

## **APROXIMACION JURIDICA AL CASO RUBIALES.-**

### **I) ASPECTOS PENALES.-**

Los hechos son del conocimiento público gracias a la repercusión mediática del caso y a los comunicados oficiales emitidos por los implicados.

### **1-JURISDICCIÓN, COMPETENCIA Y REQUISITOS DE PROCEDIBILIDAD.-**

Se trata de un hecho cometido en el extranjero (Australia) entre ciudadanos españoles.

La normativa reguladora de la jurisdicción de los Tribunales españoles la encontramos en el artículo 23.2 de la LOPJ, que debe interpretarse a la luz de lo dispuesto en el artículo 44 apartado 1, d) y apartado 2, del Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica, (Convenio de Estambul), por imperativo de lo dispuesto en el artículo 10.2 de la CE, al que remite el apartado 1º) letra l) del artículo 65 de la LOPJ.

Las exigencias de doble incriminación y de querrela del agraviado o del Ministerio Fiscal para iniciar el procedimiento penal deben ser tamizadas a tenor de lo dispuesto en referido Convenio de Estambul (en particular artículos 44, apartados 3 y 4). Al respecto el artículo 191.1 del CP vigente establece que :*"Para proceder por los delitos de agresiones sexuales y acoso sexual será precisa denuncia de la persona agraviada, de su representante legal o querrela del Ministerio Fiscal, que actuará ponderando los legítimos intereses en presencia. Cuando la víctima sea menor de edad, persona con discapacidad necesitada*

*de especial protección o una persona desvalida, bastara la denuncia del Ministerio Fiscal".*

Hasta el momento parece que solo hay abiertas diligencias de investigación por el Ministerio Fiscal que ponderara la posibilidad de presentar querella tras conocer el parecer de la agraviada.

El artículo 65 de la LOPJ establece la competencia de la Audiencia Nacional en estos casos.

## 2-FONDO-NORMATIVA DE APLICACIÓN Y JURISPRUDENCIA.

La normativa de carácter sustantivo la encontramos en el T VIII del L II del CP. Relativa a los delitos contra la libertad sexual y en particular en el artículo 178 del C I relativo a las agresiones sexuales.

En concreto, por lo que puede concernir al caso, el apartado 1º de dicho precepto penal sanciona con pena de prisión de uno a cuatro años, como responsable de agresión sexual, el que realice cualquier acto que atente contra la libertad sexual de otra persona sin su consentimiento. Y aclara, a continuación, que: *"Solo se entenderá que hay consentimiento cuando se halla manifestado libremente mediante actos que, en atención a las circunstancias, expresen de manera clara la voluntad de la persona"*.

En el apartado 2º se afirma que se considera en todo caso agresión sexual los actos de contenido sexual que se realicen, entre otras circunstancias que en principio no son de considerar en el presente caso, *"abusando de una situación de superioridad"*.

El precepto referido no hace más que seguir las directrices del Convenio de Estambul que obliga al legislador a tipificar como delitos contra la Libertad Sexual de las mujeres: *"los demás actos de carácter sexual no consentidos sobre otra persona"*. Aclarando que el consentimiento válido a ha de ser prestado *"libre y voluntariamente considerando el contexto y las condiciones circundantes"* (artículo 36).

También importa señalar que el artículo 45 del Convenio mandata al legislador nacional a sancionar estas conducta con *"sanciones efectivas, proporcionales y disuasorias"* según la gravedad del hecho. Este Convenio, junto con otros textos internacionales, es el que justifica la aprobación en nuestro derecho interno de la Ley Orgánica 10/22, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual, conocida como *"Ley del Sí es Si"*, que en sus aspectos penales resultó en parte modificada por la LO 4/2023, de 27 de abril.

Esta normativa nos lleva, en el enjuiciamiento, objetivo, desapasionado y estrictamente jurídico, del hecho, a considerar dos variables que configuran el tipo delictivo.

La primera nos obliga a identificar el *"carácter sexual"* del hecho enjuiciado. Un beso en la boca (*"pico"* según el sujeto activo) dado sobre la agraviada, en las circunstancias que afortunadamente todos conocemos por los medios de comunicación visual, lo que no sucede en la mayoría de los casos.

Necesariamente hemos de acudir a la doctrina jurisprudencial.

La reciente sentencia del TS, Sala de lo Penal, 428/2023, de 1 de junio, nos ilustra sobre el carácter sexual, o no, del beso en la boca, con las salvedades propias del hecho enjuiciado, del sujeto activo y de la víctima, [el acusado que resultó condenado a la pena de prisión de un año por delito de abuso sexual a menor, en legislación anterior a la "Ley del Si es SI", es una persona con una discapacidad del 90% postrado en una silla de ruedas y dificultad de movimientos, pero imputable, y la víctima una niña de 7 años].

Contestando al motivo que alega la falta de "dolo" por parte del condenado en primera instancia, identificándolo con de satisfacción del instinto sexual, razona la sentencia referida:

*"No compartimos la alegación desde su planteamiento, en la medida que, si se mantiene que la acción ha de estar motivada por esos deseos de satisfacer el instinto sexual, se está confundiendo el móvil de la acción, esto es, lo que motivó a actuar, con el dolo del autor, que solo precisa de conciencia de lo que se hace y voluntad de hacerlo, y esto no cabe duda de que concurrió en el condenado, que no consta que padeciera algún tipo de limitación en sus capacidades intelectivas y/o volitivas, y ello porque, cualquiera que fuera el propósito del acusado, lo que sí ha quedado acreditado es que realizó una acción de carácter sexual. Es más, en el caso, el hecho probado de la sentencia de instancia también da por acreditado que el acusado actuó "movido por un deseo de satisfacción sexual".*

Es decir que la sentencia para apreciar la concurrencia de dolo prescinde de las intenciones del autor del acto (animo lubrico o libidinoso)

para centrarse en el "dolo del autor" que supone la conciencia y voluntad de lo que se hace y que ese acto atenta a la libertad sexual de la víctima.

Entrando en el carácter "sexual del acto" que exige como requisito previo el tipo penal nos ilustra el TS con los siguientes argumentos: *"Según la primera acepción de besar en el Diccionario de la RAE es "tocar u oprimir con un movimiento de labios, a impulso del amor o del deseo o en señal de amistad o reverencia", y en coherencia con ello podríamos hablar de distintos tipos de beso, como de afecto, de cariño, de saludo, de amistad, pero también los hay de connotación y contenido sexual, como es el que nos ocupa; así lo resalta el hecho probado[El acusado-condenado solicitó un beso de la menor y ante su negativa la cogió del brazo y la alzó a su nivel para besarla en la comisura de los labios movido por satisfacción sexual], con razón, pues la sola circunstancia de que lo niegue el condenado es una evidencia de que estaba realizando algo negativo e in consentido por la víctima, como ella misma manifestó en el curso de su declaración".*

En este sentido, es reiterada jurisprudencia del TS que señala que el tipo penal de los abusos sexuales[en referencia a la regulación anterior a la llamada Ley "del sí es sí"] es un delito contra la libertad y la indemnidad sexual del sujeto pasivo, cuyo contenido objetivo es la realización de **actos de inequívoco carácter sexual realizado por una persona contra otra que no consiente**, o que no tiene capacidad para consentir la agresión, de manera que perjudica su intimidad y su indemnidad sexual, entre cuyos actos de alcance

sexual hay que **incluir, sin duda, el beso que reúna esas connotaciones.**

La jurisprudencia , (Ss. TS como la 345/2018, de 11 de julio, la 231/2015, de 22 de abril o 55/2012, de 7 de febrero, entre otras), establece los requisitos del delito de abuso o agresión sexual en la actualidad, al exigir la concurrencia de "un elemento objetivo de contacto corporal, tocamiento impúdico o cualquier otra exteriorización o materialización con significante sexual", y, como significó en *STS 632/2019, de 18 de diciembre* , en interpretación del *art. 183 CP*, "según el tenor literal del precepto, un solo tocamiento, si es inconsentido, puede ser suficiente para la consumación del tipo delictivo", y **un beso en contra de la voluntad de quien lo recibe lo puede ser, y lo fue en el caso que nos ocupa**", y: un elemento subjetivo constituido por el dolo entendido, en su acepción clásica, como conocimiento y voluntad de agredir la libertad sexual o la indemnidad de una persona, sin necesidad de que se concrete en un ánimo lúbrico o libidinoso, que no viene requerido por la tipicidad, de manera que, en **cuanto se trata de un acto de contenido sexual realizado de manera consciente y voluntaria, se está hablando de una actuación atentatoria a la libertad sexual, que es el bien jurídico protegido.**

En definitiva se exige para una condena por agresión sexual que el acto tenga **"inequívoco carácter sexual"**, lo que ha de discernirse valorando las circunstancias concurrentes en el momento de producirse y que, lógicamente, de tener tal naturaleza se realice **sin el consentimiento de la víctima**, (obviamente las relaciones sexuales consentidas no son objeto de sanción penal), para

cuya certeza en el proceso penal resulta imprescindible su colaboración ya como parte o como testigo.

La sentencia comentada supone, además, una quiebra en una jurisprudencia anterior, (SSTS 763/2017, 949/2005, 547/2016, 957/2016, entre otras), de que en atención a la menor entidad del hecho enjuiciado lo reconducía al actual delito de vejaciones leves, razonando el apartamiento de la referida doctrina con los siguientes argumentos:

*"No desconocemos la existencia de una jurisprudencia ya superada que venía a considerar como falta de las antiguas vejaciones leves determinados hechos de menor entidad, como besos o tocamientos efectuados de forma rápida y fugaz en los senos, genitales o glúteos, pero la cuestión aparece zanjada en la más reciente jurisprudencia, y en la STS 396/2018, de 26 de julio , se abordaba la problemática para diferenciar la vieja falta del derogado art. 620.2 CP , del delito de abuso sexual del art. 181 CP , entre cuyas consideraciones se decía que "cualquier acción que implique un contacto corporal in consentido con significación sexual, en la que concurra el ánimo tendencial ya aludido, implica un ataque a la libertad sexual de la persona que lo sufre y, como tal, ha de ser constitutivo de un delito de abuso sexual previsto y penado en el artículo 181 CP ; sin perjuicio de que la mayor o menor gravedad de dicha acción tenga reflejo en la individualización de la pena".*

En conclusión, la vía penal para el enjuiciamiento de los hechos no resulta fácil pues el derecho penal se alza como la "última ratio" reservada por el ordenamiento jurídico para sancionar las conductas más graves y reprochables

por el conjunto de la sociedad, rigiéndose por los principios de proporcionalidad de la pena a imponer y de intervención mínima. A ellos ha de añadirse en el orden procesal la vigencia del principio acusatorio que requiere que la parte acusadora acredite suficientemente, los elementos objetivos y subjetivos del tipo penal objeto de acusación, desvirtuando así la presunción constitucional de inocencia del que resulta acusado, (artículo 24.2 de la CE).

Consecuentemente la declaración de la agraviada en sede preprocesal o ya propiamente jurisdiccional, si el Ministerio Fiscal decide presentar querrela, resulta imprescindible, no tanto como requisito de procedibilidad como de fundabilidad de la querrela del MF, con la finalidad de conocer y evaluar su criterio sobre la ausencia de consentimiento y, en su caso, el grado de afectación de su libertad sexual, que es el bien jurídico protegido. La declaración de la agraviada resulta imprescindible para poder resolver sobre la continuidad de esta vía penal.

En cualquier caso, si el asunto prospera penalmente, es conveniente considerar que la pena que el artículo 178.1 del CP establece para el responsable de agresión sexual es la de prisión de uno a cuatro años. El artículo 180.1.5<sup>a</sup> prevé un subtipo agravado que eleva la pena a la de prisión de dos a ocho años cuando para la ejecución del delito *"la persona responsable se hubiera prevalido...de una relación de superioridad con respecto a la víctima"*. También, y para colmar las posibles consecuencias punitivas del caso, debemos reseñar que el artículo 178.3 establece una válvula de escape para sancionar con pena menor, (prisión en su mitad inferior o multa de



dieciocho a veinticuatro meses), los hechos que el Tribunal que el Tribunal sentenciador, razonándolo debidamente, entienda que son de menor entidad, atendiendo, también a las circunstancias personales del culpable, siempre que no concurran las circunstancias previstas en el artículo 180, entre las que como señalamos se encuentra la relación de superioridad.

Parece conveniente recordar que en el establecimiento e imposición de las penas previstas en el Código Penal rige el principio de proporcionalidad al que también hace mención el artículo 45 del Convenio de Estambul al reclamar sanciones efectivas, proporcionales y disuasorias para reprimir conductas atentatorias a la libertad sexual de las mujeres.

Todo esto, y seguro más cuestiones que ahora se nos escapan, ha de considerar el Tribunal sentenciador, en su caso, y debemos conocer los ciudadanos para opinar con conocimiento de causa.

## II) LA RESPUESTA DEL DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR.-

1.-Esta es, a mi juicio, la más segura y la que mejor se acomoda a las finalidades de efectividad, proporcionalidad y disuasión en la sanción de conductas como la aquí considerada, respondiendo a los objetivos, confesados por los sindicatos de futbolistas profesionales, que pretenden, con acierto, el cambio de la estructura federativa y que sus órganos de gobierno reflejen los valores imperantes en la sociedad actual, entre los que destaca la búsqueda de una igualdad real y efectiva entre hombres y mujeres, tal y como exige la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo.

Esta es la vía iniciada por la FIFA, en aplicación de sus Estatutos, y la elegida por la Administración del Estado a través del Consejo Superior de Deportes (CSD) según lo previsto en la Ley 39/2022, de 30 de diciembre, del Deporte, o en la anterior Ley 10/1990, de 15 de octubre, a la que remite en esta materia la Disposición Transitoria Tercera de la Nueva Ley.

Desde el punto de vista factico a los hechos considerados en la vía penal "beso en los labios" o "pico" según el autor, ha de añadirse el comportamiento mostrado por el Sr. Rubiales, como Presidente de la RFEF, en el palco del estadio al terminar el partido, a lo que parece, para celebrar la victoria de la selección española. Los videos muestran, y está reconocido, como se agarra sus genitales, actitud que el mimo gráficamente describe como "ole tus huevos", teniendo como destinatario el seleccionador del equipo español.

Lo primero que procede es calificar tal conducta a la hora de incardinarla en el capítulo de infracciones previstas en las referidas Leyes del Deporte y extraer las consecuencias en orden a la sanción prevista y a la adopción, en su caso, de las correspondientes medidas cautelares.

Esta cuestión aparentemente sencilla no es tal por mor de la deficiente técnica legislativa. La vigente Ley del Deporte incorpora una Disposición Transitoria, la Tercera, cuya finalidad me resulta inexplicable que dice: "**Disposición transitoria tercera. Régimen disciplinario.**"

*El régimen sancionador y disciplinario previo a la entrada en vigor de la presente ley continuará rigiendo hasta que el nuevo sistema común de carácter extrajudicial de solución de*

*conflictos mencionado en el artículo 119 se desarrolle reglamentariamente.*

*El Gobierno deberá llevar a cabo este desarrollo reglamentario en el plazo de seis meses desde la entrada en vigor de esta ley”.*

Al no haberse implementado el referido reglamento parece que debe aplicarse el régimen sancionador y disciplinario previsto en la derogada Ley 10/1990, de 15 de octubre y en su normativa de desarrollo.

En dicha Ley se tipifica como infracción muy grave a las normas deportivas generales “los abusos de autoridad” (art. 76.1, a), pero solo como grave “los actos notorios y públicos que atenten a la dignidad o decoro deportivos”, (Art. 76.4, b). Sin embargo el Reglamento de Disciplina Deportiva, (RD 1591/1992, de 23 de diciembre), excediendo a la ley de cobertura, introduce la posibilidad de considerar como infracción muy grave “los actos notorios y públicos que atenten a la dignidad o decoro deportivos cuando revistan una especial gravedad” (art. 14, h). Tal exceso de la norma reglamentaria debería de ser resuelta en estricta aplicación del principio de jerarquía normativa.

Lógicamente las sanciones previstas difieren para acomodarlas a la gravedad de la infracción. Y las medidas cautelares a adoptar, en su caso, han de ser igualmente proporcionales a la gravedad de la conducta tipificada.

La vigente Ley del Deporte tipifica en su artículo 104.1 apartados i) y j) como infracciones muy graves: "Los actos notorios y públicos que atente a la dignidad o decoro deportivos", y "los abusos de autoridad".

Aunque se trate de conceptos jurídicos indeterminados no hay que realizar especiales esfuerzos para subsumir la conducta del Sr. Rubiales en cualquiera de ellos o en ambos.

Las sanciones previstas por la nueva Ley van, según los casos, desde la multa hasta la inhabilitación para ocupar cargos de dirección en entidad deportiva por un periodo comprendido entre los dos y los quince años, en adecuada proporción a la infracción cometida. (Artículo 108 de la Ley del Deporte).

La propia Ley del Deporte establece el correspondiente procedimiento sancionador en su Capítulo III (artículos 100 y ss.), remitiendo a estos efectos a la Ley 39/2015, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

Resulta ineludible seguir el procedimiento legalmente establecido para evitar alegaciones de defectos de forma en sede contencioso-administrativa.

El órgano competente en este supuesto, para la investigación y, en su caso, dictar resolución sancionadora es el Tribunal Administrativo del Deporte, (TAD), a instancias del CSD y de su Comisión Directiva.

Una vez calificada "a priori" la infracción podrá, el órgano competente para la incoación del procedimiento sancionador, el CSD (artículo 62.2,

c)), acordar las medidas cautelares previstas en el artículo 102, con la finalidad de asegurar la eficacia de la resolución final y, una vez más, con respeto al principio de proporcionalidad. Entre ellas se prevé la suspensión temporal para ocupar cargos, incluida la presidencia, en entidades deportivas.

2.-Coexistencia del proceso penal y el administrativo sancionador.

El principio "non bis in ídem", incardinado en el artículo 25 de la CE, opera tanto en la vertiente sustantiva como procesal, para regir las relaciones entre el ordenamiento penal y el derecho administrativo sancionador, prohibiendo la doble sanción, cuando exista una triple identidad: mismo infractor, mismos hechos e idéntico fundamento o interés jurídico.

Tradicionalmente se reconocía la prevalencia del derecho penal (prejudicialidad penal), lo que, en el orden procedimental, exigía la suspensión del procedimiento administrativo sancionador hasta la resolución firme del proceso penal.

El principio, recogido, con formula desafortunada a mi juicio, en el artículo 31 de la Ley 40/2015, admite excepciones en las llamadas relaciones de supremacía o sujeción especial tal y como se contempla en diversa normativa sectorial.

En lo concerniente al derecho deportivo sancionador, el artículo 83 de la Ley del Deporte 10/1990, de 15 de octubre, vigente a estos efectos en virtud de la discutible Disposición Transitoria Tercera de la Nueva Ley, lo contempla con la formula clásica de prevalencia del proceso penal, disponiendo, en su apartado 2, la suspensión del

procedimiento administrativo hasta que recaiga la correspondiente resolución judicial. No obstante el apartado 3 permite la adopción de medidas cautelares. Lógicamente lo mismo se dispone en el artículo 34.4 del Reglamento de Disciplina Deportiva (RD 1591/1992, de 23 de diciembre).

El apartado 3. Del artículo 99 de la Nueva Ley del Deporte recoge con rigor el principio "non bis in ídem" al proclamar que: *"La sentencia condenatoria de la autoridad judicial impedirá la imposición de sanción administrativa siempre que exista identidad de hecho, sujeto y fundamento"*. Ordenando, en este caso, la suspensión del procedimiento hasta que la autoridad judicial penal se pronuncie en firme.

Entiendo que, en este caso, no es de aplicación este principio, ni en el aspecto sustantivo ni en el procedimental. Por la elemental razón de que el fundamento del proceso penal y del administrativo sancionador no es el mismo. En el proceso penal el bien jurídico a proteger es la libertad sexual y en el procedimiento administrativo es el decoro y dignidad del deporte español y la representación institucional del Estado y sus símbolos en una competición internacional celebrada en el extranjero.

En definitiva, entiendo que el proceso penal y el administrativo sancionador resultan compatibles, sin necesidad de suspender este último a la espera de la resolución de aquel.

CONCLUSIÓN.- El despejado panorama que algunos/as afirman existe en nuestro ordenamiento jurídico para dar una respuesta rápida y ejemplar a la inadecuada y reprochable conducta del Sr.

Rubiales, que objetivamente lo convierte en persona no idónea para presidir la RFEF, aparece lleno de nubarrones que, probablemente por una defectuosa técnica legislativa, introducen la suficiente complejidad jurídica en la respuesta que mal se compadece con las prisas. Esta complejidad ha de resolverse atendiendo necesariamente a las garantías formales y sustantivas, derivadas, en este caso, del principio de tipicidad que exige que las conductas a sancionar y su gravedad estén taxativamente previstas en la ley.