

Bogotá, D.C., 26 de septiembre de 2023

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

Proceso TDAC 7053984 de 2022

Disciplinado: **OSCAR HERNÁN FERNÁNDEZ GONZÁLEZ**

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 el deportista en contra de la sentencia proferida el 6 de septiembre de 2023, por la **Sala Disciplinaria del Tribunal Disciplinario Antidopaje de Colombia**, mediante la cual se decidió sancionar a **OSCAR HERNÁN FERNÁNDEZ GONZÁLEZ**, a un periodo de inhabilitación de cuatro (4) años.

HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL

La Organización Nacional Antidopaje de Colombia, realizó una toma de muestras, el 7 de mayo de 2022 en la ciudad Pereira, al deportista **OSCAR HERNÁN FERNÁNDEZ GONZÁLEZ** de la disciplina de Ciclismo Ruta.

La ONAD Colombia, tuvo conocimiento el día 28 de octubre de 2022, a través del sistema ADAMS, el reporte de laboratorio de Control de Dopaje de Salt Lake City (UTAH-USA) en el cual se informa que en la muestra 7053984 se detectó la presencia S5. Diuréticos y agentes enmascarantes/Furosemida, sustancia prohibida por el Estándar de Lista de Prohibiciones de la Agencia Mundial Antidopaje.

Una vez efectuada la decodificación pertinente, la muestra 7053984 se encuentra a nombre de OSCAR HERNÁN FERNÁNDEZ GONZÁLEZ.

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 de 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. 2022EE0031497 del 8 de noviembre de 2022, la Organización Nacional Antidopaje de Colombia notificó al deportista de una posible infracción a las normas antidopaje. El 13 de noviembre de 2022, el deportista presentó sus explicaciones respecto del hallazgo.

A través de la comunicación No. 2023EE0000373 del 12 de enero de 2023, la Organización Nacional Antidopaje, notificó al deportista el Escrito de Acusación.

El 15 de febrero de 2023 la Sala Disciplinaria del tribunal Disciplinario Antidopaje de Colombia, realizó la audiencia de instrucción, y el 16 de junio de 2023, realizó la audiencia de decisión.

En la sentencia dictada el 16 de junio 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 disciplinado OSCAR HERNÁN FERNÁNDEZ GONZÁLEZ. SEGUNDO: Anular los resultados, puntos, premios o medallas que haya podido obtener el deportista desde el 7 de mayo de 2022 en adelante. TERCERO: El periodo de inhabilitación será de cuatro (4) años 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 (...).*

TRIBUNAL DISCIPLINARIO ANTIDOPAJE DE COLOMBIA

En la audiencia el día 16 de junio de 2023, el deportista 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.

DE LA SENTENCIA APELADA

La Sala Disciplinaria del Tribunal Disciplinario Antidopaje de Colombia, mediante sentencia de fecha 16 de junio de 2023, decidió sancionar a **OSCAR HERNÁN FERNÁNDEZ GONZÁLEZ**, a un periodo de inhabilitación de cuatro (4) años.

Expuso la instancia que, consideraba que ante el resultado analítico adverso obtenido en la muestra 7053984 de 2022 del deportista OSCAR HERNÁN FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, correspondiente a S5. Diuréticos y agentes enmascarantes/Furosemida, se encuentra ante una infracción a las normas antidopaje.

La Sala Disciplinaria de instancia advirtió: (...) El periodo de Inhabilitación impuesto por una infracción prevista en los artículos 2.1, será el siguiente será de cuatro (4) años cuando la infracción de las normas antidopaje se deba al Uso de una Sustancia Específica y la

Organización Antidopaje pueda demostrar que la infracción fue intencional (...).

Anotó la instancia que, (...) si bien el deportista manifiesta que no sabía que la Furosemida, el deportista objeto del proceso TDAC 7053984 de 2022 no demostró en medio de la audiencia de instrucción celebrada conforme a la normatividad, que su actuar no fue intencional pues el mismo, no allegó la historia clínica o exámenes que respaldaran el uso de Furosemida para la afección médica que tenía en el momento del consumo de la misma (...).

Concluyó la instancia que (...) Respecto del periodo de inhabilitación, el mismo se establece conforme a las directrices del Código Mundial Antidopaje en el artículo 10.2 Sanciones Individuales, el cual contempla un periodo de cuatro años (4) tanto para las sustancias denominadas Específicas como para las No Específicas (...).

DE LA APELACIÓN

El 26 de junio de 2023, el deportista sustentó recurso de apelación, con fundamento en los siguientes argumentos:

Dijo el recurrente que, (...) desconozco toda la reglamentación respecto de las Autorizaciones de Uso Terapéutico, pues en la Federación o la Liga no se nos ha informado cuáles son las

herramientas que tenemos al momento de una emergencia médica, o una condición de salud en la que se requiera el uso de medicamentos que puedan estar incluidos en la Lista de Prohibiciones de la WADA. Tampoco he recibido información o educación al respecto por parte de la Organización Nacional Antidopaje, siendo esta, una de sus obligaciones y responsabilidades. Sin embargo, en el desarrollo de la audiencia de Instrucción, manifesté que iba a realizar la solicitud de Autorización de Uso Terapéutico Retroactivo para el medicamento de Furosemida (...).

Afirmó el apelante que (...) *“La solicitud fue enviada por el Médico JORGE ENRIQUE FIGUEROA, quien me recetó el medicamento para tratar la condición médica que estaba sufriendo en ese momento y expuso los motivos. En la misma solicitud, quedó registrado que yo presentaba un cuadro diarreico de 6 días con deshidratación severa, donde se hace hidratación intravenosa según historia clínica, y posteriormente se observa mejoría de la deshidratación, pero presenté retención de líquidos. El Laboratorio sugiere una enfermedad diarreica aguda bacteriana y parasitaria con insuficiencia renal, la cual se trata con líquidos y diuréticos intravenosos (dos ampollas de furosemida 20 ml cada 12 horas) y luego tratamiento con diuréticos orales por tres días (40 ml día oral por tres días). Con un diagnóstico de 1. Enfermedad diarreica aguda 2. Deshidratación grado 2-3 secundaria EDA. 3. Insuficiencia renal pre renal por deshidratación severa”* (...).

Sostuvo que, (...) “en el escrito del fallo, en los Fundamentos que sustentan la decisión, los Magistrados manifiestan que no pude demostrar en la audiencia que mi actuar NO FUE INTENCIONAL, expresando que intencional se refiere a la realización de una conducta aun sabiendo que la misma constituye una infracción de las normas antidopaje o que existe un riesgo significativo que pueda constituir o resultar una infracción a las normas antidopaje. Que mi intención solo era disminuir una afección de salud por el cuadro diarreico y la posterior retención de líquidos, sin embargo, insisto en que la ONAD no demostró lo contrario.”.

Con base en sus argumentos, concluyó que: (...) *1. Mi actuar NO FUE INTENCIONAL, ya que no tenía conocimiento de que la misma podía constituir una infracción o un riesgo significativo que resultara en la infracción a las normas antidopaje. 2. Que mi actuar se debió a un tema exclusivamente de salud y sin intención de mejorar mi rendimiento deportivo o tener una ventaja sobre mis compañeros de competición. Este hecho se puede evidenciar en la historia clínica y en las manifestaciones del médico tratante en la solicitud de Autorización de Uso Terapéutico. 3. Que, en su momento, le comenté al médico del Team Boyacá, a lo que el manifestó que se debía a un virus. 4. Que el médico tratante, tampoco tenía conocimiento de que la sustancia Furosemida, que utilizó para tratarme, estaba dentro de la Lista de Sustancias Prohibidas de la WADA, ya que no es una persona vinculada al deporte. 5. Que la sustancia fue proporcionada por mi*

médico tratante por fuera de la competencia. Además de lo anterior, es necesario señalar, que la ONAD no demostró la Culpabilidad o la intención en medio de la audiencia de instrucción señalada. Basado en eso, solicito se tenga en cuenta la ausencia de Culpabilidad o de Negligencia ya que ignoraba, no sospechaba y no podía haber sabido o presupuesto razonablemente, incluso aplicando la mayor diligencia, que había usado o se me había administrado una Sustancia Prohibida o un Método Prohibido o que había infringido de algún otro modo una norma antidopaje. (...).

ACTUACIÓN DE SEGUNDA INSTANCIA

1.- El 2 de agosto 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.

2.- Del disciplinable.

Se trata de OSCAR HERNÁN FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, identificado con la cedula de ciudadanía No. 1.005.477.601, deportista con licencia federativa de Ciclismo.

3.- De la Apelación

En primer lugar, observa la Sala que de la decisión adoptada el 16 de junio de 2023, se notificó en audiencia, el deportista presentó recurso de apelación contra la misma, y lo sustentó por escrito el 26 de junio de 2023, es decir dentro del término de ley.

5.- Del caso en concreto

La presente investigación disciplinaria, se inició con ocasión a proceso de toma de muestras fuera de competencia, realizado el día el día el 7 de mayo de 2022 en la ciudad Pereira, al deportista OSCAR HERNÁN FERNÁNDEZ GONZÁLEZ de la disciplina de Ciclismo Ruta, la ONAD

TRIBUNAL DISCIPLINARIO ANTIDOPAJE DE COLOMBIA

Colombia, tuvo conocimiento el día 28 de octubre de 2022, a través del sistema ADAMS, el reporte de laboratorio de Control de Dopaje de Salt Lake City (UTAH -USA) en el cual se informa que en la muestra 7053984 se detectó la presencia S5. Diuréticos y agentes enmascarantes/Furosemida, sustancia prohibida por el Estándar de Lista de Prohibiciones de la Agencia Mundial Antidopaje.

En sentencia dictada el 16 de junio 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 disciplinado OSCAR HERNÁN FERNÁNDEZ GONZÁLEZ. SEGUNDO: Anular los resultados, puntos, premios o medallas que haya podido obtener el deportista desde el 7 de mayo de 2022 en adelante. TERCERO: El periodo de inhabilitación será de cuatro (4) años 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, el deportista presentó recurso de apelación en contra de la decisión de primera instancia, que se resume en los siguientes argumentos:

I. Su actuar no fue intencional.

Señaló el apelante que, que la ONAD no demostró su Culpabilidad o la intención en medio de la audiencia de instrucción señalada. Que con base en esa situación, solicitaba se tuviera en cuenta la ausencia de Culpabilidad o de Negligencia ya que él ignoraba, no sospechaba y no podía haber sabido o presupuesto razonablemente, incluso aplicando la mayor diligencia, que había usado o se le había administrado una Sustancia Prohibida o un Método Prohibido o que había infringido de algún otro modo una norma antidopaje.

La responsabilidad en el derecho disciplinario por dopaje esta basada en un sistema subjetivo de imprudencia. En el código Mundial Antidopaje lo que se maneja es el concepto de “Deber de cuidado”.

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

Al analizar la estructura y la forma en que se asume la Responsabilidad en el Código Mundial Antidopaje, observamos que es

evidente que hay un origen mediato del Código Penal Modelo de los Estados Unidos de América (USA).

El «Model Penal Code» del Sistema Penal de USA, organiza los estados mentales (*guilty mind*) que originan la responsabilidad en cuatro grandes grupos de actos culpables:

- Intencionales (*purposeful*),
- Conscientes (*knowing*),
- Imprudentes (*reckless*) y
- Negligentes (*negligent*).

Cada uno de ellos conlleva, como es lógico, diferentes grados de responsabilidad y diferentes consecuencias para el infractor (*wrongdoer*).

En los dos primeros casos (intencionales, conscientes) estaríamos ante lo que se conoce en Latinoamérica como **dolo** (*criminal intent, mens rea*), que consiste en la voluntad deliberada de cometer un hecho reprobado a sabiendas de su ilegalidad. (Intencional).

Los dos siguientes tipos de actos culpables analizados por el Model PC podrían englobarse en alguna de las modalidades de la **culpa**.

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

Intención como complemento directo, o ingrediente especial normativo

Hay algunas Infracciones a las Normas Antidopaje, en donde la Intención ya hace parte de la descripción de la norma. Conforme se establece en los artículos 10.2.3 del Código Mundial, el término intencional se emplea para referirse a los Deportistas u otras Personas que hayan incurrido en una conducta aun sabiendo que constituye una infracción de las normas antidopaje o que existe un riesgo significativo de que pueda constituir o resultar en una infracción de las normas antidopaje y hayan hecho manifiestamente caso omiso de ese riesgo.

En el caso del Artículo 2.5 del Código Mundial Antidopaje, la Intención ya es un elemento de la Infracción, cuando se utilizan los verbos **obstaculizar** y **manipular**, por lo cual nunca se podrá hablar de violación al Artículo 2.5 **NO INTENCIONAL**.

Será considerada una violación antidopaje No intencional si:

- El caso involucra una **sustancia específica** y la OAD no puede demostrar que el uso fue 'intencional,
- El caso involucra una sustancia no-específica pero el deportista demuestra que la INAD no fue 'intencional'.

El tribunal debe quedar satisfactoriamente convencido. El grado de la prueba debe ser tal que la Organización Antidopaje que ha señalado la infracción de las normas antidopaje convenza al tribunal de expertos teniendo en cuenta la gravedad de la acusación que se hace.

El grado de la prueba, en todo caso, deberá ser mayor al de un justo equilibrio de probabilidades, pero inferior a la prueba más allá de cualquier duda razonable.

Ha dicho el Tribunal Arbitral del deporte: “persuadir al organismo que juzga que la ocurrencia de una circunstancia específica es más probable que su no ocurrencia” en otras palabras, que sea "más probable que no".

La Intención puede ser Indirecta o Directa, similar a lo que en los países de tradición jurídica latina conocemos como el dolo directo o el dolo indirecto

En la **Intención Directa**, es cuando el “*Deportistas u otras Personas que hayan incurrido en una conducta a **sabiendas que esta constituye una infracción de las normas antidopaje***” En la práctica, muy difícil de demostrar (cuando la Organización Nacional Antidopaje tiene la carga de demostrarla).

La Intención Indirecta contiene 2 elementos para analizar que surgen de la norma:

1er elemento:

*(...) si el deportista **sabía que existía un riesgo significativo** de que su conducta podría constituir o resultar en una infracción de las normas antidopaje”.*

2do elemento:

*“y haya hecho **manifiestamente caso omiso** de ese riesgo.”*

En la definición del concepto de **Intención**, de acuerdo a la sentencia CAS 2012/A/2822 Erkand Qerimaj v. IWF (par. 8.14), se extrae lo siguiente:

El término "intención" debe interpretarse en un sentido amplio. La intención se establece, por supuesto, si el atleta ingiere a sabiendas una sustancia prohibida. Sin embargo, es suficiente para calificar el comportamiento del atleta como intencional, si este último

actúa sólo con intención indirecta, es decir, **si el comportamiento del atleta se centra principalmente en un resultado, pero en caso de que se materialice un resultado colateral, este último sería igualmente aceptado por el deportista.**

Si, hablando en sentido figurado, un deportista se topa con un "campo minado" ignorando todas las señales de alto en su camino, es muy posible que tenga la intención principal de atravesar el "campo minado" ileso. Sin embargo, un deportista que actúa de esa manera de alguna manera acepta que cierto resultado (es decir, un resultado analítico adverso) puede materializarse y, por lo tanto, actúa con intención (indirecta)"

Del estudio del proceso observamos que la ONAD Colombia no probó que la conducta del deportista sea Intencional, es mas de los escritos de la ONAD, ni de la intervención oral de la doctora Isabel Cristina Giraldo en el Juicio Justo, se extrae que la ONAD haya pretendido acusar al deportista de haber actuado de manera intencional.

No existe ni una sola evidencia que la ONAD cumplió con la carga probatoria de demostrar la intencionalidad del atleta en el uso de una sustancia especifica, por lo cual esta sala debe entrar a estudiar si se dan los elementos de la ausencia de culpa o negligencia significativa pretendida por el apelante.

2. Aplicación de la Ausencia de Culpa o Negligencia significativa por cuanto la ONAD no demostró la Culpabilidad o la intención en medio de la audiencia de instrucción.

Afirmó el recurrente que su actuar se debió a un tema exclusivamente de salud y sin intención de mejorar mi rendimiento deportivo o tener una ventaja sobre sus compañeros de competición.

La Sala de apelaciones, estima procedente 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 confortable (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.

Ausencia de Culpa, o de Negligencia: Es la demostración por parte de un Atleta de que, ignoraba, no intuía, o no podía 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.

Ausencia de Culpa o de Negligencia Significativas: Es 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 significativa 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 Significativas 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 meses:

- ✓ 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:

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 (reliably sourced);
- ✓ 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?

- ✓ 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.

A continuación, corresponde determinar si existen evidencias que permitan la eliminación o la reducción con base en la culpa de los

hechos y circunstancias para determinar si no hay "culpa" o si no hay "culpa significativa", y el nivel de Culpa.

En el caso que nos ocupa no existen evidencias de ausencia de culpa o negligencia significativa por parte del deportista, muy al contrario existen elementos probatorios que acreditan que la actuación del atleta fue negligente, al no advertir a su medico sobre su condición de atleta competitivo, ni asegurarse que la sustancia que se le administraba estaba en la lista de sustancias prohibidas, y una vez advertido de esto, no tomar las medidas para lograr una Autorización de Uso terapéutico retroactiva.

Es evidente que el deportista es una persona muy joven y que su inexperiencia, sumado a la escasa educación antidopaje recibida, de acuerdo con lo manifestado por el deportista, y que no ha sido objeto de contradicción, además del evidente origen humilde del deportista (para esta sala es fácil determinarlo por el acento, los giros idiomáticos usados por el deportista en audiencia) hacen necesario que se ubique en las categorías de la culpa su conducta.

Esta sala de Apelaciones considera que de acuerdo con los criterios objetivos planteados en las jurisprudencias del CAS, la Culpa del deportista está en la categoría de **significativa o considerable** por lo cual la sanción debería estar entre los dieciséis (16) a los veinticuatro (24) meses de suspensión.

Pero de acuerdo con los criterios subjetivos detallados en las sentencias se estima que la sanción que corresponde es la de dieciocho (18) meses de suspensión, por lo cual así se determinará.

De la Nulidad

Estando al despacho del Magistrado ponente para radicar el proyecto de fallo, secretaria del Tribunal nos avisa que existe una solicitud de nulidad por parte de un abogado que presenta poder a nombre del disciplinable.

El accionante dice:

(...) El 12 enero de 2023, le fue notificado al deportista hoy disciplinado OSCAR HERNÁN FERNÁNDEZ GONZALEZ, la formulación de cargos por parte del grupo interno de trabajo de la organización antidopaje de Colombia, a partir de ese momento, el disciplinado contaba con el termino de 30 días hábiles no calendario, pues recordemos que cuando la ley expresa los términos en días, se entienden hábiles y cuando se señalan en meses y años, los del calendario, esto de conformidad con el artículo 59 de la aún vigente ley 4 de 1913, la cual ha sido aclarado por reiterada jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y Consejo de Estado en su aplicación a los términos legales, es así que de acuerdo a una correcta aplicación

TRIBUNAL DISCIPLINARIO ANTIDOPAJE DE COLOMBIA

del los términos indicados en el artículo 14 de la ley 2084 de 2021, el hoy disciplinado, contaba hasta el 23 de febrero de 2023 para poder presentar o solicitar pruebas, pero esta garantía se vio interrumpida, con la celebración de la audiencia de instrucción por parte de la sala disciplinaria del Tribunal Disciplinario Antidopaje de Colombia, cercenando la oportunidad de presentar y solicitar conducentes y pertinentes pruebas que demostrarían la inocencia del deportista (...).

Considera esta Sala que, el código mundial antidopaje no trae la figura de la nulidad, por lo cual por integración normativa esta sala considera lo siguiente:

La nulidad procesal, como la solicitada por el apoderado del disciplinable, constituye un evento de gran trascendencia en el derecho, desde la perspectiva que, demuestra desviaciones, o falencias procesales, que quebrantan el derecho constitucional del debido proceso.

En referencia al tema de la nulidad, la Corte Constitucional ha indicado lo siguiente:

“Las nulidades son irregularidades que se presentan en el marco de un proceso, que vulneran el debido proceso y que, por su gravedad, el legislador –y excepcionalmente el constituyente- les ha atribuido la consecuencia –sanción- de invalidar las actuaciones surtidas. A través

de su declaración se controla entonces la validez de la actuación procesal y se asegura a las partes el derecho constitucional al debido proceso ¹.”

El ejercicio del poder disciplinario deportivo es quizás, la más significativa afirmación de la función de control y vigilancia de la actividad deportiva, y su configuración por el legislador, está encauzada a conseguir que la actividad deportiva, sea acorde con el interés general, desde la óptica de los valores y principios olímpicos, teniendo en cuenta la función social del deporte, encaminada a realizar específicos fines constitucionales.

La infracción, y desconocimiento de los principios, que constituyen la práctica de abogado, involucra de la misma manera conflictos sociales, que merecen el control y la regulación por parte del legislador, teniendo en cuenta que esta injerencia está abiertamente facultada en la propia Constitución Política.

El proceso disciplinario por dopaje contiene entonces, una regulación que le otorga eficacia, y validez a las decisiones, así mismo estos preceptos, imponen condiciones a la autoridad disciplinaria, esas pautas reguladoras se hallan contenidas, en el concepto de debido proceso.

¹ Sentencia T-125 de 2010. Magistrado Ponente: JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB.

Incorporado al principio del debido proceso, hallamos el derecho de contradicción probatoria, que establece una de las garantías del disciplinable al interior del proceso, ya que se trata de hacer efectivo el derecho de defensa.

Ahora bien, del análisis de los elementos documentales obrantes en el proceso, se tiene que:

El deportista participó en todas y cada una de las etapas procesales, en las cuales fue instruido por la Magistrado ponente de sus derechos.

La Magistrada instructora solicitó en el curso de la audiencia a la abogada del Ministerio del deporte, que explicara al disciplinable del alcance de lo que estaba hablando.

Para esta Sala Por otra parte es importante resaltar que el Código Mundial Antidopaje en su artículo 13.1.1 indica que *“...cualquiera de las partes del recurso podrá presentar pruebas, argumentos jurídicos y alegaciones que no se hayan planteado en la audiencia en primera instancia, siempre que se deriven de la misma causa o de los mismos hechos o circunstancias generales planteados o abordados en la vista en primera instancia.”* Por lo tanto, si el profesional del derecho intuye que su defendido aun tenía pruebas para allegar había podido hacer uso de esta norma especial sin acudir a invocar una nulidad que no esta configurada.

Igualmente, si acudimos por analogía a normas procesal, las irregularidades cuando no son alegadas y se actúa estaría saneando las mismas como se vislumbra ostensiblemente en el actuar del atleta Oscar Hernán Fernández quien nunca en sus intervenciones manifestó tener alguna prueba pendiente de invocar y practicar.

Es así como esta Sala considera que el deportista tuvo todas las oportunidades de defensa, tan es así, que en esta providencia se esta modificando la sanción de 4 años de suspensión a 18 meses es, por lo cual no existió ninguna irregularidad que pudiera afectar el debido proceso, o el derecho de defensa del disciplinable, por lo cual despachará desfavorablemente la solicitud.

En consecuencia, resueltos los argumentos de la apelación, esta Comisión procederá a **MODIFICAR** la sentencia dictada el 25 de Julio de 2023 por la Sala Disciplinaria de Primera instancia del Tribunal Disciplinario Antidopaje de Colombia que 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 disciplinado OSCAR HERNÁN FERNÁNDEZ GONZÁLEZ. SEGUNDO: Anular los resultados, puntos, premios o medallas que haya podido obtener el deportista desde el 7 de mayo de 2022 en adelante. TERCERO: El*

periodo de inhabilitación será de cuatro (4) años 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 (...)", la cual quedara así:

- PRIMERO: **MODIFICAR** la sentencia dictada el 25 de Julio de 2023 por la Sala Disciplinaria de Primera instancia del Tribunal Disciplinario Antidopaje de Colombia, la cual quedará así: **SANCIONAR** con SUSPENSIÓN por dieciocho (18) 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 disciplinado OSCAR HERNÁN FERNÁNDEZ GONZÁLEZ.

- SEGUNDO: **Anular** los resultados, puntos, premios o medallas que haya podido obtener el deportista desde el 7 de mayo de 2022 en adelante.

- 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 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.

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

RESUELVE

PRIMERO: **MODIFICAR** la sentencia dictada el 25 de Julio de 2023 por la Sala Disciplinaria de Primera instancia del Tribunal Disciplinario Antidopaje de Colombia, la cual quedará así:

SANCIONAR con SUSPENSIÓN por dieciocho (18) 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 disciplinado OSCAR HERNÁN FERNÁNDEZ GONZÁLEZ.

TRIBUNAL DISCIPLINARIO ANTIDOPAJE DE COLOMBIA

SEGUNDO: **Anular** los resultados, puntos, premios o medallas que haya podido obtener el deportista desde el 7 de mayo de 2022 en adelante.

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 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