

Bogotá, D.C., 3 de noviembre de 2023

Magistrado Ponente: **EDUARDO DE LA OSSA RODRÍGUEZ**

Proceso TADC 7054313

Disciplinado: **JHERSON STEVEN MOSQUERA CASTRO**

Aprobado según Acta de Sala de la misma fecha.

ASUNTO

Procede la Sala de Apelaciones del Tribunal Disciplinario Antidopaje de Colombia a conocer del recurso de apelación presentado por la Organización Nacional Antidopaje de Colombia contra la sentencia proferida el 22 de agosto de 2023, por la **Sala Disciplinaria del Tribunal Disciplinario Antidopaje de Colombia**, mediante la cual se decidió sancionar a **JHERSON STEVEN MOSQUERA CASTRO**, a un periodo de inhabilitación de cuatro (4) meses.

HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL

La Organización Nacional Antidopaje de Colombia, realizó una toma de muestras en competencia, el día 4 de diciembre de 2022, en la ciudad de Medellín, al deportista JHERSON STEVEN MOSQUERA CASTRO, en la final del Torneo 2022 que buscaba definir el campeón de la máxima categoría del fútbol profesional de Colombia.

La ONAD Colombia, tuvo conocimiento el día 19 de enero de 2023, a través del sistema ADAMS, el reporte del Laboratorio de Control de Dopaje de Salt Lake City (UTAH-USA) en el cual se informó que en la muestra 7054313 se detectó la presencia de: S4. Hormone and Metabolic Modulators/clomifene, sustancia prohibida por el Estándar de Lista de Prohibiciones de la Agencia Mundial Antidopaje.

Una vez efectuada la decodificación pertinente, la muestra 7054313 se encuentra a nombre de JHERSON STEVEN MOSQUERA CASTRO.

El resultado analítico adverso en la **Muestra A**, fue estudiado por la ONAD de conformidad con el Artículo 2 del Código Mundial Antidopaje y determinó que se había cometido una infracción del artículo 2.1 del las Normas Antidopaje, esto es, la Presencia de una Sustancia Prohibida o sus Metabolitos o Marcadores en la Muestra de un Deportista.

Mediante oficio No. 2023EE0001106 del 24 de enero de 2023, la Organización Nacional Antidopaje de Colombia notificó al deportista de una posible infracción a las normas antidopaje. El 26 de enero de 2023, el deportista escribió a la Organización Antidopaje dando unas explicaciones y solicitando aclaraciones. El 30 de enero de 2023 la ONAD Colombia mediante el oficio 2023E0001407 confirió respuesta al deportista en cuanto a los efectos de la sustancia encontrada en la muestra.

A través de la comunicación No. 2023EE0008476 del 13 de abril de 2023, la Organización Nacional Antidopaje (ONAD Colombia), notificó al deportista el Escrito de Acusación.

El 27 de junio de 2023 la Sala Disciplinaria del tribunal Disciplinario Antidopaje de Colombia, realizó la audiencia de instrucción, y el 22 de agosto de 2023, realizó la audiencia de decisión.

En la sentencia dictada el 22 de agosto de 2023 la Sala Disciplinaria de Primera instancia del Tribunal Disciplinario Antidopaje de Colombia resolvió: (...) *PRIMERO: Determinar que se produjo una infracción de las normas antidopaje por violación a*

TRIBUNAL DISCIPLINARIO ANTIDOPAJE DE COLOMBIA

la norma antidopaje 2.1 del Código Mundial Antidopaje - Presencia de una Sustancia Prohibida o de sus Metabolitos o Marcadores en la Muestra de un Deportista por parte del deportista Jherson Stiven Mosquera Castro. SEGUNDO: Anular los resultados, puntos, premios o medallas que haya podido obtener el deportista desde del 4 de diciembre de 2022 en adelante hasta la fecha del presente fallo. TERCERO: El periodo de inhabilitación será de cuatro (4) meses contados desde la notificación en audiencia de la presente decisión. CUARTO: La presente decisión es una decisión susceptible de ser recurrida, por lo cual, la parte interesada en audiencia puede interponer el recurso de apelación tras la lectura del fallo. QUINTO: Notificar esta decisión a los sujetos legitimados para recurrir por medio del recurso de apelación. (...).

En la audiencia el día 22 de agosto de 2023, la Organización Nacional Antidopaje de Colombia (ONAD Colombia) presentó Recurso de Apelación contra la Sentencia de Primera Instancia, proferida por la Sala Disciplinaria del Tribunal Disciplinario Antidopaje de Colombia. El cual fue sustentado de manera escrita dentro del termino de ley.

El apoderado del deportista también presentó recurso en la audiencia de lectura de fallo, y debió sustentarlo dentro de los 5 días hábiles siguientes a su interposición, es decir entre el veintitrés (23) de agosto de 2023 y el veintinueve (29) de agosto de 2023, sin que haya cumplido con su carga de sustentación ante el tribunal.

El 31 de agosto de 2023, mediante auto la Sala de primera instancia declaró desierto el recurso de apelación interpuesto por el representante del deportista contra el fallo del proceso No.TDAC 7054313 seguido al deportista Jherson Stiven Mosquera Castro.

DE LA SENTENCIA APELADA

La Sala Disciplinaria del Tribunal Disciplinario Antidopaje de Colombia, mediante sentencia de fecha 22 de agosto de 2023, decidió sancionar a JHERSON STEVEN MOSQUERA CASTRO, a un periodo de inhabilitación de cuatro (4) meses.

Expuso la Sala disciplinaria que, (...) *expone el apoderado las hipótesis sobre el origen de la sustancia hallada en el análisis de la muestra. La primera hipótesis hace énfasis en el consumo de un multivitamínico (MUSCLETECH MULTIVITAMIN) y una proteína (MUSCLETECH MASS TECH) que corresponderían ambos a lo que declaró el deportista en el formato de control dopaje cuando hizo referencia a un multivitamínico y una proteína (...).*

La Sala de instancia advirtió: (...) *La segunda hipótesis, menciona que el origen de la sustancia posiblemente se dio por el consumo del suplemento Monster Test que el deportista relacionó en su escrito del 26 de enero de 2023 que venía tomando y cuya ingesta fue interrumpida el mes anterior de la toma de la muestra. (...).*

Anotó la Sala de Disciplinaria que, (...) *La última y tercera hipótesis, viene presentada por el consumo de huevos. Dice el abogado defensor que en la dieta del mandante el huevo era esencial, consumiendo al día seis (6) huevos sin que tuviese prohibición para dicho consumo por parte del galeno del Deportivo Pereira, sumado a que es un alimento común en el país. Relaciona que el uso del clomifeno es usado para la fertilidad de animales incluyendo las aves teniendo como un motivo principal aumentar la producción de huevos y que es probable que los huevos que consumía contuvieran clomifeno. (...).*

Manifestó el a-quo que (...) *Se destaca de las pruebas documentales aportadas la alerta sanitaria del INVIMA que para el producto MONSTER TEST enmarca que el*

producto no cuenta con registro sanitario y que su composición real es desconocida. También se aprecia en la captura de pantalla y mensaje de voz de conversación vía WhatsApp entre el deportista y el médico, que aquel solía consultarle a este previo al consumo de los productos que iba a ingerir (...).

En referencia al testimonio del médico del equipo DEPORTES TOLIMA dijo la instancia: (...) *El Sr. Camilo Lopera en su condición de médico del Deportivo Pereira, expone que el club no suele formar a los futbolistas en materia antidopaje, que advertían a los integrantes del club que cualquier producto que se consuma se diera a conocer a él para hacer la verificación si contiene sustancias prohibidas, agregando que la disposición de los futbolistas para escuchar aspectos en materia antidopaje no era la deseada por el ritmo o el alto rendimiento que llevan (...).*

Respecto al testimonio del señor Mayer Montoya expuso la instancia; (...) *El Sr. Mayer Montoya alude que conoció al deportista en el gimnasio y que entabló una buena relación con él. A partir de ese vínculo, pudo conocer que Jherson Mosquera era futbolista profesional. En virtud del lazo que generaron, el Sr. Mayer dispuso de sus conocimientos y experiencia en gestión deportiva, nutrición y bienestar para que el deportista tuviera una mejora en su desempeño profesional. Es así como él intercedía para conseguir productos suplementarios haciendo una consulta previa al médico del Deportivo Pereira. Afirma que para la adquisición de los productos MUSCLETECH MULTIVITAMIN, MUSCLETECH MASS TECH Y MONSTER TEST fue él quien los consiguió a través de un distribuidor – persona natural del eje cafetero que contaba con una reputación en el medio y que solía hacer la distribución en gimnasios de la región ¹ (...).*

¹ El eje cafetero es una región colombiana ubicada en la zona andina que comprende varios departamentos donde mayoritariamente se produce café.

TRIBUNAL DISCIPLINARIO ANTIDOPAJE DE COLOMBIA

Del testimonio de la pareja del disciplinable, la señora Angee Dayana Cardona Ramírez relacionó la instancia (...) *Que en virtud de la relación que tiene con el deportista, convive con él desde mediados de la mitad del año 2022. Reconoció que ella estaba enterada de los hábitos alimenticios del atleta, de los suplementos que consumía. Dijo que tomaba una proteína y unas pastas. También refirió que ella solía preparar en la alimentación diaria huevos para la dieta que manejaba el futbolista. Dichos huevos en su mayoría eran traídos de una granja de la familia de ella, pero desconocía cómo era llevada la alimentación, trato y cuidado de las aves de la granja (...).*

En referencia a la declaración del doctor Jorge Alonso Marín Cárdenas Médico Especialista en Toxicología Clínica la instancia destacó: (...) *El experto concluyó que cabía la posibilidad de que el origen del clomifeno podía ser debido a la ingesta de alimentos o de suplementos dietarios. Como conclusiones del dictamen pericial aportado, se desprende del mismo: Teniendo en cuenta lo anteriormente mencionado se puede concluir que: 1. El clomifeno corresponde a una sustancia que puede ser utilizada de forma inadecuada en búsqueda de mejorar el rendimiento de un deportista de manera ilegal. 2. Existe una gran cantidad de productos en el mercado utilizados como suplementos nutricionales lo cual ha generado múltiples alertas en especial en las agencias reguladoras dado su uso constante e indiscriminado por parte de deportistas y no deportistas en la actualidad, en muchas ocasiones sin tener un conocimiento adecuado de sus componentes, estos productos en muchas ocasiones por motivos como la falta de regulación por las agencias gubernamentales a nivel mundial lleva a que exista un alto grado de medidas fraudulentas en su preparación y fabricación, incluso no se reportan en sus etiquetas los componentes reales de estos, llevando a presentar contaminación con sustancias ilegales como sería el caso del clomifeno. La misma USADA en su pagina web hace referencia a esto y advierte de como estos productos pueden estar no reportando la presencia de clomifeno y que esto podría*

llevar a generar resultados analíticos adversos. 3. Adicionalmente se ha encontrado que alimentos que se encuentran en la dieta de los deportistas pueden estar contaminados con clomifeno, como sería el caso de los huevos y la carne de aves, incluso con una ingesta de hasta 2 huevos contaminados podría asociarse a un resultado analítico adverso, lo cual también podría explicar el caso en el deportista. 4. Por todo lo anteriormente descrito considero que existe la posibilidad que el hallazgo de laboratorio corresponda a la manifestación de un contacto que podría darse de forma inadvertida por parte del jugador con la sustancia en mención, tras la ingesta de alimentos o incluso suplementos dietarios como los que al momento de la toma de la muestra el deportista venía utilizando y de lo cual se dejó constancia al momento de la toma de la muestra (...).

Concluyó la instancia que:

(...) Está demostrado por la ONAD la presencia de una sustancia prohibida en la muestra del deportista, de conformidad con el resultado analítico adverso presentado en la muestra No.7054313 que corresponde al deportista. Es suficiente prueba para el panel la comisión de la infracción de conformidad con el artículo 2.1 del Código Mundial Antidopaje. (...).

(...) Está demostrado cómo se introdujo la sustancia encontrada en su organismo, esta es, clomifeno. Es claro para el panel que en el balance de probabilidades, el origen de la sustancia proviene del consumo del producto MONSTER TEST, por contar con una alerta sanitaria del INVIMA, tener una composición real desconocida y contar con una clara manifestación en inglés de ser un potencializador. (...).

(...) De cualquier manera, si bien existe teoría y comprobación científica una vez analizado el dictamen pericial aportado por la parte acusada de que el consumo de productos avícolas así como el del consumo de suplementos puede derivar en un

resultado analítico adverso, también es cierto que en el territorio nacional no existe ninguna comunicación oficial que establezca contaminación alguna de huevos con clomifeno y que los demás productos referidos (suplementos) como consumidos no cuentan con las mismas comprobaciones o material probatorio que recae sobre el producto consumido MONSTER TEST (...).

(...) Para el panel, el deportista no obró con la mayor diligencia. Partiendo entonces de que el punto de partida que establece el Código Mundial Antidopaje para los deportistas trata justamente de que se responsabilicen de lo que ingieren y usan (artículo 21.1.3), en el caso que ocupa al panel, el hecho de consumir productos suplementarios es un riesgo en sí mismo que en este caso el atleta decidió asumir y que razonablemente es esperable que tome la mayor diligencia posible, lo que implicaría a modo de ejemplo haber constatado si no recaía alerta alguna sobre el producto que se consume, no únicamente delegando su responsabilidad en el médico del club aunque de cualquier modo se entiende que por la actividad de alto rendimiento que le demanda su deporte tienda a apoyarse en terceros con conocimientos, o como ejemplo adicional haber puesto en conocimiento de un laboratorio acreditado por la Agencia Mundial Antidopaje si alguno de los productos realmente estaba contaminado para tener una comprobación efectiva (...).

(...) Para la Sala, no es posible enmarcar el comportamiento del deportista en ausencia de culpa o negligencia. No obstante, al existir culpabilidad y no ausencia de la misma, una vez analizadas las circunstancias, no se puede concluir por el panel que haya existido una culpabilidad que se encuadre en culpa significativa o grave. En su lugar, la culpa se puede enmarcar en la definición de ausencia de culpabilidad o negligencia graves, reiterando las circunstancias que rodean el caso. Para el panel el grado de culpa es el más ligero o leve que correspondería a la que en inglés refiere a light (...).

DE LA APELACIÓN

El 29 de agosto de 2023, la Organización Nacional Antidopaje de Colombia sustentó el recurso de apelación, con fundamento en los siguientes argumentos:

Dijo la recurrente que, (...) la decisión de la Sala es cuestionable, máxime si se examina el contenido del numeral 10.6.1.1 del Código Mundial Antidopaje, según el cual, puede darse una reducción del periodo de inhabilitación con base en ausencia de culpabilidad o de negligencia graves "Si la infracción de las normas antidopaje se debe a una sustancia específica (distinta a una sustancia de abuso) o un Método Específico y el deportista puede demostrar ausencia de culpabilidad o de negligencia grave (...).

Afirmó la apelante que (...) "la Organización no encuentra que el deportista haya logrado demostrar tal nivel de ausencia de culpabilidad o de negligencia graves que conllevaran a la imposición de un periodo de inhabilitación de cuatro (4) meses" (...).

Sostuvo que, (...) "El deportista argumenta que el consumo del producto MOSTER TEST, lo hacía por indicaciones de su médico, sin embargo, como ha quedado definido en los fallos del Tribunal Arbitral del Deporte, los atletas que eligen sus suplementos lo hacen por su cuenta y riesgo, de modo que un deportista tiene un deber personal e intransferible de cuidado para garantizar el cumplimiento de las normas antidopaje. Los deportistas siempre tienen la responsabilidad personal y la falta de un médico no lo eximen de ella" (...).

Manifestó la recurrente que (...) La defensa del atleta manifiesta que se indagó sobre el producto (MOSTER TEST), encontrando una alerta sanitaria emitida por el Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos (INVIMA), donde se

advierde que la composición real es desconocida. Algo similar expone respecto al producto MUSCLETECH MASS TECH, también usado por el atleta, respecto al cual refiere que existe un riesgo advertido por U.S. Anti-Doping Agency (USADA) por su posible contaminación con clomifeno.

Para la Organización Nacional Antidopaje, este ejercicio de verificación debió realizarlo el atleta antes de asumir el riesgo de consumir los productos que señala como fuentes del resultado analítico adverso. Justamente las advertencias que lanzan las autoridades sanitarias o las autoridades antidopaje van dirigidas a que las personas se abstengan de usarlos (...).

Con base en sus argumentos, afirmó que: (...) Tres hipótesis fundamentaron la defensa del deportista y fue la Sala Disciplinaria la que eligió cuál de ellas pudo haber originado el resultado adverso, sin ninguna evidencia que lo demuestre. La jurisprudencia del Tribunal Arbitral del Deporte ha advertido que el atleta no puede limitarse a especular sobre la posible existencia de una serie de posibles explicaciones para un resultado analítico adverso y luego concluir en cual fue la más probable, puesto que la mera especulación por parte del atleta sobre lo que pudo haber sucedido no satisface el estándar de prueba requerido y la mera alegación de una posible ocurrencia de un hecho no puede equivaler a una demostración. Las hipótesis, no verificadas, no son suficientes. La mera especulación por parte de un atleta sobre lo que pudo haber sucedido no satisface el estándar de prueba requerido (equilibrio de probabilidades) y la mera alegación de una posible ocurrencia de un hecho no puede equivaler a una demostración de que ese hecho realmente ocurrió. (...).

ACTUACIÓN DE SEGUNDA INSTANCIA

1.- El 4 de septiembre de 2023 por reparto le fue asignado al despacho del magistrado ponente.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1.- Competencia

A partir de la vigencia de la Ley 2084 de 2021, el Tribunal Disciplinario Antidopaje es competente para juzgar y decidir sobre las posibles infracciones descritas en el Código Mundial Antidopaje y la normatividad nacional vigente, que se presenten en el deporte aficionado, profesional, convencional y paralímpico.

En consecuencia, esta Sala de Apelaciones precisa que está habilitada por la mencionada ley en su artículo 19 para conocer del recurso de apelación y además por el artículo 13.2 del Código Mundial Antidopaje.

A este Tribunal le corresponde concluir procesos en los que existe un probable choque de derechos constitucionales, o principios que estando dentro de la misma jerarquía, colisionan, por lo que le concierne determinar de forma razonada cual aplicará en mayor medida, y cual derecho debe ceder ante la aplicación del otro a través del principio de proporcionalidad, utilizando un test de ponderación, en tanto que no es posible resolver estos casos aplicando solamente criterios como la jerarquía normativa o la especialidad, por lo que en esta decisión se realizará un estudio de como se aplica la Convención Internacional Contra el Dopaje en el Deporte, ratificada por Colombia mediante la Ley 1207 de 2008.

Entre abril y septiembre de 2017, la Agencia Mundial Antidopaje realizó auditoria a Colombia, sobre el cumplimiento con el código mundial antidopaje y los Estándares Internacionales, en los cuales verificó unos hallazgos críticos, especialmente

TRIBUNAL DISCIPLINARIO ANTIDOPAJE DE COLOMBIA

relacionados con los procedimientos disciplinarios realizados por violaciones a las normas antidopaje, partiendo desde la normativa que daba competencia a las federaciones deportivas nacionales para conocer de estos asuntos.

Desde el Ministerio del Deporte, se trabajó con el Congreso de la República en la construcción de lo que es hoy la Ley 2084 de 2021, que no solo instaaura un Tribunal Disciplinario antidopaje, independiente e imparcial, además instituyó el procedimiento que recoge la normativa internacional y la incorpora a nuestra legislación nacional.

Cada signatario de la Convención Internacional contra el Dopaje en el deporte y su anexo el Código Mundial Antidopaje, es responsable de implementar las normas y procedimientos necesarios para adoptarlo a plenitud.

Si un gobierno no ratifica, acepta, aprueba o asume la Convención de la UNESCO o no cumple lo establecido en dicha Convención, a partir de entonces, podría no ser elegible para optar a la celebración de eventos según lo dispuesto en los artículos 20.1.8, 20.3.11 y 20.6.6.

En tal virtud, le corresponde a los Estados, la responsabilidad de desarrollar los contenidos del Programa Mundial Antidopaje, con fundamento en el Código Mundial Antidopaje y los estándares internacionales definidos por la Agencia Mundial Antidopaje.

Surge así la obligación de investigar y sancionar las infracciones a las Normas Antidopaje, conforme a la normativa internacional contra el dopaje en el deporte, incorporadas por la Ley 2084 de 2021 y su decreto reglamentario a la legislación nacional; como compromiso del Estado Colombiano con la Convención

Internacional Contra el dopaje en el Deporte, y en respeto al Juego Limpio y la erradicación de la trampa en el deporte.

2.- Del disciplinable.

Se trata de JHERSON STEVEN MOSQUERA CASTRO, identificado con la cedula de ciudadanía número 1.088.039.185, (Pereira, Colombia; 18 de septiembre de 1999)².

3.- De la Apelación

En primer lugar, observa la Sala que de la decisión adoptada el 22 de agosto de 2023, se notificó en audiencia, la Organización Nacional Antidopaje de Colombia presentó recurso de apelación contra la misma, y lo sustentó por escrito el 29 de agosto de 2023, es decir dentro del término de ley.

4.- Del caso en concreto

La presente investigación disciplinaria, se inició con ocasión a proceso de toma de muestras en competencia, realizado el día 4 de diciembre de 2022, en la ciudad de Medellín, al deportista JHERSON STEVEN MOSQUERA CASTRO futbolista profesional, la ONAD Colombia, tuvo conocimiento el día el día 19 de enero de 2023, a través del sistema ADAMS, el reporte del Laboratorio de Control de Dopaje de Salt Lake City (UTAH-USA) en el cual se informó que en la muestra 7054313 se detectó la presencia de: S4. Hormone and Metabolic Modulators/clomifene, sustancia prohibida por el Estándar de Lista de Prohibiciones de la Agencia Mundial Antidopaje.

2. <https://www.transfermarkt.co/jherson-mosquera/profil/spieler/638623>.

En sentencia dictada el 22 de agosto de 2023 la Sala Disciplinaria de Primera instancia del Tribunal Disciplinario Antidopaje de Colombia resolvió:

(...) PRIMERO: Determinar que se produjo una infracción de las normas antidopaje por violación a la norma antidopaje 2.1 del Código Mundial Antidopaje - Presencia de una Sustancia Prohibida o de sus Metabolitos o Marcadores en la Muestra de un Deportista por parte del deportista Jherson Stiven Mosquera Castro. SEGUNDO: Anular los resultados, puntos, premios o medallas que haya podido obtener el deportista desde del 4 de diciembre de 2022 en adelante hasta la fecha del presente fallo. TERCERO: El periodo de inhabilitación será de cuatro (4) meses contados desde la notificación en audiencia de la presente decisión. CUARTO: La presente decisión es una decisión susceptible de ser recurrida, por lo cual, la parte interesada en audiencia puede interponer el recurso de apelación tras la lectura del fallo. QUINTO: Notificar esta decisión a los sujetos legitimados para recurrir por medio del recurso de apelación. (...).

Por su parte, la Organización Nacional Antidopaje de Colombia presentó recurso de apelación en contra de la decisión de primera instancia, que se resume en los siguientes argumentos:

- I. El deportista no logró demostrar ausencia de culpabilidad o de negligencia graves.***

Tres hipótesis fundamentaron la defensa del deportista y fue la Sala Disciplinaria la que eligió cuál de ellas pudo haber originado el resultado adverso, sin ninguna evidencia que lo demuestre.

TRIBUNAL DISCIPLINARIO ANTIDOPAJE DE COLOMBIA

Señaló la apelante que, que la jurisprudencia del Tribunal Arbitral del Deporte ha advertido que el atleta no puede limitarse a especular sobre la posible existencia de una serie de posibles explicaciones para un resultado analítico adverso y luego concluir en cual fue la más probable, puesto que la mera especulación por parte del atleta sobre lo que pudo haber sucedido no satisface el estándar de prueba requerido y la mera alegación de una posible ocurrencia de un hecho no puede equivaler a una demostración.

Esta sala ha sostenido en reiteradas decisiones que la responsabilidad en el derecho disciplinario por dopaje está basada en un sistema subjetivo de imprudencia. En el código Mundial Antidopaje lo que se maneja es el concepto de “deber objetivo de cuidado”³.

Definido como: “La persona debe realizar la conducta como lo haría una persona razonable y prudente puesta en su lugar”.

El sistema disciplinario por dopaje de acuerdo con el Código Mundial Antidopaje ha tratado de organizar los estados mentales que originan la responsabilidad en 3 grandes grupos de actos culpables: Intención, Culpa, y Negligencia.

Cada uno de ellos conlleva, como es lógico, diferentes grados de culpa y diferentes consecuencias para el infractor.

En el primer caso (intencionales) estaríamos ante lo que se conoce como dolo (*criminal intent, mens rea*) en el sistema europeo continental, que consiste en la voluntad deliberada de cometer un hecho reprobado a sabiendas de su ilicitud. Los

³ Decisión de fecha 26 de septiembre de 2023 Proceso TDAC 7053984 de 2022. Disciplinado: OSCAR HERNÁN FERNÁNDEZ GONZÁLEZ Magistrado Ponente Eduardo De la Ossa Rodríguez.

dos siguientes tipos de actos culpables analizados del Código Mundial Antidopaje podrían englobarse en alguna de las modalidades de culpa.

La culpa consiste, bien en una acción u omisión voluntaria causada sin malicia que produce un resultado contrario a derecho y no querido⁴, En el caso del infractor imprudente o negligente, éste tampoco desea causar la consecuencia, pero es consciente de que asume un gran riesgo de causar dicho resultado.

Se debe tener en cuenta que, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 2.2.1 del Código Mundial Antidopaje, el Deportista es personalmente responsable de asegurarse de que ninguna Sustancia Prohibida aparezca en su organismo y de que no se utilice ningún Método Prohibido. Por tanto, no será necesario demostrar intención, Culpabilidad, Negligencia o Uso consciente por parte del Deportista para determinar que se ha producido una infracción de las normas antidopaje por el Uso de una Sustancia Prohibida o de un Método Prohibido.

En el caso de Sustancias Específicas la Organización Antidopaje debe establecer que la Infracción de la Norma Antidopaje fue intencional para que se aplique una sanción de 4 años. Grado de la prueba: el Panel debe estar satisfecho de manera comfortable (Artículo 3.1) Si la OAD no puede establecer la intención, la sanción básica comienza con 2 años, sujeta a nuevas reducciones según el grado de culpabilidad. En el presente caso la ONAD Colombia no propuso ni probó la intencionalidad del deportista en la violación de la Norma antidopaje, por lo cual corresponde hacer el análisis de la conducta desde la óptica de la culpa.

El Código Mundial Antidopaje define la **Ausencia de Culpa, o de Negligencia** como la demostración por parte de un Atleta de que, ignoraba, no intuía, o no podía

⁴ Evolución del tipo subjetivo Universidad Externado de Colombia.
<https://publicaciones.uexternado.edu.co/gpd-evolucion-del-tipo-subjetivo-9789586163675.html>.

haber sabido o presupuestado razonablemente, incluso **aplicando la mayor diligencia**, que había usado o se le había administrado una Sustancia Prohibida o Método Prohibido o que había infringido de otro modo una norma antidopaje.

Así mismo la **Ausencia de Culpa o de Negligencia Graves** es considerada como la demostración por parte del Deportista u otra Persona de que, en vista del conjunto de circunstancias, y teniendo en cuenta los criterios de Ausencia de Culpa o de Negligencia, **su Culpa no era grave con respecto a la infracción cometida.**

Si un deportista u otra persona demuestran, en un caso concreto, que hay Ausencia de Culpa o de Negligencia Graves por su parte, el periodo de suspensión aplicable podrá reducirse basándose en el grado de culpabilidad, pero el periodo de suspensión no podrá ser inferior a la mitad del período de suspensión aplicables.

Los criterios de Ausencia de Culpa o Negligencia significativa se encuentran descritos en la decisión del CAS en el caso Marin Cilic vs. ITF (CAS 2013/A/3327). En el que se determina el período, dentro del rango aplicable de sanciones la culpa divididos en tres grados de culpa: El CAS divide en 3 tercios la pena, partiendo de 0 meses a 24 meses⁵:

- ✓ Significativo o considerable → 16-24 meses.
- ✓ Normal → 8-16 meses.
- ✓ Ligero → 0-8 meses.

Para determinar el grado de culpabilidad, se deben considerar los elementos Objetivos y subjetivos:

⁵ <https://jurisprudence.tas-cas.org/Shared%20Documents/3327,%203335.pdf>.

TRIBUNAL DISCIPLINARIO ANTIDOPAJE DE COLOMBIA

Elemento objetivo: nivel de cuidado que debería haberse esperado de una persona razonable en la situación del deportista. Se debe usar para determinar en qué categoría del grado de culpabilidad se encuentra un caso.

Elemento subjetivo: Es qué se podría haber esperado del deportista particular según sus capacidades personales. Se puede usar para mover al deportista hacia arriba o hacia abajo dentro de una de las categorías de la culpa.

Dentro de los indicadores del elemento objetivo de la culpabilidad el deportista podría:

- ✓ Verificar la etiqueta del producto o averiguar los ingredientes;
- ✓ Verificar la lista de ingredientes con la Lista de prohibiciones;
- ✓ Llevar a cabo una búsqueda en internet del producto;
- ✓ Asegurarse de que el producto sea fiable;
- ✓ Consultar a los expertos apropiados e indicarles antes de consumir el producto.

Dentro de los Elementos subjetivos de la culpabilidad:

- ✓ Juventud y / o inexperiencia del deportista;
- ✓ Idioma o problemas ambientales;
- ✓ Alcance de la educación antidopaje recibida por el deportista (o grado de educación antidopaje razonablemente accesible para el deportista);

- ✓ Otros impedimentos personales:
- ✓ Tomar cierto producto durante un largo período de tiempo sin incidentes
- ✓ Verificación previa de los ingredientes del producto
- ✓ Deportista que sufre de un alto grado de estrés
- ✓ El nivel de conciencia del deportista se reduce por un error de descuido, pero comprensible

¿Cual debe ser el planteamiento general para la dosificación de las Sanciones por dopaje?

TRIBUNAL DISCIPLINARIO ANTIDOPAJE DE COLOMBIA

- ✓ Lo primero es definir, ¿Cuál es la violación de acuerdo con el artículo 2 del Código Mundial?
- ✓ ¿Cuál es la sustancia o método prohibido está involucrado?
- ✓ ¿La sustancia prohibida es específica, o no? (Artículo 4.2)
- ✓ ¿Cuál es la sanción básica que trae el código Mundial Antidopaje para esa conducta?

Corresponde asegurarse cuál es el período básico de inelegibilidad en virtud del artículo 10.2 presencia, uso o posesión, o artículo 10.3 (resto de las violaciones)?

En este punto hay que recordar que, por Presencia, Uso, o Posesión, son cuatro años debido a una violación "intencional" en virtud del artículo 10.2., o dos años en virtud del artículo 10.2.2; se aplica la definición del término "intencional" del artículo 10.2.3 a los hechos y circunstancias, aplicando la carga y el estándar de la prueba y cualquier presupuesto aplicable, para decidir si la violación es intencional.

Al dictarse la presente decisión, el Tribunal Disciplinario Antidopaje de Colombia se basará en lo siguiente:

- (a) El atleta cometió una infracción de las normas antidopaje de conformidad con el artículo 2.1 del Código Mundial Antidopaje; y
- (b) Por lo cual debe imponer las consecuencias de dicha infracción de las normas antidopaje.

A. El Tribunal Antidopaje de Colombia puede afirmar que el atleta violó el artículo 2.1 ya reseñado, que se refieren respectivamente a la "*Presencia*" de una sustancia prohibida. De conformidad con el artículo 3.1 de las Normas Antidopajes,

TRIBUNAL DISCIPLINARIO ANTIDOPAJE DE COLOMBIA

la materialidad de la infracción se encuentra en el Resultado del Laboratorio acreditado de WADA, el cual no ha sido debatido por las partes.

Las Normas antidopaje imponen a los atletas un régimen de "responsabilidad estricta". La violación del artículo 2.1 debe establecerse independientemente de la culpa del atleta. Como cada atleta es responsable de cualquier Sustancia Prohibida contenida en sus muestras, no es necesario que el Tribunal demuestre intención, culpa, negligencia o uso consciente por parte del atleta para establecer una infracción de las normas antidopaje.

Con base en lo anterior, el Tribunal determina a su cómoda satisfacción que se estableció exitosamente que el Atleta cometió una violación del Artículo 2.1 del Código Mundial Antidopaje. Habiendo sido establecida una violación de las normas antidopaje conforme al Artículo 2.1, el Tribunal Disciplinario Antidopaje no considera necesario determinar si los hechos del caso también constituyen una violación del Artículo 2.2 del Código Mundial Antidopaje.

Habiendo establecido que el atleta cometió una infracción de las normas antidopaje, el Tribunal debe determinar la(s) sanción(es) aplicable(s). El Código Mundial Antidopaje dispone que en el caso de que el artículo 10.2.1 no sea aplicable, y en virtud de lo dispuesto en el artículo 10.2.4.1, el periodo de Inhabilitación será de dos años y la publicación automática de la sanción.

A continuación, corresponde determinar si existen evidencias que permitan la eliminación o la reducción de la sanción con base los hechos y circunstancias para determinar si no hay "culpa" o si no hay "culpa significativa", y/o el nivel de Culpa.

En el caso que nos ocupa no existen evidencias de ausencia de culpa o negligencia por parte del deportista, muy al contrario, existen elementos probatorios que

acreditan que la actuación del atleta fue negligente, pero que, en vista del conjunto de circunstancias, y teniendo en cuenta los criterios de Ausencia de Culpa o de Negligencia, su Culpa no era grave con respecto a la infracción cometida.

La Sala de Apelaciones, de acuerdo con el conjunto de circunstancias evidenciadas en este proceso considera que, el deportista fue negligente al consumir un suplemento que no contaba con Registro Sanitario del INVIMA, que es la agencia regulatoria nacional de vigilancia y control de carácter técnico científico, que trabaja para la protección de la salud individual y colectiva de los colombianos, mediante la aplicación de las normas sanitarias asociadas al consumo y uso de alimentos y medicamentos.

Si se observa el Formato de Control dopaje firmado por el deportista, se tiene que el atleta no declaró los productos que después relacionó en sus explicaciones, por cuanto de manera genérica declaró el consumo de MULTIVITAMINICO, PROTEINA y METOCARBAMOL, pero si especificar un producto concreto.

Concluye esta sala de segunda instancia que el deportista fue, por lo menos descuidado, al consumir un producto que le recomendó o suministró alguien en un gimnasio (Mayer Montoya), una persona que dijo tener estudios técnicos en Gestión deportiva, en el evento en que si tenga tales estudios técnicos en Gestión Deportiva no lo acredita para suministrar, formular o recomendar productos nutricionales.

Un futbolista profesional del nivel del disciplinable debe conocer que un técnico en Gestión Deportiva no puede ser su asesor nutricional para la compra de suplementos o productos, y a esto se le suma que de acuerdo a su propio dicho, el señor Mayer Montoya obtuvo el producto de una tercera persona cuyo nombre o Razón Social nunca suministró, ni acreditó la procedencia del producto.

TRIBUNAL DISCIPLINARIO ANTIDOPAJE DE COLOMBIA

La declaración de Camilo Lopera médico del Club deportivo profesional de la primera división del Fútbol Profesional Colombiano Deportivo Pereira, en el sentido que *“el club no suele formar a los futbolistas en materia antidopaje, que advertían a los integrantes del club que cualquier producto que se consuma se diera a conocer a él para hacer la verificación si contiene sustancias prohibidas”* no exonera de culpa al deportista, por cuanto la responsabilidad es del atleta, y si el Club Profesional ha omitido realizar educación antidopaje, el deportista por sus propios medios debió hacer una búsqueda previa en internet, como lo haría una persona razonable y prudente puesta en su lugar; de haberlo hecho se hubiese percatado de una alerta sanitaria de 2018 sobre ese producto.

Es evidente que, según la propia declaración del galeno, la labor del médico se limitaba a realizar una confrontación de los componentes del producto contra la Lista de Sustancias Prohibidas de WADA, labor insuficiente para garantizar que lo que consume un deportista esté libre de dopaje.

La Sala estima que, aunque esto no se puede considerar dentro de los elementos objetivos para clasificar el grado de culpa del deportista, sí puede dentro de los elementos subjetivos considerar para graduar la sanción, y es el considerar la confianza legítima del deportista en su médico, quien erróneamente consideró que podía trasladar la responsabilidad que le pertenecía, al médico del equipo, la buena fe se presume y no es necesario probarla.

La teoría del alto consumo de huevos en la dieta del deportista, esbozada por la defensa, no fue desarrollada ni mucho menos probada, lo único que el Tribunal logró acreditar es que la esposa del deportista *“solía preparar en la alimentación diaria huevos para la dieta que manejaba el futbolista. Dichos huevos en su mayoría eran traídos de una granja de la familia de ella, pero desconocía cómo era llevada la alimentación, trato y cuidado de las aves de la granja”*, sin que se especificara la

cantidad promedio de consumo de huevos por parte del atleta, ni los protocolos de alimentación de las aves de corral.

La Sala de apelaciones hace especial referencia de la declaración del doctor Jorge Alonso Marín Cárdenas, Médico Especialista en Toxicología Clínica, quien a pesar de lo afirmado por la sala de Instancia, no realizó un “dictamen pericial”, por cuanto claramente lo realizado por el doctor MARIN CARDENAS es el CONCEPTO DE UN EXPERTO, el galeno ilustró al Tribunal sobre aspectos de los cuales es especialista, basado en su experiencia y las lecturas científicas que ha hecho, en los cuales de acuerdo a sus criterios personales, tal como lo reclama la apelante, proporcionó varias hipótesis de lo que pudo haber ocurrido en el caso que se le planteó (ninguna de esas hipótesis fueron verificadas).

La sala de segunda instancia comparte los argumentos de la ONAD Colombia en cuanto a la posición asumida por la primera instancia, por cuanto *el “atleta no puede limitarse a especular sobre la posible existencia de una serie de posibles explicaciones para un resultado analítico adverso y luego concluir en cual fue la más probable, puesto que la mera especulación por parte del atleta sobre lo que pudo haber sucedido no satisface el estándar de prueba requerido y la mera alegación de una posible ocurrencia de un hecho no puede equivaler a una demostración”*.

El TAD (CAS) en referencia a este tema se expresó de la siguiente manera: *“Un deportista no puede deshacerse de su carga de la prueba simplemente mostrando que hizo esfuerzos razonables para establecer la fuente, pero sin éxito ... la simple afirmación de cuál es la fuente, sin evidencia de apoyo, será insuficiente” ... WADA vs. Daiders, CAS 2014/A/3615.*

TRIBUNAL DISCIPLINARIO ANTIDOPAJE DE COLOMBIA

En cuanto a la carga y el nivel de la prueba, el artículo 3 establece que los hechos relacionados con las violaciones de las reglas antidopaje pueden establecerse por cualquier medio confiable, incluidas las admisiones.

El Estándar probatorio del Código Mundial Antidopaje es mas allá del justo equilibrio de probabilidades, el grado de la prueba debe ser tal que la Organización Antidopaje que ha establecido la infracción de las normas antidopaje convenza al tribunal de expertos teniendo en cuenta la gravedad de la acusación que se hace.

(...) “Permitir que un deportista establezca cómo una sustancia llegó a estar presente en el cuerpo por un poco más que una negación de que la tomó socavaría los objetivos del Código. Es necesario exigir más evidencias a modo de prueba, dada la naturaleza del deber personal básico del deportista de asegurarse de que ninguna sustancia prohibida entre en su cuerpo” IWBf vs. Gibbs, CAS 2010/A/2230 (...).

Esta sala de Apelaciones considera que de acuerdo con los criterios objetivos planteados en las jurisprudencias del CAS, la Culpa del deportista no es ligera como lo esbozó la primera instancia, por cuanto de acuerdo a lo analizado en esta decisión, esta se encuentra en la categoría de **Normal** por lo cual de acuerdo a las decisiones del TAD (CAS) la sanción debería estar entre los Ocho (8) meses a los dieciséis (16) meses de inhabilitación.

Ahora bien, de acuerdo con los criterios subjetivos detallados en las sentencias y las consideraciones realizadas en esta decisión, se estima que la sanción que corresponde al deportista es la de doce (12) meses de inhabilitación, por lo cual así se determinará.

TRIBUNAL DISCIPLINARIO ANTIDOPAJE DE COLOMBIA

Habiendo sido impuesto al atleta un período de inelegibilidad de doce (12) meses, el tribunal debe determinar su punto de partida.

Las Normas Antidopaje sostienen a este respecto que el período de inelegibilidad de forma general debería comenzar en la fecha de esta decisión, con un crédito por el tiempo que el atleta estuvo sujeto a una suspensión provisional.

Es así como el Código Mundial Antidopaje también establece que el atleta recibe crédito por cualquier suspensión provisional que se le haya impuesto, siempre que haya respetado los términos de la suspensión provisional. El Tribunal determina que esto no es un beneficio, pues se trata de un derecho del atleta que ha respetado una SUSPENSION.

En el presente caso, el atleta se encuentra por fuera de la actividad deportiva. No se discute que respetó de manera voluntaria esta suspensión provisional. En consecuencia, el Tribunal determina que el Atleta recibirá un crédito por el tiempo actividad deportiva.

En consecuencia, resueltos los argumentos de la apelación, esta Sala procederá a **MODIFICAR** la sentencia dictada el 22 de agosto de 2023 por la Sala Disciplinaria de Primera instancia del Tribunal Disciplinario Antidopaje de Colombia, la cual quedará así:

- PRIMERO: **SANCIONAR** con SUSPENSIÓN por doce (12) meses de toda actividad deportiva por la violación a la norma 2.1 del Código Mundial Antidopaje - Presencia de una Sustancia Prohibida o de sus Metabolitos o Marcadores en la Muestra de un Deportista al disciplinable JHERSON STEVEN MOSQUERA CASTRO desde el 22 de agosto de 2023.

TRIBUNAL DISCIPLINARIO ANTIDOPAJE DE COLOMBIA

- SEGUNDO: **Reconocer** al deportista el tiempo que haya estado SUSPENDIDO PROVISIONALMENTE, para lo cual el competente de hacer seguimiento a la inhabilitación es la Autoridad de Gestión de Resultados – Organización Nacional Antidopaje de Colombia.

- TERCERO: **EFFECTUAR** en Audiencia las notificaciones a que haya lugar, y a las restantes partes e intervinientes por correo, utilizando para el efecto los correos electrónicos que obran en el expediente, incluyendo en el acto de notificación copia integral de la providencia notificada, en formato PDF no modificable. Se presumirá que el destinatario ha recibido la comunicación, cuando el iniciadorrecepconeacuse de recibo, luego de lo cual se dejará constancia de ello en el expediente, adjuntando la impresión del mensaje de datos y del respectivo acuse de recibo.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Apelaciones del Tribunal Disciplinario Antidopaje de Colombia,

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR la sentencia dictada el 22 de agosto de 2023 por la Sala Disciplinaria de Primera instancia del Tribunal Disciplinario Antidopaje de Colombia, la cual quedará así: **SANCIONAR** con **INHABILITACIÓN** por doce (12) meses de toda actividad deportiva por la violación a la norma 2.1 del Código Mundial Antidopaje - Presencia de una Sustancia Prohibida o de sus Metabolitos o Marcadores en la Muestra de un Deportista al disciplinable JHERSON STEVEN MOSQUERA CASTRO desde el 22 de agosto de 2023. Por tratarse de un deporte de conjunto no se anulan resultados ni puntos.

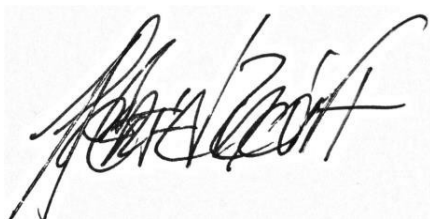
TRIBUNAL DISCIPLINARIO ANTIDOPAJE DE COLOMBIA

SEGUNDO: Reconocer al deportista el tiempo que haya estado SUSPENDIDO PROVISIONALMENTE, para lo cual el competente de hacer seguimiento a la inhabilitación es la Autoridad de Gestión de Resultados – Organización Nacional Antidopaje de Colombia.

TERCERO: EFECTUAR en Audiencia las notificaciones a que haya lugar, y a las restantes partes e intervinientes por correo, utilizando para el efecto los correos electrónicos que obran en el expediente, incluyendo en el acto de notificación copia integral de la providencia notificada, en formato PDF no modificable. Se presumirá que el destinatario ha recibido la comunicación, cuando el iniciador recepcione acuse de recibo, luego de lo cual se dejará constancia de ello en el expediente, adjuntando la impresión del mensaje de datos y del respectivo acuse de recibo.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

EDUARDO DE LA OSSA RODRIGUEZ
MAGISTRADO PONENTE



ALVARO CORTÉS RINCÓN
Magistrado.



MARIA FERNANDA SILVA MEDINA
Magistrada