de los premios individuales y colectivos otorgados por las federaciones deportivas internacionales derivados de resultados deportivos alcanzados y por la implantación de records mundiales.

⁵¹ Se refiere al pago de los ingresos básicos mensuales en pesos cubanos (CUP) a los Atletas de Alto rendimiento de las preselecciones deportivas nacionales, miembros de los equipos participantes en la Serie Nacional de Beisbol y sus reservas.

⁵² Deroga la norma referida a la protección social a los atletas del Movimiento Deportivo Cubano.

⁵³ Implementa el Acuerdo No. 6351/2008 del Comité Ejecutivo del Consejo de Ministros en relación con los atletas estimulados.

⁵⁴ Implementa el Acuerdo No. 6351/2008 del Comité Ejecutivo del Consejo de Ministros en relación con los entrenadores estimulados.

⁵⁵ Establece el reglamento para la categorización de atletas de alto rendimiento miembros de las preselecciones nacionales, la serie nacional de beisbol y las reservas.

⁵⁶ Establece el sistema de contratación de atletas de alto rendimiento.

embargo advertimos que es posible que se entienda el concepto aportado desde una posición restrictiva o discriminadora en el sentido que lo delimita sólo a los atletas con características especiales. En este sentido no define al atleta sino al atleta de alto rendimiento dejando por fuera a otros practicantes de deportes. Sería entonces el atleta referido en el CT, por definición posterior:

“(...)aquel que está sometido a un elevado rigor de disciplina, tensiones, cargas físicas y psíquicas, con impacto en su vida, para cumplir las exigencias técnicas y científicas de su preparación, con el propósito de alcanzar los más altos resultados deportivos. Se dedica a tiempo completo a la práctica de una modalidad deportiva, con espíritu de consagración, entrega y sentido de pertenencia. Sus ingresos dependen de los resultados alcanzados en el deporte que practica. Cumple sus compromisos con los equipos nacionales y tiene posibilidad de contratarse en otros equipos en el exterior, protegido por el Instituto Nacional de Deportes, Educación Física y Recreación y las federaciones deportivas, sin ser tratado como una mercancía.”⁵⁷

Por la Resolución No. 24 queda definido el término, y con ello el alcance de la categoría “atleta” del CT, como una de las partes de la relación jurídica laboral. En este propio cuerpo legal se advierten otras que quedarán mejor tratadas en la Resolución No. 25 del mismo organismo en la que se establece en sistema de contratación. Los otros sujetos establecidos son: las escuelas superiores de formación de atletas de alto rendimiento y las direcciones provinciales de deportes (adscriptas estas últimas a los respectivos consejos de la administración local).

Con la Resolución No. 25 se da respuesta a lo referido en el artículo 76 del CT en relación con la facultad del organismo responsable de la dirección del deporte en el país (el INDER). Esta norma resulta muy completa debido al sistema de contratación que instituye. Orienta que para formalizar el vínculo entre los sujetos laborales anteriormente identificados, se debe suscribir un documento legal por las partes denominado “contrato para atletas de alto rendimiento”.⁵⁸ En el supuesto de que los atletas categorizados sean menores de diecisiete años, queda establecida la modalidad

⁵⁷ Vid. Resolución 24/ 2014 del Presidente del INDER, Resuelvo Primero.

⁵⁸ Vid. Resolución No. 25/2014 del Presidente del INDER, Resuelvo Segundo.

de suscripción por parte de su representante legal y la entidad autorizada, de un convenio de prestación social que en sus contenidos esenciales no difiere del anteriormente mencionado contrato.⁵⁹

El Anexo No. 1 de la Resolución No. 25, establece el Reglamento que regula el sistema de contratación de los atletas de alto rendimiento, y el procedimiento de pago de los ingresos a los atletas, entrenadores y especialistas del deporte. No obstante a ello aún se encuentran áreas que deben ser objeto de análisis y consecuente adecuación para poder sacar los frutos esperados con estas nuevas fórmulas legales. Una muy significativa la expone PACHOT ZAMBRANA al plantear:

“(...) quedó dispuesto en casos de discrepancias entre las partes durante el término de vigencia del contrato por incumplimiento de alguna de sus cláusulas podrá establecerse reclamación de conformidad a lo establecido a la Resolución No. 66 de 2009, del régimen disciplinario del propio organismo (se refiere aquí al INDER). Sin embargo este último dispone que: Contra la resolución que resuelva el recurso de apelación no cabe recurso alguno ni en vía administrativa ni judicial (art. 24). Entonces cabría preguntarse, ¿podrá exceptuarse la solución de diferencias surgidas en torno al contrato de los atletas del régimen común de justicia laboral que prevé la posibilidad de recurrir a instancias judiciales, ofreciendo mayores garantías jurídicas a las partes de una relación laboral?”⁶⁰

Una rápida respuesta es posible encontrarla, al hacer una rápida lectura al anteriormente citado al artículo 76 del CT que establece en sus dos últimos apartados:“(...) Para los atletas establece el sistema de contratación. En el resto de las materias se rigen por lo dispuesto en este Código y su Reglamento”.

Queda claro, al menos así se entiende, que lo relativo a la justicia laboral no es materia a ser regulada por el INDER. Es posible colegir entonces que con la inclusión de los atletas en la lista de los sujetos con quienes se puede establecer una relación laboral especial, se abre para las partes el

⁵⁹ *Vid. ibidem*, Resuelvo Tercero.

⁶⁰ PACHOT ZAMBRANA, Karel Luis, “El Derecho del deporte en Cuba y sus desafíos en el siglo XXI”, en FLORES FERNÁNDEZ, Zitlally (Coordinadora), *El derecho deportivo desde una perspectiva comparada*, Flores Editor, México D.F, México, 2015, p. 111.

sistema de justicia laboral cubana, que comprende tanto la posibilidad de recurrir la resolución de medida disciplinaria ante un órgano de justicia laboral y activar la vía judicial. He aquí, por tan sólo citar un ámbito de los posibles problemas a los que nos enfrentamos, la importancia que reviste el estudio de la nueva dimensión de la relación jurídica laboral del deporte en Cuba.

IV. Ideas conclusivas

La globalización de las actividades industriales y comerciales ha incidido en el desarrollo de nuevos escenarios sociales y económicos, que de conjunto con la aparición de nuevas figuras bajo el supuesto de la intermediación laboral, impactan en el desarrollo de las relaciones de trabajo. Advertimos una nueva etapa dentro de las relaciones laborales, donde intervienen no solo las típicas figuras del trabajador y empleador, sino un tercer sujeto, convirtiendo la relación clásica de trabajo entre dos personas, en una nueva, denominada relación triangular o intermediada. En el marco del deporte se evidencia esta realidad, pudieran advertirse estos nuevos sujetos en las figuras de los representantes de atletas, contratistas, empresas de contratación y los clubes o las federaciones deportivas.

Por su parte, una relación de trabajo especial es aquella en la que se imponen determinadas condiciones que modifican las reglas generales o los principios protectorios establecidos en la ley para los trabajadores, sujeta a determinadas normas que sin apartarse de las disposiciones comunes, operan con exclusividad en algún ramo de la industria, el comercio o los servicios, pues no encuentran ubicación precisa en el Derecho laboral.

Entre los criterios relevantes para determinar la especialidad de las relaciones laborales, destacan: la naturaleza de la actividad, el lugar de trabajo, las condiciones materiales de la ejecución de la prestación, las particularidades de la organización productiva, la relación propia entre trabajador y empleador, la intermediación laboral, entre otras. Estos aunque resultan útiles para fundamentar la especialidad tanto de la relación laboral de que se trate, como de su consiguiente tratamiento jurídico, no deben entenderse como un conjunto de criterios restrictivos, sino más bien una sistematización de algunas particularidades a tener en cuenta para la determinación de dicha especialidad. El caso de las actividades deportivas relacionadas con el deporte de alta competición ha recibido la tipificación de relación jurídica especial.

En Cuba, por su parte y con la aprobación del CT (Ley No. 116), la relación entre los atletas y las entidades facultadas para su contratación quedó respaldada como una relación jurídica laboral especial. El artículo 76 de la mencionada Ley, que forma parte del Capítulo VII denominado: "Relaciones de trabajo especiales", así lo establece.

Resultan urgentes las investigaciones teóricas y prácticas que tengan como objeto de análisis el deporte en Cuba, fundamentalmente desde el abordaje del campo del Derecho, especialmente desde la dimensión del Derecho laboral. Todo ello teniendo en cuenta los profundos cambios que provoca la clasificación de la actividad de los atletas de alto rendimiento dentro de las relaciones especiales de trabajo contenidas en la Ley No. 116 y su impacto en las dinámicas deportivas y jurídico-laborales.

V. Fuentes bibliográficas

Obras generales

- ALEMÁN PÁEZ, Francisco *et al*, *Derecho del Trabajo II*, Manuales Docentes de relaciones laborales No.9, Vol. I, Universidad de Las Palmas de Gran Canaria, Las Palmas, 2007.
- ALIMENTI, Jorgelina, "Acerca de la especialidad de las relaciones laborales y su desarrollo en la Argentina", en *Relaciones laborales y su desarrollo en la Argentina*, 2006.
- BARAJAS MONTES DE OCA, Santiago, *Derecho del Trabajo*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 1990.
- _____, *Contratos Especiales*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 1992.
- CABANELLAS, Guillermo, *Contrato de Trabajo*, 2ª edición, Bibliográfica Omeba, Buenos Aires, 1957.
- CÓRDOVA CORDOVÉS, Efrén, *Derecho Laboral Cubano*, Vol. I, Ed. Lex, La Habana, 1957.
- DÁVALOS, José, *Derechos de los menores trabajadores*, Cámara de Diputados, LVIII Legislatura, UNAM, México, 2000.
- DE BUEN, Néstor, *Derecho del Trabajo*, Tomo II, 2ª edición, Porrúa, México, 1996.
- KURCZYN VILLALOBOS, Patricia, *Derechos de las mujeres trabajadoras*, Cámara de Diputados, LVII Legislatura, UNAM, México, 2000.

MONTOYA MELGAR, Alfredo, *Derecho del Trabajo*, 5ª edición, Tecnos, Madrid, 1984.

PACHOT ZAMBRANA, Karel Luis, "El Derecho del deporte en Cuba y sus desafíos en el siglo XXI", en FLORES FERNÁNDEZ, Zitlally (Coordinadora), *El Derecho deportivo desde una perspectiva comparada*, Flores Editor, México, 2015.

PASCO COSMÓPOLIS, Mario, *Relaciones de Trabajo especiales, el caso de las modalidades formativas, s/a*.

PÉREZ, Benito, *Derecho del Trabajo*, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1983.

PRADOS PRADOS, Santiago, *El régimen jurídico de las licencias deportivas*, Tesis de Maestría, Marbella, 2002.

RÍOS ESTAVILLO, Juan José, *Derechos de los trabajadores domésticos*, Cámara de Diputados, LVIII Legislatura, UNAM, México, 2000.

VÁZQUEZ VIALARD, Antonio, *Derecho del Trabajo y de la seguridad social*, Tomo I, 8ª edición, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1999.

Publicaciones periódicas

BERMEJO VERA, José, "El deporte profesionalizado: un pasado dudoso, un presente problemático, un futuro incierto", en *Revista Española de Derecho Deportivo*, Reus y Asociación Española de Derecho Deportivo, No. 33, 2014, Madrid.

CRISPÍN CASTELLANOS, Douglas, "Desarrollo deportivo cubano antes y después de 1959", disponible en http://www.bibliociencias.cu/gsd/collect/libros/import/Historia_deporte_cubano.pdf (consultado 16/03/2016 a las 13.50).

DÍAZ RIVERA, Chanel, "Tratamiento jurídico-laboral del sector deportivo cubano", en *Justicia y Derecho*, No. 9, Año 5, diciembre de 2007, Minjus, La Habana.

VALVERDE, Antonio Martín, "Fronteras y «zonas grises» del Derecho del Trabajo en la jurisprudencia actual (1980-2001)", en *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, No. 38, 2002, España.

ZAMORA GALBÁN, Yuniesky, "Historia del deporte cubano: hasta Atenas 2004", disponible en http://www.bibliociencias.cu/gsd/collect/libros/import/Historia_deporte_cubano.pdf (consultado 16/03/2016 a las 13.00).

Normas jurídicas nacionales

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Disponible en:
www.diputados.gov.mx/LeyesBiblio

Constitución de España, 1978.

Ley No. 116, Código de Trabajo, Cuba, de 20 de diciembre 2013.

Código de Trabajo de Chile. Disponible en www.ilo.org.

Código de Trabajo de Costa Rica. Disponible en www.ilo.org.

Código de Trabajo de El Salvador. Disponible en www.ilo.org.

Código de Trabajo de Guatemala. Disponible en www.ilo.org.

Código de Trabajo de Panamá. Disponible en www.ilo.org.

Ley Federal del Trabajo en México. Disponible en www.ilo.org.

Ley General del Trabajo de Bolivia. Disponible en www.ilo.org.

Ley Orgánica del Trabajo de Venezuela. Disponible en www.ilo.org.

Concurso de acreedores de clubes deportivos. A propósito de la legalidad de la Ley 30.064 o ley complementaria para la reestructuración económica del fútbol peruano

DR. ESTEBAN CARBONELL O´BRIEN*

A D. Emilio BELTRÁN SÁNCHEZ +
gran jurista y amigo español

Sumario

- I. Antecedentes previos a la Ley 30.064
- II. Análisis de la legalidad del Decreto de Urgencia y Leyes No. 29862 y 30.064
- III. Tratamiento financiero a una crisis deportiva.
Acaso una crisis constructiva
- IV. A modo de conclusión
- V. Referencias bibliográficas

I. Antecedente previos a la Ley 30.064

El 5 de marzo del 2012, el Supremo Gobierno del Perú emite el Decreto de Urgencia No. 010-2012 (en adelante, D.U.), según sus firmantes en respuesta a una crisis no sólo institucional, sino económico-financiera de los

* Profesor de Derecho Mercantil, Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima, Perú. Socio Fundador de Carbonell O´Brien Abogados (Lima, Perú). Miembro Fundador del Instituto Iberoamericano de Derecho Concursal, México DF (2005-) y Presidente del Instituto Iberoamericano de Derecho Concursal – Sección Peruana (2006-). Investigador de la Red Iberoamericana de Investigadores en Derecho y Gestión del Deporte (reconocida y patrocinada por la Asociación Universitaria Iberoamericana de Posgrado, AUIP, Salamanca, España). ecarbonell@carbonell-law.org

clubes de fútbol y, en general, de toda actividad deportiva futbolística, al menos orientada o con nombre propio – desde nuestro punto de vista crítico a clubes emblemáticos – dejando de lado asuntos de mayor importancia o relevancia en materia económica. Resulta relevante señalar por citar un ejemplo, que al 31 de diciembre del 2011, los municipios le adeudan a la Superintendencia Nacional de Aduanas y de Administración Tributaria (SUNAT) más de S/. 1,850 millones vs los S/. 300 millones que en conjunto adeudan justamente los cinco (5) clubes de fútbol que mayor deuda fiscal mantienen con dicha ente recaudador. A dicha fecha, el 97.1% de dicha deuda se encuentra en estado de cobranza coactiva, lo cual ha sumido a las 1,618 municipalidades deudoras en una situación financiera alarmante y en algunos casos insalvables. Cabe precisar, que entre los municipios más deudores están la Municipalidad Provincial de Chiclayo (S/. 204.5 millones), la de Callao (S/. 161 millones) y la de Arequipa (S/. 38 millones).

De igual forma, las Medianas y Pequeñas Empresas (en adelante, MYPES), afrontan iguales o peores circunstancias financieras, no gozando del apoyo gubernamental para la solución de sus problemas económicos o algo latente en nuestros días, tales como la competencia desleal que enfrentan las compañías textiles frente a la avalancha de ropa china a precios ínfimos o el ejercicio de la minería ilegal que genera daños irremediables contra el medio ambiente y el ecosistema. Nos preguntamos entonces ¿por qué el Supremo Gobierno orientó en primer lugar, el salvataje de una actividad, quizás sólo de relevancia popular frente a otras de mayor importancia en materia económica?

En ese sentido, las pautas especiales que contiene el D.U., y luego en extenso recoge la Ley 29.862 publicada en el Diario Oficial *El Peruano* con fecha 06 de mayo del 2012, son las siguientes:

- a) Exclusividad: sólo para clubes de fútbol;
- b) Competencia: Comisión y Sala Ad-hoc;
- c) Administración Temporal: no participa el deudor de manera directa, ni indirecta y es nombrada de manera inmediata por el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (INDECOPI) conjuntamente con el inicio del concurso (*vid.* Directiva No. 01-2012 publicada el 21.03.2012, la cual obvia como requisito mínimo, el registro de sanciones de los posibles administradores);
- d) Representación: el administrador sustituye las facultades legales y estatutarias de los representantes legales del deudor;
- e) Destino del deudor: reestructuración, eliminando la liquidación;

- f) Objeto de la Junta de Acreedores: ratificación de la administración: por parte de los acreedores y aprobación o no del Plan de Reestructuración, lo cual determina su conclusión;
- g) Vigencia: por sesenta (60) días a partir del día siguiente de su publicación y hasta culminar el procedimiento; y
- h) Aplicación preferente: suspenso de la Ley 27.809 o ley concursal para el caso sub-materia.

Sin embargo, a nuestro juicio este esquema contenido en el D.U. no soluciona el problema principal: la gestión ineficiente de los directivos de los clubes deportivos. Nos preguntamos entonces: ¿Era esta la vía correcta?

Frente a ello, debemos precisar a modo de justificación del Supremo Gobierno que la Constitución de 1979 abrió la práctica y el debate en torno a los llamados Decretos de Urgencia. Posteriormente, la Constitución de 1993 (vigente a la fecha) los consagró normativamente y debido a la importancia de la figura presidencial, los convirtió en un cómodo instrumento de dirección política y de gestión de la crisis económica (léase para ello, los trabajos de los profesores BERNALES, E. y EGUIGUREN, F. "El funcionamiento del sistema político de la Constitución de 1979" y "Legislación delegada y los decretos de urgencia en la Constitución de 1993", respectivamente).

Cabe resaltar que los distintos gobiernos de turno en el Perú utilizaron muchas veces con abuso, de éstas medidas extraordinarias en mayor o menor medida dependiendo de su fin, dado que se implementaron las denominadas "medidas extraordinarias" respecto de los "decretos de urgencia", generándose una desviación entre el Derecho constitucional y la realidad constitucional.

En consecuencia, resulta necesario identificar cuál es la posición constitucional de la jurisdicción constitucional respecto a los decretos de urgencia en tanto instrumento normativo del régimen presidencial. Es relevante recordar que el desaparecido Tribunal de Garantías Constitucionales se abstuvo de pronunciarse sobre el particular, siendo el actual Tribunal Constitucional quien ha realizado tarea incidental en varias oportunidades.

A manera de colofón, el Poder Legislativo del Perú no ubicó mejor solución a la severa crítica contenida en un artículo anterior del autor¹ que

¹ CARBONELL, Esteban, "Crisis y Fútbol: ¿Juegan en el mismo campo?".

“reciclar” el citado y tan mentado D.U. y limitarse a consignarle un número: la Ley 29.862 cuyo texto íntegramente es similar en toda su extensión. A la fecha, se encuentran sometidos “gracias” a la intervención o injerencia directa del Estado (concurso necesario) los clubes de Primera División de fútbol siguientes: Universitario de Deportes, Alianza Lima, Melgar FBC, Cienciano del Cuzco y Sport Boys (hoy juega en Segunda División, luego de la aplicación de dicha normativa, lo cual comprueba en la praxis, que no es una solución a la crisis financiera del fútbol).

II. Análisis de la legalidad del Decreto de Urgencia y Leyes 29.862 y 30.064

La Constitución de 1993 ha establecido en su art. 118 inciso 19 que corresponde al Presidente de la República “dictar medidas extraordinarias, mediante decretos de urgencia con fuerza de ley, en materia económica y financiera, cuando así lo requiere el interés nacional y con cargo de dar cuenta al Congreso. El Congreso puede modificar o derogar los referidos decretos de urgencia” y en el art. 74 que “los decretos de urgencia no pueden contener materia tributaria”.

Estas normas abiertas permiten el uso discrecional de dichos conceptos jurídicos al ser indeterminados en la norma suprema, como son el carácter extraordinario, el interés nacional, la materia económica o financiera.² Con lo cual se puede traspasar fácilmente el principio de división de poderes, por cuanto su interpretación queda a merced de la discreción del Presidente de la República.

De otra parte, el constituyente ha dispuesto expresamente en el art. 200 inciso 4 de la Constitución que contra las normas con rango de ley – tal como el D.U – cabe interponer una acción de inconstitucionalidad por violar la Constitución por el fondo o por la forma, asunto que luego de leído este trabajo, intuyo se plasmará en una acción por parte del Congreso o institución con iniciativa legislativa. Asimismo, el art. 135 señala que cuando el Congreso sea disuelto por el Presidente por haber negado confianza a dos Consejos de Ministros, en ese interregno, el Poder Ejecutivo legislará mediante decretos de urgencia hasta por cuatro meses.

² Vid. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *Democracia, jueces y control de la administración*, Civitas, Madrid, 2002.

Estas normas por un lado otorgan rango de ley a los decretos de urgencia y por otro lado, les otorgan también fuerza de ley. Con lo cual gozan de los atributos fundamentales de una ley, aunque estén reducidos a la materia económica y financiera. Pero, dado el carácter abierto de la norma los decretos de urgencia de los regímenes presidenciales, llegando a ser utilizados de manera abusiva. Los decretos de urgencia constituyen también un instrumento de gobierno democrático, tal como en España e Italia, donde se regula la figura de los decretos de urgencia o decreto-ley, como así lo denominan a este instituto.

Lo definitivo es determinar si las circunstancias fácticas justificaban el contenido del D.U sub-materia y en consecuencia a nuestro juicio se debe interpretar sistemáticamente con el inciso c) del art. 91 del Reglamento del Congreso. De dicha interpretación el Tribunal Constitucional desprendió en sus repetidos fallos, que el decreto de urgencia debería responder a los siguientes criterios:

- a) Excepcionalidad;
- b) Necesidad pública;
- c) Transitoriedad;
- d) Generalidad, y
- e) Conexidad

En tal sentido, las medidas extraordinarias y los beneficios que su aplicación produzcan deben surgir del supuesto de hecho que da lugar al contenido normativo del decreto de urgencia y no de vacíos legislativos o administrativos encubiertos que con el tiempo producen embalses normativos de emergencia; pues ello sería incongruente con la supuesta situación constitucional y urgente.

A nuestro modo de ver las cosas – no vale la pena cambiar el sentido de las mismas de manera antinatural – el D.U. bajo comentario no respetaba o dista de los criterios que ostenten las características de excepcionalidad, imprevisibilidad y urgencia. Ello supone la irracionalidad de afirmar que el caso sub-materia constituía un eventual peligro de esperar la aplicación del procedimiento parlamentario para regular las medidas idóneas orientadas a revertir la situación.³

³ Vid. anteriores criterios del Tribunal Constitucional desarrollados en los Exps. 0001-2003-I/TC, 0003-2003-AI/TC, 017-2004-AI/TC y 028-2010-PC/TC.

En consecuencia, el D.U. – ya derogado – respecto a su forma vuelve imprudente e inaceptable la intervención del Estado en la medida que trasgrede el normal desarrollo de sus fueros, sumada a la técnica legislativa, siendo – de ser el caso – necesario atacar el fondo del problema con medidas reglamentarias, que apunten un cambio legislativo por cauces de un correcto orden constitucional, entendiéndose enmiendas a la ley concursal para dar paso al concurso voluntario de personas jurídicas no societarias, como el caso de los clubes de fútbol.

En ese orden de ideas, persistimos en considerar y en función de lo expresado, recomendar a las autoridades competentes del Supremo Gobierno en su oportunidad, declaren la inconstitucionalidad de las Leyes 29.862 y 30.064, siendo ésta última publicada en el Diario Oficial *El Peruano* con fecha 10 de agosto del 2013. Ambas normas no cubren los mínimos elementos de legalidad por los temas relevantes siguientes:

- La Sociedad Anónima receptora – en adelante la SA – se debe encargar y su único propósito exclusivo de constitución, es para efectos de viabilizar el proceso de reorganización especial, y es quien recibiría el bloque patrimonial del club (activos y pasivos) lo cual colisiona con el mandato expreso de la Ley General de Sociedades (constitución de sociedades) pues se constituye con la totalidad del patrimonio del concursado – club deportivo – quien es el único aportante y por ende, no goza de pluralidad de socios. A ello se agrega, que no se requiere que se cuente con la presencia de éstos, siendo ambos – deudor concursado y sociedad receptora – representados por el administrador, vale decir la sociedad receptora no efectúa aporte alguno y se vale del patrimonio del club para su constitución (Artículos 11 y 14 de la Ley 30.064).
- La intervención directa del Estado en la administración de los clubes de fútbol a través de la Sociedad receptora, quien no cuenta con capital social mínimo para constituir la SA. Por ende, la decisión libre y espontánea del resto de acreedores de poder optar por una mejor opción, se ve restringida y constituye *per se* un abierto veto en materia societaria, pues se obliga –con excepción del crédito de origen laboral – a todos los acreedores a participar como socios de la SA, capitalizando sus créditos, incluso sin indicación expresa del tipo o clase de acción a emitir (se rompen los órdenes de prelación reconocidos por ley concursal).
- La intervención de PROINVERSION es censurada pues dicha institución ha sido denunciada por corrupción anteriormente en el proceso de una planta desalinizadora por los alcaldes de la Mancomunidad de Lima Sur quienes aseguran que se buscó favorecer a empresa privada con licitación de construcción. Que dicha denuncia de los alcaldes

señaló en su oportunidad, que dicha institución elaboró las bases para seleccionar a una empresa que recibió el encargo de construir la planta desalinizadora, contraviniendo la ley que regula las iniciativas privadas.⁴

- Asimismo, PROINVERSION gastó S/ 1.5 millones en pago de altos sueldos a funcionarios, por ello se formó una comisión en el Congreso para que investigue el uso y manejo de los recursos asignados a PROINVERSION, así como de sus acciones ejecutadas y dejadas de hacer en relación a la venta de las acciones de las empresas azucareras en el período 2002-2004. Que, dicho pedido fue oficializado mediante una Moción de Orden del Día que sostiene que PROINVERSION a pesar de los ingentes recursos invertidos, no ha logrado la venta de las acciones de ninguna de las compañías agrarias en las que el Estado tiene participación. A la fecha, por concepto de capitalización de deudas tributarias, el Estado es titular de las acciones de las siguientes empresas agroindustriales: Casa Grande (31%), Tumán (24%), Pomalca (16%), Salamanca (14%), Cayaltí (12%), Cartavio (11%), Andahuasi (11%) y Chiquitoy (13%). En consecuencia, el Supremo Gobierno ha mostrado incapacidad para continuar el proceso de venta, pese a su intento de sanearlas y hacerlas atractivas a potenciales inversionistas y de impulsar la Ley de la Actividad Empresarial de la Industria Azucarera, estableciendo una nueva capitalización de adeudos tributarios y venta de las acciones para pagar adeudos laborales.⁵
- Los créditos de la SUNAT cuentan con un "super privilegio" al ser aquellas que tendrán la primera oportunidad de capitalizar, siendo que el resto de créditos (no importando su naturaleza) tengan que esperar la subasta de este crédito y por tanto, el resultado final de dicho proceso (artículos 19 y 20 de la Ley 30.064).
- Un trato discriminatorio para los titulares de créditos de origen laboral, pues únicamente pueden capitalizar aquellos que hayan adquirido bajo cualquier modalidad dicho crédito (cesión, compra-venta, etc.) mientras que el trabajador sólo podrá exigir el pago de su crédito y no podrá participar como socio de la SA.

⁴ Publicado el sábado 11 de junio del 2011 en el Diario *La Primera*.

⁵ Disponible en: http://www.diariolaprimera.com/online/municipios/denunciancorrupcion-en-planta-desalinizadora_87960.html.

- El administrador cierra el club hasta que se termine con cancelar la totalidad de créditos, inhabilitando de esta manera las otras disciplinas deportivas del club concursado y cuyos socios quieran desarrollar, vale decir, se les excluye abiertamente. De ser así, las acciones capitalizadas en la nueva SA tendrían una connotación especial, ya que tendrán que desaparecer cuando se les pague con los flujos dinerarios que cancele el arrendatario de los activos del club concursado.
- Se favorece abiertamente al administrador temporal – nombrado por el Gobierno a través del INDECOPI – respecto al pago de sus honorarios, otorgándole el rango de acreedor post concursal, pues obliga a incorporarlo en el cronograma de pagos del Plan de Reestructuración, incluso poder reformularlo en caso se suscriba el contrato de concesión deportiva (artículo 17 inciso e) y Quinta Disposición Complementaria de la Ley);
- Es un sistema antinatural al concurso, tener que someter al concursado a etapas previas – plan de reestructuración y de reorganización especial y sus procedimientos respectivos a través de subastas públicas elaboradas por PROINVERSION, o sea otro ente del Estado y su injerencia ya descrita en párrafo anterior – que luego de su fracaso – y todo apunta a ello por la labor de dicha entidad – someter a éste, a las reglas del procedimiento concursal ordinario, lo cual vuelve larga la agonía de los clubes o su salida de la crisis, máxime si se otorgan 60 días hábiles más para aprobarse el reglamento de la Ley 30.064 (artículos 5.3, 25, 27 y Cuarta Disposición Complementaria de la Ley);
- No se exige al Concesionario deportivo la constitución de una carta fianza ante el incumplimiento de sus obligaciones, ni se limitan sus derechos en el extremo de poder ceder, el uso y disfrute de determinados derechos a terceras personas. Quien debe imponer sanciones a éste o incluso a la SA, si no están tipificadas sus faltas? Quién repara el daño que pueda ocasionar un mal manejo al interior de la gestión de la SA y la concesionaria? (artículos 23.2, 36 y 37 de la Ley)

III. Tratamiento financiero a una crisis deportiva. Acaso una crítica constructiva

El estudio de una crisis financiera supone tener una definición de la misma, tanto conceptual como operativa. Sin embargo, no existe una definición de aceptación universal y por ello la identificación de las mismas es una tarea que depende de la acepción utilizada. En primer lugar, la expresión “crisis financiera” es usada de una manera genérica para referirse a diversos eventos, como moratorias de deuda soberana, crisis bancarias, colapso de la burbuja en el precio de algún activo, etc.

Desde esa óptica, una crisis financiera puede entenderse como una interrupción en el funcionamiento normal de los mercados financieros. El rasgo distintivo es el vuelo hacia la calidad (*flight to quality*) pues los inversionistas venden sus activos, es decir, huyen del sistema financiero debido a la percepción de un mayor riesgo y aumentan la demanda por activos considerados más seguros, como los Bonos del Tesoro de los EE.UU. o el oro.

La pregunta central es la siguiente: si la economía es una manera de comprender el mundo, ¿qué rol desempeña o debería desempeñar la teoría económica?, tal como lo manifiesta Carlos PARODI TRECE en su obra *La primera crisis financiera internacional del siglo XXI*.

En primer lugar, ¿por qué la economía no pudo predecir la crisis? La economía es una ciencia social y, como tal, no tiene una capacidad precisa de predicción, pues depende del comportamiento humano y sus acciones. La respuesta depende de la visión que se tenga de la crisis. Si la crisis fue originada por un choque exógeno, es decir, desde fuera del sistema, no era posible la predicción; pero si las causas fueron endógenas, entonces las alarmas debieron encenderse.

En el caso del fútbol y en especial, el peruano, las alarmas debieron activarse, máxime si el Estado es el principal acreedor de los clubes involucrados en el concurso y NO simplemente alejarse al vender sus créditos reconocidos al mejor postor del sector privado. Lo elocuente del artículo 19 de la Ley 30.064 es que dan por sentado que habrá un postor ganador a pesar de venderse a valor nominal los créditos tributarios. El asunto es: ¿qué sucede sino existe un ganador? ¿acaso se ofertarán dichos créditos a precio vil?

Las lecciones de crisis deben ser claras en el mundo de las finanzas. La crisis de los clubes deportivos se sostiene en un factor endógeno originado dentro de éstos, los cuales no han sido analizados por los gestores de las normas cuestionadas. Para ello precisamos algunas lecciones, a modo de crítica constructiva y a saber:

- a) La primera lección es que los sistemas son intensivos en información y están plagados de fallas, como información asimétrica, riesgo moral, selección adversa, por tanto requieren regulación.
- b) La segunda lección es que las teorías económicas y/o financieras basadas en supuestos alejados de la realidad no funcionan en tiempos de crisis e impiden la predicción de crisis sistémicas como la ocurrida.
- c) La tercera lección es que la teoría financiera no cuenta con procedimientos adecuados de valorización de activos complejos (asunto que observamos respecto del patrimonio del club Universitario de Deportes)

- d) La cuarta lección está relacionada con la macroeconomía. La macroeconomía con fundamentos microeconómicos está basada en una visión general, la del equilibrio del mercado.
- e) La quinta lección es que la historia importa. El evento previo de características similares fue la gran depresión de la década de 1930.
- f) La sexta lección es la necesidad de integrar las finanzas con la economía para analizar las relaciones existentes entre la estabilidad financiera y la estabilidad macroeconomía.
- g) La séptima lección es la necesidad de soluciones globales. La cooperación y coordinación internacional son necesarias ante eventos globales.
- h) La octava lección es que la crisis ha dañado la reputación de la economía. Si los economistas no alertaron sobre la posibilidad de la crisis, entonces es necesario plantear una agenda mínima.

IV. A modo de conclusión

En general, los elementos constitutivos de los decretos de urgencia y los decretos legislativos deberían ser concurrentes, para que éstos sean acordes al marco constitucional y sumado a aquellos que bajo el disfraz de ley sólo buscan distraer la atención de los “verdaderos” intereses del Estado para intervenir directamente los clubes de fútbol.

Así las normas que las regulen deben reflejar una posición subordinada a la Constitución – ley de leyes – antes que al presidencialismo normativo, debido a que en un moderno Estado Constitucional, su expedición no puede quedar librada a la voluntad propia del positivismo legalista, sino que debe quedar vinculada a las normas constitucionales y legales que las desarrollen de manera razonable y previsible, regulando las situaciones necesarias de delegación de facultades legislativas y sobre todo, de emergencia económica.

Ello pone sobre el tapete un tema más profundo para el Derecho constitucional: la vinculación del juez constitucional frente a la ley. Asunto que se puede caracterizar en la posición que ocupa el Tribunal Constitucional frente a la realidad de los hechos.

Véase, para entender nuestra posición algunos textos de lectura obligatoria como *El Estado Constitucional* de Peter HABERLE, *Teoría de la Argumentación Jurídica* de Robert ALEXY, *Las razones de Derecho* de Manuel ATIENZA, *Justicia, Constitución y Pluralismo* de Alessandro PIZZORUSSO, *La Constitución Abierta y su Interpretación* de Francisco DÍAZ REVORIO, o de nuestra patria a *La Constitución y su dinámica* de Domingo GARCÍA BELAÚNDE.

En consecuencia, el control judicial lo realiza el Tribunal Constitucional quien es competente para examinar, a través del test de proporcionalidad o razonabilidad, la validez constitucional o no de los decretos de urgencia, tanto de fondo como por la forma, sin perjuicio que la justicia ordinaria se pronuncie incidentalmente sobre la constitucionalidad de su aplicación, en un proceso judicial concreto o en vía de amparo.

En ese sentido, discrepamos con algunos especialistas nacionales como Gonzalo DE LAS CASAS, que defiende la legalidad del D.U. – quizás por haber estado detrás de su redacción – al considerar que la forma establecida en el dispositivo es la correcta, siendo que desnaturaliza abiertamente el concurso y sus alcances, al enfrentarse frontalmente contra los mandatos de la Constitución. Ello, a nuestro juicio, quita valor al concurso mercantil y sus beneficios inmediatos, restándole credibilidad frente a la colectividad creando un estigma en general. ¿Qué dirá cuando el D.U. sea declarado Inconstitucional? De igual manera, con Alfredo BULLARD, cuando en un artículo publicado el 10.03.2012 en Diario *El Comercio* titulado “Más vale un final horrible que un horror sin fin” señala lo siguiente: “(...) Los procesos concursales existen para pagarle a los acreedores”. Tamaño error, pues lo repetimos en la cátedra constantemente, el objetivo de un sistema concursal eficiente, es prevenir crisis patrimoniales en cadena, siendo su fin máximo, la protección del crédito. El cobro de créditos y por consiguiente, su pago, de manera regular se debe efectuar en sede judicial por excelencia. Por consiguiente, los procedimientos concursales – pues éstos se ventilan en sede administrativa en el Perú – servirán o deben servir para sanear la larga cadena de la economía y sus agentes, no siendo imperativo en el concurso, el pago inmediato de la totalidad de créditos reconocidos u homologados por la autoridad concursal, dado que un flujo de caja sostenido puede garantizar el mismo. En síntesis, el sinceramiento del aparato productivo es la búsqueda de un Derecho Concursal Moderno. Señala finalmente lo siguiente: “(...) El fútbol peruano no necesita un salvataje. Necesita renacer. Y para eso, primero, tiene que morir”. Frente a ello, regresamos nuevamente al objetivo de un sistema concursal eficiente, pues la muerte importa una liquidación y un renacer del comerciante, quizás con mejores aires y con ganada experiencia, a la luz de un concurso equilibrado y justo, pues ha quedado demostrado, que la legislación concursal puede contener una solución viable a la crisis patrimonial, siempre que no se desnaturalice su objetivo. Y realmente ¿el fútbol debe morir?

En suma, los firmantes del D.U. y Leyes 29.862 y 30.064 (a ésta última a la cual paso a denominar Ley "Gonzalo", en alusión al terrorista Abimael GUZMÁN, quien destruyó a su paso una sociedad constituida, hoy felizmente preso) la misma que no sólo atenta contra la libre decisión de los acreedores sino que colisiona con la Ley General de Sociedades y principalmente, en el ejercicio constitucional de libre asociación, en suma, llevará a la destrucción del sistema legal, con arbitrariedad y falta de respeto a las normas imperantes. Dichos firmantes a nuestro juicio pudieron prever que éste no era la vía correcta para solucionar el problema de fondo, siendo que el camino correcto era repensar los alcances de la ley especial y en mayor medida implementar sus enmiendas, a través de normas reglamentarias.

Incluso, alternativas hay y muchas ajenas al concurso – si no se transitaba por el camino de las enmiendas – que podrían implementarse al interior de una reestructuración patrimonial.⁶ Lanzamos algunas ideas, las cuales son:

- a) Titularización de activos y
- b) Fondo de inversión en jugadores.

En conclusión, la crisis y el futbol no deberían ir de la mano, sino que sus representantes deben ser previsores para enmendar rumbos y mejorar en situaciones difíciles, al amparo de la innovación y la generación de un mayor valor al patrimonio en tiempos de crisis, entiéndase por ejemplo, el uso de apalancamientos financieros o reestructura de pasivos (extra concurso) o de ser el caso extremo, de la aplicación de la norma especial, enriquecida con experiencias de otras latitudes (concurso). Esperemos que el "Reglamento" a expedirse en breve, recoja nuestras observaciones pues sólo cabe la formulación de acciones de inconstitucionalidad en masa.

⁶ Para ello recomendamos *vid.* PERROTI, Daniel Esteban, "Incidencia económica de resultados deportivos: el caso del fondo común cerrado de Boca Juniors", disponible en: www.aaep.org.ar/espa/anales/works06/PerrotiDaniel.pdf (consultado 10/03/2016 a las 15.00).

V. Referencias bibliográficas

Obras generales

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *Democracia, jueces y control de la administración*, Civitas, Madrid, 2002.

Publicaciones periódicas

CARBONELL, Esteban, "Crisis y Fútbol: ¿Juegan en el mismo campo?"

PERROTI, Daniel Esteban, "Incidencia económica de resultados deportivos: el caso del fondo común cerrado de Boca Juniors", disponible en: www.aep.org.ar/espa/anales/works06/PerrotiDaniel.pdf (consultado: 10/03/2016 a las 15.00).

Documentos

Tribunal Constitucional: Exps. 0001-2003-I/TC, 0003-2003-AI/TC, 017-2004-AI/TC y 028-2010-PC/TC.

Deporte, finanzas y mercado. Notas introductorias en torno a una simbiosis necesaria para el Derecho del deporte en Cuba

DRA.C. YALENNI PÉREZ URQUIZA*

MSc. ELIZABETH BAUSA CABALLERO**

Sumario

- I. Notas introductorias
- II. Deporte e ingresos en la actualidad en Cuba
- III. Deporte y tributación en Cuba
- IV. Mercado, patrocinio y deporte
- V. Conclusiones
- VI. Fuentes bibliográficas

* Profesora Auxiliar de Derecho mercantil y financiero, Facultad de Derecho de la Universidad de Oriente, Santiago de Cuba. Responsable de la Disciplina (Área) de Derecho de Empresa del propio centro. Miembro del Grupo de Investigación sobre Derecho del Deporte, Universidad de Oriente. Investigadora de la Red Iberoamericana de Investigadores en Derecho y Gestión del Deporte (reconocida y patrocinada por la Asociación Universitaria Iberoamericana de Posgrado, AUIP, Salamanca, España). yperez@uo.edu.cu

** Profesora Asistente de Derecho mercantil y financiero, Facultad de Derecho de la Universidad de Oriente, Santiago de Cuba. Miembro del Grupo de Investigación sobre Derecho del Deporte, Universidad de Oriente. Investigadora de la Red Iberoamericana de Investigadores en Derecho y Gestión del Deporte (reconocida y patrocinada por la Asociación Universitaria Iberoamericana de Posgrado, AUIP, Salamanca, España). ebausa@uo.edu.cu

I. Notas introductorias

Hace más de diez años, cuando en 2004 se celebrara el I Encuentro Internacional de Derecho del Deporte, en Santiago de Cuba, nos aventuramos en el tema del financiamiento del deporte en Cuba.¹ Más que resolver cuestionamientos lógicos, la investigación introdujo entonces un número mayor de interrogantes que escapaban a los elementales diseños relacionados con las garantías materiales para el ejercicio del derecho a la práctica del deporte, y a la práctica de toda actividad física, en sentido general.

Lo reconfortante de aquel entonces, además del resultado tangible del convite, devino auténtica experiencia para los participantes. Las fórmulas empleadas por el Estado cubano para garantizar el acceso a la práctica y el disfrute del deporte y las competiciones nacionales e internacionales realizadas en territorio cubano, sorprendieron a varios de los presentes, y enorgullecieron a otros. Generalizada fue, de seguro, la convicción de que la política de financiamiento seguida no era suficiente para atender a las necesidades del fomento y desarrollo del deporte nacional, en consecuencia con el potencial y las expectativas de la sociedad cubana. Evidente también fue la conclusión: el principio de escasez, que la teoría económica enarbola para responder a la interrogante de la satisfacción de las necesidades públicas, servía, y sirve, como eje que direcciona las decisiones del deporte nacional, en materia económica. La contradicción era evidente, objetiva por más, real para el “movimiento” deportivo cubano.

Para el año 1990,² la progresiva eliminación de las consideradas por el Estado cubano como gratuidades públicas indebidas implicó modificaciones en los precios a las entradas de los espectáculos deportivos. No obstante, la cuantía establecida resulta aún subvencionada e insuficiente para el monto actual, por más, debe resaltarse su estabilidad: el precio es inamovible. Explicado desde la óptica de la actividad financiera, la política financiera cubana es consecuente con el axioma de “deporte para todos”

¹ Vid. “El financiamiento del deporte en Cuba”, ponencia presentada por las Lics. Elena POLO MACEIRA y Yalenni PÉREZ URQUIZA, publicado en la Revista *Arrancada*, No. 1, 2005, Servicio de Ediciones del Instituto de Cultura Física Manuel “Piti” Fajardo, Santiago de Cuba.

² Tristemente recordado en materia financiera y presupuestaria en Cuba, de conjunto con el 1991, 1992 y 1993, pues significó la prórroga de un presupuesto insuficiente y la entrada del país en una situación de crisis extendida.

en cuanto a garantizar y sostener subvenciones, y gastos públicos en el orden deportivo.

La contradicción que generara aquella incursión investigativa pionera, se acrecienta si se atiende a la disponibilidad real y actual de recursos con los que se garantizan estas prácticas, sobre todo en las preparaciones de las selecciones nacionales para competiciones de carácter internacional. Ello significa el trabajo en ciclos olímpicos o competitivos³ no solo para la preparación de los atletas, sino también, más importante, para la planificación, previsión y ejecución presupuestaria, para la mayoría de los deportes incluidos en el programa oficial de los Juegos Olímpicos. Para otros, los ciclos de éstos últimos, de los campeonatos o copas mundiales, y de competiciones regionales multideportivas (como los Juegos Panamericanos o los Centroamericanos y del Caribe), así como otras competiciones deportivas, se han convertido en verdaderas prioridades para el presupuesto nacional. La asignación de recursos y las posibilidades de entrenamiento y atención son variadas, y responde a criterios de decisión estrechamente ligados a la idiosincrasia del cubano.

II. Deporte e ingresos en la actualidad en Cuba

En este contexto, marcado hoy por la denominada actualización del modelo económico y social cubano (aprobada oficialmente en 2011) y la reorientación de determinadas políticas y estrategias que tributen a una economía eficiente y real, fue adoptado en 2013 por el Consejo de Ministros, e implementado por los Organismos de la Administración Central del Estado lógicamente implicados (el Instituto Nacional de Deportes, Educación Física y Recreación, INDER, y los Ministerios de Trabajo y Seguridad Social, MTSS, y de Finanzas y Precios, MFP, por ejemplo) la nueva política de ingresos para atletas, entrenadores y especialistas del deporte.

El objetivo que se propone la misma es el perfeccionamiento de la política de ingresos de atletas, entrenadores y especialistas vinculados a la preparación y resultados de las preselecciones nacionales y de la serie nacional de béisbol, como parte de la implementación de los Lineamientos de la

³ Para aquellos deportes que no clasifican o entran en competiciones olímpicas, como el béisbol, sino en otros escenarios, como el Clásico Mundial de Béisbol, que se ha celebrado cada tres años primeramente, y luego cada cuatro años.

Política Económica y Social del Partido y la Revolución (aprobados en el 6to. Congreso del Partido Comunista de Cuba en 2011 y asumidos por el Estado cubano en sus respectivas instancias de organización nacional y local).

Esta nueva política comprende un conjunto de elementos trascendentales no solo desde la óptica del Derecho deportivo nacional, por resultar novedosas, sino también para sus aristas imbricadas a la actividad financiera, a saber:

- la definición de atleta de alto rendimiento, sobre la concepción de que este no "deba ser tratado como una mercancía";
- el mantenimiento de los pagos en moneda libremente convertible (pesos cubanos convertibles, CUC)⁴ ya autorizados previamente;
- el monto financiero para la contratación de los atletas de los centros de alto rendimiento "Cerro Pelado" y "Córdova Cardín" será asumido por el propio INDER, mientras que el de los atletas que radican en las provincias se asume por los gobiernos provinciales (política 4, inciso b);
- la incorporación de una estimulación mensual en pesos cubanos, CUP (esto es, moneda nacional) para atletas y entrenadores por medalla (política 6);
- la adición del ingreso mensual a atletas multimedallistas y los entrenadores con este resultado (política 7);
- la premiación en metálico por resultados individuales y colectivos en CUP (moneda nacional) durante la Serie Nacional de Béisbol, experiencia que será extensible progresivamente a otros deportes como el fútbol, el boxeo, el voleibol, el atletismo y el baloncesto (política 8); y
- la entrega del ciento por ciento de la cuantía de los premios individuales y colectivos obtenidos en competencias internacionales, tanto a los atletas como a sus entrenadores y especialistas del deporte (política 9).

⁴ A raíz de condiciones adversas en la economía nacional desde 1990, se decide por política monetaria la aprobación para la circulación de moneda libremente convertible, sobre la base de un sistema de cambios fijo establecido en el territorio nacional. Esta moneda libremente convertible circula en correspondencia con el cambio de uno por veinticinco (1x25) pesos en moneda nacional, esta última de curso legal y fuerza liberatoria. La tasa de cambio de moneda extranjera es otra, publicada oficialmente en sitios destinados a estos efectos.

Se trata, sin dudas, de un momento importante en relación con la materialización del Derecho deportivo patrio, en el que se materializan estas políticas en normas jurídicas específicas, que en algunos casos ya se han mencionado en este ejercicio académico. Lo trascendental, sin embargo, no es lo que la norma en sí misma inspira para la porción del ordenamiento jurídico cubano que tiene por objeto las relaciones que se establecen en el marco de la práctica de deportes, sino como estas normas alcanzan matices significativos en arenas del Derecho financiero y del tributario y más al rompecabezas que implica para el Derecho público cubano y la economía doméstica.

La nueva política de ingresos constituye un elemento favorecedor en la relación atleta-rendimiento-ingresos obtenidos, al modificar los cánones existentes anteriormente. Por demás, el reconocimiento de los entrenadores y equipos de trabajo en el resultado alcanzado o premiado, es también un aspecto positivo, si bien no siempre el entrenador que descubre el talento del futuro atleta y lo forma, es el que resulta reconocido, premiado o favorecido (por cuanto sólo se reconoce y estimula económicamente al entrenador o preparador que obtiene inmediatamente un resultado competitivo susceptible de estimulación, entiéndase campeonato olímpico, mundial, panamericano o centroamericano). Por demás, tal avance meritorio, desde la óptica del Derecho financiero cubano, merece señalamiento en correspondencia con la dualidad monetaria, toda vez que al mantener pagos en moneda libremente convertible, no se prevé para el sistema de pagos a atletas u otros, pagos en una sola moneda, que garanticen y consoliden el camino hacia la necesaria unificación monetaria nacional.

Continuando con las aristas antes relacionadas, la distinción del monto financiero para la contratación de atletas en diferentes presupuestos, atendiendo a la provincia en la que radiquen los mismos, supone una formulación exacta de la especialidad presupuestaria, de manera que se garantice que la atención mínima e indispensable y el pronunciamiento presupuestario para su contratación, a todas luces fundamental, sea hecho con independencia de condicionantes externos que puedan modificar decisiones de la Administración en determinados territorios, afectando en mayor o menor grado los números en la partidas presupuestarias. Ideal fuera la autorización de estos gastos públicos a un solo ente, cual estricta interpretación de la unidad presupuestaria.

Renovadora e inspiradora resulta, por otra parte, la estimulación mensual en moneda nacional para atletas y entrenadores por medallas obtenidas, que por su relevancia para la tributación, analizaremos posteriormente, de conjunto con los ingresos mensuales adicionados a atletas multimedallistas y sus entrenadores.

Con ese mismo ánimo se recibe la política de premios en moneda nacional en la serie nacional de béisbol (deporte considerado en Cuba como nacional), para los atletas, los entrenadores y los directivos inmersos en la campaña beisbolera cubana, que sostienen una relación jurídica de carácter especial.⁵ Esta experiencia deberá extenderse hacia otros deportes, así lo declara la política, y así debe ser sin distinción ni preferencias de unos deportes sobre otros sin importar los ingresos o gastos que generen en y para el presupuesto del Estado.

Asimismo, la entrega de la cuantía de los premios a los atletas ganadores resulta otro aspecto renovado y recibido con beneplácito por la comunidad deportiva nacional.

III. Deporte y tributación en Cuba

A raíz de la propia nueva política de ingresos a atletas, entrenadores y especialistas del deporte, antes comentada sucintamente, era evidente que el esquema de tributación antes planteado debía reformularse, en función de los principios de generalidad y capacidad económica que sustentan el sistema tributario cubano establecido por la Ley No. 113 de 2012, del Sistema Tributario cubano. A tales efectos se publica la Resolución No. 152 de 2014 de la Ministra de Finanzas y Precios.

El resuelto primero de la norma citada dispone la aplicación de un régimen simplificado de tributación para atletas y entrenadores en lo relativo al impuesto sobre ingresos personales establecido en la legislación vigente, que se materializará a partir de los siguientes elementos:

- aportaciones del 10 % del total de los ingresos personales mediante retenciones, que tendrán carácter definitivo; y
- no presentación de la requerida declaración jurada, lo que es una característica propia de estos regímenes especiales.

Las aportaciones del 10 %, en base a la generalidad y proporcionalidad que debe advertirse en toda imposición, resultan equitativas con otros

⁵ Otros espacios se adentran en la relación de carácter especial que sostiene el atleta. Respetando esas áreas del saber, en el presente artículo solo lo mencionaremos para sostener determinados criterios en materia financiera o mercantil.

regímenes simplificados de tributación vigentes y establecidos en el ordenamiento jurídico nacional. Podría, por no afectar la justicia tributaria, juzgarse la cualificación de dicho régimen en simplificado, en función de la pretendida no discriminación fiscal⁶ que se percibe en sistemas tributarios modernos. En todo caso, el régimen simplificado de tributación, que puede devenir en régimen general o régimen especial, implicará en su establecimiento una pauta decisoria en el desarrollo del Derecho del deporte cubano y la tributación de los atletas y entrenadores.

Las retenciones que se mencionan en el propio artículo adquieren el carácter de definitivas debido a la relación que vincula a las direcciones provinciales y municipales de deportes (adscriptas a sus respectivos órganos locales de gobierno) con los atletas, con el control de los ingresos percibidos por los atletas y entrenadores. Ello implicará la inexistencia de liquidaciones provisionales o voluntarias, a lo que una determinación administrativa de la deuda tributaria responderá a dudas relacionadas con la retención, más que con el pago del contribuyente; estas situaciones en Derecho financiero y tributario, implican pronunciamientos distintos.

El resuelto segundo de la precitada Resolución establece que en el caso del impuesto sobre ingresos personales para los premios individuales y colectivos en competencias y la serie nacional de béisbol,⁷ se aplicará un tipo impositivo del 4 %, sin deducciones en CUP (moneda nacional). Si el premio es recibido u otorgado en moneda distinta, se aplica la tasa de cambio de la población (esto es, al 25 por cada unidad monetaria distinta como se explicara anteriormente, si el pago final fuera en moneda nacional).

La propia norma dispone los términos para el cumplimiento del pago de la obligación tributaria, estableciendo que se tendrán 30 días naturales a partir de su cobro, y 20 días naturales siguientes al mes en que realizan su retención. Tal distinción radica en la posibilidad de que el cobro no sea entregado por ente u organismo de la administración pública cubana, como sí sucede para el caso de las series nacionales de béisbol. En los premios

⁶ El principio de no discriminación fiscal no aparece expresamente declarado en el ordenamiento jurídico tributario cubano, como otros tantos. No obstante, su vinculación con la igualdad o equidad tributarias, la generalidad, puede ser posible.

⁷ En ambos casos se corresponden con los hechos imponibles declarados por la legislación tributaria vigente, o sea, la Ley No. 113.

internacionales, u otorgados en competiciones en otros países, pudiera no mediar ente nacional facultado.

El apartado cuarto establece una exención tributaria para el impuesto sobre ingresos personales por los ingresos básicos mensuales establecidos en la Resolución No. 9 de 2014, de la Ministra de Finanzas y Precios. En correspondencia con la política establecida en nuestro país, se exige en dicha Resolución del pago de esta figura tributaria a los atletas que perciban ingresos ascendentes a mil pesos en moneda nacional mensualmente, tal cual ocurre con el resto de los sujetos que reciben ingresos por conceptos de salario.⁸ Esta política responde, en primer orden a la capacidad económica que debe ostentar todo sujeto, que le permita ser sujeto de obligaciones tributarias en correspondencia con los hechos imponible declarados en la legislación. La propia capacidad económica aconseja, con independencia de que el artículo 19 de la propia Ley No. 113, disponga que todos los ingresos, incluido el salario, son objeto del impuesto sobre ingresos personales, a que dicha porción de la norma esté suspendida, no por exención, hasta tanto las circunstancias económicas aconsejen el poder considerar el salario como base imponible para la aplicación de la citada figura tributaria.

Cuando esto último ocurra, por generalidad, el régimen económico del deporte no debe estar exento del mismo, o ser pionero, a no ser que otros aspectos de índole mercantil modifiquen la relación, denominación de ingresos y su cuantía.

Al igual que para el resto, se establece, el pago de la contribución a la seguridad social para atletas, entrenadores y especialistas, mediante retenciones. Estas retenciones, constituyen una garantía de mayor aportación y retribución,⁹ máxime en momentos de envejecimiento poblacional ascendente en América Latina y en Cuba, específicamente.

Las cuestiones de interés en el orden financiero para el Derecho deportivo cubano tanto en los órdenes públicos como los privados, tienen pun-

⁸ Tómesese como referencia que el salario mínimo en el país asciende a 225.00 pesos en moneda nacional y, aun que el salario medio varia en dependencia de los territorios, gravita sobre la cifra de los 400 pesos mensuales.

⁹ Tal aportación y retribución es establecida cumpliendo con los parámetros que la no afectación presupuestaria establece en la doctrina y el derecho presupuestario modernos.

to de partida con estas normas, con especial relevancia para el Derecho tributario. A partir del momento en que se reconocen estas obligaciones, derivadas del deber de contribuir, se exigirá un mayor trabajo de la Oficina Nacional de la Administración Tributaria (ONAT) y de los funcionarios que le representan, en la detección y eliminación de la elusión y la evasión fiscal, con índices elevados a nuestro criterio en nuestro país.

No pareciera que necesitara, el ordenamiento jurídico cubano en materia de deportes de un régimen de incentivos fiscales, o del establecimiento de diversos beneficios fiscales para el fomento y desarrollo de la práctica de la actividad física y el deporte, incluso en la forma en que se resuelve la contradicción o diferencia entre deporte aficionado y deporte profesional. El régimen de captación y promoción de atletas o de personas con aptitudes para la práctica de determinadas actividades pareciera ser suficiente de la forma en que se ha estructurado para tales fines. Por otro lado, el mantenimiento o elevación de la calidad en la práctica, quizá pudiera ser objeto de beneficios futuros, en dependencia del sostenimiento de determinadas estructuras organizativas y de gestión deportiva.

De igual forma, resulta difícil identificar fines extrafiscales en los tributos establecidos en Cuba, relacionados con el fomento y gestión de la práctica del deporte.

De igual manera que para el Derecho tributario, el Derecho presupuestario exigirá un mejor tratamiento, desde la visión del procedimiento presupuestario para la planeación, planificación, ejecución y control de estas asignaciones y la necesidad real de que los pagos a atletas, entrenadores y especialistas se realicen en una sola moneda, de curso legal y fuerza liberatoria ilimitada para el acceso a los productos y servicios ofertados, y canjeable por divisas extranjeras. Este último acápite no ha sido prioridad completa de esta nueva política para los atletas, los entrenadores y los especialistas del deporte.

IV. Mercado, patrocinio y deporte

Pero en la relación ingreso-deporte en el ordenamiento jurídico y actualidad deportiva cubana, no es solo la tributación la cuestión que merece un estudio profundo.

El tema del patrocinio es otro de los pendientes y necesariamente impostergables en la realidad contemporánea. La creciente consolidación del patrocinio como forma para el desarrollo y potenciación del deporte le apunta como mecanismo para el logro de objetivos publicitarios, mercan-

tiles, además de los deportivos propios que genera. Así nos lo propone José Luis CARRETERO LESTÓN, definiéndolo como la operación por la cual los particulares se hacen partícipes de su desarrollo, a través de la financiación. Es evidente que ambas partes ganan notoriedad, sobre la base del compromiso mutuo, compromiso que tiene su esencia en resultados positivos ya alcanzados – o próximos a alcanzar – y que gravitan en torno a la figura del deportista, su rendimiento y sus aptitudes.

Resulta corriente encontrar en la doctrina contemporánea, en lo relativo al Derecho deportivo, la negación de la distinción entre patrocinio y mecenazgo, sobre la base del establecimiento de la imposibilidad de la segunda figura de poder plantearse tal cual en este sector del ordenamiento. Nótese que, tal como plantea CARRETERO LESTÓN, el mecenazgo no exige contraprestación o implica gratuidad, a diferencia del patrocinio que, por su naturaleza empresarial, comercial, publicitaria, implica un ánimo de lucro y una contraprestación por parte del patrocinado.

Por las características de la actividad deportiva, el patrocinio puede ser identificado en diversos escenarios distintos y distantes tanto como el patrocinio deportivo propiamente dicho, financiando a un practicante o un equipo o grupo de practicantes, y el patrocinio de los espectáculos deportivos y competiciones, estrecha y directamente vinculados a los resultados deportivos esperados por la afición. En ambos casos, el patrocinador (*sponsor*) se encarga de la actividad empresarial o publicitaria y espera – y demanda – determinados resultados del patrocinado, que le reportarán ingresos.

Tal posición implica una construcción detallada de ambos, patrocinio y mecenazgo, muy difícil de lograr, siquiera establecer, en el ordenamiento jurídico cubano, máxime en la práctica deportiva cubana no pasiva ni amateur.

No significan las ideas anteriores, que no pueda el espectador vincular a determinada marca, u otro signo distintivo de la propiedad intelectual de renombre y reconocimiento internacional, a determinada selección nacional cubana en competiciones oficiales, incluso nacionales. Tal presentación, establece los rudimentos necesarios para el patrocinio, que antes tendrá que vencer derroteros mayores, vinculados a elementos propios del Derecho mercantil.

De tal suerte, no puede identificarse la figura del club deportivo, basado en el asociacionismo deportivo de libre creación en el ordenamiento jurídico nacional. Mucho menos, resultan aplicables otras instituciones, como en la práctica deportiva contemporánea, que desde el Derecho mercantil

enriquecen el estudio del Derecho deportivo tales como la insolvencia de los clubes deportivos, la compraventa, cesión u otras formas contractuales de atletas, la vinculación exclusiva o no a determinados signos distintivos y, no menos importante, la publicidad como proceso altamente vinculado al espectáculo deportivo y las competiciones.

V. Conclusiones

Cada uno de estos acápite exigirá mayor sistematicidad, coherencia y organicidad en el ordenamiento jurídico nacional y, también, que un número mayor de investigadores se avoquen al análisis de las vías en las que la adecuada ordenación jurídica del deporte, en todas las aristas que el fenómeno deportivo genera. La actualización – por qué no considerarlo así – del modelo deportivo cubano constituye una oportunidad histórica de revisar nuestras instituciones deportivas y su organización y funcionamiento, así como adecuar e implementar instituciones deportivas tradicionales y con experiencias positivas – y también negativas, a tener en cuenta – en el Derecho comparado, tales como las entidades deportivas de bases o clubes deportivos, y que podrán contribuir notablemente al perfeccionamiento de la (necesaria e impostergable) institucionalidad del deporte cubano. Con ello, instituciones como las que recientemente comienzan a reconocerse legalmente y que han sido abordadas en el presente estudio y que inciden en los ámbitos financiero, presupuestario, tributario y mercantil, por ejemplo, podrán cumplir mejor los propósitos para las que fueron implementadas. Consecuentemente, podremos contribuir a esa necesaria construcción normativa, y doctrinal, del Derecho del deporte en nuestro país, como elemento indispensable para la adecuada normación, instrumentación y control de la actividad deportiva.

VI. Fuentes bibliográficas

Obras generales

- AGIRREAZKUENAGA, Iñaki, *Intervención pública en el deporte*, Civitas, Madrid, 1998.
- AGUILERA FERNÁNDEZ, Antonio, *Estado y Deporte: Legislación, Organización y Administración del deporte*, Comares, Granada, 1992.
- ALCALÁ FRANCO, José Rafael, *El contrato de patrocinio deportivo para el financiamiento de proyectos y su regulación en el Derecho Deportivo venezolano*, Tesis de Grado presentado en opción al Título de Espe-

- cialista en Derecho Mercantil (dirigida por Dra. María VALERO), Dirección de Investigación, Decanato de Posgrado y Extensión, Universidad de Santa María, Caracas, Venezuela, 2013.
- BERMEJO VERA, José, *Constitución y Deporte*, Tecnos, Madrid, 1998.
- CARRETERO LESTÓN, José Luis (Coordinador), *La Constitución y el deporte (X Jornadas UNISPORT sobre Derecho deportivo)*, Junta de Andalucía, Málaga, 1993.
- CARRETERO LESTÓN, José Luis, *Fiscalidad del patrocinio deportivo*, Colección de Derecho Deportivo, Reus, Madrid, 2016.
- CAZORLA PRIETO, Luis María, *Deporte y Estado*, Labor, Barcelona, 1979.
- CAZORLA PRIETO, Luis María (Director), *Derecho del Deporte*, Tecnos, Madrid, 1992.
- CAZORLA PRIETO, Luis María, *Impuesto sobre Actividades Económicas y Deporte*, Aranzadi, Pamplona, 1996.
- CAZORLA PRIETO, Luis María y CORCUELA TORRES, Amable, *Los impuestos del deporte*, Aranzadi.
- CORCUERA TORRES, Amable, *Entidades deportivas sin fines lucrativos, Impuesto sobre Sociedades y Mecenazgo*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2007.
- DELGADO GARCÍA, A.M., R. OLIVER CUELLO, E. QUINTANA FERRER Y A. URQUIZU CAVALLÉ, *Fiscalidad del deporte*, J. M. Bosch Editor, Barcelona, 2008.
- ECHEVERRY VELÁSQUEZ, Sandra Liliana, *El contrato de patrocinio deportivo*, Colección de Derecho Deportivo, Reus, Madrid, 2015.
- ESPARTERO CASADO, Julián (Coordinador), *Introducción al Derecho del deporte*, Colección Derecho Deportivo, Dykinson, Madrid, 2004.
- FERRAND, A., CAMPS, A. Y TORRIGIANI, L., *La gestión del sponsoring deportivo*, Paidotribo, Barcelona, 2006
- FLORES FERNÁNDEZ, Zitlally (Coordinadora), *El Derecho Deportivo desde una perspectiva comparada. Los casos de España, México, Argentina, Cuba, Brasil y Mozambique*, Flores, México, 2015.
- LANDABEREA UNZUETA, Juan Antonio, *El contrato de sponsorización deportiva*, Aranzadi, Pamplona, 1992
- LASARTE ÁLVAREZ, J. RAMOS PRIETO, M. ARRIBAS LEÓN y M. HERMOSÍN ÁLVAREZ, M (Coordinadores), *Deporte y fiscalidad*, Junta de Andalucía/Signatura Ediciones, Sevilla, 2008.
- LORA-TAMAYO VALLVÉ, Martha, *El Derecho deportivo: entre el servicio público y el mercado*, Colección Derecho Deportivo, Dykinson, Madrid, 2003.

- MILLÁN GARRIDO, Antonio (Coordinador), *Cuestiones actuales de Derecho del Deporte*, Colección de Derecho Deportivo, Reus, Madrid, 2015 (414 páginas).
- PACHOT ZAMBRANA, Karel Luis, *El derecho al deporte, la Constitución y las normas de ordenación del deporte en Cuba*, Editorial Universitaria, La Habana, 2008.
- RELEA SARABIA, A., *El régimen jurídico-tributario de las retribuciones de los futbolistas*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2007.
- TEJEDOR BIELSA, Julio César, *Público y Privado en el Deporte*, Bosch, Barcelona, 2003.
- SÁNCHEZ FERNÁNDEZ DE VALDERRAMA, J. L., *Régimen mercantil, laboral, fiscal, contable y económico del fútbol profesional*, Deusto Ediciones, Barcelona, 2008.

Publicaciones periódicas

- MORÓN PÉREZ, Carmen, "La tributación de los deportistas", en *Anales del Derecho*, No. 30 del 2012, pp. 164-195.
- PEDROSA SAINZ, Rosario y SALVADOR INSUA, José Antonio, "El impacto del deporte en la economía. Problemas de medición", en *Revista Asturiana de Economía*, No. 6 de 2003, pp. 61-84.
- POLO MACEIRA, Elena y PÉREZ URQUIZA, Yalenni, "El financiamiento del deporte en Cuba", en *Revista Arrancada*, No. 1, 2005, Servicio de Ediciones del Instituto de Cultura Física Manuel "Piti" Fajardo, Santiago de Cuba.

La responsabilidad penal de las personas jurídicas (con especial referencia a los clubes deportivos) y los programas de cumplimiento*

LIC. EVA CAÑIZARES RIVAS**

DR. JOSÉ LUIS PÉREZ TRIVIÑO***

Sumario

- I. La responsabilidad penal de las personas jurídicas. El caso del Fútbol Club Barcelona (FCB)
- II. Los programas de cumplimiento
- III. Conclusiones
- IV. Referencias bibliográficas

I. La responsabilidad penal de las personas jurídicas. El caso del Fútbol Club Barcelona (FCB)

La maraña de contratos firmados por el club blaugrana para hacerse con los servicios de su delantero NEYMAR ha arrastrado al actual presidente del Fútbol Club Barcelona (FCB), J.M. BARTOMEU, por un supuesto delito contra la Hacienda Pública por impago de retenciones derivadas de

* Publicado en la *Revista Española de Derecho Deportivo*, Editorial Reus, S.A. y Asociación Española de Derecho Deportivo, Madrid, España, No. 36, 2015.

** Abogada experta en Derecho Deportivo, Barcelona, España. eva.canizares@moma27.es

*** Profesor Titular de Filosofía del Derecho, Universidad Pompeu Fabra, Barcelona, España. Presidente de la Asociación Española de Filosofía del Deporte (AEFD). Director de las revistas *Fair Play*, *Revista de Filosofía, Ética y Derecho del Deporte* y *Fútbol y Filosofía*. Investigador de la Red Iberoamericana de Investigadores en Derecho y Gestión del Deporte (reconocida y patrocinada por la Asociación Universitaria Iberoamericana de Posgrado, AUIP, Salamanca, España). jose.perez@upf.edu

los pagos de tres contratos del jugador, correspondientes al período de 2014, por el que también ha sido imputado el FCB como persona jurídica. En este procedimiento ya estaban imputados el expresidente Sandro ROSELL y el propio FCB por otros delitos fiscales.

Pues bien, aunque en principio todas las miras se han puesto más en la imputación de presidente y expresidente, y en si ha sido precipitada o no la imputación a BARTOMEU, lo cierto es que la noticia más relevante es la imputación del FCB como persona jurídica. Y es que hasta ahora no era habitual este tipo de imputaciones al ser excepcional la imputación de personas jurídicas. Muchas son las preguntas que surgen de esta figura tan atípica: ¿puede una persona jurídica cometer delitos? ¿en qué consiste esto de la imputación de personas jurídicas? ¿qué consecuencias se pueden derivar para aquélla? Recordemos que la responsabilidad penal de las personas jurídicas fue regulada por primera vez en la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, de modificación del Código Penal (en adelante CP), que supuso la derogación del principio *societas delinquere non postest*. De este modo, quedaba establecido en el artículo 31 bis del CP la responsabilidad penal de las personas jurídicas por los delitos cometidos por sus representantes legales y administradores, o por las personas sometidas a la autoridad de éstos, cuando no se ha ejercido sobre ellas el debido control, siempre y cuando el delito se cometiera en nombre de la persona jurídica y en provecho de ésta. Eso sí, esta responsabilidad penal de las empresas solo se prevé respecto de algunos delitos, entre los que se encuentra el delito de fraude contra la Hacienda Pública por el que se imputa al FCB.

Como vemos, las personas jurídicas son los sujetos responsables de este tipo de responsabilidad. Pero ¿qué ha de entenderse por persona jurídica? Porque no puede restringirse al concepto de sociedad, ya que también se entienden incluidas asociaciones y fundaciones. Más allá de esto no podemos extender el concepto en aras a evitar la inseguridad jurídica que pudiera conllevar su indeterminación.

Dicho esto, tenemos que los rasgos principales del régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas son:

- que se cometa un delito;
- que del mismo se beneficie la persona jurídica;
- que el delito se haya cometido por el representante legal, o por el administrador de hecho o derecho, o por empleados sometidos a autoridad de aquellos, por falta del debido control; y
- no cualquier delito (catálogo de delitos: sistema de *numerus clausus*).

Pero ¿qué se le puede imputar a una persona jurídica? Porque haber realizado el hecho delictivo, evidentemente, no. Pues bien, el reproche penal que puede hacersele es que haya un defecto grave en su organización del que debe responder, bien por no haber elegido adecuadamente a sus directivos (*culpa in eligendo*), bien por no disponer de mecanismos de control que eviten que el personal pueda cometer delitos (*culpa in vigilando*), y siempre que los delitos se cometan en nombre, por cuenta y en provecho de la empresa. De esta manera, haciendo responsable a la persona jurídica de los hechos realizados por sus dirigentes y/o empleados, se aumenta la eficacia del Derecho Penal ya que la organización procurará adoptar las medidas que impidan la comisión de hechos delictivos por parte de aquéllos y entenderá que preocuparse por la prevención de hechos delictivos también forma parte de la gestión de la entidad.

Es decir, nuestro CP establece un sistema mixto de responsabilidad penal de las personas jurídicas, con un modelo de imputación directa de responsabilidad a la empresa por las conductas de sus directivos, y otro modelo de responsabilidad por defecto organizativo derivada de conductas de sus empleados.

Existen unos elementos comunes a ambos modelos, como son:

- existencia de un delito cometido y fases previas a su consumación. Los actos preparatorios son punibles dependiendo del delito (por ejemplo, en el caso del blanqueo de capitales, sí);
- existencia de un delito cometido y autoría/participación. Responde también la persona jurídica cuando la responsabilidad de la persona física no es a título de autoría sino de participación (inducción, cooperación necesaria y complicidad). Pero siempre y cuando haya existido un defecto de organización (imputación subjetiva); y
- delito en beneficio de la persona jurídica. Que la persona física actúe en provecho de la persona jurídica aunque éste no sea su único ni principal objetivo (por ejemplo, conseguir unos *bonus*).

Con la responsabilidad penal de las personas jurídicas se ha introducido en nuestro Derecho penal un sistema paralelo al de las personas físicas en el que no rige la regla conforme a la que la forma de comisión típica del delito por defecto es la dolosa y sólo cabe la imprudente cuando así venga expresamente dispuesto. Por tanto, en este sistema la noción clave es la del defecto de organización de la persona jurídica, y la imputación subjetiva de los concretos sujetos que la administran solo serviría como criterio de graduación de la pena correspondiente. Es decir, en el sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas no se prevén penas diferentes para la comisión dolosa o imprudente del delito.

Otro aspecto a destacar de este sistema es el de que el comportamiento de la persona jurídica es independiente del de la persona física, en el sentido de que las circunstancias que afectan a la culpabilidad del sujeto que hace responder a la persona jurídica no excluyen ni modifican la responsabilidad de la persona jurídica. Es más, la falta de culpabilidad de la persona física es compatible con el defecto de organización de la persona jurídica que la hace responsable penalmente.

Dicho esto, ¿qué consecuencias jurídicas pueden derivarse de la imputación para la persona jurídica, trasladando lo expuesto al caso concreto del FCB? Pues bien, en el caso de resultar condenado el club, podrán imponérsele las sanciones previstas en el artículo 310 bis del CP que establece diferentes multas dependiendo de la pena prevista para el delito cometido por la persona física (los Presidentes), así como, opcionalmente, podrá imponérsele cualquiera de las penas interdictivas que se contemplan como la pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones o ayudas públicas y beneficios o incentivos fiscales o de seguridad social durante un período de tiempo, o la prohibición para contratar con las Administraciones Públicas. De este modo, con la aplicación de estas sanciones, también se compensaría la ventaja anticompetitiva que el Club hubiera obtenido mediante la comisión de la infracción (la cantidad de impuestos evadida).

Llegados a este punto, la siguiente cuestión es cómo puede atenuarse la pena o eximirse una persona jurídica de los delitos cometidos por sus dirigentes y/o empleados. Pues bien, el artículo 31 bis establece como atenuantes de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, las siguientes:

- la confesión de la infracción ante las autoridades antes de conocer que el proceso se dirige contra ella;
- colaboración en la investigación aportando pruebas nuevas y decisivas;
- reparación o disminución del daño del delito antes del juicio oral; y
- establecimiento de Programas de Cumplimiento (*Compliance Guides* o *Compliance Programs*) (en lo adelante, PC), antes del inicio del juicio oral.

Por otro lado, en el CP no se prevén agravantes específicas para las personas jurídicas y se guarda silencio sobre las agravantes genéricas. Por tanto, como no las prohíbe expresamente, en ausencia de declaración en contrario procede aplicarlas al tratarse de aplicación general.

En cuanto a la exención de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, actualmente no está contemplada legalmente. Esta exención pasará,

a la luz de la próxima reforma del CP, porque las mismas establezcan PC, con carácter previo al delito (no posterior como hasta ahora) destinados a la prevención de la comisión de delitos, y por la efectiva aplicación de los mismos. Por tanto, el eje clave sobre el que valorar la diligencia de las empresas en la aplicación de las normas penales es el concepto de “debido control” del artículo 31 bis del CP, es decir, que las medidas de prevención y detección de delitos no se queden únicamente en el detalle de manuales escritos, sino que habrá de probarse el debido control sobre la aplicación de los mismos, y que las personas físicas que hayan cometido el delito lo han hecho eludiendo fraudulentamente los modelos de organización y prevención previstos en los referidos programas de cumplimiento.

De esta manera, la eximente, junto con las atenuantes existentes, dotará a las empresas de la seguridad jurídica necesaria para que puedan gestionar eficazmente tanto su sistema de prevención de riesgos penales como una eventual estrategia posterior de defensa corporativa. La reforma, en este sentido, permite ver oportunidades de mejor gobierno corporativo para las personas jurídicas, con un doble alcance positivo: por un lado, evitan responsabilidad penal frente a terceros y por otro lado, evitan ser víctimas de fraudes penales en el interior de la propia organización.

No obstante, y volviendo al FCB, dado que los hechos presuntamente delictivos se cometieron en los años 2013 y 2014, es decir, bajo la actual redacción del artículo 31 bis del CP, éste no prevé, como ya hemos referido, eximente alguna de responsabilidad para la persona jurídica, tan solo un sistema de atenuantes, entre las cuales destaca, como hemos visto, la adopción de PC *post* delictuales por parte de la persona jurídica. Ante tal tesis, una eventual estrategia de defensa del FCB pudiera encaminarse hacia el establecimiento *post* delito de un PC, pues parece que no existía el mismo en el seno de la entidad cuando se cometieron los hechos presuntamente delictivos. Unido a ello, juega también un papel importante, en este caso, la atenuante de reparación del daño, que ya ha realizado el FCB con el ingreso de la cuota presuntamente defraudada y, probablemente, también pueda conjugarse con las anteriores la atenuante de colaboración, si la entidad hubiera presentado pruebas que pudieran ser decisivas para la investigación de los hechos. De esta forma, con el juego conjunto de dichas atenuantes, bien articuladas y defendidas procesalmente, pudiera entrar en juego una reducción importante de la pena a imponer al FCB, dada la importancia que el actual CP confiere al sistema de atenuantes, máxime al existir una gran laguna penal en esta materia al no contemplarse, insisto, por ahora, eximente alguna configurada legalmente, esperando que llegue la reforma del CP en este sentido a través del establecimiento expreso de la eximente de responsabilidad derivada

de la existencia previa al delito de dichos PC, pues, incomprensiblemente, a la luz de la regulación actual, el hecho de tener dichos PC con anterioridad a la comisión de la actividad delictiva conlleva la misma atenuante que si se hubieran implantado en el club con posterioridad al delito.

En definitiva, en España hemos pasado del modelo tradicional de responsabilidad por hecho ajeno al de responsabilidad por hecho propio (por lo que la propia persona jurídica ha hecho). Lo cual no deja de ser un sistema muy efectivo si pensamos en el gran impacto que normalmente tiene sobre la cotización de las acciones de una sociedad el inicio de un procedimiento penal contra la misma, la reprochabilidad que conlleva esta circunstancia, de modo que, el legislador, al hacer responsable a la persona jurídica de los hechos realizados por sus dirigentes y/o empleados, aumenta la eficacia del Derecho penal al lograr que la empresa adopte aquellas medidas que prevengan y eviten la comisión de hechos delictivos por parte de aquéllos, haciendo ver a la persona jurídica que preocuparse por la prevención de hechos delictivos también forma parte de su gestión.

El caso NEYMAR abre los ojos a los clubes de fútbol con respecto a la importancia de tener previstos estos instrumentos preventivos, de intensa relevancia en el ámbito penal, tendentes a evitar determinados riesgos en la gestión interna de los mismos, que pudieran derivar en cuantiosas multas así como, y no menos importante, a prevenir el daño que ese castigo penal pudiera conllevar sobre la imagen y el nombre del propio club.

II. Los programas de cumplimiento

A. Introducción

El tema de moda en el mundo del Derecho penal, pero no solo, en este ámbito jurídico es de los PC (*Compliance Programs* o *Compliances Guides*) y la figura que lleva asociada que es el Oficial de Cumplimiento (*Compliance Officer*).¹

¹ ROBLES, R., "El responsable de cumplimiento ("Compliance Officer") ante el Derecho Penal", en KUHLEN, L., MONTIEL, J.P., ORTIZ DE URBINA, I., *Compliance y teoría del Derecho Penal*, Marcial Pons, Madrid, 2013, p. 319.

A pesar de la vaguedad del término “cumplimiento”,² se pueden entender como las medidas mediante las cuales las empresas pretenden asegurarse de que sean cumplidas las reglas vigentes para ella y su personal, es decir, que las infracciones se descubran y que eventualmente se sancionen internamente.³ En un sentido algo más amplio, el propósito de los PC es prevenir, detectar y sancionar irregularidades dentro de la empresa, a través de un programa de medidas que en última instancia puede incorporar la imposición de sanciones penales o administrativas a las personas jurídicas como forma de motivar a sus directivos para que establezcan mecanismos de debido control eficaces.

Como es bien conocido, la fama de estos PC en nuestro contexto arranca de que el artículo 31 bis del CP, que establece la responsabilidad penal de las personas jurídicas, señala que la existencia de un PC puede rebajar la eventual condena. Por lo tanto, la posible condena del FCB por el fichaje de NEYMAR podría haberse visto disminuida en el caso de contar el club con uno de estos programas. Teniendo en cuenta que el artículo citado es de 2010 parece claro que tiempo para ello los clubes de fútbol han tenido. Y en concreto, al FCB mejor le hubiera ido si en lugar de publicar un código ético (que posteriormente examinaremos) se hubiera tomado la molestia de diseñar un PC, que le hubiera permitido distanciarse de los delitos cometidos por sus administradores.

B. ¿Por qué constituyen una novedad?

1. por su vinculación, no necesaria, pero efectiva con la responsabilidad penal de las personas jurídicas con todo lo que supone con la ruptura con el principio clásico del Derecho Penal de que las personas jurídicas, *delinquere non potest*. Implican por ello, la introducción de un mecanismo típico de los derechos anglosajones en nuestra cultura jurídica, en los que las *compliances* son vistas “como estrategia para motivar a sus gestores para que adopten medidas de organización interna que garanticen el respeto a la legalidad”.⁴

² NIETO, A., “Problemas fundamentales del Compliance normativo en el Derecho penal”, *ibidem*, p. 23.

³ KUHLEN, L., “Cuestiones fundamentales de Compliance y Derecho Penal”, *ibidem*, p. 51.

⁴ Cfr. NIETO, *op. cit.*, p. 12.

2. por lo que supone de dejación de funciones clásicas del Estado (a través del Derecho penal) cediéndolas a las propias empresas. Constituyen “una extraña hibridación de público y privado, de Estado y de mundo corporativo. Las normas que se plasman en las políticas de empresa (corrupción, competencia, reglamentos internos en el ámbito de mercado de valores) son doblemente mixtas en su contenido, público-privado”.⁵ Es decir, se pasa de un sistema de heterorregulación a otro de autorregulación.

C. ¿De dónde surgen?

Como bien expone NIETO,⁶ los PC son fruto de una diversidad de instrumentos previos que se habían ido desarrollando en el ámbito empresarial con el objeto de mejorar la calidad ética de las compañías, así como evitar la comisión de infracciones. Dicho autor señala los siguientes “afluentes” que finalmente confluyen en los PC.

1. Los ámbitos como la prevención de riesgos laborales, la protección de datos, el blanqueo de capitales o el abuso de mercado, el mercado de valores, etc.

Estas normativas imponen a las empresas la obligación de adoptar controles internos con el fin de prevenir determinadas infracciones normativas. Todas estas normas proceden de lo que se ha dado en llamar autorregulación regulada,⁷ imponen a las empresas nombrar un responsable para la administración del riesgo, establecer un sistema de documentación, análisis de riesgos, establecer normas de conducta. Estas regulaciones sectoriales pueden “aportar parámetros útiles para construir un modelo de prevención corporativa de delitos con eficacia jurídica”.⁸

⁵ Cfr. *ibídem*, p. 13.

⁶ Cfr. *ibídem*, pp. 10 y ss.

⁷ COCA, I., “¿Programas de cumplimiento como forma de autorregulación regulada?”, en MONTANER, R. Y SILVA, J., *Criminalidad de empresa y Compliance. Prevención y reacciones corporativas*, Atelier, Barcelona, 2013, p. 45.

⁸ CLEMENTE CASAS, I. Y ÁLVAREZ FEIJOO, M., “¿Sirve de algo un programa de Compliance Penal? ¿Y qué forma le doy? (Responsabilidad penal de la persona jurídica en la LO 5/2010: Incertidumbres y llamado por la seguridad jurídica)”, en *Actualidad jurídica Uría Menéndez*, No. 28, 2011, p. 43.

2. El gobierno corporativo.

Representa un principio de carácter constitucional dentro de la empresa. Su idea es luchar contra el abuso de poder dentro de las corporaciones, de forma que haya un control de los *shareholders* y *stakeholders* sobre los gobernantes-administradores. En este contexto parece necesario para controlar a los administradores y que no cometan infracciones que haya un órgano independiente del poder empresarial para que así el control sobre la cúpula resulte creíble.

3. Los códigos éticos.

Suelen existir en las grandes empresas y donde se recoge su compromiso de lucha contra la corrupción, la condena de prácticas restrictivas de la competencia, la protección de datos, etc. Así la ética de la empresa se ha convertido en el ámbito internacional en una especie de *soft law*, y de ahí que haya surgido órganos como *Ethical Boards* y cargos como *ethics officer*, con funciones parecidas a los *compliance officer* que analizaremos posteriormente. En los últimos años, los códigos éticos han dejado de ser declaraciones programáticas y tiene carácter obligatorio con imposición de sanciones disciplinarias.⁹

4. La responsabilidad social corporativa.

La auditoría interna, cuya función es detectar el fraude interno cometido por los empleados y directivos contra la empresa. Los sistemas de cumplimiento son solo un conjunto de buenas intenciones si no van acompañados de procedimientos internos y normas de control que aseguren su efectivo cumplimiento. Un sistema eficaz de control interno descansa en pilares fundamentales para los sistemas de cumplimiento como: a) el análisis de riesgos; b) el ambiente de control, c) las actividades de control (políticas y procedimientos internos).

Estas tres actividades son básicas para construir un sistema eficaz de prevención y detección de hechos delictivos.

5. La certificación de estándares de calidad (normas ISO, UNE, DIN, etc.).

Aportan una definición de responsabilidades, tareas y funciones dentro de las organizaciones con el fin de cumplir los más diversos objetivos, pre-

⁹ Cfr. NIETO, *op. cit.*, p. 24.

vención de riesgos medioambientales, laborales, políticas de seguridad o incluso criterios de responsabilidad social corporativa.

D. ¿Qué implican para las empresas?

Resumiendo mucho, para las empresas la aparición de los PC supone básicamente dos cosas. En primer lugar, mejorar la gobernanza de la empresa: evitación de riesgos, comportamiento ético, cumplimiento estándares jurídicos, etc. Es decir, con ellos la empresa pretende ser una organización virtuosa, además de eficiente.

En segundo lugar, respecto de las sanciones penales por infracciones, en unos casos implican una atenuación de aquellas, en otras, una eximente. Como veremos posteriormente, en el caso español y a tenor del 31 *bis*, una atenuación y según la posible reforma del CP, sería una eximente. Para evitar la sanción sobre la empresa, ésta deberá probar que posee un PC, que se ha ejercido un debido control para la evitación de los delitos, y que las personas físicas que hayan podido cometer el delito lo han hecho eludiendo fraudulentamente los modelos de organización y prevención previstos en los PC.

E. ¿De qué se compone la cultura del cumplimiento?

Se compone básicamente de las medidas incluidas en los PC y de la creación de una nueva figura, el oficial de cumplimiento.

1. Los programas de cumplimiento.

Constituyen el eje central de la exigencia del cumplimiento de la empresa. Al respecto hay varias discusiones. Una de ellas versa, sobre si deben girar en torno a un modelo basado en la vigilancia o uno basado en la ética. Según el primero, se debe incidir en medidas de control como el acceso a correos electrónicos, registro de llamadas telefónicas, video-vigilancia etc. Según el segundo, la prevención tiene lugar a partir del desarrollo de un clima de respeto a la legalidad y valores éticos en la empresa a través de la formación. Aunque hay medidas de control, lo esencial es el código ético.

Más allá de la discusión esencialista sobre estos modelo, los PC constituyen el conjunto de medidas que la empresa debe adoptar para contar con una organización virtuosa y no ser responsable penalmente o ver rebajada su sanción en el caso en el que alguno de sus empleados (administradores, directivos, trabajadores etc.) realice un delito en el desempeño de sus funciones. Es esta caracterización la que está teniendo más aceptación, lo cual significa que la responsabilidad penal se fundamente

en un defecto de organización propio, en especial la falta de un debido control¹⁰. Este concepto se convierte en la clave para contrastar si un PC es efectivo y merecedor de la atenuación o exoneración de la sanción penal.

Por otro lado, un PC debe estar diseñado para que la empresa pueda acreditar la efectiva ejecución de éste. Es decir, no puede quedarse en un mero maquillaje o programa cosmético para evitar la sanción. Como se verá más adelante, la indefinición del artículo 31 bis del CP sobre esta cuestión parece solventarse con el ARCP donde se indican algunos parámetros que debe contener un PC efectivo.

En algunos casos, la acreditación será en alguna medida documental (protocolos, manuales, hojas de formación, registros, etc.), pero esos documentos no pueden constituir en sí mismos el programa de prevención, sino una prueba más de su existencia. Como se suele señalar "la *compliance* penal no puede ser de papel, no puede ser un producto fungible, intercambiable, válido para cualquier empresa y situación, desconectado del caso concreto y resuelto en un simple protocolo por escrito. Debe acreditarse el compromiso efectivo de la compañía y sus órganos de dirección en la instauración de una política real, tangible, adecuada al caso concreto, de cumplimiento en todos los ámbitos y niveles de la entidad".¹¹

La prevención se basa en la vigilancia, cuyo contenido nuclear se estructura en varios apartados: a) análisis de riesgos; b) ambiente de control; c) sistema disciplinario; d) canal de denuncia; e) supervisión, seguimiento y actualización de la actividad preventiva.

a) El análisis de riesgos.

La evaluación de riesgos penales, ya sea internamente o por medio de un evaluador externo, del que derive un Plan de Actuación para la Neutralización de Riesgos Penales propios de la actividad de la sociedad. Por ejemplo en el caso del riesgo de corrupción derivado de las actividades propias del negocio, sería recomendable la confección de un manual de los supuestos más comunes, el cual fuera de obligatorio conocimiento y cumplimiento por todos los empleados de la empresa. Por otro lado,

¹⁰ LASCURAÍN, J.A., "Compliance, debido control y unos refrescos", en GÓMEZ COLOMER, J.L., ARROYO, L., NIETO, A., *EL DERECHO PENAL ECONÓMICO EN LA ERA COMPLIANCE*, TIRANT LO BLANCH, VALENCIA, 2013, P. 113.

¹¹ CLEMENTE CASAS y ÁLVAREZ FEIJOO, *op. cit.*, p. 44.

sería idónea la introducción de cláusulas contractuales laborales y de alta dirección que excluyan expresamente este tipo de conductas sancionándolas con el fin de la relación laboral.

b) Los programas de formación.

Puede incluir la formación de administradores y empleados. Este aspecto tendrá especial importancia en la prevención de los delitos y posiblemente sea algo valorado positivamente por los órganos de enjuiciamiento que tengan la función de establecer la eficacia de los PC. Así sucede con los programas de prevención de riesgos laborales.

c) Las investigaciones internas.

Otro aspecto del ambiente de control es la posibilidad de realizar investigaciones realizadas o encargadas por la propia empresa. Tales investigaciones pretenden la averiguación de hechos ya sucedidos ya sea a nivel interno por órganos de la propia empresa o por personal externo (investigadores privados, compañías de inteligencia, etc.). El problema de estas investigaciones es que podría afectar a las garantías que el investigado tendría en el marco de un procedimiento de investigación interna: presunción de inocencia, asistencia letrada, derecho a no declarar en su contra, etc.).¹²

d) El sistema de infracciones y de sanciones.

La efectividad de las medidas concretas de prevención de riesgos penales tendrá una especial conexión con el establecimiento de sistemas de refuerzo negativo,¹³ esto es, catálogos de infracciones y sanciones internas ligadas al incumplimiento de las medidas de prevención. Un buen sistema disciplinario será una muestra clara de la actitud de la empresa en no permitir las conductas ilícitas.

No obstante, en otros países se están adoptando sistemas mixtos que combinen las sanciones negativas con las positivas, esto es, premios para los empleados que acrediten un elevado grado de cumplimiento de las

¹² GÓMEZ, V., "Compliance y derechos de los trabajadores" en GÓMEZ COLOMER, ARROYO y NIETO, *op. cit.*, p. 131.

¹³ CLEMENTE CASAS y ÁLVAREZ FEIJOO, *op. cit.*, p. 46.

obligaciones de prevención penal.¹⁴ En todo caso, tal sistema de sanciones debe satisfacer los criterios garantistas del derecho sancionador, fijando entre otras cosas, los derechos y obligaciones de los empleados en las investigaciones internas y los elementos esenciales del proceso de investigación.

e) El canal de denuncias.

Este componente de los PC es crucial, ya que garantiza que la información acerca de las posibles infracciones vaya desde la base hasta la cúspide. En este sentido, un procedimiento que deberá ponderarse es la aceptación de las denuncias anónimas (*whistleblowing*),¹⁵ que aunque tienen mayor arraigo en otros sistemas jurídicos (especialmente anglosajones) su incorporación en los futuros PC puede ser valorado positivamente como síntoma de eficacia de la prevención corporativa. En este sentido, si tal canal de denuncias en lugar de estar vinculado a los directivos de la empresa se externaliza, entonces puede ganar en eficacia y credibilidad.

f) Supervisión, seguimiento y actualización de la actividad preventiva.

Los procedimientos de supervisión, seguimiento y actualización serán síntomas de que estos PC no son estáticos sino que se irán modificando y adaptando a las nuevas circunstancias sobrevenidas. Esta supervisión será una de las tareas centrales del oficial de cumplimiento que debería cristalizar en un sistema de flujo de información periódico hacia el órgano de administración. Tal periodicidad podría variar según el tamaño de la empresa o su objeto socio-económico. Por otro lado, la reevaluación del programa exigiría la intervención de un experto externo e independiente.

En definitiva, un PC no puede ser solo un documento sino todo un entramado de medidas que hagan eficaz el debido control y la evitación de los delitos en el día a día de la empresa. Así, entonces, un PC puede fallar por varias causas y convertirse en un instrumento ineficaz respecto del fin por el que fue creado.¹⁶

¹⁴ *Ibidem*, p. 47

¹⁵ RAGUÉS, R., "Los procedimientos internos de denuncia como medida de prevención de delitos de empresa", en KUHLEN, MONTIEL y ORTIZ DE URBINA, *op. cit.*, p. 163.

¹⁶ Un ejemplo de esto se produjo en las sentencias judiciales que juzgaron el programa de cumplimiento de Siemens AG en el caso con el mismo nombre por un asunto de

2. Los vigilantes.¹⁷

Tal órgano o sujeto asume tareas propias del deber de control de los focos de peligro derivados de la actividad empresarial así como los deberes de supervisión y vigilancia de la actividad de otros (administradores y empleados).

Una de las principales controversias que giran en torno a esta figura central de los PC es si las empresas deben incorporarlos dentro de la estructura de la empresa o si sería mejor externalizar sus funciones en una instancia externa. Quizá no haya una respuesta definitiva y generalizada para todas las empresas, pues quizá sea más idóneo encontrar soluciones particulares según el tamaño o el objeto al que se dediquen. En todo caso, hay dos argumentos a favor de la incorporación dentro de la empresa: a) la inmediatez y contacto con la fuente de riesgo; b) el mayor conocimiento de la organización empresarial desde dentro, lo cual le otorga más facilidad para gestionar y entender el problema o riesgo, así como la forma de solución.

corrupción internacional y es que aquel fallaban en varios aspectos: a) el *modus operandi* de la conducta delictiva: en la cadena de distribución siempre participaba una tercera parte que impedía el control y la individualización de la fuente de pago corrupto; b) la reincidencia del comportamiento delictivo, es decir, la reiteración de los pagos ilegales y de las comisiones; c) la existencia previa de fondos disponibles usados con fines delictivos que desembocan en la ineffectividad del PC no solo porque los órganos encargados de verificar la aplicación del derecho no hicieron nada cuando el delito fue detectado, sino también porque el *modus operandi* del comportamiento delictivo se reforzaban mediante la creación de dinero negro; d) la falta de modificación del programa de cumplimiento una vez detectado el delito; e) la no imposición de sanciones por parte de la empresa. *Vid.* MUÑOZ DE MORALES, Marta, "Programas de cumplimiento "efectivos" en la experiencia comparada", en GÓMEZ COLOMER, ARROYO y NIETO, *op. cit.*, p. 218.

¹⁷ Esta figura ya estaba implantada en el ordenamiento jurídico español por vía de algunas regulaciones sectoriales. El art. 28 del RD 217/2008, de 15 de febrero sobre el régimen jurídico de las empresas de servicios de inversión, regula los deberes relativos a la prevención de conductas ilícitas bajo el epígrafe "Función de cumplimiento normativo", fijando el nombramiento de un "responsable de cumplimiento". También el art. 26 de la Ley 10/2010 de Prevención del blanqueo de capitales imputa funciones preventivas al "órgano de control interno" de la empresa. *Vid.* DOPICO, J., "Posición de garante del *compliance officer* por infracción del 'deber de control': una aproximación tópica", en GÓMEZ COLOMER, ARROYO y NIETO, *op. cit.*, p. 166.

En cambio, abona la tesis de un órgano externo la imparcialidad y el no estar influenciado o presionado por los órganos de administración y que acabe convirtiéndose en un chivo expiatorio de la responsabilidad de la dirección empresarial.¹⁸

Otra cuestión que pivota en torno a los vigilantes es su grado de responsabilidad.¹⁹ La cuestión central es si pesa sobre ellos un deber de garantía que les responsabilizaría, ya sea como autores o como cómplices de la no evitación de determinados delitos.²⁰

Responder a esta cuestión no resulta fácil dado que la configuración de estos vigilantes (sus competencias y obligaciones) puede ser muy diferente según cada caso (en una empresa puede tener funciones ejecutivas y en otra empresa funciones de coordinación; en una puede tener deberes de supervisión activa y en otra de supervisión reactiva; puede ser un órgano unipersonal o colegiado, etc.). En todo caso, parece que se opta por una atribución de funciones supervisoras pasivas, por lo que sus obligaciones de garante solo le imponen actuar cuando existen indicios de una conducta irregular. Así entonces, los riesgos penales ligados a esta figura surgirían en dos circunstancias principales:

- cuando silencie u omita irregularidades de las que tenga noticia; es decir, que su omisión determine (tolere, posibilite o favorezca) la comisión de un delito; y
- por una deficiente implantación del PC.

¹⁸ Cfr. NIETO, *op. cit.*, p. 28.

¹⁹ No analizo aquí la responsabilidad que correspondería al empresario, quien como organizador de la actividad empresarial y receptor de los beneficios empresariales tiene el deber de velar por la actividad de la empresa. Tales deberes están recogidos en diversas normas penales. El punto que puede ser discutido es si quien omite impedir el delito debe responder como autor como participe por omisión. (DOPICO, *op. cit.*, p. 171). En cualquier caso, la existencia de un sistema interno de prevención de delitos operativo y efectivo es valorada jurídicamente como prueba de que el empresario ha cumplido con sus deberes de control y vigilancia.

²⁰ Cfr. NIETO, *op. cit.*, p. 28.

F. ¿Qué problemas?

1. El problema de la credibilidad.

El establecimiento de un PC en una empresa no implica necesariamente una intención de implantar un efectivo sistema de controles que aseguren una cultura de respeto a la legalidad. Los administradores pueden sentirse tentados de implantar PC que sean meras formulaciones programáticas para embaucar a los futuros controladores. Dicho de otra manera, pueden fijar estos PC simplemente como un mecanismo de seguro anti-multas que podrían presentar ante los fiscales y agencias administrativas en caso de que se produjera un delito con el objeto de persuadirlos de que han adoptado todas las medidas pertinentes e idóneas para su evitación. Esta suele ser la queja de los fiscales y agencias administrativas²¹. Así se refleja en la Circular de la fiscalía española sobre la RPPJ.

2. La falta de seguridad jurídica.

Una de las principales objeciones de las empresas es el desconocimiento en el que se mueven respecto de las exigencias del debido control. El legislador apenas ofrece indicaciones del nivel de exigencia ni de los elementos que este debe contener. Ni siquiera en los países (EE.UU., Italia) donde se han dado indicaciones acerca de los contenidos de los PC existe certeza acerca del grado de exigencia judicial.

3. La privatización de una función pública: el control de la criminalidad.

La delegación de funciones de control del Estado hacia las empresas exigiéndoles que no solo prevengan infracciones sino que también las investiguen tiene ciertas ventajas, como se ha señalado antes, pero también supone varios problemas: 1) se obliga a las empresas a financiar de su bolsillo los costes que supone para el Estado la criminalidad de la empresa; 2) aumentan los poderes de control de la empresa sobre sus empleados.²²

4. El efecto sobre los derechos de los trabajadores.

Tanto las investigaciones internas como el canal de denuncias es posible que se produzca una tensión entre el derecho de la empresa por conocer

²¹ Cfr. *ibidem*, p. 23.

²² Cfr. *ibidem*, p. 24.

y, eventualmente, denunciar y evitar la comisión de delitos por parte de sus integrantes, por un lado, y por otro lado, algunos derechos fundamentales de los trabajadores, en especial, el derecho a la intimidad y al secreto de las comunicaciones.²³

G. Respuestas a los problemas: la reforma del CP de 2015

Los defectos del artículo 31 bis del CP que principalmente se han destacado en su aplicación práctica respecto a los PC son básicamente dos. En primer lugar, que a diferencia de lo que ha ocurrido en otros países, no ha incentivado ni ha recompensado los esfuerzos que realizan las empresas para prevenir que se lleven a cabo actos delictivos. En segundo lugar, la propia redacción del artículo así como la poca articulación que se ofrecía de los PC generaban inseguridad jurídica por parte de las empresas. De ahí, que el resultado de ambas circunstancias haya sido que pocas empresas se hayan dotado de mecanismos preventivos de vigilancia y control. Y podríamos añadir otro defecto y es que injustificadamente, y a tenor de la regulación actual, el hecho de tener dichos PC con anterioridad a la comisión de la actividad delictiva conlleva la misma atenuante que si se hubieran implantado en el club con posterioridad al delito.

El legislador ha sido consciente de estos problemas y en el nuevo CP (Ley Orgánica 1/2015, de 30 de Marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de Noviembre, del CP) señala que se introduce una:

“nueva regulación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, con la finalidad de delimitar adecuadamente el contenido del «debido control», cuyo quebrantamiento permite fundamentar su responsabilidad penal.

Con ello se pone fin a las dudas interpretativas que había planteado la anterior regulación, que desde algunos sectores había sido interpretada como un régimen de responsabilidad vicarial, y se asumen ciertas recomendaciones que en ese sentido habían sido realizadas por algunas organizaciones internacionales. En todo caso, el alcance de las obligaciones que conlleva ese deber de control se condiciona, de modo general, a las dimensiones de la persona jurídica.

²³ Cfr. GÓMEZ, *op. cit.*, p. 127.

Asimismo, se extiende el régimen de responsabilidad penal a las sociedades mercantiles estatales que ejecuten políticas públicas o presten servicios de interés económico general, a las que se podrán imponer las sanciones actualmente previstas en las letras a) y g) del apartado 7 del artículo 33 del Código Penal”.

La nueva regulación del CP del 2015 ofrece varias ventajas respecto al tenor literal del 31 *bis*, el cual viene a dar un paso más en el asentamiento de la cultura del cumplimiento. Así, los aspectos más novedosos son:

- mejora técnicamente la regulación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas;
- delimita con precisión el contenido del “debido control” como fundamento principal de la responsabilidad penal; e
- intenta acabar con algunas de las dudas interpretativas en torno al régimen de la responsabilidad vicarial u objetiva que parecía introducir dicha reforma.

Pero siendo más concretos, el aspecto novedoso y relevante que aporta el nuevo tenor del artículo 31 *bis* es que otorga a los PC de valor de eximentes de la responsabilidad penal derivada de la comisión de delitos cometidos en nombre y en provecho de la empresa, ya hayan sido cometidos por sus apoderados y administradores como por sus empleados.

Ahora bien, la exención de responsabilidad penal exige probar varios puntos:

- que el órgano de administración ha adoptado (y ejecutado) con eficacia antes de la comisión del delito medidas de vigilancia y control idóneas para prevenir la comisión del delito o reducir de forma significativa el riesgo de su comisión;
- que la supervisión del funcionamiento y del cumplimiento del modelo de prevención se ha confiado a un órgano con poderes autónomos de iniciativa y control;
- que los autores individuales hayan cometido el delito eludiendo fraudulentamente los modelos de prevención; y
- que no se ha producido una omisión o un ejercicio insuficiente de sus funciones de vigilancia y control por parte del órgano encargado de la prevención.

En cuanto al PC que se exige para ser exonerado de la responsabilidad penal, el nuevo artículo requiere que las empresas cuenten con un departamento de cumplimiento independiente y con suficientes recursos para gestionar el sistema de prevención.

Respecto a las circunstancias modificativas de la RPPJ, el legislador ha establecido un sistema tasado propio e independiente de atenuantes (artículo 31.4 del CP), a saber: (i) la confesión de la infracción antes de conocer que el procedimiento judicial se dirige contra la persona jurídica; (ii) la colaboración con la investigación aportando pruebas, en cualquier momento del proceso, que fueran nuevas y decisivas para esclarecer las responsabilidades penales dimanantes de los hechos; (iii) la reparación o disminución del daño causado por el delito con anterioridad al juicio oral y (iv) el establecimiento de medidas eficaces para prevenir y descubrir delitos en el futuro.

Ahora bien, no se exige tal departamento nada más que para las grandes empresas. Según el apartado 5 del artículo 31 *bis*, quedarán exoneradas las empresas de pequeña dimensión dado el coste económico que ello les puede suponer. Se entiende por tales empresas aquellas que están autorizadas o presentan cuentas de pérdidas y ganancias abreviadas. Pero esto no exime de las tareas de supervisión que deberán ser realizadas por el órgano de la administración.

Para que los PC tengan valor exculpatorios, deberán cumplir con una serie de requisitos:

- identificación de las actividades en cuyo ámbito puedan ser cometidos los delitos que deben ser cometidos (análisis de riesgos penales);
- establecerán los protocolos y procedimientos que concreten el proceso de formación de la voluntad de la persona jurídica, de adopción de decisiones y de ejecución de las mismas con relación a aquellas;
- dispondrán de modelos de gestión de los recursos financieros adecuados para impedir la comisión de delitos que deban ser prevenidos;
- impondrán la obligación de informar de posibles riesgos e incumplimientos al organismo encargado de vigilar el funcionamiento y observancia del modelo de prevención. Aquí se señala que un componente central del PC será el canal de denuncia, del cual deberá encargarse el departamento de cumplimiento; y
- establecerán un sistema disciplinario que sancione adecuadamente el incumplimiento de las medidas que establezca el programa.

Respecto a la atenuación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas se establece que deberá haberse realizado, con posterioridad a la comisión del delito las siguientes actividades (nuevo artículo 32 *quater*):

- haber procedido, antes de conocer que el procedimiento judicial se dirige contra ella, a confesar la infracción a las autoridades;

- haber colaborado en la investigación del hecho aportando pruebas, en cualquier momento del proceso, que fueran nuevas y decisivas para esclarecer las responsabilidades penales dimanantes de los hechos;
- haber procedido en cualquier momento del procedimiento y con anterioridad al juicio oral a reparar o disminuir el daño causado por el delito; y
- haber establecido, antes del comienzo del juicio oral, medidas eficaces para prevenir y descubrir los delitos que en el futuro pudieran cometerse con los medios o bajo la cobertura de la persona jurídica.

Otro aspecto en el que se incide ahora es la concreción de lo que debe entenderse la ejecución eficaz del PC por parte del órgano de administración. Así fija varios requisitos:

- identificarán las actividades en cuyo ámbito puedan ser cometidos los delitos que deben ser prevenidos;
- establecerán los protocolos o procedimientos que concreten el proceso de formación de la voluntad de la persona jurídica, de adopción de decisiones y de ejecución de las mismas con relación a aquéllos;
- dispondrán de modelos de gestión de los recursos financieros adecuados para impedir la comisión de los delitos que deben ser prevenidos;
- impondrán la obligación de informar de posibles riesgos e incumplimientos al organismo encargado de vigilar el funcionamiento y observancia del modelo de prevención;
- establecerán un sistema disciplinario que sancione adecuadamente el incumplimiento de las medidas que establezca el modelo; y
- realizarán una verificación periódica del modelo y de su eventual modificación cuando se pongan de manifiesto infracciones relevantes de sus disposiciones, o cuando se produzcan cambios en la organización, en la estructura de control o en la actividad desarrollada que los hagan necesarios.

En resumen, la concreción que ofrece la nueva regulación presenta varias ventajas respecto de la regulación de 2010:

- aporta seguridad jurídica a las empresas,
- homologa el contenido de los PC al de otros países, y
- facilita la labor de los jueces en la valoración de los mismos.

H. ¿Programas de cumplimiento para el deporte?

Hasta el momento nos hemos centrado en los PC vinculados con la responsabilidad penal de las personas jurídicas por la comisión de delitos (la famosa “lista de los 22”), y en particular, de los delitos económicos (estafas, art. 251 *bis*; insolvencias punibles, art. 261 *bis*; blanqueo de capitales, art. 302; delitos contra Hacienda Pública y Seguridad Social, art. 310 *bis*). Pero cabe preguntarse qué tipo de vinculación cabe establecer entre “cumplimiento”, “responsabilidad penal de las personas jurídicas” y la lista de delitos contemplados por el CP español. O dicho de otra manera, ¿están los PC vinculados única y exclusivamente al ámbito penal y más aun a la RPPJ? ¿O cabría la posibilidad de que se implementaran los programas de cumplimiento más allá de la frontera del CP y la RPPJ?

Al respecto, cabe decir varias cosas:

1. La relación entre Cumplimiento y RPPJ es contingente, pues como sucede en Alemania, los PC tienen un papel incomparablemente mayor al de España sin que haya supuesto la introducción de la RPPJ.²⁴ Por lo tanto, nada impide que las empresas puedan ver los PC como un instrumento útil más allá de que les sirva para exonerarse de la responsabilidad penal. Sería un avance en la cultura del cumplimiento y del buen gobierno corporativo que las empresas vieran los PC como un medio adecuado no solo para evitar caer en el delito (o de la infracción administrativa)²⁵ como también para mejorar (ética y legalmente) el gobierno y administración de su propia empresa.
2. Se ha criticado que el legislador español haya limitado a esos delitos la responsabilidad penal de las personas jurídicas, y por lo tanto, los efectos atenuantes y eximentes de los PC. En este sentido, cabe mencionar que en otros ordenamientos jurídicos donde también se contempla la RPPJ no hay tales *numerus clausus*. Y por ello, cabe pensar que en el

²⁴ ORTIZ DE URBINA, I., “Sanciones penales contra empresas en España (Hispanica Societas Delinquere Potest)” en KUHLEN, MONTIEL y ORTIZ DE URBINA, *op. cit.*, p. 264.

²⁵ Ya existen regulaciones que imponen a las empresas obligaciones de cumplimiento normativo para la prevención de ilícitos administrativos: las obligaciones de cumplimiento normativo en materias de prevención del blanqueo de capitales (Ley 10/2010, de 28 de abril), protección de datos (Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre), responsabilidad medioambiental (Ley 26/2007, de 23 de octubre), defensa de la competencia (Ley 15/2007, de 3 de julio), mercado de valores (Ley 24/1998, de 28 de julio).

futuro el legislador español amplie tal lista, y por ello, las tareas de los “oficiales de cumplimiento” vayan aumentando. Algunas de las áreas que se mencionan por los expertos donde se implemente PC sea la medioambiental, u otras.

Vistas así las cosas, nada impide que se pueda implementar la cultura del cumplimiento en los entes deportivos más allá de los delitos económicos. ¿Por qué no tratar de mejorar a través de PC, el gobierno de las organizaciones deportivas en el ámbito propiamente deportivo en lo que atañe a la prevención del dopaje, de la violencia, de los amaños de partidos o del racismo? De hecho, algunos de estos fenómenos tienen carácter penal:

- dopaje²⁶
- violencia²⁷

²⁶ Artículo 361 *bis*: 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. Que la víctima sea menor de edad. 2. Que se haya empleado engaño o intimidación. 3. Que el responsable se haya prevalido de una relación de superioridad laboral o profesional.” Por otro lado, el dopaje por parte del propio deportista es una infracción disciplinaria deportiva contemplada en la (...) y como es sabido, la prevención y sanción del dopaje es la competencia de la Agencia la cual podría ser la organización externa encargada de validar los programas de cumplimiento que versen sobre la prevención del dopaje por parte de las clubes y asociaciones deportivas. Pero no sería nada descabellado que al menos los clubes grandes contaran con un oficial de cumplimiento que, en contacto y colaboración con la AESPD y atendiendo a las particularidades de cada club y modalidad deportiva (con sus riesgos propios), elaborara y previniera los riesgos de dopaje.

²⁷ Así lo establece el CP en su artículo 557, apartado 1, donde castiga con pena de prisión de seis meses a tres años a aquellos que, actuando en grupo, y con el fin de atentar contra la paz pública, alteren el orden público causando lesiones a las personas, produciendo daños en las propiedades, ya sea obstaculizando vías públicas o sus accesos

- amaño de partidos²⁸

de manera peligrosa para los que por ellas circulen, ya invadiendo instalaciones o edificios. En el apartado 2 del mencionado precepto se agrava la pena si los hechos se produjeren con ocasión de la celebración de eventos o espectáculos que congreguen a gran número de personas, o en el interior de los recintos donde se celebren estos eventos mediante comportamientos que provoquen o pudieran provocar avalanchas u otras reacciones en el público que pongan en riesgo a parte o a la totalidad de los asistentes. En estos casos se podrá imponer también la pena de privación de acudir a eventos o espectáculos de la misma naturaleza por un tiempo superior hasta tres años a la pena de prisión impuesta. Es decir, que como pena potestativa se contempla la imposibilidad de acceder a los estadios 3 años adicionales además de los de la pena principal impuesta. Pero, aparte de que los hechos ocurridos en las inmediaciones del Calderón pueden ser ubicados en el ámbito del artículo 557 del Código Penal, también lo pueden ser en el artículo 154 del mismo cuerpo legal, que castiga con la pena de prisión de tres meses a un año, o multa de seis a 24 meses, a quienes tumultuariamente riñeren entre sí utilizando medios o instrumentos que pongan en peligro la vida o integridad de las personas. Lo relevante de este artículo es que prevé que haya sanción aun cuando no haya resultado lesivo... y si lo hubiera, como por ejemplo, un homicidio, se aplicaría la sanción que correspondiera a éste.

²⁸ De la corrupción entre particulares en el Código Penal, artículo 286 bis:

1. Quien por sí o por persona interpuesta prometa, ofrezca o conceda a directivos, administradores, empleados o colaboradores de una empresa mercantil o de una sociedad, asociación, fundación u organización un beneficio o ventaja de cualquier naturaleza no justificados para que le favorezca a él o a un tercero frente a otros, incumpliendo sus obligaciones en la adquisición o venta de mercancías o en la contratación de servicios profesionales, será castigado con la pena de prisión de seis meses a cuatro años, inhabilitación especial para el ejercicio de industria o comercio por tiempo de uno a seis años y multa del tanto al triplo del valor del beneficio o ventaja.

2. Con las mismas penas será castigado el directivo, administrador, empleado o colaborador de una empresa mercantil, o de una sociedad, asociación, fundación u organización que, por sí o por persona interpuesta, reciba, solicite o acepte un beneficio o ventaja de cualquier naturaleza no justificados con el fin de favorecer frente a terceros a quien le otorga o del que espera el beneficio o ventaja, incumpliendo sus obligaciones en la adquisición o venta de mercancías o en la contratación de servicios profesionales.

3. Los jueces y tribunales, en atención a la cuantía del beneficio o al valor de la ventaja, y la trascendencia de las funciones del culpable, podrán imponer la pena inferior en grado y reducir la de multa a su prudente arbitrio.

4. Lo dispuesto en este artículo será aplicable, en sus respectivos casos, a los directivos, administradores, empleados o colaboradores de una entidad deportiva, cualquiera que sea la forma jurídica de ésta, así como a los deportistas, árbitros o jueces, respecto de aquellas conductas que tengan por finalidad predeterminar o alterar de manera de-

- racismo²⁹

¿Por qué no establecer oficiales de cumplimiento encargados de diseñar PC destinados a la identificación de los riesgos en esas materias, así como a su prevención y eventual sanción interna? La justificación que rige en la autorregulación de las empresas en el ámbito económico-penal es perfectamente aplicable al dominio puramente deportivo.

De hecho, podemos comprobar que diversos organismos de la gobernanza deportiva internacional y nacional ya han incorporado figuras que sin ser asimilables a los “oficiales de cumplimiento” ya que no son garantes si desarrollan tareas que usualmente les podría competir a aquellos:

- la Liga Nacional de Fútbol Profesional (LNFP) creó la figura del director de integridad que ha centrado su acción en la prevención de los amaños de partidos;
- la Unión de Asociaciones de Fútbol Europeas (UEFA) tiene en Emilio GARCÍA SILVERO, *Head of Disciplinary and Integrity* y Miguel LIETARD, Inspector de Ética y Disciplina de la UEFA; y
- la Federación Internacional de Fútbol Asociado (FIFA).

Y por otro lado tales organismos han diseñado códigos éticos y códigos disciplinarios que podrían formar parte perfectamente de un PC.

Como desarrollo de estas medidas propias del buen gobierno corporativo y que podrían ser contenidos de un programa de cumplimiento, en el fútbol español la LNFP está en proceso de establecer varias medidas destinadas a atajar la violencia en el fútbol:

liberada y fraudulenta el resultado de una prueba, encuentro o competición deportiva profesionales.

²⁹ El Código Penal de 1995, en coherencia con los principios del Estado social y democrático de derecho, así como en concordancia con los valores superiores de nuestro ordenamiento jurídico, viene a recoger una amplia panoplia de instrumentos punitivos, para reprobado desde el ámbito penal, las más graves conductas atentatorias contra las personas por motivos racistas o xenófobos.

De esta manera, nos encontramos desde la agravante genérica recogida en el artículo 22.4 del Código Penal aplicable a todo aquél que delinque por motivos racistas, antisemitas o en base a otra clase de discriminación referente a la ideología, religión o creencias de la víctima, su etnia, raza o nación a la que pertenezca, sexo, orientación sexual, enfermedad o minusvalía que padezca.

- un director de Seguridad de la LNFP, que será un miembro perteneciente a las Fuerzas de Seguridad del Estado;
- una unidad de inteligencia dentro de la LNFP que colaborará con la Policía para la detección y prevención de actos violentos con las aficiones y para informar a la Comisión Antiviolenencia de hechos que puedan ser objeto de sanción;
- una comisión de control y seguimiento en la LNFP; y
- un reglamento para venta de entradas para los viajes de las aficiones fuera de su estadio y la anticipación de "reformas tecnológicas".

Así pues, no sería nada extraño e incluso podría ser visto como algo positivo que los clubes *motu proprio* o por imposición externa crearan figuras (¿"oficiales de cumplimiento deportivo"?) que podrían reunir todas estas tareas y funciones en su seno. Por lo tanto, serían profesionales especialistas en la prevención de riesgos deportivos de los clubes y asociaciones deportivas.

III. Conclusiones

Los órganos de alta dirección empresarial van a tener que incidir todavía más en la cultura de la prevención y del buen gobierno corporativo.

En los próximos años se va a ver un cambio muy relevante en este ámbito con el probable surgimiento de especialistas en la prevención de riesgos económicos en las empresas. Esta figura, la del "oficial de cumplimiento" será central en las empresas, aunque es de imaginar que en las empresas pequeñas, sus funciones se externalicen y de ahí que los despachos de abogados puedan tener un ámbito de desarrollo en este ámbito.³⁰ De hecho, ya se están impartiendo cursos de postgrado sobre esta materia.

Las empresas crearán sus propios códigos éticos o de conductas, como elemento central de los PC, los cuales serán supervisados y vigilados por el oficial de cumplimiento.

³⁰ GONZÁLEZ, J.A., SCHEMMER, A., y BLUMENBERG, A. "La función del penalista en la confección, implementación y evaluación de los programas de cumplimiento" en GÓMEZ COLOMER, ARROYO y NIETO, *op. cit.*, p. 155.

Y en el ámbito propiamente deportivo, tampoco sería nada extraño que surgieran programas y oficiales de cumplimiento con el objetivo específico de evitar (y eventualmente) sancionar los riesgos propiamente deportivos que tanto mal provocan al club afectado y al deporte en su conjunto.

IV. Referencias bibliográficas

Obras generales

- COCA, I., "¿Programas de cumplimiento como forma de autorregulación regulada?" en MONTANER, R., SILVA, J., *Criminalidad de empresa y Compliance. Prevención y reacciones corporativas*, Atelier, Barcelona, 2013.
- DOPICO, J., "Posición de garante del *compliance officer* por infracción del 'deber de control': una aproximación tópica", en GÓMEZ COLOMER, J.L., ARROYO, L., NIETO, A., *El Derecho penal económico en la era compliance*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013.
- GÓMEZ COLOMER, J.L., ARROYO, L., NIETO, A., *El Derecho penal económico en la era compliance*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013.
- GÓMEZ, V., "Compliance y derechos de los trabajadores" en KUHLEN, L., MONTIEL, J.P., ORTIZ DE URBINA, I., *Compliance y teoría del Derecho Penal*, Marcial Pons, Madrid, 2013.
- KUHLEN, L., MONTIEL, J.P., ORTIZ DE URBINA, I., *Compliance y teoría del Derecho Penal*, Marcial Pons, Madrid, 2013.
- KUHLEN, L. "Cuestiones fundamentales de Compliance y Derecho Penal", en KUHLEN, L., MONTIEL, J.P., ORTIZ DE URBINA, I. *Compliance y teoría del Derecho Penal*, Marcial Pons, Madrid, 2013.
- GONZÁLEZ, J.A., SCHEMMER, A., BLUMENBERG, A. "La función del penalista en la confección, implementación y evaluación de los programas de cumplimiento" en Gómez Colomer, J.L., ARROYO, L., NIETO, A., *El Derecho penal económico en la era compliance*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013.
- LASCURAÍN, J.A., "Compliance, debido control y unos refrescos", en GÓMEZ COLOMER, J.L., ARROYO, L., NIETO, A., *El Derecho penal económico en la era compliance*, Tirant Lo Blanch, Valencia.
- MONTANER, R., SILVA, J. *Criminalidad de empresa y Compliance. Prevención y reacciones corporativas*, Atelier, Barcelona.
- NIETO, A., "Problemas fundamentales del Compliance normativo en el Derecho penal", en KUHLEN, L., MONTIEL, J.P., ORTIZ DE URBINA, I., *Compliance y teoría del Derecho Penal*, Marcial Pons, Madrid, 2013.

ORTIZ DE URBINA, I., "Sanciones penales contra empresas en España (Hispanica Societas Delinquere Potest)" en KUHLEN, L., MONTIEL, J.P., ORTIZ DE URBINA, I., *Compliance y teoría del Derecho Penal*, Marcial Pons, Madrid, 2013.

RAGUÉS, R., "Los procedimientos internos de denuncia como medida de prevención de delitos de empresa", en KUHLEN, L., MONTIEL, J.P., ORTIZ DE URBINA, I., *Compliance y teoría del Derecho Penal*, Marcial Pons, Madrid, 2013.

ROBLES, R., "El responsable de cumplimiento ("Compliance Officer") ante el Derecho Penal", KUHLEN, L., MONTIEL, J.P., ORTIZ DE URBINA, I., *Compliance y teoría del Derecho Penal*, Marcial Pons, Madrid, 2013.

La evolución del Derecho penal deportivo en España

DRA. ROSARIO DE VICENTE MARTÍNEZ*

Sumario

- I. Introducción
- II. La reforma penal de 2003: la violencia en el deporte
- III. La reforma penal de 2006: el dopaje en el deporte
- IV. La reforma penal de 2010: la corrupción en el deporte
- V. La reforma penal de 2015
- VI. Referencias bibliográficas

I. Introducción

El deporte desempeña un papel importante en la sociedad (contribuye a la integración social, promueve la educación, es beneficioso para la salud, fomenta valores como el respeto mutuo, la tolerancia, la deportividad, etc.) pero, en los momentos actuales existe una intensa polémica social derivada, en muchos casos, de la fuerte presencia de intereses económicos y comerciales¹ que han devaluado algunos de los principios más significativos del deporte y le han convertido en un factor criminógeno.

* Catedrática de Derecho penal, Departamento de Derecho Público, Facultad de Derecho de Albacete de la Universidad de Castilla-La Mancha, España. Vocal de la Junta Directiva de la Asociación Española de Derecho Deportivo (AEDD). Investigadora de la Red Iberoamericana de Investigadores en Derecho y Gestión del Deporte (reconocida y patrocinada por la Asociación Universitaria Iberoamericana de Posgrado, AUIP, Salamanca, España). Rosario.Vicente@uclm.es.

¹ El Presidente de la Liga de Fútbol Profesional, en febrero de 2010, en una conferencia impartida en el Club Siglo XXI, afirmaba que la Liga mueve en España más de 10.000

Ante las nuevas y graves amenazas que planean sobre el deporte: presión comercial, explotación de jóvenes deportistas, dopaje, racismo, violencia, partidos amañados, etc., el legislador no consideró preciso, en un primer momento, acudir al Derecho penal para la protección del buen orden de las competiciones deportivas, siguiendo una concepción del ordenamiento penal como forma subsidiaria de tutela que se inspira directamente en el texto constitucional. La práctica del deporte aparecía de este modo dissociada de la comisión de delitos, esto es, el deporte venía siendo considerado un espacio que escapaba del Derecho penal, lo que permitía que determinadas conductas o comportamientos acaecidos en el ámbito deportivo, cuya ejecución en cualquier otro ámbito hubiera dado lugar a la iniciación de procedimientos penales de oficio y a la imposición de sanciones, gozaran de la más absoluta impunidad. Como señala Albin ESER, deporte y justicia, pelota y balanza, parecen ser instituciones y símbolos que a primera vista no se asocian con facilidad.²

No obstante, con el paso del tiempo las consecuencias del hecho deportivo ocasionaron en el Código Penal español (en adelante CP) algunos cambios concretos que son ejemplo de que también el Derecho penal se adapta a los acontecimientos deportivos.

Lejos quedan los tiempos en que “el Derecho penal se detiene ante los muros de un estadio deportivo”,³ o que “la tiza que rayaba la cancha de los estadios o las cuerdas de un cuadrilátero, eran la más completa y total eximente de responsabilidad criminal de que se tenga noticia”.⁴ Por el contrario, ahora ya se puede hablar de un Derecho penal del deporte,⁵ de un Derecho penal deportivo y, consecuentemente, de delitos deportivos ya sean relacionados con la violencia en el deporte, como la sucedida en

millones de euros anuales, lo que supone un 1,7 por ciento del PIB. El fútbol genera además en torno a 85.000 puestos de trabajo entre directos e indirectos.

² ESER, Albin, “Deporte y justicia penal”, en *Revista Penal*, No. 6, 2000, p. 53.

³ Cfr. RAMÓN FERNÁNDEZ, Tomás, en el Prólogo al libro de GONZÁLEZ GRIMALDO, *El ordenamiento Jurídico del deporte*, Editorial Civitas, Madrid, 1974.

⁴ Cfr. SALIM-HANNA SEPÚLVEDA, “El fútbol y la violencia”, disponible en: www.colegioabogados.cl/revista/25articulo6.html (consultado: 16/03/2016 a las 13.50).

⁵ Cfr. DE VICENTE MARTÍNEZ, Rosario, *Derecho penal del deporte*, Editorial Bosch, Barcelona, 2010.

el estadio de Heysel,⁶ la ocurrida en el derbi siciliano disputado entre el Catania y el Palermo⁷ o la acaecida en las inmediaciones del estadio Vicente Calderón⁸ (delitos de lesiones o delitos de desórdenes públicos); ya sean relacionados con la utilización de productos o sustancias prohibidas con la finalidad de mejorar el rendimiento del deportista⁹ (delito de dopaje deportivo); o bien ya sean relacionados con los fraudes y corrupción como el que en diciembre de 2006 llevó a prisión al árbitro alemán Robert HOYZER¹⁰ por manipular 23 partidos de la Bundesliga y de categorías menores (delito de corrupción deportiva).

II. La reforma penal de 2003: la violencia en el deporte

El aumento de las conductas incivilizadas y de la violencia que soporta la sociedad en su conjunto no escapa al deporte que sirve, en numerosas ocasiones, de apoyo a la expresión de comportamientos agresivos y violentos poniendo en peligro el papel del deporte como una herramienta para transmitir valores positivos.¹¹

⁶ La final de la copa de Europa de fútbol entre el Liverpool FC y la Juventus FC desembocó en la triste tragedia del estadio de Heysel de Bruselas en 1985 que se saldó con la muerte de 39 aficionados (34 italianos seguidores de la Juventus FC, dos belgas, dos franceses y un británico) y 600 heridos.

⁷ El 2 de febrero de 2007 en el transcurso del partido de fútbol entre el Catania y el Palermo los violentos choques con hinchas acabaron con la vida de un agente de policía de 38 años como consecuencia de estallarle en la cara un petardo de bastante potencia que entre los hinchas «ultras» italianos recibe el nombre de “carta bomba”. La batalla terminó además con más de un centenar de heridos y llevó a las autoridades italianas a paralizar el “calcio”.

⁸ La llamada “Operación Neptuno” se saldó con más de 30 personas detenidas en relación con la multitudinaria reyerta ocurrida el 30 de noviembre de 2014 en la que participaron más de 200 ultras del Deportivo de la Coruña y del Atlético de Madrid y en la que murió un hincha del equipo gallego.

⁹ Basta recordar el caso del ciclista estadounidense Lance ARMSTRONG.

¹⁰ Robert HOYZER fue condenado a dos años y cinco meses de prisión.

¹¹ DE VICENTE MARTÍNEZ, Rosario, “Sport e violenza: la risposta del Diritto in Spagna e altrove”, en *Rivista di Diritto Sportivo*, No. 2, Roma, 2013, pp. 301 y ss.

La violencia existe en el deporte como un mal difícil de atajar y especialmente en los campos de fútbol. Pero cuando se habla en términos generales de violencia en el deporte se debe hacer referencia a dos aspectos bien distintos. Por un lado, la violencia en el deporte o violencia endógena que es la que surge entre los propios protagonistas de la competición deportiva, es decir, es la violencia producida en la práctica deportiva cuyo control y represión quedan relegados, en principio, a los regímenes disciplinarios generales y federativos, sin perjuicio de la responsabilidad civil o penal que, en cada caso, pueda derivarse del hecho violento.

Nadie pone en tela de juicio que en el curso de una competición deportiva pueden causarse lesiones e incluso la muerte. Ejemplos los hay. A lo largo del tiempo se han dado muchas oscuras anécdotas que pasaron a la historia. Golpes intencionados y entradas a destiempo como, por ejemplo, la famosa agresión durante el partido de la final de la Copa del Mundo de fútbol de Zinedine ZIDANE a MATERAZZI. Fuera del fútbol también existen negros episodios. Así, en el ámbito del boxeo, cualquier aficionado al mismo recordará el día en que Mike TYSON, en pleno combate, seccionó de un mordisco el lóbulo de una oreja de su contrincante Evander HOLYFIELD.¹²

Por otro lado, se encuentra la violencia en torno al deporte o violencia exógena que es la violencia cometida fuera de la práctica deportiva aunque con ocasión de ella y que constituye un fenómeno de mayor complejidad que la violencia ejercida en el desarrollo del deporte al abarcar todos los hechos violentos que, surgidos bajo la excusa de la competición deportiva, tienen lugar al margen de la misma. La violencia exógena es la violencia que traspasa los límites del ámbito deportivo y se convierte en un hecho que se observa en las gradas y alrededores de los campos de juego donde el principal protagonista es el propio aficionado.

Como modalidades de violencia exógena se distingue entre una violencia personal, una violencia real y una perturbación violenta en el correcto desarrollo de las competiciones deportivas. La violencia personal se produce cuando la misma va dirigida a personas, normalmente aficionados del equipo rival, aunque también puede ir dirigida a los propios jugadores

¹² A TYSON se le revocó su licencia para boxear y se le impuso una multa de tres millones de dólares.

o las fuerzas de seguridad¹³. Esta violencia personal puede consistir en agresiones cuerpo a cuerpo o bien en la utilización o lanzamiento de objetos aptos para lesionar. La violencia real va dirigida, por el contrario, a cosas, ya sea daños en las instalaciones deportivas, si la violencia se ejecuta dentro del lugar donde se desarrolla el espectáculo deportivo, o sobre bienes de los particulares (automóviles, lunas de establecimientos comerciales, etc.), o sobre bienes de organismos públicos (monumentos de la ciudad, mobiliario urbano, autobuses públicos, etc.), si la violencia tiene lugar fuera del recinto deportivo. En último lugar, se encuentra la violencia que pretende perturbar el desarrollo de los acontecimientos deportivos, como puede ser una invasión del terreno de juego.

Como señala MILLÁN GARRIDO, esta violencia, que incluye, ante todo, la violencia acontecida en las instalaciones o recintos deportivos, pero también la que surge fuera de ellos, antes, durante o después del encuentro o de la prueba, excede del estricto ámbito federativo, de manera que su control y represión sólo parcialmente se encomienda a los regímenes disciplinarios deportivos y a las propias federaciones, correspondiendo a los poderes públicos afrontar este riesgo asociado a la práctica deportiva.¹⁴

La violencia en el deporte en su vertiente exógena, aparece en los años sesenta con los *hooligans* ingleses que auparon al Reino Unido al primer puesto del *ranking* de países que más violencia en el fútbol soporta seguido de Holanda. Existen en ambos países auténticas guerrillas de fanáticos que preparan con antelación, no solamente el viaje para apoyar a su equipo, sino también las batallas o los puntos de ataque contra hinchas del club adversario.

¹³ En Italia, el creciente fenómeno del ejercicio de la violencia contra las fuerzas de seguridad ha servido para justificar la introducción en el Código penal de una infracción *ad hoc* de lesiones a funcionario público que se encuentre de servicio durante el desarrollo de un evento deportivo. *Vid.* al respecto, MAGNINI, Valentina, "Las medidas jurídico-penales contra la violencia con ocasión de manifestaciones deportivas en Italia: los delitos previstos en la L 401 de 1989", en MORILLAS CUEVA, Lorenzo y MANTOVANI, Ferrando (Directores), BENÍTEZ ORTÚZAR, Ignacio (Coordinador), *Estudios sobre Derecho y Deporte*, Editorial Dykinson, Madrid, 2008, pp. 169 y ss.

¹⁴ MILLÁN GARRIDO, Antonio, en MILLÁN GARRIDO, Antonio (Coordinador), *Régimen jurídico de la violencia en el deporte*, Editorial Bosch, Barcelona, 2006, pp. 63 y 64.

Los *hooligans* ingleses, imitados por aficionados italianos, franceses o españoles, instauran un ámbito de gamberrismo, básicamente futbolístico, que deja al descubierto la dimensión real de este problema social y político, cuyo alcance sustancial se traduce en 1.500 fallecidos en estadios de fútbol durante los últimos 30 años y más de 6.000 heridos de gravedad.

Ante estos datos no es de extrañar que el estudio de la violencia en espectáculos deportivos se haya convertido en uno de los temas que más interés ha despertado en los investigadores del deporte como fenómeno social. Desde el punto de vista de la sociología y de la psicología de masas, la violencia que gira en torno de las manifestaciones deportivas es un fenómeno que actualmente se presenta aún como de lectura compleja y que da origen a interpretaciones distintas y a veces contrapuestas.¹⁵ Pero de lo que nadie duda es que desde hace unos años la violencia se ha convertido en un hecho demasiado habitual, mostrando la parte más negativa de la práctica deportiva y alcanzando proporciones dramáticas. Por eso acabar con el reguero de víctimas que arroja la violencia exógena constituye una prioridad en los Estados civilizados.¹⁶

Se cita a la “tragedia de Heysel” como el principal detonante de múltiples iniciativas nacionales e internacionales, políticas y deportivas, que desde entonces se han adoptado en Europa occidental. La violencia desatada en el deporte, y en particular en el fútbol, abocó a los poderes públicos y a las organizaciones y entidades deportivas, tanto en los ámbitos internos como en el orden supranacional, a intervenir activamente en este campo mediante la previsión de disposiciones específicas tanto en prevención como en represión.

Europa, por tanto, no ha permanecido pasiva ante esta violencia sino que ha reaccionado en base al papel social, cultural y educativo que desempeña el deporte. La respuesta inmediata partió del Parlamento Europeo mediante las Resoluciones de 1985, sobre las medidas necesarias para

¹⁵ Un estudio de las hipótesis de relación entre deporte y violencia y sobre el estado de la investigación sobre los *hooligans* y la violencia asociada al fútbol, puede verse en HANS JÖRG, Albrecht, “Violencia y deporte. Fenomenología, explicación y prevención”, en *Revista Penal*, No. 7, 2001, pp. 27 y ss.

¹⁶ Vid. GAMERO CASADO, Eduardo, “Novedades recientes en la lucha contra la violencia, el racismo y la xenofobia en el Derecho Deportivo comparado”, en *Revista Andaluza de Derecho del Deporte*, No. 1, 2006, p. 200.

la represión del vandalismo y la violencia en los encuentros deportivos de 11 de julio de 1985¹⁷ y la de 1987, sobre vandalismo y violencia en el deporte.¹⁸

También el Consejo de Europa ha desarrollado un papel fundamental en el ámbito de la prevención de la violencia en los espectáculos deportivos. La lucha contra la violencia en el deporte constituye el segundo de los ejes fundamentales de la política deportiva del Consejo de Europa. En el seno del Consejo de Europa ha sido aprobado el principal instrumento de Derecho Internacional en este campo: el Convenio Europeo sobre la violencia e irrupciones de espectadores con ocasión de manifestaciones deportivas y especialmente de partidos de fútbol, concluido en Estrasburgo el 19 de agosto de 1985 y ratificado por España el 22 de junio de 1987.¹⁹

El Convenio ha sido complementado mediante disposiciones de diversa naturaleza como la Resolución del Consejo de la Unión Europea de 17 de noviembre de 2003, sobre la adopción en los Estados miembros de la prohibición de acceso a las instalaciones donde tienen lugar los partidos de fútbol de dimensión internacional²⁰ o las dos Recomendaciones de su Comité Permanente sobre el papel de las medidas sociales y educativas en la prevención de la violencia en el deporte.²¹

La imperiosa necesidad de erradicar los disturbios y brutalidades que se desatan con ocasión de la celebración de espectáculos deportivos, la necesidad de luchar contra la violencia en el deporte, constituyen también motivos de creciente preocupación en todos los ordenamientos jurídicos. Todos los países mediante normativas legales pretenden reprimir y, sobre todo, prevenir los fenómenos de violencia en espectáculos deportivos.

¹⁷ Vid. DO C 229 de 9 de agosto de 1985.

¹⁸ Vid. DO C 49 de 2 de febrero de 1988.

¹⁹ Vid. BOE núm. 193, de 13 de agosto de 1987.

²⁰ Vid. DOUE C 281 de 22 de noviembre de 2003, p. 1.

²¹ Vid. El trabajo del Consejo de Europa en materia de deporte, vol. VIII. Textos del Convenio Europeo sobre la violencia de espectadores 1966-1999, Madrid, 2001, que incluye todos los textos relacionados con el Convenio europeo contra la violencia de los espectadores 1966-1998, a los que se han añadido los textos relacionados con el Convenio europeo contra la violencia de los espectadores correspondientes al año 1999.

La violencia que se desarrolla en torno a los acontecimientos deportivos pertenece a las nuevas fuentes de peligro características de la actual "sociedad del riesgo". Este fenómeno, como señala FOFFANI, determina una atención creciente por parte del legislador, que a su vez manifiesta una tendencia cada vez más clara a recurrir al Derecho penal para buscar soluciones a este problema.²²

En efecto, la violencia en el deporte y, en concreto, en espectáculos deportivos constituye un hecho de tal gravedad como para que sea afrontado por todos los sectores del Derecho. La trascendencia de este lamentable y vergonzoso fenómeno permite fundamentar una mesurada intervención penal que debe respetar lógicamente los principios limitadores del Derecho penal de un Estado social y democrático de Derecho.²³

En España, la ocasión para que el Derecho penal interviniera nacía con el documento de 24 de julio de 2002, sobre compromiso contra la violencia en el deporte suscrito por el Ministerio del Interior, el Consejo Superior de Deportes, la Real Federación Española de Fútbol, la Liga Nacional de Fútbol Profesional y la Asociación de Futbolistas Españoles, donde figuraba el compromiso de poner en marcha el "Programa de Actuaciones y Medidas contra la Violencia en el Deporte". Este programa establecía dos conjuntos de medidas que pasaban, en primer lugar por la promoción de actuaciones pedagógicas y preventivas y, en segundo lugar, por propuestas legislativas tendentes a agravar en el CP los hechos violentos en espectáculos deportivos así como, por ejemplo, la prohibición de la tenencia y consumo de todo tipo de drogas y alcohol en recintos deportivos, la utilización de instrumentos arrojadizos, armas, bengalas o simbología terrorista y racista.

Fruto del Programa de Actuaciones y Medidas contra la Violencia en el Deporte sería la reforma desarrollada por la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del CP. La reforma respondía a la alarma social generada

²² FOFFANI, Luigi, "Deporte y violencia. Los fenómenos de violencia ligados a las manifestaciones deportivas y las respuestas del ordenamiento jurídico: el caso italiano", en *Eguzkilore*, Cuadernos del Instituto Vasco de Criminología, No. 18, 2004, p. 17.

²³ DE VICENTE MARTÍNEZ, Rosario, "Deporte y violencia (a propósito del enfrentamiento entre hinchas tras un partido de fútbol en Port Said, Egipto)", en *Derecho penal contemporáneo*. *Revista Internacional*, No. 40, Colombia, 2012, pp. 5 y ss.

como consecuencia de diferentes altercados producidos en espectáculos deportivos en España.

La Ley de 2003 introduce dos modalidades agravadas en el artículo 557 a través de un nuevo apartado segundo, con la finalidad de tipificar la violencia ejercida por los grupos de espectadores que alteren el orden en escenarios deportivos. El apartado segundo del artículo 557, conforme a la reforma de 2003 disponía:

“2. Se impondrá la pena superior en grado a las previstas en el apartado precedente a los autores de los actos allí citados cuando éstos se produjeran con ocasión de la celebración de eventos o espectáculos que congreguen a gran número de personas. Con idéntica pena serán castigados quienes en el interior de los recintos donde se celebren estos eventos alteren el orden público mediante comportamientos que provoquen o sean susceptibles de provocar avalanchas u otras reacciones en el público que pusieren en situación de peligro a parte o a la totalidad de los asistentes. En estos casos se podrá imponer también la pena de privación de acudir a eventos o espectáculos de la misma naturaleza por un tiempo superior hasta tres años a la pena de prisión impuesta.”

Esta medida del Parlamento español coincidió en el tiempo con la Resolución del Consejo de Europa de 17 de noviembre de 2003, sobre la adopción en los Estados miembros de la prohibición de acceso a las instalaciones donde tienen lugar partidos de fútbol de dimensión internacional,²⁴ que recordando la Decisión 2002/348/JAI del Consejo, de 25 de abril de 2002, relativa a la seguridad en los partidos de fútbol de dimensión internacional y teniendo en cuenta las Resoluciones del Consejo de 9 de junio de 1997 y 6 de diciembre de 2001, sobre la prevención y el control del gamberrismo en los partidos de fútbol, invita a los Estados miembros a estudiar la posibilidad de adoptar disposiciones que establezcan un mecanismo para impedir el acceso a los estadios en donde estén programadas competiciones futbolísticas a quienes ya hayan sido responsables de actos de violencia con ocasión de anteriores competiciones futbolísticas.

La reforma de 2003 además de incorporar dos modalidades agravadas en el núm. 2 del artículo 557, procedía a modificar la pena del artículo 558

²⁴ Vid. el texto de la citada Resolución en el *Diario Oficial*, No. C 281 de 22 de noviembre de 2003, pp. 0001-0002.

tras la desaparición del arresto de fin de semana y a introducir con carácter facultativo la pena de privación de acudir a los lugares, eventos o espectáculos. Asimismo también modificaba la pena prevista para la falta del artículo 633 del CP.

El artículo 558 del CP disponía:

“Serán castigados con la pena de prisión de tres a seis meses o multa de seis a 12 meses, los que perturben gravemente el orden en la audiencia de un tribunal o juzgado, en los actos públicos propios de cualquier autoridad o corporación, en colegio electoral, oficina o establecimiento público, centro docente o con motivo de la celebración de espectáculos deportivos o culturales. En estos casos se podrá imponer también la pena de privación de acudir a los lugares, eventos o espectáculos de la misma naturaleza por un tiempo superior hasta tres años a la pena de prisión impuesta.”

Por su parte el artículo 633 disponía: “Los que perturbaren levemente el orden en la audiencia de un tribunal o juzgado, en los actos públicos, en espectáculos deportivos o culturales, solemnidades o reuniones numerosas serán castigados con las penas de localización permanente de dos a 12 días y multa de 10 a 30 días.”

La Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, justificaba en su apartado III, letra j) la reforma en los siguientes términos:

“las alteraciones del orden con ocasión de la celebración de eventos o espectáculos con asistencia de un gran número de personas son objeto de una especial atención, estableciéndose tipos específicos y previéndose la imposición de la pena de privación de acudir a eventos o espectáculos de la misma naturaleza de aquellos en los que hubiera intervenido el condenado, por un tiempo superior hasta tres años a la pena de prisión impuesta”²⁵

²⁵ Vid. más ampliamente, RIOS CORBACHO, José Manuel, *Violencia, deporte y Derecho Penal*, Editorial Reus, Madrid, 2014.

III. La reforma penal de 2006: el dopaje en el deporte

El dopaje no constituye un fenómeno reciente ni novedoso, por el contrario, existe desde hace muchos años. La historia de dopaje es tan antigua como la del mismo ser humano, tan vieja como las propias competiciones deportivas, por lo que se pueden citar a muchísimos pueblos o civilizaciones de los más dispares lugares que han utilizado sustancias dopantes como sucedía, por ejemplo, en la antigua Roma o en la Grecia Clásica. Se ha constatado que el uso de drogas y de distintas sustancias con el fin de mejorar el rendimiento físico de los atletas en juegos y competiciones de carácter deportivo se remonta, al menos, al siglo III antes de nuestra era, sin embargo sólo será a finales del siglo pasado cuando se hable del fenómeno del dopaje como elemento fraudulento.

A pesar de su antigüedad no es hasta la década de los sesenta cuando se dan los inicios de la política antidopaje. Se ha afirmado que la lucha contra el dopaje empieza en Italia en 1954, creándose en Florencia el primer laboratorio especializado en 1961, no obstante, se suele citar el coloquio europeo sobre dopaje celebrado en la localidad francesa de Uriage-les-Bains, en 1963, como el punto de arranque. A nivel mundial la preocupación por la gravedad y frecuencia de dopaje llevó el 4 de febrero de 1999 a la aprobación de la Declaración de Lausana sobre Dopaje en el Deporte. Esta Conferencia Mundial sobre el Dopaje en el Deporte contó con la participación de representantes de los Gobiernos, de organizaciones intergubernamentales y no gubernamentales, del Comité Olímpico Internacional, de las federaciones deportivas internacionales, de los comités olímpicos nacionales y de los atletas.

La Declaración destacó la necesidad de crear un organismo internacional independiente que estableciera normas uniformes para luchar contra el dopaje y coordinara los esfuerzos de las organizaciones deportivas y de los poderes públicos. En ese mismo año de 1999, se creó la Agencia Mundial Antidopaje que es el organismo que dirige y coordina la lucha contra el dopaje en el deporte y quien en 2003 elaboró el Código Mundial Antidopaje y las normas internacionales de procedimientos que lo complementan y constituye el meollo de los esfuerzos internacionales por eliminar el dopaje en el deporte. Dicho Código entró en vigor en enero de 2004, y ha sido reformado en 2007, en 2009 y en 2015.

Por su parte, en la 33ª Conferencia General de la Organización de Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO), que se

celebró en París en 2005, se aprobó la Convención Internacional contra el Dopaje en el Deporte de la UNESCO. Se trata del primer instrumento jurídico internacional que tiene por objeto la erradicación del dopaje y posee a su vez un carácter obligatorio y un alcance universal. La finalidad de la Convención fue promover la prevención del dopaje en el deporte y la lucha contra éste con miras a su eliminación. Por primera vez, gobiernos de todo el mundo acordaron aplicar el peso del Derecho internacional al dopaje. Este hecho fue importante, porque existen ámbitos específicos en los que únicamente los gobiernos poseen los medios de hacer avanzar la lucha contra el dopaje. La Convención contribuye asimismo a integrar el Código Mundial Antidopaje en el Derecho internacional, al obligar a los países a tomar medidas, si bien hay cierto grado de flexibilidad en las estrategias que los gobiernos pueden adoptar para poner en vigor la Convención, ya sea mediante legislación, reglamentación, políticas o prácticas administrativas, pero en todo caso los gobiernos tendrán que tomar medidas específicas con el fin de restringir la disponibilidad de sustancias o métodos prohibidos destinados a los deportistas, lo que incluye medidas de lucha contra el tráfico o facilitar los controles antidoping y apoyar los programas nacionales de controles.

Se puede afirmar, que la creación de la Agencia Mundial Antidopaje, la aprobación del Código Mundial Antidopaje y la aprobación del Convenio Internacional contra el Dopaje son los tres grandes hitos que han propiciado el compromiso de la comunidad deportiva para acabar con el dopaje.

En las distintas etapas de su proceso de construcción política, Europa ha sido pionera, especialmente desde mediados de los años setenta del siglo XX, en la denuncia de los peligros que comporta el dopaje en el deporte y en la adopción de iniciativas para combatir esta lacra por parte de sus países miembros, de una manera cada vez más coordinada y más eficaz. En el ámbito europeo, el Consejo de Europa fue la primera institución comprometida que mostró su preocupación por el dopaje. En los años sesenta se dieron las primeras Resoluciones del Comité de Ministros del Consejo de Europa instando a una cooperación estrecha entre Gobiernos y de estos con las Organizaciones deportivas en aras a la eficacia en la lucha contra el dopaje. En 1989 se produce la aprobación del Convenio Europeo contra el Dopaje, que fue ratificado por España en 1992.

En España los inicios de la política antidopaje hay que situarlos en 1990 con la aprobación de la Ley 10/1990, de 15 de octubre, del Deporte, cuyo Título VIII, dedicado a combatir el dopaje en el deporte se centraba

principalmente en el control de las sustancias y métodos prohibidos en el deporte.²⁶

En 2006, la necesidad de armonizar nuestra normativa a los principios del Código Mundial Antidopaje favoreció la aprobación de la Ley Orgánica 7/2006, de 21 de noviembre, de Protección de la Salud y de Lucha contra el Dopaje en el Deporte²⁷ que, por primera vez, hizo intervenir la vía penal en materia de dopaje a través de la introducción en el CP del nuevo artículo 361 bis²⁸.

El artículo 361 bis del CP contenía la siguiente redacción:

“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.

²⁶ Vid. DE VICENTE MARTÍNEZ, Rosario, “La lucha contra el dopaje”, en *Revista Aranzadi de Derecho de Deporte y Entretenimiento*, No. 42, 2014, pp. 593 y ss.

²⁷ La Ley Orgánica de 2006, tras la última modificación del CMA en enero de 2009, fue derogada por la nueva Ley Orgánica 3/2013, de 20 de junio, de Protección de la Salud del deportista y lucha contra el dopaje en la actividad deportiva. En el propio Preámbulo de la Ley Orgánica de 2013 se puede leer: “La última modificación del Código Mundial Antidopaje tuvo lugar en enero de 2009 y, desde esa fecha, se habían revelado ciertas incongruencias entre la normativa española y las nuevas disposiciones del Código. En consecuencia, además de por las razones antes expuestas, la obligada adaptación de la normativa española al Código Mundial Antidopaje derivó en la necesidad de adoptar medidas de carácter legislativo que paliaran esta situación”.

²⁸ Sobre el delito de dopaje, *vid.* más extensamente, CORTÉS BECHIARELLI, Emilio, *El delito de dopaje*, Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 2007.

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:

- 1ª. Que la víctima sea menor de edad.
- 2ª. Que se haya empleado engaño o intimidación.
- 3ª. Que el responsable se haya prevalido de una relación de superioridad laboral o profesional.”

Con el establecimiento del nuevo ilícito penal, se completaba el diseño integral de una política criminal contra el dopaje, iniciado en febrero de 2005 al dar luz verde el Consejo de Ministros a la puesta en marcha de un Plan de Acción Integral contra el Dopaje en el Deporte.

Pero, el artículo 361 bis no nació exento de contratiempos y dificultades, especialmente en relación con la fijación y determinación del bien jurídico protegido.²⁹

Hay quien ha justificado la punición del dopaje en el juego limpio, *fair play* o ética deportiva, desconociendo que la ética deportiva o conceptos similares no constituyen verdaderos bienes jurídicos o, al menos, no tan importantes como para ser protegidos por el Derecho penal. Además no resulta fácil justificar la intervención penal para proteger aspectos puramente deportivos, dimensión ésta que no carece de importancia, pero que corresponde ventilar en otra sede como la disciplinaria administrativa o la sancionadora administrativa.

Para la doctrina mayoritaria, el bien jurídico protegido es la salud en la práctica del deporte, tal como se desprende del título de la propia Ley antidopaje al referirse a la protección de la salud y lucha contra el dopaje, de la denominación del Título III de la Ley donde se enmarca el artículo 44 de la misma, y del lugar en el que se ha introducido tal artículo en el CP, dentro del Capítulo dedicado a los delitos contra la salud pública, y, por último, por la propia dicción del artículo que viene a castigar al entorno del deportista cuando se empleen métodos dopantes que por su

²⁹ Vid. DE VICENTE MARTÍNEZ, Rosario, “O delito de doping esportivo”, en *Síntese. Direito Desportivo*, No. 20, 2014, pp. 99 y ss.

contenido o por la reiteración de la ingesta pongan en peligro la vida o la salud del deportista.³⁰

El nuevo artículo 361 bis del CP pretende disuadir al círculo más próximo al deportista en realizar o colaborar en prácticas dañinas para el mismo. En la propia Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 7/2006, se deja claro que el delito se refiere al denominado entorno del deportista (médicos, entrenadores, fisioterapeutas, etc.), y aunque ciertamente estos son los autores más probables, en cuanto que son los que están en contacto con el deportista, realmente la descripción típica no hace acotamiento alguno, al referirse al sujeto activo de manera totalmente genérica “los que...”. Lo único cierto y seguro es que el deportista no es nunca autor del delito. Ni aun cuando, como no será infrecuente, la administración de las sustancias cuente con su expresa voluntad y hasta con su ferviente deseo.

A diferencia de lo que ocurre en las normativas belga o italiana que sitúan al deportista en el epicentro de la autoría, en el Derecho penal español el deportista no es ni puede ser el autor del delito.

El objeto material del delito lo constituyen “las sustancias o grupos farmacológicos prohibidos” y “los métodos no reglamentarios” destinados a aumentar las capacidades físicas de los deportistas o a modificar los resultados de las competiciones, siempre y cuando esas sustancias o grupos farmacológicos prohibidos o métodos no reglamentarios “pongan en peligro la vida o la salud de los deportistas, ya sea «por su contenido», por la reiteración en la ingesta”, ya por “cualquiera otras circunstancias concurrentes”. Es decir, no cualquier sustancia que mejore la capacidad física del deportista será objeto del delito, sino solamente aquellas que estén prohibidas por el Organismo correspondiente.

Se trata, por tanto, de una norma penal en blanco que nos remite a la normativa administrativa en la materia. El artículo 12 de la Ley Orgánica 7/2006 dispone que en el marco de los compromisos y obligaciones internacionales asumidos por España, y en particular en el marco de la Convención Antidopaje de la UNESCO, el Consejo Superior de Deportes publicará en el Boletín Oficial del Estado, mediante Resolución de su

³⁰ DE VICENTE MARTÍNEZ, Rosario, “El “narcotráfico de gimnasio”. Al hilo de la sentencia del Juzgado de lo Penal número 6 de Valencia de 10 de octubre de 2012”, en *Revista Española de Derecho Deportivo*, No. 31, Madrid, 2013, pp. 85 y ss.

Presidencia, la lista de sustancias y métodos prohibidos en todo momento (en competición y fuera de ella); sustancias y métodos prohibidos sólo en competición; y sustancias prohibidas en determinados deportes.

La determinación de cuáles sean “las sustancias o grupos farmacológicos prohibidos” y “los métodos no reglamentarios” se erige como una cuestión capital y verdadero núcleo central del tipo, puesto que es impune el hecho de prescribir, proporcionar, dispensar, suministrar, administrar, ofrecer o facilitar sustancias y grupos farmacológicos permitidos o métodos reglamentarios, por mucho que esas sustancias, grupos farmacológicos o métodos puedan aumentar las capacidades físicas de los deportistas o modificar los resultados de las competiciones (como ocurre, por ejemplo, con el agua glucosada o la utilización de cámaras hiperbáricas), y ello, pese a que puedan llegar a poner en grave riesgo la vida o la salud de los afectados. El epicentro del artículo 361 bis del CP se sitúa extramuros del Derecho penal, siendo el Consejo Superior de Deportes quien determina lo bueno y lo malo, lo aceptable y lo prohibido, fijando así, las fronteras de la conducta delictiva.

Por lo que se refiere a las acciones típicas, éstas consisten en “prescribir, proporcionar, dispensar, suministrar, administrar, ofrecer o facilitar” “las sustancias o grupos farmacológicos prohibidos”, y “los métodos no reglamentarios, sin justificación terapéutica”.

El tipo penal del artículo 361 bis del CP requiere también un requisito de carácter negativo, que no exista justificación terapéutica, esto es, el delito requiere que las sustancias se prescriban sin justificación terapéutica y vayan destinadas a aumentar las capacidades físicas o a modificar los resultados de las competiciones. El tipo no utiliza la conjunción “y”, sino “o”, es decir, que dicha ingesta puede tener una de las dos finalidades, por lo que no resulta ajeno al tipo la finalidad de aumentar las capacidades físicas desvinculada de una competición oficial, por lo que es irrelevante que no exista prueba alguna de que la prescripción o el consumo de las sustancias vendidas en la farmacia estuvieran relacionadas con competición alguna.

IV. La reforma penal de 2010: la corrupción en el deporte

La lucha contra la corrupción deportiva no cesa, entre otras razones por su vinculación al crimen organizado y por la magnitud económica que conlleva. Se estima que más de 1.000 millones de euros se apostaron

en la final de la UEFA Champions League 2012/2013 solo en Asia y más de 500.000 millones de euros a nivel mundial en el deporte cada año.

Se ha repetido en numerosas ocasiones que el deporte profesional es más negocio que deporte, un negocio que prolifera de forma indiscriminada en Europa; y en algunos aspectos, dicha afirmación no está desprovista de razón. Además, es precisamente esa vertiente económica la que ha venido a constituir el factor de atracción de determinadas prácticas indeseadas al ámbito deportivo. Como señalan GARCÍA SILVERO y VAQUERO VILA, el ingente movimiento de dinero que el deporte canaliza ha sido una de las principales razones que han motivado que determinadas personas quieran tomar parte y beneficiarse de la vertiente económica de la actividad deportiva, aunque para ello tengan que recurrir a prácticas nada loables sino más bien al contrario, utilizando el artificio, el engaño y la manipulación.³¹

De ahí que una última particular tipología que interesa al Derecho deportivo pero que, en ciertos casos, puede ser también susceptible de relevancia penal, sea el fraude en las competiciones deportivas o fraude deportivo ya que los amaños en partidos de competición, en particular de tenis y de fútbol, comienzan a ser noticia habitual.³²

El periodista canadiense Declan HILL, autor del libro *The Fix: Soccer and organized crime*,³³ tras haber estudiado centenares de partidos sospechosos a lo largo de los últimos 40 años, ha advertido que los manipuladores de partidos y el crimen organizado llegarán a Europa y destruirán su deporte de la misma manera que lo destruyeron en Asia.

No es de extrañar, por tanto, que en 2013, el Parlamento Europeo adoptase una Resolución³⁴ para que todos los estamentos afrontasen de forma

³¹ GARCÍA SILVERO y VAQUERO VILA, en ALONSO MARTÍNEZ (Coordinador), *¿Es necesaria la represión penal para evitar los fraudes en el deporte profesional?*, impresión digital, 2009, p. 144, disponible en: www.derechodeportivo.es (consultado: 16/03/2016 a las 09.45).

³² DE VICENTE MARTÍNEZ, Rosario, "Fraude e corrupção no esporte profissional", en *Síntese. Direito Desportivo*, No. 22, 2015, pp. 38 y ss.

³³ HILL, Declan, *The Fix: Soccer and organized crime*, McClelland & Stewart, 2008.

³⁴ Resolución del Parlamento Europeo de 14 de marzo de 2013, sobre amaño de partidos y la corrupción en el deporte.

común la lucha contra esta lacra del deporte ya que las organizaciones delictivas operan a escala internacional y poseen contactos en todo el mundo, por lo que ninguna institución, país u organización podría combatir el amaño de partidos por su cuenta. La Resolución nace a raíz de la llamada "Operación Veto" que destapo una práctica extendida en los últimos años de amaño de partidos de fútbol, con 680 partidos sospechosos en todo el mundo, entre ellos 380 partidos en Europa, y que descubrió una vasta red de amaño de partidos que afecta de lleno al deporte, con 425 personas bajo sospecha y otras 50 detenidas. Estas cifras, según la Oficina Europea de Policía (Europol), son tan solo la punta de iceberg. La Resolución considera que el amaño de partidos es una forma de delincuencia que genera ingresos elevados, mientras que los índices de condena y de detección son extremadamente bajos, por lo que las organizaciones delictivas utilizan el amaño de partidos en el marco de sus actividades ilegales, como el blanqueo de capitales, la trata de seres humanos y el tráfico de drogas.

En la Resolución, el Parlamento Europeo insta a los Estados miembros de la Unión Europea a incluir expresamente el amaño de partidos en su Derecho penal nacional y establecer unas sanciones mínimas comunes adecuadas, crear unidades especializadas para combatir el amaño de partidos y servir no solo como medio de comunicación y cooperación entre los estamentos interesados, sino también como un centro de información para que las empresas dedicadas a los juegos de azar puedan dar detalles sobre los patrones de apuestas irregulares. La Resolución enfatiza la importancia, en particular, de las organizaciones deportivas, de educar a los deportistas, así como a sus consumidores y a los jóvenes aficionados del peligro del amaño de partidos, insta a que se establezca un código de conducta para todo su personal y sus responsables: jugadores, árbitros, personal médico y técnico, y dirigentes de clubes y asociaciones, que exponga los peligros que conlleva el amaño de partidos y que prohíba claramente la manipulación de partidos para las apuestas o con otros fines.

El deporte se ha visto salpicado en numerosas ocasiones por situaciones de fraude y abuso. Las prácticas de *ambush marketing*,³⁵ como actividad

³⁵ Este curioso término *marketiniano* se puso de moda en las Olimpiadas de Beijing 2008. El término hace referencia a aquellas acciones de *marketing* que se realizan en torno a eventos pero por las cuales no se paga patrocinio ni derechos y se realizan de forma legal. En los eventos por norma general siempre hay un patrocinador oficial, lo que deja fuera a otras posibles marcas. Es aquí cuando se empieza a utilizar el *ambush*, para

habitual y frecuente en los acontecimientos deportivos de los últimos tiempos; el fraude en la contratación de deportistas profesionales; matrimonios de complacencia para la adquisición de la nacionalidad española por deportistas extranjeros;³⁶ elusión del pago de impuestos; fraudes y apuestas deportivas en el fútbol profesional son cada vez más numerosas. Pero, entre los diferentes supuestos de fraude en la práctica de la actividad deportiva, en las legislaciones que han regulado expresamente la materia, el término “fraude deportivo” se ha centrado en tres conductas fraudulentas:

- En primer lugar, amaños o compras de partidos con sus famosas “primas a terceros”, esto es, terceros equipos que ofrecen cantidades económicas a otro por conseguir un resultado positivo. DE URBANO CASTILLO define esta conducta como la actividad mediante la cual una o más personas entran en contacto con otra u otras, para prede-terminar el resultado de un concreto partido y así, alterar la competi-ción de modo fraudulento.³⁷ Esta táctica está expresamente prohibida en la reglamentación de las Federaciones, por ejemplo en la Real Federación Española de Fútbol,

saltarse la exclusividad del patrocinador oficial y conseguir que otra marca aparezca y sea asociada a dicho evento. Consiste, por tanto, en “aprovecharse” para conseguir tener cierta repercusión por encima de los patrocinadores oficiales. Los casos de *ambush marketing* normalmente suelen darse en eventos deportivos. Uno de los primeros casos fue el de las Olimpiadas de 1984 donde Fujifilm era el patrocinador oficial, lo que impedía a Kodak tener presencia publicitaria en los estadios o en toda la Olimpiada. Por tanto, Kodak optó por patrocinar a la cadena de televisión que retransmitía el evento y al equipo americano de atletismo. De esta forma, aunque el patrocinador oficial fuese Fujifilm, en todas las retransmisiones aparecía también Kodak como patrocinador y se podía ver su marca en los trajes de los atletas americanos. Aunque esto pueda parecer normal, el *ambush* genera cierta polémica por temas éticos ya que el *ambush* va un poco más allá. Normalmente, el *ambush* es un patrocinio no pagado y generalmente trata de aprovecharse de la situación. En los Juegos Olímpicos de verano del 88 Fujifilm le devolvió la jugada a Kodak de la misma manera.

³⁶ Una de las posibles vías fraudulentas para evitar el control del cupo de jugadores extranjeros permitidos en la contratación de un equipo y en el desarrollo del encuentro deportivo es la obtención de la nacionalidad española por razón de matrimonio.

³⁷ DE URBANO CASTILLO, en ALONSO MARTÍNEZ (Coordinador), *¿Es necesaria la represión penal para evitar los fraudes en el deporte profesional?*, impresión digital, 2009, p. 27, disponible en: www.derechodeportivo.es (consultado: 16/03/2016 a las 09.45).

lo que no impide que su presencia cada final de temporada sea una constante en los últimos años.

Como gráficamente expone CARDENAL CARRO en su Presentación al Libro *¿Es necesaria la represión penal para evitar los fraudes en el deporte profesional?*, "el run-run de maletines ha existido siempre, e incluso en ocasiones se han demostrado sus viajes. Es parte de los finales de temporada en nuestro fútbol, y, a fin de cuentas, no deja de ser un círculo vicioso en el que, unos por otros, todo se iguala, sin que haya que dramatizar".³⁸

En efecto, el tramo final de la Liga Nacional de Fútbol Profesional es época de maletines, de rumores sobre primas a terceros. Nadie afirma su existencia, aunque tampoco la niegan. La realidad indica que los maletines existen.

- En segundo lugar, compra de árbitros. Los sobornos a los árbitros de la contienda no conocen de fronteras. Desde Argentina, pasando por Brasil, por Colombia hasta Perú, país en el que se han denunciado diversos supuestos de sobornos a árbitros. Sobornos que se extienden por toda Europa hasta China, país cuyo árbitro internacional, Gong Jianping, fue condenado a diez años de cárcel por aceptar sobornos durante la temporada 2000-2001 de manos de varios clubes de la primera división.
- En tercer lugar, manipulación de apuestas, resultando socialmente llamativas las transformaciones de los resultados debidas a actuaciones ilícitas.³⁹

La respuesta del Derecho penal a la corrupción deportiva⁴⁰ pasa por las siguientes opciones:

- En primer lugar, la aprobación de una ley penal especial. A esta opción se han acogido países como Italia o Portugal. En Italia, tras el llamado

³⁸ CARDENAL CARRO, Miguel, en ALONSO MARTÍNEZ (Coordinador), *¿Es necesaria la represión penal para evitar los fraudes en el deporte profesional?*, impresión digital, 2009, p. 15, disponible en: www.derechodeportivo.es (consultado: 16/03/2016 a las 09.45).

³⁹ DE VICENTE MARTÍNEZ, Rosario, "Sobre amaños de partidos, primas a terceros, maletines y Derecho penal", en *Anuario Iberoamericano de Derecho deportivo* (Dir. Millán Garrido/Cervantes Liñan), Ed. Grijley, Lima, 2016, pp. 17 y ss.

⁴⁰ Vid. más ampliamente en DE VICENTE MARTÍNEZ, Rosario, *Derecho penal del deporte*, op. cit., pp. 500 y ss.

caso “Calciopoli” o pago a los árbitros para ganar partidos, se aprobaba la Ley No. 401, de 13 de diciembre de 1989, de intervención en el sector del juego y de las apuestas clandestinas, y de protección del correcto desarrollo de las competiciones deportivas,⁴¹ cuya novedad más importante es que introduce el nuevo delito de fraude en competiciones deportivas. Esta Ley representa el cumplimiento de un proceso de reforma que ha durado treinta años. Las razones de la larga duración de dicho proceso legislativo se atribuyen a la fuerte hostilidad procedente del mundo del deporte contra las intervenciones del ordenamiento jurídico estatal por limitar su autonomía.⁴²

En Portugal fue el caso conocido como “Silbato de Oro” el que precipitó la aprobación de la Ley 50/2007, de 31 de agosto, por la que se establece un nuevo régimen de responsabilidad penal por comportamientos susceptibles de afectar a la verdad, la lealtad y la corrección de la competición y de sus resultados en la actividad deportiva. La Ley tiene como objetivo erradicar los comportamientos fraudulentos del sector deportivo, reforzar y combatir la corrupción deportiva, así como introducir un conjunto de novedades en la materia, tipificando las conductas relativas al tráfico de influencias y las asociaciones ilícitas, añadiendo, igualmente, la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

- En segundo lugar, combatir el fraude deportivo o el fraude en las competiciones deportivas con las herramientas de que dispone el CP como, por ejemplo, los delitos de estafa o de cohecho, solución a la que se ha apuntado Alemania donde los mecanismos reguladores se centran esencialmente en el delito de estafa, no previéndose tipos penales especiales en contra de la corrupción en el ámbito deportivo como, por ejemplo, el cohecho de árbitros en el deporte, conducta

⁴¹ Ley publicada en la Gazzeta Ufficiale núm. 294, de 18 de diciembre de 1989. Esta Ley ha sido objeto de posteriores modificaciones llevadas a cabo por la Ley núm. 537, de 24 de abril, por el Decreto-Ley núm. 557, de 30 de diciembre de 1993, por la Ley núm. 45, de 24 de febrero de 1995, por la Ley núm. 377, de 19 de octubre de 2001, que sustituyó en el título de la Ley la palabra “competiciones agonísticas” por “competiciones deportivas”, o por el Decreto-Ley núm. 8, de 8 de febrero de 2007, de medidas urgentes para la prevención y represión de fenómenos de violencia ligados a competiciones de fútbol.

⁴² Vid. PADOVANI, “Commento all’art. 1º Legge 13 dicembre 1989, n. 401”, en *Legislazione Penale*, 1990, pp. 94 y ss.; BOLOGNA, “L’illecito sportivo nella nuova normativa”, en *Revista di Diritto dello Sport*, 1990, pp. 146 y ss.; y BELTRANI, “Il reato di frode sportiva”, en *Cassazione Penale*, No. 5, 2008, pp. 2080 y ss.

castigada a través de los tipos penales generales. No obstante, en 1999 en este país, Klaus VOLK propuso de *lege ferenda* tipificar un tipo penal de corrupción privada más amplio que el previsto – que se limita a la economía – al considerar que se debe luchar contra la corrupción en cualquier ámbito de la vida social, incluido el deporte. La propuesta de tipo penal general de corrupción era la siguiente: “Quien en una decisión con consecuencias para otro no se atiene a las reglas y por ello solicita, se hace prometer o acepta una ventaja para sí o para un tercero, será castigado....”⁴³ La propuesta no tuvo acogida alguna por parte del legislador.

- En tercer lugar, la incorporación al CP de nuevas figuras delictivas. Esta es la solución acogida por el legislador español en la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del CP y mediante la cual se introduce el delito de corrupción deportiva en el apartado 4º del artículo 286 bis del CP. La Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, incorporó al Derecho español la Decisión Marco 2003/568/JAI de 22 de julio de 2003, relativa a la lucha contra la corrupción en el sector privado, adaptando el ordenamiento penal español a las directivas de la Unión Europea. Esta Ley ubica sistemáticamente la corrupción entre particulares en la Sección Cuarta del Capítulo XI, “De los delitos relativos a la propiedad intelectual e industrial, al mercado y a los consumidores”, del Título XIII, “Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico”, del Libro II del Código penal. Se integra como artículo único de la Sección Cuarta, “De la corrupción entre particulares”, el artículo 286 bis, que queda redactado como sigue:

“1. Quien por sí o por persona interpuesta prometa, ofrezca o conceda a directivos, administradores, empleados o colaboradores de una empresa mercantil o de una sociedad, asociación, fundación u organización un beneficio o ventaja de cualquier naturaleza no justificados para que le favorezca a él o a un tercero frente a otros, incumpliendo sus obligaciones en la adquisición o venta de mercancías o en la contratación de servicios profesionales, será castigado con la pena de prisión de seis meses a cuatro años, inhabilitación especial para el ejercicio de industria o comercio por tiempo

⁴³ VOLK, Klaus, en GÖSSEL y TRIFFTERER (Editores), *Gedächtnisschrift für Heinz Zipf*, Heidelberg, 1999, p. 424.

de uno a seis años y multa del tanto al triplo del valor del beneficio o ventaja.

2. Con las mismas penas será castigado el directivo, administrador, empleado o colaborador de una empresa mercantil, o de una sociedad, asociación, fundación u organización que, por sí o por persona interpuesta, reciba, solicite o acepte un beneficio o ventaja de cualquier naturaleza no justificados con el fin de favorecer frente a terceros a quien le otorga o del que espera el beneficio o ventaja, incumpliendo sus obligaciones en la adquisición o venta de mercancías o en la contratación de servicios profesionales.

3. Los jueces y Tribunales, en atención a la cuantía del beneficio o al valor de la ventaja, y la trascendencia de las funciones del culpable, podrán imponer la pena inferior en grado y reducir la de multa a su prudente arbitrio.

4. Lo dispuesto en este artículo será aplicable, en sus respectivos casos, a los directivos, administradores, empleados o colaboradores de una entidad deportiva, cualquiera que sea la forma jurídica de ésta, así como a los deportistas, árbitros o jueces, respecto de aquellas conductas que tengan por finalidad predeterminar o alterar de manera deliberada y fraudulenta el resultado de una prueba, encuentro o competición deportiva profesionales.”

El artículo 286 bis en sus tres primeros apartados tipifica el delito de corrupción entre particulares, también denominado corrupción en el sector privado, delito que protege la lealtad competitiva, esto es, el intercambio de servicios en el tráfico comercial en el que hay más de un ofertante de bienes o servicios comerciales, lo que justifica su ubicación sistemática. Sin embargo, de esta dinámica se aleja el apartado 4.º del artículo 286 bis del CP al tipificar una conducta que no afecta propiamente a las reglas de la competencia y ello no es de extrañar ya que la citada Decisión-Marco nada establece sobre la necesidad de regular penalmente la corrupción en el ámbito deportivo, sin que el Preámbulo de la Ley Orgánica de 2010 añada mayor justificación, más que se ha considerado conveniente hacerlo. Dice el Preámbulo de la Ley Orgánica:

“Se ha considerado conveniente tipificar penalmente las conductas más graves de corrupción en el deporte. En este sentido se castigan todos aquellos sobornos llevados a cabo tanto por los miembros y colaboradores de entidades deportivas como por los deportistas, árbitros o jueces, encaminados a predeterminar o alterar de manera deliberada y fraudulenta el resultado de una prueba, encuentro o competición deportiva, siempre que estas tengan carácter profesional”.

Es patente que el nuevo delito de corrupción deportiva contenido en el artículo 286 bis. 4 no obedece a la transposición de la normativa europea. En realidad, el legislador ha aprovechado aquélla, dictada para el ámbito empresarial de los negocios, para introducir, de paso, el nuevo delito de corrupción en el deporte.⁴⁴

La incorporación de este delito de corrupción deportiva al CP obedece más al requerimiento que el 11 de junio de 2008 la Liga de Fútbol Profesional realizaba al Secretario de Estado y Presidente del Consejo Superior de Deportes, exponiéndole las razones fácticas y jurídicas que justificaban la especial conveniencia de que el legislador español se planteara la posibilidad de aprobar un marco normativo específico en materia de fraude deportivo. El Manifiesto sobre las conductas fraudulentas en el deporte y la necesaria adopción de medidas legislativas para su represión, fue ratificado por la Liga de Fútbol Profesional y de Fútbol Sala, las Asociaciones profesionales de deportistas españoles de fútbol, baloncesto y balonmano. Al informe se adjuntaba un borrador de Proyecto de Ley sobre el fraude deportivo elaborado por los servicios jurídicos de la Liga de Fútbol Profesional, que no es sino la extrapolación al Derecho español de la Ley portuguesa 50/2007, de 31 de agosto, por la que se establece un nuevo régimen de responsabilidad penal por comportamientos susceptibles de afectar a la verdad, la lealtad y la corrección de la competición deportiva y sus resultados.

El apartado 4 del artículo 286 bis del CP extiende el tipo delictivo de la corrupción entre particulares hasta incluir en el círculo de sujetos activos al directivo, administrador, empleado o colaborador de una entidad deportiva, deportistas, árbitros o jueces. Se trata, por tanto, de un delito especial ya que sujeto activo sólo puede serlo aquella persona que, además de realizar la acción típica, reúna las cualidades exigidas en el tipo: directivo, administrador, empleado o colaborador de una entidad deportiva, deportistas, árbitros o jueces. Opinión reforzada por la propia Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, que señala expresamente: “se castigan todos aquellos sobornos llevados a cabo tanto por

⁴⁴ En este mismo sentido también CASTRO MORENO, Abraham, “El delito de corrupción en el deporte” en PALOMAR OLMEDA y PÉREZ GONZÁLEZ (Coordinadores), *Derecho Deportivo: legislación, comentarios y jurisprudencia*, Valencia, 2013, pp. 785 y ss.

los miembros y colaboradores de entidades deportivas como por los deportistas, árbitros o jueces". Quedaría impune, por tanto, la conducta de la compra de partidos por particulares.

La acción típica consiste, en el caso de la corrupción activa, en un acto intencionado de prometer, ofrecer o conceder un beneficio o ventaja de cualquier naturaleza no justificados para la realización o abstención de un acto dirigido a predeterminar o alterar de manera deliberada y fraudulenta el resultado de una competición deportiva. Por su parte, constituye corrupción pasiva el acto intencionado de recibir, solicitar o aceptar un beneficio o ventaja de cualquier naturaleza no justificados para la realización o abstención de un acto dirigido a predeterminar o alterar de manera deliberada y fraudulenta el resultado de una competición deportiva.

La conducta, conforme la redacción del tipo penal, tiene que venir motivada por una concreta finalidad: predeterminar o alterar de manera deliberada y fraudulenta el resultado de una competición deportiva. Los modos de predeterminar el resultado pueden ser llevados a cabo a través de una doble modalidad: amaños o compras de partidos y sobornos a un jugador, entrenador o árbitro para influir de manera directa en el resultado. Se trata de sancionar penalmente a los deportistas que se "dejan ganar" o a los árbitros que "prevarican" para influir en el resultado.

Queda fuera del tipo penal la manipulación de apuestas deportivas por Internet, también conocidas como apuestas *on-line*, apuestas permitidas pero no reguladas ni controladas, que mueven más de 75 millones de euros en España. Hay que recordar que se puede apostar por todo, algunas casas de apuestas *on-line* admiten hasta cuatrocientos conceptos distintos en un solo partido.

El legislador ha recurrido a un delito de mera actividad, pues si bien no se especifica nada en el apartado 4 del artículo 286 bis, su relación con el apartado 1 lleva a tal conclusión al castigar al que "prometa, ofrezca o conceda", de manera que la mera promesa u ofrecimiento se convertirían en actos constitutivos de delito.

V. La reforma penal de 2015

La Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, de modificación del CP, ha introducido algunos cambios en los preceptos relacionados con el deporte.

En primer lugar, por lo que se refiere a la violencia deportiva, el legislador de 2015 ha modificado el delito de desórdenes públicos previsto en el

artículo 557 y ha omitido toda referencia a los espectáculos deportivos. Asimismo la falta se ha eliminado como consecuencia de la supresión del Libro III, "De las faltas". Permanece inalterado, por el contrario, el artículo 558 del CP.

En segundo lugar, el delito de dopaje deportivo previsto en el artículo 361 bis ha pasado a constituir el artículo 361 quinquies con idéntico contenido. La reforma de 2015 solo ha cambiado el orden de los delitos comprendidos en el Capítulo III, "De la salud pública" del Título XVII, "De los delitos contra la seguridad colectiva".

En tercer lugar, por lo que respecta al delito de corrupción deportiva, el legislador ha querido mejorar la redacción del mismo y ha sustituido la expresión final del precepto "competición deportiva profesionales" por "competición deportiva de especial relevancia económica o deportiva". Asimismo introduce un segundo párrafo al apartado 4 del artículo 286 bis para ofrecer un concepto de competición deportiva de especial relevancia económica o deportiva.

Así, la redacción final de este apartado 4 del artículo 286 bis queda redactado en los siguientes términos:

"4. Lo dispuesto en este artículo será aplicable, en sus respectivos casos, a los directivos, administradores, empleados o colaboradores de una entidad deportiva, cualquiera que sea la forma jurídica de ésta, así como a los deportistas, árbitros o jueces, respecto de aquellas conductas que tengan por finalidad predeterminar o alterar de manera deliberada y fraudulenta el resultado de una prueba, encuentro o competición deportiva de especial relevancia económica o deportiva.

A estos efectos, se considerará competición deportiva de especial relevancia económica, aquélla en la que la mayor parte de los participantes en la misma perciban cualquier tipo de retribución, compensación o ingreso económico por su participación en la actividad; y competición deportiva de especial relevancia deportiva, la que sea calificada en el calendario deportivo anual aprobado por la federación deportiva correspondiente como competición oficial de la máxima categoría de la modalidad, especialidad, o disciplina de que se trate."

El objetivo de la reforma se ha centrado en la sustitución del inciso "competición profesional", término que no se entendía demasiado bien, por "competición deportiva de especial relevancia económica o deportiva". Y para que no quedará duda alguna de cómo se ha de interpretar dicho

inciso, el legislador introduce un concepto o definición de lo que ha de entenderse por tales términos. En este sentido entiende que hay que distinguir entre dos clases de competiciones deportivas, las de especial relevancia económica y las de especial relevancia deportiva.

En los casos de competiciones deportivas de relevancia económica el legislador pone el acento en el aspecto económico de los participantes y será de aplicación en aquellas competiciones en las que la mayor parte de los participantes perciban cualquier tipo de retribución, compensación o ingreso económico por su participación en la competición. Con esta aclaración, podrá cometerse el delito de corrupción deportiva incluso en aquellas competiciones de menor importancia, lo que con la tipificación anterior a la reforma no era posible porque se exigía que el objeto lo fuera respecto a prueba, encuentro o competición deportiva profesionales. Con la nueva redacción quedan incluidas todas las categorías deportivas si los jugadores de un equipo perciben algún tipo de cantidad económica como compensación, sea la que fuera.

En los casos de competiciones de relevancia deportiva, las mismas son las que aparecen calificadas en el calendario deportivo anual aprobado por la federación deportiva correspondiente como competición oficial de la máxima categoría de la modalidad, especialidad, o disciplina de que se trate.

Esta novedad amplía el arco de acción de la justicia penal a categorías inferiores, que con la norma anterior quedaban fuera por no considerarse profesionales, por ejemplo, en el fútbol solo se consideran profesionales primera división y segunda división, aumentando el campo de la intervención penal.

En la reforma penal de 2015 se incluye, también, como novedad unos tipos agravados, ausentes en la regulación anterior. En el artículo 286 quarter se recoge en el párrafo tercero que:

“En el caso del apartado 4 del artículo 286 bis, los hechos se considerarán también de especial gravedad cuando:

- a) tengan como finalidad influir en el desarrollo de juegos de azar o apuestas; o
- b) sean cometidos en una competición deportiva oficial de ámbito estatal calificada como profesional o en una competición deportiva internacional.”

Para estos tipos agravados la pena se impondrá en su mitad superior, pudiéndose llegar hasta la superior en grado. Con la incorporación de estos nuevos tipos agravados al texto punitivo pasan a perseguirse penalmente

las redes de apuestas en el deporte y los fraudes en competición deportiva oficial de ámbito estatal calificada como profesional o en una competición deportiva internacional. La diferencia entre el artículo 286 bis. 4 y el nuevo artículo 286 quater, tercer párrafo, radica en que la penalidad se agrava en los supuestos de competición deportiva oficial de ámbito estatal calificada como profesional o en una competición deportiva internacional, por lo que la penalidad del artículo 286 bis. 4 queda tan solo para la que sea calificada en el calendario deportivo anual aprobado por la federación deportiva correspondiente como competición oficial de la máxima categoría de la modalidad, especialidad, o disciplina de que se trate.

VI. Referencias bibliográficas

Obras generales

- CASTRO MORENO, Abraham, "El delito de corrupción en el deporte" en PALOMAR OLMEDA y PÉREZ GONZÁLEZ (Coordinadores), *Derecho Deportivo: legislación, comentarios y jurisprudencia*, Valencia, 2013.
- CORTÉS BECHIARELLI, Emilio, *El delito de dopaje*, Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 2007.
- DEVICENTE MARTÍNEZ, Rosario, *Derecho penal del deporte*, Editorial Bosch, Barcelona, 2010.
- HILL, Declan, *The Fix: Soccer and organized crime*, McClelland & Stewart, 2008.
- MAGNINI, Valentina, "Las medidas jurídico-penales contra la violencia con ocasión de manifestaciones deportivas en Italia: los delitos previstos en la Ley 401 de 1989", en MORILLAS CUEVA, Lorenzo y MANTOVANI, Ferrando (Directores), BENÍTEZ ORTÚZAR, Ignacio (Coordinador), *Estudios sobre Derecho y Deporte*, Editorial Dykinson, Madrid, 2008.
- MILLÁN GARRIDO, Antonio, en MILLÁN GARRIDO, Antonio (Coordinador), *Régimen jurídico de la violencia en el deporte*, Editorial Bosch, Barcelona, 2006.
- RAMÓN FERNÁNDEZ, Tomás, en el Prólogo al libro de GONZÁLEZ GRIMALDO, *El ordenamiento Jurídico del deporte*, Editorial Civitas, Madrid, 1974.
- RIOS CORBACHO, José Manuel, *Violencia, deporte y Derecho Penal*, Editorial VOLK, Klaus, en GÖSSEL y TRIFFTERER (Editores), *Gedächtnisschrift für Heinz Zipf*, Heidelberg, 1999.

Publicaciones periódicas

- BELTRANI, "Il reato di frode sportiva", en *Cassazione Penale*, No. 5, 2008.
- BOLOGNA, "L' illecito sportivo nella nuova normativa", en *Revista di Diritto dello Sport*, 1990.
- CARDENAL CARRO, Miguel, en ALONSO MARTÍNEZ (Coordinador), *¿Es necesaria la represión penal para evitar los fraudes en el deporte profesional?*, impresión digital, 2009, disponible en: www.derechodeportivo.es (consultado: 16/03/2016 a las 09.45).
- DE URBANO CASTIILLO, en ALONSO MARTÍNEZ (Coordinador), *¿Es necesaria la represión penal para evitar los fraudes en el deporte profesional?*, impresión digital, 2009, disponible en: www.derechodeportivo.es (consultado: 16/03/2016 a las 09.45).
- DE VICENTE MARTÍNEZ, Rosario, "Deporte y violencia (a propósito del enfrentamiento entre hinchas tras un partido de fútbol en Port Said, Egipto)", en *Derecho penal contemporáneo. Revista Internacional*, No. 40, Colombia, 2012.
- _____, "El "narcotráfico de gimnasio". Al hilo de la sentencia del Juzgado de lo Penal número 6 de Valencia de 10 de octubre de 2012", en *Revista Española de Derecho Deportivo*, No. 31, Madrid, 2013.
- _____, "Sport e violenza: la risposta del Diritto in Spagna e altrove", en *Rivista di Diritto Sportivo*, No. 2, Roma, 2013.
- _____, "La lucha contra el dopaje", en *Revista Aranzadi de Derecho de Deporte y Entretenimiento*, No. 42, Madrid, 2014.
- _____, "O delito de doping esportivo", en *Síntese. Direito Desportivo*, No. 20, 2014.
- _____, "Fraude e corrupção no esporte profissional", en *Síntese. Direito Desportivo*, No. 22, 2015.
- _____, "Sobre amaños de partidos, primas a terceros, maletines y Derecho penal", en *Anuario Iberoamericano de Derecho deportivo* (Dir. Millán Garrido/Cervantes Liñan), Ed. Grijley, Lima, 2016.
- ESER, Albin, "Deporte y justicia penal", en *Revista Penal*, No. 6, 2000.
- FOFFANI, Luigi, "Deporte y violencia. Los fenómenos de violencia ligados a las manifestaciones deportivas y las respuestas del ordenamiento jurídico: el caso italiano", en *Eguzkilore*, Cuadernos del Instituto Vasco de Criminología, No. 18, 2004.
- GAMERO CASADO, Eduardo, "Novedades recientes en la lucha contra la violencia, el racismo y la xenofobia en el Derecho Deportivo comparado", en *Revista Andaluza de Derecho del Deporte*, No. 1, 2006.

GARCÍA SILVERO y VAQUERO VILA, en ALONSO MARTÍNEZ (Coordinador), "¿Es necesaria la represión penal para evitar los fraudes en el deporte profesional?", impresión digital, 2009, disponible en: www.derechodeportivo.es (consultado: 16/03/2016 a las 09.45).

HANS JÖRG, Albrecht, "Violencia y deporte. Fenomenología, explicación y prevención", en *Revista Penal*, No. 7, 2001.

PADOVANI, "Commento all'art. 1º Legge 13 dicembre 1989, n. 401", en *Legislazione Penale*, 1990.

Situación actual de la corrupción en el deporte: un acercamiento al Código Penal español

DR. JOSÉ MANUEL RÍOS CORBACHO*

Sumario

- I. Introducción
- II. Casuística de amaños deportivos en el fútbol
 - II.1. El caso italiano
 - II.2. El caso alemán
 - II.3. El caso brasileño
 - II.4. El caso español
 - II.5. La casuística en otros deportes
- III. El problema: los aspectos penales
 - III.1. Aproximación a la cuestión
 - III.2. Los tipos penales de aplicación
- IV. Referencias bibliográficas

* Profesor Titular de Derecho penal, Facultad de Derecho de la Universidad de Cádiz, España. Director del Fórum de Derecho, Ética y Deporte de la Universidad de Cádiz. Investigador de la Red Iberoamericana de Investigadores en Derecho y Gestión del Deporte (reconocida y patrocinada por la Asociación Universitaria Iberoamericana de Posgrado, AUIP, Salamanca, España). jose.rios@uca.es

I. Introducción

Existe una leyenda en el fútbol que reza: “Lo importante es la victoria, aunque sea en el último minuto y de penalti injusto”.¹ Por ello, no solamente desde el punto de vista del espectador, que también, sino que desde la perspectiva del profesional se ha de ganar pero, a cualquier precio, también se puede perder. Es esta fórmula la que da lugar al mundo de los amaños deportivos.

La detención por la policía italiana hacia 2012 de algunos jugadores² protagonistas de amaño de partidos hizo resurgir historias pasadas en el fútbol italiano, en particular, y en el resto de Europa, en general, donde volvieron a florecer con muchísima fuerza los escándalos de compraventa de partidos como lo fuera en la década de los ochentas, a raíz del escándalo de la “calcio-scommese”, el caso “totonero” y la “calciopoli” en la temporada 2004/05, en el que se advertía un desorden brutal de las apuestas en el balompié italiano;³ asimismo, cuando el club turco Fenerbache, campeón de la liga de fútbol 2010-2011, fue excluido de la máxima competición europea al confirmarse que sus dirigentes habían comprado partidos. Con todo, se incluyen en esta fórmula elementos como el deporte, las apuestas, el azar y el fraude.

En Italia, un periodista de la *Gazzetta de lo Sport*, llamado Máximo DE LA PÉRGOLA, inicia un sistema de apuestas legales hacia 1946, fundando la

¹ TEBAS MEDRANO, Javier y TORRENS OTÍN, Pedro, *El fútbol no es así*, Editorial Titan, Zaragoza, 2014, p. 7.

² Puede citarse a Stefano MAURI (el capitán de la Lazio) y el ex internacional Omar MILANETTO (Padova), además de la expulsión de la concentración de la selección italiana en el recinto de Coverciano (Florencia), donde estaba concentrada la *squadra azzurra*, dirigida por PRANDELLI, de Domenico CRISCITO (Zenit de San Petersburgo) junto con la investigación del entrenador de la *Vecchia Signora* (Juventus de Turín), Antonio CONTE y su defensa BONUCCI. Cfr. www.elmundo.es/elmundodeporte/2012/05/28/futbol/1338205416.html (consultado 03/04/2016 a las 09.35).

³ RIOS CORBACHO, José Manuel, “Fútbol profesional y la Ley del juego: las apuestas deportivas *online*”, en MILLÁN GARRIDO, Antonio (Coordinador), *Estudios Jurídicos sobre el fútbol profesional*, Editorial Reus, Madrid, 2013, pp. 198 y ss.

Organización SISAL, creando mediante esta organización el sistema quiniélico italiano dando lugar al archiconocido “totocalcio”.⁴

En España, por su parte, el deporte tiene mucho de lúdico, por lo que en virtud de ello puede ocasionar que se enfrentan dos partes al objeto de la búsqueda de un determinado resultado. Desde ese punto de vista, es posible montar un gran número de juegos de azar, es más, estableciendo el resultado deportivo como objeto de la apuesta, se puede construir un sistema de juego que genera pingües beneficios económicos.⁵ De esta manera, el deporte no se va a constituir como objeto directo de un negocio o actividad económica, sino que tomando como base sus resultados se monta al margen del mismo, pero muy relacionado con él, un negocio basado en el azar, incidiendo en que dichas apuestas deportivas van a ser elemento determinante en la financiación del deporte moderno.⁶

En nuestro país, el elemento característico, en lo que a las apuestas se refiere, es el de la quiniela⁷ o apuesta mutua deportivo-benéfica. Estos boletos han generado durante muchos años una ingente financiación del deporte, ayudando a financiar la competición, además de ser el aliciente

⁴ COLECTIVO DE AUTORES, *Enciclopedia mundial del fútbol*, Tomo VI, Editorial Océano, Barcelona, 1984, pp. 78 y 79.

⁵ Cfr. GIL DE LA VEGA, Enrique y PINILLOS, Pedro José, *La proyección económica del deporte*, Editorial Cabal, Madrid, 1967, p. 209. Cfr. CAZORLA PRIETO, Luis, *Deporte y Estado*, Editorial Labor, Madrid, 1979, p. 74. A esto se refiere en la nota 15.

⁶ Esta fue la razón fundamental que esgrimió DELLA PERGOLA (cuando fundó el SISAL) con el ánimo de favorecer al deporte italiano generándole medios para progresar y construir más y mejores instalaciones deportivas tan deterioradas por la guerra mundial. Cfr. COLECTIVO DE AUTORES, *Enciclopedia mundial del fútbol*, op. cit., p.79. CAZORLA PRIETO, op. cit., p. 40. TRÖGER, Walther, “El deporte fenómeno social universal, en *Solidaridad Olímpica*, Editorial INEF, Madrid, 1977, p. 149.

⁷ La quiniela es el juego ideal para quienes creen que ganar no es sólo cuestión de suerte, porque aporta un grado de subjetividad que hace que cada jornada de liga sea diferente, sin olvidar la posibilidad de jugar de forma colectiva, compartiendo ilusiones y sueños con otros aficionados al fútbol. No obstante, estos boletos poseen determinadas circunstancias positivas como el hecho de poseer un precio bajo, la sencillez de sus reglas y la posibilidad de obtener grandes premios. Cfr. COLECTIVO DE AUTORES, *Enciclopedia mundial del fútbol*, op. cit., pp. 91 y ss.

semanal para el apostante deportivo,⁸ alcanzando cifras gigantescas que circulan en torno al deporte y que tienen su causa en él.⁹

Pero frente a un asentado mundo de las apuestas, éstas no han quedado a la zaga de la globalización y de la modernidad; tanto es así, que estos fenómenos han acrecentado su presencia en el mercado a través de internet, haciendo que la “red de redes” se haya convertido en un auténtico mercado común, pudiéndose realizar cualquier tipo de operaciones, en general, y apuestas, en particular, desde cualquier rincón de nuestro planeta.¹⁰ En consecuencia, la puesta en escena de los juegos de azar mediante la red ha configurado un mecanismo de desarrollo sin igual que diseña, en los últimos años, la instauración y afianzamiento de los espacios de apuestas *online*, proliferando multitud de dominios desde los que apostar en lo que a lo deportivo se refiere,¹¹ situación que será harto protagonista en el devenir de la corrupción en el deporte ya que aquella será uno de los acicates importantes para que pueda observarse la soborno en el deporte a través de los amaños de partidos.

II. Casuística de los amaños deportivos en el fútbol

Entre otros deportes, el fútbol, el más bello y popular de ellos, ha llegado a ser degradado hasta ser considerado un “factor criminógeno”, ya que en éste se han convertido en muy frecuentes los episodios de brutal violencia frente a otros deportes masivos como pueden ser el automovilismo o el ciclismo; de igual manera, el balompié, que otrora fuera un deporte civil y

⁸ El incremento de este negocio ha pasado de 24 mil millones de pesetas en la temporada 1977/78 se ha pasado a 381.297.467, 00 € en 2011, eso sí, observándose un decrecimiento respecto del 2009 donde se recaudaron 533.070.257,00, víctima este retroceso de la recesión económica. *Vid.* www.loteriasyapuestas.es/uploads/documentos/documentos_LAEmemoriaquiniela2011_73035ff9.pdf (consultado 01/04/ 2016 a las 09.35). *Cfr.* CAZORLA PRIETO, *op. cit.*, p. 41.

⁹ Puede indicarse que este fenómeno no es exclusivo de España sino que también puede encontrarse en Italia, Francia, Reino Unido, etc. *Cfr.* COLECTIVO DE AUTORES, *Enciclopedia mundial del fútbol*, *op. cit.*, p. 89.

¹⁰ CASTRO MORENO, Abraham, “Contrabando y apuestas deportivas por internet”, en *Revista Aranzadi de Derecho del deporte y entretenimiento. Deportes, juegos de azar, entretenimiento y música*, No. 30, 2010, p. 15.

¹¹ *Loc. cit.*

caballeresco, en la actualidad esta muy asolado por crecientes olas de violencia, en virtud de “mutaciones subculturales” que han ido sufriendo, por lo que un deporte, que en sus raíces no es en sí mismo criminógeno, ha terminado por convertirse en un caldo de cultivo criminal debido a la forma en que es vivido y por ello, se le ha designado como “estupidógeno”.¹² Pero debemos ir más allá, éste ya no sólo es un deporte “estupidógeno” fundamentado en el desarrollo que en el existe de la violencia sino que también puede entenderse como criminógeno, determinado no sólo por el subsuelo de las corrupciones emergentes, de los partidos falseados, de los fraudes deportivos y de las quiebras fraudulentas que cada vez son más frecuentes, sino porque se encuentra “drogado” por el tóxico de la “estupidez criminógena”¹³ que está invistiendo absolutamente el cosmos futbolero.

Precisamente, en este apartado, expondremos ciertos ejemplos donde la corrupción no ha sido determinada por el ámbito de ganar o perder en aras de la competición por los intereses de los clubes (caso del “silbato dorado” en Portugal o el “caso Brugal” en España), sino por el hecho de las apuestas deportivas (el caso italiano o el alemán), fijando una casuística ya clásica dentro de los amaños deportivos, no siendo patrimonio exclusivo del fútbol por cuanto últimamente otros deportes se han visto salpicados por esta plaga fraudulenta, que incide fundamentalmente en las apuestas ilegales, factor determinante hoy día en el ámbito del Derecho penal del deporte.

II.1 El caso italiano

En Italia, los escándalos en el mundo del fútbol no son recientes puesto que en los años ochenta el país transalpino fue el epicentro de la corrupción en el deporte. Así pues, el primer ejemplo de corrupción que nos encontramos fue el de las quinielas italianas.¹⁴ Debe apuntarse que la

¹² MANTOVANI, Ferrando, “El fútbol: deporte criminógeno”, en MORILLAS CUEVA, Lorenzo y MANTOVANI, Ferrando (Directores), BENÍTEZ ORTÚZAR, Ignacio (Coordinador), *Estudios sobre Derecho y deporte*, Editorial Dickynson, Madrid, 2008, pp. 321 y 322.

¹³ *Ibidem*, p. 322.

¹⁴ RÍOS CORBACHO, “Fútbol profesional y la Ley del juego: las apuestas deportivas *online*”, *op. cit.*, pp. 207 y ss.

práctica de lo designado como *totocalcio*¹⁵ fue muy importante en este país, al utilizarse un sistema de apuestas paralelas de carácter privado y clandestino, de tal manera que su coexistencia pasaba absolutamente inadvertida para las autoridades a pesar de que los recursos de carácter económico que se usaban mediante estas organizaciones ilícitas eran de una importancia mayúscula.

El contenido del fraude se situaba en la acción de comprar jugadores para dejarse ganar en determinados partidos y forzar, de este modo, los resultados de las apuestas, basándose en un solo partido, frente a los trece en que se cimentaba el *totocalcio* legal.¹⁶

Todo este asunto de corrupción, el *Calcio-Scommesse*, se supo porque en una ocasión los futbolistas no cumplieron el compromiso acordado causando la ruina de alguno de los implicados.¹⁷ De esta forma, puede decirse

¹⁵ Se conceptúa el *totocalcio* como un sistema de apuestas legales cuyo creador fue Massimo DE LA PÉRGOLA, periodista de la *Gazetta de lo Sport*, fundador de la organización SISAL y que el 5 de mayo de 1946 desarrolló el sistema quinielístico italiano. Cfr. Colectivo de autores, *Enciclopedia mundial del Fútbol*, op. cit., pp. 78 y 79. Cfr. RÍOS CORBACHO, José Manuel, "El fraude en el fútbol", en MILLÁN GARRIDO, Antonio (Coordinador), *Cuestiones actuales del fútbol profesional*, Editorial Bosch, Barcelona, 2012, p. 163.

¹⁶ Este tipo de estafa no era novedoso por cuanto entre 1945 y 1950 se había descubierto en el baloncesto universitario americano un altercado similar en el que se vio mezclado el equipo de la Universidad de Kentucky que tuvo que ser disuelto. Cfr. RÍOS CORBACHO, "El fraude en el fútbol", op. cit., p. 164. A esto se refiere en la nota 21.

¹⁷ Fue Massimo CROCIANI, comerciante de frutas y apostante clandestino, quien denunció todo este *affaire* sacando a la luz pública todo este universo fraudulento en el entorno del deporte del balompié. En este asunto se encontraban implicados veintisiete jugadores de equipos tanto de la serie A italiana y otros de la segunda división, destacando en sobremanera, el crack italiano de la época Paolo ROSSI (Cfr. COLECTIVO DE AUTORES, *Enciclopedia mundial del fútbol*, op. cit., p. 167), gran delantero centro de la *scuadra azzurra* y máximo goleador del Mundial de 1982, que fue sancionado por esta circunstancia a cinco años de suspensión, aunque posteriormente se le redujeron, por intereses de la federación, a dos. Entre los equipos que resultaron implicados en este escándalo cabe destacar a la Lazio, Milán, Bolonia, Avellino, Perugia, Nápoles, Lanerossi, en primera división, mientras que el Genoa, Lecce, Palermo y Taranto lo fueron en segunda. Cfr. COLANTUONI, Lucio, "Fraude y apuestas deportivas en el fútbol profesional: casos recientes en Italia y análisis comparativo" en BOSCH CAPDEVILA, Esteve y FRANQUET SUGRAÑÉS, M^a Teresa (Coordinadores), *Dopaje, fraude y abuso en el deporte*, Editorial Bosch, Barcelona, 2007, p. 204. A esta situación se refiere en la nota 17.

que se realizaron amenazas de descalificación contra futbolistas e incluso contra entrenadores profesionales implicados en el tráfico de las apuestas clandestinas tramitadas en la mayoría de los casos por la criminalidad organizada, donde se producían unos enormes beneficios en virtud de la compraventa de partidos junto a los jugadores que apostaban fuertes cantidades de dinero a la derrota de su propio equipo.¹⁸

La sucesión de estos escándalos propició que se volviera la mirada hacia el Derecho penal con el interés de solventar, desde el punto de vista jurídico, la corrupción que se cernía sobre el deporte italiano, en general y del fútbol transalpino, en particular.

Por tanto, el legislador italiano desarrolló la Ley núm. 401, de 13 de diciembre de 1989 de intervención en el sector del juego, de las apuestas clandestinas y de la protección del correcto desarrollo de las competiciones deportivas, introduciendo, como aspecto novedoso, la inclusión en ésta del delito de fraude en las competiciones deportivas siendo publicada en la Gazzetta Ufficiale núm. 294, de 18 de diciembre de 1989.¹⁹

DE VICENTE MARTÍNEZ, Rosario, *Derecho penal del deporte*, Editorial Bosch, Barcelona, 2010, p. 504. Colectivo de autores, *Enciclopedia mundial del fútbol*, tomo VI, cit., pp. 94 a 96. RÍOS CORBACHO, "El fraude en el fútbol", *op. cit.*, p. 164.

¹⁸ DE VICENTE MARTÍNEZ, *Derecho penal del deporte*, *op. cit.*, p. 504. RÍOS CORBACHO, "El fraude en el fútbol", *op. cit.*, p. 164.

¹⁹ Esta ley viene a representar el cumplimiento de reforma que ha durado treinta años; un largo periodo en virtud de la fuerte oposición procedente del mundo del deporte contra las injerencias del ordenamiento jurídico estatal por limitar su autonomía. Sobre esta cuestión, véase, DE VICENTE MARTÍNEZ, Rosario, "Fraude y corrupción en el deporte profesional", en MILLAN GARRIDO, Antonio (Coord.), *La reforma del régimen jurídico del deporte profesional*, Madrid, 2010, p. 367. La autora advierte de las modificaciones de la ley italiana en la nota 13. DE VICENTE MARTÍNEZ, *Derecho penal del deporte*, *op. cit.*, pp. 504 y ss. COLANTUONI, Lucio, "Fraude y apuestas deportivas en el fútbol profesional: casos recientes en Italia y análisis comparativo" en BOSCH CAPDEVILA, Esteve y FRANQUET SUGRAÑÉS, M^a Teresa (Coordinadores), *Dopaje, fraude y abuso en el deporte*, cit., p. 205. MUSCO, Enzo, "El fraude en la actividad deportiva", *Revista penal*, No. 7, 2001, p. 77. Una perspectiva más amplia puede observarse en MAGNINI, Valentina, "Las medidas jurídico-penales contra la violencia con ocasión de manifestaciones deportivas en Italia: los delitos previstos en la L. 401 de 1989" en MORILLAS CUEVA, Lorenzo y MANTOVANI, Ferrando (Directores), *Estudios sobre Derecho y deporte*, BENÍTEZ ORTÚZAR, Ignacio (Coordinador), Editorial Dykinson, Madrid, 2008, pp. 169 y ss.

Otro de los escándalos más renombrados en el fútbol italiano fue el caso *Totonero*, acaecido en el año 1985, en el que también se realizaron determinadas apuestas clandestinas que fueron coordinadas por una organización que pagaba por mor de alterar los resultados de varios partidos de las tres máximas divisiones del calcio. Así pues, el proceso, de carácter administrativo-deportivo, que se celebró en Milán en 1986 finalizó con el descenso a la tercera división del Peruggia, además de que le fueron restados cinco puntos de penalización al Udinese, de primera división, nueve a la Lazio (éste de segunda) y no se llegó a validar el ascenso del Vicenza a primera.²⁰

En 2012, la corrupción ha vuelto a azotar fútbol italiano.²¹ Así, la policía detuvo a 19 personas, entre ellas siete jugadores por amaños y apuestas ilegales, destacando entre los detenidos Antonio CONTE, técnico de la Juventus²² y Doménico CRISCITO jugador internacional de Italia, junto a Antonio BONUCCI. A los pocos días del comienzo de la Eurocopa de Polonia y Ucrania saltó el escándalo en la concentración de la *scuadra azzurra* en Coverciano como ya sucediera años antes previamente al inicio del Mundial de Alemania de 2006 donde se produjo el incidente de la compra de árbitros siendo el responsable de este asunto Luciano MOGGI quien fuera Director General de la Juventus de Turín.²³ Entre los arrestados cabe

²⁰ DE VICENTE MARTÍNEZ, *Derecho penal del deporte*, op. cit., p. 505. RÍOS CORBACHO, "El fraude en el fútbol", op. cit., p. 165.

²¹ La actuación policial supuso un salto cualitativo por cuanto hasta ahora el foco había estado en Segunda y Tercera y ahora ya se investigan siete partidos de la Serie A, todos ellos de la temporada 2010-2011. Las apuestas ilegales de este último, según el juez instructor de Cremona, Roberto DI MARTINO, habrían supuesto ganancias de dos millones de euros; 600.000 se habrían utilizado para corromper a jugadores y directivos.

²² Cfr. ORDAZ, Pablo, "La corrupción azota de nuevo al calcio", *Diario el País*, 28 de mayo de 2012, disponible en: [//deportes.elpais.com/deportes/2012/05/28/actualidad/1338238608_265756.html](http://deportes.elpais.com/deportes/2012/05/28/actualidad/1338238608_265756.html) (consultado el 20/03/2016 a las 13.35).

²³ La intervención de MOGGI en este fraude hizo que dicho escándalo se conociera como el caso *Moggigate* donde se demostró que en la temporada 2004-2005 y 2005-2006, el dirigente JUVENTINO junto a su administrador Antonio GIARUDO amañaron partidos del campeonato italiano. Cfr. BENÍTEZ ORTÚZAR, Ignacio, *El delito de "fraudes deportivos". Aspectos criminológicos, político-criminales y dogmáticos del art. 286 bis del Código Penal*, Editorial Dykinson, Madrid, 2011, pp. 32 y 33. DE VICENTE MARTÍNEZ, *Derecho penal del deporte*, op. cit., p. 505. RÍOS CORBACHO, "El fraude en el fútbol", op. cit., p. 166. El autor se refiere a este asunto en la nota 28.

destacar a Stefano MAURI, capitán de la Lazio, y Omar MILANETTO del Padova. A todos ellos se les acusa de un supuesto delito de asociación delictiva dedicada a la estafa y al fraude deportivo. Por su parte, el origen del escándalo se remonta a 2011 cuando la fiscalía de Cremona (norte de Italia) ordenó la detención de 16 personas por el amaño de 18 partidos de Segunda y Tercera Divisiones. La investigación se centró entonces en el Atalanta, que acababa de lograr el ascenso a la Serie A, que fue penalizada con la pérdida de seis puntos, y el Siena.

Pues bien, Antonio CONTE, siendo entrenador del Siena, como apuntamos más arriba, fue condenado a 10 meses de suspensión;²⁴ sin embargo, el Tribunal Nacional de Arbitraje Deportivo (TNAS) italiano dispuso la reducción de 10 a 4 meses del período de inhabilitación para el entrenador de la Juventus, por su implicación en el escándalo de fraude en las apuestas deportivas y amaño de partidos que ha salpicado al calcio. El propio Comité Olímpico Nacional Italiano (CONI) en un comunicado señalaba que la inhabilitación a CONTE dictada en agosto de 2012 por la justicia deportiva de Italia se reducirá ahora en medio año, por lo que expiraba el 8 de diciembre, y no a comienzos de junio de 2013 como quedó fijado anteriormente.²⁵

II.2 El caso alemán

En Alemania el escándalo más conocido fue el intitulado como Caso Hoyzer.²⁶ Este fraude se intituló de esta forma porque el protagonista del mismo era el colegiado germano Robert HOYZER, que recibía dinero de un grupo de ciudadanos croatas, residentes en Berlín,²⁷ con la finalidad de

²⁴ Al principio del proceso CONTE trató de pactar una sanción de dos meses de inhabilitación, a pesar de que siempre se ha declarado inocente. El juez lo desestimó y posteriormente recurrió al Tribunal de arbitraje del Comité Olímpico italiano. Cfr. //deportes.elpais.com/deportes/2012/08/22/actualidad/1345637159 (consultado 02/04/2016 a las 09.45).

²⁵ <http://deportes.elpais.com/deportes/2012/10/05/actualidad/1349452599> (consultado 02/04/2016 a las 09.45).

²⁶ HILL, Declan, *Juego sucio. Fútbol y crimen organizado*, Editorial Alba, Barcelona, 2008, pp. 191 y ss. Cfr. RÍOS CORBACHO, "El fraude en el fútbol", *op. cit.*, p. 169.

²⁷ Cfr. COLANTUONI, *op. cit.*, p. 181. El autor se refiere a una organización mafiosa de origen croata que gestionaba las apuestas ilícitas y cuyo jefe era Milán SAPINA.

que los partidos en los que dicho trencilla fuera designado, su arbitraje influyera en el resultado definitivo y mediante esta actuación esas mafias ganaran ingentes cantidades de dinero a través de las apuestas deportivas legales.²⁸ En este caso concreto, las sospechas de amaño se inician en la primera ronda eliminatoria de la Copa de Alemania en la temporada 2004-2005, en un encuentro disputado entre el Paderborn, de la Liga Regional Alemana, y el Hamburgo (equipo de la Bundesliga). En el partido, comenzó ganando el Hamburgo pero, con posterioridad, el colegiado sancionó con dos faltas máximas irreales, además de expulsar a su delantero. El encuentro, finalmente, terminó con el resultado de 4-2 favorable al equipo de la Liga Regional tal y como lo había determinado la organización croata.²⁹ En cuanto al colegiado HOYZER, se demostró que había recibido 67.000 € y una televisión con pantalla de plasma proveniente de un grupo de apostantes liderado por uno de los hermanos SAPINA que a la sazón era el dueño del conocido bar Café King ubicado en la capital del país germano.³⁰ El colegiado alemán, al ser desenmascarado, colaboró con las autoridades alemanas y ayudó a la detención del líder de la organización croata y de sus copartícipes. En el mismo sentido, en el resultado de la investigación fueron probadas determinadas ilegalidades en los partidos de las categorías inferiores del fútbol alemán, resultando algunos árbitros sancionados por la vía disciplinaria. HOYZER fue condenado por el Tribunal de Berlín el 17 de noviembre de 2006 a la pena de prisión de dos años y cinco meses como partícipe del delito de estafa³¹ del que fue autor Milán SAPINA que, a su vez, sería condenado también a dos años y

²⁸ Cfr. BENÍTEZ ORTÚZAR, *op. cit.*, p. 37. RÍOS CORBACHO, "El fraude en el fútbol", *op. cit.*, p. 169. A esto se refiere en la nota 39. LLORENS, Manuel, "El director general de Interapuestas.com asegura que las mafias amañan", en *Diario Marca*, 2 de diciembre de 2009.

²⁹ RÍOS CORBACHO, "Fútbol profesional y la Ley del juego: las apuestas deportivas *online*", *op. cit.*, p. 217.

³⁰ Cfr. BENÍTEZ ORTÚZAR, *op. cit.*, p. 181. HILL, *op. cit.*, pp. 193 y 217. Cfr. RÍOS CORBACHO, "El fraude en el fútbol", *op. cit.*, p. 170.

³¹ El ex árbitro alemán HOYZER salió de la prisión de Hakenfeld, Berlín, en al que permaneció durante catorce meses, algo menos de la mitad de la condena que le había sido impuesta. Cfr. DE VICENTE MARTÍNEZ, *Derecho penal del deporte*, *op. cit.*, p. 502. RÍOS CORBACHO, "Fútbol profesional y la Ley del juego: las apuestas deportivas *online*", *op. cit.*, p. 218.

once meses de pena de prisión, sentencia que sería ratificada el día 15 de diciembre de 2006.³²

II.3 El caso brasileño

En el país carioca hacia septiembre de 2005, los árbitros Edilson PEREIRA CARVALHO (miembro de FIFA)³³ y Paulo José DANELÓN, fueron acusados de haber amañado algunos partidos del campeonato brasileño (*Brasileirao*) para favorecer algunas apuestas clandestinas (lugar donde se cruzaban apuestas millonarias en un lugar especializado de internet)³⁴.

La solución al problema la tomó la Confederación Brasileña de Fútbol que decidió anular y repetir los once partidos marcados por la sombra de corrupción. Por su parte, el colegiado DANELÓN, demostró que había trucado “solamente” tres partidos. A dichos colegiados se les imputó los delitos de fraude, conspiración y delitos contra la economía, solicitando la Fiscalía de Sao Paulo indemnizaciones por la cantidad de 16,5 millones de dólares.³⁵

³² Por su parte, el fiscal del caso examinado, pidió la absolución del colegiado alemán alegando que “lo que hizo Hoyzer es moralmente reprobable, pero aquí no se trata de moral sino de delitos penales”, manteniendo su afirmación en virtud de que la legislación alemana no poseía una figura en la que se pudieran enmarcar los hechos. *Cfr.* BENÍTEZ ORTÚZAR, *op. cit.*, p. 38. RÍOS CORBACHO, “El fraude en el fútbol”, *op. cit.*, p. 170. A este hecho se refiere en la nota 43.

³³ Árbitro muy polémico, incluso en lo personal, por cuanto salió de la cárcel por un breve espacio de tiempo y fue agredido por los seguidores futbolísticos. Llegando a confesarse como corrupto ya que reconoció que había amañado hasta once partidos por mor de las deudas que le acaecían, recibiendo 10.000 reales por cada partido arbitrado fraudulento.

³⁴ Los árbitros cariocas habrían recibido entre 10.000 y 15.000 reales, lo que viene a ser equivalente a una cantidad entre 3.000 y 5.000 €. *Cfr.* COLANTUONI, Lucio, “Fraude y apuestas deportivas en el fútbol profesional: casos recientes en Italia y análisis comparativo” en BOSCH CAPDEVILA, Esteve y FRANQUET SUGRAÑÉS, M^a Teresa (Coords.), *Dopaje, fraude y abuso en el deporte*, cit., p. 184.

³⁵ *Loc. cit.*

II.4 El caso español

El fútbol español tampoco se ha quedado al margen de este modelo de corrupción deportiva,³⁶ a través del partido de la Segunda División de la Liga de Fútbol Profesional española entre el Alavés y el Hércules que concluyó con la victoria del primero por 1-0. Esto confluyó en el *affaire* intitulado como Caso Brugal,³⁷ asunto éste observado por la Unión Europea de Asociaciones de Fútbol (UEFA), quien inició un proceso de investigación a través de dicho organismo rector del fútbol europeo, con el ánimo de descubrir el posible amaño con el peor de los matices posibles, el determinado por las apuestas. A dicho estadio se llegó porque se observaron en la casa de apuestas miapuesta.com alteraciones tanto en el número de apuestas como en las cantidades jugadas.³⁸

A raíz de ello, la Fiscalía General del Estado recibió la comunicación de la Real Federación Española de Fútbol en la que se informaba que se había abierto un expediente disciplinario en relación con la manipulación del resultado final del partido entre la Unión Deportiva Las Palmas y el Rayo Vallecano. Igualmente, el otrora Secretario de Estado-Presidente del Consejo Superior de Deportes Jaime LISSAVETSKY DÍEZ comparecía en el Congreso de los Diputados el 24 de marzo de 2010 a los efectos de

³⁶ NIETO, Juan, "Amaños en Tercera por 700 euros", *Diario El Mundo* de 5 de abril de 2016. La Fiscalía de Valencia investigará la denuncia que ha presentado un equipo de fútbol de la provincia, el Club Unión Deportiva de Benigànim, en relación a una presunta trama de amaño de partidos y posibles apuestas ilegales en el Grupo VI de Tercera División. La denuncia, a la que ha tenido acceso El Mundo, se dirige contra seis jugadores de esta categoría, fundamentalmente porteros y defensas, que fueron despedidos de este club semiprofesional tras detectar una "aparente falta de actitud" que derivaron en "goles, faltas o penaltis inexplicables". Como prueba los denunciantes han aportado a la Fiscalía unos mensajes de WhatsApp que recibió uno de los porteros del equipo, quien también ha sido denunciado, en el que un ex jugador le propone "ganar pasta" a cambio de que no pare el balón en un encuentro contra el filial del Elche.

³⁷ Cfr. BENÍTEZ ORTÚZAR, *op. cit.*, p. 17. RÍOS CORBACHO, "El fraude en el fútbol", *op. cit.*, pp. 159 y ss.

³⁸ RÍOS CORBACHO, "El fraude en el fútbol", *op. cit.*, p. 160. La empresa de apuestas aludida suspendió las apuestas y denunció tal circunstancia ante la UEFA, situación que terminó con la apertura de un expediente por parte del Comité de Competición de la Real Federación Española de Fútbol donde se implicó, además de los dos clubes intervinientes, a otros jugadores que realizaron las apuestas, en este caso concreto el número fue de siete.

dar explicaciones sobre la presunta implicación de diversos futbolistas de equipos españoles en el mundo de las apuestas ilegales.³⁹

Sin embargo, estos hechos se han recrudecido en la actualidad. La sombra de la corrupción vuelve a revivir en los vestuarios del fútbol español. La Fiscalía Anticorrupción española citó a los jugadores que intervinieron en el partido disputado el 21 de mayo de 2011 entre el Levante y el Real Zaragoza, cuyo resultado fue de 1-2 favorable para el equipo visitante, por un supuesto delito de amaños deportivos y participación, porque va de suyo, en apuestas ilegales. El cuadro zaragocista se presentaba aquel día en el estadio Ciudad de Valencia (feudo del Levante) con la imperiosa necesidad de ganar para salvar la categoría, teniendo en cuenta que el equipo local ya había obtenido el premio de mantener la categoría. Gaby, actual capitán del Atlético de Madrid y otrora jugador del Zaragoza marcaba los dos goles que le daban la salvación a su equipo y que certificaba su permanencia en primera división.⁴⁰ Así pues, puede darse la paradoja de que insignes futbolistas de equipos españoles, aún en activo, puedan ir a prisión. No obstante, debe exponerse el hecho de que existe también una legislación administrativa deportiva que, sobre este particular, no se ha aplicado. De esta forma, puede citarse el art. 75 del Código Disciplinario de la Real Federación Española de Fútbol que señala en su punto primero que “toda conducta dirigida a la predeterminación de resultados,

³⁹ BENÍTEZ ORTÚZAR, *op. cit.*, p. 15. DE VICENTE MARTÍNEZ, “Fraude y corrupción en el deporte profesional”, *op. cit.*, p. 365. Cfr. RÍOS CORBACHO, “El fraude en el fútbol”, *op. cit.*, p. 161. A esto se refiere en la nota 15.

⁴⁰ En la temporada 2012-13 el Levante también se encontró bajo sospecha. El supuesto fraude se produjo en el encuentro Levante-Deportivo de La Coruña y en el que los gallegos vencieron por 0-4. En el minuto 28 de encuentro, ya el resultado era favorable a los coruñeses por 0-3 y en el descanso el jugador granota Barquero acusó a sus compañeros de dejarse perder. Hay que incidir en que la Fiscalía había abierto diligencias previas a instancias de la Liga de Fútbol Profesional, señalándose a tres de los jugadores de aquel partido como artífices del amaño: Munúa, Ballesteros y Juanlu. Dichos futbolistas abandonaron el club levantino, sorprendiendo a propios y a extraños la circunstancia de que un equipo tan aguerrido como el valenciano, se encontrara en dicha situación. Cfr. RÍOS CORBACHO, José Manuel, *Palabra de fútbol y Derecho penal*, Editorial Reus, Madrid, 2015, p. 212.

será considerada como infracción muy grave, y será sancionada de acuerdo con lo dispuesto en el presente artículo". En su apartado b) leemos:

"Los que intervengan en acuerdos conducentes a la obtención de un resultado irregular en un encuentro, ya sea por la anómala actuación de uno o de los dos equipos contendientes o de alguno de sus jugadores, ya utilizando como medio indirecto la indebida alineación de cualquiera de éstos, la presentación de un equipo notoriamente inferior al habitual u otro procedimiento conducente al mismo propósito, serán sancionados, como autores de una infracción muy grave, con inhabilitación por tiempo de dos a cinco años, y se deducirán seis puntos de su clasificación a los clubes implicados, declarándose nulo el partido, cuya repetición solo procederá en el supuesto de que uno de los dos oponentes no fuese culpable y se derivase perjuicio para éste o para terceros tampoco responsables".

Todo parece indicar que la presentación de querrela por parte del fiscal LUZÓN y posterior imputación de una serie de futbolistas que participaron en aquel partido de la liga española de 2011 irán a la vía penal y tiene muchas posibilidades de que se impongan, por primera vez, penas de cárcel en este tipo de supuestos ilícitos deportivos.⁴¹

II.5 La casuística en otros deportes

La industria de las apuestas ilegales esta absolutamente desorbitada, y como muestra de ello, baste con indicar que va a generar cada año la friolera de 140.000 millones de dólares, en criterio de la Interpol, y que ello significaría que es una cantidad superior al PIB de 140 países.⁴²

⁴¹ *Ibidem*, p. 214.

⁴² Asia, parece ser el principal actor de este tipo de prácticas ya que se estima que unos 50.000 millones de dólares provienen de las zonas de Singapur, Bahreín, Indonesia y Malasia. Cfr. PÉREZ, Ignacio, "Apuestas ilegales crecen 2.8% al año", en *Eleconomista*. mx, 24 de julio de 2012. <http://eleconomista.com.mx/deportes/2012/07/24/apuestas-ilegales-crecen-28-ano> (consultado 31/03/2016, a las 12.15).

Sin lugar a dudas, es necesario acudir también a otros deportes⁴³ para observar la relevancia del problema tanto por su magnitud como por la actualidad del mismo.

Desde luego, Francia no puede considerarse una novata en estas lides, al menos en lo que al fútbol corrupto se refiere.⁴⁴ Sin embargo, la corrupción a través de las apuestas ha trascendido el mundo del balompié. Ya no por importante, que lo es, sino por el hecho de ser relativamente reciente; hemos de tomar en consideración lo ocurrido hace unos años en el balonmano francés en el que sonaron las alarmas cuando la justicia de aquel país investigaba una sospechosa derrota del Montpellier al final de la campaña 2011-12. Los imputados más famosos en el escándalo fueron los hermanos KARABATIC, Luka y Nikola, franceses de origen croata, quienes se sospecha fueron parte importantísima en el supuesto de las apuestas ilegales, siendo imputados por delitos de estafa y de encubrimiento.⁴⁵ Fue la novia del primero quien reconoció haber apostado “en lugar de su pareja”, a petición de éste, y “con su dinero” en esta trama. El asunto tuvo como resultado la detención de dieciocho personas entre las que se encontraban nueve jugadores profesionales de balonmano, además de los famosos hermanos antedichos. Así, estos jugadores apostaron grandes cantidades de dinero a la derrota del Montpellier, equipo en el que ambos jugaban, en el partido que les enfrentaba al Cesson-Savigné del 12 de mayo de aquella temporada. Sorprendentemente, como no podía ser de otra manera, el laureado equipo francés del Montpellier perdió ante éste último generando en el sistema de apuestas unas ganancias de unos 200.000 €. No obstante, el presidente del club, Rémy LÉVY, anunció que Nicola KARABATIC, se reincorporaría a la plantilla del club sin ser objeto de sanciones disciplinarias, una vez que el club observó que el Tribunal de Apelación de Montpellier levantaba las medidas cautelares al jugador en cuestión por su presunta implicación en una trama de amaño de partidos durante la pasada temporada y después de preguntado, negara su

⁴³ Se habla de unos porcentajes muy elevados de apuestas ilegales en determinados deportes: fútbol, un 45% de los casos; tenis, 32%; tenis de mesa, 5.8%; voleibol, 4.3% y boxeo, 4.3%.

⁴⁴ COLANTUONI, *op. cit.*, p. 182. HILL, *op. cit.*, pp. 140 y ss.

⁴⁵ MARTA., Laura, “La caída de Nikola Karabatic”, en *Diario ABC.es* del día 2 de octubre de 2012, <http://www.abc.es/20121002/deportes/abci-karabatic-acusado-ama-no-201210022221.html> (consultado 03/04/2016 a las 12.35).

participación en el caso de las apuestas ilegales; de este modo, el equipo francés confiaba en la honestidad de su estrella.⁴⁶

El deporte internacional ha tomado nota de todo este avance en la corrupción del mismo y prueba de ello fue la reunión celebrada el martes día 18 de septiembre 2012 donde Uni Global SportPro organizó un seminario acerca de las prácticas de Buen Gobierno⁴⁷ en el que participaron representantes de la Unión Europea, de la organización independiente transparencia Internacional y de la Interpol. De esta forma, todos los participantes subrayaron la necesidad de implantar en las organizaciones del deporte los principios de democracia, transparencia y representatividad de todos los interlocutores, en especial de los representantes de los deportistas.

Los atletas profesionales, en general, y los jugadores de balonmano, en particular, no deben nunca realizar una apuesta en ningún partido donde participe él mismo o su equipo ya que eso provocaría un conflicto de intereses que no es compatible con la integridad del deporte. Esto incluye apuestas para ganar, perder o empatar y también cualquiera de las diferentes apuestas adicionales que no pudieran afectar al resultado del partido. Si el deportista se apuesta a sí mismo o a su oponente, está corriendo el riesgo de empañar su imagen y reputación, de ser suspendido en su deporte (posiblemente de por vida), de perder su trabajo e, incluso, de que se lleve a cabo una investigación penal.⁴⁸

⁴⁶ Marca.com.: "El Montpellier no despedirá a Karabatic por el escándalo de las apuestas", disponible en: <http://www.marca.com/2012/10/30/balonmano/1351613414.html?a=aa31c5be92fbc933a6552a5af9297a85&t=1351676518>, citado el día 31 de marzo de 2016 (consultado 31/03/2016 a las 13.45)..

⁴⁷ Este código de conducta presenta los principios guía y brinda consejos generales a todos los atletas en toda Europa acerca de los temas entorno a la integridad del deporte y las apuestas. El código de conducta ha sido elaborado mediante una asociación formada por los atletas de la Unión Europea, la asociación europea de juegos y apuestas (EGBA, por sus siglas en inglés) y la asociación europea de seguridad deportiva (ESSA, por sus siglas en inglés) y complementará a las normas proporcionadas por las leyes nacionales y/o reglamentaciones deportivas específicas.

⁴⁸ <http://www.eusportsbettingcode.org/espana/handball/rules.html>, (consultado 03/04/2016 a las 12.30). Se puede advertir en ese Código de buen Gobierno el hecho de realizar apuestas en otros partidos dentro de su deporte también puede suscitar problemas. Por tanto, se le aconseja no realizar ningún tipo de apuestas en su deporte

Además, y esto es lo importante, se analizaron algunos de los peligros que acechan al deporte, como la presencia de organizaciones criminales en el amaño de partidos y apuestas ilegales.⁴⁹

Otro de los deportes más golpeados en el escándalo de la corrupción por las apuestas ilegales es el tenis. El nombrado “deporte blanco” parece teñirse de negro o, al menos, posee ciertos tintes de opacidad en virtud de determinados escándalos que han hecho de nuevo planear la sombra de la corrupción sobre los grandes torneos del circuito tenístico mundial.

Así, como ejemplo puede ponerse el escándalo que aconteció con el tenista argentino Carlos BERLOQ, otrora número 66 del mundo (clasificación de la Asociación de Tenistas Profesionales, ATP), cuando en un partido contra el inglés Richard BLOOMFIELD, se apostaron “inusuales sumas de dinero” a la derrota del argentino en primera ronda de Wimbledon en 2006. La denuncia fue formulada en el programa “Escándalo de apuestas en el tenis”, en el que el periodista Fred KOWASCH presentó a una persona anónima, al parecer un tenista profesional alemán en activo, que detalló con todo tipo de detalles la práctica de la manipulación de partidos, ya fueran en torneos menores o los de gran importancia como los pertenecientes al circuito Grand Slam. Así, todo se puso al descubierto cuando Peter Reinhart, un ejecutivo de la empresa de apuestas Betfair,⁵⁰ examinó las sumas de dinero que se apostaron en el duelo entre BERLOQ y BLOOMFIELD, catalogándolas de “increíbles” y entendiendo que habían sido objeto de una indudable manipulación.⁵¹

para evitar posibles problemas. Nota: Algunos deportes han decidido que lo más fácil y mejor es prohibirle a los atletas realizar apuestas en su propio deporte. Esta medida es apoyada por la industria de apuestas deportivas. El beneficio de esta propuesta es que es simple y fácil de comprender y reduce el peligro de los atletas de infringir inadvertidamente las normas de un tecnicismo. Si está en duda, entonces no debe realizar apuestas en su deporte.

⁴⁹ COLECTIVO DE AUTORES, “Asamblea General Eu Athletes”, en *Revista Asociación de Jugadores de Balonmano*, No. 43, 2012, p. 5.

⁵⁰ Esta es la misma empresa que paralizó las apuestas en el partido entre el tenista ruso Nikolay DAVYDENKO y el argentino Martín VASALLO ARGÜELLO en el torneo de Sopot (Polonia) en el que el ruso perdió por abandono alegando una lesión en el tercer set.

⁵¹ Hay que señalar que Wimbledon era un torneo que estaba predestinado a manipulaciones ya que muchos jugadores saben que no llegarán muy lejos sobre la pista de hierba y prefieren ganar algún dinero perdiendo partidos de primeras rondas donde

También puede citarse otro ejemplo en el deporte de la raqueta como es el protagonizado por David SAVIC y Daniel KOELLERER donde las penas fueron aún más graves. Ambos fueron penalizados de por vida para la práctica deportiva tras apostar en partidos en los que ellos mismos convenían el resultado.⁵²

III. El problema: los aspectos penales

III.1 Aproximación a la cuestión

Para iniciar este apartado deben citarse unas estadísticas absolutamente demoledoras: la Oficina Europea de Policía (Europol) anunció a principios de 2014 que desde 2008 tenía constancia de que habían sido amañados 680 partidos en todo el mundo, incluyéndose en esa cifra 380 en Europa, pero todos los expertos indican que esa cifra se encuentra muy por debajo de la realidad.⁵³

aparezcan como favoritos. En este caso concreto, en el momento de disputarse el fraudulento partido, Berlocq ocupaba el puesto 89 en la clasificación de la ATP, mientras que su rival, Bloomfield, que le ganó el partido cómodamente era el 259 del mundo. *Cfr. El mundo.es*, "El argentino Berlocq, nuevo involucrado en la red de apuestas ilegales", 6 de noviembre de 2006, <http://www.elmundo.es/elmundodeporte/2007/11/06/tenis/1194304735.html> (consultado 31/03/2016 a las 14.10).

⁵² El tenista austríaco Daniel KOELLERER es conocido por sus espectáculos extradeportivos: insultar al público, gritar y hacer ruido antes del saque del rival, empujar a los jueces de línea, tirar la raqueta a los recogepelotas o fingir golpes para forzar su retirada del partido. El español Nicolás Almagro sufrió una de sus rabietas en la que insultó con contundencia al murciano; el tenista austríaco, apodado por él mismo como "Crazy Dani", fue suspendido por seis meses por esta circunstancia. Ahora, la Unidad de Integridad del Tenis ha terminado definitivamente con sus locuras. El actual número 385 del mundo ha sido inhabilitado de por vida para la práctica del tenis y con una multa de cien mil dólares por violar tres artículos del programa anticorrupción. El primero de ellos: acordar los resultados de los partidos en busca de su propio beneficio en las apuestas; el segundo, solicitar a un jugador que bajara su rendimiento en un partido y el tercero, recibir y ofrecer dinero para influir en los resultados de los encuentros. Ya en 2007, KOELLERER fue inhabilitado por tres meses por incluir una dirección de casas de apuestas en su propia página web. *Cfr. MARTA, Laura*, "El excéntrico KOELLERER es inhabilitado de por vida", *ABC.es*, 1 de junio de 2011. <http://www.abc.es/20110531/deportes-tenis/abci-koellerer-inhabilitado-201105312003.html> (consultado 31/03/2016 a las 12.20).

⁵³ *Ibidem*, pp. 160 y ss.

Como se establece en el preámbulo de la Ley 13/2011, ésta surge como herramienta para regular nuevos servicios de comunicaciones electrónicas y de juegos interactivos vía internet, circunstancia que ha modificado sustancialmente la concepción tradicional del juego tanto en España como en países de nuestro entorno. El gran problema ha sido la superación de los límites territoriales de las relaciones comerciales de corte tradicional a consecuencia de la irrupción de las apuestas y juegos por internet. Además de lo anterior, el problema penal en esta circunstancia es aún más hondo por cuanto hay que satisfacer determinadas necesidades jurídicas que de no hacerlo, podrían llevar a generar un sinnúmero de delitos citándose entre los más destacados el fenómeno del blanqueo de capitales⁵⁴ y, por otro lado, la financiación del terrorismo. Estas finalidades, así como el hecho de dotar al sector del juego de una regulación adecuada, tuvieron su reflejo en las diversas iniciativas parlamentarias entre las que podemos encontrar la Disposición Adicional vigésima de la Ley 56/2007, de 28 de diciembre, de medidas de impulso para la sociedad de la información, en el ámbito nacional, mientras que en el espacio comunitario puede destacarse la Resolución del Parlamento Europeo de 10 de marzo de 2009 sobre la integridad de los juegos de azar en línea.

El problema, en lo que al marco jurídico-penal se refiere, es que el ingente volumen de juego que se asocia a las loterías e incluso las apuestas deportivas hacen que el carácter de documento de pago al portador de sus boletos y billetes pueda emplearlo como instrumento de blanqueo de capitales, por lo que se deberá diseñar un verdadero sistema de control de su actividad a determinados operadores públicos o privados asegurando el sistema previsto para una protección del Estado frente a los riesgos de fraude y criminalidad.⁵⁵ Con dicha finalidad se otorgarán competencias al Ministerio de Economía y Hacienda (Título V de la Ley 13/2012, de 27 de

⁵⁴ Cfr. ABEL SOUTO, Miguel, "La reforma penal, de 22 de junio de 2010, en materia de blanqueo de dinero", en ABEL SOUTO, Miguel y SÁNCHEZ STEWART, Nelson (Coordinadores), *II Congreso sobre prevención y represión del blanqueo de dinero*, Valencia, 2011, pp. 61 y ss.

⁵⁵ Cfr. PÉREZ GÁLVEZ, Juan Francisco, "La reserva de actividad del operador ONCE en la Ley 13/2011, de 27 de mayo de regulación del juego", en *Revista Aranzadi de Deporte y entretenimiento*, No. 35, 2012, pp. 55 y ss.

mayo sobre regulación del juego) y a la Comisión Nacional del Juego⁵⁶ para la adopción de las medidas que se estimen oportunas a los efectos de realizar el seguimiento y control de los operadores que realicen las actividades de juego sujetas a esta Ley fundamentalmente para prevenir la financiación del terrorismo y del blanqueo de capitales.

III.2 Los tipos penales de aplicación

El problema en este ámbito se plantea a raíz del artículo 286 bis. 4 del Código Penal (en adelante CP), delito intitulado “fraudes deportivos”; éste es un primer estadio a los efectos de una posterior ventaja económica que pudiera tener, bien los personajes que se incluyen en dicho ilícito o por un tercero. Así, en el precepto examinado se desarrolla la predeterminación o alteración del resultado de la prueba, encuentro o competición deportiva profesional (por directivos, administradores, empleados o colaboradores de la entidad deportiva, cualquiera que sea su forma jurídica o incluso por deportistas, árbitros o jueces deportivos).⁵⁷

A raíz de ello nos enfrentamos con el problema de la relevancia también para aquellos sujetos que no se encuentran incluidos en el artículo referido y que pese a que su conducta supone un valor añadido para establecer el resultado definitivo de la prueba o competición, su propósito no entraña exactamente el conseguir un beneficio económico diferente al inherente en el amaño del resultado, sino que únicamente posee un interés económico disparejo completamente a la prueba desarrollada, como puede ser la modificación premeditada y engañosa del resultado de dicha prueba o competición profesional al objeto de alcanzar un provecho ilegítimo en el ámbito de las apuestas desarrolladas sobre dicho resultado acaecido.

Se trata de un problema criminológico y penalmente valorable y de una actual importancia en virtud de la economía globalizada y de las ingentes

⁵⁶ Cfr. GONZÁLEZ-ESPEJO, Pablo y LÓPEZ VELÁZQUEZ, David, “La nueva Ley del Juego”, en *Actualidad Jurídica Uría y Menéndez*, No. 30, 2011, p. 43.

⁵⁷ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio y CERINA, Giorgio, “Algunos problemas del nuevo delito de corrupción en el deporte”, en *Revista General de Derecho Penal*, No. 18, 2012, pp. 11 y ss. Cfr. ANARTE BORALLO, Enrique, y ROMERO SÁNCHEZ, Cándido, “El delito de corrupción deportiva. Aspectos metodológicos, dogmáticos y político-criminales”, en *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, 13-20, 2012, p. 34.

modalidades de apuestas y empresas que se han generado en el sector de las apuestas deportivas; básicamente, en las que son objeto primordial en este trabajo como las *online* en las que se observa el problema de la operatividad de dichas empresas, ubicadas en paraísos fiscales y sobre los que no existe competencia del país en el que se desarrolla el evento deportivo como se puso de manifiesto *supra*.

Precisamente, debe señalarse que para la predeterminación o alteración del resultado de la competición o prueba debe acudir de forma necesaria a los actores del espectáculo, esto es, los deportistas, árbitros o jueces deportivos participantes en dicho evento al objeto de poder adulterarla y, por tanto, conseguir la finalidad del amaño. Bajo este prisma expuesto, puede ocurrir que el propio actuante en el acontecimiento deportivo observe un beneficio o ventaja de cualquier naturaleza no justificada (véase, económica o meramente deportiva por los intereses que le puedan afectar a su propio club), puede que afecte a la apuesta deportiva de la que se derivará un beneficio ilegal para el tercero que apuesta (o incluso para el propio protagonista del evento que directamente actúa favoreciendo un concreto resultado al que se apostó una efectiva cantidad de dinero y con ello habrá que concretar cual es el tipo penal de aplicación).⁵⁸

La existencia de un “fraude deportivo” necesario para fundamentar la ganancia económica nos hace pensar, como originaria contingencia, en la aplicación a estos supuestos del delito de estafa ubicado en el art. 248 CP. De esta forma, el partido o competición amañada fundamenta el delito del art. 286.bis 4, de mera actividad, donde no es necesario un resultado material, ahora bien, si se produce una ganancia ilícita a través de las apuestas, en general y, las *online*, en particular ya nos debemos plantear encontrarnos en sede del delito de estafa.

Pues bien para fundamentar lo expuesto, debemos analizar si se da o no el tipo acudiendo al análisis de los elementos de este delito. En su virtud, este ilícito se define como “el acto de disposición patrimonial, inducido por el engaño y consecuencia del error que, a su vez, debe producir un perjuicio, esto es, una disminución del patrimonio del engañado o de un

⁵⁸ BENÍTEZ ORTÚZAR, *op. cit.*, p. 178. CASTRO MORENO, Abraham, “El nuevo delito de corrupción en el deporte”, en *Revista Aranzadi de derecho de deporte y entretenimiento*, No. 28, 2010, pp.17 y ss.

tercero, económicamente evaluable”.⁵⁹ Con todo, el primer elemento exigido por la estafa, como delito contra el patrimonio, incluye el ánimo de lucro, elemento que notoriamente se observa en este tipo de asuntos y, junto a él, la circunstancia del engaño bastante, que también puede apreciarse en estos escenarios por cuanto el desarrollo del evento deportivo es simplemente una ficción, siendo ésta capaz de inducir a otro directamente a realizar un acto de disposición patrimonial en perjuicio propio o ajeno.⁶⁰

Lógicamente, como ha propuesto BENÍTEZ ORTÚZAR, para considerar que nos encontramos ante un delito de estafa se ha de comprobar que el precitado engaño se produce respecto de la entidad que genera las apuestas deportivas, a la cual se le engañará derivando de dicha situación un acto de disposición patrimonial, en perjuicio propio o de terceros jugadores de dichas apuestas que verán fracasadas sus posibilidades de beneficios.⁶¹

En este punto, ha de indicarse que cuando el engaño produce simplemente un fraude deportivo y en ningún caso una disposición patrimonial el entuerto jurídico-penal se debería resolver por vía administrativa deportiva, con sus sanciones a las infracciones correspondientes, pero si

⁵⁹ SALINERO ALONSO, Carmen, “Defraudaciones: Estafa. Apropiación indebida. Defraudaciones de fluido eléctrico y análogas”, en TERRADILLOS BASOCO, Juan María (Coord.), *Lecciones y materiales para el estudio del Derecho penal*, Tomo III, *Derecho Penal. Parte Especial*, Vol. I, 2ª edición, Editorial Iustel, Madrid, 2016, pp. 403 y ss. ÁLVAREZ GARCÍA, Francisco Javier, “Estafa (I)”, en ÁLVAREZ GARCÍA, Francisco Javier (Dir.), MANJÓN-CABEZA OLMEDA, Araceli y A. VENTURA PÜSCHEL, Arturo (Coords.), *Derecho Penal Español. Parte Especial (II)*, Valencia, 2011, pp. 225 y ss. COLECTIVO DE AUTORES, *Comentarios al Código Penal*, Madrid, 2007, p. 559. GÓMEZ RIVERO, Carmen (Coordinadora), et al., “Delitos patrimoniales de enriquecimiento mediante defraudación (I): Estafa”, en *Nociones fundamentales de Derecho penal. Parte especial (Adaptado al EEES)*, Editorial Tecnos, Madrid, 2010, pp. 383 y ss. MUÑOZ CONDE, Francisco, *Derecho penal. Parte Especial*, 20ª edición, Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 370 y ss. DE VICENTE MARTÍNEZ, Rosario, *Vademecum de Derecho Penal*, 3ª ed., Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 2015, p.163.

⁶⁰ BENÍTEZ ORTÚZAR, *op. cit.*, p. 178. El autor indica que la relación de causalidad, entre el engaño bastante y el acto de disposición patrimonial del sujeto engañado, plantea ciertas dudas sobre si el delito de estafa puede concurrir en estos casos sin que se lleve a la interpretación analógica del ilícito penal.

⁶¹ *Loc. cit.*

se produce una disposición patrimonial en virtud de una relación de causalidad con el engaño nos encontraremos con el delito común de estafa,⁶² siendo aplicado este ilícito común frente al patrimonio en los casos tanto HOYZER⁶³ en Alemania como la imputación del mismo en el caso KARABATIC del balonmano francés.⁶⁴

Por tanto, considerando que el delito común de estafa solamente se puede aplicar cuando exista la relación de causalidad entre el engaño o fraude con el de la disposición patrimonial que fuera en perjuicio propio o de un tercero,⁶⁵ esta situación puede hacerse plausible en cuanto que aludimos a las apuestas deportivas *online*.

⁶² MILLÁN GARRIDO, Antonio, "Fraude en el deporte y apuestas irregulares", en *Iusport*, 16 de diciembre de 2009. Disponible en: http://www.iusport.es/php2/index.php?option=com_content&task=view&id=1092&Itemid=33, citado el día 10 de noviembre de 2012. En el mismo sentido, DE VICENTE MARTÍNEZ, *Derecho penal del deporte*, *op. cit.*, p. 559. RÍOS CORBACHO, "El fraude en el fútbol", *op. cit.*, p. 203. BENÍTEZ ORTÚZAR, *op. cit.*, p. 178.

⁶³ BENÍTEZ ORTÚZAR, *op. cit.*, p. 178. DE VICENTE MARTÍNEZ, *Derecho penal del deporte*, *op. cit.*, p. 502. RÍOS CORBACHO, "El fraude en el fútbol", *op. cit.*, p. 170.

⁶⁴ EFE, "Los jugadores del Montpellier imputados por estafa", *Diario El Mundo*, día 2 de octubre de 2012, <http://www.elmundo.es/elmundodeporte/2012/10/02/masdeporte/1349166912.html>, citado el día 11 de noviembre de 2012.

⁶⁵ En este sentido, se ha mantenido también por algún sector doctrinal que al realizarse la apuesta a través de la red y, al ser operaciones telemáticas, no pueden integrarse en la figura de la estafa que prevé nuestro ordenamiento, salvo en el nº 2 del art. 248 CP en el que se refiere a la estafa informática; nuestro ordenamiento habla de que el error recaiga "en otro", dentro de la fórmula tradicional, sin embargo, en este tipo de moderna estafa dicha figura tiene la finalidad de proteger el patrimonio contra acciones que no son de corte convencional sino que se trata de un sujeto (la máquina) que no puede ser inducido a un error como exige el texto punitivo vigente en lo que a una representación falsa de la realidad se refiere STS de 17 de diciembre de 2008; y pese a lo anterior, en el caso del fraude informático no puede aplicarse al supuesto de los amaños en el ámbito deportivo por cuanto la apuesta se realiza con total normalidad, y el engaño se produce fuera de la aplicación informática ya que se origina en el evento deportivo. En este sentido, *cfr.* CORTÉS BECHIARELLI, Emilio, *El delito de corrupción deportiva*, Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 2012, pp. 190 y 191. Sobre la estafa informática, *vid.* FERNÁNDEZ TERUELO, Javier Gustavo, *Derecho penal e internet, Especial consideración a los delitos que afectan a jóvenes y a adolescentes*, Editorial Lex Nova, Valladolid, 2011, p. 49.

De todo lo anterior, cabe expresar que si bien es cierto que el legislador ha incluido en el texto punitivo el fraude en el deporte, como delito de mera actividad, castiga el propio amaño deportivo; algún sector doctrinal entiende que sería deseable, además de lo puramente deportivo, que menoscabara otros aspectos como el económico, incluyendo un precepto más completo que castigara esas lesiones a otros bienes jurídicos de gran repercusión, por ejemplo el patrimonio, el cual que se irrogaría al margen de lo estrictamente deportivo, hecho que no abarcó el texto penal vigente por cuanto el legislador ha estado más preocupado de castigar el “soborno” que del “propio hecho mismo de la corrupción como es la alteración en beneficio propio y la forma ilegítima del funcionamiento del sistema”.⁶⁶

Por consiguiente, partimos, a todos los efectos, de que el delito de fraude deportivo, desde el punto de vista de la normativa actual española, se presenta según el tenor literal del art. 286 bis. 4) que conlleva como consecuencia jurídica la pena de prisión de seis meses a cuatro años,⁶⁷ junto a una inhabilitación para el ejercicio de industria o comercio por tiempo de uno a seis años y multa del tanto al triplo del beneficio o ventaja. Dicho esto, es necesario afirmar que esta pena ha de asumirse en el ámbito deportivo planteado por el precepto, pese a que la dificultad más importante venga de la mano de la pena de inhabilitación ya que no tiene ningún sentido aplicar ésta al mundo del deporte pues al hablar de inhabilitar para la

⁶⁶ QUERALT JIMÉNEZ, Juan José, *Derecho penal español. Parte especial*, Editorial Atelier, Barcelona, 2010, p. 625. CORTÉS BECHIARELLI, Emilio, *El delito de corrupción deportiva*, cit., p. 193. Este autor ahonda en este planteamiento indicando que, no siendo partidario de aplicar en este tipo de situaciones el delito de estafa, habría que construir un ilícito mediante una modalidad agravada cuando se produjera el verdadero perjuicio de los apostantes. Cfr. BENÍTEZ ORTÚZAR, *op. cit.*, p. 181. No obstante, este autor subraya que, hoy día, otros sectores del Ordenamiento Jurídico están planteando medidas para incluir mecanismos auténticamente preventivos en orden a las posibles implicaciones de los participantes en los eventos deportivos como pudieran ser el art. 75 del Código Disciplinario de la Real Federación Española de Fútbol respecto “de la participación en juegos y apuestas” e incluso la recién estrenada Ley 13/2011 de 27 de mayo de regulación del juego, además del Código de conducta de apuestas deportivas para jugadores de balonmano, en suma unas prácticas de Buen Gobierno para el correcto funcionamiento del deporte profesional.

⁶⁷ DE VICENTE MARTÍNEZ, “Fraude y corrupción en el deporte profesional”, *op. cit.*, p. 379. MUÑOZ CONDE, *op. cit.*, pp. 455 y 456.

industria o comercio, no parece tener mucho sentido en el ámbito examinado y quizá hubiera tenido mayor enjundia el hecho de haber inhabilitado para funciones más próximas al espectro deportivo, esto es, funciones directivas o laborales en las entidades deportivas o para participar como deportista, árbitro o juez deportivo en un encuentro o competición deportiva profesional.⁶⁸ Hay que indicar que la Ley 1/2015, de Reforma del CP ha introducido una referencia a unos supuestos dudosos, desde el punto de vista doctrinal, que no quedaban claros en el tenor literal del precepto examinado. Asimismo, se indicará que la competición deportiva de especial relevancia económica aquella en la que la mayor parte de los participantes en la misma perciban cualquier tipo de retribución, compensación o ingreso económico por su participación en la actividad; por otro lado, la competición deportiva de especial relevancia deportiva es aquella que sea calificada en el calendario deportivo anual aprobado por la federación deportiva correspondiente como competición oficial de la máxima categoría de la modalidad, especialidad o disciplina de que se trate.⁶⁹

Frente a este planteamiento, como se ha manifestado en este trabajo, un sector doctrinal entiende que el problema del fraude deportivo, situación de fraude⁷⁰ o engaño al correcto funcionamiento de la actividad deportiva, podría solventarse en el ámbito del Derecho disciplinario deportivo y alejarlo del espacio del Derecho penal en virtud del principio *non bis in*

⁶⁸ BENÍTEZ ORTÚZAR, *op. cit.*, pp. 175 y 176. Subraya que esta circunstancia es difícilmente compatible con el principio de legalidad penal puesto que este modelo de inhabilitaciones no se recoge en el tipo delictivo. Cfr. RÍOS CORBACHO, "El fraude en el fútbol", *op. cit.*, p. 203.

⁶⁹ MUÑOZ CONDE, *op. cit.*, p. 456. Cfr. RUIZ RODRÍGUEZ, Luis Ramón, "Delitos relativos al mercado y a los consumidores, y la corrupción en los negocios", en TERRADILLOS BASOCO, Juan (Coordinador), *Lecciones y Materiales para el estudio del Derecho penal, Derecho penal. Parte Especial (Derecho penal económico)*, Tomo IV, 2ª edición, Editorial Iustel, Madrid, 2016, pp. 137 y 138. Señala este autor que el uso de la propia expresión "a mayor parte de los participantes" genera cierta inseguridad interpretativa, bastando con que esa cifra sea superior al cincuenta por ciento de los participantes para que el tipo sea aplicable, dejando fuera del castigo a aquellas conductas típicas realizadas en competiciones deportivas en las que el reducido número de intervinientes, bastaría con no llegar a ese cincuenta por ciento, recibe retribuciones, por altas que estas puedan ser.

⁷⁰ Cfr. PÉREZ TRIVIÑO, José Luis, *Ética y deporte*, Editorial Desclée De Brouwer, Bilbao, 2011, pp. 36 y 37.

idem.⁷¹ De esta manera, convendría proponer una sanción, quizá ejemplar, por la repercusión mediática que ello conlleva, presentando como lo más correcto la suspensión de la licencia federativa porque, desde el punto de vista del deportista, resulta más efectiva e intimidante que la prisión, ya que desde el punto de vista mediático ejerce un gran impacto tanto si tuviera una duración temporal como definitiva, a causa del grado de gravedad que suponga el ilícito.⁷²

En lo referente a las apuestas *online* puede, en cuanto que se produzca un engaño, que se realice la disposición patrimonial y, si es posible, demostrar la relación de causalidad, encontrándonos ante una estafa del art. 248.1 CP; con todo, habría que producir un fraude en el espectáculo deportivo, en principio, afectando al bien jurídico "competencia leal deportiva", propio del art. 286 bis. 4) CP, el cual servirá de base como engaño mediante el fraude, amaño de la competición o prueba para que se desarrolle la disposición patrimonial en "perjuicio propio o de terceros" donde ya se consuma el delito de estafa, afectando al bien jurídico patrimonio.

Para solucionar el problema, desde el punto de vista jurídico-penal, puede observarse un concurso medial de delitos ya que, el primero, fraude deportivo, es medio para cometer el segundo, la estafa. La consecuencia jurídica que habría de aplicarse a este problema sería a tenor del art. 77 CP donde se aplicaría la pena más grave en su mitad superior. De esta

⁷¹ Cfr. SUÁREZ LÓPEZ, José María, "Las consecuencias del principio *Non bis in idem* en la Ley Orgánica de protección de la salud del deportista y la lucha contra el dopaje en España", en MORILLAS CUEVA, Lorenzo y MANTOVANI, Ferrando (Directores), *Estudios sobre Derecho y deporte*, BENÍTEZ ORTÚZAR, Ignacio (Coordinador), Editorial Dykinson, Madrid, 2008, pp. 225 y ss.

⁷² MILLÁN GARRIDO, "Fraude en el deporte y apuestas irregulares", *op. cit.*, en *Diario de Jerez*, de 15 de diciembre de 2009. Propone la prohibición de realizar apuestas deportivas a los deportistas y técnicos que participaran en la competición sobre la que recaen las apuestas y, en caso de incumplimiento, imponer una sanción por la realización de dicha conducta de privación temporal de la licencia federativa que llegara a ser definitiva en caso de reincidencia. Cfr. KINDHÄUSER, Urs, "Presupuestos de la corrupción punible en el Estado, la economía y la sociedad. Los delitos de corrupción en el Código penal alemán", en *Política Criminal*, No. 3, 2007, p. 2. Este autor señala que los partidos de fútbol son placeres privados; en el caso de manipulación pueden formar parte de los delitos patrimoniales como la estafa, si se produce la lesión de intereses financieros. Cfr. DE VICENTE MARTÍNEZ, *Derecho penal del deporte*, *op. cit.*, p. 559.

forma, hay que señalar que el amaño deportivo se castiga con la pena de prisión de seis meses a cuatro años, mientras que el tipo básico del delito de estafa será de seis meses a tres años de prisión, por lo que atendiendo a la resolución del concurso medial de delitos la pena a imponer consistiría en la más grave (de seis meses a cuatro años del delito de fraude en el deporte) en su mitad superior (de 2 años y 3 meses a 4 años).⁷³

Por último, es importante señalar que la reforma de 2015 precitada también ha incluido un novedoso art. 286 quáter CP en el que se establecen unas agravantes específicas sobre el art. 286 bis 4): primero la finalidad de influir en el desarrollo de juegos de azar o apuestas, que pretende la incorporación a las conductas básicas de un ánimo subjetivo especial que busca castigar con mayor contundencia las apuestas ilegales en el ámbito deportivo, tanto por la adulteración de la competición deportiva que representan como por la gran capacidad de generación de beneficios ilícitos que conllevan y, segundo, la realización de las conductas en una competición oficial de ámbito estatal calificada como profesional o en una competición deportiva internacional, que deja la aplicabilidad del tipo básico en su mínima expresión, puesto que serán muy limitados los supuestos de competiciones deportivas con especial trascendencia económica o deportiva que, a su vez, no se correspondan con una competición oficial profesional estatal o internacional.⁷⁴

⁷³ La apreciación de la estafa se realiza pensando que el resultado no será amañado y, por tanto, puede advertirse la existencia de un engaño bastante, que produce un error suficiente que, a su vez, provoca una disposición patrimonial y, por último, genera un perjuicio. En el caso de las apuestas, si la intención de alterar el resultado surge con posterioridad al hecho de haber apostado, sería más difícil de comprobar y se debería aludir a la comisión por omisión, circunstancia ésta más compleja de aceptar por la doctrina. En este sentido, MUÑOZ CONDE, *op. cit.*, pp. 431 y 432.

⁷⁴ RUIZ RODRÍGUEZ, *op. cit.*, p. 138.

IV. Referencias bibliográficas

Obras generales

- ABEL SOUTO, Miguel, "La reforma penal, de 22 de junio de 2010, en materia de blanqueo de dinero", en ABEL SOUTO, Miguel, y SÁNCHEZ STEWART, Nelson, (Coordinadores), *II Congreso sobre prevención y represión del blanqueo de dinero*, Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 2011.
- ÁLVAREZ GARCÍA, Francisco Javier, "Estafa (I)", en ÁLVAREZ GARCÍA, Francisco Javier (Director), MANJÓN-CABEZA OLMEDA, Araceli, y VENTURA PÜSCHEL, Arturo, (Coordinadores), *Derecho Penal Español. Parte Especial (II)*, Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 2011.
- BENÍTEZ ORTÚZAR, Ignacio, *El delito de "fraudes deportivos". Aspectos criminológicos, político-criminales y dogmáticos del art. 286 bis del Código Penal*, Editorial Dykinson, Madrid, 2011.
- CAZORLA PRIETO, Luis, *Deporte y Estado*, Madrid, 1979.
- COLANTUONI, Lucio, "Fraude y apuestas deportivas en el fútbol profesional: casos recientes en Italia y análisis comparativo", en BOSCH CAPDEVILA, Esteve, y FRANQUET SUGRAÑÉS, M^a Teresa (Coordinadores), *Dopaje, fraude y abuso en el deporte*, Editorial Bosch, Barcelona, 2007.
- COLECTIVO DE AUTORES, *Enciclopedia mundial del fútbol*, Tomo VI, Editorial Océano, Barcelona, 1984.
- CORTÉS BECHIARELLI, Emilio, *El delito de corrupción deportiva*, Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 2012.
- DE VICENTE MARTÍNEZ, Rosario, *Derecho penal del deporte*, Editorial Bosch, Barcelona, 2010.
- DE VICENTE MARTÍNEZ, Rosario, "Fraude y corrupción en el deporte profesional", en MILLAN GARRIDO, Antonio (Coordinador), *La reforma del régimen jurídico del deporte profesional*, Madrid, 2010.
- DE VICENTE MARTÍNEZ, Rosario, *Vademecum de Derecho Penal*, 3^a edición, Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 2015.
- FERNÁNDEZ TERUELO, Javier Gustavo, *Derecho penal e internet, Especial consideración a los delitos que afectan a jóvenes y a adolescentes*, Editorial Lex Nova, Valladolid, 2011.
- GIL DE LA VEGA, Enrique y PINILLOS, Pedro José, *La proyección económica del deporte*, Editorial Cabal, Madrid, 1967.

- GÓMEZ RIVERO, Carmen (Coordinadora), *et al.*, *Nociones fundamentales de Derecho penal. Parte especial (Adaptado al EEES)*, Editorial Tecnos, Madrid, 2010.
- HILL, Declan, *Juego sucio. Fútbol y crimen organizado*, Editorial Alba, Barcelona, 2008.
- MAGNINI, Valentina, "Las medidas jurídico-penales contra la violencia con ocasión de manifestaciones deportivas en Italia: los delitos previstos en la L. 401 de 1989", en MORILLAS CUEVA, Lorenzo y MANTOVANI, Ferrando (Directores), BENÍTEZ ORTÚZAR, Ignacio (Coordinador), *Estudios sobre Derecho y deporte*, Editorial Dykinson, Madrid, 2008.
- MANTOVANI, Ferrando, "El fútbol: deporte criminógeno", en MORILLAS CUEVA, Lorenzo, y MANTOVANI, Ferrando, (Dirs.), BENÍTEZ ORTÚZAR, Ignacio (Coordinador), *Estudios sobre Derecho y deporte*, Editorial Dykinson, Madrid, 2008.
- MUÑOZ CONDE, Francisco, *Derecho penal. Parte Especial*, 20ª edición, Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 2015.
- PÉREZ TRIVIÑO, José Luís, *Ética y deporte*, Editorial Desclée De Brouwer, Bilbao, 2011.
- QUERALT JIMÉNEZ, Juan José, *Derecho penal español. Parte especial*, Editorial Atelier, Barcelona, 2010.
- RÍOS CORBACHO, José Manuel, "El fraude en el fútbol", en MILLÁN GARRIDO, Antonio (Coordinador), *Cuestiones actuales del fútbol profesional*, Editorial Bosch, Barcelona, 2012.
- RÍOS CORBACHO, José Manuel, "Fútbol profesional y la Ley del juego: las apuestas deportivas *online*", en MILLÁN GARRIDO, Antonio (Coord.), *Estudios Jurídicos sobre el fútbol profesional*, Editorial Reus, Madrid, 2013.
- RÍOS CORBACHO, José Manuel, *Palabra de fútbol y Derecho penal*, Editorial Reus, Madrid, 2015.
- RUIZ RODRÍGUEZ, Luís Ramón, "Delitos relativos al mercado y a los consumidores, y la corrupción en los negocios", en TERRADILLOS BASOCO, Juan (Coordinador), *Lecciones y Materiales para el estudio del Derecho penal*, Tomo IV Derecho Penal. Parte Especial (Derecho penal económico), 2ª edición, Editorial Iustel, Madrid, 2016.
- SALINERO ALONSO, Carmen, "Defraudaciones: Estafa. Apropiación indebida. Defraudaciones de fluido eléctrico y análogas", en TERRADILLOS BASOCO, J.M., (Coordinador), *Lecciones y materiales para el estudio del Derecho penal*, Tomo III Derecho Penal. Parte Especial, Vol. I, 2ª edición, Editorial Iustel, Madrid, 2016.

SUÁREZ LÓPEZ, José María, "Las consecuencias del principio Non bis in ídem en la Ley Orgánica de protección de la salud del deportista y la lucha contra el dopaje en España", en MORILLAS CUEVA, Lorenzo, y MANTOVANI, Ferrando, (Directores), BENÍTEZ ORTÚZAR, Ignacio, (Coordinador), *Estudios sobre Derecho y deporte*, Editorial Dykinson, Madrid, 2008.

TEBAS MEDRANO, Javier, y Torrens Otín, Pedro, *El fútbol no es así*, Editorial Titán, Zaragoza, 2014.

Publicaciones periódicas

ANARTE BORALLO, Enrique, y ROMERO SÁNCHEZ, Cándido, "El delito de corrupción deportiva. Aspectos metodológicos, dogmáticos y político-criminales", en *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, 13-20, 2012.

BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio, y CERINA, Giorgio, "Algunos problemas del nuevo delito de corrupción en el deporte", en *Revista General de Derecho Penal*, No. 18, 2012.

CASTRO MORENO, Abraham, "El nuevo delito de corrupción en el deporte", en *Revista Aranzadi de derecho de deporte y entretenimiento*, No. 28, 2010.

CASTRO MORENO, Abraham, "Contrabando y apuestas deportivas por internet", en *Revista Aranzadi de Derecho del deporte y entretenimiento. Deportes, juegos de azar, entretenimiento y música*, No. 30, 2010.

GONZÁLEZ-ESPEJO, Pablo, y LÓPEZ VELÁZQUEZ, David, "La nueva Ley del Juego", en *Revista Uría & Menéndez*, disponible en: www.uria.com/documentos/publicaciones/3222/documento/art04.pdf?id=3370, (consultado: 11/02/2016 a las 13.35).

KINDHÄUSER, Urs, "Presupuestos de la corrupción punible en el Estado, la economía y la sociedad. Los delitos de corrupción en el Código penal alemán", en *Política Criminal*, No. 3, 2007.

MARTA, Laura, "La caída de Nikola Karabatic", en *Diario ABC.es*, 2 de octubre de 2012, disponible en: www.abc.es/20121002/deportes/abci-karabatic-acusado-amano-201210022221.html (consultado: 09/07/2014 a las 16.15).

MARTA, Laura, "El excéntrico Koellerer es inhabilitado de por vida", en *Diario ABC.es*, 1 de junio de 2011, disponible en: www.abc.es/20110531/deportes-tenis/abci-koellerer-inhabilitado-201105312003.html (consultado 03/04/2016 a las 12.35).

- MILLÁN GARRIDO, Antonio, "Fraude en el deporte y apuestas irregulares", en *Iusport*, 16 de diciembre de 2009, disponible en: www.iusport.es/php2/index.php?option=com_content&task=view&id=1092&Itemid=33 (consultado: 11/02/2016 a las 13.35).
- MILLÁN GARRIDO, Antonio, "Fraude en el deporte y apuestas irregulares", en *Diario de Jerez*, de 15 de diciembre de 2009.
- MUSCO, Enzo, "El fraude en la actividad deportiva", en *Revista penal*, No. 7, 200).
- NIETO, Juan, "Amaños en Tercera por 700 euros", en *Diario El Mundo*, 5 de abril de 2016, disponible en: <http://www.elmundo.es/deportes/2016/04/05/5702a84446163f956c8b45ec.html> (consultado 05/04/2016 a las 09.15).
- ORDAZ, Pablo, "La corrupción azota de nuevo al calcio", en *Diario El País*, 28 de mayo de 2012, disponible en: [//deportes.elpais.com/deportes/2012/05/28/actualidad/1338238608_265756.html](http://deportes.elpais.com/deportes/2012/05/28/actualidad/1338238608_265756.html) (consultado el 20/03/2016 a las 13.35).
- PÉREZ GÁLVEZ, Juan Francisco, "La reserva de actividad del operador ONCE en la Ley 13/2011, de 27 de mayo de regulación del juego", en *Revista Aranzadi de Deporte y entretenimiento*, No. 35, 2012.
- TRÖGER, W., "El deporte, fenómeno social universal", en *Solidaridad Olímpica*, Editorial INEF, Madrid, 1977.

Documentos

- COLECTIVO DE AUTORES, "Asamblea General Eu Athletes", en *Revista Asociación de Jugadores de Balonmano*, No. 43, 2012.

Los delitos deportivos en Cuba. Una visión desde la dogmática penal*

DR. CIRO FÉLIX RODRÍGUEZ SÁNCHEZ**

LIC. MIRTHA RICEL MENA CASTELLANOS***

Sumario

- I. Planteamiento de la cuestión
- II. Los denominados delitos deportivos. Fundamentos y nociones generales. Aproximación a una conceptualización
- III. El denominado delito deportivo. Breve reseña histórica y legal
- IV. Consideraciones actuales con respecto a las tipicidades delictivas en el ámbito deportivo. Derecho penal y deporte. Necesidad de la intervención penal
- V. Presupuestos teóricos para la interpretación y aplicación de la norma penal en supuestos de delitos deportivos. Necesaria modificación de la ley penal en el caso del *doping* deportivo
- VI. Conclusiones
- VII. Fuentes bibliográficas

* Publicado en FLORES FERNÁNDEZ, Zitlally (Coordinadora), *El Derecho Deportivo desde una perspectiva comparada. Los casos de España, México, Argentina, Cuba, Brasil y Mozambique*, Flores Editores, México, 2015, pp. 235-262.

** Profesor Titular de Derecho penal, Facultad de Derecho de la Universidad de Oriente, Santiago de Cuba. Presidente del Capítulo Provincial de la Sociedad Cubana de Ciencias Penales. Vice-coordinador del Grupo de Investigación sobre Derecho del Deporte, Universidad de Oriente. Investigador de la Red Iberoamericana de Investigadores en Derecho y Gestión del Deporte (reconocida y patrocinada por la Asociación Universitaria Iberoamericana de Posgrado, AUIP, Salamanca, España). cfelix@uo.edu.cu

*** Fiscal de la Fiscalía Municipal de Palma Soriano, Santiago de Cuba. Premio Nacional del Concurso Anual de la Sociedad Cubana de Ciencias Penales (2015) en la Categoría de Tesis de Licenciatura. Miembro del Grupo de Investigación sobre Derecho del Deporte, Universidad de Oriente, Santiago de Cuba. Investigadora de la Red Iberoamericana de Investigadores en Derecho y Gestión del Deporte (reconocida y patrocinada por la Asociación Universitaria Iberoamericana de Posgrado, AUIP, Salamanca, España). mirtha@fmps.fpsc.fgr.cu

I. Planteamiento de la cuestión

La práctica de juegos y deportes, sobre todo aquellos que entrañan, de alguna u otra forma, contacto físico entre los participantes, traen aparejada la posibilidad, más o menos cierta, de que uno o varios de los contendientes resulte lesionado o, en el peor de los casos, pueda ser privado de la vida. Existen, por supuesto, actividades deportivas donde seguramente los intervinientes se causarán daños corporales o en la salud en general, tal como ocurre de manera ordinaria en los llamados deportes de combate como boxeo, lucha, judo y kárate, por sólo mencionar los más representativos de este tipo de competencia; por otro lado, aquellos en los que el propio roce corporal con fuerza genera golpes o excoiraciones como sucede en la práctica del denominado fútbol americano, en el fútbol más tradicional y en el baloncesto y, por último, el grupo donde excepcionalmente pueden ocurrir las citadas lesiones a la integridad corporal de los sujetos o los atentados contra la vida de los mismos, como ocurre en el beisbol, el voleibol, el softbol, entre otros.

Estos aspectos nos demuestran que las lesiones y otras posibles consecuencias a la integridad corporal o a la vida de las personas han estado presentes y estarán en el "mundo" del deporte, tanto en aquellos que se pueden estimar como más violentos como en los que no tienen, necesariamente, esa consideración. Sin embargo, la polémica que se suscita es que las víctimas de tales acciones no suelen acudir a la vía jurisdicción penal para ejercitar las acciones correspondientes para la probable comprobación de un actuar delictivo, utilizando, si fuera esa la decisión, mayormente la vía administrativa o propiamente vías alternativas (de carácter privado-deportivo) para solucionar tales conflictos, lo que quizás pudiera obedecer a confusiones e interpretaciones inadecuadas alrededor de esta interesante temática.

Partiendo de estos aspectos, se pretende con este trabajo sistematizar los elementos más esenciales para una conceptualización del denominado delito deportivo, a partir de la evolución histórica de dicha figura y una visión comparada de su regulación jurídica en otras realidades jurídico-penales. Al mismo tiempo, podremos llegar a determinar cuál de las vías posibles para solucionar estos casos resultaría la más adecuada, a los efectos de proporcionar un tratamiento más efectivo a los perjudicados por tales acciones, ya sea en el ámbito del Derecho administrativo, entiéndase en el marco de la normativa propiamente deportiva o, incluso, en el ámbito de la jurisdicción penal.

La conducta deportiva que provoca lesiones y violencias, siempre y cuando haya tenido lugar conforme al correspondiente reglamento, no

contraviene el Derecho, no lesiona el interés legítimamente protegido por el Estado¹ o, lo que es igual, no afecta bien jurídico alguno, por lo que en tales situaciones el acto no puede ser reprochable desde el punto de vista del ordenamiento jurídico. Esta juricidad de las violencias o lesiones intradeportivas tienen un fundamento que las convierte en impunes y, por lo tanto, no reprimibles ni perseguidas por el Derecho penal, siempre y cuando dichas conductas sean cometidas en total apego a las normas de cada deporte y sin la intención de causar tales afectaciones.

Esto último nos lleva a considerar que resulta muy ilógico pensar que si el reglamento permite determinada conducta violenta y, de otro lado, el Derecho pretendiera sancionar tal comportamiento, se trataría en esencia, de una anomia jurídico penal, algo inaceptable en el Derecho contemporáneo. Ahora bien, si se cometen actos deportivos que infringen las reglamentaciones correspondientes y provocan lesiones graves o la muerte de otra persona, entre otros posibles resultados, cabría preguntarse entonces, ¿será esta conducta justificada? ¿cuál sería el límite de la conducta antideportiva?

A estas y otras interrogantes trataremos de contribuir con este breve análisis y que, en esencia, procura establecer, en términos muy generales, la necesidad de un tratamiento jurídico penal para aquellas conductas que en el ámbito de la práctica de un deporte o en ocasión de ella transgreden los bienes jurídicamente protegidos en el sistema penal cubano, partiendo de la necesaria distinción entre las acciones totalmente autorizadas por las características de una determinada disciplina deportiva y aquellas que pueden desvirtuar los objetivos propios de la sana y saludable actividad deportiva.

La práctica del deporte es una actividad autorizada por el Estado y consagrada constitucionalmente, cuyo ejercicio en sus distintas disciplinas requiere de acciones que pueden originar choques violentos entre los participantes y que pueden ocasionar daños físicos importantes a sus participantes, por lo que se requiere de cierta protección penal para aquellos

¹ LOAYZA GAMBOA, Ricardo Cristian, "Justificación de las lesiones y violencias en los deportes. Un análisis penal de los deportes violentos como el fútbol", en *Revista Digital Efdportes*, Buenos Aires, Año 11 No. 95, abril de 2006, p. 10. Disponible en: <http://www.efdepportes.com/efd95/penal.htm> (consultado 02/04/2012 a las 10.05).

casos en los que por violaciones de los reglamentos y normativas deportivas se produzcan conductas típicas y antijurídicas.

Para tal propósito realizamos una valoración de los fundamentos teóricos generales sobre los delitos deportivos, así como exponemos y enjuiciamos los principales antecedentes legales de la incorporación de éstos en la legislación penal cubana, con particular referencia a las mejores experiencias que al respecto ofrecen otras legislaciones.

II. Los denominados delitos deportivos. Fundamentos y nociones generales. Aproximación a una conceptualización

Aunque no expresan una problemática excesivamente preocupante de la criminalidad contemporánea, al estilo por ejemplo de la relacionada con el narcotráfico o aquella que afecta intereses patrimoniales, los delitos deportivos o cometidos en ocasión de un espectáculo deportivo han sido objeto de no pocas discusiones, máxime si tenemos en cuenta que muchas de las conductas que pudieran calificarse como delictivas parecen inevitables en la práctica de determinadas disciplinas deportivas; por otro lado, los sistemas penales nacionales no suelen defender que tales conflictos deban encontrar solución a partir de la aplicación de las normas que los conforman, prefiriéndose el empleo de disposiciones administrativas propias del tipo de actividad de que se trata.

Pero como ya dijimos, no han sido insignificantes los casos de afectaciones a la vida y a la integridad corporal que han tenido lugar en la realización de determinadas competencias deportivas, especialmente escandalosos en aquellos no admitidos en los programas de los Juegos Olímpicos como el boxeo profesional, campeonatos de artes marciales mixtas, por sólo mencionar dos de los más ilustrativos. A pesar de que para la realización de las diversas competencias admitidas en el olimpismo actual existen reglamentaciones bien delimitadas, ello no ha impedido la ocurrencia de lamentables hechos contra los intereses ya mencionados, lo cual ha demandado de la atención y la preocupación de especialistas en esas disciplinas para evitar se reiteren y, por supuesto, de los juristas a los efectos de valorar las soluciones más adecuadas para enfrentar, desde el punto de vista legal, tales comportamientos.

Consecuentemente, lo primero que debemos analizar es lo concerniente a una posible definición genérica de los delitos deportivos, aún al margen de la mayor o menor asimilación de esta categoría por los sistemas

penales. Aún así, se impone establecer las notas o elementos esenciales que deben caracterizar la realización de estas conductas. En tal sentido podemos plantear que la primera exigencia es que el comportamiento de que se trate tenga lugar en la práctica de una disciplina deportiva, forme parte o no del programa oficial de alguna competición, ya sea amateur o profesional, pero que esté regida por reglas debidamente aprobadas para su ejercicio por quienes desean practicarlos y participar de las competencias correspondientes. Tales normativas, además de fijar las condiciones de realización del deporte en cuestión, deben propiciar también las garantías para evitar conductas excesivas e inapropiadas durante su práctica, con lo que se estaría, a su vez, protegiendo la vida o la integridad corporal de los deportistas.

Otro elemento esencial para afirmar la existencia de un delito deportivo sería, entonces, la infracción de las reglas que legitiman la disciplina en cuestión, siempre que se pueda afirmar una conducta claramente antideportiva y, por tanto, contraria a los fines para los cuales se realiza. Esto es, que contradiga el espíritu de competencia y de confraternidad entre los contendientes. Siendo así, los sujetos comisores de tales conductas serían aquellos que participan de la respectiva disciplina en calidad de competidores o integrantes de los equipos que se enfrentan, aunque también pudiera ocurrir que la conducta antideportiva provenga de una persona que no participa directamente en la competencia, pero de alguna manera forma parte de ésta. En este supuesto pueden subsumirse los que realicen tales comportamientos en calidad de árbitros, entrenadores, directores técnicos, dirigentes deportivos y aquellos deportistas temporalmente ausentes de la competición deportiva pero que también integran sus respectivos equipos que intervienen en la competencia.

En lo que se refiere a la víctima, es nuestra opinión que pudiera ser tanto de los que participan en la competencia o de la práctica general del deporte, así como de aquellos que intervienen en calidad de espectadores del acontecimiento deportivo, siempre que en este último supuesto la conducta infractora provenga de uno de los participantes de aquel, por lo que no estarían incluidos aquellos casos de riñas u otras conductas ilícitas penales que tengan lugar entre los aficionados o espectadores entre sí. En tales casos podemos hablar de delitos cometidos en ocasión de espectáculos deportivos y que, de igual manera, serán objeto de atención en este artículo pues han experimentado notoriedad en el panorama de la criminalidad de los últimos tiempos.

Finalmente, constituye un elemento determinante de tales conductas que el resultado sea de aquellos que justifican la aplicación de sanciones penales, tales como lesiones, homicidios, riñas tumultuarias y ofensas im-

portantes al honor que, sin dudas, pueden derivar de conductas infractoras de las disposiciones reglamentarias para la práctica de las disciplinas deportivas. Pueden ser, por tanto, conductas intencionales para conseguir dichos resultados como también comportamientos imprudentes que, sin desear tales consecuencias, sean asumidos irresponsablemente por alguno o algunos de los competidores, lo que nos permite afirmar también serán preferentemente delitos de lesión o de daño a los bienes jurídicos tutelados.

A juicio de VENTAS SASTRE,² pueden ser numerosos los hechos que, en ocasión de un espectáculo deportivo pueden ocurrir y que por sus consecuencias encontrarían soluciones en el ámbito del Derecho penal. Entre ellos: las agresiones entre deportistas, las que pueden realizarse entre espectadores, los daños causados dentro o en los alrededores del recinto deportivo, el lanzamiento de objetos peligrosos a un árbitro, oficial o a un deportista, el lanzamiento de bengalas o petardos con resultados lesivos, la lesión de un árbitro u oficial por uno o varios deportistas, las lesiones que pueden sufrir los auxiliares de la competición deportiva, fotógrafos y periodistas, la tenencia ilícita de armas en las instalaciones deportivas, y el tráfico de drogas, entre otros.

Diversas han sido las teorías que se han enarbolado para explicar la consideración de conductas delictivas para aquellos comportamientos que, siempre que tengan lugar en el ámbito deportivo, ocasionen resultados con trascendencia para el Derecho penal, especialmente cuando se trata de lesiones o la muerte de alguno de los contendientes de una disciplina del deporte. En primer lugar, la denominada teoría del consentimiento que propugna que, ante la posibilidad de una lesión o la muerte de un deportista durante una competencia, es aplicable el razonamiento de que toda persona al decidir su intervención en un deporte determinado, sobre todo en aquellos que entrañan algún nivel de violencia, consiente y admite la posibilidad de sufrir afectaciones en su integridad corporal o, incluso, en su propia vida; siendo así, de tener lugar un resultado de esta naturaleza no sería planteable la intervención del Derecho penal.

Otra postura enarbolada alrededor de esta cuestión ha sido la teoría de la adecuación social por la que se justificaría toda conducta que, en el marco de una competencia deportiva que intrínsecamente genere riesgo

² VENTAS SASTRE, Rosa, "La violencia en el deporte: tratamiento en el Derecho penal español", Universidad Rey Juan Carlos, Madrid.

de lesiones u otras afectaciones similares, haya causado a un resultado penalmente relevante, siendo el argumento fundamental que tales comportamientos son socialmente adecuados, es decir, la sociedad los admite como probables en la actividad deportiva, por lo cual no cabría formular ningún reproche penal al respecto. Por último, y muy relacionada con esta explicación, se menciona la aplicación en tales supuestos de la circunstancia justificativa de cumplimiento de una profesión en la realización de dichos resultados, por lo que no es apreciable un actuar antijurídico del deportista que, en estricto apego a las reglamentaciones existentes, haya ocasionado un daño a su contrincante.³

III. El denominado delito deportivo. Breve reseña histórica y legal

Nuestro ordenamiento jurídico penal ha venido cambiando a lo largo de los años, buscando la adecuación de sus conductas típicas a la realidad de cada momento. Por tales motivos hemos conocido varias normas penales que han estado a la par de ese desarrollo, con sus faltas o desaciertos, pero con el objetivo de sancionar conductas lesivas de bienes jurídicos protegidos.

El sistema penal cubano ha estado conformado por varios cuerpos normativos: el extendido Código Penal español de 1870, el Código de Defensa Social de 1936, el Código Penal de 1979 (Ley No. 21) y el actual Código Penal de 1987 (Ley No. 62). De ellos solo el Código de Defensa Social⁴ reconoció y reguló de manera expresa a los delitos deportivos, dedicando para su regulación el Capítulo V del Título IX sobre delitos contra la vida y la integridad corporal y la salud, en cuyo artículo 499⁵ fijaba los elemen-

³ Para más información sobre estas y otras explicaciones alrededor de la responsabilidad penal en el ámbito deportivo, *vid.* VALLS PRIETO, Javier, "La intervención del Derecho Penal en la actividad deportiva", en *Revista Electrónica de Derecho Penal y Criminología*, No. 11-14, 2009, p. 14:7. Disponible en: <http://criminet.ugr.es> (consultado 14/03/2015 a las 13.45).

⁴ Código de Defensa Social. Decreto Ley No. 802/1936. Publicación Oficial del Ministerio de Justicia. Cuba. 1973.

⁵ "Artículo 499. A) El que aprovechando la ocasión de tomar parte en un deporte autorizado, causare de propósito y con infracción de las reglas aprobadas del juego, un daño a otro, será responsable del daño resultante, e incurrirá en las sanciones que se señalan

tos y circunstancias esenciales a partir de los que podían tener lugar tales conductas, lo que constituyó un momento importante en el reconocimiento y posterior desarrollo de esta problemática de la criminalidad.

Esta regulación, desde nuestro punto de vista, representó un gran paso de avance, pues aún y cuando este Código tuvo vida durante un período específico de nuestra sociedad, con la regulación de conductas deportivas transgresoras del Derecho, avizoraba algo que para la fecha era realmente novedoso. Sin embargo, en legislaciones penales posteriores, como la de 1979,⁶ esta regulación cambió sustancialmente hasta el punto de desaparecer. De similar manera ocurrió en la actual ley penal que tampoco reconoce, explícitamente, esta como figura delictiva y deja a las normativas deportivas o administrativas la difícil tarea de resolver situaciones que pueden ocasionar daños a la vida o integridad corporal de los deportistas durante la realización de un juego deportivo determinado, a no ser que se trate de conductas muy evidentes contra la vida e integridad corporal que podrán ser solucionadas en el ámbito penal y a partir de las figuras delictivas genéricas para garantizar tales intereses.

Esta situación también es común en la mayoría de las regulaciones penales extranjeras, así, de las pocas que reconocen los delitos deportivos como conductas típicas y antijurídicas, lo hacen como una modalidad dentro de otras figuras delictivas como el homicidio y las lesiones. Tenemos el ejemplo del Código Penal boliviano,⁷ el cual en su artículo 255,⁸

para cada caso en los artículos que anteceden.

B) Si el daño no fuere causado de propósito, pero proveniente de una infracción de las reglas del deporte cometida bajo la excitación y el entusiasmo del juego, el responsable será sancionado a título de culpa, con aplicación de las reglas del artículo 72.

C) Si el evento dañoso resultare sin el propósito de causarlo, y sin que infrinja las reglas del deporte quien lo produjere, no incurrirá éste en responsabilidad criminal alguna.

D) Si el evento dañoso se hubiere producido por haber consentido el árbitro, el juez de campo umpire o referee la infracción de las reglas del deporte, será este juzgado como cómplice, en el caso del inciso A, y como coautor, en el caso del inciso B.”

⁶ Código Penal. Ley No. 21/1979. Publicación Oficial del Ministerio de Justicia.

⁷ Código Penal, 1ª edición, Ediciones Cabeza de Cura, La Paz, Bolivia, 1999.

⁸ “Artículo 255: El deportista que tomando parte en un deporte autorizado causare la muerte de otro deportista en el acto del deporte, con evidente infracción en los respectivos reglamentos, será sancionado con reclusión de seis meses a dos años. La pena será de reclusión de tres meses a un año, si en el caso anterior se produjere lesión.”

sobre homicidio en prácticas deportivas, reconoce únicamente como posible resultado dañoso el homicidio y las lesiones, siempre que ocurran durante una competición correspondiente a un deporte autorizado por el Estado y como requisito para su configuración, establece la violación reglamentaria para cometer el hecho.

Por su parte, el Código Penal de Ecuador,⁹ destina dentro del delito de homicidio, pero de forma independiente en el artículo 462,¹⁰ la regulación de dichos delitos deportivos, pero de una manera muy particular, reconociendo primeramente el homicidio como única situación delictiva apreciable en el deporte, especificando en el artículo que no será penado cuando la muerte sea producida sin intención ni violación de los respectivos reglamentos, y siempre que se trate de un deporte no prohibido en la República, debiendo en caso contrario tener en cuenta la regulación que para el delito de homicidio se destina.

El Código Penal que a nuestro entender es un poco más específico a la hora de regular esta figura, ha sido el de la República de Guatemala,¹¹ que destina el Capítulo VI para la regulación del delito deportivo, en los artículos 152¹² para los supuestos de delitos en el deporte por dolo o culpa y en el 153,¹³ para determinar como eximente en dos supuestos en particular,

⁹ Código Penal. Legislación Conexa, 1ª edición, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito, Ecuador. 1999.

¹⁰ "Artículo 462: El homicidio causado por un deportista, en el acto de un deporte y en la persona de otro deportista en juego, no será penado al aparecer claramente que no hubo intención ni violación de los respectivos reglamentos, y siempre que se trate de un deporte no prohibido en la República.
En caso contrario, se estará a las reglas generales de este Capítulo, sobre homicidio."

¹¹ Código Penal y Exposición de Motivos, 1ª edición, Guatemala, Ediciones Especiales, Edición de Colección Temas Jurídicos.

¹² "Artículo 152. Quien, aprovechando su participación en el ejercicio de cualquier deporte, causare, de propósito y con infracción a las reglas o indicaciones correspondientes, un resultado dañoso, será responsable del hecho resultante e incurrirá en las sanciones que en este Código señala para cada caso.
Si el resultado dañoso se causare sin propósito pero con infracción de las reglas o indicaciones respectivas, el responsable será sancionado a título de culpa."

¹³ "Artículo 153. Quien, en deportes violentos debidamente autorizados por la autoridad, que tengan por finalidad el acometimiento personal, sin infracción de las reglas o indicaciones respectivas, causare lesiones a su contrincante, no incurre en responsabilidad penal."

Tampoco incurre en responsabilidad penal quien, en ejercicio de un deporte debida-

en el de resultado de lesiones y en el de resultado dañoso, el hecho de actuar sin infracción de las reglas o indicaciones respectivas. Cabe destacar que en esta regulación no se especifica un delito en particular como lo hacen las anteriores, dejando abierta la posibilidad para encuadrar otras figuras delictivas y remitiéndonos al artículo en concreto de que se trate la acción ilícita.

Como nota crítica podríamos decir que, dentro del ordenamiento penal sustantivo guatemalteco, cuando se tipifica el delito deportivo, únicamente lo dirige a aquellas personas que toman parte activa dentro de una justa competitiva y que incumplen las reglas o indicaciones para cada rama del deporte establecidas. Es decir, que la norma exclusivamente está dirigida a los contrincantes, dejando al margen a todas aquellas personas que tienen participación o responsabilidad indirecta en la acción ilegal deportiva, por lo que, al decir de BARRIOS MÉNDEZ, es necesaria la existencia de una norma punitiva que involucre y abarque a todos aquellos agentes delictivos, que de alguna u otra forma, tengan participación con una actitud activa y lesiva dentro de la realización del evento deportivo y con la que se transgreda la ley penal, ejemplo, el uso de drogas o estupefacientes.¹⁴

Lo que nos evidencia que aun las normas penales más completas con relación a la tipificación de los delitos deportivos, todavía se encuentran con situaciones no previstas en ellas, dejando vacíos y con ellos la posibilidad de dejar impunes muchos actos lesivos y por consiguiente, a sus comisores. Situación que ha ido forjando, en todos los organismos rectores del deporte, así como en la mayoría de los Estados, la necesidad de crear un interés general para aunar esfuerzos en aras de erradicar tan penosa situación.

Como han podido constatar son muy pocas las legislaciones penales que tienen en su cuerpo la figura de los delitos deportivos como conductas

mente autorizado, sin infracción de las reglas o indicaciones del caso y sin propósito, causare un resultado dañoso.

¹⁴ BARRIOS MÉNDEZ, Ervin Orlando, *La importancia del dictamen médico legal en el delito deportivo*, Tesis de Licenciatura, Facultad de Ciencias Jurídicas, Sociales y de la Justicia, Universidad Panamericana, Guatemala, 2011, pp. 85y 86. Disponible en: http://www.upana.edu.gt/web/upana/tesis-economicas/cat_view/66-facultad-de-ciencias-juridicas-tesario/154-tesislicenciatura-2011 (consultado 26/03/2011a las 08.45).

típicas, antijurídicas y merecedoras de protección penal. Las que lo hacen siguen la línea de incluir dicha figura dentro del mismo delito de homicidio como una de sus modalidades, incluyendo en ocasiones, apartados consistentes en eximentes de responsabilidad penal y en una determinación de los cómplices y coautores de dicho delito. Es decir, no ven esa conducta merecedora de autonomía dentro de la normativa, sino más bien como una forma de comisión del delito de homicidio.

Ante estos hechos han empezado a aparecer quienes dedican mayor atención a los sucesos descritos, pues si bien en nuestro país no son muy frecuentes, sí han tenido lugar, y raras veces han recibido el tratamiento que corresponde a un actuar delictivo, siendo la vía administrativa interna de cada deporte la más utilizada, la que tiene sus propios supuestos de actuación y que en nada tienen que ver con la protección que el Derecho penal garantiza. La doctrina que aborda el tema comienza a llamar la atención sobre la poca trascendencia que le atañen los gobiernos a tales hechos y abogan por la correspondiente inclusión en las normativas penales, incluso ven como una posible situación que propicia tales acciones, el no existir en las reglamentaciones deportivas una correcta regulación de todas las posibles situaciones que en materia deportiva pueden darse.

La realidad en nuestro país, aunque no alcanza altos índices de ocurrencia si ha tenido ejemplos muy precisos que han sido resueltos únicamente por las reglamentaciones del deporte de que se trate, pero que teniendo en cuenta que en una ocasión anterior se reconocieron penalmente los delitos deportivos, nos preguntamos cuáles fueron las causas que conllevaron a su posterior erradicación de las normas penales, pues queda claro que los hechos no están lejos de nuestro entorno, fundamentalmente en nuestro deporte nacional, el beisbol, siendo cada día más evidentes y graves. No consideramos apropiado resolverlos exclusivamente por la vía administrativa, pues estamos hablando de supuestos lesivos de bienes jurídicos protegidos a los que sólo el Derecho penal puede sancionar como corresponde.

En fin, para entender la existencia de delitos deportivos debemos partir de comprender la necesidad de un Derecho deportivo, comenzando por establecer un concepto de Derecho que como hemos podido conocer, es un producto social. Y se comprende como una facultad del Estado para imponer el orden y dar cohesión y reglas específicas al grupo social para el que fue creado, reconociendo las limitaciones que tiene la conceptualización, ya que todo concepto es limitado e incompleto, se define éste como

el conjunto de normas, principios e instituciones, creadas por la instancia legitimada para hacerlo, que regulan la vida del hombre en sociedad.¹⁵

Debemos tener en cuenta que la presencia cada vez más reiterada de actos violentos en los estadios e instituciones deportivas, que crean un verdadero peligro para los asistentes en general, es lo que ha exigido una regulación en la legislación penal para delitos deportivos en eventos nacionales o internacionales, pero fundamentalmente, aquellas conductas de los propios deportistas durante la realización de cada juego, que al infringir las normativas deportivas, ocasionen lesiones, daños a los contrincantes o en ocasiones hasta la muerte, son las que requieren aplicar y llevar a cabo con eficacia, tanto las medidas de prevención, como la efectividad de las sanciones para las infracciones mencionadas.

Esto viene dado en que las normas o soluciones hasta ahora existentes en la generalidad de países no contienen el carácter coercitivo necesario para limitar los excesos y abusos que cometen las personas durante una competición deportiva, ya sea por negligencia de los mismos al no cumplir al pie de la letra las normas de cada deporte, o por encontrarse, como es típico y generalizado en estos tiempos, bajo los efectos de sustancias que pueden mejorar su rendimiento, pero que los pueden conllevar a cometer dichas conductas delictivas.

En ese sentido resulta idóneo e indispensable comprender y conceptualizar los delitos deportivos, como aquellas conductas antideportivas y antirreglamentarias que atentan contra bienes jurídicos protegidos como la vida y la integridad corporal, el honor, el orden público o la salud pública, mayormente, ya sea de forma dolosa o culposa en ocasión de un evento o competición deportiva o con motivo de este, por violar las normas o reglamentos que para cada juego se destinan o como consecuencia de ingestión de alguna sustancia que pueda provocar un actuar ajeno a la voluntad del deportista. En ellos pueden intervenir además de los deportistas, como principales figuras, los entrenadores, asistentes, árbitros, oficiales, auxiliares y otros, llegando incluso a incorporar a los espectadores y aficionados como sujetos comisores y quienes, al mismo tiempo, constituyen las víctimas de los ilícitos deportivos.

¹⁵ FLORES FERNÁNDEZ, Zitlally, "Introducción al derecho deportivo. La relación entre el deporte y el Derecho" en Revista Digital *Efdeportes*, Año 15, No. 143, abril de 2010, Buenos Aires. Disponible en: <http://www.efdeportes.com> (consultado 11/08/2015 a las 10.10).

IV. Consideraciones actuales con respecto a las tipicidades delictivas en el ámbito deportivo. Derecho penal y deporte. Necesidad de la intervención penal

Si tenemos en cuenta que los problemas en la dogmática penal, suscitados por el contacto físico y el empleo de violencia en muchos deportes (a nuestro juicio esto último innecesario e injustificable), surgen cuando en la práctica de deportes se presentan conductas típicas y revestidas de antijuridicidad, resultantes de la infracción de las reglas del juego ejecutado, empeorando la situación la inobservancia seguida por el Derecho penal ante tales supuestos. Necesario resulta entonces, luego de esbozados los fundamentos generales que afianzan la ocurrencia y existencia de ilícitos penales en el deporte, así como la tipificación de ellos que varios países prevén en sus normativas, indagar sobre los argumentos y principales razonamientos que en estos días se suscitan sobre tales delitos. Para cumplirlo, nos hemos encaminado a hacer referencia a los elementos que justifican una redacción penal de estas acciones, mostrando la posibilidad real de subsumir muchas de las conductas antirreglamentarias y lesivas de bienes jurídicos en los tipos penales previstos para delitos comunes.

Como hemos venido analizando desde el capítulo anterior, queda comprobado que todo deporte lleva implícito un grado de violencia derivado de su propia estructura, concurrencia o simple desarrollo. El espíritu ganador de sus participantes, las tensiones dimanadas de su desarrollo y, más recientemente, factores externos de índole, por ejemplo, económico – dígame, obtención de primas, contratos publicitarios –, social – supremacía entre sociedades –, y nos atrevemos a agregar un tercer factor personal, relacionado con la ingestión de drogas o como es conocido el dopaje. Son aspectos, en definitiva, que elevan hasta grados inusuales la presión a la que, en no pocas ocasiones, se ven expuestos los practicantes de las distintas modalidades deportivas, los cuales pueden derivar en un aumento de la tensión y consecuente agresividad en el correcto desarrollo del juego y provocar el irrespeto del reglamento que lo ampara. Es aquí donde se produce uno de los encuentros entre deporte y Derecho que nos ha motivado a tratar el tema, es decir, la violación de las normas que rigen el correcto devenir del espectáculo deportivo y sus respectivas consecuencias.

A partir de estos aspectos surge la principal problemática que tratamos, toda vez que la competencia inicial a la hora de resolver los conflictos de-

rivados de las infracciones deportivas corresponde al reglamento interno que rija la modalidad deportiva practicada, debiendo recurrir al Derecho penal, únicamente, ante supuestos de violación de bienes jurídicos protegidos como pudieran ser, por ejemplo, la integridad corporal o la vida de las personas.

No obstante, matizando la anterior afirmación, no cabe duda de que en el constante devenir de un deporte se producen vulneraciones de semejantes objetos tutelables que, sin embargo, no gozan de protección penal. Piénsese, por ejemplo, en el jugador de baloncesto que va a entrar a canasta y un rival, tratando de taponar la acción, golpea con su mano al primero produciéndole la fisura de un dedo; o el jugador de fútbol que, disputando la posesión del balón, le provoca una pequeña lesión en la rodilla a su adversario. Evidentemente, estas acciones carecen de atención penal teniendo en consideración que han sido el resultado de la propia práctica deportiva y que carecen de intención lesiva, pues como ya veníamos defendiendo anteriormente, solo serían perseguibles penalmente aquellas acciones que muestren tal intencionalidad, las que se realicen violando el reglamento competitivo y aquellas en las que el agente ha hecho uso de drogas u otras sustancias de manera consciente, para mejorar su rendimiento o actuación.

Aunque son muchos los aspectos en que pueden confluir la práctica de un deporte y el Derecho penal, tal vez el punto de intersección más llamativo tanto por los bienes jurídicos en juego, como por su especial visibilidad al tener lugar frecuentemente ante numeroso público, es el que se refiere a las agresiones corporales que pueden tener lugar en el transcurso de una competición.

En este sentido, como ya advertimos, resulta inevitable que en el desarrollo de una concreta actividad deportiva se produzcan determinadas lesiones de distinta etiología y gravedad al ponerse en juego cualidades como la movilidad física, la fortaleza y la habilidad de los competidores individuales o colectivos – cuyo esfuerzo en términos de derrota o victoria se mide no ya en “sudor” sino en “sangre”, cuando son instados a “dejar la piel en el terreno de juego” – no sólo cuando se trata de deportes que consisten en la lucha directa entre dos o más contrincantes y donde se persigue directamente el golpeo del contrario – deportes como el boxeo, artes marciales, lucha –, sino también de aquellos en los el objetivo directo no es el contacto mismo con el adversario aunque eventualmente pueda producirse, originando algún menoscabo en la integridad física de un participante.

Así, resulta generalizada la distinción entre las lesiones sufridas en ocasión de la práctica deportiva y aquellas otras ocasionadas por el deporte mismo, apreciándose por tanto que la respuesta penal que deberá procurarse, de resultar típica la conducta, en uno y otro caso ha de ser necesariamente diferente.

En cierto modo, cualquier deportista es consciente de que la práctica de esa actividad entraña la posibilidad de sufrir algún daño. Siendo este riesgo una realidad insoslayable, también lo es el hecho de que, a pesar de que tal conocimiento no exime de toda responsabilidad al contrario que lo causa a veces incluso voluntariamente, en pocas ocasiones se acude a la jurisdicción penal para depurar las posibles responsabilidades derivadas de una acción que, al menos formalmente, reviste las características del delito o falta de lesiones, quedando la mayor de las veces la cuestión en manos de la jurisdicción deportiva (de carácter privado), aun cuando nada impediría que la vía penal corriera paralela a la asociativa, pudiendo unirse a la sanción proveniente de esta instancia la de índole punitivo, pues cuando hablamos de bienes jurídicos de la entidad de la integridad física, o incluso la vida, no cabe admitir que la función protectora de los mismos quede reservada a las autoridades deportivas, como si cada modalidad competitiva tuviera de modo absoluto capacidad de autorregulación y sanción.

A partir de aquí surge la inquietud de si está vulnerando el principio *non bis in ídem*, dificultando la concreción de su incidencia en la disciplina deportiva, pues no es extraño que con frecuencia se invoque en el ámbito de la disciplina deportiva este principio de forma contradictoria e incluso, que los órganos disciplinarios no sean conscientes de su obligación de permitir el tratamiento penal o de suspender el procedimiento y dar traslado al ente fiscal, para los casos que se transgreda algún bien jurídico protegido constitucionalmente.

En este sentido, la explicación que brindan los defensores de la dualidad de sanciones – administrativa y penal – es que es admisible dicha alegación teniendo en cuenta que, el principio *non bis in ídem*,¹⁶ que

¹⁶ SUÁREZ LÓPEZ, José María, "Las consecuencias del principio *non bis in ídem* en la ley orgánica de protección de la salud del deportista y lucha contra el dopaje en España". Disponible en: <http://vlex.com/vid/non-bis-idem-deportista-lucha-dopaje> (consultado 09/10/2014 a las 12.00).

impide sancionar en dos ocasiones a la misma persona por idénticos hechos, como garantía procesal, se concreta en la preferencia o primacía del órgano judicial sobre la Administración, cuando los hechos pueden ser constitutivos de infracción penal. La concurrencia normativa, entonces, es aparente, pues sólo la infracción penal es la realmente aplicable y en los casos de sujeción, o de superioridad especial, no es aplicable tal principio y es posible la duplicidad de sanciones, siempre y cuando no sea idéntica la fundamentación de las dos sanciones, administrativa y penal.

A nuestro criterio, el hecho de que una persona sea sancionada por vía administrativa, en este caso por un reglamento interno deportivo, en nada afecta la aplicación de la sanción que correspondería por la vía jurídica penal, pues ciertamente estamos hablando de bienes jurídicos objeto de protección totalmente diferentes. Siendo así que en el primero de los casos, se podría abrir expediente administrativo en base a la prevención de la violencia en los espectáculos deportivos, para garantizar el respeto al reglamento y para la aplicación de medidas en caso de infracciones deportivas. Sin embargo, incoar expediente penal sería para aquellos casos donde los bienes protegidos tienen que ver con la vida e integridad corporal de las personas u otros, que sean vulnerados en ocasión de actividades deportivas.

En consecuencia, concordamos en que no existe superposición alguna que impida las actuaciones claramente diferenciadas en los dos ámbitos ya referidos, pudiendo perfectamente aplicarse ambas a la misma persona pero fundamentadas de manera distinta, pues es evidente que la razón de ser de cada instancia es totalmente diferente y en nada deben entrar en contradicción.

Los mecanismos disciplinarios propios de cada deporte, no pueden ser suficientes para dar respuesta a comportamientos dolosos o gravemente imprudentes que puedan acontecer en el transcurso de una competición, sea o no oficial, entre otras razones porque la propia legislación deportiva se inhibe, como es lógico, en semejantes casos, aun cuando la jurisdicción ordinaria – no sólo penal sino también civil – sea ciertamente reticente a pronunciarse acerca de la responsabilidad de determinados deportistas que con su conducta rebasan claramente lo que es una manifestación normal del juego.

La distinción básica entre comportamientos violentos conformes o disconformes con el reglamento deportivo, trae consigo la posibilidad de que un jugador lesione la integridad física de un adversario durante el desarrollo de la competición, siendo un fenómeno muy recurrente para

poner ejemplos. Otra nota característica es la variedad de ofensas en tal modo causadas como – los casos más graves que han determinado la atención de la jurisprudencia – fracturas óseas, pérdida de un órgano, lesiones internas, peligro para la vida, incluso la muerte del deportista. Situaciones todas, que por su propia naturaleza demandan la atención del penalista y que, sin embargo, hasta la fecha carecen de una calificación jurídica cierta, a pesar de la atención que tanto la doctrina como la jurisprudencia italiana, española o alemana, por solo mencionar algunas, han demostrado por este tema.

Ciertamente, el hecho incuestionable de que los deportes estén regulados por normas muy particulares no excluye la vigencia, cierta también, del Derecho penal como ordenamiento jurídico punitivo de las conductas irregulares, pues aun dentro de las mismas reglamentaciones de cada deporte existen disposiciones sancionadoras de los proceder que se alejan de lo que debe ser el quehacer propio de cada práctica deportiva.

Así, en el fútbol existe la exhibición de las tarjetas rojas como medida sancionadora para el deportista de incorrecto proceder, pero que a nuestro juicio resulta insuficiente dicha acción para reprimir la comisión de diferentes figuras delictivas como lesiones u homicidio, durante la realización de un evento deportivo, cuando han sido el resultado de un actuar doloso y como consecuencia de la violación del reglamento deportivo o hasta por la ingestión de sustancias para alterar el rendimiento físico. En estos supuestos, cabe la idea que defendemos de la necesaria intervención penal a fin de perseguir y sancionar tales conductas, pues transgreden y sobrepasan los límites de la competencia justa, leal y apegada a sus normativas deportivas internas.

Ya en el campo específico de las lesiones y muertes que pudieran causarse durante un evento deportivo o en conexión directa con ellos, ellas no deben – en base a las ideas expuestas y a las que más adelante se referirán – ser consideradas lesiones o muertes comunes, y por tanto son merecedoras de sanción para los autores. Con relación a esto, es necesario y resulta nuestro primer objetivo, establecer los límites de actuación para el Derecho penal, pues no es nuestra intención desnaturalizar o aplacar las funciones de las reglamentaciones deportivas, teniendo como realidad que: si las referidas tipicidades delictivas tienen lugar durante el desenvolvimiento normal del juego y como consecuencia de los riesgos propios de cada deporte, mal podrían los autores ser condenados con privación de libertad.

V. Presupuestos teóricos para la interpretación y aplicación de la norma penal en supuestos de delitos deportivos. Necesaria modificación de la ley penal en el caso del *doping* deportivo

La norma penal centra su ámbito de actuación ante modificaciones, pérdidas o cualquier otra forma de lesión al bien jurídico amparado, sancionando las conductas activas u omisivas que ocasionen dicho resultado e imponiendo penas por la realización de aquellas que al menos generen un peligro a tales bienes, resaltando la relevancia que para la sociedad tienen y que han llevado al legislador a la creación de figuras delictivas que puedan tipificarse solamente con la realización de una conducta peligrosa o en las que exija, al menos, un resultado de proximidad a la lesión para un interés jurídico protegido.

Al respecto consideramos que la lesión efectiva de bienes jurídicos en el ámbito deportivo, como a menudo sucede, amerita un certero tratamiento penal y no la simple medida administrativa que no tiene como función garantizar la protección de bienes como la vida, integridad corporal o el honor de las personas u otros, dedicándose únicamente a resguardar el respeto al reglamento deportivo y al mantenimiento de las normas organizativas durante y después del evento deportivo. A continuación y en base a lo expuesto, vamos a relacionar un conjunto de presupuestos que deberán guiar tanto la interpretación como la aplicación de aquellos tipos penales que prevén conductas de apreciación en el ámbito deportivo.

Si partimos de que los delitos deportivos han sido considerados como aquellas conductas antideportivas y antirreglamentarias que atentan contra bienes jurídicos protegidos como la vida y la integridad corporal, el honor, el orden público o la salud pública, mayormente, ya sea de forma dolosa o culposa en ocasión de un evento deportivo o con motivo de este, por violar las normas o reglamentos que para cada deporte se destinan o como consecuencia de la ingestión de alguna sustancia que pueda provocar un actuar ajeno a la voluntad del deportista (en las que podrán intervenir además de este, como principal figura, los entrenadores, asistentes, árbitros y otros, llegando incluso a incorporar a los espectadores y aficionados como sujetos comisores y al mismo tiempo víctimas de los ilícitos deportivos), podremos deslindar para mejor comprensión del tema, cada uno de los elementos que comprende dicha conceptualización.

Lo primero que resalta de este tema es que el deporte al no ser considerado como bien jurídico protegido, queda al margen de cualquier vulne-

ración dentro de su propio ámbito, sin recibir la protección penal adecuada ante supuestos lesivos. Su configuración como derecho de todas las personas y su reconocimiento como derecho de segunda generación (en los ordenamientos jurídicos que ello ha sucedido), ha permitido que sea consagrado en algunas de las Constituciones y especialmente en la nuestra,¹⁷ garantizando el ejercicio de quien lo desee y el deber del Estado de orientar, fomentar y promover la cultura física y el deporte en todas sus manifestaciones como medio de educación y contribución a la formación integral de los ciudadanos.

Este reconocimiento constitucional tiene como única finalidad posibilitar el acceso al deporte de todos los ciudadanos, gracias a la inclusión de su práctica desde las enseñanzas primarias hasta su desempeño en el alto rendimiento competitivo para representar a nuestro país, disponiendo el Estado de las condiciones propicias y posibles para ello. Ahora bien, ¿de qué manera se protege que en un espacio competitivo, sano y de hermandad, donde prima el sometimiento a reglamentaciones deportivas precisas no ocurran acciones lesivas entre sus mismos protagonistas y entre los aficionados? Precisamente es el Derecho penal el único encargado de velar por el respeto irrestricto de aquellos bienes jurídicos de importancia para cualquier sociedad, con lo que se procuraría prevenir y reprimir la comisión de ilícitos que atenten contra ellos.

En este sentido, cabe mencionar, como primer presupuesto, que los principales bienes jurídicos a resguardar ante la perpetración de alguno de los delitos deportivos serían los mismos que protege el Código Penal cubano en los tipos penales ya existentes y que tengan mayor índice de apreciación en el ámbito deportivo, dígase, entre los bienes individuales: la vida e integridad corporal de las personas y el honor, en este caso, de los deportistas y aficionados, que pueden resultar afectados por delitos de homicidio, lesiones, riñas tumultuarias, así como por las injurias. Además, como bienes de interés colectivo se encuentran la salud pública, el

¹⁷ Constitución de la República de Cuba, de 24 de febrero de 1976 (reformada en 1978, 1992 y 2002). Gaceta Oficial Extraordinaria No. 3 de 31 de enero de 2003. "Artículo 52. Todos tienen derecho a la educación física, al deporte y a la recreación.

El disfrute de este derecho está garantizado por la inclusión de la enseñanza y práctica de la educación física y el deporte en los planes de estudio del sistema nacional de educación; y por la amplitud de la instrucción y los medios puestos a disposición del pueblo, que facilitan la práctica masiva del deporte y la recreación."

orden público y el buen desempeño de la administración y la jurisdicción, que pueden vulnerarse por los delitos de producción, tráfico y consumo de drogas; desórdenes públicos, desacatos, resistencia y atentados, respectivamente. Por último, el bien jurídico seguridad colectiva puede sufrir afectaciones con aquellas conductas subsumibles en el delito de estragos, que también, como ya expusimos, puede cometerse en el ámbito deportivo.

En segundo lugar, al tratarse de delitos comunes pero que tienen lugar antes, durante, después o con motivo de un evento deportivo, los sujetos comisores van a ser precisamente y en mayor medida los deportistas, entrenadores, técnicos y directivos de cada deporte, que por supuesto son los que se encuentran directamente vinculados con esta actividad, quienes responderán, fundamentalmente, como autores directos de dichas conductas. Tal posibilidad no es absoluta, pues precisamente los aficionados y espectadores no se encuentran distantes de esta situación, por tanto son incluidos con los anteriores como sujetos activos y pasivos al mismo tiempo, de alguna de las figuras delictivas mencionadas. La ubicación de algunos de estos sujetos dentro de las formas de autoría y participación reconocidas en nuestra ley penal, dependerá en cada caso, del grado de intervención de los mismos y de las acciones que cada quien realice.

En lo que respecta a la forma de realización de estos hechos puede apreciarse tanto el actuar doloso como la imprudencia, evidenciándose en el primero, no solo la intención clara de dañar al adversario, sino también la evidente violación reglamentaria para lograrlo, caso en el que la intervención penal no tendría ningún inconveniente. Para los supuestos de culpa, habría que tener en cuenta, además del resultado lesivo grave o de menor grado, la inobservancia del reglamento, lo que determinaría entonces la persecución penal de éstos y, por el contrario, la aplicación del principio de intervención mínima para los casos en que la acción sea el resultado del propio lance del juego y sin ningún quebranto de las reglas deportivas.

Con tales consideraciones pudiéramos decir que en el ámbito deportivo al apreciarse muchos de los delitos tipificados en el Código Penal, será también posible valorar el grado de desarrollo de los mismos, aunque la mayoría requiere de la consumación, es decir, de la apreciación real de un resultado lesivo de los bienes jurídicos tutelados. No obstante, existiría la posibilidad de que se pueda identificar alguna de las modalidades de concurso de delitos, máxime si tenemos en cuenta que en la cotidianidad son más los sucesos que pueden darse que los que reconoce la propia norma. Para su determinación se tendrán en cuenta los artículos de la parte general del Código sobre estas instituciones, que serán aplicados en

concordancia con los hechos acaecidos, sus sujetos y sobre la base de las circunstancias apreciables.

En cuanto a la determinación de la pena, prima el principio de proporcionalidad entre la acción delictiva cometida y el resultado, debiendo valorar el grado de afectación del bien jurídico así como los demás aspectos de adecuación, que permitan imponer, dentro de los marcos penales que para cada delito se establecen, la sanción correspondiente, pudiendo subsidiar la privativa de libertad por otra de las sanciones de esta naturaleza que establece la ley, siempre que los hechos, las condiciones del autor y la gravedad de los daños ocasionados lo permitan.

De igual manera, pueden imponerse sanciones accesorias en los casos que se requiere prohibir el ejercicio de la profesión, cargo u oficio a entrenadores, técnicos, directivos y hasta los propios deportistas, por ser sus acciones delictivas de reiterada comisión en dicho ámbito deportivo y por utilizar tal posición para realizarlas. Asimismo, a los espectadores y aficionados puede imponérseles la prohibición de frecuentar espectáculos o recintos deportivos, pues su reincidencia en la realización de ilícitos penales en dicho escenario, amerita tomar decisiones más drásticas que contribuyan a la prevención de la violencia en el deporte.

Una consideración especial requiere el estudio del *doping* como conducta con matices delictivos o de la cual pueden derivarse otros ilícitos penales, pues es nuestro criterio que la norma penal no se encuentra preparada para asumir la represión de tal comportamiento, siendo necesaria la inclusión de ella como modalidad delictiva dentro del Título III, de los Delitos contra la Seguridad Colectiva, en el Capítulo V, de los Delitos contra la Salud Pública, para sancionar a los directivos, entrenadores, técnicos, atletas y demás personas vinculadas, de alguna manera, a estos últimos, siempre que por su intervención en la actividad deportiva faciliten, suministren u ofrezcan a los deportistas alguna sustancia prohibida o método dopante que, como sabemos, a corto o largo plazo va a provocar daños irreparables en su salud.

Tales acciones en la actualidad quedan impunes pues hasta el momento las normativas internas de cada deporte no son lo suficientemente idóneas para asumir su sanción y porque las normas penales tampoco subsumen los supuestos aludidos de lesión al bien jurídico salud pública, siendo preciso realizar una modificación de nuestro Código Penal a fin de incluir, como figura independiente, la referida figura delictiva de dopaje deportivo, ya que la redacción existente únicamente abarca la figura de los profesionales, dejando fuera a otros con posibilidades de encuadrarse en cualquiera de las acciones mencionadas.

Así, sobre la base de la implementación de estos presupuestos teóricos y doctrinales, consideramos que la labor de todos los profesionales del Derecho se hará menos difícil, incluso la actividad deportiva podrá desempeñarse cabalmente y los bienes jurídicos fundamentales se encontrarán mejor resguardados, permitiendo en la medida de lo posible que se vaya frenando la violencia y criminalidad asociada al deporte.

VI. Conclusiones

Como hemos expuesto, la denominación de delitos deportivos alude a conductas o acciones lesivas que afectan bienes jurídicos penales, tales como la vida, integridad corporal, el honor, la salud o el orden público, entre los más comunes; que son vulnerados por delitos de homicidio, lesiones, injurias, desórdenes públicos y otros de gran incidencia en el ámbito del deporte. Así los mismos comprenderán, como sujetos activos, a los deportistas, entrenadores, árbitros, técnicos y demás personal relacionado con la actividad, así como a los aficionados y espectadores, siendo igualmente considerados como víctimas estos sujetos individuales y, en aquellos delitos de desórdenes públicos, la colectividad. Dichos ilícitos pueden ser realizados por los agentes de manera dolosa, con la evidente intención de provocar un daño, o de manera imprudente, pero con la violación consciente del reglamento deportivo.

La legislación penal cubana, por su parte y en lo que respecta a la regulación de los delitos deportivos, tiene como único precedente al Código de Defensa Social de 1936, en el que se dedicaba un capítulo a la tipificación, únicamente, de aquellas conductas que atentaran contra la vida o la integridad corporal de alguno de los sujetos intervinientes en el deporte, ya fuera de manera intencional o imprudente, y nos remitía para su penalización, a los tipos penales específicos del delito cometido. En dicha redacción se estableció como eximente de la responsabilidad, el causar un daño sin tal propósito y sin infracción de las reglas del deporte, así como las formas de participación para el caso del árbitro, de complicidad y coautoría. Tal hecho, en la posterior Ley No. 21 de 1979 (Código Penal de entonces), cambió a tal punto, que suprimió de su normativa la tipificación de dicha figura delictiva.

En la actualidad en la regulación penal cubana no se incluye la figura de los denominados delitos deportivos. Sin embargo, los tipos penales previstos para los delitos comunes de homicidio, lesiones, riñas tumultuarias, desórdenes públicos, estragos o atentados, por solo mencionar algunos, pueden servir para subsumir las conductas lesivas más frecuentes en el

deporte. Esta alternativa para solucionar tales ilícitos es común en gran cantidad de códigos penales extranjeros que, al no reconocer taxativamente los delitos en ocasión de un deporte, utilizan la regulación ya existente para reprimirlos, teniendo solo que establecer modificaciones para los casos de mayor relevancia y que no encuentran tipificación penal, como el *doping*, o estableciendo normativas especiales para combatir la violencia en estos escenarios.

Así, nuestra norma penal no contiene ninguna regulación sobre el dopaje deportivo, lo que constituye una limitante para la aplicación de la misma ante los supuestos lesivos de la salud pública, por facilitar, suministrar u ofrecer alguna de las sustancias prohibidas o método dopante al deportista, ya sea por otros atletas o por cualquiera de los sujetos que lo rodean en el ejercicio de su actividad, tales como directivos, médicos, fisioterapeutas y entrenadores, acciones todas que ameritan su necesaria inclusión como delito, de forma tal que se pueda controlar, poco a poco, su incidencia lesiva en la salud de los deportistas.

Finalmente, y teniendo en cuenta el aumento de la criminalidad y violencia en el deporte, que evidencia la presencia cada vez mayor de acciones lesivas de bienes jurídicos penales y que han convertido el ámbito deportivo en verdaderos escenarios para la comisión de ilícitos penales, es evidente la necesidad de aunar esfuerzos y trazar estrategias o proyectos de capacitación, que permitan a los profesionales del Derecho una mejor interpretación y aplicación de la norma penal ante tales supuestos, siendo posible tener en cuenta determinados presupuestos teóricos relacionados a continuación:

- Los bienes jurídicos de considerable vulneración en el ámbito deportivo lo constituye en primer término, la vida e integridad corporal de las personas, pero además, puede verse afectado el honor, el orden público, la seguridad colectiva, la salud pública, así como el buen desenvolvimiento de la administración y la jurisdicción. Sin que llegue a constituir el deporte, un bien jurídico penal, cuya su protección puede lograrse, como de hecho ocurre, con el empleo de otro tipo de normas, fundamentalmente de tipo administrativo.
- Las conductas más comunes que desencadenan tal afectación son el homicidio, las lesiones, riñas tumultuarias, las acciones injuriosas, los desórdenes públicos, estragos, así como aquellas relacionadas con la facilitación, administración y consumo de drogas, esencialmente.
- Los sujetos comisores de estas acciones delictivas van a ser fundamentalmente, los relacionados de manera directa a la actividad deportiva, es decir, los atletas, entrenadores, árbitros, directivos y técnicos del

deporte, así como los aficionados y espectadores del mismo; quienes, además de encuadrarse entre los sujetos activos, constituyen las principales víctimas de los ilícitos analizados.

- En cuanto al elemento subjetivo de dichas conductas es apreciable tanto el dolo como la culpa, evidenciándose en el primero la intención de provocar el daño y en el segundo, aunque no prevalece tal ánimo, el actuar es contrario y transgresor del reglamento deportivo.
- En cuanto a las formas de intervención apreciables en los delitos deportivos, aunque prevalece la autoría directa, es posible estimar otras de las formas de participación reconocidas; así, sobre el grado de desarrollo del delito, es común sancionar la consumación, sin que esto signifique, que la comisión imperfecta de algunos de los delitos en ocasión del deporte quede impune. De igual manera, pueden ponerse de manifiesto algunas de las modalidades de concurso de delito que reconoce nuestra ley penal, fundamentalmente, el concurso real y el delito de carácter continuado, que se encuentran entre las de mayor apreciación en dicho ámbito.
- Para la penalización de los delitos cometidos en el ámbito deportivo debe tenerse en cuenta el principio de intervención mínima, garantizándose la aplicación de la norma penal, sólo en aquellos casos de concreta lesión del bien jurídico de que se trate, ahora bien, de aplicarla, debe prevalecer el principio de proporcionalidad entre la acción realizada y el daño causado, que contribuya a la justa aplicación del Derecho.

VII. Fuentes bibliográficas

Obras generales

BARRIOS MÉNDEZ, Ervin Orlando, *La importancia del dictamen médico legal en el delito deportivo*, Tesis de Licenciatura, Facultad de Ciencias Jurídicas, Sociales y de la Justicia, Universidad Panamericana, Guatemala, 2011. Disponible en: http://www.upana.edu.gt/web/upana/tesis-economicas/cat_view/66-facultad-de-ciencias-juridicas-tesario/154-tesislicenciatura-2011 (consultado 26/03/2015 a las 08.45).

BUSTOS RAMÍREZ, Juan J. y HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán, *Lecciones de Derecho Penal*, Volumen 1, Editorial Trotta, Madrid, 1997.

COBO DEL ROSAL, Manuel y VIVES ANTON, T.S., *Derecho Penal. Parte General*, Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 1990.

- COLECTIVO DE AUTORES, *Derecho Penal. Parte Especial*, Tomos I y II, Editorial Félix Varela, La Habana, 2009.
- CORCOY, CARDENAL Y OTROS, *Manual Práctico de Derecho Penal. Parte Especial*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2004.
- DONNA, Edgardo Alberto, *Derecho Penal. Parte Especial*, Tomo I, Editorial Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 1999.
- JAÉN VALLEJO, Manuel, *Cuestiones básicas del Derecho Penal*, 4ª edición, Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma S.R.L., Buenos Aires, 1999.
- MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes, *Derecho Penal. Parte General*, 6ª edición revisada y puesta al día, Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 2004.
- QUIRÓZ PÍREZ, Renén, *Derecho Penal General*, Tomo I, Editorial Félix Varela, La Habana, 2002.
- _____, *Derecho Penal General*, Tomo II, Editorial Félix Varela, La Habana, 1999.
- _____, *Derecho Penal General*, Tomo III, Editorial Félix Varela, La Habana, 2002.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *Tratado de Derecho Penal. Parte General I*, Ediar Sociedad Anónima Editora. Comercial, Industrial y Financiera, Buenos Aires, 1998.

Publicaciones periódicas

- CARRETERO LESTÓN, José Luis, "Consideraciones históricas sobre la fundamentación del Derecho deportivo", en *Anuario Iberoamericano de Derecho Deportivo*, Universidad Inca Garcilaso de la Vega, Lima, No. 1, 2009.
- DE VICENTE MARTÍNEZ, Rosario, "El delito de dopaje deportivo: la inoportuna intervención punitiva en materia de Derecho deportivo", en *Revista Española de Derecho Deportivo*, Editorial Reus y Asociación Española de Derecho Deportivo, Madrid, No. 30, 2012-2.
- FLORES FERNÁNDEZ, Zitlally, "Introducción al derecho deportivo. La relación entre el deporte y el Derecho" en *Revista Digital Efdportes*, Año 15, No. 143, abril de 2010, Buenos Aires. Disponible en: <http://www.efdeportes.com> (consultado 11/08/2015 a las 10.10).
- IGLESIA PRADOS, Eduardo, "Imposición de sanciones penales derivadas de la práctica deportiva", en *Revista Andaluza de Derecho del Deporte*, No. 2, febrero de 2007.

LOAYZA GAMBOA, Ricardo Cristian, "Justificación de las lesiones y violencias en los deportes. Un análisis penal de los deportes violentos como el fútbol", en *Revista Digital Efdportes*, Buenos Aires, Año 11 No. 95, abril de 2006, p. 10. Disponible en: <http://www.efdeportes.com/efd95/penal.htm> (consultado 02/04/2012 a las 10.05).

PACHOT ZAMBRANA, Karel Luis, "Las normas de ordenación deportiva y el derecho al deporte. A propósito de una teoría del ordenamiento jurídico-deportivo", en *Revista Española de Derecho Deportivo*, Editorial Reus y Asociación Española de Derecho Deportivo, Madrid, No. 30, 2012-2.

SUÁREZ LÓPEZ, José María, "Las consecuencias del principio *non bis in ídem* en la ley orgánica de protección de la salud del deportista y lucha contra el dopaje en España". Disponible en: <http://vlex.com/vid/non-bis-idem-deportista-lucha-dopaje> (consultado 09/10/2014 a las 12.00).

VALLS PRIETO, Javier, "La intervención del Derecho Penal en la actividad deportiva", en *Revista Electrónica de Derecho Penal y Criminología*, No. 11-14, 2009, p. 14:7. Disponible en: <http://criminet.ugr.es> (consultado 14/03/2015 a las 13.45).

Normas jurídicas nacionales

Argentina: Código Penal. Texto proporcionado por el Dr. Eugenio Raúl ZAFFARONI al Instituto Latinoamericano de las Naciones Unidas para la Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente (ILANUD) y cotejado por la Dra. Aurora BASTERRA DÍAZ.

Bolivia: Código Penal, 1ª edición, Ediciones Cabeza de Cura, La Paz. 1999.
Cuba: Código Penal español de 1870, para las provincias de Cuba y Puerto Rico, Ley de Enjuiciamiento Criminal, mandados observar, por Real Decreto de 23 de mayo de 1870, Edición Oficial, Madrid, Imprenta Nacional, 1879.

Cuba: Código de Defensa Social, Decreto Ley No. 802/1936, Publicación Oficial del Ministerio de Justicia, La Habana, 1973.

Cuba: Código Penal, Ley No. 21/1979, Publicación Oficial del Ministerio de Justicia, La Habana.

Cuba: Código Penal (actualizado), Ley No. 62 de 29 de diciembre de 1987.

Colombia: Código Penal, 4ª edición, Colección de Códigos Básicos, Legis Editores, Bogotá, 1999.

Costa Rica: Código Penal de la República, Ley No. 4573, Departamento de Servicios Parlamentarios Unidad de Actualización Normativa. Publicado en la Gaceta No. 257 de 15-11-1970.

Ecuador: Código Penal y legislación conexas, 1ª edición, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito, 1999.

España: Código Penal, Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre.

Guatemala: Código Penal y Exposición de Motivos, 1ª edición, Ediciones Especiales, Edición de Colección Temas Jurídicos, Guatemala.

Honduras: Código Penal, 4ª edición, Editorial Graficentro Editores, Tegucigalpa, 1995.

Paraguay: Código Penal, Ley N°. 1.160/97, H. Cámara de Senadores. Asunción, 1997.

Perú: Código Penal, 3ª edición oficial, Editora Jurídica Grijley, Lima, 1999.

Inclusión del delito de dopaje en el Código Penal ¿necesidad en la sociedad cubana actual?

DR. CIRO FÉLIX RODRÍGUEZ SÁNCHEZ*

MSc. DAYRIS ZAMORA CASTILLO**

Sumario

- I. Introducción
- II. Deporte y Derecho penal. El Derecho penal deportivo. ¿Nueva rama del Derecho penal?
- III. El consumo de sustancias prohibidas en el deporte. El dopaje
- IV. Conclusiones
- V. Referencias bibliográficas

I. Introducción

El deporte, como el Derecho, es producto de la evolución sociocultural de los pueblos a través de los siglos. Lógicamente primero nació y se desarrolló el deporte, de manera general y luego de forma específica, dentro

* Profesor Titular de Derecho penal, Facultad de Derecho de la Universidad de Oriente, Santiago de Cuba. Presidente del Capítulo Provincial de la Sociedad Cubana de Ciencias Penales. Vice-coordinador del Grupo de Investigación sobre Derecho del Deporte, Universidad de Oriente. Investigador de la Red Iberoamericana de Investigadores en Derecho y Gestión del Deporte (reconocida y patrocinada por la Asociación Universitaria Iberoamericana de Posgrado, AUIP, Salamanca, España). cfelix@uo.edu.cu

** Profesora Auxiliar de Propiedad industrial, Derecho internacional público y Derecho del deporte, Departamento de Derecho, Facultad de Ciencias Sociales y Humanísticas de la Universidad de Granma. Miembro del Grupo de investigación sobre Derecho del Deporte, Universidad de Oriente, Santiago de Cuba. Investigadora de la Red Iberoamericana de Investigadores en Derecho y Gestión del Deporte (reconocida y patrocinada por la Asociación Universitaria Iberoamericana de Posgrado, AUIP, Salamanca, España). dzamorac@udg.co.cu

de las diferentes formaciones económicas sociales durante el progreso de la humanidad. No siempre el desarrollo científico favorece al progreso y el bienestar de la población. La actividad científica obedece a determinados intereses políticos, económicos y morales que predominan en una sociedad, lo que responde evidentemente a intereses de la clase dominante. Esta realidad y expresión social de la ciencia y la tecnología no están ajenas al mundo del deporte.

El uso de sustancias prohibidas con la finalidad de mejorar el desempeño deportivo es una de las tendencias actuales como consecuencia del profesionalismo, la comercialización y los fines de lucro que se observan en el mundo de hoy. El término dopaje se refiere al empleo de sustancias estimulantes o excitantes administradas por cualquier vía, con el fin de conseguir un mayor rendimiento deportivo de un atleta en la competición; y que pudiera suponer un perjuicio a la ética deportiva y a la integridad física o psíquica del atleta.

Por ejemplo, el Código del Deporte de 19 de enero de 2007, que regula el dopaje en Francia, define las actividades físicas y deportivas como un elemento importante de la educación, de la cultura, de la integración y de la vida social (artículo L 100-1).¹

Por su parte, en Italia la persecución del dopaje se inició en la década de los años ochenta. La primera norma que reguló independientemente este fenómeno en el deporte fue la Ley 91 de 23 de marzo de 1981 en la cual, desde su primer artículo, se declaró la independencia del mundo del deporte de las injerencias del Estado. El dopaje siempre se consideró, inicialmente, un problema que se debía resolver internamente dentro de las instituciones deportivas. Por tanto la intervención del Estado en materia deportiva constituía una injerencia a los asuntos de las asociaciones deportivas, cuestión que se modificó con el propio incremento de dichas conductas.

Por otra parte, definir el dopaje es algo muy complejo. La original definición, con validez y efectividad durante casi veinte años, se aprobó en 1963 por el Comité de Educación Extraescolar del Consejo de Europa que expuso: "El dopaje es la administración a una persona sana, o la utilización por ella misma, de sustancias extrañas al organismo o de sustancias fisiológicas, en cantidades o por vías anormales, con el único fin de conseguir

¹ Código del Deporte francés, 2007, p. 34.

un aumento artificial del rendimiento de esta persona al participar en una competición”.²

Etimológicamente se define entonces al dopaje como una sustancia que deriva del término holandés *doop*, utilizada en el argot de los *jockeys* americanos para designar una sustancia obtenida a partir de las hojas del tabaco.³

Posteriormente, a partir del Convenio de Estrasburgo de 1965, se definió como sustancia dopante, y por lo tanto proscrita o limitada en la administración, “toda sustancia exógena administrada por cualquier vía (o también de origen fisiológico suministrada en condiciones o cantidades anormales), con el objetivo de aumentar de forma artificial el rendimiento deportivo de un atleta en la competición, y que pudiera suponer un perjuicio a la ética deportiva y a la integridad física o psíquica del atleta”.⁴

En 1984, en la Carta Europea contra el Dopaje en el Deporte, se modificó esta definición en el sentido de hacerla más clara y amplia. Con este objetivo, se definió que el dopaje en el deporte consiste en emplear, infringiendo los reglamentos de las organizaciones deportivas competentes, sustancias que están prohibidas. Siguiendo esta línea, el Comité Olímpico Internacional (en adelante COI) definió al dopaje – definición adoptada posteriormente por la mayoría de las federaciones deportivas nacionales e internacionales – de la siguiente forma:“(...) la prohibición de métodos y sustancias incluidas en diversas categorías farmacológicas, convirtiendo con ello a las sustancias descritas, similares y alternativas, en el eje alrededor del cual gira el dopaje”.

Esta problemática tuvo que ser solucionada por la ciencia, a partir de la cual se elaboraron métodos que permitieran descubrir con precisión cuando un deportista estaba dopado.⁵ Incluso, actualmente el dopaje genético es todavía quimera para los científicos. De todas formas, a nuestro juicio, lo fundamental es que, independientemente de la variedad de

² ROCA AGAPITO, Luis, “Los nuevos delitos relacionados con el dopaje” en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, No. 09-08, 2007, p. 8. Disponible en: <http://criminnet.ugr.es/recpc/09/recpc09-08.pdf> (consultado: 10/12/15 a las 11.15).

³ MOURILLO RODRÍGUEZ, Alberto y CLEMENTE, Ismael, “Dos aspectos de Derecho penal en el deporte: el dopaje y las lesiones deportivas”, 2002, pp. 23 y ss.

⁴ *Ibidem*.

⁵ *Ibidem*.

definiciones que existan, todas coinciden en su prohibición porque el uso de sustancias vetadas afecta la salud, la integridad física, psíquica, los valores lúdicos y la pureza deportiva.

Históricamente, los primeros controles antidopajes fueron realizados en el Tour de Francia de 1966 y luego en los Juegos Olímpicos de 1968, celebrados en México. Durante la década de 1970 las hormonas (que serían prohibidas desde 1974) sustituyeron a los estimulantes y analgésicos como principal sustancia dopante. Posteriormente, en el 2003 el comité fundador de la Agencia Mundial Antidopaje (en adelante AMA), organismo emanado del COI, aprobó el denominado Código Mundial Antidopaje (en adelante CMA) en el transcurso de la Conferencia Mundial sobre el Dopaje celebrada en Copenhague capital de Dinamarca.

En nuestro país se cuenta con un Laboratorio Antidopaje que pertenece al Instituto Nacional de Deportes, Educación Física y Recreación (en adelante INDER) y que ha sido reconocido y acreditado internacionalmente.

El tema adquiere actualidad cuando en el deporte como espectáculo sociocultural que envuelve multitudes, se analiza el dopaje como uno de los mayores flagelos que afecta la actividad deportiva y los valores lúdicos que desde sus inicios este intentó esparcir. De ahí la importancia capital de nuestra investigación, desde el punto de vista teórico, pues aunque no constituye pandemia en nuestra sociedad, sí es necesario prevenirlo y minimizarlo punitivamente, teniendo como premisa que nunca antes el delito de dopaje fue estipulado bajo ningún concepto, a lo largo de la historia penal nuestra.

Por estas razones para la realización de este trabajo nos planteamos como problema científico: ¿qué limitaciones tiene el Derecho penal cubano para enfrentar los diversos comportamientos de utilización de sustancias prohibidas en el ámbito deportivo, aún y cuando no se trata de un fenómeno de elevada incidencia en nuestra realidad social?

Consecuentemente nos planteamos como hipótesis a demostrar la siguiente: Entre las limitaciones que presenta el Derecho penal cubano para enfrentar las conductas de utilización de sustancias prohibidas en el ámbito deportivo, que compulsan a una modificación en esta materia en nuestra legislación, podemos relacionar las siguientes:

- no existen tipos penales que, de manera específica, prohíban y sancionen tales comportamientos, tampoco aparecen formas agravadas ni atenuadas en aquellas figuras delictivas que, de forma general, prohíben estas conductas; y

- no se incluyen circunstancias agravantes ni atenuantes de la responsabilidad penal referidas a estos supuestos en la Parte General del Código Penal cubano (en lo adelante, CP) y, por último, en el mismo no se reconocen reglas de adecuación especialmente destinadas a solucionar estos casos.

Nuestro objetivo general es demostrar la necesidad de la inclusión de la figura delictiva de dopaje teniendo en cuenta las preocupaciones que en esta materia se han planteado a partir del Derecho comparado y la legislación penal cubana actual. Precisamente por la importancia del estudio de este tema y centrados en la necesidad de prevenir y atacar o enfrentar esta problemática nos propusimos como objetivos específicos:

- identificar las tendencias actuales sobre el tratamiento jurídico penal por consumo de sustancias prohibidas en el ámbito deportivo internacional, teniendo en cuenta las preocupaciones que en este sentido se han planteado y las particularidades de la aplicación de las sanciones penales;
- caracterizar el estado actual de la legislación penal cubana en lo que se refiere al consumo de sustancias prohibidas, con especial énfasis en aquellos supuestos en que la utilización de las mismas tengan lugar en el ámbito deportivo y con fines asociados a éste; y,
- formular propuestas de modificación de la legislación penal cubana actual en lo que se refiere al consumo de sustancias prohibidas, teniendo en cuenta la caracterización de este fenómeno en el ámbito deportivo y la repercusión que puede tener para la salud pública como interés socialmente protegido por el Derecho penal.

II. Deporte y Derecho penal. El Derecho penal deportivo. ¿Nueva rama del Derecho penal?

El Derecho del deporte va surgiendo como regulador de la actividad deportiva en el mundo. Pero su espectro no ha sido suficiente para solucionar todos los conflictos o no que en este ámbito se producen. El creciente desarrollo de la educación física y de los deportes, como actividades que hoy invaden otros espacios además de aquellos que clásicamente la sociedad les tenían reservados, obliga a involucrarnos en el conocimiento de las consecuencias jurídico-penales que pueden surgir de la actividad deportiva. En este ámbito se producen situaciones que resultan de interés para el Derecho penal.

La protección de la sociedad justifica la actuación del Derecho penal en un Estado social. Esta protección es expresada a través de la tutela por esta rama de bienes jurídicos, que son los intereses sociales que merecen la protección penal en razón de su importancia. Sin embargo, no toda lesión a un bien jurídico debe ser reprochada por el Derecho penal. Se impone la presencia de dos elementos. El primero, que el bien jurídico posea importancia y, el segundo, que la lesión a este sea violenta. Cuestión que encaja con la salud, la integridad física y un conjunto de bienes universalmente reconocidos por los códigos penales del que se desprende el equilibrio entre los intereses particulares y lo que el Estado debe proteger.

La doctrina indica que una vez que los derechos de los ciudadanos son recogidos en la Carta Magna de los países, corresponde al legislador seleccionar cuáles de ellos serán bienes jurídicos protegidos por el Derecho penal. El hecho que la práctica del deporte sea un derecho fundamental constitucional (en los ordenamientos jurídicos donde ello se reconoce) no implica que sea un bien jurídico protegido por el Derecho penal, sino las conductas que vayan en contra de la salud y la integridad física del deportista. Por tanto no es al deporte a quien el Derecho penal debe proteger, no es de especial interés preservarlo, sino los comportamientos que amenacen los tradicionales bienes jurídicos protegidos desde el surgimiento del individuo. De ahí surge una nueva rama del Derecho penal: el Derecho penal deportivo, sancionador de los delitos que en esta área adquieren relevancia.

Esta nueva rama tiene detractores en la doctrina, pues una buena parte considera que este tipo de conductas corresponden ser reguladas por el Derecho administrativo sancionador y que no debe el Derecho penal inmiscuirse en asuntos internos de las federaciones deportivas, ni velar por intereses que no le competen. Lo cierto es que no son pocos los países que optan por la vertiente de dejarle al Derecho penal deportivo la faena de interponerse, solo cuando sea necesario, la protección de bienes jurídicos como la salud individual y pública laceradas con el dopaje; pues se aprecia un detrimento en la salud privada del atleta, pero trasciende a la generalidad si se tiene en cuenta que el ejemplo de los deportistas de élite se convierte en prototipo. Si bien es cierto que el bien jurídico salud, particular y general, es ya protegido por otras figuras básicas en los diferentes códigos penales, hay que agregar que no existe otra actividad, como la deportiva, que trascienda tanto en la cotidianidad y el entretenimiento de los individuos que hacen de ella un fenómeno cultural por excelencia. Siguiendo esa línea es que se justifica su inclusión a nivel constitucional y la protección de la salud de quienes la practican.

La influencia directa de estos factores conlleva a comportamientos desmedidos y a la ausencia de los valores profesados por el deporte desde los inicios mismos de su existencia. Si bien es cierto que todo comportamiento no tiene por qué ser sancionado por una ley penal – nótese que no estamos hablando propiamente de la expansión del Derecho penal a toda el área deportiva – sino cuando exclusivamente se ponen en riesgo bienes jurídicos fundamentales, refrendados al mismo tiempo por la “Ley de Leyes” de cada país en concreto: la salud y la integridad corporal por citar dos ejemplos, pues la protección no es al deporte en sí, sino a las conductas que lo ponen en riesgo.

La influencia de los fenómenos sociales y culturales sobre las instituciones y, por consiguiente, sobre el Derecho, el fenómeno de la profesionalización del deporte, la exagerada comercialización de la actividad deportiva, la proliferación de grandes competiciones internacionales, el aumento del número de personas que se dedican a la práctica deportiva y el fomento del deporte por la Administración Pública, vienen a crear relaciones legales diferentes que deben ser reguladas y estudiadas. Todas estas son razones que demuestran la relación y conexión existente entre el Derecho y el deporte, y la necesidad de que la doctrina académica se ocupe de los aspectos jurídicos de la actividad deportiva.⁶

En este par descrito aparecen conductas en contra de su perdurabilidad y su buen desenvolvimiento de las que se encargó inicial y únicamente el derecho administrativo sancionador. El dopaje, la comercialización de atletas, la discriminación, la violencia, las lesiones, el fraude, son algunos ejemplos. Posteriormente, desde el Derecho penal se tuvieron que asumir posibles soluciones de algunas de estas conductas por cuanto previamente faltaron herramientas para minimizar estos actos.

No es pretensión de que ese Derecho penal deportivo sea de única *ratio*, sino más bien de última *ratio*, por el principio de mínima intervención que lo debe caracterizar, y cuando se advierta que la salud y la integridad física de los atletas están en peligro. Como expresa Leonardo SCHMITT DE BEM: “La intervención penal apenas es posible en casos de ofensa a

⁶ CARRETERO LESTÓN, José Luis, “Consideraciones históricas sobre la fundamentación del Derecho deportivo”, en *Anuario Iberoamericano de Derecho Deportivo*, No. 1, 2009, Universidad Inca Garcilaso de la Vega, Lima, p. 21.

un bien jurídico constitucionalmente relevante”.⁷ Para el penalista Claus ROXIN los bienes jurídicos son “circunstancias dadas o finalidades que son útiles para el individuo y su libre desarrollo en el marco de un sistema social global que es estructurado sobre la base de esta concepción de los fines o para el funcionamiento del propio sistema”.⁸

La protección penal del deporte como un todo, según destaca Carlos BROUDEUR se hace necesaria por “sus numerosos y temibles enemigos”.⁹ Precisamente esos “numerosos y temibles enemigos” son los que ponen en peligro bienes jurídicos que al Derecho penal le hurga proteger.

Todos estos pasos conducen a que hoy se pueda afirmar la existencia de una disciplina especializada en materia penal deportiva: el Derecho penal del deporte.¹⁰ Irrumpen en este contexto los delitos deportivos castigados por esta rama jurídica. Más no estimamos que sea la expansión de la misma la solución ideal a todos los conflictos generados en la actividad deportiva. Es por ello, que el deporte despierta gran atracción al analizarlo jurídicamente desde cualquiera de sus aristas.

III. El consumo de sustancias prohibidas en el deporte. El dopaje

La fundamentación social del deporte como espectáculo deportivo en la sociedad moderna justifica su inclusión como derecho constitucional en las Cartas Magnas contemporáneas. De ahí que la salud pública y la integridad física sean bienes jurídicos vulnerados, a veces, por los llamados delitos deportivos y por tanto la intervención del Derecho penal, necesaria, siempre de última *ratio*; pues cumple con dos requisitos imprescindibles para dicha protección: que el bien jurídico posea importancia y que la lesión a este sea violenta.

⁷ SCHMITT DE BEM, Leonardo, “La constitucionalización del deporte”, en *Revista Española de Derecho Deportivo*, No. 30, 2012, p. 27.

⁸ ROXIN, Claus, “Derecho penal y dopaje”, en *CPC*, 2009, pp. 14 y ss.

⁹ BROUDEUR, Carlos, *La delincuencia en el deporte*, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1956, p. 15.

¹⁰ DE VICENTE MARTÍNEZ, Rosario, *Derecho penal del deporte*, Colección Derecho y Deporte, Bosch, Barcelona, 2010, pp. 237 y ss.

El Derecho penal está dedicado a la protección de los valores fundamentales del orden social, lo que se ha dado en llamar la salvaguarda de los bienes jurídicos. Es la tutela de los bienes jurídicos lo que justifica la existencia y actuación del Derecho penal.¹¹ Es por ello que el delito de dopaje ocupa un lugar de privilegio dentro de las conductas que se suscitan en el ámbito deportivo mundial actual. Por lo tanto, analizar su posible inclusión dentro de nuestro ordenamiento penal no es descabellado, aún y cuando, los deportistas cubanos no encabezan las largas listas de inculcados por este tipo de hechos. Siendo así analizamos, detalladamente, como sería esta inserción examinando la estructura penal de la figura básica que se pretende componer desde nuestra realidad objetiva.

El movimiento deportivo cubano le aplica las mismas sanciones que establece el CMA a los atletas involucrados con sustancias prohibidas. Para ello se crea una Comisión integrada por psicólogos, médicos deportivos, entrenadores y directivos del INDER para aclarar el particular y sobre todo que el implicado exponga los móviles que lo llevaron a cometer la infracción y de presentar los argumentos para eliminar o reducir las sanciones.

El CMA es bien específico y en el artículo 10.2 impone la inhabilitación de los atletas en casos de presencia, uso, tentativa o la simple posesión de sustancias y métodos prohibidos, a dos años cuando sea primario y de por vida cuando reincida en dicha conducta.¹² La disyuntiva se presenta a la hora de aplicar la sanción porque las carreras deportivas difieren en los todos los deportes y por ejemplo, los gimnastas tienen una vida activa deportiva más corta que otras modalidades como el tiro, la equitación, etc. Un argumento fundamental a favor de la armonización es que simplemente no es correcto que dos atletas del mismo país que hayan sido detectados positivos a la misma sustancia prohibida, en circunstancias similares, reciban una sanción diferente simplemente porque participan en deportes diferentes.¹³

La única solución posible en estas situaciones, a nuestro entender, es que simplemente cada caso es uno en particular y la racionalidad y la justeza

¹¹ GONZÁLEZ GONZÁLEZ, Odeimis, *Los delitos que afectan la economía. Particularidades de su protección jurídica-penal*, Tesis en opción del Título Académico de Especialista en Derecho Penal, Universidad de Oriente, Santiago de Cuba, 2009, p. 36.

¹² Artículos 10.2 y ss., Código Mundial Antidopaje, Agencia Mundial Antidopaje, 2003, pp. 25 y ss.

¹³ *Ibidem*.

deben primar a la hora de decidir en tales circunstancias. No obstante, deben los atletas tener claridad de este parecer antes de quebrantar lo que está establecido.

Por otro lado el CMA hace la salvedad y es benévolo con los deportistas que aún transgrediendo la norma demuestran que no lo hicieron intencionalmente porque utilizaron sustancias definidas especialmente susceptibles a violaciones no intencionales de las reglas antidopaje debido a su generalizada presencia en productos medicinales, o que tienen menos probabilidades de ser objeto de un uso indebido como agentes dopantes. Para ellos el mínimo entonces será una advertencia y reprensión sin tiempo de inhabilitación para eventos futuros, y el máximo, un año de inhabilitación. La reincidencia y la multirreincidencia son castigadas igual que el artículo 10.2. Este mismo cuerpo legal aumenta el periodo de inhabilitación para las violaciones de los artículos 2.7 (tráfico) o 2.8 (administración de una sustancia prohibida o un método prohibido), a un mínimo de cuatro 4 años hasta una inhabilitación de por vida.¹⁴

El CMA también inhabilita de por vida al personal de apoyo de los atletas, al realizar cualquiera de las infracciones que prevé este cuerpo legal a menores, y se demuestra el dolo en la actuación. Además, aclara que una violación de las leyes y regulaciones no deportivas podrá ser notificada a las autoridades administrativas, profesionales o judiciales competentes.

Es menester señalar que el CP es exigente a la hora de sancionar este tipo de conductas para los ciudadanos. Por eso se hace necesario reprimir las conductas similares en torno al deporte cubano, teniendo en cuenta que el propósito a seguir distorsiona, tanto la salud del deportista como su integridad física.

En nuestro país existe un programa antidopaje acorde con las exigencias del CMA y la AMA. Desde esa óptica se realizan controles antidopaje a las selecciones nacionales de todos los deportes, programados o no, cuando participan en competencias nacionales e internacionales. Además existen atletas clasificados por la AMA, que se seleccionan al azar, donde integrantes de laboratorios internacionales les ejecutan aquí los análisis y las muestras se envían para Canadá.

¹⁴ *Ibidem.*

La Brigada Nacional Antidopaje cuenta con un Programa Nacional Antidopaje de Cuba donde se lleva la planificación de los controles que se realizarán durante todo el año, para todos los deportes. Estos se realizan de forma sorpresiva, es decir, se les avisa en el momento de la elaboración o previamente el día antes, con su médico de equipo. Estos controles se realizan en el lugar de entrenamiento o en el Instituto de Medicina Deportiva donde existe un local que se llama Estación Dopaje para estos fines. También se realizan controles en competición de acuerdo a las normas de cada deporte, o según la elección de los oficiales de control, dirigidos por el Órgano Nacional Antidopaje y se realizan en el lugar del evento. En las provincias están creadas brigadas con personal especializado que han recibido capacitación, por lo que de ser oportuno y de común acuerdo, realizan los controles antidopajes si existiera una competición o un interés expreso con el atleta o los equipos nominados.

El deporte en Cuba, es parte importante de la identidad y la idiosincrasia ciudadana. Nuestra Constitución lo reconoce como uno de los derechos de cada cubano y lo refrenda en su artículo 9: "El Estado garantiza que no haya persona que no tenga acceso al deporte". En el artículo 43, la propia Constitución señala que el Estado consagra el derecho conquistado por la Revolución de que los ciudadanos, sin distinción de raza, color de la piel, sexo, creencias religiosas, origen nacional y cualquier otra lesiva a la dignidad humana, disfruten del deporte. Más adelante en su artículo 52, señala que

"Todos tienen derecho a la educación física, el deporte y la recreación. El disfrute de este derecho está garantizado por la inclusión de la enseñanza y práctica de la educación física y el deporte en los planes de estudio del sistema nacional de educación; y por la amplitud de la instrucción y los medios puestos a disposición del pueblo, que facilitan la práctica masiva del deporte y la recreación".

De ahí que uno de los paradigmas sociales que han caracterizado el proceso revolucionario cubano se expresa firmemente en la frase: "deporte es derecho del pueblo".

Al analizar la posible inclusión de esa figura delictiva en nuestra legislación penal, examinamos la estructura del tipo penal que se puede insertar para la protección de la salud del deportista, sino escaparía del interés de esta rama del Derecho. En esa línea concuerdan las normas penales que así lo conciben.

Con relación al Derecho comparado, podemos evidenciar como ejemplo a Italia, donde la Ley 376/2000, en la que se regula la tutela sanitaria de

la actividad deportiva y de la lucha contra el dopaje, se produce un cambio en el bien jurídico protegido, con respecto a la anterior norma especial 401/1989. Ahora bien, no se trata como un delito patrimonial sino como un delito contra la salud pública.

Sin embargo, la definición de dopaje que se ofrece en el artículo 157 prescinde de la idoneidad para dañar la salud del deportista, haciendo referencia a una distinta y más bien latente idoneidad para modificar (no necesariamente "corromper") las condiciones (no necesariamente el equilibrio) psicofísicas o biológicas del deportista, de modo tal que pueda "alterar" la performance deportiva (no la salud); por no decir, además, de las sustancias o tratamientos "encubridores", considerados igualmente típicos, dirigidos a obstaculizar el buen resultado de los eventuales controles.

Tal redacción del concepto de dopaje sigue esa figura en la legislación francesa, con la diferencia de que en el sistema italiano precisa la protección de un bien jurídico, la salud pública. Básicamente se castiga la utilización de sustancias que mejoren las condiciones patológicas y físicas del atleta sin prescripción médica terapéutica. A diferencia de la legislación francesa la sustancia debe ser idónea para producir la mejora del atleta, permitiéndose utilizar una sustancia dopante para un atleta enfermo. Si no tuviese esa cualidad quedaría impune.

En nuestro caso la redacción clara y precisa, a tono con el consumo de sustancias prohibidas que dañen la salud del deportista, es loable. Coincidimos con el supuesto italiano que en caso de que haya que suministrarle una sustancia de este tipo a un atleta enfermo, no cabe otra opción que acceder, lógicamente. Es notorio que lo que se protege es la salud del atleta. En todo caso no podrá competir y se informará a la comisión nacional del deporte al que pertenezca para evitar confusiones (adscripta al INDER).

En cuanto a los sujetos activos deben ser de tipo especial, pues son aquellos que se encuentran alrededor del deportista, dígame, médicos, fisioterapeutas, entrenadores, psicólogos y atletas. No será, por demás, cualquier hacedor de ejercicios físicos o practicante de deportes, porque aunque afecte la salud de cualquier ciudadano, es sabido que no serán todos los que se les puede hacer la prueba antidopaje que compruebe la conducta típica declarada.

Es conocido, por otra parte, que actualmente en los gimnasios la circulación de sustancias estimulantes es prolifera, aún sin saber sus comerciantes las desventajas que en materia de salud suelen ocasionar, hasta poder llegar incluso a la muerte de los consumidores. Hay referencias de otras

investigaciones donde profesionales de la cultura física y los deportes se encargan de minimizar estas prácticas.

Los sujetos pasivos serán siempre los deportistas que resulten víctimas del delito de dopaje deportivo. Al analizar el elemento material, las conductas posibles serán las descritas por los verbos rectores del tipo penal. El artículo 361 bis del Código Penal español, se excede en su intento de anular el aumento de este fenómeno y cae en la redundancia por la amplia gama de verbos rectores. Tal parece que el legislador español quiso acaparar todas las posibles conductas, pues es uno de los países europeos que más implicados tiene en el consumo de sustancias prohibidas.

Por el contrario para los itálicos la conducta consiste en procurar, suministrar, utilizar o favorecer la utilización de estas sustancias con el fin de alterar el rendimiento físico del atleta u ocultar la utilización de los mismos. Italia en sus dos leyes dedicadas al efecto, la Ley 376/2000 y el Código Penal italiano, castigan el autodopaje igual que los franceses. No así los españoles.

Ya es sabido que los tipos delictivos y las penas se configuran en torno a la importancia del bien jurídico que se quiere proteger. Acorde con el actual delito de dopaje, el bien que se pretende proteger es la salud pública, y por eso lo que se condena es el tráfico y no el autoconsumo.

Hay otros que piensan que la ética deportiva y el interés de la competición deberían ser bienes jurídicos dignos de protección penal por el fraude deportivo que supone, y por el grave perjuicio patrimonial causado a terceros, principalmente el resto de deportistas que han decidido competir acorde al reglamento. A mi entender, esos bienes jurídicos gozan de una adecuada protección en el Derecho administrativo, teniendo en cuenta, además, que es el Derecho penal de intervención mínima y solo debe tener presencia en la salvaguarda de intereses bien justificados para la humanidad.

La legislación argentina sobre la materia presenta como verbos rectores "al que facilite, suministre y/o incite a practicar dopaje en seres humanos".¹⁵ Por otro lado los franceses narran "prescribir sin autorización terapéutica de la Agencia Francesa de la Lucha contra el Dopaje, facilitar su utilización

¹⁵ ROCA AGAPITO, *op. cit.*, p. 42.

o incitar, de cualquier manera, a que el deportista lo use, también agrega, ceder, ofrecer, administrar o aplicar a un deportista".¹⁶

Consideramos innecesaria la amplia lista de verbos que sean sinónimos y asumimos, a nuestro parecer, los más importantes: el que suministre, incite, coaccione o prescriba; excluyendo la sanción sobre el autodopaje y la mera tenencia de dichos productos, pues esta última en Italia, a diferencia de la regulación francesa sobre dopaje, es atípica. Coincidimos con esta postura, pues la sola tenencia de dichas sustancias no implica que se cometa el delito, ya que pueden ser indicadas por un facultativo. Por tanto el examen antidopaje se convierte en la prueba más eficaz para calificar la conducta.

En cuanto al elemento subjetivo es muy claro que el dolo primará en la conducta a seguir por los sujetos que intervienen en la acción constitutiva de delito penal deportivo. Exige dolo porque, por una parte está la intención de modificar y aumentar las capacidades físicas del deportista y de paso, dañar la salud y la integridad física; y por otra, la intención de modificar los resultados de las competiciones deportivas, siendo ambas intenciones, en nuestra opinión, no alternativas, sino que van juntas quiera o no el implicado. El objeto de la acción recaerá sobre los atletas, deportistas.

El objeto material, en el caso específico de España, son las sustancias y métodos dopantes recogidos en la lista que proporciona la Presidencia del Consejo Superior de Deportes y que es renovada cada año (art. 12 Ley Orgánica 7/2006). En nuestro caso, el objeto material se circunscribe a la lista de sustancias que publica la AMA cada año. De tal modo, el delito de dopaje se traducirá en una norma penal en blanco, pues no puede la ley penal inscribir las sustancias, toda vez que constantemente cambian los nombres de los medicamentos que son vetados por la organización internacional.

En cuanto al resultado si es de daño o peligro, el legislador configura el artículo 361 bis del Código Penal español como un delito de peligro, en tanto no se castiga la producción de un daño en la salud del deportista, sino el riesgo que determinadas sustancias o métodos dopantes pueden conllevar para su salud. A su vez, dentro de los delitos de peligro, ese

¹⁶ *Ibidem.*

mismo artículo se incluye dentro de los de peligro concreto, por lo que en su aplicación, el juez o tribunal deberá comprobar la producción de un peligro real para la vida o la salud del deportista.¹⁷

Coincidimos con este planteamiento, aunque el peligro que provoca el consumo de las sustancias dopantes, será siempre un daño en la salud del implicado. No creemos que tenga un juez que constatar concretamente ese peligro si el resultado del control antidopaje será preciso y evaluado por especialistas en la materia, en el supuesto cubano.

En cuanto a la participación, serán autores o cómplices los que están alrededor del deportista (médicos, entrenadores, psicólogos, fisioterapeutas, incluso otros atletas). Resulta difícil aclarar sobre quién recae la culpabilidad, toda vez que la prueba es positiva pero el resultado no revela el autor o cómplice del mismo. El caso español es más enrevesado pues no penaliza el autodopaje. En ese sentido, Rosario DE VICENTE MARTÍNEZ advierte que:

“Ciertamente, el delito de dopaje deportivo al castigar al entorno del deportista y no al deportista mismo, es propenso a problemas de valoración de la prueba pues hay que tener en cuenta que serán muchos los supuestos en los que la prueba inculpativa se base en el resultado de los análisis antidopaje y en las propias declaraciones del deportista”.¹⁸

En principio la única declaración del atleta tiene validez, siempre y cuando se demuestre ante el tribunal los tres requisitos indispensables para la valoración de la prueba: la persistencia en la inculpativa, verosimilitud y la ausencia de elementos de incredulidad subjetiva, que son criterios de valoración de la veracidad del testimonio.¹⁹ Sucederá igual que en otros delitos cuando la ausencia o presencia de pruebas concretas, llevarán al juez a una conclusión lo más ajustada a derecho posible. Los cómplices serán quienes cumplan con los requisitos del artículo 18.3 del CP.

¹⁷ DE VICENTE MARTÍNEZ, Rosario, “El delito de dopaje deportivo: la inoportuna intervención punitiva en materia de Derecho deportivo”, en *Revista Española de Derecho Deportivo*, No. 30, 2012, p. 37.

¹⁸ *Ibidem*, p. 52.

¹⁹ CASERO LINARES, Luis y TORRES FERNÁNDEZ, José María, “Comentarios al art. 361 bis del Código Penal”, en *Revista Aranzadi de Derecho de Deporte y Entrenamiento*, No. 21, 2007, pp. 45 y ss.

Otra de las estructuras del tipo penal especial, es el *iter criminis*, concordamos que si es un delito de peligro concreto, que exige la comprobación del mismo para su consumación, es posible sancionar la tentativa, como regula la Ley de Medicamentos alemana,²⁰ y en Francia se castiga con la misma pena que la consumación.²¹

Cuando se materializa delito de dopaje deportivo con otros asociados, se produce un concurso de delitos. Si el dopaje es del tipo genético podría apreciarse un concurso de delitos entre el artículo 361 bis y el delito de manipulación genética para los españoles. En Cuba no aparece esta figura básica de manipulación genética. El 361 bis es de aplicación preferente a otros que castigan el suministro de medicamentos cuando aparecen los elementos subjetivos que exige. "Si la conducta de dopaje se prolonga y reitera en el tiempo o afecta una pluralidad indeterminada de sujetos se aprecia delito continuado".²²

Cuando ocurren lesiones o la propia muerte sobre los sujetos pasivos, puede apreciarse sin dificultad el concurso de delitos. A diferencia de la legislación italiana que ha incluido en el artículo 9.1 de la Ley 376-2000, una cláusula de subsidiariedad expresa, según la cual "salvo que el hecho constituya un delito más grave (...)", el artículo 361 bis del Código Penal español no contempla una cláusula concursal específica.²³ Los autores en la doctrina comparada, en ausencia del precepto legal, han tomado posturas diferentes para darle solución al conflicto suscitado.

A falta de una previsión expresa en los casos en los que la utilización de las sustancias o los métodos prohibidos ocasionen un daño en la salud o en la vida del deportista deberá operar, según un sector de la doctrina, el principio de consunción o absorción e artículo 8.3.²⁴ Por el contrario, para NIETO MARTÍN las lesiones sólo serán punibles cuando la conducta típica la realice un tercero.²⁵

²⁰ Ley de Medicamentos de Alemania de 1998, disponible en: <http://bundesrecht.juris.de> (consultada el 2/10/2012, a las 21.00).

²¹ RODRÍGUEZ GARCÍA, J., "Ley francesa número 2006-405, de 5 de abril de 2006, relativa a la lucha contra el dopaje y a la protección de la salud de los deportistas", en *Revista Jurídica de Deporte y Entretenimiento*, No. 17, 2006, pp. 287 y ss.

²² *Ibidem*.

²³ *Ibidem*.

²⁴ *Ibidem*.

²⁵ DE VICENTE MARTÍNEZ, "El delito de dopaje deportivo...", *op. cit.*, p. 37.

De este modo, la participación a través del suministro, la oferta, la facilitación o la prescripción de una sustancia prohibida que el deportista, de un modo responsable, se administra, causándose lesiones no sería constitutiva de delito. Incluso en aquellos casos en que es el tercero quien, por ejemplo, inyecta la sustancia, resulta discutible dado que el deportista tiene el dominio del hecho de que su conducta pueda ser considerada típica a los efectos del delito de lesiones. Con mayor razón aún será difícil apreciar en bastantes supuestos, pese a que el resultado lesivo se produzca, lesiones imprudentes, pues a los anteriores argumentos se suma también el que, en determinadas ocasiones, estaríamos ante auto puestas en peligro que eliminarían la imputación objetiva.²⁶ Estaríamos ante estos casos sí y solo sí el deportista desconoce que dicha sustancia no pone en peligro la vida y la integridad física, entonces sus lesiones serían imprudentes y no cabría la imputación objetiva para él, no siendo así para el tercero que realiza el delito de lesiones doloso por autoría mediata o bien podría imputarse la lesión imprudente. En base a lo anterior, para resolver este concurso habrá que acudir al principio de alternatividad (artículo 8.4).²⁷

No obstante, mayoritariamente en la doctrina se defiende que en los supuestos de lesión individual de la vida o la salud, deberá acudirse a la técnica del concurso ideal de delitos con los tipos de homicidio y lesiones, dolosos o imprudentes, consentidos o no.²⁸ REY HUIDOBRO, por el contrario, considera que en estos casos debe apreciarse un concurso real de delitos.²⁹ Por nuestra parte, consideramos que para nuestro caso debemos apreciar el concurso ideal de delitos toda vez que la conducta del consumo de sustancias prohibidas se considera el medio necesario e imprescindible para cometer los otros delitos.

En cuanto a la agravación de la pena, en el caso de la norma hispana los tipos cualificados se aprecian en el apartado 2 del art. 361 bis, cuando la prevé en su mitad superior referidos al suministro de sustancias dopantes a menores, el engaño o intimidación y que el responsable se valga de una superioridad laboral o profesional, pensado este último caso para los

²⁶ *Ibidem.*

²⁷ *Ibidem.*

²⁸ *Ibidem*, p. 54.

²⁹ HUIDOBRO REY, "Repercusiones penales del dopaje deportivo", en *Revista Jurídica de Deporte y Entretenimiento*, No. 16, 2006, p. 102.

equipos profesionales jerarquizados que pueden presionar a sus deportistas para modificar su capacidad de resistencia deportiva.

No ha previsto el legislador solución penológica alguna para el supuesto en que concurren más de un tipo agravado. No obstante, en el caso de que concurriesen dos supuestos agravados, uno de ellos produciría el efecto de agravar en la mitad superior y el otro se tendría en cuenta para la fase de individualización judicial de la pena. Si uno de ellos fuese el supuesto número 3 podría además reconducirse a la agravante genérica del artículo 22.4 a) e imponer a su vez la mitad superior de la pena del tipo agravado.³⁰

Mientras tanto, en la península itálica la pena es de prisión de tres meses a tres años y multa de 2.582 € a 51.645 €. En el caso de la legislación italiana se castiga también con las mismas penas a quien adopta o se somete a este tipo de tratamientos médicos.³¹

³⁰ *Ibidem.*

³¹ Las legislaciones, francesa e italiana, son especialmente severas en materia de represión del dopaje. Tanto el Código de la Salud Pública francés como la Ley italiana 376/2000 de Disciplina de la Tutela Sanitaria de la Actividad Deportiva y de la Lucha contra el Dopaje contienen disposiciones orientadas a la represión penal de determinadas prácticas dopantes. Así, el Código de la Salud Pública francés castiga en su artículo L3633-2 (en la redacción dada a aquel por la Ley 2000-916 de 19 de septiembre) con una pena de prisión de cinco años y multa de 75000 euros a quien prescriba, ceda, ofrezca, administre o aplique a un deportista de los mencionados en el artículo L3631-1, una sustancia o procedimiento mencionado en el referido artículo, o a quien facilite su utilización o, de cualquier manera, incite a su uso. A su vez, la Ley italiana antidopaje 376/2000 castiga en su art. 9, apartado 1, con una pena de prisión de tres meses a tres años y con multa de 5 a 100 millones de liras al que procure a otros, suministre, consuma o favorezca de cualquier modo el uso de fármacos o sustancias biológicas o farmacológicamente activas, comprendidos en las clases previstas en el art., apartado 1, que no estén justificados por condiciones patológicas y sean idóneas para modificar las condiciones psicofísicas o biológicas del organismo, con el fin de alterarlas prestaciones competitivas de los deportistas, o estén dirigidas a modificar los resultados de los controles sobre el uso de tales fármacos o sustancias; y en su apdo. 2, con la misma pena a quien acepte o se someta a las prácticas médicas comprendidas en las clases previstas en el art. 2, apartado 1, no justificadas por condiciones patológicas e idóneas para modificar las condiciones psicofísicas o biológicas del organismo, con el fin de alterar las prestaciones competitivas de los deportistas, o estén dirigidas a modificar los resultados de los controles sobre el recurso a tales prácticas.

Al analizar la modalidad agravada, según el artículo 64 del Código Penal italiano, la pena se aumenta en un tercio de la pena señalada. En el caso de la legislación sobre el dopaje se producen cuando las acciones se realizan:

- produciendo un daño para la salud,
- si se realiza ante menores,
- o si se realiza por un miembro del Comité Olímpico Nacional Italiano o de una federación deportiva nacional, de una sociedad, de una asociación o de un ente reconocido por el Comité Olímpico Nacional Italiano. En este caso la inhabilitación para ejercer la representación del organismo o institución a la que pertenece.

Cuando el autor es un profesional de la medicina conllevará a la prohibición para ejercer la profesión de forma temporal, según dictamine el juez, además del aumento de la pena por ser un tipo agravado. En todos los casos comentados se producirá la confiscación de las sustancias y el material necesario para realizar la acción tipificada.

Los alemanes son severos en cuanto a la agravación de la pena. Pues además de la puesta en peligro de un gran número de personas, la creación de un riesgo grande de muerte o lesiones corporales a otros y un grave perjuicio en el patrimonio, se suman otros dos si de dopaje se trata: que los afectados sean menores de 18 años y que el tráfico de medicamentos con este fin se realice a través de federaciones deportivas. La pena en los casos agravados se eleva de uno a diez años de privación de libertad.³² Los franceses coinciden en que si las conductas relacionadas con el dopaje en humanos se cometen en el seno de una banda organizada o hacia un menor las penas se agravan hasta siete años de prisión.³³

En nuestro contexto la agravación consistiría cuando la conducta típica se realice con menores o en presencia de ellos, pues su protección está vigente en la mayoría de los delitos por lo que impone el aumento de la pena, según lo estime pertinente el legislador. Podrían también los minusválidos y los discapacitados encajar en esta condición, teniendo en cuenta que son atletas que ostentan igual condición, sin discriminación alguna que participan en eventos deportivos nacionales o internacionales.

³² FROHMEKE, V., "Legal comparison and the Harmonisation of Dopaje Rules", en *Dopajerecht in Deutschland*, Editorial Duncker Humblot, Berlín, 2007, p. 53.

³³ ROCA AGAPITO, *op. cit.*, p. 28.

También cuando se emplee engaño o intimidación. Este artificio debe aplicarse antes del consumo de la sustancia, lógicamente, y la intimidación debe propiciar miedo determinado, "el anuncio de un mal inmediato, grave, personal, concreto y posible que despierte o inspire en el deportista un sentimiento de miedo, angustia o desasosiego ante la contingencia de un mal real o imaginario".³⁴ Se estipula igualmente, el uso de la fuerza y la violencia física por parte del sujeto activo para obligar al pasivo a doparse, para resolver el problema concursal se aplicaría el delito de amenazas o de coacción, artículos 284.1.2 y el 286.1 respectivamente, del CP.

O cuando sea el médico el imputado, pues debe ser el primero que debe impedir dicha actividad y si conspira de una u otra forma, lo correcto será inhabilitarlo por un tiempo determinado, de acuerdo con la gravedad del hecho. El mismo tratamiento recibirán los entrenadores, fisioterapeutas, psicólogos y deportistas que giran alrededor del implicado, si concurren los elementos de reincidencia y multirreincidencia en dichos sujetos.

El consumo de sustancias prohibidas por parte de los deportistas es un hecho innegable a nivel mundial. La posible inclusión del delito de dopaje en Cuba ayudaría a su prevención y reprimiría, desde el punto de vista jurídico penal, a los comisores de dichas conductas, a sabiendas de que el remedio total del problema está en la humanización entera del deporte a escala universal y en la remota posibilidad de que la industria deportiva deje de funcionar como un negocio que deja ya, extraordinarios dividendos.

IV. Conclusiones

Como hemos expuesto, el consumo de sustancias prohibidas en el ámbito deportivo propició la intervención del Derecho penal, a partir de la innegable realidad de que no resultan suficientes otras soluciones para el necesario control de este fenómeno, que afecta la salud, la integridad física y la vida de los atletas, lo que se ha manifestado ya en diversos códigos penales o leyes independientes foráneas que definen y sancionan el delito de dopaje.

³⁴ DE VICENTE MARTÍNEZ, "El delito de dopaje deportivo...", *op. cit.*, p. 54.

La legislación cubana actual, por su parte, aún no está preparada para solucionar comportamientos de esta naturaleza, aunque sí mantiene, para la generalidad de los ciudadanos, prohibiciones y sanciones de conductas relacionadas con el consumo de sustancias estupefacientes, psicotrópicas y otras de efectos similares, con independencia de las circunstancias en las que tal utilización tenga lugar. La necesaria inclusión, dentro del CP actual, de la figura básica de dopaje deportivo, toda vez que no existe hasta el momento solución jurídico-penal que prevenga y reprima dicha conducta en el ámbito deportivo, capaz de proteger la salud pública y la integridad física de nuestros atletas, como bien jurídico ineludible.

Teniendo en cuenta las problemáticas planteadas, en aras de superarlas, podemos recomendar a la Comisión de Asuntos Jurídicos y Constitucionales de la Asamblea Nacional del Poder Popular que en futuras modificaciones de nuestra ley sustantiva se incluya, dentro del mismo Capítulo V Delitos contra la salud pública, un nuevo tipo penal que recoja el consumo de sustancias prohibidas en el ámbito deportivo cubano, que podría llamarse dopaje deportivo.

El tipo penal pudiera quedar redactado de la siguiente manera:

“1.El médico, psicólogo, entrenador, fisioterapeuta, atleta, personal de apoyo u otras personas que, sin justificación terapéutica alguna, suministre, incite, coaccione o prescriba a deportistas sustancias o grupos farmacológicos prohibidos, o 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, incurre en sanción de privación de libertad de 3 meses a 2 años, multa de 100 a 300 cuotas o ambas, con suspensión del cargo u oficio de 1 a 3 años.

2. Las sanciones del apartado anterior aumentarán hasta el doble cuando en el delito concurren las circunstancias siguientes:

- a) Que la conducta se realice a menores o en presencia de ellos.
- b) Cuando la víctima sea persona con necesidades educativas especiales
- c) Cuando se emplee engaño o intimidación a la víctima.”

V. Referencias bibliográficas

Obras generales

BROUDEUR, Carlos, *La delincuencia en el deporte*, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1956.

DE VICENTE MARTÍNEZ, Rosario, *Derecho penal del deporte*, Colección Derecho y Deporte, Bosch, Barcelona, 2010.

GONZÁLEZ GONZÁLEZ, Odeimis, *Los delitos que afectan la economía. Particularidades de su protección jurídica-penal*, Tesis presentada en opción del Título Académico de Especialista en Derecho Penal, Universidad de Oriente, Santiago de Cuba, 2009.

MOURULLO RODRÍGUEZ Alberto y CLEMENTE, Ismael, *Dos aspectos de Derecho penal en el deporte: el dopaje y las lesiones deportivas*, 2002.

Publicaciones periódicas

CARRETERO LESTÓN, José Luis, "Consideraciones históricas sobre la fundamentación del Derecho deportivo", en *Anuario Iberoamericano de Derecho Deportivo*, No. 1, 2009, Universidad Inca Garcilaso de la Vega, Lima.

CASERO LINARES, Luis y TORRES FERNÁNDEZ, José María, "Comentarios al art. 361 bis del Código Penal", en *Revista Aranzadi de Derecho de Deporte y Entretenimiento*, No. 21, 2007.

DE VICENTE MARTÍNEZ, Rosario, "El delito de dopaje deportivo: la inoportuna intervención punitiva en materia de Derecho deportivo", en *Revista Española de Derecho Deportivo*, No. 30, 2012.

FROHMEKE, V, "Legal comparison and the Harmonisation of Dopaje Rules", en *Dopajerecht in Deutschland*, Editorial Duncker Humblot, Berlín, 2007.

HUIDOBRO REY, "Repercusiones penales del dopaje deportivo", en *Revista Jurídica de Deporte y Entretenimiento*, No. 16, 2006.

MORILLAS FERNÁNDEZ, David L, "La violencia en los espectáculos deportivos" en *Revista Andaluza de Derecho del Deporte*, No. 6, 2009.

MUÑOZ RUIZ, Josefa, "El nuevo delito de corrupción en el deporte", en *Revista Andaluza de Derecho del Deporte*, No. 9, 2010.

PACHOT ZAMBRANA, Karel Luis, "Las normas de ordenación deportiva y el derecho al deporte. A propósito de una teoría del ordenamiento jurídico deportivo", en *Revista Española de Derecho Deportivo*, No. 30, 2012.

- PALOMAR OLMEDA, Alberto, "De nuevo sobre la represión del dopaje o la necesidad de recomponer la figura", en *Revista Andaluza de Derecho del Deporte*, No. 8, 2010.
- PÉREZ FERRER, Fátima, "El delito de dopaje: una aproximación al artículo 1.361 bis del Código Penal Español", en *Revista Andaluza de Derecho del Deporte*, No. 7, 2009.
- ROCA AGAPITO, Luis, "Los nuevos delitos relacionados con el dopaje" en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, No. 09-08, 2007. Disponible en: <http://criminet.ugr.es/recpc/09/recpc09-08.pdf> (consultado: 10/12/15 a las 11.15).
- RODRÍGUEZ GARCÍA, J., "Ley francesa número 2006-405, de 5 de abril de 2006, relativa a la lucha contra el dopaje y a la protección de la salud de los deportistas", en *Revista Jurídica de Deporte y Entretenimiento*, No. 17, 2006.
- ROXIN, Claus, "Derecho penal y dopaje", en *CPC*, 2009.
- SCHMITT DE BEM, Leonardo, "La constitucionalización del deporte", en *Revista Española de Derecho Deportivo*, No. 30, 2012.

La obligatoriedad de las resoluciones del Tribunal de Arbitraje Deportivo (T.A.D.) en México. El caso de José Salvador CARMONA ÁLVAREZ

DRA. ZITLALLY FLORES FERNÁNDEZ*

Sumario

- I. Introducción
- II. El caso de José Salvador CARMONA ÁLVAREZ
- III. La obligatoriedad de las resoluciones del Tribunal de Arbitraje Deportivo (T.A.D.) en México
- IV. La interpretación de los artículos 51 y 54 de la Ley General de Cultura Física y Deporte de 2003 (LGCFD). Algunas consideraciones sobre su inconstitucionalidad
- V. Referencias bibliográficas

I. Introducción

Los choques competenciales en materia deportiva entre autoridades y tribunales nacionales, y las competencias y alcances jurisdiccionales de “autoridades y tribunales internacionales” del deporte es un tema que merece ser estudiado detenidamente por las problemáticas que arroja. En particular en México existen casos que dan muestra de ello. Como bien

* Docente e investigadora de la Universidad Juárez del Estado de Durango. Miembro del Sistema Nacional de Investigadores del Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología (CONACYT) Nivel C. Miembro del Grupo de Investigación sobre Derecho del Deporte, Universidad de Oriente, Santiago de Cuba e Investigadora de la Red Iberoamericana de Investigadores en Derecho y Gestión del Deporte (reconocida y patrocinada por la Asociación Universitaria Iberoamericana de Posgrado, AUIP, Salamanca, España). aly_flores@ujed.mx

lo refiere GONZÁLEZ DE COSSÍO, el “movimiento” deportivo mundial ha creado paulativamente un régimen deportivo internacional distinto de los Derechos deportivos nacionales que ha ocasionado procedimientos paralelos nacionales e internacionales con decisiones en algunos casos contradictorias y escandalosas.¹

En el ámbito deportivo, sobran ejemplos entre los choques de determinaciones locales e internacionales.² En México el caso del jugador profesional de fútbol José Salvador CARMONA ÁLVAREZ es hasta el momento uno de los más emblemáticos. El Tribunal de Arbitraje Deportivo (en adelante T.A.D.) (*Tribunal Arbitral du Sport, TAS*, en francés o *Court of Arbitration for Sport, CAS*, en inglés),³ con sede en Lausana, resolvió inhabilitar permanentemente a este jugador al determinar que resultaba no aceptable o apto con efecto inmediato y de por vida para participar en los partidos de fútbol organizados por la Federación Mexicana de Fútbol (en adelante FEMEXFUT) mientras que la Comisión de Apelación y Arbitraje Deportivo (en adelante CAAD), órgano desconcentrado de la Secretaría de Educación Pública cuyo objeto es mediar o fungir como árbitro en las controversias que pudieran suscitarse entre deportistas, entrenadores y directivos, declaró improcedente toda sanción en contra del jugador.

El presente estudio tiene como objetivo analizar cómo las autoridades jurisdiccionales a nivel nacional resolvieron la controversia suscitada entre el jugador y la FEMEXFUT, abordando la problemática de la obligatoriedad de acatar las resoluciones del T.A.D. para poder determinar si la interpretación de los artículos 51 y 54 de la vigente entonces Ley General de Cultura Física y Deporte de 23 de abril de 2003⁴ (en adelante LGCFD), realizada por la autoridad jurisdiccional es inconstitucional.

¹ GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco, “Procedimiento paralelo en arbitraje deportivo”, disponible en: www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/jurid/cont/39/pr/pr20.pdf, (consultado el 10/03/2016, a las 14.00).

² Algunos ejemplos de casos en los que ha existido un choque entre determinaciones locales e internacionales los refiere GONZÁLEZ DE COSSÍO y son: *UCI vs MUÑOZ, B. vs Federación Internacional de Judo y Unión Cycliste Internationale (UCI) vs Iñigo LANDA-LUCE & Real Federación Española de Ciclismo (RFEC)*, entre otros.

³ Nota del editor: a continuación se respeta en las citas textuales que refiere la autora la alusión al Tribunal de Arbitraje Deportivo empleando las siglas TAS, comúnmente empleadas en la literatura para referirse al mismo.

⁴ Derogada ya por la actual Ley General de Cultura Física y Deporte de 2013.

II. El caso de José Salvador CARMONA ÁLVAREZ

José Salvador CARMONA ÁLVAREZ se dedicaba a la práctica del fútbol profesional en el Club Deportivo Social y Cultural Cruz Azul, Asociación Civil (Club Cruz Azul). El 4 de julio de 2005, como consecuencia de haber dado positivo en un control antidopaje por estanozolol la FEMEXFUT lo sancionó impidiéndole practicar actividades avaladas por la misma durante un año.⁵ El 31 de enero de 2006 le fueron practicados nuevos controles de dopaje conformándose dos paquetes (muestra A y muestra B). Un paquete con ambas muestras fue enviado a la Comisión Nacional de Cultura Física y Deporte (en adelante CONADE) y otro al laboratorio internacional *Olimpical Analytical Laboratory* de la Universidad de California en Los Ángeles. Este laboratorio concluyó que las muestras dieron positivo por uso de la sustancia prohibida “estanozolol”, mientras que el laboratorio de la CONADE concluyó que las muestras resultaron negativas.

La FEMEXFUT se había abstenido de iniciar procedimiento de sanción alguno en contra de CARMONA ÁLVAREZ como consecuencia de los resultados que arrojó el laboratorio de la CONADE, sin embargo inició un procedimiento de sanción a instancia de la *Fédération Internationale de Football Association* (FIFA), la cual solicitó se aclararan los resultados contradictorios. La Comisión Disciplinaria de la FEMEXFUT, resolvió que el procedimiento de sanción iniciado en contra de CARMONA ÁLVAREZ era improcedente. Inconforme con esta resolución la *World Anti Doping Agency* (WADA) interpuso un recurso de apelación ante el T.A.D..

La propia FEMEXFUT recurrió también la resolución de su Comisión Disciplinaria, pero lo hizo ante la CAAD, la cual confirmó la resolución de la Comisión Disciplinaria, mediante Laudo del 4 de diciembre de 2006 en el expediente CAAD-PA-25/2006.

Por otra parte, el 16 de mayo de 2007, el T.A.D. determinó que CARMONA ÁLVAREZ sería inelegible con efectos inmediatos y permanentes para participar en partidos de fútbol profesional. Ese mismo día, la FEMEXFUT ordenó el cumplimiento de la resolución del T.A.D. al Club Cruz Azul.⁶

⁵ La sanción se extendió al ámbito internacional mediante resolución de la Comisión Disciplinaria de la FIFA de 30 de agosto de 2005.

⁶ Amparo directo en Revisión 1675/2011, promovido por el quejoso, José Salvador CARMONA ÁLVAREZ. Apartado de antecedentes, pp. 1-4.

Como se puede apreciar, los procedimientos paralelos, uno a nivel local ante la CAAD y el otro a nivel internacional ante el T.A.D., dio como resultado decisiones contradictorias, por lo que cabe preguntarse ¿cuál de estos sistemas de solución de conflictos debió prevalecer?

Al respecto el T.A.D. se ha pronunciado en los siguientes términos:

“(...) la coexistencia de autoridades nacionales e internacionales para ventilar casos de *doping* es una característica familiar, y ha quedado bien establecido que el régimen nacional no neutraliza el régimen internacional (...)”

Las asociaciones nacionales han otorgado autoridad disciplinaria a federaciones internacionales precisamente para eliminar la competencia desleal y en particular para remover la tentación de asistir a los competidores nacionales mediante sobre-tolerancia. El objetivo es sujetar a todos los atletas a un régimen de trato igualitario, lo cual significa que las decisiones de las federaciones nacionales deben ser revocadas si hacen caso omiso de violaciones a reglas internacionales por sus atletas.”⁷

No se coincide con la apreciación de que las autoridades internacionales complementen la naturaleza y función de las autoridades estatales o nacionales. Esto es así porque no existe un fundamento dentro del Derecho internacional que reconozca o justifique, legalmente hablando, los alcances “jurisdiccionales” de ese tipo de “tribunales”.

Continuando con el caso de CARMONA ÁLVAREZ, y derivado de la resolución de la FEMEXFUT de inhabilitar al jugador para participar en partidos de fútbol profesional, el jugador presentó un juicio de amparo en contra de esa resolución obteniendo la suspensión provisional de sus efectos, razón por la cual disputó un partido de fútbol con el Club Cruz Azul, lo que provocó inmediatamente que la FEMEXFUT emitiera una nueva Resolución el 18 de mayo de 2007, sancionando al Club Cruz Azul con la suspensión inmediata de un partido, lo cual conllevó su eliminación de la fase final del Torneo Clausura 2007. El amparo concluyó finalmente con el desistimiento de CARMONA ÁLVAREZ.

⁷ Disponible en: <http://jurisprudence.tas-cas.org/sites/CaseLaw/SharedDocument> (consultado el 05/01/2009, a las 9.00).

Posteriormente, en diciembre de 2008, CARMONA ÁLVAREZ, demandó en la vía ordinaria civil a la FEMEXFUT, diversas prestaciones entre las cuales se encontraban:

- la declaración judicial de que la FEMEXFUT obró ilícitamente al emitir una resolución señalando que la actora debía cumplir con el fallo emitido por el T.A.D.; y
- la declaración judicial de que la FEMEXFUT obró ilícitamente al abstenerse de cumplir el Laudo arbitral emitido por la CAAD el 4 de diciembre de 2006, dentro del procedimiento CAAD-PA-25/2006.

La FEMEXFUT contestó la demanda negando las prestaciones reclamadas y oponiendo diversas excepciones y defensas. El juez que resolvió el asunto (en septiembre de 2009) absolvió a la FEMEXFUT de todas las prestaciones que le fueron reclamadas, entre otras consideraciones, sosteniendo que de acuerdo al artículo 51 y 54 de la LGCFD, la FEMEXFUT se encuentra reconocida como una Asociación Deportiva Nacional (en adelante ADN) y que regula su estructura interna y funcionamiento a través de sus estatutos sociales, por lo cual concluyó que:

“No cabe duda que JOSÉ SALVADOR CARMONA ÁLVAREZ, al ser afiliado de la FEDERACIÓN MEXICANA DE FÚTBOL ASOCIACIÓN, A.C., y ésta a su vez, afiliada a la FEDERACIÓN INTERNACIONAL DE FÚTBOL ASOCIACIÓN FIFA, se le aplican los Estatutos y Reglamentos de esas Federaciones, y demás normatividad, tal y como lo admitió [el señor Carmona Álvarez] a través de la confesional a su cargo.

Al respecto, el Estatuto de la FEDERACIÓN INTERNACIONAL DE FÚTBOL ASOCIACIÓN, FIFA en su artículo 10 número 4 inciso c), se señala que sus miembros se obligan a respetar, conforme a los Estatutos, la Jurisdicción de [] Tribunal de Arbitraje Deportivo TAS.”⁸

CARMONA ÁLVAREZ interpuso, entonces, un recurso de apelación, confirmando la Sala que conoció la sentencia de primera instancia justificando la utilización que el juez había hecho de los artículos 51 y 54 de la LGCFD y concluyendo que:

“[L]os miembros o asociaciones pertenecientes a la FIFA tienen como una de sus obligaciones la de respetar (actitud que consiste

⁸ Amparo directo en Revisión 1675/2011, *op. cit.*, pp. 4-6.

en no ir en contra de algo/acatamiento, cumplimiento) los estatutos, objetivos e ideales del organismo rector del fútbol mundial y promover y administrar dicho deporte en función de ellos. Es así, que tanto la Federación Mexicana de Fútbol Asociación, A.C., y el jugador (en este caso el actor Salvador Carmona Álvarez), están obligados a respetar los regímenes internacionales que en este caso operan bajo el amparo de la Federación internacional de Fútbol (FIFA). Así las cosas, tal y como lo sostuvo el a quo, el artículo 13 (trece) de los estatutos de la FIFA (en relación a las obligaciones de sus miembros), en el inciso a), se precisó que los miembros se obligaban a observar las decisiones del Tribunal de Arbitraje Deportivo (TAS).⁹

Consecuentemente CARMONA ÁLVAREZ interpuso un primer juicio de amparo directo en febrero de 2010, haciendo valer cinco conceptos de violación entre los que se encontraba la admisión de los Estatutos de la FIFA por parte de la Sala como prueba para mejor resolver,¹⁰ pues ello implicó un quebranto al principio de igualdad procesal entre las partes. El tribunal colegiado concedió el amparo por lo que el juez de primera instancia tuvo que reponer el procedimiento y emitir una segunda sentencia, en la que sostuvo que:

“La FEMEXFUT actuó lícitamente al acatar el fallo del Tribunal Arbitral del Deporte, pues dicha persona, de conformidad con lo dispuesto en la Ley General de Cultura Física y Deporte, específicamente en sus artículos 51 y 54, se encontraba obligada a acatar tanto la Ley citada como sus estatutos sociales, los que a su vez remiten a los estatutos de FIFA, mismos de los que se desprende la obligatoriedad de las resoluciones del Tribunal Arbitral del Deporte para las personas afiliadas a la FEMEXFUT, caso en el cual se encontraba el quejoso en el momento de los hechos.”¹¹

⁹ *Ibidem*, pp. 6-7.

¹⁰ El tribunal colegiado identificó que la Sala responsable utilizó, como hilo conductor de sus consideraciones, la prueba consistente en los estatutos de la FIFA correspondientes a 2005 y 2006. Al respecto, destacó que los estatutos fueron rechazados inicialmente y admitidos después con el carácter de “supervenientes”, como anexos de una carta de 3 de julio de 2009, a pesar de que no podían tener tal carácter en atención a que la FEMEXFUT los conocía con anterioridad a la contestación de demanda. *Cfr.* Amparo directo en Revisión 1675/2011, *op. cit.*, pp. 8 y 9.

¹¹ *Ibidem*, pp. 10 y 11.

CARMONA ÁLVAREZ apeló la sentencia del juez. La Sala que conoció del asunto confirmó la sentencia de primera instancia sosteniendo que:

“La FEMEXFUT actuó conforme a derecho al acatar el fallo del Tribunal Arbitral del Deporte, pues se encontraba obligada a actuar de esa forma en atención a lo dispuesto en la Ley General de Cultura Física y Deporte, específicamente en sus artículos 51 y 54, de los cuales se desprende su obligación de acatar tanto la Ley citada como sus propios estatutos sociales, que a su vez remiten a los estatutos de FIFA, mismos de los cuales se desprende la obligatoriedad de las resoluciones del Tribunal Arbitral del Deporte para las personas afiliadas a la FEMEXFUT, caso en el cual se encontraba el quejoso en el momento de los hechos.”¹²

En marzo de 2011 CARMONA ÁLVAREZ interpuso un segundo juicio de amparo directo (D.C: 196/2011-13), expresando como conceptos de violación, entre otros, los siguientes:

- la conducta de la autoridad responsable al considerar, indebidamente, que al afiliarse a la FEMEXFUT y comprometerse a respetar sus Estatutos y los de la FIFA, el quejoso se habría sometido a las disposiciones de dichos Estatutos de FIFA, que a su vez exigen el reconocimiento de la jurisdicción del T.A.D. y la observancia de sus resoluciones;
- la conducta de la autoridad responsable al señalar que la resolución de la CAAD no afectaba a la FIFA ni, en consecuencia, al T.A.D., por no haber participado en el arbitraje respectivo; y
- la conducta de la autoridad responsable al determinar que la FEMEXFUT obró lícitamente al acatar el fallo del T.A.D. y no el de la CAAD, lo cual habría violado su libertad de trabajo, pues fue sancionado por una autoridad que no es judicial ni gubernamental y con base en Derecho extranjero. Según el quejoso, sólo la CONADE podría conocer y sancionar casos de dopaje en México. En este sentido, debía declararse la inconstitucionalidad de los artículos 51 y 54 de la LGCFD por la interpretación que de ellos realizó la autoridad responsable al sostener que resultan obligatorias en México las resoluciones del T.A.D..¹³

¹² *Ibidem*, p. 11.

¹³ *Ibidem*, pp. 12-16.

El Tribunal Colegiado de Circuito negó el amparo y protección de la Justicia Federal. Entre sus consideraciones sostuvo que sólo sería necesario entrar al análisis del tema del “nexo causal”, pues el resto los consideró que eran “ineficaces” y su “estudio resultaba intrascendente” para resolver el juicio de amparo. Sobre el fondo del asunto sostuvo que “una acción por responsabilidad civil requiere acreditar daño a la parte actora, una conducta ilícita del demandado y un nexo de causa-efecto entre ambas”.¹⁴ Consideró que en el presente caso, todos los argumentos del quejoso se habían encaminado a demostrar el daño y la conducta ilícita más no el nexo causal. El tribunal sostuvo que la FEMEXFUT no fue quien se inconformó contra la resolución de la CAAD sino la WADA. Con respecto a los estatutos de la FIFA, consideró que CARMONA ÁLVAREZ los conocía, aceptaba y comprendía sus alcances y que de ellos se desprende que el T.A.D. es un organismo reconocido por dicha federación y que sus resoluciones son obligatorias para todos sus afiliados y que la FEMEXFUT únicamente se limitó a transmitir la resolución del T.A.D..

Por lo tanto, concluyó que:

“Los argumentos expresados por el quejoso son insuficientes para desvirtuar la consideración de la Sala responsable en el sentido de que, aún y cuando pudieran quedar demostradas la existencia de un daño y la comisión de una conducta ilícita de la demandada, de ninguna manera estaría justificada la relación de causalidad entre ambos elementos, por lo que la falta de ese elemento *sine qua non* para la operatividad de la acción provoca su improcedencia.”¹⁵

Inconforme con lo anterior, CARMONA ÁLVAREZ interpuso en junio de 2011 un recurso de revisión en contra de la sentencia del Tribunal Colegiado. La Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación observó que de los dos temas planteados por el quejoso, el primero, era referente a la valoración de las pruebas desahogadas en el juicio de origen y que al referirse a cuestiones de mera legalidad no podían ser estudiados en un amparo directo en revisión, razón por la cual consideró que los agravios resultaban inoperantes. Respecto al segundo planteamiento concerniente a la inconstitucionalidad de los artículos 51 y 54 de la LGCFD, la Sala consideró necesario identificar los distintos problemas

¹⁴ *Ibidem*, p. 18.

¹⁵ *Ibidem*, p. 19.

o escenarios procesales que se pueden presentar en el amparo directo cuando se impugna la constitucionalidad de las leyes aplicadas en el acto que se señala como reclamado, es decir, identificar si la ley se aplica dentro de la misma secuela procesal o si la ley se aplica en actos que pertenecen a distintas secuelas procesales.

La Primera Sala consideró que procedía desechar el recurso de revisión respecto al tema de la inconstitucionalidad de los artículos 51 y 54 de la LGCFD en virtud de que la inconstitucionalidad de los referidos artículos pudo combatirse en el primer juicio de amparo pues se trataba de una misma secuela procesal. Concluyendo que:

“() en el presente caso no procede el estudio de la impugnación de los artículos 51 y 54 de la Ley General de Cultura Física y Deporte, pues, si bien es cierto que en el primer juicio de amparo (D.C. 130/2010-13) no existió un pronunciamiento del Tribunal Colegiado respecto al tema de constitucionalidad ahora esgrimido, también lo es que ello obedeció a que en dicho juicio de amparo, el señor Carmona Álvarez no impugnó la constitucionalidad de los artículos 51 y 54 de la Ley General de Cultura Física, sino que promovió el juicio de amparo directo únicamente por cuestiones de legalidad, de modo que su oportunidad para haber planteado el tema de constitucionalidad que ahora se somete al conocimiento de esta Suprema Corte lo era aquel primer juicio de amparo directo.”¹⁶

Para la Sala sostenerse en una postura contraria, debía permitir que en cada juicio de amparo intentado respecto de actos que tuvieron el mismo origen (en este caso un juicio ordinario civil) se incorporaran cuestiones novedosas que debieron ser planteadas desde el primer juicio de amparo, lo que a su vez generaría incertidumbre jurídica. Si bien es cierto ello, estos argumentos son válidos para que la Sala no se pronunciara respecto al tema de inconstitucionalidad de los artículos 51 y 54 de la LGCFD. Es lamentable, finalmente, que no haya subsistido el tema de la inconstitucionalidad, ya que para el gremio del deporte en nuestro país y, en especial, para los estudiosos del Derecho deportivo el fallo del máximo tribunal sería de gran trascendencia jurídica.

¹⁶ *Ibidem*, p. 5.

III. La obligatoriedad de las resoluciones del T.A.D. en México

¿Las resoluciones del T.A.D. son obligatorias en México? Para contestar esta pregunta necesariamente debe analizarse la naturaleza de este “tribunal” a fin de determinar si su actuación vulnera o no el principio de supremacía constitucional.

El T.A.D. tiene sus orígenes en la década de los ochenta en virtud de que las controversias jurídicas internacionales relacionadas con el deporte se incrementaron notablemente y no existía un organismo independiente especializado que dictara resoluciones vinculantes. Fue entonces que Juan Antonio SAMARANCH, entonces Presidente del Comité Olímpico Internacional (C.O.I.), manifestó la necesidad de que el “mundo” del deporte contara con su propia jurisdicción. En 1991 el T.A.D. publicó una guía de arbitraje con varios modelos de cláusulas arbitrales, uno de ellos dando la pauta para la existencia de un procedimiento de apelación, y en 1994 realizó una reforma relevante para independizarse del C.O.I., creando una nueva estructura,¹⁷ ya bajo la autoridad administrativa y financiera del *International Council of Arbitration for Sport* (ICAS). Este “tribunal internacional” cuenta actualmente con cerca de 300 árbitros provenientes de más de ochenta países elegidos por su conocimiento específico en el arbitraje y en el Derecho del deporte. Actualmente, el T.A.D. desahoga alrededor de 200 procedimientos cada año.

Ante este órgano pueden comparecer todas las personas físicas o morales con capacidad civil (por ejemplo: atletas, clubes, federaciones deportivas, organizadores de eventos deportivos, etc.). La sede del T.A.D. es Lausana, Suiza, y existen dos sedes descentralizadas, una en Sídney, Australia, y la otra en Nueva York, Estados Unidos.

Este llamado “tribunal” tiene por misión resolver o zanjar los litigios jurídicos que surgen en el ámbito del deporte, pues se auto-otorga una fuerza ejecutoria con la misma fuerza que los tribunales ordinarios. Sin embargo debe advertirse que es un tribunal arbitral suizo y, por lo tanto, está al margen de la normatividad mexicana, como veremos más adelante.

¹⁷ HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, David y MONTENEGRO GONZÁLEZ, Sandra, *Justicia Deportiva*, Ed. Miguel Ángel Porrúa, México, 2010, pp. 93-95.

Con relación a sus resoluciones (laudos arbitrales), el T.A.D. establece que son definitivas y obligatorias para las partes y pueden ser ejecutadas conforme a la Convención sobre reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras, firmado en Nueva York el 10 de junio de 1958 (en adelante Convención de Nueva York). La misma fue ratificada por México el 14 de abril de 1971 entrando en vigor en el país el 13 de julio del mismo año. Pero no debe perderse de vista que este instrumento es utilizado sólo por su adecuación a las características de los asuntos que conoce el T.A.D., pero debe entenderse que el T.A.D. no es un organismo que pertenezca a un Estado nacional específico con el cual México haya celebrado algún tratado para su reconocimiento y menos que, para los efectos de la Convención de Nueva York, las resoluciones del T.A.D. sean reconocidas como "sentencias arbitrales extranjeras".

Según se desprende de los dos primeros artículos de la Convención de Nueva York, se requiere un pacto previo entre Estados nacionales, lo cual no se da en el caso de las resoluciones del T.A.D.; así señala dicho instrumento que:

"Artículo 1.

1. La presente Convención se aplicará al reconocimiento y la ejecución de las sentencias arbitrales dictadas en el territorio de un Estado distinto de aquel en que se pide el reconocimiento y la ejecución de dichas sentencias, y que tengan su origen en diferencias entre personas naturales o jurídicas. Se aplicará también a las sentencias arbitrales que no sean consideradas como sentencias nacionales en el Estado en el que se pide su reconocimiento y ejecución.
2. La expresión "sentencia arbitral" no sólo comprenderá las sentencias dictadas por los árbitros nombrados para casos determinados, sino también las sentencias dictadas por los órganos arbitrales permanentes a los que las partes se hayan sometido.
3. En el momento de firmar o de ratificar la presente Convención, de adherirse a ella o de hacer la notificación de su extensión prevista en el artículo 10, todo Estado podrá, a base de reciprocidad, declarar que aplicará la presente Convención al reconocimiento y a la ejecución de las sentencias arbitrales dictadas en el territorio de otro Estado contratante únicamente. Podrá también declarar que sólo aplicará la Convención a los litigios surgidos de relaciones jurídicas, sean o no contractuales, consideradas comerciales por su derecho interno.

Artículo 2.

1. Cada uno de los Estados contratantes reconocerá el acuerdo por escrito conforme al cual las partes se obliguen a someter a arbitraje todas las diferencias o ciertas diferencias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto a una determinada relación jurídica, contractual o no contractual, concerniente a un asunto que pueda ser resuelto por arbitraje.

2. La expresión “acuerdo por escrito” denotará una cláusula compromisoria incluida en un contrato o un compromiso, firmados por las partes o contenidos en un canje de cartas o telegramas.

3. El Tribunal de uno de los Estados contratantes al que se someta un litigio respecto del cual las partes hayan concluido un acuerdo en el sentido del presente artículo, remitirá a las partes al arbitraje, a instancia de una de ellas, a menos que compruebe que dicho acuerdo es nulo, ineficaz o inaplicable.”

Siguiendo ello, hasta en tanto México celebre en el contexto internacional, y con base en el Derecho nacional, los tratados o convenciones correspondientes en los cuales reconozca la existencia de entes jurisdiccionales que, desde la estructura de las organizaciones internacionales se reconozcan como competentes para conocer los conflictos que se deriven, en este caso, de la práctica deportiva, podrán ser consideradas como sentencias arbitrales extranjeras.

En este mismo sentido Alberto SEGURA y Javier VÁZQUEZ señalan que la configuración jurídica del T.A.D. no recoge suficientemente los requisitos de la Convención de Nueva York y sostienen que vulnera las garantías de seguridad jurídica, en base a las siguientes consideraciones:

- la apelación al T.A.D. puede ser presentada por organismos que no han participado en el procedimiento en “primera instancia” (art. 330 de su Reglamento);
- el idioma del procedimiento ante el T.A.D. puede diferir de la lengua utilizada en el procedimiento “en primera instancia”, ya que exige a las partes que utilicen la lengua inglesa o francesa, aun cuando no conozcan dicho idioma (art. 29 de su Reglamento);
- la elección de los árbitros no es libre, ya que el Consejo Internacional del Deporte (organismo del propio T.A.D.) designa las personas elegibles por las partes (art. S13 de los Estatutos del T.A.D.); y
- los laudos arbitrales del T.A.D. tienen consecuencias disciplinarias en el seno de la federación deportiva nacional o internacional de la que forma parte el deportista adherente, sin que se requiera *exequatur*

alguno por parte de las instancias judiciales para revestirlas de capacidad ejecutoria o para su ejecución en otro Estado (art. 346 de su Reglamento).¹⁸

Resulta interesante hacer mención al caso “Wickmayer/ Malisse” del año 2009 en el que los tribunales belgas sostuvieron que:

“El procedimiento judicial de apelación contra las decisiones pronunciadas en relación a deportistas de élite belgas por un órgano que no es puramente disciplinario está confiado a una instancia puramente de derecho privado, donde los deportistas de élite no son juzgados en su propia lengua, donde partes terceras pueden intervenir con el fin de requerir al nivel de la apelación penas más graves, y cuyas decisiones no pueden estar sometidas a un control por parte del juez belga, lo que parece no satisfacer las garantías de procedimiento previstas por el artículo 6 del CEDH”.¹⁹

Retomando el caso de CARMONA ÁLVAREZ, la Sala resolvió que la FEMEXFUT actuó conforme a Derecho al acatar el fallo del T.A.D., sosteniendo que resultan obligatorias las resoluciones del T.A.D. para las personas afiliadas a la FEMEXFUT. Sin embargo a la luz del principio de supremacía constitucional no podríamos arribar a la misma conclusión ya que la supremacía de la Constitución en México estriba en estar, ésta, sobre cualquier ley federal o tratado internacional, o sobre cualquier ley local que esté en pugna con ella, sin que ninguno de los actos del poder público administrativo o del Poder Judicial, federal o local, que no tengan lugar en un juicio de amparo, queden fuera de esta supremacía constitucional, lo cual es significativo para el orden jerárquico constitucional mexicano, por encarecer que la Constitución está por encima de cualquier otra ley o tratado, o de cualquier otro acto del poder público que la contradiga o la viole, y lo que define, en su esencia más nítida, esta supremacía de la Constitución, es su expresión como un derecho individual público de la persona humana o de las personas morales, en punto a que cualquier desconocimiento de ella o infracción a sus normas es encomendado y es

¹⁸ SEGURA, Alberto y VÁZQUEZ, Javier, “El arbitraje en el deporte; el TAS y la seguridad jurídica”, *Diario Jurídico*, disponible en: www.diariojuridico.com/el-arbitraje-en-el-deporte-el-tas-y-la-seguridad-juridica/, (consultado el 31/03/2016, a las 8.30).

¹⁹ *Ibidem*.

reparado por medio del juicio de amparo. El texto del artículo 133 constitucional establece con claridad que:

“Artículo 133. Esta Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y todos los Tratados que estén de acuerdo con la misma, celebrados y que se celebren por el Presidente de la República, con aprobación del Senado, serán la Ley Suprema de toda la Unión. Los jueces de cada Estado se arreglarán a dicha Constitución, leyes y tratados, a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las Constituciones o leyes de los Estados.”

El artículo primero constitucional establece que en México todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en la Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado mexicano sea parte. Las reglas del Derecho internacional relativas a los tratados, llamadas “derecho de los tratados” se encuentran codificadas en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (1969) que en su artículo 2.1 menciona que: “se entiende por tratado a un acuerdo internacional celebrado por escrito entre Estados y regidos por el Derecho internacional, ya conste en un instrumento único o en dos o más instrumentos y cualquiera que sea su denominación particular”.²⁰

Entonces, si el Estado mexicano no ha celebrado tratados o convenciones internacionales en los que reconozca la jurisdicción del T.A.D., ¿cuál es entonces el argumento para sostener la obligatoriedad de sus resoluciones?

En efecto, no existe un fundamento dentro del Derecho internacional que reconozca o justifique, legalmente hablando, los alcances “jurisdiccionales” de ese tipo de “tribunales”. Dentro del Derecho internacional, la libre incorporación a los organismos internacionales (como sí lo son la ONU, la OEA, etc.) implica un procedimiento interno por el cual, tanto el Ejecutivo Federal (Presidente de la República) y el Poder Legislativo por conducto de la Cámara de Senadores, ratifican y dan fuerza constitucional a los tratados y convenciones internacionales y que, por tanto, se constituirían en norma suprema de toda la unión.

²⁰ COLOR VARGAS, Marycarmen, *Fuentes del Derecho Internacional de los derechos Humanos*, Ed. Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN), Oficina en México del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (OACNUDH), Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal (CDHDF), México, 2013, p. 32.

En este sentido la Ley Sobre la Celebración de Tratados, en principio define lo que debe entenderse por “tratado para efectos de la propia ley”, señalando en su artículo 2º, fracción I, que:

“Artículo 2o.- Para los efectos de la presente Ley se entenderá por:
I.- “Tratado”: el convenio regido por el derecho internacional público, celebrado por escrito entre el Gobierno de los Estados Unidos Mexicanos y uno o varios sujetos de Derecho Internacional Público, ya sea que para su aplicación requiera o no la celebración de acuerdos en materias específicas, cualquiera que sea su denominación, mediante el cual los Estados Unidos Mexicanos asumen compromisos. De conformidad con la fracción I del artículo 76 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, los tratados deberán ser aprobados por el Senado y serán Ley Suprema de toda la Unión cuando estén de acuerdo con la misma, en los términos del artículo 133 de la propia Constitución.”

En este sentido, se debe observar si el cuerpo legal en mención, establece la posibilidad de que México pueda someterse a la jurisdicción de tribunales internacionales, en los cuales sus connacionales (personas físicas o morales) puedan ser procesadas. Así la Ley, en el artículo 8º establece que:

“Artículo 8o.- Cualquier tratado o acuerdo interinstitucional que contenga mecanismos internacionales para la solución de controversias legales en que sean parte, por un lado la Federación, o personas físicas o morales mexicanas y, por el otro, gobiernos, personas físicas o morales extranjeras u organizaciones internacionales, deberá:

- I.- Otorgar a los mexicanos y extranjeros que sean parte en la controversia el mismo trato conforme al principio de reciprocidad internacional;
- II.- Asegurar a las partes la garantía de audiencia y el debido ejercicio de sus defensas; y
- III.- Garantizar que la composición de los órganos de decisión aseguren su imparcialidad.”

Como se aprecia, la esencia del principio de reciprocidad (el cual señala que ningún país está obligado con otro a hacer más concesiones que las que le son otorgadas por aquel) es un elemento que se deberá encontrar en la justificación o reconocimiento de la competencia legal de los “tribunales internacionales” del deporte. Y para ello se debe dilucidar cuál es el país sede o a qué país pertenece el T.A.D. (en ese caso Suiza), que es la autoridad internacional que se viene analizando, pues en todo caso

será con ese país con el que México celebre el tratado internacional que corresponda y que le dé fuerza legal a sus resoluciones.

Sólo así se podrá dar cumplimiento a lo que ordena la Ley en materia de tratados internacionales, la cual establece:

“Artículo 10o.- De conformidad con los tratados aplicables, el Presidente de la República nombrará, en los casos en que la Federación sea parte en los mecanismos internacionales para la solución de controversias legales a los que se refiere el artículo 8o. a quienes participen como árbitros, comisionados o expertos en los órganos de decisión de dichos mecanismos.

Artículo 11.- Las sentencias, laudos arbitrales y demás resoluciones jurisdiccionales derivados de la aplicación de los mecanismos internacionales para la solución de controversias legales a que se refiere el artículo 8o., tendrán eficacia y serán reconocidos en la República, y podrán utilizarse como prueba en los casos de nacionales que se encuentren en la misma situación jurídica, de conformidad con el Código Federal de Procedimientos Civiles y los tratados aplicables.”

En ese sentido tribunales internacionales, tales como la Corte Internacional de Justicia, con sede en La Haya, sí pueden llegar a ser obligatorias y vincular al Estado mexicano, justificándose su obligatoriedad al haber ratificado y firmado el tratado o convención correspondiente en los términos del Derecho nacional. Es decir, primero se observa el Derecho nacional y de ahí se proyecta al Derecho internacional.

Respecto a las “autoridades deportivas internacionales”, estas son creadas y sostenidas por los grandes organismos que monopolizan el deporte y que, a toda costa quieren tener el control internacional, aun pasando por encima del Derecho nacional.

Por más noble que sea el propósito que persigue el deporte, por más representativo que sea y se proyecte en beneficio de la paz mundial y la unión de los pueblos, no puede reconocerse la existencia de autoridades deportivas internacionales, hasta en tanto las autoridades nacionales no reconozcan, bajo los principios de la propia legislación, la existencia y jurisdicción de esos tribunales, y a partir de ese reconocimiento, que estará amparado en los principios del Derecho internacional. Sólo hasta ese momento se podrá reconocer la existencia jurídica de los “tribunales y autoridades internacionales” del deporte.

IV. La interpretación de los artículos 51 y 54 de la Ley General de Cultura Física y Deporte de 2003 (LGCFD). Algunas consideraciones sobre su inconstitucionalidad

El tema sobre la presunta inconstitucionalidad de los artículos 51 y 54 de la LGCFD llegó a la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación mediante el amparo directo en revisión 1675/2011 interpuesto por CARMONA ÁLVAREZ. A esta Sala le correspondía determinar si subsistía el tema de la presunta inconstitucionalidad de los referidos artículos. Como ya se mencionó en el apartado segundo de este trabajo la Sala resolvió que el recurrente no impugnó la constitucionalidad de estos artículos en el momento procesal oportuno y por lo tanto implicó un consentimiento de la norma impugnada.

La LGCFD fue una ley de orden público e interés social y de observancia general en toda la República Mexicana. Le correspondía su aplicación, en forma concurrente, al Ejecutivo Federal, por conducto de la CONADE, las autoridades estatales, del Distrito Federal y las municipales, así como los sectores social y privado, en los términos que se preveían.

Esta ley reconoció a las federaciones deportivas mexicanas, como el caso de la FEMEXFUT, el carácter de ADN, por lo que todo lo previsto en la Ley les era aplicable. En su artículo 50 estableció que las ADN regularían su estructura interna y funcionamiento, de conformidad con sus estatutos sociales, esta ley y su reglamento. Las ADN ejercen, por delegación, funciones públicas de carácter administrativo, actuando como agentes colaboradores del Gobierno Federal, por lo que dicha actuación se considerará de utilidad pública.

El artículo 51 y 54 de la LGCFD, sobre el cual se determinaría si la interpretación realizada por la autoridad que resolvió el litigio entre el futbolista y la FEMEXFUT era inconstitucional, establecían lo siguiente:

“Artículo 51. La presente Ley reconoce a las Federaciones Deportivas Mexicanas el carácter de Asociaciones Deportivas Nacionales, por lo que todo lo previsto en esta Ley para las Asociaciones Deportivas, les será aplicable.

Las Asociaciones Deportivas Nacionales regularán su estructura interna y funcionamiento a través de sus Estatutos Sociales, de acuerdo con los principios de democracia y representatividad.

(...)

Artículo 54. Las Asociaciones Deportivas Nacionales se rigen por lo dispuesto en la presente Ley, su Reglamento, las demás disposiciones jurídicas que les sean aplicables y por sus estatutos y reglamentos.”

Como se puede apreciar, en sí mismos los artículos no son contrarios a la Constitución. Más bien lo que está en discusión es la interpretación que hizo el juzgador que llevó a sostener que resultan obligatorias en México las resoluciones del T.A.D., al señalar que tanto la FEMEXFUT como el jugador afiliado estaban obligados a la resolución del T.A.D. en atención a lo dispuesto en la propia LGCFD, específicamente en sus artículos 51 y 54 (en virtud de que de ellos se desprende su obligación de acatar tanto la Ley citada como sus propios estatutos sociales, y que estos a su vez remiten a los estatutos de FIFA, mismos de los cuales se desprende la obligatoriedad de las resoluciones del T.A.D. para las personas afiliadas a la FEMEXFUT).

El hecho de que los estatutos de una ADN contemplen que los miembros se obligan a observar las resoluciones de un “tribunal”, como el caso de los Estatutos de FIFA que en su artículo 13 menciona que los miembros se obligaban a observar las decisiones del T.A.D., no puede ser razón suficiente para que el juzgador determine que por ese sólo hecho sean obligatorias esas resoluciones ya que como se comentó en el apartado anterior, no existe un fundamento que reconozca o justifique, legalmente hablando, los alcances “jurisdiccionales” de ese tipo de tribunales perteneciente a una instancia puramente de Derecho privado, en donde como lo expresó el tribunal belga los deportistas no son juzgados en su propia lengua, donde partes terceras pueden intervenir con el fin de requerir al nivel de la apelación penas más graves, y cuyas decisiones no pueden estar sometidas a un control por parte de un juez nacional y que evidentemente atenta contra el principio de seguridad jurídica.

SEGURA y VÁZQUEZ al referirse al Derecho europeo sostienen que:

“El TAS debería adaptarse para equipararse a un auténtico tribunal arbitral y, a la vez, que los mecanismos de las federaciones y organizaciones deportivas para enjuiciar los conflictos con sus deportistas deberían prever soluciones arbitrales que permitan la aplicación sin restricción alguna de los principios jurídicos europeos, de forma que los deportistas europeos que ejercen su profesión no tengan que seguir sufriendo las disfunciones de la teoría de “excepción deportiva” y puedan ser tratados como cualquier otro trabajador y ciudadano de la Unión, con derecho a solicitar la revisión jurisdiccional ante tribunales que apliquen el derecho europeo y que

garanticen la seguridad jurídica a que todo ciudadano europeo tiene derecho.”²¹

Una de las implicaciones en el caso de CARMONA ÁLVAREZ al acatarse el fallo del T.A.D. fue la vulneración al derecho al trabajo. El futbolista señaló como concepto de violación la conducta de la autoridad responsable al determinar que la FEMEXFUT obró lícitamente al acatar el fallo del T.A.D. y no el de la CAAD, lo cual habría violado su libertad de trabajo, pues fue sancionado por una autoridad que no es judicial ni gubernamental y con base en Derecho extranjero.

En efecto, el derecho al trabajo es un derecho de libertad y un derecho social consagrado en el artículo 5º constitucional que establece:

“A ninguna persona podrá impedirse que se dedique a la profesión, industria, comercio o trabajo que le acomode, siendo lícitos. El ejercicio de esta libertad solo podrá vedarse por determinación judicial, cuando se ataquen los derechos de tercero, o por resolución gubernativa, dictada en los términos que marque la ley, cuando se ofendan los derechos de la sociedad. Nadie puede ser privado del producto de su trabajo, sino por resolución judicial (.)”

Esta libertad de trabajo implica la posibilidad de desempeñar la actividad profesional que se quiera, siempre que sea lícita, incluyendo desde luego la actividad deportiva como profesión. “Una nota distintiva del deportista profesional la constituye por tanto su dependencia a una entidad o club, quien es quien explota y recoge los frutos producidos por el deportista; a cambio lógicamente de la remuneración”²²

De la interpretación realizada por el juzgador de los artículos 51 y 54 de la LGCFD el derecho al trabajo consagrado en el artículo 5º constitucional fue vulnerado, el jugador fue inhabilitado de por vida para dedicarse al fútbol profesional por una determinación de un tribunal que carece de jurisdicción en México y no por determinación judicial o por resolución gubernativa, como sí hubiera sido en caso de haber sido sancionado por la CONADE, quien puede conocer y sancionar casos de dopaje en México.

²¹ SEGURA y VÁZQUEZ, *op. cit.*

²² SILICIA CAMACHO, Álvaro, “El deportista profesional. Una relación laboral de carácter especial”, en *Revista Apuntes de Educación Física y Deporte*, No. 49, 1997, p. 96.

El caso de CARMONA ÁLVAREZ fue resuelto dejando de lado principios como el de supremacía constitucional y el de seguridad jurídica, y vulnerando derechos constitucionales que debían ser protegidos. Se coincide con PALOMAR OLMEDA cuando afirma que:

“un movimiento deportivo que continuamente lleva a los países a soluciones que no resultan constitucionales no se mantendrá en esa línea indefinidamente porque los tribunales y los mecanismos nacionales e internacionales de control acabarán restableciendo pautas de actuación y de garantía que no son disponibles ni siquiera por la participación voluntaria en la actividad deportiva”.²³

V. Referencias bibliográficas

Obras generales

- COLOR VARGAS, Marycarmen, *Fuentes del Derecho Internacional de los derechos humanos*, Ed. Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN), Oficina en México del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (OACNUDH), Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal (CDHDF), México 2011.
- GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco, “Procedimiento paralelo en arbitraje deportivo”. Disponible en: www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/jurid/cont/39/pr/pr20.pdf.
- HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, David y MONTENEGRO GONZÁLEZ, Sandra, *Justicia Deportiva*, Ed. Miguel Ángel Porrúa, México 2010.
- PALOMAR OLMEDA, Alberto, “Los retos actuales del Derecho deportivo”, en FLORES FERNÁNDEZ, Zitlally (Coordinadora), *El Derecho deportivo desde una perspectiva comparada*, Ed. Flores, México 2015.

²³ PALOMAR OLMEDA, Alberto, “Los retos actuales del Derecho deportivo”, en FLORES FERNÁNDEZ, Zitlally (Coordinadora), *El Derecho deportivo desde una perspectiva comparada*, Ed. Flores, México 2015, p. 30.

Publicaciones periódicas

SEGURA, Alberto y Javier VÁZQUEZ, "El arbitraje en el deporte, el TAS y la seguridad jurídica", en *Diario Jurídico*. Disponible en: www.dia-riojuridico.com/el-arbitraje-en-el-deporte-el-tas-y-la-seguridad-juridica/.

SILICIA CAMACHO, Álvaro, "El deportista profesional. Una relación laboral de carácter especial", en *Revista Apuntes de Educación Física y Deporte*, No. 49, 1997.

Documentos

Amparo directo en Revisión 1675/2011, promovido por el quejoso, José Salvador CARMONA ÁLVAREZ.

Los desafíos permanentes de la administración (la dirección o la gestión) en el Sistema Cubano de Cultura Física y Deportes

MSc. ADIS CAPOTE PÉREZ*

“En una época de cambios radicales los que continúan aprendiendo son los que heredarán el futuro. Los que ya saben todo se han preparado para un mundo que ya dejó de existir.”

Eric HOFFER

La actividad física, el deporte o la cultura física, como indistintamente suele llamársele, constituyen un producto de la actividad social de los hombres y como tal se encuentra condicionado por el desarrollo de la sociedad y el carácter de sus relaciones de producción. Los acelerados cambios que se formulan en este período contemporáneo del desarrollo y el continuado progreso científico-tecnológico acrecientan cada día el papel socioeconómico de estas manifestaciones.

Por otra parte, la satisfacción de necesidades individuales y sociales y con ello la creación de instituciones, organizaciones especializadas, el establecimiento de objetivos, programas, financiación, recursos materiales, recursos humanos especializados, etc., ha conducido a la estructuración de sistemas de dirección que se esfuerzan por alcanzar dichos objetivos.

* Profesora Auxiliar de Dirección de la cultura física y de Bases legales del deporte, Facultad de Cultura Física de la Universidad Central “Marta Abreu” de las Villas, Cuba. Miembro del Grupo de Investigación sobre Derecho del Deporte, Universidad de Oriente, Santiago de Cuba. Investigadora de la Red Iberoamericana de Investigadores en Derecho y Gestión del Deporte (reconocida y patrocinada por la Asociación Universitaria Iberoamericana de Posgrado, AUIP, Salamanca, España). adiscp64@inder.cu

Así, el Sistema Cubano de Cultura Física y Deportes (en adelante SCCFD) surge a partir de los resultados que en el deporte y la educación física exhibe Cuba en la actualidad lo que hace necesario lograr unidad de criterios y de concepciones sobre la actividad física. Por tal motivo, este SCCFD tiene el propósito de regir la actividad física y regular su funcionamiento.

El SCCFD, "es el conjunto de elementos de la cultura física y los deportes en Cuba que con su integridad y unidad, contribuye mediante sus relaciones, conexiones e interdependencia en forma organizada y debidamente estructurada, al bienestar físico y moral, la prevención y promoción de la salud, la elevación de la maestría deportiva, el aprovechamiento del tiempo libre, la formación de la personalidad comunista y en correspondencia con estos objetivos, elevar la calidad de vida de toda la población", según ha definido el propio Instituto Nacional de Deportes, Educación Física y Recreación (INDER).

Evidentemente este sistema no será inamovible, ni estático, sino que estará en constante transformación, adecuándose a los intereses de la sociedad, y como cuestión esencial pretenderá garantizar la interrelación entre las partes que lo integran, específicamente entre los subsistemas que lo componen. Consecuentemente, desempeñará un papel rector en las actividades físicas, garantizando así su misión de concretar el desarrollo de estas como prácticas, es decir, las formas en que se manifiestan las actividades físicas en la práctica social. Por su carácter, el SCCFD será abierto, complejo, autogobernado y sociotécnico, formando parte de un sistema mayor: el sistema social, de tal forma que recibe y ejerce influencias de otros subsistemas sociales.

El encargo social¹ del SCCFD a coincidirá con el de una organización deportiva básica: satisfacer las necesidades sociales e individuales de la población en la práctica de la actividad física y el deporte, contribuyendo a la formación integral de la misma, a la elevación de la calidad de vida y de sus niveles de salud y a la utilización sana y racional del tiempo libre. De hecho, la satisfacción de las necesidades individuales y sociales asociadas a la actividad física y el deporte, son traducidas en la organización deportiva básica en un sistema de objetivos, fines, propósitos, denominado

¹ El encargo social se traduce en objetivos para los diferentes niveles de sistematicidad del sistema y en especial para sus organizaciones básicas alcanzándose los mismos a través de los servicios de actividad física, deporte y recreación.

también encargo social o razón de ser. Estos expresan la dirección general y el sentido del desarrollo de las acciones del SCCFD.

Como puede apreciarse en lo anteriormente expuesto, los procesos que caracterizan el modo de acción de las organizaciones del SCCFD, en la consecución de encargo social, identifican el proceso de dirección en dos sentidos bien definidos:

- como fundamento teórico y metodológico, y
- como modo de acción en diferentes niveles de sistematicidad de los servicios y de la organización en su conjunto a partir de la integración de los grupos de servicios en la escuela y los combinados deportivos y de las salidas principales en los combinados deportivos.

La diferencia esencial entre estos dos grupos radica en que en el primero el proceso de dirección constituye un campo de acción que influye sobre el modo de actuación, es decir sobre los procesos, y sobre el objeto de trabajo, mientras que en el segundo grupo el proceso de dirección se constituye en un modo de actuación dentro de las organizaciones deportivas.

Esta característica le confiere al proceso de dirección una importancia particular dentro del SCCFD y esencialmente dentro de la organización deportiva como núcleo esencial del sistema y donde el directivo requiere de un conocimiento cabal de la ciencia de la administración pero desde las particularidades de la actividad física y el deporte.

En este contexto arribamos al siglo XXI y la preocupación de muchos estudiosos de la Ciencia de la Administración² será precisamente ¿qué debe caracterizar a un directivo de una organización deportiva, así como, qué cualidades y aptitudes deberá reunir el equipo directivo de dicha organización?

De lo que sí todos coinciden es precisamente que es la hora de retirada de la gerencia tradicional, pues la capacidad de persuasión ha vencido la partida al ordeno y mando. El directivo de estos tiempos no puede proyectar su trabajo pensando en el futuro inmediato, en el presente. Debe ser un gestor que anticipe el cambio y ser muy receptivo a la evolución

² Asumimos la administración (o dirección) como una técnica que busca obtener resultados de máxima eficiencia por medio de la coordinación de cosas y sistemas que forman una organización determinada.

de su entorno y además perfilarse como un hábil negociador, aprender a escuchar, estudiar cada idea, analizar alternativas y estar preparado para conciliar puntos de vistas diferentes.

Se requiere además de una cuota alta de sensibilidad para poder percibir con claridad y exactitud las preocupaciones, aptitudes, posibilidades y motivaciones de sus subordinados. Precisamente motivar y persuadir es una de sus mejores armas, además de su disposición de elevar su preparación académica con vistas a asimilar los nuevos conceptos e ideas que surjan y además estar preparado él y su equipo para enfrentar los problemas con una alta dosis de dedicación y optimismo.

Un aspecto muy importante y que no se debe descuidar es precisamente el conocimiento del área de Recursos Humanos, partiendo de que ésta es precisamente el motor impulsor de la organización y su única ventaja estable frente a los competidores, ya que son lo más valioso, lo cual demanda de un directivo altamente preparado para dirigir personas y conocer el clima organizacional donde se mueve para lograr que este sea favorable que es precisamente cuando los individuos están haciendo algo útil que le proporciona un sentido de valor personal, responsabilidad y la oportunidad de tener éxito. Una cualidad de los directivos es su sagacidad que le permita ver oportunidades que otros pasan por alto, pero esta sagacidad es ejercitable, se potencia con la experiencia y el aprendizaje.

A continuación abordaremos el Ciclo Administrativo apoyándonos en la teoría de URWICK que expresa dos etapas y seis funciones. Las primeras son las siguientes:

- Mecánica: se refiere a investigar, analizar y determinar cómo debe ser y cómo debe operar una organización, se refiere a la organización teórica de las relaciones que deben existir, a la formulación de planes y programas.
- Dinámica: se refiere al cómo se manejaran, o se manejan de hecho esas relaciones, en forma tal que produzcan y pongan en acción eficaz y eficientemente los planes, programas y estructuras estudiadas y previstas en la etapa anterior.

Existirá necesariamente una doble interacción: la de la teoría influyendo en la práctica y la de la práctica obligada a regresar a la teoría para modificarla, ajustarla y complementarla de acuerdo a los resultados obtenidos.

Sintetizando cada una de las funciones y precisando además que el proceso administrativo es prácticamente imposible de desarticular tenemos:

- a) Previsión: ¿qué es posible hacerse?
- b) Planeación: ¿qué vamos a hacer?
- c) Organización: ¿cómo vamos a hacerlo?
- d) Integración: ¿con qué lo vamos a hacer?
- e) Mando: Lograr que se haga.
- f) Control: ¿cómo se ha realizado?

Analicemos, a modo de ejemplo, cada una de estas funciones en lo que respecta a sus aspectos fundamentales:

a) Previsión: será la plataforma necesaria para la función siguiente y tomando lo planteado por Steward THOMPSON: “La previsión identifica una gama de posibilidades y nos prepara para ello”. Como aspectos principales del mismo destacamos los objetivos o metas organizacionales, debiendo orientarse a los mismos todo el resto de los elementos. Es importante precisar para ello, que toda organización debe poseer propósito (lo que la sociedad espera de una institución de acuerdo a lo que declara), misión (razón de ser, el por qué existe la organización, siendo lo que la particulariza), objetivos organizacionales (son permanentes en el tiempo, se subdividen de acuerdo a la misión y agrupados e integrados redundan a ella), las investigaciones (no hay organización moderna que no las realice para saber con qué elementos cuenta y cuáles les estorban para alcanzar la misión, es estudiar la organización por dentro y conocer el entorno que la rodea) y las alternativas (todo ejecutivo, en todos sus actos, está vinculado con la toma de decisiones y toda decisión implica necesariamente elegir entre dos o más alternativas. Lo cual quiere decir que de acuerdo a las investigaciones efectuadas se deben tener varias alternativas de acción de las cuales debo elegir aquella que permita de forma exitosa cumplir la misión).

b) Planeación: es la función administrativa básica. Hace posible que se produzcan hechos que de otra manera no se producirían. Es un proceso intelectualmente exigente, requiriendo que se determinen conscientemente los cursos de acción y que las decisiones se basen en propósitos, conocimientos y estimaciones racionalmente elaboradas. La planeación salva la diferencia entre el lugar donde estamos y en el que queremos estar en el futuro. Posibilitará además minimizar la incertidumbre y la

resistencia al cambio, concentrar la atención en los objetivos, posibilita las operaciones económicas y ayuda a controlar. Planear es elaborar un modelo anticipado de la realidad futura

La planeación es muy sencilla y podemos considerarla en cuatro pasos básicos:

- Establecer una meta o un conjunto de metas. Sin una definición clara de las metas las organizaciones distribuirán sus recursos en una forma demasiado amplia. Determinar las prioridades y ser específicos respecto a los objetivos les permitirá canalizar los recursos con eficacia.
- Definir la situación actual: ¿A qué distancia se encuentra de sus metas la organización? ¿De qué recursos se dispone para alcanzarlos? Sólo después de analizado el estado actual pueden trazarse los planes para describir el proceso ulterior.
- Identificar las ayudas y barreras de las metas. Es bastante fácil lo que está teniendo lugar en el momento presente, pero el futuro nunca es claro. Aunque difícil de hacer, el hecho de prever las situaciones, problemas y oportunidades futuras es parte esencial de la planeación.
- Desarrollar un plan o un conjunto de acciones para alcanzar la meta o las metas. Este es el paso en que se toman las decisiones referentes a acciones futuras. Puede no ser necesario este paso si el gerente, tras examinar la situación actual considera que el plan trazado llevará a la organización a la meta deseada.

Resaltemos, por otra parte, algunos aspectos de interés en el proceso de toma de decisiones, ya que es parte clave en la planeación. Algunos veces los administradores (directivos o gerentes) consideran que la toma de decisiones es su función principal debido a que deben seleccionar constantemente qué hacer, quién debe hacerlo, cuándo, dónde y en ocasiones cómo debe hacerse. Pero esto es sólo una etapa de la planeación y es parte de nuestra vida cotidiana.

Si analizamos las “decisiones” en el Proceso de la Dirección podemos precisar que:

- para que una decisión sea considerada como tal tienen que existir varias alternativas independientemente de la que ha sido elegida,
- decidir es actuar y necesita energía,
- una decisión adecuada no es sinónimo de buen resultado, y
- diferenciar la decisión de un problema.

Un administrador (directivo o gerente) para lograr un proceso de toma de decisiones adecuado, entonces, deberá, entre otros aspectos:

- conocer los valores personales y profesionales y cómo solucionar los conflictos que se presentan;
- identificar los caminos más rápidos para la toma de decisiones importantes y urgentes;
- aprender cuándo y qué medida deben participar los subordinados;
- mirar más allá de lo obvio, con el fin de hallar cursos de acción de alternativas innovadoras;
- no tomar decisiones innecesarias;
- ordenar los problemas y tomar decisiones de acuerdo a la prioridad y factibilidad del asunto en cuestión;
- romper esquemas (en cuanto a, por ejemplo: una persona inteligente y experimentada que ha estudiado debe sin dudas saber decidir acertadamente; disponer de una buena información garantiza una toma de decisión adecuada; sólo sabe decidir aquella persona que se nos presenta como decidida; o la sensibilidad es incompatible con el proceso de toma de decisiones).

Es muy frecuente en el lenguaje de la administración o dirección escuchar el término de objetivo. No se necesitaría una explicación tan detallada y minuciosa para comprender la importancia para la administración o dirección que tienen los objetivos y muy especialmente para esta técnica. Entonces podemos definir los objetivos como declaraciones cualitativas o cuantitativas de las aspiraciones de un individuo o un grupo de individuos dentro de una organización, siendo un estado deseado de una organización o de uno de sus elementos. A pesar de que un objetivo debe lograrse en el futuro, se determina un lapso específico para su realización. Podemos también entenderlo como las metas que se persiguen, que prescriben un ámbito definido y sugieren la dirección a los esfuerzos de planeación de una organización.

Los objetivos deben ser, recomendablemente, convenientes (deben apoyar la misión), medibles (deben cuantificarse); factibles (posibles de lograr), aceptables (deben adoptar el sistema de valores de los directivos), flexibles (pueden ser modificados), motivadores (deben estar al alcance de todas las personas), comprensibles (sencillos y claros) y comprometedores (deben concebirse como obligatorios).

El objetivo, en fin, será la categoría básica del contenido de la dirección y condicionan al resto del contenido y del proceso por lo que constituyen

la esencia del SCCFD. Pueden clasificarse de diferentes formas, entre otras: por su contenido, nivel, tiempo y precisión.

Con respecto a la precisión, los objetivos se clasifican a su vez en:

- objetivos trayectorias, que expresan un carácter continuo del objetivo en el tiempo y que es una trayectoria que debemos seguir, pueden convertirse en funciones de personas o departamentos (son de carácter programático);
- objetivos normativos, que expresan cuál es el estado deseado del objetivo, lo cual garantiza lo que quiere obtenerse, el grado cuantitativo o cualitativo que debe satisfacer un objetivo trayectoria o cualquier objetivo que deseamos alcanzar; y
- objetivos tareas, que expresan en tiempo, cantidad y/o calidad lo que se quiere alcanzar. Hay objetivos tareas que pueden ser expresados con precisión cuantitativamente, otros se hacen más difíciles y se requiere precisión cualitativa de forma adicional o solamente de forma cualitativa se pueden expresar.

Los objetivos trayectorias y normativos son importantes para fijar políticas, orientarnos hacia donde nos dirigimos y para plantear estrategias globales. De hecho, los procesos de dirección pueden utilizar objetivos trayectorias y normativos para su análisis y definición de proyecciones y estrategias a largo plazo, pero para dirigir los procesos son imprescindibles los objetivos tareas, sin estos no es posible planear, organizar y controlar un proceso, la dirección no es precisa y es confusa.

Por otra parte, para conducir el proceso de dirección no es suficiente que los objetivos estén definidos por su contenido y nivel, se hace imprescindible que esté claro el tiempo y su precisión. Así, podremos traducir el objetivo en qué quiero, cuándo y dónde; la estrategia en cómo obtengo el objetivo; las funciones en a quienes corresponde lograr el objetivo; y las tareas en las actividades concretas a ejecutar para lograr el objetivo. Finalmente, al pasar de un nivel de dirección a otro las estrategias y tareas pasan a ser objetivos de otros niveles.

Es bueno destacar que todo este procedimiento deberá ser de elaboración conjunta dirigente-subordinado a todos los niveles, con el propósito de que cada trabajador esté bien claro de los objetivos individuales que debe alcanzar y cómo estos repercuten en los objetivos de la organización. Con esto se busca implicación de cada trabajador de forma tal que aumente su motivación y sus niveles de eficiencia porque "la gente hace las cosas bien cuando están claro de lo que tienen que hacer y además se sienten motivados".

c) Organización: las personas capaces y quiénes desean cooperar trabajarán en una forma más efectiva si conocen los papeles que han de jugar en cualquier operación de equipo y las formas en que sus papeles se relacionan unos con otros. Esto es válido tanto para una empresa como para un equipo deportivo. Diseñar y mantener estos sistemas de papeles es, básicamente la función de organizar.

Entre los campos que abarca la organización podemos identificar:

- concepción y diseño de estructuras organizativas;
- determinación de las funciones, actividades, tareas, poderes y responsabilidades de los órganos de dirección;
- determinación de la cantidad y calificación necesaria del personal de dirección del sistema organizativo;
- análisis de los flujos de trabajo, interrelaciones, comunicación, informaciones y niveles de dirección;
- elaboración de métodos, procedimientos y el orden de cumplimiento de las funciones;
- elección de los medios técnicos de dirección para asegurar el proceso de las informaciones y comunicaciones; y
- confección de guías y contenidos de trabajo, manuales de organización y de procedimientos, plantillas de cargos, etc.

Se hace necesario en esta función definir algunos elementos, como son:

- el poder (capacidad de los individuos o de los grupos para influir o inducir en las creencias o acciones de otras personas o grupos),
- la autoridad (es el derecho de un puesto, y a través de éste el derecho de la persona que ocupa el puesto, de disponer de los recursos a él asignados, a decidir. Es por supuesto un tipo de poder, pero el poder en una situación organizacional. Existen dos tipos de autoridad: la formal, que la otorga la organización en función del cargo o puesto que desempeña, y la real, que la otorga el colectivo en función de determinadas características),
- la responsabilidad (obligación de rendir cuentas por el uso de la autoridad otorgada. Es básicamente la exigencia con respecto a los resultados alcanzados).
- La obligación (se adquiere cuando se asumen las tareas. Es el deber de mantener informado al jefe del cumplimiento de la tarea).

e) Mando: es el proceso de influir sobre las personas para que intenten con disposición y entusiasmo el logro de las metas de su organización.

Este es el elemento funcional que identifica al que dirige. Mediante el mando la acción se inicia, se modifica o se detiene. Es además una manifestación de la autoridad para mandar y hacerse obedecer. Los directivos tienen que tener claridad en que su papel no es manipular a las personas, sino reconocer sus intereses, motivaciones que contribuyan a una alta productividad.

Es muy importante que las personas vinculadas a la esfera deportiva, se sensibilicen con el concepto de que el recurso más importante de que disponen (en el caso del equipo deportivo) son sus deportistas o atletas y tienen que percibirlos como personas en el amplio sentido de la palabra, cuya naturaleza se sustenta en cuatro supuestos básicos:

- las diferencias individuales (todos los individuos son distintos, es un hecho probado científicamente. Si las personas que dirigen no comprenden la complejidad y la individualidad de las personas pueden aplicar en forma equivocada las generalizaciones acerca de la comunicación liderazgo y comunicación),
- las personas como un todo (es importante entender que empleamos al ser humano por completo y no sólo ciertas características por separado. La capacidad no existe por separada de los antecedentes y el conocimiento. La vida del hogar, del centro de entrenamiento, etc. no se pueden separar por completo de la vida del atleta así como las condiciones emocionales no se desligan de las condiciones físicas. Los atletas actúan como seres humanos totales),
- la conducta motivada (la psicología ha demostrado que la conducta motivada obedece a ciertas causas que se relacionan con las necesidades de las personas y/o las consecuencias que resultan de sus actos. Un observador externo puede percibir que las necesidades de un deportista pueden ser ilusorias o poco realistas, a pesar de lo cual ejercen un control decisivo. Esto deja a la gerencia dos vías para motivar a las personas, les puede demostrar como ciertas acciones aumentarán la satisfacción de sus necesidades o les puede amenazar con una satisfacción reducida a menos, que siga un curso de acción requerido. Obviamente, el camino hacia una mayor satisfacción de las necesidades es según nuestro criterio la mejor opción. Un buen director debe aceptar que la mejor motivación es esencial para el funcionamiento del colectivo que dirige), y
- el valor de la persona, básicamente la dignidad humana (este concepto es diferente a los tres anteriores porque es más una filosofía ética que una conclusión científica. Reconoce que las personas son un orden

superior, quieren y deben ser tratadas con respecto. Esto es importante para cualquier persona que dirige, pero en especial para directivos que trabajan con niños, adolescentes o jóvenes porque además de respetarlos, los enseña a hacerlo).

El comportamiento humano dentro de la organización es imprescindible a que se origina en necesidades y sistemas de valores muy arraigados en las personas. No existen fórmulas simples y prácticas para trabajar con las personas, ni existe una solución ideal para los problemas de la organización. Todo lo que se puede hacer es incrementar la comprensión y las capacidades existentes para elevar el nivel de calidad de las relaciones humanas en el trabajo. Si se está dispuesto a pensar en las personas como seres humanos se puede trabajar eficazmente con ellos.

Por tanto para mandar eficazmente es necesario conocer y aplicar algunos aspectos tales como:

- la motivación humana. Llevado esto al plano del deporte, ubiquémonos en el director de un equipo deportivo (al igual que cualquier directivo) debe conocer la motivación, en qué medida un individuo desea alcanzar un objetivo, necesitamos conocer cuáles son los objetivos que tiene cada atleta, es necesario que se comprenda bien que cada persona tiene motivaciones diferentes, pero además cuáles son los objetivos del equipo bien establecidos y comprendidos por todos y cuál es el aporte de cada quién y por último crear una atmósfera agradable en el colectivo.
- la delegación de autoridad. Harold TAYLOR en su libro *Cómo delegar con eficacia* la define como: "Es el proceso que seguimos para encomendar a un subalterno una tarea cuya realización nos incumbe a nosotros". Es importante destacar que la delegación no es un proceso difícil, ponerlo en práctica si lo es, pues requiere una alta cuota de motivación, de esfuerzo y tiempo, además de aplicarse a todos los niveles de la organización. La delegación tiene como ventajas: que permite disponer de más tiempo para las tareas imprescindible de un directivo; ayuda a aliviar la tensión; nos proporciona tener una percepción adecuada de la capacidad de los subordinados y además le proporciona a este personal el perfeccionamiento de sus conocimientos; se mejoran las relaciones interpersonales entre el jefe y el subordinado, además de crearse un clima favorable a la motivación; los resultados de la organización mejoran, y la organización de la entidad se perfecciona.

Es importante que un directivo se asegure que la tarea delegada queda en manos de la persona en quién se delega, pues es la parte más

difícil de este proceso, además hay tareas que no pueden delegarse y no nos queda otra alternativa que ejecutarla. Existe un fenómeno o vicio en este proceso conocido con el nombre de delegación inversa y esta se produce cuando: el subordinado desea evitar el riesgo, el subordinado teme a la crítica, el subordinado carece de confianza, el jefe desea que se le necesite, el subordinado carece de la información y los recursos para realizar la tarea y el jefe es incapaz de decir no cuando se le pide ayuda.

- la comunicación. En el campo del deporte, hemos observado como el director o entrenador suele ser muy eficaz en el envío de mensajes, pero muchas veces no prestan atención al recibirlo. La comunicación no consiste, sencillamente en hablar y escuchar, también incluye formas de comunicación no verbales como: la forma de vestir, la postura corporal, etc. No olvidemos nunca que el contenido se puede mandar de forma verbal y los sentimientos de forma no verbal. Lograr una buena comunicación es algo que debe distinguir a los directivos, pues en primer lugar, la comunicación es el proceso mediante el cual se cumplen las funciones administrativas y además es una actividad a la que dedican gran parte de su tiempo.
- el liderazgo. El papel del líder es, efectivamente, el más importante. Es el proceso de influencia sobre las demás personas. Actúa sobre el comportamiento de las personas con el objetivo de alcanzar metas. Es vital para la supervivencia y el éxito de una organización. Anteriormente se creía que las cualidades personales eran la mayor fuente de liderazgo exitoso, mientras que en la actualidad se da mayor importancia a la identificación de los comportamientos del liderazgo, las habilidades y la actuación. Según el criterio de K. DAVIS, los dirigentes ponen de manifiesto tres tipos de habilidades: las técnicas (son los conocimientos y aptitudes de la persona sobre cualquier tipo de procedimiento o técnica), las humanas (son la capacidad de trabajar eficientemente con la gente y formar un equipo de trabajo), y las conceptuales (es la capacidad de pensar en términos de modelos, marcos de referencias y relaciones, como los planes a largo plazo. Esta habilidad tiene que ver con las ideas, la anterior con la gente y la técnica con las cosas).

Las funciones del liderazgo parten de que para operar con efectividad un grupo necesita a alguien para desempeñar dos funciones principales: relaciones de actividad o funciones de resolución de problemas y apoyo de grupo o funciones sociales, o sea, ser un mediador en los conflictos y asegurarse de la aceptación por el grupo de cada uno de los miembros. Si existe una persona que desempeñe ambas funciones, estaremos en presencia de un líder eficaz. Esto no es siempre posible

ya que algunas organizaciones tienen algo que se ha considerado en llamar liderazgo compartido, el administrador o líder formal ejecuta la función laboral y otro desempeña la social.

Las funciones anteriores nos llevan a encontrarnos con dos estilos de liderazgos diferentes: liderazgo centrado en las tareas (orientado a lo laboral. Jerarquizan ante todo el cumplimiento de las tareas. Lograr que se realice el trabajo, es más importante para ellos que el desarrollo de los subordinados o la satisfacción personal) y el liderazgo centrado en las relaciones (orientado al empleado. Tratan de motivar más que a controlar a los subordinados, o sea, se caracterizan por la atención primaria al

f) Control: presupone la existencia de diversos dispositivos que sirvan para medir logros y desviaciones ocurridos en la ejecución, de acuerdo con la planificación realizada. Su esencia son la medición y corrección de las actividades planeadas, se trata de asegurar el progreso hacia los objetivos fijados, según el plan e incluye:

- medir resultados (teniendo en cuenta, fijar el grado desviación de las metas y de las normas apuntadas);
- desarrollar estándares de actuación (el conjunto de políticas, reglas, instrucciones y procedimientos establecidos por la administración, para todas las operaciones principales, lo que sirven como guía que capacita a todos los empleados para desempeñar sus trabajos con éxito. De esta forma se pueden fijar las situaciones que existirán, una vez cumplidas las obligaciones);
- fijar sistemas de información (precisar qué datos críticos se requieren, cuándo, cómo, donde, por qué y lo más importante, quién los necesita);
- promover la retroalimentación del cumplimiento de las decisiones;
- tomar medidas correctivas, cuando la situación así lo requiera; y
- premiar (felicitar, remunerar, disciplinar).

Este último aspecto pocas veces se asocia con el control, sin embargo es uno de los aspectos fundamentales que promueven los sistemas modernos de administración, dirección o gestión y que refleja el tránsito de personal controlado a involucrado que se observa en las organizaciones de éxito.

En definitiva, las funciones no pueden observarse de manera aisladas dentro del proceso, ellas interactúan formando un ciclo dentro del cual unas a otras se afectan y modifican los modos de acción en correspondencia

con las situaciones concretas. Por otro lado dentro de cada una de estas funciones es posible observar la existencia de ellas cuatro, conformando ciclos dentro de la planeación, la organización, el mando o liderazgo y el control.

Y finalmente, como aspecto determinante del análisis del ciclo administrativo debemos destacar al entorno, que de forma resumida podemos definirlo como todo lo que esta fuera de la organización dentro del marco en el cual se desarrolla un proceso dado de dirección, y que constituye una clave fundamental para el desarrollo y consecución de una "buena y deseable administración, dirección o gestión".

CAPABLANCA en Santiago de Cuba: su primera visita a la tierra indómita

DR. LÉSTER AMAURYS MARTÍNEZ QUINTANA*

Sumario

- I. Antecedentes del Capablanca que llega a Santiago de Cuba
- II. Capablanca en Santiago de Cuba

I. Antecedentes del Capablanca que llega a Santiago de Cuba

El 19 de noviembre de 1888 nació en La Habana un hombre dotado de cualidades innatas para el juego de ajedrez: José Raúl CAPABLANCA y GRAUPERA, hijo de la matancera María GRAUPERA MARÍN y del bayamés José María CAPABLANCA GRAUPERA, éste último un oficial del ejército español de quien CAPABLANCA aprendió a jugar ajedrez a la edad de 4 años con tan solo observar su desempeño en el tablero. Tan rápidamente captó su progenitor las dotes geniales de su hijo para la lucha en los trebejos, que no demoró en llevarlo al famoso Club de Ajedrez de la Habana para que los allí presentes vieran con sus propios ojos el nacimiento de un futuro campeón.

* Profesor Titular de Historia General del Estado y del Derecho y Derecho Romano, Facultad de Derecho de la Universidad de Oriente, Santiago de Cuba. Director del Departamento de Fundamentos Básicos y Derecho Civil y de Familia del propio centro. Investigador de la Red Iberoamericana de Investigadores en Derecho y Gestión del Deporte (reconocida y patrocinada por la Asociación Universitaria Iberoamericana de Posgrado, AUIP, Salamanca, España). lester@uo.edu.cu

Efectivamente, su vocación de campeón no se hizo esperar y entre noviembre y diciembre de 1901 disputó y ganó siete puntos a cinco (+4-2=6)¹ el Campeonato de Cuba al reputado ajedrecista Juan CORZO Y PRÍNCIPE (1837-1941),² campeón nacional de entonces. Con tan sólo 13 años recién cumplidos comenzaba la consagración de CAPABLANCA en el mundo del ajedrez.

Posteriormente, en 1904, CAPABLANCA llega a Estados Unidos con el propósito de mejorar su inglés, terminar sus estudios preuniversitarios y luego estudiar ingeniería química en la Universidad de Columbia, todo ello financiado por el hacendado Ramón SAN PELAYO, dueño del central azucarero "Rosario", quien aspiraba a recuperar su "inversión", una vez que CAPABLANCA obtuviera el título universitario y con los conocimientos allí adquiridos le diera mayor prosperidad a su negocio.

Sin embargo, la inclinación natural del joven por el ajedrez pudo más que su interés por estudiar una carrera universitaria y abandonó ésta en los primeros años. En 1905, comenzó a frecuentar el *Manhattan Chess Club*, donde muy pronto sería reconocido como un jugador de un extraordinario futuro, especialmente se destacó en su habilidad en partidas rápidas. Precisamente allí derrotó al campeón mundial vigente entonces, el alemán Emanuel LASKER, de quien recibió merecidos elogios.

A finales de 1908 y principio de 1909, despojado ya de la subvención de Ramón SAN PELAYO, CAPABLANCA es seleccionado por la Revista *American Chess Bulletin* para participar en una gira nacional por Estados Unidos como jugador. El resultado fue impresionante: de 734 partidas jugadas, ganó 703, entabló 19 y sólo declinó el rey 12 veces. Este acontecimiento reafirmó en el cubano su convicción de dedicarse por entero al juego ciencia.

¹ En realidad se efectuaron 13 partidas, de las cuales CAPABLANCA ganó 4 y perdió 3 con 6 tablas. La última se realizó el día 18 de diciembre y fue perdida por el retador. Sin embargo, nos dice DAUBAR que años después CAPABLANCA insistiría en la invalidez de esta última partida, ya que las reglas del match determinaban que sería declarado ganador aquel que alcanzara las primeras 4 victorias. Vid. DAUBAR, Jorge, *Así jugaba Capablanca*, Editorial Científico Técnica, La Habana, 1988, p. 12.

² CORZO nació en Madrid pero emigró a Cuba en 1887, donde se le conoció como un estudioso y hábil jugador de ajedrez. Fue fundador de la Federación Nacional de Ajedrez de Cuba y durante muchos años editor de la revista de ajedrez *Capablanca*.

En 1909, Capablanca derrotó en un match al campeón de Estados Unidos Frank J. MARSHALL (+8-1=14). Este resultado haría que el propio jugador norteamericano, al reconocer en Capablanca las cualidades de jugador excepcional, hiciera todo lo posible para que el cubano fuera aceptado en la nómina de los prestigiosos maestros que participarían en 1911 en el famoso Torneo de San Sebastián, España. Es conocida la férrea oposición de los maestros BERNSTEIN y NIMZOWITSCH a la participación del isleño, por considerar que aún no había acumulado méritos suficientes para participar en un torneo de ese nivel que, con excepción de Emanuel LASKER, reunía a los jugadores más fuertes del mundo.

Pero la vida deparó muchas sorpresas para los participantes en ese torneo: la partida contra BERNSTEIN le agenció a Capablanca el premio a la brillantez y a NIMZOWITSCH lo derrotó de manera convincente en un match paralelo de partidas rápidas y luego en la última partida del torneo. Las dudas se despejaron, CAPABLANCA terminó primero en el torneo con balance de 6 partidas ganadas, 1 perdida y 7 tablas. Fue el primer gran triunfo de su carrera de muchos que le depararía su genio.

Este triunfo le permitió a Capablanca retar a Emanuel LASKER por el campeonato del mundo, lo que no pudo materializarse debido a las exageradas condiciones puestas por el campeón mundial que el cubano no aceptó.

II. Capablanca en Santiago de Cuba

La estancia de CAPABLANCA en Santiago de Cuba en 1912 fue parte de la gira que éste realizara por el país luego de sus exitosos resultados ajedrecísticos en Estados Unidos y especialmente del reconocimiento mundial que le había granjeado el Torneo de San Sebastián.

Salvador Capablanca, su hermano, hizo llegar personalmente a la prensa en los últimos días del mes de enero de 1912, algunos detalles de la visita. El viernes 26 de enero, el diario "El Cubano Libre"³, el de mayor circulación en Santiago, en su primera página daba cuenta de la noticia. Su llegada estaba prevista que ocurriera entre los días 30 de enero al 1ro. de febrero,

³ Las crónicas y reportajes que aparecieron en los meses de enero y de febrero de 1912 en este periódico constituyeron una valiosa fuente de información para la realización de este trabajo.

procedente de Gibara, poblado también perteneciente a la jurisdicción oriental. El escrito recordaba las innumerables muestras de cariño y júbilo que encontró el joven ajedrecista en todos los lugares donde se ha presentado en esta gira por la República y cita el caso específico de la ciudad de Santa Clara, donde fue recibido por las autoridades, los estudiantes, la banda municipal y el pueblo en masa. Concluye la nota afirmando que es de creer que en esta ciudad se le tribute igual recepción entusiástica y lucida.

Esa noche en la Sociedad Club de San Carlos, se celebró una reunión para organizar un homenaje al ilustre visitante. Allí se decidió conformar una Comisión presidida por el Lic. Eduardo GONZÁLEZ MANET, en la que figuraban también como vocales el Dr. Francisco de P. PORTUONDO y José María VALIENTE Y LESMES RUIZ, cuya misión era organizar un conjunto de actos en honor del distinguido huésped.

En horas de la noche del 27 de enero, el Ayuntamiento de la ciudad celebró una sesión extraordinaria para tomar acuerdos sobre el recibimiento que se le haría al joven ajedrecista cubano.

El domingo 28 de enero se da a conocer en *El Cubano Libre*, el programa de los agasajos que por acuerdo de las Sociedades santiagueras Club San Carlos, Unión Club y Colonia Española se le tributaría al visitante.

Finalmente, en la noche del jueves 1.º de febrero de 1912, por el Ferrocarril Central, llegó a Santiago de Cuba CAPABLANCA. Fueron a recibirle a la estación, según reseña la noticia *El Cubano Libre* en su edición del día siguiente, comisiones del ayuntamiento de las Sociedades Club San Carlos, y Unión Club y Valentín VALLS y José MARTÍNEZ BADELL, por la Colonia Española.

El ilustre abogado santiaguero, Lic. Eduardo GONZÁLEZ MANET, presidente de la Comisión de Festejos en honor de CAPABLANCA, tenía el encargo de trasladarlo en automóvil, junto a otros compañeros, al poblado de El Cristo, donde se le tenía preparada la bienvenida. Ya en marcha, una goma del automóvil se pinchó y no pudieron llegar a su destino. Afortunadamente ninguna de las personas que iban a bordo del mismo sufrió daño alguno. Al llegar al céntrico Hotel Venus (pocos años después el Hotel se incendió y desapareció para siempre) sitio de hospedaje del campeón cubano, éste departió largo rato con los que fueron a recibirle.

Durante la mañana del día siguiente, CAPABLANCA recibió numerosas visitas de las sociedades locales y de muchos admiradores, muchos de los

cuales desde horas tempranas del día se encontraban en las afueras del Hotel para verle.

A las doce del mediodía las Sociedades Club San Carlos, Unión Club y Colonia Española le ofrecieron un almuerzo íntimo, en el que tuvieron la oportunidad de demostrarle el afecto que se le profesaba al joven campeón en Santiago de Cuba. Sobre las dos de la tarde, varios automóviles salieron del Hotel Venus para realizar una excursión al elevado y pintoresco Puerto de Boniato, lugar desde donde el joven CAPABLANCA pudo admirar con detenimiento la geografía santiaguera.

Para la noche estaba prevista una función de gala en homenaje a CAPABLANCA en el Teatro Oriente, con la particularidad de que lo recaudado sería entregado al visitante y al día siguiente tendría lugar una simultánea de ajedrez también por la noche en el Club San Carlos, para la que se había inscripto más de veinte aficionados a este juego. Antes, en el propio Hotel, se le ofrecería por el Ayuntamiento una comida a la que fueron invitados distinguidas personalidades de la sociedad santiaguera.

La función teatral a beneficio de CAPABLANCA fue un éxito. Ante una nutrida concurrencia, el alcalde de la ciudad, Ambrosio GRILLO, en breve discurso hizo la presentación del joven maestro al público. A continuación, las bandas musicales del Municipio y la Guardia Rural interpretaron selectas piezas.

Un espectáculo admirablemente pintoresco se produjo cuando, a la par de una partida desarrollada sobre un tablero entre CAPABLANCA y el aficionado Antonio REYES, sobre otro tablero gigante encima del escenario del teatro, varios niños ataviados con los trajes y adornos correspondientes, reproducían la "partida viviente".

La partida fue ganada por CAPABLANCA y la reproducimos a continuación:

CAPABLANCA (Blancas)

REYES (Negras)

1 P4R, P3R 2.P4D, P4D 3.C3AD, C3AR 4.A5CR, A5CD 5.PxP, DxP 6. AxC, AxC... 7. PxA, PxA 8. C3AR, A2D 9.D2D, A3A 10.P4AD, D5R... 11.A2R, T1CR 12.0-0-0TxP 13.P5D, A2D 14.TR1C, TxT 15 TxT, R1A 16. D4C..., P4AD 17 DxP 1-0

El sábado 3 en la noche se ofreció por el Ayuntamiento, en el Hotel Venus, una cena en honor al distinguido huésped. Los comensales fueron trein-

ta.⁴ Después de saborear un exquisito menú, a la hora del Champagne, el concejal Juan B. CARCASSÉS, en nombre de la corporación municipal pronunció un bonito brindis en honor del campeón cubano. El Lic. GONZÁLEZ MANET, como presidente de la Comisión de festejos en honor de CAPABLANCA y del Unión Club, contestó en nombre del campeón. El alcalde municipal, Dr. GRILLO, en nombre de la ciudad, saludó a CAPABLANCA y brindó por la prosperidad del ilustre ajedrecista cubano, huésped distinguido de la capital de Oriente.

Al terminar la comida todos los comensales se trasladaron al Club San Carlos para presenciar la simultánea que ofrecería CAPABLANCA. Los salones del Club, llenos de luces y animación lucían un hermoso aspecto. En el salón principal se habían colocado en dos filas treinta y dos tableros de ajedrez, y frente a ellos otros tantos aficionados al noble juego, entre los que sobresalían los mejores de la ciudad.⁵

Luego de la presentación del visitante a las damas presentes, éste comenzó a moverse por todas y cada una de las posiciones que ocupaban los jugadores, dando muestras de seguridad y sapiencia en cada movida ante la resistencia tenaz de sus contrincantes. Después de dos horas de juego, en todos los tableros el campeón había dado mate al rey, excepto en el que defendía Román MARTÍNEZ, quien dirigido y ayudado por varios amigos logró vencer a CAPABLANCA, tal vez por exquisita cortesía de éste, ya que, según confesó el propio MARTÍNEZ, no podría explicar cómo obtuvo la victoria.

Fatigado por la enorme labor consumada, CAPABLANCA, creyendo que no quedaba ya ningún tablero, se retiró a un gabinete donde se le comunicó que aún estaba por resolver la partida con el Tirso INFANTE, pero

⁴ Entre ellos: los concejales Carcassés, Maciá Tamarelle, Arroyo, Estevanell; el alcalde municipal Ambrosio Grillo; presidentes del Club San Carlos y Unión Club, Tomás Padró y Eduardo González Manet respectivamente; coronel Juan Vaillant; José Romaguera, en representación del Gobernador Provincial, Francisco de P. Portuondo; Ángel Garrich, José Ma. Valiente, Salvador Capablanca, Porfirio Carcassés, Juan Ma. Ravelo, en representación del diario *La Independencia*; Miguel J. Rodríguez, de *El Partido Liberal*, y Mariano Blasco, de *El Cubano Libre*.

⁵ Entre los jugadores se pueden citar: Federico Rey, Juan M. Agüero, Antonio Reyes Zamora y Ambrosio Grillo, Julio Delatte, Román Martínez, Gustavo Ros, José Hill, Enrique Capaz, Alberto y Emilio Santa Cruz Pacheco, José Carbonell, Manuel García Vidal, Tirso Infante, Dioclesio Buch y el niño Santiago Falls de sólo 10 años de edad.

CAPABLANCA declaró tabla la partida sin volver a ella. Al mismo tiempo que se jugaba la simultánea, desde el patio del Club la banda de la Guardia Rural ejecutaba varias piezas musicales.

Una vez terminado el espectáculo deportivo se bailaron algunas danzas en el radiante salón, encantado por bellísimas y elegantes damas.

En la mañana del domingo 4 de febrero, en los salones del Centro de la Colonia Española se efectuó una conferencia sobre el juego de ajedrez impartida por CAPABLANCA con gran afluencia de público y luego jugó una partida.

A las 2:00 pm se jugó en el Santiago Park un match de exhibición en béisbol en honor del célebre campeón entre las novenas del Cuba y Moncada. CAPABLANCA, acompañado del teniente de la Guardia Rural, ESPINO, tiró la primera bola del partido entre gritos y aplausos de la nutrida concurrencia. El juego duró solo cuatro innings, con marcador cero a cero. Luego comenzó el partido oficial de la serie de Campeonato entre los equipos Central y Santiago.

Por la noche en la Sociedad Unión Club, se efectuó un animado baile que duró hasta horas avanzadas de la madrugada.

El martes 6 de febrero, a las 2:00 pm partió CAPABLANCA desde la Estación Central del ferrocarril destino a Manzanillo, donde les esperaban para continuar su intensa gira por el país. En la Edición del día 7 de febrero, el Diario *El Cubano Libre* publica una carta de Eduardo GONZÁLEZ MANET, Presidente de la Comisión de Festejos en Honor de CAPABLANCA, dirigida al Director de ese diario, donde destaca:

“la gratitud inmensa que experimenta (CAPABLANCA) por todas las atenciones de que ha sido objeto, sobre todo, por la forma sincera, espontánea y familiar de esas atenciones que le han hecho sentirse entre nosotros como en su propia casa. El cree que el corazón de Cuba late bajo las montañas de Oriente, que no en vano se levantan tan altas a impulsos de sus palpitaciones, que a veces hacen trepidar la tierra. Díjome, en fin que el día en que se decida a descansar de sus gloriosas campañas, sería Santiago, o sus proximidades, el retiro de sus mayores simpatías.”

Esta fue la primera visita de CAPABLANCA a Santiago de Cuba, pero no la última. Es significativa la que haría muchos años después, en 1938, ya en la cima de su carrera ajedrecística y a pocos años de su repentina muerte.

Política social, deporte, discapacidad e integración social*

MSc. OSMANYS SOLER NARIÑO**

LIC. YASER BRING PÉREZ***

Sumario

- I. Introducción
- II. Deporte y discapacidad: su evolución y desarrollo histórico
- III. Las políticas sociales hacia las personas con discapacidad.
Propuestas para su perfeccionamiento
- IV. La integración social de las personas con discapacidad física a través de la práctica deportiva
- V. La incorporación social de las personas con discapacidad física a través del acceso al espacio de prácticas deportivas en la comunidad de San Pedrito del municipio Santiago de Cuba
- VI. Consideraciones finales
- VII. Referencias bibliográficas

* Ponencia presentada en la I Jornada (Internacional) sobre Derecho del Deporte, organizada por el Grupo de Investigación sobre Derecho del Deporte de la Facultad de Derecho en la Universidad de Oriente y la Junta Directiva Provincial de la Unión Nacional de Juristas de Cuba (UNJC), Santiago de Cuba, 27 y 28 de noviembre de 2014.

** Profesor Auxiliar de Sociología de la cultura y Teoría sociológica, Departamento de Sociología, Facultad de Ciencias Sociales de la Universidad de Oriente. Miembro del Grupo de Investigación sobre Derecho del Deporte del propio centro. Investigador de la Red Iberoamericana de Investigadores en Derecho y Gestión del Deporte (reconocida y patrocinada por la Asociación Universitaria Iberoamericana de Posgrado, AUIP, Salamanca, España). osoler@uo.edu.cu

*** Profesor Auxiliar de Sociología de la cultura y Teoría sociológica, Departamento de Sociología, Facultad de Ciencias Sociales de la Universidad de Oriente. Miembro del Grupo de Investigación sobre Derecho del Deporte del propio centro. Investigador de la Red Iberoamericana de Investigadores en Derecho y Gestión del Deporte (reconocida y patrocinada por la Asociación Universitaria Iberoamericana de Posgrado, AUIP, Salamanca, España). yaser@uo.edu.cu

I. Introducción

A lo largo de la historia, con la evolución de los sistemas sociales y a través del proceso gradual de socialización, los individuos han internalizado patrones de comportamientos y con ello un *habitus* de la discapacidad. Surgieron entonces representaciones sociales de tipo afectiva, solidaria y de rechazo, que ocasionaban a estas personas determinados problemas para su inserción social, entre los que podemos mencionar el acceso a los espacios de prácticas deportivas.

La atención ofrecida a estas personas – los discapacitados – ha ido y va tomando cada vez más auge según pasa el tiempo. La integración social ha sido sinónimo de igualdad, siendo las normas uniformes sobre la igualdad aprobadas por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su XL Periodo de Sesiones, el 20 de diciembre de 1993. En sus artículos se defendían los lineamientos para garantizar por los Estados la atención a las personas con discapacidad, sus derechos, necesidades, posibilidades y contribución a la sociedad.

Según el Informe Mundial sobre la Discapacidad de la Organización Mundial de la Salud (O.M.S.), publicado en el 2011, el 15 % de la población mundial (es decir mil millones de personas) viven con algún tipo de discapacidad. En el caso de las Américas, se estima que las cifras están entre los 140 y 180 millones de personas. A estos datos se suma el incremento de este sector poblacional en América Latina y el Caribe a partir de deficiencias en la atención materno-infantil, altos índices de accidentes y lesiones físicas y mentales derivadas de la violencia.¹

La aparición de la discapacidad, no sólo en nuestra región sino también en otras partes del mundo, demuestra la urgencia del sistema social en la disminución o la búsqueda de respuestas coherentes que permitan reducir la exclusión, discriminación y marginación a las que han sido sometidas estas personas. E, indudablemente, uno de los ámbitos sociales, junto con la salud, la educación y el empleo, que constituye una vía importante para la integración social de las personas con discapacidad es la práctica deportiva.

¹ VÁZQUEZ, Armando y CÁCERES, Nora, *El abordaje de la discapacidad desde la atención primaria en salud*, Universidad de Córdoba, Facultad de Ciencias Sociales, Buenos Aires, 2008, p. 21.

El deporte, como acción social, tiene un gran significado no sólo para el conjunto de individuos que componen la propia sociedad, sino también para ella misma. Este es capaz de mover multitudes de un país a otro, agitar las pasiones de las personas con una victoria, aunque también puede afectarla con una derrota. Nadie duda de su poder de gratificación, de su inmensa capacidad de desarrollar física y mentalmente a los individuos, así como dotarlos de habilidades que los hacen objeto de admiración e imitación.

El deporte tiene también la cualidad de educar, socializar, de unir a individuos de diferentes países bajo el ideal de la paz, la amistad y la fraternidad. Dentro de su práctica cotidiana muchos son los actores que defienden lo bello y lo ético, de que éste vaya más allá de una simple identificación con un equipo o jugador y se convierta en un símbolo de disciplina, organización y en un instrumento educativo en función de formar sujetos con orientaciones valorativas conforme a las normas culturalmente establecidas.

La propia Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, aprobada el 13 de diciembre de 2006, afirma la importancia de la participación en la vida cultural, las actividades recreativas, el esparcimiento y el deporte para este grupo social. Por ejemplo, se plantea el acceso a lugares en donde se ofrezcan representaciones o servicios culturales tales como teatros, áreas e instalaciones deportivas, la práctica del deporte, museos, cines, bibliotecas y servicios turísticos.²

En el caso de nuestro país, muchas son las acciones que se han realizado para integrar socialmente a este grupo social. Por ejemplo, en el año 1982 se proclamó el Programa de Acción Mundial para la Discapacidad. A raíz de esta proclamación el gobierno cubano se pronuncia, al analizar las causas de la discapacidad, por perfeccionar el diseño y organización de los programas de rehabilitación para estos individuos. De esta manera tenemos que a partir de 1994 comienza aplicarse el Plan de Acción Nacional para la Atención de Personas con Discapacidad en Cuba, cuya finalidad primordial estaba no solo en alcanzar niveles óptimos de integración social sino también en mejorar su calidad de vida.

² CAYO PÉREZ BUENO, Luis *et al*, *Discapacidad, Tercer Sector e Inclusión Social*, Grupo Editorial Cinca, Madrid, 2010, p. 73.

Dicho Plan abarcó varios períodos (1995-2000, 2001-2005 y 2006-2010) e incluyó diversos programas sociales para la atención de las necesidades de los discapacitados. Entre los programas más significativos podemos mencionar a los relacionados con la salud pública, la educación, el empleo, la seguridad social, la cultura, los deportes, las barreras arquitectónicas, la comunicación, el transporte, la prevención, la rehabilitación, entre otros. Evidentemente la práctica deportiva queda ratificada entre una de las áreas a tener en cuenta en la atención a las personas con discapacidad.

En la actualidad a pesar de las posibilidades que el país ha dado a los discapacitados físicos en materias deportivas, aún es insuficiente el trabajo de instituciones como el Instituto Nacional de Deportes, Educación Física y Recreación (en adelante INDER) a nivel de las comunidades para integrarlos a sociedad. Persisten dificultades en cuanto al acceso a estos espacios, barreras de accesibilidad, barreras culturales y falta de coordinación por parte de las organizaciones encargadas de atender a este sector de la población.

Los datos crecientes de la discapacidad a nivel nacional evidencia la necesidad de seguir diseñando acciones para atender a las problemáticas de este grupo social. Por ejemplo, en el año 2003 el total de personas con discapacidad en nuestro país era de 366 864 para una tasa de 3,26 por cada 100 habitantes. En el año 2012 esta población ascendió a 556 317 para una tasa de 4,98 por cada 100 habitantes. En el caso específico del municipio de Santiago de Cuba residen actualmente 19 146 personas con discapacidad, de ellos 4 878 discapacitados físicos. De los antes mencionados, 3 085 se encuentran asociados a la Asociación Cubana de Limitados Físico Motores (ACLIFIM), estos se dividen en 1 704 del sexo masculino y 1 381 del femenino. De ellos 107 limitados físico motores se encuentran en San Pedrito,³ comunidad objeto de nuestro estudio.

En este último caso las dificultades se presentan teniendo en cuenta el poco diseño de actividades deportivas para las personas con discapacidad física. Si bien en esta comunidad se están produciendo una serie de cambios en el orden estructural y urbanístico, existen espacios que pueden ser aprovechados para la práctica deportiva en este sector de la población y de esta manera contribuir a su integración social.

³ Estos datos fueron recogidos en la Dirección Provincial de Salud Pública de Santiago de Cuba y en la sede provincial de la ACLIFIM.

No obstante no se evidencia un incremento en la práctica sistemática de esta actividad. A diferencia de años anteriores la participación de este grupo social en la actividad deportiva ha decrecido así como el uso de los espacios destinados para esta práctica a nivel de la comunidad.

La presente estudio está encaminada precisamente a buscar la incorporación social de las personas con discapacidad física en la comunidad de San Pedrito, y conocer si los cambios que se llevan a cabo en la comunidad son capaces de satisfacer las crecientes demandas y necesidades de la población discapacitada.

II. Deporte y discapacidad: su evolución y desarrollo histórico

La visión que se le ha dado al fenómeno de la discapacidad a lo largo de la historia ha estado relacionada con una condición considerada deteriorada respecto al estándar general de un individuo o de su grupo social.

Iniciando un recorrido histórico por la comunidad primitiva sería fácil percibir el rechazo hacia aquellas personas con algún signo físico o anomalía diferente. Para la conciencia del hombre primitivo estos podían carecer de valor ante sus dioses y de los demás miembros de la comunidad; siendo protagonistas, en muchos casos, de los actos más crueles de sacrificio. Luego en las sociedades esclavistas la alabanza al porte físico, a las capacidades de supervivencia, a las actitudes para el combate cuerpo a cuerpo, a las habilidades con las armas, a la rapidez y a la fuerza, condicionaron de algún modo la exclusión de aquellas personas incapaces de alcanzar dicho estandarte social.⁴ Por otra parte en la sociedad feudal la discapacidad era sinónimo de diversión, siendo desvalorizada la misma por los señores feudales y demás miembros de la sociedad.⁵ Así, durante la Edad Media las acciones de caridad marcaron la forma de atención social hacia las personas con discapacidad física y mental. De esta manera surge la

⁴ MONTAS RAMÍREZ, Francisco Augusto, *Las personas con discapacidad a través de la historia*, disponible en: <http://www.monografias.com/trabajos55/la-discapacidad-en-la-historia/la-discapacidad-en-la-historia2.shtml> (consultado el 23/01/2014 a las 12.15).

⁵ PÉREZ CORBACHO, Antonio, "Sociología de la discapacidad: exclusión e inclusión social de los discapacitados", en *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, España, No. 45, p. 79.

caridad organizada, elemento que dio pasó a la marginación manifestada por la mendicidad.⁶

En el Renacimiento la forma en la que se comenzó a percibir a las personas con discapacidades cambió y se crearon nuevas escuelas para ellos, donde se les pudiera ayudar a incorporarse activamente a la sociedad. Con la llegada del capitalismo aparecieron los primeros intentos de incorporar a las personas con alguna discapacidad dotando a los ciegos de medios para leer y escribir. Se propuso que los ciegos pudieran trabajar en talleres y otros como músicos. Aparecieron los primeros maestros de lectura labio facial para los sordos y la atención a los débiles mentales, en función de la educación y la cultura.⁷

En los siglos XIX y XX se muestran actitudes más humanizadas hacia las personas con discapacidades. Se comienzan a instrumentar los primeros programas de rehabilitación, así como adelantos científicos para atender a las problemáticas de las personas con discapacidad. Se crearon múltiples ayudas técnicas para facilitar el acceso de esas personas al contexto social, lo que evidencia la respuesta social para integrarlo socialmente.

Uno de los ámbitos en los cuales la integración social cobró significativa importancia precisamente fue la práctica deportiva. Esta forma de integración social, alrededor de los años cuarenta del pasado siglo, visualizó su máxima expresión en los Juegos Paralímpicos. Estos se confirmaron como competencias oficiales en las que comenzaron a intervenir personas con discapacidades físicas, motoras, auditivas, mentales y visuales.

Su surgimiento se le atribuye al señor Ludwig GUTTMAN, quien ideó un programa de rehabilitación para veteranos de la Segunda Guerra Mundial, cuyo eje central del proceso rehabilitador era el deporte competitivo. Siguiendo ello en el año 1948 organiza unos juegos donde participaron los referidos veteranos. Luego de estas competiciones la idea fue retomada por parte de competidores de los Países Bajos creando un movimiento internacional. Estos Juegos sirvieron para demostrarle a la sociedad que

⁶ SILBERKASTEN, Marcelo, *La construcción imaginaria de la discapacidad: una excusa para una articulación discursiva*.

⁷ RODRÍGUEZ BARCELÓ, R., "Cultura y discapacidad", en *Alas y Raíces*, No. (promocional), Cuba, 2009. p. 42.

los discapacitados de todas las partes del mundo podían realizar actividades deportivas logrando así su reconocimiento social.

El primer paralelismo definitivo con los Juegos Olímpicos fue en 1988 en Seúl donde los atletas paralímpicos tuvieron una zona residencial propia y usaron sedes olímpicas para la competición.⁸ La participación de estas personas en actividades deportivas expresaron su amplio crecimiento no solo en el movimiento deportivo sino también en la vida social como parte de su proceso de integración a la sociedad.

Por otra parte en los Juegos Paralímpicos de Barcelona 1992 la participación de este sector de la población ascendió a 82 países y más de 3 000 atletas. En cuanto a Sídney 2000, participaron 4038 atletas; hasta el momento la mayor cifra alcanzada. Atenas 2004 fue la expresión del record de países participantes con 136. Su alcance ha sido un medio importante para que varios países del mundo se interesaran por organizar actividades de índole deportiva para las personas con discapacidad en eventos de nivel competitivo.

Todos estos cambios han tenido su influencia en la población discapacitada. De ahí que varios países del mundo hayan comenzado a darles un tratamiento más humano a estas personas y a buscar diferentes vías para su integración social desde el papel de las diferentes instituciones sociales. Por su parte, el interés de las Naciones Unidas por el bienestar y los derechos de las personas con discapacidad, tiene sus orígenes en sus principios fundacionales que están basados en los derechos humanos, las libertades fundamentales y la igualdad de todos los seres humanos.⁹ Indiscutiblemente el deporte ha sido uno de esos espacios donde las personas con discapacidad física, no solo mejoran sus capacidades sino también le permiten ser personas autónomas y alcanzar una mayor integración social.

Antes de la Revolución se estima que solo unas 15 mil personas practicaban deporte organizadamente ya que al ser la mayoría de los clubes privados eran de difícil acceso para la población, siendo casi nulo el

⁸ MORENO RODRÍGUEZ, Annia Katherine, *Estrategia Educativa para la Incorporación de las Personas con Discapacidad Físico-Motoras a la práctica del voleibol sentado del Consejo Popular Sueño*, Tesis en opción al Título de Licenciada en Cultura Física, Instituto Superior de Cultura Física, Santiago de Cuba, 2011.

⁹ CAYO PÉREZ BUENO, *op. cit.*, p. 73.

acceso para las personas discapacitadas. Aunque es justo destacar el papel de las instituciones religiosas así como otras instituciones benéficas que de algún modo desarrollaban acciones de caridad que permitían darle un tratamiento a las necesidades sociales de muchas de estas personas.

Con el triunfo revolucionario del 1 de enero de 1959 comienza la promoción y una ardua labor encaminada a mejorar las condiciones de vida y trabajo de los discapacitados. Se liquidó el analfabetismo y se dio una atención especial a la salud de la población, eliminándose así todo tipo de discriminación. Surgieron entonces las asociaciones encargadas de atender específicamente a diferentes discapacidades. La Asociación Nacional de Ciegos (ANCI) surgió el 19 de julio de 1975. Posteriormente el 3 de enero de 1978 se funda la Asociación Nacional de Sordos de Cuba (ANSOC), y el 14 de marzo de 1980 se creó la ACLIFIM, esta última a través de la Resolución No. 42 del Ministro de Justicia.

A partir del año 1980 el INDER se dio a la tarea de atender directamente a los deportistas discapacitados, y ven la luz las diferentes competencias nacionales de la ACLIFIM.¹⁰ Así, el desarrollo deportivo del país fue consolidándose con la inclusión de estas personas a la actividad deportiva. Un elemento importante en esta etapa fue la creación por el INDER del Departamento de Deporte para Discapacitados, teniendo a su caso la organización y preparación de las diferentes disciplinas deportivas atendidas por los especialistas de las discapacidades. A través de sus estructuras nacionales, provinciales los metodólogos municipales y el INDER, han organizado las actividades deportivas que forman parte del movimiento para discapacitados, lo que permite llegar a los lugares más distantes.

El deporte para discapacitados ha experimentado un perfeccionamiento sistemático dentro del programa que desarrolla el INDER, adaptándose disímiles de deportes tales como el voleibol en sillas de ruedas, el baloncesto, tenis de mesa, tenis de campo, lanzamiento de bala, jabalina y carrera de 60 y 100 m en sillas de ruedas, etc., recibiendo ayuda técnica de países tales como México y Venezuela.

Por otra parte, en el período 2006-2010 se realizó un plan que abarcó, entre otras áreas, la integración comunitaria, prevención de atención de

¹⁰ ÁLVAREZ, R. y HENRÍQUEZ, M., *Juegos cubanos*, Editorial Gente Nueva, La Habana, 2000.

salud y las prácticas deportivas. Si nos centramos en el área deportiva los programas diseñados, deporte y recreación, ofrecerían posibilidades desde las instalaciones deportivas para la incorporación masiva de las personas con discapacidad a la práctica sistemática y participativa a las actividades físicas.

III. Las políticas sociales hacia las personas con discapacidad. Propuestas para su perfeccionamiento

Las políticas sociales constituyen un espacio dinámico y transformador cuyo alcance conlleva a una mirada hacia la satisfacción de las necesidades de la población en la búsqueda de su bienestar social. En tal sentido, este epígrafe tiene la finalidad de abordar los principales referentes conceptuales en torno a la política social, el tratamiento de esta en Cuba en relación con la discapacidad, así como la importancia de los sujetos sociales en la evaluación de dicha política.

Aunque la presente investigación se orienta al estudio del proceso evaluativo de esas políticas, consideramos pertinente abordar algunos acercamientos conceptuales de las mismas. En el plano científico las políticas sociales han tenido la influencia de diferentes concepciones que marcan la respuesta pública en el tratamiento a sus problemáticas. Es significativo resaltar la perspectiva de autores como: ANDER EGG (1990), ROZAS y FERNÁNDEZ (1988), ALEMÁN y GARCÉS (1998), RAMA (2001), CÁRDENAS (2002), HERRERA y CASTÓN (2003), ATRIA (2005), ORTIZ y RINCÓN (2006), ESPINA (2010), ESPINA y VALDEZ (2011), MUÑOZ y DE URRUTIA (2011), MONTAGUT (2014), PEÑA (2014), DENTE y SUBIRATS (2014) y FANTOVA (2014).

Según los investigadores ROZAS y FERNÁNDEZ (1988), ANDER EGG (1990) y ALEMÁN y GARCÉS (1998), las políticas sociales se conciben a partir de un conjunto de acciones, medidas, decisiones del Estado o iniciativas adoptadas para atender las necesidades básicas o mejorar la calidad de vida de la población. Dentro de esta concepción el punto fundamental lo ocupan las acciones que, desde el ámbito público, son diseñadas para minimizar las problemáticas de los diferentes grupos sociales. Si bien los autores no se detienen en explicar cuáles acciones, medidas o iniciativas son válidas para estos grupos, valoramos que las mismas tienen como finalidad satisfacer las necesidades básicas en el orden de la salud, la educación, la asistencia social, el empleo, entre otras.

Determinadas perspectivas, del mismo modo, sitúan a la política social en el marco de las acciones, actividades, mecanismos o instrumentos encaminados a mejorar la distribución de oportunidades de los sujetos sociales (RAMA, 2001 y ATRIA, 2005, DENTE y SUBIRATS, 2014, y FANTOVA 2014). Apreciamos que, una vez más, es recurrente la idea de la intervención pública sobre los grupos desfavorecidos a través de acciones que se vinculan a sectores o áreas básicas de la sociedad, por ejemplo el empleo y la asistencia social.

Por otro lado, la concepción de política social también aparece vinculada a la administración pública de la asistencia, al desarrollo de servicios y prestaciones para disminuir las problemáticas sociales, a las decisiones público-administrativas que influyen en la organización y distribución de los recursos del bienestar. Desde esta perspectiva se vuelve a destacar el papel del Estado en la configuración de las condiciones de vida de los diferentes grupos. No obstante es importante tener en cuenta que dicha administración puede desarrollarse desde posiciones públicas o privadas, a partir del rol que ocupan los beneficiarios dentro de la política estatal.

Unas pueden potenciar la participación de las personas en el diseño de la política social; las otras legitiman la privatización de las acciones y decisiones relacionadas con el bienestar de los individuos. Este autor valora que la mirada a la participación, desde los sujetos de interacción, es vital en la evaluación y diseño de dicha política, lo cual puede conducir a procesos más democráticos e inclusivos dentro de su construcción y desarrollo. La idea de la participación de los sujetos beneficiarios en la evaluación de la política social se retomará más adelante por la importancia que tiene para la sociología.

Otros acercamientos sociológicos al concepto, lo ubican como un conjunto de objetivos concretados en medidas para mejorar el bienestar (MUÑOZ y DE URRUTIA, 2011), principios y acciones que determinan su distribución y control (PEÑA, 2014) y la estrategia de intervención, desde el poder político, sobre las relaciones sociales. Estas tres posiciones sociológicas también coinciden con el resto de las propuestas abordadas. Sin embargo, a diferencia de otros posicionamientos teóricos, se hace referencia a la necesidad de potenciar el control de este bienestar. Aunque la evaluación va más allá de la regulación institucional a las intervenciones diseñadas desde el poder político, valoramos que es significativa la introducción del control como un medio para evaluar y corregir la política social.

Es importante plantear que las políticas sociales además de mejorar la calidad de vida o bienestar de la población, focalizan su atención hacia

determinados grupos vulnerables o en situación de exclusión y marginación (ANDER EGG, 1990, CÁRDENAS, 2002, URIARTE, 2002, ATRIA, 2005, ESPINA y VALDEZ, 2010, 2008, FANTOVA, 2014, y MONTAGUT, 2014). Uno de estos grupos son las personas con discapacidad, quienes, como población vulnerable, son receptores o beneficiarios de la política social. Se evidencia que algunas políticas diseñadas para estas personas a nivel internacional, también acuden a diversas acciones o decisiones estatales como un medio de solucionar sus problemáticas.

Por ejemplo, se pudiera citar la Estrategia Española de discapacidad 2012-2020 que busca facilitar a dichos individuos el disfrute de sus derechos y la participación plena en la economía y la sociedad. Para ello dirige su actuación a los ámbitos de la accesibilidad, empleo, educación y formación, pobreza y exclusión social, entre otros. De igual forma, el plan de acción de la Unión Europea vinculado con la discapacidad se encamina a la integración de esas personas en las políticas comunitarias afectadas. Además concibe la aplicación de acciones concretas en ámbitos claves con el propósito de mejorar la integración económica y social de los discapacitados.

En América Latina resaltan los casos de Bolivia, Ecuador y Venezuela. En el primero se ubican la Ley de la Persona con Discapacidad, el Reglamento de la Persona con Discapacidad y el Plan Nacional de Igualdad y Equiparación de Oportunidades donde se privilegia la igualdad de participación de este grupo social en la vida pública. En cuanto al segundo, destaca la Agenda Nacional para la Igualdad en Discapacidades 2013-2017 que tiene como uno de sus ejes estratégicos fundamentales la participación e integración social de las personas con discapacidad en la vida familiar, pública y política del país.

Por último, la política social hacia la discapacidad está regulada por el artículo 81 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (1999) y por la Ley para las Personas con Discapacidad (2006). En torno a ella se adoptan las Normas Uniformes sobre Igualdad de Oportunidades para las Personas con Discapacidad donde participan diversos ministerios, instituciones del Estado, las misiones sociales, el Consejo Nacional para las Personas con Discapacidad, entre otras organizaciones gubernamentales y no gubernamentales.

En sentido general, cada una de esas estrategias de intervención va encaminada a la solución de las problemáticas del grupo estudiado a través de la atención a diferentes sectores de la política social. De ahí que se haga alusión a la necesidad de lograr la participación de las personas con discapacidad en el diseño de esta política. Sin embargo, consideramos que

es insuficiente el tratamiento de cómo alcanzar una mayor participación social de esas personas en el diseño de las acciones o estrategias organizadas para ellos. Este es un tema de importancia para la sociología pues la búsqueda de mejores condiciones de vida para el grupo investigado, en tanto sujeto de la política social, incluye la necesidad de atender al proceso participativo en la organización y ajuste de esta.

La política social no solo crea constreñimientos que de manera simultánea limitan o habilitan las posibilidades de las personas con discapacidad en la estructura social, sino también favorece su integración a la sociedad mediante acciones, medidas o decisiones destinadas a disminuir la desigualdad y la exclusión social. Desde este punto de vista, la participación como proceso de interacción social de los individuos con sus grupos y organizaciones, articula mejores estrategias para integrar a los individuos con discapacidad a la sociedad. La satisfacción de las necesidades debe asegurarse con su participación en las acciones públicas, lo que implica también el diseño, financiamiento, ejecutar y evaluar la política social.

En este último aspecto sobresale la idea de evaluar las acciones o estrategias que se implementen desde el macro nivel hacia la población con discapacidad. El propósito de la evaluación y ajuste de esa política es alcanzar un diseño e implementación que responda a los intereses de los grupos sociales. Por consiguiente, la participación de estos se hace cada día más importante para administrar, distribuir y evaluar su bienestar.

En el caso particular de Cuba la política social hacia este grupo poblacional tiene la acción centralizada del Estado desde una perspectiva universalista y de integración social. Aunque también está presente la perspectiva participativa de los sujetos sociales, todavía falta mucho por hacer en el empleo de esta como vehículo de interacción e integración en el ajuste de la política social.

IV. La integración social de las personas con discapacidad física a través de la práctica deportiva

En el presente epígrafe realizaremos un análisis a los principales enfoques teóricos que se han construido en torno a la sociología del deporte y el lugar que ha ocupado la discapacidad en ellos. La intención por tanto es ofrecer en primer lugar algunas valoraciones sobre la perspectiva sociológica en los estudios sobre deporte. En segundo lugar cómo ha sido ubicado el tratamiento a la discapacidad dentro de los mismos con el fin de

conocer sus principales limitaciones. En tercer lugar la necesidad de proponer mayores estudios que desde el ámbito de la sociología del deporte posibiliten una mejor aproximación al tema discapacidad.

La sociología del deporte es un área particular de la sociología que se centra en el deporte como fenómeno social y en las estructuras sociales, patrones y organizaciones o grupos comprometidos con el deporte.¹¹ Acercarnos a la sociología del deporte como un espacio de construcción teórica posibilita comprender a la práctica deportiva o el fenómeno deportivo no solo desde lo físico, el rendimiento atlético o las competiciones. Entenderlo de esa manera podría conducirnos a una reducción del pensamiento y obviar las relaciones sociales, los comportamientos, prácticas culturales, los símbolos y significados, las instituciones sociales, los procesos de socialización, las desviaciones sociales y muchos otros fenómenos sociológicos que se producen alrededor del deporte.

En tal sentido es necesario colocar a esta disciplina sociológica en su justo lugar con el fin de abordar críticamente el espacio de las prácticas deportivas. Aunque en este epígrafe no nos detendremos en todas las aristas sociológicas de este apasionante mundo, sería conveniente realizar un recorrido a algunas miradas construidas desde nuestra ciencia.

Según Osmani IGLESIAS RODRÍGUEZ en el año 1921 aparece, por primera vez, una obra titulada *Sociología del deporte*, escrita por el investigador Heinz RISSE. En esta desde un prisma sociológico se identifica al deporte, sobre todo el competitivo, con la función de formar la voluntad. Sin embargo no es hasta finalizada la Segunda Guerra Mundial que surge conjuntamente con la explosión de las subdisciplinas sociológicas, la sociología del deporte como disciplina científica encargada de explicar los fenómenos sociológicos generados en el ámbito del deporte.

En el año 1965 se fundó en Varsovia el Comité Internacional de Sociología del Deporte por iniciativa de Andzej WOHL. A esta idea se unieron investigadores de todo el mundo entre los que se puede citar el sociólogo inglés Eric DUNNING, el norteamericano Alan INGHAM, la húngara Gyöngyi FOLDESI¹² y el español Manuel GARCÍA FERRANDO, quien no

¹¹ GARCÍA FERRANDO, Manuel, *Aspectos Sociales del Deporte. Una reflexión sociológica*, Alianza Editorial, Madrid, 1990, p. 13.

¹² Única mujer en ese momento dentro de los estudios sociológicos del deporte.

tardó en unirse a este grupo de pioneros investigadores. Esta asociación ha llegado hasta la actualidad celebrando un encuentro anual y editando la *International Review for the Sociology of Sports* que publica cuatro números anualmente hasta el momento.

Innegablemente el impulso otorgado por estos autores al análisis sociológico del deporte marca un camino por intentar explicar este acontecimiento y los diversos hechos sociales que alrededor del mismo se construyen. La propia edición de la revista es un aspecto que marca un punto de cientificidad a las prácticas deportivas como fenómeno social.

Uno de los autores que desde nuestro punto de vista han sobresalido en los estudios sociológicos del deporte es el alemán Norbert ELÍAS. Su alcance interpretativo, muy poco trabajado en la sociología hasta donde conocemos, tiene base histórica pero también teórica. ELÍAS partiendo de una valoración histórica asocia los cambios socioculturales que fueron experimentando las sociedades europeas con la transformación de los deportes. Esto lo lleva a reconocer el papel de normas sociales, el autocontrol y la regulación social ante comportamientos que en la época feudal eran admitidos pero que en la actualidad son sancionadas socialmente.

Otro de los autores que introduce un enfoque sociológico en el deporte es el francés Pierre BOURDIEU. En un texto denominado *Cosas dichas* del año 1996, BOURDIEU expone su concepción sociológica del deporte,¹³ la cual va a estar sustentada en sus conceptos centrales del *habitus* y campo. Al referirse sociológicamente al campo deportivo BOURDIEU nos enseña que para analizar ese ámbito debemos concebir a cada elemento que lo conforma en sus interrelaciones a partir del valor que los mismos tienen en ese campo.¹⁴

Es decir no podemos pensar una práctica deportiva determinada fuera de la relación con las instituciones, las federaciones y clubes deportivos, el contexto sociocultural en el que se realiza, los grupos sociales, las tradiciones culturales, el sistema político, entre otros aspectos que pueden darle una ubicación determinada a ese deporte y a sus practicantes.

¹³ BOURDIEU, Pierre, *Cosas dichas*, Editorial Gedisa, Barcelona, 1996, p. 123.

¹⁴ *Ibidem*, p. 173.

Una mirada diferente a estas ideas de BOURDIEU la tenemos en el sociólogo español Manuel GARCÍA FERRANDO. Este autor en su libro *Sociología del deporte* aborda no solo las condiciones de la actividad física en España sino que además incorpora una perspectiva sociológica a la práctica deportiva al situar aspectos como el género, los grupos sociales, la cultura deportiva, las organizaciones e instituciones sociales, la socialización deportiva, los clubes deportivos, turismo y deporte, entre otros. En general GARCÍA FERRANDO valora la relación que tienen muchos de estos conceptos en el espacio deportivo y su influencia en los actores individuales y colectivos.

Por otra parte, y desde una teoría marxista en el deporte, Jean-Marie BRHOM¹⁵ sostiene los vínculos del deporte con la estructura social capitalista al reproducir en el espacio deportivo las prácticas que este sistema genera. BRHOM plantea que el deporte es un microcosmos de la producción, comunicación y socialización.¹⁶ Además suscribe que el deporte es capaz de legitimar el orden social a partir de la idea del progreso lineal y la mejora del rendimiento. Evidentemente estamos ante una nueva manera de aproximarse al deporte desde su condición ideológica.

A diferencia de los otros enfoques BRHOM visualiza en la estructura deportiva un poder que legitima una construcción social del fenómeno deportivo en base al rendimiento, las posiciones sociales, el capital económico, la comercialización y la reproducción cultural. Pudiéramos decir que existe cierta cercanía con la postura de BOURDIEU pues éste reconoce el ámbito deportivo como un campo de fuerzas y luchas estructuradas por una red de relaciones entre posiciones sociales.

Desde nuestro punto de vista una de las propuestas más significativas de este autor es el rechazo a la selección física como principio de jerarquización.¹⁷ Si revisamos cuidadosamente este criterio está vinculado a la problemática de la discapacidad en el deporte y en el contexto social

¹⁵ Esta perspectiva surge en la segunda mitad del siglo XX apoyada por organizaciones socialistas, comunistas y gobiernos como el de la Unión Soviética en un contexto de polarización producto de la Guerra Fría, del cual el deporte no estuvo exento.

¹⁶ OLIVOS RAVÉ, Francisco, "América Latina en juego: una aproximación a la sociología del deporte", en *Doble Vínculo*, Año 1, No. 1, [s.a.], p. 42.

¹⁷ *Ibidem*, p. 43.

en general. BRHOM establece que esta jerarquización o desventaja social por condiciones físicas conducen la violencia en el deporte.

Es innegable que las personas con discapacidad al priorizar el estatus físico quedan ubicadas en posiciones sociales de desventaja con respecto a otros grupos sociales. No obstante a nuestro juicio este autor no reconoce que tal situación ha cambiado no solo a nivel de países sino además internacionalmente.¹⁸

Por otra parte desde el espacio de las publicaciones científicas podemos mencionar la Revista Internacional de Sociología del Deporte (RIS). En esta publicación periódica dedicada al análisis del deporte podemos hallar varias investigaciones sociológicas dedicadas a la dimensión social del deporte. Por ejemplo autores como Jesús MARTÍNEZ DEL CASTILLO, José Emilio JIMÉNEZ-BEATTY, José Luis GRAUPERA y María Luisa RODRÍGUEZ, entre otros, hacen una aproximación empírica a temas que cada vez más son objeto de interés por razones asociadas al envejecimiento poblacional.¹⁹

La investigadora Núria PUIG en esa misma revista aborda temas actualizados de sociología del deporte. Aquí podemos citar el artículo de Javier OLIVERA "José María Cajigal y su contribución al humanismo deportivo". Otro de Manuel GARCÍA FERRANDO titulado "Veinticinco años de análisis del comportamiento deportivo de la población española (1980-2005)". También aparece un artículo Núria PUIG y Anna VILANOVA abordando a los "Deportistas olímpicos y estrategias de inserción laboral". Por último tenemos el artículo de Antonio FRAILE y Raúl DE DIEGO quienes centran su mirada en los motivos de la práctica deportiva en escolares.²⁰

¹⁸ Un ejemplo de esto son los Juegos Paralímpicos donde más allá de la condición física se valora el derecho de las personas con discapacidad a practicar deporte como derecho social. Se parte de los principios de equiparación de oportunidades, inclusión social, equidad y accesibilidad. En síntesis en las Paralimpiadas estas personas tienen los mismos derechos para competir en cualquier deporte. No se prioriza el estatus físico sino la participación, inclusión social y accesibilidad.

¹⁹ MOSCOSO SÁNCHEZ, David, "Nuevos temas de investigación y nuevas perspectivas de análisis en la sociología del deporte", en *Revista Internacional de Sociología*, Vol. LXIV, No. 44, mayo-agosto, 2006.

²⁰ FRAILE, Antonio y DE DIEGO, Raúl, "Motivaciones de los escolares europeos para la práctica del deporte escolar. Un estudio realizado en España, Italia, Francia y Portugal", en *Revista Internacional de Sociología*, Vol. LXIV, No. 44, mayo-agosto, 2006.

En América Latina podemos mencionar el estudio de OLIVOS REVÉ sobre el deporte en América Latina. El centro de atención está en las tradiciones culturales presentes en nuestra región, especialmente el fútbol como fenómeno sociocultural. De igual manera tenemos al investigador cubano Raudol RUIZ AGUILERA²¹ que nos acerca a fenómenos deportivos como el profesionalismo, el doping y comercialización. Según RUIZ AGUILERA estas problemáticas presentes cada día más en el ámbito del deporte hacen cambiar su naturaleza educativa y reflejan la relación entre el régimen imperante en cada país y la búsqueda desmedida de mejores resultados deportivos.

Todas estas perspectivas teóricas sobre la sociología del deporte, si bien brindan diferentes análisis al deporte como fenómeno social, no incorporan dentro de ellas enfoques explicativos hacia grupos socialmente diferentes o diversos como el de las personas con discapacidad.²² La práctica deportiva en estos grupos señala un hecho innegable, la integración social puede lograrse también a través del espacio del deporte y no solo por el empleo o la educación. Por tanto se necesita introducir en los estudios sociológicos sobre la actividad física una mirada a la discapacidad que contemple la socialización, las relaciones sociales, la exclusión e inclusión social, la accesibilidad, las políticas sociales, entre otros temas.

No obstante ofreceremos algunos estudios que desde el área deportiva abordan su incidencia en los individuos con discapacidad. Luego cerraremos con algunas investigaciones sociológicas realizadas en este campo y cuyo objeto de interés es la discapacidad.

Primeramente tenemos al autor Héctor PERALTA, quien nos acerca al tratamiento dado en Colombia por la educación física a las personas con necesidades educativas especiales en su libro *Educación física, Deportes y Recreación para personas en sillas de ruedas*.²³ Así como a los derechos de estas personas a desarrollarse como personas "normales", al propiciar

²¹ RUIZ AGUILERA, Raudol: *El Deporte de Hoy. Realidades y Perspectivas*, Editorial Científico-Técnica, La Habana, 1991, pp. 7-10.

²² GONZÁLEZ NÁVAR, Raúl Sergio, *Discapacidad y Sociedad; un acercamiento desde la sociología*, Tesis en Opción al Grado Científico de Doctor en Ciencias Sociológicas, Universidad de Oriente, Santiago de Cuba, 2003.

²³ PERALTA BARBESI, Héctor, *Educación física, deportes y recreación para personas en sillas de ruedas*, Arte Publicaciones, Colombia, [s.f.], pp. 13-19.

un nivel de adaptación adecuado, la autoaceptación, autoestima óptima, la independencia, la autodeterminación, una visión positiva de la vida y las posibilidades que le brinda sin temores ni prejuicios personales que lo limiten.

Otro de los estudios lo encontramos en Annia Katherine MORENO RODRÍGUEZ, la que dirige su investigación a la búsqueda de vías y soluciones que contribuyen a desarrollar una estrategia educativa. Dicha estrategia está relacionada con la influencia educativa que ejerce la práctica del deporte de voleibol sentado para las personas con discapacidad físico-motoras.²⁴

En esta misma línea tenemos al investigador Ismael MORALES MEGRET quien considera aporta un sistema de actividades físico-recreativas que permitirán un incremento en la participación de los jóvenes con discapacidad visual en las actividades recreativas. Además les permitirán una rehabilitación integral. Este hecho posibilita ampliar la dimensión del alcance de dicho estudio por la importancia que tiene la atención a las personas con discapacidad visual y el logro de su más plena inclusión social.

Entre los estudios analizados también hallamos las investigaciones de los sociólogos Anisleidis LÓPEZ²⁵ y Raúl GONZÁLEZ. El primero de estos autores basa su perspectiva en el acceso de las personas con discapacidad visual al espacio de las prácticas deportivas como una vía para la integración social. En nuestra opinión este estudio introduce dos aportes interesantes. Primeramente ella enfoca la problemática de la discapacidad pero en el ámbito deportivo y en segundo lugar interpreta esas problemáticas desde la perspectiva de la sociología del deporte. La autora identifica algunas dificultades que presenta ese grupo social en el acceso a las prácticas deportivas como por ejemplo: la poca atención de la red de apoyo familiar y la integración de ésta con la institución deportiva dentro del proceso de inserción social de las personas con discapacidad visual.

Por otra parte el sociólogo mexicano Raúl GONZÁLEZ, introduce la perspectiva de la discapacidad a partir de considerarla como estructuras de

²⁴ RODRÍGUEZ MORENO, Annia, *Estrategia educativa para la incorporación social de las personas con discapacidad físico –motora a la práctica del voleibol sentado del Consejo Popular Sueño* [s.l.], [s.n.], [s.a.].

²⁵ LÓPEZ ROBLES, Anisleidis, *Práctica deportiva: Mecanismo de Integración social de personas con Discapacidad visual*.

discriminación, marginación y exclusión en las sociedades subdesarrolladas.²⁶ Este autor tiene dos aspectos significativos que podríamos destacar para los estudios de discapacidad desde la sociología. El primero es que el análisis se realiza en América Latina teniendo en cuenta la influencia que tienen las situaciones de pobreza y desigualdad en la aparición de la discapacidad en países subdesarrollados. El otro aspecto es la necesidad de la inclusión de la categoría grupos diferentes o diversos en el estudio sociológico, así como el intento de elaboración de una sociología de la discapacidad.

GONZÁLEZ introduce la necesidad de estudiar a la discapacidad desde su diversidad, cuestión que valoramos como esencial si queremos que estas personas alcancen una integración más activa a la sociedad. Esto nos da la idea de la adopción de medidas con un enfoque multidimensional desde la diversidad, integrándose diferentes contextos sociales como por ejemplo: la familia, la comunidad y los grupos sociales. No se trata de ignorar a las personas discapacitadas o sentir lástimas por ellos sino de darles la oportunidad de demostrar hasta donde pueden ser capaces si les facilitamos la convivencia social.

A nuestro juicio pensar en la discapacidad sobre la base de la diversidad posibilitaría rediseñar el entorno según las necesidades, particularidades y diferencias de los actores sociales. Sería reorganizar áreas tan importantes dentro de las políticas sociales como: el empleo, salud, educación, cultura y deporte. Esta última permite visualizar el comportamiento de la discapacidad dentro del espacio deportivo y la capacidad del mismo para integrar a estas personas a la sociedad.

Indiscutiblemente la práctica deportiva es un espacio de integración y socialización para las personas con discapacidad. Sin embargo no son muchos los trabajos que desde la sociología del deporte abordan este fenómeno. En tal sentido sería necesario destacar por donde se han movido algunas de las investigaciones en esta disciplina sociológica.

Por ejemplo, el investigador José Antonio GARCÍA DE MIGRO en su libro *Actividades físico-deportivas para minusválidos*, introduce cinco fases en el deporte para discapacitados.²⁷ Una fase inicial de rehabilitación cuyo

²⁶ GONZÁLEZ NÁVAR, *op. cit.*, p. 19.

²⁷ GARCÍA DE MIGRO, José Antonio, "Deportes adaptados para discapacitados", dispo-

objetivo es dotar al discapacitado de la movilidad suficiente para que pueda adaptarse a su entorno y llevar una vida lo más normal posible. Una segunda fase que busca perfeccionar aquellas cualidades que se han ido desarrollando en la fase anterior mediante juegos y deportes adaptados a la minusvalía. Una tercera fase vinculada al deporte recreativo. La cuarta estaría relacionada con la competición y por último, la quinta, con el deporte de riesgo y aventura.

V. La incorporación social de las personas con discapacidad física a través del acceso al espacio de prácticas deportivas en la comunidad de San Pedrito del municipio Santiago de Cuba

A continuación se abordan los elementos referidos a la práctica deportiva de las personas con discapacidad física en la comunidad de San Pedrito de Santiago de Cuba. Esta comunidad encuentra ubicada al norte de la bahía de Santiago de Cuba, perteneciente al Consejo Popular Mariana Grajales Coello, del Distrito José Martí, presentando un fondo habitacional muy deteriorado y en condiciones precarias, con un alto grado de insalubridad, debido al deficiente funcionamiento de las redes de alcantarillado, lo cual provoca continuas inundaciones y en la mayoría de las áreas del reparto. Cuenta con una población de 9 721 habitantes de ellos 107 personas son discapacitados físicos.

De los 53 personas con discapacidad física que conformaron la muestra en este estudio pudimos apreciar que en los encuestados el 57 % pertenecían al sexo masculino, seguido del femenino representando con un 43 %.

En relación con los grupos etarios el rango de 40-44 años muestra la mayor representación de esta población con un 18,9 %, seguido por el rango de 60 años en adelante con el 15,1 %. El análisis de estos datos nos lleva a la idea de la necesidad de un replanteamiento de la política social para estos grupos, en la que no sólo se contemple su discapacidad, sino el haber llegado a la etapa media de la adultez.

nible en: <http://clubuniónpacífico.galeon.com/aficiones1456755.html> (consultado el 27/03/2013 a las 14.25).

Los niveles de escolaridad que predominan es el preuniversitario con un 18,9 % luego los técnicos medio con un 24,4 %, y a continuación los universitarios con un 37,7 %. En cuanto a ocupación laboral, el 35,8 % de estos sujetos son trabajadores, seguido por los jubilados y los estudiantes con un 26,4 % y 20,8 % respectivamente. Se hace necesario destacar la labor desarrollada por las instituciones sociales (ACLIFIM) en post de incorporar laboralmente a este grupo social, tanto por la vía estatal como la dedicada al trabajo por cuenta propia.

El conocimiento sobre la ubicación de los espacios dedicados a las prácticas deportivas a nivel de la comunidad en estudio, el 90,6 % afirman conocer su ubicación, sin embargo se evidencia una subutilización de estos espacios ya que el 54,7 % no tiene un nivel de sistematicidad adecuado en cuanto a su participación en los eventos deportivos que allí se desarrollan.

Lo anterior puede ser analizado teniendo en cuenta que las instituciones sociales para lograr determinados niveles de masividad, no siempre realizan las actividades en los espacios deportivos que están habilitados para tales efectos, empleando otros espacios (por ejemplo, las calles). Además a estos eventos son preferentemente convocados otros actores de la comunidad que en pocas ocasiones coinciden las personas con discapacidad.

En sentido general plantean que como alternativa para llevar el deporte a las comunidades se realizan en ocasiones actividades en otros espacios aunque no siempre se tienen en cuenta las limitaciones físicas. Se realizan actividades dirigidas a los discapacitados tales como juegos de mesa, vóleybol sentado u otras donde ellos pueden desempeñarse de acuerdo a sus limitaciones.

En la interrogante referida a la calidad de las actividades deportivas el 52,8 % considera que tiene buena calidad, no así el 37,7 % y el 9,4 % que la valoran de regular y mala respectivamente. Es de vital importancia señalar que en la planificación de las actividades no son tenidas en cuenta las diversas discapacidades que se presentan, elemento este de marcada significación en la participación e integración social de las personas con discapacidad a su comunidad.

Teniendo en cuenta lo anterior, existe concordancia en cuanto a la calidad de las actividades deportivas debido a que los expertos plantean que estas se realizan con muy buena calidad, ellos preparan a los activistas para que ejerzan un trabajo con calidad siendo evaluados mediante visitas programadas a sus áreas de trabajo.

Las principales actividades realizadas a nivel de la comunidad son los juegos de participación con un 58,5 % seguido de los juegos de mesa con un 37,7 % y otras actividades deportiva para discapacitados con un 3,8 %. En esta interrogante no se puede perder de vista ya que los juegos de participación pueden lograr una efectiva rehabilitación en estas personas y en sentido contrario pueden atentar contra la integridad física pudiéndose generar acciones de peligro que para la cual los discapacitados no están preparados.

Los discapacitados no valoran de buena la participación de las organizaciones sociales de la comunidad en la planificación de actividades deportivas a nivel de la comunidad. En este sentido, solo el 36 % plantea que es buena el 43,4 % regular y el 21 % que es mala, refiriéndose a que la comunidad no planifica ninguna actividad y cuando las planifica no tiene en cuenta las limitaciones de los discapacitados. Este elemento fue corroborado por la observación científica, la entrevista a expertos y a profundidad, evidenciándose que no cuentan con el apoyo de estas organizaciones a la hora de la organización de las actividades para discapacitados.

A otras de las cuestiones que los discapacitados se refieren es que las instituciones sociales de la comunidad no apoyan las actividades deportivas realizadas a nivel de la comunidad con un 83 %, planteando estos que en su comunidad los dirigentes de las diversas organizaciones de masas y sociales (por ejemplo, Comités de Defensa de la Revolución, CDR, y Federación de Mujeres de Cuba, FMC) son casi infuncionales en cuanto a la realización de actividades deportivas para personas con discapacidad. Ciertamente este aspecto fue ratificado por los dirigentes de la ACLIFIM durante la entrevista realizada. En cuanto a las organizaciones comunitarias, se pudo constatar la falta de integración o coordinación de acciones con el INDER y la ACLIFIM en la organización de actividades físico recreativas hacia ese grupo social.

En este caso se le realizó una entrevista a un presidente del CDR de la comunidad y el mismo plantea que no cuentan con un programa ni un plan de actividades para trabajar con este grupo social. De ahí que su participación quede limitada por las decisiones de las instituciones encargadas de programar las actividades, dígame el INDER y la ACLIFIM.

Las principales causas que dificultan el acceso de las personas con discapacidad física al espacio de prácticas deportivas son los temores a caídas con un 60 % y la falta de divulgación de las actividades con un 57 %. De esta manera se puede evidenciar que los espacios no fueron planificados teniendo en cuenta a las personas con discapacidad. Mediante la

entrevista se pudo afirmar que cuando se ocupan otros espacios no se tienen en cuenta los discapacitados físicos.

Estas limitaciones de acceso fueron contrastadas también con la observación científica no participante realizada en los espacios de prácticas deportivas de la comunidad existiendo barreras arquitectónicas, aceras inexistentes o en mal estado.

El 90,6 % de los discapacitados encuestados plantean que integración social de las personas con discapacidad física a través de las prácticas deportivas es muy buena demostrando de esta forma el carácter rehabilitador de las prácticas deportivas y su influencia en los diferentes grupos sociales.

VI. Consideraciones finales

El desarrollo y evolución del tratamiento a la discapacidad ha estado determinado por las respuestas socialmente estructuradas para atender a este grupo social. La mirada del medio social en la integración a la sociedad de las personas con discapacidad no solo abarca vías como la salud o empleo, sino que además incluye al deporte y su capacidad para transformar la vida de estas personas.

Las investigaciones sociológicas sobre el deporte han sido numerosas pero éstas no han centrado su mirada a la discapacidad como fenómeno social a partir de que la práctica deportiva constituye una vía para la integración a la sociedad en este grupo social.

En la actualidad se han adaptado diferentes modalidades del deporte teniendo en cuenta las características y necesidades de las personas discapacitadas físicas. Igualmente se hace evidente el alto rendimiento alcanzado en estas nuevas categorías o modalidades que se han creado y que se conocen como "deporte adaptado", "deporte especial" o "deporte para minusválidos".

Los resultados obtenidos demuestran no solo la falta de una planificación adecuada de actividades deportivas para este grupo social sino también de coordinación entre las redes sociales comunitarias. Este último aspecto tiene una incidencia importante en la comunidad lo que conlleva a la poca sistematicidad en el uso de los espacios de prácticas deportivas. En tal sentido luego de estos resultados pasaremos a ofrecer los principales aportes teóricos y prácticos de la investigación.

VII. Referencias bibliográficas

Obras generales

- ÁLVAREZ, R. y HENRÍQUEZ, M., *Juegos cubanos*, Editorial Gente Nueva, La Habana, 2000.
- BARRANCO EXPÓSITO, Carmen, *Las personas con minusvalía: de la exclusión a la normalización*, Departamento de Trabajo Social, Centro Superior de Ciencias Políticas y Sociales, Universidad de la Laguna. Disponible en: <http://www.map.es/gobierno/muface/p174/libros.html> (consultado el 10/04/2005 a las 12.05).
- BOURDIEU, Pierre, *Cosas dichas*, Editorial Gedisa, Barcelona, 1996,
- CATÁ GUILARTE, Euclides, *Política social. Selección de lecturas*, Editorial Félix Varela, La Habana, 2003.
- CAYO PÉREZ BUENO, Luis *et al*, *Discapacidad, Tercer Sector e Inclusión Social*, Grupo Editorial Cinca, Madrid, 2010,
- ESPINA PRIETO, Mayra, *Desarrollo, desigualdad y políticas sociales*, Editorial Félix Varela, La Habana, 2010.
- FRAILE, Antonio y DE DIEGO, Raúl, "Motivaciones de los escolares europeos para la práctica del deporte escolar. Un estudio realizado en España, Italia, Francia y Portugal", en *Revista Internacional de Sociología*, Vol. LXIV, No. 44, mayo-agosto, 2006.
- GARCÍA FERRANDO, Manuel, *Aspectos sociales del deporte. Una reflexión sociológica*, Alianza Editorial, Madrid, 1990.
- GARCÍA DE MIGRO, José Antonio, "Deportes adaptados para discapacitados", disponible en: <http://clubuniónpacífico.galeon.com/aficiones1456755.html> (consultado el 27/03/2013 a las 14.25).
- GONZÁLEZ NÁVAR, Raúl Sergio, *Discapacidad y sociedad; un acercamiento desde la sociología*, Tesis en Opción al Grado Científico de Doctor en Ciencias Sociológicas, Universidad de Oriente, Santiago de Cuba, 2003.
- LÓPEZ ROBLES, Anisleidis, *Práctica deportiva: Mecanismo de Integración social de personas con Discapacidad visual*.
- MIDAGLIA, Carmen, "Un balance crítico de los programas sociales en América Latina. Entre el liberalismo y el retorno del Estado", en *Revista Nueva Sociedad*, No 239, mayo-junio de 2012.
- MONTAS RAMÍREZ, Francisco Augusto, *Las personas con discapacidad a través de la historia*, disponible en: <http://www.monografias.com/trabajos55/la-discapacidad-en-la-historia/la-discapacidad-en-la-historia2.shtml> (consultado el 23/01/2014 a las 12.15).

- MORENO RODRÍGUEZ, Annia Katherine, *Estrategia Educativa para la Incorporación de las Personas con Discapacidad Físico-Motoras a la práctica del voleibol sentado del Consejo Popular Sueño*, Tesis en opción al Título de Licenciada en Cultura Física, Instituto Superior de Cultura Física, Santiago de Cuba, 2011.
- MOSCOSO SÁNCHEZ, David, "Nuevos temas de investigación y nuevas perspectivas de análisis en la sociología del deporte", en *Revista Internacional de Sociología*, Vol. LXIV, No. 44, mayo-agosto, 2006.
- OLIVOS RAVÉ, Francisco, "América Latina en juego: una aproximación a la sociología del deporte", en *Doble Vínculo*, Año 1, No. 1, [s.a.].
- PERALTA BARBESI, Héctor, *Educación física, deportes y recreación para personas en sillas de ruedas*, Arte Publicaciones, Colombia, [s.f.].
- PÉREZ CORBACHO, Antonio, "Sociología de la discapacidad: exclusión e inclusión social de los discapacitados", en *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, España, No. 45.
- RESTREPO, Inés et al, "Herramientas de evaluación para medir el impacto de programas de transición a la vida adulta dirigidos a jóvenes con discapacidad intelectual", en *Documentos de investigación*, No. 17, 2013, Escuela de Medicina y Ciencias de la Salud, Bogotá.
- RITZER, George, *Teoría Sociológica Clásica*, Ed. Mc Graw-Hill, Madrid, 2001.
- RODRÍGUEZ BARCELÓ, R., "Cultura y discapacidad", en *Alas y Raíces*, No. (promocional), Cuba, 2009.
- RODRÍGUEZ MORENO, Annia, *Estrategia educativa para la incorporación social de las personas con discapacidad físico -motora a la práctica del voleibol sentado del Consejo Popular Sueño* [s.l.], [s.n.], [s.a.].
- RUIZ AGUILERA, Raudol: *El Deporte de Hoy. Realidades y Perspectivas*, Editorial Científico- Técnica, La Habana, 1991.
- SILBERKASTEN, Marcelo, *La construcción imaginaria de la discapacidad: una excusa para una articulación discursiva*.
- VÁZQUEZ BARRIOS, Armando y CÁCERES, Nora, *El abordaje de la discapacidad desde la atención primaria en salud*, Universidad de Córdoba, Facultad de Ciencias Sociales, Buenos aires, 2008.

Normas jurídicas nacionales

Ley de integración social de personas con discapacidad en el Estado de Sinaloa, México, 2000.

Documentos

Cuba en Cifras. Objetivo de desarrollo del milenio. Cuba 2012, Oficina Nacional de Estadísticas e Información, ONEI, La Habana, 2013.



VNIVERSIDAD DE LA HABANA
FACULTAD DE DERECHO



**EDITORIAL
UNIJURIS**



ISBN 978-959-7219-46-0



9 789597 219460