

RIVISTA INTERNAZIONALE
**DI DIRITTO ED
ETICA DELLO
SPORT**

Compilación especial
RIDES n° 1 / 2 / 3, 4, 5 / 6, 7, 8



Asociación Civil Urbe et Ius
Construyendo ciudadanía

RIVISTA INTERNAZIONALE

**DI DIRITTO ED
ETICA DELLO
SPORT**

Compilación especial

RIDES n° 1 / 2 / 3, 4, 5 / 6, 7, 8*

*versión no definitiva

Roma, Italia
Mayo de 2017

RIDES

RIVISTA INTERNAZIONALE DI DIRITTO ED ETICA DELLO SPORT

Editors-in-Chief

Prof. Fabio Pigozzi, MD, Rector,
University of Rome “Foro Italico”, Italy
Dr. Juan Sebastián De Stefano, Urbe et
Ius Foundation, Buenos Aires, Argentina

Honorary Editor

Dr. Mario Pescante, MA, International
Olympic Committee, Switzerland
Editorial Coordinator and Responsible
for the Peer Review Process
Prof. Emanuele Isidori, PhD, PhD,
University of Rome “Foro Italico”, Italy

Editorial Board

Sasa Ceraj, PhD, Croatian Olympic
Academy, Croatia
Prof. Michael Geistlinger, PhD, Salzburg
University, Austria
Prof. Antonio Monroy Antón, PhD,
Francisco de Vitoria University, Spain
Prof. Antonio Sánchez Pato, PhD, San
Antonio Catholic University, Spain
Prof. Gennaro Terracciano, University of
Rome “Foro Italico”
Prof. Francisco de la Torre Olid, PhD,
San Antonio Catholic University,
Spain
Prof. José Luis Pérez Triviño, PhD,
Pompeu Fabra University, Spain

Language and Technical Editors

Bruno di Pietro, MA, International
Federation of Sports Medicine,
Switzerland
Javier López Frías, PhD, University of
Valencia, Spain
Petra Pocrnic Perica, MA, Croatian
Olympic Committee, Croatia

Executive Coordinator

Presidente Oscar José Ameal,
Urbe et Ius Foundation, Argentina

Diseño

Crasso & Oregioni
www.crassoyoregioni.com.ar
info@crassoyoregioni.com.ar
Buenos Aires, Argentina

Asociación civil Urbe et Ius
publicaciones@urbeetius.org



University of Rome “Foro Italico”

L'Università degli Studi di Roma “Foro Italico” è la quarta università statale di Roma, ed è l'unico ateneo italiano, e uno dei pochissimi europei, a essere interamente dedicato all'attività motoria e allo sport. Già Iusm - Istituto Universitario di Scienze Motorie (Roma, 1998) ha origine dalla trasformazione dell'ISEF - Istituto Superiore Statale di Educazione Fisica (Roma, 1952) e prima ancora dall'Accademia di Educazione Fisica fondata nel 1928. La sua sede è situata nel grande complesso monumentale del Foro Italico, che ospita alcuni degli impianti sportivi più importanti della capitale.



Asociación Civil Urbe et Ius
Construyendo ciudadanía

RIDES RIVISTA INTERNAZIONALE DI DIRITTO ED ETICA DELLO SPORT

La RIVISTA INTERNAZIONALE DI DIRITTO ED ETICA DELLO SPORT es una publicación trimestral del Instituto de Políticas Públicas Urbe et Ius y la Universidad del Estudio de Roma “Foro Itálico”, y está dedicada a difundir y poner a superficie la distintas temáticas inherentes a la materia. El objetivo de la publicación es desarrollar un amplio debate nutriéndose de contenidos de primer nivel de autores latinoamericanos y de expertos internacionales.

La revista e encuentra indexada por Bielefeld Academic Search Engine (BASE).

Imágenes de tapa libres de derechos.

Originales en

<https://pixabay.com/en/relay-race-competition-stadium-655353/>

y en

<https://pixabay.com/en/kayaking-kayaker-kayak-water-sports-569282/>

Rivista Internazionale di Diritto ed Etica dello Sport : Compilación especial / dirigido por Fabio Pigozzi y Juan Sebastián De Stefano.
- 1a ed. - Buenos Aires : Urbe et lus; Roma : Universidad de Roma Foro Itálico, 2017.
336 p. ; 15x22 cm.

ISBN en trámite

1. Derecho el deporte. 2. Ética del deporte.

I. Pigozzi, Fabio

II. De Stefano, Juan Sebastián

CDD 796

Contenido



RIDES n° 1 / 2014

- 13 Editoriale. *Fabio Pigozzi e Juan Sebastián De Stéfano*
- 15 El tratamiento del deporte en el derecho español. *Francisco de la Torre Olid y Antonio Sánchez Pato*
- 28 El deportista como figura moral de nuestro tiempo. *Francisco Javier López Frías*
- 46 La “buona” governance ed il ruolo dell’etica nelle organizzazioni dello sport. *Rita Mura e Cristiana Buscarini*
- 58 La frode sportiva tra diritto, etica e storia. *Maria Moroni*
- 71 Il doping nello sport tra diritto, etica ed educazione. *Emanuele Isidori*
- 84 Fair play, responsabilidad social y derecho deportivo en la universidad española. *Òscar Chiva Bartoll y Carlos Hernando Domingo*
- 98 Sport e tecnologia: la prospettiva etica e giuridica. *Bruno di Pietro*



RIDES n° 2 / 2014

- 113 Editoriale. *Fabio Pigozzi e Juan Sebastián De Stéfano*
- 116 Deporte como actividad profesional y menores de edad. Soluciones jurídicas a una problemática emergente. *Pilar Conde Colmenero y María Cristina Lorente López*
- 130 El mobbing en el deporte profesional. Una cuestión entre derecho y ética. *Antonio J. Monroy Antón y Bárbara Rodríguez Rodríguez*
- 143 Riflessione sul *doping* e *quasi-doping* in prospettiva penale. *Francesco Maresca e Michele Filannino*
- 153 Spunti critico-ricostruttivi della disciplina fiscale degli enti operanti in ambito sportivo e influenze dell’Unione europea in tema di “agevolazioni”. Parte prima. *Laura Letizia*



RIDES n° 3, 4, 5 / 2015

- 171 Editoriale. *Fabio Pigozzi e Juan Sebastián De Stéfano*
- 172 Il doping, tra Giustizia Ordinaria e Giustizia Sportiva. *Pasquale Colitti*
- 180 La interacción entre el deporte y la responsabilidad social corporativa dentro de las empresas. *Eduardo Carlos Dittmar*
- 191 Etica, medicina e sport: significati e sfide. *Bruno Di Pietro*
- 200 El modelo integral de stakeholders en la gestión de la responsabilidad social de los servicios de deporte universitarios. *Òscar Chiva Bartoll, Elsa González Esteban y Carlos Hernando Domingo*
- 217 La fiscalità degli impianti sportivi. La prospettiva etica e giurisprudenziale. *Antonio Uricchio*
- 234 Spunti critico-ricostruttivi della disciplina fiscale degli enti operanti in ambito sportivo e influenze dell'Unione europea in tema di "agevolazioni". Parte seconda. *Laura Letizia*



RIDES n° 6, 7, 8 / 2016

- 249 Prefazione. *Fabio Pigozzi*
- 251 Il Codice Mondiale Antidoping: aspetti sostanziali e principi procedurali. *Bruno Di Pietro*
- 266 Il giudizio per la repressione del doping in Italia. Il sistema e le problematiche. *Piero Sandulli*
- 287 Il doping alla luce della dike educativa tra punizione e comprensione. *Emanuele Isidori*
- 300 Harmonization of anti-doping policies within the international scenario: an impossible challenge? *Michael Geistlinger*
- 314 I Whereabouts - La comunicazione e l'aggiornamento delle informazioni sulla reperibilità degli atleti inseriti nel Registered Testing Pool - Previsione normativa, aspetti attuativi e problematiche connesse. *Guido Valori*
- 328 Antidopaje: arte, filosofia y deporte. *Horacio Corti*





RIDES 1

➤ Editoriale

Con soddisfazione presentiamo qui il primo numero della Rivista Internazionale di Diritto ed Etica dello Sport, RIDES (in inglese: International Journal of Sports Law and Ethics, IJSLE; in spagnolo: Revista Internacional de Derecho y Ética del Deporte, RIDED). Si tratta di una rivista elettronica che accetta contributi in lingua spagnola, italiana ed inglese, ed utilizza il sistema di pubblicazione OJS. La rivista viene ospitata sulla piattaforma delle pubblicazioni della Fondazione Urbe et Ius di Buenos Aires, Argentina, che sarà partner dell'Università di Roma "Foro Italico", Italia, in questo progetto scientifico.

L'obiettivo di questa rivista è quello di colmare una lacuna, nel campo della ricerca nazionale (per l'Argentina e l'Italia) ed internazionale, nell'ambito del diritto e dell'etica dello sport. Nei paesi latini esiste già una tradizione nell'ambito del diritto e dell'etica dello sport che però non ha ancora trovato un suo mezzo di espressione e comunicazione continua e continuata come può essere quello offerto, appunto, da una rivista scientifica con periodicità quadrimestrale soggetta a *peer review*.

Nel panorama scientifico internazionale, e non solo in quello dei paesi di lingua latina, non esistono di fatto riviste di questo tipo, incentrate cioè esclusivamente sul diritto e sull'etica dello sport. La scelta di queste due aree disciplinari non è casuale, ma è il risultato di una precisa strategia scientifica e culturale: infatti sia il diritto che l'etica dello sport sono due discipline che stanno avendo una notevole importanza nel panorama di quelli che vengono oggi chiamati gli *sport studies*, ossia le scienze umane applicate allo sport.

Crediamo sia inutile sottolineare l'importanza che queste due scienze rivestono nello studio dello sport contemporaneo, che ha sempre più bisogno di una vigilanza e di una riflessione critica e consapevole sui meccanismi che possono generare comportamenti che possono negare o mettere a repentaglio i valori intrinseci e umani della pratica sportiva. Ci riferiamo qui ai comportamenti che causano fenomeni che tutti noi conosciamo; primi tra tutti il doping e la violenza, di cui lo sport talvolta – più o meno erroneamente – viene ritenuto responsabile. L'importanza della riflessione scientifica e culturale su questi comportamenti nello sport aiuta a sviluppare una specifica consapevolezza, l'unica attraverso la quale è possibile pensare di scongiurare

questi fenomeni che non sono poi così diffusi nello sport, come invece vorrebbero farci credere i mezzi di comunicazioni di massa, sempre alla caccia di qualche aspetto negativo dello sport che possa fare colpo sull'opinione pubblica.

Lo sport è un laboratorio di etica "viva" e di diritto "vivo": basta pensare a quanto è interessante lo sport dal punto di vista del diritto. Lo sport è un gioco: ma è un gioco particolare e complesso che coinvolge varie dimensioni dell'essere umano; esso è caratterizzato da specifiche regole (come qualsiasi gioco, del resto), ma nello sport queste regole servono per controllare e vigilare sul rispetto dei valori umani per mezzo delle norme o delle regole.

Il diritto e l'etica si interessano dello sport perché lo sport è una pratica umana che può insegnare alle persone a capire i meccanismi con cui agiscono le regole (che servono per far rispettare i valori) e ad applicarle anche nella società. Questa era una delle caratteristiche che fecero intuire a De Coubertin le straordinarie potenzialità sociali ed educative dello sport come pratica in grado di trasformare in senso migliorativo la società umana e di riformarla.

Gli articoli contenuti in questo primo numero della rivista tengono conto delle più attuali tendenze del diritto e dell'etica dello sport non solo in una prospettiva internazionale ma soprattutto interdisciplinare. Il diritto e l'etica dello sport sono due discipline che si prestano ad una interconnessione reciproca ed a ricerche trasversali. Lo spirito della rivista è infatti quello di promuovere un approccio interdisciplinare ed intradisciplinare sullo sport focalizzato sulle scienze umane, in modo da poter ricavare apporti scientifici originali per la comprensione della pratica sportiva quale esperienza e fenomeno significativo della vita umana.

Gli articoli di questo numero presentano volutamente contenuti interdisciplinari ed hanno la pretesa di superare i tradizionali steccati disciplinari accademici propri del diritto e dell'etica attraverso, ad esempio, interconnessioni con il management, la politica, la filosofia dell'educazione e l'ermeneutica dello sport.

Come direttori della rivista ci auguriamo che questo primo numero possa incontrare l'interesse, il favore ed il sostegno delle istituzioni scientifiche, dei ricercatori, degli studiosi e delle persone interessate alla comprensione dello sport in una prospettiva umanistica. Nei prossimi numeri il comitato scientifico favorirà la pubblicazione di studi legati anche agli aspetti giuridici ed etici dell'Olimpismo, nella consapevolezza dell'importanza che questo movimento culturale riveste per la comprensione e lo sviluppo dei valori umani e sociali dello sport contemporaneo.

Fabio Pigozzi e Juan Sebastián De Stéfano

Roma-Buenos Aires, agosto 2014

➤ El tratamiento del deporte en el derecho español

Una visión desde los valores, principios y referentes constitucionales

Francisco de la Torre Olid

Universidad Católica de Murcia

ftorre@ucam.edu

Antonio Sánchez Pato

Universidad Católica de Murcia

apato@ucam.edu

Resumen

El Deporte, como fenómeno social, alcanza una relevancia tal que le hace merecedor de un tratamiento jurídico dirigido, primeramente, a su tutela y con tal grado de reconocimiento y protección que se inserta su referencia en el propio texto constitucional. La fijación en la *Ley de leyes* exige comprender que la Constitución española no innova sino que es una manifestación del tratamiento legislativo de esta materia jurídica en la *Comunidad Internacional*, tanto en el rango normativo como en el modo de abordar su ordenación, que no se fija aisladamente sino entrelazada necesariamente con otros valores y bienes jurídicos, según inspiran los principios informadores. Así, además de fijarse un Principio Rector para informar la tarea pública, concretamente dirigida a la promoción del deporte, se reconoce como un derecho humano, en cuanto relativo a la personalidad del individuo, forjando valores, fomentando la sociabilidad y sirviendo a la salud e integridad física y moral. El plan de exposición de este estudio se ha de completar con una reflexión necesaria para equilibrar la iniciativa pública y la participación privada en el fomento, organización, realización estable del deporte, incentivando el asociacionismo y la empresa deportiva.

Abstract

Sport, as a social phenomenon, reaches a relevance that entitles its to a legal treatment

aimed, first, to its tutelage and with a degree of recognition and protection as its reference is inserted in the Spanish Constitution. The posting in the *Law of laws* requires an understanding that the Spanish Constitution does not innovate, but a manifestation of the legislative treatment of this legal matter in the *International Community*, both, in the normative range and how to address their management, not fixed in isolation but necessarily intertwined with other values and legal rights, as inspired by the early reporters. So in addition to set a Guiding Principle to inform the public task, specifically aimed at the promotion of sport, it is recognized as a human right, as on the individual's personality, forging values, fostering sociability and serving the health and physical and moral integrity. The exhibition plan of this study is completed with the necessary reflection to balance the public initiative and the private participation in the promotion, organization, sports stable realization, encouraging business and sports associations.

Palabras clave:

Principio rector, derecho subjetivo, deporte, educación, gobernanza.

Key Words:

Guiding principle, subjective right, sport, education, governance.

1. Consideraciones sobre la fijación expresa del deporte en la constitución española

La relevancia jurídica del deporte se consolida en la Constitución Española de 1978. Concretamente en el *punto 3 del art. 43* se dispone lo siguiente: “*Los poderes públicos fomentarán la educación sanitaria, la educación física y el deporte. Asimismo facilitarán la adecuada utilización del ocio*”.

La significación de este enunciado pasa, primeramente, por entender que para el legislador constituyente el deporte es una realidad relativa a una actividad lícita de necesaria promoción. Que, además, su tratamiento se entrelaza necesariamente con la salud, la educación y el ocio, por lo que está ligado a diferentes bienes jurídicos y manifestaciones sociales.

La exigencia recogida en la *Ley de leyes* del fomento del deporte está calificándolo como algo positivo, permitiéndose asumir que toda ilicitud, perversión o patología que

su realización descubra –ya se trate de violencia¹, dopaje o, en fin, de siniestralidad²– se considerarán un pasivo a asumir y a comprometerse en corregir; un pasivo a comprender siempre entre un mayor número de activos que presenta el deporte en su esencia misma, según el mismo se aborda en Derecho. Se explica así que se esté ante una realidad masiva (a consecuencia del llamamiento universal a su práctica y seguimiento), vibrante y puntera (que presenta lo más significativo y actual de la sociedad), que precisa de unos desarrollos normativos especiales que vengan a ordenar (y perseguir en su caso) lo que por índice de impacto (conseguido con su fomento) y/o por su ámbito particular (en el escenario deportivo) se venga a materializar. Por tanto, el referente constitucional está anunciando la creación y consolidación de un sector del Ordenamiento que va a permitir reconocer el Derecho Deportivo con un grado de especialidad y autonomía.

La relación con la salud posibilita salir del capítulo en el que se encuadra el *art. 43 CE* para integrarlo con la tutela fundamental de la dignidad humana. Situando la referencia al deporte entre los Principios Rectores de la Política Social y Económica, por lo que, en rigor, ha de ser su aseguramiento una razón jurídica que informe la líneas de actuación de los Poderes Públicos, desde la primera labor de elaboración legislativa, hasta la fijación de los Presupuestos Generales del Estado y la previsión de suficiente dotación para la misma.

Sin embargo, el repetido Principio se liga con la garantía de la persona en su dimensión más básica y esencial, con el derecho a la integridad física y moral y, por ende, con un derecho humano al deporte; como también el deporte, en algunas de sus manifestaciones, se ha de tratar en sede de ciertos derechos subjetivos cuando, por ejemplo, toca fijar el contenido del derecho a la educación. El encuadramiento entre los Principios Rectores, no excluye y sí se compatibiliza con su reconocimiento como derecho subjetivo particular y también contenido propio de diversos derechos subjetivos, resultando especialmente interesante para la justicia y el orden social, en cuanto el ejercicio del derecho, en lo relacionado con el deporte y por los valores que permite adquirir, se armoniza con unos contenidos obligacionales, permitiendo, en ese entrelazamiento derecho-deber, que la persona alcance un mayor grado de responsabilidad (asunción y gestión de riesgos; gestión y solución de los conflictos).

1 Para la mayoría de ciudadanos de la Unión Europea el *dopaje* es el principal aspecto negativo del deporte (72 %); a continuación: el *énfasis excesivo al dinero* (55%) y la *corrupción* (41 %), y la *violencia* (32%). Fuente: *Special Eurobarometer 213* “Citizens of the European Union and Sport”. Fieldwork October-November 2004.

2 Todas ellas son desviaciones de gran dimensión como para justificar desde un tratamiento normativo específico (representado con 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* y con la *Ley 19/2007, de 11 de julio, contra la violencia, el racismo, la xenofobia y la intolerancia en el deporte*) hasta “ventanillas” administrativas de atención especial. www.csd.gob.es En esta web del Consejo Superior de Deportes, figura un “buzón” para formular denuncias por causa de la práctica de la violencia, el racismo o la xenofobia.

Los Poderes Públicos asumen por mandato constitucional la labor de colaboración, defensa y aseguramiento de la práctica deportiva; y se comprende este deber exigido con el general y preliminar pronunciamiento que inaugura el articulado de la Constitución, configurando el Estado Social y, por ende, comprometido con un referente antes que con una *razón de Estado*. Y así, se armoniza la actuación pública con la iniciativa privada, desde la apuesta por una economía de mercado y libertad de empresa (*ex art. 38 CE*), confiando en la sociedad civil en general y en los agentes operadores que se pueden reconocer la titularidad y gestión de la organización y explotación de la práctica y eventos deportivos.

El Estado, está compelido a la actividad de fomento, y los particulares, al emprendimiento y gestión de la empresa deportiva. Sin embargo, según la Constitución Española, el Estado, además de social, democrático y de Derecho (*ex art. 1 CE*), se conforma como un territorialmente descentralizado y así llamado *Estado de las Autonomías*. Por tanto, cuando se hace un llamamiento a los Poderes Públicos, se tendrán que entender sujetos al cumplimiento del deber constitucional todo ente público con competencias en la materia deportiva (Título VIII de la Constitución, *art. 148*, “*Las Comunidades Autónomas podrán asumir competencias en las siguientes materias: 19ª Promoción del deporte y de la adecuada utilización del ocio*”).

Antes de avanzar en la positivización de esta materia jurídica se ha de abrir el análisis en varias direcciones: una primera, para razonar sobre la consideración del deporte como fenómeno social y, luego, poder explicar que ese impulso e impacto social constituye una fuente de conflictos de intereses, que demanda soluciones jurídicas. Por ejemplo, en lo relativo a su realización misma, con unas particularidades que van desde la consideración de unas vinculaciones laborales especiales a la gestión de los derechos de imagen; y, en lo relativo a su organización, determinando un mapa administrativo y regulando las sociedades deportivas. Por demás, en estos extremos, *ad exemplum* relacionados, encuadrados en la gestión y en la organización, no se agotan los desarrollos normativos especiales que van consolidando un Derecho del Deporte, resultando también gráfica y relevante la apuesta necesaria, en el ámbito de la Justicia Deportiva, por mecanismos de solución extrajudicial de conflictos, impulsando sobre todo la mediación y el arbitraje³.

Claves jurídicas que hablan, de cara a una fijación de las competencias públicas y de la iniciativa privada, de una necesaria interdisciplinariedad para canalizar los desarrollos normativos que el referente constitucional precisa con una regulación de naturaleza plural que será administrativa, mercantil, laboral, civil⁴. Y, si además se

3 Siguiendo el movimiento europeo ADR que se fue concretando en textos tales como la *Directiva 2008/52 CE* del Parlamento europeo y del Consejo de 21 de mayo de 2008, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles.

4 El Derecho deportivo es una materia afectada por los distintos sectores del Ordenamiento Jurídico,

sigue el fenómeno social en su acelerada dinámica, se precisará de un Derecho que responda a la complejidad y a la novedad, como puede ser, en el lado del espectáculo a un público sobredimensionado que lleva a hablar de *deportes de masas* y, en el lado del deportista, desarrollando una actividad que frecuenta hasta profesionalizarla o que innova y lleva a la sofisticación y conquista de retos, hasta hablar de *deportes extremos*. Todo ello, como respuesta al llamamiento universal para la práctica y seguimiento del deporte que debe ser masivo, interesando a todos –y así rentable–; y como manifestación de la evolución misma de la persona que se asume como compleja, sofisticada⁵ y que se tiene que asumir que discurra por derroteros nuevos, donde el atractivo esté en la aventura e incluso en el peligro que tantas nuevas sensaciones aporta, por la curiosidad de experimentar en escenarios de mayor estrés.

Volviendo al *punto 3 del art. 43 CE*, el tratamiento del Deporte ha de seguir razonándose en esta parte preliminar según el entrelazamiento necesario que el citado artículo ofrece: ligado a la salud, a la educación y al ocio. Y es que esa formulación no puede entenderse inocua sino expresión de una lógica jurídica y de un cuadro de valores informadores.

En efecto, la bondad del deporte, y de ahí la exigencia de garantizar su realización, se encuentra en su carácter saludable⁶; a tal fin, se ha de formar a la persona en su práctica, insertándolo en el currículum formativo básico; y, como corrector de otros ámbitos menos saludables, se entiende la necesidad de complementar el trabajo profesional con un tipo de ocio saludable⁷ que se ofrezca vinculado al deporte.

Por demás, la ordenación jurídica no tiene por qué traducirse en la compresión en una *panrreglamentación*, recordando la inclinación constitucional por la iniciativa y empresa privada; y vinculando el deporte con el cuadro de derechos fundamentales que relaciona la Constitución misma: libertad del individuo, derecho a la integridad física y moral, educación y desarrollo de su personalidad, teniéndose que tomar partido

y la especialidad está en la fiscalidad del deportista, la contratación laboral especial, la responsabilidad civil derivada de los riesgos en el deporte, etc. Esa conclusión invita a generalizar el estudio del Derecho deportivo en la formación básica del Grado en Derecho: DE LA TORRE OLID, F. “Bolonía, una oportunidad para el Derecho Deportivo”, F. Rev. Cultura, Ciencia y Deporte, nº 17

5 Para la LOMCE, *La Ley Orgánica 8/2013, de mejora de la calidad del sistema educativo*, en la nueva sociedad “*más abierta, global y participativa demanda nuevos perfiles de ciudadanos y trabajadores, más sofisticados y diversificados, de igual manera que exige maneras alternativas de organización y gestión en las que se primen la colaboración y el trabajo en equipo, así como propuestas capaces de asumir que la verdadera fortaleza está en la mezcla de competencias y conocimientos diversos*”. www.boe.es

6 “La circunstancia de que la disposición que establece el deber de fomento del deporte es un apartado del precepto donde se reconoce el derecho de todo ciudadano a la protección de la salud (...) la protección de la salud (...) sólo se puede lograr mediante el deporte activo y cuanto más extendido mejor, es decir, mediante el deporte popular”. STS, de 23 de marzo de 1988

7 El artículo 24 de la *Declaración Universal de los Derechos Humanos* dispone que *Toda persona tiene derecho al descanso, al disfrute del tiempo libre, a una limitación razonable de la duración del trabajo y a vacaciones periódicas pagadas*.

por la autonomía frente a la heteronomía. Así se comprenderán soluciones de rango jurídico informadas, para el fomento, desde una libre convocatoria de eventos, el patrocinio de la empresa deportiva, la apertura de centros, estadios, gimnasios, hasta, en respuesta a la siniestralidad, una afirmación de la doctrina de la asunción de riesgos.

El referente constitucional no se agota en los preceptos citados sino que, consecuencia de la relación necesaria del deporte con otras realidades, habrá que conciliar la regulación especial con la dada para esas otras materias, que también cuentan con su reseña en la Constitución: la ordenación territorial *-ex art. 47 CE-* (a partir de la proclamación constitucional de asegurar el aprovechamiento general de todo desarrollo y urbanístico, garantizando la participación en las plusvalías, garantizando suelos como espacios para dotar de infraestructuras, dentro del diseño de la ciudad y en la elaboración del Planeamiento urbanístico), la preservación del medio ambiente *-ex art. 45 CE-* (asegurando su disfrute y evitando un impacto negativo del deporte en la naturaleza, al tiempo que facilitar el medio natural como sede idónea de ese desarrollo deportivo), la protección de la cultura *-ex art. 44 CE-* (y mantenimiento de disciplinas que han distinguido a un pueblo, según una tradición asentada en los recursos, medios de producción, climatología y tantos otros caracteres influyentes); o la tutela de los intereses de los consumidores *-ex art. 51 CE-* (en tanto se confía la práctica deportiva a utensilios y material que, en función de esa tecnificación y desarrollo, exige considerar al deportista como usuario digno de esa creciente tutela jurídica). Y no se agotan los referentes constitucionales a concordar sin citar, implicando para ello el estímulo del deporte como medio idóneo, el *art. 49 CE*, al mandar la realización de políticas de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos; así como el *art. 50 CE*, que manda promover el bienestar de la tercera edad, atendiendo sus problemas específicos de salud, vivienda, cultura y ocio. Y se completa una referencia constitucional y, con ella, un marco normativo para confirmar el llamamiento universal de la población al deporte, con el *art. 48 CE*, al promover la participación de la juventud (fundamento para impulsar el asociacionismo juvenil, tan necesario para la organización del deporte).

Por tanto, a la formulación sintética anterior, se ha de añadir que el deporte se tendrá que materializar en armonía con otros intereses de rango constitucional, evitando que en su impulso se olviden valores como la sensibilidad medioambiental o que se ordene de modo tan extremo y garantista de otros valores como la seguridad y que se acabe admitiendo su control excesivo a costa, incluso, de los derechos fundamentales.

Y, finalmente, es preciso comprender que al situar al Estado español en la comunidad internacional, con vocación e integración supranacional europeísta, se ordenará el deporte según una reglamentación transnacional y universal. Y se ha de considerar también la recepción de inmigrantes que, a través del deporte, acceden a una más pronta y plena integración.

Así se recoge en el *Tratado de Lisboa*⁸ en lo que supone de conformación de un título competencial para que se desarrolle el Deporte de forma armónica en ese escenario transfronterizo. Concretándose en el *art. 165*, además de la referencia genérica del *art. 6*⁹, que dispone en el punto 1 de aquel que “*La Unión contribuirá a fomentar los aspectos europeos del deporte, teniendo en cuenta sus características específicas, sus estructuras basadas en el voluntariado y su función social y educativa*”; y, en el punto 2 se añade que la Unión se encaminará a: “*desarrollar la dimensión europea del deporte, promoviendo la equidad y la apertura en las competiciones deportivas y la cooperación entre los organismos responsables del deporte, y protegiendo la integridad física y moral de los deportistas, especialmente la de los más jóvenes*”.

Desde esta perspectiva jurídica, constitucional y fundamentada en el derecho europeo, el deporte constituye una manifestación del hombre libre, en su individualidad y en la dimensión social de la persona –que es propia de su naturaleza, ya que la dignidad y esencia del ser humano se acota constitucionalmente según esa dimensión social¹⁰–; es, además, un medio idóneo de ayudar a la mejora en su logro y mantenimiento de la autonomía (regla que ha de primar en Derecho antes que la apuesta por la heteronomía limitativa de libertad), y así se consolidará también el deporte, por ejemplo y de forma decisiva, como medio que la persona discapacitada ha de usar para ganar en su autonomía y capacidad, como también es notorio que contribuye el deporte a la política de reinserción de la persona privada de su libertad. Es el deporte una manifestación de la actividad de la sociedad civil, de su participación tan necesaria según los repetidos llamamientos constitucionales (*ex arts. 9 y 23 CE*). Todo ello permite entender una proclamación jurídica primera dirigida y decidida a su fomento y que el mismo se desenvuelva principalmente desde la organización social, articulada en el asociacionismo (que ya se ha destacado como derecho fundamental constitucionalmente proclamado en el *art. 22 CE*)¹¹.

8 Se ha adolecido hasta 2009 de una política Europea del Deporte, cuando se dotó la Unión Europea de un texto de derecho originario fijando la competencia europea en materia deportiva; hasta ese año, solo se aludió en el Tratado de Ámsterdam de 1997, en su Declaración relativa al Deporte, a unas líneas maestras de acción en cuestiones deportivas. Fue con el *art. 165* del Tratado de Reforma de Lisboa, cuando se positiviza el título competencial. TUNÓN, J.: “La incorporación del Deporte al Tratado de Lisboa”, *Revista Aranzadi de Derecho de Deporte y Entretenimiento*, nº 29, 2010-2, págs. 79-80.

9 En el *art. 6* del *Tratado de Reforma de la Unión Europea de Lisboa* se dispuso que “*La Unión dispondrá de competencias para llevar a cabo acciones con el fin de apoyar, coordinar o complementar la acción de los Estados miembros. Los ámbitos de estas acciones serán, en su finalidad europea: e) la educación, la formación profesional, la juventud y el deporte*”

10 No en vano la relación de derechos fundamentales se completa en la Constitución –*arts. 10 y 14 a 29 CE*– trascendiendo la individualidad para proyectar necesariamente a la persona en distintos ámbitos como el familiar, el laboral, el asociativo...

11 “Partiendo de la consideración del deporte como un fenómeno social, debe admitirse que el mismo carece de virtualidad allí donde no existe asociacionismo deportivo”: ESPARTERO, J.: “Derecho de asociación y clubes deportivos: un apunte relativo a su regulación y sobre el alcance de la intervención judicial en la

2. Valoración del tratamiento del deporte junto a la salud, la educación y el ocio

El deporte se trata conjuntamente con otras materias concurrentes, sea por su despliegue en el ámbito urbano, mereciendo la planificación urbanística una reserva de dotaciones para usos deportivos; sea por su desarrollo en el espacio natural, exigiendo conciliar la protección del medio ambiente con el impacto de la actividad física.

Donde no hay tratamiento unificado, por una posible concurrencia de realidades, sino que el entrelazamiento se hace en origen, con ocasión de formular el tenor del art. 43 CE, es en el deporte en su relación con la salud, en su preservación o recuperación. Resultando evidente que la medicina preventiva, antes que la curativa, ya invita a difundir el deporte como práctica saludable que, solo en costes, ya representa un abaratamiento y eficiencia del Sistema de Salud¹².

No sólo se liga al deporte con la salud, sino que también está íntimamente relacionado con la educación; la adquisición de hábitos saludables y la capacidad de gestionar el propio tiempo ocio a través de actividades físico deportivas, es fundamental para el crecimiento y maduración del individuo. En este sentido, la asignatura de educación física es fundamental, ya que es base de una formación en valores que redunde en la mejora de la sociedad a través de las enseñanzas adquiridas a través de la práctica deportiva. Y siempre con el control y evitación de abusos y desviaciones (dopaje, violencia, amaños, etc.), debiendo ser el deporte y la educación física los garantes de un modelo educativo que ha de prevenir cualquier riesgo de pervertir sus valores intrínsecos: solidaridad, compañerismo, búsqueda de la excelencia, deportividad, camaradería, espíritu de superación y sacrificio, etc.

Lo que resulta relevante es enseñar el uso del tiempo libre en la dedicación a un ocio activo, autotélico, positivo y creativo, que concilie la autonomía normativa relativa al deporte (Ley del Deporte, por más señas y concreción primera) con la legislación relativa a la salud, al ocio y a la educación. En este sentido, la *Ley 8/2013, de mejora de la calidad del sistema educativo* contiene la siguiente norma: *“Las Administraciones educativas adoptarán medidas para que la actividad física y la dieta equilibrada formen parte del comportamiento infantil y juvenil. A estos efectos, dichas Administraciones promoverán la práctica diaria de deporte y ejercicio físico por parte de los*

resolución de sus conflictos asociativos”, *Revista Aranzadi de Derecho de Deporte y Entretenimiento*, nº 29, 2010-2, págs. 68-69.

12 Esta inquietud se va concretando, desde un compromiso político firme que informa las prioridades gubernamentales (la crisis económica ha evidenciado la dificultad de un Sistema de Salud público, universal y gratuito; cuya viabilidad, además de por “recortes”, pasa por la apuesta por la prevención). Así, en la web del Consejo Superior de Deportes, se publicita el programa “España se Mueve”, que tiene como objetivo promover hábitos de vida saludables en la sociedad española, a través del fomento del deporte y la actividad física para mantener una vida activa y dinámica desde la infancia. Fuente: www.csd.gob.es

alumnos y alumnas durante la jornada escolar, en los términos y condiciones que, siguiendo las recomendaciones de los organismos competentes, garanticen un desarrollo adecuado para favorecer una vida activa, saludable y autónoma”.

Basta la lectura de esta disposición para comprobar cómo se mantiene la exigencia que se les impone a los Poderes Públicos, en particular a la Administración educativa, para garantizar hábitos saludables. Como se concreta la necesidad de asegurar la práctica del deporte en la población infantil y para que, además de ganar su efecto en esa etapa, crear el uso y costumbre de una buena ocupación.

El Estado debe tomar en cuenta que el juego, la recreación y el deporte, además de ser un derecho – *Convención sobre los Derechos del Niño* –, son maneras eficaces de acercarse a los menores de edad marginados, discriminados, huérfanos, a los que tienen limitaciones mentales o físicas, a los que viven o trabajan en la calle, a los que son víctimas de explotación sexual.

Según la publicación de UNICEF “Deporte, Recreación y Juego”, el deporte, la recreación y el juego fortalecen el organismo y evitan las enfermedades, preparan a los niños y niñas desde temprana edad para su futuro aprendizaje, reducen los síntomas del estrés y la depresión; además mejoran la autoestima, previenen el tabaquismo y el consumo de drogas ilícitas y reducen la delincuencia.

Armonizar la normativa regulador de la salud y del deporte conduce a la invocación de la *Ley General de Sanidad (Ley 14/1986)* que, en su *art. 19*, propone la coordinación y así en su punto 2. *Las autoridades sanitarias propondrán o participarán con otros Departamentos en la elaboración y ejecución de la legislación sobre: j) El medio escolar y deportivo.*

En la página web del Consejo Superior de Deportes se contiene el Estudio sobre hábitos deportivos de la población escolar en España: *“El proceso educativo tiene la misión de construir unas bases sólidas para el conocimiento y la realización personal y profesional, y la práctica de actividad física y deportiva forma parte fundamental, con todo su potencial indiscutible de valores y beneficios, de esta etapa de la vida.*

La relación entre la actividad física y la salud está plenamente demostrada por numerosos estudios científicos que, entre otras conclusiones, revelan la incidencia positiva del ejercicio físico en la prevención de la obesidad, y los efectos negativos del sedentarismo en la salud”.

3. La exigencia constitucional a los poderes públicos de fomentar el deporte

La repetida referencia al deber que impone la Constitución a los Poderes Públicos pasa por comprender un protagonismo ganado por la Administración en el fomento del deporte, desde la titularidad misma de infraestructuras deportivas y de su gestión, así como también en la organización de eventos y otras realizaciones del fenómeno.

Esta iniciativa pública puede ser una fórmula de concreción del deber de fomento, si bien no es la única opción, en tanto se puede optar por una iniciativa pública o por una iniciativa privada. Aquella, es más lógica cuando se trata de hacer valer un interés general o de atender un servicio público; y ésta es, más apropiada cuando se entiende el deporte como objeto social de una empresa que, conforme a la economía de mercado, propicia que su titularidad esté residenciada en la empresa privada.

Además, la crisis económica que atraviesa España ha puesto de manifiesto la precariedad de confiar en la iniciativa pública; se hace necesario desvincular el deber de promoción con la asunción del protagonismo de los Poderes Públicos en la titularidad y gestión de las infraestructuras deportivas. Bien es verdad que habiéndose configurado desde la Constitución un Estado tan complejo se comprende que esa labor de fomento se haya conducido más por la inversión, organización y gestión pública.

En Derecho Administrativo, al describir las formas de actuar la Administración, se distinguen, por razón de los fines o sectores, tres formas de la actividad administrativa: actividad de policía, fomento y servicio público – aparte de la actividad sancionadora y la arbitral, en tanto no encajen en la meramente limitativa de policía.

Empero, tiene que darse el fomento público, aunque en la iniciativa habrá que considerar la pública y la privada: la pública desde la prestación de los servicios públicos, la privada en la gestión del servicio público por concesión; la pública, en la empresa deportiva gestionada como empresa privada, y la privada, en la empresa deportiva de titularidad y gestión privada. Va a depender de la consideración de la manifestación deportiva como servicio público e, incluso en este supuesto, si se analiza desde una ideología más liberal, no habrá que limitar el concesionar su explotación a la empresa privada¹³.

El deporte se puede estimular desde la más particular, espontánea y doméstica inquietud (cuando varios amigos se convocan para salir en bicicleta), o desde la empresa más compleja e incluso costosa (como ocurre en unos juegos olímpicos); en todo caso, se estará pudiendo reconocer la actividad pública en una labor meramente colaboradora (de ordenar el tráfico con el respeto a la vía verde o de reservar espacios de desarrollos urbanísticos para que el particular se anime a la construcción de instalaciones y que, además, la labor constructiva se vea también estimulada con una fiscalidad atractiva). Entonces, la iniciativa pública puede limitarse, se puede apostar por un modelo más liberal; algo diferente a aquella manifestación del deporte como servicio público, en cuanto se trate de disciplinas poco interesantes para el mercado o se trate de ámbitos en los que se exige prestar junto con otro bien jurídico: salud, educación, por ejemplo y sobre todo. Lo que sí habrá que lamentar es que la actividad pública se despliegue a todas costa y para aquella manifestación deportiva en la que

13 “Bajo el imperio de la ideología liberal se impuso el dogma de la incapacidad del Estado para ser empresario y satisfacer la exigencias que en ocasiones se le presentan para la organización de servicios que suponen explotaciones industriales, se acudió a la técnica de la concesión”. GARCÍA DE ENTERRÍA, E.: *Curso de Derecho Administrativo*, Vol. I, Cívitas, 1987, pág. 39.

la empresa está asegurada. Por el contrario hay que celebrar que la dinamización del deporte venga estimulada desde la Administración y para atraer esa iniciativa privada.

El programa *España Compite* del CSD, que se publicita en su página web, resume su objetivo en atraer a pequeñas y medianas empresas a la labor de mecenazgo deportivo. Con ello, en un escenario político de gobierno del Partido Popular, se está, en efecto comprobando una inclinación por el mayor protagonismo de la empresa privada, interpretando entonces el mandato constitucional como creación de escenario de libre mercado más incentivado que intervenido.

En cualquier caso, por la significación de la materia deportiva en su íntima conexión con la educación, salud y desenvolvimiento de la personalidad en su autonomía y en su sociabilidad, toda empresa deportiva pasa por situar el referente humano y social sobre cualquier otro impulso o exceso que pueda venir desde el mercado, primando el capital, o que pueda provenir de la Administración, encorsetando en la reglamentación toda manifestación deportiva, o logrando un inventario de infraestructuras a golpe de inversión pública. Es por ello que se hace oportuno relacionar la Gobernanza con la actividad deportiva, exigiendo un buen gobierno en el deporte desde la responsabilidad social corporativa, la calidad, la precisión y la simplicidad normativa, y la eficacia. En suma: mejores políticas, mejores regulaciones y mejores resultados¹⁴.

Los Poderes Públicos en España están obligados a fomentar el Deporte, asumiendo un compromiso de coordinación estatal y supraestatal, siendo reprochable que también en el Deporte haya manifestaciones separatistas (internas, en el territorio español de las Autonomías; o externas, en la Unión Europea). Los Poderes Públicos han de estimular el protagonismo de la sociedad civil en la esfera privada, fomentar el asociacionismo sin mayores rasgos que lo separen de su modelo común; como también se habrá de incentivar la iniciativa emprendedora, hasta el punto de confiar al mercado, con los incentivos necesarios, sobre todo de índole fiscal, el desarrollo de la empresa deportiva; garantizando un protagonismo público en aquella manifestación del Deporte propia o encuadrada entre los servicios públicos que resulte, per se, menos atractiva o antieconómica para la titularidad y gestión privada.

En suma, cabe hablar de varias líneas de estímulo y fomento del deporte: en lo personal, en lo social y en lo económico; como medio de desarrollo y desenvolvimiento de la personalidad (vinculado a la integridad física y moral, contenido en la educación necesaria para adquirir unos valores y madurar en la responsabilidad, con resultados esperados en el esfuerzo, en la superación y en la asunción y gestión de los riesgos); vehicularlo con el asociacionismo privado como motor de la organización del Deporte (impulsando el modelo común de asociacionismo y superando las restricciones a ese derecho fundamental que se mantienen con la vinculación al club que, a su vez, se

14 PARDON GONZÁLEZ, M.: "La Gobernanza en el Deporte", *Revista Aranzadi de Derecho de Deporte y Entretenimiento*, nº 32, 2011-2, págs. 23-25.

inserta en la estructura federativa); y desarrollarlo confiando en la empresa privada como titular preferente de la actividad deportiva que ha de generar los recursos para viabilidad. Así, en este punto, toca referir la compatibilidad con un régimen de ayudas públicas, aunque advirtiendo de los riesgos y quiebra de la competencia¹⁵, que un exceso en esa subvención o “rescate” puede producir.

El liderazgo de la empresa privada se ha ido consolidando en España a favor de la empresa privada, que da nombre a la liga Endesa, BBV, el padok del Santander, consolidándose una imagen de ciertos deportes ligada a determinadas empresas.

4. Conclusiones

Primera. El tratamiento del deporte como materia de especial relevancia que merece una especial tutela jurídica se consolida con su referencia en sede constitucional; al tiempo de comprender que, en coherencia con tal tratamiento en tan alta fuente, se siga con la consideración que también se hace en textos fundamentales de ámbito internacional y supranacional, al estar integrado el Estado Español en la Comunidad Internacional y ser miembro de la Unión Europea, por lo que, si lo primero exige armonización para implantar políticas comunes, acordes a los principios y fundamentos universales; lo segundo acaba planteando, por cesión de soberanía, un común título competencial.

Segunda. Se plantea como oportuno un plan de exposición que razona el encuadramiento de la materia en el texto constitucional, como expresión de un cuadro de valores y principios informadores del Derecho; entendiéndose necesario comprender la fijación en el articulado concreto con el entrelazamiento con otras materias que se proyectan o refieren a bienes jurídicos que concurren en la realidad material, como la salud y la educación, y aprovechan y refuerzan su particular tutela con la protección jurídica de ese variado elenco.

Así el deporte se ordena jurídicamente, más allá del Principio Rector que expresamente lo fija en el articulado, en el contenido mismo del haz de facultades de una diversidad de derechos subjetivos ya que se ha de entender como medio y manifestación de una realización de la persona, preservada en su dignidad e invitada a una realización libre y posibilitadora de su autonomía y socialización. Una persona que se educa en valores y que ejerce sus derechos con la responsabilidad de sus riesgos, por lo que, a través del deporte, desde temprana edad se forma el sujeto de Derecho en su autogobierno responsable.

15 En este punto es particularmente clarificador el estudio de Descalzo que advierte de las alteraciones que puede producir en el mercado un deficiente control sobre las ayudas públicas al deporte. DESCALZO GONZÁLEZ, A. “Algunas notas sobre la incidencia de las ayudas públicas en las actividades deportivas” *Revista Aranzadi de Derecho de Deporte y Entretenimiento*, nº 32, año 2011-2, págs. 115-133.

Tercera. La protección jurídica abre una reflexión de carácter ideológico que se ha de abordar para razonar una opción más liberal o estatal, en cualquier caso comprometida con el referente social hasta poder entender, en la alternativa, la línea más acorde tendente a la promoción del deporte, su defensa y ordenación.

Y, en esta reflexión, se razona a favor de una Gobernanza en el Deporte, para dar estabilidad a la actividad que no puede decaer ni estar a resultas de una política determinada, ni de una coyuntura económica, sino que ha de mantenerse a base de un equilibrio entre el papel del Estado, la sociedad civil y el mercado ordenador de una economía; no se puede primar la iniciativa pública, en tanto la apuesta constitucional es: a favor de la persona y de respeto a su autonomía; con la consideración del deporte como fenómeno social de creciente relevancia, que pasa por una organización confiada al asociacionismo; y a favor de la empresa privada en la contemplación idónea del libre mercado como escenario en el que desenvolverse la economía, con transparencia en los incentivos públicos y con control en el régimen de ayudas públicas para evitar quebrar la competencia.

Referencias

- » De La Torre Olid F. (2011) “Bolonia, una oportunidad para el Derecho Deportivo”. *Rev. Cultura, Ciencia y Deporte*, 17.
- » Descalzo González A. (2011). “Algunas notas sobre la incidencia de las ayudas públicas en las actividades deportivas”. *Revista Aranzadi de Derecho de Deporte y Entretenimiento*, 32, 2.
- » Espartero J.(2010). “Derecho de asociación y clubes deportivos: un apunte relativo a su regulación y sobre el alcance de la intervención judicial en la resolución de sus conflictos asociativos”. *Revista Aranzadi de Derecho de Deporte y Entretenimiento*, nº 29, 2.
- » García de Enterría E. (1987). *Curso de Derecho Administrativo*. Vol. I. Madrid: Civitas
- » Pardo González M. (2011).“La Gobernanza en el Deporte”. *Revista Aranzadi de Derecho de Deporte y Entretenimiento*, 32, 2.
- » Sánchez Pato A., Mosquera González M^a.J. (2011). *Tratado sobre violencia y deporte*. Sevilla: Wanceulen.
- » Tuñón J. (2010) “La incorporación del Deporte al Tratado de Lisboa”. *Revista Aranzadi de Derecho de Deporte y Entretenimiento*, 29, 1.

> El deportista como figura moral de nuestro tiempo *

Francisco Javier López Frías

Universidad de Valencia

francisco.javier.lopez@uv.es

Resumen

El atleta siempre ha sido considerado como un personaje con el poder de influir sobre el comportamiento de los individuos. Como mostraré, este poder de influencia se le concede en base a su comportamiento en el terreno de juego, así como por las habilidades y virtudes puestas en prácticas a través de su actuación deportiva. Sin embargo, esto ha cambiado en los últimos tiempos, la gente admira aquello que los atletas realizan fuera de los terrenos de juego, es decir, lo que hacen en sus vidas diarias. Lo cual implica que ellos se convierten en ejemplares morales cuya responsabilidad excede bastante el terreno en que están especializados. En este artículo, trataré de dar mi opinión al respecto discutiendo con aquellos que están a favor y en contra de considerar al atleta como un modelo a seguir.

Abstract

Athletes have always been regarded as special social characters with the power to influence people's behavior. As I shall show, this power of influence is given to the athletes on the basis of their behavior on the field as well as on the skills and virtues displayed in their sporting performances. However, this has changed, people now admire what athletes do off the field, that is to say, what they do in their everyday life. This implies that athletes are regarded as moral exemplars whose responsibility far exceeds their area of expertise. In this paper, I shall discuss with those who argue for and against the consideration of the athlete as a role model in order to give my personal opinion on the topic.

* Este estudio se ha llevado a cabo durante la realización de la Ayuda Richard Rorty otorgada por el Instituto Franklin de Investigación en Estudios Norteamericanos de la Universidad de Alcalá de Henares.

Palabras clave:

ética, filosofía, deporte, deportista, modelo a seguir.

Key words:

ethics, philosophy, sport, athlete, role model.

«Una misma es la raza de los hombres, una misma la de los dioses, y de una misma madre (nacidos) alentamos unos y otros. Pero nos separa un poder todo diverso, por modo que nada es la una, mientras el cielo bronceo permanece siempre en asiento seguro. Pero en algo, con todo, nos acercamos — sea en nuestro espíritu, sea por naturaleza— a los Inmortales, aunque ni durante el día ni en la noche sabemos nosotros hacia qué meta nos prescribió correr el Destino. »
(Píndaro, 1984, pp. 242-243)

1. ¿El único héroe de nuestras sociedades?

Afirmaba Alasdair MacIntyre, en su famoso *Tras la virtud*, que podemos comprender la moral propia de cada época identificando cuáles son los personajes morales centrales de cada una de ellas. A su juicio, los protagonistas morales de nuestro tiempo son el esteta, el terapeuta y el gerente. Éstos ejemplifican el espíritu moral, que él denomina como emotivista, de nuestras sociedades modernas, a saber, el del afán instrumental que trata de organizar del modo más eficiente los medios de que disponemos con el fin de alcanzar nuestros fines individuales, independientemente de cuáles sean éstos.

Siguiendo esta propuesta, la filósofa española Adela Cortina afirma que uno de los caracteres morales clave de nuestro tiempo es el deportista (Cortina, 2012). Ciertos personajes relevantes en nuestro mundo deportivo que han reflexionado sobre el papel del deporte en general y del fútbol en particular, como Eduardo Galeano (1995) o Jorge Valdano, han defendido esta misma posición. Así, por ejemplo, este último afirmaba en una reciente entrevista que “en la sociedad actual no hay más héroes que los deportistas” (González, 2012). De hecho, la XI encuesta *Qué quiere ser de mayor* realizada por la fundación Adecco a niños y niñas españoles de entre 4 y 16 años muestra que el 36,5% de los niños quieren tener un trabajo relacionado con el deporte, especialmente, futbolistas (26,7%).

Sin embargo, esta relevancia moral del deportista no parece exclusiva de nuestro tiempo. En todas y cada una de las épocas de la Humanidad, la figura del deportista ha

transcendido el terreno de juego, y ha servido para transportarnos más allá de nuestras vidas terrenales y mostrarnos un modelo a seguir. Podemos decir que el atleta siempre ha sido un ídolo secular que, de un modo u otro, ha sido capaz de captar y ejemplificar el espíritu moral de su época. Por ejemplo, como muestra la oda de Píndaro que da comienzo a este artículo, dado que los griegos pensaban que podían alcanzar la inmortalidad propia de los dioses a través del desarrollo de la mente o el cuerpo en un grado excelente—es decir, de la adquisición de *areté*—, el deportista suponía la encarnación más popular de persona que lograba impresionar a los dioses a través de la adquisición y disposición de su excelencia—la física en este caso. De este modo, el deportista personificaba la actitud ética esencial para los ciudadanos griegos: el coraje, la lucha, y el esfuerzo por la inmortalidad a través de la consecución de la excelencia¹.

Desde el cazador primitivo, pasando por el atleta griego, el gladiador romano, el caballero medieval, el deportista amateur, hasta llegar al deportista profesional actual, en todos ellos podemos encontrar una figura modélica “sobre-humana” capaz de inspirar a sus contemporáneos convirtiéndose en un *modelo a seguir* que ejemplificaba las virtudes y valores de su época (Amidon, 2012). Así, por ejemplo, en nuestro deporte utilizamos una gran cantidad de términos de origen religioso o heroico para referirnos a nuestros deportistas: la *mano de Dios*, *Casillas el santo*, o el *mesías* Messi (Arroyo Almaraz y García García, 2012).

2. El deportista actual: un cambio significativo

Como hemos mostrado en el apartado anterior, la figura del deportista tuvo siempre una gran trascendencia, influyendo en esferas que quedaban más allá del propio deporte, es decir, de los límites del terreno de juego². No obstante, en nuestro tiempo se le exige ir más allá, pidiéndosele ser ejemplo también fuera del terreno de juego, es decir, no sólo debe jugar bien y ser un profesional exitoso, sino también ser un modelo a seguir en global, un ejemplo moral también fuera del terreno de juego exhibiendo cualidades que no tienen nada que ver con su rendimiento deportivo. Esto supone una diferencia moral de gran calado con respecto a otras épocas, un cambio muy significativo, en lo que respecta a la concepción del deportista como modelo a seguir.

1 Del mismo modo, puede decirse que el gladiador romano era admirado en su tiempo porque suponía el arquetipo de aquel ciudadano que era capaz de enfrentar cualquier calamidad con el fin de salir victorioso, o también que el *amateur* inglés, con su amor por el deporte como actividad valiosa en sí misma, ejemplificaba los valores del trabajo duro, la modestia, la integridad, y la sobriedad que se deseaba en una sociedad industrial naciente como la Inglaterra del S. xix.

2 Como, por otra parte, no podría ser de otro modo, pues todo cuanto hacemos está inextricablemente ligado de modo que no puede realizarse una división de la sociedad en diversos compartimentos estanco, o prácticas sociales, independientes que la componen.

Así, por ejemplo, el controvertido periodista Dave Zirin (2013), afirma que los deportistas deberían dejar de ser simples marionetas, robots, o personajes caricaturescos al servicio del sistema—por ejemplo, de aquellos políticos que quieren utilizarles para ganar prestigio o de aquellas marcas deportivas que les emplean como medio para enriquecerse—, y desarrollar un rol mucho más participativo en la sociedad. Para ello, han de exceder los límites de lo puramente deportivo e involucrarse en aquellas causas que preocupan y afectan a esos mismos ciudadanos que les admiran, convirtiéndose con ello en fuerzas de cambio y revolución, tal y como, por ejemplo, lo fueron Mohammed Alí, Jack Johnson o Jessie Owens (Amidon, 2012, cap. 7) en lo que respecta a la lucha por los derechos de los ciudadanos afroamericanos.

Zirin aporta un caso reciente de este tipo de compromiso social en los deportistas actuales: el asesinato del niño afroamericano Trayvon Martin. Éste fue tiroteado por George Zimmerman, quien le consideró una amenaza por ser un niño negro que iba tapado con una capucha y que escondía algo voluminoso en su bolsillo: una lata de té helado. Prejuicios racistas explicarían la desmesurada reacción de Zimmerman, lo cual supuso un gran shock para la población norteamericana. En lo que concierne a nuestro tema de estudio, según Zirin, lo resaltable de este caso fue la reacción que se dio dentro del mundo del deporte profesional norteamericano. Por ejemplo, gran parte de los integrantes de los Miami Heat salieron a la cancha con mensajes de apoyo para la familia de la víctima y con proclamas exigiendo que se hiciera justicia. Estas acciones inspiraron a otros jugadores de la liga profesional de baloncesto norteamericana (NBA) como Carmelo Anthony, Steve Nash, y Will Bynum a realizar acciones similares, sobre todo, aprovechando el potencial que ofrecen las redes sociales como Facebook y twitter.

Ante este hecho, el debate en torno a la función ejemplarizante de los deportistas no tardó en surgir. Muchos criticaron a estos deportistas por poner en peligro sus contratos publicitarios al involucrarse en luchas que quedan más allá de su profesión. Este debate había surgido ya un tiempo atrás cuando algunos deportistas de élite, como Michael Jordan, Magic Johnson, o Kobe Bryant dieron su imagen para apoyar la campaña presidencial de Barak Obama. Sin embargo, estos atletas hicieron oídos sordos a quienes les criticaban considerando que resultaba más importante la sensibilidad y participación cívica que simplemente dejarse llevar por el materialismo reinante en nuestra sociedad y limitar el ejercicio de su profesión al cumplimiento de sus fines y objetivos internos. De este modo, el deportista ya no sólo supone un modelo a seguir para otros deportistas o, yendo algo más lejos, como consecuencia de las virtudes mostradas en su actuación deportiva, sino que se le exige algo más: ejemplaridad pública.

¿Cómo ha sido posible este protagonismo del deportista más allá del propio rendimiento deportivo? ¿Qué ha propiciado que no sólo sea un personaje que ejemplifica ciertas virtudes y habilidades deseables en nuestra sociedad, sino que,

además, se le exija ir más allá de ellas para convertirse en un referente moral en global, un *modelo a seguir*, un *caso de ejemplaridad pública*? El historiador Stephen Amidon trata de explicar este cambio apelando a la actual omnipresencia de los deportistas consecuencia de la expansión de los nuevos medios de comunicación, que no sólo facilitan a los seguidores el contacto con las hazañas deportivas de sus ídolos, sino que les permite seguir aquello que hacen fuera de los terrenos de juego. La expectación de ejemplaridad que se deposita en el deportista cuando está en el terreno de juego se transfiere, así, también a los momentos más privados, exigiéndole que toda su vida sea ejemplar. Se produce así el paso de, en términos del filósofo del deporte norteamericano Randolph Feezell, de una “concepción reducida” del deportista como modelo a seguir a una concepción amplia del mismo (Feezell, 2013; Feezell, 2005).

Por su parte, Federico Corriente y Jorge Montero explican este fenómeno de un modo muy distinto (Corriente y Montero, 2011, p.178). A juicio de éstos, en una sociedad eminentemente consumista y, en términos macintyreanos, emotivista, los individuos utilizan a los deportistas como medio para lograr aquellos objetivos que no son capaces de alcanzar por sí mismos. A través de la vinculación emotiva con su ídolo deportivo, el seguidor logra “alcanzar” sus sueños deportivos, conformándose con que otros con los que se identifica los logren en vez de tratar de buscarlos por sí mismo. De este modo, según Corriente y Montero, el deportista se convierte, más bien, en un elemento adormecedor de los individuos, falsificador de su identidad. Esto le desprovee de cualquier función pedagógica que se le pueda otorgar, pues ilustra todo lo contrario: el enmascaramiento de la realidad. Al convertirse en el medio por el que los individuos más desfavorecidos de la sociedad “alcanzan la felicidad” que sus condiciones de vida les niega, el deportista mantiene al público adormecido a través de ese circo que es el deporte—tal y como Juvenal ya expuso en su ya célebre expresión: *panem et circenses*, referida al uso que la República de Roma hacía de los juegos de gladiadores y las carreras de cuadrigas.

¿Cuál es pues el valor del deportista en el ámbito público en tanto que uno de los protagonistas de nuestra actualidad moral? ¿Es un factor adormecedor del pueblo, la encarnación de ese opio del pueblo del que tanto gusta hablar a los autores marxistas? ¿O, por el contrario, es, o deber ser, un modelo a seguir por los individuos? De ser así, ¿hasta qué punto ha de ser un ejemplo? ¿Sólo dentro del campo? ¿Más allá de él? No olvidemos que existe una gran diferencia entre, por un lado, pedir a los deportistas que inspiren a los individuos a través de aquello que es propio de su ámbito profesional y, por otro, pedirles ir más allá de lo que les es propio, con el fin de convertirlos en protagonistas del panorama moral de una sociedad. Esto último otorga una carga mayor en la relevancia pública del deportista y plantea un arduo debate ético, al igual que una reflexión sociológica muy interesante—pues conduce a preguntarse qué tipo de sociedad se encomienda a los deportistas como modelos morales a seguir y si de verdad queremos en el futuro un deporte y una sociedad de este tipo.

3. El deportista debe mostrar una vida ejemplar

Si bien la cuestión de la función ejemplarizante del deportista ha estado siempre presente en los debates relativos al valor pedagógico del deporte, Christopher Wellman es uno de los pocos autores que se ha encargado de analizarla de modo directo. Para ello, elabora un artículo en el que desarrolla un diálogo ficticio entre dos deportistas de élite que representarían cada uno de los dos bandos que podemos encontrar en este debate: los *escépticos* y los *ejemplaristas*³. Charles Barkley representa al primero, mientras que Karl Malone al segundo.

Aunque podríamos personificar estas posiciones en otros deportistas, como veremos más adelante, lo interesante de la elección de estos dos jugadores de la liga de baloncesto más conocida e influyente del mundo, la NBA, es que la discusión aconteció de modo real cuando Barkley, con el fin de defenderse de aquellos que le criticaban tachándole de ser un mal modelo para los niños—por mostrarse públicamente como un individuo con cierta tendencia al comportamiento violento al que le gustaba el alcohol y los bares—, afirmó que los padres eran los que debían dar ejemplo a sus hijos, no él, que simplemente era un deportista profesional. Karl Malone contestó a la postura de Barkley afirmando que jugadores como ellos, pertenecientes a la liga de baloncesto más importante del mundo, les gustara o no, eran inevitablemente un modelo a seguir para aquellos niños que les admiraban.

Como puede intuirse por la postura de Malone y Barkley, los escépticos defenderían que el deportista no es más que un profesional al que sólo debe pedírsele ser excelente en su trabajo, es decir, ser un buen jugador dentro de la pista. En este sentido, un buen deportista sólo ha de cumplir con aquellos bienes y objetivos que dan forma a su actividad propia, que en el caso del deporte es la competición y la victoria. De este modo, ser un modelo a seguir para el escéptico, podría incluso excluir el comportamiento moral dentro del ámbito del deporte, si ello ayudara al deportista a ser más competitivo y alzarse con la victoria. Por ejemplo, muchos jugadores que han desarrollado un comportamiento polémico desde el punto de vista moral han sido, y serán, modelos a seguir en lo que respecta a su rendimiento deportivo. Éste podría ser el caso del propio Barkley, Lance Armstrong, John McEnroe, o Zinedine Zidane⁴.

3 Estos términos han sido acuñados por Randolph Feezell.

4 Así, por ejemplo, el futbolista del Real Madrid Álvaro Arbeloa, en referencia a la rivalidad entre Real Madrid y F.C. Barcelona y a las críticas que se generaron en relación al mal ejemplo que se estaba dando en cada duelo que enfrentaba a ambos equipos, afirmaba que: “[a]hora se hace mucha incidencia en que tenemos que ser ejemplos para los niños. Yo no tengo que ser ejemplo para nadie. Tengo que ser ejemplo para mis hijos y punto. Nunca salgo al campo pensando en los niños. Ni pensando en hacer daño a nadie o queriendo lesionar. Soy jugador de fútbol y salgo pensando en lo mejor para mi equipo. Tuve un padre que cuando veíamos algo en la televisión me decía: «Mira, esto no se hace. Esto está bien y esto está mal.» (Jaboís, 2014).

Por el contrario, la posición ejemplarista afirmarí­a que el deportista posee una responsabilidad mayor en relación con el público, especialmente, con los niños, dada su omnipresencia en los medios y la interpretación heroica de su actividad; se ha convertido en un espejo en el que los jóvenes se miran a la hora de configurarse no sólo como atletas—faltaría más—, sino como personas. Así, se coloca una carga moral extra sobre él, pues se le pide, además de ser exitoso en su profesión, que se comporte de una forma excelente personificando aquellos valores y virtudes que consideramos valiosos y necesarios para nuestra sociedad, y evitando a su vez aquellos que podemos denominar como contra-valores o vicios que identificamos como negativos para la sociedad. Esta postura, como vimos en el primer apartado, también puede tener diversos grados. Bien puede exigirse al deportista que sea a) un ejemplo moral dentro de la del terreno de juego con su comportamiento⁵, o b) que lo sea de un modo global, es decir, más allá del terreno de juego y, siguiendo la afirmación de Barkley, fuera de las obligaciones que conlleva su profesión. No obstante, para un ejemplarista, una posición como la de Barkley, o Arbeloa, resulta egoísta y socialmente irresponsable.

Es relevante recuperar a Alasdair MacIntyre (2001) aquí porque, como una de las bases filosóficas sobre las que se asienta la filosofía del deporte actual (López Frías, 2011), muestra la ambivalencia del problema del que nos ocupamos. Para aclarar esta cuestión, es esencial aclarar al doble sentido del término “modelo a seguir”, pues, como ya vimos, puede interpretarse de modos muy distintos. No es lo mismo que el deportista sea un ejemplo a seguir dentro de su ámbito particular – siguiendo una concepción reducida del término –, a que se le considere – de un modo amplio – como un guía moral que muestra cómo hemos de llevar a cabo nuestras vidas, es decir, cómo debemos vivir o, al menos, de qué modo hemos de comportarnos en el ámbito público. Para evitar esta confusión y aclarar esta cuestión, Feezell propone distinguir entre “modelo a seguir” y “ejemplo moral” para referirse a cada uno de ellos. Y añade que no existe conexión necesaria entre ser un modelo a seguir y un ejemplo moral, a pesar de que realicemos esta transición de un modo muy sencillo en el deporte⁶.

5 Por ello, en el mundo de la pedagogía del deporte se opta por la prudencia de limitar la enseñanza moral al terreno deportivo, sin pretender llevarlo más allá. Un ejemplo de este tipo de propuesta está siendo llevado a cabo por la Fundación Real Madrid a través de su proyecto “la Tarjeta Blanca” (Gema Ortega et al, 2012; Durán González, 2013).

6 Lo mismo puede decirse de otras profesiones con un carácter esencialmente público como los profesores, los burócratas, o los hombres de estado.

4. El deportista profesional. Argumentos contra el deportista ejemplar

Parece bastante claro que los buenos deportistas deben ser modelos a seguir en lo que respecta al rendimiento de aquellos que quieren resultar exitosos en esta actividad. Así, quien quiera triunfar en el baloncesto debe tratar de jugar como Michael Jordan. Esto no plantea ningún problema filosófico, el cual surge cuando Jordan es tomado por otros como ejemplo de cómo han de vivir. Por lo tanto, la concepción reduccionista del modelo a seguir no plantea ningún problema ético, sino que lo problemático radica en la concepción amplia del deportista como ejemplo moral. Por ello, en este artículo utilizaremos el término modelo a seguir en el sentido de ser un ejemplo moral. Es decir, ambos términos serán sinónimos a no ser que se explicito lo contrario.

Claudio Tamburrini es uno de los autores que más duramente ha criticado la idea del deportista como ejemplo moral (Tamburrini, 2005). Según éste, al defender esta idea se exagera el peso moral que se otorga al deporte, en general, y al deportista, en particular. Primero, porque es dudoso que los valores que encontramos dentro de la práctica deportiva posean una función pedagógica y, por lo tanto, que los deportistas, en tanto que modelos a seguir, influyan de algún modo en los valores que rigen en la sociedad y motivan el comportamiento de los individuos. En segundo lugar, porque los deportistas no tienen por qué ser considerados como modelos a seguir por nadie, esa no es su función. Son profesionales cuyo objetivo es alcanzar la victoria en las competiciones físicas en las que participan. Detengámonos más en detalle ambos argumentos.

En primer lugar, Tamburrini podría estar en lo cierto en lo que respecta a que los deportistas poco tienen que ver con los valores y principios que rigen en la sociedad. Tal y como se ha mostrado en el ámbito de la pedagogía del deporte, no parece tan claro que los principios morales que encontramos dentro del deporte y que adquieren los deportistas tengan función alguna en el comportamiento que éstos poseen en el global de la sociedad. Así, por ejemplo, observamos deportistas que los terrenos de juego han de ser agresivos pero que, sin embargo, son todo lo contrario más allá de ellos. Un caso célebre de este tipo de deportista es Ndamukong Suh, jugador de los Detroit Lions de la Liga de Fútbol Americano (NFL) que no es sólo famoso por sus labores defensivas – que requieren altas dosis de agresividad –, sino también por sus acciones filantrópicas. En 2011 fue incluido en el sexto lugar de la lista de personajes famosos que más dinero donan a la caridad elaborada por la asociación *The Giving Back Fund*.

De hecho, como muestra Javier Durán, no sólo es difícil encontrar pruebas empíricas de que el desarrollo moral en el deporte contribuye a otro de tipo más general, sino que “son muchas las investigaciones que han evidenciado que los practicantes deportivos evidencian menores niveles de desarrollo moral que los no

practicantes (Durán González, 2011, p. 172)”. Aunque dentro de la filosofía del deporte nos gusta usar – y abusar de – las palabras de Albert Camus, según las cuales, el Premio Nobel de literatura afirma que: “después de muchos años en que el mundo me ha permitido variadas experiencias, lo que más sé, a la larga, acerca de moral y de las obligaciones de los hombres, se lo debo al fútbol” (Camus, 1957). No obstante, podría ser que el mundo lúdico que crea el deporte, tal y como había afirmado Johan Huizinga en su *Homo ludens*, genere una distancia tan grande entre la vida real y la deportiva, que los valores de la segunda tienen dificultades en verse aplicados en el día a día (López Frías, 2010).

En segundo lugar, Tamburrini también podría llevar razón en eso de que puesto que los deportistas son profesionales, sus obligaciones tienen que ver, al igual que las de cualquier otro profesional, alcanzar el nivel más alto de rendimiento posible dentro de su actividad. También Stephen Mumford afirma que no debemos otorgar demasiada responsabilidad moral a los deportistas (Mumford, 2008), pues no les compete. Al igual que esperamos de un fontanero que arregle nuestro sistema de conducción de agua del modo más eficiente posible, del deportista queremos que logre el mayor número de victorias posible, esa es su obligación y nada más. También Julian Savulescu, en referencia al problema del dopaje, se pregunta por qué debe exigirse a los deportistas algo que no se pide a ningún otro profesional (Savulescu, Foddy & Clayton, 2004) – ni siquiera a aquellos que también son modelos de la juventud como, por ejemplo, los cantantes. No se pide a un escritor o a un violinista ser modelos de excelencia para la sociedad.

Por su parte, Feezell apela a una de las enseñanzas más clásicas de la ética para criticar la imagen del deportista como ejemplo moral. Ya hace mucho que ésta nos enseñó que hemos de diferenciar aquello que las cosas *son* de lo que *deben ser*. Si lo hacemos caeríamos en la conocida como “falacia naturalista”, que afirma que no se puede derivar el debe directamente del es. Así, pues, el hecho de que los deportistas, de facto, sean modelos a seguir, no implica que, de hecho, deban serlo. Podría ser que los deportistas sean en realidad “ejemplares sin ejemplaridad” (Arteta, 2002) a los que hemos otorgado una función que no les pertenece, ni se adecua a su actividad.

En este sentido, afirma Feezell, forzar al atleta a ser un modelo a seguir o que pretenda ser algo que verdaderamente no es, le convertiría en una figura deshonesto, falsificadora de la realidad, que más que hacer un bien a la comunidad con su ejemplo estaría promoviendo desvalores tales como la deshonestidad o la falsedad. Así, por ejemplo, encontramos casos de deportistas que no siendo modelos a seguir ni dentro ni fuera de los terrenos de juego en su vida diaria, llevan a cabo de forma esporádica acciones que creen que los otros consideran valiosas con el fin de que se les considere ejemplares. Un ejemplo muy interesante de este tipo de conductas lo ilustra el futbolista italiano Mario Balotelli. Famoso por haber sido arrestado por conducir a muy altas velocidades por el casco urbano de varias ciudades – acumulando 11.000 € en multas

de tráfico –, quemar su casa mientras jugaba con fuegos artificiales, frecuentar fiestas y meterse en líos, así como también por su mala conducta dentro de los terrenos de juego. Este excéntrico jugador del A.C. Milán es, a su vez, famoso por recorrer haber recorrido un barrio marginal de Manchester e invitar a todos sus integrantes a cenar o dejar limosnas de cantidades superiores a los 200 euros.

Tratando de llevar más lejos este argumento de que los deportistas, en realidad, promueven desvalores, es decir, son todo lo contrario a modelos a seguir, Törbjörn Tännsjö defiende que éste no tiene por qué ser un modelo a seguir, sino que convertirle en un ejemplo moral es contraproducente porque expresa un sentimiento fascista y anti-democrático que ataca todo aquello que consideramos valioso en nuestra sociedad (Tännsjö, 1998). Según este autor, cuando admiramos a aquellos deportistas que están en la élite y que decimos que son modelos a seguir por nuestras sociedades, lo que está operando de fondo es la base de la ideología fascista según la cual hemos de alabar y admirar lo victorioso, lo fuerte y heroico. Como consecuencia se desprecia y rechaza lo débil del perdedor. Esto pone a aquellos que proponen al atleta como modelo a seguir en un verdadero aprieto, pues admirar a éste no hace más que promover aquellos valores que están completamente en contra de las bases morales sobre las que se asientan nuestras sociedades, que nos prohíben distinguir entre seres superiores – vencedores – e inferiores – perdedores –, pues todos, al fin y al cabo, merecemos el mismo respeto porque somos *iguales desde un punto de vista normativo*.

¿Quién está en lo cierto entonces? ¿Es el deportista un modelo a seguir legítimo en nuestra sociedad? ¿Será que éste no es – o al menos no debe ser – verdaderamente un modelo a seguir? ¿Por qué no percibirlos simplemente como protagonistas que generan fascinación por su papel dentro de un espectáculo que tiene sus propias reglas y límites? (Kobiela, 2014) ¿Es legítimo extender sus responsabilidades y otorgarles una función moral? ¿De ser así, no caemos en el riesgo de que ese modelo a seguir se torne en otra cosa, por ejemplo, en una figura falsa o promotora de valores que queremos erradicar de nuestras sociedades?

5. Una propuesta desde la facticidad de nuestras vidas

Afirma el filósofo español José Luis Aranguren que los seres humanos “somos inevitablemente morales” (Aranguren, 1979, parte I, cap. VII). De este modo, la moral es universal en un doble sentido. Por un lado, todos y cada uno de nosotros somos morales por naturaleza, por otro, los principios propios de la moral no pueden pretender más que ser universalizables, pues sólo tendrían validez si pueden ser aceptados por esa comunidad compuesta por los seres morales, es decir, por la comunidad humana (Cortina, 1996). Como discípulo de la filosofía de Xavier Zubiri, Aranguren se apoya en la antropología biológica para descubrir las raíces biológicas

de este comportamiento moral. A raíz de ella, afirma que el ser humano se caracteriza porque, como ser racional, concibe la realidad como algo que se le opone y a lo que debe dar respuesta con el fin, primero, de sobrevivir, y luego, de vivir como un ser humano se merece, es decir, vivir bien.

En este responder ante la realidad, el individuo no se encuentra al modo de la mónada leibniziana aislado del resto, sino que, como diría Heidegger, “está en el mundo con otros”. Por ello, tiene una obligación de contar con ellos o, al menos, con el hecho de que también son seres finitos que buscan realizar los modos de vida que valoran. Este es el motivo por el que Aristóteles nos concibió como un animal político (Aristóteles, 1981). Pero hay un segundo elemento que no puede ser obviado para ofrecer una concepción acertada del ser humano como ser constitutivamente político. El estagirita nos concibe como seres políticos porque poseemos la capacidad de ponernos de acuerdo sobre lo que es bueno y malo, justo e injusto, y con ello dar lugar a comunidades políticas que tienen como base nuestra naturaleza eminentemente comunicativo-moral. Este es el segundo sentido por el que somos morales de modo inevitable: cuando actuamos no sólo respondemos ante el mundo, sino ante los otros, y para ello hemos de darles razones de nuestro actuar, justificar nuestras propuestas y razonar con ellos sobre cuál sería el mejor modo de ordenar las cosas con tal de que cada cual logre sus objetivos.

Realizamos nuestros modos de vida como participantes de la sociedad y, más concretamente, de prácticas sociales. Como ha defendido Adela Cortina (1998), es cierto que cada práctica social, al modo macintyreano (MacIntyre, 2001), tiene sus propios bienes y fines, y que la finalidad ideal de los individuos es la de realizar y alcanzar éstos en el mayor grado posible para ser considerados como excelentes. Sin embargo, no debemos quedarnos encerrados en los muros particulares de cada una de las prácticas sociales, sino que hay que ver la relación que éstas poseen con otras actividades y con la sociedad en general. Pues, al fin y al cabo, para ser legitimadas socialmente han de incorporar el interés de la sociedad de establecerse como el medio en el que los diversos individuos finitos llevan a cabo los modos de vida que tienen razones para valorar. Así pues, como afirma Cortina, hemos de analizar los bienes sociales que cada una de estas actividades sociales incorpora con vistas a su legitimidad social (Cortina, 2014).

Así pues, a la filosofía del deporte concebida según estas premisas – a saber, la de ser una práctica social con sus fines propios que a su vez a de contribuir a la creación de un marco común público en el que los individuos alcancen la felicidad – le corresponden dos tareas principales: captar el auténtico sentido de la práctica deportiva y ahondar en aquellos elementos que le otorgan legitimidad social. En este sentido, el rendimiento deportivo logrado por los deportistas, su acción puramente deportiva, tendrá dos caras: una relacionada con el rendimiento deportivo y otra referida a la función social que ejerce. Por ello, es esencial que los principios de la ética pública que dan sentido y

legitiman nuestra sociedad se plasmen en el resto de esferas que conforman la sociedad civil (Cortina y Conill, 2000): entidades económicas, opinión pública, asociaciones cívicas y actividades profesionales.

De este modo, afirma Javier Gomá, que también parte de una antropología de la finitud del ser humano al modo de Zubiri, Aranguren y Cortina, que no tiene sentido mantener la distinción clásica moderna entre dos mundos claramente diferenciados: el ámbito de lo privado y lo público. La vida en común sólo puede mantenerse si la sostienen individualidades conscientes de su mutua interdependencia: “[n]o existen lenguajes privados [...] y cabe añadir que tampoco existen las experiencias privadas: toda experiencia es pública y es experiencia de la publicidad de la polis”. (Gomá, 2009, § 15).

Los bienes que sirven a cada individuo para alcanzar sus planes de vida son de disfrute, o al menos origen, común y compartido. Sólo podemos obtenerlos perteneciendo a una comunidad, fuera de ella no podríamos sobrevivir – a no ser que fuéramos una bestia o un dios. Así, pues, a todos y cada uno de los miembros de la sociedad, incluyendo, por supuesto, a los profesionales del deporte, les pertenece la tarea de ocuparse y preocuparse de lo público, es decir, de ser buenos ciudadanos que siendo conscientes de lo que deben al ámbito público se preocupan por su estabilidad e integridad. De este modo, todos tenemos responsabilidades públicas. Éstas no están reservadas a ciertas élites políticas o celebridades. Lo cual incluye la función de la ejemplaridad pública: “[t]odos somos ejemplos para todos, que todo hombre es ejemplo para los demás y los demás lo son para él, porque el yo vive en una red de influencias mutuas a la que le es imposible hurtarse” (Gomá, 2009, Sección II).

Vivimos y existimos entre ejemplos, esto es un hecho fáctico. Por ello, si somos ciudadanos comprometidos, es decir, si nos preocupamos por aquello que en el fondo hace posible nuestra vida – este es uno de los ideales de la ética –, hemos de dar ejemplo desde nuestras posiciones y contribuir a la estabilidad de la sociedad comulgando con aquellos valores sobre los que hemos acordado que ésta se sustente. Esto incluye, por supuesto, a los deportistas. Por ello, se han de rechazar posiciones como la de Mumford y Tamburrini, que reducen el papel de los profesionales al de cumplir con los bienes y fines propios de sus profesiones, por considerarlas demasiado reductivas en lo que respecta al fenómeno de lo moral, cuya universalidad nos convierte a todos en modelos a seguir.

No obstante, hemos de puntualizar más esta posición y establecer, primero, en qué sentido especial los deportistas pueden ser modelos y, segundo, qué puede exigírseles y qué no. En este sentido, dos polémicas recientes pueden servirnos para elaborar este debate. Por un lado, la relativa a las primas de 720.000 euros que se habrían concedido a los integrantes de la Selección Española de Fútbol de haber ganado el Mundial de Fútbol de Brasil. Por otro, el mordisco que el jugador uruguayo Luís Suárez propició al italiano Chiellini en el partido que enfrentó a sus selecciones.

En el primer caso, se generó un gran debate en la sociedad española relativo a lo desmesurado de dicha cantidad económica que se ofrecía a los jugadores por, en definitiva, cumplir el sueño de cualquier deportista: alzarse con la competición más anhelada por los que se dedican a su profesión. Tanto es así, que el filósofo del deporte español José Luis Pérez Triviño considera “oportuno y justo” que los jugadores donaran dicha cantidad ante la situación de crisis que vive el país al que representan, tal y como, por ejemplo, hicieron los componentes de la selección de Grecia al renunciar a sus primas (Triviño, 2014). El hecho de que Pérez Triviño utilice los términos “oportuno” y “justo” no es una casualidad, pues una cosa es hablar de algo oportuno, acertado, alabable en términos morales, y otra muy distinta es hablar de “lo justo”. En este último caso nos referimos a algo que debe pedirse y exigirse con el fin de que la distribución de los bienes sociales sea lo más adecuada posible para que un mayor número de ciudadanos puedan realizar sus planes de vida, especialmente los más desfavorecidos, para los que nuestro filósofo reclama el dinero de las primas. Siguiendo la terminología establecida por Aurelio Arteta (2002), existen dos lógicas, una de la *obligación* y otra de la *perfección*, que al contrario de la anterior no es exigible, sólo alabable.

El segundo caso a debatir es el de Luis Suárez quien, por morder a un rival en el terreno de juego, fue castigado por la Federación Internacional de Fútbol (FIFA) con una sanción de alrededor de 80.000 euros, 9 partidos sin jugar y 4 meses de inhabilitación en los que el futbolista no podrá acceder a una instalación deportiva ni siquiera para entrenar. Las reacciones ante tal hecho han sido de todos los tipos. Muchas de ellas han ido en favor del jugador afirmando que la sanción es excesiva, pues, según los defensores, acontecen cosas similares en cada partido. De hecho, el mismo jugador ha insistido en declararse como inocente, afirmando que simplemente se resbaló con “la mala fortuna” que su dentadura golpeó con el hombro de su rival. La FIFA lo ha tenido muy claro, y ha querido sentar un precedente de sanción ejemplar a aquellos que ejemplifiquen comportamientos reprobables en el terreno de juego. De hecho, Jérôme Valcke, secretario general de la FIFA justificó la dureza de la sanción en los siguientes términos: “me parece una acción al margen del juego, que va más allá del Juego Limpio, porque los jugadores tienen que dar ejemplo. Es algo inaceptable y yo aplaudo la decisión de la comisión [...] No es lo que queremos que hagan nuestros hijos y puede darse en cualquier otro lugar, en el fútbol aficionado o en cualquier campo y no es aceptable. Eso no se hace en la vida real y menos aún en un campo de juego”. (*Diario Marca*, 2014, 27 de junio).

Suárez, pues, fue severamente castigado en base a la función ejemplar que debe desempeñar no sólo en el terreno de juego, sino también en la vida real, es decir, fuera del ámbito del juego deportivo. Éste es claramente un caso exigible de ejemplaridad, indiscutible en cuanto uno se desprende de los fanatismos de aquellos pocos que ven sus intereses perjudicados con la sanción al jugador uruguayo. La lógica de la

obligación entra aquí en juego de un modo mucho más evidente que en el caso de la Selección española. Por ello, el filósofo del deporte César Torres ha defendido que el “fútbol mordido” de Suárez no es el de un buen jugador de fútbol (Torres, 2014), porque ser bueno en el deporte exige también cierta ejemplaridad moral. No parece que esta misma crítica hubiera sido posible en lo que respecta a la Selección Española en el caso de que se hubiera alzado con la Copa del Mundo y no hubiera renunciado a sus primas. ¿Qué actuaciones del deportista deben entrar en el ámbito de la lógica de la obligación y cuáles deben hacerlo en de la lógica de la perfección?

Como han mostrado los pedagogos y filósofos del deporte Emanuele Isidori y Javier Durán apelando a la tesis de la ambivalencia del deporte (Isidori, 2009; Durán González, 2011), éste no es de por sí ni positivo ni negativo desde el punto de vista de la moral y de la enseñanza de valores. Es decir, no alberga en sí mismo valores positivos o contra-valores, sino que es el modo en que los seres humanos lo enfocamos y estructuramos lo que lo dota de un carácter u otro. Lo que sí ofrece el deporte es un terreno especial para el cultivo de ciertos principios y valores. Como afirma la psicóloga Sarah Ford (2004), muchos de los deportistas que tomamos como modelos a seguir no son más que adolescentes o adultos recién salidos de la adolescencia— Messi 27 años, LeBron James 29 años, Kevin Durant 25 años –, aún tienen que luchar y formarse por superar los problemas vitales que los mismo jóvenes que les toman como guía para sus vidas. Ciertamente pueden ser modelos a seguir en lo que respecta a la habilidad física, al sacrificio personal, al compromiso por conseguir unas metas, pero son aún demasiado vulnerables como para exigirles ser ejemplares moralmente. Por ello, Earl Spurgin afirma que los atletas sólo deben ser modelos morales por su comportamiento dentro de su profesión (Spurgin, 2012), haciendo que los niños aprendan de sus habilidades, y les admiren por ellas, no en su totalidad como personas – en esto los padres tienen, a su juicio, un papel fundamental.

Cuando el deportista sólo se preocupa por su actividad, tratando de ser excelente en lo suyo, se convierte en un ejemplar, sobre todo, para los de su profesión, pero esta excelencia tiende a llevarse más allá de sí misma para apuntar a otros aspectos que también se le suponen excelentes. Esto es así porque, según los teóricos de las éticas de la virtud, ésta nunca se desarrolla de un modo solitario, sino que al cultivar una se cultivan otras. Así, por ejemplo, un deportista que está obsesionado con ser excelente en su tarea supone un ejemplo de sacrificio y profesionalidad, virtudes que consideramos valiosas para el global de la sociedad. El deportista puede ser un mero ejemplar “competitivo”, pero siempre parece que entraña más – o, al menos, se aspira a ello. Por eso, por ejemplo, cuando alguien consigue la victoria de un modo sucio o poco brillante no le tenemos en una misma estima que aquel que lo hace de modo brillante. Creemos que una virtud no viene sola sino acompañada de otro conjunto de ellas.

Ya MacIntyre afirmaba en *Tras la virtud* que el cultivo de las excelencias intrínsecas a una práctica requiere también la adquisición de las virtudes de la justicia,

la honestidad y el valor. De ahí que esta extensión de su carácter virtuoso se lleve acertadamente más allá de la esfera deportiva. No obstante, hace falta establecer los límites de hasta dónde puede exigírsele ser modelo a seguir.

Contra Spurgin defenderé que los deportistas sí deben ser, al igual que todos los individuos, modelos a seguir tanto dentro como fuera de su actividad profesional. En lo que se refiere a lo propiamente deportivo, podremos exigirles que se conviertan en ejemplares en lo referido a la lucha y el compromiso por lograr unos objetivos. En lo que respecta a su condición de ciudadanos, podremos exigirles, como a todos, que sean modélicos en tanto en cuanto no dañen a nadie, respeten a los otros y se muestren como ciudadanos que se preocupan por la integridad del orden social. Es decir, que no dañen a los otros, así como a la sociedad en general. Toda aquella conducta que, de un modo añadido, aproveche su posición especial de poder para, en palabras de Gomá, “obra[r] de tal manera que [s]u comportamiento sea imitable y generalizable en [s]u círculo de influencia, produciendo en él un impacto civilizatorio” (Gomá, 2009, sección III), será muy alabable, pero nunca exigible (López Frías, 2014).

6. Conclusión: ¿modelos a seguir?

A lo largo de este artículo hemos analizado cómo la historia de la concepción social del deportista nos ha conducido desde una imagen reducida de éste como modelo a seguir, a una concepción amplia, según la cual el deportista no sólo es un ejemplo a seguir por lo que hace dentro del terreno de juego y por sus excelentes habilidades físicas, sino que también debe ser un ejemplo moral por su actuación deportiva, así como con su comportamiento en la vida cotidiana. Tras ello, hemos analizado los argumentos a favor y en contra de ambas concepciones del deportista. Por un lado, Feezell, Tamburrini y Mumford defendieron que el deportista no debe ser modelo moral para nadie, sino simplemente un buen profesional. En una línea similar, Spurgin defendía que al deportista le corresponde ser un ejemplo moral a raíz de sus habilidades deportivas, pero nunca más allá de ellas. En un lado más extremo, Wellman afirma que el deportista, lo quiera o no, es ejemplo moral, por lo tanto, debe dar respuesta a esta petición que la sociedad le realiza.

Frente a estas posiciones, este artículo ha partido del hecho fáctico de que el deportista, al igual que cada uno de nosotros, es inevitablemente un modelo a seguir. Sin embargo, ha querido establecer ciertos límites en lo que respecta a aquello que se le puede exigir y aquello que no. El deportista, como modelo de sacrificio y lucha tiene las cualidades perfectas para establecerse como ejemplar en lo que respecta a la concepción que el individuo tiene de sí mismo como ser finito que ha de poner lo mejor de sí para lograr sus objetivos. Como muestra el deporte, esto sólo puede

hacerse en civilización, es decir, esforzándose también por ser un buen ciudadano. El deportista es un ejemplo de esfuerzo civilizatorio por su carácter de luchador. No obstante, no debe ponerse una carga desmesurada sobre él. Para ello, debe obligársele a cumplir con las normas establecidas en la sociedad y a respetar al otro sin dañarle. El resto, como es el caso de las primas a la Selección, debe concebirse como alabable, como algo que mejoraría su contribución y labor con el fin de que nuestra sociedad sea un lugar mejor, pero nunca como exigible. No debemos caer en la tentación de estirar lo exigible más allá de ciertos límites, pues derivaríamos en concepciones demasiado “buenistas” de la realidad que por muy bien que queden en el papel, establecerían unas pautas morales que los seres mortales que somos no cumpliríamos por muy constitutivamente morales que seamos.

Bibliografía

- » Amidon S. (2012). *Something like the Gods*. New York: Rodale.
- » Aranguren J.L. (1979). *Ética*. Madrid: Alianza.
- » Aristóteles (1981). *La Política*. Madrid: Editora Nacional.
- » Arroyo Almaraz I. y García García F. (2012). “El léxico deportivo de las crónicas periodísticas del Mundial de Fútbol 2010 ganado por España en el Poema del Mio Cid”. *Historia y comunicación social*, vol. 17.
- » Arteta A. (2002). *La virtud en la mirada: ensayo sobre la admiración moral*. Valencia: Pre-Textos.
- » Camus A. (1957). “Lo que debo al fútbol”, *France Football*.
- » Corriente F. y Montero J. (2011). *Citius, altius, fortius. El libro negro del deporte*. Logroño: Pepitas de Calabaza Ed.
- » Cortina A. (1996). *El quehacer ético. Guía para la educación moral*. Madrid: Santillana.
- » Cortina A. (1998). “Ética de las profesiones”, en *El País*, 20-02-1998.
- » Cortina A. (2012). “La leyenda del empresario excelente”, en *El País*, 01-04-2012.
- » Cortina A. (2014). “Deporte y juego sucio”, en *El País*, 01-02-2014.
- » Cortina A. y Conill Sancho J. (eds.) (2000) *10 palabras claves en ética de las profesiones*. Estella (Navarra): Ed. Verbo Divino.
- » Diario Marca (2014, 27 de junio). “Quizás Luis Suárez tenga que someterse a un tratamiento”. <http://www.marca.com/2014/06/27/futbol/mundial/uruguay/1403885404.html>. Recuperado el 1 de julio de 2014.
- » Durán González J. (2013). “Ética de la competición deportiva: Valores y contravalores del deporte competitivo”. *Materiales para la Historia del Deporte*, nº11, pp. 89-115.
- » Durán González J. (2011). “¿El deporte transmite valores?”, en Aurora Madariaga Ortuzar y

- Jaime Cuenca Amigo (Eds), *Los valores del ocio: cambio, choque e innovación*, Bilbao, Publicaciones Universidad de Deusto, Documentos de Estudio de Ocio nº 43, pp. 161-177.
- » Feezell R. (2005). "Celebrated Athletes, Moral Exemplars, and Lusory Objects". *Journal of the Philosophy of Sport*, vol. 31, n.1, pp. 20-35.
 - » Feezell R. (2013). *Sport, Philosophy and Good Lives*. Lincoln: University of Nebraska Press.
 - » Ford S. (2004). "Out of Bounds: The Influence of Sporting Heroes", en *In Psych*, Agosto.
 - » Galeano E. (1995). *El fútbol a sol y sombra*. Madrid: Siglo Veintiuno de España.
 - » Gomá J. (2009). *Ejemplaridad pública*. Barcelona: Taurus.
 - » González Enric (2012). "Valdano: En la sociedad actual no hay más héroes que los deportistas", en *Jot Down: contemporary culture magazine*.
 - » Gumbrecht H.U. (2006). *In Praise of Athletic Beauty*. Cambridge, MA: Harvard University Press.
 - » Isidori E. (2009). *La pedagogia dello sport*. Roma: Carocci.
 - » Jabois M. (2014). "Álvaro Arbeloa «Yo no tengo que ser ejemplo para nadie»", en *Jot Down: contemporary culture magazine*. <http://www.jotdown.es/2014/05/alvaro-arbeloa-yo-no-tengo-que-ser-ejemplo-para-nadie/>.
 - » Kobiela F. (2014). "Watching fixed sport. An imaginary dialogue". *Fair Play. Revista de Filosofía, Ética y Derecho del Deporte*, vol. 2, n. 1, pp. 81-88.
 - » López Frías FJ. (2010). "Reivindicando una ética del deporte como filosofía aplicada: El deporte como cuestión moral". *DI&EMATA: Revista Internacional de Éticas Aplicadas*, n.2, pp. 17-31.
 - » López Frías FJ. (2011). "Filosofía del deporte. Origen y desarrollo". *DI&EMATA. Revista internacional de éticas aplicadas*, n.5, pp. 1-19.
 - » López Frías FJ. (2014). "Football Transfers and Morality", en *2nd E&APS Conference*, Nancy, April 2014.
 - » MacIntyre A. (2001). *Tras la Virtud*. Barcelona: Crítica.
 - » Mumford S. (2008). "Why Our Athletes Should Not Be Our Role Models", *Annual I&APS Conference*, Tokyo, 10-15 September.
 - » Ortega G., Franco J., Giménez J., y Jiménez P. (2012). "La tarjeta blanca de la Fundación Real Madrid. Una propuesta educativa a través de la competición". *Cuadernos de Psicología del Deporte*, vol. 12, suplemento 1, pp. 37-40.
 - » Pérez Triviño J.L. (2014). "La selección española y la cadena de favores", en *El Huffington Post*, 19-06-2014.
 - » Píndaro (1984). *Odas y Fragmentos*. Madrid: Gredos.
 - » Savulescu J., Foody B., Clayton M. (2004). "Why we should allow performance enhancing drugs in sport". *Bristish Journal of Sport Medicine*, n. 28, pp. 666-670.
 - » Spurgin E. (2012). "Hey, How Did I become a Role Model? Privacy and the Extent of Role-Model Obligations". *Journal of Applied Philosophy*, vol. 29, n. 2, pp. 118-132.
 - » Tamburrini C. (2005). "Educational or Genetic Blueprints, What's the Difference?" en Claudio Tamburrini, Torbjörn Tännsjö, *Genetic Technology and Sport. Ethical Questions*. New York:

Routledge, pp. 82-90

- » Tännsjö T. (1998). "Is Our Admiration For Sports Heroes Fascistoid?" *International Journal of the Philosophy of Sport*, n. 25, pp. 23-34.
- » Torres C.R. (2014). "El fútbol mordido", en *Página 12*, 25-06-2014.
- » Zirin D. (2013). *Game Over: How Politics Has Turned the Sports World Upside Down*. New York: The New Press.

> La “buona” governance ed il ruolo dell’etica nelle organizzazioni dello sport

Rita Mura

Università di Roma “Foro Italico”
rita.mura@uniroma4.it

Cristiana Buscarini

Università di Roma “Foro Italico”
cristiana.buscarini@uniroma4.it

Abstract

I cambiamenti in atto nel sistema sportivo richiedono una riflessione etica sul modo in cui la cultura manageriale dell’impresa eccellente può essere trasferita nelle organizzazioni del settore dello sport. In questo quadro assume particolare importanza il concetto di “buona” *governance*. Lo scopo di questo studio è pertanto quello di riflettere sulle sfide etiche che i cambiamenti in corso nel campo dell’economia prospettano per le imprese sportive e sul ruolo che la buona *governance* può svolgere in favore del successo etico ed economico di queste organizzazioni.

Parole chiave:

etica, impresa, sport, governance, management.

1. Premessa

Il processo di cambiamento in atto nel sistema sportivo è vasto e investe molteplici aspetti delle organizzazioni in esso operanti. La spinta alla commercializzazione dei servizi di pratica motoria, l’esigenza di professionalizzazione delle risorse umane impiegate nello sport, la ricerca della redditività imposta, a scopo di autofinanziamento, il venire meno di forme di sostegno pubblico precedentemente garantite al mondo non profit sportivo, sono fattori che esercitano profonde influenze sulla struttura, i comportamenti e i risultati di tutte le organizzazioni (Porro, 2006).

Tale trasformazione, pertanto, induce gli studiosi di economia aziendale a riflettere sui modi in cui la cultura manageriale dell’impresa “eccellente” possa essere trasferita alle organizzazioni del settore dello sport, affinché esse siano capaci di esprimere comportamenti idonei a soddisfare le aspettative legittime dei differenti interlocutori, interni ed esterni. In tale direzione, assume particolare rilievo il concetto di “buona” *governance*, intesa come un insieme di processi, consuetudini, politiche e regole che influenzano il modo nel quale un’organizzazione sportiva è diretta, amministrata e controllata, in considerazione delle relazioni instaurate con i diversi *stakeholder*, nonché attraverso la rendicontazione (*accountability*) del proprio operato agli interlocutori di riferimento (Sugden, Tomlinson 1998; Katwala, 2000; CIO, 2008, Pieth, 2011, Play the Game, 2013; Consiglio d’Europa, 2012; Commissione Europea, 2012).

2. Il ruolo dell’etica nella gestione aziendale

Alcuni autori ravvisano nei principi di efficienza e di equità un primo fondamentale valore guida per un “management di qualità”, che adotta un orientamento strategico di fondo (Coda, 2002) saldamente ancorato all’etica. Questa è concepita come:

- a) missione produttiva al servizio di bisogni moralmente validi, funzionali al vivere individuale e collettivo, nell’osservanza delle regole della competizione di mercato;
- b) rispetto di tutti gli interlocutori e valorizzazione di tutte le risorse;
- c) ricerca lungimirante di “creazione di valore”.

In quest’ottica, l’operato del governo di tutte le organizzazioni sportive è funzione del benessere e gli obiettivi economico-finanziari devono essere perseguiti all’interno di una visione olistica, che li coniughi con le finalità di competitività e sociali dando vita ad un “circolo virtuoso” in grado di garantire lo sviluppo duraturo dell’attività aziendale (Buscarini, 2005; Coda, 2002). Non esiste organizzazione che possa sottrarsi alle macro-finalità sopra citate: il livello di moralità in cui gli obiettivi si articolano differenzia ciascuna azienda. Solo il raggiungimento dei tre obiettivi (finalismo aziendale) consente la sopravvivenza di lungo periodo di ogni realtà aziendale (Buscarini, Renzi, 2002).

Nel mondo occidentale, gli individui nel definire la responsabilità del loro agire hanno sempre fatto riferimento a due criteri: uno definito dalla legge (prima prevalentemente consuetudinaria, poi gradualmente sempre più positiva), l’altro definito dalla loro moralità: un principio guida interiore. Con l’affermarsi dell’economia di mercato, si è diffusa l’idea che non soltanto gli individui hanno delle responsabilità ma le aziende stesse, come soggetti collettivi che debbono attenersi a un’etica nel definire il loro comportamento.

L'azienda, infatti, come parte del più complesso organismo sociale, ha proprie responsabilità nei confronti di quest'ultimo e non può rimanere indifferente alle sue istanze. Per decenni molte realtà, sportive e non, hanno tratto il proprio vantaggio competitivo da atteggiamenti eticamente (e in alcuni casi giuridicamente) condannabili e ciò ha creato a lungo andare un logoramento del tessuto sociale. L'intervento del legislatore ha portato dei correttivi al sistema, ma la prospettiva giuridica è diversa da quella morale: un'organizzazione che si muove sulle vie del "giuridicamente giusto" può non essere morale se non fa propri i principi etici fondamentali (Boff, 2000; Cohen, 2001). Questi principi sono preziosi per decisioni che ampliano i risultati dell'azione di governo.

Il riconoscimento dell'importanza strategica del rapporto di interrelazione che intercorre tra l'organizzazione e l'ambiente generale presuppone la consapevolezza della ricaduta delle azioni dell'organizzazione sull'ambiente naturale, economico-finanziario, politico-istituzionale, socio-culturale, ma anche dei condizionamenti che da essi derivano all'organismo aziendale. L'azienda, infatti, è sempre più un fenomeno complesso di natura sistemica e dinamica, in cui le problematiche economiche sono intrinsecamente legate con le problematiche umane e sociali (che attengono alla qualità dei rapporti che l'organizzazione è in grado di stabilire con e tra i diversi interlocutori sociali e ai livelli di soddisfazione e consenso che riesce a produrre) (Freeman, 2010; Morsing, Schultz, 2006; Coda, 2002).

Nell'ambito del dibattito economico-aziendale si registrano posizioni differenziate riconducibili a due ottiche distinte: quella che concerne l'attenzione dell'impresa per la propria responsabilità sociale, come risposta alle pressioni di contesto, quali insieme di regole, norme, parametri comportamentali, istanze sociali; la seconda, invece, pur non tralasciando il contesto, pone l'accento sulla responsabilità sociale di ogni singola organizzazione e sull'individuazione di valori etici sovraordinati e generali.

Secondo il primo orientamento, l'azienda persegue l'obiettivo della massimizzazione del profitto, pur nell'ambito di specifiche coordinate: le regole di convivenza, il sistema dei vincoli esterni e interni e le regole del mercato liberamente accettate (Friedman, 1993).

Il secondo orientamento, invece, parte dal concetto di etica dell'impresa e responsabilità sociale, dove l'etica d'impresa si rifa al tema del governo aziendale secondo un modello valoriale definito a priori e condiviso con i propri interlocutori, mentre la responsabilità sociale d'impresa presuppone l'autoriconoscimento da parte dell'organizzazione aziendale di essere attore chiave del contesto in cui opera. Contesto verso il quale la stessa impresa si adopera per garantire una gestione eticamente corretta ma anche per assumere un ruolo attivo di promozione del benessere sociale in termini di coesione, rispetto dei diritti umani e dell'ambiente naturale.

3. Verso una governance allargata: il ruolo degli stakeholders

In un’ottica di stakeholder engagement la struttura di *corporate governance* (intesa come sistema di governo finalizzato alla conduzione e alla gestione organizzativa ottimale) si allarga nel coinvolgimento dei molteplici interlocutori aziendali, puntando a realizzare con essi un rapporto strutturale di equilibrio nella reciproca soddisfazione. Si parla così di modello di *governance multi-stakeholder* nel senso che chi governa l’impresa ha responsabilità che si estendono dall’osservanza dei doveri fiduciari nei riguardi della proprietà a quella nei confronti di tutti i portatori di interesse verso l’impresa (Walters, Tacon, 2013; Rodriguez-Melo, Afshin Mansouri 2011; Noland, Phillips, 2010; Sacconi, 2005; Andriof et al., 2002).

Questo presuppone la configurazione di nuove leve strategiche capaci di risolvere la conflittualità tra gli attori sociali, fondate sul dialogo, la collaborazione e la conoscenza reciproca. In questa prospettiva, la “gestione degli *stakeholder*” assume la veste di una vero e proprio modello di governo aziendale.

Pertanto, la definizione degli attori coinvolti o coinvolgibili nel processo di *policy-making* è il presupposto senza il quale non è possibile definire alcun criterio di *accountability* o stabilire le concrete procedure di partecipazione ai meccanismi di *governance*.

Solo a partire dalla definizione degli attori è quindi possibile stabilire quei principi di *accountability* sopra richiamati e che, quando rispettati, aiutano a costruire una cultura condivisa all’interno dell’organizzazione, contribuendo a diffondere una cultura pervasiva, rinforzando la dialettica interna e accrescendo il grado di democraticità sostanziale dell’organizzazione.

4. La governance nel settore dello sport

Il tema della governance ha acquisito una notevole attenzione accademica nel campo dello sport management. In, particolare, si rilevano tre principali approcci in letteratura (Henry, Lee, 2004). Il primo è la “*corporate governance*” nel senso normativo, che si riferisce alla direzione delle organizzazioni nel settore sportivo e alla condotta etica dei processi coinvolti nella gestione. Il secondo riguarda la “*governance sistemica*”, ovvero la concorrenza, la regolazione reciproca e la cooperazione di obiettivi e azioni tra organizzazioni sportive ed altre organizzazioni coinvolte in specifici ambiti d’intervento. Infine, il terzo tipo è la “*governance politica*”, che riguarda i processi mediante i quali i governi o gli organi direttivi cercano di orientare il sistema sportivo nel raggiungimento dei risultati desiderati, della pressione morale, dell’utilizzo di incentivi finanziari o altri incentivi, (regolamentazione e controllo), per influenzare altre parti che agiscono in modo coerente con i risultati desiderati.

L'espressione "sport governance" rappresenta tutte le pratiche, meccanismi e strumenti della governance applicate al contesto sportivo (Hoye, Cuskelly, 2007). Si considera, in particolare: il rapporto tra proprietà e management, i modelli di governance ottimali, i sistemi di controllo e loro relativa adeguatezza ed efficienza, le modalità di funzionamento del Consiglio di Amministrazione/consiglio direttivo – board – o degli altri organi direttivi, la composizione di tali organi, le misure di protezione e tutela degli azionisti di minoranza, gli incentivi al management, i quorum e le modalità di voto previste per le assemblee, la comunicazione e la trasparenza dell'organizzazione –accountability– ecc. (Tirole, 2001).

In sostanza, la governance dello sport costituisce il funzionamento e la direzione complessiva dell'organizzazione. Essa è una componente necessaria e istituzionalizzata all'interno di tutti i codici sportivi, dai club agli organismi nazionali, dalle associazioni sportive alle organizzazioni di servizi per lo sport (Kikulis, 2000). Parte prevalente dei contributi dottrinali sulla *governance*, ha concentrato la propria attenzione sui ruoli, responsabilità, funzioni nonché sulle scelte adottate ai vertici delle organizzazioni, evidenziandone le particolarità, in riferimento ai principali organi di governo, trascurando l'analisi dei modelli organizzativi intesi in senso generale.

Sono diversi gli studi sulla *governance* relativi alle realtà (profit e non profit) sportive (Hoye, Inglis, 2003; Misener, Doherty, 2009; Hoye, 2003), alle società professionistiche (Gammelsaeter, 2010), agli organismi di vertice quali, ad esempio, federazioni sportive nazionali o internazionali (Ferkins, Shilbury, 2006; *Play the Game*, 2013). Il tema della governance viene affrontato – in minor parte- in considerazione dei più generali *modelli e meccanismi*, mentre, in parte più ampia, hanno riguardato l'analisi dei *consigli di amministrazione (board)*.

Nello specifico, una parte della letteratura ha indirizzato la discussione verso la misurazione della performance aziendale in relazione ai diversi modelli di *governance*. Tale questione ha evidenziato non poche criticità se si considera, in particolare, la difficoltà di individuare indicatori oggettivi di risultato. In rapporto a tale problematica, la posizione di alcuni autori è quella di limitare la valutazione alla sola performance economica.

Un'altra prospettiva per valutare la performance dei modelli di governance fa riferimento al concetto di *decision process approach*, il quale, considerando le indicazioni offerte dalla letteratura, individua un insieme di funzioni che dovrebbero essere svolte dal consiglio di amministrazione (*board*), allo scopo di valutare quali di esse vengono effettivamente attuate, in che modo e a quali condizioni.

I ruoli e le responsabilità del *board* hanno riguardato prevalentemente la letteratura del non profit sportivo (*Australian Sports Commission*, 2005; *European Olympic Committee*, 2001; UK Sport, 2004) e si riferiscono, tradizionalmente, ai seguenti aspetti:

1. Pianificazione strategica: definendo, guidando e monitorando la direzione strategica, le priorità e i risultati dell’organizzazione.
2. Coinvolgimento degli stakeholder: definendo i compiti principali, interagendo con gli stakeholders per informarli dei successi, e garantendo agli stakeholder input nella determinazione degli obiettivi e della direzione strategica.
3. Miglioramento dell’immagine pubblica dell’organizzazione: promuovendo l’organizzazione in una luce positiva e realizzando le funzioni “ambasciatoriali”.
4. Performance organizzativa: revisionando, monitorando e garantendo performance manageriali e organizzative.
5. Reporting: trasmettendo notizie ai membri e agli *stakeholders* durante l’Assemblea generale annuale.
6. Formulazione della politica: stabilendo la struttura politica a livello di *Board* per disciplinare l’organizzazione, da cui vengono sviluppati tutti i criteri e le azioni operative.
7. Gestione del CEO: nominandolo e gestendolo, fornendo consulenza ed orientamento.
8. Conformità legale: monitorando la conformità organizzativa con le legislazioni federali, statali e locali;
9. Gestione delle risorse finanziarie: approvando lo stanziamento dei fondi attraverso il budget annuale e sforzandosi di garantire le risorse necessarie e la sana gestione finanziaria dell’organizzazione.
10. Rischio di gestione: garantendo che i rischi affrontati dall’organizzazione siano identificati e valutati, che un piano di rischio di gestione sia stabilito e revisionando periodicamente questo piano per confermare la sua efficacia.
11. Efficacia del board: svolgendo le attività del consiglio attraverso assemblee produttive, impegnandosi nella regolare valutazione ed autovalutazione e avviando lo sviluppo dello stesso.

Parlare di *corporate governance* in quest’ambito significa porsi, allora, alcuni dei seguenti interrogativi: chi governa e chi deve governare tali realtà? Quali sono gli organi aziendali, quale la loro composizione e quali i loro compiti? Quali relazioni esistono tra gli organi? Quali strutture di governo e controllo e quale contesto istituzionale? A ben vedere, risposte differenti a tali interrogativi consentono di identificare diversi modelli di governo. Inoltre, a chi rispondono i vertici aziendali? Quali meccanismi assicurano che tali soggetti siano governati nell’interesse tutelato dalla missione e quindi dei beneficiari delle attività?

Il problema della *governance*, dunque, è importante per diverse ragioni. In aggiunta, esso ci sembra costituire una leva significativa per la competitività, soprattutto trattandosi di un aspetto non è ancora del tutto compreso e affrontato dalla maggioranza delle organizzazioni sportive.

5. Considerazioni finali sulla “buona” governance nel settore dello sport

Alla luce di quanto sopra descritto, parte prevalente dei contributi dottrinali sulla governance delle organizzazioni sportive, ha concentrato la propria attenzione sui ruoli, responsabilità, funzioni nonché sulle scelte adottate ai vertici delle stesse, evidenziandone le particolarità, in riferimento ai principali organi di governo (*board*). Dall’osservazione degli articoli delle principali riviste di *sport governance*, si riscontra un aumento di interesse sull’argomento in questione solo a partite dall’ultimo decennio. Da ciò si deduce come l’esplorazione del concetto di “*governance* dello sport” sia ancora lungi dall’essere pienamente esplicitato.

Alcuni contributi hanno affrontato l’analisi dei modelli organizzativi intesi in senso generale, riferiti, prevalentemente alle *International Sports Organisations* e alla necessità di elaborare processi e strumenti di “buona” *governance* (*good governance*).

L’aggettivo *buona* ha la funzione di differenziare una *governance* intesa come categoria descrittiva di meccanismi di controllo, circolazione delle informazioni e decisione o co-decisione che sottendono all’organizzazione aziendale, e una *governance* intesa come modello prescrittivo che stabilirebbe quei criteri (o *standards*) di accountability, di efficienza e trasparenza che dovrebbero caratterizzare il governo aziendale (UNDP, 1997; Commissione Europea, 2001a; OECD, 1999, 2004; WB 2005; FMI, 2007). Particolarmente importante, in tal senso, è la stesura da parte dell’Organization for Economic Cooperation and Development (OECD, 2004) dei “Principles on Corporate Governance”, affermatasi come principi e *standards* di buona corporate *governance* e che nascono dall’esigenza di vedere garantite trasparenza e accountability nel governo delle aziende.

La *good governance* esprime una responsabilità condivisa (*shared responsibility*), nei termini in cui essa è anche il risultato dell’azione e delle scelte di istituzioni e enti nazionali e internazionali, di associazioni e gruppi diversi, e degli investitori. Il documento è comunque solo una carta d’intenti, nella quale sono definiti principi e *standards* dal valore esclusivamente propositivo relativi a procedure di corretta comunicazione, informazione e definizione degli assetti societari che debbono garantire i diritti degli *shareholder* e il loro equo trattamento, riconoscimento del ruolo e dei diritti degli *stakeholder*, la definizione dei principi di trasparenza (*transparency*) e apertura (*disclosure*) e, infine, le responsabilità che appartengono al consiglio d’amministrazione (*board*).

Solo di recente l’invito ai principi di “buona” *governance* è stato accolto dal mondo sportivo (Sugden, Tomlinson 1998; Katwala, 2000; CIO, 2008, Pieth, 2011, Play the Game, 2013; Consiglio d’Europa, 2012; Commissione Europea, 2012). Ciò in considerazione di: “*Sports organizations and their members and events are often dependent on a mix of revenues including public and private subsidies. Therefore, it is in*

the clear interest of European tax payers, corporate companies and sports fans that sports organizations govern their affairs in an efficient, transparent, accountable and democratic manner. (...) To achieve better governance in sport, many sports organizations need to revise their internal and external mechanisms to cope with the on-going commercialization, professionalization and globalization of sport” (Play the Game, 2011).

Secondo alcuni autori (Houlian, 2013), uno degli elementi centrali della “buona” governance è l’esistenza di una effettiva *accountability*, associata alla:

- a) efficienza nel perseguimento degli obiettivi aziendali;
- b) cultura imperniata sulla fiducia, onestà e professionalità;
- c) flessibilità organizzativa.

È sempre molto importante che in tutte le realtà aziendali (specialmente se di tipo associativo) gli organi di vertice abbiano ben chiaro come la loro organizzazione venga “percepita” dal loro pubblico di riferimento. Ciò significa porsi costantemente il problema della propria legittimità, la quale si espande su due direttrici. La prima, la *legittimazione interna*, è il riconoscimento collettivo, da parte degli utenti, che si registra laddove l’organizzazione fornisce risposte adeguate in termini di efficacia ed efficienza ai bisogni e agli interessi dei suoi aderenti e ai beneficiari dei suoi servizi. La seconda, la *legittimazione esterna*, costituisce il riconoscimento che dall’ambiente esterno (ad esempio, organismi sovranazionali) viene dato all’importanza dell’essere e dell’agire dell’azienda, in quanto essa viene percepita come utile alla società nel suo complesso.

Ad ogni modo, pur con tutti gli sforzi che si possono fare sotto il profilo tecnico, la conduzione che più di ogni altra può garantire qualità al funzionamento di tutte le organizzazioni sportive è l’esistenza, negli organi di vertice, di un profondo *senso della propria missione*. In attività spesso di così ampio raggio e chiamate costantemente a operare mediazioni tra interessi di varia natura, infatti, nulla vale più di operatori che vivano il proprio ruolo come *servizio alla comunità* (si pensi, ad esempio, a tutte quelle organizzazioni deputate alla promozione della pratica sportiva).

Sulla base di quanto detto finora, possiamo senz’altro affermare che un sistema di (buona) *governance* valido e capace di considerare la molteplicità degli interessi che confluiscono in un’organizzazione produttiva, rappresenta un insieme ordinato e organizzato di meccanismi di *accountability* che permettono di aumentare il livello di legittimità.

Sul piano operativo, le organizzazioni del settore dello sport dovrebbero prestare sempre più attenzione all’importanza di dimostrare il proprio impegno verso i temi della responsabilità sociale, dell’impegno etico e della partecipazione al progresso civile, attuando piani di comunicazione volontaria su informazioni e dati complementari rispetto alla tradizionale informativa di bilancio (Buscarini, Marano, Manni, 2006; Buscarini, Mura, 2013).

Ciò poiché presso gli organi direttivi delle organizzazioni sportive, seppure molto gradualmente, sta emergendo la consapevolezza di non dover rispondere solo del risultato economico e/o tecnico-sportivo della gestione, ma anche degli effetti che l'azienda con il suo comportamento ha prodotto nei confronti di tutti i soggetti interessati alla sua attività. Il fine ultimo dovrà essere quello di accrescere i sistemi *accountability* all'interno dell'organizzazione, consolidando la legittimità ad agire nel nome della collettività che gli organi di governo sono chiamati a rappresentare.

Coda, a tal proposito, parla di “consenso reale” e di “consenso necessario”, legando il primo al grado di attrazione dell'azienda e definendo il secondo come la “disponibilità al sacrificio, all'impegno e al rischio”, richiesti all'interlocutore sociale. Ovviamente, l'attrazione è tanto maggiore quanto più l'organizzazione stessa dimostra di essere in grado di soddisfare le attese degli interlocutori. Spetta al management il compito di accrescere il grado di attrazione, agendo sulla percezione che l'azienda sia in grado di rispettare le attese sociali (Coda, 2002).

È proprio a questo livello che diviene importante la “comunicazione del progetto strategico” comprensivo della, e coerente con, la proposta progettuale che l'impresa rivolge ai propri *stakeholder* (Hinna, Monteduro, 2008).

Per questi motivi, per la governance delle organizzazioni del settore dello sport diviene necessaria, innanzitutto, l'esistenza di determinati caratteri organizzativi :

- a) organi direttivi autorevoli, competenti ed operativi, nominati secondo procedure il più possibile trasparenti ed in grado di attrarre e motivare persone di alto livello ed esperienza;
- b) sistemi di governo in cui si realizzino adeguate ripartizioni di responsabilità e poteri, ma anche, un corretto equilibrio tra gestione e controllo in grado di identificare, prevenire e gestire i rischi aziendali;
- c) l'esistenza di adeguati canali di rendicontazione, di comunicazione e di coinvolgimento degli interlocutori sociali.

Si è del parere, ad ogni modo, che quello della *buona governance*, nelle realtà del settore dello sport, diventerà un tema sempre più critico e determinante. Diviene così indispensabile:

- a) promuovere nell'ambito della *governance* e della trasparenza esterna la redazione di codici di *auto-disciplina* emergenti direttamente dal settore;
- b) disciplinare le operazioni intercorrenti tra la realtà sportiva ed i cosiddetti “insiders”: amministratori, dirigenti, volontari e donatori (nel caso delle non profit), ecc. e in generale circa il tema dell'indipendenza effettiva degli organi di governo;
- c) regolamentare, in modo più flessibile ed “aperto” il funzionamento e le

responsabilità degli organi dell'azienda, in modo da garantire un operato responsabile e coerente di tali organi rispetto alla più ampia finalità istituzionale, senza tuttavia complicare e scoraggiare l'assunzione di tali incarichi.

Bibliografia

- » Andriof J., Waddock S., Husted B., Rahman S. (2002), *Unfolding Stakeholder Thinking: Theory, Responsibility and Engagement*. Sheffield: Greenleag Publishing
- » Australian Sports Commission (2005). *Governing Sport*. Canberra.
- » Boff L. (2000). *Ethos mondiale*. Milano: EGEA.
- » Buscarini C., Mura R. (2013). "Italian sport federations: communicating CSR through the social report". In Paramio-Salcines J.L, Babiak K., Walters G. (a cura di), *Routledge Handbook of Sport and Corporate Social Responsibility*, London: Routledge
- » Buscarini C., Renzi M.F. (2002). "Business excellence and the non - discriminating firm". In *Business Excellence, Make it Happen!*, The 7th World Congress for Total Quality management, Proceeding, Vol. 1, Sinergie – Cueim, Verona, Italy, 21-22 June.
- » Buscarini C. (2005), La responsabilità sociale nella gestione delle aziende del settore dello sport. SdS-Rivista di cultura sportiva, 65:61-62.
- » Buscarini C., Marano M., Manni F. (2006). *La responsabilità sociale e il bilancio sociale delle organizzazioni dello sport*, Milano: Franco Angeli.
- » CIO (2008). *Basic universal principles of good governance of the Olympic and sports Movement*. Lausanne: CIO
- » Coda V. (2002). *Etica e valori imprenditoriali*. In AA.VV., *Economia ed etica aziendale*, Padova: CEDAM.
- » Cohen J. (2001). "Appreciating, understanding and applying universal moral principles". *Journal of consumer marketing*, 18, 7: 578-594.
- » Commissione della Comunità Europea (2001). *Libro Verde*, Bruxelles.
- » Commissione della Comunità Europea (2012). Expert Group 'Good Governance' Report from the 3rd meeting (5-6 June 2012).
- » European Olympic Committee (2001). *The Rules of the Game: Conference Report and Conclusion*. Brussels.
- » EU (1997). Trattato di Amsterdam, Protocollo sull'applicazione dei principi di sussidiarietà e di proporzionalità
- » Ferkins L., Shilbury D. (2006). "Developing strategic capability in NSO boards", *People, participation and performance*, Commonwealth International Sport Conference, Melbourne, Vic.
- » Freeman R.D. (2010). *Strategic Management: A Stakeholder Approach*, Cambridge: Cambridge University Press.

- » Friedman M. (1993). *The social responsibility of business into increase its profits*. In G.D. Chrissides, J.H. Keler (a cura di), *An Introduction to Business Ethics*. London: Chapman.
- » Gammelsaeter H. (2010). "Institutional Pluralism and Governance in "Commercialized" Sport Clubs". *European Sport Management Quarterly*, 10, 5: 569-594.
- » Henry I.P., P.C. Lee (2004). "Governance and ethics in sport". In J. Beech, S. Chadwick (a cura di), *The business of sport management*, Essex: Pearson Education.
- » Hinna L., Monteduro F. (2008). *Responsabilità sociale, accountability e strumenti di rendicontazione sociale*. In G. Conte (a cura di), *La responsabilità sociale d'impresa*, Bari: Laterza.
- » Hoye, R. (2003). "Who's leading, who's following? Leader-member exchange theory and voluntary sport boards". *Annals of Leisure Research*, 6,2:103-113.
- » Hoye, R., Cuskelly, G. (2007). *Sport Governance*, Oxford: Elsevier
- » Hoye, R., Inglis, S. (2003). "Governance of nonprofit leisure organisations". *Society and Leisure*, 26,2: 369-387.
- » Houlihan, B (2013). "Accountability and Good Governance". In *Action for Good Governance in International Sports Organisations*, Play the Game, 22-24
- » Katwala S.(2000). *Democratising global sport*. London: The foreign policy centre.
- » Kikulis L. (2000). "Continuity and change in governance and decision making in national sport organizations: Institutional explanations". *Journal of Sport Management*, 14: 293-320.
- » Misener, K., Doherty, A. (2009). "A case study of organizational capacity in community sport". *Journal of Sport Management*, 23,4: 457-482.
- » Morsing, M., Schultz M. (2006). "Corporate social responsibility communication: stakeholder information, response and involvement strategies". *Business Ethics: A European Review*, 15,4: 323-338.
- » Noland J., Phillips R., (2010). "Stakeholder Engagement, Discourse Ethics and Strategic Management", *International Journal of Management Reviews*, 12,1:39-49.
- » OECD (2004). *Principles of corporate governance*. Paris: OECD.
- » OECD (1999). *Principles on Corporate Governance*, SG/CG 99, 5, 19.4.1999
- » Pieth M. (2011). *Governing FIFA, Concept paper and report*. Basel: Universität Basel
- » Play the Game (2013). *Actions for Good Governance in International Sports Organisations*, Jens Alm
- » Play the Game (2011). *Cologne Consensus: towards a global code for governance in sport. End statement of the conference*. Play the Game 2011 conference, Cologne, 6 October 2011.
- » Porro N. (2006). "Le organizzazioni dello sport come soggetti dell'economia civile". In Buscarini C., Marano M., Manni F. (a cura di), *La responsabilità sociale e il bilancio sociale delle organizzazioni dello sport*, Milano: Franco Angeli.
- » Rodriguez-Melo A., Afshin Mansouri S.A. (2011). "Stakeholder Engagement: Defining Strategic Advantage for Sustainable Construction". *Business Strategy and the Environment*, 20, 8: 539-552.
- » Sacconi L. (2005). "CSR: verso un modello allargato di corporate governance". In L. Sacconi (a cura di), *Guida critica alla responsabilità sociale e al governo d'impresa*. Roma: Bancaria editrice.
- » Sugden J., Tomlinson A. (1998). *FIFA and the contest for world football: who rules the peoples' game?* Cambridge: Polity press.

- » Tirole J. (2001). "Corporate Governance". *Econometria*, 69, 1: 1-35.
- » UK Sport (2004). *Good governance guide for national governing bodies*. London.
- » Walters G., Tacon R. (20013). "Stakeholder engagement in European football". In Paramio-Salcines J.L, Babiak K., Walters G. (a cura di), *Routledge Handbook of Sport and Corporate Social Responsibility*. London: Routledge.

► La frode sportiva tra diritto, etica e storia

Maria Moroni

Federazione Pugilistica Italiana

info@mariamoroni.com

Abstract

Lo scopo del presente articolo è quello di riflettere sul concetto di frode sportiva, sulla sua evoluzione nel corso del tempo, evidenziando come essa sia da sempre un elemento costitutivo dello sport concepito nella sua forma competitiva. La frode rappresenta una pratica che va certamente rimossa e prevenuta e con ogni mezzo dalla competizione sportiva. Tuttavia in questo articolo si mostrerà come per arrivare a questa rimozione sia necessaria una profonda riflessione etica per capire i meccanismi alla base della frode sportiva in una prospettiva che va oltre il diritto ed il sistema di sanzioni che questa pratica implica nello sport.

Parole chiave:

Frode, etica, sport, diritto, sport, storia

1. Introduzione

Da questo brocardo *contra legem facit qui id facit quod lex prohibet; in fraudem legis vero qui, salvis verbis, legis sententiam eius circumvenit*¹ iniziamo la disamina del concetto di frode. Dal latino *fraus-fraudis*, ovvero inganno, crimine, peccato, danno, illusione, la frode è, quindi, un atto o comportamento diretto a ledere con l'inganno un diritto altrui e consta di due elementi: l'intento di conseguire un risultato che altrimenti non si sarebbe realizzato o almeno non in quella misura e l'intento realizzato con inganni, astuzie o raggiri.

La frode, in senso generale, è il comportamento ingannevole più grave della mala fede; in senso specifico è il negozio giuridico che, pur non contrastando il contenuto

¹ Agisce contro la legge colui che compie ciò che la legge proibisce; contro la legge (agisce) colui che, fatte salve le parole, aggira la sostanza (della legge).

di una norma proibitiva, ne viola invece lo spirito (L'Enciclopedia Universale, 2006)².

Questo tema è oggetto anche di varie opere classiche e filosofiche, come ad esempio del *De Officiis* di Cicerone³, della *Divina Commedia* di Dante Alighieri⁴, del *Il Canzoniere* di Francesco Petrarca⁵, della *Gerusalemme Liberata* di Torquato Tasso⁶ e il filosofo Jürgen Habermas la definisce “*agire strategico*” poiché quel che conta è solo il fine da raggiungere.

Dopo questi primi cenni storici, passiamo alla trattazione della frode dal punto di vista penale in ambito sportivo. Per prima cosa bisogna spiegare quale era la situazione prima dell'introduzione del delitto di frode sportiva avvenuta con la legge 13 dicembre 1989, n. 401 recante “Interventi nel settore del giuoco e delle scommesse clandestine e tutela della correttezza nello svolgimento di manifestazioni sportive” e qual era, quindi, il reato più vicino a questa fattispecie.

La necessità del legislatore di creare una legge *ad hoc* fu determinata dal fatto di arginare il fenomeno illegale denominato *toto nero* o *scommesse clandestine* degli anni Settanta e primi anni Ottanta che hanno visto coinvolti anche calciatori di serie A⁷.

2 “Già prevista dal diritto romano, la frode comportava la nullità del negozio compiuto contro il contenuto di una norma anche se mancava nel soggetto l'intenzione di frodare la legge; però per aversi la nullità, era necessario che gli effetti del negozio in frode alla legge fossero proprio quelli esclusi dalla norma proibitiva. Nel diritto giustiniano, invece, l'esistenza della frode era sufficiente a produrre la nullità del negozio, indipendentemente dagli effetti del negozio stesso. Nel diritto italiano vigente la frode è diversamente regolata a seconda che assuma rilevanza civile o penale”.

3 “Due sono i modi di combattere, l'uno per via di discussione, l'altro con la forza, ed il primo è proprio dell'uomo, il secondo delle bestie; bisogna ricorrere a questo se non è possibile usare il primo.” (Cicerone, *De Officiis*, Libro I, 34); “Due poi sono i modi con i quali si fa ingiustizia: con la violenza e con la frode; la frode è propria della volpe, la violenza del leone; sia l'una che l'altra è contraria alla natura umana, ma la frode desta maggior repulsione”. (Cicerone, *De Officiis*, Libro I, 41).

4 Viene distinto il cerchio dei violenti da quello dei fraudolenti che sono considerati più colpevoli e, quindi, collocati più in basso nell'imbuto infernale. Maleborge: l'uomo può usare la frode nei confronti degli sconosciuti (cerchio VIII) o di chi si fida di lui (cerchio IX): “La frode, ond'ogne coscienza è morsa, Può l'omo usare in colui che 'n lui fida e in quel che fidanza non imborsa.” (La frode, che offende ogni coscienza, può essere usata tanto contro colui che si fida quanto contro colui che non ha fiducia) (Alighieri *D. Divina Commedia*, Canto XI dell'Inferno).

5 “O dolci sguardi, o parolette accorte, or fia mai il dí ch'í vi riveggia et oda? O chime bionde di che 'l cor m'annoda Amor, et cosí preso il mena a morte; o bel viso a me dato in dura sorte, di ch'io sempre pur pianga, et mai non goda: o chiuso inganno et amorosa froda, darmi un piacer che sol pena m'apporte!” (Petrarca *F. Il Canzoniere*, Canto 253 vv. 1 e sgg.).

6 “Gli accorgimenti e le più occulte frodi, ch'usi femina o maga, a lei son note” (Tasso T., *Gerusalemme Liberata*, Canto IV).

7 Primi casi di corruzione: nel 1926 il caso di Luigi Allemandi, il giocatore della Juventus accusato di corruzione in un derby. Tale vicenda costò la revoca dello scudetto al Torino. Nel 1937 un giallo oscura la gara Triestina-Juventus. Un ex calciatore della squadra giuliana cercò di convincere con il denaro il portiere della Triestina a farsi segnare una rete. Il tentativo fallì, per il rifiuto del portiere, ma l'ex giocatore venne squalificato a vita. Nella stagione 54/55 l'Udinese passò dal secondo all'ultimo posto, colpevole di aver

In quegli anni, alcune partite del massimo campionato di calcio italiano furono per così dire “taroccate”: alcuni giocatori, con la promessa di avere denaro e altre importanti regalie, volutamente fecero in modo di far perdere la propria squadra, mentre in altre circostanze, grazie alla collaborazione di altri giocatori, scommisero sulla vittoria, la sconfitta o il pareggio della propria squadra (Greco, 2012)⁸.

In quegli anni sia la giustizia sportiva che quella ordinaria sanzionavano tale condotta, ma mentre la prima già contemplava la figura dell'illecito sportivo (Codice di Giustizia Sportiva), la giustizia ordinaria sanzionava tale comportamento facendo riferimento al reato di truffa previsto e punito dall'art. 640 del codice penale⁹ ed inserito tra i delitti contro il patrimonio mediante frode. Come sostiene l'Antolisei, “la truffa è il tipico delitto fraudolento contro il patrimonio: è la frode per eccellenza. Assai frequente nell'epoca moderna, perché connessa con lo sviluppo verificatosi nel traffico e, purtroppo, anche nel raffinarsi delle manifestazioni dell' istinto predatorio, essa è definita dal codice nel seguente modo:” chiunque, con artifizii e raggiri, inducendo taluno in errore, procura a se o ad altri un ingiusto profitto con altrui danno, è punito (...).” Nucleo essenziale del delitto in parola è l'inganno col quale una persona viene indotta a compiere un atto, positivo o negativo, che importa una diminuzione del suo patrimonio con profitto dell'agente o di altri” (Antolisei, 2002).

Esaminando la giurisprudenza di merito, come riporta anche Agostino Guardamagna, (Guardamagna, 2009) significativo è il caso riguardante i calciatori imputati di truffa in danno degli scommettitori clandestini, con i quali avevano concluso un patto preordinato, dietro compenso, all'esito di partite di calcio. Costoro, secondo il giudice, “devono essere assolti qualora manchi la prova che la condotta di gara dei calciatori stessi sia stata diversa da quella convenuta, o che essa abbia avuto efficacia causale sulla determinazione del risultato della partita diverso

dato soldi ad alcuni giocatori della Pro Patria per farli perdere. Retrocessione in B invece per il Catania, nella stesso anno, per aver truccato due partite con l'aiuto di un arbitro. Stessa sorte tocca al Verona che finisce nella serie cadetta perché l'allora presidente Garonzi telefona al giocatore del Napoli, Clerici, prima della gara tra le due squadre. Ma è nel 1980 che il calcio italiano vive il più grande ciclone della sua storia: l'esposto di due comuni scommettitori segna l'inizio dello scandalo del calcio scommesse: il 23 marzo 1980 vengono arrestati 11 giocatori.

8 “Casi di calcio scommesse: stagione agonistica 1979/1980, 1984/1985, 1985/1986 e videro coinvolti numerosi e noti calciatori, dirigenti e società di serie A e B” (Greco, 2012, p.103).

9 Art. 640 c.p.-Truffa: “ Chiunque, con artifizii o raggiri, inducendo taluno in errore, procura a sé o ad altri un ingiusto profitto con altrui danno, è punito con la reclusione da sei mesi a tre anni e con la multa da euro 51 a euro 1.032 [c.p. 29] . La pena è della reclusione da uno a cinque anni e della multa da euro 309 a euro 1.549 [c.p. 29, 63] : 1 .se il fatto è commesso a danno dello Stato o di un altro ente pubblico o col pretesto di far esonerare taluno dal servizio militare; 2. se il fatto è commesso ingenerando nella persona offesa il timore di un pericolo immaginario o l'erroneo convincimento di dovere eseguire un ordine dell'autorità; 2-bis. se il fatto è commesso in presenza della circostanza di cui all'articolo 61, numero 5. Il delitto è punibile a querela della persona offesa, salvo che ricorra taluna delle circostanze previste dal capoverso precedente o un'altra circostanza aggravante”.

da quello concordato”¹⁰.

Da questa pronuncia si evince che sussistevano una serie di problemi nell’incriminazione per truffa delle frodi sportive perché era difficile dimostrare l’esistenza di un rapporto di causalità tra gli artifici o raggiri messi in atto dai giocatori e l’evento dannoso consistente nell’effettiva alterazione del risultato. A parte la condotta fraudolenta comune sia al reato di truffa che alla frode sportiva, le due fattispecie si differenziano in riferimento agli altri elementi costitutivi: diversi sono i requisiti richiesti per la consumazione del reato perché la truffa è un reato di danno, mentre la frode sportiva è un reato di mera condotta; differente è anche l’elemento psicologico del reato: dolo generico nella truffa e dolo specifico nella frode sportiva.

“In sostanza il rapporto tra la truffa e la frode sportiva può risolversi in base al principio di specialità, nel senso che può trovare applicazione la fattispecie della truffa tutte le volte che la fattispecie concreta non rientri nelle figure criminose previste dall’art. 1, L. 401/1989. Tale situazione, come già avveniva prima dell’intervento normativo del 1989, è assolutamente residuale e marginale. Tuttavia, le piccole frodi commesse in occasioni di tornei rionali o di condominio, che, non essendo organizzate dal Coni, dall’Unire o da altri enti sportivi riconosciuti dallo Stato o associazioni ad essi aderenti, sfuggono dall’ambito di applicazione dell’art.1, L. n. 401/1989, potrebbero rientrare nell’ipotesi generale della truffa comune, sempre che ne ricorrano tutti gli elementi costitutivi” (Guardamagna, 2009). Specificando gli enti interessati, il legislatore ha svolto una selezione qualitativa per importanza, per struttura organizzativa e partecipativa escludendo le organizzazioni di modesta entità, di carattere locale o occasionale (Lamberti, 1990).

2. La frode sportiva e le sue caratteristiche

In questo concetto rientrano tutti quegli atti e quei comportamenti diretti ad alterare lo svolgimento o il risultato della gara o di una competizione e di assicurare a qualcuno un vantaggio (in classifica).

Nello specifico, l’art.1, comma 1, della L. 401/1989 recita: “chiunque offre o promette denaro o altra utilità o vantaggio a taluno dei partecipanti ad una competizione sportiva organizzata dalle federazioni riconosciute dal Comitato Olimpico Nazionale Italiano (Coni), dall’Unione Italiana per l’incremento delle razze equine (Unire) o da altri enti sportivi riconosciuti dallo Stato e dalle associazioni ad essi aderenti, al fine di raggiungere un risultato diverso da quello conseguente al corretto e leale svolgimento della competizione, ovvero compie altri atti fraudolenti volti al medesimo scopo, e’ punito con la reclusione da un mese ad un anno e con la

10 Trib. Roma, 22-12-1980, in Giur. Merito, 1983, 456.

multa da euro 258 ad euro 1032. Nei casi di lieve entità si applica la sola pena della multa”.

Lo scopo principale della disposizione è, appunto, quello di impedire l'avverarsi nel mondo dello sport delle scommesse clandestine. La dottrina ha messo in evidenza come l'attribuzione di un disvalore penale alle condotte di frode nelle competizioni sportive, in collegamento con l'esercizio organizzato abusivo di concorsi pronostici, giochi e scommesse su eventi sportivi, trova ragione “nel fatto che esse, oltre a danneggiare spesso interessi finanziari dello Stato, costituiscono uno dei campi d'azione da cui la criminalità organizzata trae sostentamento” (Sferrazza, 2011).

La Legge 401/89 ha previsto due fattispecie di reato penalmente rilevanti: la prima è la “corruzione sportiva” che consiste nell'offerta o promessa di denaro o di altra utilità o vantaggio di qualsiasi genere, sia materiale che morale, a qualcuno dei partecipanti alla competizione sportiva per condizionare l'esito della stessa; la seconda definita “frode a forma libera”, prevede il compimento di atti fraudolenti volti al raggiungimento di un risultato diverso da quello conseguente al corretto e leale svolgimento della competizione. Il bene giuridico da tutelare sono i valori di lealtà, probità e correttezza, ovvero i principi fondamentali di ogni disciplina sportiva, mentre la condotta consiste nell'offrire o promettere denaro o altra utilità o vantaggio a taluno dei partecipanti alla competizione ovvero nel compiere altri atti fraudolenti, sempre finalizzati all'alterazione del regolare esito della competizione. Per il reato di “corruzione sportiva” non è necessaria l'accettazione della promessa o del denaro né il raggiungimento dell'obiettivo, essendo sufficiente che vi sia stata da parte di “chiunque”, purché estraneo alla competizione sportiva, una seria promessa rivolta ad un partecipante in una competizione sportiva: è sufficiente che l'offerta o la promessa corruttiva vengano portate a conoscenza dei partecipanti. Inoltre non è richiesto che l'offerta venga accettata o la promessa accolta, né che il risultato della competizione sia stato alterato, ma fondamentale è che ci sia stato il pericolo di ledere il bene giuridico tutelato.

Il delitto di frode sportiva si consuma nel momento e nel luogo in cui si verifica la promessa o l'offerta di un vantaggio indebito o la commissione di ogni altra condotta fraudolenta e non in quello dell'accettazione di tale promessa od offerta. L'altra tipologia di reato, “frode a forma libera”, è sempre prevista nel 1 comma dell'art. 1 della l. 401/89: il compimento di “altri atti fraudolenti volti al medesimo scopo” devono essere identificati negli atti espressamente individuati nell'offerta o promessa di denaro o di altra utilità o vantaggio a taluno dei partecipanti ad una competizione sportiva organizzata da una delle federazioni riconosciute dal Coni. In questo caso, gli atti devono essere fraudolenti ovvero ingannevoli ed essere finalizzati all'alterazione del risultato sportivo. Così ad esempio, è stato condannato per reato di frode sportiva l'atleta che abbia accettato la somministrazione di sostanze dopanti per esaltare le proprie “performance” al fine di alterare la genuinità del risultato di una competizione

sportiva. La Suprema Corte ha considerato frode sportiva “la somministrazione ad atleti, da parte di terzi, di sostanze vietate destinate a menomarne oppure a migliorarne artificialmente le prestazioni e, per l’effetto, il rendimento agonistico, rientra tra gli “altri atti fraudolenti” previsti dall’art. 1, comma 1, L. n. 401 del 1989, ed integra il reato di frode sportiva, se animata dal fine di alterare la genuinità del risultato di una delle competizioni sportive tutelate dalla norma”¹¹.

Inoltre, è stata ritenuta integrante il reato di frode sportiva la somministrazione di sostanza dopante ad un cavallo partecipante ad una competizione sportiva organizzata da Unire. Infatti “l’art. 1 della l. 13 dicembre 1989 n. 401 non punisce soltanto le offerte o promesse di denaro, utilità o vantaggi a taluno dei partecipanti al fine di alterare l’esito della manifestazione, ma anche qualsiasi diverso atto fraudolento volto al medesimo scopo, e cioè a “raggiungere un risultato diverso da quello conseguente al corretto e leale svolgimento della competizione”¹².

In entrambi i casi, il dolo richiesto per la punibilità è specifico poiché il fatto è commesso al fine di raggiungere un risultato diverso da quello conseguente al corretto e leale svolgimento della competizione. La pena per le due ipotesi è quella della reclusione da 1 mese ad 1 anno e della multa da euro 258 ad euro 1032, mentre nei casi di lieve entità si applica la sola pena della multa. Si deve poi precisare che nell’ipotesi in cui la corruzione sportiva sia accettata dal destinatario, quest’ultimo ne dovrà rispondere penalmente, come previsto dal comma 2 dell’art 1 L. 401/89¹³.

Tale norma pone, dunque, come condizione di punibilità, che il partecipante accetti denaro o altra utilità oppure anche più semplicemente ne accolga la promessa. Ma chi è il “partecipante”? Nel tempo si è svolto un acceso dibattito per chiarire chi fosse tale figura¹⁴.

Si è arrivati ad una conclusione unanime secondo cui con tale parola si ricomprendono tutte le persone che, a vario titolo, partecipano alla gara o prendono parte all’organizzazione della stessa. “Il partecipante è colui che, attivamente o passivamente, concorre nello svolgimento della competizione agonistica, con

11 Cass. Penale, Sez. II, n. 21324 del 29/03/2007 “(Fattispecie nella quale la S.C. ha ritenuto integrato il reato- dichiarandone la prescrizione-dalla condotta di soggetti terzi che avevano reiteratamente somministrato a più calciatori della società di calcio Juventus sia farmaci non vietati, ma con modalità “off label”, ovvero al di fuori del contesto organizzativo individuato dal Ministero della Salute ed in forme non consentite, sia farmaci vietati, appartenenti alla categoria dei corticosteroidi)”.

12 Cass. Penale, Sez. III, n. 16619 del 03/04/2007 “(Nell’affermare tale principio la Corte ha escluso che la somministrazione di sostanza dopante ad un cavallo possa trovare il medesimo trattamento riservato ai “fenomeni autogeni di doping”, e cioè alla somministrazione a sé stesso di sostanze dopanti da parte dell’atleta, che sono puniti ai sensi della L. n. 376 del 2000 “Disciplina della tutela sanitaria delle attività sportive e della lotta contro il doping”).

13 Art 1, comma 2, L. 13/12/1989, n. 401 : “Le stesse pene si applicano al partecipante alla competizione che accetta il denaro o altra utilità o vantaggio, o ne accoglie la promessa”.

14 Ufficio Indagini Preliminari Bari, 31/03/2012.

comportamenti che hanno un'efficienza causale allo svolgimento della competizione stessa. È necessario, perciò, che il soggetto abbia una condotta di partecipazione, sia essa attiva o omissiva e che, comunque, metta a disposizione se stesso o dei beni o dei servizi, esplicando, comunque, un ruolo, anche se gratuito e non qualificato. Trattasi di attività che vanno naturalmente valutate esclusivamente sotto l'aspetto oggettivo, essendo irrilevante il particolare atteggiamento psicologico del soggetto. Può dirsi, pertanto, che nella figura del partecipante può essere ricompreso colui che esercita una qualsiasi attività che concorra e/o sia utile allo svolgimento della competizione sportiva (un medico sociale, i secondi che rimangono all'angolo del pugile, il medico che sovrintende agli incontri di boxe, ecc.). Va aggiunto che, nel caso di specie, deve trattarsi di un destinatario soggettivamente qualificato; l'attività del soggetto agente deve, essere rivolta ad un partecipante ad una competizione sportiva organizzata da una federazione riconosciuta dal Coni e dall'Unire" (Lamberti, 1990).

Per alcuni restavano fuori gli allenatori e i dirigenti corrotti, ma la loro punibilità è sancita per effetto del reato di "frode a forma libera" prevista dall'art. 1 comma 1 della L. 401/89.

Un'interpretazione estensiva, invece, fa rientrare tra i "partecipante" anche gli allenatori, massaggiatori, medici gli arbitri e/o ufficiali di gara, ovvero coloro che più facilmente possono influire sull'andamento della gara o addirittura determinarne il risultato finale ed in generale tutti gli addetti a specifiche mansioni direttamente connesse con l'evento agonistico. A riguardo, anche la Suprema Corte si è pronunciata stabilendo che "i soggetti attivi del reato di frode sportiva sono, oltre agli atleti che partecipano alla competizione, anche i dirigenti delle società"¹⁵.

In dottrina, la frode sportiva è definita anche reato plurioffensivo e analizzando il comma 3 dell'art. 1 si evince che "il danno si appalesa anche in capo alla società cui appartiene il soggetto corrotto, perché alla sua slealtà, si accompagnano svantaggi morali ed economici del sodalizio (retrocessione, mancata partecipazione alle coppe europee e alla coppa Italia) e dei compagni di squadra che per la mancata vittoria non intascano i premi partita, i premi salvezza e promozione; nonché dell'allenatore che vince viene licenziato per scarso rendimento della squadra, causato dall'attività fraudolenta del corrotto. Alle suddette categorie di offesi vanno aggiunti i giocatori dei concorsi pronostici, nonché anche la squadra avversaria di quella in cui milita il corrotto perché, dall'alterazione della gara può non ricavare la percentuale dell'incasso che spetta alla società ospitante secondo le regole sportive" (Lamberti, 1990).

Inoltre, lo stesso comma del primo articolo stabilisce che "se il risultato della competizione è influente ai fini dello svolgimento di concorsi pronostici e scommesse regolarmente esercitati, i fatti di cui ai commi 1 e 2 sono puniti con la reclusione da 3 mesi a 2 anni e con la multa da euro 2.582 a euro 25.822." A fronte di tutto

15 Cass. Penale, Sez. IV, 17/05/2012, n. 34753.

questo, il Coni, come ha stabilito una Sentenza della Cassazione Penale, in tema di tutela sanitaria è legittimato a costituirsi parte civile nei processi per frode sportiva, in quanto organo preposto alla tutela dello sport come bene nazionale¹⁶.

Casi di cronaca riportano anche situazioni di associazione a delinquere (art 416 c.p.) finalizzata alla frode sportiva dove più persone, con ruoli differenti, hanno messo in atto un piano prestabilito di vittorie e/o retrocessioni¹⁷.

Proseguendo la disamina, l'art. 2 della legge n. 401/1989 prevede la reciproca autonomia tra il procedimento (penale) per frode in competizione sportiva e quello (sportivo) per illecito sportivo, disponendo che ciascun procedimento rimanga confinato nella propria area di competenza, salva fatta la possibilità, espressamente stabilita dal comma 3, che "gli organi della disciplina sportiva, ai fini esclusivi della propria competenza funzionale, possono chiedere copia degli atti del procedimento penale ai sensi dell'art. 116 del codice di procedura penale fermo restando il divieto di pubblicazione di cui all'art. 114 dello stesso codice". Si può affermare che l'esercizio dell'azione penale non influisce in alcun modo sui procedimenti e provvedimenti degli organismi di disciplina sportiva¹⁸.

L'art 3 prevede l'obbligo del rapporto da parte di alcuni soggetti federali: "I presidenti delle federazioni sportive nazionali affiliate al Comitato Olimpico Nazionale Italiano (CONI), i presidenti degli organi di disciplina di secondo grado delle stesse federazioni e i corrispondenti organi preposti alla disciplina degli enti e delle associazioni di cui al comma 1 dell'articolo 1, che nell'esercizio o a causa delle loro funzioni hanno notizia dei reati di cui all'articolo 1, sono obbligati a farne rapporto, ai sensi delle vigenti leggi, all'autorità giudiziaria".

Le disposizioni dell'art. 4 mirano ad impedire la pratica di certi giochi sulla base non delle loro caratteristiche oggettive, ma del soggetto che ne cura l'organizzazione e la gestione: nel nostro ordinamento, il lotto, lotterie, manifestazioni di sorte di Stati esteri, scommesse e concorsi pronostici, nel nostro ordinamento, sono riservate allo Stato, ai suoi concessionari o a specificati enti pubblici (Sferrazza, 2011)¹⁹.

16 Cass. Pen., Sez. III, 06 novembre 2008, n. 46362.

17 La prima sentenza penale di Calciopoli emessa dal Tribunale di Napoli il 14 dicembre 2009.

18 Cass. Pen., Sez. III, 20/03/2013, n. 39071.

19 "Oggi, per inciso, tipologie e modalità di scommessa sugli eventi sportivi sono state allargate in maniera esponenziale fino a ricomprendere non solo il risultato parziale (ossia, alla fine del primo tempo) o finale della partita, ma anche tutta una serie di ipotesi non contemplate dai sistemi tradizionali prima in vigore. Infatti, accanto alle tradizionali puntate sui segni "1", "X" e "2", peraltro relative anche ai risultati alla fine del primo tempo, oltre che di quelli finali, sono oggi praticate nuove tipologie di gioco, alcune delle quali hanno fatto breccia nel pubblico. Così, ad esempio, la specialità "Under/Over", nelle quali chi scommette deve indicare se il numero totale di reti di una partita sarà inferiore ("Under") o superiore ("Over") ad un parametro fisso, ordinariamente indicato dal numero di 2,5 goal: in pratica, i risultati 0-0, 1-0, 0-2, ecc. sono "Under"; 2-1, 1-2, 3-0, 2-4, ecc. sono "Over". Il gradimento riscontrato da questa specialità ha fatto, poi, da volano alla nascita di tante altre tipologie di gioco-scommessa." (Sferrazza, 2011,

Le pene accessorie, previste dall'art. 5, riguardano il divieto di accesso "ai luoghi ove si svolgono competizioni agonistiche o si accettano scommesse autorizzate ovvero si tengono giochi d'azzardo autorizzati a chi è stato condannato per i delitti di cui agli art. 1 e 4"²⁰.

3. Il Daspo

Passando alla trattazione dei successivi articoli di legge, l'art 6 prevede una misura preventiva, il DASPO (acronimo di "divieto di accesso a manifestazioni sportive"). Dopo vari episodi di tifoseria a dir poco folli²¹, il legislatore è intervenuto aggiungendo articoli alla già citata legge, collegandola poi anche ad altre leggi²².

Un esempio è il Daspo che limita la libertà di circolazione del tifoso in occasione di incontri di calcio, interdicensi l'ingresso allo stadio e a tutti quei luoghi interessati dalla competizione sportiva, ma anche a tutte quelle manifestazioni sportive laddove siano presenti gruppi di tifoserie organizzate (cd. Ultras). Questa misura di sicurezza è emessa dall'autorità locale di P.S., ovvero il Questore, del luogo di residenza del tifoso, ma anche da autorità di altra provincia italiana ed ha una durata che oscilla da uno a cinque anni²³ con la facoltà di essere abbinata all'obbligo di presentazione ad un ufficio di pubblica sicurezza nella contemporaneità dello svolgimento dell'incontro sportivo. Il provvedimento adottato dal Questore ha natura tipicamente amministrativa, i cui effetti mirano, non tanto a limitare la libertà personale di un individuo (art 13 cost) bensì a limitare la libertà di circolazione (art 16 cost) con funzione di prevenzione²⁴.

19-20).

20 Art. 5, comma 2, l. 401/89 "Alla condanna per i delitti previsti dall'articolo 1 consegue inoltre l'applicazione della pena accessoria di cui al primo comma dell'articolo 32- bis del codice penale, limitatamente agli uffici direttivi delle società sportive. Comma 3 "Le pene accessorie di cui ai commi 1 e 2 non possono avere una durata inferiore a sei mesi né superiore a tre anni".

21 In occasione della finale di Coppa dei Campioni tra Juventus e Liverpool disputata allo stadio Heysel del 29 maggio 1985 vi furono, a seguito di disordini dei così detti *hooligans*, 39 morti (maggioranza di italiani). A seguito dell'accaduto, il 19 agosto 1985, entrò in vigore "la Convenzione europea sulla violenza e i disordini degli spettatori durante le manifestazioni sportive, segnatamente nelle partite di calcio".

22 In ordine cronologico, dopo la Legge 401/1989: D.L 22 dicembre 1994, n.717 e la successiva conversione con L. 24 febbraio 1995, n. 45, il Decreto Legge 20 agosto del 2001, n.336, seguito dalla conversione tramite Legge del 19 ottobre 2001, n. 377, il Decreto legge 24 febbraio 2003, n.28, convertito dalla Legge 24 aprile 2003, n. 88, il Decreto legge del 17 agosto 2005, n. 162, convertito con la l. del 17 ottobre 2005, n. 210 (legge Pisanu) nonché il D.L. 8 febbraio 2007, n. 8, (decreto Amato) convertito con legge del 4 aprile del 2007, n. 41, modifica avvenuta dopo l'omicidio a Catania dell'Ispectore della Polizia di Stato Filippo Raciti.

23 Art. 2. D.L 8 febbraio 2007, n. 8 "Modifiche agli articoli 6 e 6 quater della legge 13 dicembre 1989, n. 401".

24 T.A.R. Milano, Lombardia, sez. III, sent. 02 gennaio 2012 nr. 7, in Foro amm. TAR 2012, 1, 19.

Si tratta, pertanto, di “un potere attribuito anche con fini di prevenzione alla commissione di illeciti, tenuto conto della diffusività del fenomeno relativo alle violenze negli stadi di calcio e della necessità di approntare, anche sul piano normativo, rimedi efficaci, da attuare anche in via anticipata alla effettiva lesione dell’ordine pubblico, ed ascrivibile, magari, a semplici condotte che comportano o agevolano situazioni di allarme e di pericolo”.²⁵

È, quindi, una misura interdittiva atipica che incide solo sul diritto alla circolazione e non è soggetta ad alcuna convalida ad opera della Autorità Giudiziaria (a differenza del comma 2 che limita invece la libertà personale del destinatario). Il fatto che il Questore abbia la discrezionalità di adottarla oppure no, rende tale provvedimento fortemente incisivo alla tutela dell’ordine pubblico e quindi alla salvaguardia del regolare svolgimento delle manifestazioni sportive, ma anche e soprattutto mira ad evitare che soggetti, coinvolti in precedenti condotte lesive, possano, nel breve termine, ritornare nei luoghi dove esse si svolgono con il pericolo di ripetere comportamenti già sanzionati. Inoltre, il D.A.SPO. è un provvedimento di carattere cautelare ed urgente non preceduto dall’accertamento della responsabilità dell’incolpato perché riservato alla sede penale cautelare o di merito. La denuncia del fatto-reato alla Autorità Giudiziale non è altro che un elemento atto ed idoneo a far sì che venga emanato il provvedimento, ma tra il processo penale ed il procedimento di D.A.SPO vige una perfetta autonomia: il provvedimento di interdizione non può essere inficiato da un’eventuale e successiva archiviazione del procedimento penale nei confronti del soggetto interessato e destinatario del decreto di interdizione. Tutta la legislazione in esame ha come finalità generale quella di tutelare il corretto svolgimento delle competizioni sportive e il mantenimento dell’ordine e la sicurezza pubblica attraverso la previsione e repressione di comportamenti scorretti e violenti, come, ad esempio, anche lo scavalco o l’elusione dei controlli posti ai tornelli e nelle aree adiacenti e successive ai campi di gioco, il lancio di oggetti e l’invasione di campo, etc., il tutto previsto dall’art. 6 bis (lancio di materiale pericoloso, scavalco e invasione di campo in occasione di manifestazione sportiva)²⁶.

Con l’art. 6 ter, “possesso di artifici pirotecnici in occasione di manifestazioni sportive”²⁷, la fattispecie viene ampliata e punita in modo più rigoroso: il possesso penalmente rilevante non è più solo quello che si esercita su razzi, bengala, fuochi

25 T.A.R. Roma Lazio sez. I, sent. 05 dicembre 2011 nr. 9547, in Foro amm. TAR 2011, 12, 3938; T.A.R. Roma Lazio sez. I, sent. 11 agosto 2011 nr. 7083, in Foro amm. TAR 2011, 7-8, 2358.

26 Art. 1 quinquies, comma 7 del D.L. 24/02/2003 n. 28, convertito con legge il 24/04/2003 n. 88: “ Chiunque accede indebitamente all’interno di un impianto sportivo, di cui al comma 1 dell’articolo 1 quater, privo del titolo di accesso e’ punito con la sanzione amministrativa pecuniaria da 103 euro a 516 euro”.

27 Art. inserito dall’art. 1 del D.L. 24 febbraio 2003, n. 28 e successivamente sostituito dall’articolo 3 del D.L. 8 febbraio 2007, n. 8.

artificiali e petardi ovvero su altri strumenti per l'emissione di fumo o di gas visibile, ma anche su bastoni, mazze, materiale imbrattante o inquinante, oggetti contundenti o, comunque, atti ad offendere.

Si tratta dunque dei medesimi oggetti il cui lancio o utilizzo è sanzionato dall'art. 6-bis²⁸: l'ambito che assume rilevanza non è più il solo luogo in cui si svolgono manifestazioni sportive, ma anche i luoghi interessati alla sosta, transito o al trasporto di coloro che partecipano o assistono alle manifestazioni medesime o, comunque, le immediate adiacenze degli stessi.

Si considerano commessi questi luoghi i fatti che si sono verificati nelle ventiquattro ore precedenti o successive allo svolgimento della manifestazione sportiva. Dal punto di vista sanzionatorio, il possesso di tali materiali è inquadrato come delitto: è prevista la reclusione da 6 mesi a 3 anni e la multa da 1.000 e 5.000 euro²⁹.

Particolari misure di prevenzione sono sancite dall'art.7-ter:al comma 1, il legislatore tratta l'applicazione delle misure di prevenzione³⁰ nei confronti delle persone indiziate di avere agevolato gruppi o persone che hanno preso parte attiva, in più occasioni, alle manifestazioni di violenza di cui all'art. 6 della legge. Inoltre, nel comma 2, è prevista la misura di prevenzione patrimoniale della confisca dei beni che possono agevolare, in qualsiasi modo, le attività di chi prende parte attiva a fatti di violenza in occasione o a causa di manifestazioni sportive. L'arresto in flagranza, effettuato durante o in occasione di manifestazioni sportive e il c.d. "arresto differito"³¹ sono statuiti dagli art. 8 e 8 bis della suddetta legge.

È consentito l'arresto in flagranza³² oltre che per il lancio e l'utilizzo di materiale pericoloso, per la violazione del divieto di accesso ai luoghi dove si svolgono le manifestazioni sportive e dell'obbligo di presentazione e nel caso di reati commessi

28 Art 6 bis l. 401/89 "Lancio di materiale pericoloso, scavalco ed invasione di campo in occasione di manifestazioni sportive".

29 L'art. 3-bis, D.L.8 febbraio 2007, n. 8, convertito con modificazioni dalla l. 4 aprile 2007, n. 41, "recante misure urgenti per la prevenzione e la repressione di fenomeni di violenza connessi a competizioni calcistiche, nonché norme a sostegno della diffusione dello sport e della partecipazione gratuita dei minori alle manifestazioni sportive", introduce una nuova aggravante al delitto di danneggiamento (art. 635 c.p.), da applicarsi nel caso in cui il danneggiamento di attrezzature e impianti sportivi sia realizzato al fine d'impedire o interrompere lo svolgimento di manifestazioni sportive.

30 Es.:sorveglianza speciale della pubblica sicurezza, divieto di soggiorno, obbligo di soggiorno nel comune di residenza o di dimora abituale.

31 Il d.l. 24 febbraio 2003, n. 28 introduce la "flagranza differita" o "arresto differito".

32 Art. 382 c.p., "è in stato di flagranza chi viene colto nell'atto di commettere il reato ovvero chi, subito dopo il reato, è inseguito dalla polizia giudiziaria, dalla persona offesa o da altre persone ovvero è sorpreso con cose o tracce dalle quali appaia che egli abbia commesso il reato immediatamente prima. Nel reato permanente lo stato di flagranza dura fino a quando non è cessata la permanenza. Art.13 cost., comma terzo " l'autorità di pubblica sicurezza può adottare provvedimenti provvisori di limitazione della libertà personale solo in casi tassativamente individuati dalla legge, caratterizzati da eccezionale necessità e urgenza".

con violenza alle persone o alle cose in occasione o a causa di manifestazioni sportive, anche nel caso di possesso di materiale pericoloso. L'arresto può essere disposto sia nel caso di violazione del divieto di accesso ai luoghi dove si svolgono manifestazioni sportive che nell'ipotesi in cui a tale divieto non si accompagni l'obbligo di presentarsi personalmente al comando di polizia; è consentito, poi, anche nel caso di violazione del divieto di accesso nei luoghi dove si svolgono manifestazioni sportive disposto dal giudice con la sentenza di condanna. L' "arresto differito", invece, è rivolto agli autori dei reati commessi con violenza a persone o cose in occasione o a causa di manifestazioni sportive.

Questo tipo di arresto, fuori dei limiti ordinari della flagranza o della cd. quasi flagranza, è riconosciuta, oltre che nei confronti degli autori delle violenze, anche nei confronti dei "lanciatori" di oggetti contundenti ovvero di chi, nonostante il divieto del Questore, acceda nei luoghi di svolgimento delle manifestazioni sportive o non rispetti l'obbligo di comparizione presso gli uffici di Pubblica Sicurezza. Il comma 1 ter dell'art. 8 prevede "che quando non è possibile procedere immediatamente all'arresto per motivi di sicurezza o incolumità pubblica, si considera comunque in stato di flagranza ai sensi dell' art 382 c.p.p. colui il quale, sulla base video-fotografica dalla quale emerge inequivocabilmente il fatto, ne risulta autore, sempre che l' arresto sia compiuto non oltre il tempo necessario alla sua identificazione e, comunque, entro 48 ore dal fatto".

Inoltre, l'art. 8, comma 1 quater, consente che, nel caso di una serie di reati commessi in occasione o a causa di manifestazioni sportive, le misure coercitive³³ possano essere disposte anche per reati la cui pena sia inferiore ai limiti minimi previsti in generale per l'applicazione delle misure cautelari³⁴.

4. Conclusioni

Si può affermare che, ad oggi, anche il mondo sportivo è regolamentato, ma forse non ancora abbastanza o abbastanza bene, tantoché continuano gli scandali sportivi e quel che è più tragico, si continua ad assistere a scene di violenza e morte in occasione di eventi sportivi, in particolar modo negli stadi di calcio. Dati alla mano, è evidente che a mancare sia proprio il senso civico e la voglia di rispettare le leggi. Ma solo attraverso il rispetto della legge, tuttavia, attraverso la sola applicazione del diritto, non sarà mai possibile in futuro una prevenzione efficace delle frodi sportive nelle competizioni sportive; è infatti necessario per questo un impegno delle Federazioni e

33 Custodia cautelare e arresti domiciliari.

34 Art. 274 c.p.p., comma 1, lettera c (Esigenze cautelari); art. 280 c.p.p. (Condizioni di applicabilità delle misure coercitive).

di tutti gli enti di promozione, sportiva senza l'aiuto dei quali nessuna rimozione di questa pratica deleteria dello sport sarò mai possibile.

Bibliografia

- » Guardamagna A. (2009). *Diritto dello sport: profili penali*. Torino: Utet Giuridica.
- » Lamberti A. (1990). *La frode sportiva*. Napoli: Jovene Editore.
- » Greco A. (2012). *La Giustizia sportiva nel calcio*. Milano: Edizioni FAG.
- » Antolisei F. (2002). *Manuale di Diritto Penale*. Parte speciale I. Milano: Giuffrè.
- » Sferazza M. (2011). "L'illecito sportivo nella giurisprudenza federale". *Rivista di Diritto ed Economia dello Sport*, 7, 3: pp.19-23.
- » Giurisprudenza Sistematica di diritto Civile e Commerciale (1998). *Diritto Sportivo*. Torino: Utet.
- » Enciclopedia Universale. (2006). *Frode*. X (For/Gio), Il Sole 24 ore.

> Il doping nello sport tra diritto, etica ed educazione

Emanuele Isidori

Università di Roma “Foro Italico”

emanuele.isidori@uniroma4.it

Abstract

L'obiettivo di questo articolo è quello di riflettere, utilizzando una metodologia di tipo ermeneutico-decostruttivo, sulle contraddizioni ed i paradossi che l'approccio contemporaneo al doping nello sport, prevalentemente di tipo medico e giuridico, comporta, mettendo in evidenza la necessità dell'adozione anche di una prospettiva filosofico-educativa che superi la mera descrittività e possa far comprendere il doping nella sua integralità di fenomeno umano che, paradossalmente, contribuisce proprio alla creazione del concetto etico di sport e dei suoi significati.

Parole chiave:

doping, sport, etica, educazione, diritto

1. Introduzione

Nella cultura contemporanea il doping tende ad essere interpretato come un problema etico che ha però prevalentemente dei risvolti di tipo medico e legale, e viene sempre visto in termini di “danni” per la salute umana e di “violazione” di norme e regole, con il conseguente sistema di sanzioni che ne deriva; sistema che a sua volta presuppone tutta la vasta gamma di problemi etici che la sua applicazione comporta.

Possiamo pertanto affermare che il discorso sul doping nello sport si muove oggi tra due tipologie di registri, che sono il classificatorio-descrittivo (tipico della visione medica) da una parte, ed il normativo-sanzionatorio (tipico della visione prospettata dal diritto come scienza) dall'altra.

L'obiettivo del presente studio è quello di riflettere, seguendo una linea di ricerca ermeneutico-decostruttiva, sulla necessità di andare oltre queste due tipologie di

approcci (classificatorio-descrittivo e normativo-sanzionatorio) al problema del doping, evidenziando le contraddizioni ed i paradossi che tali approcci per certi versi comportano, perché, di fatto, finiscono per impedire una comprensione etica profonda del doping come “fatto” e “fenomeno” dello sport.

Secondo il nostro punto di vista, infatti, il doping è parte integrante del discorso etico sullo sport, ed appare come un elemento concettualmente inseparabile da esso: per questo ha bisogno di un profondo approccio filosofico-educativo che superi la mera descrittività di quello giuridico, e che possa farlo comprendere nella sua integralità di fenomeno umano che contribuisce alla creazione del concetto etico di sport e dei suoi significati.

È necessario, infatti, un approccio filosofico di tipo olistico, più umanistico, non riduttivistico né riduzionistico per mettere in evidenza il fatto che il doping è qualcosa di estremamente complesso e di intimamente legato allo sport e alla sua etica. La natura dello sport è sempre una natura educativa; e pertanto lo sguardo filosofico-educativo delle nuove etiche del post-moderno sul doping possono essere di aiuto nel far comprendere meglio la “pratica” del doping, ritenuta deplorabile dal punto di vista etico, e le ragioni che spingono alcune persone a praticarla (nel senso del farne “esperienza”) nel corso della loro attività di sportive e di sportivi.

2. Doping e sport: una difficile definizione etica

Lo sport è da sempre oggetto di riflessione etica; la trattazione di questo problema occupa oggi una buona parte del settore di ricerca specialistico denominato “filosofia dello sport”, di cui l’etica sportiva rappresenta una specifica branca (Isidori, Reid, 2011). Si potrebbe dire che la filosofia e l’etica dello sport perderebbero gran parte dei loro argomenti di trattazione scientifica (e forse anche la loro funzione critica e persuasiva), se un argomento-problema come quello del doping venisse a mancare definitivamente nel contesto del “discorso” sullo sport. Il tema del doping nello sport, analizzato dal punto di vista etico, è trattato in fondamentali opere della letteratura scientifica alle quali però non possiamo fare altro che brevi e parziali riferimenti (Møller, 2010; Schneider, Friedmann; 2006, Miah 2004), sia per la vastità del tema che per rispettare l’obiettivo della nostra trattazione, che intende superare la descrittività del tradizionale metodo di ricerca basato sulla revisione della letteratura scientifica e arrivare subito ad una riflessione critica centrata su una teoresi in grado di aprire nuove strade all’interpretazione etico-filosofica del doping.

Bisogna dire che, nonostante questa ampia gamma di trattazioni etico-filosofiche sul problema del doping, quando si parla di questo fenomeno nei mezzi di comunicazione di massa, il discorso prevalente sembra essere sempre – come si diceva – quello medico-giuridico (il discorso medico sembra asservito a quello giuridico).

Questo accade anche perché sono gli stessi enti di promozione e le organizzazioni sportive (soprattutto le federazioni ed i comitati olimpici, che si servono di appositi apparati per la vigilanza, il controllo e la sanzione/punizioni di comportamenti dopanti) a diffondere questo discorso di tipo medico-legale (Duret, 2001).

La prevalenza del dominio del discorso medico e giuridico sono mascherati, da una parte, dietro il paravento della salute dell'atleta, che si ritiene minata in maniera irrimediabile dall'assunzione di sostanze dopanti; dall'altra, dalla violazione dei principi di regolamentazione legale della gara e della competizione (ai quali viene di fatto ridotta spesso l'etica sportiva nel discorso giuridico) che il doping come pratica implica (Triviño, 2011).

Va detto, però, che spesso l'assunzione della maggior parte delle sostanze dopanti ha conseguenze minime (oppure non ne ha affatto), e non è per niente dannosa per la salute degli atleti, e che la violazione delle norme è spesso minima e risulta talvolta dovuta a forme di ipertrofizzazione delle regole presenti nei regolamenti delle competizioni e delle gare sportive (Miah, 2004).

Risulta difficile pensare che, ad esempio, sostanze come caffeina o specifici antibiotici, o sostanze energizzanti, o la violazione anche minima di regolamenti e regole del resto sempre relativi (perché risultato di una evoluzione di specifici contesti di pratica sportiva e costruiti spesso sotto la pressione di interessi da parte di gruppi di potere) possano realmente mettere in pericolo la salute dell'atleta o porne in discussione la struttura morale (*Ibidem*).

Spesso non si tiene neanche conto del fatto che nel doping, come nello sport in genere, esistono sempre due prospettive che danno vita a punti di vista antropologici tra loro diversi e spesso incompatibili: la prospettiva "emica" da una parte, che riguarda il punto di vista personale ("emico" deriva dal greco *emós* che significa "che mi appartiene", che "è mio" e, quindi, che è "personale" e "mi appartiene" in quanto soggetto e protagonista dell'azione) ed il punto di vista "etico", che riguarda invece il punto di vista della società, dei suoi valori, dei suoi costumi e tradizioni; società che osserva i comportamenti e li valuta sulla base della loro utilità in termini di "socialità" e "sciabilità", preservazione degli interessi della comunità e conservazione della specie umana.

Il punto di vista emico, ad esempio, porta atleti come quelli che praticano il ciclismo sportivo a sostenere, in nome dei diritti e della dignità personale, che "non si può correre il Tour de France solo con l'acqua minerale", data la fatica disumana e lo sforzo logorante (sia fisico che mentale) che spesso la pratica di questo sport comporta e che spesso viene taciuta o guardata con repulsione¹.

1 Ha fatto di recente scalpore la foto mostrata sui social network di un *selfie* (autoscatto) delle sue gambe con vene spaventosamente rigonfie da parte del ciclista Bartosz Huzarski dopo 18 tappe del Tour de France 2014. Cfr.: <http://www.liberoquotidiano.it/news/sport/11662733/Tour-de-France--bufera-sul.html>.

La prospettiva etica, invece, quella della società, sembra essere quella di una condanna della pratica del doping, di una punizione e di una stigmatizzazione ad oltranza dei trasgressori, con tutte le contraddizioni ed i paradossi che tutto ciò comporta. Spesso, infatti, la stessa società che criminalizza il doping, che chiede punizioni esemplari e stigmatizza in modo permanente i trasgressori (con tutte le conseguenze sul piano umano che questa stigmatizzazione comporta per le persone responsabili), tende invece ampiamente ad accettare come normali alcune forme di corruzione e di violazione palesi delle regole, come avviene nel caso della politica, del lavoro, dell'economia, dell'istruzione, ecc.

La classificazione delle sostanze dopanti, delle violazioni, delle sanzioni e delle pene che esse comportano, è diventata oggi quasi maniacale; sembra quasi che la società moderna si accanisca nel voler trovare a tutti i costi nello sport una forma di malattia, di distruzione, di degenerazione etica e morale dei costumi e della società, dimenticando di fatto quella che nello sport rappresenta una dimensione fondamentale (perché matrice stessa dei valori intrinseci dello sport): la ludicità.

Il discorso sulla preservazione dei valori dello sport perseguito attraverso la condanna ad oltranza del doping sembra in realtà solo una maschera per nascondere interessi "altri" che si celano nello sport contemporaneo: quello soprattutto della commercializzazione e della mercificazione dell'atleta, che rimane sempre più o meno celato.

La componente economica dello sport appare oggi iperenfatizzata rispetto, ad esempio, a quella educativa; talvolta sia il discorso medico che quello giuridico vengono utilizzati per "preservare" (oppure in alcuni casi "costruire" *ex novo*) quella struttura che prevede un sistema di controllo rigido dei comportamenti per l'attribuzione dei premi e delle ricompense secondo un modello tipico dell'economia e dei sistemi di gestione del potere e delle relazioni di dominio capitalistici (legato quindi a logiche di tipo economico). Ciò accade, ad esempio, nel caso della competizione sportiva concepita come "gioco a somma zero", in cui si è convinti che una persona vinca ciò che l'altro perde, ed in cui la vittoria è vista come un acquisto/acquisizione/conquista in modo definitivo ed irreparabile, da parte del vincitore, della parte che apparteneva al perdente.

Questa concezione della vittoria rafforza l'identità ed il potere del vincitore, che rafforza così il dominio sull'altro sentendosi giustificato ad enfatizzare la valenza della sua vittoria in quanto "successo", premio e ricompensa per il dispendio di energie e di forze profuso per ottenerla. La vittoria diventa così una conquista che si tramuta in un sentimento (ed in una volontà) di dominio assoluto sull'altro, visto come un perdente e, come tale, possibile oggetto di disprezzo non solo perché rivelatosi inferiore, ma soprattutto perché, volendo gareggiare e competere, ha causato dispendio di energie e di forze, ostacolando di fatto l'affermazione della superiorità (e quindi dell'identità) del vincitore.

Questa concezione della competizione e della vittoria sportiva si scontra con la concezione pedagogica, che la concepisce invece come un confronto tra pari che

collaborano insieme per mettere in evidenza le proprie competenze (da qui il concetto di “coopetizione”), e per meritare un premio sulla base del valore effettivo dimostrato e perseguito nel rispetto delle norme e delle regole che ne disciplinano il perseguimento, in un quadro di valori e di significati dettati dalla fruizione emozionale ed appagante della dimensione ludica che, in tutte le sue forme e livelli, lo sport possiede (e deve necessariamente possedere) (Isidori, 2012).

3. Doping ed enfattizzazione della vittoria sportiva

L'eccessiva enfasi sulla vittoria concepita come una relazione finalizzata all'affermazione della propria identità, all'esaltazione della forza e del potere, nella quale ciò che ha massimamente valore è l'acquisizione di una posizione di dominio sull'altro (cosa che permette la costruzione o il rafforzamento di una identità forte) e la sua “spoliazione”, non solo può generare violenza in quanto aggressività strumentale enfattizzata dal perseguimento del successo finale, ma può anche indurre un atleta a ricorrere a mezzi non leciti, come sono appunto le sostanze dopanti. Queste sostanze (ma possono essere anche tecniche, strumenti e strategie) violano alcuni principi e valori fondamentali della competizione sportiva, che sono rappresentati, ad esempio, dalla parità di condizioni di partenza e dall'uguaglianza dei partecipanti che prendono parte ad una competizione (Beamish, Ritchie, 2006; Tännsjö, Tamburrini, 2000).

In questo contesto, in cui la vittoria viene vista come unico *focus* su cui erroneamente vengono finalizzati (ed identificati, compiendo così un errore di riduzione e compiendo un impoverimento dei valori e dei significati dello sport) l'obiettivo, il fine e lo scopo della competizione sportiva e dello sport in genere, il ricorso alla pratica del doping si prospetta come l'estremo strumento ed il mezzo per conseguire l'agognata vittoria ad ogni costo. La vittoria dovrebbe invece rappresentare solo un obiettivo intrinseco, da intendersi sempre come transeunte e parziale, della competizione sportiva, essendo ben altro il fine, lo scopo e la finalità dello sport in quanto pratica umana.

La pratica dopante viene attuata dall'atleta per evitare così l'esperienza psicologica della vergogna di quella che viene definita, con un linguaggio guerresco, la “sconfitta” e, con un linguaggio economico, l'“insuccesso” nella competizione. Il ricorso al doping sembra attuato per evitare anche l'esperienza negativa dell'esclusione che la concezione della vittoria come finalità esclusiva e non intrinseca dello sport (perché proiettata al di fuori, nella società, in un ambiente esterno rispetto alla struttura della competizione come gioco), dividendo in vincitori e perdenti, determina.

Per essere correttamente interpretato, il doping va dunque letto alla luce del contesto esperienziale, emico e soggettivo, che esso incarna. Il diritto, nella sua visione descrittiva, non tiene conto della prospettiva emica ed esperienziale dello sport (quella identificabile nel *play*) ma si limita ad una visione normativa, più centrata sulla

dimensione che possiamo definire “etica”. Una visione, quindi, esterna e sociale, che si identifica con il *game* e risulta contrapposta a quella che abbiamo definito “emica” ed esperienziale, in quanto interna allo sport stesso ed alla sua struttura.

Il prevalere del discorso classificatorio e sanzionatorio sul doping prospettata dalla medicina e dal diritto, indicando con sicura certezza ciò che è bene e ciò che è male nello sport, sembra appositamente costruito per controllare il corpo dell’atleta, per asservirlo alla logica economica e alle relazioni di potere in cui lo sport si colloca nella società contemporanea: questo sistema sembra operare nella logica del sistema di sorveglianza e punizione dei corpi teorizzato da Foucault (1976). Il doping, infatti, è la spia dell’esistenza nello sport di un sistema di controllo e di monitoraggio continuo del corpo; il corpo dell’atleta, infatti, principale protagonista della pratica sportiva, è sempre un corpo sociale e, in quanto tale, deve essere sempre controllato, monitorato e punito in caso di non conformità alle regole imposte dal controllo sociale.

Il sistema di classificazione e controllo delle sostanze dopanti nella pratica sportiva, soprattutto di tipo competitivo, appare dettata da una logica di controllo dei praticanti dovuta alla natura commerciale ed economica dello sport contemporaneo, più che ad una logica di natura etica: gli interessi (economici) in gioco nello sport sono molteplici ed è necessario uno stretto sistema di sorveglianza che ne accerti ogni piccola e possibile violazione e commini le specifiche sanzioni come deterrenti per futuri comportamenti devianti.

Tuttavia, per comprendere meglio lo sport dal punto di vista umano e la sua funzione sociale è necessario trovare una modalità in grado di conciliare sia la prospettiva emica che quella etica. Riguardo alle teorie sul doping, va detto che esistono posizioni etico-filosofiche che articolano discorsi sia contro, che a favore, arrivando a anche negare la legittimità etica dell’impianto discorsivo sviluppato sul doping sia dalla medicina che dal diritto. Il discorso etico-filosofico sul doping appare talvolta come una sorta di esercitazione retorica in grado di sostenere con uguale forza argomentativa e persuasiva la validità della posizione a favore o contro il doping nello sport.

La filosofia dell’educazione può conciliare la prospettiva emica ed etica sullo sport superando la mera descrittività e normatività del discorso medico-giuridico attraverso, ad esempio, lo sforzo di trovare una risposta non tanto a *che cosa* è il doping (o quali sostanze sono dopanti) nello sport, ma *come viene vissuto e perché*, in modo da individuarne le cause, mettere in atto strategie educative per risolverle, e comprendere la *relatività* che ogni punto di vista ed interpretazione sul doping, sia esso medico, giuridico, etico, filosofico o educativo, prospetta.

In questo senso, la prospettiva ermeneutica aperta dal decostruzionismo all’etica applicata al doping nello sport può essere utile a conciliare la prospettiva etica con quella emica, e a comprendere alcuni significati del doping nello sport e la loro relatività rispetto ai diversi punti di vista, andando in profondità e sviluppando una prospettiva critica.

4. Il Doping alla luce dell'ermeneutica decostruzionista

Letto alla luce dell'interpretazione decostruzionista il doping appare come qualcosa che sfugge alla mera definizione tossicologica, biofisiologica o medico-giuridica. Per il doping nello sport vale quanto detto da Derrida a proposito delle droghe (Derrida, 1995). Il doping è infatti assimilabile ad una droga, ed è un concetto che funziona in modo simile a quello di *phármakon* greco (veleno ed antidoto, bene e male al tempo stesso). Vale a dire, che appena ci si avvicina o si pensa al concetto di doping nello sport, si sottintende sempre una prospettiva di interpretazione prescrittiva o normativa che influenza e pregiudica in modo irreparabile la nostra comprensione di questa pratica, rendendo difficile la messa in sospensione dei pregiudizi rispetto ad esso, come vorrebbe l'*epoché* husserliana.

Il concetto di doping non può mai essere qualcosa di teorico, di teorizzabile partendo da una sua definizione univoca, pura e definitiva. Pertanto, se non esiste un teorema per i farmaci (ad esempio quali fanno bene e quali fanno male), non può esserci un teorema che possa definire con certezza che cosa è il doping e se esso faccia veramente male (oppure bene) per lo sport; e non può esserci neppure una competenza scientifica in grado di determinare tutto ciò, dal momento che il doping nello sport risulta sempre influenzato e stabilito da norme che sono sempre etiche e politiche, come accade nel caso delle droghe, la cui identificazione e la cui dannosità per l'uomo è sempre "relativa", perché soggetta a contingenze e fattori quali la cultura, la storia, le convenzioni, i pregiudizi e le convinzioni sociali.

Nel doping è impossibile stabilire con certezza un confine tra "artificiale" e "culturale", perché i termini esprimono mere convenzioni. Anche le forme di interdizione legate al doping sono pure convinzioni e dipendono sempre da convenzioni storiche, culturali e politiche legate sia ai regolamenti dei diversi sport che allo sport nella sua concezione generale.

L'approccio decostruzionista mostra che non vi è alcun teorema (sia scientifico sia etico) o criteri ontologici ed oggettivi per trovare una risposta al problema del doping nello sport; per questo le risposte filosofiche, politiche, sociologiche, mediche o giuridiche rimangono sempre meri espedienti retorici incapaci di interpretare e comprendere realmente questa pratica. Inoltre, le eventuali pratiche repressive o permissive legate alla condanna o alla eventuale accettazione del doping nelle competizioni sportive, non possono essere mai giustificate alla luce di alcuna certezza (sia essa educativa, legislativa oppure etica, per esempio).

Il discorso sul doping, qualsiasi esso sia, risulta sempre incapace di una giustificazione radicale sia per quanto riguarda la posizione repressiva che per quella non repressiva o di tipo liberale. Per comprendere il doping nella sua essenza ed inquadrarlo in una prospettiva di tipo filosofico-educativo, è sempre necessario non solo mostrare le contraddizioni interne di questo discorso, e l'impossibilità di una

definizione esaustiva e definitiva, ma anche evidenziare *come* questa costruzione culturale cambia, si evolve internamente e viene percepita dai soggetti che vi sono coinvolti.

Nei termini dell'etica e della filosofia decostruzionista, il doping si prospetta come una sorta di "indecidibile"; vale a dire come un concetto la cui definizione (come accade con molti altri concetti nella nostra cultura) è sempre costruita e acquista significato sulla base di una opposizione binaria (tra bene o male, ad esempio). Tuttavia, il doping rappresenta un concetto fondamentale dell'etica dello sport, perché dà significato allo sport stesso e permette un esercizio di riflessione critica su di esso, aiutando a comprenderne la struttura del suo farsi interno.

Il doping, infatti, in quanto concetto assimilabile a quello di *phármakon*, permette di riflettere su alcuni dei principali problemi dell'etica e della filosofia occidentale, quali quelli di "sé", di "coscienza", "ragione", "natura umana", "cultura", "libertà", "soggetto responsabile", "corpo", "repressione", "equità", "regole", "legge"; tutti concetti che fanno anche dello sport una palestra etica e di riflessione filosofica.

5. Il Doping come *phármakon*

Il problema del doping nello sport non è solo un problema giuridico o medico (e neppure solo educativo), perché esso si interseca con problemi legati anche e soprattutto alla tecnologia, al suo uso ed alle sue implicazioni etiche per il corpo umano. Non dobbiamo mai dimenticare che il corpo dello sport (il corpo dell'atleta, ma anche quello di qualsiasi praticante o spettatore) è sempre un "corpo sociale" che è una proiezione ed una incarnazione di quello collettivo che appartiene alla società.

Riflettendo sulla pratica del doping, ci si rende conto che, in fin dei conti, il comportamento dell'atleta o del praticante che si dopa non è diverso da quello del tossicodipendente (Derrida, 1995, p. 248). Il comportamento di un ciclista che fa uso di sostanze dopanti (ad esempio steroidi) per migliorare la sua prestazione nella gara (e magari sopravvivere alla gara stessa, rendendola meno dolorosa fisicamente e mentalmente) non è affatto dissimile da quello di un tossicodipendente che assume droghe per essere il primo nella vita (magari per sopravvivere e farsi coraggio in un mondo percepito come pieno di dolore e di sofferenze). Se si riflette bene sul *che cosa è lo sport* e sul *perché* le persone lo praticano, sul perché esso rappresenta, di fatto, una pratica così diffusa nella società, si giungerà alla conclusione che lo sport è, di per se stesso, una "droga" (e quindi anche una forma di doping).

Lo sport si comporta come un *phármakon* (può essere sia un bene sia un danno per la salute umana), e quindi agisce come una vera e propria droga. Chi pratica lo sport non lo fa solo perché vuole stare meglio, essere il primo, sfidare un limite; lo pratica soprattutto perché lo sport dà una sensazione di piacere alle persone. Ciò è

dovuto al fatto che la pratica sportiva, in quanto basata sull'esercizio fisico, fa rilasciare dal cervello nel corpo endorfine che provocano una sensazione di piacere in chi la svolge; come è noto, le endorfine sono sostanze simili alla morfina e all'oppio (sono sostanze che possono definirsi "oppiacee").

Sarà anche per questo che lo sport, in quanto esercizio fisico, può generare assuefazione e dipendenza, come ben sanno coloro che praticano regolarmente sport ed attività fisica, con tutte le conseguenze negative che questa dipendenza può provocare sia sul piano della personalità che della socialità (come, ad esempio, lo sviluppo di comportamenti egoistici e narcisistici; la tendenza alla riduzione del senso esistenziale della vita alla sola pratica sportiva ed all'esercizio fisico; l'ossessione per il corpo e per la forma fisica, ecc.).

Riflettendo ancora sul problema del doping ci si accorge, ad esempio, di altre evidenti contraddizioni. Infatti, mentre la pratica del doping viene bandita e non accettata nello sport (anche in nome di una sua pericolosità sociale e di una specifica interpretazione dell'atleta come *role model* di tipo etico), viene invece comunemente accettata in altri contesti sociali, come nel caso dell'assunzione di sostanze o bevande energizzanti per "rendere" di più o essere più "efficienti". A ben guardare, l'assunzione di una bibita come la Red Bull, ad esempio, implica lo stesso principio e le stesse finalità della pratica dopante).

Ma come è possibile che alcune pratiche assimilabili di fatto a quelle dopanti vengano comunemente accettate nella società, e siano invece condannate in *toto* nello sport se attuate dagli atleti? La risposta sta nella natura educativa che lo sport intrinsecamente possiede, e che fa sì che esso sia sempre collegato ad un sistema di regole e codici di comportamento che sono per così dire "pubblici": gli atleti sono considerati modelli educativi da parte della società e non sono autorizzati a infrangere le regole.

Si vuole, ad esempio, che l'atleta "utilizzi" il proprio corpo in maniera naturale; l'uso di sostanze dopanti colloca il corpo dell'atleta nella dimensione dell'artificialità, e questo non può essere accettato in una pratica che si ritiene – paradossalmente – naturale. Secondo Derrida (1995), ad esempio, il doping viene condannato perché un atleta, modello educativo per la società, dovrebbe trattare il proprio corpo in modo naturale; vale a dire come un organismo naturale che naturalmente "produce" e svolge il suo lavoro in modo naturale e disinteressato. Ma il problema sta nel fatto che non è ben chiaro e risulta impossibile definire che cosa vuol dire per l'atleta trattare il proprio corpo in modo naturale, visto che lo sport, come diceva De Coubertin (1922), rappresenta di per se stesso già qualcosa di innaturale nell'uomo: ed il continuo ricorso ad espedienti, mezzi e tecniche per superare costantemente i limiti nella pratica sportiva lo dimostra.

Quindi possiamo arrivare alla conclusione che lo sport è, di per se stesso, doping (e droga), in quanto lo sport possiede in se stesso le premesse per il superamento dei

limiti umani; superamento che viene perseguito attraverso l'uso di mezzi, strumenti e pratiche per aumentare l'efficienza fisica assimilabili a pratiche dopanti. Infatti il *superamento di sé* viene perseguito e rappresenta una delle principali caratteristiche sia dello sport che dalle droghe in genere.

Lo sport è una pratica sociale ed educativa: per questo motivo, un professionista, o un atleta dilettante che è impegnato nello sport, non è mai un essere isolato che può comportarsi come tale: la sua pratica si riferisce sempre alla formazione, ed è sempre controllata dalla società. Lo sport rappresenta un mezzo per educare alla volontà; per questo vi è nella società la paura che il doping, come la droga, impedisca questa educazione. Lo sport vuole evitare la droga e il doping; ma nel momento in cui la nega, finisce per affermarla, rivelandola come parte integrante della sua natura e della sua struttura di senso e significato.

In sintesi, si può affermare che lo sport si comporta come una forma di doping e di droga perché (Isidori, 2014; Derrida, 1995, p. 249):

1. è in grado di creare dipendenza e assuefazione nelle masse (si pensi allo sport come intrattenimento tipico delle società contemporanee), che vengono così depoliticizzate, ridotte a mere consumatrici senza coscienza, pronte ad essere manipolate dai poteri politici (lo sport si trasforma in questo senso in un vero e proprio "oppio dei popoli" in grado di stordire le persone);
2. si comporta come uno strumento per potenziare ed estendere il corpo (come una sorta di protesi innaturale) che estende i poteri naturali dell'anima, sottintendendo, implicitamente (come si diceva) l'uso di sostanze finalizzate a questo scopo (come gli steroidi ad esempio); uso che a sua volta implica un superamento dell'umano, sia nella sua dimensione mentale che fisica.

Il doping, insomma, ancora prima di essere un problema giuridico ed etico, è un problema culturale che conduce ancora una volta alla riflessione su che cosa vuol dire "naturale" ed "artificiale" nell'uomo. Il doping fa comprendere come lo sport sia fondamentale nell'etica e nell'antropologia umana, al punto che si può affermare che l'uomo è un "animale sportivo" (Derrida 1995, p. 249) e che l'esperienza del doping e delle droghe è sempre connessa alla natura umana ed è antropologicamente fondativa dell'uomo umano.

Il doping è parte della natura intrinseca dello sport e della sua "antropologia"; per questo non può essere ignorato, perché anch'esso fa parte di quei metodi e di quelle strategie che possiamo definire "artificialmente naturali" (in fondo anche l'educazione possiede questa natura) per andare oltre l'uomo, superarlo nei suoi limiti, trasformarlo in un superuomo: un uomo perfetto che vorrebbe essere diverso da quello che è ora. Un uomo "altro"; un uomo più umano dell'uomo umano attuale, più forte, efficiente ed intelligente e diverso da quello che è oggi; l'educazione, a ben guardare, persegue

gli stessi obiettivi del doping o delle droghe con specifiche tecniche di potenziamento mentale e corporeo, e con strategie che in fin dei conti non sono diverse da quelle messe in atto per il doping (Tännsjö, Tamburrini, 2000).

6. Il doping nella prospettiva della filosofia dell'educazione sportiva

Il divieto del doping nello sport è dovuto al fatto che esso tradisce la natura umana ed una certa e specifica idea di giustizia (Derrida, 1995, p. 249). Il divieto e la proibizione del doping sono sempre affermati non tanto in nome dell'etica o del diritto, ma in nome della natura educativa dello sport. In fin dei conti, con la proibizione del doping, si vuole mantenere e preservare l'integrità non solo del corpo naturale dell'atleta, ma anche della sua buona volontà, della sua coscienza e del suo spirito che, da Platone in poi, si ritengono sicura premessa di una competizione "onesta" e "sana" (Derrida, 1995, *ibidem*). Non è un caso che, in questo contesto, si utilizzino termini tratti dal linguaggio medico come quello di "sano" e di "sanità": il doping, infatti, sembra negare non solo eticamente ma biologicamente la cosiddetta "integralità" dello sport, la sua "sanità", che si esplica nella "sanità" del corpo dell'atleta, senza la quale l'atleta stesso egli non potrà mai essere accettato e integrato nel "corpo" della società.

Si crede che, attraverso il doping, lo sport possa allontanare il corpo dell'atleta da quello della società; di trasformarlo in un corpo libero, isolato, non presente a sé stesso, autonomo nella sua volontà di scelta. Si crede, inoltre, che, sempre attraverso il doping, il corpo dell'atleta possa violare quei principi di equità che sono alla base della giustizia e della democrazia, e che le società complesse finiscono alla fine sempre per accettare, al punto da potersi affermare che lo sport è un veicolo della democrazia planetaria (prova di questo è il fatto che lo sport come sistema di valori democratico viene accettato anche in quelle società non rette da quei principi di democrazia e uguaglianza che, almeno teoricamente, reggono le società occidentali).

Possiamo dire, inoltre, che non esiste una dimensione "privata" nel doping, perché la pratica dopante è sempre pubblica, e come tale deve essere sempre smascherata. Lo sport, infatti, è sempre una pratica pubblica e sociale, e la desocializzazione a cui il doping può dare vita corre il rischio di essere contagiosa per gli altri membri della società e gli altri atleti: per questo esso deve essere sempre osservato, monitorato e controllato.

Lo sport rappresenta, insomma, una *paideia* sociale e, come tale, è sempre pubblica; essa si presenta come un modello e come un insieme di paradigmi educativi. Così il doping è condannato perché, in quanto "droga" (concetto questo da intendersi in maniera più ampia rispetto a quello di mera "sostanza" chimica), minaccia l'individuo ed i suoi legami sociali, e non può essere consentito (sulla base, ad esempio, di un diritto privato o del libero uso del proprio corpo), data la natura sempre sociale dello

sport a cui si accennava sopra. Il doping viene condannato perché può trasformare lo sport in una pratica meramente personale, negandone quella intrinseca natura sociale e pubblica che storicamente gli è sempre stata attribuita e che la sua essenza “agonale” (legata al “riunirsi” ed allo “stare insieme” per valutare i meriti e le competenze di qualcuno che vuole mostrare il suo essere migliore dell’altro dinanzi alla propria comunità) lascia sempre intendere.

Il problema del doping è quindi un problema etico e filosofico fondamentale della *paideia* occidentale; e come tale esso deve essere sempre letto e interpretato. La dimensione filosofico-educativa del doping rappresenta, dunque, il punto di partenza per arrivare ad una sua più esauriente comprensione. Il doping nello sport implica problemi sociali ed educativi che possono fornire alle persone un utile esercizio di riflessione sulla cultura umana, sulle responsabilità etiche che le azioni umane implicano, oltretutto sui paradossi e sulle contraddizioni logiche che frequentemente si incontrano nella vita comunitaria.

Il doping è, paradossalmente, una parte integrante dello sport – come si diceva all’inizio –, e non può essere da esso rimosso, in quanto è fondamentale per la costruzione del discorso etico, medico, giuridico ed educativo di questa pratica umana. Il riflettere sul fatto se il doping (ma lo sport in genere) sia un bene o un male per l’uomo finisce per generare uno spazio etico da cui è possibile partire per costruire l’educazione sportiva e la sua filosofia.

Questa filosofia parte sempre dalla certezza che non esiste alcuna certezza o teorema scientifico per accettare o condannare le pratiche dopanti nello sport. La riflessione sul doping nello sport può essere utile dal punto di vista della filosofia dell’educazione per ripensare, attraverso opportune strategie educative che superino i meri concetti di permissivismo o repressione, l’educazione nei confronti delle sostanze dopanti o stupefacenti. L’educazione al doping diventa in questo senso la metafora stessa dell’educazione nella società contemporanea; e solo attraverso una educazione non coercitiva, ma riflessiva e critica, finalizzata a rendere consapevoli le persone sulle sostanze dopanti e sulle implicazioni culturali, sociali, etiche e fisiologiche del loro uso, sarà possibile gettare le premesse per una educazione alla prevenzione o all’attuazione di comportamenti consapevoli e responsabili.

Bibliografia

- » Beamish R., Ritchie I. (2006). *Fastest, highest, strongest: a critique of high-performance sport*. London-New York: Routledge.
- » De Coubertin P. (1922). *Pédagogie sportive*. Paris: Vrin.

- » Derrida J. (1995). *The rhetoric of drugs*. In *Interviews 1974-1994*. Translated by Israel Stanford, CA: Stanford University Press. 228-254.
- » Duret P. (2001). *Sociologie du sport*. Paris: Armand Colin.
- » Foucault M. (1976). *Sorvegliare e punire*. Torino: Einaudi
- » Isidori E. (2014). *Derrida's concept about doping and its implications for sport education*. In Isidori E., Lopez Frias J., Müller A. (Eds) (2014). *Philosophy, sport and education. International Perspectives* (p.103-117). Viterbo: Sette Città.
- » Isidori E. (2012). *Filosofia dell'educazione sportiva. Dalla teoria alla prassi*. Roma: Editrice Nuova Cultura.
- » Isidori E., Reid R. (2011). *Filosofia dello sport*. Milano: Bruno Mondadori.
- » Miah A. (2004). *Genetically Modified Athletes. Biomedical ethics, gene doping*. London-New York: Routledge.
- » Møller V. (2010). *The Ethics of Doping and Anti-Doping Redeeming the soul of sport?* London-New York: Routledge.
- » Schneider A., Friedmann T. (2006). *Gene doping in sports: the science and ethics of genetically modified athletes*. London: Elsevier Academic Press
- » Tännjö T., Tamburrini C. (2000). *Elitism, nationalism, gender equality and the scientific manufacture of winners*. London: Routledge.
- » Triviño J. L. (2011). *Ética y deporte*. Bilbao: Desclée de Brouwer.

› Fair play, responsabilidad social y derecho deportivo en la universidad española

Òscar Chiva Bartoll

Universitat Jaume I de Castellón
ochiva@uji.es

Carlos Hernando Domingo

Universitat Jaume I de Castellón
hernando@uji.es

Resumen

El presente artículo revela el marco deontológico sobre el que se asienta la gestión ética y el funcionamiento del deporte en la universidad española. Concretamente se define el marco de deberes exigible y se analizan, a lo largo del artículo, las razones morales, sociales y legales que lo componen. Tras este análisis inicial se está en disposición de determinar el alcance y tratamiento de su responsabilidad social. Este análisis será abordado desde la doble naturaleza esencial del deporte en la universidad: deportiva y universitaria. Por lo que la aproximación se desarrolla tanto desde el enfoque de la institución deportiva, como en lo que alude a la universidad, tratando de encontrar un punto de intersección sobre el que asentar la responsabilidad social atribuible a los servicios de deporte universitarios.

Abstract

This paper defines the ethical framework of the management of Spanish sports in college. Specifically, it reveals the framework of duties and analyses the moral, social and legal reasons that compose it. After this initial approach, it is determined the extent and treatment of its social responsibility. We approach this analysis from its double essential nature: sports and college. Thus, the approach is developed both from the perspective of the sport as institution and also from the college perspective, trying to find an intersection point on which to base social responsibility attributable to the services of university sport.

Keywords:

fair play, social responsibility, Sports College, ethical management.

Palabras clave:

fair play, responsabilidad social, deporte en la universidad, gestión ética.

1. Introducción

La deontología, del griego *deon* (deber) y *logía* (tratado), alude a la esfera del deber. Esta perspectiva ética, que encuentra como precursor clave al filósofo alemán Immanuel Kant, plantea la necesidad de asumir los deberes que se deben seguir en la interacción con los demás, por lo que dentro del campo de estudio de este artículo, el marco deontológico de los servicios de deporte universitarios alude al conjunto de deberes y exigencias que éstos deben asumir.

A efectos prácticos, se trata de un conjunto de criterios, normas y valores exigibles a los servicios de deporte universitarios que deben tenerse en cuenta para procurar desarrollar su gestión ética. Estas exigencias o deberes surgen de las siguientes fuentes: (a) dimensión moral, (b) dimensión social, y (c) dimensión legal.

El primer apartado del artículo abordará los elementos que determinan la deontología de la gestión deportiva universitaria desde el terreno moral: el fair play. En el segundo apartado del análisis se abordará la normativa legal, haciendo un recorrido desde el ámbito internacional, hasta la propia legislación específica del deporte en la universidad española. A continuación, se examinará cuáles son los requerimientos sociales que se presentan a los servicios de deporte universitarios. Finalmente, con el objeto de completar el estudio, el artículo presentará el análisis de la responsabilidad social.

2. Exigencias morales: fair play

La exigencia moral que toda actividad o práctica relacionada con el deporte debe tener en cuenta es el fair play. El origen de los valores del deporte va ligado indisolublemente a la génesis del mismo, luego es necesario remontarse al nacimiento del deporte moderno en la Gran Bretaña burguesa del siglo XXI, para entender el concepto de fair play.

En la génesis del deporte moderno se añadió a los valores intrínsecos del deporte, una serie de valores que pueden entenderse como una concreción de los valores morales compartidos por la sociedad del momento, o lo que es lo mismo, de la ética

cívica. No en vano, McIntosh (1979) en su pionera obra *Fair Play: ethics in sport and education*, apuntaba al ideal de justicia imperante en la esencia del deporte como uno de los valores importados de la moral social del momento. Por otra parte, Ashworth (1971) plantea que los deportes, concebidos como evolución de los juegos, no dejan de ser formas simbólicas de la vida social, en los que la igualdad debe tener un papel preponderante. Una igualdad en base a la que se pretende que todo el mundo tenga la oportunidad de competir en las mismas condiciones, dando así pie a la tensión propia de la competición (Guttman, 1985).

Fair play no significaba únicamente el respeto por las normas escritas, sino también por el espíritu de las mismas. Hecho que lleva a Renson (2009) a afirmar que el desarrollo y la expansión del fair play ha sido una importante contribución que el deporte ha hecho a la ética y a la pedagogía. Sin ir más lejos, el propio origen educativo del deporte moderno situaba al fair play como medio para expandir el carácter y la moral cívica de la burguesía inglesa del siglo XIX, por lo que la simbiosis es indiscutible.

No obstante, la naturaleza ética del fair play, entendido como ética del deporte, sigue siendo objeto de una viva controversia y debate filosófico a día de hoy (Butcher & Schneider, 2007; Morgan, 2007). De hecho, se identifican en la actualidad una serie de concepciones diferentes de fair play, entre las que destacan por ejemplo la influencia de los postulados iniciales de Huizinga (1954) y Keating (2007), que relaciona el fair play con el propio concepto de juego, y en el que se da mayor importancia al hecho de participar y divertirse que al hecho de ganar. También destaca la influencia de la ética aristotélica de McIntyre (1997) y McNamee (2008), que entienden el fair play como un saco de virtudes. Así como la concepción de ascendencia contractualista que define el fair play como un contrato en el que los participantes acuerdan participar según las normas.

Finalmente, habiendo dado cuenta de todas estas aproximaciones, Butcher & Schneider (2007) plantean un modelo de fair play basado en el respeto por el juego pero también, y sobre todo, en el respeto por los participantes. Así, estos autores instan a respetar aspectos concretos como los intereses, derechos, preferencias y valores de los participantes o implicados en el hecho deportivo. Algo que dota de un mayor dinamismo, amplitud y capacidad de aplicación al planteamiento de fair play, ya que aporta deberes morales que trascienden a la práctica deportiva en sí, pudiendo orientar cualquier otra situación relacionada con el hecho deportivo, como por ejemplo su gestión.

Sin embargo, además de ser motivo de estas necesarias discusiones éticas, el fair play guía y establece el horizonte moral de quienes día a día desarrollan su actividad entorno al hecho deportivo. Este papel más apegado a la realidad de la práctica es regulado por el Comité Internacional de Fair Play (C.I.F.P.) de la U.N.E.S.C.O. (Grosset & Attali, 2011). El *Comité Internacional de Fair Play* establece una concreción

de fair play que, todo y estar atenta a la fundamentación ética, trata de cristalizar sus valores y principios más fundamentales.

La concreción e institucionalización del Fair Play que propone el C.I.F.P. tuvo sus orígenes en las diferentes declaraciones de Coubertin a partir de sus intereses de refundación de los Juegos Olímpicos, siendo pionera su *Carta del Fair Play*. Aunque de un modo más reciente e influyente para el deporte actual, la *Declaración del Fair Play* ha sido actualizada por el *Consejo Internacional de Deporte y Educación Física*. Organización relacionada con la U.N.E.S.C.O., con quien conjuntamente creó en 1963 el C.I.F.P.

Esta institucionalización de la ética del deporte, como indican Grosset & Attali (2011) respondía a las necesidades de regulación y desarrollo del fenómeno deportivo, ya que en aquel momento el deporte estaba constantemente sometido a fuertes presiones externas que necesitaban ser controladas. Es decir, nació como respuesta a la necesidad de preservar la esencia del deporte o lo que en la terminología aquí empleada se definiría como el bien interno por el que cobra sentido y legitimidad social.

Desde esta perspectiva, se afirma aquí con Morgan (1994) que sin fair play lo que se entiende por deporte no lo es. Es decir, cuando bienes externos como el dinero, el poder, la popularidad, la fama, etc., se erigen como intención principal de la práctica, esa conducta no responde a lo que es realmente el deporte, sino que se trata más bien de otro tipo de actividad que, aun siendo similar en apariencia, es radicalmente distinta en esencia. Luego, si no hay una motivación de educar, promover y desarrollar valores y principios morales, no hay deporte, puesto que esa es su esencia.

Desde su origen el C.I.F.P. ha estado atento a los cambios sociales así como al desarrollo filosófico del fair play, por lo que haciéndose eco de los postulados de Butcher & Schneider (2007), en la actualidad ya no sólo busca ser una guía de conducta moral para los practicantes del deporte, sino para todos los implicados en el fenómeno deportivo. Así, desde las diferentes vertientes del hecho deportivo, todos los implicados que tengan como meta y vehículo de trabajo el deporte, ya se trate de entrenadores, científicos, académicos, medios de comunicación, patrocinadores, organizadores, gestores o deportistas, deben actuar en base a los principios morales del fair play.

Dado que el fair play se erige como el modelo imperante de ética del deporte en todas sus esferas, conviene analizar un poco más a fondo cuáles son sus principios y valores. Concretamente se trata de valores y principios socialmente compartidos como la dignidad humana, la justicia, la igualdad, el respeto, la tolerancia y la responsabilidad. A continuación se presenta una breve síntesis sobre como son interpretados estos valores a la luz del fair play.

La justicia deportiva, como advierte Kaluderovic (2011), está conectada a la idea de igualdad intrínseca y dignidad de cada implicado. Asimismo, implica ofrecer igualdad de oportunidades, que no igualdad de tratamiento.

En cuanto a la igualdad, en plena sintonía con la justicia, se entiende como igualdad de oportunidades. Y encuentra su sentido en ofrecer las mismas condiciones de participación a todos los implicados. Factor muy a tener en cuenta por ejemplo no sólo en el caso de la competición, sino también en el de la gestión del deporte.

En lo relativo al respeto, éste es concebido como respeto por los implicados en el hecho deportivo, así como respeto por el deporte mismo. Como ejemplos del respeto por la dignidad de los demás, destacan acciones como el respeto por las decisiones de los jueces, por la salud propia y la del resto de participantes, por las diferencias culturales y morales y, finalmente, por el medioambiente y la naturaleza. Pero además, en la gestión deportiva, el respeto por el deporte implica también fomentar una práctica que se sitúe lo más cerca posible de la perspectiva educativa y promotora del carácter moral.

La tolerancia se advierte como el deber de escuchar y dar cabida a la pluralidad de posicionamientos diferentes. Algo que, al igual que sucede en la ética cívica, define al Fair Play como una ética de mínimos compartidos. La tolerancia adquiere además un grado de complejidad en tanto que en ocasiones, tolerar ciertas decisiones, valores o comportamientos que no se comparten, implica aceptar la derrota en el caso del deporte-praxis. Asimismo, también es de vital importancia en el hecho deportivo a nivel social en tanto que implica la integración cultural, no discriminación por razón de ningún tipo, aceptación de puntos de vista distintos a los propios, etc.

Por su parte, la responsabilidad hace referencia a la idea de responder de las acciones realizadas ante los implicados por las consecuencias (Kaluderovic, 2011). La responsabilidad, como veremos más adelante, tiene también gran influencia e importancia para la aplicación del fair play en la gestión ética del deporte. Concretamente en el hecho de que la gestión también habrá de responder a las exigencias de los implicados entendida como responsabilidad social.

En resumen, el fair play, entendido como ética del deporte en plena sintonía con la ética cívica, debe ser tenido en cuenta a la hora de delimitar los deberes morales de la gestión del deporte en la universidad. Estos valores se concretan así como deberes extensibles del a la gestión deportiva, donde destacan las concreciones que se recogen a continuación:

- Responsabilidad por establecer, aplicar y consolidar las reglas de funcionamiento de la organización.
- Responsabilidad ante los implicados por las consecuencias.
- Garantizar y salvaguardar la igualdad de oportunidades.
- Supervisión de la práctica para garantizar la salud y bienestar de los practicantes.
- Modificar las reglas y el desarrollo, así como adaptar los modelos de práctica a las habilidades e intereses de los participantes.
- Gestionar la influencia de las presiones comerciales, así como de los intereses políticos.

- Desarrollar una política de gestión transparente y basada en la capacidad de diálogo para afrontar las posibles confrontaciones de intereses o posturas.
- No dar por hecho que cualquier práctica que en apariencia sea deportiva, cuenta con los valores exigibles a la auténtica práctica deportiva.

Además, a estos deberes atribuibles a la gestión del deporte en la universidad cabe añadir el tratamiento y la promoción del deporte en sentido educativo. De hecho Martínez-Aguado (2012) plantea que la perspectiva educativa de la gestión deportiva es un deber para cualquier tipo de gestión deportiva, luego con más razón lo será para la gestión del deporte en la universidad.

Por el momento basta decir junto con Russell (2007) que para ser realmente deportiva, una práctica debe reflejar y promover ciertos requerimientos morales. En esta misma línea el filósofo americano concluye que: “el deporte bien entendido, puede y debe ser empleado para promover ideales morales, incluyendo los ideales de igualdad y justicia” (p. 64). Es decir, que si no se aplican y promueven sus valores esenciales, la práctica no es genuinamente deportiva. Por lo que el deporte en la universidad no debe limitarse al aprendizaje de sus técnicas o tácticas, ni a los beneficios físicos y psíquicos, sino que debe atender en un sentido amplio a todo su potencial como transmisor del fair play.

Por todo lo dicho, se puede afirmar que la gestión del deporte en la universidad no solo tiene el deber de ajustar su conducta a los valores del fair play, sino que además debe asumir el compromiso de promover dichos valores y principios morales a través del servicio ofrecido. Es decir, debe aplicar el fair play en sus estrategias organizativas y de gestión, así como promoverlo a través del modelo de práctica físico-deportiva propuesta.

3. Normativas y exigencias legales

Una vez examinada la dimensión de los deberes morales en el apartado anterior, se da paso en el presente punto a la clarificación de los deberes legales a los que debe responder la gestión de los servicios de deporte universitarios.

Para perfilar la dimensión legal del marco deontológico de la gestión del deporte en la universidad española, el presente análisis será estructurado en torno a dos puntos. Por una parte se abordarán las normativas internacionales relacionadas con el deporte; y por otra los deberes que la legislación española atribuye al deporte en la universidad.

3.1 Normativa internacional

En las últimas décadas han ido surgiendo a nivel internacional una serie de disposiciones y normativas relacionadas con el hecho deportivo. Se trata de normativas

que, aun no teniendo eficacia jurídica, establecen deberes y valores relativos al deporte como institución.

Aunque sus planteamientos son referidos principalmente al hecho deportivo en general, dada su repercusión internacional, no dejan de ser importantes fuentes de deberes para todos los organismos encargados de la gestión deportiva, por lo que se deben tener en cuenta en el presente análisis del marco deontológico. Entre estas normativas y declaraciones destacan las siguientes:

La Carta Internacional de la Educación Física y el Deporte. La Carta Internacional de la Educación Física y el Deporte fue promulgada por la U.N.E.S.C.O. el 21 de noviembre de 1978, y aunque no es de obligado cumplimiento, sí supone la consolidación del deporte y la educación física como derechos internacionalmente reconocidos. Algo que se hace evidente desde su art. 1., en el que alude al derecho fundamental de todo ser humano de acceder a la Educación Física y al Deporte. Esta Carta Internacional respalda el concepto anteriormente descrito de deporte en la universidad, por lo que, como se anticipaba en el punto anterior, la oferta deportiva de los S.D.U. no debe limitar la participación a los estudiantes, sino que debe dar cabida a toda la comunidad universitaria, así como a la sociedad en general, siempre que los recursos lo permitan.

La Carta Olímpica. El Comité Olímpico Internacional (C.O.I.), aunque tampoco emite normativa con efecto jurídico, sí ejerce gran influencia sobre la elevación del concepto deporte a lo largo y ancho del planeta. Por su parte, la Carta Olímpica, de septiembre del 2000, establece que el olimpismo tiene por objeto poner el deporte al servicio del desarrollo armónico de los seres humanos, favoreciendo así una sociedad pacífica y comprometida con el mantenimiento de la dignidad humana. De este fin puede inferirse que la promoción del deporte, en su perspectiva educativa e integradora, es un deber a tener en cuenta por las organizaciones encargadas de la gestión deportiva.

La Carta Europea del Deporte. En la Carta Europea del Deporte para todos, de 1975, el Consejo de Europa estableció las bases de la política deportiva europea. No obstante, el análisis de los efectos de la misma llevo a los ministros de los gobiernos europeos a revisarla, dando paso a la actual Carta Europea del Deporte (De la Plata, 2001). En ella, se establece el deporte como un derecho del que emanan deberes para las entidades de gestión deportiva tales como garantizar el acceso del deporte y la Educación Física a todo el mundo sin discriminación de ningún tipo, ofrecer la posibilidad de practicar deporte en instalaciones y entornos sanos y seguros, proporcionar el servicio a través de profesionales cualificados, y posibilitar la mejora del nivel de rendimiento de aquellas personas que así lo quieran. Asimismo, se hace

también alusión al fomento de la paz y la igualdad social y de género, así como a la facilitación del diálogo, haciendo patente de este modo la importancia del deporte no sólo para el cuerpo y la salud, sino también por su contribución al desarrollo completo y armonioso del ser humano, rompiendo la desafortunada concepción de dualidad mente-cuerpo.

Esta Carta tiene un apartado específico dedicado a las organizaciones deportivas en el que exige a estas entidades aspectos alineados con el fair play como: publicar guías de comportamiento ético, promover el conocimiento del fair play a través de campañas de promoción, otorgar premios al fair play, proporcionar material educativo y oportunidades prácticas, y promover el fair play en los medios de comunicación.

En síntesis, de un modo generalizado, todas estas normativas determinan deberes concretos como:

- Cooperar para promover el deporte, la salud, el desarrollo y la preservación de las facultades físicas, intelectuales y morales de los seres humanos.
- Facilitar el acceso al deporte a todo el mundo.
- Impulsar la construcción y restauración de infraestructura deportiva con el afán de promover el deporte con arreglo a las necesidades locales particulares.
- Respetar los recursos del planeta.
- Fortalecer la cooperación y asociación entre los diferentes agentes implicados en el desarrollo y la práctica deportiva: familia, escuelas, comunidades locales, asociaciones deportivas, etc.
- Facilitar acercamientos entre los pueblos y las personas.
- Promover la solidaridad, el respeto, el afán de superación, la consolidación de los valores colectivos y el reconocimiento de la integridad y de la dignidad humana.

En definitiva, puede decirse que la normativa internacional recién examinada pone en evidencia la alineación de los deberes sociales y legales exigibles a la gestión deportiva, con las exigencias morales mostradas anteriormente.

3.2. Legislación española

Con el objeto de buscar un mayor nivel de concreción, a continuación se da cuenta de la legislación que abarca en España la gestión del deporte en la Universidad. Los diferentes preceptos legales se irán comentando ordenados según el rango legal de los mismos.

De la Constitución Española cabe destacar que la Universidad, apoyada por las Comunidades Autónomas, tiene la misión de fomentar la educación física y el deporte. Además, tal como se ha visto en el apartado correspondiente, la Constitución

permite una pertinente imbricación de los Derechos Humanos relacionados con el deporte dentro del ordenamiento jurídico estatal.

Por su parte, el deporte universitario como tal aparecía por primera vez en el marco legal con la Ley 13/1980, General de la Cultura Física y del Deporte. Y dos años después en el Real Decreto 1697/1982 de 18 de junio sobre Agrupaciones Deportivas, que supuso el desarrollo reglamentario de la Ley General de Cultura Física y Deporte. No obstante, en aquellos momentos el deporte únicamente llegó a ser concebido, incluso en el ámbito universitario, desde una dimensión competitiva, por lo que dichas aportaciones no presentan deberes aplicables al deporte en la universidad tal como es entendido a día de hoy.

Para ver correspondida la importancia del deporte como aportación a la formación integral y al desarrollo personal, habría que esperar a la Ley 6/2001, de 21 de diciembre, de Universidades, modificada por la Ley Orgánica 4/2007, de 12 de abril, de Universidades (L.O.M.L.O.U.), en la que de forma explícita, en su TÍTULO XIV. Artículo 90. Del Deporte en la Universidad, se proclamaba por una parte que: “La práctica deportiva en la universidad es parte de la formación del alumnado y se considera de interés general para todos los miembros de la comunidad universitaria.” Y por otra parte que: “Las universidades establecerán las medidas oportunas para favorecer la práctica deportiva de los miembros de la comunidad universitaria y, en su caso, proporcionarán instrumentos para la compatibilidad efectiva de esa práctica con la formación académica de los estudiantes.”

Con estas puntualizaciones emerge un nuevo deber que se suma a todo lo dicho anteriormente: el de promover la conciliación entre la vida deportiva y la vida académica de los deportistas (se entiende que los de alto nivel) que cursan estudios universitarios.

Asimismo, la L.O.M.L.O.U. desvela otras claves interesantes en su Artículo 90, donde expone que el deporte en la Universidad tiene el deber de contribuir no sólo a la mejora de la salud, la calidad de vida y las condiciones físicas, sino también a la formación en valores y competencias, contribuyendo a la formación integral.

En esta línea, el Real Decreto 1791/2010, de 30 de diciembre, que aprueba el Estatuto del Estudiante Universitario, en su artículo 62.1 del CAPÍTULO XII. De la actividad deportiva de los estudiantes, señala que “Las actividades deportivas de los estudiantes universitarios podrán orientarse hacia la práctica de deportes y actividades deportivas no competitivas o hacia aquellas organizadas en competiciones internas, autonómicas, nacionales o internacionales.” Esta nueva concepción ha abierto al fin la puerta de una dimensión del deporte en la que la competición y el deporte-praxis se presentan como posibilidades de práctica legítimas y no excluyentes.

En cualquier caso cabe advertir que, desde el marco legal vigente, se contempla la faceta formadora de la actividad físico-deportiva en la Universidad, dando cabida además de a la población universitaria a la sociedad en general.

Como breve conclusión, destacar la necesidad de una mayor reglamentación para despejar posibles ambigüedades a la hora de gestionar el deporte en la universidad, ya que la situación podría ser muy grave en tanto que dicha omisión legislativa podría permitir a los servicios de deporte universitarios adoptar una gestión orientada en torno a bienes externos no alineados necesariamente con la misión de la Universidad.

4. Exigencias sociales

Para centrar el análisis de las exigencias que la sociedad demanda al deporte en la universidad, es necesario entender a priori cual es la relación que une al deporte con la universidad. En este sentido, es evidente que tanto el deporte como la universidad tienen una esencia educativa innegable. Esa perspectiva educativa, aun pudiendo ser de naturaleza distinta, persigue la formación integral de las personas.

Es obvio que el deporte y la universidad deben alinearse para lograr la meta educativa común. Esta alineación debe articularse, sin embargo, teniendo presente que son los servicios de deporte universitarios los que están dentro de la universidad y no viceversa, por lo que son éstos los que están al servicio de la institución universitaria y los que tendrán que alinear su gestión con las funciones de la Universidad.

Así las cosas, es necesario aclarar cuál es el tipo de formación que la sociedad exige a la Universidad, para que los servicios de deporte universitarios puedan gestionar sus recursos de manera alineada. No en vano cada modelo deportivo persigue unas metas sociales distintas, emplea sus propios mecanismos de actuación e incluso cuenta con un marco jurídico ajustado a su propia realidad (Hernando, 2010).

Puede afirmarse que la principal misión de la institución universitaria, amén de la formación profesional y científica, es el desarrollo personal en un sentido amplio. Un desarrollo personal en el que la persona debe entenderse como una globalidad. Así, aunque la formación universitaria se vea presionada hacia un modelo de formación superior en el que los saberes aplicados se priorizaran sobre los teóricos, intelectuales y morales, y donde el saber hacer se antepone al saber ser, siempre quedarán organismos de extensión universitaria, como los servicios de deporte universitarios, cuya principal formación se centra en el saber ser, en la construcción del carácter y en la formación personal, contribuyendo así a apuntalar la función legítima de la institución universitaria.

De esta manera los servicios de deporte universitarios deben evitar incurrir en un modelo utilitarista del hecho deportivo. Es decir, en tanto que deben ofrecer un servicio alineado con las funciones de la Universidad, éstos deben proponer en su gestión un modelo de práctica que contribuya al desarrollo personal en su sentido más amplio. Cabe recordar brevemente que el deporte puede ser un arma de doble filo y que, si se lo despoja de sus valores esenciales, puede tener un papel instrumental

contrario a la libertad y a la autonomía personal altamente efectivo.

Desde esta perspectiva, el deporte que corresponde promover desde la institución universitaria concuerda con la propuesta de la *Carta Europea del Deporte*, en la que se ofrece una idea de deporte para todos que encaja directamente con la concepción de práctica físico-deportiva en la universidad. Concretamente, alude a toda actividad física cuya participación implica la mejora de la condición física, psíquica y social de los practicantes. Engloba al conjunto de la práctica físico-deportiva realizada no sólo por los estudiantes universitarios sino también por el resto de la comunidad universitaria (colectivo profesional) y ciudadanos practicantes dentro de la oferta de la universidad.

Ello permite entender que se trata de una oferta que atañe a un colectivo muy amplio cuya formación físico-deportiva no finaliza con los estudios de grado, sino que se sigue desarrollando independientemente de la edad y el enfoque de práctica que se elija. Punto que debe ser tenido en cuenta a la hora de seguir definiendo este marco de deberes. Además, no conviene olvidar que éstos desempeñan un papel vital en la función de extensión universitaria, puesto que ejercen como agentes de extensión de los conocimientos, experiencias y valores de la universidad hacia el resto de la comunidad.

Desde la concepción aquí defendida, el deporte en la universidad, entendido en su sentido más amplio, es el planteamiento a seguir a la hora de acercarse al marco deontológico de los servicios de deporte universitarios desde una perspectiva de ética aplicada. Dicho planteamiento se justifica a partir de una idea de educación y formación que se prolonga indefinidamente en el tiempo (Hernando, 2010). Es decir, a través de la práctica físico-deportiva, la formación y educación de cada persona se dilata durante todo su periplo vital, de forma que no únicamente se contribuye a la formación de los alumnos durante su etapa estudiantil, sino que tiene un horizonte más amplio, con las miras puestas en una formación de todos sus posibles usuarios a lo largo de su vida.

5. La responsabilidad social

Dentro del marco deontológico exigible a los servicios de deporte universitarios también está el deber de cumplir con su responsabilidad social, o lo que es lo mismo, responder ante las consecuencias que sus decisiones generan sobre quienes se ven implicados en la gestión.

Aunque las teorías y enfoques desde los que puede abordarse la responsabilidad social configuran un amplio catálogo de posibilidades (Broomhill, 2007; Carrol, 1991; Doh & Guay, 2004, 2006; Rivera & Malaver, 2011; Walters & Tacon, 2010), el objeto de este apartado no es teorizar al respecto, sino dar cuenta de la situación actual

de la responsabilidad social en los servicios de deporte universitarios y proponer, desde su revisión, un modelo de responsabilidad social capaz de cumplir satisfactoriamente con dicho deber.

No se han encontrado estudios concretos que guíen de un modo definitivo el abordaje de la responsabilidad social en la gestión deportiva en la universidad. Por lo que, atendiendo a la doble naturaleza deportiva y universitaria de los mismos, el apartado tratará de aportar luz atendiendo a cómo se está desarrollando la responsabilidad social en cada uno de estos dos ámbitos.

Cabe destacar que se han detectado una gran cantidad de iniciativas y perspectivas a la hora de dar cuenta de la responsabilidad social. Sin embargo, no todas estas formas responden certeramente a lo que de ella es exigible. La responsabilidad social no debe concebirse como algo aparte o separado de las funciones normales de la organización, sino que debe acometerse desde el ejercicio de sus funciones básicas (Doh & Guay, 2004; Filizoz & Múcahit, 2011; Smith & Westerbeek, 2007). Es decir, debe practicarse a diario en todos los ámbitos de la gestión, tanto en el cumplimiento del bien interno, como en la rendición de cuentas con todas las partes interesadas. Por lo que no debe confundirse con prácticas caritativas o de acción social.

Así las cosas, todo apunta a que muchas de las pretendidas prácticas de responsabilidad social llevadas a cabo tanto en el ámbito deportivo, como en muchas universidades, no se adecuan a la verdadera naturaleza de dicho deber, sino que se engloban más bien como prácticas de acción social. Luego, llegados a este punto, convendrá proponer un nuevo modelo para los servicios de deporte universitarios que se acoja a la responsabilidad social como un modelo de gestión que integra las expectativas de sus grupos de interés (Burrows, 1999; Doh & Guay, 2004; Filizoz & Múcahit, 2011; Smith & Westerbeek, 2007).

Sin duda, en tanto que poseen intencionalidad y posibilidad de decidir, puede afirmarse que los servicios de deporte universitarios son responsables, por sí mismos, de sus acciones, aunque pertenezcan a un nivel organizativo mayor como la Universidad. Sin ir más lejos, su estructura organizacional propia, así como la existencia de un bien interno exclusivo, los dota necesariamente de responsabilidad por las consecuencias que puedan acarrear sus decisiones.

En este sentido, cabe aclarar también que su responsabilidad como organización no coincide necesariamente con la suma de las responsabilidades individuales de sus componentes, ya que pueden existir decisiones que no sean aprobadas por algunos de sus miembros, pero que igualmente se lleven adelante a causa de que, o bien la estructura de toma de decisiones, o bien las reglas de procedimiento establecidas en la organización, no les permite modificar la decisión.

Así las cosas, la responsabilidad es atribuible a la organización como entidad colectiva y no a un sujeto individual concreto, por lo que convendrá proponer algún patrón de referencia para la reflexión, el diálogo y la posterior toma de decisiones de

la organización. Ahora bien, ¿quién conforma la organización? ¿Cómo se toman las decisiones? ¿Qué se tiene en cuenta a la hora de decidir? Según se ha ido viendo a lo largo del apartado, la responsabilidad social exige responder ante los implicados por las consecuencias de las decisiones. Luego es obvio que desde esta perspectiva las demandas e intereses de los afectados deben ser tenidos en cuenta.

La responsabilidad social así entendida, radica en dar cuenta sobre lo que se hace y también sobre quien recibe las consecuencias de dicha acción, por lo que es necesario integrarla dentro del modelo de gestión. Este hecho requiere en consecuencia un cambio en el modelo de gestión que dé voz a las partes interesadas y las integre dentro de los procesos estratégicos. En esta línea, proponemos el modelo de stakeholders, en tanto que tiende un puente entre la gestión estratégica y la responsabilidad social (Carrol, 1991), por lo que se erige como el candidato ideal para proponer un avance en la gestión ética de las organizaciones deportivas (Filizoz & Mücahit, 2011; Smith & Westerbeek, 2007).

En definitiva, y a modo de conclusión a este apartado, habrá que repensar la gestión de los servicios de deporte universitarios de forma que se conciban las demandas de los afectados como parte a tener en cuenta en las decisiones. Es decir, las cúpulas directivas tendrán que dar cuenta de las demandas que en los diferentes ámbitos de acción puedan elevar los trabajadores, los usuarios, los proveedores, la comunidad local, etc. De manera que los servicios de deporte universitarios que quieran gestionar su responsabilidad social y desarrollar así una verdadera gestión ética, deberán tener en cuenta que ésta sólo puede alcanzarse a partir de la integración de los intereses de los afectados por sus decisiones.

Referencias

- » Ashworth C. E. (1971). *Sport as a symbolic dialogue*. In E. Dunning (Ed.), *The sociology of sport: a selection of readings*. London: Frank Cass.
- » Broomhill R. (2007). "Corporate Social Responsibility: Key Issues and Debates". *Dunstan Paper*, 1, 1-60.
- » Burrows J. (1999). "Going beyond labels: a framework for profiling institutional stakeholders". *Contemporary Education*. 70, (4), 5-10.
- » Butcher R. & Schneider, A. (2007). *Fair Play as a Respect for the Game*. In W. Morgan (Ed.), *Ethics in Sport*. Champaign: Human Kinetics.
- » Carroll A. B. (1991). "The pyramid of corporate social responsibility. Toward the moral management of organisational stakeholders." *Business Horizons*, 34 (5), 39-48.

- » De la Plata N. F. (2001). *Los servicios públicos deportivos*. Madrid: Universidad Europea.
- » Doh, J. & Guay, T. (2004). "Globalization and corporate social responsibility: how non-governmental organizations influence labor and environmental codes of conduct." *Management Internacional Review*, 44 (3)7-30.
- » Doh J. & Guay T. (2006). "Corporate Social Responsibility, Public Policy, and NGO Activism in Europe and the United States: An institucional-Stakeholder Perspective." *Journal of Management Studies*, 43 (1), 47-73.
- » Filizöz B. & Múcahit F. (2011). "Corporate Social Responsibility: A study of Striking Corporate Social Responsibility Practices in Sport Management." *Procedia Social and Behavioral Sciences*, 24, 1405- 1417.
- » Grosset Y. & Attali M. (2011). "The Internacional Institutionalization of Sport Ethics." *Global Society*, 48, 517-525.
- » Guttman A. (1985). "The belated birth and threatened death of fair play." *The Yale Review*, 74, 525, 537.
- » Hernando C. (2010). "El Plan Integral para la Actividad Física y el Deporte. Ámbito de la Actividad Física y Deporte en la Universidad." *Tandem*, 35, 25-37.
- » Huizinga J. (1954). *Homo ludens*. Madrid: Alianza.
- » Kaluderovic Z. (2011). Sport rules, sport moral values and fair play. *J. A.H. R.* 2 (3), 43- 53.
- » Keating J. (2007). *Sportmanship as a Moral Category*. In W. Morgan (Ed.), *Ethics in Sport*. Champaign: Human Kinetics.
- » McIntosh P. (1979). *Fair Play: ethics in sport and education*. London: Heineman.
- » McIntyre A. (1997). *Tras la virtud*. Barcelona: Editorial Crítica.
- » McNamee M. (2008). *Sport, Virtues and Vices: Morality Plays*. New York: Routledge.
- » Morgan W. J. (1994). *Leftist Theories of Sport: a critique and reconstruction*. Champaign, Illinois: University of Illinois Press.
- » Martínez-Aguado D. (2012). *Nueva gestión deportiva municipal con la educación como perspectiva*. Madrid: Editorial Digital Círculo Rojo.
- » Renson R. (2009). "Fair Play: Its origins and meanings in sport and society." *Kinesiology*, 41 (1) 5-18.
- » Rivera H. & Malaver N. (2011). *La organización: los stakeholders y la responsabilidad social*. Bogotá: Universidad del Rosario.
- » Russell J.S. (2007). *Broad Internalism and the Moral Foundations of Sport*. In W. Morgan, W. (Ed.), *Ethics in Sport*. Champaign: Human Kinetics.
- » Smith A. & Westerbeek H. (2007). "Sport as a Vehicle for Deploying Corporate Social Responsibility." *J.C.C.*, 25. Spring, 1-12.

> Sport e tecnologia: la prospettiva etica e giuridica

Bruno di Pietro

International Federation of Sports Medicine, Lausanne, Switzerland.
dipietro.bruno@gmail.com

Abstract

L'articolo analizza alcuni punti focali dei rapporti tra filosofia, etica e scienza nei confronti dell'uomo e, nello specifico, nei confronti dell'atleta. Quando l'applicazione pratica dei risultati della ricerca scientifica nei confronti di un atleta può essere ammissibile? L'articolo mette in chiaro i punti focali di questa domanda e, soprattutto, fornisce non una soluzione definitiva ma detta una sorta di "linea guida" per stabilire i casi in cui la scienza applicata all'uomo, cioè la tecnologia, possa ritenersi "lecita" e quindi ammissibile. Lo Sport è un settore delle attività dell'uomo in cui vi è una eccezionale confluenza di interessi; e ciò potrebbe portare a ritenere la prestazione dell'atleta e lo stesso atleta non come fine a sé stesso ma come mezzo per altri fini ed altri interessi, soprattutto economici. Punto determinante ed insuperabile è la "dignità" della persona, che non può mai essere attentata. L'articolo ripropone la versione classica della concezione dell'uomo come "fine" e mai come "mezzo" applicata ad un settore, quello sportivo ed agonistico, che è uno dei settori più floridi ed "in movimento" della epoca attuale.

Parole chiave:

etica, diritto, sport, tecnologia, giustizia.

1. Introduzione

Sono di assoluta e stringente attualità per l'uomo contemporaneo alcuni problemi che, sull'onda dell'emozione provocata dal risalto che ne danno gli organi di informazione, si pongono come punti focali su una certa idea di "uomo", che

viene proposta e che si impone anche all'uomo "comune" e che determina una vera e propria confusione su quale sia la "natura" e il "destino" dell'uomo. Natura e destino dell'uomo sono aspetti della realtà che impongono una risposta chiara e certa, in quanto coinvolgono in maniera determinante la stessa "tipologia" di vita che si sceglie di vivere nella epoca e nel luogo in cui, in maniera non volontaria, ci si trova immersi e proiettati: cioè nella determinata "civiltà" in cui si nasce e si opera e dalla quale ciascuno è condizionato. E' anche vero che, al di là degli influssi innegabili della civiltà nella quale si vive, natura e destino riguardano l'uomo in un suo aspetto a-temporale e a-spaziale. Quindi risposte "nella" storia a domande che non hanno una loro propria storia: cioè non sono determinate o tipiche di un tempo o di una civiltà. Tali problemi e le relative risposte, che hanno una rilevanza "interna", perché coinvolgono l'uomo "in interiore", cioè nella sua più intima essenza, hanno, però, anche una rilevanza esteriore. Ciò perché tali problemi, e le risposte a tali problemi, permettono di determinare una "idea" di uomo, una "antropologia" che diviene la base per ogni attività. Quindi rilevanza anche esterna delle domande sulla natura e sul destino dell'uomo in quanto riguardano l'aspetto più profondo ed intimo della persona, caratterizzato dalla "totale indisponibilità da parte di chiunque e di qualsiasi autorità (anche di se stesso)" (Lo Castro, 1985, p.6) (rilevanza esterna "in negativo"). E rilevanza anche esterna di tali domande, perché "non v'è alcuna concezione fondamentale della società che non sbocchi o non prenda le mosse da una antropologia" (*Ibidem*, p. 9) (rilevanza esterna "in positivo").

Per venire al tema specifico del presente studio, si può affermare con tranquilla certezza, che uno dei problemi fondamentali che oggi tocca l'uomo in quanto tale è quello per il quale ci si chiede se la persona sia manipolabile *ad libitum* dalla applicazione tecnologica cioè dalla applicazione pratica della scienza o se, invece, vi siano dei limiti, determinati dall'esistenza di un nucleo indisponibile a qualunque applicazione tecnica (un esempio che vale per tutti è quello rappresentato dalle manipolazioni genetiche sull'essere umano su cui, più in generale (Giovanni Paolo II, 1998) nucleo posto, anche, dalla speculazione filosofica. In definitiva, ci si chiede quali siano i campi di indagine e di applicazione della filosofia e delle scienze ed i loro rapporti.

2. Scienza, tecnologia e sport

Tale discorso è rilevante *anche* nel mondo dello sport (McNamee, 2005). Oggi, infatti, lo sport ha assunto una rilevanza determinante ad ogni livello delle comunità umane, da quello sociale (sport come forma di aggregazione e superamento di difficoltà di socializzazione) a quello economico (sport come forma di produzione di ingenti somme di denaro, sia lecito che illecito), da quello "comportamentale" (sport come serbatoio cui attingono i soggetti a livello di emulazione comportamentale del

“campione” di turno) a quello medico-scientifico (sport come campo privilegiato di ricerca scientifica, anche qui, sia lecita che illecita). Anzi, è corretto dire che la rilevanza di tali argomenti ha assunto una specifica importanza *soprattutto* nel mondo dello sport, soprattutto perché avendo il mondo dello sport i risvolti indicati appena sopra, è logico che gli interessi che involgono i suoi aspetti, in riferimento, in particolare, all’ottica della produzione economica consequenziale allo sfruttamento della prestazione agonistica, vengano dilatati in maniera spasmodica. La prestazione agonistica sportiva non è più la prestazione fisica di un uomo che si confronta (e magari li supera) con i suoi limiti naturali; non esiste, cioè, quasi più la prestazione agonistica “bella” finalizzata a sé stessa. Esiste, invece, la prestazione agonistica che è un mero “strumento” di altri interessi che hanno altri soggetti rispetto all’atleta che esegue la prestazione sportiva: le società di creazione di abbigliamento o materiale sportivo tecnico, le società farmaceutiche, le società pubblicitarie, tutti costoro mirano a sopravvalutare la prestazione agonistica nell’ottica del ritorno economico che ne possono trarre. E ciò sempre nel mondo degli affari leciti. Ma se solo si pone per un minuto la mente a tutti i campi di interesse che riguardano, invece, lo sfruttamento illecito della prestazione agonistica, ci si pone davanti a masse di denaro assolutamente imbarazzanti che transitano attraverso i canali malavitosi e che hanno ricettacolo nel mondo delle scommesse illecite su gare regolari, o la organizzazione di gare addirittura abusive, o la falsificazione del risultato di una gara regolare ai fini di intercettare il guadagno enorme che deriva da una prestazione o da un risultato “imprevisti”, o la ricerca scientifica di prodotti e farmaci che falsano la prestazione e che siano il più possibile “invisibili” ai controlli che vengono effettuati. E così via.

Si comprende, quindi, che in tutto questo, ciò che viene assolutamente trascurato è proprio l’uomo. Vale a dire che scompare in maniera fondamentale la *persona* dell’atleta, che viene ridotto a *cosa*, viene completamente *reificato*, come un occasionale elemento che serve solo al raggiungimento di un altro fine: il completo rovesciamento della concezione classica della persona si produce in maniera assoluta. L’uomo-atleta non è più *fine*, ma è semplice *mezzo*.

La ricerca scientifica e tecnologica rende l’uomo oggetto delle più disparate applicazioni ai fini di ottenere la migliore prestazione e lucrare sulle sue conseguenze economiche. È vero, che alcune applicazioni tecnologiche si dimostrano maggiormente lesive, o lesive in modo assoluto della dignità della persona: l’uso di sostanze *dopanti* oltre a ledere il principio di “giustizia” della prestazione sportiva agonistica in riferimento agli altri atleti che invece fanno leva solo sulle loro capacità naturali, lede anche la dignità della *persona* dell’atleta, provocandone trasformazioni addirittura genetiche che ne minano in maniera irreparabile il fisico o la psiche e lo riducono a semplice strumento per lo sfruttamento economico della prestazione; e così vale, ad esempio, per le pratiche di gravidanza indotta nelle atlete donne, effettuato solo per la produzione di sostanze fortificanti endogene che avvengono naturalmente nel

periodo di gravidanza, ma seguito dal procurato aborto una volta che la prestazione sia stata resa (pratiche, queste, famose negli anni passati soprattutto in alcuni paesi dell'Est europeo): in questo caso ad essere lesa non è solo il principio della "giustizia particolare" della prestazione sportiva, ma viene lesa un principio di giustizia maggiore, si potrebbe dire, quasi, di "giustizia assoluta": ciò che impone di trattare l'uomo *sempre* come fine e *mai* come mezzo (Di Pietro, Colitti, Isidori, Pigozzi, 2012, pp. 416-421).

In alcuni casi, invece, il problema è maggiormente delicato, in quanto l'applicazione tecnologica non appare violare immediatamente la dignità della persona e dunque la forma più generale di giustizia ed in questo caso si pone solo il problema di stabilire se la applicazione lede il principio della doverosa "giustizia specifica" della prestazione sportiva: valga per tutte, come esempio, il caso degli articoli di abbigliamento tecnico dei nuotatori che ne rendevano più fluidi i movimenti in acqua, e consentivano loro di migliorare la loro prestazione a causa di una migliore dinamicità e che però davano un vantaggio competitivo "ingiusto" e che per questo sono stati vietati. In altri casi, invece, il problema è più complesso e più delicato, in quanto la trasformazione tecnologica incide sempre sulla integrità fisica del soggetto; si rende operante, cioè, sempre una manipolazione su un soggetto, ma tale manipolazione non sembrerebbe porre dubbi in merito alla lesione della dignità della persona, restando sempre aperti però i dubbi in merito all'intero aspetto lesivo dell'intervento, sia con riferimento alla giustizia generale che particolare.

Si pensi ai dubbi sollevati dal "caso Pistorius": l'applicazione degli arti inferiori artificiali serviva a permettere all'uomo Pistorius di riacquisire una facoltà naturale perduta come la deambulazione autonoma; ma la specifica fattura di quegli arti non era finalizzata alla semplice deambulazione ma a rendere possibile all'*atleta* Pistorius anche una sua migliore prestazione (Perez Triviño, 2013). L'intervento manipolativo tecnologico, in questo caso, non sembrava essere semplicemente *redibitorio* di una funzionalità naturale perduta, ma poteva sembrare effettuato, per la particolare conformità di detti arti, solo per creare dei determinati effetti pubblicitari, riconnessi alla sua prestazione: se così fosse stato, era logico che tale applicazione tecnologica poteva porre problemi di lesione della dignità umana fermo sempre restando la valutazione del presunto vantaggio competitivo "ingiusto" che gli arti inferiori artificiali conformati in quello specifico modo tale da assicurare una maggiore dinamicità, innaturale per l'uomo, potevano comportare.

Ai fini di predisporre gli strumenti necessari per poter affrontare in maniera corretta, quindi, i problemi sollevati sopra e cioè quelli legati ai limiti delle applicazioni delle ricerche scientifiche e cioè ai limiti della applicazione tecnologica all'*atleta*, si pone in maniera ineludibile la determinazione in generale dei rapporti tra contenuto della scienza e delle sue applicazioni tecnico-pratiche (la tecnologia) in riferimento all'uomo, al suo senso ed al suo significato. Quindi in definitiva si pone l'esigenza primaria di determinare i rapporti tra la scienza e la filosofia, in quanto entrambe

studiano realtà rilevanti per l'uomo, ma con strumenti diversi, lo vedremo, sia in riferimento ai campi di azione e sia in riferimento alla tipologia di conoscenza che determinano, per stabilire una (tra le tante che potrebbero essere proposte) verità dell'uomo che sia fondamento assoluto per la tutela della dignità di quello.

3. Filosofia e scienza per la comprensione etica e giuridica dello sport

Scienza deriva dal latino "scientia" che sviluppa il tema di "scire" e che significa *sapere* (Devoto, 1968, *sub* "scienza"). Il Devoto si ferma all'etimologia latina, senza risalire oltre.

Il concetto, invece, è sviluppato da Giovanni Semerano, la cui impostazione scientifica non è vincolata al presupposto indoeuropeista del Devoto, e lega il latino "scire" all'accadico "Še'ú", *vedere* e che ha come sviluppo il latino "scio" (Semerano, 2001) (quindi *sapere per aver visto*). In ogni caso, il significato ultimo di scienza, per entrambe le teorie è *sapere*.

Filosofia è termine composto da "philo-" (dal tema di "phileo": *amare*) e "sophía": *sapienza*, come concetto astratto di "sophós": *saggio*. Il saggio, in latino volgare è il "sapjus", che contiene e sviluppa la radice "sap-/sop-" e che ritorna anche nel greco "sop(hía)" (Devoto, 1968 – *sub* "filosofia").

Da questa breve e limitata analisi, le differenze etimologiche tra "filosofia" e "scienza" si riducono alla differenza tra "sapĕre" e "scire". *Sapĕre* risale alla radice "sap-/sop-", presente in greco ("saphés": *evidente, chiaro* – "sophós": *esperto, conoscitore*) e in lingua Osca ("sipus": *che conosce*) (Panutzo, Giomini, Così, 1981, p.262). Il termine sembra evocare dati incamerati in senso oggettivo, dalla osservazione e riflessione.

Scire significa *sapere per aver visto*; qui, invece, la perifrasi indica una partecipazione attivistica del soggetto conoscente che "ricerca attivamente" in merito all'oggetto della sua analisi.

Le differenze tra i due termini, pur nel generico riferimento al sapere, sembrano riguardare il "livello" di conoscenza. Nel primo caso (il filosofo) sembrerebbe riferirsi ad una conoscenza che procede dall' "alto", quindi "generale" o "totale", "deduttiva" svelata dalla "riflessione" su dati a disposizione; nel secondo caso (lo scienziato) sembrerebbe riferirsi ad una conoscenza che procede "dal basso", quindi "particolare", "specificata", "induttiva", perché lo scienziato "sa per avere visto", cioè per aver ricercato (e trovato) il dato concreto; "sa per avere visto" e si vedono solo cose concrete e specifiche, come quando disseziona la materia e ne trova la struttura in molecole, atomi, etc.

Abbiamo visto sopra che, anche nel significato etimologico, scienza e filosofia, seppur da angolature differenti, hanno uno stesso fine: sia che derivi dal latino

scire o dal greco *sophia*, l'attività umana corrispondente prevede sempre l'azione di colui che osservando la realtà che gli si pone davanti, la indaga per ottenere delle "informazioni" che incidono sulla sua vita; cioè delle "in-formazioni", che nel mentre vengono acquisite, "formano" anche colui che le conosce, in quanto gli permettono di conoscere meglio la realtà. Quindi sia la scienza che la filosofia sono dei metodi di indagine della realtà, nel senso che entrambe "*si caratterizza[no] come sapere*" (Melendo, 2007, p.127); in una parola potremmo dire che lo scienziato è colui che sa perché ricerca un dato in una realtà concreta e specifica; il filosofo sa perché ha sapienza: riflette su tutta la realtà e ne svela aspetti ulteriori a quelli dello scienziato. E questa attività di indagine del reale è ciò che caratterizza in maniera essenziale l'essere umano. L'uomo, come riportato (anche) nella tradizione platonico-aristotelica, è l'unico essere che, essendo dotato di stupore e meraviglia, razionalizza tali sentimenti nella attività di ricerca sull'oggetto del suo stupore, attività che lo porta a svelare i fondamenti della realtà (essenza, caratteristiche costitutive, funzionamento, etc.). Le differenze sono rappresentate, invece, proprio dal diverso livello di conoscenza: quanto all'*oggetto*, la filosofia riguarda la totalità, le scienze, invece, settori particolari; inoltre, con riferimento al *rigore*, la filosofia raggiunge il sapere assoluto, le scienze un sapere probabile; con riferimento alla *reciproca relazione*, la filosofia fornisce alle scienze i principi cui far riferimento per fondarsi e per individuare la loro finalità umana (Perone, Ferretti, Ciancio, 1987, p.559; Melendo 2007, pp.128-130). Ciò che consente di poter distinguere tali due forme di conoscenza è un diverso modo di intendere i rapporti tra conoscenza totale e conoscenza particolare, soprattutto con riferimento ad uno strumento di conoscenza intellettuale rappresentato dalla *astrazione*.

Nella teoria tradizionale, di impostazione platonico-aristotelica, la astrazione é la facoltà che permette di raggiungere un modo più elevato di conoscenza, di diretta derivazione dall'intelletto e che permette di cogliere gli aspetti fondamentali, essenziali e costitutivi della realtà osservata, cioè la realtà in se stessa (ad es., ciascuno di noi è, prima di tutto e prima di ogni specifica caratterizzazione, una persona) (Melendo, 2007, p.131). Con l'epoca moderna, però, tale rapporto tra conoscenza generale e particolare si è progressivamente invertito, in quanto la facoltà della astrazione è stata progressivamente identificata con l'*astrattezza*, cioè con un tipo di conoscenza non generale ma *generica*, mentre l'unica forma di conoscenza che si riteneva degna di questo nome era considerata quella, certa e rigorosa, del particolare, fino ad arrivare alle affermazioni fatte dal positivismo e dal neopositivismo, secondo i quali, la scienza deve succedere alla filosofia quale unica forma veramente valida di sapere (Perone, Ferretti, Ciancio, 1987, p.560). Quindi, nella storia sembrano succedersi vari modelli dei rapporti tra filosofia e scienza. Sia gli elementi comuni che le differenze tra questi due modi di conoscenza, a partire da una unità iniziale propria della tradizione platonico-aristotelica, sono stati progressivamente estremizzati, tali da creare un modello in cui gli uni escludevano gli altri.

Così, se “*per Augusto Comte (1798-1857), la organizzazione del sapere in un sistema enciclopedico culminava nella fisica sociale o sociologia e la filosofia era esclusa, o ridotta al solo compito di coordinare i risultati delle scienze, come filosofia positiva o scienza delle scienze*” (Cotta, 1984, p.12): quindi una funzione solo formale, invece “*rifacendosi alla posizione degli idealisti romantici, i neoidealisti sostengono che l’unico sapere vero ed autentico sia la filosofia. [...]. In Croce e Gentile si giunse addirittura all’eccesso di eliminare la scienza dal sistema del sapere*” (Perone, Ferretti, Ciancio, 1987, p. 560). Il risultato, tipicamente moderno (in alcuni famosi libri, lo scrittore cattolico Vittorio Messori sintetizza tale aspetto contrapponendo il tradizionale *et-et* al moderno *aut-aut*), è quello di creare un modello di conoscenza rigidamente “esclusivo”, mentre il sistema classico (platonico-aristotelico) è “inclusivo”. Tale impostazione, anche moderna, è tipica del positivismo.

Abbiamo già detto della concezione che aveva Augusto Comte del sistema del sapere. La conoscenza è solo particolare ed è data dalle singole scienze. Ciascuna di queste è assolutamente indipendente dalle altre. In tale frammentazione del sapere, l’unico valore che può avere la filosofia è quello di coordinare i risultati delle altre scienze, ai fini di conferire al sistema stesso una parvenza di unità. La filosofia non ha un suo oggetto esclusivo e proprio, quindi non è una forma di conoscenza. Tale assunto fondamentale e costitutivo del *positivismo* è stato ripreso, più recentemente dal *neo-positivismo*: caratteristica è “*ritenere prive di senso le affermazioni di carattere metafisico*” (Giovanni Paolo II, 1998, cap.88). Tale concezione della filosofia, pur screditata dalla critica epistemologica, è rinata sotto le vesti dello scientismo tecnologico (Giovanni Paolo II, 1988, n88). Tale *continuum* logico è ben evidenziato nel capitolo n. 88 della *Fides et Ratio*, nel quale si denuncia il “*dominio di tutti gli aspetti della esistenza umana attraverso il progresso tecnologico*”, squalificando la domanda “*circa il senso della vita come appartenente al dominio dell’irrazionale o dell’immaginario*”. In questo sistema, e per assurdo, la stessa scienza, se non approda ad una applicazione pratica e se non si tramuta in “tecnologia” o “tecnocrazia”, che modifica la realtà a piacimento, anche la scienza –dicevamo- è inutile. E qui si apre un conflitto all’interno dello stesso mondo della scienza, tra gli *scienziati puri* e i *teorici della scienza*. I primi fanno vera ricerca scientifica, mentre i secondi studiano il ruolo che occupa la scienza nel mondo contemporaneo. I responsabili della visione scientifico-tecnocratica non sono i primi ma i secondi (Melendo, 2007, p.137-138). Quindi caratteristiche essenziali dello scientismo sono: 1) la tecnolatria; e 2) il riduzionismo. La tecnolatria nega “*l’importanza della scienza come sapere e ne valuta la grandezza quasi esclusivamente in base alle sue applicazioni pratiche*”; in questa ottica, la scienza ha valore solo nel suo spetto tecnico-manipolativo e “*valori come la conoscenza, l’amicizia, [...]* e addirittura Dio [...] *si trasformeranno [...] in non-sens*”; Il riduzionismo afferma che “*non esiste una realtà più certa di quella che possiamo apprendere attraverso gli strumenti e i procedimenti che qualifichiamo come*

scientifici” (Melendo, 2007, p. 138), cioè “riduce” ogni forma di conoscenza a quella cosiddetta “scientifica”, con risvolto pessimistico in quanto non ritiene che si possa arrivare ad una qualche forma di “verità”: anzi espunge dal sistema medesimo lo stesso concetto di “verità”, sostituendolo con il “probabile” e con il “provvisorio”. Si precisa ulteriormente che tale visione, se è dominante in alcuni aspetti della società contemporanea, soprattutto a carattere divulgativo; non è, invece, dominante nel mondo degli scienziati, i quali da Whitehead fino ad Hubbard considerano la scienza come tipologia di conoscenza “non totalitaria”, che può, cioè, dire “molto” su alcuni aspetti del reale, ma non può dire “tutto”.

4. Domande aperte su tecnologia ed etica dello sport

In un lucidissimo testo, sopra richiamato, Sergio Cotta faceva il punto della situazione nel dibattito antifilosofico, riportando le conclusioni del ragionamento positivista/neo-positivista ereditato dallo scientismo e segnalava le domande che, però, restavano aperte e alle quali l'impostazione scienziata non poteva rispondere. Non riporto tutto il ragionamento per ragioni di spazio. Mi soffermo solo sui campi lasciati incompiuti dal ragionamento positivista/neo-positivista/scienziata. Anzitutto, Cotta riporta i principali argomenti della posizione antifilosofica, che sono: 1) “*relatività e contraddittorietà del sapere filosofico*”; 2) “*insufficienza teoretica della filosofia*”; 3) “*inconclusività teoretica della filosofia*”; 4) “*inconclusività pratica della filosofia*”. A fronte di tali caratteristiche della filosofia, la Scienza, invece,; 1) “*è unitaria*”; 2) “*è verificabile*”; 3) “*dà certezza e progredisce*”; 4) “*ha efficacia pratica*”; per cui, “*scienza, tecnica e produzione moderne danno luogo a un organo conoscitivo-operativo grazie al quale soltanto si ritiene di poter instaurare il dominio dell'uomo sulla natura profetato da Francesco Bacone agli inizi dell'età scientifica e industriale*” (Cotta, 1984, pp.12-19).

Se questo è il sistema scienziata, ereditato dal positivismo/neopositivismo, vi sono però delle questioni che restano aperte e alle quali questo sistema non può rispondere; al massimo può espungerle dall'impianto, dichiarandole “irrilevanti”. Ma che siano rilevanti per l'uomo è dimostrato dal fatto che la loro eliminazione dal sistema comporta quella crisi schizofrenica che è tipica dell'uomo moderno, come afferma Romano (1988, pp. 3-4). Questo autore utore riporta sia la concezione di Sartre che quella di Nietzsche come esempio della tensione dell'uomo moderno, e caratteristica del “moderno” *tout court*, il voler essere “cominciamento assoluto” di sé stesso, tensione assunta nel mito dell'uccisione del padre. L'impossibilità di realizzare tale disegno ideologico, poiché l'uomo moderno scopre la impossibilità di essere “inizio dal nulla”, provoca in questo una insanabile schizofrenia esistenziale che si risolverà, in ideologie successive, nella teorizzazione del suicidio come unica via di uscita alla impossibilità di realizzare l'idea di “uomo moderno”).

Una delle reazioni a tale crisi è l'attivismo vitalistico di chi ritiene che *“tutto ciò che è tecnicamente fattibile diventa per ciò stesso anche moralmente ammissibile”* (Giovanni Paolo II, 1998, cap.88). Stabilito che le domande fondamentali cui la scienza non può dare risposte restano sempre “al fondo del cuore” dell'uomo, perché gli sono connaturali, vediamo come Cotta le sintetizza. Anzitutto resta da esaminare, pur sempre, il *“valore della conoscenza scientifica, cioè la sua verità in relazione all'uomo”*: vale a dire *“come si coniughino fra loro i dati scientifici e coscienza esistenziale”*, per determinare se, dato atto che *“nel corso del tempo è cambiato lo sviluppo tecnico-scientifico, va stabilito se sia cambiato anche l'uomo ed eventualmente in che misura”* (Cotta, 1984, pp. 20-21). In secondo luogo, se è vero che *“la scienza e la tecnica ci forniscono nozioni sul reale ed i mezzi per manipolarlo”*, è anche vero che *“l'uso di queste nozioni e di questi mezzi non è integralmente determinato”*; cioè, l'uso di quelle diverse potenzialità *“resta sempre oggetto di scelta”* e la scelta, in qualsiasi attività, *“rimanda sempre al problema del significato della vita”*: la scienza e la tecnica ci possono dire come viviamo e come, eventualmente, vivremo, ma nulla possono dire *“sul perché e a quale scopo viviamo”* (Cotta, 1984, pp. 22-23). Aver eliminato dal sistema queste domande, in quanto *“a risposta impossibile”* o *“irrelevante”*, comporta *“l'impoverimento della riflessione umana, alla quale vengono sottratti quei problemi di fondo che l'animal rationale (...) costantemente si è posto”* (Giovanni Paolo II, cap. 88).

5. Conclusioni

Abbiamo visto sopra che l'aver espunto alcune domande tipiche, cioè naturali, dell'essere uomo comporta una diminuzione della *“umanità”* dell'uomo, una sua incompiutezza. Se queste sono le conclusioni, va ristabilito un corretto ordine nei rapporti tra scienza e filosofia, ai fini di favorire un integrale sviluppo della *“umanità”* (*rectius*: razionalità) dell'uomo. In tale ottica va ripudiata sia la tesi della integrale sostituzione della scienza alla filosofia in quanto il permanere delle domande circa il problema della scelta, il significato della vita e circa il destino, mostrano che la verità scientifica non risulta essere l'unica ed esaustiva forma di verità (Cotta, 1984, p. 23). Come pure vanno ripudiate le tesi di coloro che sostengono una netta separazione della scienza e della filosofia, per la quale verrebbe separata l'attività conoscitiva (la scienza) da quella decisionale (la filosofia), tesi che portando ad una netta separazione tra il procedimento razionale degli scienziati e quello irrazionale dei politici, comporterebbe, nella vita pratica, o il prevalere della decisione irrazionale a base carismatica o il prevalere della decisione razionalistica che espunge i valori e dunque non considera il *fine* della azione (Cotta, 1984, p.24; la tesi è di M. Weber e la critica riportata, e fatta propria, da Cotta è di J. Habermas).

L'unica soluzione accettabile e più rispettosa dell'integrale sviluppo dell'uomo

sembra essere quella di un *continuum* tra scienza e filosofia; quella di una loro “coestensione”, nella quale proprio dallo “sviluppo della scienza trae stimolo un rinnovarsi della riflessione sull'intendere e sul fare dell'uomo, sul presupposto che vi è una verità che ingloba in sé anche la verità scientifica” (Cotta, 1984, pp. 23-25) e che si esprime nella comprensione di tutte le esperienze dell'uomo tra cui quelle richiamate da Giovanni Paolo II nella *Fides et Ratio* e cioè: la conoscenza religiosa e teologica, il sapere etico ed estetico. In questa ottica, la scienza e la filosofia hanno un medesimo oggetto: “la realtà così come essa è in se stessa” (Melendo, 2007, pp.147-148); si situano solo ad un differente livello di osservazione di questa realtà: la scienza ne osserva i vari aspetti particolari; la filosofia osserva le medesime realtà, ma “dal punto di vista del tutto” e non riconducibile ad una semplice sommatoria di tutte le scienze (Melendo, 2007, p.148).

Quindi una coestensione che assuma come obiettivo di riferimento lo “sviluppo integrale dell'uomo” attraverso la comprensione di tutte le esperienze; una collaborazione tra scienza e filosofia in cui entrambe si pongono all'interno di un circuito virtuoso, nel quale il progresso della scienza permette di aprire nuovi campi e nuove problematiche cui la filosofia ha il compito di rispondere nella ottica che gli appartiene: la dignità dell'essere umano, i suoi valori, il suo senso e (quindi) il suo destino. In definitiva si tratta di “ri-attualizzare l'antica concezione di origine principalmente (ma non esclusivamente) cristiana della filosofia come sapienza anziché come sapere” che “non esclude (...) i dati scientifici, ma li fa oggetto della più attenta riflessione” (...) perché vuole essere “aderente alla realtà”, (...); cioè una filosofia “del conoscere e dell'agire” (Cotta, 1984, pp. 26-27).

Tali conclusioni ci permettono, quindi, di instaurare una corretta metodologia in riferimento all'argomento iniziale e cioè se le manipolazioni tecniche effettuate sull'atleta siano sempre apprezzabili moralmente come buone solo perché fattibili. Poniamo solo i problemi che nascono da tale impostazione in quanto, non solo le specifiche risoluzioni dovranno essere oggetto di una analisi specifica, ma anche in quanto alla luce della impostazione sopra delineata, affrontare tali problematiche è relativamente semplice.

Ora, ponendo i problemi generali che si devono affrontare, anzitutto bisogna distinguere gli effetti delle eventuali manipolazioni tecnologiche sull'atleta, ricordando che queste possono essere puramente “esterne”, come nel caso sopra indicato, delle particolari applicazioni della tecnologia costruttiva dei materiali sportivi (materiali di costruzione degli strumenti tecnici sportivi, come ad esempio delle biciclette nel ciclismo, o le fibre degli indumenti nel nuoto, etc.), oppure “esterne” ma rappresentate da tecniche di sostituzione di facoltà non più presenti (come arti artificiali: “redibitoria” cioè restitutoria di una condizione che sia di *restituito in integrum* dell'atleta), oppure, tali manipolazioni possono essere “interne” che, cioè, agiscono a livello della funzionalità fisica o addirittura genetica dell'atleta, come uso di *doping* o altre tecniche manipolatorie, come quelle indicate sopra (Miah, 2004).

Inoltre, il problema va inquadrato anche in una visione di giustizia che potremmo chiamare “generale”, nei confronti dell’atleta in sé stesso in quanto “essere umano” e in una visione di giustizia che potremmo indicare come “particolare”, cioè nei confronti degli altri atleti interessati dalla medesima competizione agonistica. In tale ottica, si dovrà tener presente che la giustizia generale, misura il livello di manipolazione ammissibile misurata sulla dignità dell’atleta in quanto essere umano, mentre il livello di giustizia particolare misura la ammissibilità della manipolazione o della tecnica in riferimento agli altri atleti che partecipano alla competizione sportiva. In riferimento a questo secondo aspetto, va precisato che la funzione della regola sportiva, come del diritto in generale, è quello di assicurare la “parità ontologica” (tra gli atleti, tra le squadre, etc., che devono necessariamente avere delle identiche condizioni di uguaglianza iniziale), all’interno di una “differenziazione esistenziale”, che rende possibile, appunto, la vittoria o la sconfitta come “possibilità esistenziale”.

Tale possibilità esistenziale dovrà essere raggiunta, rispettando sempre le condizioni di parità ontologica. Quindi, per fare un esempio pratico e di facile comprensione, l’uso del *doping* non rispetta il principio di giustizia generale in quanto modifica la struttura genetica dell’uomo-atleta, conferendo una prestazione sovrumana e provocando danneggiamenti alla sua salute, dai risultati, in alcuni casi, ancora imprevedibili (in alcuni casi, della recente cronaca, si è dimostrato che tali effetti sono stati addirittura letali); ma non rispetta neppure il principio di giustizia particolare, in quanto introduce una differenziazione esistenziale (la vittoria) all’interno di una “ingiustizia generale” in quanto conferisce un vantaggio a livello ontologico per l’atleta che faccia uso di *doping*, mentre abbiamo visto che la “parità ontologica” deve sempre essere rispettata.

Bibliografia

- » Cotta G. (1984). *Introduzione alla filosofia del diritto*. Torino: Giappichelli.
- » Devoto G. (1968). *Dizionario etimologico*. Firenze: Le monnier.
- » Di Pietro B., Colitti P., Isidori E., Pigozzi F. (2012). “La medicina dello sport e le nuove sfide dell’educazione olimpica: aspetti etici e pedagogici”. *Medicina dello sport. Rivista della federazione medico sportiva italiana* 65,4, pp. 416-421.
- » Giovanni paolo II (1998). *Fides et ratio*. Roma: Editrice Vaticana.
- » Lo Castro G. (1985). *Il soggetto e i suoi diritti nell’ordinamento canonico*. Milano: Giuffrè.
- » Mcnamee M. (Ed.) (2005), *Philosophy and the sciences of exercise, health and sport*. London: Routledge.
- » Melendo T. (2007). *Un sapere a favore dell’uomo. Introduzione alla filosofia*. Roma: Edusc.

- » Miah A. (2004). *Biomedical ethics, gene doping and sport*. London-New York: Routledge.
- » Panutzo C., Giomini R., Così P. (1981). *Latinae radices*. Milano: Dante Alighieri.
- » Perez Triviño J.L. (2013). *The challenges of modern sport to ethics: from doping to cyborgs*. Lanham, MD: Lexington Books.
- » Perone U., Ferretti G., Ciancio C. (1987). *Storia del pensiero filosofico*. Torino: SEI
- » Romano B. (1988). *Soggettività, diritto e postmoderno*. Roma: Bulzoni.
- » Semerano G. (2001). *L'infinito: un equivoco millenario*. Milano: Bruno Mondadori.





RIDES 2

➤ Editoriale

Siamo giunti ormai al secondo numero della nostra RIDES, rivista che ha visto in questi pochissimi mesi dalla sua nascita il conseguimento di importanti indicizzazioni scientifiche internazionali (ne ricordiamo qui solo due a titolo di esempio: Google Scholar e BASE). L'indicizzazione nei *database* internazionali richiede un lungo e costante lavoro da parte non solo del comitato scientifico ma anche degli esperti di biblioteconomia della nostra redazione. Nei prossimi mesi continueremo sulla strada che abbiamo intrapreso e ci impegneremo per conseguire ulteriori e sempre più importanti indicizzazioni, che per noi saranno non solo uno stimolo a proseguire lungo il cammino intrapreso ma anche la prova del valore scientifico della nostra iniziativa.

La nostra rivista utilizza un sistema *open access* per la diffusione dei suoi articoli scientifici. L'utilizzo dell'*accesso aperto* per la comunicazione dei risultati scientifici della rivista corrisponde, di fatto, ad una precisa strategia politica sia dell'Università di Roma "Foro Italico" che dell'Associazione Urbe et Ius di Buenos Aires. L'Università "Foro Italico" ha recentemente aderito ufficialmente al manifesto scientifico e politico-culturale denominato *Dichiarazione di Messina 2.0*, sottoscritto nuovamente, a dieci anni dalla sua pubblicazione, dalla maggior parte delle università pubbliche e private, e dalle maggiori istituzioni scientifiche italiane¹. Questo Manifesto intende promuovere, attraverso lo sviluppo di una politica pubblica e di specifiche iniziative scientifiche e culturali (dove indubbiamente le riviste scientifiche online giocano un ruolo fondamentale), la democratizzazione sia della produzione che della fruizione dei prodotti scientifici nella consapevolezza che solo una scienza "aperta" e "libera", fruibile da parte di tutte le persone in ogni parte del mondo, possa contribuire allo sviluppo della società e dell'umanità tutta.

Il sistema dell'accesso aperto, grazie all'utilizzo delle nuove tecnologie

1 Per i documenti relativi a questo Manifesto, firmato presso l'Università degli Studi di Messina, Italia, il 4 dicembre 2014 si veda: http://decennale.unime.it/?page_id=98.

dell'informazione e della comunicazione, garantisce di fatto questa apertura e libertà, dando a tutti la possibilità di avere accesso ai risultati della ricerca scientifica e permettendo ai ricercatori una maggiore libertà nella scelta della sede delle loro pubblicazioni, svincolandosi (e questa sarà la principale e complessa sfida del futuro dell'*open access*) dalle tradizionali logiche delle politiche editoriali delle produzioni scientifiche come si sono fino ad ora configurate nel mondo della ricerca.

“Accesso aperto”, tuttavia, e pubblicazione “online” non significano mancanza di qualità delle pubblicazioni (anzi da ora in poi dovrà essere il contrario). Il sistema *open access*, abbattendo di fatto – dopo investimenti iniziali – i costi per le pubblicazioni scientifiche, moltiplica per il ricercatore le possibilità di comunicare ad un più ampio pubblico i risultati della propria ricerca ed anche di velocizzare e rendere più agile la loro diffusione. Tuttavia, vi è la possibilità ed il rischio che la proliferazione di iniziative di pubblicazioni che utilizzano il *sistema aperto* online per la loro diffusione possa risultare eccessiva e contribuire a creare una domanda fittizia di ricerca in specifici campi del sapere, senza trovare un adeguato coinvolgimento di esperti che possano supervisionare tali iniziative. Non dobbiamo infatti dimenticare che il prestigio accademico di una rivista scientifica è sostanzialmente dato, prima che dall'efficienza e qualità della struttura di supporto per la comunicazione di cui è dotata, dal comitato scientifico che ne sviluppa le linee editoriali e dai revisori scientifici che sovrintendono ai lavori della *peer review* dei prodotti scientifici che essa intende diffondere. Il lavoro della *peer review* è un lavoro lungo e complesso; richiede una specifica esperienza e soprattutto tempo, che non sempre i revisori – che solitamente sono accademici – hanno. Pertanto il rischio della proliferazione eccessiva delle riviste *online* ed *open access* nei diversi campi del sapere è quella di non poterle supportare attraverso una *peer review* di qualità gestita da esperti supervisor all'altezza del compito che viene loro richiesto di svolgere.

Tuttavia, come si diceva, anche *open access* e “pubblicazione online” è sinonimo di qualità se le pubblicazioni fruibili con tale sistema ed in questa modalità sono supportate da una *peer review* di qualità. *Peer review* di qualità non vuol dire, però, revisione “ottusa” che rende difficile la pubblicazione di un articolo scientifico su una rivista per motivi che vanno talvolta ascritti solo una sorta di pregiudiziale “elitismo” accademico. Del resto viviamo nell'epoca del Web 2.0 e dei *social network*, e stiamo andando incontro alla nuova generazione di ricercatori che, abituati a vivere in un contesto in cui l'informazione è “aperta”, desidera un accesso immediato, gratuito e libero anche per quanto riguarda i prodotti della ricerca scientifica e tecnologica (la conciliazione di questi aspetti rappresenterà, come si diceva, la sfida aperta per l'*open access* nei prossimi anni).

Per concludere, anche questo secondo numero della rivista vede la luce in una prospettiva interdisciplinare che arricchisce le parole-chiave della nostra RIDES con l'approfondimento di tematiche sia etiche che giuridiche dello sport. Anche per questo secondo numero auspichiamo, pertanto, lo stesso interesse internazionale da parte dei ricercatori e degli studiosi che abbiamo riscontrato per il primo, con la speranza (ma anche con la certezza) che attraverso il nostro impegno possiamo conseguire quei livelli di elevata qualità che riviste *open access* qual è appunto la nostra RIDES ci si auspica che possano avere.

Fabio Pigozzi e Juan Sebastián De Stéfano

Roma-Buenos Aires, Dicembre 2014

> Deporte como actividad profesional y menores de edad Soluciones jurídicas a una problemática emergente

Pilar Conde Colmenero

Universidad Católica de Murcia
pconde@ucam.edu

María Cristina Lorente López

Ilustre Colegio de Abogados de Castellón
mc.lorente@icacs.com

Abstract

Son numerosos los casos de niños y adolescentes que llegan a la élite del deporte de la mano de sus padres, que normalmente son sus representantes legales, y de la de los clubes deportivos, que ponen todo su empeño en que la futura promesa forme parte de sus canteras. Sin embargo, intentar encumbrar a un menor a la primera línea deportiva no siempre es positivo. Hay casos afortunados, como el de Ricky Rubio, el jugador más joven (catorce años) en debutar en un partido de la Liga ACB, o el de Leo Messi, que fue fichado por el FC Barcelona con tan sólo trece. Sin embargo, también los hay menos dichosos, como el del jugador de fútbol guineano Bernard Bass, quien abandonó su país en cayuco para hacer una prueba con el Metz, un club de la Primera División francesa, y con catorce años acabó en las calles. El presente trabajo pretende examinar algunas de las principales cuestiones de relevancia jurídica que rodean a estos supuestos en el Ordenamiento Jurídico español, dígase el marco contractual de la práctica deportiva por parte del menor, las controversias en torno a la capacidad o la problemática de las transferencias internacionales (con referencias puntuales a la normativa europea, la regulación internacional federativa y la legislación italiana de aplicación).

Palabras clave:

Menores, deporte, precontratos, representación, transferencias.

1. Introducción

Si hubiese que afrontar la definición de deporte seguramente habría que hacerlo a través de un concepto vinculado al deporte recreativo. Sería lo más lógico teniendo en cuenta que el deporte suele concebirse como “la realización de ejercicio físico con una finalidad lúdica, de pasatiempo”.

Sin embargo, aunque la intención más primaria de la actividad deportiva sea la satisfacción personal del individuo (deporte recreacional), el deporte puede también convertirse en un modo de ganarse la vida, en un trabajo propiamente dicho (deporte competitivo), que puede ser atractivo por muchos motivos pero que, ante todo, se comprende como una relevante fuente de ingresos. De hecho, el factor diferencial entre la práctica profesional y la no profesional radica, esencialmente, en el móvil o causa de la actividad: mientras que en la primera se busca ganancia y se aspira a obtener una fuente regular de ingresos o un medio de vida, en la segunda predomina el aspecto lúdico o emocional (García Murcia, 2010).

Ahora bien, cuando la actividad deportiva profesional es desarrollada por un menor de edad, circunstancia bastante frecuente, se plantean una serie de cuestiones que es preciso analizar: ¿debe un menor dedicar su juventud al deporte?, ¿pueden sus padres comprometer su infancia al desarrollo de una determinada actividad deportiva, y por ende, decidir su futuro profesional?, ¿tiene un menor la capacidad suficiente para suscribir un contrato de trabajo de este tipo?. A desentrañar estas y otras cruciales cuestiones de relevancia jurídica pretende dedicarse el presente estudio.

2. El deportista profesional: concepto y régimen jurídico especial

Tal y como establece el art. 2.1 d) del *Estatuto de los Trabajadores*, la prestación de trabajo por parte de un deportista profesional para la correspondiente empresa deportiva, se considera una relación laboral de carácter especial. Nominar una relación como “especial” significa diferenciarla de un prototipo “común”, de manera que la caracterización de las relaciones laborales especiales se configura a partir de su oposición a las comunes. Precisamente por esa especialidad, tal relación se regula a través de una norma reglamentaria que da cumplimiento al mandato del legislador: el *RD 1006/1985, de 26 de junio* (Cardenal Carro, 1996, García Murcia, 2010).

El art. 1 de dicho Real Decreto establece, con carácter general, como ámbito de aplicación del mismo, la regulación de las relaciones de trabajo existentes entre los “deportistas profesionales” y los “clubes o entidades deportivas”. Así pues, para una correcta aplicación de la norma, es necesario concretar qué se entiende por deportista profesional y por club o entidad deportiva (empresario laboral).

Según establece el art. 13 de la *Ley 10/1990, de 15 de octubre, del Deporte* “A los efectos de esta Ley se consideran clubes deportivos las asociaciones privadas, integradas por personas físicas o jurídicas que tengan por objeto la promoción de una o varias modalidades deportivas, la práctica de las mismas por sus asociados, así como la participación en actividades y competiciones deportivas”.

El art. 1.2 del *RD 1006/1985* dispone que “son deportistas profesionales quienes, en virtud de una relación establecida con carácter regular, se dediquen voluntariamente a la práctica del deporte por cuenta y dentro del ámbito de organización y dirección de un club o entidad deportiva a cambio de una retribución” (La ley especial italiana –*Ley de 23 de marzo 1981 n. 91* – establece el concepto de deportista profesional en su art. 2).

Fuera del ámbito de aplicación de este Real Decreto quedan, por tanto, los deportistas autónomos, es decir, aquellos que practican determinadas especialidades o modalidades deportivas, generalmente individuales, por cuenta propia.

Resumiendo, son deportistas profesionales aquellas personas físicas que reúnan las siguientes condiciones: 1) Se dediquen a la práctica del deporte, 2) voluntariamente, 3) con carácter regular, 4) por cuenta y dentro del ámbito de organización y dirección de un club o entidad deportiva, 5) a cambio de una retribución (García Murcia, 2010, Roqueta Buj, 2011).

A juicio de la doctrina iuslaboralista, algunas de estas notas resultan en cierto sentido cuestionables cuando el deportista es menor de edad. La más problemática, sin lugar a dudas, es la referida voluntariedad. Resulta difícil creer que un menor de edad, máxime cuando se trate de un menor de menos de dieciséis años, puede tomar parte de forma voluntaria en una negociación de este tipo, de tal trascendencia personal y que normalmente se realizará a través de fórmulas jurídicas bastante complejas.

Otra condición que genera incertidumbre en relación al menor es aquella que alude al carácter oneroso de la relación. ¿Puede un niño aficionado a un deporte tener, además de destreza en la ejecución del mismo, verdadero ánimo lucrativo al realizar esa actividad?.

Estas cuestiones conducen al siguiente planteamiento: si faltan estas dos notas esenciales en la caracterización del deportista profesional, ¿qué consideración debería tener el menor de edad que se dedica a un deporte competitivo a cambio de un salario?. A falta de una regulación especial ¿qué normativa le resultará aplicable?.

3. Ámbitos y circunstancias que generan mayor problemática en la contratación de menores como deportistas profesionales

A) La “precontratación” de jugadores menores de edad

Antes de analizar la figura del “precontrato de trabajo” propiamente dicha (y de su

importante incidencia en el ámbito deportivo), es necesario hacer referencia, aunque sea someramente, a la capacidad del menor y a la representación legal de sus padres, circunstancias que van a resultar determinantes en este ámbito y que, en consecuencia, merecen especial atención.

a) La capacidad del deportista menor de edad.

No hay ninguna norma que se refiera de forma específica a la capacidad del menor para suscribir contratos como deportista profesional. Por lo tanto, buscando un marco jurídico adecuado, habrá que atender a la normativa civil y laboral que pueda resultar aplicable, y en su virtud, determinar la extensión y los límites de esa capacidad.

Establece el art. 322 del *Código Civil* que “El mayor de edad es capaz para todos los actos de la vida civil, salvo las excepciones establecidas en casos especiales por este Código”. Añade el art. 1263.1 CC, en relación a la capacidad necesaria para la celebración de contratos, que “no pueden prestar consentimiento los menores no emancipados”.

De la literalidad de estos preceptos, se puede deducir que el menor no es capaz para realizar ningún acto de la vida civil, y que además, no puede prestar válidamente su consentimiento para la celebración de contratos. Sin embargo, ni que decir tiene, que esta conclusión no puede aceptarse sin más. Primero, porque en la práctica el menor de edad lleva a cabo negocios jurídicos válidos con total normalidad. Pensemos en el menor que compra golosinas en un quiosco, un billete de autobús, una entrada de cine, etc. Y, en segundo lugar, porque el Ordenamiento Jurídico reconoce expresamente a los menores un campo de actuación que se va ampliando gradualmente conforme van cumpliendo años (capacidad de obrar evolutiva). Por si esto fuera poco, con respecto a los derechos de la personalidad, el menor tiene reconocida la capacidad para ejercitar actos de disposición por sí mismo, *ex art.* 162.1 CC.

Sin embargo uno de los mayores problemas técnicos con los que se encuentra el menor reside en la extrema dificultad que supone graduar su capacidad (su madurez, dicen las normas) para realizar actos por sí mismo y sin el concurso necesario de sus progenitores. Es decir, el mayor inconveniente en la práctica es que las leyes (salvo excepciones) no parecen concretar en qué se diferencian a estos efectos un niño de tres años de un joven de diecisiete (Llamas Pombo y Macías Castillo, 2009, Díez-Picazo y Gullón Ballesteros, 2012).

La legislación laboral arroja algo de luz al respecto y así, el art. 6.1 del *Estatuto de los Trabajadores* (en adelante ET) establece que “se prohíbe la admisión al trabajo a los menores de dieciséis años”. En sentido estricto, cabría entender que ningún menor de esa edad puede desarrollar actividad deportiva alguna de modo profesional, es decir, percibiendo una contraprestación económica o remuneración (un salario). Si bien esta prohibición se configura como una norma tuitiva relacionada con las normas

supranacionales en la materia que dispensan una protección reforzada a la juventud y la infancia –caso de la *Directiva 94/33/CEE, de 22 de junio de 1994, relativa a la protección de los jóvenes en el trabajo* – (Vidal López, 2013), lo cierto es que, en la práctica, son innumerables los supuestos de menores de dieciséis años que suscriben contratos de trabajo propiamente dichos (ayudados por sus representantes legales, que completan su capacidad) con diversos clubes y entidades deportivas. Siendo conscientes de que la contratación de menores de dieciséis años para la práctica del deporte profesional (o de quince si quiere tomarse como referente el límite legal europeo) es una realidad social, sorprende que la normativa laboral no haga mención alguna sobre este particular, como hace en el caso de los menores que protagonizan espectáculos públicos. En dichos supuestos el art. 6.4 ET y el art. 2 *RD 1435/1985, de 1 de agosto, por el que se regula la relación laboral especial de los artistas en espectáculos públicos*, ordenan la única excepción conocida al límite de los dieciséis años como tope para celebrar válidamente contratos laborales: el menor de dieciséis que desarrolle una actividad artística en un espectáculo abierto al público (Conde Colmenero, 2011).

Sobre la capacidad para contratar en general, y por extensión, también como deportista profesional, establece el art. 7 b) ET, que el menor de dieciocho años y mayor de dieciséis necesita la autorización de los padres o tutores, salvo que esté emancipado, y una vez otorgada dicha autorización el menor tiene plena facultad para ejercitar cuantos derechos y obligaciones se deriven del contrato, incluida la liquidación y extinción del vínculo laboral. En consecuencia, si el menor de edad no emancipado suscribe el contrato de trabajo deportivo sin la correspondiente autorización, dicho contrato será nulo al faltar uno de los elementos esenciales de los contratos (art. 1261 CC), por lo que ni él ni ninguna de sus cláusulas podrán producir efecto alguno, máxime si son claramente limitadoras de los derechos del deportista menor de edad (Roqueta Buj, 2011).

b) La representación legal: límites

Por lo general, la representación legal es entendida como un medio para completar la capacidad de obrar de determinadas personas, concretamente, como la facultad otorgada por ley a una persona para que actúe en el tráfico jurídico en nombre y por cuenta de otra.

Cuando se trata de menores, la representación legal puede ser desempeñada por un defensor judicial nombrado *ad hoc*, un tutor o curador, la correspondiente institución autonómica en caso de desamparo, o el Ministerio Fiscal. Ahora bien, en circunstancias normales, el menor se encontrará sometido a la patria potestad de sus padres, y por lo tanto, serán éstos quienes tengan atribuida la representación legal (básica) de sus hijos, tal y como establece el art. 154 CC.

Cuando la representación legal la ostentan los padres sobre sus hijos se supone

que éstos pueden actuar (tienen la opción de hacerlo o no) en todos los casos en que podría hacerlo el menor si fuera capaz, y además, desempeñando una sustitución plena del representado (Lacruz Berdejo, 2004).

En el ámbito del deporte profesional, viene siendo habitual que los pactos negociales por los que se rige la relación entre el club o entidad deportiva y el menor de edad los firmen los padres de éste. Lógicamente, en la mayoría de casos, los padres persiguen el interés de sus hijos, que pueden ver su futuro garantizado a través del deporte. Aún así, no cabe desconocer que tales pactos también suelen contener ventajas adicionales para ellos: vivienda, trabajo, ventajas económicas, etc. (Fernández Martínez, 2013).

Afortunadamente, la representación legal de los padres no es ilimitada, dado que existen principios y normas que brindan especial protección al menor e impiden que se confunda su interés con una nada desdeñable fuente de ingresos para su familia. A continuación se exponen aquellos criterios que delimitan la capacidad representativa de los representantes legales del menor.

Los padres no pueden comprometer el futuro profesional de sus hijos

El poder de representación que ostentan los padres, que nace de la ley y que sirve al interés superior del menor, no puede extenderse a aquellos ámbitos que supongan una manifestación o presupuesto del libre desarrollo de su personalidad y que puedan realizarse por él mismo. No cabe duda de que la facultad que tiene el menor para decidir sobre su futuro profesional (*ex art. 35.1 Constitución Española* y *art. 4 Constitución de la República Italiana*) constituye una clara manifestación de aquel principio constitucionalmente garantizado. Por lo tanto, siendo estrictos, en este ámbito no cabría la representación.

Resulta ilustrativa la *STS 26/2013, de 5 de febrero* (Caso Fútbol Club Barcelona - Baena), que trae su causa en la adscripción del jugador de trece años Raúl Baena a la plantilla de fútbol base del FC Barcelona a través de sendos contratos suscritos por los padres de éste: un contrato como jugador no profesional para el que se preveía un período de vigencia de ocho años, y un precontrato que pretendía regular el futuro otorgamiento de un contrato como jugador profesional en función de la evolución del deportista.

El Tribunal Supremo expone razonadamente en esta sentencia que las contrataciones de menores deben ser objeto de especial protección por el Ordenamiento Jurídico, en garantía del principio constitucional y supranacional del superior interés del menor, y subraya, de manera especial, que este principio viene íntimamente ligado al libre desarrollo de su personalidad (art. 10 CE), siendo una manifestación de este derecho el decidir sobre su futuro profesional, de tal forma que el poder de representación legal de los padres ha de atender a este principio superior y no puede extenderse a

ámbitos que el menor pueda realizar por sí mismo (Sempere Navarro, 2013). El TS aplica esta limitación en el caso Baena al entender que a la edad en que suscribió el citado precontrato el menor ya tenía cierta capacidad de decisión sobre su futuro futbolístico. Si bien esta postura es discutible, encaja con lo dispuesto en el art. 2.2 *Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor* sobre las limitaciones a la capacidad de obrar de los menores, que han de interpretarse de forma restrictiva.

En este caso, el TS no descarta sin embargo la aplicación analógica de las normas del art. 166 CC relativas a la exigencia de autorización judicial previa para que los padres puedan actuar en ciertos actos y negocios en representación de sus hijos, sobre todo, cuando la suscripción del contrato vincule obligacionalmente al menor con una responsabilidad patrimonial derivada del incumplimiento realmente significativa.

A juicio de los autores, el requisito de la autorización previa de la autoridad laboral resulta recomendable en estos casos, máxime si se tiene en cuenta que el deporte es, en cierta medida, un espectáculo de carácter público aunque especialmente regulado, y según dispone el art. 2 del *Real Decreto 1435/1985, de 1 de agosto, por el que se regula la relación laboral especial de los artistas en espectáculos públicos*, “la autoridad laboral podrá autorizar excepcionalmente la participación de menores de dieciséis años en espectáculos públicos, siempre que dicha participación no suponga peligro para su salud física ni para su formación profesional y humana. La autorización habrá de solicitarse por los representantes legales del menor, acompañando el consentimiento de éste, si tuviera suficiente juicio, y la concesión de la misma deberá constar por escrito, especificando el espectáculo o la actuación para la que se concede. Concedida la autorización, corresponde al padre o tutor la celebración del correspondiente contrato, requiriéndose también el previo consentimiento del menor, si tuviere suficiente juicio; asimismo, corresponde al padre o tutor el ejercicio de las acciones derivadas del contrato”. Tal normativa no se puede extrapolar sin más a la actividad deportiva aunque sirve de referente en el trato tuitivo dispensado al menor.

Los padres no pueden realizar actos de disposición sobre los derechos de la personalidad de sus hijos menores de edad

Normalmente, los contratos con deportistas profesionales incluyen cláusulas relativas a la cesión de los derechos de imagen del jugador al club, lo cual implica que el deportista queda obligado, no sólo a prestar su actividad en beneficio del empresario deportivo, sino también su propia imagen, como derecho inseparable de esta actividad profesional.

El interés en estas cláusulas radica en el hecho de que, como es sabido, los derechos de imagen pueden llegar a tener un elevadísimo valor económico en el caso de deportistas de élite, de gran trascendencia mediática (García Murcia, 2010, Díaz Martínez, 2013).

Ahora bien, cuando se trata de menores de edad, hay que atender a lo establecido en el art. 161.1 CC que excluye de la representación legal de los padres “los actos relativos a derechos de la personalidad u otros que el hijo, de acuerdo con las Leyes y con sus condiciones de madurez, pueda realizar por sí mismo”.

Por lo tanto, el derecho a la imagen del menor, como derecho de la personalidad, no podrá ser objeto de negociación en contratos o precontratos suscritos por los padres en representación de sus hijos menores.

Otras limitaciones a la capacidad representativa de los padres.

Tomando nuevamente como referencia la Sentencia del caso FC Barcelona – Baena, se pueden señalar otros límites a la representación legal de los padres en el ámbito de la contratación deportiva, a saber: no podrán los padres comprometer el futuro profesional y patrimonial de sus hijos aceptando cláusulas penales con cantidades desorbitadas, y además, no podrán desafiar los límites temporales que establece la legislación laboral.

Por lo que respecta al primero de los límites antedichos, hay que recordar que en la contratación deportiva existe una regla en virtud de la cual si el deportista extingue el contrato anticipadamente sin causa imputable al club se reconoce a favor de éste el derecho a una indemnización en la cuantía que en tal sentido se hubiera pactado por las partes (como una especie de cláusula penal por ruptura anticipada del contrato) o en su defecto, en la cuantía que decida el juez en función de las circunstancias concurrentes (García Murcia, 2010).

En el caso analizado como ejemplo (*STS 26/2013, de 5 de febrero*), los padres del jugador firmaron un precontrato que incluía entre sus pactos una cláusula penal que obligaba al menor a indemnizar al club en la cantidad de tres millones de euros en caso de incumplimiento. El TS declaró la nulidad del precontrato, y también de la cláusula penal contenida en el pacto quinto del mismo, argumentando que “el interés del menor, que debería ser la piedra angular e informadora de la reglamentación dispuesta en su conjunto, resulta ignorado ante una cláusula penal de tamaño envergadura que impide, como si de un contrato se tratase, dado sus plenos efectos obligacionales, la libre elección que sólo el menor debe decidir por sí mismo”.

El segundo de los límites citados reviste especial interés porque la temporalidad es un elemento esencial o al menos natural del contrato de trabajo del deportista profesional.

El art. 6 *RD 1006/1985* dispone que “la relación especial de los deportistas profesionales será siempre de duración determinada...” Como el Real Decreto no establece una duración concreta, ni una duración máxima ni mínima (cosa que sí hace el art. 5 de la ley italiana –*Ley de 23 de marzo 1981 n. 91* – al establecer que las partes pueden estar adheridas a la relación laboral por un plazo no superior a cinco años

a partir de la fecha de inicio), serán las partes quienes la fijan lo que puede generar cierta inseguridad jurídica, ya que en ocasiones las cláusulas estipuladas por las partes contratantes en relación a la vigencia de la relación laboral desafían peligrosamente el límite de la legalidad (Roqueta Buj, 2011).

Sin ir más lejos, en el caso FC Barcelona – Baena se concertó una relación contractual que vinculaba al menor con el Club por diez años. Indiscutiblemente, un contrato de tales características resulta contrario al principio de libertad de contratación puesto que impide, de hecho, que el menor decida por sí mismo, al tener la edad precisa para ello, en qué club desea prestar sus servicios. Además, el *Estatuto de los Trabajadores* limita el pacto de permanencia en la empresa a un máximo de dos años, cuando ello se fundamenta en la especialización profesional para proyectos determinados o trabajos específicos (art. 21.4 ET).

c) El precontrato de trabajo

El precontrato de trabajo es una figura jurídica que carece de regulación típica. Tiene su origen en el *pactum contrahendo* del Derecho Romano, entendido como una convención por la cual dos o más personas se comprometían a hacer efectiva en el futuro la conclusión de un determinado contrato que, por el momento, no se podía o quería celebrar como definitivo. Se trata de un negocio preparatorio en el que se establecen las bases de una futura relación contractual, que se llevará a efecto de modo cierto en un momento posterior (Mella Méndez, 2010, Roqueta Buj, 2011).

Dicha figura, a pesar de haber carecido y carecer en la actualidad de regulación positiva expresa, no estando recogida en el *Estatuto de los Trabajadores*, viene siendo admitida en sede laboral, fundamentando su existencia en la libertad contractual consagrada en el art. 1255 del *Código Civil*. Como ejemplo, la *Sentencia de la Sala Social del Tribunal Supremo de 15 de marzo de 1991* reconoce que “aunque no contiene el *Estatuto de los Trabajadores* una regulación del precontrato de trabajo, la posibilidad de concertarlo debe ser admitida. El silencio de dicha norma debe ser suplido, a tenor del art. 4.3 del *Código Civil*, por lo previsto en las disposiciones de éste, que en sus arts. 1255 y concordantes, admite una amplia libertad contractual que permite que las partes se comprometan a un ulterior otorgamiento del contrato, mediante una oferta en tal sentido aceptada”. En el mismo sentido, la *Sala de lo Social del TSJ del País Vasco* afirma, en *Sentencia de 22 de octubre*, que “la figura del precontrato se encuentra plenamente aceptada por la jurisprudencia social” (González del Río, 2006, Vidal López, 2013).

En el ámbito deportivo la figura del precontrato goza de notable importancia dado que, en este sector, es frecuente que las partes suscriban pactos por los que acuerden la posterior celebración de un contrato de trabajo (Roqueta Buj, 2011).

Especial consideración merecen los precontratos deportivos suscritos por los

representantes legales de los menores de edad, figura habitual, no exenta de polémica.

Como se ha dicho, los padres no pueden decidir el futuro profesional de sus hijos menores. Su función en este ámbito es la de completar la capacidad del menor, que en todo caso ha de ser oído y prestar su consentimiento. Queda no obstante la posibilidad de que los padres soliciten autorización judicial para suscribir contratos en beneficio de sus hijos, cuando éstos no puedan consentir por sí mismos.

Sin embargo, con el fin de asegurar la permanencia del jugador en la entidad que lo ha formado deportivamente desde niño, es habitual que los padres firmen este tipo de “contratos” en los que se compromete la continuidad del menor bajo la disciplina del club por un largo período de tiempo que variará en atención a sus cualidades personales y deportivas.

Sirva nuevamente como ejemplo la *STS 26/2013, de 5 de febrero* ya ampliamente mencionada. Los padres del jugador de trece años Raúl Baena concertaron con el FC Barcelona un precontrato de trabajo que obligaba al menor a suscribir e iniciar la relación laboral al término de la temporada en que el jugador cumpliera la edad de dieciocho años, acordándose en el mismo pacto las consecuencias de la no suscripción del contrato laboral y estableciendo un derecho de indemnización en favor del club de tres millones de euros (Vidal López, 2013).

En este caso, queda claro que los padres no tenían capacidad para autorizar el citado precontrato en atención a lo dispuesto en el art. 7 b) ET, que únicamente exceptiona la capacidad de contratar para menores de edad en aquellos menores de dieciocho y mayores de dieciséis que vivan de forma independiente, con consentimiento de sus padres o tutores, o con autorización de la persona o institución que les tenga a su cargo.

B) Las transferencias internacionales de jugadores menores de edad.

En el ámbito del deporte profesional, el tema de las transferencias internacionales de jugadores menores de edad goza de gran actualidad. De hecho, al momento de redacción de estas líneas se conoce la resolución emitida por el TAS (Tribunal Arbitral du Sport) confirmando la sanción que la Comisión Disciplinaria de la FIFA impuso al FC Barcelona por incumplir la prohibición establecida en el art. 19 del texto federativo.

El objetivo del *Reglamento y Estatuto de Transferencia de Jugadores menores de edad FIFA* es evitar que el niño o adolescente sufra las consecuencias de las falsedades con las que se le puede tentar a él o a sus padres, ofreciéndoles un exitoso futuro deportivo, e instándoles a dejar atrás sus raíces familiares y lugar de residencia. Por ello, establece la prohibición de cualquier intento de migración de este tipo para los menores de edad, dejando a salvo puntuales excepciones: 1) Que los padres cambien su domicilio

al país donde el nuevo club tiene su sede por razones no relacionadas con el fútbol 2) La transferencia se efectúa dentro del territorio de la Unión Europea (UE) o del Espacio Económico Europeo (EEE) y el jugador tiene entre dieciséis y dieciocho años de edad” 3) El jugador vive en su hogar a una distancia menor de cincuenta kilómetros de la frontera nacional, y el club de la asociación vecina está también a una distancia menor de cincuenta kilómetros de la misma frontera en el país vecino. La distancia máxima entre el domicilio del jugador y el del club será de cien kilómetros. En tal caso, el jugador deberá seguir viviendo en su hogar y las dos asociaciones en cuestión deberán otorgar su consentimiento” (en el mismo sentido regula la FIBA las transferencias internacionales de jugadores, prohibidas antes de los dieciocho años, salvo excepciones, art. 50 *Regulación Internacional FIBA 2010*).

Naturalmente, la prohibición del art. 19 opera incluso en los supuestos en que los dos clubes involucrados y el propio jugador, con el consentimiento de sus representantes legales, estuvieran conformes.

Reproduciendo los argumentos esgrimidos por la Comisión Disciplinaria de la FIFA, “...la protección de los menores de edad en el ámbito de los fichajes internacionales es una cuestión de trascendencia social y legal que afecta a todas las partes interesadas en el fútbol (...) Si bien en casos concretos un fichaje internacional puede impulsar la carrera deportiva de un futbolista joven, también es muy probable que esta práctica perjudique al menor, por ello, el interés de velar por el desarrollo apropiado y saludable del menor en todos los aspectos de su vida, prevalece sobre los intereses meramente deportivos”.

En principio, la perspectiva de la FIFA (y también de la FIBA) puede resultar excesivamente proteccionista con los menores. Siempre y cuando venga acompañado de una serie de garantías deportivas, educativas y personales que respeten sus intereses el cambio de país no tiene que resultar negativo para el menor. Es más, si el menor de edad es jugador profesional puede ocurrir que las normas federativas en vez de protegerlo le estén impidiendo ejercer libremente su profesión. Dado que todo texto federativo se encuentra sujeto al control de legalidad de la justicia ordinaria, llegado el caso, el menor que considere vulnerados sus derechos en virtud de las prohibiciones que establecen estos textos, podrá exigir su tutela ante el órgano judicial que resulte competente (Crespo Pérez y Frega Navía, 2010).

4. Conclusiones

Llegados a este punto, se puede afirmar que la contratación de menores como deportistas profesionales es una realidad social que despierta distintos intereses: el de los clubes o entidades deportivas, que desean que los menores con aptitudes en una determinada disciplina formen parte de sus canteras; el de los propios jóvenes, para

quienes la práctica deportiva puede ser un excelente proyecto vital; e incluso el de sus padres, que pueden ver asegurado el futuro profesional de sus hijos a través del deporte.

Aceptado el peso que tienen los menores en el ámbito del deporte profesional se echa en falta la existencia de normas específicas, tanto en el ámbito laboral como en el federativo, que: 1) protejan el interés del menor estableciendo garantías, no sólo prohibiciones; 2) delimiten de forma clara y precisa el alcance de la representación legal de los padres; 3) y que tengan en cuenta los derechos de los clubes, que realizan importantes inversiones económicas en la formación de jóvenes deportistas, y que por lo tanto, merecen ciertas garantías de que éstos continuarán una vez finalizada su formación. Garantías que en modo alguno pueden otorgarse a través de cláusulas penales que consideramos excesivas e injustas para los menores.

Por último, hay que entender que el silencio legislativo en relación a la contratación laboral de los deportistas menores de dieciséis años es en cierta medida incomprensible, sobre todo porque sí se prevé y regula la contratación laboral de artistas menores de dieciséis en la normativa sobre espectáculos públicos. El deporte, no siendo una actividad artística, posee rasgos comunes con ella ya que se ejerce frente al público a modo de espectáculo y es proclive al desarrollo precoz de aptitudes. En esta línea, el presente artículo contempla el acercamiento de ambos supuestos, concluyendo que la necesaria autorización previa de la autoridad laboral exigida en los términos previstos en el art. 2 del *Real Decreto 1435/1985, de 1 de agosto, por el que se regula la relación laboral especial de los artistas en espectáculos públicos*, parece una medida adecuada para la tutela del menor, al velar por la integridad física y psíquica del mismo e introducir un control sobre los representantes del niño, por lo que debería extrapolarse al ámbito del deporte profesional.

Bibliografía

- » Arias Grillo R. (2009). “La protección de los jugadores menores de edad y la FIFA: análisis de las nuevas enmiendas al reglamento del estatuto y transferencia de jugadores”. *Revista Jurídica del Deporte*, nº 27/2009, pp. 387-395.
- » Cardenal Carro M. (1996). *Deporte y Derecho. Las relaciones laborales en el deporte profesional*. Servicio de Publicaciones Universidad de Murcia, pp. 27-35.
- » Conde Colmenero P. (2011). “El trabajo de los menores: limitaciones relativas a la protección de su seguridad y salud (física y psíquica). Especial referencia a los menores en espectáculos públicos”. *Revista Derecho & Criminología*, nº 1, pp. 83-100.
- » Crespo Pérez J. y Frega Navía R. (2010). *Comentarios al Reglamento FIFA*. Madrid: Dykinson, pp. 141-173.

- » Díaz Alabart S. (2011). *Lg cláusula penal*. Madrid: Reus, pp. 143-152.
- » Díaz Martínez A. (2013). “La tutela del interés superior del menor en la ordenación de las relaciones personales con sus progenitores y las decisiones sobre su futuro profesional”. *Aranzadi Civil-Mercantil*, nº 1/2013, pp. 51-70.
- » Díez-Picazo, L. y Gullón Ballesteros A. (2012). *Sistema de Derecho Civil, Vol. I*, Duodécima Edición; Madrid: Tecnos, pp. 201-204.
- » Fernández Martínez J.M (2013). “Precontratos de deportistas menores de edad”. *Aranzadi Doctrinal*, nº 1/2013, pp. 67-74.
- » García Murcia J. (2010). “El deporte como trabajo: la relación laboral especial de los deportistas profesionales”. *Aranzadi Social: Revista Doctrinal*, Vol. 3, nº 1, abril, pp. 103-117.
- » García Sanz J. (2008). “La protección civil frente a la utilización in consentida de la propia imagen para fines publicitarios o comerciales”. *Doctrina judicial. Indret*, enero de 2008.
- » González del Río J.M (2006). Desistimiento del deportista profesional y contrato de trabajo”. *Aranzadi Social*, nº 3610/2006, pp. 2953-2961.
- » González Mullin H. (2014). “La transferencia internacional de menores de edad. El concepto mudanza de los padres. Su interpretación en clara protección del menor”. *Revista Jurídica del Deporte*, nº 44/2014, pp. 433-451.
- » Lacruz Berdejo J.L. (2004). *Noções de Derecho Civil Patrimonial e Introducción al Derecho*, 4ª Edición. Madrid: Dykinson.
- » Latesa Rodríguez M. Martos Fernández P. y Paniza Prados J.L. (2001). *Deporte y cambio social en el umbral del siglo XXI*. Madrid: Librerías Deportivas Esteban Sanz S.L.
- » Llamas Pombo E. y Macías Castillo A. (2009). “Protección de la imagen de los menores”. Esta doctrina forma parte del libro *Nuevos conflictos en el Derecho de Familia*. Madrid: La Ley, Primera Edición, pp. 623-646.
- » Macías Castillo A. (2008). “El consentimiento del menor y los actos de disposición sobre su derecho a la propia imagen”. *Diario La Ley*, nº 6913, pp. 1792-1801.
- » Mella Méndez L. (2010). *El precontrato de trabajo*. Madrid: Reus, pp. 13-16.
- » Millán Garrido A. (2010). *Lg reforma del régimen jurídico del deporte profesional*. Madrid: Reus, pp. 11-24.
- » Paños Pérez A. (2012). “El interés del menor como criterio para determinar la ilegitimidad de la intromisión en los derechos del honor, la intimidad y la propia imagen del menor”. *Actualidad Civil*, nº 8, pp. 811-835.
- » Puig M. (2014). “Niños que llegan a la élite”, en *La Vanguardia*, 02-12-2014.
- » Rivero Hernández F. (2007). *El interés del menor*. Madrid: Dykinson, pp. 87-137 y 214-244.
- » Roqueta Buj R. (2011). *Los deportistas profesionales. Régimen jurídico laboral y de Seguridad Social*. Valencia: Tirant Lo Blanch, pp. 57-191.
- » Sánchez-Calero Arribas B. (2011). *Honor, intimidad e imagen en el deporte*. Madrid: Reus, pp. 123 y ss.
- » Sánchez-Calero Arribas B. (2005). *Lg actuación de los representantes legales en la esfera personal de menores e incapacitados*. Valencia: Tirant Lo Blanch, pp. 47-50.

- » Santos Morón M.J. (2011). “Menores y derechos de la personalidad. La autonomía del menor”. *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, nº 15, pp. 63-93.
- » Sempere Navarro A.V Cardenal Carro M. y Arias Domínguez A. (2011). *El contrato de trabajo*, vol. II. Valencia: Tirant Lo Blanch, pp. 228-274 y 877-913.
- » Sempere Navarro A.V (2013). “Dos casos de indemnizaciones laborales en la jurisprudencia civil”. *Aranzadi Social*, nº 3/2013, pp. 15-22.
- » Sempere Navarro A.V (2007). “Precontratos de trabajo infantiles (y millonarios)”. *Actualidad Jurídica Aranzadi*, nº 744/2007, pp. 3-4.
- » Serrano Gómez R. (2007). “La capacidad negocial del menor adulto”. *Revista Estudios Socio-Jurídicos*, vol. 9, pp. 166-182.
- » Vidal López P. (2013). “Contratación de menores de edad para la práctica de fútbol profesional”. *Actualidad Jurídica Aranzadi*, nº 863/2013, p. 9.

> El mobbing en el deporte profesional Una cuestión entre derecho y ética

Antonio J. Monroy Antón

Universidad Francisco de Vitoria
a.monroy.prof@ufv.es

Bárbara Rodríguez Rodríguez

Universidad Francisco de Vitoria
barbara.rodriguezrodriguez@gmail.es

Resumen

El acoso laboral es un fenómeno cuyas cifras han crecido enormemente en los últimos años, y que ha llegado también al mundo del deporte. En este artículo se analizará la situación en esta materia del deportista aficionado y, sobre todo, del profesional, partiendo de las pocas sentencias que han dictado al respecto los Tribunales españoles y de la legislación vigente, pero añadiendo el prisma de los valores que deben siempre imperar en el deporte.

Palabras clave:

mobbing, deportista, fama, ética, dinero.

1. Introducción

El acoso laboral o *mobbing* es, por desgracia, un fenómeno en auge en todos los ámbitos, y el deporte no es menos. Continuamente se producen casos en que la empresa o el empresario acosan al trabajador, hasta el punto de que ha de abandonar su trabajo (López Cabarcos y Vázquez Rodríguez, 2003; Pinuel Zabala, 2001). La frecuencia con que la víctima sufre el acoso es posiblemente mayor en tiempos de crisis económica, pues el poder del jefe suele aumentar y el trabajador de base se

encuentra más desprotegido que en épocas de bonanza, en las que puede abandonar libremente su trabajo, sabiendo que no tendrá problemas para encontrar otro de características similares.

En España, este fenómeno comenzó también a representar un problema acuciante, por lo que el Congreso de los Diputados, en 2003, aprobó la modificación de varios artículos de la Ley del Estatuto de los Trabajadores y de la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social, entre otras normas, con el objetivo de garantizar el principio de igualdad de trato a las personas en el ámbito laboral (Monroy, Sáez y Cordente, 2009).

Como novedad, el ordenamiento jurídico introdujo el concepto de “acoso”, definido como “*toda conducta no deseada*” que atentara contra la dignidad de una persona y crease “*un entorno intimidatorio, humillante u ofensivo*”. Además, la nueva legislación invertía la carga de la prueba en casos de discriminación, correspondiendo al demandado la aportación de una explicación probada de las medidas adoptadas frente al trabajador. De este modo, el mobbing comenzaba a ser perseguido de manera clara en la legislación española.

El concepto de acoso moral en el trabajo (o acoso laboral) ha pasado a ser tan popular que la propia Real Academia de la Lengua, para la futura vigésima tercera edición de su Diccionario, propone como definición la de “*Práctica ejercida en las relaciones personales, especialmente en el ámbito laboral, consistente en un trato vejatorio y descalificador hacia una persona, con el fin de desestabilizarla psíquicamente*”.

En el mundo del deporte también proliferan cada día más las noticias sobre este tema. Las que más repercusión tienen son las de algunos jugadores de fútbol, sobre todo de primera división, que son apartados del equipo titular y acuden a los Tribunales a solicitar la extinción de su contrato en base a un supuesto acoso laboral (Monroy, 2008).

El mobbing, según diversos estudios no sólo españoles sino de toda Europa, afecta a más de un 10% de los trabajadores (Monroy et al, 2009), constituyendo así un problema de primer orden. Sin embargo, cuando se trata el tema no solo desde el punto de vista del Derecho, sino también de la ética, surge un conflicto, pues todo trabajador ha de tener derecho a ejercer su profesión, pero, ¿puede considerarse como acoso laboral, por ejemplo, la conducta de un entrenador tendente a dejar como suplente a un futbolista que cobra cantidades astronómicas? ¿No se debería determinar, en primer lugar, si son esas cantidades las que traspasan el límite de toda ética y el deportista adquiere, en estos casos, unas obligaciones mayores para con quien le paga?

Esa frontera entre la ética y los derechos de los trabajadores es complicada de determinar, por lo que en este artículo se tratará de realizar un análisis de la situación partiendo de las pocas sentencias que han dictado al respecto los Tribunales españoles y de la legislación vigente, si bien bajo el prisma de los valores que deben siempre imperar en el deporte.

2. El fenómeno del mobbing: características

A la hora de determinar qué se puede considerar como acoso laboral en el deporte, es conveniente comenzar analizando las características comunes que suelen tener el acosador y el acosado. Habitualmente, el acosador suele ser una persona envidiosa, incapaz de afrontar el fracaso, autoritario, egoísta, incapaz de sentir culpa o remordimientos, profesionalmente mediocre, inconsistente, indeciso, rígido y arrogante. La víctima, por su parte, suele tener baja autoestima y suele ser una persona independiente, con alta capacidad para el trabajo y con excesiva preocupación por la imagen que los demás tengan de él (Randall, 1997; Monroy y Sáez, 2008). Los efectos más frecuentes que conlleva la situación de acoso – y que, sin duda, busca el hostigador – son el deterioro de la salud tanto a nivel físico como psicológico, la precariedad económica y la dificultad en las relaciones interpersonales y en la vida social.

El proceso no es lineal, sino que suele tener unas fases bastante habituales, comenzando casi de forma imperceptible, y pasando por un ligero sentimiento de incomodidad para llegar, finalmente, a la situación de acoso insostenible para el trabajador (Adams y Crawford, 1992).

Respecto a las instituciones en que se produce, es más probable en aquellas que tienen una organización relativamente cerrada y en las que se considera el poder y el control como valores prioritarios sobre la productividad y la eficacia (González de Rivera y Revuelta, 2000). Ni qué decir tiene que en muchos clubes de fútbol de primera división, sin ir más lejos, los presidentes parecen más preocupados por difundir su fama como mecenas o “salvadores”, vendiendo nada más que ilusión año tras año, que por los resultados deportivos.

3. El mobbing a la luz de la legislación española

A pesar del crecimiento que está teniendo este fenómeno, en España no existe aún una normativa específica para combatirlo. Desde el punto de vista legislativo, al pertenecer a la Unión Europea, se debería tomar como referencia, la Directiva marco 89/391/CEE del Consejo, relativa a la aplicación de las medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud de los trabajadores en el trabajo. Sin embargo, hasta el momento, el acoso laboral no ha sido totalmente reconocido en cada uno de los países de la Unión con una legislación específica sobre el mismo, como tampoco existe un estudio normativo en este ámbito geográfico. Inicialmente, algunos países dictaron normas o instrucciones sobre el mobbing, como Portugal, que emitió una nota en enero de 2001. Sin embargo, en la actualidad muy pocas naciones europeas cuentan con una legislación específica sobre acoso laboral (por ejemplo, Francia e Italia).

En España, al no existir esa necesaria y deseable regulación específica, los Tribunales acuden a la genérica. Así, entre otros, son aplicables la propia Constitución, que en su artículo 10 proclama el derecho a la dignidad personal y en el 15 recoge la protección de los derechos a la vida y a la integridad física y moral; los artículos 138 y siguientes del Código Penal, que castigan el homicidio, que sería posible a través de la acusación de homicidio imprudente o inducción al suicidio en casos de extrema gravedad; el artículo 147 del mismo Código, que castiga al que por cualquier procedimiento cause a otro una lesión que menoscabe su integridad corporal o su salud física o mental.

Otro artículo es el 173 del Código Penal, que castiga al que *“infligiera a otra persona un trato degradante, menoscabando gravemente su integridad moral”*; el artículo 4.2.d) del Estatuto de los Trabajadores, que protege la integridad física y el derecho a una adecuada política de seguridad e higiene; y el art. 96.11 de la Ley de 8/1988, de 7 de abril, sobre Infracciones y sanciones en el Orden Social (LISOS), que califica como infracción muy grave los actos del empresario que fueren contrarios al respeto de la intimidad y consideración debida a la dignidad de los trabajadores.

Sin embargo, cuando se habla de mobbing en el mundo del deporte, y sobre todo en aquel deporte profesional en que el trabajador cobra cantidades astronómicas, el aspecto más importante será, sin duda, la protección del derecho al trabajo. Y en este sentido hay que hacer referencia principalmente a tres normas: el artículo 35.1 de la Constitución Española, que proclama el derecho de todos los españoles al trabajo y a la promoción a través del trabajo; el artículo 4.2.a) y b) del Estatuto de los Trabajadores, que reconoce como derechos del trabajador la ocupación efectiva y la promoción y formación profesional en el trabajo; y, por último, el artículo 311.1 del Código Penal, que castiga a *“Los que, mediante engaño o abuso de situación de necesidad impongan a los trabajadores a su servicio condiciones laborales o de Seguridad Social que perjudiquen, supriman o restrinjan los derechos que tengan reconocidos por disposiciones legales, convenios colectivos o contrato individual”*.

Otras normas como las que protegen el derecho a la comunicación (artículo 20.1 de la Constitución), que previenen riesgos laborales (Ley 31/1995) o que dan protección a víctimas de malos tratos (Ley Orgánica 14/1999) podrían ser aplicables a ciertos casos de acoso laboral, pero no son precisamente las más cercanas al fenómeno del mobbing deportivo, por lo que no se tratarán en este artículo.

Esta situación de relativa indefinición e, incluso, inseguridad jurídica que crea la inexistencia de una norma específica para el acoso laboral ha hecho que los Tribunales hayan sido quienes, poco a poco y con sus sentencias, hayan ido marcando la línea a seguir en las demandas sobre esta materia.

4. El acoso laboral en la jurisprudencia española

Al tratarse de un tema relativamente reciente, la jurisprudencia española es aún muy escasa y sin una línea perfectamente definida. La primera sentencia relativa al acoso laboral es la que dicta en 2002 el Juzgado de lo Social número 2 de Gerona, y que es ratificada a principios de 2003 por el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña.

La definición que los tribunales españoles ofrecen del mobbing es la de “*aquella presión laboral tendente a la autoeliminación de un trabajador mediante su denigración*” (S.J.S. nº. 2 de Gerona de 17 de septiembre de 2002, S.J.S. nº. 12 de Barcelona de 16 de diciembre de 2002, S.J.S. nº. 7 de Murcia de 7 de marzo de 2003, S.J.S. nº. 3 de Santa Cruz de Tenerife de 31 de marzo de 2003 y S.J.S. nº. 2 de Gerona de 23 de septiembre de 2003, entre otras).

Por presión se entiende “*toda conducta que desde un punto de vista objetivo pueda entenderse como un ataque*” (S.J.S. nº. 2 de Gerona de 23 de septiembre de 2003), mientras que la denigración laboral es aquel comportamiento que se lleva a cabo en el trabajo, sin respetar la integridad moral, es decir, sin respetar el derecho que tiene todo trabajador a recibir un trato acorde con su condición de ser humano social, libre y digno (S.T.C. 215/94).

La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia (Sala de lo Social) de 8 de abril de 2003 indica que, aunque no existe una definición legal de acoso moral, se pueden señalar como elementos básicos de la conducta los siguientes:

- a) la intención de dañar, ya sea por parte del empresario, de los directivos o de los compañeros de trabajo
- b) la producción de un daño en la esfera de los derechos personales más esenciales
- c) el carácter complejo, continuado, predeterminado y sistemático, manifestándose el acoso a través de conductas hostiles contra la dignidad de la persona -tales como burlas, mofas, críticas, etc. – o contra su profesionalidad – encargos monótonos, abusivos o impropios de su categoría profesional.

Resumiendo, la existencia de una situación de mobbing se suele demostrar a través de la existencia de un conflicto entre las partes litigantes, la concurrencia de actos típicos de hostigamiento durante un significativo período de tiempo, las consecuencias psicológicas padecidas por el acosado y la actitud del acosador durante el conflicto.

Aparte de esta jurisprudencia española, en el ámbito de la Unión Europea cabe destacar la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 23 de enero de 2002, en el asunto T-237/00, Patrick Reynolds vs. Parlamento Europeo, en donde el Tribunal emplea la expresión “acoso moral”, dando relevancia al daño moral que incluye, entre otras cosas, el ataque a la dignidad y a la seriedad profesional.

5. La diferencia entre deportista aficionado y profesional en el ámbito del Derecho

En España, como en tantos otros países del mundo, tan solo unos cuantos privilegiados pueden vivir de las rentas obtenidas de su rendimiento deportivo. Esto se produce únicamente en los casos en que el deportista alcanza un nivel verdaderamente excepcional siendo, además, necesario que practique algunos deportes determinados entre los que se encuentran el fútbol, baloncesto, automovilismo o tenis. Y los efectos del mobbing, evidentemente, no son los mismos en un deportista aficionado que en un “profesional” que tiene prácticamente su vida resuelta incluso en el caso de que ese acoso le lleve a abandonar su trabajo.

Sin embargo, la terminología de “aficionado” o “profesional” no es, desde un punto de vista jurídico, la misma que la mayoría de las personas a pie de calle utilizan. Por tanto, lo primero que se debe hacer es aclarar esta terminología. La realidad del deporte español, muy falto de apoyos económicos, es que la mayoría de los deportistas no son profesionales, ni se puede considerar que tengan una relación laboral con sus equipos. La situación es tan dramática que, a efectos legales, se incluyen en este grupo diversos medallistas en Campeonatos de España de ciertas especialidades que, a pesar de sus logros deportivos al más alto nivel, no son considerados como profesionales desde el prisma del Derecho (Monroy, 2005).

El RD 1006/1985, en su artículo 1.2, indica que *“Son deportistas profesionales quienes, en virtud de una relación establecida con carácter regular, se dediquen voluntariamente a la práctica del deporte por cuenta y dentro del ámbito de organización y dirección de un club o entidad deportiva a cambio de una retribución”*, señalando a continuación que *“Quedan excluidos del ámbito de esta norma aquellas personas que se dediquen a la práctica del deporte dentro del ámbito de un club percibiendo de éste solamente la compensación de los gastos derivados de su práctica deportiva”*.

La interpretación del RD 1006/1985 parece lógica, e implica que ningún jugador, por muy profesional que sea, puede ni debe tener garantizada su participación como titular en cada partido. El entrenador dispone de una plantilla entre la cual, atendiendo a criterios técnicos, decide puntualmente a quién va a alinear, quiénes son los suplentes y a quiénes deja fuera de la convocatoria. Es decir, no se puede intentar equiparar la ocupación efectiva – que es la que, en todo caso, defiende esta norma – a la alineación efectiva.

En términos similares, en el caso del fútbol, el Convenio Colectivo para la Actividad del Fútbol Profesional suscrito el 25 de mayo de 1998, en su artículo 8, añade otra de las notas que caracterizan al deportista profesional, señalando que el horario en que está sometido al club comprende los entrenamientos, concentraciones y desplazamientos y otros menesteres. En cuanto a los entrenamientos, éstos serán *“decididos por el club, sociedad anónima deportiva o entrenador y comunicados a los*

futbolistas con la necesaria antelación”, y “se realizarán de forma colectiva, salvo los casos de recuperación por enfermedad, lesión u otra causa justificada que deberá ser notificada por escrito al futbolista”.

La sentencia dictada en el famoso “caso Albelda” indica que la modificación de los horarios y criterios de entrenamiento es facultad del entrenador, y que el hecho de que un jugador utilice “*los mismos vestuarios, taquillas, etc. que el resto de la plantilla*”, sea sometido “*a los mismos controles médicos*” y tenga “*a su disposición los mismos medios humanos y materiales que los demás compañeros de la plantilla*” es prueba de que no existen modificaciones sustanciales del contrato de trabajo y, por tanto, de la inexistencia de mobbing. Esta sentencia, sin embargo, ha abierto una peligrosa vía, al entender que si es el club el que comunica al futbolista el hecho de que no volverá a participar en partidos oficiales, procederá la extinción del contrato con la indemnización pertinente, mientras que si es el entrenador el que lo hace, al no depender de él la decisión del despido, no existiría mobbing en ningún caso.

El RD 1006/1985, asimismo, incluye la retribución como otra de las características clave para determinar la profesionalidad o no del deportista. En este sentido, la cuestión clave es diferenciar cuándo las cantidades recibidas por este van destinadas a retribuir su trabajo – teniendo en ese caso la consideración jurídica de salario – y cuándo se trata de percepciones económicas destinadas simplemente a compensar los gastos que la práctica deportiva le ocasiona, en cuyo caso no se podría hablar de relación laboral ni, por tanto, de mobbing.

Los tribunales han considerado, con acierto, que la denominación que las partes den al contrato – y por tanto a las cantidades económicas percibidas por el deportista – es irrelevante (Sentencias del TS de 14 de abril de 1983 y de 14 de noviembre de 1984, entre otras). Lo determinante es el carácter que hay que atribuir a tales cantidades. Para estudiar el carácter de las mismas, se debe comenzar analizando los gastos que la práctica del deporte ocasiona al jugador. Tras las correspondientes deducciones de éstos, la cantidad resultante será la que determine si se está ante un caso de salario real y, por tanto, de profesionalidad, o ante uno muy distinto de deportista aficionado. La base que se ha tomado en la mayoría de las sentencias de nuestros tribunales ha sido la del salario mínimo interprofesional, considerando deportista profesional al que superaba esta cuantía.

No obstante, la retribución ha sido un tema demasiado ponderado por la doctrina y la jurisprudencia a la hora de determinar la profesionalidad del deportista. Como ejemplo, sirva la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 11 de mayo de 1993, que señala que “*lo que esencialmente determina la profesionalidad y consiguiente relación laboral es, como en toda otra, la existencia de una retribución por la prestación de los servicios bajo la dependencia de quien aprovecha éstos y satisface aquélla*”.

6. El mobbing en el deporte: el deportista aficionado

De lo establecido en el Derecho español se puede extraer una primera conclusión, y es la de que, en sentido estricto, todos los deportistas legalmente considerados como aficionados por no tener un sueldo mínimo, no podrían ser objeto de mobbing, pues no tienen una relación laboral con la empresa, que en este caso es su club. No se podría, por tanto, hablar de acoso laboral, al no existir relación de trabajo sino, en todo caso, de otro tipo. Y, en el panorama actual, se encontrarían en esta situación la inmensa mayoría de deportes, pudiendo citarse como ejemplos el atletismo, la hípica, la natación, el esquí, el pentatlón, la esgrima, todas las artes marciales, el voleibol, el hockey, el tiro, etc. Esto llevaría a incluir en esta situación, como ya se ha mencionado anteriormente, a deportistas de alto nivel que, por pertenecer a disciplinas que no generan altos ingresos para el club, no cobran más que cantidades destinadas a compensar sus gastos.

La situación es claramente absurda y se pueden exponer varios argumentos en contra de ella. En primer lugar, si bien es cierto que, por norma general, todo trabajo debe ser retribuido, no es menos cierto que muchos deportistas – incluso de alto nivel – no consideran su labor como un trabajo, sino como una forma de entretenimiento que, además, les puede llevar, en un futuro, a conseguir unos rendimientos que por el momento no tienen. En segundo lugar, hay muchas veces en que el esfuerzo (al fin y al cabo, trabajo) se realiza no por dinero, sino por la satisfacción personal de conseguir una victoria o por el reconocimiento que ello implica. En ambos casos se podría dar la paradoja de que un deportista, de forma repentina, pasara a ser considerado profesional por una simple subida salarial.

Por este motivo, y aunque estrictamente no se trate de una relación laboral, bajo mi punto de vista se deberían entender como mobbing ciertas conductas como, por ejemplo, las consistentes en “invitar” al deportista a abandonar el club, no darle trabajo efectivo (dejándole en el banquillo semana tras semana) o menoscabar su dignidad (haciéndole entrenar por separado, sometiéndole a sesiones más duras que las del resto de sus compañeros, etc.). En todas ellas se dan cita varios elementos del tipo como son la falta de ocupación efectiva, la imposibilidad de promoción, la precariedad económica (pues se le priva incluso de la ayuda recibida, por más que no sea considerada salario) y el daño psicológico que se produce por la imposibilidad de ver realizado el deseo de competir o relacionarse con sus compañeros.

Por tanto, independientemente de que los Tribunales adopten soluciones diferentes debido a la interpretación de la normativa vigente, es obligado reconocer que, en el plano ético, la importancia de la persona y de su dignidad ha de estar muy por encima de cualquier consideración jurídica, por lo que el acoso laboral debería ser reconocido también para el deportista aficionado.

Y, en consecuencia, este deportista también debería tener derecho a ser resarcido en caso de que exista ese acoso laboral, pues se le está incitando de forma clara a

abandonar el club o institución en la que milita mediante dicho acoso. Es más, en estos casos en que el deportista no cobra o simplemente recibe una mínima ayuda como compensación de gastos, es más fácil hacer que abandone, pues el hacerlo no le repercutiría económicamente en gran medida. Sin embargo, las secuelas psíquicas y en sus relaciones sociales y personales, que como se ha visto son dos de las más habituales en las víctimas del acoso, sí que se producen, por lo cual merece ser indemnizado.

7. El mobbing en el deporte: el deportista profesional

Antes de analizar el mobbing en el caso de los deportistas profesionales, conviene aclarar que el concepto de deportista profesional no equivale al de deportista de alto nivel en España, a pesar de que en ocasiones coincidan. Ni todo deportista profesional es deportista de alto nivel ni viceversa. La legislación y la jurisprudencia española, como se ha indicado previamente, consideran deportista profesional a aquel que cobra ciertas cantidades económicas, mientras que el deportista de alto nivel es únicamente aquel que aparece recogido como tal en el Boletín Oficial del Estado tras haber conseguido la clasificación que, en cada momento, establezca el Consejo Superior de Deportes (por lo general, primeros clasificados en Campeonatos de España o finalistas en Campeonatos de Europa, del Mundo o Juegos Olímpicos, existiendo diversas variantes en función del deporte de que se trate).

De este modo, muchos futbolistas de primera y segunda división son evidentemente, por sus altos salarios, profesionales, pero no son considerados de alto nivel, pues no cumplen los requisitos establecidos por el Consejo Superior de Deportes. Por el contrario, un campeón de España de una disciplina minoritaria como pueda ser el pentatlón moderno, la gimnasia rítmica o artística, con entrenamientos de 4 o 5 horas diarias, es considerado como deportista de alto nivel pero no como profesional, pues sus ingresos, por lo general, difícilmente alcanzarán los 500 euros al mes.

Una vez aclarado esto, y en lo que concierne a este artículo, lo importante es la proyección pública del deportista, más allá de que sea considerado profesional, de alto nivel o ambas cosas. En la sociedad actual, muchos deportistas de alto nivel se han convertido en auténticos iconos, admirados por personas de todas las edades. Sus proezas, inalcanzables para la mayoría de la población, les convierten en mitos y pasan a ser ejemplos a imitar para sus contemporáneos (Amidon, 2012), y sobre todo para las generaciones más jóvenes. Para llegar a ese punto, indudablemente, tienen no sólo que realizar esfuerzos extremos sino también que poseer unas dotes naturales fuera de lo común.

Así, si todo hombre debe ser ejemplo para el resto de la humanidad (Gomá, 2009), el deportista profesional de ciertas especialidades, por su proyección pública, lo debe ser más aún. De ahí que surjan tantas críticas cuando uno de estos “ejemplos” incurre

en conductas reprobables como puede ser el consumo de sustancias dopantes. Por el contrario, son aplaudidos cuando su comportamiento es oportuno desde un punto de vista ético, como ocurrió en el reciente caso en que los jugadores de la selección griega donaron sus primas debido a la crisis económica que azota su país (Triviño, 2014).

A todo esto hay que añadir que la dimensión económica del deporte aparece hoy en día enfatizado muy por encima de otras como, por ejemplo, la educativa (Isidori, 2014). De hecho, muchos de los grandes clubes de fútbol contratan a sus jugadores ya no sólo por su rendimiento en el campo, sino por su capacidad de generar dinero fuera de él a través del patrocinio y la publicidad.

Dicho todo esto, la pregunta que se plantea es: ¿resulta ético hablar de acoso laboral en el caso de una gran estrella del deporte que cobra cantidades astronómicas? Lo primero que hay que plantearse es que si un club relega al deportista al banquillo, por poner uno de los ejemplos más comunes en las demandas de este tipo, ha de ser porque considera que existe otro cuyo rendimiento en el campo va a ser mayor. De ese modo, está tomando, aparentemente, una decisión lógica, pues siempre tendrá que haber jugadores en el banquillo y se presupone que el club intenta maximizar su resultado deportivo. Si no se acepta esta premisa, se abriría la veda para que cualquier jugador suplente demandase a su club.

Pero, aparte de esa justificación, que parece suficiente por sí sola para que no se admita el mobbing en ciertos casos en que la demanda se basa únicamente en la suplencia del deportista o su entrenamiento apartado del grupo, lo que se debe discutir es si, desde un punto de vista ético, es justificable que un deportista que cobra varios millones de euros al año, y que debe dar una imagen al mundo (y en especial a los más jóvenes), demande a su club por “acoso”. Parece obvio que prácticamente cualquier persona en el mundo se cambiaría por ese deportista y estaría dispuesta a aguantar ese supuesto “acoso” consistente en tener que trabajar en solitario (entrenamiento sin el resto de compañeros), tener un trabajo monótono o, directamente, no trabajar en ciertos períodos (partidos que pasa en el banquillo). Tampoco resulta coherente quejarse en caso de recibir un entrenamiento más duro que los compañeros, pues las altas cantidades que cobra hacen suponer que está preparado físicamente para resistir ciertas cargas de trabajo físico sin grandes problemas.

A nadie se le escapa que la clave para la demanda por acoso laboral está en que esos deportistas buscan algo más que el dinero: la fama. Y saben a ciencia cierta que no alcanzarán la gloria deportiva ni pasarán a la historia si no son los titulares en sus equipos, por lo que buscan mayor protagonismo o bien en ese equipo, o bien en otro, siendo el factor económico secundario pues tienen sus vidas resueltas y, aun así, no quieren renunciar a sus altos emolumentos antes de abandonar el club. La diferencia con un deportista aficionado es muy clara: el supuesto acoso no les afecta en el plano económico, pues no necesitan ese dinero para vivir, ni en el laboral, pues saben que en cuanto abandonen el equipo habrá otros varios dispuestos a ficharles, ni en el

psicológico, pues teniendo resueltos los dos anteriores es complicado que caigan en cualquier tipo de depresión. Simplemente, y en todo caso, les afecta en el plano social, pues su popularidad será ligeramente menor.

Partiendo de lo expuesto, la discusión se debe abordar desde dos puntos de vista: el de la responsabilidad laboral del trabajador para con la empresa y el de la responsabilidad “social” como ejemplo ante el mundo. En primer lugar, en nuestra opinión, los altísimos sueldos que cobran esos deportistas implican una mayor deber y una mayor responsabilidad para con sus equipos, y es muy complicado justificar que pueda existir acoso laboral, salvo que medien insultos, agresiones o conductas similares de forma reiterada. Sin embargo, esta afirmación -con la cual seguramente el público en general estaría de acuerdo- no ha sido aún recogida con argumentos jurídicos por los Tribunales. Posiblemente, una vía de solución sería la de que los reglamentos internos de los clubes incluyeran una serie de normas de conducta de obligado cumplimiento entre las que se recogiera de forma clara la obligatoriedad de acatar sin protesta alguna las decisiones de los técnicos, y que los Tribunales aplicasen posteriormente esas normas y fallasen que ha existido incumplimiento de contrato si el deportista no las respeta.

Además, los deportistas también adquieren esa responsabilidad para con sus equipos desde el momento en que, en un deporte tan mercantilizado como el actual, no solamente son contratados por su rendimiento en el terreno de juego, sino también por su capacidad para generar ingresos por otros conceptos (es más que conocida la política de ciertos clubes de fútbol de justificar el casi nulo rendimiento de sus caros fichajes con la supuesta generación de ingresos vía venta de camisetas, por poner un ejemplo). Es decir, que los resultados ya no solamente se obtienen dentro del terreno de juego, sino también fuera de él, y el club es el primer interesado en que estas ventas sean altas, por lo cual, si relega a un jugador al banquillo, hay que presuponer que lo hace porque hay otro que ofrece un mayor rendimiento global (deportivo y económico), y el primero debe acatar la decisión.

Por otro lado, ya se ha indicado que estos deportistas ejercen, aun involuntariamente, como ejemplos de conducta ante el resto de la sociedad. Por ello, y sabiendo los miles de personas que están muriendo de hambre en el mundo, resulta contrario a toda ética plantear una demanda por acoso laboral cuando se están cobrando cantidades millonarias basándose en supuestas conductas denigrantes por parte del empleador. Esta conducta puede llevar a que muchos parados, gente que tiene dificultades económicas, personas que están sufriendo agresiones físicas y verbales en el trabajo, etc., pierdan esa imagen que tienen del deportista como ejemplo a seguir. E, independientemente de los argumentos que se puedan exponer en el plano jurídico, resulta patente que, teniendo en cuenta la ética que debe imperar en el mundo del deporte profesional y esa “responsabilidad social” que se podría decir que adquiere el deportista desde el momento en que se convierte en un personaje público famoso, no se debe permitir que los valores positivos del deporte queden empañados.

8. Conclusiones

La primera conclusión que se deriva de todo lo anteriormente expuesto es que parece necesaria una norma que aborde de forma específica el problema del acoso laboral. En esa norma se habrían de sentar las bases para que, por un lado, los deportistas aficionados pudieran ser considerados como víctimas de mobbing, a pesar de no alcanzar más que unos ingresos mínimos y, por otro, los deportistas que cobran cantidades astronómicas no pudieran demandar a sus equipos por este motivo salvo en casos tasados y muy excepcionales.

Por otro lado, ese deportista de altísimos ingresos ha de convencerse de que su trabajo no está solamente en el terreno de juego o pista deportiva, sino también fuera de él, y que su comportamiento, acertado o equivocado, va a llegar a millones de personas de todo el mundo. De esa situación, del hecho de constituir un ejemplo para el resto de la sociedad, deriva la obligación para él de transmitir una serie de valores positivos sobre todo para los más jóvenes, que tenderán a imitarle. Por ello, debería abstenerse de alzar la voz, y menos de forma pública, ante lo que pueda entender como un posible caso de acoso laboral, y pensar que el salario que tiene, unido a esa proyección pública, conlleva una mayor responsabilidad. Esto, evidentemente, no sería una decisión desde el plano jurídico, sino desde el plano de la ética, y habría de ser el propio deportista quien tomara la iniciativa de no demandar por este concepto.

Además, dado que el “trabajo” de ese deportista está en muchas ocasiones en otros sitios, como los anuncios de televisión, las vallas publicitarias o la venta de camisetas, parece complicado, desde un punto de vista jurídico, argumentar una posible discriminación laboral en esos terrenos.

Por último, la falta de secuelas físicas y económicas apoya también esta postura de no permitir a estos deportistas, más que en casos muy determinados, el acceso a la figura del acoso laboral.

Bibliografía

- » Adams A., Crawford N. (1992). *Bullying at work: How to confront and overcome it*. London: Virago Press.
- » Amidon S. (2012). *Something like the Gods*. New York: Rodale.
- » Constitución española de 27 de diciembre de 1978.
- » Directiva marco 89/391/CEE del Consejo de Europa, relativa a la aplicación de las medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud de los trabajadores en el trabajo.
- » Gomá J. (2009). *Ejemplaridad pública*. Barcelona: Taurus.

- » González de Rivera y Revuelta, J. L. (2000). El síndrome de acoso institucional. *Diario Médico*, 18 de julio de 2000.
- » Isidori E. (2014). Il doping nello sport tra diritto, etica ed educazione. *Rivista Internazionale di Diritto ed Etica dello Sport* 1, 52-62.
- » Ley de 8/1988, de 7 de abril, sobre Infracciones y sanciones en el Orden Social (LISOS).
- » Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.
- » López Cabarcos M. A., Vázquez Rodríguez P. (2003). *Mobbing*. Madrid: Pirámide.
- » Monroy Antón A.J. (2005). El deportista profesional: la necesidad de la reforma del Real Decreto 1006/1985. *Revista de Información Laboral*, 3.
- » Monroy Antón A.J. (2008, febrero 7). El mobbing en el deporte. *Diario La Ley*, 6878.
- » Monroy Antón A.J., Sáez Rodríguez G. (2008). La diferente protección legal del deportista profesional y del aficionado ante el acoso moral en el club. *IU Congreso Internacional y XXV Nacional de educación física*. Córdoba, España.
- » Monroy Antón A. J., Sáez Rodríguez G., Cordente Martínez C. (2009). El acoso moral en el fútbol profesional español. *Kronos*, 16: 45-48.
- » Pinuel Zabala I. (2001). *Mobbing: cómo sobrevivir al acoso psicológico en el trabajo*. Santander: Sal Terrae.
- » Randall P. (1997). *Adult bullying: perpetrators and victims*. London: Routledge.
- » Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.
- » Sentencia del Juzgado de lo Social nº. 13 de Valencia de 29 de febrero de 2008.
- » Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia (Sala de lo Social) de 8 de abril de 2003.

> Riflessione sul *doping* e *quasi-doping* in prospettiva penale

Francesco Maresca

Ordine degli Avvocati, Firenze

Michele Filannino

Ordine degli Avvocati, Bari

comecomf@libero.it

Abstract

Lo scopo di questo articolo è di sviluppare una riflessione sul doping

1. Introduzione

Sembra passato un secolo da quel giorno di luglio del 1998 quando Zdenek Zeman, nel corso di una intervista ad un settimanale dichiarava che il calcio era finito in farmacia. Pagò pesantemente queste dichiarazioni, passando agli occhi della pubblica opinione per destabilizzatore e calunniatore, fino a quando uno dei club italiani più blasonati in Europa e nel mondo, per la prima volta nella storia del calcio, venne condannato per doping.

L'accusa principale, peraltro pienamente confermata nella sentenza di primo grado, era la frode sportiva mediante "somministrazione sistematica di eritropoietina" (la famigerata e vietatissima EPO) e mediante l'abuso di farmaci su atleti sani. Farmaci off label, ossia utilizzati diversamente dall'indicazione terapeutica e dalle modalità di somministrazione previste. In buona sostanza, l'accusa formulata nell'imputazione, a carico dei medici sportivi del club, fu ritenuta fondata dal Tribunale. Sia in relazione alla frode sportiva, in riferimento alla Legge 401/89 (che punisce chi compie atti fraudolenti per alterare i risultati delle competizioni sportive) sia su quello della somministrazione di farmaci e creatina in maniera pericolosa per la salute degli atleti (Art.445 Codice penale).

L'uso diffuso del doping, la cui etimologia deriva dal termine anglosassone "to dupe" cioè ingannare, risale (limitandosi ai nostri tempi, atteso che si hanno notizie di uso di eccitanti per migliorare le performances già duemila anni a.c.) al periodo post bellico della seconda guerra mondiale che trasferì alle discipline sportive l'uso delle amfetamine, largamente sperimentate come "droghe da combattimento" in tutti gli eserciti, ed usate senza controllo da eminenti figure dello sport.

Una dimensione più drammatica della diffusione dell'uso dell'amfetamina nella pratica sportiva è quella offerta dall'analisi delle morti per doping. Una prima segnalazione di un caso mortale risale all'anno 1949: il ciclista Alfredo Falsini moriva nell'ospedale di Rapallo, al termine della Milano-Rapallo, per intossicazione da amfetamina; questa fase così drammatica terminava intorno alla metà degli anni sessanta, con l'introduzione dei primi controlli antidoping.

Gli steroidi anabolizzanti, invece, vennero impiegati per la prima volta al fine di doping negli anni '50 in Europa orientale. In seguito, il loro uso si estese agli Stati Uniti e rapidamente in tutto il mondo. Venendo ai nostri giorni, il fenomeno del doping, come a tutti noto, ha raggiunto livelli di guardia davvero allarmanti, anche in virtù del fatto che assieme agli steroidi e agli stimolanti, peraltro soggetti ad una continua e rapidissima evoluzione che ne rende sempre più facile l'assunzione e corrispondentemente più difficile l'individuazione, assistiamo alla comparsa di una selva di sostanze ed integratori definiti "Smart Drugs" spesso facilmente reperibili in internet.

Con il termine "Smart Drugs" ovvero "droghe furbe", si definiscono tutti quei composti sia di origine naturale che sintetica, non proibiti dalla normativa ordinaria e speciale, che possono contenere principi attivi con presunte o accertate proprietà psicoattive. La caratterizzazione della definizione di Smart Drugs è in continuo cambiamento, non solo per i diversi tipi di sostanze che di volta in volta rientrano in questa categoria, ma anche da un punto di vista concettuale e culturale. Negli anni '90 il termine Smart Drugs si diffuse negli Stati Uniti per indicare alcuni farmaci usati in medicina come coadiuvanti delle malattie senili. Nel 1991, fu pubblicato "Smart Drugs and Nutrients", un libro scritto dal gerontologo americano Ward Dean e dal giornalista John Morgenthaler in cui si descrivevano una serie di sostanze con "azione sul cervello", dette "nootropiche", in grado di resuscitare ricordi dimenticati, di aumentare il quoziente di intelligenza, di aumentare la potenza sessuale, come ad esempio il piracetam o la lecitina. Solo alcune sostanze di origine vegetale contenenti principi psicoattivi erano menzionate nel libro.

In realtà la dizione "americana" di Smart Drugs è rimasta invariata nel tempo: ancora oggi negli Stati Uniti le Smart Drugs sono una serie di sostanze farmacologicamente attive, che comprendono anche gli steroidi, in grado di agire sulla "performance" generale dell'individuo.

A partire dalla fine degli anni '90, invece, in Europa arrivava la moda studentesca dell'uso di sostanze naturali o sintetiche vendibili legalmente con presunte indicazioni

di efficacia sulla concentrazione e sulla memoria o con proprietà psicoattive.

Attualmente non esiste una terminologia univoca sul termine Smart Drugs: si parla infatti contestualmente di droghe vegetali, droghe etniche, droghe etnobotaniche, droghe naturali, biodroghe, etc..

Per taluni il termine Smart Drugs indica una tipologia di bevande energetiche o pastiglie stimolanti (che tentano di simulare l'effetto dell'ecstasy o della celeberrima efedrina) che assicurano effetti eccitanti pur rimanendo nella legalità (caffèina, ginseng, taurina etc.). Vengono proposte e consumate soprattutto in ambienti giovanili (discoteche, rave party etc.) ma anche per "truccare" le performances sportive.

Per altri le Smart Drugs si confondono molto più con le droghe naturali o droghe etniche, confinando il loro consumo ad ambienti più alternativi rispetto alla discoteca e/o allo sport.

È possibile inoltre che il principio attivo contenuto nelle parti fresche o secche delle piante vendute come Smart Drugs sia presente nelle Tabelle contenenti l'elenco delle sostanze stupefacenti del "Testo unico delle leggi in materia di disciplina degli stupefacenti etc", ma non sia presente, viceversa, né la pianta, né parti di essa, il che rende automaticamente legale la sua vendita.

Infatti, sono legali gli Smart Shop, negozi presenti in diverse nazioni europee da una quindicina d'anni e specializzati nella vendita di questi particolari prodotti erboristici diversi per origine o formulazione. Gli Smart Shop, che in Italia sono circa un centinaio, vendono non solo Smart Drugs di origine naturale e sintetica (in quest'ultimo caso si tratta di capsule contenenti aminoacidi, neurotrasmettitori tipo GABA ecc.) con marchio CE, ma vendono anche prodotti destinati alla coltivazione di piante (soprattutto funghi e canapa) e prodotti accessori destinati ad ottimizzare l'effetto derivato dall'assunzione di sostanze fumabili.

Inoltre questi prodotti sono "furbi" perché è anche possibile acquistarli attraverso siti web come incensi e/o profumatori con precisa indicazione del divieto per uso umano, sebbene esistano poi altri siti che spiegano dettagliatamente le modalità di assunzione di tali sostanze (ingestione, fumo di pianta secca, ecc.).

L'eterogeneità delle Smart Drugs si riflette nella possibilità di adottare molteplici criteri di classificazione: modalità di consumo, classe chimica di appartenenza, finalità d'uso. L'uso della maggior parte di queste sostanze origina dalla medicina alternativa/etnica, riproponendo sostanze vegetali ricavate da erbe e piante già al centro di riti tradizionali e usanze celebrative. I popoli cosiddetti primitivi conoscevano molto bene i pericoli di queste sostanze e non a caso le consideravano "sostanze sacre". Il termine Sacro deriva infatti dal latino "sacer" e indica "ciò da cui si deve stare lontani."

A partire dall'anno 2003, su incarico del Ministro della Salute, il Reparto Farmacodipendenza, Tossicodipendenza e Doping dell'Istituto Superiore di Sanità ha eseguito più di 500 analisi chimiche quali-quantitative e valutazioni farmacotossicologiche su più di 200 reperti provenienti da sequestri dei Nuclei

Antisofisticazioni dell'Arma dei Carabinieri in diverse città. Tali reperti provengono da Smart Shop o erboristerie e si tratta di confezioni contenenti estratti vegetali secchi con differente involucro e denominazione.

L'analisi e la classificazione di queste sostanze prosegue senza soluzione di continuità.

Nel 2005, su mandato del Dipartimento Nazionale delle Politiche Antidroga della Presidenza del Consiglio dei Ministri, è stato realizzato il libro "Smart Drugs" contenente le monografie delle 25 più comuni "Smart Drugs" ritenute a rischio di dipendenza per i loro effetti farmacologici.

In ciascuna monografia venivano fornite in primo luogo le caratteristiche tassonomiche della specie vegetale in questione, il principio attivo che le caratterizzava, il luogo di coltivazione, il livello di porzione della pianta nel quale fosse presente il principio attivo. Venivano inoltre fornite notizie sulle caratteristiche chimico-fisiche dei principi attivi, l'uso storico/tradizionale della pianta e quello invece attuale, la legislazione in materia del singolo principio attivo, le caratteristiche farmacotossicologiche dei principi attivi presenti nella specie vegetale in esame. In ciascuna monografia era altresì possibile ottenere informazioni sulla procedura operativa da seguire qualora si volesse effettuare in laboratorio la determinazione analitica del prodotto.

Il libro non catalogava né ordinava tutti i prodotti "vegetali" reperibili negli "Smart Shop", ma si poneva l'obiettivo di focalizzare l'attenzione dei ricercatori e delle forze dell'ordine su quelli che sembravano essere i prodotti contenenti molecole dotate di una qualche attività psicoattiva (stimolanti, allucinogeni etc.) il cui consumo poteva dimostrarsi in qualche modo dannoso per la salute.

Il libro sulle Smart Drugs edito dall'Istituto Superiore di Sanità ha avuto grande diffusione sia nel mondo scientifico che sui media. Ma in questi ultimi anni si è modificato l'uso e il consumo di queste sostanze e alcuni siti web analizzati hanno evidenziato una nuova tendenza di consumi. Sono state immesse in commercio nuove Smart Drugs e sono aumentate le informazioni scientifiche sull'uso e sulla tossicità di queste sostanze. Si è ritenuto quindi utile redigere una seconda edizione del libro con le monografie della prima edizione aggiornate circa la legislazione, le proprietà farmacologiche e le metodologie analitiche. Sono state inoltre aggiunte sei nuove monografie, ed un capitolo dedicato alle "Spice", miscele di differenti Smart Drugs, che hanno suscitato interesse per l'azione farmacologica e tossicologica dovuta alla presenza di più prodotti di origine vegetale e di sostanze di sintesi con effetti simili a quelli della cannabis. Sebbene non esaustive, le notizie contenute in questa seconda edizione del libro riportano dati e forniscono informazioni utili al ricercatore, al legislatore e alle forze dell'ordine.

Un altro fenomeno dilagante sia per la sua portata, sia perchè riguarda sempre più il mondo dei non agonisti, dei giovani e anche dei giovanissimi, è rappresentato da quei preparati farmacologici che, introdotti nella pratica medica per curare specifiche

malattie, trovano poi degli utilizzi “off label “

Si tratta di sostanze finalizzate alla performance, in quanto consentono all'individuo di portare avanti la propria attività fisica (o mentale), mantenendo sempre il massimo dell'efficienza somato-psichica: non sono droghe che coinvolgono l'apparato emotivo-psicologico dell'assuntore, come capita ad esempio agli oppiacei e/o ai cannabinoidi.

Si tratta infatti di sostanze che consentono all'assuntore il miglioramento ed il mantenimento degli standard agonistici.

Ad esempio, il farmaco promotore dello stato di veglia é stato introdotto nella pratica medica specificamente per il trattamento della narcolessia, peraltro unica indicazione, tutt'ora, anche per i farmaci a base di anfetamine, ma sin da subito se ne sono intraviste le potenzialità al fine del mantenimento della performance e dello stato di vigilanza per un lungo periodo di tempo, ritardando il bisogno di riposo e sonno.

Per tale motivo ve ne è stata ampia applicazione “off label“ nel mondo dello sport, in particolare negli sport di endurance come il ciclismo. Ma il vero problema legato all'uso dei farmaci “off label” è rappresentato dal fatto che, soprattutto a livello dilettantistico, i controlli mirati risultano ancora insufficienti.

Casi analoghi si possono riscontrare nell' abuso di sostanze come la nimesulide, finalizzato all'innalzamento della soglia del dolore negli sport dove è richiesta resistenza ovvero del clambuterolo che è un farmaco commercializzato per la cura di diverse condizioni come asma, ipertensione, shock anafilattico, emicranie e aritmia.

E' scientificamente provato che in soggetti sani, non è apportabile alcun beneficio da alcun farmaco o pratica farmacologica. Piuttosto si otterrebbe soltanto un serio rischio di accrescerne statisticamente gli effetti collaterali.

Tali effetti collaterali che gli anglosassoni definiscono “adverse drug reaction“ secondo una recente indagine rappresenterebbero la quarta causa di morte negli Stati Uniti.

Ma come si è evoluta la legislazione di contrasto al doping?

Perché venisse istituita una forma ufficiale di controllo antidoping, si dovette attendere il 1955: fu in quell'anno, infatti, che, in Francia, cominciarono le analisi obbligatorie sui ciclisti, scoprendo immediatamente percentuali di positivi pari anche al 20 per cento. Da allora, i controlli hanno avuto luogo, progressivamente, in tutte le discipline sportive e in tutte le manifestazioni internazionali più importanti: nei Mondiali di calcio i controlli vennero introdotti nell'edizione inglese del 1966, alle Olimpiadi della neve nell'edizione del 1968, mentre per i Giochi olimpici fu necessario aspettare fino al 1976.

La Federazione Medico-Sportiva Italiana (F.M.S.I.), Organo del C.O.N.I., ha iniziato i controlli antidoping fin dal 1960, mentre la legislazione statale si è occupata per la prima volta seriamente di doping, undici anni dopo, con la L.26.10.1971, n.1099, sulla “Tutela sanitaria delle attività sportive”, che ha abrogato la L. 1055/1950.

Nel 1967 uscì la prima lista delle sostanze vietate, emanata dal Comitato Olimpico Internazionale (CIO), che comprendeva solo due classi di sostanze, quelle allora in uso, e cioè stimolanti e narcotici utilizzati per non sentire la fatica ed il dolore, e nell'anno seguente iniziarono i primi test. Dal 1967 in poi il CIO ha, di anno in anno, aggiornato la lista delle sostanze vietate che è andata allungandosi di pari passo con il progresso in ambito farmacologico e con il trasferimento dell'uso delle varie sostanze in ambito sportivo ogniqualvolta se ne poteva intravedere il vantaggio in termini di prestazione.

Fu proprio per volere del CIO che, a seguito della conferenza mondiale contro il doping tenutasi a Losanna nel 1999, fu istituita la WADA (organismo di diritto privato e acronimo di agenzia mondiale anti-doping) promotrice a sua volta del codice mondiale anti-doping (World anti doping code).

Le innovazioni introdotte attraverso l'istituzione di tale agenzia – i cui effetti sono certamente positivi nonostante l'attuazione della riforma relativamente recente – rappresentano un autentico punto di collegamento dei vari ordinamenti statali: l'uniformità delle prescrizioni antidoping.

Prima di esaminare la regolamentazione italiana, vediamo i rapporti tra l'agenzia WADA e l'Unione Europea.

Come è noto ogni stato intraprende le proprie strategie per contrastare il fenomeno del doping e prevenirne la sua diffusione. Scopo della WADA è la promozione e il coordinamento della lotta al doping a livello mondiale, quindi l'E.U. deve sostenere il lavoro dell'agenzia proprio perché finalizzato all'armonizzazione delle prerogative in materia degli stati membri.

Si può osservare che con il passare degli anni assistiamo ad una sempre maggiore collaborazione tra la Commissione Europea, gli stati membri, la WADA e l'Organizzazione Mondiale della Sanità. L'Unione Europea, peraltro, si muove nella lotta al doping attraverso due direzioni:

- la prima è la promulgazione di una normativa penale uniforme per tutti gli stati; ad oggi, infatti, in molti degli stati membri, doping non vuol dire reato; la volontà è quella di portare ad un identico livello la normativa interna ad ogni stato circa la rilevanza penale.
- la seconda direzione perseguita, è quella per la quale la U.E. si occupa di finanziare progetti di studio del fenomeno, ma soprattutto di finanziare campagne di informazione e prevenzione.
-

In Italia, dopo un lungo e tortuoso percorso normativo, si è giunti all'entrata in vigore della Legge n.376/2000, le cui linee guida prendono origine dalla Convenzione contro il doping, sottoscritta nel 1989 a Strasburgo.

Gli interventi che hanno preceduto la vigente normativa, rappresentano, una serie di tentativi legislativi e di proposte di legge disomogenee, rimaste di fatto prive

di concreta attuazione e superate dalla inarrestabile e veloce evoluzione che il doping ha avuto ed ha tutt'ora.

E' interessante, per comprendere l'innovazione di tale legge, osservare, prima di tutto, il dettato di cui all'art. 1 comma 3 che estende la rilevanza del doping anche alla c.d. manipolazione farmacologica, consistente nell'assunzione di farmaci o sostanze biologicamente attive o pratiche non giustificate da condizioni patologiche, che siano idonee a modificare i risultati dei controlli.

Da sottolineare l'importanza di tale norma equiparatoria, che, per così dire, chiude il cerchio attorno a tutti i mezzi illeciti intrapresi per mascherare il ricorso ad una pratica o ad una sostanza vietata in difetto di patologia.

Per quanto concerne le fattispecie criminose previste dalla normativa de quo si può dire sinteticamente che la previsione della L.376/2000 riguarda tre ipotesi aventi rilevanza penale che corrispondono ad altrettante fattispecie di reato :

la prima, è ravvisabile nelle condotte c.d. di eterodoping, una seconda riscontrabile nei delitti di doping autogeno ed una terza nel reato previsto dall'art. 9 comma 7, di commercio illegale di farmaci e sostanze dopanti.

Nei reati di etero doping e di doping autogeno, di cui all'art. 9 commi 1 e 2, l'elemento soggettivo che caratterizza la condotta è il dolo che non rileva come generico bensì come specifico, nel senso che la condotta deve essere finalisticamente orientata ad alterare le prestazioni agonistiche dell'atleta o diretta a modificare i risultati dei controlli, si tratta, quindi ed in particolare di dolo specifico alternativo (cfr. Tommaso Marchese; Il doping nell'ordinamento generale e in quello sportivo).

Questa previsione normativa ha come logica ed importante conseguenza, l'effetto di restringere l'area del comportamento penalmente rilevante, poiché l'agente non potrà essere punito a titolo di dolo generico, eventuale o indiretto, dovendosi rappresentare, nella ideazione criminosa, la conseguenza sopra specificata delle sue condotte.

Ad ogni buon conto accanto all'aspetto prettamente giuridico della questione, ve ne è un altro di uguale se non maggiore importanza, ossia l'aspetto etico e sociale.

L'uso di queste sostanze, infatti, coinvolge un settore delicatissimo dello sport: quello dilettantistico, costituito dai giovani atleti.

Sicché assistiamo ad una duplice conseguenza: quello del grave rischio per la salute degli sportivi e quello morale ed etico, ancora più, poiché consistente nello stravolgimento dei principi fondamentali dello sport.

La regola è diventata vincere ad ogni costo.

Ovviamente, tale situazione trova le sue ripercussioni più negative proprio su i giovani, i quali devono essere "educati" anche e soprattutto ai valori che l'idea di sport racchiude nella sua origine.

Tale "educazione", la cui carenza a mio avviso è sottostimata anche dagli addetti ai lavori, andrebbe coltivata ed incentivata con tutti i mezzi e le risorse disponibili. Tenendo sempre presente tuttavia che gli educatori siamo tutti noi, genitori e allenatori

che hanno a che fare con i ragazzi.

Da un punto di vista istituzionale, il livello di attenzione nei confronti della tutela della pulizia dello sport, dovrebbe essere sempre altissimo. Perché qui non si tratta solo di un messaggio diseducativo e nocivo per i giovani, ma di quello che Aristotele definiva “bene comune”. Sono in ballo due fenomeni: il doping e la frode sportiva ovvero la sintesi dell’esatto contrario ciò che lo sport rappresenta.

Per questo riteniamo che la battaglia all’uso di queste sostanze, a cominciare dagli steroidi per finire alle smart drugs, passando per l’uso dei farmaci off label, sia una battaglia essenziale per chi crede nella lealtà e nella trasparenza. Insomma la regola deve essere fame di lealtà sportiva ad ogni costo e non di vittoria ad ogni costo.

Da uomini di sport e da operatori del diritto pensiamo che il fair play in campo e fuori voglia dire rispettare l’avversario gareggiando ad armi pari e senza modificazioni della propria attitudine psico-fisica.

E’ interessante esaminare, a questo punto, l’eventuale interazione tra il reato di frode sportiva previsto dalla Legge n. 401/89 e la fattispecie di doping di cui alla più volte citata Legge n. 376/2000.

Sappiamo, infatti, che la disciplina della “frode in competizioni sportive” aveva la finalità di fare fronte alla necessità di sanzionare in modo adeguato gravi comportamenti illeciti che compromettevano la regolarità delle competizioni sportive.

In particolare molti dubbi risultavano, sia in dottrina che in giurisprudenza circa l’inquadramento del c.d. auto doping nella ipotesi di cui alla Legge. n.401/89 mentre per quanto riguarda la somministrazione da parte di terzi di sostanze vietate (c.d. doping eterogeno) le osservazioni interpretative per l’esclusione non risultavano fondate poiché il terzo non solo compie un atto fraudolento finalizzato ad alterare il risultato della gara ma, contemporaneamente, estende la portata negativa di tale condotta con generali effetti nel mondo dello sport.

E’ importate segnalare che, in generale, prima della entrata in vigore della legge 376/2000, risultava pacifica l’esclusione dalla previsione di cui all’art. 1 della Legge n. 401 dell’89 del così detto doping autogeno.

Detta interpretazione prendeva le mosse dalla nota sentenza (23/10/2001) emessa dalla Corte d’Appello di Bologna (caso Pantani) la quale evidenziava, prima di tutto, la difficoltà di prevedere, quale destinatario del precetto, il partecipante alla gara in quanto l’art. 1 della Legge 401/89 destinato unicamente al soggetto diverso il quale realizza gli atti fraudolenti.

Ugualmente, lo stesso provvedimento tendeva a limitare la portata interpretativa in relazione alla lettera “altri atti fraudolenti” scontrandosi però, detto rilievo, con la necessità di operare una netta distinzione tra l’ipotesi delittuosa e le semplici

violazioni delle regole sportive tra cui si deve appunto, riflettere sulla ipotesi di doping autogeno che non esclude a priori la correttezza dello svolgimento della competizione in conformità alle regole del gioco anche se, viceversa, detta condotta criminosa non rispetta la lealtà dei valori agonistici contrapposti.

L'entrata in vigore dell'art. 9 della legge 376/2000 chiude ogni diversa discussione prevedendo espressa rilevanza penale sia della somministrazione di sostanze dopanti sia del così detto autodoping inteso come assunzione di farmaci ovvero come sottoposizione a pratiche mediche vietate.

La Corte Suprema di Cassazione con la sentenza 29/3/2007 Sez. II (sentenza Girauo) esclude la sussistenza della continuità normativa tra la nuova legge e quella in tema di frode sportiva in quanto caratterizzata dalla diversità della condotta, del bene giuridico protetto e dell'ambito di applicazione.

Contemporaneamente, i Giudici supremi indicavano la sussistenza di un rapporto di specialità per specificazione fra norme vigenti in quanto la somministrazione di sostanze dopanti, da inquadrarsi come uno dei mezzi di consumazione dell'atto fraudolento, finalizzato allo scopo di alterare l'esito della competizione sportiva.

Ancora una volta, il dibattito interpretativo è stato risolto dalle Sezioni Unite della Suprema Corte di Cassazione (n. 1235 del 28/10/2010) che hanno indicato la linea di confronto strutturale fra le fattispecie astratte da realizzarsi attraverso la comparazione degli elementi costitutivi che definiscono le stesse.

Prescindendo dal analitico esame delle due ipotesi criminose, si può concludere che le fattispecie in esame stanno tra loro in un rapporto di specialità reciproca e bilaterale pur specificandosi -quali parametri di riferimento in relazione al concorso apparente di norme nell'applicazione al caso concreto delle fattispecie delittuose di che trattasi- innanzitutto i diversi corpi normativi in cui sono inquadrati le norme, secondariamente la specialità fra i soggetti agenti ipotizzati ed, infine la fattispecie avente il maggior numero di elementi specializzanti.

I parametri indicati non possono però essere utilizzati nel caso che ci occupa in quanto, in entrambi i casi, le norme risultano inserite in leggi speciali e prevedono reati comuni ed ugualmente appaiono paritetici gli elementi specializzanti nelle due ipotesi criminose.

Per quanto sopra, sarà il criterio del trattamento sanzionatorio ad indicare quale prevalente l'art. 9 della Legge n.376/2000 dove, peraltro, la clausola di riserva (salvo che il fatto costituisca più grave reato) crea la sussidiarietà della norma in esame rispetto ad altre punite in modo più severo e conforta la scelta dell'applicazione della norma che prevedendo la sanzione più rigorosa assorbe in un unicum l'intero disvalore del fatto.

*Francesco Maresca Avvocato penalista in Firenze.

(La nota è redatta con la collaborazione dell' Avv. Michele Filannino del Foro di Bari.)

Bibliografia

- » Tommaso Marchese - "Il Doping nell'ordinamento generale e in quello sportivo"; Cacucci Editore – Bari 2010
- » Pietro Errede – " Frode sportiva e doping" Cacucci Editore – Bari 2010
- » Simona Pichini, Ilaria Palmi, Emilia Marchei, Manuela Pellegrini, Roberta Pacifici, Piergiorgio Zuccaro – " Smart drugs "; Dipartimento del farmaco. Istituto superiore di sanità – Roma
- » Nahoko Uchiyama a, Ruri Kikura-Hanajiri a, Naomi Matsumoto , Zhi-Li Huang b, Yukihiko Goda Yoshihiro Urade; "Effects of synthetic cannabinoids" – Forensic Science International journal- 2012
- » Heater Ashton, Brian Moore "Regulation of syntetic cannabinoids"; Lancet – vol. 374 nov. 2009

> Spunti critico-ricostruttivi della disciplina fiscale degli enti operanti in ambito sportivo e influenze dell'Unione europea in tema di "agevolazioni"

Parte prima

Laura Letizia

Seconda Università degli Studi di Napoli

laura.letizia@unina2.it

Abstract

I significativi riflessi di carattere fiscale che si riverberano sulle società di capitali che svolgono attività sportiva professionistica forniscono l'occasione per indagare - in questa prima parte del lavoro - su taluni aspetti che hanno posto e pongono problematiche complesse determinate, tra l'altro, dalle difficoltà di trovare un equilibrio tra i loro valori, le loro funzioni e i loro interessi, spesso confliggenti, con il diritto dell'impresa. Si svolgono, inoltre, alcune considerazioni sugli enti dilettantistici operanti nel settore dando conto, peraltro, di alcune applicazioni sottrattive del carico tributario a essi riconosciute. Quest'ultimo aspetto consente - nella seconda parte del lavoro - di verificare l'"intervento europeo" in materia di aiuti di Stato su applicazioni "agevolative" non solo nazionali.

Parole chiave:

ordinamento sportivo; profili fiscali; società professionistiche; associazioni e società dilettantistiche

1. Introduzione

La dimensione sociale, i valori di cui si fa portatore e, soprattutto, la capacità di creare un "prodotto", fanno sì che lo sport in senso lato, nonostante la perdurante crisi

economica, costituisca un settore con un'elevata incidenza competitiva rappresentando circa l'1,6 per cento del PIL italiano (CONI, 2012). Osservando, poi, l'ambito da un punto di vista giuridico e dando per consolidato che l'ordinamento sportivo, di origine derivata, sia un ordinamento in senso proprio (Giannini, 1949), dotato di specifica potestà normativa (*ex multis*, Cass. civ., già nella sent. n. 2725/1975), la cui genesi è individuabile - per il settore professionistico - nella l. n. 91/1981 in ragione dell'"emersione" a livello di diritto statale, negata dalla precedente normazione perché ritenuto "non rilevante" sul piano degli interessi generali e, al tempo stesso, idoneo ad "autorganizzarsi" (Landolfi, 1982), appare imprenscondibile considerarne i riflessi in ambito prettamente tributario, specificamente tipizzati a seconda che le società o le associazioni operanti nel contesto svolgano attività professionistica o amatoriale.

L'ampio panorama delle forme giuridiche in cui i "sodalizi" possono esplicarsi prevede, infatti, nel primo caso, che essi adottino la forma societaria (s.r.l. - s.p.a.); nel secondo, invece, le ipotesi organizzative possono articolarsi in associazioni con o senza personalità giuridica di diritto privato, non identificabili con il riconoscimento "a fini sportivi" operato dal C.O.N.I. (l. n. 186/2004), ovvero in società cooperative dilettantistiche o di capitali senza scopo di lucro.

I campi d'indagine per i profili che in questa sede rilevano sono, pertanto, molteplici e complessi apparendo opportuno segnalare, da subito, le difficoltà di adeguamento del sistema fiscale al diritto dell'impresa a causa della divaricazione tra i due corpi di norme, indotta dalla diversità delle funzioni e degli interessi tutelati. Infatti, se la disciplina civilistica è improntata ai valori della trasparenza, dell'autonomia privata e alla salvaguardia della libertà di concorrenza, quella fiscale è indirizzata alla tutela degli interessi del fisco "controllore" e "creditore", imponendo definitezza di regole e chiara individuazione degli elementi reddituali che irrobustiscono l'autonomia del diritto tributario e pongono le basi per la creazione di un sistema normativo con regole specifiche. Tanto, tuttavia, finisce con l'allontanare i due "sistemi", crea disarmonie e "costringe", spesso, il legislatore a ripensare gli istituti civilistici in un'ottica esclusivamente fiscale, più circoscritta e definita con inesorabili duplicazioni che determinano complicazioni per la vita delle aziende (Gallo, 2013).

In ragione di queste rapide considerazioni, i temi da sottoporre a specifiche osservazioni si articolano in due parti distinte, la prima delle quali è riservata alle società professionistiche sportive, imprese organizzate secondo criteri economici, dando conto dell'IRES e dei tipici componenti che la integrano indagando anche specifiche applicazioni e destinazioni di talune ipotesi sottrattive del carico tributario previste per gli enti sportivi dilettantistici.

Riguardo a quest'ultimo aspetto, peraltro, si precisa sia l'assenza di richiami normativi in cui far rientrare la nozione generale di "agevolazione fiscale", colmata dalla dottrina con molteplici elaborazioni, sia che il relativo fondamento speculativo, i c.d.

“principi promozionali” (Boria, 2012), determinano “depotenziamenti” nel prelievo tributario erariale o degli enti territoriali “rinunciando” questi ultimi o lo Stato a parte delle loro entrate in carenza di un esborso palesemente incluso in bilancio tra le voci di erogazione di spesa produttivo, comunque, di effetti equiparabili all’utilizzo di risorse pubbliche (Ingrosso, 2009).

La seconda parte del lavoro esamina, poi, alcune fattispecie agevolative, espressamente riservate al settore sportivo e presenti anche in altri ordinamenti dell’Unione, secondo la visuale della Commissione europea che, attraverso la sua opera di vigilanza e controllo, verifica il rispetto della materia ampiamente definita “aiuti di Stato”. Numerose discipline fiscali nazionali, infatti, ricollegando la differenziazione del prelievo a una situazione giuridico-economico privata qualificata all’interesse, pongono problemi di ordine comunitario quando selettive, perturbative rivelandosi come “aiuti” paludati da tributi. Occorre, pertanto, valutare il margine di apprezzamento giuridico-funzionale di situazioni apparentemente uguali in una logica puramente economica e la base giuridica del tributo, che racchiude e riassume ragioni e scopi di una differenziazione, dando identità e autonomia a una manifestazione di capacità economica e al suo centro di imputazione giuridica. Per cui, l’aiuto, il vantaggio, la discriminazione non sono “necessari” quando viene considerata o si può considerare la specificità funzionale del beneficiario o del discriminato, aggiungendo che occorre tener presente anche il presupposto “gius-politico” di una scelta di capacità contributiva (Scalinci, 2011) il quale, in una prospettiva sovranazionale, implica l’ulteriore delicato compito di valutare se una specifica disposizione interna sia “generale” e, dunque, sgravi o meno da oneri derivanti dalla sua normale applicazione senza che l’esonero riceva “giustificazione” in ragione della natura o dalla struttura dello specifico “sistema”.

2. Le società sportive professionistiche: inquadramento.

La contezza della “dimensione economica” degli organismi sportivi professionistici in quanto esercitanti attività con le caratteristiche tipiche di impresa è stata espressa, per la prima volta, in un’ormai lontana delibera della F.I.G.C. (la n. 51/1966), con cui si prevede - al fine di imporre loro una gestione più oculata di bilancio e in un’ottica di generale risanamento economico-finanziario del settore - di “vestirle” da società di capitali. Si intendeva creare, rapidamente, attraverso “strutture” giuridiche già circoscritte forme rinnovate per lo svolgimento, in quel caso, dell’attività calcistica il cui “controllo” era riservato anche alle autorità sportive.

La definizione normativa di tanto si concretizzò, però, con estremo ritardo nel 1981.

Con la l. n. 91 si stabilì, infatti (tra l’altro), che i contratti con gli atleti dovevano essere stipulati in via esclusiva con “società sportive costituite nella forma di società

per azioni o di società a responsabilità limitata” (art. 10, co. 1), immediatamente emergendo la palese anomalia della mancanza dello “scopo di lucro” indicata dal divieto di distribuire gli utili di impresa ai soci (co. 2). Invero, tale aspetto era già contenuto nello “statuto” delineato dalla F.I.G.C. prevedendo il completo reimpiego degli utili nello svolgimento dell’attività sociale e, dunque, l’esclusione dei soci da qualunque attribuzione dei risultati economici nonchè che il patrimonio residuo, in caso di scioglimento, doveva essere devoluto al “Fondo di assistenza CONI-F.I.G.C.”. La detta legge, però, interveniva in modo ancor più stringente potendosi conferire al socio, anche in sede di liquidazione della società, il solo valore nominale delle partecipazioni con mancata applicazione dell’art. 2350 c.c.

Le nuove previsioni crearono molteplici problematiche che si riversarono “a cascata” in ambito fiscale sollecitando l’intervento dottrinale chiamato a risolverne, soprattutto, la discordanza con la disciplina del codice civile relativamente allo schema causale del contratto di società. La “struttura” societaria, infatti, può essere utilizzata, esclusivamente, per il raggiungimento di due scopi economici: il “lucrativo” (art. 2247 c.c.) oppure il “mutualistico” (art. 2615 *ter* c.c.). L’ottenimento di un “guadagno” è elemento fondamentale e rappresenta la causa “complessa” del contratto; le società svolgono un’attività economica per conseguire un profitto e destinare i vantaggi patrimoniali ai soci. Mentre vi è un’impresa con la presenza del solo lucro oggettivo, essendo sufficiente che l’attività economica sia organizzata in modo tale da produrre utili, vi è una società nel momento in cui la dimensione collettiva li distribuisce.

E’ indispensabile, in definitiva, il lucro soggettivo (art. 2477 c.c.).

L’assunzione della forma societaria per tali realtà doveva, quindi, ricevere giustificazione ravvisata, poi, nell’esigenza di attestare e soddisfare interessi economici sopravvenuti in modo talmente preminente da invocare il ricorso a un “diritto speciale” (Marasà, 1984), messo in crisi, in seguito, dall’irrompere del diritto comunitario (Clarich, 1996). Difatti, con la “sentenza Bosman” della Corte di Giustizia in materia di libera circolazione dei giocatori di calcio (C-415/93, 1995), cui conseguì l’emanazione nel nostro ordinamento del d.l. n. 485/1996, si evidenziò la preminenza delle disposizioni sovranazionali con corrispondente limitazione dell’assoluta autonomia degli ordinamenti sportivi interni che aprì, anche, un ampio dibattito sulla validità delle modalità applicative della teoria pluralistico-ordinamentale. Si abrogò, ancora, il divieto della finalità di lucro con l’apertura al “soggettivo” attraverso la possibilità di distribuire la ricchezza generata dalla società tra gli azionisti, sebbene con il vincolo del 10 % del risultato di esercizio da riservare alla crescita e formazione dei settori giovanili terminando quell’anomalia causale rispetto all’ordinamento codicistico.

Ciò nonostante un’aggiuntiva questione non trovava, al momento rimedio, ossia come riuscire a coniugare l’esercizio di un’attività economica con le finalità preminenti di tali organizzazioni: gli “scopi ideali”. La “natura” dello scopo si riconduce, infatti, alla tipologia dell’attività svolta e deve corrispondere ai mezzi più adeguati per

conseguirlo; tuttavia, per le società sportive professionistiche, pur se l'attività di impresa è certamente indirizzata a finanziarne il relativo svolgimento, appare incontestabile il predominio degli interessi economici sulle finalità ideali.

3. Le società sportive di capitali: IRES e aspetti connessi.

Compiute queste rapide puntualizzazioni, si procede ora a evidenziare alcuni tra gli aspetti prettamente tributari delle società sportive di capitali, i cui flussi reddituali sono soggetti all'IRES, all'IRAP e ad una tassazione affievolita riferita al momento in cui i dividendi pervengono ai soci.

Riguardo al reddito di impresa, esso risulta costituito dall'insieme derivante dalle attività commerciali di cui all'art. 55 Tuir con fonti individuabili, a loro volta, in relazione a specifici requisiti sia oggettivi (attività svolta) sia soggettivi (natura del soggetto passivo).

In ogni caso, affinché un'attività possa qualificarsi come produttiva di un tale reddito deve essere programmaticamente sostenuta da entrate di natura corrispettiva, non potendosi configurare un'impresa commerciale ai fini tributari in presenza di una remunerazione prevalentemente contributiva e liberale, priva di ricavi o non preordinata a coprire almeno i costi di produzione (Melis, 2013).

Il presupposto dell'IRES, con definizione che coincide con quella indicata per l'IRPEF, è specificato nell'art. 72 Tuir "nel possesso di redditi in danaro o in natura rientranti in una delle categorie elencate nell'art. 6", che in mancanza di una dedicata definizione legislativa ha ricevuto da autorevole dottrina la sua identificazione nell'insieme delle regole indicate per ciascuna categoria reddituale (Falsitta, Fantozzi, Marongiu, Moschetti, 2001).

L'imposta colpisce con aliquota fissa, calcolata in maniera proporzionale rispetto alla base imponibile, il reddito complessivo netto sia delle società, articolate a loro volta in quattro categorie, sia ulteriori "forme organizzative" ex art. 73 Tuir, norma da leggere congiuntamente agli artt. 5 e 74. Il primo definisce, infatti, "in negativo" la soggettività passiva di alcuni enti; il secondo individua "in positivo" taluni soggetti passivi stabilendo, principalmente nel co. 1, i caratteri indispensabili per rientrare nell'ordine (Fransoni, 2009).

L'art. 81 identifica il reddito di impresa indipendentemente dalla provenienza cui si applica, come anticipato, un'aliquota proporzionale, mentre l'art. 83 dispone che per la relativa determinazione si deve apportare all'utile o alla perdita, emergente dal conto economico riferito all'esercizio chiuso nel periodo di imposta, le variazioni in aumento o in diminuzione conseguenti all'applicazione dei criteri stabiliti - se trattasi di "società/enti commerciali residenti" - dalle disposizioni di cui alla sez. I, titolo II, capo II, Tuir. Il co. 3 dell'art. 73 considera, in tal senso, le società e gli enti

che per la maggior parte del periodo di imposta abbiano la sede legale, amministrativa oppure l'oggetto principale della loro attività nel territorio statale; ancora, i trust (salvo prova contraria) ove almeno uno dei disponenti e almeno uno dei beneficiari siano fiscalmente residenti nel detto territorio o quelli istituiti in uno Stato diverso da quelli con i quali è attuabile uno "scambio d'informazioni" ai sensi delle Convenzioni per evitare le doppie imposizioni sui redditi quando, successivamente alla loro costituzione, un soggetto residente nel territorio statale effettui in favore dei predetti un'attribuzione che comporti il trasferimento della proprietà di beni immobili o la costituzione o il trasferimento di diritti reali immobiliari anche per quote, nonché vincoli di destinazione.

L'IRES è dovuta (art. 76) per ciascun periodo di imposta (ai quali corrisponde una obbligazione tributaria autonoma, salvo quanto stabilito negli artt 80 e 84 Tuir), rappresentato dall'esercizio della società o dell'ente e determinato dalla legge o dall'atto costitutivo, che concorda con il decorso della stagione sportiva. Il periodo temporale di tale reddito collima, pertanto, con l'esercizio sociale distaccandosi dalle originarie forme di tassazione che prendevano a riferimento l'intero ciclo di sviluppo dell'attività produttiva e il prelievo si operava solo quando concluso (Cosciani, 1961).

Con l'affermarsi del "principio dell'annualità del bilancio" in materia fiscale che, per gli effetti impositivi, considera il risultato della gestione aziendale anno per anno ("principio dell'autonomia dei bilanci"), il bilancio di esercizio ha assunto un rilievo peculiare nel procedimento di quantificazione del reddito in argomento nell'ottica di fornire un sistema di misurazione periodica dei risultati dell'attività (Tabet, Minervini, 1997) e la partizione in annualità si connette alla natura periodica del tributo, strumentale alla soddisfazione delle continue e contingenti esigenze erariali (Fantozzi, 1970), ove il decorso del tempo costituisce un elemento imprescindibile della sua struttura. In sostanza, più che un modo di essere del presupposto esso rappresenta un modo di essere del tributo (Fransoni, 2001) e, così, oltre ad assumere una funzione ontologica, che si verifica ogni qualvolta qualifica il presupposto di imposta integrandolo, ha anche una funzione cronologica nel senso di riferirsi all'effetto giuridico del prelievo fissando la modalità di essere del tributo nel tempo (Ingrosso, 1984), con applicazione del principio definito "continuità delle entrate fiscali" (Micheli, 1967).

Il t.u. considera dettagliatamente le diverse voci positive del reddito di impresa, ossia gli incrementi di ricchezza conseguiti nell'esercizio dell'attività commerciale.

Per le voci negative, cioè tutte le spese e gli oneri sostenuti dall'impresa per procurarsi i beni e i servizi necessari per esercitare l'attività manca, invece, una palese definizione dei "costi di esercizio" dovendosi dedurre la deducibilità solo se rispondenti ai generali criteri di competenza, inerenza, certezza, oggettiva determinabilità e purché le norme in materia non dispongano diversamente (E. De Mita, 2000).

Più nello specifico, per i primi componenti reddituali si deve aver riguardo a:

ricavi; plusvalenze patrimoniali; sopravvenienze attive; dividendi e interessi; proventi derivanti dagli immobili non strumentali; rimanenze. Per i secondi, invece, a: spese sostenute per prestazioni di lavoro e generali; interessi passivi; oneri contributivi di utilità sociale; minusvalenze patrimoniali; sopravvenienze passive e perdite; ammortamenti e accantonamenti.

Nelle società sportive professionistiche, i principali ricavi, che concorrono quali componenti "positivi" alla formazione del reddito (indipendentemente dalla loro imputazione a conto economico), sono originati da: introiti da gare, nelle forme di cessioni di biglietti e proventi degli abbonamenti; cessioni dei diritti audio-visivi; sponsorizzazioni; proventi derivanti dal trasferimento di un atleta a un'altra società prima della scadenza del contratto da quella da cui proviene. Quest'ultimi, peraltro, rappresentano componenti reddituali "negativi", concorrendo alla formazione del reddito nel medesimo esercizio in cui sostenuti, allorché conseguiti con il trasferimento alla scadenza naturale del contratto, precisandosi che rientrano nella categoria anche i "benefici accessori".

Mentre gli introiti derivanti dalla cessione di biglietti, salvo che non sia diversamente disposto, influiscono nell'esercizio di competenza, per i proventi da abbonamento - prestazioni di servizio a carattere periodico - l'esercizio è determinato dalla maturazione del corrispettivo che anticipa l'inizio della stagione sportiva (Giovanardi, Gelosa, 1995) e, dunque, non in funzione dell'ultimazione della prestazione. Si reputano, pertanto, realizzati pro-quota e concorrono alla formazione del reddito di imposta solo nel momento in cui le manifestazioni si svolgono e, sempreché, siano "certi" e "determinati" nell'ammontare.

Per quanto riguarda i proventi ottenuti dalla società sportiva in seguito alla cessione di diritti televisivi, la loro riconduzione ai "ricavi" è dovuta al legame che hanno con il "prodotto" dell'attività di impresa (con applicazione dell'art. 85 Tuir), oltre a indispensabili ponderazioni sull'esistenza e determinabilità del loro ammontare per incidere sul reddito del periodo di imposta. Ciò sorregge anche il "trattamento" tributario degli introiti pubblicitari, mentre per le spese di pubblicità che possono produrre utili anche in esercizi futuri rispetto a quello in cui concretamente sostenute ("spese ad utilità pluriennale"), occorre aver riguardo, ulteriormente, all'art. 2429 bis, co. 2, n. 6, c.c. (art. 3, d.lgs. n. 6/2003, modif. dall'art. 5, lett. rr), d.lgs. n. 37/2004), secondo cui la relazione degli amministratori (art. 2423, co. 3, c.c.) deve fornire "informazioni complementari" sulle valutazioni assunte per la loro stima se quelle "richieste da specifiche disposizioni di legge non siano sufficienti a dare una rappresentazione "veritiera e corretta" quando iscritte in attivo di bilancio dovendo gli stessi, eventualmente, ricercare un criterio "correttivo" se il loro sostenimento è imputato pro-quota all'esercizio in corso.

Con il d.lgs. n. 127/1991 - attuativo di due Direttive CEE in materia societaria (nn. 78/660 - 83/349) è stato, poi, esplicitato il presupposto basilare dell'art. 2426 c.c.

e, cioè, dei “criteri di valutazione”: le spese di pubblicità e propaganda possono ripartire la loro utilità in più esercizi essendo inserite tra le “immobilizzazioni immateriali” nell’attivo dello stato patrimoniale e in conto economico tra gli “ammortamenti” e possono essere iscritte in attivo e ammortizzate, previo consenso del collegio sindacale, per un periodo non superiore a un quinquennio.

In dottrina anche su tale tema non è mancato, in passato, un ampio dibattito volto a identificare l’esatta “natura” di tali costi, ossia se da iscriverne tra le immobilizzazioni immateriali in quanto riversanti la loro utilità in più esercizi (Pacifico, 1990) oppure solo se l’utilità prodotta ricada su più periodi gestionali (Santacroce, 1992). Con riferimento alle società di che trattasi, invero, quest’ultima interpretazione è preferibile anche perché è stato proprio il Legislatore a consentirne l’iscrizione in bilancio. La demarcazione tra le due tipologie di spese, pertanto, va ricercata nel diverso regime fiscale; inoltre, le spese di pubblicità hanno una connessione più sfumata con l’attività e i prodotti dell’impresa celando costi attinenti alla sfera privata dell’imprenditore (Boria, 1992)

In ogni caso, tra le previsioni del c.c. e il t.u. non si riscontra una coincidenza: l’art. 108, co. 2, di quest’ultimo deroga al concetto di “competenza economica” sotto un profilo specificamente reddituale. Nonostante ciò, i valori di bilancio della società non variano e questa, al momento della dichiarazione dei redditi, dovrà precisare le variazioni (in aumento o in diminuzione) del reddito imponibile. Pertanto, l’assente differenziazione tra costi imputati a conto economico iscritti a stato patrimoniale ha valore solo in riferimento alla deducibilità fiscale e il contribuente che preferisca effettuare una deduzione frazionata deve osservare il limite temporale quinquennale.

In relazione, poi, al trattamento dei componenti reddituali provenienti da contratti di sponsorizzazione - ossia tutte le ipotesi nelle quali la società sponsorizzata si obbliga, dietro corrispettivo, a consentire l’uso della propria immagine pubblica o del proprio nome ad altri, per promuovere un marchio o un prodotto specificamente marchiato, nonchè a tenere determinati comportamenti di testimonianza in favore del marchio o del prodotto oggetto della veicolazione commerciale (Cass. civ., v, sent. n. 6548/2012), assumendone l’atipicità, occorre tener presente che, in seguito alla l. n. 244/2007 e al d.m. del 19 novembre 2008, sono intervenute modifiche radicali nella disciplina fiscale delle spese di rappresentanza cui vanno accostate.

La disciplina previgente, infatti, non forniva criteri congrui per qualificare le spese a essi riferibili limitandosi solo a prevedere un regime di deducibilità parziale nella misura di un terzo dell’ammontare e in quote costanti nell’esercizio in cui sostenute nonchè nei quattro successivi.

Da tanto conseguivano due interpretazioni: dette spese dovevano considerarsi una forma di pubblicità per l’impresa, direttamente connessa alla produzione di fatturato, oppure erano da intendersi di rappresentanza e, pertanto, influenti sulla produzione di ricavi?

Qualificarle in un senso o nell'altro significava invocare differenti applicazioni fiscali in base al "precedente" (attuale) art. 108, co. 2, Tuir: le spese di pubblicità e propaganda, infatti, sono deducibili nell'esercizio in cui sostenute ovvero in quote costanti nell'esercizio stesso e nei quattro successivi; le spese di rappresentanza sono deducibili nel periodo di imposta in cui si sostengono purché rispondenti ai requisiti di "inerenza e congruità" - concetti distinti e non interferenti l'uno con l'altro, nel senso che un costo potrebbe essere inerente e non congruo, ovvero congruo ma non inerente (Fantozzi, 2003) - stabiliti anche in funzione della loro natura e destinazione, del volume dei ricavi dell'attività dell'impresa e dell'eventuale attività estera.

La giurisprudenza di legittimità più volte intervenuta per identificare le prime e le seconde ha affermato, tra l'altro, che per "spesa pubblicitaria e di propaganda" deve intendersi quella erogata per la realizzazione di iniziative tendenti, prevalentemente anche se non esclusivamente, alla pubblicizzazione di prodotti, marchi, servizi, o, comunque, dell'attività svolta, sostenuta per ottenere un incremento, più o meno immediato, della vendita di quanto realizzato nei vari cicli produttivi e in certi contesti, anche temporali. L'obiettivo perseguito nella loro assunzione è conseguire una diretta finalità promozionale e di incremento commerciale; ancora, le spese di rappresentanza rispetto a quelle di pubblicità o propaganda sono effettuate per iniziative volte ad accrescere il prestigio, l'immagine e la possibilità di sviluppo della società senza una diretta aspettativa di ritorno commerciale (Cass., sent. n. 9567/2007 e, da ultimo, ord. n. 14252/2014).

Quanto ai proventi conseguiti dalle società sportive che ricevono le sponsorizzazioni essi sono, a loro volta, riconducibili ai "ricavi" e costituiscono una alternativa modalità di utilizzare le prestazioni di servizi cui è rivolta l'attività di impresa con applicazione delle norme tributarie indicate per la cessione dei diritti televisivi e per gli introiti conseguiti dalle gare degli atleti professionisti che - per quanto attiene al loro passaggio da una società sportiva a un'altra -impongono alcune sia pur brevi considerazioni avvenendo, peraltro, antecedentemente alla previsione di cui all'art. 16, l. n. 91/1981, attraverso la cessione del "vincolo sportivo".

L'art. 103 Tuir al co. 2 disciplina l'ammortamento dei beni immateriali e dispone che le quote del costo dei diritti di concessione iscritti in attivo di bilancio possono essere deducibili in misura corrispondente alla durata di utilizzazione prevista dal contratto o dalla legge ma, il diritto di credito di cui è titolare la società sportiva rispetto all'atleta non può ricondursi, quanto al rapporto di lavoro subordinato che alla stessa rende, ai "beni immateriali". Una società sportiva, infatti, per acquisire un contratto di un professionista prima della scadenza stabilita sostiene costi a "utilizzazione pluriennale" deducibili "nel limite della quota imputabile a ciascun esercizio"(art. 108, co. 3). Essi, allora, costituiscono una posta patrimoniale attiva e vanno iscritti nel bilancio di esercizio delle società nel modo anzidetto, essendo autonomamente trasferibili rispetto al complesso aziendale, oltre a essere idonei per

un utilizzo costante nel ciclo dell'attività di impresa in quanto dotati di specifico valore economico (Busardò, 2004). Pertanto, pur essendo equiparati (art. 2423 ter, co. 3 e 4, c.c.) ai "Diritti di concessione e simili", devono ricevere indicazione separata (F.I.G.C., 2003), mentre per il loro valore di iscrizione occorre far riferimento all'art. 2426 c.c. che, al co. 1, dispone tra i vari criteri di valutazione, che "le immobilizzazioni sono iscritte al costo di acquisto o di produzione".

In sostanza, il "costo storico" include quello di acquisto degli oneri accessori e necessari perché l'immobilizzazione possa utilizzarsi; nel caso di specie, il costo di acquisto di un atleta da iscrivere in bilancio è determinato dal corrispettivo sostenuto dalla società che acquisisce, appunto, le prestazioni dell'atleta (oltre ad altri).

I valori hanno, ovviamente, significanza anche sotto il profilo strettamente economico-reddituale in relazione all'ammortamento e al plus/minusvalore derivante dalla cessione.

Per il primo aspetto, la disciplina civilistica dispone (art. 2426, co. 2) che, in generale, il costo delle immobilizzazioni con utilizzazione definita deve essere sistematicamente ammortizzato in ogni esercizio in relazione con la loro residua possibilità di utilizzazione connessa alla durata economica dei beni che, ricorrendo l'ipotesi indicata, deve essere supportata dal requisito ulteriore posto dall'art. 5, l. n. 91/1981 (ossia, non superiore a cinque anni). Tuttavia, non mancano casi in cui ciò non ricorra tra i quali, ad es., un abbandono anticipato di un atleta dall'attività oppure il proposito di una società di volerne anticiparne la cessione; il trattamento fiscale conseguente trova la sua disciplina nel detto co. 2 dell'art. 103 Tuir.

Con l'avvento della legge del 1981 e la già detta abolizione del "vincolo sportivo" (che consentiva alle società in "situazioni di perdite" di portare in ciascun esercizio in deduzione la quota del costo di competenza), il contratto con l'atleta ha uno "spazio" preciso e la disciplina tributaria concorda con la civilistica. La società, pertanto, può dedurre tali quote per cinque anni o diminuire il "carico" fiscale per i casi in cui i contratti abbiano una durata inferiore.

Nell'ipotesi, invece, in cui vi sia un trasferimento di uno sportivo da una società a un'altra per scadenza naturale del contratto occorre far riferimento alla c.d. "indennità di preparazione" e la nuova società dovrà versare alla precedente una data somma in ragione dei costi sostenuti per mantenere la sua "efficienza fisica-atletica" (art. 6, l. n. 91). Per la società che procede all'esborso tanto rappresenta una spesa riferibile a più esercizi e va iscritta nell'attivo di bilancio; ancora, deve essere ammortizzata per quote costanti e costituisce una sopravvenienza passiva.

Per la società che riceve l'indennità, invece, si tratta di una sopravvenienza attiva e, in quanto tale, concorre alla formazione del reddito nel medesimo esercizio in cui è percepita.

4. Disciplina fiscale delle associazioni e delle società sportive dilettantistiche e principali disposizioni agevolative.

Se svolta in forma associata l'attività sportiva amatoriale, caratterizzata dall'assenza di finalità remunerative, può svolgersi sia con le vesti dell'associazione, con o senza personalità giuridica, sia con quelle della società di capitali o cooperativa senza scopo di lucro.

Per potersi costituire e ricevere le agevolazioni fiscali riservate dall'ordinamento gli enti "amatoriali" devono rispettare una serie di obblighi formali oltre a inserire molteplici elementi nei rispettivi statuti (denominazione sociale; oggetto sociale; attribuzione della rappresentanza legale, *etc.*); ancora, in aggiunta agli elementi già anticipati dell'assenza della finalità di lucro - che non preclude la gestione di risorse ma la "commercialità" in quanto l'attività esercitata non si rivolge al mercato, ma *in primis* alla cerchia degli associati e soggetti assimilati, ossia i soci o associati di altre associazioni sportive tesserati alla Federazione di riferimento (Lupi, 2014) - e del divieto di divisione dei proventi delle attività svolte (pure in forme indirette), essi devono osservare dettagliate prescrizioni per l'ordinamento interno, rivolto a principi di democrazia e uguaglianza dei diritti degli associati. Ulteriormente, devono: indicare l'elettività delle cariche sociali (ma non le s.p.a. o le cooperative amatoriali cui si applicano le disposizioni del c.c.); redigere rendiconti economico-finanziari con peculiari modalità di approvazione da parte degli organi statutari; prevedere le modalità di scioglimento con l'obbligo di devolvere il patrimonio "ai fini sportivi". Per le società sportive di capitali rientranti nell'ambito è previsto, in aggiunta, il divieto per gli amministratori di ricoprire cariche sociali in altre società (o A.S.D.) che operino nell'ambito della stessa federazione sportiva, disciplina associata o la stessa facente capo a un ente di promozione sportiva, oltre l'obbligo di osservare le disposizioni del CONI e dei regolamenti emanati dalle Federazioni nazionali o dagli enti di promozione sportiva cui la società intende affiliarsi. Peraltro, mentre le A.S.D. possono costituirsi per atto pubblico, scrittura privata con firme autenticate o scrittura privata registrata, le società e le cooperative hanno la necessità di un atto pubblico. Se assumono la qualifica di ONLUS vi sarà, rispetto a quanto accennato, l'ulteriore applicazione di specifiche disposizioni frammentate in una pluralità di normative che non consentono la ricostruzione in termini realmente unitari perché legate a presupposti di volta in volta variabili e funzionali al raggiungimento di finalità non sempre, tra loro, coerenti (Consiglio Nazionale del Notariato, 2009).

Il primo atto legislativo a favore dell'associazionismo sportivo dilettantistico in materia tributaria è stato reso dalla l. n. 398 del 1991, emanata al fine di facilitare le incombenze, anche contabili, degli organismi che, nel corso dell'esercizio sociale, conseguivano proventi commerciali non superiori a 100 milioni di lire (limite più

volte elevato). L'ulteriore tassello in materia è stato l'art. 90 della citata l. n. 289 che ha esteso le disposizioni di cui alla l. n. 381 s.m.i. e le altre disposizioni fiscali riguardanti le A.S.D. anche alle società dell'ambito costituite in forma di società di capitali senza scopo di lucro (Consiglio Nazionale del Notariato, 2004).

Il legislatore ha riservato all'attività amatoriale, uno specifico regime fiscale agevolato al fine di incrementarne lo sviluppo e che, si sostanzia principalmente, in quanto contenuto nelle leggi nn. 91/1981, 398/1991, 133/1999 (art. 25), 298/2002 (art. 90) e negli articoli: 15, lett. *i-ter* e *quinquies*; 67 - 69, 143, 145, 148, 149 Tuir; 4, co. 4, d.P.R. n. 633/1972, sempreché ricorrano specifici requisiti soggettivi e oggettivi.

Tra i primi rientrano, oltre alla costituzione nelle forme indicate, l'iscrizione per le associazioni riconosciute in un registro nazionale tenuto dal CONI che ne ammette i "fini sportivi" nonché l'affiliazione al C.S.I., ente di promozione dell'ambito con "finalità assistenziali" in cui vanno tesserati gli associati. A tal proposito, si ricorda che a seguito di modifiche statutarie introdotte all'art. 90 della l. n. 289 (d.l. n. 72/2004), il ruolo del CONI in tal senso era stato abrogato; tuttavia, l'art. 7 del d.l. n. 124/2004 ha stabilito che le agevolazioni poste dalla norma si applicano esclusivamente agli enti che abbiano ricevuto il "riconoscimento" (con funzione aggiuntiva rispetto ai requisiti statutari) essendo il "garante dell'unicità dell'ordinamento sportivo nazionale". Il CONI, peraltro, deve trasmettere, annualmente, all'Agenzia delle Entrate l'elenco degli enti sportivi dilettantistici "riconosciuti", appunto, "ai fini sportivi"; tuttavia, in carenza di un chiaro "disconoscimento" l'A.F. non può contestare loro di aver usufruito di eventuali benefici fiscali.

Quanto ai requisiti oggettivi, occorre che l'ente eserciti in via principale un'attività sportiva non professionistica potendo svolgere, in via sussidiaria od accessoria, anche attività di somministrazione di alimenti e bevande, organizzazione di viaggi e soggiorni, attività culturali. Le attività delle A.S.D. ricomprendono, peraltro, anche quelle per l'avvio, l'aggiornamento e il perfezionamento dell'attività sportiva non inquadranti atleti professionisti; se, poi, sono costituite in forma societaria, occorre aver riguardo all'art. 90, co. 18, l. n. 289/2002 (modif. dalla l. n. 128/2004) e a gran parte delle considerazioni compiute in precedenza.

Tra le altre agevolazioni ai fini delle imposte indirette, si ricorda che l'imposta di registro è in misura fissa per gli atti costitutivi e di trasformazione delle associazioni (ma anche delle società) di che trattasi.

Per determinare il reddito complessivo degli "enti non commerciali" (art. 148 Tuir), da cui restano escluse le somme versate dagli associati o partecipanti a titolo di quote o contributi non concorrendo a formare l'imponibile, occorre sommare le categorie di: reddito fondiario, capitale, impresa e diversi e richiamare gli artt. 75 e 143 Tuir. Riguardo a quest'ultima norma, non si includono nel calcolo del reddito i fondi pervenuti da raccolte pubbliche o in occasione di celebrazioni e/o ricorrenze (co. 3, lett. a), nonché i contributi corrisposti da amministrazioni pubbliche per finalità di carattere sociale

conformi ai fini istituzionali (lett. b). Ancora, le spese e gli altri componenti negativi relativi a beni e servizi "a uso promiscuo" di attività commerciali (e altre) sono deducibili per la parte del loro importo corrispondente al rapporto tra l'ammontare dei ricavi e altri proventi che concorrono a formare il reddito di impresa e l'ammontare complessivo di tutti i ricavi e proventi (art. 144, co. 4). Quanto agli immobili può portarsi in deduzione il canone di locazione e la rendita catastale per la parte del rapporto indicata.

Tra i vari proventi che non costituiscono reddito rientrano, peraltro, anche quelli derivanti da prestazioni di servizi (non inclusi nell'art. 2195 c.c.), svolte in conformità alle finalità istituzionali senza un'organizzazione specifica e verso il pagamento di corrispettivi che non superano i costi di diretta imputazione (art. 143, co. 1, Tuir). Tuttavia, concorrono a tanto, quali "redditi diversi" se con carattere occasionale e quali "redditi d'impresa" se con carattere abituale, le cessioni di beni o le prestazioni di servizi effettuate nei confronti degli associati dietro il pagamento di corrispettivi specifici che danno luogo "a diritti maggiori" rispetto a quelli effettivamente spettanti.

La determinazione dell'imponibile IRES riceve la sua specifica disciplina nel co. 5, art. 2, l. n. 398 s.m.i. che, in deroga al t.u., calcola forfettariamente il reddito di impresa attraverso l'applicazione di una percentuale del 3 % sull'ammontare dei relativi proventi.

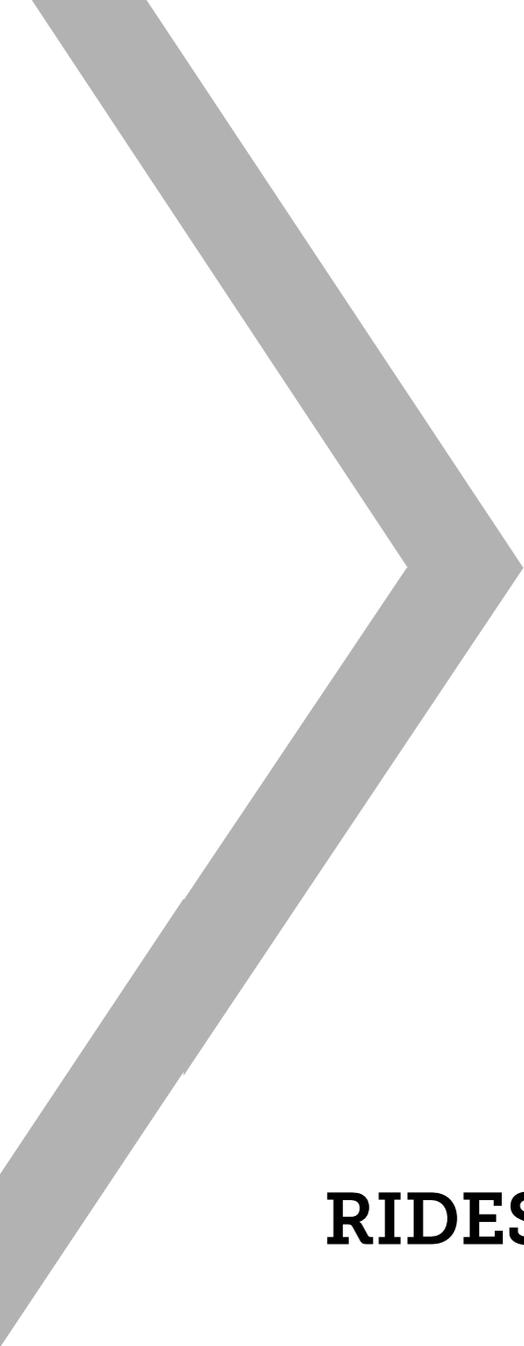
Tra i componenti positivi cui applicare detta percentuale rientrano i ricavi (art. 85); le sopravvenienze attive (art. 88); eventuali contributi conseguiti per l'esercizio dell'attività commerciale (purché imponibili), nonché aggiungendo l'intero ammontare derivante da (eventuali) plusvalenze (ai sensi dell'art. 86). Sono, invece, esclusi i proventi scaturiti da attività commerciali per il cui computo (art. 167 bis, Direttiva IVA 2006/112/CE, modif. Direttiva 2010/45/UE), si applica il "principio di cassa" quando connessi - come anticipato - a scopi istituzionali, ricorrenze o campagne di sensibilizzazione, precisandosi che ciò ricorre anche per corrispettivi che non superano i costi di diretta imputazione percepiti a fronte di servizi (art. 2195 c.c.) presentati conformemente alle attività istituzionali, oltre ai premi di formazione e addestramento tecnico degli atleti.

Bibliografia

- » Clarich M. (1996), "La sentenza Bosnam: verso il tramonto degli ordinamenti sportivi?". Rivista italiana di diritto pubblico comunitario, 624.
- » CONI (2012), Il libro bianco dello sport italiano, II, Roma.
- » Cosciani C. (1961), Scienza delle finanze, Torino: UTET.
- » Falsitta G., Fantozzi A., Marongiu G., Moschetti F., (2001). Commentario breve alle leggi

- tributarie, TUIR e leggi complementari, III, Padova: CEDAM.
- » Fantozzi A. (1970), “Le valutazioni dei beni delle società ai fini del bilancio e della dichiarazione dei redditi”. *Diritto e pratica tributaria*, I, 840.
 - » Fantozzi A. (2003), “Sindacabilità delle scelte imprenditoriali e funzione nomofilattica della Cassazione.” *Rivista di diritto tributario*, II, 552.
 - » Fedele A. (1995), “Il regime fiscale delle associazioni”. In *Rivista di diritto tributario*, I, 327.
 - » F.I.G.C. (2003), *Raccomandazione contabile n. 1, Diritti pluriennali prestazioni alle sportive dei calciatori*,
 - » Franson G. (2001), *Giudicato tributario ed attività dell’amministrazione finanziaria*, Milano: Giuffrè.
 - » Franson G. (2008), “La Finanziaria 2008 e i concetti di inerenza e congruità”. In Franson G. (a cura di), *Finanziaria 2008. Saggi e commenti*. In *Quaderni della Rivista di Diritto tributario*, 1, Milano: Giuffrè.
 - » Franson G. (2009), *Il sistema dell’imposta sul reddito*. In P. Russo (a cura di), *Manuale di diritto tributario*, p.s., II, Milano: Giuffrè.
 - » Gallo F. (2013), “Mercati finanziari e fiscalità”. In *Rassegna tributaria*, 1, 37.
 - » Giannini M.S. (1949), “Prime osservazioni sugli ordinamenti giuridici sportivi”. In *Rivista di diritto sportivo*, 1-2, 10.
 - » Giovanardi A., Gelosa G. (1995), “Il bilancio delle società calcistiche. La determinazione del reddito complessivo delle società calcistiche professionistiche: aspetti problematici connessi ad alcuni tipici componenti positivi e negativi di reddito”. In *Bollettino tributario d’informazioni*, 62, 13, 976.
 - » Ingrosso M. (1984), *Il credito di imposta*, Milano: Giuffrè.
 - » Ingrosso M. (2009), “La comunitarizzazione del diritto tributario”. In Ingrosso M., G. Tesoro (a cura di), *Agevolazioni fiscali e aiuti di Stato*, Napoli: Jovene.
 - » Landolfi S. (1982), “La legge n. 91 del 1981 e l’emersione dell’ordinamento sportivo”. In *Rivista di diritto sportivo*, 1, 38.
 - » Marasà G. (1984), “Società sportive e società di diritto speciale”. In *Rivista delle Società*, 1, 493.
 - » Melis G. (2013). *Lezioni di diritto tributario*, Torino: Giappichelli.
 - » Micheli G.A. (1967), *Capacità contributiva reale e presunta*. In *Giurisprudenza costituzionale*, 1967, 1525.
 - » Pacifico L. (1990), *Le spese di rappresentanza e le spese di pubblicità*. In *Il fisco*, 112.
 - » Santacroce B. (1992), “Costi di pubblicità e rappresentanza”. In *Rassegna tributaria*, *Quaderni*, 6, 2.
 - » Scalinci C. (2011), *Il tributo senza soggetto. Ordinamento e fattispecie*, Padova: CEDAM.
 - » Tabet G., Minervini V. (1997), “Utile civilistico e reddito d’impresa”. In G. Tabet (a cura di), *Il reddito d’impresa*, Padova: CEDAM.





RIDES 3, 4, 5

> Editoriale

Escono qui, unificati in un unico volume, i numeri 3, 4 e 5 di RIDES. Ancora una volta la nostra rivista conferma la sua vocazione all'interdisciplinarietà. Questo volume, infatti, ospita contributi che, partendo da temi di etica e diritto dello sport, giungono a toccare aree che interessano temi quali la fiscalità e la gestione delle imprese sportive. Si tratta di temi che, nel vasto e complesso panorama dello sport contemporaneo, sono di stretta attualità. È infatti proprio su queste tematiche, che richiedono una riflessione ed un confronto serrato, che si gioca di fatto il senso ed il significato dell'etica dello sport contemporaneo, chiamata ogni giorno a fare i conti con i fenomeni di commercializzazione che caratterizzano lo sport contemporaneo.

Constatiamo, inoltre, che per la prima volta, pur nella sua giovane esistenza, RIDES ospita il contributo di uno studioso proveniente una università iberoamericana. Per i prossimi numeri, il nostro impegno come comitato editoriale sarà quello di far conoscere maggiormente e diffondere la nostra rivista nei paesi iberoamericani. Ciò per favorire non solo il suo sviluppo ma anche per realizzare quello che è, in fin dei conti, il suo principale obiettivo: creare un ponte per il dialogo interculturale ed il confronto scientifico tra gli studiosi di etica e diritto dello sport del continente europeo e americano.

Fabio Pigozzi
Juan Sebastian de Stéfano

Roma-Buenos Aires, Dicembre 2015

> Il doping, tra Giustizia Ordinaria e Giustizia Sportiva

Pasquale Colitti

II Università di Napoli

Abstract

Il contributo di seguito esposto non si pone, né lo ha fatto nelle intenzioni, in termini di completezza rispetto agli argomenti trattati. Volutamente l'autore lascia degli spazi di riflessione per il lettore, cercando solamente di offrire a questi dei momenti di riflessione, cercando altresì di non contaminare la scena con tendenziose argomentazioni, ma limitandosi ad offrire quelle nozioni necessarie e sufficienti per poter affrontare l'oggetto di studio. Il maggiore interesse è, infatti, quello di offrire dei parametri valutativi sull'attuale sistema della giustizia sportiva, per il tramite di un continuo parallelismo con gli strumenti e gli atteggiamenti che la giustizia ordinaria adotta nei confronti del fenomeno antisociale del doping.

Parole chiave:

Dolo specifico, valori etico-sociali, atteggiamento politico-sportivo, atteggiamento repressivo statale, plurioffensività della condotta dopante.

1. Introduzione

Il fenomeno del doping (G. MICHELETTA, 2001), divenuto noto anche a chi non segue i dinamismi delle realtà sportive agonistiche, è divenuto sempre più un evento ricorrente sulle pagine dei quotidiani: ciò che, nel tempo, è accaduto, è che non solo la stampa sportiva, ma le pagine di cronaca giudiziaria si vanno riempiendo di casi giudiziari che investono la giustizia ordinaria. Il doping, da mero momento di disvalore sportivo, si è sempre più mutuato in un fatto di reato e, per ciò stesso, è andato occupando e preoccupando gli addetti ai lavori delle aule giudiziarie. Questo fenomeno spiega il giusto interessamento da parte del legislatore che si è adoperato affinché

condotte cariche di un insito disvalore sociale, non venissero relegate solamente nelle aule delle commissioni disciplinari, ma salissero agli onori dei Tribunali, laddove in nome del Popolo Italiano e della Legge, si disciplinano le vicende della vita quotidiana che incidono, creando degli strappi, nel tessuto sociale.

IL DOPING NELLA GIUSTIZIA ORDINARIA

2. Attualità della Legge n. 376/2000

Le condotte ricadenti nell'alveo delle previsioni antidoping, ormai da lungo tempo, hanno subito una categorizzazione all'interno del fondamentale momento legislativo costituito dalla legge 376/2000 (L.376/2000, PLURIS, UTET). Possiamo da subito principiare con un elogio a tale quadro normativo, atteso che dopo ancora 15 anni rimane il vero e centrale riferimento della disciplina penalistica ed extra-penale nella lotta contro il doping. Sebbene oggetto di importanti interpretazioni ad opera della giurisprudenza, anche di merito, tale norma rimane ancora attuale e di valida efficacia, in primis, nell'identificare le condotte dopanti come tutte quelle che mirano ad alterare la competizione agonistica, migliorando il risultato della performance dell'atleta sottoposto ad un trattamento dopante. Se da un lato, infatti, l'art. 1 co.1 L. 376/2000 identifica la condotta illecita in quelle attività idonee a modificare le condizioni psicofisiche o biologiche dell'organismo al fine di alterare le prestazioni agonistiche degli atleti, dall'altro, lo stesso articolo, nel suo incipit, identifica quelle condotte nell'assunzione e somministrazione delle sostanze dopanti. Sin da subito, quindi, si nota la equiparazione di due condotte tra loro assai distinte, sia per soggetto agente che per la oggettiva natura che le connota. E' di emergente evidenza, infatti, che assumere una sostanza sia cosa ben diversa che somministrarla ad altri, nella misura in cui l'ipotetico disvalore etico-sociale attribuibile alla seconda delle descritte condotte sia certamente maggiore, specie se si pensa che la somministrazione viene quasi sempre operata da un camice bianco. A questo punto, dunque, già emergono i primi "difetti" di una normativa che ha certamente l'età giusta perché si possa pensare ad una sua rivisitazione.

Sempre da una lettura della disposizione in esame, poi, è chiaro evincere che la condotta penalmente sanzionabile sia caratterizzata dal c.d. dolo specifico. Infatti, solo quelle condotte aventi lo scopo di migliorare il risultato della prestazione agonistica ricadono nella zona di antigiuridicità prevista dalla norma (M. SALMISTRARO, 2004). Nel costruire la fattispecie a dolo specifico, dunque, già si delineano i primi momenti di divisione della materia penalistica con l'ambito disciplinare, nella misura in cui in quest'ultimo, la mera assunzione di sostanze proibite realizza quel sistema di disvalori sanzionato dalla giustizia sportiva. Se, infatti, il rilievo penalistico è attribuibile solo in presenza di una provata coscienza e volontà diretti al fine specificato di miglioramento della prestazione, nel distinto disciplinare sportivo, invece, i limiti di antigiuridicità sono

molto più dilatati. Sebbene possa sembrare un fattore di stupore, il dato è ex se spiegabile, laddove la giustizia sportiva sente maggiormente vicini quei valori da tutelare che fondano la stessa ragione d'essere dello sport, inteso come insieme di valori etici e sociali, all'interno dei quali la competizione si configura come un momento socializzante e di divulgazione di valori di salubrità e sanità. Differentemente, all'interno delle previsioni penalistiche, invece, si tutelano i medesimi valori, ma con un punto visuale che guarda alla concreta alterazione del risultato. Infatti, a giudizio dello scrivente, la disciplina penalistica risulta muoversi all'interno della fattispecie con atteggiamento più repressivo-statuale che politico-sportivo, e ciò, si consenta, è del tutto aspettato.

2. Tribunale di Torino, Sent. 3 Ottobre 2012: aspetti pratici della l. 376/2000

Sebbene quanto sin d'ora scritto, però, giova rilevare come una importante pronuncia del Tribunale di Torino, in Sent. del 3 Ottobre 2012 (PLURIS, UTET, BANCA DATI TELEMATICA), abbia dato un notevole contributo (dando un connotato marcatamente positivista, e distanziato rispetto alla disciplina giuridico-sportiva) all'atteggiamento dell'ordinamento penale rispetto agli eventi di doping, minimizzando l'area di intervento penale anche in casi simili (nel caso di specie era il medesimo) già giudicati negativamente dalla giustizia sportiva. E' il caso dell'atleta che, nel formulario antidoping, avendo dichiarato di aver assunto due farmaci proibiti, risultava poi positivo all'assunzione di un terzo farmaco pure proibito. Sebbene giustificando l'assunzione di tutti e tre i farmaci con esigenze terapeutiche, gli organi di giustizia sportiva lo avevano condannato, ma il Tribunale di Torino, richiamandosi al requisito del dolo specifico, ha circoscritto l'applicabilità della norma, limitandola alle ipotesi esclusive di assenza di qualsivoglia esigenza terapeutica. In altre parole, sebbene per la giustizia sportiva l'atleta andava condannato perché aveva assunto sostanze dopanti in previsione di una competizione sportiva, e sebbene non al precipuo fine di migliorare la propria prestazione, il Tribunale in parola ha ritenuto la sua condotta non costituente reato poiché sostenuta da esigenze terapeutiche: tutto ciò nonostante il soggetto agente, nell'assumere quelle sostanze per soli fini curativi, lo aveva fatto nella piena consapevolezza della idoneità delle stesse ad alterare, migliorandola, la prestazione sportiva.

L'ORDINAMENTO ANTIDOPING

3. Il rapporto tra il "doping penale" e "doping sportivo"

Il riferimento, seppur accennato, alla importante ed ormai nota sentenza emessa dal Tribunale di Torino, in questa sede è d'uopo nella misura in cui rende

immediatamente percepibile il rapporto intercorrente tra giustizia penale e giustizia sportiva nell'affrontare la problematica del doping. Appare chiaro come il divario tra le due aree disciplinari prenda forma, sebbene esso divario risulti paradossale, specie alla stregua della L. 376/2000. Infatti, nonostante i risultati pratici, la detta legge, ad una prima lettura sembra quasi inutilmente scritta, laddove, negli intenti enunciati, specie in relazione all'oggetto di tutela, appare come una ripetizione, sovrabbondante ed ultronea, di quegli stessi valori universalmente riconosciuti e tutelati nell'universo sportivo. Bene inteso, dichiarazione comunque necessaria al fine di raccogliere e tutelare anche nell'ordinamento giuridico il sistema di valori tal quale è quello tutelato e professato dall'universo sportivo.

Infatti, la legge 376/2000 esordisce immediatamente con una professione di fede, laddove pone in evidenza la dogmatica finalizzazione dell'attività sportiva "... *alla promozione della salute individuale e collettiva*", recependo integralmente quell'insieme di valori di cui si diceva sopra, che sono propri e genitrici del concetto stesso di sport. E, dunque, il riferimento ai principi etici ed ai valori educativi tipici dello sport, mette in evidenza la potenziale plurioffensività della condotta dopante che viola, contemporaneamente, la salute individuale dell'atleta e minaccia la correttezza delle manifestazioni sportive (G. MARRA, 2001). Ma detto questo, si viene ora a spiegare come l'impropria intitolazione di questo paragrafo, porti a delineare quasi due tipi di doping, ciascuno dei quali mette in rilievo degli aspetti specifici. Specialmente alla luce della nota pronuncia del Tribunale cisalpino, appare come l'interesse penalistico tenda a sbilanciarsi sul dato della salute, piuttosto che verso il raggiungimento della correttezza nelle manifestazioni sportive. In realtà ciò accade solo e limitatamente alla previsione del doping *ex se* considerato, poiché il corretto svolgimento della manifestazione sportiva riceve autonoma tutela penale dalla fattispecie espressamente prevista e sanzionata quale reato di frode in competizione sportiva (G. ARIOLLI, V. BELLINI, 2005).

4. Aspetti procedurali e processuali: (G. MICHELETTA, 2001)

Per quanto attiene, poi, alla rito del procedimento, penale e sportivo, deve dirsi che il secondo raccoglie pienamente i principi di garanzia e di contraddittorio insiti nell'ordinamento nazionale e si informa al c.d. sistema accusatorio (S. BONINI, 2001) (opposto a quello inquisitorio), attribuendo notevoli garanzie al c.d. incolpato (parallelismo con l'imputato). Infatti, nel procedimento disciplinare, il parallelo della notizia criminis, si ha nell'esito delle analisi antidoping e, in taluni casi più rari, secondo l'iniziativa di chiunque sia a conoscenza di una avvenuta pratica di doping. Si nota, già dai momenti iniziali dei due procedimenti, la notevole affinità. Infatti,

ottenuto il risultato c.d. “avverso”, vi è la possibilità per gli organi procedenti di chiedere provvedimenti cautelari quale la sospensione dell’atleta, avverso la quale è comunque proponibile impugnazione. In ogni caso, l’atleta, ovvero il CONI-NADO, hanno la facoltà di chiedere ed ottenere una controanalisi su un apposito campione preventivamente assunto dal laboratorio, nonché di assistere anche alla sua apertura. Chiaramente ci muoviamo in quello che, nel procedimento penale è noto come incidente probatorio.

Come nelle aule di giustizia ordinaria, anche in sede disciplinare la fase delle indagini può concludersi con un provvedimento di archiviazione, se ad esempio vi era una richiesta di esenzione a scopi terapeutici, ovvero con il provvedimento di rinvio a giudizio, prodromico a far aprire un vero e proprio dibattimento, all’interno del quale, in armonia con il principio accusatorio, si forma la prova.

All’esito del dibattimento, come avviene anche nel processo ordinario, anche gli organi di giustizia sportiva emettono una sentenza che, come la sua gemella figlia del processo ordinario, può essere impugnata. Infatti, anche all’interno della giustizia sportiva vi sono diversi gradi di giudizio, funzionali ad una rivalutazione delle emergenze investigative, da parte di organi impregiudicati rispetto alle fasi di grado inferiore (<http://www.coni.it/it/attivita-istituzionali/antidoping/2014-05-27-09-50-26/normativa.html>).

Come emerge, dunque, sia la fase procedimentale che quella processuale propri della giustizia ordinaria, sono ricalcate anche nella giustizia sportiva: detto ciò sembrerebbe potersi concludere con un integrale parallelismo dei due sistemi, quasi a derivare la inutilità della coesistenza, sebbene a diversi livelli, di due accertamenti uguali compiuti sul medesimo fatto storico. In realtà così non è, e non solo per la ovvia e palese ragione che vede le due procedure afferenti a due diversissimi sistemi che tutelano diverse esigenze, postulate da diverse posizioni: l’una statuale-collettiva, l’altra socio-sportiva. In realtà la cosa che maggiormente balza agli occhi di un qualunque giurista, è che nella giustizia sportiva, la massima ed unica Autorità Nazionale in ambito sportivo (CONI), coincide con la massima Autorità che disciplina, regola e gestisce le attività sportive sul territorio nazionale, ma è anche la massima Autorità cui è conferito l’obbligo di adottare le misure di prevenzione e repressione, su territorio nazionale, del fenomeno doping nell’ambito dell’ordinamento sportivo con la funzione di Organizzazione Nazionale Antidoping (NADO) (E. BERTAL, M. GINSANI, F. MARI, 2003). In buona sostanza, l’ente che istituzionalmente gestisce le manifestazioni sportive in Italia è lo stesso che dovrebbe smascherare e reprimere il doping, quale fenomeno o strumento di alterazione dei risultati sportivi. Al riguardo, infatti, il CONI-NADO è la massima autorità cui compete l’attuazione del Programma Mondiale Antidoping WADA, che consiste nel programmare il piano di controlli antidoping, la gestione dei risultati dei test antidoping e la conduzione delle indagini e dei dibattimenti (MARTONE,

2012). Ad avviso dello scrivente, e con soma franchezza, è opportuno rilevare che il CONI, quale istituzionalmente generato e concepito per organizzare e gestire le manifestazioni sportive, potrebbe difficilmente non essere additato di parzialità nell'ambito delle funzioni NADO, e ciò non per una sorta di sfiducia congenita nei confronti dell'Istituzione, ma solamente perché in tal maniera si viene a formare un contesto che genera delle oggettive situazioni di conflitto tra interessi, ciò nella misura in cui il CONI ha, perché deve avere, l'obiettivo di migliorare il panorama sportivo nazionale, elevando gli standard qualitativi ed i risultati degli atleti, i medesimi che sempre il CONI, in funzione NADO, deve sottoporre ad accertamento antidoping.

Sinceramente, la inopportunità della scelta dei ruoli effettuata, non sembra essere sanata dal semplice fatto per cui il CONI stesso abbia adottato, tra gli altri, il codice WADA (elaborato dall'Organizzazione Mondiale Antidoping). Infatti, il coinvolgimento dei sistemi e di procedure riconosciute o raccomandate a livello internazionale non è, ad avviso dello scrivente, sufficiente ad esorcizzare i plausibili dubbi che il contesto conflittuale sopra indicato può generare. E' noto a tutti come, seppure in presenza di strumenti adeguati, il loro corretto utilizzo dovrebbe sempre e comunque essere assicurato.

5. Conclusioni

A questo punto della breve trattazione, emerge un rapporto di non indifferenza tra l'ambito disciplinare e quello giuridico sportivi: emerge però anche un incerto tratto comunicativo tra gli stessi settori. Infatti, non vi sono dubbi circa il contributo dato dalla giustizia sportiva a quella penale, sui valori etici che la realtà sportiva ha riversato nel testo della legge 376/2000 (S.BONINI, 2001). Ma tale contributo non deve essere inteso in senso unilaterale, perché se è vero che il legislatore ha "copiato" le intese etiche dell'universo sportivo, altrettanto vero è che lo stesso legislatore, con l'accettare quell'insieme di valori, ha elevato gli stessi ad un riconoscimento universalistico, adottando gli strumenti idonei a dare tutela a quel sistema di valori, normativizzandone il contenuto e prevedendo delle sanzioni perché il rispetto degli stessi potesse dirsi effettivo. In altre parole, ha reso meritevole di tutela giuridica, attribuendo efficacia coercitiva, a quel fine socializzante che è proprio dello sport (G. MARRA, 2001).

Di contro abbiamo visto, scorrendo i contenuti della Sentenza emessa da Tribunale di Torino del 3 Ottobre 2012, una certa autonomia decisionale tra gli organi disciplinari e quelli della giustizia ordinaria, nella misura in cui i primi riconoscono il disvalore di una qualsiasi condotta legata all'assunzione, somministrazione o commercio di sostanze dopanti, ciò a prescindere dal fine sotteso, che sia o meno

quello di migliorare la performance sportiva. Dal punto di vista giurisprudenziale, invece, la mera assunzione, ovvero le altre condotte ad essa collegate, non risultano tutte sanzionabili (ovvero illecite), ma per cadere nell'alveo della previsione normativa necessitano di un *quid pluris*, costituito dalla coscienza e volontà di porre in essere le determinate condotte, al precipuo scopo di alterare, migliorandola, la prestazione dell'atleta. Resta inteso che quell'elemento in più richiesto dalla normativa statutale non è una mera riserva mentale, come ai più potrebbe apparire, ma quell'elemento soggettivo meglio noto come dolo specifico. A questo punto è doveroso domandarsi il perché di tale ulteriore elemento, di indagare sulla ragione per la quale il legislatore ha voluto inserire quello che per i più legati ai sentimenti dello sport potrebbe sembrare un ostacolo alla sanzionabilità di un comportamento anti-sportivo, che viola il fondamentale principio decoubertiano secondo cui *"l'importante non è vincere, ma partecipare"*. Abbiamo già detto di come l'ordinamento giuridico abbia trasfuso e raccolto in una sua legge i principi etici e morali legati allo svolgimento dell'attività sportiva, ma non abbiamo riflettuto abbastanza sul punto: se è vero che vi è stata una completa trasfusione di quei principi, è anche vero che l'applicazione e la legificazione degli stessi non poteva avvenire tal quale essa già esisteva nelle aree propriamente sportive. Risulta evidente, allora, che l'ordinamento riconosce quei valori, si incarica di farli rispettare, ma solo nei casi di maggiore gravità della condotta antisociale. Ciò perché l'ordinamento statutale ha un sistema di valori suo proprio, al quale si lega e dal quale non può prescindere. Infatti, la nota Sentenza chiarisce come i Tribunali decidono alla stregua della legge, non invece di una pretesa con divisibilità sociale del contenuto di una statuizione.

In conclusione possiamo dedurre che gli ambiti di giustizia sportiva ed ordinaria, sebbene sembrino ambedue univocamente mirati alla tutela di un unico bene giuridico, in realtà si allontanano vicendevolmente da un immaginato ed immaginabile parallelismo, in funzione delle reciproche e specifiche attribuzioni; gli effetti di tale divaricazione sono quelli di offrire due diverse letture (giudizi) di un medesimo fatto storico: ciò accade solamente in funzione del diverso obiettivo di tutela che essi ambiti si pongono. A giudizio di chi scrive, sebbene la minimizzazione dell'area di intervento penale possa sembrare un baluardo di sicurezza per coloro che cercano di sfuggire alle conseguenze delle condotte eticamente scorrette, di fatto sarebbe stato iniquo ed immaturo prevedere che per la commissione di uno stesso fatto, ontologicamente, sarebbero state corrisposte due pene, ciò in aperta violazione di una accezione sostanzialista del principio del *ne bis in idem* che, unitamente a molti altri, rendono il nostro ordinamento un ordinamento civile ed evoluto, non inutilmente repressivo, ma giustamente garantista.

Bibliografia

- » E. BERTAL, M. GINSANI, F. MARI, “LA LOTTA CONTRO IL DOPING IN EUROPA E LA POSIZIONE DELL’ITALIA TRA GIUSTIZIA SPORTIVA E GIUSTIZIA ORDINARIA, in *Jura Medica*, 16, 2003
- » G. ARIOLLI-V. BELLINI, 2005 - G. ARIOLLI, V. BELLINI, *Disposizioni penali in materia di doping*, Milano, Giuffrè, 2005, pag.66: «*Accanto alla protezione del bene-salute si vuole tutelare anche beni di portata più ampia e di rilievo collettivo: la lealtà ed il regolare svolgimento delle competizioni sportive; l’interesse pubblico alla salvaguardia dei principi etici e dei valori educativi espressi dall’attività sportiva, cui è funzionale anche il corretto svolgimento dei controlli antidoping previsti in funzione preventiva-repressiva dalla normativa vigente*».
- » G. MARRA, 2001 - G. MARRA, *Tutela della salute umana ed etica sportiva nella nuova legge contro il doping. Profili penalistici*, in *Cass. pen.*, 2001, fasc. 10, pag. 2858: «*Nonostante i riferimenti ai principi etici contenuti nella disposizione di principio dell’art. 1 comma 1, la tutela penale rivolge la sua attenzione ad un interesse di maggior spessore: quello della salute dei partecipanti ad una attività sportiva, come ben dimostra anche la disposizione da ultima citata con i suoi molteplici riferimenti al pericolo per l’integrità psicofisica degli atleti ed alla tutela della salute*».
- » G. MICHELETTA, “I profili penalistici della normativa sul doping”, in l’indice penale, 2001, fascicolo 3, pag. 1320, “Il doping è un termine inglese, inizialmente usato per indicare il drogaggio dei cavalli. L’espressione compare per la prima volta verso la fine dell’800, riferita ad una mistura di oppio e narcotici usata per i cavalli”.
- » IL DOPING E IL DIRITTO PENALE:PROBLEMI E PROSPETTIVE DELLA LEGGE 14 DICEMBRE 2000, N.376- di Marina Salmistraro
- » L.376/2000, PLURIS, UTET – banca dati telematica
- » <http://www.coni.it/attivita-istituzionali/antidoping/2014-05-27-09-50-26/normativa.html>
- » S. BONINI, DOPING E DIRITTO PENALE DOPO LA L.376 /2000 , in *Nuove esigenze di tutela nell’ambito dei reati contro la persona* , a cura di S. CANESTRARI e G. FORNASARI, Bologna, 2001, pag. 303
- » MARTONE, IL DOPING DELL’ORDINAMENTO SPORTIVO, in http://www.rdes.it/TESI_Crocetti_Bernardi.pdf, 2012

› La interacción entre el deporte y la responsabilidad social corporativa dentro de las empresas

The interaction between sports and corporate social responsibility inside companies

Eduardo Carlos Dittmar

Universidad Autónoma de Chile
eduardo.dittmar@uautonoma.cl

Resumen

La consideración de la ética es una temática que cada vez arraiga con más fuerza dentro de las empresas. En este sentido, la incorporación de acciones de responsabilidad social que involucren actividades relacionadas con el deporte, tanto dentro de la organización como con la sociedad, puede resultar muy importante en muchos sentidos. La participación de los actores sociales dentro de las prácticas de Responsabilidad Social Corporativa (RSC) tiene cada vez mayor importancia dentro de las compañías, y la vinculación del deporte en esta interacción puede producir grandes ventajas para todas las partes.

Abstract

The ethics is a subject that is every day more significant for companies. In this sense, the incorporation of social responsibility actions involving activities related to sports, inside the organization and towards the society, can be very important in many ways. The participation of stakeholders within the practices of Corporate Social Responsibility (CSR) has more importance within companies, and the consideration of sports in this interaction can produce great benefits for all parties.

Palabras claves: Ética, deporte, reputación, confianza, empresa.
Key words: Ethics, sport, reputation, trust, company.

1. Introducción

Dentro del tejido empresarial, es cada vez más común encontrar a compañías que buscan participar de prácticas socialmente responsables. En la actual economía de mercado, la legitimidad para operar se sostiene mediante la consideración de todos los grupos de interés con los cuales interactúa una empresa. Si bien la Responsabilidad Social Corporativa (RSC) no es un término que tenga un significado aceptado por consenso, representa un cambio para las organizaciones presentes y futuras.

Entre las formas de relacionar al deporte con la RSC se destacan comportamientos empresariales como lo son impulsar su práctica dentro los empleados, gestionar actividades deportivas que ayudan a la integración de sectores desfavorecidos o en riesgo de exclusión, patrocinar eventos culturales y deportivos que educan y comunican el interés por el cuidado de la salud y el medio ambiente, o alentar la práctica de la actividad física en personas de la tercera edad. La importancia que las empresas otorgan a los estímulos de incorporar valores de la ética y el deporte es cada vez más grande, y estas acciones se pueden traducir en un aumento de la confianza de los consumidores reales y potenciales.

Progresivamente, se pueden encontrar más compañías, especialmente en Internet, y más aún en Reino Unido y Estados Unidos, que quieren asumir la responsabilidad completamente. Esto abarca las prácticas sociales honestas, la transparencia en la dirección, y el respeto por el medio ambiente. En otras palabras, estas empresas son completamente conscientes de que, en la actual economía de mercado, es importante que los agentes y los grupos de interés con quienes la empresa se relaciona estén en condiciones de dar legitimidad a sus actividades. En este sentido, los países anglosajones fueron pioneros, y la RSC fue desarrollada primero en estos países, para luego ser también implementada en Europa Continental.

2. La vinculación del deporte y la RSC dentro de una empresa

Cuando se habla de la RSC, este concepto abarca campos como el económico, el social, y el de la necesidad de incorporar aspectos de la responsabilidad social en la dirección de empresa y la estrategia empresarial. Existen un conjunto de

consideraciones, y podemos agruparlas en la manifestación de valores que se traducen en acciones y en diferentes objetivos según la organización que lo implementa.

Depende de varias variables, entre las que se destacan, el ambiente geográfico, los supuestos ideológicos, el ambiente laboral, la propia perspectiva científica, la situación económica, la realidad sociológica, el respeto por los derechos humanos, el medio ambiente, las ideas políticas que pueden influenciar a una persona, o cuestiones de distinta índole dentro de una sociedad. La incorporación del deporte dentro de la RSC significa un mecanismo importante para realizar, de diversas formas, acciones que pueden beneficiar a todos los stakeholders.

Si tomáramos en cuenta el significado de este concepto desde la reducción del término, entendiendo a la empresa desde una cuestión legal, y comparándolo a un ente detrás del cual hay una serie de contratos privados, estaríamos pasando por alto la organización que implica y la asociación entre los individuos que son parte de ella (López Jiménez, 2013).

Tomando en cuenta esta perspectiva, se puede definir a la RSC como un grupo de obligaciones y compromisos, con un carácter ético o moral, ya sea nacional o internacional, y que relaciona a todos los grupos de interés. Se trata de un comportamiento social por parte de los integrantes de una compañía, todos con una influencia directa e indirecta sobre los actores con quienes interactúa.

Es en este marco que el deporte ha ido creciendo, cada vez más, como factor a tomar en cuenta dentro de la RSC, dado que no sólo constituye una actividad que tiene un enorme beneficio para el cuerpo, sino también porque es un importante factor social dentro de la inclusión de todas las personas. En este sentido, las empresas aumentan sus inversiones en la promoción de actividades deportivas y culturales, y en la cual hay una enorme cantidad de actores sociales involucrados.

El origen social de este comportamiento puede ser situado en la creencia de que la compañía es una entidad con un rol social que ocupar. Una buena dirección de la RSC puede involucrar una gran cantidad de acciones. Entre las más comunes se destacan, las formas éticas de tratar a los actores sociales, comerciar bienes y servicios sin estafar a los consumidores, respetar los derechos sociales de los trabajadores, cumplir con las leyes de los países en que se encuentran realizando sus actividades o a los que les venden sus productos, crear riqueza y distribuirla entre los accionistas y los trabajadores, mantener buenas relaciones con los proveedores y cumplir los compromisos con los actores sociales, conducir las actividades de una forma sostenible con el medio ambiente y de forma tal de minimizar la contaminación generada, realizar actividades sin fines de lucro para diferentes grupos sociales, incorporar en los recursos humanos a personas con distinto tipo de discapacidad, mantener una buena ética en los negocios, incorporar a las comunidades locales, y comunicar los problemas que pudieran surgir y afectar a terceros.

Algunos autores sostienen que la RSC entiende los negocios y la economía, ambos desde un punto de vista micro y macro, en un esquema ideal de cómo debería formarse el

plan, la gerencia, el control, y los objetivos de la compañía. En vez de dejar la economía en un enfoque tradicional que entiende la decisión “en manos” del mercado, y donde el libre funcionamiento de las normas permite establecer el óptimo económico, se busca una posición intermedia entre el mercado y la empresa, en el que sea posible la eficiencia y el logro de una rentabilidad adecuada en un ambiente más equitativo. Es a raíz de estas ideas que surge la necesidad de la creación de un nuevo marco normativo, desde el cual se pueda integrar las reglas que sostienen y protegen la libre competencia de las corporaciones en los mercados, con los principios que rigen la RSC (Salomé Santos, 2011).

La RSC no es ni un medio ni un fin, pero sí un principio básico que debe gobernar las acciones de una empresa, presentes en el razonamiento de cualquier tipo de decisión empresarial. Es más, se debería buscar la voluntad de traer un comportamiento empresarial a un nivel más alto, que tiene que ser consistente con las normas, valores, y expectativas de todos los grupos, sin olvidarse de la prioridad de las regulaciones nacionales en donde se desarrollen las actividades.

Si en una compañía se toma en cuenta seriamente la RSC, y está orientada a la generación de ganancias, se espera que la administración de la compañía siga un criterio de sostenibilidad y eficiencia económica. De este modo, los efectos y las consecuencias que existen para todos los actores sociales serán más justas en todas las áreas que tengan algún tipo de influencia, como lo son la producción, el consumo, el medio ambiente, los derechos humanos, las condiciones de trabajo, la inversión social comunitaria, la ética corporativa, y los beneficios empresariales.

Este tipo de comportamiento refuerza el valor de una marca, en una sociedad que pierde la identidad nacional y pasa a ser cada vez más transnacional. El capital humano requiere una motivación adicional específica para mantener las mejoras ganadas en los niveles competitivos de la productividad, en medio de una fuerte y permanente interacción entre los grupos de interés, en la que se requiere una actitud más comprometida con la sociedad y el medio ambiente. Los esfuerzos orientados a incorporar los valores de la ética y del deporte son cada vez mayores en este sentido, dado los beneficios que puede significar tanto dentro de la organización como también para fortalecer los lazos hacia afuera.

Dentro del mercado, la tendencia comienza a radicar cada vez más en dar más peso a las denominadas “marcas éticas”. Desde el punto de vista del proceso de creación de una marca a través de la administración estratégica de los activos de una empresa, más comúnmente conocido como Branding, la autenticidad, la honestidad, y la sostenibilidad constituyen principios que seducen cada vez a más compañías.

La búsqueda de la aplicación de valores éticos dentro de la disciplina del marketing puede ser muy difícil de llevar a la práctica, pero constituye una estrategia que cada vez se lleva más a la práctica dentro de las corporaciones. Este tipo de Marketing, que busca otorgar un valor esencial a la responsabilidad y la ética, es muy diferente al Marketing Clásico o Tradicional.

Aunque podría pensarse que la idea de incorporar la ética y el deporte en las acciones de RSC de una empresa se aplica sólo a las grandes compañías, se pueden llevar a cabo actividades socialmente responsables en todo tipo de empresas, ya sean grandes o pequeñas. El capital humano de las organizaciones que las implementen será sin lugar a duda un factor muy importante para arraigar con éxito estas prácticas a lo largo del tiempo.

3. La ética y su influencia en la confianza de los consumidores

En el establecimiento de cualquier tipo de relaciones, y en particular en el caso de las operaciones comerciales, la confianza juega un papel clave para el establecimiento de vínculos en el largo plazo. Al mencionar la confianza nos referimos en gran parte a la ausencia que existe, al menos durante un determinado intervalo de tiempo, de incertidumbre respecto a las acciones de los demás. Al establecerse cierta confianza entre las partes se pueden anticipar mutuamente parte de los futuros movimientos, y las formas de actuar y de pensar adquieren más fluidez. Las características básicas de lo que constituye la confianza podemos agruparlas según cuatro dimensiones generales: integridad, honestidad, benevolencia y competencia.

El vendedor puede manifestar en su comportamiento cierta competencia que demuestre tener al responder a diferentes consultas que se le formulen, y esto constituye una importante dimensión de la confianza que puede ser medida según características como la habilidad, la destreza, los conocimientos, y características que permiten a una de las partes tener influencia sobre la otra (Mayer, Davis, Schoorman, 1995).

Por otro lado, la integridad se relaciona con la consistencia que implican las acciones, principios, y expectativas de una persona. Si analizamos este concepto en el área de la ética, la integridad está especialmente relacionada con la honestidad y con la veracidad de estas acciones, y es considerada una importante virtud. Esto implica tener valores y ser consistente con ellos sin dejar que “los de afuera” influyeran negativamente.

Sin embargo, las dimensiones más asociadas a la confianza son la honestidad y la benevolencia (Doney, Canon, 1997). La honestidad se refiere específicamente a la convicción que una parte tiene respecto a la sinceridad y el cumplimiento de las promesas hechas por la otra parte (Gundlach, Murphy, 1993). La benevolencia expresa la creencia de que una parte está interesada en el bienestar de la otra parte (Sanzo, Santos, Vazquez, Álvarez, 2003), sin la intención de emprender acciones oportunistas, y de hacer el bien a otros sin esperar nada por la realización de estas acciones, dando lugar a actos que se acercan a la caridad.

Podemos entonces afirmar que la confianza puede ser considerada dentro de una serie de realidades en la mente de un consumidor o usuario, y está derivada de las

percepciones de ciertos atributos o cualidades que encuentran un lugar de acuerdo a ciertas características como la marca, las ventas personales, el negocio, y el sitio donde los productos son comercializados. En este sentido muchos vendedores, en especial las pequeñas empresas o las menos conocidas en Internet, prefieren perder dinero a veces para fortalecer la confianza, de forma tal de lograr un posicionamiento que le permita alcanzar un margen de ganancia mayor más adelante.

La confianza es un elemento esencial para entender el éxito de un comercio online, dadas las condiciones de incertidumbre y riesgo que se presentan muchas veces (Fung, Lee, 1999). Este es el motivo básico por el cual las compras no se realizan en muchas ocasiones en Internet, porque se piensa que la información puede quedar en una base de datos que se desconoce, que puede ser dada o vendida a desconocidos, o directamente porque se teme que sea mal utilizada en el futuro.

Además de analizar las actitudes de un vendedor en la Web, es muy importante comprender lo que estas acciones proyectan en la mente de los receptores, ya que esto influirá en su comportamiento. Las percepciones de un consumidor son muy relevantes, sobre todo para entender cómo éstas son asimiladas dentro del marco de las estrategias aplicadas desde la dirección de una empresa o en el sitio Web de una compañía, y cómo es su influencia en un usuario para que dé a conocer datos y preferencias personales. La reputación de una marca es crucial para analizar los resultados en la privacidad, y tiene un fuerte peso para su protección, la relación existente entre la efectividad y los objetivos de los consumidores.

Desde una perspectiva psicológica, la percepción es una habilidad para alcanzar una aproximación a la realidad, desde la exposición de un estímulo sensorial al cual nos encontramos expuestos. Pero en el contexto en el que nos encontramos, diversas variables tienen algún grado de influencia en la percepción, lo cual va ayudando a darle una forma a esa “realidad”, que dependerá a su vez de la atención y el interés que nos despierte el tema que los emisores de la información ofrecen.

Hay que destacar que la información basada en la seguridad es muy útil para aquellos consumidores que están especialmente focalizados en la prevención (Noort, Kerkhof, Fennis, 2008), aunque la información basada en incentivos no mejora necesariamente la persuasión cuando se trata de consumidores enfocados en las promociones de productos. En el mundo virtual de Internet, los individuos responden de una forma diferente a la hora de dar la información personal, y mientras la confianza puede dar forma a un comportamiento obediente, la preocupación ayuda a la formación de un comportamiento protector (Wirtz, Lwin, 2009).

Dentro de la adquisición de un producto, la primera cuestión que reflexiona un consumidor a la hora de comprar un bien o servicio, es analizar la correspondencia que existe entre la calidad que tiene y su precio. El comprador tiene la necesidad de confiar en la compañía que le vende un bien, de acuerdo a las especificaciones y la importancia que ha adquirido la compañía.

Por todo lo expuesto, se puede afirmar que uno de los más importantes obstáculos que una empresa pequeña o mediana tiene que enfrentar en cualquier tipo de transacción, es la seguridad que le puede dar al consumidor, básicamente porque no tiene la solidez de la estructura de una multinacional. Para prevenir esto, la compañía puede invertir en la construcción de una marca, de forma tal de ayudar en la decisión final de un consumidor, ya que la confianza es mayor en productos de marcas conocidas o de bienes tecnológicamente más complejos.

4. Influencia del deporte y de la RSC sobre la reputación de las empresas

La reputación corporativa trata, básicamente, de un aspecto emocional acerca de la percepción que la gente tiene de una empresa, y está fundamentado en los resultados y el desempeño que ha tenido en el pasado. Esta estimación incluye la forma en que la compañía maneja sus recursos y sus decisiones, cómo el liderazgo es alcanzado y mantenido, la credibilidad que da a sus acciones, y la manera que responde a las necesidades de los clientes y los proveedores (De La Cuesta Gonzalez, Valor Martinez, Kreisler Merino, 2003). En este sentido, la incorporación de la ética y el deporte dentro de la RSC puede ayudar a que la reputación de una organización mejore en forma considerable, o al menos para que se mantenga.

La mayoría de los estudios sostienen que la reputación es un factor crucial para la construcción de la confianza, y es uno de los principales causantes en un consumidor para que tome la decisión de compartir o no información personal en una página Web (Xie, Teo, Wan, 2006). No obstante, hay otros estudios que sostienen el punto opuesto, es decir, que solo un pequeño grupo de personas tendría una menor preocupación de revelar datos personales de acuerdo a la reputación de una empresa, y que los motivos obedecen a cuestiones personales más complejas (Andrade, Kaltcheva, Weitz, 2002).

Hoy en día, la reputación corporativa se ha transformado en un activo de la compañía capaz de formar valor, y causa un impacto importante en la comunidad y en el mercado. Si la compañía desea tener éxito en el largo plazo, el comportamiento que debe existir dentro de la compañía tiene que considerar características como la ética, la comprensión, la transparencia, la responsabilidad, y el respeto por el medio ambiente y por todos los sectores de la sociedad (Fombrun, Van Riel, 1997).

Más aún, se puede apreciar este fenómeno en aquellas compañías que tienen poco tiempo en el mercado, y que por lo tanto son poco conocidas. Podemos comprobar en Internet, y cada vez en mayor medida, la presencia de este tipo de empresas, en su mayoría pequeñas y medianas empresas, y se hace evidente la necesidad de una reputación previa como requisito indispensable para la creación de confianza en el usuario (Ganesan, 1994).

También es importante considerar la responsabilidad adquirida por aquellos que están a cargo de un grupo de personas, como ocurre en un gobierno estatal o corporativo. Esto requiere de gran responsabilidad, y la forma en que manejen el liderazgo influenciará no sólo en sus propias vidas sino también en las de los que le acompañan, ya que son el ejemplo a seguir por todos los trabajadores que conforman los recursos humanos de la organización. La manera correcta de manejar el liderazgo implicará una serie de características generales, como lo son el saber manejarse con acciones guiadas por la honestidad y la confianza, decir la verdad demostrando tolerancia y respeto por los demás, no aceptar pagos por parte de terceros para evitar tareas que le corresponden, actuar de manera justa con aquellos con quienes no se tiene relación, ser transparente en las decisiones sin ocultar información pública, y ser responsable por las decisiones propias aceptando las consecuencias (Quevedo Puente, 2003; Youngstrom, 2002).

La reputación constituye un importante concepto emocional y psicológico, difícil de racionalizar y de expresar en palabras, y que puede tener un significado positivo o negativo. Su influencia en la creación de valor es muy notable, dado que una buena reputación significa mayores beneficios, que indudablemente mejorarán la posición de la compañía en el mediano y largo plazo (Muñoz Torres, De La Cuesta González, 2010).

La buena reputación puede resultar en la formación de una serie de acciones convenientes para la compañía, como lo es el aumento del valor de mercado de la empresa, la mejora en la atracción de nuevas y mejores inversiones, la elección de decisiones estratégicas más adecuadas en el largo plazo, el pronóstico de nuevas tendencias, la mejor capacidad en la detección de riesgos y oportunidades, el aumento en la seguridad y credibilidad frente a todos los actores sociales, la mejora en la oferta de productos, la mayor facilidad en la retención del talento de los mejores trabajadores, el fortalecimiento de la posición de la empresa en el mercado, la generación de más clientes y de nuevo tráfico hacia la página Web de la compañía, y la mejora de la imagen corporativa de la empresa.

Si una compañía considera estas medidas, se puede traducir en claros resultados de mejora. Por ejemplo, puede dar lugar al surgimiento de diverso tipo de vínculos, como puede ser una comunicación más eficaz entre la organización y la sociedad, un aumento de la credibilidad de las acciones elegidas por la compañía, la formación de un buen ambiente de trabajo, o la creación de una marca que se preocupe por la sostenibilidad social y el medio ambiente. Desde una perspectiva empresarial o de marketing, se trata de modelos de dirección de negocios en los que la compañía respete a la sociedad a la cual pertenece, pero sin separar el rol económico de la función social.

La reputación corporativa es visible en el mundo físico y en el mundo online. Y es justamente en el mundo virtual en el que más se están investigando las cuestiones empresariales, dado que presenta una gran cantidad de preocupaciones que aún no han sido resueltas. El diseño de procesos internos y externos para la administración de la reputación en la página Web de una empresa, ayudará mucho a fortalecer la imagen que tienen las personas de la compañía.

Hay que destacar dos apreciaciones que merecen mencionarse. Por un lado, cuanto más visible es una compañía, menos control sobre la imagen tendrá en la página Web que tiene la empresa. Por otro lado, las opiniones o juicios de valor que tengan lugar a través de distintas herramientas en Internet, como foros o redes sociales, ayudan muchísimo a la reputación corporativa online, mientras que el resto de la parte de la responsabilidad corresponde al propio sitio Web corporativo. Aunque su cuantificación es muy complicada y compleja, existen hoy en día herramientas que se han desarrollado para la medición de la reputación online.

Por ejemplo, Nielsen es una compañía líder en servicios de información e investigación de mercados, y en herramientas de análisis que ayuda a sus clientes a tomar decisiones que sean más eficaces en sus negocios. Tiene una importante experiencia en la medición y el análisis de la audiencia en Internet, y brinda mediciones y estudios de mucha calidad acerca de las opiniones y los contenidos generados en redes sociales, foros, blogs, y grupos de noticias. Otra empresa que destaca en esta temática se llama Swotti, creado por la corporación española BuzzTrend, la cual constituye un motor de búsqueda especializado en rastrear opiniones públicas volcadas en la Web. Este tipo de tecnología permite identificar los adjetivos y verbos que expresan lo que se está buscando, y así da lugar a conocer si se trata de una opinión positiva o negativa. El accionar esta compañía permite que cualquier empresa pueda conocer, de una manera cualitativa, la valoración que de ella existe en Internet por parte de los usuarios de la red. Se aplica no solo a marcas, sino también a bienes, servicios, o cualquier tema de interés. También hay que destacar a la compañía Keotag, la cual ha creado un buscador de contenidos etiquetados, y que ofrece una serie de herramientas que dan la posibilidad de generar etiquetas y enlaces, de forma tal que un determinado artículo pueda ser rastreado por motores de búsquedas y, por otro lado, agregado a diferentes marcadores sociales.

Una vez que se ha medido la reputación, puede ser administrada para su mejora. En otras palabras, los consumidores comparten sus opiniones acerca de productos o servicios, con personas y organizaciones de distintos sitios Web, como por ejemplo, foros, redes sociales, y páginas de Internet dedicadas a las críticas.

Las funciones de los emisores y receptores de la publicidad han ido evolucionando en las últimas décadas, y actualmente la empresa ya no representa un oferente o sujeto activo en la publicidad que hace llegar su mensaje a un usuario pasivo. Hoy en día, un consumidor particular puede decidir en la Web acerca de un producto o servicio, y este comportamiento puede influenciar en las actitudes de los compradores potenciales.

Aunque la RSC y la reputación corporativa tienen un significado en sus conceptos muy similares, tienen una esencia diferente. De esta forma, mientras que la RSC describe el comportamiento de una compañía en cada relación, la reputación corporativa lo refleja en las percepciones de cada uno de los participantes que tiene algún tipo de vínculo con la compañía.

Como es esperado, la compañía no puede cambiar, de ninguna forma, las

percepciones que ocurren en las mentes de los agentes económicos, pero sí están bajo control los comportamientos que mantiene en las relaciones con los participantes, y que indirectamente está relacionada con las percepciones.

Consecuentemente, el manejo de la RSC es parte de la administración activa de la reputación corporativa. Pero administrar la reputación corporativa es más amplio que la RSC, porque mientras que la RSC es una, la reputación corporativa involucra una gran variedad de opiniones.

5. Conclusiones

Hoy en día la sociedad demanda valores éticos en la realización de las actividades de una empresa, y una compañía que desea alcanzar y mantener el éxito debe considerar el compromiso de estos pedidos sociales. La empresa es vista por como una organización que no sólo tiene que realizar sus actividades comerciales, sino también tienen que tener un rol social con la sociedad y el medio ambiente.

Dentro de estos vínculos se encuentra la consideración del deporte en las actividades de RSC que implementa una empresa, y en la cual se destacan las actividades relacionadas al deporte tanto dentro como fuera de la compañía. Algunos ejemplos son el impulso de la práctica de deportes y el cuidado de la salud dentro los empleados, la gestión de actividades deportivas que ayudan a la integración de sectores desfavorecidos o en riesgo de exclusión, el patrocinio de eventos culturales y deportivos que colaboran con la educación, o el aliento de la práctica de la actividad física.

Aunque la incorporación de la RSC ha experimentado un gran crecimiento en las empresas, y a pesar de que cada vez más las actividades deportivas tienen más peso dentro de la responsabilidad social implementada en una compañía, existe un enorme recorrido por avanzar para que éstas se transformen, junto a todos los grupos de interés, en iniciativas mucho más generalizadas.

Bibliografía

- » Andrade E., Kaltcheva V., Weitz B. (2002). "Self-Disclosure on the Web: The Impact of Privacy Policy, Reward, and Company Reputation". *Advances in Consumer Research*, 29, 350-353.
- » De La Cuesta Gonzalez M., Valor Martinez C., Kreisler Merino I. (2003). "Promoción institucional de la responsabilidad social corporativa". *Boletín ICE Económico*, 2779, 9- 20.
- » Doney P., Canon P. (1997). "An examination of the nature of trust in buyer- seller relationship". *Journal of Marketing*, 61 (2).

- » Fombrun C., Van Riel C. (1997). "The Reputational Landscape". *Corporate Reputation Review*.
- » Fung R., Lee M. (1999). "Trust in Electronic Commerce: Exploring the antecedent factors". *ACMIS 1999 Proceedings*.
- » Ganesan S. (1994). "Determinants of long-term orientation in buyer-seller relationships". *Journal of Marketing*, 58 (2), 1-19.
- » Gundlach G., Murphy P. (1993). "Ethical and Legal Foundations of Relational Marketing Exchanges". *Journal of Marketing*, 57 (4), 35-46.
- » López Jiménez, D. (2013). "Nuevas coordenadas en materia de propiedad industrial en el espacio digital: incidencia de las marcas de garantía". *Comunicaciones en propiedad industrial y derecho de la competencia*, 69, 43- 66.
- » Mayer R., Davis, J., Schoorman, F. (1995). "An integrative model of organizational trust". *Academy of Management Review*, 20 (3), 709-734.
- » Muñoz Torres M., De La Cuesta Gonzalez M. (2010). "Definición de Reputación Corporativa". *Información y comunicación de la RSC*, 191-205.
- » Noort G., Kerkhof P., Fennis B. (2008). "The Persuasiveness of Online Safety Cues: The Impact of Prevention Focus Compatibility of Web Content on Consumers' Risk Perceptions, Attitudes, and Intentions". *Journal of Interactive Marketing*, 22 (4), 58-72.
- » Quevedo Puente, E. (2003). *Reputación y creación de valor. Una relación circular*, Thomson, Madrid.
- » Salomé Santos, L. (2011). "La Responsabilidad Social Corporativa y el fomento de la libre competencia en el mercado: una simbiosis necesaria". *Revista Española de Relaciones Internacionales*, 3, 130- 159.
- » Sanzo M., Santos M., Vazquez R., Álvarez L. (2003). "The effect of market orientation on buyer-seller relationship satisfaction". *Industrial Marketing Management*, 32 (4), 327- 345.
- » Wartick S. (2002). "Measuring corporate reputation. Definition and data". *Business and Society*, 41 (4), 371-392.
- » Wirtz J. y Lwin M. (2009). "Regulatory Focus Theory, Trust, and Privacy Concern". *Journal of Service Research*, 12 (2), 190- 207.
- » Xie E., Teo H., Wan W. (2006). "Volunteering Personal Information on the Internet: Effects of Reputation, Privacy Notices, and Rewards on Online Consumer Behavior". *Marketing Letters*, 17, 61-74.
- » Youngstrom M. (2002). "The Occupational Therapy Practice Framework: the evolution of our professional". *The American Journal of Occupational Therapy*, 56 (6).

> Etica, medicina e sport: significati e sfide

Bruno Di Pietro
Università UCAM

Abstract

L'articolo studio le interrelazioni tra la medicina dello sport e l'etica. La medicina dello sport viene considerata non come scienza del particolare, tipica dell'ottica "moderna", ma nel senso della tradizione classica occidentale, come disciplina olistica che considera l'uomo nel suo complesso interno ed esterno e cioè come un essere unitario e come un essere che si pone all'interno del "tutto" che lo circonda. Da ciò emerge una funzione della medicina dello sport che, lungi dall'intervenire "a posteriori" sull'atleta, ne favorisce una formazione *ex ante*, nella prospettiva di una pedagogia dei rapporti umani, intendendola come scienza che favorisce il benessere "complessivo" dell'uomo atleta. Quindi con una fondamentale connotazione etica, laddove favorisce il riconoscimento dell'uomo con l'altro uomo e determina una interrelazione che, al pari del linguaggio, genera e/o favorisce relazioni interumane fondate sul rispetto dell'altro e sulla tolleranza reciproca. Fondamentalmente si ripropone il concetto classico della scienza medica fatta da e per tutto l'uomo in quanto "animale politico".

Parole chiave:

Medicina dello sport, pedagogia, etica, riconoscimento, olistico, giustizia.

1. Introduzione

Mi sono già occupato della analisi di alcune figure tipiche del mondo sportivo. In particolare, mi riferisco alle figure dell'atleta (Di Pietro, 2012) e dell'arbitro (Di Pietro, 2013).

Nelle righe che seguono cercherò di analizzare quale sia il senso ed il significato di una particolare branca della Medicina, quella che specificatamente si applica allo sport e che comunemente si definisce *Medicina dello Sport*.

Una preliminare annotazione si rende necessaria: si parla di *diritto dello sport* per indicare quella serie di *regole giuridiche* e quindi *vincolanti* che vanno a costituire il *Sistema giuridico sportivo*, sia nell'ottica gius-filosofica, che principalmente rintraccia la pensabilità di una norma giuridica sportiva e dunque ne indaga il senso ed il significato. In questo senso la norma giuridica sportiva è analizzata anzitutto come *regola giuridica sportiva*, poi come regola *giuridica sportiva* e solo successivamente come regola giuridica *sportiva*. Ciò sta a significare che il senso ed il significato della regola giuridica sportiva analizza preliminarmente, nel mondo di tutte le regole (moralì, etiche, di educazione, ecc.), quella giuridica come regola essa stessa ma differente dalle altre. Poi si passa ad analizzare la specificità della regola giuridica in quanto giuridica e dunque la sua obbligatorietà sulla base della sua giuridicità. Ed alla fine si analizza la sua ulteriore specificità, in quanto regola giuridica geneticamente vincolata all'ambito sportivo. Una impostazione, cioè, "sistemica" nel senso che parte dal concetto generale su "perché esista il diritto", analizzando "ciò che è il diritto" e quindi "come è il diritto", con un procedimento che richiama il procedimento kantiano (Kant, 1797), per definire poi la giuridicità autonoma, in quanto fondata sul medesimo principio costitutivo delle regole dei vari settori o sistemi.

Analogo procedimento dovrà essere applicato alla Medicina dello Sport e, quindi, al Medico dello Sport, in maniera da poterne definire il senso ed il significato e dunque porne in evidenza quegli elementi fondanti ed essenziali che ne daranno la "misura" ai fini di determinare le modalità di risposta a quelle sfide che soprattutto oggi coinvolgono la ricerca medico-farmaceutica sull'uomo *sportivo*.

Dunque analisi della *Medicina* dello Sport e solo poi della *Medicina dello Sport*, laddove i termini in evidenza indicano la prevalenza dell'ottica da cui si riguarda l'oggetto, e nel quale si analizza prima di tutto la funzione della Medicina e poi si analizza la funzione della Medicina in ambito Sportivo, nell'ottica dell'uomo che pratica sport.

Si badi: questo avendo sempre in mente che "tutto è sistema" nel senso che le partizioni dell'oggetto in voga a partire da una certa mentalità moderna, caratterizzata dalla particolarità positivista rappresentata dal frazionamento di un oggetto di conoscenza in parti minori per studiarle separatamente dal "tutto" non sempre si è rivelato un buon metodo, avendo comportato, soprattutto nelle cd. Scienze umane, una artificiale rappresentazione dell'oggetto di analisi. Insomma resta vero che sul tavolo dell'anatomo-patologo, si hanno una serie di componenti, come cuore, polmone, reni, muscoli, nervi, ecc., che non sono l'uomo, in quanto l'uomo vivente è un "tutto" non scindibile nei suoi componenti, se non a livello teorico-classificatorio.

Va insomma sciolto un primo classico equivoco e cioè quello che configura due tipi di medicina: quella a volte definita "alternativa" o anche "orientale", frutto di una visione che potremmo dire tradizionale ed unitaria dell'uomo, spesso considerata non ortodossa, e quella definita "occidentale", ritenuta più ortodossa in quanto

più “scientifica” che si basa sulla analisi dei singoli elementi, considerati “per sé” e non in rapporto al “tutto uomo”. In realtà sarebbe più opportuno definire questo due tipi di medicina come “medicina *tradizionale*”, oggi rilanciata soprattutto dalla medicina “olistica”, e “medicina *moderna*”, laddove il termine *moderna* non indica una sua localizzazione spazio-temporale. Ma indica quell’aspetto frutto dell’approccio positivistico, sviluppatosi soprattutto in epoca moderna, che ha studiato l’uomo come un automa composto da vari elementi ciascuno separabile e separato dal resto e quindi oggetto di analisi singola. Dunque il termine “moderno” per indicare non solo una epoca storica ma riferendosi soprattutto allo “spirito” di quella epoca.

Mi piace sciogliere questo equivoco, nel senso che nella formazione “storica” dell’anima cosiddetta “occidentale” sono stati, più o meno volontariamente, eliminati tutti quegli elementi che, seppur distonici rispetto al “mondo moderno”, sono però risultati essere (sebbene tardivamente) validi elementi di conoscenza. Mi riferisco ad esempio all’approccio metodologico, soprattutto medico ma anche poetico e musicale, di Santa Ildegarda di Bingen che rappresenta una voce critica potente e pienamente “occidentale” della visione particolaristica e autonomistica/automististica/atomistica nello studio della salute umana che si svilupperà soprattutto a partire dall’epoca tardo moderna e che riprendeva temi già presenti nella cultura medioevale anteriore (soprattutto di origine nominalistica).

In particolare Santa Ildegarda di Bingen riteneva che l’uomo fosse indissolubilmente legato all’Universo e che nello studio dell’uno non si potesse prescindere dall’altro. La malattia era vista soprattutto come risultato della rottura di tale intima unione e la cui cura tendeva principalmente non a curare direttamente la singola malattia ma a ricostituire l’equilibrio tra uomo e natura: il singolo malessere è visto nell’ottica generale della rottura di un equilibrio complessivo cui l’uomo medesimo partecipa. Leggere oggi, con animo scevro dai condizionamenti che il pensiero positivista ha generato nella mente umana, e quindi leggere oggi, con animo libero, testi quali la *Physica aut liber simplicis medicinae*, oppure il *causae et curae aut liber compositae medicinae*, ci riporta, al di là dei singoli rimedi, in un ambiente permeato da “spirito sistemico” che ci sembra lontano anni luce da quello che ciascuno di noi ritiene un sistema “scientifico moderno”.

Eppure possiamo dire che *il tempo è stato galantuomo*: oggi siamo di fronte alla crisi dell’uomo contemporaneo, in quanto frutto diretto del fallimento della idea di “uomo moderno”, di quella idea di uomo che nasce nel momento in cui egli ritiene di dover essere “figlio di sé stesso”, ripudiando qualunque “interdipendenza”, per scoprire poi che questo percorso lo porterà all’esito nichilistico del suicidio, in quanto constata ad ogni suo passo che non può essere figlio di sé stesso, in quanto si muove sempre in un mondo di valori dati e dove, quindi, la interrelazione con il tutto (anzi: prima di tutto con l’altro) è elemento fondante, genetico e non eliminabile. Da qui quella crisi esistenziale di questo “uomo” (Romano, 1988) che lo porterà ad individuare come

atto “interamente suo” il solo atto suicida. Tale esito ha permesso di riconsiderare quelle impostazioni di metodologia della conoscenza che, anziché staccare prima l'uomo dal suo ambiente e poi i singoli componenti di un uomo da sé stesso, lo hanno considerato sempre come “parte di un tutto”, come nella impostazione classica e, ripetiamo, potentemente occidentale, della Santa di Bingen, la quale, oltre che fustigatrice dei costumi dei potenti dell'epoca, era anche pienamente inserita nella vita sociale ed ecclesiastica del suo tempo: benedettina e fondatrice del monastero benedettino di Bingen (da cui il nome), che applicava con rigore il motto *ora et labora*; musicista; poetessa; medico; farmacologa; esperta di rimedi naturali: insomma una personalità complessa e straordinariamente “contemporanea” (per un inquadramento generale di questi temi e cioè sia del pensiero di Santa Ildegarda di Bingen e sia dei principi medici occidentali nel medioevo vd. H. Schipperges, 1988).

In questa ottica la medicina dello sport non è semplicemente la scienza della cura dell'atleta o del rimedio ai suoi infortuni. E tutt'altro. È una scienza che ha fondamentale carattere pedagogico e preventivo che analizza e considera l'uomo sportivo, l'atleta, come elemento complesso ma unitario e lo osserva unitariamente all'interno ed in correlazione con tutto l'ambiente rilevante per il medesimo atleta. Quindi prima di tutto scienza fondamentalmente pedagogica ed olistica, di natura preventiva. Poi, certo, anche rimediazionistica in casi particolari e concreti, ma non è certo questa la sua funzione fondamentale.

2. Medicina: appunti etimologici e collegamento con l'etica sportiva

Il termine medicina contiene all'interno del nome la radice indoeuropea *med/mod*. Secondo il Devoto, “il termine *medicus* è termine latino che deriva da *mederi*, “riflettere”, “curare”, che contiene la antichissima radice “med” che conserva il valore medico”; in assonanza etimologica con “*meditare*”, con “*rimedio*”, con “*modus*”, quest'ultimo come “misura”, poi “regola”, tema in *-o*, con la radice al grado forte da *med* (Devoto, 1968).

Insomma, parole che denotano concetti come “modus-regola” o “modus-misura” o come “mederi-riflettere” o “mederi-curare”, e in parte le assonanze con il verbo greco *medomai*, che conserva la medesima radice latina, nel suo significato di “mediare”, “pensare”, “interpretare per capire”, “per essere impegnati in qualcosa”, ci danno l'idea che la moderna medicina dello sport, come l'antica medicina dello sport, si riferisce all'idea di “accompagnamento”, che, a sua volta, fa riferimento al concetto di “formazione”, “cura”, “difesa” e “prevenzione” e che quindi è collegata non solo al concetto fisico di medicina, ma è collegata anche e soprattutto al senso implicito nell'etica e la sua funzione.

Le implicazioni etiche e scientifiche connesse con le parole *modus/médomai*, da cui la medicina trae le sue origini, sono incorporati nel concetto di “terapia” -il trattamento, la cura e la prevenzione dell’atleta - che l’etica sportiva condivide con la medicina come una scienza che aiuta l’essere umano a svilupparsi in quanto tale.

L’etica sportiva è definibile come una riflessione sui principi morali e sui comportamenti che si sviluppano dai valori che un individuo o la società adotta circa lo sport. Quindi, l’etica sportiva abbraccia una serie di valori: soprattutto, il rispetto per sé stessi e il rispetto per gli altri. Questi due valori sono due dei più fondamentali valori dell’etica sportiva.

Ma la definizione di etica sportiva non si ferma qui. Essa comprende concetti come equità, sportività, responsabilità, lotta contro le molestie e gli abusi, salute e sicurezza, e così via. Quindi, l’etica sportiva è un bene decisivo nello sport così come nella vita.

Dunque, medicina dello sport, come scienza volta a prendersi cura della salute umana “complessivamente” e ha una forte componente etica, condividendo con l’etica come scienza umana il fine di garantire un clima positivo per l’atleta, guardando sia al suo corpo che al suo sviluppo morale, alla luce di un punto di vista pedagogico.

3. Il medico dello sport come agente morale

Alla luce di tali premesse, il medico sportivo ha sempre un ruolo etico e svolge una funzione morale nel contesto dello sport come pratica umana. Un medico sportivo non è una semplice “tecnico” della salute dell’atleta, ma è, prima di tutto, un agente morale, è un soggetto che è “in grado di agire con riferimento al bene e al male”. Un agente morale è una persona che è responsabile delle decisioni e dei comportamenti non solo propri ma che è responsabile anche delle scelte degli altri in quanto ha il “potere di scegliere per un’altra persona”.

Questo è un elemento fondamentale sia per la medicina dello sport che per il medico dello sport: entrambi, la prima come scienza il secondo come agente morale che applica i principi di una scienza, hanno il dovere di rispondere alla domanda: “come posso agire per aiutare gli atleti ai fini di renderli sicuri, sani e permettere loro di svilupparsi come esseri umani migliori?”. In altre parole, il medico dello sport, come agente morale, è un soggetto in grado di comprendere i principi morali astratti e applicarli al processo decisionale nello sport. Il medico sportivo deve avere non solo la coscienza di sé, dei principi morali e dei valori dello sport, ma anche coscienza della motivazione con la quale elaborare piani per il raggiungimento degli obiettivi e per valutare le alternative.

Inoltre, al fine di valutare le opzioni presenti nel processo decisionale, il medico dello sport come agente morale deve agire, soggettivamente, in conformità con i suoi

principi morali e, oggettivamente, con quelli dello sport come valore umano e che implica sempre la esistenza di un bene per l'umanità.

Per riassumere, l'etica medica è qualcosa che, a prescindere dalle conoscenze teorico-pratiche di sport del medico, comprende sia la teoria (cioè, la capacità di osservazione: dal greco *theorein*) che la pratica (cioè, la capacità di operare, di fare: dal greco *prassein*) "utili" e per le quali esistono azioni "buone" o "cattive" finalizzate alla cura e al benessere dell'atleta.

Da questa unione inscindibile tra teoria e pratica deriva la metodologia e la tecnica della medicina dello sport come scienza della cura "complessiva" dell'uomo nel contesto dello sport e dell'attività fisica.

Da questo punto di vista, andrebbe ripensata ed eventualmente trasformata l'arte della medicina dello sport in una scienza a favore di una cura dell'atleta (e delle persone che sono impegnate nello sport), intesa come, appunto, "complessiva" e non come frazionata o come parziale o settoriale. Questa è, a mio avviso, la principale sfida etica della medicina dello sport come scienza di un essere umano e del suo benessere.

Sembra utile applicare questi principi al fenomeno del *doping*. Ora, facendo una provocazione si potrebbe dire che non esiste una certezza scientifica in base alla quale condannare, dal punto di vista medico, l'utilizzo del *doping*, qualora questo, ad esempio, non provocasse conseguenze negative sulla salute dell'atleta che lo avesse assunto.

I problemi riguardanti questa pratica, infatti, non sono quelli bio-medici. Il problema del *doping* è intimamente legato alla storia dello sport in sé. Lo sport è un *pharmakon*-concetto (che è "buono" e "cattivo" allo stesso tempo) e il concetto di *doping* può aiutare de-costruire la sua natura ambigua, aprendo lo spazio ad un'etica consapevole del fatto che l'unico modo per comprendere i valori dello sport è sempre attraverso il "relazionarsi" dell'atleta in quanto uomo con gli altri atleti in quanto uomini; quindi anche qualora il *doping* non fosse dannoso, dal punto di vista bio-medico, per la persona dell'atleta, il suo utilizzo sarebbe sempre ingiusto in quanto non permetterebbe di instaurare una relazione riconoscente su un piano di parità ed uguaglianza tra l'atleta dopato e l'atleta non dopato. In termini che ho utilizzato altrove (Di Pietro, 2012), la differenza esistenziale (sempre consentita, anzi strutturale dei rapporti umani concreti) che permette la vittoria di un atleta a fronte della sconfitta di un altro l'atleta, qualora sia determinata non da una migliore prestazione ma da una prestazione "più forte" perché viziata dall'uso di *doping*, questa differenza esistenziale "ingiusta" si riverbererebbe sulla uguaglianza ontologica, producendo, quindi, una diversità ontologica che è sempre inquadrata come "male" o "ingiustizia". E la violazione della parità ontologica riduce il "perdente" da altro "uomo/atleta" a "cosa", rendendo impossibile quella relazione di riconoscimento di umanità, nella quale l'atleta riconosce, nell'altro atleta, un altro "uomo", uguale a sé stesso in quanto uomo e con gli stessi diritti di ottenere una vittoria a livello esistenziale che sia "giusta".

Credo che, in tale ottica, il sistema di prevenzione a livello mondiale del *doping* nello sport (penso alla WADA, e ad altre agenzie sportive internazionali o locali) devono ripensare i loro ruoli e funzioni e caratterizzarle sempre più in modo non coercitivo, ma preventivo, di insegnamento e di ausilio per gli atleti a non assumere *doping* non solo a causa dei rischi fisici che questa pratica implica o per paura di una punizione, ma soprattutto per il motivo che assumere *doping* significa pre-determinarsi alla vittoria in maniera “ingiusta” rispetto all’esercizio delle differenze esistenziali (vittoria/sconfitta) che deve essere raggiunta senza mai violare la uguaglianza ontologica tra atleti in quanto esseri umani. Ed il *doping*, creando una pre-determinazione alla vittoria attraverso la violazione della parità ontologica tra atleti in quanto “uomini” (chi assume *doping* si considera più uomo di chi non lo assume che, dunque, viene ridotto a *res*, a *cosa*, rendendo impossibile la relazione di mutuo riconoscimento “in quanto uomini”), rende la vittoria sempre “ingiusta”.

Dunque, il contesto in cui il medico dello sport agisce *in quanto* medico, è sia tecnica che etica, e sempre implica l’impegno e la responsabilità non solo verso l’atleta ma anche verso sport come bene intrinseco per l’umanità e la società. Questo è il punto di partenza di una deontologia professionale del medico sportivo. Al giorno d’oggi, la medicina dello sport è sia una conoscenza tecnica che etica, che può contribuire allo sviluppo dello sport come pratica etica, nella quale l’uomo-atleta esercita le sue potenzialità esistenziali (vittoria/sconfitta) in un contesto di parità ontologica con gli altri uomini-atleti.

4. Significato etico della medicina dello sport

Per i motivi sopra esposti, il ruolo della medicina dello sport è sempre “olistico” nel senso classico del termine, perché vede (e deve vedere) l’atleta come un essere umano che esprime l’unità dei suoi componenti fondamentali (la medicina dello sport come mezzo per far sviluppare, all’atleta, la sua “integrale personalità”).

Da un punto di vista etico, la medicina dello sport non deve esprimere una conoscenza dicotomizzata o parziale o frammentaria dell’atleta ma piuttosto una sua conoscenza globale o integrale. Per questa ragione, sono convinto che la medicina dello sport può essere utilizzata per affermare o riaffermare – alla luce della commercializzazione dello sport contemporaneo - la centralità della persona intesa come *unicum* integrale che si esprime in un’unità inscindibile dello spirito e del corpo anche nello sport, contribuendo, attraverso una metodologia etico-comunicativa - che è esortativa e pedagogica, prima che prescrittiva o normativo-coercitiva -, nello sviluppo dei valori dello sport.

Ciò significa che per il medico sportivo azioni e pratiche devono essere ripensati in una prospettiva pedagogica, incoraggiando gli atleti a seguire comportamenti “giusti” verso gli altri atleti e verso i valori dello sport.

I medici sportivi occupano sempre un insieme specifico di ruoli. Ad esempio, possono svolgere il ruolo di medico di medicina generale di un paziente atleta; o di medico della squadra per un singolo *club*; di medico sportivo per una federazione nazionale di sport (di cui il loro *club* può essere un componente) o per una federazione sportiva internazionale; di consulente indipendente per il datore di lavoro dell'atleta; di medico i cui servizi sono stati inseriti, dagli organizzatori, all'interno di un singolo evento; o di consulente specializzato in un processo legale. Ognuno di questi ruoli comporta sfide etiche, ma tra di loro ci possono essere anche conflitti di aspettative o di doveri.

Tutti questi ruoli e queste funzioni svolte dai medici sportivi, hanno un alto grado di complessità e richiedono una specifica condotta etica e specifici atteggiamenti etici; cioè richiedono la capacità di agire in accordo con i principi etico-sportivi, nel rispetto delle regole di riconoscimento reciproco e di rispetto, regole sulle quali si fonda la comunicazione e l'interazione umana.

5. Conclusioni

Ci sono diversi modi attraverso i quali la medicina dello sport può contribuire a promuovere i valori etici nel contesto dello sport contemporaneo. Questi modi possono riassumersi come segue:

- 1) curare l'atleta, non solo dal punto di vista bio-fisico, ma anche da un punto di vista etico, ri-equilibrando le due dimensioni in caso di necessità. Quindi una cura che non si limita agli aspetti materiali ma che considera l'atleta come un essere umano del quale deve promuovere "l'integrale sviluppo" (concetto *olistico* della medicina dello sport);
- 2) sviluppare un livello di intervento che non sia principalmente "coercitivo", ma che sia essenzialmente "preventivo" (funzione *pedagogica esterna* della medicina dello sport);
- 3) motivare gli stessi medici sportivi ai fini di contribuire allo sviluppo della pratica dello sport nella società attraverso specifici programmi di educazione alla salute attraverso lo sport (funzione *pedagogica interna* della medicina dello sport);
- 4) sviluppare un approccio critico allo sport contemporaneo, alla sua storia e ai suoi valori e concepire questi valori non come un sistema rigido, ma piuttosto come un prodotto della riflessione circa l'importanza dello sport e il suo potenziale sociale (funzione *critico-riflessiva* della medicina dello sport);
- 5) aiutare le persone e gli atleti a riconoscere i limiti umani nello sport. La medicina dello sport deve insegnare ad avere una chiara idea delle proprie capacità e dei propri limiti naturali. Ciò non per accettare incondizionatamente tali limiti, ma per

educare alla “modalità” di superamento di tali limiti, da effettuarsi gradualmente e nel rispetto dei valori dell’individuo medesimo, dell’altro, del tipo di sport, dell’ambiente e di tutte le altre forme di vita (funzione *creativa* della medicina dello sport).

- 6) sviluppare la dimensione *games-man-ship* dello sport. Nel senso che non va dimenticato che, in fondo, lo sport é fondamentalmente un gioco in cui delle persone si incontrano e si riconoscono per ciò che essenzialmente sono: esseri umani comunicanti tra di loro (funzione *sociale* della medicina dello sport).

Bibliografia

- » Devoto, 1968 – G. Devoto, *Dizionario etimologico*, Le Monnier, 1968.
- » Di Pietro, 2012 – Di Pietro-Colitti-Isidori-Pigozzi: *La medicina dello sport e le nuove sfide dell’educazione olimpica: aspetti etici e pedagogici*, in *Medicina dello Sport*, vol.65, pp.407-422, dicembre 2012;
- » Di Pietro, 2013 – Di Pietro-Isidori-Triviño con *Introduzione di Fabio Pigozzi: Arbitraggio sportivo, etica ed educazione*, ed. sette città, 2013;
- » Kant, 1797 – I. Kant: *La metafisica dei costumi*, nella traduzione di Giovanni Vidari, Laterza, 1993;
- » Romano, 1988 – B. Romano: *Soggettività, diritto e postmoderno*, Bulzoni, 1988;
- » H. Schipperges, 1988 - *Il giardino della salute: la medicina nel medioevo*, di H. Schipperges, ed. Garzanti, 1988).

El modelo integral de *stakeholders* en la gestión de la responsabilidad social de los servicios de deporte universitarios

The comprehensive model of stakeholders in the management of the social responsibility at the university sports departments

Òscar Chiva Bartoll

Elsa González Esteban

Carlos Hernando Domingo

Universidad Jaume I (UJI)

Abstract

Este trabajo propone la inclusión del *modelo integral de stakeholders* en la gestión de la responsabilidad social de los servicios de deporte universitarios. En primer lugar se analiza la complejidad del hecho deportivo como fenómeno social que se ha integrado en el seno de la institución universitaria. A partir de este punto se aborda el papel de los servicios de deporte y su posición frente a la responsabilidad social, tanto en su vertiente de entidades vinculadas a la universidad, como desde su naturaleza particular basada en la promoción de actividad físico-deportiva con fines educativos. Tras este análisis se lanza una propuesta de gestión ética que integra la respuesta a la responsabilidad social como parte del propio modelo de gestión. Los fundamentos que sostienen esta propuesta parten de una revisión de la teoría de *stakeholders* realizada desde la ética discursiva, de forma que se integra al planteamiento de los grupos de interés el fundamento normativo dialógico.

Abstract

This paper proposes the inclusion of the *comprehensive stakeholders model* in the management of the social responsibility at the university sport departments. First, we

analyze the complexity of the sporting event as a social phenomenon that has been integrated within the university. From this point, we study the role of the college sport services and the characteristics of its social responsibility. This analysis is carried out both from its conception as entities related to the university, and from its particular nature based on the promotion of physical and sporting activities for educational purposes. Consequently, the paper makes a proposal for ethical management of college sports departments that involves the response to social responsibility as part of their own management model. The principles which support this proposal are based on a review of the stakeholder theory from the discourse ethics approach. In this way, our proposal integrates the approach of stakeholders with the normative basis of the discourse ethics.

Palabras clave:

Responsabilidad social universitaria, deporte, servicio de deportes universitario, gestión deportiva.

Key words:

Social responsibility, sport, college sport department, sports management.

1. Introducción

El hecho deportivo se ha extendido como una realidad de interés general que a día de hoy cumple un papel incuestionable en la sociedad. Tanto es así que bajo la premisa de su contribución a la educación integral, la oferta de actividad físico-deportiva es concebida como un servicio plenamente exigible a la institución universitaria. Para dar respuesta a esta demanda, a la universidad le es requerida la implantación de unidades y estructuras de gestión específicas conocidas generalmente como unidades o servicios de deporte universitarios (Almorza, Yébenes, Bablé, Rivas, Ronquete & Casadi, 2011). Estos servicios de deporte, en tanto que universitarios, cuentan con unas exigencias y demandas sociales propias que las diferencian de otras entidades y servicios dedicados a la promoción deportiva (Canibe, 2011).

A partir de dichos planteamientos, el presente artículo trata de analizar la responsabilidad social de los servicios de deporte universitarios dándola a entender como una necesidad que debe ayudar a afianzar la legitimidad de su praxis y que, además, puede ayudar a orientar su gestión ética. Para ello se abordan consecutivamente una serie de apartados en los que se tratan cuestiones como la complejidad del hecho deportivo como fenómeno social emergente, las características del deporte en la universidad, las particularidades y dimensiones de la responsabilidad

social universitaria, y la cuestión sobre la responsabilidad social de los servicios de deporte universitarios. Por último, para dar respuesta a los requerimientos planteados, el artículo sugiere el modelo integral de *stakeholders* como modelo de gestión de la responsabilidad social de los servicios de deporte universitarios.

2. El hecho deportivo como fenómeno social complejo

Para entender el sentido y la razón de ser de los servicios de deporte universitarios y delimitar así su responsabilidad social, es necesario conocer previamente la naturaleza compleja del hecho deportivo como fenómeno social emergente. Desde su vertiente como actividad social propiamente humana, del deporte emana lo que se conoce como hecho deportivo (Domínguez, 1995). Existe, sin embargo, una diferencia clara entre los conceptos *deporte* y *hecho deportivo* basada en la proyección del deporte en la dimensión social. Profundizando en la diferenciación entre *deporte* y *hecho deportivo* Cagigal (1996, 794) refrenda la existencia de dos aproximaciones específicamente independientes, “por una parte se puede concebir el *deporte* como realidad ontológica y por otra el *hecho deportivo* como realidad social”. De modo que el hecho deportivo tiene en cuenta todas las consecuencias sociales que se derivan del deporte, incluyendo todo un conglomerado de relaciones intersubjetivas que tienen su origen en el deporte y que pueden llegar a interferir en otras esferas sociales.

Debido a la variedad de enfoques emergentes del hecho deportivo, a la hora de hablar de gestión deportiva se hace necesario aclarar a cuál de los ámbitos del deporte se hace referencia, empleando calificativos como recreativo, competitivo, educativo, universitario, etc. Pues, igual que no es lo mismo el deporte espectáculo que el deporte para todos, o que el deporte en la universidad; no tiene tampoco ningún sentido hablar de gestión deportiva de un modo genérico. Cada modelo de gestión deportiva tendrá unos objetivos y una idiosincrasia muy diferentes, lo cual deberá ser tenido muy en cuenta a la hora de planificar su gestión tanto en términos estratégicos como de responsabilidad social (Morales, 2009, 96). Cada cual tendrá unos objetivos y en base a ellos deberá articular un modelo de actuación particular.

Como punto de partida, en este artículo se desvelan los objetivos del deporte en la universidad a partir la metodología hermenéutico-crítica. Este método, ampliamente empleado en terrenos como la filosofía práctica y las éticas aplicadas, trata de dar a conocer desde el interior de cada institución el bien interno que da legitimidad y sentido a su praxis. Para ello, es necesario en este punto un trabajo de reflexión y análisis de los valores y deberes que acotan la praxis de los servicios de deporte universitarios, atendiendo a elementos como el tipo de sujeto para el que se orienta la gestión, los valores que se estiman preponderantes a la hora de tomar decisiones, la alineación de sus objetivos con la misión de la universidad, etc. Esta aproximación

se desarrollará tanto a partir de la bibliografía específica, como del análisis del marco legislativo relacionado. De esta forma se irán acotando progresivamente los objetivos de los servicios de deporte universitarios.

Para empezar destacamos de inicio los contenidos genéricos que la gestión deportiva debe acometer según las investigaciones llevadas a cabo por Milewski & Bryant (1985), a saber: gestión, marketing, contabilidad, relaciones públicas, comunicación interpersonal, planificación y organización de programas de actividades.

En esta misma línea García-Ferrando (1990, 261) indica que las principales funciones de la dirección deportiva son: “la supervisión, la coordinación de funciones, la dirección de planes, el planteamiento de objetivos, etc.” Por tanto podría decirse, en síntesis, que la gestión se basa ante todo en la toma de decisiones alineadas con la razón de ser de la entidad gestionada. Las decisiones entorno a aspectos como: administración, personal, aspectos económicos, programación de medios, control de materiales y equipamientos, conservación y mantenimiento de instalaciones, organización de actividades, etc., deben tener unos objetivos determinados en función de las metas propias del deporte en la universidad.

3. El deporte en la universidad

Actualmente sigue resultando una ardua tarea hablar del concepto de deporte en la universidad, ya que es un fenómeno que aún no goza de una identidad clara y definida. El caso es que aunque en otras culturas no sucede lo mismo, en nuestro país existen diferentes modelos y concepciones de deporte en la universidad, lo que provoca que en ciertos casos, como afirma López-Yeste (2009, 27), ni siquiera quienes se encargan de su gestión tengan claro lo que tienen entre manos ni, por consiguiente, el camino a seguir. Desvelando este mismo hecho, Aguado (2006, 155) profundiza en la diversidad de modelos que se dan en el territorio estatal, convirtiéndose a su vez estas diferencias estructurales, en diferencias en la gestión y la organización del mismo.

Por otra parte, si nos apoyamos en la delimitación de algunas leyes de deporte autonómicas veremos que su definición de deporte en la universidad tampoco llega mucho más lejos. Tal como señala Hernando (2006), son varias las que se suscriben a la siguiente definición del Artículo 57 de la ley del deporte del País Vasco: “*Toda actividad deportiva, competitiva o recreativa practicada exclusivamente por la población universitaria en el seno de los programas deportivos de las universidades*”. Definición que, según se adelantaba, se refleja en la misma línea en la ley del deporte de la Comunidad de Murcia, la de Navarra y la de Castilla y León.

Por otra parte, la L.O.M.L.O.U., en su Artículo 90, expone que el deporte en la universidad tiene el sentido de contribuir no sólo a la mejora de la salud, la calidad de vida y las condiciones físicas, sino también a la formación en valores y competencias,

contribuyendo a la formación integral. Así pues, como igualmente recoge López-Yeste (2002), el deporte en la universidad debe tener un perfil eminentemente educativo, convergiendo en él un conjunto de actuaciones que eduquen y se alineen con las metas principales de la universidad. Idea que también es refrendada por Canibe (2011), quien destaca la necesidad de entender que el deporte en la universidad no es, o al menos no debe ser, únicamente el deporte que se practica dentro de la universidad por el mero hecho de desarrollarse en dicho emplazamiento, sino que necesita tener un carácter diferenciador centrado en su capacidad formativa. Una identidad propia que, como defienden Almorza et al. (2011, 39), debe basarse en el desarrollo de valores y la formación integral.

De hecho, ¿qué otro sentido tendría la práctica de deporte en el seno de una institución educativa como la universidad sino su contribución a la formación integral? En esta línea, Martínez (2006) advierte que la universidad ha estado volcada en la actividad intelectual, no sabiendo reconocer la contribución que el deporte puede tener en el desarrollo armónico de su población. Además, en palabras de Morales (2009, 86) diremos que:

Ahí es donde desde nuestro planteamiento creemos que debe encuadrarse el deporte en la universidad, como complemento a la docencia y a la investigación que favorezca, entre otros, la dimensión de los valores que la propia Universidad busca, potenciando su implicación social, gracias a sus aspectos dinamizadores.

Por tanto, el carácter diferenciador basado en la formación integral es uno de los aspectos a destacar en la definición que se persigue del deporte en la universidad. No obstante, la cosa no queda aquí, sino que llegando un poco más lejos, veremos a continuación si el deporte en la universidad debe cumplir su función formadora únicamente con el alumnado, o si por el contrario, debería abrirse a toda la población universitaria, ya que se trata de un hecho crucial a la hora de estudiar la responsabilidad social asociada a su gestión.

Almorza et al. (2011, 76) indican que casi una sexta parte de la comunidad universitaria es usuaria de los servicios de deportes, siendo cerca del 12% usuarios de los colectivos de Personal de Administración y Servicios (P.A.S), y Personal Docente e Investigador (P.D.I.). Asimismo, en su estudio sobre las universidades andaluzas, Almorza, Yébenes, Rivas & Bablé (2010) indican que el porcentaje de la población de P.D.I.-P.A.S. usuario deportivo supera casi en dos puntos y medio al de la población de alumnos.

Pero además, al abordar la gestión de los servicios de deporte universitarios cabe preguntarse con Morales (2009) y Roca (2006), si aparte de pensar en usuarios como los estudiantes, el P.A.S. y el P.D.I., tiene sentido ampliar el radio de acción hacia la sociedad en general.

En definitiva, de lo dicho hasta el momento, debe quedar la idea de un enfoque educativo del deporte en la universidad que impregne las propuestas de los servicios de deporte universitarios. Pero además, no debe olvidarse un importante enfoque social que permita expandir su radio de acción hacia el entorno universitario, siendo todo ello gestionado desde una perspectiva integradora a partir de su alineación con las legítimas metas de la institución universitaria.

Por otra parte, aunque gozan de gran autonomía, los servicios de deporte universitarios no son entidades totalmente independientes, sino que se encuentran sujetos a una serie de obligaciones y responsabilidades relacionadas con la institución universitaria (Almorza et al., 2010). Por tanto, para delimitar la responsabilidad social de los servicios de deporte universitarios es necesario, además, conocer la naturaleza y dimensiones de la responsabilidad social universitaria. Cuestión que se aborda en el siguiente apartado.

4. Responsabilidad social universitaria

Para delimitar el alcance del término responsabilidad social, como indica De la Torre (2009), han de tenerse en cuenta características esenciales como su carácter voluntario, una visión pluralista de las entidades y la consideración de los grupos afectados. Asimismo, para el caso concreto de la responsabilidad social universitaria (R.S.U.), dentro de su especificidad, se plantea la aplicación de un conjunto de valores y principios desarrollados desde la propia universidad para consumir un proceso de transferencia e intercambio con la sociedad (Gaete, 2012).

En virtud de lo anterior, la búsqueda de un modelo de R.S.U. es algo que en la *Global University Network for Innovation* (G.U.N.I.), ya viene planteándose desde su creación en 1999. En uno de sus informes, G.U.N.I., (2008, 40), se apunta hacia un sentido de la R.S.U. que entronca totalmente con la concepción de la misión de la universidad en tanto que institución al servicio del desarrollo social:

La noción de “responsabilidad social universitaria” (R.S.U.) ha adquirido un sentido distinto en el siglo XXI y ha pasado a referirse a la relación entre el papel desempeñado por las instituciones de educación superior (IES) en la formación de personas que poseen perfiles multidisciplinares, y que generan conocimiento en el contexto de su aplicación y se vinculan orgánicamente al entorno, y lo que la sociedad demanda en beneficio de sus mayorías.

Esta concepción apuntala la idea de que en la universidad actual su bien interno no puede separarse de su responsabilidad social. Es decir, el cumplimiento de la misión

formadora de la universidad revierte directamente sobre el entorno, por lo que uno de sus pilares fundamentales radica en buscar la excelencia en la consecución de su misión.

Asimismo, la Conferencia Mundial sobre Educación Superior (C.M.E.S., 2009), aborda la naturaleza del compromiso entre sociedad y educación superior en términos de responsabilidad social, invitando a reforzar la relación con el entorno y los agentes locales, y entendiendo a la comunidad universitaria y a los agentes locales como partes interesadas.

Circunscribiendo el análisis a la situación española, debe atenderse al informe que la Comisión Técnica de expertos de la *Estrategia Universidad 2015* (E.U. 2015), presentó a los órganos colegiados del Sistema Universitario: *Consejo de Universidades* (C.U.), *Conferencia General de Política Universitaria* (C.G.P.U.) y *Consejo de Estudiantes Universitario del Estado* (C.E.U.N.E.). Este informe, en términos de responsabilidad social, subraya la necesidad de poner el acento no sólo en la formación especializada de las titulaciones, sino también en la formación continua y en la formación integral.

Además, tal como reza dicho informe, en la dimensión social de la universidad se antoja ineludible un compromiso con el conjunto de la sociedad, desde donde se articulen modelos de innovación y de desarrollo social, cultural, económico y ambiental que sean socialmente responsables y sostenibles.

Profundizando más en el estudio de la R.S.U. irrumpen en escena trabajos como los de Bricall (2000), Burrows (2009), Gaete (2012), Vallaey (2008), Rodríguez (2010), o la adaptación universitaria de los informes de responsabilidad social del *Global Reporting Initiative* (G.R.I.) propuesta por Larrán & López (2010). Como nexo común a estas iniciativas se identifican una serie de *stakeholders* ante quienes las universidades deben rendir cuentas de su funcionamiento: estudiantes, empresas y otros organismos sociales, el gobierno, el personal académico y los proveedores de recursos públicos o privados para el funcionamiento institucional.

Desde aquí, en concordancia con Gaete (2012), se defiende una idea de R.S.U. que implica acciones relacionadas con la docencia, la investigación, la extensión y la gestión universitaria. Concretamente, se alude a la necesidad de una respuesta socialmente responsable ante los requerimientos de los diferentes *stakeholders* implicados en cada una de estas dimensiones.

En esta misma línea, Vallaey (2008) y Rodríguez (2010) enumeran una serie de estrategias que debe tener en cuenta la Universidad para acometer su responsabilidad social:

- La participación de todos los *stakeholders* o grupos de interés en el acontecer de los procesos de la universidad.
- La alineación de los planes de estudios, la investigación, la extensión y los métodos de enseñanza con las necesidades y problemas sociales.
- La constatación de los resultados y la satisfacción de los implicados en los procesos de gestión.

De estos puntos se extrae que la institución universitaria no puede aspirar a la excelencia sin tener presente la responsabilidad social que se le exige en todas sus funciones. En concreto, el deporte en la universidad queda acotado tanto en la función docente (educación no formal) como en la de extensión universitaria, pues como se aclaraba en el punto anterior, comprende al conjunto de la práctica físico-deportiva realizada no sólo por los estudiantes universitarios sino también por el resto de la comunidad universitaria (colectivo profesional) y ciudadanos practicantes dentro de la oferta de la universidad.

Queda claro entonces que los servicios de deporte en la universidad desempeñan un papel vital en la función de extensión universitaria, puesto que ejercen como agentes de extensión de los conocimientos, experiencias y valores de la universidad hacia el resto de la comunidad. Sin embargo, el mero hecho de participar en la función de extensión universitaria no implica que los servicios de deporte estén cumpliendo satisfactoriamente con su responsabilidad social, ni mucho menos que su existencia deba ser entendida como una respuesta particular de la universidad ante su responsabilidad social. De hecho, no debe olvidarse que lejos de la mera acción social, la asunción de la responsabilidad social implica la rendición de cuentas ante todos los *stakeholders* que se ven afectados por su praxis. Por lo que se abre la disquisición sobre la existencia de una responsabilidad social propia de los servicios de deporte universitarios.

5. La responsabilidad social de los servicios de deporte universitarios

La responsabilidad social, como se ha visto, no debe concebirse como algo aparte o separado de las funciones normales de una entidad, sino que debe acometerse desde el ejercicio de sus funciones básicas (Doh & Guay, 2004; Filizoz & MÜcahit, 2011; Smith & Westerbeek, 2007). Es decir, debe practicarse a diario en todos los ámbitos de la gestión, tanto en el cumplimiento del bien interno, como en la rendición de cuentas con todas las partes interesadas, entendiéndose entonces como un modelo de gestión que integre las expectativas de sus stakeholders o *grupos de interés* (Burrows, 2009; Doh & Guay, 2004; Filizoz & MÜcahit, 2011; Gaete, 2012; Smith & Westerbeek, 2007).

Para determinar la existencia de responsabilidad social en los servicios de deporte universitarios, habrá que ir avanzando poco a poco y responder, en primer lugar, a la siguiente cuestión: ¿tiene sentido atribuir a los servicios de deporte universitarios una responsabilidad social específica? A lo que respondemos con Cortina (1997, 25) que “Cualquier entidad cuyas decisiones tengan consecuencias sociales debe asumir su responsabilidad social y pública por ellas”.

Sin duda, en tanto que poseen intencionalidad y posibilidad de decidir, puede afirmarse que los servicios de deporte universitarios son responsables por sí mismos de

sus acciones, aunque pertenezcan a un nivel organizativo mayor como la universidad. Sin ir más lejos, una estructura organizacional propia, así como la existencia de un bien interno exclusivo, los dota necesariamente de responsabilidad por las consecuencias que puedan acarrear sus decisiones.

Por lo que convendrá proponer un patrón de referencia para la reflexión, el diálogo y la posterior toma de decisiones de los servicios de deporte universitarios. Ahora bien, ¿quién conforma el servicio? ¿Cómo se toman las decisiones? ¿Qué se tiene en cuenta a la hora de decidir? La responsabilidad social exige responder ante los implicados por las consecuencias de las decisiones, luego es obvio que desde esta perspectiva las demandas e intereses de los afectados deben ser tenidos en cuenta.

Este hecho requiere aportar innovaciones en esta parte del modelo de gestión, de manera que se dé voz a las partes interesadas y se las integre dentro de los procesos estratégicos. Es decir, las cúpulas directivas de los servicios de deporte universitarios tendrán que dar cuenta de las demandas que en los diferentes ámbitos de acción puedan elevar los trabajadores, los usuarios, los proveedores, la comunidad local, las administraciones, la propia institución universitaria, las federaciones deportivas, etc.

En este sentido, como indica (Carrol, 1991), el modelo de *stakeholders* tiende un puente entre la gestión estratégica y la responsabilidad social. Por lo que en la línea marcada por Filizoz & Múcahit, (2011) y Smith & Westerbeek (2007), este modelo se erige como el candidato ideal para proponer un avance en la gestión socialmente responsable de los servicios de deporte universitarios. De esta manera, aquellos servicios que opten por el modelo de *stakeholders* podrán alcanzar la integración de los intereses de cuantos se vean afectados por sus decisiones.

Para conocer esos intereses y demandas, el servicio deberá abrir los canales de información y comunicación oportunos con sus afectados. En este punto, nos decantamos por el modelo de responsabilidad social fundamentado por la ética discursiva que proponen González-Esteban & García-Marzá (2006). Desde su perspectiva, la responsabilidad se define a partir de un diálogo con los afectados en el que se intentarán averiguar tanto los intereses que éstos comparten, y que por tanto son universalizables, como los intereses propios de cada grupo en particular (García-Marzá, 2004; González-Esteban, 2002).

Una vez conocidos esos intereses, los servicios de deporte tendrán que ser capaces de discernir cuáles deben ser tenidos en cuenta y cuáles no. Para ello, la clave está en la legitimidad y en la universalidad de dichas demandas. Una respuesta a esta necesidad se encuentra en la integración de la *teoría de stakeholders* con la *ética del discurso*, de manera que se puedan sentar las bases necesarias, tanto normativas como estratégicas, para poder llevar estos planteamientos a la práctica.

Esta complementación entre el modelo de *gestión de stakeholders* y la *ética del discurso* ha sido desarrollada por González-Esteban (2001), desplegando a partir de su trabajo una propuesta propia llamada *modelo integral de stakeholders*. Dicho modelo,

definitivamente, será la propuesta aquí elegida para dar cuenta de la responsabilidad social de los servicios de deporte universitarios.

6. Propuesta de gestión de la responsabilidad social de los servicios de deporte universitarios

A raíz de la revisión de la teoría de *stakeholders* desde la ética discursiva, González-Esteban (2012a) aduce una serie de razones que posibilitan consolidar la pretendida dimensión ética de la teoría de *stakeholders* con los principios de la ética del discurso. Una dimensión en la que tienen cabida las propiedades esenciales de la responsabilidad social citadas anteriormente: carácter voluntario, visión pluralista y consideración de los *stakeholders*.

El planteamiento propuesto hace referencia a la comprensión plural de los servicios de deporte universitarios a partir de la consideración de todos sus *stakeholders*. Asimismo corrobora que la teoría propuesta por Freeman (1984) abre la puerta a la consideración de relaciones morales entre los *stakeholders*, superándose así los meros contratos jurídicos y sociales (García-Marzá, 2004). Finalmente, cabe decir que desde la perspectiva ética dialógica los *stakeholders* pasan a entenderse como fines en sí mismos, abandonando su papel de simples instrumentos o medios al servicio de los dirigentes.

En definitiva, desde la revisión de González-Esteban (2001), aquí se propone para los servicios de deporte universitarios un *modelo integral de stakeholders* en el que las tres dimensiones de la teoría de *stakeholders* planteadas inicialmente por Donaldson & Preston (1995), a saber, *descriptiva*, *estratégica* y *normativa*, se funden en la plasmación de un solo modelo. Dicha propuesta se dibuja como un marco desde el que reflexionar y desarrollar respuestas en relación a la responsabilidad social de los servicios de deporte universitarios. A continuación se proyecta cómo quedarían estas dimensiones en este terreno concreto. Aunque el modelo se entiende como una integración de las tres dimensiones, conviene aclarar que se describen a continuación una a una por motivos de claridad expositiva.

6.1. Dimensión normativa

Producto de la racionalidad intersubjetiva que emerge de la ética del discurso, los fundamentos normativos planteados de la mano de González-Esteban (2012b) son:

- La clasificación de intereses en: individuales o particulares, grupales o de alianzas, y generalizables o universalizables.

- La concepción de *stakeholder* se ha redefinido como un interlocutor válido que debe ser tenido en cuenta.
- Los atributos que ayudan a identificar a los *stakeholders* son: poder estratégico o de influencia, poder comunicativo, urgencia y legitimidad.
- Los procesos dialógicos son exigencias procedimentales en sí mismos, por lo que deben celebrarse para que sea legitimado bajo el cumplimiento de los siguientes principios: de sinceridad, de inclusión, de simetría y de reciprocidad.

El centro de esta postura normativa radica en el entendimiento de los *stakeholders* como *finés en sí mismos*, entendidos como *interlocutores válidos* con poder no sólo estratégico (poder de influir en las decisiones de otros), sino también comunicativo (poder de expresar sus intereses y llegar a acuerdos y consensos), capaces de generar proyectos a largo plazo en los servicios de deporte universitarios, a partir de la legitimidad de sus propuestas. Así, emerge además una concepción plural de los servicios de deporte universitarios en la que la diversidad de intereses (particulares, grupales y generalizables), servirá de guía y referente normativo para la gestión.

6.2. Dimensión descriptiva

Desde la dimensión descriptiva se propone, en primer lugar, la elaboración de un mapa de *stakeholders* de los servicios de deporte universitarios. En la figura 1 se presenta un ejemplo genérico de mapa de stakeholders para los servicios de deporte universitarios.

Posteriormente, a raíz de este mapa, se propone desde aquí entrar en el examen de las características particulares de los stakeholders, mediante la elaboración de una planilla o ficha de recogida de información. En dicha planilla figurarían una serie de entradas en base a los principios requeridos por el modelo planteado, tales como: las posibilidades de interacción (afectar y ser afectado) entre *stakeholders* y organización, y los atributos que los definen como *stakeholders*, a saber, poder estratégico, poder comunicativo, urgencia y legitimidad de sus intereses. Asimismo, debería acordarse la necesaria revisión periódica de estos instrumentos de análisis descriptivo, en pos de facilitar su ajuste a las cambiantes necesidades y realidad estructural de los servicios de deporte universitarios.

6.3. Dimensión estratégica

Por último, a la dimensión estratégica correspondería hacer un examen de los procesos de relación entre el servicio de deportes y sus *stakeholders*, tratando de acercar la situación actual hacia el nuevo horizonte de gestión. En este sentido, el trabajo que

presentamos parte de la premisa de que la prioridad no radica en el *stakeholder* por sí mismo, sino en el tipo de interés que éste manifiesta. Es decir, en caso de conflicto son los intereses los que deben ser priorizados, no los *stakeholders*.

Para ello se insta a la celebración de discursos o diálogos en el seno de los servicios de deporte universitarios, basados en los principios de sinceridad, inclusión, reciprocidad y simetría. Estos diálogos deberían ser periódicos para facilitar la fluidez de la comunicación entre todas las partes. En ellos, se recomiendan una serie de pautas que se recogen en los siguientes sub-apartados.

a) Determinar un orden del día claro de los temas a tratar

Es imprescindible aclarar, a priori, los propósitos de la reunión y determinar el grado de implicación de los *stakeholders* en función de sus intereses. Así, con el conocimiento previo de los aspectos a tratar en cada reunión, los participantes podrán preparar su actuación y optimizar el proceso. Obviamente, la responsabilidad de la parte organizativa del diálogo recaerá en los órganos de dirección. En este caso, en el director del servicio de deportes universitario, en tanto que es la persona que está al día de todos los procesos y gestiones que se están produciendo. Además, será el responsable de advertir hasta qué punto los *stakeholder* podrán influir en la toma de decisiones de cada conflicto. Cabe recordar que el consenso es una situación ideal, pero cuando hablamos de la práctica, hay que manejar también estrategias que den viabilidad a este proceso aún cuando la situación ideal no se produzca.

b) Fijar las reglas prácticas de funcionamiento del diálogo

En este punto cabe la posibilidad de acordar estas reglas al inicio. En cualquier caso, el formato debe dar opción a todos los implicados (*principio de inclusión*) a dar a conocer sus intereses y esgrimir los argumentos sobre los que defienden su legitimidad. Asimismo, debe existir, al menos, un turno de contrarréplica estructurado y con las mismas opciones para cada *stakeholder*, de forma que el diálogo sea fluido (*principios de reciprocidad y simetría*). En este punto, cabe la posibilidad de utilizar a alguien como facilitador externo en aras de modular los vaivenes emocionales o afectivos que pueden aflorar y distorsionar el proceso. El papel de este agente se centraría en recordar, si fuera necesario, los principales valores y el sentido comunicativo (que no estratégico) del procedimiento dialógico.

c) Determinar a los representantes de los diferentes stakeholders

Para ello pueden tenerse en cuenta criterios como la experiencia, reputación, disponibilidad, predisposición, etc. Además, cabe esperar que en función del objetivo del proceso, no siempre sea la misma persona la que represente a cada *stakeholder*. En este punto, se entiende que lo deseable es que cada *stakeholder* proponga y elija a su representante antes de cada diálogo.

d) Revisión y seguimiento de los compromisos anteriores

Se proponen tres fases en la ejecución del proceso. Una primera, de seguimiento, en la que se aborde la situación y cumplimiento de los compromisos establecidos en el diálogo anterior. Una segunda en la que se introduzcan en el proceso dialógico los nuevos puntos del orden del día y, una tercera, a modo de conclusión, en la que se recojan los nuevos acuerdos y las pautas acordadas para su cumplimiento.

Dicho proceso pretende facilitar que se puedan dar las condiciones de simetría entre todos ellos, donde se respete el mínimo moral de justicia y donde, además, se ponga de relieve el carácter intersubjetivo del acuerdo. A partir de este enfoque, según se anticipaba, la gestión de un servicio de deportes universitario podrá considerarse socialmente responsable cuando asuma el acuerdo de todos los implicados. Sin embargo, a efectos prácticos cabe incidir en que dicho acuerdo se entiende como un proceso y no como un hecho, es decir, la valoración ética del mismo dependerá del procedimiento desarrollado para la toma de decisiones, o lo que es lo mismo, de las condiciones del diálogo y del *posible* acuerdo, más que del contenido resultante de dicho proceso (García-Marzá, 2004). Luego, será a partir de acuerdos intersubjetivos basados en el poder comunicativo, desde donde se podrá hablar de corrección moral de las decisiones tomadas y, en el contexto de los servicios de deporte universitarios, de una gestión ética y socialmente responsable.

7. Conclusiones

Para dar respuesta a la responsabilidad social de los servicios de deporte universitarios el presente artículo propone la inclusión del modelo integral de *stakeholders* en sus respectivos sistemas de gestión. El trabajo argumenta cómo este modelo, que se basa en la complementación entre la teoría de *stakeholders* y la ética del discurso, responde satisfactoriamente a los requerimientos de la responsabilidad social de los servicios de deporte universitarios, tanto en lo relativo al cumplimiento de su *bien interno*, como en lo referente a los intereses legítimos de sus grupos de interés.

La adopción del modelo integral de *stakeholders* nos permite, según los argumentos esgrimidos en el trabajo, estar en disposición de responder a las preguntas formuladas previamente como: ¿Quién es responsable?, ¿De qué es responsable? y ¿Bajo qué criterio o norma? La piedra angular que da respuesta a estas cuestiones la encontramos en la concepción plural de los servicios de deporte universitarios. Esta concepción plural radica en la idea de que los servicios de deporte universitarios se definen necesariamente y adquieren su identidad propia a partir del conjunto de sus *stakeholders*. Desde esta perspectiva, los diferentes *stakeholders* se entienden como agentes morales con capacidad de elección y racionalidad, por lo que son responsables de la consecución tanto del *bien interno* de los servicios de deporte universitarios

(educación integral y promoción de la práctica físico-deportiva a toda la sociedad), como de los intereses legítimos de sus *stakeholders*, entre los que podríamos destacar: servicio de calidad, amplia oferta de actividades, buenas condiciones de trabajo, colaboración en el desarrollo de eventos deportivos universitarios, inclusión de la comunidad externa, precios públicos, etc.

A la hora de hacer efectivo este modelo de gestión de la responsabilidad social el artículo propone una serie de orientaciones entre las que destacan:

- Celebración de diálogos periódicos entre *stakeholders*, entendidos como exigencias procedimentales.
- Elaboración de mapas de stakeholders y revisión anual de los mismos para facilitar su ajuste a las cambiantes necesidades.
- Concepción de que la prioridad en la toma de decisiones no corresponde a un *stakeholder* per se, sino a la legitimidad y al carácter universalizable de cada interés.

Por último, con la mirada puesta hacia el futuro, concluimos que este planteamiento, de acuerdo con los referentes que emanan del mundo empresarial, tiene un gran potencial para reforzar la respuesta ante la responsabilidad social de los servicios de deporte universitarios, ya que a partir del mismo pueden emerger acciones y estructuras encaminadas al desarrollo de otras buenas prácticas como los informes de responsabilidad social, los códigos éticos, etc.

Bibliografía

- » Aguado, J. L. (2006). Estructura del deporte universitario. En R. Teruel (Dir.), *El deporte universitario en España: actualidad y perspectivas de futuro* (pp.151-167). Madrid: Dykinson.
- » Almorza, D., Yébenes, A., Rivas, R. & Bablé, J. A. (2010). *El deporte universitario en Andalucía*, Servicio de publicaciones de la Universidad de Cádiz, Cádiz.
- » Almorza, D., Yébenes, A., Bablé, J. A., Rivas, R., Ronquete, J. & Casadi, I. (2011). *Estudio Diagnóstico del Deporte Universitario Español*, Servicio de publicaciones de la Universidad de Cádiz, Cádiz.
- » Bricall, J. M. (2000). *Universidad 2000*. Conferencia de Rectores de las Universidades Españolas. Recuperado en 10 de Diciembre de 2013 en <http://www.oei.es/oeivirt/bricall.htm>
- » Burrows, J. (2009). "Going beyond labels: a framework for a profiling institutional stakeholders". *Contemporary Education*. 70, (4), 5-10.

- » Cagigal, J.M. (1996). *Obras selectas*, C.O.I., A.E.D.P, Ente de promoción deportiva J.M. Cagigal, Madrid.
- » Canibe, A. (2011). "El papel del deporte en los campus de excelencia universitarios." *Tándem, Didáctica de la Educación Física*, 38-46.
- » Carroll, A. B. (1991). "The pyramid of corporate social responsibility. Toward the moral management of organisational stakeholders." *Business Horizons*, 34 (5), 39-48.
- » Conferencia Mundial sobre la Educación Superior. (2009). La nueva dinámica de la educación superior y la investigación para el cambio social y el desarrollo. París: UNESCO. Recuperada el 5 de mayo de 2014 en http://www.unesco.org/education/WCHE2009/comunicado_es.pdf
- » Cortina, A. (1997). Presupuestos éticos del quehacer empresarial. En A. Cortina. (Dir.), *Responsabilidad de la ética para la empresa* (pp.13-36). Visor, Madrid.
- » De la Torre, I. (2009). "Fundamentos de la responsabilidad de la empresa". *Revista de la Responsabilidad Social de la Empresa*. Núm. 1. Recuperado el 1 de abril de 2014 en <http://www.fundacionluisvives.org/rse/digital/1/index.html>
- » Doh, J. & Guay, T. (2004). "Globalization and corporate social responsibility: how non-governmental organizations influence labor and environmental codes of conduct." *Management Internacional Review*, 44 (3)7-30.
- » Domínguez, J. L. (1995). *Reflexiones acerca de la evolución del hecho deportivo*. Universidad del País Vasco, Bilbao.
- » Donaldson, T. & Preston, L. E. (1995). "The stakeholder Theory of the Corporation: Concepts, Evidence, and Implications". *Academy of Management Review*, 20, 65-91.
- » Dunning, E. (2003). *El Fenómeno Deportivo: Estudios Sociológicos en torno al Deporte, la Violencia y la Civilización*. Paidotribo, Barcelona.
- » Filozöz, B. & Mücahit, F. (2011). "Corporate Social Responsibility: A study of Striking Corporate Social Responsibility Practices in Sport Management". *Procedia Social and Behavioral Sciences*, 24, 1405- 1417.
- » Freeman, R. E. (1984). *Strategic management. A Stakeholder Approach*. Toronto: Pitman.
- » Gaete, R. (2012). Responsabilidad social universitaria: una nueva Mirada a la relación de la Universidad con la sociedad desde la perspectiva de las partes interesadas. Un estudio de caso. Tesis doctoral. Universidad de Valladolid. España. Recuperada en Enero de 2014 en: <http://evadoc.uva.es/handle/10324/923>
- » García-Ferrando, M. (1990). *Aspectos sociales del deporte. Una reflexión sociológica*. Alianza Editorial, Madrid.
- » García-Marzá, D. (2004). *Ética empresarial. Del diálogo a la confianza*. Trotta, Madrid.
- » Global University Network for Innovation. (2008). *La educación superior en el mundo 2008: Educación superior: Nuevos retos y roles emergentes para el desarrollo humano y social*. Mundi Prensa, Madrid.
- » González-Esteban, E. (2001). *La responsabilidad moral de la empresa. una revisión de la teoría de stakeholder desde la ética discursiva*. Tesis doctoral. Universitat Jaume I, Castellón, España. [Versión electrónica] Recuperado en 3 Enero de 2014 en: <http://www.dialnet.unirioja.es/servlet/>

tesis?codigo=6944

- » González-Esteban, E. (2002). "Defining a post-conventional corporate moral responsibility". *Journal of Business Ethics*, 39,101-108.
- » González-Esteban, E. (2012a)." El modelo de empresa plural desde el enfoque de los stakeholders." *Debats*, 116, 71-80.
- » González-Esteban, E. (2012 b). Perspectiva de los grupos de interés en la RSE. En E. Raufflet, Lozano Aguilar, J. F., Barrera, E. & García de la Torre, C. (Coord.), *Responsabilidad social empresarial* (p.91-103). Pearson Educación, México.
- » González-Esteban, E. & García-Marzá, D. (2006). "La Responsabilidad Social Empresarial (RSE) en Europa: la apuesta por un nuevo modelo de empresa. Una revision crítica desde la ética empresarial." *Reçerca. Revista de pensament i anàlisi*, 6, 157-170.
- » Hernando, C. (2006). Comunidades Autónomas y Deporte Universitario. En R. Terol, (Dir.), *El deporte universitario en España: actualidad y perspectives de futuro* (pp. 207-226). Dykinson., Madrid.
- » Hernando, C. (2010). "El Plan Integral para la Actividad Física y el Deporte. Ámbito de la Actividad Física y Deporte en la Universidad". *Tandem, Monográfico Deporte y Universidad*, 35, 25-37.
- » Larrán, M. & López, A. (2010). Una propuesta de memoria de sosteibilidad universitaria como vía de diálogo con los diferentes grupos de interés. En M. De la Cuesta, C. De la Cruz & J. M. Rodríguez (Coords.), *Responsabilidad Social Universitaria* (pp. 99-124). Netbiblo, La Coruña.
- » Ley Orgánica 4/2007, de 12 de abril, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/2001, de 21 de diciembre, de Universidades. Publicada en el BOE número 89 de 13 de abril de 2007.
- » López-Yeste, A. (1999). *El deporte en la Universidad Politécnica de Valencia. Un estudio desde la psicología social del consumidor*. Tesis doctoral. Universidad Politécnica de Valencia, Valencia, España.
- » López Yeste, A. (2002). *Gestión del Deporte Universitario*. Actas del I Congreso de Gestión del Deporte de la Asociación de Gestores profesionales de la Comunidad Valenciana. (pp. 37-45), Valencia, España.
- » Martínez, V. (2006). Orientación y tendencias del deporte universitario en España. En R. Terol (Dir.), *El deporte universitario en España: actualidad y perspectives de futuro* (173-184). Madrid: Dykinson.
- » Milewsky, J. & Bryant, J. (1985). *A survey of institutions offering sport administration and sport management courses*. Westerns Carolina University, Carlolina.
- » Morales, M. A. (2009). *La organización y gestión de las actividades fisicodeportivas en la Universidad: un caso práctico*. Tesis Doctoral. Universidad de Málaga. Málaga, España.
- » Roca, J. (2006). El deporte universitario en el ámbito andaluz. En R. Teruel (Dir.), *El deporte universitario en España: actualidad y perspectives de futuro* (pp. 185-202). Madrid: Dykinson.
- » Rodríguez, J. M. (2010). Responsabilidad social universitaria; del discurso simbólico a los desafíos reales, pp. 3-24. En De la Cuesta, M. De la Cruz, C. & Rodríguez, J. M. (Coords.). *Responsabilidad Social Universitaria*, La Coruña: Netbiblo.

- » Smith, A. & Westerbeek, H. (2007). "Sport as a Vehicle for Deploying Corporate Social Responsibility". *J.C.C.*, 25. Spring, 1-12.
- » Valleys, F. (2008). "Responsabilidad Social Universitaria; una nueva filosofía de gestión ética e inteligente para las universidades", *Revista Educación Superior y Sociedad*, 13 (2): 191-220.

› La fiscalità degli impianti sportivi La prospettiva etica e giurisprudenziale

Antonio Uricchio

Università di Bari

1. Premessa

Come è noto, lo sport in quanto pratica umana esercitata per fini di diletto, salutistici, educativi competitivi e professionali, costituisce un comparto economico particolarmente rilevante producendo oltre il 2 per cento del prodotto interno lordo dell'Unione europea ed occupando oltre 7 milioni di figure professionali (pari al 3,5. % dell'occupazione complessiva).

Muovendo da tale premesse, la Commissione europea (documento del 19 aprile 2014) ha individuato alcune azioni concrete da porre in essere al fine di promuovere il ricorso allo sport pratiche sportive anche attraverso misure di natura finanziaria e tributaria attraverso le quali promuovere la realizzazione di impianti sportivi e garantirne l'accesso e la fruizione sociale ¹. L'esigenza, da tempo avvertita e ripresa dal recente documento dell'Unione europea, di definire una sorta di decalogo delle misure di natura incentivanti per l'infrastrutturazione sportiva e per la promozione delle attività fisiche, è a tutt'oggi insoddisfatta. Più che in altri ambiti, la disciplina fiscale

1 * relazione presentata al convegno "le politiche pubbliche in Europa in materia di Sport e di impiantistica sportiva", tenuto a Roma, Università degli Studi di Roma Foro italoico, il 3 ottobre 2014.

Il piano d'azione contempla, tra le altre proposte, 'elaborazione di linee direttrici sull'attività fisica nonché la realizzazione di una rete europea di promozione dello sport come fattore benefico alla salute; un maggior coordinamento della lotta contro il doping su scala europea; l'attribuzione di un'etichetta europea alle scuole incoraggiando la pratica di attività fisiche; l'avvio di uno studio sul volontariato nello sport; il miglioramento dell'inserimento sociale e dell'integrazione tramite lo sport attraverso i programmi e i fondi europei; la promozione dello scambio di informazioni, di esperienze e di buone pratiche in materia di prevenzione degli incidenti razzisti e violenti fra i servizi repressivi e le organizzazioni sportive; il rafforzamento del ricorso allo sport come strumento della politica europea di sviluppo; la creazione di statistiche che consentano di quantificare l'incidenza economica dello sport; la realizzazione di uno studio sul finanziamento pubblico e privato dello sport; un'analisi d'impatto sulle attività degli agenti di giocatori nonché una valutazione del valore aggiunto di un eventuale intervento comunitario nel settore; una migliore strutturazione del dialogo sullo sport a livello comunitario, soprattutto mediante l'organizzazione di un forum annuale sullo sport; un'intensificazione della cooperazione intergovernativa in materia di sport; la promozione della creazione di comitati di dialogo sociale nel settore dello sport e dell'appoggio ai datori di lavoro e ai lavoratori dipendenti..

in materia di impianti e organizzazione sportive appare quanto mai frammentaria e soprattutto priva di un coerente disegno ispiratore. Il tentativo di analisi, che qui si conduce, evidenzia appieno l'incapacità della legislazione comunitaria e interna di misurarsi con le diverse questioni che si addensano nella materia tra imposizione sul valore aggiunto e imposizione locale.

Cionondimeno, lo sforzo compiuto può offrire soluzioni interpretative nelle more di una più matura consapevolezza della funzione promozionale che la legislazione tributaria può svolgere.

2. L'esenzione della locazione di beni immobili ai fini dell'Iva tra giurisprudenza europea e nazionale

Tra le disposizioni, pure settoriali, di favore in materia di spazi per favorire e consentire la pratica sportiva, vanno richiamate quelle dettate dalle direttive europee in materia di Iva aventi ad oggetto l'esclusione dall'applicazione in caso di locazione. Al riguardo va avvertito che il trattamento fiscale della locazione di beni immobili ai fini dell'Iva è stato più volte portato all'attenzione dei giudici europei al fine di stabilire, attraverso il rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia EU, un'interpretazione comune ed uniforme delle disposizioni applicabili. Più precisamente, le domande di pronuncia pregiudiziale proposte vertono sull'interpretazione dell'art. 13, parte B, lettera b), della sesta direttiva 77/388/CEE in materia di armonizzazione delle legislazioni degli Stati membri relative alle imposte sulla cifra di affari – Sistema comune di imposta sul valore aggiunto: base imponibile uniforme successivamente sostituita dalla direttiva 2006/112/CE relativa al sistema comune d'imposta sul valore aggiunto. In forza di tale disposizione gli Stati membri esonerano dall'Iva “*l'affitto e la locazione di beni immobili*”, alle condizioni da essi stabilite per assicurare la corretta e semplice applicazione delle esenzioni e per prevenire ogni possibile frode, evasione ed abuso.

Secondo giurisprudenza costante, la caratteristica fondamentale della nozione di “*locazione di beni immobili*” risiede nel conferimento alla controparte contrattuale, per una durata convenuta e dietro corrispettivo, il diritto di occupare un immobile come proprietario e di escludere qualsiasi altro soggetto dal beneficio di tale diritto². Al fine di valutare se un determinato contratto sia sussumibile in tale definizione, occorre prendere in considerazione tutte le caratteristiche dell'operazione nonché le circostanze in cui essa si svolge adottando un approccio di *substance over form* ovvero sia facendo emergere la natura oggettiva dell'operazione, a prescindere dalla qualificazione che le parti ne danno.

2 Si consenta il rinvio alla voce, da me curata, *Locazione (dir. trib.)* in *Enc.giur.Treccani*, Roma, 2009.

L'art. 13, parte B, lettera b), della sesta direttiva costituisce una deroga al principio generale secondo cui l'IVA è riscossa per ogni prestazione di servizi effettuata a titolo oneroso da un soggetto passivo ed in quanto tale richiede una interpretazione restrittiva. Pertanto qualora venisse meno anche un solo requisito della nozione di "*locazione di beni immobili*" la disposizione non può essere applicata in via analogica od estensiva. Occorre, dunque, un'analisi *case by case* per valutare le circostanze, le caratteristiche e gli elementi essenziali di ciascuna operazione di locazione al fine di procedere alla sua qualificazione alla luce della sesta direttiva.

Tuttavia, come precisato dalla consolidata giurisprudenza europea, questa regola d'interpretazione restrittiva non significa che i termini utilizzati per specificare le esenzioni di cui al detto art. 13 debbano essere interpretati in un modo che priverebbe tali esenzioni dei loro effetti. Essi devono essere interpretati alla luce del contesto nel quale si inseriscono, nonché della finalità e della struttura della sesta direttiva, tenendo conto particolarmente della *ratio legis* dell'esenzione di cui trattasi.

La Corte di Giustizia, nella sentenza del 18 gennaio 2001, causa C-150/99, *Stockholm Lindöpark*, è stata chiamata a pronunciarsi su una locazione di un campo da golf riservato alle imprese: gli unici locatari erano unicamente imprese che permettevano al proprio personale o ai propri clienti di praticare il golf sul terreno così attrezzato. Nella pronuncia i giudici europei hanno stabilito che l'attività di gestione di un campo da golf implica, in linea generale, non soltanto la messa a disposizione passiva di un terreno, ma altresì un gran numero di attività commerciali, come la supervisione, la gestione e l'assistenza costante da parte del prestatario, la messa a disposizione di altri impianti, e così via. I giudici infine chiosano sancendo come, in assenza di circostanze del tutto particolari, la locazione del campo da golf non costituisce la prestazione principale e, dunque, non può trovare applicazione l'esenzione d'imposta.

Anche recentemente la Corte di Giustizia è stata interessata di una questione analoga vertente sulla esenzione dall'Iva di una locazione di beni immobili e, più precisamente, della messa a disposizione di impianti di una struttura sportiva utilizzati a fini esclusivamente calcistici, compresa la facoltà di uso e di sfruttamento in determinate occasioni della superficie di gioco dello stadio di calcio (il terreno), nonché degli spogliatoi per i giocatori e gli arbitri fino ad un massimo di 18 giornate per singola stagione sportiva. La sentenza della Corte di Giustizia del 22 gennaio 2015, causa C-55/14, *Régie communale autonome du stade Luc Varenne*, riguarda ancora una volta l'esegesi dell'art. 13, parte B, lettera b), della sesta direttiva al fine di stabilire se la concessione a titolo oneroso della disponibilità di uno stadio di calcio sulla base di un contratto che riservi taluni diritti e prerogative al proprietario e preveda la prestazione, da parte di quest'ultimo, di una serie di servizi, segnatamente servizi di manutenzione, di pulizia e di messa a norma, rappresentanti l'80% del corrispettivo contrattualmente previsto, costituisce una "*locazione di beni immobili*" in forza della citata direttiva. Anche in questa pronuncia la Corte ha stabilito che l'utilizzazione del campo di

calcio non costituisce la prestazione preponderante dell'operazione, caratterizzandola quale locazione di un bene immobile: la prestazione resa riguarda, infatti, un servizio più complesso di accesso agli impianti sportivi, che annovera anche la supervisione, la gestione, la manutenzione e la pulizia degli impianti sportivi. L'attività svolta è, dunque, da inquadrarsi più propriamente nella fornitura di un servizio complesso di accesso agli impianti sportivi e non nella semplice messa a disposizione di un terreno.

La sesta direttiva riconosce una sorta di *favor* con riferimento alle prestazioni di servizi connesse all'universo sportivo: l'art. 13, parte A, n. 1, lett. m), infatti, prevede un'esenzione dall'imposta per le prestazioni di servizi legate alla pratica dello sport e dell'educazione fisica fornite da organizzazioni senza scopo lucrativo. Tale esenzione è espressamente limitata alle prestazioni fornite da organismi senza scopo di lucro: prestazioni di questo tipo che siano fornite da soggetti aventi fini di lucro non rientrano nella sfera di applicazione dell'esenzione³. Più in generale l'art. 13 mira ad esentare dall'Iva talune attività di interesse pubblico tra cui quelle relative alla pratica dello sport e dell'educazione fisica al fine di incoraggiare tale tipo di attività. L'esenzione concessa non è generale riguardando tutte le prestazioni di servizi connesse alle citate prestazioni di servizi ma è subordinata al verificarsi di talune condizioni. In primo luogo, le prestazioni di servizi strettamente connesse con la pratica dello sport e l'educazione fisica devono essere fornite da un'organizzazione senza scopo lucrativo. In secondo luogo, le prestazioni di servizi effettuate da tali organismi possono essere esentate, in quanto operazioni di interesse pubblico, a condizione che vengano fornite alle persone che esercitano lo sport o l'educazione fisica: si tratta, dunque, di prestazioni indispensabili all'espletamento della pratica dello sport o dell'educazione fisica⁴.

Sulla scia del consolidato orientamento della giurisprudenza europea si collocano anche alcune pronunce del Supremo consesso italiano che affrontano la complessa tematica dell'assoggettabilità ad Iva della gestione degli istituti sportivi.

La Corte di Cassazione è stata chiamata a pronunciarsi sull'assoggettabilità ad Iva del contratto di locazione dello stadio comunale alla società calcistica cittadina⁵. Tale attività di locazione era svolta da un ente pubblico territoriale (comune di Perugia)

3 Per una sua applicazione in Italia si veda Cass., 11 dicembre 2012, n. 22578 con nota di G. MARTINELLI – C. MUSURACA, *Sport dilettantistico: quando (e se) sono esenti da IVA le prestazioni di servizi?*, in *Enti non profit*, 2013, 4, 13 ss.

4 Si veda Corte di Giustizia UE, 16 ottobre 2008, causa C-253/07, *Canterbury Hockey Club*, Corte di Giustizia UE, 12 gennaio 2006, causa C-246/04, *Turn- und Sportunion Waldburg*, Corte di Giustizia UE, 21 marzo 2002, causa C-174/00, *Kennemer Golf & Country Club* con nota di N. FORTE, *Esenti le prestazioni connesse all'attività sportiva effettuate da enti non lucrativi*, in *Corr. trib.*, 2002, 32, 2910 ss. e di L. BARONE, *La Corte di Giustizia cerca una definizione comunitaria autonoma ed uniforme di ente senza scopo lucrativo*, in *Riv. giur. trib.*, 2002, 11, 1002 ss. nonché Corte di Giustizia UE, 7 maggio 1998, causa C-124/96, *Commissione delle Comunità europee contro Regno di Spagna e Regno Unito di Gran Bretagna e Irlanda del Nord*.

5 Si veda Cass., 7 marzo 2012, n. 3513.

impiegando beni del proprio patrimonio: la prestazione sarebbe dovuta sfuggire dall'imposta in mancanza del requisito soggettivo del tributo consistente nell'esercizio di impresa da parte dell'ente locale. In altri termini la locazione in esame non avrebbe dovuto costituire attività d'impresa rilevante agli effetti dell'applicazione dell'Iva in quanto svolta da un ente pubblico che si avvale per la gestione del contratto dei propri uffici amministrativi e non già di un'organizzazione in forma di impresa. La Corte ha avvalorato tale tesi evidenziando che l'attività in questione non era svolta dal Comune in veste di pubblica autorità⁶: non trova applicazione l'art. 4, comma 4 del DPR n. 633/1972 il quale stabilisce in merito al presupposto soggettivo di applicazione dell'imposta che per gli enti i quali non hanno per oggetto esclusivo o principale l'esercizio di attività commerciale, tra i quali rientrano gli enti locali, si considerano effettuate nell'esercizio di imprese, e come tali sono incluse nel campo di applicazione dell'Iva, soltanto le cessioni di beni e le prestazioni di servizi effettuate nell'esercizio di attività commerciali⁷. L'attività amministrativa degli uffici comunali consistente nella gestione del contratto di locazione (incasso dei canoni di affitto e dell'emissione delle fatture), dunque, non può configurare un'attività di impresa ma rientra nell'attività di disposizione del proprio patrimonio da qualificare come operazione esente ovvero sia "fuori campo Iva" per insussistenza del presupposto soggettivo.

6 Per approfondimenti sul tema, cfr. L. Del Federico, *Tasse, tributi paracommutativi e prezzi pubblici*, Torino, 2000 1

7 Come osservato da L. MARZULLO, *Parchetti ed impianti sportivi: quale trattamento Iva?*, in *Fisco*, 2005, 15, 2269 "Infatti, a mio parere, se un impianto è destinato alla collettività o, meglio se può essere utilizzato da un numero imprecisato di soggetti, esso sicuramente risulterebbe destinato ad un servizio pubblico (promozione della pratica sportiva) e, conseguentemente, rientrerebbe tra i beni patrimoniali indisponibili, mentre, a mio giudizio, se un impianto sportivo non è suscettibile di un uso generalizzato ma solo particolare di una determinata società sportiva (o un uso polivalente e diversificato in quanto sede di congressi o concerti), costituendone la sede per lo svolgimento delle gare da parte dei propri iscritti o tesserati, è difficile pensare che lo stesso sia destinato ad un servizio pubblico come innanzi definito e, conseguentemente, possa rientrare tra i beni patrimoniali indisponibili ma piuttosto sembra più naturale la sua allocazione tra i beni disponibili di un comune. Pertanto, nel primo caso, occorre verificare se, nello svolgimento dell'attività, l'ente locale pone in essere poteri autoritativi, o meglio agisca nel regime proprio di diritto pubblico attraverso atti e provvedimenti di carattere amministrativo e/o attraverso regolamenti; detta ipotesi concretizza un'attività autoritativa, ai sensi di quanto precisato dalla giurisprudenza comunitaria, e come tale rimane esclusa dalla sfera impositiva dell'Iva per carenza del presupposto soggettivo, sempre che, risulta evidente, la stessa attività si ponga in evidente concorrenza con la medesima attività esercitata da operatori privati. Viceversa, nel secondo caso, il medesimo ente, in considerazione della natura del bene (patrimonio disponibile) è tenuto ad utilizzare, in ogni caso, un regime giuridico meramente privatistico e, di conseguenza, ponendo in essere un'attività con modalità analoghe a quelle degli operatori privati, eserciterà la stessa con criteri imprenditoriali e quindi essa sarebbe da assoggettare ad Iva a tutti gli effetti, in quanto si verificherebbe il requisito soggettivo, oltre che quello oggettivo. Per cui, come si può constatare, al fine di addivenire ad un corretto trattamento Iva, gli enti pubblici, nella gestione dei propri beni, devono accertare le modalità di esercizio dell'attività e soltanto successivamente stabilirne la rilevanza o meno agli effetti del tributo, secondo quanto precisato nelle precedenti considerazioni."

3. L'applicazione dell'aliquota Iva ridotta nella realizzazione di impianti sportivi di quartiere quali opere di urbanizzazione secondaria

Il n. 127-*quinquies*) della tabella A, parte terza, allegata al D.P.R. n. 633/1972, prevede l'applicazione dell'aliquota Iva del 10%, *inter alia*, alle opere di urbanizzazione primaria e secondaria elencate nell'art. 4 della Legge 29 settembre 1964, n. 847, integrato dall'art. 44 della Legge 22 ottobre 1971, n. 865. In forza di tale disposizione sono opere di urbanizzazione secondaria anche gli "impianti sportivi di quartiere". Anche in tal caso, trattandosi di una norma speciale e derogatoria del regime ordinario deve essere interpretata restrittivamente e tassativamente sicché soltanto le opere individuate dall'art. 4 della Legge n. 847/1964 per il tramite del citato n. 127-*quinquies*) possono usufruire dell'aliquota Iva ridotta.

La nozione di impianti sportivi di quartiere, tuttavia, non è stata ancora compiutamente definita determinando una incertezza applicativa e dubbi sul trattamento fiscale delle opere di urbanizzazione. La circolare ministeriale n. 14 del 17 aprile 1981, infatti, si è limitata a stabilire che ai fini della qualificazione delle opere immobiliari quali opere di urbanizzazione secondaria occorre che le stesse siano realizzate in funzione, ossia al servizio, di zone urbanizzate o da urbanizzare. Tali opere sono quindi destinate a produrre servizi di interesse collettivo, in materia di economia, istruzione, cultura e tempo libero, nell'ambito di un centro abitato, al fine di migliorare la qualità della vita dei suoi abitanti. Si tratta, dunque, di opere che, ancorché non necessarie alla soddisfazione dei bisogni primari dell'uomo (bisogni soddisfatti dalle opere di urbanizzazione primaria), sono indispensabili per aumentare il tenore di vita dei residenti nel centro abitato interessato, e che sono incoraggiate dal Legislatore tramite il ricorso ad una norma agevolativa che prevede l'applicabilità dell'aliquota IVA ridotta.

Per quanto concerne la nozione di quartiere si è chiarito con le risoluzioni ministeriali n. 320947 del 10 giugno 1985 e n. 399623 del 3 ottobre 1985 che tale termine utilizzato dal legislatore riferito anche agli impianti sportivi non può interpretarsi solo in senso letterale minimizzando la sua portata applicativa ma occorre fornire un'esegesi logico-evolutiva, tenendo conto della attuale realtà urbanistica. Le opere di urbanizzazione secondaria devono essere qualificate "di quartiere" non soltanto nel caso siano destinate ad essere utilizzate dagli abitanti di una determinata zona urbana, ma anche quando sono realizzate per essere messe a disposizione dell'intera popolazione di un piccolo centro abitato. Tanto al fine di non limitare l'applicazione del beneficio fiscale soltanto alle opere realizzate in quei comuni che prevedono espressamente la suddivisione del loro territorio in quartieri. Affinché possa ritenersi agevolabile la realizzazione di un impianto sportivo di quartiere, è necessario che tale impianto sia destinato ad un uso pubblico ovvero sia messo a

disposizione dell'intera collettività, anche se dietro pagamento di un corrispettivo, e non sia destinato ad essere utilizzato esclusivamente o prevalentemente da particolari categorie di soggetti, come ad esempio gli iscritti a società sportive o dipendenti comunali⁸.

Alla luce di tali considerazioni l'Amministrazione finanziaria ha qualificato come impianto sportivo di quartiere che gode dell'aliquota Iva agevolata la costruzione di una piscina scoperta realizzata in *project financing* in cui il soggetto privato, in base a concessione, avrà la gestione per trent'anni dell'intero impianto sportivo⁹. L'impianto, infatti, è da ritenersi di pubblica utilità e destinato alla collettività, anche se costruito e gestito con concessione trentennale da una società privata; inoltre, riguardo il possibile svolgimento di una attività agonistica, come chiarito nella risoluzione ministeriale n. 361922 del 4 novembre 1986, è sufficiente che tale attività sia, come nel caso in esame, del tutto secondaria e residuale. Viceversa non potrà essere considerato destinato alla collettività un impianto sportivo di quartiere utilizzato esclusivamente o prevalentemente da soggetti iscritti a federazioni sportive dipendenti da enti o realizzato soprattutto per lo svolgimento di attività agonistiche.

L'Amministrazione finanziaria si è ulteriormente pronunciata in un caso riguardante la realizzazione di un impianto polisportivo da parte di un comune, utilizzabile in modo polivalente, al servizio dell'intera utenza provinciale, residente e turistica, da destinare anche allo svolgimento di manifestazioni sportive e strutturato con tribune e parcheggi per ospitare la presenza di pubblico sancendo l'applicazione dell'Iva ordinaria¹⁰. Similmente con la risoluzione n. 362270 del 2 ottobre 1986 si è stabilito che la costruzione di uno stadio del ghiaccio destinato primariamente a centro federale di addestramento per gli sport del ghiaccio, costruito da una piastra di velocità olimpica e da un campo di hockey destinato a servire un vasto bacino d'utenza non è oggetto dell'aliquota agevolata.

Più di recente l'Agenzia delle Entrate è tornata ad occuparsi della materia negando l'applicazione dell'aliquota ridotta alla costruzione di impianti di innevamento applicando una lettura rigorosa della disposizione in commento¹¹. Tali impianti realizzati in occasione dei XX giochi olimpici invernali "Torino 2006", non possono fruire dell'aliquota IVA ridotta poiché non rientrano fra le opere disciplinate dalla Legge n. 847/1964. Tanto perché non è ammissibile un'interpretazione estensiva della qualifica di impianti sportivi "di quartiere" che annoveri anche gli impianti in questione per l'applicazione dell'aliquota IVA del 10 per cento prevista dal n. 127-*quinquies*

8 Sul tema si veda N. BASSI, *La proprietà e la gestione degli impianti sportivi*, in *Riv. dir. sportivo*, 2013, 1, 15 ss.

9 Si veda la Risoluzione del 12 ottobre 2001, n. 157 dell'Agenzia delle Entrate. Sul tema si veda anche Cass., 5 novembre 2008, n. 26508 e Cass., 23 ottobre 2003, n. 15948.

10 Si veda la Risoluzione del 4 novembre 1986, prot. 361922 del Ministero delle Finanze.

11 Si veda la Risoluzione del 6 marzo 2008, n. 78 dell'Agenzia delle Entrate.

della Tabella A, parte III, allegata al DPR n. 633 del 1972. Detti impianti, infatti, non possono configurarsi quali impianti sportivi di quartiere e, conseguentemente, non possono essere annoverati fra le opere di urbanizzazione secondaria individuate dal citato art. 4 della legge n. 847/1964. L'opera di impiantistica sportiva in esame, infatti, non era realizzata ai sensi e con le procedure di cui al DL 3 gennaio 1987, n. 2 convertito, con modificazioni, in Legge 6 marzo 1987, n. 65 contenente misure urgenti per la costruzione o l'ammodernamento di impianti sportivi, per la realizzazione o completamento di strutture sportive di base e per l'utilizzazione dei finanziamenti aggiuntivi a favore delle attività di interesse turistico. L'art. 1, comma 1 del decreto definisce i soggetti, le procedure e le modalità di finanziamento per la realizzazione dei programmi straordinari di interventi per l'impiantistica sportiva finalizzati alla costruzione, all'ampliamento, al riattamento, alla ristrutturazione, al completamento, al miglioramento, alla sistemazione delle aree di parcheggio e servizio e all'adeguamento alle norme di sicurezza di impianti sportivi destinati ad ospitare gli incontri del campionato mondiale di calcio del 1990 secondo l'indicazione del CONI, a soddisfare le esigenze dei campionati delle diverse discipline sportive con strutture polifunzionali nonché a promuovere l'esercizio dell'attività sportiva mediante la realizzazione di strutture polifunzionali.

L'art. 3-*bis* del DL n. 2/1987 dispone che le opere realizzate per il perseguimento delle finalità individuate nel decreto "... vengono disciplinate a norma della parte seconda, n. 22), della Tabella A) allegata al decreto del Presidente della Repubblica 26 ottobre 1972, n. 633". Il citato n. 22) della Tabella A, parte II, è stato sostituito dal n. 127- *quinquies* della Tabella A, Parte III, allegata al DPR n. 633 del 1972, in forza del quale sono assoggettate all'aliquota IVA agevolata del 10 per cento le opere di urbanizzazione primaria e secondaria elencate dall'art. 4 della legge n. 847 del 1964. Le opere realizzate in base alla disciplina dettata dal DL n. 2/1987, dunque, erano espressamente assoggettate ad una aliquota IVA del 10 per cento¹². Gli impianti di innevamento in esame, invece, sono realizzati nell'ambito delle "Opere di accompagnamento ai XX Giochi Olimpici Invernali Torino 2006", per le quali è prevista un'apposita e distinta procedura di programmazione e stanziamento pubblico disciplinata dalla Legge 9 ottobre 2000, n. 285 nonché dalla successiva Legge 1 agosto 2002, n. 166, art. 21.

In mancanza di una espressa previsione normativa che assimilasse l'opera in questione agli impianti sportivi di quartiere ovvero che stabilisse l'applicazione dell'aliquota Iva agevolata deve trovare applicazione l'aliquota Iva ordinaria.

12 In tal senso si veda la risoluzione n. 430372 del 30 luglio 1990 e la circolare n. 1 del 2 marzo 1994 entrambe del Ministero delle Finanze.

4. Le deroghe alla disciplina degli aiuti di Stato per la costruzione e manutenzione di infrastrutture sportive

Gli strumenti utilizzabili dallo Stato e dagli enti territoriali per sostenere la costruzione o la manutenzione degli impianti sportivi sono certamente numerosi; tra di essi possono essere annoverati sussidi diretti, imposte di scopo¹³, concessione di prestiti a tasso agevolato, ecc. Tale intervento pubblico nel settore sportivo e, più in generale, nel libero mercato è visto con attenzione dalle Istituzioni comunitarie che valutano con cautela le azioni di finanziamento diretto o indiretto degli agenti economici.

L'art.107 del TFUE (ex art. 87 del Trattato) definisce per aiuti di Stato¹⁴ quelle le misure di favore concesse dagli Stati, ovvero mediante risorse statali, sotto qualsiasi forma, che, favorendo talune imprese o talune produzioni, falsino o minaccino di falsare la concorrenza. Tale divieto non è assoluto ma relativo consentendo, dunque, deroghe alla rigida disciplina europea sugli aiuti di Stato. Tra tali eccezioni il par. 2 dell'art. 107 del TFUE indica gli aiuti a carattere sociale concessi ai singoli consumatori, a condizione che siano accordati senza discriminazioni determinate dall'origine dei prodotti; gli aiuti destinati a ovviare ai danni arrecati dalle calamità naturali oppure da altri eventi eccezionali; gli aiuti concessi all'economia di determinate regioni della Germania che risentono della divisione dello Stato, nella misura in cui sono necessari a compensare gli svantaggi economici provocati da tale divisione.

Ad essi si aggiungono ai sensi del successivo comma 3 gli aiuti destinati a favorire lo sviluppo economico delle regioni ove il tenore di vita sia anormalmente basso, oppure si abbia una grave forma di sottoccupazione; gli aiuti destinati a promuovere la realizzazione di un importante progetto di comune interesse europeo oppure a porre rimedio a un grave turbamento dell'economia di uno Stato membro; gli aiuti destinati ad agevolare lo sviluppo di talune attività o di talune regioni economiche, sempre che non alterino le condizioni degli scambi in misura contraria al comune interesse; gli aiuti destinati a promuovere la cultura e la conservazione del patrimonio, quando non alterino le condizioni degli scambi e della concorrenza nell'Unione in misura contraria all'interesse comune; le altre categorie di aiuti, determinate con decisione del Consiglio, su proposta della Commissione.

L'intervento pubblico attraverso le diverse modalità di contribuzione diretta

13 Su tale problematica, si rinvia ai miei volumi, *Il federalismo della crisi o la crisi del federalismo?*, Bari, 2012, *Imposizione di scopo e federalismo fiscale*. Rimini, 2013, *La fiscalità locale tra modelli gestori e nuovi strumenti di prelievo*, Rimini, 2013. Cfr., inoltre, si veda G. SALANITRO, *Prime riflessioni sull'imposta di scopo per il finanziamento di opere pubbliche*, in *Riv. Dir. Trib.*, 2007, 1, pag. 1123-1124. Sull'attivazione d'ufficio della procedura V. FICARI, *L'autonomia normativa tributaria degli enti locali e la legge finanziaria* in *Rass. Trib.*, 2007, pag. 902.

14 Sul tema si rinvia, per tutti M. Ingresso, *Agevolazioni fiscali e aiuti di stato*, Napoli, 2009.

(es. trasferimenti, sussidi pubblici) od indiretta (es. agevolazioni fiscali), dunque, potrebbe costituire un indebito aiuto di Stato che rischia di falsare la concorrenza e, di conseguenza, il corretto funzionamento del mercato unico europeo¹⁵.

Tuttavia come dimostrato dal Regolamento del 17 giugno 2014, n. 651, l'approccio dell'Esecutivo europeo all'intervento pubblico appare meno rigoroso, dichiarando alcune categorie di aiuti, tra cui quelle per le infrastrutture sportive, compatibili con il mercato comune in applicazione della clausola di esenzione contenuta negli artt. 107 e 108 TFUE. In tal modo si è dispensato dall'obbligo di preventiva notifica gli aiuti di Stato "orizzontali" ovvero sia quegli aiuti aventi portata generale e non limitata ad uno specifico settore di attività ovvero a specifiche categorie di imprese. Tanto alla luce della crescente rilevanza della promozione di aspetti inerenti allo sport in Europa tenendo conto della specificità dello sport, delle sue strutture fondate sul volontariato e della sua funzione sociale ed educativa come previsto dall'art. 165 TFUE. Del resto come precisato nel Libro bianco dello Sport del 2007 la Commissione europea "... capisce l'importanza degli aiuti pubblici allo sport di base, ed è a favore di un tale sostegno, se fornito in conformità del diritto comunitario".

Come precisato nel 74° considerando del Regolamento n. 651/2014 gli aiuti agli investimenti per le infrastrutture sportive beneficiano dell'esenzione per categoria purché soddisfino specifiche condizioni. Nel settore dello sport varie misure adottate dagli Stati membri possono non costituire aiuti di Stato in quanto il beneficiario non svolge un'attività economica o perché le misure non incidono sugli scambi tra Stati membri. Questo potrebbe essere, in determinate circostanze, il caso delle misure di aiuto che hanno un carattere puramente locale o relative ad attività sportive amatoriali. Le condizioni di compatibilità relative agli aiuti per le infrastrutture sportive dovrebbero assicurare, in particolare, un accesso aperto e non discriminatorio alle infrastrutture e un equo processo di assegnazione di concessioni ad un terzo per la costruzione, l'ammodernamento e/o la gestione dell'infrastruttura.

L'art. 55 del Regolamento individua puntualmente le condizioni da rispettare affinché gli aiuti per le infrastrutture sportive sono compatibili con il mercato interno e sono esentati dall'obbligo di notifica. *In primis* è necessario che l'uso dell'infrastruttura sportiva non è riservato a un unico sportivo professionista; il tempo di utilizzo da parte di altri sportivi, professionisti o non, deve rappresentare annualmente almeno il 20% del tempo complessivo; se l'infrastruttura è utilizzata contemporaneamente da vari utenti, sono calcolate le frazioni corrispondenti di tempo di utilizzo. L'accesso

15 Cfr. A. PEDICINI – T. TIANI, *Lo sport e le risorse finanziarie nell'Unione Europea: l'inquadramento della disciplina a favore della costruzione e ristrutturazione degli impianti sportivi*, in *Riv. dir. ed eco. sport*; 2012, 1, 56 ss.; V. BASSI, *Sport, fisco e aiuti di Stato: sussidiarietà e federalismo fiscale, una soluzione percorribile?*, in *Riv. dir. ed eco. sport*, 2007, 3, 107 ss. Più in generale, sul tema, M. AULENTA, *La lesione della concorrenza ed il divieto di aiuti di Stato*, in A. URICCHIO – G. CHIARELLI (a cura di), *Elementi di finanza pubblica comunitaria*, Roma, 2011, 149 ss

alle infrastrutture sportive, inoltre, deve essere aperto a più utenti e concesso in modo trasparente e non discriminatorio. Analoga *disclosure* è richiesta con riferimento alla concessione, o altro atto di conferimento, a favore di un terzo per la costruzione, l'ammodernamento e/o la gestione dell'infrastruttura sportiva.

Qualora tali condizioni siano verificate è ammissibile la concessione di aiuti di Stato, senza previa notifica, che possono assumere la forma di aiuti agli investimenti tra cui gli aiuti per la creazione o l'ammodernamento delle infrastrutture sportive ovvero aiuti al funzionamento per le infrastrutture sportive. In quest'ultimo caso si fa riferimento ai costi per la prestazione dei servizi da parte dell'infrastruttura che comprendono i costi del personale, dei materiali, dei servizi appaltati, delle comunicazioni, dell'energia, della manutenzione, di affitto, di amministrazione ecc., ma escludono i costi di ammortamento e di finanziamento se questi sono stati inclusi negli aiuti agli investimenti.

Recentemente la Commissione europea ha ritenuto non qualificabile come aiuto di Stato alcune misure di sostegno in favore delle aree sciabili di interesse locale in Toscana¹⁶. Al fine di evitare un giudizio avverso della Commissione europea ed il conseguente recupero dell'aiuto concesso le autorità italiane hanno notificato all'Istituzione comunitaria la disposizione del finanziamento a favore delle aree sciistiche. Tanto in ottemperanza anche all'art. 45 della Legge 24 dicembre 2012, n. 234 che detta norme generali sulla partecipazione dell'Italia alla formazione e all'attuazione della normativa e delle politiche dell'Unione europea che ha meglio definito le procedure di tale notifica all'Esecutivo comunitario al fine di assicurare l'unitarietà di indirizzo necessaria per la tutela degli interessi nazionali nel settore degli aiuti di Stato.

L'aiuto era concepito come un sostegno "a doppio binario" in quanto i beneficiari sono sia le PMI sia gli enti pubblici locali che gestiscono le stazioni sciistiche e i relativi centri sportivi. Più precisamente l'aiuto rivolto agli enti pubblici locali è diretto all'acquisto, all'adeguamento, al potenziamento, alla messa in sicurezza e alla realizzazione di impianti di risalita e di innevamento artificiale, nonché di tracciati e relative strutture. L'aiuto previsto per le PMI concesso mediante specifici bandi pubblici concerne gli investimenti, l'adeguamento, la modernizzazione e la sicurezza delle funivie e delle relative strutture, compresa la fornitura di sistemi di controllo, nonché altre spese, quali il soccorso, la sicurezza, l'energia, l'ammortamento delle rate dei mutui, i canoni di leasing e la battitura piste, che sono necessarie per la manutenzione delle funivie o delle relative strutture e collaterali alle attività ammissibili.

Nella Decisione in commento la Commissione europea ha riconosciuto che gli impianti destinati alle attività sportive in località poco attrezzate per la pratica di sport invernali e con capacità turistiche limitate tendono ad avere un bacino di utenza

¹⁶ Si veda la Decisione del 19 dicembre 2013.

puramente locale e non sono in grado di attrarre utenti che hanno l'alternativa di optare per impianti situati in altri Stati membri. Ne consegue che aiuti di questo tipo non sono generalmente in grado di incidere sugli scambi intracomunitari e quindi non costituiscono aiuti di Stato ai sensi del diritto europeo in materia di aiuti di Stato. Nello specifico la Commissione ha sostenuto che gli impianti a fune d'interesse locale sono quelli realizzati nelle stazioni di sport invernali aventi un numero di impianti inferiore o uguale a tre, per una lunghezza complessiva non superiore a 3 km o quelli con un numero di letti alberghieri disponibili inferiore o pari a 2.000 o con un numero di pass settimanali venduti non superiore al 15% del numero totale di pass venduti.

La recente decisione dell'Esecutivo comunitario si pone in linea di continuità con precedenti pronunciamenti della stessa Istituzione relativi a casi simili di aiuti di Stato cui l'Italia ha dato esecuzione a favore di impianti funiviari¹⁷.

5. L'esenzione degli impianti sportivi ai fini dell'imposizione municipale sugli immobili

Gli impianti sporti sono esenti ai fini dell'ICI in forza dell'art. 7, comma 1, lett. i) del d. lgs 30 dicembre 1992, n. 504 che esonera dal pagamento dell'imposta gli immobili utilizzati dai soggetti di cui all'art. 87, comma 1, lett. c), del TUIR e destinati esclusivamente allo svolgimento di attività "meritorie" tra cui quelle sportive. Tale esenzione è stata confermata anche dalla disciplina dell'IMU che richiama il regime degli esoneri di cui all'art. 7 del d.lgs n. 504/1992¹⁸. Gli immobili utilizzati da enti pubblici e privati, diversi dalle società, residenti nel territorio dello Stato e non aventi per oggetto esclusivo o principale l'esercizio di attività commerciali se destinati esclusivamente allo svolgimento di attività sportive sono *ope legis* esentati dall'imposta.

Il successivo art. 91-*bis* del DL 24 gennaio 2012, n. 1 convertito con modificazioni dalla Legge 24 marzo 2012, n. 27 ha richiesto altresì che la destinazione esclusiva degli immobili allo svolgimento di attività sportive deve avvenire con modalità non commerciali¹⁹. Tale modifica normativa ha recepito l'orientamento della giurisprudenza di legittimità che ha costantemente limitato la portata dell'esonero dall'imposta alla presenza di modalità non commerciali attraverso le quali viene svolta nell'immobile l'attività da parte dell'ente non commerciale²⁰. Come precisato dall'art.

17 Si vedano la Decisione del 9 aprile 2002, la Decisione del 7 maggio 2004, la Decisione del 14 dicembre 2004 e la Decisione del 27 febbraio 2008.

18 Si veda l'art. 13 del DL 6 dicembre 2011, n. 201 convertito con modificazioni dalla Legge 22 dicembre 2011, n. 214 nonché gli artt. 8 e 9 del d.lgs 14 marzo 2011, n. 23.

19 Sul tema si veda G. M. COLOMBO, *Dall'Ici all'Imu: come cambia la disciplina per gli enti non commerciali*, in *Corr. trib.*, 2012, 17, 1272 ss.

20 Si veda Cass., 13 maggio 2005, n. 10092; Cass., 30 maggio 2005, n. 10646; Cass., 29 febbraio 2008,

1, comma 1, lett. m) del D.M. del 19 novembre 2012, n. 200 attuativo del citato art. 91-*bis* e che definisce le modalità e le procedure per l'applicazione proporzionale dell'esenzione dall'IMU per le unità immobiliari destinate ad un'utilizzazione mista, nei casi in cui non sia possibile procedere all'accatastamento separato degli immobili o delle loro porzioni adibiti esclusivamente allo svolgimento delle attività istituzionali con modalità non commerciali, per attività sportive si intendono quelle "attività rientranti nelle discipline riconosciute dal Comitato olimpico nazionale italiano (CONI) svolte dalle associazioni sportive e dalle relative sezioni non aventi scopo di lucro, affiliate alle federazioni sportive nazionali o agli enti nazionali di promozione sportiva riconosciuti ai sensi dell'articolo 90 della legge 27 dicembre 2002, n. 289"²¹.

Anche in tal caso la disposizione normativa è derogatoria rispetto al principio generale di assoggettamento a tassazione degli immobili sicché è necessario fornire una interpretazione restrittiva del citato art. 7. Occorre, dunque, valutare il sussistere di ambo le condizioni stabilite dall'art. 7 per riconoscere l'esenzione dall'imposta di un impianto sportivo. È, infatti, necessario verificare da un lato l'utilizzazione diretta degli immobili da parte dell'ente che ne abbia il possesso (condizione soggettiva) e dall'altro l'esclusiva loro destinazione ad attività sportive che non siano produttive di reddito (condizione oggettiva). La Corte di Cassazione è più volte intervenuta in *subiecta materia* precisando condizioni e limiti per godere dell'esenzione in parola. La giurisprudenza di legittimità consolidata, infatti, ha stabilito che l'esclusione dall'imposta può essere concessa qualora si avverino sia la condizione soggettiva sia quella oggettiva.

L'esenzione, dunque, è concessa al verificarsi del requisito oggettivo inerente allo svolgimento di attività sportiva nell'immobile nonché di quello soggettivo individuato nell'appartenenza del possessore dello stabile alla categoria dell'art. 87 del TUIR.

La condizione oggettiva sussiste quando gli immobili sono destinati esclusivamente allo svolgimento di attività "meritorie" individuate dall'art. 7, comma 1, lett. i) del d. lgs 504/1992²². La giurisprudenza di legittimità, infatti, a più riprese ha stabilito che per godere dell'esenzione l'immobile deve essere utilizzato direttamente dal proprietario²³; per fruire dell'esenzione l'immobile deve essere utilizzato direttamente dai soggetti di cui all'art. 87, co. 1, lett. c) del TUIR e che essi ne abbiano il "possesso". Tale interpretazione, costituzionalmente orientata, ha ricevuto l'avallo della Corte costituzionale che con due distinte pronunce ha offerto una lettura dell'art. 7, comma

n. 5485, Cass., 17 settembre 2010, n. 19731.

21 Per un commento al decreto si veda G. M. COLOMBO, *Enti non commerciali e Imu: il regolamento non chiarisce i punti controversi*, in *Corr. trib.*, 2012, 48, 3702 ss.

22 Sul tema si veda F. AIELLO, *Le problematiche ancora aperte dell'esenzione da ICI per i fabbricati posseduti dagli enti locali*, in *Massimario delle Commissioni Tributarie della Puglia*, 2009, 1-2, 56 ss.

23 Si veda Cass., sez. un., 26 novembre 2008, n. 28160; Cass., 21 marzo 2012, n. 4502; Cass., 24 febbraio 2012, n. 2821.

1, lett. i) del d.lgs n. 504/1992 sistematica e coerente con l'ordinamento tributario nonché con il principio di capacità contributiva²⁴.

Sotto il profilo soggettivo occorre che gli immobili siano posseduti dall'ente non commerciale in qualità di utilizzatore al fine di far coincidere l'ente proprietario che rientri nella categoria di cui al menzionato art. 87, comma 1, lett. c), del TUIR con l'ente che utilizza l'immobile stesso. Il D.M. n. 200/2012 specifica che *“lo svolgimento di attività sportive si ritiene effettuato con modalità non commerciali se le medesime attività sono svolte a titolo gratuito, ovvero dietro versamento di un corrispettivo simbolico e, comunque, non superiore alla metà dei corrispettivi medi previsti per analoghe attività svolte con modalità concorrenziali nello stesso ambito territoriale, tenuto anche conto dell'assenza di relazione con il costo effettivo del servizio”*.

In un interessante arresto giurisprudenziale la Corte di Cassazione si è espressa sull'esenzione ai fini dell'ICI di immobili di proprietà della società Federcalcio srl da parte della Federazione Italiana Giuoco Calcio (F.I.G.C.). Nella fattispecie concreta si è verificata una formale distinzione tra ente proprietario (una società a responsabilità limitata) ed ente utilizzatore (ente pubblico) sebbene la FIGC sia titolare della totalità delle quote della società sicché la forma societaria non è altro che *“... una forma giuridica data a quella che è - nella realtà sostanziale - una mera articolazione organizzativa dell'ente pubblico, il quale ultimo, quindi, eserciterebbe il possesso di fatto sull'immobile proprio utilizzando la società da esso stesso creata a tale scopo.”*. La Corte, tuttavia, non approfondisce il profilo soggettivo limitandosi ad analizzare il solo requisito oggettivo dirimente della causa in questione. Gli immobili, infatti, non erano destinati esclusivamente ed effettivamente ad un'attività sportiva consistente, in via diretta e non mediata, nella pratica di uno sport bensì in essi si svolgevano attività strumentali, di tipo organizzativo o gestionale. In mancanza del requisito oggettivo, dunque, tali immobili devono essere attratti a tassazione.

Come, infatti, chiarito anche dalla prassi ministeriale l'esenzione dall'imposta degli immobili dedicati all'attività sportiva deve essere concessa solo laddove *“... vengono esercitate le attività sportive rientranti nelle discipline riconosciute dal CONI, a condizione che siano svolte dalle associazioni sportive e dalle relative sezioni non aventi scopo di lucro, affiliate alle federazioni sportive nazionali o agli enti nazionali di promozione sportiva riconosciuti ai sensi dell'art. 90 della legge n. 289 del 2002.”*²⁵. Nel documento di prassi si precisa, inoltre, che per la concessione dell'esenzione è necessario che l'ente possessore dell'immobile svolga nell'immobile esclusivamente attività sportiva agonistica organizzata direttamente (ad es. partite di campionato, organizzazione di corsi, tornei) e non si limiti a mettere a disposizione lo stabile per

24 Si veda Corte Cost. 19 dicembre 2006, n. 429 e Corte Cost., 26 gennaio 2007, n. 19.

25 Così la circolare del Dipartimento delle Finanze – Direzione Federalismo Fiscale del 26 gennaio 2009, n. 2.

l'esercizio individuale dello sport (ad esempio: affitto di campi da tennis, gestione di piscine con ingressi a pagamento, affitto di campi da calcio a singoli o gruppi). Ne consegue che l'esenzione non deve essere riconosciuta ai palazzetti dello sport, ai campi ed agli impianti sportivi nei quali l'attività svolta dall'ente non è direttamente quella "sportiva", ma di affitto degli spazi.

In un ulteriore arresto giurisprudenziale la Corte di Cassazione è stata chiamata a pronunciarsi su una invocata esenzione di un complesso sportivo comprendente un campo di calcio, un campo di calcetto coperto con relativi servizi a la sede del Comitato Regionale della FIGC necessari a soddisfare le esigenze delle società sportive dilettantistiche locali²⁶. Gli immobili sebbene utilizzati per l'esclusivo svolgimento di attività sportive dal Comitato quale associazione di diritto privato priva di personalità giuridica erano di proprietà della società Federcalcio srl. Il Supremo consesso ha ritenuto non sussistente l'esenzione dall'imposta in mancanza del requisito soggettivo: il soggetto passivo dell'imposta è la società in quanto possessore degli immobili la quale non può godere dell'esonero fiscale in quanto si tratta di un ente commerciale difettando, quindi, della qualità di soggetto di cui all'art. 87 del TUIR. La società, infatti, svolge un'attività necessariamente economica in quanto avente veste di società di capitali togliendo rilevanza anche all'utilizzazione per attività sportiva dell'immobile.

6. L'esenzione dall'imposta comunale sulla pubblicità e diritto sulle pubbliche affissioni per la pubblicità realizzata negli impianti

Un ulteriore intervento di *favor* relativo all'ambito tributario concerne l'imposta comunale sulla pubblicità che colpisce la disponibilità dell'impianto attraverso il quale il messaggio pubblicitario viene diffuso. Il tributo è disciplinato dal d. lgs 15 novembre 1993, n. 507 ed attrae a tassazione la diffusione di messaggi pubblicitari "*in luoghi pubblici o aperti al pubblico o che sia da tali luoghi percepibile*" che avvenga nel territorio comunale. Tale diffusione è assoggettata a tassazione solo se effettuata nell'esercizio di un'attività economica, con il precipuo fine di promuovere la domanda di beni o servizi, ovvero finalizzata a migliorare l'immagine del soggetto pubblicizzato²⁷.

La disposizione agevolazione è stata introdotta dall'art. 1, comma 128, della Legge 23 dicembre 2005, n. 266 (Legge Finanziaria 2006) che prevede l'esenzione dall'imposta di pubblicità dell'attività di pubblicità realizzata negli impianti utilizzati per manifestazioni sportive dilettantistiche con capienza inferiore a tremila posti, effettuata dalle associazioni

²⁶ Si veda Cass., 17 ottobre 2008, n. 25376.

²⁷ Per approfondimenti su tale tributo, si rinvia al mio contributo su A.A.V.V., *Manuale dei tributi locali*, Rimini, 2014.

sportive dilettantistiche e dalle società sportive dilettantistiche costituite in società di capitali senza fine di lucro. Si tratta di una disposizione interpretativa dell'art. 90, comma 11-*bis* della Legge 27 dicembre 2002, n. 289 (legge finanziaria 2003) contenente disposizione di favore per l'attività sportiva dilettantistica, volta ad esonerare dall'imposta le società sportive dilettantistiche che regolarmente espongono spazi pubblicitari nelle strutture sportive in occasione di manifestazioni sportive dilettantistiche.

A fronte di tale disposizione l'atteggiamento dei comuni è stato spesso frammentato e disomogeneo poiché alcuni enti locali hanno stabilito dei limiti all'applicazione dell'agevolazione ritenendo che l'esenzione non operasse quando la pubblicità veniva realizzata da soggetti commerciali che pubblicizzavano il loro nome, marchio o prodotto all'interno dell'impianto sportivo. A titolo esemplificativo la pubblicità realizzata dallo *sponsor* non veniva pertanto considerata esente.

In tal senso si è espressa anche l'ANCI²⁸ che ha ritenuto non legittima un'estensione delle esenzioni alle pubblicità commerciali degli sponsor delle società medesime in quanto la *ratio* della norma esonerativa farebbe riferimento soggettivo alle sole dirette attività delle società sportive dilettantistiche.

Di parere contrario l'Amministrazione finanziaria che con nota del 3 aprile 2007, n. 1576/DPF ha fornito importanti chiarimenti in materia di esenzione dall'imposta comunale in esame per la pubblicità realizzata negli impianti utilizzati per manifestazioni sportive dilettantistiche con capienza inferiore a tremila posti. L'interpretazione ministeriale della disposizione sostiene che l'esenzione dal pagamento del tributo va applicata a qualsiasi esposizione pubblicitaria rivolta all'interno degli impianti sportivi, effettuata dai soggetti individuati dall'art. 90, comma 1, della Legge 27 dicembre 2002, n. 289 ovvero sia le associazioni sportive dilettantistiche e le società sportive dilettantistiche costituite in società di capitali senza fine di lucro. La *mens legis* è, dunque, quella di favorire la pubblicità "*in qualunque modo realizzata*" dai soggetti che utilizzano impianti di modeste dimensioni per lo svolgimento di manifestazioni sportive dilettantistiche. Ne discende che l'esenzione deve essere estesa anche alla fattispecie in cui vengano esposti messaggi pubblicitari che non riguardino specificamente le società utilizzatrici degli impianti sportivi, ma soggetti terzi²⁹.

Non rileva, pertanto, che la pubblicità sia riconoscibile all'esterno dell'impianto sportivo in quanto è sufficiente affinché l'esenzione sia applicabile che i messaggi pubblicitari siano esposti su strutture interne all'impianto sportivo. Ai fini del riconoscimento dell'esenzione è quindi sufficiente che i messaggi pubblicitari siano esposti sulle strutture interne dell'impianto sportivo, essendo ininfluenza la loro eventuale visibilità anche all'esterno dell'impianto stesso.

28 Si veda la nota dell'ANCI del 8 febbraio 2006.

29 Cfr. G. IELO, *Imposta comunale sulla pubblicità e diritto sulle pubbliche affissioni*, in *Azienditalia Finanza e Tributi, Le monografie*, 2007, 87 ss.

7. Conclusioni

L'impiantistica sportiva è sostenuta da alcune misure di *favor* del legislatore tributario che riconosce agevolazioni ed esenzioni fiscali per i singoli tributi che potrebbero colpire tali infrastrutture. Tali agevolazioni sono particolarmente presenti a livello locale considerato che la fiscalità comunale è incentrata principalmente nella tassazione degli immobili. Si pensi, ad esempio, alle agevolazioni concesse a valere sull'IMU e sull'imposta comunale sulla pubblicità che comportano un risparmio fiscale non indifferente per i soggetti passivi al fine di tutelare e promuovere l'utilizzo degli impianti sportivi.

Tale tutela delle infrastrutture sportive trova un puntuale riscontro anche a livello europeo laddove con l'entrata in vigore del trattato di Lisbona, avvenuta nel dicembre 2009, l'Unione europea ha acquisito per la prima volta una competenza specifica nel settore dello sport. Agevolazioni fiscali a valere sull'Iva ed esenzioni dal settore degli aiuti di Stati rappresentano interventi tangibili delle Istituzioni europee a favore dell'impiantistica sportiva.

Al fine di riconoscere chiaramente la funzione sociale dello sport e favorire, con l'introduzione di nuovi e più efficaci strumenti, uno sviluppo territoriale dell'impiantistica anche per le discipline sportive di base è stato di recente presentata una presente proposta di legge di iniziativa parlamentare³⁰ avente ad oggetto l'incremento e la manutenzione del patrimonio impiantistico sportivo tramite incentivi statali e le agevolazioni finanziarie e tributarie per le società e le associazioni sportive dilettantistiche.

Conclusivamente, non si può che auspicare la pronta definizione di una disciplina quanto mai urgente ed opportuna.

30 Si veda la proposta AC 1680 del 10 ottobre 2013 che detta Disposizioni per il riconoscimento e la promozione della funzione sociale dello sport nonché delega al Governo per la redazione di un testo unico delle disposizioni in materia di attività sportiva.

Spunti critico-ricostruttivi della disciplina fiscale degli enti operanti in ambito sportivo e influenze dell'Unione europea in tema di "agevolazioni"

Parte seconda

Laura Letizia

Seconda Università degli Studi di Napoli

laura.letizia@unina2.it

Abstract

Dopo aver osservato - nella prima parte del lavoro - "frammenti" della disciplina tributaria delle società sportive professionistiche, dilettantistiche e delle associazioni dell'ambito con connesse problematiche, in questa seconda parte si analizzano alcuni interventi sovranazionali su misure agevolative non solo interne pervenendo a brevi conclusioni di sintesi.

Parole chiave:

Ordinamento sportivo, agevolazioni, fiscalità; aiuti di stato.

1. I fondamenti normativi europei in materia sportiva

In base al principio di attribuzione posto dall'art. 8 TFUE solo le materie proprie dell'Unione rientrano nell'ambito applicativo dei Trattati restando regolate dal livello nazionale tutte le altre non specificamente previste; sino al 2007, ossia al "Trattato di Lisbona", tanto ha operato in maniera stringente per la materia sportiva, pur non mancando provvedimenti "indiretti" alla stessa rivolti ricorrendo all' "accostamento" con altre materie (in specie, l'attività economica) in ragione della trasversalità che la contraddistingue.

Invero, il tema dello sport a livello europeo ha avuto il suo *incipit* nel corso

degli anni '80 del Novecento sulla scia dell'"Europa dei cittadini" - c.d. "Relazione Adonnino"- contenente una serie di raccomandazioni, poi adottate dal Consiglio europeo di Milano del 1985. In seguito, con il "Libro Bianco sullo Sport" (COM (2007) 391 def), il settore ha ricevuto una trattazione organica, allineata sul suo ruolo sociale e sulla dimensione economico-organizzativa esplicata e, in particolare, riguardo a quest'ultima se ne è sottolineato il "ruolo determinante per lo sviluppo di specifiche aree" che, quando praticata a livello di base, necessita di "finanziamenti pubblici" restando pur sempre, dal punto di vista regolamentare, nella competenza degli Stati membri.

L'art. 165 TFUE ha disciplinato la materia di che trattasi insieme alla cultura, identificandone la "natura sociale" pur se tanto non ha determinato, al momento, un impatto particolarmente significativo dell'azione sovranazionale dal punto di vista sia normativo sia delle competenze. Per il primo aspetto, in particolare, si è in attesa di una clausola orizzontale che preveda di considerare le ipotesi *de quo* tra quelle rientranti nei dettami legislativi europei come previsto, ad es., proprio per gli "aspetti culturali" al fine di "rispettare e promuover(n)e la diversità" (art. 168 TFUE), conseguendo che il legislatore dovrà valutare discrezionalmente se includerla o meno quando "chiamato" ad applicare una data disciplina.

L'azione appare, così, ancora limitata essendo senz'altro preclusi atti di *hard law* e, dunque, il procedere verso una vera e propria armonizzazione delle legislazioni interne, rimanendo saldo il riparto di competenza nazionale a meno che l'Unione non intervenga, come anticipato, in materie "incidentali" alla sportiva e, sempreché, ovviamente, attribuite dai Trattati (Costa - Füber, 2013). Si è di fronte a un livello normativo "doppio" dal momento che, oltre a quello interno che può regolarne ogni aspetto, vi è quello europeo incidente, eventualmente, anche attraverso interventi in cooperazione con le organizzazioni sportive internazionali e i Paesi terzi.

Quanto alle "azioni" della Commissione europea e della Corte di Giustizia, anch'esse, non hanno subito significative variazioni con l'introduzione della predetta norma seguitando, essenzialmente, nell'applicare principi e regole che ammettono l'intervento dei Trattati nei soli casi in cui lo sport incidentalmente rilevi violando una materia dell'Unione. Più dettagliatamente, l'organo giurisdizionale è intervenuto a tutela del corretto svolgimento della libera concorrenza nel mercato comune e delle libertà fondamentali facendo valere prassi "antidiscriminatorie" che - per il tema in argomento - ci conducono a ravvisare diverse (principali) tipologie disapplicative, ossia quando: 1. inerenti all'organizzazione dell'attività e fondate sul principio di specificità; 2. direttamente discriminatorie perchè fondate su ragioni di ordine pubblico, pubblica sicurezza, sanità pubblica; 3. indirettamente discriminatorie ma giustificate e proporzionate allo scopo da conseguire.

Per le prime, si fa cenno - tra i vari - all'ormai lontano ma non poco eloquente "caso Walrave" (C.G.E., sent. 12 dicembre 1974), in cui era in contestazione una

norma interna di un regolamento che impediva agli atleti di assumere allenatori con nazionalità diversa per lo svolgimento di gare nazionali o internazionali in quanto reputati “rappresentanza nazionale ai fini sportivi”. La Corte, intervenuta su un ricorso presentato da alcuni allenatori, reputò il rapporto di quest’ultimi con gli atleti “un’attività economica” esplicitandosi in una “libera prestazione di servizi” e rientrante nell’ambito dei Trattati, escludendo l’applicabilità delle norme discriminatorie basate sulla nazionalità e sostenendo che il tutto fosse dettato da ragioni “puramente sportive” in competenza degli ordinamenti interni con richiamo al concetto di inerenza delle norme.

Riguardo, alle ipotesi *sub 2*, con riferimento alla materia calcistica, sia la Corte sia la Commissione hanno escluso, rispettivamente, per il “caso Bosnam” (C.G.E., sent. 15 dicembre 1995) e per la c.d. “Regola del 6 + 5” della F.I.F.A., l’applicabilità del principio di specificità riscontrando un’attività economica ricadente nell’ambito applicativo dei Trattati (in specie, la presenza di un contratto di lavoro subordinato). La partecipazione dei giocatori alle partite è stata reputata “contenuto essenziale” della prestazione resa per cui, l’eventuale applicazione di quanto sostenuto dai ricorrenti avrebbe determinato una “discriminazione diretta basata sulla nazionalità” che, incidendo su un’attività economica, non riceve giustificazioni in relazione al principio di specificità. Eventuali “restrizioni” vanno, pertanto, esattamente motivate e trovare il loro fondamento nel diritto primario.

Tra le ipotesi “discriminatorie” ammesse in base alla proporzionalità perché finalizzate a raggiungere un determinato scopo si fa menzione, infine, alla proposta contenuta in un regolamento U.E.F.A. (n. 2006/07) che intendeva riservare a un numero definito di atleti “locali” - con un contratto non inferiore a tre anni e un’età compresa tra i 15 ed i 21 anni - il posto in squadra. La Commissione reputò che ciò, pur comportando una discriminazione (indiretta, basata sulla nazionalità) riceveva giustificazione dalla finalità di voler “promuovere giovani talenti”.

La rapida panoramica proposta è stata resa per segnalare come la U.E. tenda, sempre più, ad ampliare le proprie competenze nell’ambito sportivo basandole, essenzialmente, su aspetti di carattere economico così determinando un’indiretta influenza sulle disposizioni interne per l’incidenza sul mercato unico (come, ad es., per la Direttiva 2006/112/CE del Consiglio relativa al sistema comune IVA, art. 132, par. 1, lett. m).

2. Le valutazioni della Commissione europea su misure nazionali agevolative rivolte al settore sportivo

Il tema degli aiuti di Stato e, in particolare, quando essi si presentano sotto forma di agevolazioni fiscali, hanno un particolare rilievo nel settore sportivo occorrendo -

da subito - precisare che queste ultime includono un concetto più ampio di quello di "aiuto fiscale" in quanto, mentre tutti gli aiuti fiscali sono agevolazioni, non è vero il contrario (Dagnino, 2008) conseguendo l'inapplicabilità delle norme sovranazionali poste a tutela della concorrenza nei casi in cui vi sia carenza di un'attività "di impresa" e, cioè, quando questa sia "sociale" e avulsa da un mercato rilevante. L'art. 13, parte A, n. 1, lett. m), della "Sesta direttiva" fornisce, peraltro, un'esplicita definizione delle organizzazioni senza scopo lucrativo identificandole in quelle che non hanno come oggetto l'arricchimento di persone fisiche o giuridiche e non sono, di fatto, gestite in maniera tale da realizzare o cercare di realizzare tale arricchimento. In sostanza, tre sono le condizioni che determinano il loro "carattere sociale": i) non deve esserci per scopo la ricerca sistematica del profitto; ii) gli eventuali profitti non dovranno mai essere distribuiti; iii) tali profitti devono essere usati per il mantenimento o il miglioramento dei servizi forniti (Lupi, 2014). Non è inconsueto, tuttavia, che l'esercizio di un'attività sportiva possa essere di tipo "misto" presenti, cioè, tanto uno scopo sociale quanto finalità di impresa, divenendo essenziale delimitarne i rispettivi ambiti che, per le attività di "stampo sociale", è un esercizio da compiersi *a contrario*. Occorre individuare, cioè, la sua mancata attitudine a svolgersi secondo le "condizioni di mercato" sebbene la "funzione sociale" sia condizione necessaria ma non sufficiente affinché un'attività possa sottrarsi alle regole della concorrenza, non bastando nemmeno che un ente si qualifichi come "pubblico" per potersi escludere l'economicità di una certa attività.

L'ordinamento tributario, com'è noto, attraverso finalità extrafiscali che persegue con norme contenenti agevolazioni o esenzioni può promuovere specifiche attività economiche desiderabili o meritevoli rendendo meno intensi i conseguenti oneri in "funzione promozionale"; a livello europeo, i divieti su fattispecie qualificabili come aiuti di Stato - ossia limiti imposti alle sovranità interne dalle dinamiche del mercato dell'Unione per tutelare la concorrenza - si colorano di "tributario" nell'ottica dell'integrazione "in negativo" dei sistemi fiscali nazionali e si motivano in funzione dell'interesse comunitario di eliminare "distorsioni fiscali" nei rapporti economici intracomunitari e non già per definire "in positivo" una complessa e generale *governance* tributaria comunitaria ((M. Ingrosso, 2009).

La disciplina sugli aiuti di Stato, non vietata di per sé, è contenuta negli artt. 106, 107 e 108 TFUE e sono previste diverse ipotesi atte a bilanciare la libera concorrenza con il raggiungimento degli obiettivi economici, sociali e industriali di interesse della U.E., ove gli Stati "collaborano" con essa per garantire le condizioni necessarie alla "competitività all'industria" (art. 173 TFUE) e agli "scambi di merci e servizi intracomunitari" (Parte Terza, TFUE) in ossequio anche al principio di "non discriminazione fiscale". L'Istituzione deputata a valutare la materia è la Commissione "chiamata" a intervenire su presunte violazioni del diritto della concorrenza, ponderando le modalità con cui sviluppare, attraverso la legislazione o

atti informali, la politica sostanziale, nonché elaborando fattispecie giustificative - tra le quali - quelle “compensative” che intervengono, appunto, quando i beneficiari di un “aiuto” svolgano attività indirizzate a contribuire al raggiungimento degli scopi posti dal Trattato. A sua volta, la Corte di Giustizia verifica il rispetto del principio “di ragionevolezza”, l’osservanza delle norme procedurali, l’assenza di errori manifesti o l’abuso di potere, mai valutando profili di ordine economico.

Sugli elementi del “vantaggio economico” e della “selettività” appaiono opportune, prima di procedere, alcune precisazioni. Il primo, conseguito da un’impresa privata beneficiaria di un “aiuto”, consiste in un trasferimento (diretto o indiretto) di risorse pubbliche e, tanto, indipendentemente da “chi” che le assegni e dalle valutazioni in base alle quali le distribuisca, non avendo rilievo se ciò avvenga, ad es., da parte di un’impresa privata caratterizzata da una gestione “influenzata” preminentemente dallo Stato. E’ il comportamento dell’ente sul mercato che assume uno specifico “valore” e non la soggettività che ne qualifica l’attività; se, pertanto, il “pubblico” si “comporta” da “privato” non ricade nell’ambito applicativo dell’art. 107 così come previsto per gli “aiuti” direttamente concessi dall’Europa.

Sul secondo requisito, che distingue le politiche economiche generali da “misure specifiche”, si segnala la “potenzialità” a incidere nella cornice del mercato unico, richiedendo anche che l’attività svolta dall’impresa abbia carattere infrastatale - c.d. “clausola transazionale” (M. Heidenhain, 2010) - non particolarmente rilevando l’ampiezza del mercato quanto piuttosto l’effetto prodotto dai beni o dai servizi su di esso.

Le esenzioni di cui all’art. 107 TFUE si articolano, ancora, in due categorie e il par. 2 ne individua le “automatiche”; il successivo, invece, indica le ipotesi che assumono rilievo solo se la Commissione le valuti in tal modo. La norma, peraltro, prevede - letta in combinato disposto con quella che la precede - l’esclusione degli effetti “distorsivi” dell’aiuto nei casi in cui a un’impresa a cui è attribuito un “beneficio” svolga un “servizio d’interesse economico generale” e la sua gestione sia “influenzata in modo decisivo” dallo Stato garantendole “una posizione monopolistica”.

L’art. 106 TFUE, distinto in tre paragrafi, “proibisce” - nel primo - l’abuso della “posizione dominante” oppure tale da creare un “cartello”; il secondo si rivolge, invece, al segnalato “servizio di interesse economico generale” individuato dalla Commissione in specifiche obbligazioni poste a carico delle pubbliche autorità e determinate dalla legge, spettando alla stessa verificare se la discrezionalità pubblica sia esercitata correttamente nel qualificarlo in tal senso. L’ultimo, infine, impone che la prestazione del servizio svolto dall’impresa non determini “distorsione” negli scambi.

Al di là di queste precisazioni, un ulteriore veloce riferimento occorre per i casi in cui si applica la regola del *de minimis*; non si verifica, infatti, un effetto distorsivo della concorrenza e, dunque, non si ricorre in un aiuto di Stato, nelle ipotesi che si concretino in interventi con un valore monetario, appunto, “minimo”, fissato dalla

Commissione (da ultimo, Reg. C (2014) 3292/3).

Con specifico riguardo all'ambito sportivo, il tema generale in trattazione assume rilievo in diverse ipotesi. Il settore sportivo, infatti, può essere sostenuto dal "pubblico" attraverso misure del bilancio statale; interventi di finanza regionale; agevolazioni fiscali; proventi delle scommesse; finanziamenti per l'acquisto o la ristrutturazione di impianti e/o attrezzature.

Si pensi, avendo riguardo a queste ultime, al "Fondo per lo sviluppo e la capillare diffusione della pratica sportiva" che era stato finalizzato alla realizzazione di nuovi impianti sportivi o alla ristrutturazione di quelli esistenti (art. 64, d.l. n. 83/2012) dichiarato, poi, incostituzionale dalla Consulta (sent. 254/2013) che, invero, già si era occupata della collocazione materiale della disciplina precisando, con grande anticipo rispetto agli arresti normativi successivi, che la ripartizione delle competenze è nel senso che, mentre lo Stato è pienamente legittimato a programmare e decidere gli interventi necessari per l'organizzazione delle attività sportive agonistiche, le regioni vantano la corrispondente competenza in relazione all'organizzazione delle attività sportive non agonistiche (sent. n. 517/1987). Sulla scorta di siffatta articolazione (confermata dalla sent. n. 424/2004), la Corte ha sostenuto che detto "Fondo", non finalizzato a favorire l'attività sportiva agonistica, rientra nell'ambito materiale della competenza concorrente regionale dell'ordinamento sportivo e pone un divieto per il legislatore statale di prevedere nuovi finanziamenti a destinazione vincolata (anche) a favore di soggetti privati. L'intervento finanziario non rientra nel novero di quelli previsti ex art. 119, co. 5, Cost. per la non sussistenza di uno specifico ambito territoriale di localizzazione dell'intervento, non vi sono particolari categorie svantaggiate destinatarie e, anzi, è prevista l'attribuzione delle risorse in favore di un'ampia e indifferenziata platea di soggetti beneficiari.

Ampliando, poi, l'ambito al contesto europeo e da un punto di vista "punitivo", tra le varie ipotesi riservate al settore, si può far menzione - in ambito fiscale - all'imposta francese sulle retribuzioni al di sopra di un milione di euro per le quali era stata prevista, inizialmente, a carico delle società sportive che versassero tali importi agli atleti una tassazione al 75 %, giudicata poi "iniqua" dal *Conseil constitutionnel* in quanto "confiscatoria" (*décision* n. 2012-662 DC, 29 dicembre 2012).

I vari meccanismi interpretativi cui la Commissione è pervenuta possono essere racchiusi in sotto-categorie. In una prima, possono ricomprendersi i casi in cui essa ha escluso la presenza di un aiuto di Stato in mancanza del (fondamentale) requisito dell'esercizio di un'attività economica, ossia quelli in cui il destinatario dell'intervento pubblico non era qualificabile come esercente un'attività di impresa; in una seconda, possono includersi le ipotesi in cui l'Istituzione ha richiamato il "diritto alla concorrenza" ma non l'art. 107 TFUE in mancanza delle specifiche richieste dalla norma. In altre due, infine, ricadono - da un lato - fattispecie giustificative all'intervento finanziario pubblico - dall'altro - casi di applicazione della predetta

norma con conseguente declaratoria di incompatibilità della misura in relazione al corretto svolgimento del mercato (norme poste a tutela della concorrenza).

In generale, comunque, l'evenienza per i beneficiari (genericamente intesi) di ricevere "sostegni" (ampiamente intesi) per l'attività sportiva esercitata è avvenuta per situazioni non legate al c.d. "sport spettacolo" quanto, piuttosto, per attività indirizzate, alla "soddisfazione di interessi collettivi" (G.G.E, C-280/00).

Arrivando nello specifico a ipotesi agevolative fiscali, l'Istituzione europea, almeno in linea di principio, non le ritiene "compatibili" con la disciplina sugli aiuti di Stato qualora destinate a società professionistiche in ragione, appunto, della natura economica dell'attività che svolgono e, pertanto, suscettibile di alterare, come detto, la "normale competizione". A questo proposito, tra le varie, si segnala l'indagine recentemente conclusa sulla l. n. 10/1990 con la quale l'ordinamento spagnolo ha inteso, per un verso, promuovere le associazioni sportive di base e, dall'altro, creare un modello rinnovato di "responsabilità", sia dal punto di vista giuridico sia economico, per i club al fine di contenerne i rischi derivanti da esposizioni debitorie eccessive. A tal fine, l'art. 19, par. 1, della *Ley del deporte* aveva previsto che le squadre sportive professionistiche dovessero trasformarsi da associazioni in società di capitali, sebbene la sua "Settima disposizione complementare" consentiva di mantenere l'originaria forma associativa per quelle che, nei cinque anni antecedenti l'entrata in vigore della detta legge, conseguivano attivi di bilancio. In fase di concreta attuazione della disciplina, però, solo quattro squadre di calcio (Real Madrid C.F., Athletic Club Bilbao, Club Atlético Osasuna, Barcelona C.F.) avevano usufruito di tanto con indubbi vantaggi - un più agevole accesso alle risorse necessarie per svolgere le loro attività e minori imposte - che avevano determinato sensibili ricadute economiche per le concorrenti.

La Commissione, conseguentemente, ha segnalato che lo "speciale" trattamento fiscale riservato solo ad alcuni enti li ha resi beneficiari di un'esenzione parziale dall'imposta sulle società dovuta a una riduzione dell'aliquota sul loro reddito commerciale (al 25 %; l'aliquota generale, invece, si attesta al 30 %); ancora, seppur considerate, a norma di legge, "enti senza scopo di lucro" svolgono, in quanto squadre di prima serie, attività professionistiche ove lo scopo è presente, in regime di concorrenza anche con altri club professionistici europei, concludendo per la "non giustificazione" dell'aiuto (art. 107, par. 3, lett. c) TFUE).

Un altro caso su cui la Commissione è intervenuta (Aiuto C. 70/03) è relativo al nostro "Decreto salva-calcio" e, nello specifico, alla misura introdotta dall'art. 3, par. 1 *bis*, d.l. n. 282/2002 (l. n. 27/2003), applicato alle società sportive (l. n. 91/1981). L'art. 18 *bis*, co. 1, della l. 91 (modificata dalla l. n. 27/2003), ha permesso, infatti, alle predette - dal primo bilancio successivo dalla data della sua entrata in vigore - di poter iscrivere in un apposito conto l'ammontare delle svalutazioni dei diritti pluriennali delle prestazioni sportive degli atleti, determinato sulla base di un'apposita perizia giurata. Con il consenso del collegio sindacale tale voce era, dunque, iscritta tra le

componenti attive di bilancio sotto forma di "oneri pluriennali" da ammortizzare. Il co. 2 della norma recava, però, che anche le società che si avvalevano di tanto dovevano "procedere, ai fini civilistici e fiscali, all'ammortamento della svalutazione iscritta in dieci rate annuali di pari importo" potendo così "compensare" le perdite registrate in passato con futuri profitti in un periodo più lungo. Prorogandosi il periodo di deducibilità, in definitiva, esse avrebbero conseguito indubbi vantaggi economici con una significativa deroga al regime normale della svalutazione dei cespiti secondo cui la relativa minusvalenza entra tra le componenti negative del conto economico interamente nell'esercizio in cui si manifesta (Pisauro, 2003). Per il computo dei proventi commerciali, in conformità all'art. 167 *bis* della Direttiva Iva 2006/112/CE, modificata dalla Direttiva 2010/45/UE, si applica il "principio di cassa" e vanno considerati i proventi fatturati anche se non ancora incassati, a meno che non si tratti di cessioni di beni o prestazioni di servizi rispetto ai quali l'imposta è esigibile solo nel momento del pagamento del corrispettivo; la Commissione, conseguentemente, è giunta a qualificare l'aiuto "settoriale" poiché indirizzato alle sole società sportive e, dunque, "potenzialmente idoneo" a incidere sugli scambi intracomunitari, oltre che "utilizzo" di risorse statali in termini di rinuncia al gettito fiscale, permettendole di scegliere tra due metodi impositivi.

Sulla scorta di tanto, nel 2005, il nostro legislatore nuovamente è intervenuto e con l'art. 28 della l. n. 62 ha modificato il "contestato" sostituendo l'espressione "ai fini civilistici e fiscali" con l'espressione "ai soli fini civilistici", venendo meno la possibilità per le società sportive di prorogare il tempo per poter dedurre fiscalmente eventuali perdite. Peraltro, poiché i vantaggi fiscali precedentemente ammessi si sarebbero potuti realizzati solo nel futuro, se ne è preclusa la possibilità di usufruirne durante il periodo di applicazione delle norme, una volta modificate.

Un'ulteriore ipotesi di intervento della Commissione ha riguardato l'aiuto a favore dell'Ungheria (SA 31722 11/N), poi ammesso nel 2011, relativo a sgravi di imposta per incentivare l'ambito sportivo e che consente a tutte le imprese, indipendentemente dall'attività svolta e fino al 30 giugno 2017, di effettuare donazioni in favore di enti amatoriali usufruendo di deduzioni fiscali nonché di esentatarle dall'imposta di trasferimento della proprietà nei casi di acquisto di infrastrutture riservate, per almeno quindici anni, a un uso esclusivamente sportivo. Nello specifico, mentre la legge precedente (n. 93/1990) prevedeva un'aliquota ordinaria del 10% da applicare al valore di mercato degli immobili trasferiti, dal 1° gennaio 2010, la suddetta imposta è stata ridotta con applicazione, per i trasferimenti con un valore sino a un miliardo di HUF, di un'aliquota al 4 %; oltre detta cifra, al 2 % per la parte del valore di mercato eccedente.

La prima ipotesi indicata mostra un indubbio utilizzo di risorse statali determinato dalla rinuncia erariale a parte del prelievo dei donanti. La Commissione, tuttavia, ne ha escluso la "selettività" valutando l'esenzione "aperta" a tutte le imprese.

Per la seconda, invece, l'indagine compiuta ha richiesto la preliminare individuazione di tutti i soggetti (eventualmente) interessati dall'esenzione: proprietari, concessionari, fruitori. L'utilizzo di risorse erariali, anche in tal caso, è apparso certo esplicitamente in una rinuncia statale agli introiti che sarebbero derivati dall'imposta di trasferimento della proprietà; è certo, altresì, un elemento selettivo con conseguente alterazione delle normali condizioni di mercato di "rilevanza transnazionale". Tuttavia, tenendo in considerazione il p. 3, c), dell'art. 107, TFUE, secondo cui la "distorsione" va "bilanciata" con i benefici atti a favore l'"interesse comune" che si manifestano, per il caso di specie, con la diffusione di infrastrutture rivolte all'attività sportiva incidenti su aspetti di "natura sociale" (art. 165 TFUE) e che il tutto pone soluzioni a una situazione di "fallimento del mercato" (poiché nessun investimento privato si sarebbe compiuto in mancanza del "sostegno" pubblico, il cui meccanismo di controllo nella relativa assegnazione preclude "effetti di *spill over*, sovracompensazione e garantisce la proporzionalità"), l'aiuto deve essere ammesso. La soglia *de minimis*, comunque, non deve essere oltrepassata dalle attività sportive non considerate, a livello nazionale, tra le "più popolari" e le società potranno riceverli solo se abbiano una propria "strategia di sviluppo" per promuovere lo sport, rivolto anche all'educazione e alla formazione di giovani atleti

3. Considerazioni conclusive

Le organizzazioni sportive, come si è detto nella prima parte, hanno diverse fonti di reddito e sono sottoposte a differenti forme di imposizione fiscale in relazione all'ambito in cui svolgono le proprie attività e, dunque, ai fini che perseguono.

Da un lato, l'"industria" dello sport italiano presenta i medesimi fattori di crisi che caratterizzano le altre realtà imprenditoriali, dovuti sia ad un eccessivo carico impositivo sia a numerosi casi di indebitamento fiscale per i quali, peraltro, in talune ipotesi, è stata riconosciuta la possibilità di invocare procedure di transazione. Dall'altro, lo sport praticato a livello di base necessita di un considerevole intervento pubblico, ampiamente inteso, affinché possano essere garantite pari opportunità ed un più vasto accesso alle relative attività sia pur con i limiti posti dalla disciplina europea in materia di aiuti di Stato.

Si è espresso, ancora, come l'inquadramento giuridico civilistico rappresenti la "base" delle articolazioni in cui si esprimono gli enti operanti nel settore e ci si è poi soffermati sull'IRES e su alcune ipotesi agevolative.

Da ultimo, tra gli interventi di massima rivolti a favorire lo sport, sebbene in fase ancora di annuncio, si segnala la "Misura 50" - "Usare le leve della cultura e dello sport per una diplomazia dell'attrazione" - inserita nel piano del Governo "Destinazione Italia") (l. n. 9/2014) che prevede, tra l'altro, la valorizzazione del

potenziale dato dall'attrattività dello sport (ed, in particolare, del calcio), per sostenere generici "obiettivi di diplomazia economica" attraverso la firma di un accordo quadro con il CONI e la conclusione di accordi bilaterali per lo scambio di atleti. Ancora, tra le misure previste nel c.d. "Decreto semplificazione fiscale", in attuazione dell'art. 7 della delega di cui alla l. n. 23/2014, esaminato lo scorso 20 giugno dal Consiglio dei Ministri, alcune prevedono di razionalizzare e coordinare le norme in materia di detrazione forfetaria dell'IVA per le sponsorizzazioni e le spese di rappresentanza delle A.S.D. e le pro-loco, applicando una percentuale unica nella misura del 50 %. La detrazione attualmente in vigore è nella misura del 50 % dell'imposta relativa alle operazioni imponibili e diminuisce al 10 % per le operazioni di sponsorizzazione (art. 74, co. 6, d.P.R. n. 633/1972).

Ciò che emerge, comunque, è l'assenza di un organico "sistema" al passo con i tempi ove la "globalizzazione" dell'ordinamento sportivo è del tutto evidente e produce effetti giuridici talmente rilevanti, anche sul piano istituzionale, da richiedere un "salto di qualità" del livello nazionale (L. Casini, 2010). Il percorso evolutivo interno è stato declinato, infatti, con "tipizzazioni" mirate ed il legislatore, di volta in volta, ha provato a "ricomporre" situazioni di fatto con conseguente frammentazione normativa, frutto di provvedimenti sovrapposti, carenti di un univoco criterio ordinatore che ha favorito, in molti casi, l'utilizzo della disciplina tributaria per finalità elusive.

Nella fase odierna sembra, quindi, quanto mai opportuno pervenire ad un'omogenea normativa di riferimento, soprattutto per gli innegabili valori sociali ed i rilevanti effetti economici di cui lo sport è portatore, il cui perfezionamento in un'ottica giuridica contribuisce all'implementazione di valori costituzionalmente garantiti. Tra questi, in particolare, l'art. 2 Cost. dove si prevede il riconoscimento nonché la garanzia per lo svolgimento della personalità dell'uomo, sia come singolo, sia nelle formazioni sociali, nonché l'art. 32 Cost. che, tutelando la salute come diritto della persona e quale interesse della collettività, induce a coinvolgere il settore dello sport (Sammartino, 1996).

Bibliografia

- » Casini L. (2010). *Il diritto globale dello sport*, Milano: Giuffrè.
- » Costa G., Füber K. (2013) "Il finanziamento pubblico allo sport: l'influenza del divieto di aiuti di Stato previsto dal diritto comunitario", w.p. In www.fuesser.de.
- » Dagnino A. (2008), "Agevolazioni fiscali e potestà normativa", Padova: CEDAM.
- » Ingresso M. (2009), "La comunitarizzazione del diritto tributario". In Ingresso M., G. Tesoro (a cura di), *Agevolazioni fiscali e aiuti di Stato*, Napoli: Jovene.

- » Lupi R. (2014), “Parere pro veritate alla federazione italiana golf relativo alla problematica
- » fiscale dell’interposizione fittizia tra associazioni sportive dilettantistiche e società immobiliari proprietarie dell’impianto”. In www.federgolf.it.
- » Pisauro G. (2003), Finale di partita senza pareggio. In www.lavoce.info.
- » Sammartino S. (1996), “Regime fiscale differenziato dell’attività sportiva e prospettive di riforma”. In *Rivista di diritto sportivo*, 235.

RIDES 6, 7, 8





> Prefazione

Il doping rappresenta oggi uno dei problemi più complessi dello sport ed ha bisogno di uno sguardo interdisciplinare per essere compreso in tutta la sua portata sociale, antropologica e culturale. Come altre scienze umane e sociali, anche il diritto è impegnato in questa comprensione ed interpretazione del fenomeno sportivo in una prospettiva che non è meramente descrittiva. Diritto e medicina, ad esempio, si trovano oggi sulla stessa linea di interpretazione ed azione nei confronti del doping e sottolineano con forza la necessità di superare la logica meramente punitiva che era stata utilizzata per approcciare, sia dal punto di vista scientifico che delle prassi, il problema del doping nello sport contemporaneo andando nella direzione della prevenzione e della cura.

La necessità di un nuovo paradigma da utilizzare nell'interpretazione scientifica del doping emerge con chiarezza dai contributi presentati in questo volume curato dagli studiosi Sandulli e Di Pietro e redatto da Autori provenienti da diversi contesti del diritto, tutti esperti nel settore, che sviluppano i loro temi in modo interdisciplinare, identificando argomenti nuovi e significativi per il settore di ricerca.

Trovano così posto nel volume saggi riguardanti alcune approfondite riflessioni sugli aspetti sostanziali e i principi procedurali del Codice Mondiale Antidoping; i temi strettamente ermeneutici legati al problema del giudizio, della comprensione e della punizione nel doping; i problemi dell'armonizzazione delle politiche antidoping nel nostro Paese; la normativa sui *whereabouts* per i controlli sugli atleti; il legame dell'antidoping con l'arte e la filosofia.

Si tratta di temi nuovi e controversi che aprono prospettive di riflessione sia per gli studiosi nazionali che internazionali. Il *fil rouge* che lega questi saggi è rappresentato dall'etica. In fondo, il problema del doping si configura come un problema etico-morale che trova però nel terreno del diritto la possibilità di un'interpretazione e comprensione non riduzionistica né riduttivistica perché, di fatto, viene sviluppata in un'ottica realmente interdisciplinare.

Gli Autori aprono con i loro saggi possibilità interpretative nuove sul doping, con risvolti teorici e applicativi originali. Quello che intendono compiere è contribuire di

fatto, con le loro ricerche, alla costruzione di un paradigma giuridico teoricamente fondato che possa trasformarsi in prassi per le organizzazioni coinvolte nelle politiche antidoping. Il loro impegno contro il doping emerge con tutta la sua forza, anche creativa, come nel caso del saggio riguardante il rapporto tra antidoping, arte e filosofia, che utilizza la struttura narrativa dell'aforisma per lo sviluppo del discorso.

Essi sembrano dirci, in sostanza, che il doping – al di là della difficoltà di definirne la natura e della relatività che lo caratterizza per il fatto di essere regolato sulla base di norme storiche soggette ad un continuo cambiamento – non può assolutamente essere accettato. Del resto, al di là del fatto che il doping impedirebbe l'uguaglianza delle condizioni di partenza nello sport (che secondo alcuni si potrebbe annullare permettendo e lasciando libero ciascun atleta di doparsi), la sua non accettazione come pratica risiede nel fatto che esso viola i principi, le norme ed i valori sui quali si basa lo sport. Infatti il doping finisce per annullare lo sport stesso come pratica, sistema di valori e mezzo di inclusione sociale e costruzione della democrazia.

Il messaggio che emerge da parte degli Autori che dove c'è il doping cessa di essere presente lo sport con la "s" maiuscola: vale a dire, lo sport "umano" e degno di essere praticato. In questo gioco tra presenza e assenza determinato dal doping sta tutta la drammaticità etica e giuridica dello sport nella nostra società e nella nostra cultura.

In conclusione, vorrei sottolineare come *Doping e diritto. Prospettive nazionali e internazionali* sia certamente un libro per così dire "tecnico", per addetti ai lavori, ma anche un testo di ampio respiro culturale. Per questo ritengo che il libro sia destinato a rimanere un testo di riferimento fondamentale anche per gli anni a venire non solo per gli studiosi dei problemi giuridici del doping ma anche per i responsabili di organizzazioni sportive ed esperti che avranno necessità di trovare modelli per sviluppare le loro politiche e le loro azioni contro il doping centrandole su prassi etico-giuridiche scientificamente fondate.

Prof. Fabio Pigozzi

Rettore, Università di Roma "Foro Italico"

Roma, Maggio 2017

> Il Codice Mondiale Antidoping: aspetti sostanziali e principi procedurali

Bruno Di Pietro

Federazione Medico Sportiva Italiana

dipietro.bruno@gmail.com

Indice:

1. Introduzione; 2. La AMA-WADA; 3. il Codice Mondiale Antidoping; 4. Aspetti sostanziali: la violazione delle regole antidoping e casi equiparati; 5. Aspetti procedurali: l'impianto probatorio; 6. Principi probatori: *strict liability* e *comfortable satisfaction*; 7. Conclusioni.

1. Introduzione.

Lo scopo del presente articolo è quello di analizzare il modello antidoping disegnato dalla normativa mondiale antidoping e che trova la sua articolazione nel Codice Mondiale Antidoping della A.M.A.-W.A.D.A. (Agence Mondiale Antidopage – World AntiDoping Agency: la lingua ufficiale dell'Agenzia è il Francese ed è ammesso l'Inglese). A tal fine risulta necessario esaminare brevemente in una prospettiva storica il fenomeno del *doping*, tenendo in debito conto che tale fenomeno si è sviluppato come “problema” dello *sport* a livello mondiale solo in tempi recentissimi.

Un dato storico che sembra testimoniato dalle più disparate esperienze umane consiste nel fatto che gli uomini hanno sempre utilizzato numerose sostanze che rendessero loro possibile varcare la soglia della loro limitatezza naturale e, nelle esperienze più risalenti nel tempo, ma con incursioni anche nella più “profonda” modernità, soprattutto per scopi rituali-religiosi. Tale fenomeno riguarda anche e soprattutto tutte le azioni umane che, con scopi più o meno rituali o anche competitivi, sono relative alla attività fisica intesa in senso di “prestazione agonistica” con riferimento sia alla prestazione agonistica in quanto tale e sia alla prestazione agonistica resa in occasione della “guerra” (numerosi sociologi hanno confermato il legame strutturale

tra la prestazione agonistica resa “per gioco” e quella resa “per guerra”¹: fin dagli stessi Greci (primi “atleti” nel senso specifico del termine) che erano soliti utilizzare delle pozioni fortificanti che permettessero loro delle eccezionali prestazioni “sportive”².

Insomma, tali sostanze avevano il compito di permettere il superamento dei limiti naturali di resistenza e di capacità del corpo.

Parafasando uno dei più famosi storici dello Sport, Carl Diem, il quale nella sua opera più famosa, sostenendo la naturalità dello Sport per l'essere umano, afferma che “ogni epoca crea il suo sport”³, possiamo dire che ogni epoca crea anche il suo *doping*. Ciò che muta in ogni epoca, naturalmente, è non solo il concetto di antropologia⁴, cioè la considerazione di cosa sia l'“uomo”, ma anche la considerazione di cosa sia il *doping*. Ciò che è *doping* dipende soprattutto dai risultati della ricerca medica e farmacologica, mentre la valutazione della ammissibilità di sostanze che permettono di fortificare una prestazione sportiva dipende dal livello di consapevolezza morale, sociale, giuridica circa l'utilizzo di tali sostanze che permettono di ottenere una prestazione artefatta a danno di altri competitori e quindi, in definitiva, da una “scelta antropologica”, da una scelta, cioè, circa il modello di uomo e di avversario che si intende affermare.

Nella epoca moderna, che è caratterizzata dalla più spinta ricerca genetica sulle funzionalità umane, il *doping* si caratterizza come una modifica della stessa genetica umana⁵.

A livello etimologico, il termine *doping* sembrerebbe derivare dal termine *dop* che, nelle colonie olandesi in Africa, indicava una bevanda alcolica fortificante che assumevano i guerrieri della etnia Zulu ai fini di affrontare, con il miglior rendimento personale, la battaglia⁶.

L'utilizzo di sostanze che permettessero dei rendimenti falsati in quanto superanti i limiti naturali del corpo umano furono, però, oggetto dei primi divieti solo intorno al

1 F. CARDINI, *Quell'antica festa crudele*, Mondadori Ed., 2000; P. DEL NEGRO e G. ORTALLI, a cura di, *Il gioco e la guerra nel secondo millennio*, Fondazione Benetton Studi Ricerche/Viella, 2009;

2 G. DEVOTO, *Dizionario etimologico, sub “sport”*, *Le Monnier*, 1968. Il termine *sport* è un termine moderno inglese che abbrevia *disport*, utilizzato nell'Inghilterra del XIV secolo e deriva dal francese medievale *desport* che riprende il latino *deportare*, con il senso di “uscire fuori dalla porta [delle mura della città]”, quindi con un significato analogo al concetto di “svago”, essendo la città medievale ricollegata, nella sua visione sia romana che proto-borghese, al concetto di luogo di lavoro. Tracce di questa origine etimologica sono rimaste nel termine spagnolo per indicare lo sport e cioè *deporte* e nell'italiano *diporto* per indicare il divertimento, lo svago;

3 C. DIEM, *Weltgeschichte des Sports und der Leibeserziehung*, Cotta'sche Buchhandlung, 1966, p.9;

4 G. LO CASTRO, *Il soggetto e i suoi diritti nell'Ordinamento canonico*, Giuffrè, 1985, *il quale sostiene che “non v'è alcuna concezione fondamentale della società che non sbocchi o non prenda le mosse da una antropologia”*, p.9;

5 R. FREEZEL, *Sport, Play and Ethical Reflection*, University of Illinois Press, Urbana and Chicago (IL), 2006; A. MIAH, *Genetically modified athletes*, Routledge, 2004; V. MØLLER, *The ethics of doping and anti-doping*, Routledge, 2010.

6 Informazioni reperibili sul sito della AMA-WADA: www.wada-ama.org;

1920. Da tale epoca, e progressivamente, il problema è divenuto di sempre più bruciante realtà, in corrispondenza dell'enorme rilievo che, nel mondo contemporaneo, ha assunto la "prestazione sportiva", singola e collettiva, sia per la spettacolarizzazione fine a sé stessa del rendimento e sia per la gran massa di interessi economici (leciti ed illeciti) che oggi gravitano intorno all'evento sportivo in quanto tale. In realtà, però, e nonostante una serie impressionante di morti sportive avvenute tra gli anni '40 e gli anni '70 del secolo scorso e riconducibili all'uso di sostanze fortificanti (o presuppote tali), un organismo appositamente deputato alla ricerca scientifica e ai controlli finalizzati alla lotta al *doping* nel mondo sportivo, nasce solo all'interno della "prima conferenza mondiale sul *doping* nello sport" convocata dal C.I.O. nel 1999: la data di nascita della AMA-WADA (Agence Mondiale Antidopage - World Anti-Doping Agency) è, appunto, il 10 novembre 1999. Le ulteriori qualificazioni di sostegno e organizzazione per la WADA sono successive alla Tavola Rotonda dell'UNESCO tenuta a Parigi nel gennaio del 2003 e sono contenute a partire dalla Dichiarazione di impegno di Copenhagen sottoscritta a marzo del 2003.

In queste righe preme considerare e specificare quelli che sono gli aspetti fondativi giuridici ed alcuni aspetti circa la natura della "obbligatorietà" delle norme antidoping nonché alcuni aspetti e principi essenziali, di carattere sia sostanziale che procedurale delle norme fondamentali antidoping.

2. La AMA-WADA.

Abbiamo detto sopra che nonostante il problema del *doping* all'interno del mondo sportivo fosse molto risalente nel tempo e che il problema del suo utilizzo si trasformò in una bruciante emergenza tra gli anni '40 e '70 del secolo scorso, i primi divieti di utilizzo di sostanze dopanti risalgono all'incirca al 1920. E' evidente che tali divieti già applicavano in senso autentico il principio fondamentale del Movimento Olimpico, per come codificato da Pierre de Frédy, Barone de Coubertin e riassunto nella sua nota affermazione secondo la quale, nella competizione sportiva, si richiedeva, come valore assoluto ed ineliminabile, la lealtà sportiva. Da tale punto di vista, il falsare la competizione sportiva mediante l'utilizzo di sostanze che potessero artificialmente aumentare la efficacia dello sforzo atletico naturale, prima di procurare un danno a sé stessi dal punto di vista medico-fisiologico (danno che poteva anche non essere presente), provocava anzitutto una grave lesione al principio della lealtà sportiva.

Eppure, una istituzione che avesse come compito specifico quello di monitorare la regolarità delle competizioni in relazione all'utilizzo di sostanze dopanti viene creata solo nel 1999, quando, con la Dichiarazione di Losanna del 10 ottobre 1999, viene fondata ufficialmente la Agence Mondiale Antidopage o World Anti-Doping Agency.

La natura, le funzioni ed il funzionamento della AMA-WADA sono contenuti nei 19 articoli del suo Statuto, che è stato modificato, da ultimo, l'11 Aprile 2016.

In particolare, la AMA-WADA è definita come una fondazione di diritto privato, retta dalle norme del codice civile elvetico, con sede a Losanna. Di fondamentale importanza per il nostro discorso è l'art. 4 dello Statuto. E' questo articolo, infatti, che definisce le finalità e la operatività della Agenzia. Questo articolo può essere idealmente diviso in due parti: nella prima parte, rappresentata dai primi due commi, stabilisce il fine principale generale della Agenzia che è quello di *"promuovere e coordinare a livello mondiale la lotta contro il doping nello sport in tutte le sue forme, attraverso test antidoping sia durante le competizioni che fuori competizione"* attraverso la *"collaborazione con gli enti intergovernativi, i governi, enti pubblici e privati che hanno come fine la lotta contro il doping, ed in particolare con il Comitato Internazionale Olimpico, con le Federazioni Sportive Internazionali, i Comitati Olimpici Nazionali e gli Atleti"* (art. 4, comma 1 Statuto); e indica i valori che si vogliono proteggere con tale attività e cioè *"sostenere a livello internazionale i principi etici per la pratica dello sport senza doping e di contribuire alla protezione della salute degli atleti"* (art. 4, comma 2 Statuto). Inoltre, sempre l'art. 4, nei successivi commi da 3 a 8, che possiamo considerare come la seconda parte, stabilisce nel concreto le modalità operative della AMA-WADA per la lotta al doping.

Ciò che ci interessa in questa sede, e a riconferma di quanto si diceva sopra, è il fatto che i valori protetti dalla attività antidoping della AMA-WADA sono quelli indicati al comma 2 dell'art. 4 dello Statuto e cioè: 1) sostenere a livello internazionale i principi etici per la pratica dello sport senza doping; e poi 2) contribuire alla protezione della salute degli atleti. Come si vede, in questa classificazione, che non appare come mera elencazione, ma sembra essere una indicazione di valore gerarchico in relazione alla importanza dei valori, viene prima di tutto la protezione dei principi etici per uno sport senza doping. E solo dopo viene la protezione della salute degli atleti. Ciò a conferma della perfetta sintonia con la volontà del Fondatore del Movimento Olimpico, de Coubertin, il quale aveva come scopo principale, la tutela e la diffusione della *lealtà sportiva*, intesa come onestà della prestazione sportiva e come rifiuto di qualunque pratica che potesse attentare, in maniera disonesta, la necessaria uguaglianza degli atleti. Ciò permette, quindi, di affermare che il valore sostanziale che viene protetto dalla AMA-WADA è in primo luogo la lealtà del comportamento sportivo, che può essere violata sia in competizione e sia fuori competizione, attraverso quei comportamenti degli atleti che sono contrari alle disposizioni antidoping della AMA-WADA.

Strutturalmente, la AMA-WADA è governata da un Consiglio di Fondazione composto da un minimo di 10 membri e fino ad un massimo di 40 che durano in carica per 3 anni e tra i quali devono essere compresi anche atleti. Questi componenti, nella loro massima consistenza, possono essere nominati fino a 18 dagli organi del Movimento Olimpico e tra questi ci devono essere almeno 4 atleti; fino a 18 possono essere indicati dalle Autorità pubbliche e cioè dagli altri organismi pubblici e privati che si occupano di lotta al doping; e gli altri 4 possono essere nominati dal Consiglio di

Fondazione, sulla base di un accordo tra Movimento Olimpico e Autorità pubbliche⁷.

Inoltre, la Agenzia si dota di un Comitato Esecutivo formato da 12 membri scelti tra i componenti del Consiglio di Fondazione e di cui le figure del Presidente e del vice-Presidente coincidono automaticamente. Tale comitato esecutivo di occupa della direzione e della gestione effettiva della Agenzia, nonché della amministrazione dei suoi beni⁸.

Importanti sono le norme preclusive: non si può essere nominati né in seno al Consiglio di Fondazione né in seno al Comitato Esecutivo se si appartiene ad un paese che non contribuisce alle dotazioni economiche della Agenzia né se si appartiene ad un paese che non ha aderito alla Convenzione internazionale contro il *doping* nello Sport emanata dall'UNESCO⁹.

3. Il Codice Mondiale Antidoping.

Le disposizioni antidoping della AMA-WADA sono contenute in un apposito Codice¹⁰.

Anzitutto, va notato come il fondamento “costituzionale”¹¹ delle norme antidoping, debba essere rinvenuto nell'art. 43 della Carta Olimpica che costituisce la norma fondamentale del Movimento Olimpico¹².

L'art. 43 della Carta Olimpica, afferma, infatti, che “*le Code mondial antidopage est obligatoire pour l'ensemble du Mouvement olympique*”.

Inoltre, tali disposizioni sono integrate dal Codice medico del movimento olimpico (*Code médical du Mouvement olympique*), in vigore dal 31 marzo del 2016, il quale, al punto 4 del Preambolo stabilisce che tale documento “*intègre les principes du Code Mondiale Antidopage*”¹³.

Il Codice Mondiale Antidoping (per l'appresso indicato solo come “Codice”) è stato adottato per la prima volta nel 2003 ed è entrato in vigore nel 2004. E' composto

7 Statuts de l'Agence Mondial Antidopage, pubblicato dalla AMA-WADA, reperibile sul sito: www.wada-ama.org, art. 10;

8 IBIDEM, art.11;

9 IBIDEM, art.10;

10 Code Mondial Antidopage, pubblicato dalla AMA-WADA, reperibile sul sito: www.wada-ama.org;

11 Nell'articolo si utilizza il termine “costituzionale” nel senso in cui tale parola ha assunto rilievo nella terminologia tecnico-giuridica moderna e cioè come “norma fondamentale e fondante la legittimità di un sistema”. Per una veloce rassegna dei diversi significati del termine, cfr. sia R.BIN-G.PETRUZZELLA, *Diritto Pubblico*, Giappichelli Ed., Torino, 2015 e sia McILWAIN, *Costituzionalismo antico e moderno*, Il Mulino, 1990, con *Introduzione* di N. MATTEUCCI.

12 Charte Olimpique, édité par le Comité International Olympique, 2013, che può essere letta sul sito del CIO: www.olympic.org;

13 Code Médical du Mouvement Olympique, pubblicato dalla AMA-WADA, reperibile sul sito: www.wada-ama.org, *Préambule*, n.4;

complessivamente da 25 articoli disposti su quattro sezioni. La sua funzione è indicata nella introduzione dove si specifica che il Codice ed il programma mondiale antidoping hanno il compito di “*proteggere il diritto fondamentale degli sportivi di partecipare ad attività sportive esenti da doping, promuovere la salute e garantire agli sportivi di tutto il mondo l'equità e l'uguaglianza nello sport*”; inoltre, attraverso il codice si deve procedere alla “*armonizzazione, al coordinamento ed alla efficacia dei programmi antidoping*” a livello internazionale e a livello nazionale¹⁴.

Il Codice stabilisce che gli elementi essenziali che caratterizzano il Programma mondiale antidoping sono 3 e cioè: 1) lo stesso Codice; 2) gli *Standards* internazionali; e 3) i modelli di buone pratiche e le linee guida¹⁵.

Il Codice è il documento di valore fondamentale ed universale su cui si fonda e su cui riposa il Programma mondiale antidoping nello sport. Gli *Standards* internazionali sono intesi come disposizioni generali riguardanti gli aspetti tecnici ed operativi della lotta al *doping* e servono soprattutto a garantire una armonizzazione a livello nazionale ed internazionale delle tecniche e delle operazioni finalizzate alla lotta all'uso del *doping* nello sport. Questi costituiscono quelle informazioni tecniche ed operative necessarie per l'applicazione del Codice¹⁶.

I modelli di buone pratiche e le linee guida sono invece delle esemplificazioni di comportamenti ritenuti efficaci nella lotta contro il *doping* nello sport. In questo caso i soggetti attuatori possono o applicare integralmente modelli e linee guida indicate dal CIO, oppure possono apportarvi modifiche in relazione ai vari settori sportivi, ma sempre rispettando i fondamentali principi della lotta al *doping*, come contenuti nel Codice.

Il Codice Mondiale Antidoping illustra inizialmente i propri principi costitutivi. In particolare, tale documento si fonda sulla esigenza di preservare il valore intrinseco dello Sport, inteso come “*esprit sportif*” e che è definito come l'essenza dell'olimpismo, vale a dire il perseguimento della eccellenza umana attraverso il perfezionamento dei talenti naturali che ciascuno possiede. Tale concetto costituzionale dello spirito sportivo trova fondamento nel Codice il quale mira a tutelare essenzialmente i suoi corrispondenti valori fondativi, tra i quali “*l'etica, il gioco corretto e l'onestà*”, “*la salute*”, “*l'eccellenza nella performance*”, “*il divertimento e la gioia*”, “*il lavoro di squadra*”, “*il rispetto delle regole e delle leggi*”, “*il rispetto di sé stessi e degli altri partecipanti*”, “*il coraggio*”, “*lo spirito di gruppo e la solidarietà*”, concludendo che l'utilizzo del *doping* contravviene a tutto ciò e rendendo obbligatorie le disposizioni del Codice per ogni

14 Code Mondial Antidopage, *Object, portée et organization du programme mondial antidopage et du Code, AMA-WADA, 2016, p.11.*

15 IBIDEM, p.12;

16 IBIDEM, pp.11, 12 e 13;

appartenente al mondo sportivo¹⁷.

4. Aspetti sostanziali: la violazioni delle regole antidoping e casi equiparati

L'art. 1 del Codice definisce subito cosa deve intendersi per violazione delle norme antidoping ed è una definizione formale: è doping la violazione di una o più norme del Codice tra quelle contenute all'art. 2, dal comma 1 al comma 10.

In particolare, l'art. 2, comma 1, precisa che è considerata violazione delle regole antidoping la presenza di una sostanza proibita, oppure dei suoi metaboliti o dei marcatori, nel campione fornito da uno sportivo. E' ulteriormente precisato che la violazione si configura indipendentemente dalla intenzione, dall'errore, dalla negligenza o dall'uso cosciente della sostanza. Tale primo aspetto, permette di definire la cd. "responsabilità oggettiva" (di cui *infra*) dello sportivo che deve assicurarsi personalmente che nessuna sostanza tra quelle proibite penetri nel suo corpo, senza che abbia alcun valore la qualificazione dell'aspetto psicologico e cioè la prova della volontarietà o del caso fortuito o dell'errore. L'incidenza di tale responsabilità particolarmente gravosa, ai fini della configurazione di una violazione delle regole antidoping, è stata sempre confermata dalla costante giurisprudenza del TAS, senza che abbiano mai avuto rilievo le indagini a livello probatorio sulla carenza di responsabilità dello sportivo, intesa come assunzione volontaria della sostanza proibita. I soli casi in cui tale responsabilità può venir attenuata o ritardata sulla base di ulteriori accertamenti sono solo quelli definiti dallo stesso Codice e nello specifico: quando le regole antidoping richiedono una misura specifica di presenza della sostanza, la violazione della regola antidoping si concretizza solo al raggiungimento di tale misura; inoltre sono consentite delle specifiche indagini nei casi in cui una sostanza può essere prodotta in maniera endogena da un organismo, ai fini di determinare la sua natura endogena o esogena. In questi due casi, la responsabilità oggettiva viene attenuata dalla presenza di ulteriori indagini in merito agli aspetti segnalati, che devono confermare o il mancato raggiungimento della misura stabilità o devono confermare che la produzione della sostanza sia avvenuta in via endogena.

Da tale unto di vista, la responsabilità dello sportivo può essere definita tecnicamente come "oggettiva" non essendo rilevante una indagine in merito alla presenza di colpa o dolo oppure da errore o caso fortuito e l'art. 2, comma 2 del Codice estende tale responsabilità anche al caso di *tentativo* di utilizzo di una sostanza o di un metodo proibito. Insomma, queste regole stringenti prevedono che sia sufficiente la presenza di una sostanza proibita o il tentativo di assumere una sostanza proibita o di

¹⁷ IBIDEM, p.14;

utilizzare un metodo proibito per far scattare la formalizzazione della violazione alle regole antidoping.

A tali aspetti, che ai fini della presenza di una violazione alle regole antidoping possono essere considerati principali, il Codice equipara altri casi, previsti sempre dall'art. 2, il quale stabilisce che si ha violazione anche nei casi in cui uno sportivo si sottragga al prelievo del campione biologico, oppure rifiuti di effettuare il prelievo; in caso di violazione degli obblighi di localizzazione; in caso di falsificazione o tentativo di falsificazione di ogni elemento di ciascuna singola fase del controllo antidoping; il semplice possesso di una sostanza o di un metodo proibiti; il traffico o il tentativo di traffico di una sostanza o di un metodo proibiti. Sono considerati parimenti violazioni delle regole antidoping la somministrazione o il tentativo di somministrazione ad uno sportivo, rispettivamente nei casi in cui sia rilevante l'essere in competizione o fuori competizione, di una sostanza o di un metodo interdetti; o qualunque forma di contatto o complicità *attiva* nel caso di violazione delle regole antidoping da parte di un'altra persona; oppure una qualunque forma di associazione, professionale o sportiva, tra uno sportivo o altra persona soggetta all'autorità di una organizzazione antidoping ed il personale dell'*entourage* o di supporto dello sportivo. In questo caso il Codice prevede una specifica procedura da seguire dettagliatamente descritta al comma 10 dell'art. 2.

Successivamente, l'art. 4 definisce alcuni aspetti in relazione alla redazione delle liste di sostanze e metodi proibiti. Tra queste norme, va segnalata, in particolare, quella che rappresenta la principale esimente da responsabilità e che è contenuta all'art. 4, comma 4. Abbiamo visto sopra che la responsabilità dello sportivo in relazione alla violazione di una norma antidoping è di tipo "oggettivo", nel senso che non si richiede una indagine sul dolo, sulla colpa o sul mero caso fortuito, con due attenuazioni: quando è rilevante non la presenza della sostanza proibita ma una determinata quantità di questa; oppure, nel caso in cui si possa dimostrare che una sostanza possa essere stata prodotta dall'organismo in via endogena. In questi due casi l'affermazione della responsabilità dell'atleta è subordinata ad ulteriori accertamenti che consistono nella esatta determinazione della misura della sostanza proibita o nella determinazione se, nel caso concreto, tale sostanza sia stata effettivamente prodotta in via endogena dall'organismo. L'art. 4, comma 4, invece, stabilisce non una attenuazione o una subordinazione della responsabilità ad ulteriori accertamenti, ma una vera e propria ipotesi di inesistenza di responsabilità, sorretta da una specifica autorizzazione all'utilizzo di una sostanza proibita. Infatti, secondo l'art. 4, comma 4, nel caso in cui si verifichi uno dei casi previsti dall'art. 2, che normalmente costituisce violazione delle regole antidoping, ma tale verifica è coperta da una autorizzazione a fini terapeutici disposta a favore dello sportivo che sia stata disposta secondo ben precise regole procedurali contenute negli *Standards* internazionali, allora non si ha violazione delle norme antidoping. Vale a dire che l'Autorizzazione a fini terapeutici costituisce

una autorizzazione preliminare all'utilizzo o al maneggio della sostanza proibita, senza che la relativa ipotesi possa costituire violazione del Codice, in quanto tale sostanza può essere utilizzata per piani terapeutici che lo sportivo deve affrontare.

5. Aspetti procedurali: l'impianto probatorio

Stabilite quali siano le violazioni delle regole antidoping, stabiliti i casi in cui la responsabilità dello sportivo deve essere subordinata a determinati eventi (misurazione della quantità della sostanza vietata e/o verifica della sua possibile produzione in via endogena), e stabilito il caso in cui la sostanza può essere usata o maneggiata per fini terapeutici, che costituisce una scriminante totale per lo sportivo sottoposto a particolari cure terapeutiche, il Codice, all'art. 3, definisce altri aspetti che hanno una rilevanza procedurale e processuale.

Anzitutto, all'art. 3, comma 1, viene stabilito un principio generale secondo il quale l'onere della prova, nel caso in cui vi sia una presunzione di violazione delle norme antidoping, spetta a quella organizzazione antidoping che deve stabilire se violazione ci sia stata. A tal proposito nello stesso articolo viene dettato il principio secondo il quale il grado della prova deve essere più intenso di una semplice probabilità, ma meno intenso di una prova oltre ogni ragionevole dubbio, cioè di una prova certa.

Successivamente il medesimo art. 3 indica le specifiche prove che sono ritenute presuntivamente affidabili, ma di una presunzione *iuris tantum*, cioè relativa, in quanto possono essere smentite da una prova contraria: abbiamo, ad esempio, i metodi di analisi tecniche ammesse dall'Agenzia e approvate dalla comunità scientifica. In questo caso, coloro che sono interessati a contestare tale presunzione di validità, devono seguire un particolare procedimento indicato nell'art. 3, comma 2, punto 1. Oppure i laboratori accreditati dall'Agenzia beneficiano della presunzione di aver analizzato i campioni e di aver seguito i protocolli di rispetto della catena di sicurezza come stabiliti negli *Standards* internazionali. Anche in questo caso è prevista una contestazione specifica qualora uno sportivo possa portare prove che si sia verificato un fatto sopravvenuto che abbia potuto ragionevolmente modificare il risultato di un controllo, e questo comporta una inversione dell'onere della prova, in quanto, la necessità di dimostrare che, invece, le procedure ed i protocolli sono stati rispettati ritorna in capo alla organizzazione antidoping che ha interesse a dimostrare la violazione di una norma del Codice. In ogni caso, l'organizzazione antidoping, anche nel caso in cui vi sia stato un vizio procedurale o inerente altri aspetti stabiliti dagli *Standards* internazionali circa l'analisi di un campione, può sempre dimostrare che tale vizio non ha influito sulla produzione di un risultato che comporti l'addebito di una violazione delle norme antidoping.

6. Principi probatori: *strict liability e comfortable satisfaction*.

I due paragrafi precedenti avevano esclusivamente natura descrittiva: abbiamo, cioè, solo descritto gli aspetti sostanziali e procedurali delle previsioni del Codice Antidoping, contenute negli artt. 2 e 3.

Va ora fatto un rapido accenno ad alcuni aspetti che sembrano giuridicamente più interessanti, in quanto permettono di stabilire alcuni principi probatori in relazione alle violazioni di norme antidoping.

In particolare sembra utile richiamare alcune parti dei citati articoli. Abbiamo anzitutto visto che l'art. 1 del Codice stabilisce che *“le doping est défini comme une ou plusieurs violations des règles antidopage énoncées aux articles 2.1 a 2.10 du Code”*.

Successivamente, l'art. 2.1.1 stabilisce che incombe a ciascuno sportivo assicurarsi che nessuna sostanza proibita possa penetrare nel suo organismo e che gli sportivi sono responsabili di ogni sostanza proibita, o dei suoi metaboliti o marcatori, la presenza dei quali è riscontrata nel campione biologico. Seguendo con l'affermazione che *“il n'est pas nécessaire de faire la preuve de l'intention, de la faute, de la négligence ou de l'usage conscient de la part du sportif pour établir une violation des règles antidopage [...]”*: tale affermazione, lo abbiamo detto sopra, permette di definire la tipologia della responsabilità dello sportivo nel cui campione biologico viene rinvenuta una sostanza proibita. Tale responsabilità è chiaramente “oggettiva”, a nulla rilevando la effettiva volontà, l'errore o il caso fortuito. Stessa affermazione è ripetuta dal Codice all'art. 2.2.1, in relazione all'uso o al tentativo di uso di una sostanza proibita o di un metodo proibito.

Va ricordato che tale configurazione di una responsabilità oggettiva particolarmente rigida è stata ritenuta conforme dalla Corte Europea per i Diritti Umani al principio della presunzione di innocenza stabilita dall'art. 6, comma 2 della Convenzione per la salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà Fondamentali, la quale stabilisce che *“ogni persona accusata di un reato è presunta innocente fino a quando la sua colpevolezza non sia stata legalmente accertata”*¹⁸.

In effetti, è vero che la sollevata presunta violazione del principio di presunzione di innocenza, inteso come diritto naturale, cioè come diritto fondamentale dell'uomo, fa riferimento soprattutto a principi di diritto penale oramai assunti nella coscienza di ciascuno e sanzionati a livello Europeo in quanto principi fondamentali dell'uomo. Ma è anche vero che la natura della obbligatorietà delle norme antidoping della AMA-WADA, seppur avvicinata al diritto penale, non può essere, e non è, di tipo “penale” cioè “pubblica”, con tutto ciò che questo comporta. Va infatti notato che anzitutto

18 Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo, parte prima: Convenzione Europea per la salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle libertà fondamentali, edita dalla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, rinvenibile sul sito www.echr.coe.int, p.9;

vi è un problema di carattere soggettivo: le norme della AMA-WADA possono essere applicate solo nei confronti di coloro che partecipano al “mondo sportivo” nei vari ruoli (atleti, medici, allenatori, tecnici, ecc.). E ciò perché costoro si sono volontariamente sottoposti al rispetto delle norme antidoping nel momento in cui hanno deciso di appartenere al mondo sportivo, aderendo ad una Federazione o ad un Ente simile. Si tratta, quindi, di una responsabilità assunta volontariamente, cioè in maniera convenzionale, e dunque di natura “privata”. La obbligatorietà delle norme antidoping della AMA-WADA, dunque, partecipa della natura privata del soggetto che le ha emanate e il vincolo che generano nei confronti degli appartenenti in senso lato al mondo sportivo non è un vincolo di natura pubblico-penalistico, ma privato-convenzionale. Il principio della “responsabilità oggettiva” come delineato sopra corrisponde a quello che nell’ambiente anglosassone è chiamato *strict liability*¹⁹ e deriva, come abbiamo detto, dall’accettazione volontaria di norme emanate da un soggetto privato, la AMA-WADA, cui tutti coloro che partecipano del mondo sportivo si sottomettono volontariamente: ciò giustifica la particolare responsabilità che ne deriva, senza che possa essere sollevato alcun contrasto con i principi del giusto processo, riconosciuti come diritti fondamentali dell’uomo.

Diverso è il principio che deriva, invece, dalla norma di cui all’art. 3.1, laddove il Codice pone i fondamentali temi dell’onere della prova. In questo caso il Codice stabilisce che il grado di prova deve essere “*plus important qu’une simple prépondérance des probabilités, mais moindre qu’une preuve au-delà du doute raisonnable*”, vale a dire attenua il valore della prova, dovendo essere superiore ad una mera probabilità, quindi richiedendo un impianto istruttorio completo, ma inferiore ad una prova certa, oltre ogni ragionevole dubbio. Tale assunto probatorio, tipico anch’esso del diritto anglosassone, viene definito come *comfortable satisfaction*²⁰, e consente di poter ritenere attuata una violazione del Codice anche laddove non si raggiunga una piena prova.

Tali principi, naturalmente, consentono di estendere al massimo grado la possibilità di punizione nei casi in cui vi sia stata una presunta violazione delle norme antidoping, in quanto da un lato consentono di ritenere responsabile della violazione uno sportivo, senza che sia consentita una indagine circa l’*animus* che sostanzia la violazione in senso colposo, doloso o casuale. Dall’altro si consente che l’organizzazione antidoping che deve applicare la sanzione, possa provare la violazione della norma antidoping facendo ricorso fruttuoso ad una prova di grado attenuato, che sia superiore al mero grado probabilistico, ma che sia inferiore alla prova certa.

Ciò è consentito in quanto la valenza del bene tutelato è di particolare importanza,

19 A. BLANDINI, P. DEL VECCHIO, A. LEPORÉ, U. MAIELLO (a cura di), *Codice di giustizia sportiva F.I.G.C.*, Edizioni Scientifiche Italiane, 2016, p.544;

20 IDEM, p.546;

soprattutto in un ordinamento che ha come principio costituzionale quello del *franc jeu* o *fair play*, cioè l'onestà della prestazione sportiva²¹.

7. Conclusioni.

Carl Diem sosteneva, lo abbiamo visto sopra, che ogni epoca ha il suo sport. Noi, parafrasandolo, abbiamo notato che ogni epoca ha anche il suo *doping*. Muta, naturalmente, la coscienza sociale sul suo utilizzo.

Nella introduzione del Codice, viene chiarito che sia il Codice che il Programma mondiale antidoping hanno lo scopo di “*garantir aux sportifs du monde entiere l'équité et l'égalité dans le sport*”.

Valori importanti, quelli dell'equità e della uguaglianza, che permettono altre considerazioni. In effetti, parlare di equità e parlare di uguaglianza sembrerebbe pleonastico, essendo termini molto simili. Basta aprire un qualunque testo giuridico e si può verificare che l'equità è considerata come la “giustizia del caso singolo”²². L'uguaglianza, invece, richiama raffronti più generali, totali. Possiamo affermare che, dunque, l'equità riguarda il rapporto concreto, quel singolo rapporto, mentre l'uguaglianza riguarda il rapporto totale, cioè un rapporto modello che ha come parti non singole persone ma modelli di persone, di modo che può essere esteso all'infinito.

La competizione sportiva, anche quando mira al risultato individuale, è sempre competizione agonistica tra soggetti diversi: si compete sempre contro qualcuno, o per vincere la singola partita o per scavalcare qualcuno in una classifica o per ottenere un migliore risultato sportivo rispetto ad altri. Quindi, la competizione sportiva è sempre un “rapporto” esistenziale: nella competizione sportiva io incontro sempre l'altro o gli altri.

Ritornano in mente le parole illuminate di un filosofo del diritto italiano, Sergio Cotta, il quale sosteneva che nel rapporto giuridico, cioè in quel rapporto mediato dalla regola di diritto, occorre sempre tutelare due aspetti fondamentali ed alla tutela di questi due aspetti soprintende la regola di diritto, che è geneticamente omogenea a tali aspetti. Questi aspetti sono: la uguaglianza ontologica e la differenza esistenziale²³. Infatti il rapporto giuridico, a differenza di altre tipologie di rapporti (politico, amicale, economico, amoroso, ecc.) è caratterizzato dal fatto che si svolge sempre tra soggetti che sono assolutamente “uguali” in quanto uomini, ma che al contempo sono assolutamente diversi, in quanto, a partire dalla forma fisica, ciascuno si trova a vivere la propria vita e la propria esperienza. La regola giuridica, secondo Cotta, essendo

21 P. SANDULLI-M SFERRAZZA, *Il giusto processo sportivo*, Giuffrè ed., 2013, p.315.

22 A solo titolo di esempio, F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato, Edizioni scientifiche italiane*, 2011;

23 S. COTTA, *Il diritto nell'esistenza – linee di ontofenomenologia giuridica*, Giuffrè ed., 1985

fondata sulla necessità di tutelare ciò che appare “giusto” in ogni rapporto, consente di salvaguardare le necessarie differenze esistenziali tra i soggetti di un rapporto, garantendo loro la assoluta uguaglianza: per questo il rapporto regolato dal diritto è un rapporto universale che può essere applicato alle più diverse situazione umane, indifferente alle questioni religiose, etiche, politiche, economiche, ecc.

Insomma, la giustizia “ontologica” permette di assicurare, all’interno del rapporto, la assoluta uguaglianza tra uomini “in quanto uomini”, rendendo “ingiuste” tutte le differenziazioni preliminari tra questi, i quali hanno le stesse esigenze giuridiche, gli stessi diritti e doveri; ma al contempo, la giustizia “esistenziale” fa sì che, da un rapporto umano, non vengano eliminate quelle differenze necessarie tra i diversi soggetti che permettono di de-finire un uomo come una specifica persona. Quindi la giustizia esistenziale consente che sia “giusta” la vittoria o la sconfitta, cioè il fatto che un soggetto riceva dei beni anche a scapito di un altro soggetto.

Se si osserva, i valori protetti dal Codice sono l’equità e l’uguaglianza. Ecco, possiamo equiparare l’equità alla “diversità esistenziale” e la uguaglianza alla “uguaglianza ontologica” ed applicare questi termini al mondo sportivo. Abbiamo già detto che la competizione è sempre un “rapporto umano”. E all’interno di tale rapporto va tutelata la differenza esistenziale che comporta il fatto che un atleta possa ottenere una vittoria su un altro atleta. La vittoria, cioè la differenza esistenziale tra chi vince e tra chi perde, non distrugge la uguaglianza ontologica in quanto anche nella sconfitta, l’atleta resta uomo. Ma la vittoria deve essere raggiunta garantendo la permanenza, dall’inizio alla fine del rapporto, della uguaglianza ontologica.

In questo senso, il *doping*, pre-determinando un risultato attraverso un artificioso potenziamento delle doti umane, permette di raggiungere una differenza esistenziale, la vittoria a fronte della sconfitta, ma in maniera “ingiusta”, poiché pre-determina il risultato a favore di colui che fa uso della sostanza dopante, a fronte di colui (o coloro) che non ne usano: quindi la differenza esistenziale (la vittoria di uno e la sconfitta dell’altro), raggiunta tramite una pre-determinazione disonesta o sleale del risultato, comporta la violazione della uguaglianza ontologica e di conseguenza qualifica come “ingiusta” quella differenza.

Ai fini di garantire la permanenza della uguaglianza ontologica anche a fronte della differenza esistenziale del singolo rapporto, il rapporto sportivo stesso si deve fare anche rapporto giuridico: cioè rapporto di diritto nello sport, che consente di garantire in forma universalmente vincolante ed obbligatoria determinati doveri. Il valore fondante, addirittura costituzionale –lo abbiamo visto sopra- dello Sport nella intenzione sia del Movimento Olimpico che del suo fondatore è la lealtà. La lealtà, generalmente, è termine di natura morale che dunque può essere tutelato non attraverso una sanzione giuridica ma attraverso altre forme di sanzione, quali, ad esempio, il discredito sociale. Ma se la lealtà, in quanto valore fondante un rapporto umano (quello sportivo), viene messo all’interno di un rapporto giuridico, cioè se

si rende giuridico quel rapporto umano, allora la lealtà diviene giuridicamente obbligatoria e la sua violazione comporta una sanzione giuridica.

Ecco, quindi, che, in conclusione, possiamo dire che il Codice Mondiale antidoping e il Programma mondiale antidoping immettono la lealtà sportiva all'interno di un rapporto giuridico, che, quindi, mira a garantire che la differenza esistenziale (la vittoria e/o la sconfitta) sia raggiunta in maniera "giusta", cioè senza violare la necessaria e preliminare uguaglianza ontologica. Il Doping, comportando una vittoria "sleale", può dunque essere sanzionato giuridicamente per ristabilire all'interno del rapporto giuridico-sportivo l'equilibrio turbato dalla violazione della uguaglianza ontologica o, che è lo stesso, dall'ottenimento di una vittoria "in-giusta" tecnicamente, cioè dal punto di vista giuridico, e quindi sanzionabile.

Referencias

La presente bibliografia indica sia le opere che sono state citate, sia quelle che sono state solo consultate.

Le notizie e i documenti originali, in lingua francese, sono stati reperiti sui relativi siti dell'Agenzia Mondiale Antidoping e del CIO, indicati di seguito:

www.wada-ama.org;

www.olympic.org;

- » C. BELFIORE, *La giustizia sportiva tra autonomia e diritto pubblico*, in Giur. Merito, 2005, 2449;
- » R. BERMEJO VERA, *El conflicto deportivo y la jurisdicción*, Doc. Administrativa, n. 220, 1989;
- » A. BLANDINI, P. DEL VECCHIO, A. LEPORÉ, U. MAIELLO (a cura di), *Codice di giustizia sportiva F.I.G.C.*, Edizioni Scientifiche Italiane, 2016;
- » R. BIN-G. PETRUZZELLA, *Diritto Pubblico*, Giappichelli Ed., Torino, 2015
- » F. CARDINI, *Quell'antica festa crudele*, Mondadori Ed., 2000;
- » F. CARNELUTTI, *Figura giuridica dell'arbitrato sportivo*, in Riv. Dir. Proc., 1953, 20;
- » S. COTTA, *Giustificazione e obbligatorietà delle norme*, Giuffrè ed., 1981;
- » S. COTTA, *Introduzione alla filosofia del diritto*, Giappichelli, 1984
- » S. COTTA, *Il diritto nell'esistenza – linee di ontofenomenologia giuridica*, Giuffrè ed., 1985;
- » S. COTTA, *Dalla guerra alla pace*, Rusconi ed., 1989;
- » F. D'AGOSTINO, 'The Ethos of Games', *Journal of the Philosophy of Sport*, 8: 7–18;
- » P. DAVID, *A guide to the world anti-doping code*, Cambridge university press, 2008;

- » P. DEL NEGRO e G. ORTALLI, a cura di, *Il gioco e la guerra nel secondo millennio*, Fondazione Benetton Studi Ricerche/Viella, 2009;
- » G. DEVOTO, *Dizionario etimologico, sub "sport"*, Le Monnier, 1968;
- » C. DIEM, *Weltgeschichte des Sports und der Leibeserziehung*, Cotta'sche Buchhandlung, 1966;
- » E. FAZZALARI, *Istituzioni di Diritto Processuale*, Cedam, 1994;
- » V. FROSINI, *Lezioni di Teoria dell'interpretazione giuridica*, Bulzoni ed., 1989;
- » E. GAMERO CASADO, *Las sanciones deportivas*, Barcelona, 2003;
- » F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Edizioni Scientifiche Italiane, 2011;
- » M. S. GIANNINI, *Prime osservazioni sugli ordinamenti giuridici sportivi*, Riv. Dir. sportivo, 1949, n.1-2.
- » E. ISIDORI, "Deconstructing Sport: When Philosophy and Education Meet in Derrida's Thought". *Physical Culture and Sport. Studies and Research*, 48. 15-20;
- » E. ISIDORI, M. MIGLIORATI et alii, *Philosophical Paradigms and Pedagogical Orientations of Italian Youth Football Coaches: A Pilot Study*. In *Education, Inclusion and Society*. Rezekne: Rezekne University, 212-219;
- » E. ISIDORI, H. REID, *La filosofia dello sport*. Milano, B. Mondadori, 2011;
- » G. LO CASTRO, *Il soggetto e i suoi diritti nell'Ordinamento canonico*, Giuffrè, 1985
- » C. McILWAIN, *Costituzionalismo antico e moderno*, Il Mulino, 1990, con *Introduzione* di N. Matteucci;
- » M. McNAMEE, *Sporting Practices, Institutions, and Virtues: A Critique and Restatement*, in "Journal of the Philosophy of Sport";
- » A. MIAH, *Genetically modified athletes*, Routledge, 2004;
- » V. MØLLER, *The ethics of doping and anti-doping*, Routledge, 2010;
- » J. PARRY, "Sport and Olympism: Universals and Multiculturalism", *Journal of the Philosophy of Sport*, 2006;
- » D. PATTERSON, "On the Incoherence of Legal Positivism", *Philosophy of Law and Legal Theory: An Anthology*, Oxford, Black well, 2003, y *Notre Dame Law Review* 75, 2000;
- » M. Bertman, 2007 - *Filosofia dello sport. Norme e azione competitiva*, trad. it. Guaraldi, Rimini 2008;
- » H. L. REID, *The Philosophical Athlete*, Carolina Academic Press, Durham (NC);

Il giudizio per la repressione del doping in Italia.

Il sistema e le problematiche.

Piero Sandulli^{1*}

Università di Teramo

studio.sandulli@tin.it

Sommario

1. Il fenomeno del doping. - *a.* la normativa comunitaria. - *b.* la normativa nazionale. - 2. La competenza del C.O.N.I. - 3. Il codice sportivo antidoping. - 4. Gli organi di giustizia antidoping. - 5. La procura nazionale antidoping. - 6. Il Tribunale Nazionale Antidoping – giudizio di primo grado. - *a.* Il procedimento di archiviazione. - *b.* Il giudizio dibattimentale di primo grado. - *c.* La fase istruttoria. - *d.* La fase decisionale del giudizio di primo grado. - 7. Le impugnazioni. - *a.* Il gravame avverso le decisioni del comitato per le esenzioni terapeutiche. - *b.* Il riesame dei provvedimenti della procura antidoping in materia di mancata comunicazione o di mancato controllo. - *c.* Il ricorso avverso i provvedimenti di sospensione cautelare. - 8. Il giudizio d'appello. - 9. Il dibattimento in secondo grado. - 10. Il giudizio di revisione. - 11. Alcune osservazioni conclusive in tema di onere della prova e diritto alla difesa.

1. Il fenomeno del doping.

L'art. 1 della legge italiana del 14 dicembre 2000, n. 376, con il secondo comma, chiarisce che integra *doping*² «la somministrazione o l'assunzione di farmaci o di

1 * Titolare della cattedra di “Diritto processuale Civile” incaricato dell'insegnamento della “Giustizia Sportiva” nell'Università di Teramo; Presidente della Corte Sportiva d'Appello della Federcalcio; Presidente della Commissione di Garanzia della Federnuoto.

2 Il termine doping utilizzato comunemente in Italia (vedi *Il vocabolario della lingua italiana; Il coinciso*, edito dall'Istituto della Enciclopedia Italiana, Roma, 1998) è di derivazione inglese, in quanto origina dal verbo (*to*) *dope*: “trattare con stupefacenti”. A sua volta l'inglese *to dope* deriva dal termine *dop*, utilizzato da una popolazione dell'Africa Australe, i Cafri, per indicare una bevanda fortemente stimolante,

sostanze biologicamente o farmacologicamente attive, l'adozione o la sottoposizione a pratiche mediche non giustificate da condizioni patologiche ed idonee a modificare le condizioni psicofisiche o biologiche dell'organismo, al fine di alterare le prestazioni agonistiche degli atleti».

Il fenomeno del doping nello sport ha assunto, nel corso della seconda parte del ventesimo secolo, aspetti e dimensioni di estrema gravità, non solo nell'ambito dello sport professionistico, ma anche presso i dilettanti e gli amatori³. La gravità di ciò è evidente a causa delle ripercussioni che l'utilizzo di tali pratiche determina sulla salute degli atleti e/o degli *ex* atleti, oltre ad alterare il risultato sportivo a causa dell'assunzione di prodotti che innalzano la soglia di percezione della fatica.

a) la normativa comunitaria.

Già nel 1967⁴ il Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa adottava una risoluzione finalizzata a stigmatizzare la assunzione «di sostanze estranee all'organismo o di sostanze fisiologiche in qualità o per via anomala al solo scopo di influenzare artificialmente ed in modo sleale la prestazione sportiva».

Pochi anni dopo, nel 1975, veniva approvata la Carta europea dello sport, che all'art. 5 prevede che «devono essere adottate misure per salvaguardare lo sport e gli sportivi da ogni sfruttamento a fini politici, commerciali o finanziari e da pratiche avvilenti ed abusive come l'uso di droghe».

Nel maggio del 1999, ad Olimpia, in Grecia,⁶ si tiene la prima conferenza europea sullo sport dalla quale emerge l'esigenza di dar vita ad una piattaforma comune contenente l'individuazione di prodotti dopanti e dunque vietati. Pochi mesi dopo a Losanna si svolge la prima Conferenza mondiale sul doping, promossa dal Comitato Internazionale Olimpico (C.I.O.) dalla quale scaturisce la proposta della costituzione della Agenzia Mondiale Antidoping, meglio nota con la sigla WADA, che viene istituita il 10 novembre 1999 come fondazione privata di diritto elvetico⁷.

Principale funzione della Wada è quella della pubblicazione, ogni anno, di una lista delle sostanze e dei metodi proibiti nella pratica sportiva.

b. la normativa nazionale.

In Italia, la legge 28 dicembre 1950, n. 1055, per la prima volta si è occupata

nel tempo, diffusasi anche in Gran Bretagna.

3 Vedi, al riguardo, **L. MUSUMARRA**, *IL RAPPORTO DI LAVORO SPORTIVO*, in *AAVV.*, *IL DIRITTO DELLO SPORT*, FIRENZE 2004, p. 221; **M. SANINO**, *GIUSTIZIA SPORTIVA*, PADOVA 2016, p. 355.

4 Con la risoluzione del 29 giugno 1967.

5 Il 20 marzo 1975 a Bruxelles.

6 Il luogo è evocativo del ritorno alle regole dell'etica sportiva che determinava al tempo delle antiche olimpiadi, nell'ellade, un periodo di non belligeranza.

7 Cfr. il sito www.wada-ama.org.

della tutela sanitaria delle attività sportive, ma essa considerava esclusivamente le attività agonistiche. Invero, i primi controlli antidoping furono svolti dalla Federazione Medico Sportiva nel corso della XVII Olimpiade dell'era moderna che si è svolta a Roma⁸.

Nel 1971, a seguito della materiale costituzione delle regioni, con la legge n. 1099⁹, veniva a queste trasferita la tutela sanitaria delle attività sportive. Di tale norma è necessario ricordare che essa, per la prima volta, con gli articoli 3 e 4, ha qualificato come illecito penale la detenzione, la somministrazione e l'utilizzo di sostanze che possono risultare nocive per la salute e che vengano assunte per modificare artificialmente le energie naturali degli atleti.

La legge n. 689/1981, ha depenalizzato, tra gli altri, il ricorso al doping limitandone l'assunzione ad una mera sanzione amministrativa, con l'evidente risultato di far venir meno l'attenzione sul tema dell'alterazione delle prestazioni sportive.

Al fine di ovviare alla intervenuta depenalizzazione relativa all'assunzione di sostanze dopanti una parte della giurisprudenza¹⁰ ha ritenuto di poter applicare, al riguardo, la legge del 13 dicembre 1989, n. 401, dettata, però, per combattere le frodi sportive. L'estensione artificiosa di tale normativa ha sollevato perplessità in dottrina.¹¹ Infine, con la normativa intervenuta a seguito della legge n. 376/2000 la materia ha trovato la sua attuale regolamentazione dal punto di vista della legislazione statale.¹²

E' interessante rilevare che la legge n. 376/2000 assume come punto di partenza il dettato dell'articolo 32 della nostra Carta costituzionale, prendendo come base il diritto alla salute tutelato dal precetto costituzionale. Con la normativa in parola viene istituita (art. 3) la Commissione per la vigilanza ed il controllo sul doping e per la tutela della salute nelle attività sportive,¹³ che, in virtù della sua composizione integra valido momento di raccordo e coordinamento della normativa italiana statale con quanto realizzato dall'Unione Europea ed in campo più specificamente sportivo dal C.I.O.; anche se è necessario ricordare che non tutto ciò che è considerato uso di sostanze dopanti, in base agli elenchi della WADA, integra un ipotesi di reato penale.¹⁴

8 Sul punto v. **D. MARANISS**, *ROMA 1960, LE OLIMPIADI CHE CAMBIARONO IL MONDO*, TRADUZIONE DI D. GIUSTI., MILANO 2010.

9 Legge del 26 ottobre 1971, n. 1099.

10 Cfr. Cassazione, VI sez. pen., 26 marzo 1996, in *Riv. dir. sport.* 2001, p. 181; Trib. Roma, 21 febbraio 1992, in *Riv. dir. sport.* 1992, p. 123.

11 V., sul punto, **L. MUSUMARRA**, *IL RAPPORTO DI LAVORO SPORTIVO*, CIT., p. 228.

12 Sul punto vedi **R. CALDERONE**, *IL DIFFICILE CAMMINO DELLA LEGISLAZIONE NAZIONALE PER INDIVIDUARE E REPRIMERE IL REATO DI DOPING*, IN *GUIDA DIR.*, 2011, N. 6.

13 La Commissione, istituita presso il Ministero della salute, è composta da due membri nominati dal Ministero della Salute, due membri nominati dal Ministero della attività culturali, due membri nominati dalla conferenza delle regioni e delle provincie autonome, due membri dal CONI, uno dagli atleti, uno dai preparatori tecnici ed allenatori, uno dagli Enti di promozione sportiva, avvalendosi, altresì, dell'opera di specialisti.

14 Cfr. Cassazione pen., sez. III, 20 marzo 2002, n. 11227, in *Guida dir.*, 2002, p. 86.

2. La competenza del CONI.

A seguito della revisione della normativa costituzionale avviata dalla Commissione bicamerale nel 1996¹⁵, conclusasi con un nulla di fatto sotto il profilo delle modifiche al testo normativo,¹⁶ ma idonea a realizzare approfondite riflessioni sul decentramento dei poteri, sono state dettate le leggi delega n. 59 e n. 127 del 1997 (e successivamente, nel 2001, sono intervenute parziali modifiche del titolo quinto della Costituzione); in tale ambito l'art. 11 della legge 15 marzo 1997, n. 59¹⁷ ha previsto il riordino delle norme che regolano il Comitato olimpico nazionale italiano.¹⁸

Pertanto, il 23 luglio 1999¹⁹ veniva emanato il decreto legislativo n. 242,²⁰ che ridisegnava le funzioni del CONI ribadendo la sua natura di ente avente personalità giuridica di diritto pubblico, posto sotto la vigilanza del Ministero per i beni e le attività culturali (art. 1). Dopo la emanazione della legge n. 280/2003, nella prima parte di questo studio ampiamente esaminata, si è avvertita l'esigenza di chiarire i compiti della Giunta nazionale del CONI, in materia di giustizia sportiva, aggiungendo la lettera *h bis*) con la quale vengono individuate le regole del "giusto processo sportivo" così puntualizzate:

«1. Obbligo degli affiliati e tesserati, per la risoluzione delle controversie attinenti lo svolgimento dell'attività sportiva, di rivolgersi agli organi di giustizia federale;

2. Previsione che i procedimenti in materia di giustizia sportiva rispettino i principi del contraddittorio tra le parti, del diritto di difesa, della terzietà e imparzialità degli organi giudicanti, della ragionevole durata, della motivazione e della impugnabilità delle decisioni;

3. Razionalizzazione dei rapporti tra procedimenti di giustizia sportiva di competenza del C.O.N.I. con quelli delle singole federazioni sportive nazionali e delle discipline sportive associate».

Alla luce di questi principi lo Statuto del CONI, adottato dal Consiglio nazionale il 26 febbraio 2008, affermava la centralità dello stesso Comitato nella lotta al doping (art. 6, lett. *ì*), centralità mancata attraverso la istituzione del Tribunale nazionale antidoping.²¹ L'art. 13 dello Statuto, sostanzialmente riconfermato dall'attuale

15 V. **AA VV.**, *LA RIFORMA DELLA COSTITUZIONE NEI LAVORI DELLA BICAMERALE*, NAPOLI 2000.

16 Il testo dei lavori della bicamerale è stato approvato e licenziato dalla Commissione il 4 novembre 1997.

17 In G.U. del 18 marzo 1997, n. 63, G.U. 56.

18 Da realizzarsi nel termine di 12 mesi dalla entrata in vigore della legge n. 59 del 1997, avvenuta il primo aprile 1997, termine ulteriormente prorogato.

19 In G.U. del 29 luglio 1999, n. 176.

20 Successivamente integrato, dopo la emanazione della legge n. 280 del 2003, dal decreto legislativo n. 15 del 2004, in G.U. 27 gennaio 2004, n. 21.

21 Vedi, sul punto, la puntuale ricostruzione di **F. TORTORELLA**, *LA CELEBRAZIONE DELLO "SPIRITO*

testo, adottato dal Consiglio nazionale l'undici giugno 2014, così afferma: «Con provvedimento del Consiglio Nazionale è istituito il Tribunale Nazionale antidoping quale organismo di giustizia per le decisioni in materia di violazione delle Norme Sportive antidoping del CONI o delle disposizioni del Codice Mondiale antidoping WADA.

La composizione e il funzionamento del Tribunale Nazionale Antidoping sono regolamentate e disciplinate dalle vigenti Norme Sportive antidoping del CONI, secondo il principio di autonomia e indipendenza dell'Organo».

Come è facile rilevare in base al testo del comma 1 del sopra riportato articolo dello statuto del CONI vi è una piena e sostanziale consequenzialità tra le norme adottate dal medesimo CONI in materia e le disposizioni del WADA, di carattere internazionale e sovranazionale.

Anche in considerazione di tale riaffermato collegamento sono state varate, alla fine del 2014, ed in vigore dal gennaio 2015, le norme del codice sportivo antidoping.

3. Il codice sportivo antidoping.

Chiarisce il preambolo alle norme sportive antidoping, approvate dalla Giunta del CONI del 18 novembre 2014,²² che il codice sportivo antidoping (CSA) e i disciplinari tecnici (DT) attuativi del Codice mondiale antidoping (codice WADA) e degli standard internazionali, «costituiscono le uniche norme nell'ambito dell'ordinamento sportivo italiano che disciplinano la materia dell'antidoping e le condizioni cui attenersi nell'esecuzione dell'attività sportiva».

Il primo articolo del codice sportivo antidoping delimita il campo di operatività di esso dando la definizione di doping, il quale viene inteso come «la violazione di una o più norme contenute nei successivi articoli 2 e 3» dello stesso codice.

Dunque, è dall'analisi di detti articoli che occorre muovere per individuare esattamente i comportamenti degli atleti idonei a determinare la violazione della normativa antidoping, così come mutuata dal codice WADA.

Invero, la regola, dettata dall'art. 2, impone a «ciascun atleta di accertarsi di non assumere alcuna sostanza vietata» in quanto esso sarà ritenuto responsabile «per il solo rinvenimento nei propri campioni biologici di qualsiasi sostanza vietata, metabolita o marker». Il punto, 2.1.1., dell'art. 2, ricorda anche che «ai fini dell'accertamento della violazione delle norme sportive antidoping non è necessario dimostrare il dolo, la colpa, la negligenza o l'uso consapevole da parte dell'atleta», ma opera, in materia, una sorta di presunzione di colpevolezza, circostanza questa che pone l'atleta

UMANO», NELLA DECISIONE DEL TRIBUNALE NAZIONALE ANTIDOPING, IN *RIV. DIR. ECON. SPORT.*, 2008, p. 95.

22 In vigore dal primo gennaio 2015.

in notevoli difficoltà difensive in quanto, come chiarisce il successivo punto 2.1.2., tale presunzione costituisce prova sufficiente di violazione della normativa antidoping riscontrandosi «la presenza del campione biologico di una sostanza vietata o dei suoi metaboliti o marker». Inoltre, «la mera presenza di un qualsiasi quantitativo di sostanza vietata, dei suoi metaboliti o marker, nel campione biologico dell'atleta, costituisce di per se una violazione delle N.S.A., fatta eccezione per le sostanze per le quali la lista (WADA) indica specifiche soglie di tolleranza» (punto 2.1.3).

E' evidente, dall'analisi delle norme in esame, l'esclusiva responsabilità dell'atleta nell'accertarsi di non assumere alcuna sostanza vietata o di non utilizzare alcun metodo proibito.

Il punto 2.2.2. specifica, in modo estremamente chiaro, che saranno puniti anche i tentativi in quanto il doping, in virtù della sua potenziale nocività, deve essere sanzionato anche se ci si trova soltanto in presenza di un "tentativo" di assunzione; anche se in questa ultima ipotesi – come è evidente – non può integrare l'inversione dell'onere della prova in precedenza riscontrata.

Anche la mera elusione (o il rifiuto) di sottoporsi al prelievo di campioni biologici comporta violazione della normativa antidoping (punto 2.3.). Nell'ambito del tentativo di sottrarsi ai controlli, la normativa, in esame, contempla la reiterata mancata reperibilità dell'atleta (per gli sportivi che debbono sottoporsi ai controlli fuori dalle competizioni). Invero, l'atleta che si sottragga ai controlli o non comunichi i propri recapiti, per un diffuso lasso di tempo, deve essere considerato punibile per violazione delle norme sul doping (2.4.).

Anche la "manomissione" è punita come pratica vietata, per manomissione la normativa intende tutte quelle attività volte ad «intralciare intenzionalmente l'operato di un addetto al controllo antidoping, fornire informazioni fraudolente ad una organizzazione antidoping ovvero intimidire o tentare di intimidire un potenziale testimone» (2.5).

Oltre all'uso anche il solo possesso, da parte dell'atleta, di qualsiasi sostanza vietata comporta la violazione della normativa antidoping; così come il possesso operato dal personale di supporto all'atleta (punto 2.6.1. e punto 2.6.2.): ciò sia nel corso delle competizioni, che lontano dalle gare (per i soggetti che vengono sottoposti a controlli costanti, anche durante la fase di preparazione: ad esempio, ciò avviene per i ciclisti e per i tesserati dalla FIDAL).

L'unica possibilità di evitare la sanzione è quella di dimostrare che il possesso sia finalizzato ad uso terapeutico, ma questa circostanza è legata alla concessione della esenzione, regolata dall'art. 14 del CSA, per gli atleti di ambito nazionale e dall'art. 15 dello stesso codice, per gli atleti di ambito internazionale. Poiché la richiesta di esenzione deve, in base agli articoli richiamati, essere operata preventivamente al possesso delle sostanze appare evidente che la mancata tempestiva richiesta di esenzione ad opera degli atleti o del loro personale di supporto non può che comportare la

sanzione derivante dalla lesione della normativa contenuta nel CSA.

Analogamente è sanzionato chi ha fornito consulenza professionale ad atleti e sia soggetto alla giustizia sportiva; mentre se si tratta di professionisti non soggetti al vincolo della giustizia sportiva, nei loro confronti opera, esclusivamente, la normativa statale penale in base al dettato dell'art. 9 della legge 14 dicembre 2000, n. 376.²³

Infine, l'art. 3 del CSA prevede la sanzione della omessa denuncia da parte di tesserati di circostanze rilevanti ai fini dell'accertamento di fatti di doping relativi all'operato di altri atleti (punto 3.2.).

4. Gli organi di giustizia antidoping.

Sulla base delle esigenze di tutela discendenti dalla normativa in parola viene individuata dal CONI una specifica competenza in materia di doping e prendono vita la Procura Nazionale Antidoping, con competenza su tutti i tesserati delle Federazioni associate al CONI ed il Tribunale Antidoping, formato da due sezioni (art. 24 CSA): la prima con competenze a giudicare per tutte le violazioni delle norme sportive antidoping poste in essere da atleti non inseriti nel RTP della Federazione internazionale di appartenenza o che siano atleti di livello internazionale, nonché per le violazioni della NSA poste in essere da altri soggetti tesserati e non tesserati.

La seconda opera come giudice del gravame in merito alle decisioni rese dalla prima sezione (art. 24.3), mentre le decisioni della seconda sezione, emesse in primo grado, possono essere impugnate innanzi al Tribunale Arbitrale dello Sport (TAS) di Losanna.

5. La procura nazionale antidoping.

La Procura antidoping, sedente presso il CONI, è investita del potere di promuovere l'azione disciplinare che viene esercitata per mezzo del deferimento quando le analisi istruttorie medico-sportive hanno evidenziato un esito avverso (la presenza nei risultati della analisi di una sostanza vietata) o un esito atipico (circostanza questa che prescrive però una ulteriore verifica prima di disporre il deferimento).

Il deferimento viene avviato dall'ufficio della Procura antidoping (UPA) a seguito della acquisita notizia di violazione della normativa antidoping: l'ufficio convoca l'interessato per sentirlo personalmente contestandogli gli addebiti e chiedendo a lui giustificazioni.

L'indagato in questa fase del procedimento potrà farsi assistere da un legale; inoltre,

23 In G.U. del 18 dicembre 2000, n. 294.

se l'atleta è minore alla sopra descritta fase procedimentale dovranno necessariamente essere presenti gli esercenti la potestà genitoriale (art. 22.3).

La mancata presenza o la non collaborazione dell'indagato non comporta alcuna sospensione della procedura (art. 22.5); di contro, l'indagato può chiedere il rinvio dell'audizione per specifiche motivazioni da inviare almeno due giorni prima della data prevista dall'ufficio della procura per l'audizione.

Inoltre, la procura antidoping ha il potere di convocare «qualunque altra persona, anche non tesserata, ritenuta interessata e/o informata sui fatti».

Se nel corso delle indagini dovessero individuarsi responsabilità nei confronti della persona convocata in quanto informata sui fatti nei suoi confronti «i relativi addebiti verranno (ad essa) immediatamente contestati» con la conseguente interruzione dell'audizione per consentire al nuovo indagato l'esercizio del proprio diritto alla difesa, anche attraverso la nomina di un difensore (art. 22.8).

Nel corso della fase procedimentale delle indagini l'indagato può esercitare il suo diritto alla difesa attraverso la produzione di memorie e la richiesta alla Procura di «ammissione di messi istruttori» (art. 22.10).

Al riguardo deve essere chiarito che non solo la richiesta di nuova audizione è data all'atleta indagato, ma egli può portare all'attenzione della Procura i risultati delle proprie indagini relative anche ai prelievi ed alle modalità delle analisi susseguenti ad essi, nonché suggerire i nominativi di alcuni testimoni da ascoltare: ciò in quanto la Procura antidoping, è chiamata ad indagare sul caso ricercando anche le ragioni dell'innocenza dell'incolpato.

Al termine di tale fase, di natura pregiudiziale, la Procura antidoping, può disporre il deferimento dell'indagato con atto motivato corredato del fascicolo relativo alle indagini svolte o, in alternativa, richiedere alla competente sezione del Tribunale antidoping l'archiviazione sulla base di articolate e motivate ragioni.

La copia del provvedimento sia di deferimento, che contenente la richiesta di archiviazione viene trasmessa all'indagato o al suo difensore, se nominato (art. 22, punto 12). Il deposito del provvedimento e del relativo fascicolo, vanno comunicati, a cura dell'ufficio della Procura antidoping, alla Federazione internazionale o nazionale di appartenenza dell'atleta (o del tesserato) ed alla WADA, le quali in quanto parti del successivo giudizio (sia tendente all'archiviazione, che all'accertamento della colpevolezza) potranno estrarne copia presso la competente sezione del Tribunale antidoping.

Nei casi in cui vi siano, al riguardo, richieste dell'autorità giudiziaria in genere da parte di una delle procure della Repubblica, che sta indagando sul caso, l'ufficio della Procura antidoping «trasmette copia del provvedimento e dei relativi atti dell'istruttoria» (art. 22.13).

Va, infine, ricordato che il codice regola la prescrizione dell'azione disciplinare con l'art. 23 nel quale si legge che «non può essere avviata alcuna azione contro un

atleta o altra persona per la violazione di una norma antidoping contenuta nelle norme sportive antidoping (N.S.A.) se tale azione non viene avviata entro dieci (10) anni dalla data in cui si presume sia stata connessa la violazione».

6. Il Tribunale Nazionale Antidoping: giudizio di primo grado.

Il potere di attivare il Tribunale antidoping compete alla Procura antidoping, presso il CONI, la quale con propri motivati provvedimenti, emessi al termine della fase procedimentale, di natura amministrativa, dispone il deferimento dell'atleta o di altro soggetto, che ha violato la NSA, oppure propone al Tribunale l'archiviazione del procedimento a suo tempo aperto.

Il Tribunale decide in merito a tali istanze in base alla competenza sancita dall'art. 24 CSA distribuendo i giudizi tra prima sezione, per gli atleti di valenza nazionale e seconda sezione, per gli atleti di interesse internazionale, il cui nominativo è contenuto negli elenchi RTP.

Al riguardo, l'art. 25 del CSA chiarisce che sono parti del giudizio antidoping in primo grado, oltre all'indagato ed alla Procura antidoping, anche la WADA e la Federazione internazionale per la quale è tesserato l'indagato.

Se l'indagato è un tesserato di un ente di promozione sportiva (EPS), la Federazione internazionale non è parte del giudizio, attesa la rilevanza, solo nazionale, del vincolo assunto dell'atleta, che è possibile definire come un "amatore".

a. Il procedimento di archiviazione.

Come ricordato in precedenza il giudizio di archiviazione viene istaurato su proposta della procura, indirizzata alla competente sezione del TNA, la quale, in assenza di contraddittorio fra le parti in udienza (ma è ipotizzabile che le parti legittimate possano far pervenire al Tribunale le proprie memorie), può disporre nel seguente modo:

- 1) accoglie l'istanza e dispone l'archiviazione del caso;
- 2) rigetta la richiesta e rinvia alla procura per un supplemento di indagine indicando all'ufficio inquirente le ulteriori indagini che ritiene necessarie;
- 3) rigetta la richiesta della procura e fissa l'udienza dibattimentale dando disposizioni all'ufficio della procura di formulare l'imputazione.

Avverso il provvedimento del Tribunale antidoping, qualunque sia il contenuto, non è previsto alcun reclamo ad opera delle parti (art. 26 CSA).

b. Il giudizio dibattimentale di primo grado.

Nel termine di 40 giorni dal deferimento o, nel caso in cui non sia stata accolta

l'istanza di archiviazione a norma di quanto disposto dalla lettera c) dell'art. 26 CSA, da tale provvedimento, la sezione competente del Tribunale antidoping fissa l'udienza di trattazione.

La data dell'udienza deve essere comunicata alle parti almeno 20 giorni prima ad opera della segreteria del Tribunale.

Le parti almeno 10 giorni prima della udienza possono depositare una propria memoria e produrre le prove e formulare (a pena di decadenza) le istanze istruttorie. La memoria, oltre ad essere depositata presso la segreteria del TNA, dovrà essere, nel medesimo termine di 10 giorni notificata alla procura ed alla Federazione nazionale con le modalità previste dall'art. 42, punto 1, del CSA,²⁴ mentre le comunicazioni alla WADA ed alle Federazioni internazionali competono alla segreteria del TNA.

Il mancato rispetto del termine perentorio di dieci giorni determinerà la inammissibilità della produzione. La scadenza del termine non comporta alcuna remissione anche in caso di spostamento dell'udienza; spostamento richiesto motivatamente dalle parti o disposto d'ufficio (per ragioni logistiche o organizzative) dal TAS (art. 27, punto 7).

L'incolpato può, se lo ritiene, rinunciare alla udienza dibattimentale ed in questa circostanza il TNA decide in camera di consiglio senza la presenza delle parti sulla base delle produzioni depositate dalle stesse (27.8). Se l'incolpato chiede, invece, la trattazione del giudizio la stessa avviene, per ragioni di riservatezza, in camera di consiglio, a meno che le parti non ne chiedano la trattazione pubblica e la eventuale registrazione.

In udienza pubblica o in camera di consiglio l'incolpato può farsi assistere da un difensore e, se necessario, da un interprete. Il minore deve essere presente in giudizio attraverso l'esercente della potestà genitoriale (è sufficiente che la funzione sia svolta anche da uno solo dei genitori).

Poiché il giudizio, è informato alle regole generali di lealtà e correttezza, proprie di ogni rapporto sportivo, la mancata presenza del tesserato incolpato, senza giustificato motivo, «può costituire comportamento valutazione da parte del consiglio giudicante ai fini del decidere» (art. 28.1.4), mentre la Procura antidoping interviene, sempre, in giudizio con un proprio componente, la Federazione internazionale e la WADA possono intervenire, in udienza, a mezzo dei rappresentanti, muniti dei poteri (art. 28.1.6).

L'udienza è diretta dal presidente della sezione competente del TNA il quale

24 Le comunicazioni dell'UPA, salvo quanto previsto dal successivo articolo 42.2., e di entrambe le sezioni del TNA avvengono alternativamente tramite raccomandata a/r, fax, telegramma, corriere o posta elettronica nelle seguenti modalità: per persone fisiche, nel domicilio eletto ai fini del procedimento stesso ovvero, in mancanza, presso quello risultante dal verbale di prelievo antidoping, nonché quello dichiarato agli atti del tesseramento presso la FSN/DSA/EPS di appartenenza; nel luogo di residenza, ovvero quello indicato dall'Autorità giudiziaria per i soggetti non tesserati; per le società, presso la sede legale dichiarata agli atti di affiliazione presso la FSN/DSA/EPS di appartenenza.

può interrogare liberamente le parti e muovere contestazioni all'incolpato. Il giudizio si introduce con una sintetica relazione del presidente o del relatore espressamente incaricato dal presidente (art. 28.1.7). Dell'udienza, sia che essa si svolga in camera di consiglio o che avvenga con modalità pubblica, viene steso un sintetico verbale a cura della segreteria del TNA.

c. La fase istruttoria.

Analogamente a ciò che avviene negli altri giudizi, ispirati ai principi del giusto processo sportivo, contenuti nel decreto legislativo n. 242/1999 (così come integrato dal decreto legislativo n. 15/2004), nella procedura in esame, il potere di assumere le prove, se ritenute ammissibili e rilevanti, compete al collegio nella sua interezza in quanto non è prevista la nomina di un componente istruttore cui delegare la fase istruttoria; pertanto, sarà un provvedimento collegiale a determinare l'ammissione o il rigetto di mezzi di prova e di istanze istruttorie (art. 28.2.1). Inoltre, il collegio può fruire, se lo ritiene opportuno, dell'opera di un consulente tecnico d'ufficio.

E' evidente che, analogamente a ciò che accade nel processo civile, nelle ipotesi in cui venga nominato il CTU sarà il collegio a dover dettare i quesiti cui l'ausiliare sarà chiamato a fornire risposta tecnica; in tale ipotesi, istaurandosi nel giudizio un sub procedimento finalizzato ad acquisire i risultati della consulenza le parti potranno avvalersi dell'opera di propri periti.

Deve essere, infine, ricordato che al collegio, nel giudizio di primo grado, sono espressamente demandati, «i più ampi poteri di istruttoria e lo stesso può altresì incaricare l'ufficio della procura di effettuare specifici accertamenti o supplementi mirati d'indagine» (art. 28.2.3).

d. La fase decisionale del giudizio di primo grado.

Al termine dell'udienza dibattimentale viene data alle parti lettura del dispositivo, sulla stessa lunghezza d'onda delle decisioni emesse nel rito del lavoro (artt. 429 e 431 c.p.c.).

Tuttavia, specifiche ragioni di riservatezza, derivanti dalla delicatezza della materia trattata, possono suggerire, al presidente il differimento della pronuncia o la disposizione di una comunicazione scritta del dispositivo alle parti in via riservata.

La normativa del CSA indica, come opzione preferenziale, la regola del deposito contestuale della parte motiva della decisione in uno con la lettura del dispositivo; tuttavia, qualora ciò non sia possibile poiché la stesura della motivazione si presenta articolata e complessa, si può far ricorso alla sola lettura del dispositivo riservando il deposito della sentenza, nella sua interezza, ad un successivo termine, indicato all'atto del deposito del dispositivo, non superiore a trenta giorni.

La decisione, una volta depositata, può prevedere la condanna della parte privata, ove soccombente, anche al pagamento di sanzioni economiche nonché le spese

processuali, in base al dettato di una specifica tabella economica.²⁵

L'analisi del dettato dell'art. 29 del codice sportivo antidoping, rubricato "la decisione", non può esimerci dal soffermarci sull'ultimo punto di esso, il numero 5, che qui testualmente si richiama: «Secondo quanto stabilito all'articolo 13.3 del Codice Mondiale Antidoping, in tutti i casi in cui il TNA non decida, in un termine ragionevole, se sia stata o meno commessa una violazione della normativa antidoping, la WADA può appellarsi direttamente al TAS come se l'Organismo giudicante avesse accertato la mancata violazione della normativa antidoping e che pertanto la WADA ha agito in modo ragionevole, le spese legali sostenute dalla WADA saranno poste a carico del CONI-NADO».

Dalla lettura dell'articolo in esame emerge il concetto di "ragionevole durata" del giudizio antidoping. Tale concetto, entrato a far parte esplicitamente dalle norme in tema di tutela dal 1999, attraverso la legge costituzionale n. 2, del 1999, investe anche la giustizia sportiva non solo nazionale, come appare dal testo novellato del decreto legislativo n. 242 del 1999 (art. 7),²⁶ ma anche internazionale in base a quanto prescrive il codice mondiale antidoping, cosiddetto codice WADA (art. 13.3.).

Tale concetto di ragionevole durata dei processi giustifica in base alla norma in esame del CSA una sorta di sussidiarietà, esercitata dalla WADA, che considerando il tempo irragionevolmente trascorso come una sorta di silenzio, integrante una decisione di proscioglimento, propone una sorta di gravame al TAS (giudice di appello per le decisioni della sezione seconda del TNA), che non può che suscitare negli interpreti non poche perplessità.

La prima considerazione è legata all'ingerenza esercitata dall'organismo internazionale su quello nazionale che non è in linea con le regole del giusto processo sancito dall'art. 7, lettera *h bis*), del decreto legislativo n. 242/99, regole che prescrivono un doppio grado di giudizio da esercitarsi in sede nazionale e che garantiscono l'autonomia dei giudici anche in presenza di tempi troppo lunghi dei giudizi.

La seconda è che non essendo prevista una regola analoga per i giudizi che si celebrano innanzi alla prima sezione si determina una evidente ed illegittima disparità di trattamenti tra atleti di rilevanza internazionale (inseriti nei controlli RTP) ed atleti nazionali.

La terza perplessità deriva dalla circostanza che non è prevista una rigorosa motivazione ai fini della esperibilità di questo istituto.

Poiché con la riforma del codice di giustizia sportiva è stata istituita la procura generale dello sport presso il CONI è auspicabile che tale compito sollecitativo delle attività del TNA venga assegnato a detto organismo.

25 Vedila nel sito www.coni.it.

26 Lo si ricorda, i temi del giusto processo sono stati introdotti nel decreto cosiddetto "Melandri" dal decreto legislativo n. 15 del 2004, che ha integrato l'art. 7 inserendovi il punto *h bis*).

7. Le impugnazioni.

La terza sezione del nuovo codice sportivo antidoping regola le impugnazioni approntate dall'ordinamento rispetto alle diverse procedure poste in essere esse sono:

I – Il gravame avverso le decisioni del comitato per le esenzioni terapeutiche (art. 30).

II – Il riesame dei provvedimenti della procura antidoping in materia di mancata comunicazione o di mancato controllo (art. 31).

III – Il ricorso avverso i provvedimenti di sospensione cautelare (art. 32).

a. Il gravame avverso le decisioni del comitato per le esenzioni terapeutiche (art. 30).

La prima procedura esaminata dalla sezione relativa alle impugnazioni del codice sportivo antidoping, descritta nell'articolo 30, non riguarda un giudizio di gravame, bensì prende in esame il procedimento relativo ad una ipotesi di reclamo (*rectius*: riesame) avverso il diniego posto in essere dal comitato per l'esenzione ai fini terapeutici (CEFT) con il quale il medesimo comitato, che è organo amministrativo e non giurisdizionale del CONI ed è composto esclusivamente da medici, ha rifiutato l'autorizzazione richiesta preventivamente (art. 14.5 del C.S.A.) di fare uso di sostanze inserite negli elenchi WADA a fini terapeutici.

Avverso il provvedimento di diniego è possibile proporre ricorso scritto entro il termine perentorio di 10 giorni dal momento in cui è stato comunicato il diniego. Il ricorso che deve essere corredato da un fascicolo contenente la documentazione medica prodotta dal CEFT, va proposto alla seconda sezione del Tribunale antidoping e nello stesso termine di 10 giorni notificato al comitato.

Avverso la decisione di rigetto dei ricorsi l'atleta può proporre ricorso al TAS, mentre nel caso di accoglimento è il Comitato che può agire innanzi al Tribunale arbitrale per lo sport di Losanna (art. 30.8).

b. Il riesame dei provvedimenti della procura antidoping in materia di mancata comunicazione o di mancato controllo (art. 31).

Anche il procedimento sussunto nel capo delle impugnazioni del CSA e contenuto nell'art. 31 ha poco a che vedere con le impugnazioni trattandosi di un reclamo operato dall'atleta avverso i provvedimenti assunti dall'ufficio della procura in materia di inadempienza per *“mancata comunicazione”* ovvero per *“mancato controllo”* (art. 31).

In questa ipotesi l'atleta, nel termine perentorio di 10 giorni dalla comunicazione del provvedimento, può interporre reclamo alla seconda sezione del T.A.S. La richiesta di riesame va notificata nel medesimo termine alla procura, che ha 5 giorni di tempo per trasmettere il suo fascicolo. Anche questa procedura è camerale e si conclude entro 14 giorni dalla richiesta dell'atleta con un provvedimento inappellabile che può

revocare il provvedimento dell'ufficio della procura che ha dato vita al procedimento contenzioso, ovvero con il rigetto dell'istanza di riesame con la convalida del procedimento emesso dall'UPA.

c. Il ricorso avverso i provvedimenti di sospensione cautelare (art. 32).

Infine, con l'articolo 32 de codice sportivo antidoping, vengono dettate le regole relative ai reclami avverso le misure cautelari previste dall'art. 21 CSA.

Con questo articolo si chiude il trittico di norme che pur essendo state qualificate come impugnazioni riguardano altre ipotesi di tutela offerte alle parti delle vertenze relative al doping.

Invero il reclamo avverso la sospensione cautelare è proposto dall'interessato, nel termine perentorio di 10 giorni, alla sezione del TNA che non ha emesso il provvedimento gravato.

L'udienza relativa al reclamo, che si celebrerà dopo che la competente sezione del TNA ha acquisito dall'altra sezione il fascicolo d'ufficio, ma, comunque, nel termine di 10 giorni dalla ricezione della documentazione relativa al reclamo. Di tale udienza la segreteria del TNA da tempestiva comunicazione al reclamante ed all'ufficio della procura.

L'udienza si svolge in camera di consiglio cui può partecipare la parte (se minore l'esercente la potestà genitoriale) il proprio difensore, il rappresentante dell'ufficio della procura e, se necessario l'interprete.

I provvedimenti così resi non sono ulteriormente reclamabili, ma le misure cautelari, nel nostro caso sempre strumentali al giudizio, perdono la loro efficacia al momento della pronuncia di merito che decide la vertenza (art. 215 CSA).

8. Il giudizio d'appello.

Gli articoli che vanno da 33 al 37 del codice sportivo antidoping regolano, invece, il giudizio di appello e rientrano nell'ambito di una impugnazione propriamente detta.

Il regime di questa fase di gravame si presenta, però, in modo assai contorto.

Invero, il punto 1 dell'art. 33 specifica che «avverso le decisioni adottate dalla seconda sezione del TNA quale giudice di primo grado – ai sensi dell'art. 24.2 del CSA – è ammesso appello al tribunale arbitrale dello sport (TAS) di Losanna, nel rispetto della sua normativa, entro il termine perentorio di trenta giorni dalla data di ricevimento della decisione fatti salvi i diversi termini concessi alla WADA nelle ipotesi disciplinate dall'art. 13 del codice WADA».²⁷

27 Art. 13 - Appelli «1. Per le Norme sportive antidoping italiane la materia degli appelli è definita dall'articolo 13 del Codice. È possibile presentare appello al Tribunale Arbitrale dello Sport (TAS) solo

Alla luce di questa previsione, dunque, gli appelli da proporsi nei confronti delle decisioni del TNA che riguardano gli atleti di rilievo internazionale, anche se cittadini italiani, non si svolgono innanzi ad un giudice sportivo italiano e vengono, invece, regolati in un procedimento arbitrale posto in essere da un organismo privato di diritto svizzero, creato dal C.I.O. nel 1983,²⁸ senza che venga garantita la possibilità di un doppio grado di giudizio in sede nazionale.

Se si fa riferimento ai criteri generali di giustizia sportiva, indicati dalla lett. h *bis*) dell'art. 7 del decreto legislativo n. 242 del 1999, così come integrato dal decreto legislativo n. 15 del 2004, è possibile rilevare che quella normativa prevede «che i provvedimenti in materia di giustizia sportiva rispettino i principi ... della impugnabilità delle decisioni», impugnabilità che deve realizzarsi in un contesto generale gestito dal CONI, con le proprie delibere, le quali sono sottoposte all'approvazione del Ministero per i beni e le attività culturali (art. 1, d. lg. n. 242, 1999). Tale schema, nel caso di specie, è disatteso e la soluzione offerta dall'art. 33.1 del codice sportivo antidoping, varato dal CONI nel novembre 2014, non appare in linea con le previsioni normative del decreto legislativo cosiddetto "Melandri".

Sarebbe auspicabile la creazione di una Corte d'Appello antidoping in grado di giudicare in fase di gravame su tutte le decisioni del TNA, siano esse emesse dalla prima come dalla seconda sezione, offrendo così una piena e paritaria tutela sia agli atleti aventi valenza internazionale, che per quelli di rilievo esclusivamente nazionale, nel rispetto del principio di eguaglianza garantito dall'art. 3 della nostra Costituzione.

Al riguardo specifica l'art. 33 punto 2 «avverso le decisioni di primo grado adottate dalla prima sezione del TNA. Ai sensi dell'art. 24.1 del CSA – è ammesso appello in forma scritta dinanzi alla seconda sezione del TNA». Ed il punto successivo prosegue specificando che «Costituiscono oggetto di appello tutte le decisioni o i provvedimenti: di richiamo con nota di biasimo, di squalifica, di inibizione ovvero di proscioglimento, archiviazione, assoluzione, prescrizione dei termini, inammissibilità, non luogo a procedere e comunque ogni altro provvedimento emesso in primo grado».

Dall'elencazione contenuta nel punto sopra riportato del codice sportivo antidoping emerge anche il catalogo delle condanne che il TNA può emettere e che vanno da quelle non afflittive, come il richiamo, fino alla sanzione massima dell'inibizione; inoltre, dalla casistica contenuta nell'art. 33.3 del CSA si può rilevare la possibilità per la

dopo avere completato il procedimento innanzi al GUI. Il GUI è: a) organo di primo ed unico grado per i soggetti non tesserati alle FSN ed alle DSA e per gli atleti di livello internazionale o nei casi di doping relativi a competizioni inquadrate in un evento sportivo internazionale; b) organo di secondo grado per gli atleti di livello nazionale e gli altri tesserati. 2. E' fatto obbligo alle F.S.N. ed alle D.S.A. osservare il presente articolo e provvedere agli atti necessari per la massima divulgazione, con particolare riguardo agli Atleti, al Personale di supporto degli Atleti ed alle Società sportive».

28 Vedi sul punto, oltre a quanto si dirà nel capitolo successivo, anche l'ampia e puntuale monografia di **A. MERONE** *IL TRIBUNALE ARBITRALE DELLO SPORT*, TORINO 2009, IN PARTICOLARE P. 44.

parte legittimata e soccombente (la regola della soccombenza, come in ogni fattispecie impugnatoria, anche nel presente caso consente il gravame) di proporre impugnazione avverso le decisioni che determinano il proscioglimento, l'archiviazione, l'assoluzione, la prescrizione, l'inammissibilità, il non luogo a procedere.

Il potere di interporre gravame è dato oltre che all'atleta, quando condannato, nei casi di proscioglimento all'ufficio della procura, la federazione internazionale di competenza, l'organizzazione nazionale antidoping del paese di residenza dell'atleta, la WADA (organizzazione mondiale antidoping), il CIO ed il comitato paraolimpico, per i soggetti con questo tesserati (art. 3.5). Sorprende che in questa ipotesi che, come si è visto, riguarda gli atleti di rilievo nazionale, non sia stato legittimato all'impugnazione il CONI.

Il giudizio d'appello, costruito dalla normativa in esame, si presenta come una sorta di *revisio prioris istanzae* e non ha i caratteri del nuovo giudizio. In tale ottica l'art. 33, al punto n. 4, del C.S.A. chiarisce che «nel procedimento di appello non possono proporsi domande e/o eccezioni nuove. L'appellante può chiedere l'ammissione di nuove prove soltanto se dimostra di non aver potuto produrle nel giudizio di primo grado per cause a lui non imputabili. Il Collegio giudicante può ammettere tali nuove prove se le ritiene indispensabili ai fini della decisione, consentendo alle altre parti di contro dedurre, nonché ha ampia facoltà di cognizione del caso anche oltre quanto emerso nel giudizio di primo grado».

Ci si trova, in sostanza, in presenza di un giudizio modellato su quanto previsto dal codice di rito civile, in particolare dall'art. 345, anche se in tema di ammissione delle prove non si è considerata la modifica apportata dalla legge n. 134, del 2012 ed è rimasto il riferimento al potere del collegio relativo all'ammissione delle prove ritenute indispensabili.

La proposizione del gravame non ha efficacia sospensiva sulla decisione di primo grado che (se di condanna) è sempre provvisoriamente esecutiva (art. 33.9).

L'appello da proporsi con ricorso scritto, che va notificato a tutte le parti sostanziali che dovevano essere presenti nel giudizio di primo grado, deve essere posto in essere dalla parte soccombente entro il termine perentorio di 15 giorni dal ricevimento della decisione di primo grado.²⁹

La mancata proposizione del gravame, entro il termine perentorio sopra precisato, determina l'impossibilità di impugnare la decisione di *prime cure* del giudice sportivo italiano, la WADA, se soccombente, per il suo ruolo di massimo garante della regolarità delle competizioni può interporre gravame contro tale decisione direttamente al TAS (art. 33.8).³⁰

29 Unica eccezione è costituita da speciali termini concessi dalla WADA come chiarisce l'art. 33.10.

30 Tale impugnazione va effettuata nel termine di ventuno giorni dallo spirare del termine dato

Il procedimento d'appello, deve essere introdotto da un atto di parte che sia basato su specifiche doglianze e corredato dal provvedimento gravato (art. 33.12), nonché dal versamento per l'atleta³¹ dei diritti amministrativi che costituiscono, per la giustizia sportiva, tributo analogo al contributo unificato³² e la relata attestante l'avvenuta notifica a tutte le parti sostanziali del giudizio.

Si è già ricordato in precedenza che il requisito essenziale per impugnare una decisione, in presenza di una qualsiasi pronuncia giurisdizionale, anche della giustizia sportiva, è quello della soccombenza. Pertanto, perché in un giudizio sia presente una impugnazione incidentale è necessario che ci si trovi in presenza di una ipotesi di soccombenza parziale in cui non vi sia, per alcuna delle parti, piena corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato. Appare evidente che la presenza di un appello incidentale legittima una modificazione *in peius* della sentenza gravata (art. 34.3).

9. Il dibattimento in secondo grado.

A seguito della instaurazione del giudizio di gravame il giudice competente, vale a dire la seconda sezione del TNA, acquisisce direttamente dal giudice di *prime cure* (la prima sezione) il fascicolo d'ufficio e fissa entro il termine di quaranta giorni dall'acquisizione dei documenti l'udienza di trattazione (art. 35.2). Della data di udienza deve essere data comunicazione, dalla segreteria della sezione, alle parti che nel termine di almeno dieci giorni prima dell'udienza possono presentare una prima memoria e successivamente, nel termine di almeno cinque giorni prima dell'udienza, possono depositare una ulteriore memoria di replica. Appare evidente che la prima memoria è offerta alle parti convenute in fase d'appello (se non impugnanti incidentali), mentre la seconda consentirà alla parte appellante di controbattere alle tesi del o degli appellati (art. 35.4 e art. 35.5).

Oltre tali scritti difensivi alle parti del giudizio di gravame non è data la possibilità di altro scritto difensivo (art. 35.7).

Può, per specifiche e motivate ragioni, essere consentita alle parti la richiesta di spostamento dell'udienza di trattazione: detto rinvio, se accolto, non comporta lo slittamento dei termini per il deposito delle memorie, se già scaduti (art. 35.8).

Analogamente a quanto già esaminato per il primo grado, di norma, l'udienza del giudizio d'appello avviene in camera di consiglio, salvo che le parti (ogni parte) richiedano l'udienza pubblica, richiesta che deve essere vagliata dalla corte competente

alle altre parti legittimate ad impugnare (art. 33.11).

31 L'UPA, la WADA e la Federazione internazionale non sono tenuti al versamento dei diritti.

32 La quantificazione dell'importo dei diritti amministrativi è presente sul sito www.coni.it.

alla luce delle ragioni di riservatezza che la delicatezza della materia trattata suggerisce (art. 46 CSA).

La pubblicità del dibattimento può essere decisa anche d'ufficio se ne ricorrono le ragioni.

Il giudizio d'appello di svolge, come chiarisce l'art. 36 CSA, in modo analogo a quello di primo grado ed anche in questa fase può essere nominato un consulente tecnico d'ufficio dal collegio (art. 36.6).

Anche nel giudizio d'appello l'esito dello stesso viene comunicato con lettura del dispositivo e contestuale deposito della parte motiva della decisione, sempre che la particolare complessità della questione trattata non suggerisca il differimento del deposito della motivazione entro un termine di trenta giorni della lettura del dispositivo.

Il collegio può: 1) accogliere il gravame proposto dall'appellante riformando la decisione gravata in tutto o in parte (art. 37.6); 2) respingere l'impugnazione confermando la decisione resa in *prime cure*; 3) rimettere al giudice di *prime cure* per violazione del contraddittorio, per nullità, per ragioni di competenza.

Avverso la decisione, così resa, non ammesso alcun ulteriore mezzo di impugnazione. Tuttavia, l'art. 33, punto 15, del CSA afferma che «Avverso le decisioni di secondo grado adottate dalla seconda sezione del TNA la WADA e la Federazione internazionale possono presentare appello al tribunale arbitrale dello sport (TAS), in conformità a quanto previsto agli articoli 13.2.1 e 13.2.3 del codice WADA».

Tale potere consentito soltanto alla WADA ed alle federazioni internazionali appare quanto meno discutibile e non in linea con i dettami del giusto processo sportivo contenuti nel decreto legislativo n. 242/1999, novellato dal decreto legislativo n. 15/2004, che prescrivono la parità delle armi tra le parti del giudizio.

10. Il giudizio di revisione.

Chiarisce l'art. 38 del codice sportivo antidoping che è ammessa in favore del soccombente, dell'ufficio della procura, dell'organismo mondiale WADA e della federazione internazionale, la revisione della decisione resa dal TNA in primo o in secondo grado nei casi tassativi previsti dal punto 1 dell'articolo in parola. Detti casi sono i seguenti: a) se dopo la pronuncia sono sopravvenute o si scoprono nuove prove che, sole o unite a quelle già valutate, dimostrano che la decisione debba essere modificata; b) se si dimostra che la decisione fu pronunciata in conseguenza di falsità in atti o in giudizio o di un altro fatto previsto dalla legge come reato.

Competente per decidere sulla revisione è lo stesso giudice sportivo che ha emesso il provvedimento che si lamenta viziato entro il termine mobile di quindici giorni decorrente «dalla data di conoscenza della falsità in atti o in giudizio ovvero dalla formazione delle nuove prove».

L'istanza di revisione deve contenere le specifiche motivazioni sulle quali la stessa è basata, nonché la prova che della circostanza su cui si fonda la richiesta revocatoria della pronuncia gravata, la parte che agisce, ha avuto conoscenza solo nei quindici giorni antecedenti alla presentazione del ricorso di revisione.

Proposta la domanda, il procedimento vede svolgersi, in camera di consiglio, la fase rescindente del giudizio mirante a valutare l'ammissibilità della impugnazione straordinaria. Superata tale prima fase, se l'istanza è ritenuta ammissibile, cioè se si è riscontrata la correttezza temporale dell'azione promossa e la rilevanza delle doglianze avanzate ai fini revocatori, il giudice competente dispone la fissazione dell'udienza pubblica per dare avvio alla fase rescissoria (cioè sostitutiva) della pronuncia oggetto della revisione (art. 38.4). Di contro, la decisione integrante la pronuncia di inammissibilità della domanda di revisione può essere, ulteriormente, impugnata, innanzi alla seconda sezione del TNA, se si trattava di dar vita alla revisione di una pronuncia della prima sezione ovvero davanti al TAS nei casi in cui l'istanza revocatoria riguarda decisioni della seconda sezione (art. 38.5).

Oltre alle perplessità suscitate da tale doppia ipotesi di tutela, operata con riti e modalità diverse, di cui si è già detto in precedenza, è necessario ricordare che quando una istanza di revisione, avanzata da un atleta, porta al suo proscioglimento allo stesso vanno restituiti i titoli sportivi, i premi ed anche le somme da lui eventualmente corrisposte a titolo di sanzione economica (art. 38.7).

11. Alcune osservazioni conclusive in tema di onere della prova e diritto alla difesa.

Poiché il procedimento che si svolge innanzi al tribunale sportivo antidoping è sempre promosso a seguito di un atto di deferimento della procura antidoping (non sono ammesse azioni di accertamento negativo, poste in essere dagli atleti), alla stessa compete «l'onere di provare se sia stata commessa una violazione delle norme sportive antidoping» (art. 40.1). In questa circostanza il grado di prova richiesto dal codice sportivo antidoping «è superiore alla semplice valutazione delle probabilità, ma inferiore all'esclusione di ogni ragionevole dubbio» (art. 401).

In tal modo, entrano nel processo sportivo antidoping criteri ermeneutici della prova diversi da quelli utilizzati dal giudice statale sia nel rito civile, che in quello penale. La ragione di tale diversità deve essere ricercata nella specificità del bene della vita tutelato, che, nel nostro caso, ha valenze etiche (quella della regolarità delle competizioni sportive), nonché nella tutela dei diritti personalissimi (il diritto alla salute), tali da poter ragionevolmente far abbassare il livello delle prove, calcolandole al di sopra di una semplice prospettazione, in quanto l'impianto accusatorio deve essere circostanziato e supportato da un valido ed univoco quadro probatorio, non semplicemente probabilistico.

Del resto, anche per ciò che concerne l'inversione dell'onere della prova, in capo all'atleta, la misura della prova richiesta appare meno elevata di quanto non avvenga innanzi al giudice statale, poiché «il criterio di valutazione sarà basato sulla valutazione della probabilità» (art. 4.1, ultima parte).

Inoltre, al fine di omogeneizzare i criteri che presidono i giudizi in presenza di tipologie e tecniche diverse, l'art. 40 detta alcuni criteri cui i giudici sportivi antidoping debbono attenersi nella valutazione di prove e presunzioni che è opportuno ricordare: «i metodi analitici o i valori decisionali che sono stati approvati dalla WADA, previo consulto con la comunità scientifica competente, e che sono stati oggetto di revisione paritaria sono da ritenersi scientificamente validi. Un Atleta o altra persona che intenda opporsi alla presunzione di validità scientifica è tenuta, quale condizione essenziale per tale opposizione, a notificare anticipatamente alla WADA l'opposizione e i motivi alla base della stessa» (art. 40.2.1).

Da questa prima previsione emerge l'esistenza di una "presunzione di legittimità" in merito ai metodi analitici ed ai valori decisionali approvati dalla WADA. Tale presunzione è, comunque, controvertibile, ma compete all'atleta (o a chi è legittimato ad opporsi) fornire prova adeguata, supportata anche da una perizia tecnica di parte, idonea a contestare le procedure di conservazione dei campioni biologici. Va ricordato, al riguardo, che si presume che i laboratori accreditati dalla WADA abbiano svolto le procedure di analisi e conservazione dei campioni biologici conformemente agli standards internazionali della WADA. L'Atleta può confutare tale presunzione dimostrando che vi è stata una violazione della procedura internazionale posto in essere che potrebbe, ragionevolmente, aver compromesso l'esito delle analisi.

Invero, se l'Atleta dimostra che si è verificata un'inosservanza di uno standard internazionale (o di altra norma antidoping), tale da causare l'esito avverso delle analisi, spetta al CONI-NADO³³ dimostrare, invece, che tale inosservanza non ha determinato alcuna causa immediata e diretta, né alcun presupposto della violazione della normativa antidoping. (40.2.3). Invero, l'inosservanza di qualsiasi altro standard internazionale o altro regolamento antidoping che non abbia un riscontro analitico di positività (o altra violazione del regolamento antidoping) non invalida di per se i risultati. Se l'Atleta (o altra persona legittimata) dimostra il verificarsi dell'inosservanza di uno standard internazionale o di un altro regolamento, l'onere di dimostrare che tale inosservanza non ha determinato il riscontro analitico di positività spetta al CONI-NADO. I fatti accertati a mezzo di un verdetto emesso da una corte o da un ordine professionale, avente competenza disciplinare (che non sia oggetto di appello in corso) sono da considerarsi prova piena contro l'Atleta o altra persona nei confronti

33 Il CONI nella sua veste di ente nazionale al quale compete la massima autorità e responsabilità in materia di attuazione ed adozione del programma mondiale antidoping WADA, viene anche definito, dal codice sportivo antidoping, CONI-NADO.

dei quali è stato emesso il verdetto relativo a tali fatti, salvo che gli stessi dimostrino che il verdetto ha violato i principi della “giustizia naturale”, come la definisce il testo dell’art. 10.2.4 del CSA.

Cercando di comprendere quali siano questi principi è ipotizzabile che si sia inteso far riferimento alle regole del giusto processo contenute nell’art. 111 della nostra Carta costituzionale, che per ciò che concerne il giudizio sportivo sono contenute nel punto contraddistinto della lettera h *bis*), dell’art. 7, del decreto legislativo n. 242/99, modificato dal decreto legislativo n. 15/04.

Come si vede le prove, le presunzioni e l’inversione dell’onere della prova, in questo rito, sono trattate dalla normativa in modo particolarmente dettagliato e l’esercizio delle modalità di difesa deve necessariamente tenere conto dei limiti e delle opportunità che la normativa, in esame, offre.

Bibliografia

- » AA VV (2000). *La riforma della Costituzione nei lavori della bicamerale*.
- » Calderone R. (2011). *Il difficile cammino della legislazione nazionale per individuare e reprimere il reato di doping*.
- » Maraniss D. (2010). *Roma 1960, le olimpiadi che cambiarono il mondo*.
- » Merone A. (2009). *Il tribunale arbitrale dello sport*.
- » Musumarra L. (2004). *Il rapporto di lavoro sportivo*.
- » Sandulli P. – Sferrazza M. (2015) *Il giusto processo sportivo*.
- » Sanino M. (2016). *Giustizia sportiva*.
- » Tortorella F. (2008). *La celebrazione dello “spirito umano” nella decisione del Tribunale nazionale antidoping*.

Il doping alla luce della dike educativa tra punizione e comprensione

Emanuele Isidori

Università degli Studi di Roma “Foro Italico”

emanuele.isidori@uniroma4.it

1. Introduzione

L'obiettivo di questo saggio è quello di riflettere dal punto di vista della filosofia educativa del diritto sul doping nello sport in una possibile prospettiva di interpretazione dischiusa dal concetto greco di *dike*.

Questa prospettiva permette a nostro parere un'interpretazione meno riduzionistica del doping, pratica legata ai problemi riguardanti la sfera etica e morale dell'attività sportiva nella sua dimensione competitiva, aprendo la strada ad ulteriori prospettive di analisi del fenomeno, sia nel campo del diritto come scienza che della filosofia dell'educazione come area disciplinare.

Nella lingua greca antica il concetto di giustizia era espresso da quello di *dikaio syne*. Tuttavia nel diritto greco arcaico questo concetto era sconosciuto. Esistevano infatti due termini che ne sostituivano le funzioni ed erano quelli di *dike* e di *themis*. *Dike* significa in origine “decisione giudiziale” e *themis* è equivalente al concetto di “buon consiglio”.

Questi due concetti erano incarnati nell'immaginario greco dalle figure di mitologiche delle divinità *Dike* e *Temi*. Nella *Teogonia* di Esiodo (*Teogonia*, v. 901) *Dike* è la figlia di Zeus e di *Temi*, sorella di *Eunomia* (Buona costituzione) e di *Irene* (Pace). Con queste altre due divinità essa formava la triade delle Ore. In Esiodo (*Opere*, vv. 256-260), *Dike* ha il compito di vigilare costantemente sulle azioni ingiuste perpetrate dagli uomini e di segnalarle al Padre degli dei, a Zeus. *Dike* siede accanto a Zeus e viene rappresentata come sua supplice accanto al suo trono, sedendo supplice accanto al suo trono.

In origine i concetti di *dike* e *themis*, con i cambiamenti avvenuti nella società e nella morale greca, si evolveranno assumendo significati sempre più precisi. *Dike* finirà per significare non solo la funzione della conciliazione arbitraria ma anche quella della vendetta e della pena. La *themis* invece, da consiglio del dio incarna successivamente il significato di consigliatrice di prudenza per gli uomini¹.

Questa evoluzione concettuale è andata di pari passo con l'evoluzione degli

attributi assegnati alle divinità Dike e Temi. L'evoluzione di Dike verso un ruolo concettuale di vendicatrice di torti la trasformerà progressivamente in un personaggio da tragedia greca molto vicino alle altre divinità come le Erinni o l'Aisa (Destino).

Successivamente altre elaborazioni mitologiche la trasformeranno in una dea vergine: ciò per incarnare il concetto di purezza rappresentato sempre dalla giustizia che è al di sopra delle parti e non viene contaminata da intrusioni esterne. Dike finirà per incarnare col tempo l'idea di una giustizia basata sulla compensazione e sulla redistribuzione che sarà la tipica espressione di una visione paritaria della società e dei ruoli di chi ne fa parte; in questa evoluzione concettuale essa rappresenterà l'incarnazione di un modello di aristocrazia arcaica.

Già dal mondo greco arcaico si evince come Dike rappresentasse già un concetto astratto debolmente personificato in una vera e propria divinità. Ciò è testimoniato dall'assenza di culti riguardanti la dea o dalla scarsa diffusione di essi. Successivamente, con l'ateniese Solone (638 a.C. – 558 a.C), Dike incarna la giustizia del gruppo e dello Stato, concretizzandosi definitivamente in un concetto astratto: vale a dire in quella "giustizia" che è alla base del diritto e della sua applicazione nella comunità umana e che sarà poi reinterpretata dai romani nella sua forma di *iustitia*. Solone, per primo, quando salirà al potere nel 594, creerà uno spazio comune (*koinon*) nell'ambito della *polis* dove ad ogni membro veniva imposto di non trasgredire, andare oltre i limiti di quanto ad ognuno spettava – quindi della "giustizia" – rivelando pretese che oltrepassavano la misura (*pleonexia*) commettendo il "peccato" maggiore secondo la morale greca: quello di *ybris*. In questo spazio comune di convivenza e inerazione, come l'Oracolo aveva suggerito a Solone stesso, la "giustizia" era sempre la stessa sia per i non nobili (*kakoi*) che per i nobili (*agathoi*) e tutti erano tenuti ad osservarla nello stesso modo².

2. Il doping nella prospettive della dike

Questa breve introduzione al concetto di *dike* è funzionale alla nostra trattazione perché permette di avviare una riflessione sull'approccio giuridico al doping nella cultura contemporanea e di analizzarne le conseguenze alla luce del possibile modello pedagogico di applicazione che da esso scaturisce.

È stato detto che nella cultura contemporanea il doping tende ad essere interpretato come un problema etico che ha però prevalentemente dei risvolti di tipo medico e legale. In virtù di questa interpretazione, esso viene sempre visto in termini di "danni" per la salute umana e di "violazione" di norme e regole, con il conseguente sistema di

2 Cfr. A. Masaracchia, *Solone, La Nuova Italia Editrice, Firenze 1958*; A. Jellamo, *Il cammino di Dike. L'idea di giustizia da Omero a Eschilo, Donzelli, Roma 2005*.

sanzioni che ne deriva. Si tratta di un sistema che a sua volta presuppone tutta la vasta gamma di problemi etici che la sua applicazione comporta³. Possiamo affermare che discorso sul doping nello sport si muove oggi tra due tipologie di registri, che sono il classificatorio-descrittivo (tipico della visione medica) da una parte, ed il normativo-sanzionatorio (tipico della visione prospettata dal diritto come scienza) dall'altra.

Nell'interpretazione del doping contemporaneo è possibile ritrovare un retaggio della concezione del diritto prospettata dal concetto di *dike* dei greci, sia nella prospettiva del diritto greco arcaico che di quello soloniano. Interpretare il doping alla luce della *dike* significa infatti concepirlo in una in una prospettiva giuridica che possiamo definire "punitiva" che implica un modello pedagogico attuativo di tipo "coercitivo".

L'interpretazione del doping alla luce della *dike* – vale a dire del controllo sociale e della punizione esercitato sull'atleta che compie questa pratica – è funzionale ad una concezione "punitiva" del diritto e ad una interpretazione del ruolo che la scienza – oggi incarnata dalla medicina e dalle scienze bio-fisiologiche dello sport – vuole svolgere nel controllo sul doping.

Thomas Szasz sostiene che «L'essenza della struttura scientifica sta nello sforzo di comprendere meglio qualcosa per poterlo controllare. Nella scienza naturale, questo significa che lo scienziato, cioè una persona, studia e controlla l'oggetto di cui si interessa, cioè una cosa. La cosa studiata non ha voce in capitolo. Di conseguenza la dimensione e i dilemmi morali della scienza naturale non derivano da un conflitto fra lo scienziato e l'oggetto da lui studiato, ma da un conflitto fra lo scienziato e le altre persone, o gruppi di persone, che possono disapprovare le conseguenze personali e sociali del suo lavoro»⁴.

Nel caso del doping, il diritto e la medicina si comportano come scienze morali e non differisce dal comportamento delle altre scienze umane che studiano i problemi di questo fenomeno. In questo caso i giuristi e i medici studiano e controllano il soggetto di cui si interessano, cioè gli atleti. Gli atleti sono profondamente coinvolti in questo processo. Infatti, di conseguenza, «la dimensione e i dilemmi morali della scienza umana derivano da due fonti differenti: primo, da un conflitto fra lo scienziato e il soggetto, e secondo, da un conflitto fra lo scienziato e le altre persone, o gruppi di persone, che possono disapprovare le conseguenze personali e sociali del suo lavoro»⁵.

Sembra che il diritto, al pari della medicina, quando approccia il problema del doping si configuri sia come una scienza naturale che come una scienza morale che possiamo definire "parziale" perché cerca di comprendere il doping nella sua relazione

3 Cfr. Isidori E. (2014). *Derrida's concept about doping and its implications for sport education*. In Isidori E., Lopez Frias J., Müller A. (Eds) (2014). *Philosophy, sport and education. International Perspectives* (pp.103-117). Viterbo: Sette Città.

4 T. Szasz, *Il mito della droga. La persecuzione rituale delle droghe, dei drogati e degli spacciatori*, Feltrinelli, Milano 1977, p.146.

5 *Ibidem*.

con l'atleta per meglio riuscire a controllare meglio quest'ultimo. Si diceva "parziale" perché in realtà, mentre nella scienza naturale lo scopo è quello di riuscire a controllare meglio i fenomeni, nella scienza morale lo scopo è quello di rendere i soggetti consapevoli e capaci di auto controllarsi prevenendo da soli – attraverso una presa di coscienza che può avvenire attraverso lo sviluppo di una metodologia critico-riflessiva applicata a se stessi – comportamenti devianti. Il diritto come scienza umana e morale, nel caso dell'approccio al doping non sembra avere come obiettivo il potenziamento dell'autocontrollo personale che lascia al soggetto la possibilità di organizzare questo controllo su di sé in libertà e secondo tempi e metodi adatti e adattati alle esigenze del soggetto.

L'approccio meramente coercitivo e punitivo del diritto come scienza della *dike* al problema del doping (da cui spesso scaturisce una pena che si configura – per dirla in senso del tutto metaforico – come una sorta di "vendetta" non commisurata all'azione "sacrilega" ed al "torto" commesso) fa perdere a questa scienza la funzione che dovrebbe esserle propria in quanto scienza umana e sociale.

Configurandosi come scienza della *dike*, il diritto rivela una natura e un compito che non sembrano esserle propri.

Essa infatti finisce per adottare un modello epistemologico di riflessione e di azione tipico – come si diceva in precedenza – delle scienze naturali che attraverso lo studio, la previsione e l'analisi intendono esercitare il controllo sul comportamento umano (nel nostro caso, su quello dell'atleta). Il diritto nel controllo sull'atleta si configura secondo un modello di *dike* che unisce scienza e controllo sociale muovendosi fra tecnologia e totalitarismo. Del resto il comportamento umano può essere controllato in due modi principali: dalla persona stessa attraverso l'autocontrollo; oppure da un'altra persona o un gruppo di persone mediante una stretta coercizione⁶. Non sembrano esistere altre possibilità.

Il comportamento della condotta umana viene esercitato attraverso l'autocontrollo soprattutto in contesti nei quali le persone tendono a dare peso ai valori spirituali, alla volontà ed alla libertà: in questo contesto la religione e la pedagogia come scienza della trasmissione dei valori e dell'introspezione per la ricerca di significati trascendenti sembrano essere le "tecnologie del sé" che sviluppano questo autocontrollo.

Nei contesti invece nei quali le persone danno più peso ai valori materiali, all'uguaglianza ed alle questioni materiali (ciò sembra evidente nel caso dello sport), la coercizione esterna e la punizione diventano gli strumenti per controllare la condotta. La scienza si configura come adatta per attuare il perfezionamento della coercizione interpersonale e dell'inculcamento dei valori individuali e spirituali delle persone. Nel caso del doping, la scienza ha finito per arrogarsi entrambe le funzioni concentrandosi maggiormente sulla seconda.

6 *Ibidem*, p. 147.

3. Doping, norme e la funzione della *themis*

Il doping viene generalmente definito a partire dal non rispetto di regole sancito dalla violazione di norme di comportamento stabilite e codificate in modo –talvolta apparentemente – “razionale”. È la violazione di queste norme a determinare la presenza del doping. Questa presenza viene quindi stabilita e definita – anche in termini di “positività” di informazione – a partire da un’assenza: il non rispetto delle regole che implica una violazione (quindi un’altra “assenza”) di norme a sua volta collegate a valori intrinseci ed estrinseci dello sport quale pratica umana.

Quella del doping appare dunque come un’etica della negazione stabilita a partire da un “vuoto”, un’“assenza etica” che il diritto come scienza della *dike* non sembra essere in grado di riempire. Il sanzionatorio ed il punitivo che scaturisce da questo diritto appare inadeguato e limitante rispetto alla reale funzione che la scienza del diritto quale scienza etica ed umana dovrebbe svolgere nel contesto dell’approccio al problema del doping nello sport.

È vero che l’approccio della scienza del diritto come *dike* è giustificata dal fatto che in esso, essendo presenti norme che lo regolano, c’è bisogno di una decisione giudiziale. Tuttavia l’intervento del diritto appare quasi sempre legato ad un’azione punitiva. L’intervento appare sempre intervento è sempre collegato ad un momento sanzionatorio che certamente rappresenta la fase che, nel contesto della metodologia ermeneutica intesa come scienza della comprensione-spiegazione dei fatti si profila come momento dell’applicazione successivo a quello dell’interpretazione. Quello che sembra mancare nel diritto come scienza della *dike* applicata al doping è, in sostanza, il momento della *themis*, del cosiddetto “buon consiglio”, di quello che sotto certi aspetti corrisponde alla *synesis* aristotelica⁷.

Nel VI libro dell’Etica Nicomachea, Aristotele aveva parlato, accanto a quello di *phronesis*, anche del concetto di *synesis* (1137a31-1138a3; 1143a 1-18). Questo termine, generalmente tradotto come “comprensione”, “coscienza”, “sollecitudine”, “intelligenza”, “capacità di giudizio”, rimandava ad un sapere specifico. Infatti, mentre la *phronesis* rimanda ad un *sapere-per-sé*, ad un sapere di tipo individualistico centrato sulla capacità e sulla competenza ermeneutico-interpretativa (di giudizio e di azione) personale, la *synesis* implica un sapere-per-l’altro; vale a dire un sapere della comprensione e della cura dell’altro per indirizzarlo (attraverso un buon consiglio o un suggerimento) verso il bene⁸.

7 E. Isidori, *Synesis, phronesis and metis: A hermeneutical contribution to sport pedagogy as a human science*. In Gál A., Kosiewicz J., Sterbenz T. (Eds), *Sport and social sciences with reflection on practice*. pp. 180-192. Josef Pilsudski University of Physical Education and ISSSS, Warsaw 2016.

8 Cfr. E. Isidori, B. Di Pietro, J.L. Pérez Triviño, *Arbitraggio sportivo, etica ed educazione: prospettive di analisi filosofico-giuridica*. pp. 11-28. Sette Città, Viterbo 2013.

Parafrasando Aristotele, infatti, possiamo affermare che la *synesis* è quella virtù che, come essere umano, ogni giudice possiede (o dovrebbe possedere). Questa virtù permette di scoprire quel legame di affinità (di simpatia e di empatia) con la persona da giudicare indispensabile per giudicare con equità.

Questa comprensione è la premessa dell'intenzionalità educativa del diritto come scienza umana. Una intenzionalità che fa sì che un giudice sportivo, ad esempio, possa contribuire con le sue valutazioni ed i suoi giudizi, costruiti sempre nella prospettiva del "bene" del soggetto per il quale vengono emessi (in questo caso l'atleta o il giocatore), al suo miglioramento come persona, assumendosi una responsabilità (e sviluppando quindi una coscienza) nei confronti del soggetto stesso.

La *synesis* è, in sostanza, la premessa dell'applicazione equa del diritto nel doping nella prospettiva della *themis*. Assumere la *themis* nella prospettiva della *synesis* nel caso del diritto sportivo applicato al doping significa assumere una coscienza ed una responsabilità non solo nei confronti degli atleti e dei giocatori come persone ma anche nei confronti dello sport stesso come pratica umana che implica valori che debbono essere preservati, difesi e tutelati in quanto patrimonio comunitario.

La prospettiva della *themis* collegata con la *synesis* applicata al doping esprime un modello di diritto che si configura come un sistema ermeneutico che fa della coscienza-comprensione dell'altro e della sua specifica situazione, della cura, della tutela e della responsabilità nei confronti dell'atleta il centro dei suoi interessi e delle sue azioni di giudizio, controllo, supervisione (e prevenzione) nei controlli del doping.

Questo rappresenta il preludio per una funzione ben più ampia ed allargata del diritto sportivo come scienza della *dike* e della *themis*. Il compito della giustizia sportiva, infatti, non deve essere soltanto quello di agire sui comportamenti devianti dalla norma degli atleti in gara con l'obiettivo di impedire che essi possano sviare dall'orientamento ai valori, ma anche per preservare i principi ed i valori etici che sono propri dello sport in quanto bene comune e pratica portatrice di beni intrinseci utili all'umanità.

4. Verso una dike educativa per il diritto sportivo

La riflessione che abbiamo fino ad ora sviluppato sulla possibilità di un diritto sportivo concepito nella prospettiva della *dike* e della *themis* prospetta la necessità di un "ammorbidimento" della concezione del diritto sportivo in generale e nella sua applicazione al doping, o almeno una sua reinterpretazione alla luce di un nuovo modello ermeneutico non più soltanto di tipo applicativo sanzionatorio su base coercitiva.

Abbiamo visto come la categoria aristotelica della *synesis* faccia intravedere la possibilità di un ammorbidimento del diritto sportivo e del suo sviluppo verso la

direzione di una flessibilità che prospetta l'assunzione di un modello di interpretazione etica e giuridica basato sulla "cura". Questo modello non è altro che un modello ermeneutico di interpretazione etica di tipo pedagogico ed educativo⁹.

Del resto questa flessibilità interpretativa da parte del diritto nei confronti del doping appare come necessaria ed imprescindibile. Infatti il doping appare come qualcosa che sfugge alla mera definizione tossicologica, biofisiologica o medico-giuridica.

Il doping è infatti appare assimilabile ad una "droga". Esso appare come un concetto che funziona in modo simile a quello di *pharmakon* greco ("veleno" ed "antidoto", bene e male al tempo stesso). Vale a dire, che appena ci si avvicina o si pensa al concetto di doping nello sport, si sottintende sempre una prospettiva di interpretazione prescrittiva o normativa che influenza e pregiudica in modo irreparabile la nostra comprensione di questa pratica, rendendo difficile la messa in sospensione dei pregiudizi rispetto ad esso, come vorrebbe, ad esempio, il metodo fenomenologico a partire dall'*epoche* husserliana. Il concetto di doping non può mai essere qualcosa di teorico, di teorizzabile partendo da una sua definizione univoca, pura e definitiva.

Pertanto, se non esiste un teorema per i farmaci (ad esempio quali fanno bene e quali fanno male), non può esserci un teorema giuridico che possa definire con certezza che cosa è il doping e stabilire *a priori* una competenza scientifica (e giuridica) in grado di determinare tutto ciò, dal momento che il doping nello sport risulta sempre influenzato e stabilito da norme che sono sempre etiche e politiche, come accade nel caso delle droghe, la cui identificazione e la cui dannosità per l'uomo è sempre "relativa", perché soggetta a contingenze e fattori quali la cultura, la storia, le convenzioni, i pregiudizi e le convinzioni sociali¹⁰.

Il diritto non è in grado di stabilire con certezza un confine tra "artificiale" e "culturale", perché i termini esprimono mere convenzioni. Anche le forme di interdizione legate al doping sono convinzioni influenzati da fattori storici, culturali e politici legati sia ai regolamenti dei singoli sport che allo sport nella sua concezione generale. Come si diceva, non vi è alcun teorema (sia scientifico sia etico) o criteri ontologici ed oggettivi per trovare una risposta al problema del doping nello sport; per questo le risposte filosofiche, politiche, sociologiche, mediche o giuridiche rimangono sempre meri espedienti retorici incapaci di interpretare e comprendere realmente questa pratica. Inoltre, le eventuali pratiche repressive o permissive legate alla condanna o all'accettazione del doping nelle competizioni sportive, non possono essere mai giustificate alla luce di alcuna certezza (sia essa educativa,

9 V. Møller V., *The Ethics of Doping and Anti-Doping Redeeming the soul of sport?* Routledge, London-New York 2010.

10 J. L. Triviño J.L., *Ética y deporte*. Desclée de Brouwer, Bilbao 2011.

legislativa oppure etica, per esempio)¹¹.

Il discorso giuridico sul doping, pertanto, al pari degli altri discorsi, risulta sempre incapace di una giustificazione radicale sia per l'assunzione della posizione repressiva che per quella non repressiva o di tipo liberale nel doping. Per comprendere il doping nella sua essenza ed inquadralo in una prospettiva di tipo filosofico-giuridico, è sempre necessario non solo mostrare le contraddizioni interne di questo discorso, e l'impossibilità di una definizione esaustiva e definitiva, ma anche evidenziare come questa costruzione culturale cambi, si evolva internamente e venga percepita in modo sempre differente dai soggetti che vi sono coinvolti.

Nella prospettiva del diritto e dell'etica decostruzionista potremmo dire che il doping si prospetta come una sorta di "indecidibile"; vale a dire come un concetto la cui definizione (come accade con molti altri concetti nella nostra cultura) è sempre costruita e acquista significato sulla base di una opposizione binaria (tra bene o male, ad esempio). Tuttavia, il doping rappresenta un concetto fondamentale del diritto (e del diritto sportivo *tout court*) perché dà significato ad esso come scienza umana e sociale e permettendo un esercizio costante di riflessione critica¹².

Il doping, infatti, in quanto concetto assimilabile a quello di *pharmakon*, permette di riflettere su alcuni dei principali problemi dell'etica e del diritto occidentale, quali quelli di "sé", "coscienza", "ragione", "natura umana", "cultura", "libertà", "soggetto responsabile", "corpo", "repressione", "equità", "regole", "legge": tutti concetti che fanno anche dello sport una palestra etica e di riflessione giuridica.

Affinché il diritto realizzi la sua piena vocazione di scienza umana nell'approccio al doping è necessario pertanto che attenui la sua dimensione coercitiva datagli dalla sua conformazione di scienza della *dike* vada nella direzione della *themis*, del "buon consiglio" e della "comprensione empatica".

Ciò che è necessaria al diritto è una mediazione in una prospettiva pedagogica (vale a dire di riferimento a modelli teorici basati sulla teoria ermeneutica della "cura") ed educativa (nella prospettiva, cioè, di una applicazione centrata sull'equità più che sul diritto in senso stretto).

Quello che appare necessario è pertanto un diritto sportivo che si configura quale scienza della *dike* educativa capace di inglobare al suo interno anche il punto di vista etico-pedagogico prospettato dall'educazione.

L'educazione può aiutare il diritto sportivo ad attuare il passaggio dalla "astoricità" delle norme, delle idee e delle leggi astratte ed utopistiche del diritto alla storicità che possiamo definire "personale" dell'agire del giudice sportivo. È proprio in questo

11 Cfr. A. Schneider, T. Friedmann, *Gene doping in sports: the science and ethics of genetically modified athletes*. Elsevier Academic Press, London 2006; si veda inoltre: A. Miah, *Genetically Modified Athletes. Biomedical ethics, gene doping*. Routledge, London-New York 2004.

12 P. Duret, *Sociologie du sport*. Armand Colin, Paris 2001.

continuo interpretare per perfezionare, in questo infinito comprendere per adattare, in uno sforzo interminabile, le norme astratte e codificate dalla tradizione giuridica alle concrete situazioni alla vita, che il ruolo del giudice o dell'uomo di legge assomiglia sorprendentemente a quello dell'educatore.

L'equità dunque è la garanzia della non meccanicità dell'applicazione del diritto sportivo. Essa è una vera e propria categoria che permette al giudice sportivo un "ragionamento" più corretto ed umano nei confronti delle persone che si debbono valutare.

Infatti ogni decisione giuridica non si risolve in una meccanica applicazione di una regola generale e precostituita, ma nella assunzione di una *ratio* piuttosto che di un'altra. Per questo è proprio il ragionamento che trasforma qualcosa in "diritto" o in "norma". Questo ragionamento è sempre di carattere retorico; si tratta infatti sempre di accettare o di confutare tesi mediante il ricorso ad assunzioni condivise da quelli a cui ci si rivolge. Per questo, sostiene Alba Porcheddu che «la norma non è più l'oggetto del diritto, quanto una ragione per decidere, una risposta ad una domanda»¹³. La domanda che la persona pone è sempre una domanda umana, concreta, sempre "personale" ed originale. Per questo le risposte che possono darsi alla persona o le valutazioni sul suo comportamento non possono essere precostituite o date *a priori*.

L'equità allora è la categoria fondamentale che deve guidare il ragionamento del giudice sportivo (che in questo contesto deve comportarsi come un educatore) nel momento in cui egli si trova a giudicare o valutare la persona nella sua modalità di rivelarsi. Solo infatti l'equità permette l'umanizzazione e la personalizzazione di qualsiasi ragionamento retorico che abbia come oggetto la persona e le sue azioni. Questa razionalità non cerca infatti una conoscenza perfetta ed assoluta ma cerca una conoscenza "umana", perfettibile e sempre in progresso.

L'applicazione del diritto – o di uno "schema di valutazione" nel caso di un educatore – non può seguire modelli matematici ed il legislatore non può applicarlo come se fosse una macchina. La macchina infatti, non essendo umana, non conosce l'equità e di conseguenza non può impostare il suo "ragionamento" partendo da questa categoria. Di conseguenza l'applicazione o la valutazione compiuta dalla macchina è sempre disumana ed impersonale, giacché non tiene mai conto della persona e dei suoi bisogni. La macchina infatti non è "aperta" – come invece dovrebbe essere il giudice o qualsiasi educatore attraverso l'esercizio dell'equità – alla "razionalità retorica", la unica che, se esercitata lungo le direttive "flessibili" e sempre "adattabili" dell'equità, può garantire la "correttezza" – e tale correttezza è il frutto dell'umanità e del buon senso – della valutazione della persona e de l'applicazione della legge.

Infatti, ha ben detto Alba Porcheddu che: «la decisione giuridica non procede

13 A. Porcheddu, *Pedagogia e diritto, annotazioni per un confronto*, in A. Porcheddu (a cura di), *Gli incontri mancati*, Unicopli, Milano 1990, p.205.

deducendo meccanicamente da una norma né inferendo da un fatto, ma si istituisce risolvendo con prudentia una controversia particolare, concreta, contingente, operando scelte e prendendo decisioni in cui la ricostruzione del fatto non si distingue né si separa dall'applicazione del diritto»¹⁴. L'equità è dunque la categoria che ha il compito di integrare, o meglio di sanare il divario esistente tra l'astoricità della norma e la storicità, concreta e personale, del "fatto" riguardante il comportamento deviante legato al doping sportivo.

Per tale motivo possiamo affermare senza alcun dubbio che quella dell'equità è una delle categorie per eccellenza sulle quali va costruito il ragionamento del diritto sportivo. Del resto è proprio questa "nuova" razionalità, delineata dall'ermeneutica e nella quale l'equità come categoria del ragionamento svolge un ruolo imprescindibile e necessario che costituisce uno dei terreni di incontro più fecondi tra diritto ed educazione, come è stato ben messo in evidenza: «La recessione delle spiegazioni fonologiche e monocausali che la teoria dell'argomentazione e dell'interpretazione porta nell'ambito del diritto, l'attenzione posta sulla pratica delle decisioni razionali, il delinarsi di un concetto di razionalità, né totale né sostanziale, ma flessibile e circoscritta, il concetto di *phronesis*, di prudenza o saggezza nella prassi, che indica l'integrazione di ragione e di realtà e di storia, insomma di situazioni vitali, la messa in crisi di antinomie tradizionali (fatti-valori, descrittivo-prescrittivo, soggetto-oggetto ecc.) costituiscono tematiche che indicano loghi e dimensioni di convergenza tra l'ambito del diritto e quello della pedagogia»¹⁵.

Questa razionalità infatti, che appartiene tanto al sapere giuridico che a quello pedagogico - e non solo a quest'ultimo - non è un sapere teorico, una razionalità matematico-scientifica "chiusa" perché costruita su verità che erroneamente sono ritenute oggettive ed incontrovertibili, ma è piuttosto la razionalità della deliberazione e della decisione condotta con prudenza e che si fa sempre orientamento per l'agire nella situazione concreta.

Il sapere pedagogico, come quello giuridico, riguarda infatti l'agire umano. Per questo tale sapere, avendo sempre come oggetto di ricerca e di applicazione delle sue conoscenze la persona ed il suo mondo, necessita di una calibratura continua, di un continuo sforzo di adattamento che ne equilibri e ne umanizzi i risultati. Per questo l'equità è la categoria che integra, mediandolo attraverso il dialogo, il mondo ideale al mondo delle vite, il mondo delle idee astratte a quello concreto delle persone.

Lo sport è una pratica sociale ed educativa: per questo motivo, un professionista, o un atleta dilettante che è impegnato nello sport, non è mai un essere isolato che può comportarsi come tale: la sua pratica si riferisce sempre alla formazione, ed è sempre controllata dalla società. Lo sport rappresenta un mezzo per educare alla volontà;

14 *Ibidem*, p. 2016.

15 *Ibidem*.

per questo vi è nella società la paura che il doping, come la droga, impedisca questa educazione. Lo sport vuole evitare la droga e il doping; ma nel momento in cui la nega, finisce per affermarla, rivelandola come parte integrante della sua natura e della sua struttura di senso e significato.

Il doping fa “paura” al diritto perché esso sembra rappresentare la violazione di norme che vanno oltre la mera situazione sportiva. Il doping si comporta come uno strumento per potenziare ed estendere il corpo (come una sorta di protesi innaturale) che estende i poteri naturali dell’anima, sottintendendo, implicitamente l’uso di sostanze finalizzate a questo scopo (come gli steroidi ad esempio); uso che a sua volta implica un superamento dell’umano, dei suoi limiti e delle norme che lo regolano, sia nella sua dimensione mentale che fisica.

Il doping, insomma, ancora prima di essere un problema giuridico ed etico, è un problema culturale che conduce ancora una volta alla riflessione su che cosa vuol dire “naturale” ed “artificiale” nell’uomo. Il doping fa comprendere come lo sport sia fondamentale nell’etica e nell’antropologia umana, al punto che si può affermare che l’uomo è un “animale sportivo”¹⁶ e che l’esperienza del doping e delle droghe è sempre connessa alla natura umana ed è antropologicamente fondante dell’uomo umano.

5. Conclusioni

Il problema del doping è quindi un problema etico e filosofico fondamentale del diritto occidentale come *paideia* (educazione) e come tale esso deve essere sempre letto e interpretato. La dimensione filosofico-giuridica ed educativa del doping rappresenta, dunque, il punto di partenza per arrivare ad una sua più esauriente comprensione. Il doping nello sport implica problemi giuridici ed educativi che possono fornire alle persone un utile esercizio di riflessione sulla cultura umana, sulle responsabilità etiche che le azioni umane implicano, oltreché sui paradossi e sulle contraddizioni logiche che frequentemente si incontrano nella vita comunitaria.

Il doping è, paradossalmente, una parte integrante dello sport e anche del diritto sportivo; paradossalmente non può essere rimosso da essi in quanto è fondamentale per la costruzione del discorso etico, medico, giuridico ed educativo sullo sport come pratica umana. Il riflettere sul fatto se il doping (ma lo sport in genere) sia un bene o un male per l’uomo finisce di fatto per essere utile, per generare uno spazio etico da cui è possibile partire per costruire il discorso del diritto sportivo, dell’educazione e delle loro filosofie.

Questa filosofia del diritto e dell’educazione parte sempre dalla certezza che non

16 J. Derrida, *The rhetoric of drugs. In Interviews 1974-1994*. Stanford University Press, Stanford, 1995, p. 249.

esiste alcuna certezza o teorema scientifico per accettare o condannare le pratiche dopanti nello sport. La riflessione sul doping nello sport può essere utile dal punto di vista della filosofia del diritto per ripensare, attraverso opportune strategie riflessive che superino i meri concetti di permissivismo o repressione, l'approccio nei confronti delle sostanze dopanti o stupefacenti.

Il diritto quale scienza della *dike educativa* nel suo approccio al doping diventa, allora, la metafora stessa del diritto, del suo sviluppo e delle sue conquiste nella società contemporanea. Solo infatti attraverso un approccio giuridico non coercitiva, ma riflessivo e critico, finalizzato a rendere consapevoli le persone sulle sostanze dopanti e sulle implicazioni culturali, sociali, etiche e fisiologiche del loro uso, sarà possibile gettare le premesse per un'educazione al rispetto delle norme ed alla prevenzione che passa attraverso l'attuazione di comportamenti consapevoli e responsabili.

Bibliografia

- » Derrida J. (1995). *The rhetoric of drugs. In Interviews 1974-1994*. Stanford, CA: Stanford University Press, pp. 228-254.
- » Duret P. (2001). *Sociologie du sport*. Paris: Armand Colin.
- » Granaglia E. (2010). *Giustizia*, in Enciclopedia Filosofica, Vol. 7. Milano: Bompiani, p. 4878.
- » Isidori E. (2014). *Derrida's concept about doping and its implications for sport education*. In Isidori E., Lopez Frias J., Müller A. (Eds) (2014). *Philosophy, sport and education. International Perspectives* (pp.103-117). Viterbo: Sette Città.
- » Isidori E. (2016). *Synesis, phronesis and metis: A hermeneutical contribution to sport pedagogy as a human science*. In Gál A., Kosiewicz J., Sterbenz T. (Eds), *Sport and social sciences with reflection on practice*. p. 180-192, Warsaw: Josef Piłsudski University of Physical Education and ISSSS.
- » Isidori E, Di Pietro B., Pérez Triviño J.L. (2013). Arbitraggio sportivo, etica ed educazione: prospettive di analisi filosofico-giuridica (pp. 11-28). Viterbo: Sette Città
- » Jellamo A. (2005). *Il cammino di Dike. L'idea di giustizia da Omero a Eschilo*. Roma: Donzelli.
- » Masaracchia A. (1958). *Solone*. Firenze: La Nuova Italia Editrice.
- » Miah A. (2004). *Genetically Modified Athletes. Biomedical ethics, gene doping*. London-New York: Routledge.
- » Møller V. (2010). *The Ethics of Doping and Anti-Doping Redeeming the soul of sport?* London-New York: Routledge.
- » Porcheddu A., (1990). *Pedagogia e diritto, annotazioni per un confronto*, in A. Porcheddu (a cura di), *Gli incontri mancati*. Milano: Unicopli.
- » Szasz T. (1977). *Il mito della droga. La persecuzione rituale delle droghe, dei drogati e degli spacciatori*. Milano: Feltrinelli.

- » Schneider A., Friedmann T. (2006). *Gene doping in sports: the science and ethics of genetically modified athletes*. London: Elsevier Academic Press
- » Triviño J. L. (2011). *Ética y deporte*. Bilbao: Desclée de Brouwer.

Harmonization of anti-doping policies within the international scenario: an impossible challenge?

Michael Geistlinger

University of Salzburg, Austria
michael.geistlinger@sbg.ac.at

1. Introductory Remarks

In 1947 the General Assembly of the United Nations established the International Law Commission (ILC) to undertake the mandate of the Assembly, under article 13 (1) (a) of the Charter of the United Nations to “*initiate studies and make recommendations for the purpose of... encouraging the progressive development of international law and its codification*”.¹ The first Statute of this Commission, which was attached to the respective General Assembly’s Resolution, provided for fifteen members of this Commission who had to be persons of recognized competence in international law.²

There were topics on the Agenda of the ILC, which could be dealt with in a very short period of time, such as the Fundamental Rights and Duties of States or the Formulation of the Nürnberg Principles, both in 1949 – 1950.³ But, whenever it came to substantial issues of public international law, the ILC needed nearly a decade or even well more than a decade for concluding a report and eventually draft articles as a basis for a later convention. Thus, for example, the codification of the law of international treaties stayed on the Agenda of the ILC from 1950 – 1966, treaties concluded between states and international organizations or between two or more international organizations were dealt with by the ILC from 1971 – 1982. The issue of diplomatic protection was discussed by the ILC from 1997 – 2006 and the same time was needed for unilateral acts of states.⁴

Harmonization of international rules obviously needs considerable time, in the experience of the ILC around a decade.

1 A/RES/174(II).

2 Art 2 para 1 Statute ILC.

3 See Periods during which topics were on the Agenda of the International Law Commission. Retrieved from: <http://legal.un.org/ilc/guide/annex1.shtml>. (22 April 2017).

4 1997 – 2006, see fn 3.

2. The Initial Harmonization of Anti-Doping Policies – A Success Story

2.1 The Lausanne Declaration on Doping in Sport 1999

Compared to general experience in public international law to harmonize anti-doping rules of international sports federations within a period of four years since the foundation of the World Anti-Doping Agency in 1999 was an impressive achievement. The famous Lausanne Declaration on Doping in Sport, adopted by the World Conference on Doping in Sport in Lausanne, Switzerland on 4 February 1999⁵ had laid a rudimentary basis on the normative as well as institutional side for such harmonization. Number 2 of the Declaration made the Olympic Movement Anti-Doping Code to the basis for the fight against doping. At the same time this provision laid down a universal definition of doping “*as the use of an artifice, whether substance or method, potentially dangerous to athletes’ health and/or capable of enhancing their performances, or the presence in the athlete’s body of a substance, or the ascertainment of the use of a method on the list annexed to the Olympic Movement Anti-Doping Code.*”

The same number of the Declaration made clear that this Code should not only apply to athletes, but also to coaches, instructors, officials, and to all medical and paramedical staff working with athletes or treating athletes participating in or training for sports competitions organized within the framework of the Olympic Movement. Number 3 of the Declaration declared that sanctions would be applied following to controls, both during and out of competitions and that two years shall be the minimum sanction for a first time doping offence committed by an athlete. However, based on specific, exceptional circumstances to be evaluated in the first instance by the competent bodies of the respective international sports federation (IF) a reduction as well as more severe sanctions were allowed to be imposed. More severe sanctions should apply to coaches and officials guilty of anti-doping rule violations.

On the institutional side, the Lausanne Declaration 1999 provided for the establishment of an independent International Anti-Doping Agency, which was to be fully operational for the 2000 Olympic Games in Sydney. This institution, then called World Anti-Doping Agency (WADA), was mandated, notably, to coordinate anti-doping programmes, whereby consideration should be given in particular “*to expanding out-of-competition testing, coordinating research, promoting preventive and educational actions and harmonizing scientific and technical standards and procedures for*

5 Text retrieved from: http://www.sportunterricht.de/lksport/Declaration_e.html. (22 April 2017). The initiative of the IOC to convoke such conference resulted from a big doping scandal at the Tour de France in 1998. See Houlihan, B. (1999). “Anti-doping policy in sport: The politics of international policy co-ordination”. *Public Administration*, 77: 311-334

analyses and equipment.” The Olympic Movement committed to allocate a capital of US \$25 million to the Agency.⁶

The International Olympic Committee (IOC), the IFs and the National Olympic Committees (NOCs), however, should maintain their respective competence and responsibility to apply doping rules in accordance with their own procedures, and in cooperation with WADA. With regard to last instance appeals, the IOC, the IFs and the NOCs recognized the authority of the Court of Arbitration for Sport (CAS), after their own procedures had been exhausted.⁷ Athletes should be guaranteed due process, in particular the right to a hearing, the right to legal assistance, and the right to present evidence and call witnesses.

2.2 The Creation of the World Anti-Doping Agency

WADA was created as a foundation under Swiss law, with its legal seat in Lausanne, and was torn from the very beginning into a rivalry between the governments’ sector and the Olympic Movement.⁸ The WADA Statutes 1999⁹ resulted in creating the WADA Foundation Board as the main WADA decision-making body based on a parity between the government sector and the Olympic Movement. However, for the first period until 2003, the IOC as the founder of WADA had the right to appoint the members of the first Foundation Board, including the first chairman. Thereafter, a maximum of 18 members was to be appointed by the government sector and a maximum of 18 members by the Olympic Movement. The Foundation Board could consist of 10 - 40 members.¹⁰ Currently the WADA Foundation Board is composed of 38 members,¹¹ which means that also the rule for the appointment of other than government and Olympic Movement representatives had to be applied. These other members were to be appointed by the WADA Foundation Board itself, but upon joint proposal of the Olympic Movement and the government sector (public authorities). Also for these two members an agreement between the two sectors had to be achieved. The direct influence of the IOC has been reduced to the appointment

6 Lausanne Declaration 1999 (fn 5), number 4.

7 Lausanne Declaration 1999 (fn 5), number 5.

8 See Geeraert, A. “Compliance systems: WADA – Play the Game”. Action for Good Governance in International Sports Organisations. Report: 56-66 (Retrieved from www.playthegame.org. under: file:///C:/Users/User/AppData/Local/Microsoft/Windows/INetCache/IE/96G5P9WH/AGGIS-report_-_7Compliance_systems_-_WADA__p_56-66_.pdf. (22 April 2017)

9 Constitutive Instrument of Foundation of the Agence Mondiale Antidopage – World Anti-Doping Agency. Retrieved from: <https://www.wada-ama.org/en/resources/legal/revised-statutes>. (22 April 2017).

10 (Fn 9), art 6.

11 See <https://www.wada-ama.org/en/governance>. (Retrieved 22 April 2017).

of four representatives. Also the past presidents of the WADA Foundation Board were and its current president, Sir Craig Reedie, is an IOC member. The Vice-President, Ms Linda Hofstad Helleland, is Minister of Culture of Norway and representing the government sector.

2.3 The World Anti-Doping Codes

A WADA, which could be called an out-sourced anti-doping branch of the IOC in the first three years of its existence, managed to adopt the first World Anti-Doping Code (WADC) rapidly, already in 2003.¹² Due to the requirement laid down by the Lausanne Declaration 1999 that the competence and responsibility for imposing sanctions in first instance should remain with the respective IF, the IOC or the International Paralympic Committee (IPC), as well as with National Anti-Doping Organizations, the WADC 2003 was set up as a global Guideline-type- Code which had to be implemented by the stakeholders, but which only exceptionally was directly applicable in an individual case of an anti-doping rule violation. In most cases provisions had to be applied based on rules of the IOC for Olympic Games, the IPC Code for Paralympic Games, an IF responsible for the respective sport, or national anti-doping rules on the national level and, as far as so allowed by the rules of the IF responsible for the respective sport. Both, international as well as national anti-doping rules, had to pay due respect, however, to art 23.2.1 WADC 2003, which obliged all signatories of the Code, to *“implement applicable Code provisions through policies, statutes, rules or regulations according to their authority and within their relevant spheres of responsibility.”* Art 23.2.2 WADC 2003 advised the signatories to make use of the Models of Best Practice developed and offered by WADA for the implementation of the Code. Compared to the next-following edition of the WADC, dating from 2009, still some discretion was left to the signatories, which were WADA, the IOC, the IFs, the IPC, National Paralympic Committees, Major Event Organizations, and National Anti-Doping Organizations. Accordingly, room was left for negotiations between WADA and the respective other signatories of the Code as to its implementation.

The WADC 2009, which entered into force on 1 January 2009, reduced this space for flexibility considerably by obliging all signatories to implement arts 1 (definition of doping), 2 (anti-doping rule violations), 3 (proof of doping), 4.2.2 (specified substances), 4.3.3 (WADA's determination of the Prohibited List), 7.6 (retirement from sport), 9 (automatic disqualification), 10 (sanctions on individuals), 11 (consequences to teams), 13 (appeals, however with some exceptions), 15.4 (mutual recognition), 17 (statute of limitations), 24 (interpretation of the Code) and

12 Retrieved from: www.wad-ama.org. Under: file:///C:/Users/User/AppData/Local/Microsoft/Windows/INetCache/IE/ASI5SUST/wada_code_2003_en.pdf. (22 April 2017).

appendix1 (definitions) without substantive change.¹³ The provision also made clear that no “substantive change” meant in fact implementation word by word, with the exception of references to the respective organization’s name, sport, section numbers, etc. It was also not allowed to add any additional provision to a signatory’s rules, which would change the effect of one of the above mentioned articles.

The WADC 2003 implemented the Lausanne Declaration 1999, but clearly showed North-American handwriting most likely as a consequence of the administrative seat of WADA having been established in Montreal/Canada. Many IFs based in Switzerland and other European countries, but also CAS itself, had initially problems in accepting the strict liability concept as the basis for the sanction system of the Code. Article 10.2 WADC 2003 linked the sanction of a two years ineligibility period for the first time and a life-time ineligibility period for any further violation simply to the fact of presence of a prohibited substance or its metabolites or markers or of the use or attempted use of a prohibited substance or method or of the possession of a prohibited substance or method. A legal opinion of the professors Kaufmann-Kohler, Malinverni and Rigozzi helped WADA to defend this principle against the challenges of international human rights law. The three experts pointed at the possibility of considering the potential fault or negligence of an athlete through the possibility of reduced sanctions.¹⁴ Indeed, also CAS accepted this argument and contributed to a harmonization of a North-American concept with Swiss and continental European approach towards disciplinary law.¹⁵ Swiss and continental European disciplinary law required not only facts on the objective side, but also fault on the subjective side in order to have a disciplinary offence being sanctioned.

CAS jurisprudence advised WADA, however, to diversify the rules on elimination or reduction of the period of ineligibility, on the one hand, and aggravating circumstances for increasing the period of ineligibility on the other hand. This happened in the WADC 2009 by arts 10.4 – 10.6 and was substantially improved in the WADC 2015,¹⁶ which is actually in force since 1 January 2015, by arts 10.3.3 – 10.6 in exchange, however, for increasing the regular sanction to four years through art 10.2.1. The role that art 10.2.1 WADC 2015 assigned to “intent” moves the whole Code much closer to the Swiss and continental European requirement of fault as precondition for the application of a disciplinary sanction. Art 10.2.1.1 WADC 2015 provides for a four years ineligibility, if the anti-doping rule violation does not involve

13 Art 23.2.2 WADC 2009.

14 See Friedman, S. (2012) “Contador, cows and strict liability”. *Sports Law eJournal*. Retrieved from: <http://publications.bond.edu.au/slej/16>. (22 April 2017): 1-9 (2) with further references.

15 See eg CAS 2006/A/1130 World Anti-Doping Agency (WADA) v Darko Stanic & Swiss Olympic. Award of 7 January 2007, at para 14.

16 Retrieved from: <https://www.wada-ama.org/en/resources/the-code/world-anti-doping-code>. (22 April 2017).

a specified substance unless the athlete or other person concerned can establish that the anti-doping rule violation was not intentional. Art 10.2.1.2 WADC 2015 provides for the same length of period of ineligibility in case of a specified substance, if the respective Ant-Doping Organization can establish that the anti-doping rule violation was intentional. According to art 4.2.2 WADC 2015 all prohibited substances are considered specified substances “*except substances in the classes of anabolic agents and hormones and those stimulants and hormone antagonists and modulators so identified in the Prohibited List.*” The WADA Prohibited List 2017 differentiates, for example, Non-Specified Stimulants (eg Cocaine) and Specified Stimulants (eg Heptaminol).¹⁷

2.4 The UNESCO Convention against Doping in Sport

The special set-up of the WADA Foundation Board which led from initial monopoly of the IOC to a shared responsibility of the Olympic Movement and the public authorities (government sector) allowed for a historic break-through in the harmonization of anti-doping rules and policies. The WADC became one of the rare examples of a codification developed within international private law by a legal person under Swiss private law in cooperation with the Olympic Movement, vastly consisting of international and national non-governmental organizations, and, nevertheless, respected and recognized on the inter-government level by nearly all states on earth. This happened through the adoption and ratification of the International Convention on Doping in Sport. The initiative for the elaboration of such a convention dates back to 1999 to the 3rd International Conference of Ministers and Senior Officials Responsible for Physical Education and Sport (MINEPS III) in Uruguay. UNESCO reports that concerns over doping in sport and an urge for concerted action had been expressed there. Following a Ministerial Round Table held at UNESCO in January 2003, a decision was made at the 32nd session of the UNESCO General Conference to tackle the question of doping in sport through an international convention. The Convention was adopted on 19 October 2005 and entered into force already on 1 February 2007. UNESCO calls it the most successful convention in its history in terms of speed of development and entry into force,¹⁸ but it is certainly one of the most successful multilateral conventions that can be found also outside UNESCO. To date, 185 states have ratified the Convention.¹⁹

Even if Art 4 of the Convention does not formally bind the member states to

17 Class S6 a and b. Retrieved from: www.wada-ama.org/sites/default/files/resources/files/2016... (22 April 2017).

18 See <http://www.unesco.org/new/en/social-and-human-sciences/themes/anti-doping/international-convention-against-doping-in-sport/background/>. (Retrieved on 22 April 2017).

19 See at fn 18 List of states by deposit.

the WADC and the International Standards and includes the Code, the International Standard for Testing and Investigations and the International Standard for Laboratories as appendices just for information purposes, it obliges the contracting parties for coordination of the fight against doping in sport on the national and international level to “commit themselves to the principles of the Code as the basis for the measures” to be adopted by them.²⁰ According to art 5 of the Convention such measures “include legislation, regulation, policies or administrative practices.” The WADA Prohibited List and the WADA International Standard for Therapeutic Use Exemptions are considered integral parts of the Convention according to its art 4.3. Art 4.1 of the Convention further rules that nothing in the Convention prevents the members from adopting additional measures complementary to the Code.

One has to admit, that the UNESCO Convention could have gone further by declaring the Code and all WADA International Standards as binding and by not allowing for complimentary national measures. The adoption of national anti-doping laws, mostly as part of the national criminal law, in fact, blocks the harmonization of anti-doping policies and anti-doping rules and sooner or later a further Convention will be needed in order to harmonize these laws. Even laws under very close criminal law traditions, like the Austrian and the German Anti-Doping Laws are quite different from each other.

The German Anti-Doping Law, for example, creates the term “Self-Doping” which widely corresponds to the use of prohibited substances or methods according to Art 2.1.1 WADC 2015, but is only subject to a criminal sanction, if the substances or methods have been used for the purpose of enhancing sports performance at an organized sports event.²¹ Intent, fault, negligence or even knowing use and use at an organized sports event are not required for establishment of a violation of art 2.1.1 WADC 2015 on the other hand. Thus, under WADA law, whether a prohibited substance or method has been used for the purpose of enhancement of sport performance does not matter. Also the WADA system of out-of-competition testing would break down if a link to organized sports events would be required.

The Austrian Anti-Doping Law does not criminalize self-doping, but causes similar problems as does the German Anti-Doping Law with regard to a criminal sanction on persons applying a prohibited substance or prohibited method on athletes.²²

Both, the German as well as the Austrian Anti-Doping Law, thus, cause issues as

20 Art 4.1 UNESCO Convention. Retrieved from: http://portal.unesco.org/en/ev.php-URL_ID=31037&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html. (22 April 2017).

21 Art 3 Gesetz gegen Doping im Sport (Anti-Doping-Gesetz - AntiDopG) of 10 December 2015, BGBl I S 2210, as amended on 13 April 2017, BGBl I 872. German text retrieved from: www.gesetze-im-internet.de/bundesrecht/antidopg/gesamt.pdf. (23 April 2017).

22 Bundesgesetz über die Bekämpfung von Doping im Sport (Anti-Doping-Bundesgesetz 2007 – ADBG 2007), BGBl I Nr 30/2007 as last amended BGBl I Nr 93/2014, § 22a.

to the definition of doping, as to different sanctions – under regular circumstances up to three years imprisonment in Germany, up to six months imprisonment in Austria – and both will instigate lawyers in procedures before CAS to argue a violation of art 4 of the VII Protocol to the European Convention on Human Rights (right not to be tried or punished twice), in particular in national anti-doping cases.²³ Even if CAS has stated repeatedly that anti-doping procedures are part of civil law,²⁴ it has also held that, nevertheless, due to the severity of sanctions imposed, partly principles of criminal law are applicable.²⁵

But the UNESCO Convention demonstrates that it is possible for the non-governmental sector to find acceptance and recognition for its achievement on the inter-state level. This is encouraging and could lead to answering the question raised for this contribution in a positive manner, unless there would not happened two major issues in 2016, that need for further analysis and comments: the WADA meldonium issue and the McLaren Reports I and II.

3. The WADA Meldonium Issue

Meldonium is a drug used medically to treat ischemia, or lack of blood flow. It improves exercise capacity in patients with chronic heart failure. As the inventor of the drug, Prof. Dr. Ivars Kalvins from Latvia, explained to a CAS Panel at a hearing on 7 November 2016, *“meldonium is constructed as a drug, which prevents the lack of oxygen. The use of one gram per day protects against lesion. As for the excretion of meldonium, according to Prof. Kalvins, the peculiarity of meldonium is linked to the fact that it uses a natural substance for its transport. Two phases of elimination must be differentiated: a fast phase, depending on the amount of meldonium that has been taken; and a slow phase,*

23 Art 4 reads as follows: *“Right not to be tried or punished twice*

1. No one shall be liable to be tried or punished again in criminal proceedings under the jurisdiction of the same State for an offence for which he has already been finally acquitted or convicted in accordance with the law and penal procedure of that State.

2. The provisions of the preceding paragraph shall not prevent the reopening of the case in accordance with the law and penal procedure of the State concerned, if there is evidence of new or newly discovered facts, or if there has been a fundamental defect in the previous proceedings, which could affect the outcome of the case. 3. No derogation from this Article shall be made under Article 15 of the Convention.” Retrieved from: www.echr.int/Pages/home.aspx?p=basic.texts. (23 April 2017).

24 See eg CAS 2010/A/2311, 2312, Stichting Anti-Doping Autoriteit Nederland & The Koninklijke Nederlandsche Schaatsenrijders Bond vs. W., Award of 22 August 2011, at paras 7.5 ff with further references.

25 See eg CAS 2011/O/2422, United States Olympic Committee vs. International Olympic Committee, CAS 2011/O/2422, Award of 4 October 2011, at para 60, explicitly referring to the principle *ne bis in idem*.

which can last for many months due to the fact that the body tries to recapture it. The living and training conditions, the consumption of food, the loss of weight, the duration of its use, etc., have an influence on the wash-out period of meldonium from the human organism. Meldonium was the most sold medicine in the former Soviet Union.”²⁶ According to Prof. Kalvins it is very safe and has very mild side effects. There were less than 90 serious events. In the opinion of Prof. Kalvin’s knowledge, meldonium has been used by athletes in order to avoid damage to their heart after intense sport exercise.

WADA, obviously alarmed by the frequent use of this substance in Russia and the former Soviet hemisphere²⁷ included meldonium into its Monitoring program 2015²⁸

26 See CAS 2016/A/4708 Belarus Canoe Association & Belarusian Senior Men’s Canoe and Kayak team members v. International Canoe Federation (ICF), Award of 23 January 2017, at para 52.

27 WADA itself did not specify which athletes used this substance, but stated simply in its Meldonium – Notice to the Stakeholders communicated on 13 April 2016: “... the 2015 Monitoring Program, which revealed a high prevalence of the use of meldonium by athletes and teams of athletes ...”, chapter A para 1. Retrieved from: www.wada-ama.org/.../wada-2016-04-12-meldonium-notice-en.pdf. (23 April 2017). It is however interesting to compare USADA’s information on meldonium which reads as follows: “What is Mildronate and how does it work?

Meldonium (Mildronate) is an anti-ischemic drug that was added to the World Anti-Doping Agency’s (WADA) Prohibited List effective January 1, 2016. Not available in the United States as an FDA-approved drug, meldonium was originally developed in the late 1970’s as a growth-promoting agent for animals by the Latvian Institute of Organic Synthesis. Meldonium is classified on the WADA Prohibited List as a Metabolic Modulator under Section Four, and is a non-specified substance. For athletes with a legitimate therapeutic need for a prohibited substance, a WADA Code-compliant Therapeutic Use Exemption process is available through National Anti-Doping Organizations or International Sport Federations.

Meldonium is reportedly capable of providing clinical benefit for those suffering from heart conditions, such as low blood flow to the heart and angina, as well as neurodegenerative disorders and bronchopulmonary diseases. It appears that the medical utility of meldonium stems mostly from its ability to modulate cellular energy metabolism. This may be due to the drug lowering the consumption of fatty acids, while increasing utilization of carbohydrates for the production of energy. In short, meldonium is advertised as an energy-efficiency catalyst. Mildronate is available in oral capsules or solution for injection.

In recent years, meldonium has been described as having performance-enhancing benefits in sport, including an increase in endurance, improved rehabilitation following exercise, and enhanced activations of the central nervous system. Meldonium has also been claimed to provide cognitive advantages.” The most interesting in this information is that meldonium has not been approved in the US. Thus, it could have been only exceptionally a danger for US athletes. Retrieved from: <http://www.usada.org/meldonium/>. (23 April 2017).

28 WADA itself did not give any reason for inclusion, but simply referred to art 4.5 WADC 2015. See the text of the WADA 2015 Monitoring Program: “THE 2015 MONITORING PROGRAM*

The following substances are placed on the 2015 Monitoring Program:

1. Stimulants: In-Competition only: Bupropion, caffeine, nicotine, phenylephrine, phenylpropranolamine, pipradrol and synephrine.
2. Narcotics: In-Competition only: Hydrocodone, mitragynine, morphine/codeine ratio, tapentadol and tramadol.

and added it to its Prohibited List 2016.²⁹ This list was published on 29 September 2015, but formally, this list entered into legal force only on 1 January 2016, which meant that any use after 1 January 2016 was prohibited, any use until and including 31 December 2015, however, was allowed. Due to an unknown excretion period of the substance from the human body, it soon turned out in many legal proceedings, that followed, that athletes argued having stopped using the substance end of October/beginning of November 2015, nevertheless, the substance was found in their bodily specimen. And it became even worse, in some doping controls during early 2016, the substance was not found at an athlete, and at a later control was found.

i– Notice to its stakeholders communicated on 13 April 2016 tried to find an exit strategy, which, looking at the details, in fact meant simply to shift the responsibility to the stakeholders. WADA wrote as follows:

“In the case of meldonium, there is currently a lack of clear scientific information on excretion times. For this reason, a hearing panel might justifiably find (unless there is specific evidence to the contrary) that an athlete who has established on the balance of probabilities that he or she ingested meldonium before 1 January 2016 could not reasonably have known or suspected that the meldonium would still be present in his or her body on or after 1 January 2016. In these circumstances, WADA considers that there may be grounds for no fault or negligence on the part of the athlete.

*However, given that the presence of meldonium in the athlete’s sample collected on or after 1 January 2016 constitutes an anti-doping rule violation, the disqualification of the athlete’s results shall (even where there is no fault or negligence) be dealt with in accordance with the applicable Code provisions. If the sample was collected in competition, then the results in the competition in question will be automatically disqualified in accordance with Article 9 of the Code.”*³⁰

In case of admission or other evidence for intake after 1 January 2016 or in case

3. *Glucocorticoids: In-competition (by routes of administration other than oral, intravenous, intramuscular or rectal) and Out-of-Competition (all routes of administration)*

4. *Telmisartan: In and Out-of-Competition*

5. *Meldonium: In and Out-of-Competition*

* *The World Anti-Doping Code (Article 4.5) states: “WADA, in consultation with Signatories and governments, shall establish a monitoring program regarding substances which are not on the Prohibited List, but which WADA wishes to monitor in order to detect patterns of misuse in sport.”* Retrieved from: <https://www.wada-ama.org/en/resources/science-medicine/monitoring-program>. (23 April 2017).

29 Class S4 Hormone and Metabolic Modulators. 5. Metabolic modulators (5.3). Retrieved from: <https://www.wada-ama.org/en/media/news/2015-09/wada-publishes-2016-prohibited-list>. (23 April 2017). Meldonium is also prohibited by the same class in the WADA Prohibited List 2017. Retrieved from: <https://www.wada-ama.org/en/media/news/2016-09/wada-publishes-2017-prohibited-list>. (23 April 2017).

30 (Fn 27), chapter B, paras 5 and 6.

of a concentration of the substance above certain thresholds, the results management was to be continued.

WADA, by this notice, became a victim of the strict liability rule, and – as for the automatic disqualification of results – made the Anti-Doping Organizations, following its notice, contravene against the principle *nulla poena sine lege*, because they were instructed to impose a sanction on an athlete for use of a substance, which – at the moment when the athlete used it – was not forbidden. But also to deal with the respective athletes based on the No Fault rule, meant that they were considered having committed an anti-doping rule violation, which they, in fact, did not at the moment, when they used the substance. WADA by its Notice moved the date of entry into force of the 2016 Prohibited List to the date when it was published in September 2015. Due to the fact, that the Prohibited List, as mentioned above, is integral part of the UNESCO Convention, this became also an issue of international and national law.

On 30 June 2016, WADA issued a further Meldonium – Notice to its stakeholders based on the results of some urinary excretion studies that had been commissioned by WADA. There, WADA further specified the thresholds of concentration of meldonium relevant for results management, but admitted also that *“it cannot be excluded that, at very low dosages, as indicated in the above table, the use of meldonium could have occurred before the Prohibited List was published by WADA on 29 September 2015. In these unique circumstances, WADA would consider it acceptable that the athlete’s results not be disqualified or be reinstated in the absence of any evidence that meldonium was used after 29 September 2015.”*³¹

A footnote, added to this notice, became crucial for the responsibility of an IF in a CAS proceedings: *“As a matter of course, for reasons of efficiency, WADA does not conduct excretion studies before including a substance on the Prohibited List. This information is generally provided by the manufacturer. In the case of meldonium, no information was provided as it relates to urinary excretion.”*³² The hearing in this case also showed that WADA contacted the inventor of meldonium only in September 2016.³³

The decision to include meldonium on the WADA Prohibited List 2016 was taken by the WADA Executive Committee. This body is currently composed of the President and Vice-President of the WADA Foundation Board and five members of the Olympic Movement and five members of the public authorities. Like in the WADA Foundation Board Russia is not represented, but there is also no representative of China and of the area of the former Soviet Union on the WADA Executive Committee.

There remains a bitter taste of a decision having been taken prematurely and

31 Retrieved from: www.wada-ama.org/.../meldonium-notice-june-30-2016. (23 April 2017).

32 See Fn 26, at para 54.

33 See Fn 26, at para 51.

not on a safe scientific and unbiased ground. The authority driving the universal harmonization of anti-doping rules and policies on the non-governmental as well as governmental level obviously has a structural issue.

4. The McLaren Reports I and II and the Consequences

This finding is supported by the timing and evidentiary value of the Independent Investigation Reports, Prof. Richard McLaren submitted on 18 July 2016³⁴ and 9 December 2016.³⁵

After even the Russian President Putin has recognized substantial deficiencies in the Russian anti-doping system at the occasion of a preparatory meeting for the organization of the Universiade 2019 in Krasnoyarsk,³⁶ there will remain hardly any doubt that the two first key findings³⁷ of Report I, that “*the Moscow Laboratory operated, for the protection of doped Russian athletes, within a State-dictated failsafe system, described in the report as the Disappearing Positive Methodology*”, that “*the Sochi Laboratory operated a unique sample swapping methodology to enable doped Russian athletes to compete at the Games*” with a question-mark as to “State-dictated” can be otherwise considered as undisputedly established.

Whether also the third key finding of Report I stating that “*the Ministry of Sport directed, controlled and oversaw the manipulation of athletes analytical results or sample swapping, with the active participation and assistance of the FSB [Russian Federal Security Service], CSP [Center of Sports Preparation of National Teams of Russia], and both Moscow and Sochi Laboratories.*” can stay or need to be revised finally stating, for example, that some persons or a criminal organization in these offices or organizations directed, controlled and oversaw the manipulation” might become established only once the results of the investigations of the Russian Investigative Committee, which has been set-up on the Russian side as a consequence of McLaren Report I, will be known.³⁸

34 Retrieved from: <https://www.wada-ama.org/en/resources/doping-control-process/mclaren-independent-investigation-report-part-i>. (23 April 2017).

35 Retrieved from: <https://www.wada-ama.org/en/resources/doping-control-process/mclaren-independent-investigation-report-part-ii>. (23 April 2017).

36 See eg “*Putin: Russian anti-doping system failed, we should listen to WADA*”. Retrieved from: <https://www.rt.com/news/379060-putin-anti-doping-russia/>. (23 April 2017).

37 Fn 34, p 85.

38 See “*Full speech of the Investigative Committee deputy chief Ilya Lazutov at the meeting of the Independent Public Anti-doping Commission in Moscow*” of 30 November 2016. Retrieved from: <http://ipadc.ru/en/media/news/the-investigation-is-making-good-progress>. (23 April 2017).

The same goes for Report II, which confirms the key findings of Report I,³⁹ but otherwise speaks of an “Institutionalised Doping Conspiracy and Cover Up”.⁴⁰

To break down the full report itself and the evidence attached to the report to individual cases of athletes and entourage will cause considerable difficulties. The report itself is hearsay-evidence and, thus, of limited value in court cases. The evidence attached to the report suffers from various quite substantial deficiencies, which were discussed in a recent meeting in Lausanne.⁴¹ It will cause some headache to the respective Anti-Doping Organizations, to CAS and to national courts in order to determine whether the evidence carries the cancellation of events, the suspension of athletes and/or staff and sanctions against Russian sports federations or major event organizers.

It is, thus, with little surprise, that on 16 March 2017, the IOC Executive Board expressed substantial concerns with regard to the present structure of WADA and adopted “12 Principles for a more robust and independent global Anti-Doping System to protect clean athletes”.⁴² The 5th Olympic Summit developed the principles of this proposal further on 6 October 2016.⁴³

The IOC urges in principle 1, that WADA, “*must be equally independent from both sports organisations and from national interests. This is necessary because even the perception of a conflict of interests can be considered damaging to the credibility of the anti-doping system.*”

The 5th Olympic Summit included into its declaration a chapter “*More Harmonisation*” and asks for the following:

“1. *WADA to establish one centralised worldwide anti-doping system.*

• *Standard level of testing to be harmonised per sport in close cooperation with the relevant International Federation (IF) to ensure that athletes from all nations are treated equally.* • *Increasing the level of targeted testing.*

2. *The entourage of athletes, including coaches, doctors, physiotherapists and other officials, to be held criminally responsible for facilitating doping.*

• *The United Nations Educational, Scientific and Cultural Organisation (UNESCO), with the help of WADA and the Olympic Movement, to provide model legislation and to encourage adoption for a worldwide harmonisation in this respect.*”

39 See Fn 35, p 2 number 4.

40 See Fn 35, p 1.

41 See “WADA admits McLaren’s ‘doping’ evidence against Russian athletes insufficient.” (25 February 2017). Retrieved from: <https://www.rt.com/sport/378572-mclaren-wada-russia-evidence-insufficient/>. (23 April 2017).

42 Retrieved from: <https://www.olympic.org/news/declaration-of-the-ioc-executive-board-1>. (23 April 2017).

43 Retrieved from: stillmed.olympic.org/media/Document_Library/OlympicOrg/News. (23 April 2017).

The initial example of the construction of the ILC offers a good example, how an independent WADA legislative body could be set up by the WADA Foundation Board. The Statute of the ILC, as last amended in 1981, includes in articles 2 – 10 model rules for candidates and the election procedure, easily adaptable to WADA for the creation of a WADA Legal Committee.⁴⁴ This WADA Legal Committee could be endowed with “*legislation with regard to the World Anti-Doping Code including the list of prohibited substances and standardization of anti-doping procedures*” as mentioned by principle 4.a of the IOC Declaration.⁴⁵ At the same time it could be the legislative basis for a centralized world-wide anti-doping system asked for by the 5th Olympic Summit.

Given the state of development of national anti-doping legislation, shown above at the German and Austrian examples, UNESCO model legislation alone might come too late with regard to quite some states. A UNESCO Convention on Harmonizing National Anti-Doping Laws or a Protocol to the current UNESCO Anti-Doping Convention addressing harmonization might be needed in addition to model laws.

At any event, the harmonization of anti-doping policies within the international scenario is a challenge that can be met on the IOC’s and Olympic Summit’s ground.

44 Retrieved from: www.un.org. Under: legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/statute/statute.pdf. (22 April 2017).

45 See Fn 42 above.

› I Whereabouts - La comunicazione e l'aggiornamento delle informazioni sulla reperibilità degli atleti inseriti nel Registered Testing Pool - Previsione normativa, aspetti attuativi e problematiche connesse.

Guido Valori

Libera Università degli Studi Maria SS Assunta di Roma
g.valori@studiovalori.com

La Agenzia Mondiale Antidoping (WADA)¹, al fine combattere il doping ed ogni tipo di condotta volta ad eludere i controlli, nel 2005 ha ideato un sistema informatico denominato ADAMS - Anti-Doping Administration and Management System - che consiste in un database gestionale *online* a disposizione dei Firmatari del Codice mondiale antidoping, per l'inserimento, l'amministrazione, la gestione, la registrazione, la conservazione, la condivisione e la comunicazione di dati in ordine alle procedure ed alle attività antidoping, nel rispetto della legislazione in materia di protezione dei dati personali.²

A tal proposito, è stato istituito un Gruppo registrato ai fini dei Controlli (RTP), ovvero un elenco degli atleti di alto livello, istituito separatamente, in ambito internazionale, dalle singole Federazioni Internazionali e, a livello nazionale, dalle organizzazioni antidoping nazionali (in Italia NADO – Italia), che sono sottoposti a Controlli finalizzati, sia in gara sia fuori gara.

Tali atleti hanno, pertanto, l'obbligo di comunicare trimestralmente le informazioni sui luoghi relativi alla propria reperibilità e permanenza, denominate "Whereabouts"³⁴.

1 M.Coccia La lotta internazionale contro il doping, in *Diritto internazionale dello sport*, Seconda Edizione (a cura di E. Greppi e M. Vellano), Torino, 2010, 169-218.

2 Definizione riportata nelle Norme Sportive Antidoping in vigore dal 1 gennaio 2017.

3 International Journal of Drug Policy, 13.12.2013, Diane Valkenburga, Olivier de Honb, Ivo van Hilvoordea, Doping control, providing whereabouts and the importance of privacy for elite athletes

4 Dikic, N., Markovic, S. S., & McNamee, M. (2011). On the efficacy of WADA's whereabouts

Ciò premesso, ogni atleta, il cui nominativo è inserito nel Gruppo registrato, ai fini del controllo sia a livello nazionale che internazionale⁵, deve necessariamente aggiornare le proprie informazioni afferenti alla sua reperibilità e provvedere alla compilazione trimestrale di quanto previsto dal Disciplinare dei Controlli e delle Investigazioni (D-CI), attuativo dell'*International standards for testing and investigation della WADA*.

L'Agenzia Italiana Antidoping, denominata NADO ITALIA, attraverso il Comitato Controlli Antidoping (CCA), rappresenta l'Autorità che svolge i Controlli in gara e fuori gara nei confronti di tutti gli atleti che sono cittadini italiani, residenti in Italia, titolari di licenza o tesserati per organizzazioni sportive italiane, ovvero che prendono parte a una manifestazione sportiva nazionale o che sono presenti sul territorio nazionale.

Il Comitato Controlli Antidoping si occupa, altresì, della elaborazione, dell'aggiornamento e della gestione dell'RTP Nazionale, fissando i criteri di inclusione degli atleti.

Tale gruppo comprende, di norma, gli atleti nazionali di alto livello che gareggiano ai massimi livelli dell'attività agonistica nazionale ed internazionale della disciplina agonistica interessata.

Ai fini dell'istituzione dell'RTP nazionale, il CCA provvede a:

- designare gli Atleti da inserire nell'RTP nazionale e modificarne periodicamente l'elenco, ai sensi di quanto previsto dallo Standard Internazionale per i Controlli e le Investigazioni;
- includere nel proprio RTP, laddove lo ritenga opportuno, atleti che sono posti sotto la propria autorità, pur se non rispondenti ai requisiti sopramenzionati, ma che vorrebbe fossero sottoposti a Controlli;
- informare ciascun atleta designato di essere stato inserito nell'RTP a decorrere da una data specificata, degli obblighi e degli adempimenti che ne derivano, delle informazioni sul luogo di permanenza e delle conseguenze relative alla mancata ottemperanza di tali adempimenti;
- informare l'atleta della sua cancellazione dall'RTP, a seguito del venire meno dei requisiti preposti all'inserimento nel medesimo RTP;
- utilizzare il sistema ADAMS per la raccolta, la conservazione e la condivisione delle informazioni sulla reperibilità presso il luogo di permanenza dell'atleta, ovvero altro sistema alternativo approvato dalla WADA⁶.

policy: Between filing failures and missed tests. *Deutsche Zeitschrift für Sportmedizin* Jahrgang, 62(10), 324–328

5 J. Halt (2009) Where is the privacy in WADA's Whereabouts rules *MARQ. SPORTS. L. Rev.* 45

6 Disciplinare dei Controlli e delle Investigazione, contenuto nelle Norme Sportive Antidoping 1/2017 art. 4

A tale ultimo riguardo, è bene rilevare che l'attuale utilizzo del sistema ADAMS, da parte della NADO Italia, rappresenta il risultato di una serie di misure adottate a seguito dei rilievi in proposito effettuati, nel 2008, dal Garante per il trattamento dei dati personali, atteso che tale database veniva ritenuto, in riferimento ad alcuni aspetti ad esso connessi, lesivo del diritto di riservatezza dei singoli atleti.

Il Garante, infatti, ha evidenziato come il modello di informativa utilizzato dal Coni non consentiva agli atleti di comprendere agevolmente, prima di fornire le informazioni sulla reperibilità giornaliera, con quale livello di dettaglio le medesime dovessero essere indicate al fine di non incorrere nelle gravi sanzioni altrimenti previste. Ciò, anche in considerazione della previsione di un breve periodo di attesa dell'atleta, da parte dell'ispettore deputato ad effettuare il controllo antidoping (DCO), nel luogo indicato in caso di controlli senza preavviso, trascorso il quale viene comminata all'atleta la sanzione per elusione del controllo.

In particolare, l'informativa non rendeva gli atleti pienamente consapevoli circa la natura obbligatoria o facoltativa del conferimento dei dati sulla reperibilità giornaliera⁷ e sulle relative modifiche o integrazioni, come pure in ordine alle conseguenze di un eventuale rifiuto a rispondere nel dettaglio alle indicazioni di reperibilità. Sul punto, il modello di informativa riproduceva, da un lato, l'art. 14.3. del codice Wada che, in maniera generica, obbligava gli atleti a "fornire informazioni precise e aggiornate in ordine alla loro reperibilità", mentre, dall'altro, citava le Linee guida per i controlli fuori gara della Wada, le quali prevedevano che gli atleti "potessero presentare programmi giornalieri con l'indicazione degli orari e dei luoghi in cui è più probabile che saranno disponibili per i controlli".

Peraltro, secondo le indicazioni riportate nel predetto modello di informativa (rivisto nel luglio del 2008), il conferimento o meno di alcune informazioni personali sulla reperibilità avrebbe potuto comportare conseguenze anche in termini di esecuzione di controlli antidoping notturni; le circostanze nelle quali il DCO avrebbe potuto effettuare controlli al di fuori della prevista fascia oraria (al tempo dalle 7.00 a.m.-10.00 p.m.), sebbene risultavano adeguatamente individuate sulla base di quanto prospettato da ultimo dal Coni, riguardavano, infatti, anche il caso in cui "l'atleta non avesse fornito alcuna indicazione sull'orario".

Infine, l'informativa, non forniva indicazioni idonee circa l'effettivo ambito di comunicazione dei dati personali relativi alle attività antidoping e il loro trasferimento all'estero anche attraverso l'utilizzo del sistema Adams. In particolare, dal modello predisposto dal Coni non emergevano indicazioni relative al flusso di dati tra le

7 Sport, Ethics and Philosophy Volume 1, 2007 - Issue 2: The Ethics of Sports Medicine, Sarah Teetzel, Respecting privacy in detecting illegitimate enhancements in athletes, Pages 159-170 | Published online: 17 Jul 2007

organizzazioni antidoping nazionali e internazionali, le federazioni internazionali e la Wada, nonché all'eventuale trasferimento dei dati anche in Paesi non appartenenti all'Unione europea (cfr. artt. 14.3. e 15 del codice Wada).

Il trattamento dei dati personali, effettuato attraverso il sistema Adams, non presentava, a parere del Garante, precise e adeguate garanzie, con particolare riferimento alla titolarità della banca dati situata in Canada e all'autorità di protezione dei dati competente per il controllo, nonché ai tipi di informazioni trattate e alla loro comunicazione a terzi anche in Paesi non appartenenti all'Unione europea⁸.

In virtù di quanto sopra rilevato, l'Agenzia Nazionale Antidoping, con il supporto della WADA, ha effettuato le modifiche ritenute necessarie dal Garante, arrivando a rielaborare il sistema fino alle regole attualmente vigenti e disciplinate nel D-CI.

Oggi un atleta già inserito nell'RTP è tenuto a comunicare trimestralmente (20 dicembre, 20 marzo, 20 giugno e 20 settembre) le informazioni personali complete ed accurate relative ai luoghi di permanenza nel periodo di riferimento, in modo tale da poter essere sempre localizzato ai fini dei Controlli nel corso di tale periodo.

Qualora l'Atleta venga inserito nell'RTP nel corso di un trimestre già iniziato, lo stesso sarà tenuto a comunicare, in maniera completa ed accurata, le informazioni personali relative ai luoghi di permanenza, in modo da completare il trimestre di riferimento a partire dal giorno indicato da NADO Italia e procedere alla compilazione dei trimestri successivi secondo la tempistica e le modalità stabilite nel D-CI-

Le informazioni richieste riguardano i seguenti dati per ciascun giorno nel corso del trimestre successivo:

- a) dati anagrafici;
- b) luogo di residenza/domicilio completi cui inviare la corrispondenza destinata all'atleta ai fini della notifica formale. Qualsiasi notifica o altro documento spedito all'indirizzo sopra citato sarà considerato ricevuto dall'atleta dopo cinque giorni dalla sua spedizione;
- c) nome e indirizzo di ciascun luogo in cui l'atleta pernoverà (ad esempio, abitazione, alloggio temporaneo, hotel, ecc.);
- d) nome e indirizzo di ciascun luogo dove l'atleta si allenerà, lavorerà o svolgerà qualsiasi altra attività regolare (per esempio, la scuola), così come il solito orario di svolgimento di tali attività regolari;
- e) programma delle manifestazioni sportive, ivi compreso il nome e l'indirizzo di ciascuna sede di gara, cui l'atleta ha programmato di partecipare;
- f) consenso dell'atleta per la condivisione delle proprie Informazioni con altre organizzazioni antidoping che hanno l'autorità di effettuare test nei suoi confronti;

8 **Garante per la Protezione dei dati personali** Controlli anti-doping e trattamento dei dati personali dei ciclisti - 13 ottobre 2008 doc web n. 1563970 - <http://www.garanteprivacy.it/web/guest/home/docweb/-/docweb-display/docweb/1563970>

- g) eventuali luoghi di permanenza temporanea;
- h) dettagli di una eventuale disabilità dell'atleta che può incidere nella procedura da seguire per condurre una Sessione di prelievo del Campione.

L'atleta sarà, inoltre, tenuto ad indicare uno specifico arco di tempo di sessanta minuti, tra le ore 05.00 e le ore 23.00, per ogni giorno del trimestre nel quale si renderà disponibile e raggiungibile in un luogo facilmente accessibile, indicato per essere sottoposto ai Controlli. Tale luogo dovrà essere – si ribadisce - facilmente accessibile da parte del Personale incaricato del prelievo.

A riguardo va precisato che costituisce precisa responsabilità dell'atleta assicurare che i dati relativi al luogo di permanenza forniti siano idonei a rendere NADO Italia in grado di rintracciarlo per i Controlli in un qualsiasi determinato giorno nel corso del trimestre, compreso, anche se non in maniera esclusiva, il periodo di sessanta minuti indicato per quel giorno nelle proprie Informazioni.

Eventuali modifiche dei dati dovranno essere tempestivamente inserite nel sistema ADAMS, ovvero in altro sistema alternativo approvato dalla WADA.

In presenza di determinate circostanze, tuttavia, gli aggiornamenti effettuati dall'atleta poco prima dell'inizio della fascia oraria programmata potranno essere considerati come possibili violazioni delle norme sportive antidoping.

Delle informazioni sulla reperibilità presso il luogo di permanenza dovrà essere resa edotta la Federazione Internazionale competente, qualora l'Atleta sia inserito nell'RTP di quest'ultima.

Viene, altresì, concessa la facoltà all'atleta di delegare a terzi, previa accettazione da parte del terzo, la produzione di una parte o di tutte le informazioni sulla reperibilità presso il luogo di permanenza; per terzo si intende un dirigente o una Federazione Nazionale⁹, o, nel caso di uno sport di squadra, lo staff o il personale della squadra stessa. Tale facoltà può essere esercitata anche per i periodi che non riguardano l'attività svolta insieme alla squadra, persistendo, però, in capo all'atleta, la responsabilità in ordine all'inserimento ed all'aggiornamento dei dati afferenti alla propria reperibilità.

La squadra sarà passibile di procedimento disciplinare e conseguente comminazione delle sanzioni economiche previste dal Codice Sportivo Antidoping (CSA) laddove il tentativo di sottoporre l'atleta, appartenente alla squadra medesima, al controllo durante la fascia oraria dei sessanta minuti, individuata nell'ambito di un periodo compreso nelle attività di squadra, fallisca per errata comunicazione della squadra¹⁰.

La premessa fin qui svolta appare necessaria al fine di esaminare, nello specifico,

9 Disciplinare dei Controlli e delle Investigazione, contenuto nelle Norme Sportive Antidoping 1/2017 art. 5

10 Disciplinare dei Controlli e delle Investigazione, contenuto nelle Norme Sportive Antidoping 1/2017 art. 6

le fattispecie in cui l'atleta può essere ritenuto responsabile di una "mancata comunicazione" o di un "mancato controllo".

Ebbene, un Atleta può essere ritenuto responsabile di una "Mancata comunicazione" laddove:

- allo stesso sia stato debitamente comunicato di essere stato designato per l'inserimento in un RTP, nonché il conseguente obbligo di fornire i "whereabout" e le conseguenze disciplinari in caso di inadempimento;
- non abbia rispettato tale obbligo nel termine stabilito;
- nel caso di una seconda o terza mancata comunicazione verificatasi nello stesso trimestre, l'atleta sia avvisato della precedente mancata comunicazione e non abbia rettificato quella mancata comunicazione entro il termine specificato in tale notifica;
- laddove l'inadempienza dell'atleta sia stata commessa per negligenza. A questo scopo, si presume che l'atleta non abbia rispettato le norme per propria negligenza, dimostrando che abbia ricevuto la notifica della richiesta, ma non l'abbia soddisfatta. Questa presunzione può essere respinta soltanto se l'atleta dimostra che non c'è stato alcun comportamento negligente, da parte sua, che abbia causato o contribuito alla mancata ottemperanza¹¹.

Qualora ricorrano i requisiti sopraindicati, la Procura Nazionale Antidoping (PNA), ricevutane comunicazione dal CCA, notifica all'atleta l'inadempimento entro il quattordicesimo giorno successivo alla data dell'accertamento dello stesso, a mezzo posta elettronica, invitandolo contestualmente a fornire eventuali giustificazioni scritte entro e non oltre dieci giorni dalla ricezione della notifica.

Sul punto è bene precisare che la notifica si intende perfezionata entro due giorni dall'avviso di ricezione¹².

Nella notifica la PNA comunica, altresì, all'atleta che:

- laddove lo stesso non riesca a giustificare la mancata comunicazione, e fatte salve le restanti disposizioni di seguito indicate, si procederà all'iscrizione di una mancata comunicazione nei suoi confronti;
- le conseguenze derivanti dall'eventuale accertamento della mancata comunicazione;
- tre inadempienze relative ai "whereabouts", (anche come risultato di una combinazione qualsiasi di mancate comunicazioni e/o mancati controlli sommati tra loro) in un qualsiasi arco di tempo di dodici mesi, comporteranno la violazione delle

11 Disciplinary dei Controlli e delle Investigazione, contenuto nelle Norme Sportive Antidoping 1/2017 art. 7

12 Codice Sportivo Antidoping, contenuto nelle Norme Sportive Antidoping 1/2017 art.42.2

- norme antidoping, ai sensi dell'art. 2.4. del CSA riguardanti la mancata reperibilità;
- che tre inadempienze relative ai whereabouts (anche come risultato di una combinazione qualsiasi di Mancate comunicazioni e/o Mancati Controlli sommati tra loro) in un qualsiasi arco di tempo di dodici mesi, comporteranno la violazione delle norme antidoping ai sensi dell'art. 2.4. del CSA, riguardanti la mancata reperibilità;
 - l'obbligo di inviare le informazioni mancanti circa la propria reperibilità entro le successive quarantotto ore dal ricevimento della comunicazione di presunta inadempienza.

Al fine di accertare se nell'anzidetto periodo si sia verificata o meno la violazione delle norme del CSA sulla mancata reperibilità, l'inadempimento per mancata comunicazione si riterrà verificato il primo giorno del trimestre in relazione al quale l'Atleta omette di inviare una comunicazione.

Laddove l'Atleta contesti la notificata inadempienza, la PNA procederà a valutare l'idoneità delle argomentazioni addotte a giustificazione dell'inadempimento, comunicandone l'esito entro il quattordicesimo giorno dalla ricezione della risposta dell'Atleta¹³.

Nel caso in cui l'Atleta non contesti la notificata inadempienza, ovvero laddove le argomentazioni addotte a sua difesa vengano ritenute infondate, la PNA comunicherà allo stesso la verbalizzazione della presunta inadempienza, informandolo al contempo del suo diritto ad un riesame di tale provvedimento, da presentare dinanzi alla Seconda Sezione del Tribunale Nazionale Antidoping (TNA), entro 10 giorni dal ricevimento della comunicazione dell'inadempienza da parte della PNA, previa notificazione della stessa alla PNA.

Il riesame dovrà terminare entro quattordici giorni dalla ricezione della richiesta dell'atleta e la decisione dovrà essere comunicata allo stesso ed alla PNA non oltre sette giorni dalla data della decisione¹⁴.

Laddove la richiesta di riesame venga accolta, il Collegio dispone la revoca del provvedimento della PNA, indicandone i motivi e dandone comunicazione all'atleta e alla PNA stessa.

In caso di rigetto del riesame, il Collegio ne darà comunicazione all'atleta ed alla PNA e quest'ultima provvederà agli adempimenti conseguenti.

La decisione con cui il Collegio conferma o revoca i provvedimenti assunti dalla PNA è inappellabile.

Qualora l'atleta non richieda il riesame entro il termine previsto, o laddove la Seconda Sezione del TNA rigettasse il riesame eventualmente proposto, la PNA

13 Disciplinare dei Controlli e delle Investigazione, contenuto nelle Norme Sportive Antidoping 1/2017 art. 8

14 Codice Sportivo Antidoping, contenuto nelle Norme Sportive Antidoping 1/2017 art.31

verbalizzerà la mancata comunicazione all'atleta, dando comunicazione alla WADA e a tutte le altre organizzazioni antidoping interessate della mancata comunicazione e della data in cui si è verificata.

Un atleta può, quindi, essere ritenuto responsabile di un mancato controllo laddove:

a) la mancata/non corretta comunicazione dei "whereabouts" relativa all'arco dei sessanta minuti non consenta l'effettuazione del test;

b) NADO Italia abbia posto in essere le seguenti attività:

- informazione all'atleta, nel momento del suo inserimento nell'RTP, in merito alle proprie responsabilità circa il mancato controllo in caso di indisponibilità ai Controlli durante l'intervallo di tempo di sessanta minuti nel luogo specifico, come indicato nel proprio "whereabouts";
- tentativo del DCO incaricato di effettuare un test sull'atleta in un dato giorno durante il trimestre, ovvero durante l'intervallo di tempo di sessanta minuti indicato nel "whereabouts" dell'atleta per quel giorno, recandosi nel luogo indicato e nell'orario indicato;
- tentativo ragionevole da parte del DCO, durante l'intervallo di tempo di sessanta minuti, di rintracciare comunque l'atleta assente, avendo considerazione delle circostanze e non potendo dare all'Atleta alcun preavviso. Il DCO dovrà comunque rimanere presso il luogo prestabilito per il tempo restante dell'intervallo dei sessanta minuti, durante il quale dovrà porre in essere ogni più opportuna azione volta a rintracciare l'atleta;
- qualora l'atleta non fosse disponibile all'inizio dell'intervallo dei 60 minuti, ma solo successivamente, purché nel medesimo intervallo di tempo, il DCO dovrà prelevare il campione senza ritenere fallito il tentativo, provvedendo, tuttavia, ad inserire tale circostanza nella propria relazione, poiché tale condotta dovrà essere oggetto di indagine, al fine di accertare l'eventuale violazione delle disposizioni del CSA. In ordine all'elusione, al rifiuto o all'omissione di sottoporsi ad un prelievo di campioni biologici o alla mancata reperibilità, qualora l'atleta non fosse disponibile per i Controlli durante la fascia dei sessanta minuti, lo stesso sarà ritenuto responsabile di un mancato controllo anche nell'ipotesi in cui venisse rintracciato nell'arco della stessa giornata ed il campione biologico venisse opportunamente prelevato;
- l'accertamento della negligenza dell'atleta a rendersi disponibile per il controllo nel luogo indicato durante l'intervallo di tempo sessanta minuti¹⁵.

A tal fine, sussiste presunzione di negligenza, da parte di un atleta, laddove siano provati che la PNA avesse informato l'atleta della responsabilità in caso di mancato

¹⁵ Disciplinare dei Controlli e delle Investigazione, contenuto nelle Norme Sportive Antidoping 1/2017 art. 9.

controllo e che vi sia stato un tentativo di controllo da parte del DCO.

Detta ultima presunzione potrà essere superata nel caso in cui l'atleta sia in grado di dimostrare la sua presenza nel luogo di permanenza nell'intervallo di tempo indicato o il suo adempimento in merito al corretto aggiornamento dei propri "whereabouts", per aver comunicato un luogo diverso dove sarebbe stato, invece, disponibile al controllo durante un intervallo di tempo di sessanta minuti indicato per quel dato giorno.

In caso di mancato controllo, la PNA, ricevutane comunicazione dal CCA, notifica all'atleta il tentativo non riuscito entro il quattordicesimo giorno successivo alla data di quest'ultimo, invitandolo al contempo a fornire una risposta entro e non oltre dieci giorni dalla ricezione della notifica.

Nella notifica la PNA comunica, altresì, all'atleta:

a) che, laddove lo stesso non riesca a giustificare il mancato controllo, e fatte salve le restanti disposizioni di seguito indicate, si procederà all'iscrizione di un presunto mancato controllo nei suoi confronti;

b) le conseguenze derivanti dall'eventuale accertamento del mancato controllo;

c) tre inadempienze relative ai "whereabouts" (anche come risultato di una combinazione qualsiasi di mancate comunicazioni e/o mancati controlli sommati tra loro), in un qualsiasi arco di tempo di dodici mesi, comporteranno la violazione delle norme antidoping, ai sensi delle disposizione del CSA sulla mancata reperibilità.

Laddove l'atleta contesti, nelle proprie difese, il notificato inadempimento per mancato controllo, la PNA procederà a rivalutare la sussistenza dei requisiti, comunicandone l'esito entro il quattordicesimo giorno dalla ricezione della risposta dell'atleta.

Nel caso in cui l'atleta non contesti entro il termine previsto l'inadempienza, ovvero laddove le argomentazioni addotte a sua difesa vengano ritenute infondate, la PNA comunicherà allo stesso la verbalizzazione della presunta inadempienza, informandolo, al contempo, del suo diritto ad un riesame di tale provvedimento e fornendo, altresì, il rapporto di tentativo non riuscito, ai sensi del D-CI.

Qualora l'atleta non richieda il riesame entro il termine previsto, o laddove la Seconda Sezione del TNA rigettasse l'impugnazione eventualmente proposta, la PNA verbalizzerà il mancato controllo nei confronti dell'atleta, informando lo stesso, la WADA e tutte le altre ADO interessate, della violazione e della data in cui si è verificata.

Al verificarsi di tre inadempienze relative ai "whereabouts", nell'arco di tempo di dodici mesi, si aprirà il procedimento a carico dell'atleta.

Nel caso in cui due o più di tali inadempienze fossero accertate da una Organizzazione Antidoping, nel cui RTP l'atleta era inserito quando si sono verificate le inadempienze, la stessa Organizzazione Antidoping promuoverà il procedimento contro l'atleta¹⁶.

Qualora le inadempienze relative ai “whereabouts” siano state accertate da tre Organizzazioni Antidoping diverse, l’Organizzazione Antidoping responsabile di tale procedimento sarà quella nel cui RTP l’atleta era inserito quando si è verificata la terza inadempienza. Se al tempo della verifica della terza inadempienza l’atleta era inserito sia nell’RTP nazionale che in quello internazionale, allora l’Organizzazione Antidoping responsabile di quel procedimento dovrà essere la Federazione Internazionale.

Laddove l’Organizzazione Antidoping competente non attivi il procedimento disciplinare nei confronti dell’Atleta, per violazione delle disposizioni sulla mancata reperibilità, entro 30 giorni dalla data in cui la WADA ha ricevuto notizia della terza presunta inadempienza, si dovrà ritenere che l’Organizzazione Antidoping competente abbia deciso che nella fattispecie non è stata violata alcuna norma antidoping, ai fini della proposizione dell’appello.

Le sanzioni previste dal CSA, in caso tre di inadempienze relative ai “whereabouts” nell’arco di tempo di dodici mesi, accertate dal Tribunale Nazionale Antidoping all’esito del procedimento ivi incardinato, vanno da un massimo di due anni di squalifica, con possibilità di riduzione, ad un periodo minimo di un anno, a seconda del grado di colpa dell’atleta¹⁷.

La flessibilità nel comminare una squalifica di due anni o di uno anno prevista dal CSA non è estesa agli atleti il cui comportamento sia caratterizzato da cambiamenti all’ultimo momento circa la loro reperibilità, ovvero la cui condotta induca a sospettare fortemente che il medesimo atleta stesse cercando di evitare di rendersi disponibile per lo svolgimento dei controlli.

L’accertamento della violazione, da parte della prima sezione del Tribunale Nazionale Antidoping, nel caso di atleti inseriti nel RTP nazionale, o della Seconda sezione, nel caso di atleti inseriti nel RTP internazionale, implica automaticamente l’invalidazione dei risultati ottenuti nel corso della competizione, con le relative conseguenze, inclusa la perdita di medaglie, punti e premi.

Avverso la decisione della seconda sezione del TNA, è ammesso per l’atleta appello al Tribunale Arbitrale dello Sport (TAS) di Losanna¹⁸, entro il termine perentorio di trenta giorni dalla data di ricevimento della decisione.

Mentre, avverso le decisioni di primo grado adottate dalla Prima Sezione del TNA è ammesso appello in forma scritta dinanzi alla Seconda Sezione del TNA da proporsi, a pena di inammissibilità, entro il termine perentorio di quindici giorni dalla data di ricevimento della decisione di primo grado.

1/2017 art. 10

17 Codice Sportivo Antidoping, contenuto nelle Norme Sportive Antidoping 1/2017 art.4.3.3

18 Rivista di diritto sportivo, Ulrich Haas * E Daniele Boccucci, Il Codice Mondiale Antidoping 2015

Gli aspetti sino ad ora esaminati concernono le previsioni di carattere regolamentare che attengono ai “whereabouts”, ma, al fine di fornire un quadro completo della vicenda, appare doveroso esaminare le problematiche di carattere applicativo di tale regolamentazione, nonché la difficoltà, spesso causata da fattori contingenti o comunque da impegni di carattere sportivo che contraddistinguono la carriera di ciascun atleta di alto livello.

Nella maggior parte dei casi, infatti, in cui viene contestata e, successivamente accertata, la violazione delle norme sulla mancata reperibilità¹⁹, si riscontra una oggettiva difficoltà/impossibilità/poca dimestichezza dell’atleta nell’effettuare le operazioni di aggiornamento dei dati afferenti alla reperibilità o una scarsa informazione sulle modalità di compilazione e, soprattutto, sulla entità delle sanzioni previste in caso di mancato aggiornamento.

Al riguardo, non si può che auspicare che le Federazioni Sportive Nazionale, ma anche la stessa NADO – Italia, continuino o, vieppiù, se possibile incrementino l’attività di informazione riguardante il necessario aggiornamento di tali informazioni, spesso non effettuato a causa del “passaparola” tra atleti della stessa disciplina.

Ma non solo. Molti atleti denunciano di avere poca dimestichezza con il sistema di aggiornamento effettuabile in mobilità con i propri *device* (*smartphone, tablet, notebook*). Anche in tale caso, sarebbe auspicabile che le Federazioni Sportive forniscano ausilio ai propri atleti in difficoltà, occupandosi, con i propri addetti, dell’aggiornamento o comunque organizzando corsi volti a dotare i singoli atleti delle conoscenze informatiche richieste ai fini dell’aggiornamento dei propri dati sulla reperibilità.

Di contro, però, non può contestualmente non rilevarsi una certa rigidità²⁰ da parte delle organizzazioni antidoping competenti e della Procura nazionale Antidoping all’esito dell’invio, ad opera dei singoli atleti, delle giustificazioni circa l’impossibilità di tempestivo aggiornamento, dovuto ad eventi contingenti che spesso possono essere causati dal fatto gli stessi sono continuamente in viaggio per impegni professionali o da spostamenti particolarmente lunghi connessi alla particolarità degli sport praticati²¹ (si pensi, ad esempio, all’equitazione ed alla possibilità che un atleta, impegnato nella stessa competizione con più cavalli, debba curare il trasferimento degli stessi, impiegando molti giorni per il completamento di dette operazioni) o, ancora, che siano impegnati in competizioni o riunioni delle rappresentative nazionali le generalità dei cui partecipanti vengono di norma comunicati dal settore sanitario

19 Codice Sportivo Antidoping, contenuto nelle Norme Sportive Antidoping 1/2017 art.2.4

20 Rivista di Diritto ed Economia dello Sport Vol. 8, 2012, 73-97, Francesco D’Urzo, La dubbia legittimità del Whereabouts System elaborato dal Codice Wada.

21 Tribunale Nazionale Antidoping, Prima Sezione, Decisione n. 126/2015 sul Caso relativo all’Atleta Juan Carlo Garcia,

della Federazioni Sportive nazionali di riferimento alla NADO – Italia con congruo anticipo²².

Analoghi problemi riguardano anche le ipotesi di omesso controllo, specialmente in ordine alla interpretazione della previsione dell'art. 9.2 del D_CI, che il medico incaricato dei controlli effettui un "tentativo ragionevole" da parte del DCO, durante l'intervallo di tempo di sessanta minuti, di rintracciare comunque l'Atleta²³.

All'atto pratico il concetto di "tentativo ragionevole", di cui in precedenza, può essere oggetto di diverse interpretazioni, essendosi verificato concretamente che il medico si recasse presso il civico indicato dall'atleta nella fascia oraria inserita nei "whereabouts" e non trovasse l'atleta, nonostante quest'ultimo fosse presente presso la propria abitazione, perché il medico non individuava il campanello della porta dell'abitazione dello stesso, compilando, in definitiva, il report di mancato controllo²⁴⁻²⁵.

Ciò conduce necessariamente all'auspicio di una regolamentazione dettagliata delle tipologie di tentativi che devono essere effettuati dal DCO prima di segnalare il mancato controllo, stante la gravosità delle sanzioni stabilite dalla norme di riferimento; come, d'altronde, dovrebbe essere valutata la condotta tenuta dall'atleta che, nel medesimo giorno del presunto "mancato controllo", manifesti la piena disponibilità a sottoporsi ad un controllo antidoping.

Peraltro, tale auspicata specificazione deve necessariamente trovare fondamento in quelli che sono i principi che necessariamente devono ispirare l'attività preposta alla lotta al doping e, cioè, la tutela della salute e la garanzia della regolarità delle competizioni, senza, tuttavia, ledere il diritto di difesa dell'incolpato.

E' evidente che, nel caso di specie, sarebbe auspicabile che, ogni qualvolta venisse contestata una violazione delle norme sulla reperibilità, fosse quanto meno effettuata una valutazione preliminare, da parte dei soggetti competenti, circa la reale volontà dei soggetti "rei" di violare le disposizioni riguardanti i "whereabouts" e di adottare delle condotte lesive dei sopramenzionati principi, in luogo di una acritica e pedissequa applicazione della norma.

Il concetto di colpa o di negligenza, infatti, invocato in molto casi dall'Ufficio di Procura Antidoping, nei procedimenti disciplinari a carico di atleti a cui viene contestato il mancato rispetto degli obblighi in materia di reperibilità, attiene spesso a ritardi lievissimi nella compilazione e nell'aggiornamento dei dati o, comunque, a circostanze, dovute al caso fortuito oppure non prevedibili.

22 Tribunale Nazionale Antidoping, Prima Sezione, Decisione n.123/2014 sul Caso relativo all'Atleta Manuel Cappai

23 Disciplinare dei Controlli e delle Investigazione, contenuto nelle Norme Sportive Antidoping 1/2017 art. 9.2

24 Tribunale Nazionale Antidoping, Seconda Sezione, Decisione n.1/2017 sul Caso relativo all'Atleta Pietro Roman

25 CAS 2'15/A/4163 Caso Niksa Dobud/FINA

Peraltro, il CSA, all'art. 2.5, già prevede una disposizione specifica preordinata a sanzionare la manomissione o tentata manomissione in relazione a qualsiasi fase dei Controlli antidoping²⁶.

In tal caso, si intende sanzionare la condotta volta a minare la procedura di controllo antidoping, ma che non rientra nella definizione di pratiche vietate. La manomissione comprende, a titolo puramente esemplificativo, la condotta consistente nell'intralciare o nel tentare di intralciare intenzionalmente l'operato di un addetto al controllo antidoping, di fornire informazioni fraudolente ad una Organizzazione Antidoping ovvero di intimidire o di tentare di intimidire un potenziale testimone.

Pertanto, a parere di chi scrive, sarebbe opportuno, sia a livello internazionale, che a livello nazionale, consentire ai Tribunali Nazionali Antidoping di verificare effettivamente l'antigiuridicità e l'offensività dei comportamenti tenuti dai singoli atleti. Attualmente sia le richieste di riesame della singola inadempienza, sia quelle conclusive riferite alle tre violazioni nell'arco temporale dei dodici mesi, lasciano margini molto esigui di valutazione ai giudici dei Tribunali Antidoping. Inoltre, in alcuni casi non viene posta fortemente l'attenzione sulla effettività delle comunicazioni che l'atleta riceve, ma è sufficiente l'invio di comunicazione anche via pec per configurarsi una presunzione di conoscenza della contestazione dopo appena due giorni dall'avviso di ricezione, come recita l'art. 42.2 del CSA, senza l'accertamento dell'effettiva presa visione da parte del destinatario della predetta comunicazione.

Tale aspetto ha in alcuni casi comportato che un atleta ricevesse due contestazione di mancata rispetto delle disposizioni riguardanti le comunicazioni dei dati sulla reperibilità nell'arco di pochi giorni.

Tali osservazioni hanno come scopo quello di evitare anche il pregiudizio, che spesso viene arrecato ai singoli atleti, attraverso la pubblicazione di notizie, sui principali organi di informazione, riguardanti proprio la violazione delle norme sulla reperibilità, che frequentemente portano ad associare tale condotta con l'assunzione di sostanze dopanti o con l'adozione di metodi dopanti; aspetti, questi ultimi, di portata decisamente maggiore che, rispetto agli altri, assumono un'importanza evidentemente superiore e come tali devono essere costantemente oggetto dell'attenzione delle organizzazioni che combattono il doping proprio perché ledono il diritto alla salute e compromettono la regolarità delle competizioni sportive.

Bibliografia

- » Guido Valori (2016) – *Il Diritto nello Sport*, terza edizione, Giappichelli
- » M. Coccia (2010) *La lotta internazionale contro il doping*, in *Diritto internazionale dello sport*, Seconda Edizione (a cura di E. Greppi e M. Vellano), Torino, 2010, 169-218;
- » Diane Valkenburga, Olivier de Honb, Ivo van Hilvoordea, (2013) *Doping control, providing whereabouts and the importance of privacy for elite athletes* *International Journal of Drug Policy*, 13.12.2013;
- » Dikic, N., Markovic, S. S., & McNamee, M. (2011). *On the efficacy of WADA's whereabouts policy: Between filing failures and missed tests*. *Deutsche Zeitschrift für Sportmedizin* Jahrgang, 62(10), 324–328
- » J. Halt (2009) *Where is the privacy in WADA's Whereabouts rules* *MARQ. SPORTS. L. Rev.* 45
- » Ulrich Haas, Daniele Boccucci (2015) *Il Codice Mondiale Antidoping 2015*, *Rivista di diritto sportivo online*
- » Sarah Teetzel (2007) *Respecting privacy in detecting illegitimate enhancements in athletes* *Sport, Ethics and Philosophy* Volume 1, 2007 - Issue 2: *The Ethics of Sports Medicine* Pages 159-170 | Published online: 17 Jul 2007
- » Francesco D'Urzo (2012), *La dubbia legittimità del Whereabouts System elaborato dal Codice Wada*, in *Rivista di Diritto ed Economia dello Sport*, Vol. 8, 2012, 73-97

Decisioni

Tribunale Nazionale Antidoping, Prima Sezione, Decisione n. 126/2015 sul Caso relativo all'Atleta Juan Carlo Garcia,

Tribunale Nazionale Antidoping, Prima Sezione, Decisione n.123/2014 sul Caso relativo all'Atleta Manuel Cappai

Tribunale Nazionale Antidoping, Seconda Sezione, Decisione n.1/2017 sul Caso relativo all'Atleta Pietro Roman

CAS 2'15/A/4163 Caso Niksa Dobud/FINA

> Antidopaje: Arte, filosofía y deporte

Horacio Corti

Universidad de Buenos Aires, Argentina

hcorti@jusbaire.gov.ar

1. En 1968 Roberto Jacoby expone *Mensaje en el Instituto Di Tella en Buenos Aires*. La instalación incluye un póster donde se lee: “Todos los fenómenos de la vida social se han convertido en materia estética: la moda, los medios de comunicación de masa, la industria y la tecnología, etc.”¹.
2. Eduardo Zac transcribe el texto de Jacoby, pero lo cita así: “Todos los fenómenos de la vida social se han convertido en medios de comunicación de masas”².
3. Nadine Visser. La empresa Adidas dice: “Not made for normal”.
4. En un seminario de bioética, Jean-Noël Missa, miembro de la Academia Real de Bélgica, dice: “El dopaje está en el corazón del deporte de competición”³.
5. Entre 1990 y 1993, Orlan se realizó nueve operaciones quirúrgicas. Las primeras intervenciones tuvieron por fin modelar su cuerpo por liposucción e inyección de siliconas⁴.
6. Dice Orlan: “el cuerpo es obsoleto”.
7. ¿De quién es el cuerpo que llamamos nuestro? Si el cuerpo no es propio, ¿de quién es? ¿El cuerpo al que llamamos nuestro es siempre de alguien?
8. Dice Diego Schwarzstein: “Desde Newell’s me dijeron: ‘te vamos a mandar a un

1 Roberto Jacoby, *El deseo nace del derrumbe. Acciones, conceptos, escritos* (ed. Ana Longoni) (2011).

2 Eduardo Zac, *Telepresencia y bioarte. Interconexión en red de humanos, robots y conejos* (2010).

3 Jean Noël Missa, “El deporte de competición, laboratorio de la medicina del mejoramiento: análisis ético y filosófico del problema del dopaje”. Revista Colombiana de Bioética, vol. 10, núm. 2, julio-diciembre, 2015. Ver también: Claudio Tamburrini, ¿La mano de Dios? Una visión distinta del deporte (2000), en particular capítulo III “¿Qué tiene de malo el dopaje?”.

4 Sophy Thompson (dir.), *Orlan* (2004).

chico que es el mejor que tenemos en todas las inferiores, entre unos mil chicos, pero es muy bajito”. Dice que Messi “no se sentía mal, él veía que de alguna manera la talla baja significaba una potencial limitación y él la quería superar, él quería jugar en primera”⁵.

9. En 2006, Stelarc se implantó quirúrgicamente una oreja cultivada con células en el brazo izquierdo⁶.
10. “-¿Aún tienes esa oreja en tu brazo? ¿Cómo ha sido la experiencia desde que se la implantaron?
11. “Sí, la oreja todavía es parte de mi brazo. Se ha convertido en un archivo vivo de una idea aún por actualizar plenamente. La oreja fue quirúrgicamente construida y cultivada con células. No es simplemente un implante. Está totalmente integrada como un componente vivo de mi cuerpo. La idea es que cuando la oreja sea una estructura totalmente 3D se incorpore un circuito electrónico para habilitarla en internet. Esta oreja no es para mí. Tengo dos buenos oídos para escuchar. Esta oreja es para personas en otros lugares. Se convertirá en un dispositivo auditivo accesible para personas en otros lugares”⁷.
12. Stelarc, en los años setenta, se añadió una tercera mano, creada para él por ingenieros de robótica japoneses. Se activaba directamente a través de señales eléctricas de sus músculos. Pasó varios meses de aprendizaje⁸.
13. En 1975, Carole Scheemann sacó un rollo de papel de su vagina y luego lo leyó⁹.
14. Dice Stelarc: “el cuerpo es obsoleto”.
15. Dice Adidas: “Impossible is nothing”.
16. En 1972 Vito Acconci realizó su performance *Seedbed. Se masturbó ocho horas por día durante tres semanas en una galería de arte en Nueva York. ¿El origen de un nuevo deporte?*

5 “La historia del problema de crecimiento de Lionel Messi”, www.elsespectador.com.

6 Phaidon, *Body of art* (2015).

7 Reportaje de Pablo Correa a Stelarc, 31 de enero de 2017.

8 Tracy Warr, *El cuerpo del artista*, Phaidon (2006).

9 Carolee Schneemann, *Imagining her erotics* (2003).

17. En 1994, Ron Athey perforó y escarificó su cuerpo¹⁰.
18. Dice la Declaración Transhumanista: “Los transhumanistas defienden el derecho moral de aquellos que deseen utilizar la tecnología para ampliar sus capacidades mentales y físicas y para mejorar su control sobre sus propias vidas. Buscamos crecimiento personal más allá de nuestras limitaciones biológicas”¹¹.
19. ¿Quién tiene el control sobre su propia vida? ¿La razón no está del lado de los paranoicos de la política, para quienes todos estamos controlados por poderes centrales y omnipresentes?
20. Tatuajes, piercings, implantes subcutáneos, modificaciones corporales de diferente tipo: son prácticas habituales en la vida contemporánea. Embellecimiento del cuerpo. Escrituras. Marcas identificatorias. Signos de pertenencia a tribus, clanes, comunidades. Cuerpos marcados.
21. Según su propia página web, “Steve Haworth is a body modification artist and inventor of subdermal and transdermal implants. He designed specialized medical instruments called dermal elevators for this process. He has also done pioneering work with surface bars, ear shaping, tongue splitting, magnetic implants, and artistic branding (using electrocautery units)”¹².
22. Los deportistas han entregado su cuerpo a los medios de comunicación de masas. Encontramos las imágenes de los deportistas en publicidades presentes en shoppings, en la televisión, en los medios gráficos, en la web. Si dan un paso más se entregan a las fantasías que esos medios transmiten.
23. Para entregarse a las fantasías de los medios los deportistas deben darle sus cuerpos a la industria química, a la potencia que surge de la conjunción tecnología + empresa.
24. En 2005, Marina Abramovic, realiza su performance *Lips of Thomas*.
25. Esta es su propia descripción: “I slowly eat 1 kilo of honey with a silver spoon. I slowly drink 1 liter of red wine out of a cristal glass. I break the glass with my right hand. I cut a five-pointed star on my stomach with a razor blade. I violently whip

10 Dominic Johnson (ed.), *Pleading in the blood. The art and performances of Ron Athey*, 2013.
11 Ricardo Iglesias García, *Arte y robótica. La tecnología como experimentación estética* (2016).
12 www. <http://stevhaworth.com>.

myself until I no longer feel any pain. I lay down on a cross made of ice blocks. The heat of a suspended heater pointed at my stomach causes the cut star to bleed. The rest of my body begins to freeze. I remain on the ice cross for 30 minutes until the public interrupts the piece by removing the ice blocks from underneath me”¹³.

26. Dice Nike: “La revolución nunca acaba”.
27. ¿La revolución tecnológica? ¿La revolución de las fuerzas productivas? ¿La revolución de los conceptos? ¿Qué revolución? ¿La revolución de los cuerpos?
28. ¿Son los artistas la vanguardia de los medios de comunicación de masas y estos la vanguardia de los deportistas?
29. En 1972, Chris Burden se puso contra una pared, inmóvil y un ayudante le disparó en su brazo izquierdo con una escopeta a una distancia de cinco metros.
30. Dice Coubertin, en el discurso que pronunció en la III Olimpiada: “La idea olímpica es a nuestros ojos la concepción de una avanzada cultura muscular, apoyada, por un lado, en el espíritu caballeresco que ustedes tan graciosamente llaman *fair play*, y por otro, en la noción estética, en el culto de lo que es bello y agraciado”¹⁴.
31. Una obviedad: la noción de belleza se transforma a medida que el arte cambia. ¿El deporte contemporáneo se apoya en la belleza del arte contemporáneo? ¿O el deporte se mueve en el imaginario del arte clásico: la divina proporción, la armonía del universo, el equilibrio de las formas?
32. En 1974 Chris Burden se crucificó a sí mismo sobre un automóvil.
“Inside a small garage on Speedway Avenue, I stood on the rear bumper of a Volkswagen. I lay on my back over the rear section of the car, stretching my arms onto the roof. Nails are driven through my palms onto the roof of the car. The garage door was opened and the car was pushed half way out into the speedway. Screaming for me the engine was run at full speed for two minutes. After two minutes, the engine was turned off and the car pushed back into the garage. The door was closed.”

13 Marina Abramovic, *The Artist Is Present*, (2010).

14 Citado en Raúl Francisco Sebastián Solanes, “La ética del deporte en el contexto filosófico contemporáneo: consideraciones desde una ética hermenéutica crítica”, en *Citius, Altius, Fortius* vol. 7, núm. 2, Noviembre 2014.

33. En 1972, Gina Pane se vistió completamente de blanco y se hizo cortes con una navaja dejando que la sangre cayera sobre su camisa. Luego se cortó la cara.
34. En 1997 Eduardo Kac realiza su obra A-positivo. Así la describe el propio Kac: “La obra creaba una situación en la que un ser humano y un robot tenían contacto físico directo a través de una aguja intravenosa conectada a tubos transparentes y se alimentaban el uno al otro en una relación de nutrición mutua. A esta nueva categoría de robots biológicos híbridos la he llamado biobots y al campo dedicado a su estudio y construcción biorrobótica”¹⁵.
35. Bryan Lewis Saunders realizó una serie de autorretratos bajo el efecto de productos químicos.
Algunos de ellos: absenta, sales de baño, aceite de hachís, cephalixin, cocaína, gas comprimido, metanfetamina, 2 botellas de jarabe para la tos, morfina.
36. Brian Pollet, alias “Pixel Pusha”, consumió veinte drogas distintas e hizo 20 ilustraciones correlativas.
Drogas consumidas: butilona, GHB (éxtasis líquido), codeína, THC (Cannabis), alcohol, gas de la risa, cocaína, psilocibina (Hongos), miprocin, Popper, DMT (dimetilriptamina), dietiléter, 25I, MXE (metoxetamina), MDMA, anfetamina, mescalina, ketamina, LSD.
37. Los deportistas y los artistas actúan con su cuerpo. Lo ejercitan. Lo preparan. Se entrenan. Tienen disciplina. Lo exponen y lo modifican. Ponen su cuerpo en el espacio público.
38. ¿Cuáles son los límites para deportistas y artistas? Límites no respecto de los otros. Esos límites son, en el deporte, las reglas del juego. Sino: límites respecto de sí mismos.
39. ¿Qué límites pueden sujetar a los individuos en una sociedad liberal basada en la libertad y la autonomía de la voluntad?
40. Dice New Balance: “Limitless cushion”.
41. Locke, padre intelectual del liberalismo moderno, dice que Dios es propietario de los cuerpos. Nosotros sólo tenemos el usufructo. De ahí que no tenemos derecho

15 Eduardo Zac, *Telepresencia y bioarte. Interconexión en red de humanos, robots y conejos* (2010).

- al suicidio¹⁶. Lo mismo decía Sócrates en los diálogos de Platón¹⁷.
42. Claro, Locke también fue accionista de la Royal African Company, uno de cuyas actividades era el tráfico de esclavos¹⁸.
43. Los deportistas al ir más allá de los límites y superar records son hiper-individuos. Junto a ellos, la sociedad contemporánea, basada en la exclusión social, produce masas de seres que son menos que individuos. El individuo es relegado por exceso y por defecto.
44. Ted Lawson creó una impresora robótica que usa su propia sangre para imprimir. Conecta su cuerpo con la máquina a través de una vía intravenosa
45. El deporte está inserto en la cultura de masas. Y la publicidad expresa el imaginario de esa cultura.
46. Zara dice en uno de sus productos (ropa para niños de 6 a 12 meses): “No limits. No rules”.
47. Prótesis, técnicas para extender las posibilidades del cuerpo. Medicina del mejoramiento.
48. Dice Lewis Mumford: “Considerar al hombre ante todo como un animal que usa herramientas equivale a pasar por alto los principales capítulos de la historia de la humanidad... El hombre es antes un animal fabricante de espíritu, capaz de dominarse y diseñarse a sí mismo... El foco principal de sus actividades es ante todo su propio organismo y la organización social en la que este encuentra su más plena expresión”¹⁹.
49. Manipulaciones genéticas. Habermas se pregunta si los padres tienen derecho a programar genéticamente a sus hijos desde antes de su nacimiento²⁰.

16 John Locke, *Dos Ensayos sobre el gobierno civil*, Austral, 1997, segundo ensayo, parágrafo 6, p. 206 y 207. El texto en inglés puede consultarse en www.swan.ac.uk.

17 Platón, *Fedon* (1987) p. 98 y 99 (edición y traducción de Conrado Eggers Lan). El texto griego puede consultarse en www.plato-dialogues.org.

18 Matthieu Renault, *L’Amérique de John Locke. L’expansion coloniale de la philosophie européenne* (2014).

19 Lewis Mumford, *El mito de la máquina. Técnica y evolución humana* (2010).

20 Jünger Habermas, *El futuro de la naturaleza humana. ¿Hacia una eugenesia liberal?* (2002).

50. Filósofos y escritores que se intoxican de forma voluntaria: Jean Paul Sartre; Ernst Jünger. Dice Beatriz Preciado: “Este libro no es una auto ficción. Se trata de un protocolo de intoxicación voluntaria a base de testosterona sintética que concierne al cuerpo y a los afectos de Beatriz Preciado. Es un ensayo corporal”²¹.
51. Mejoramiento farmacológico: consumo de sustancias. Mejoramiento genético. Mejoramiento a través de intervenciones quirúrgicas. Cirugías estéticas.
52. Otra vez Jean- Noël Missa: “El dopaje no es más que la consecuencia lógica de la búsqueda de la maximización del desempeño”.
53. Superar las marcas, dar un paso más, superar los records existentes. Superar los límites. Ir más allá de lo normal.
54. “Nebreda vive en algún lugar de Madrid, completamente recluso, no ve la televisión, no lee periódicos, no visita las exposiciones, ni mantiene ningún contacto social o profesional. Tampoco permite a críticos y estudiosos visitar las dos parcas habitaciones que le sirven de vivienda y taller. Es vegetariano desde hace más de treinta años, no consume drogas de ninguna clase, legales o ilegales, y hace tiempo que ha renunciado a todo tipo de medicación para el tratamiento de su dolencia. Se atiene a la más estricta abstinencia sexual (carece de compañías amorosas) y lo más importante de todo: se ha sometido a extremas experiencias de autocastigo que incluyen el ayuno, la flagelación, los cortes sangrantes, los pinchazos, el cosido de la piel, las quemaduras de diverso tipo, prácticas de agotamiento físico (como caminar incansablemente por el pasillo), largos períodos de reclusión y silencio absolutos o el embadurnamiento del cuerpo con sus propios excrementos. De todo ello dan testimonio sus autorretratos”²².
55. Los artistas pasaron de hacer objetos a convertirse a sí mismos en parte activa de la obra de arte. Han devenido actores, bailarines, ¿deportistas? ¿Quién sigue a quién? ¿Siguen los deportistas a los artistas? ¿Es la *performance el modelo de los deportes y las artes*?²³
56. En 2002 Kira O’Reilly en su *performance Succour aplicó a su cuerpo una cinta adhesiva ay se cortó en cada uno de los cuadrados formados. Luego quitó las cintas*²⁴.

21 Beatriz Preciado, *Testo yonqui. Sexo, drogas y biopolítica* (2014).

22 Juan Antonio Ramírez, *Corpus solus. Para un mapa del cuerpo en el arte contemporáneo* (2003).

23 Peggy Phelan, *Unmarked. The politics of performance* (1993); Amelia Jones, *Body art. Performing the subject* (1998); Josefina Alcázar, *Performance. Un arte del yo* (2014).

24 Sally O’Reilly, *The body in contemporary art* (2009).

57. ¿No es imaginable distinguir categorías de deportes? Por un lado, los deportes naturales, sin ningún tipo de intervención tecno-científica. Por otro, los deportes donde los competidores tienen la libertad de hacer todo lo que deseen con su cuerpo propio. Un deporte que aproveche al máximo las posibilidades científicas y técnicas.
58. Deporte cyborg. Deportistas híbridos. Pero ¿qué hay hoy en día que no sea híbrido? ¿Dónde encontrar lo puramente natural o lo puramente artificial?
59. Donna Haraway: “Un cyborg es un organismo cibernético, un híbrido de máquina y organismo, tanto una criatura de realidad social como un personaje de ficción”²⁵.
60. Deportistas que asumen todos los riesgos de la experimentación científica y técnica. Acordes a la cultura de masas en la que hoy se inserta el deporte.
61. Relata Sally O’Reilly: “Alexis Rockman Works with scientist to understand the potential of biotechnology and fantasizes about its applications: sportsmen whit animal attributes that extend their capabilities for optimum performance”²⁶.
62. Linda Kauffman: “necesitamos artistas que interpreten las nuevas tecnologías”²⁷.
63. Es esta la alternativa política real: ¿conservadores de la pureza versus tecnologías de transformación de lo humano?²⁸

25 Donna Haraway, “Manifeste cyborg: science, technologie et feminisme socialiste a la fin du XXe. Siecle” en *Manifeste cyborg et autres essais* (2007).

26 Sally O’Reilly, *The body in contemporary art* (2009).

27 Linda Kauffman, *Malas y perversos. Fantasías en la cultura y el arte contemporáneos* (2000).

28 Ver los ensayos de Raúl Francisco Sebastián Solanes: “Tecnología genética y dopaje en la ética del deporte: Claudio Tamburrini y Robert Simon”, *Diálogo filosófico* 89 (2014) y “Transhumanistas y bioconservadores en torno al dopaje genético” en www.dx.doi.org.

- ▶ Sobre RIDES
- ▶ RIDES 1
- ▶ RIDES 2
- ▶ RIDES 3, 4, 5
- ▶ RIDES 6, 7, 8*

*versión no definitiva