



Universidad
Zaragoza

Trabajo Fin de Máster

Dictamen elaborado por

Andrea Delpón Fernández

Con objeto de realizar un escrito de acusación a
propósito del caso «Rubiales»

*In order to make an indictment regarding the “Rubiales”
case*

Dirigido por

Miguel Ángel Boldova Pasamar

Facultad de Derecho – Máster Universitario en Abogacía
Diciembre de 2023

ÍNDICE

I.	LISTADO DE ABREVIATURAS.....	Pág. 4
II.	INTRODUCCIÓN.....	Pág. 5
III.	ANTECEDENTES DE HECHO.....	Pág. 8
IV.	CUESTIONES JURÍDICAS.....	Pág. 10
V.	NORMATIVA APLICABLE.....	Pág. 10
VI.	FUNDAMENTOS JURÍDICOS.....	Pág. 11
	1. CALIFICACIÓN JURÍDICA DEL BESO “ROBADO” SIN CONSENTIMIENTO DE LA VÍCTIMA, EN ORDEN A DETERMINAR SU SUBSUNCIÓN COMO CONSTITUTIVO DE UN DELITO CONTRA LA LIBERTAD E INDEMNIDAD SEXUALES.....	Pág. 11
	1.1. Bien jurídico protegido	
	1.2. El beso como agresión sexual	
	A) Bien jurídico protegido	
	B) Tipo básico (art. 178 CP)	
	a) Tipo objetivo	
	b) Modalidades comisivas	
	— Violencia	
	— Intimidación	
	C) Tipo subjetivo	
	D) Grados de ejecución (<i>iter criminis</i>)	
	E) Sujetos activo y pasivo	
	F) Posible relación concursal con un delito de coacciones del art. 172 CP	
	1.3. Consecuencias penológicas	
	2. CONSENTIMIENTO Y MEDIOS DE PRUEBA.....	Pág. 30
	3. RESPONSABILIDAD CIVIL EX DELICTO.....	Pág. 36
	3.1. Introducción	
	3.2. Contenido	
	3.3. Prueba y valoración en el daño moral	
	3.4. Responsables civiles	
	3.5. Breve apunte sobre responsabilidad administrativa	

4. CUESTIONES PROCESALES.....	Pág. 44
4.1. Jurisdicción y competencia	
4.2. Tipo de procedimiento	
4.3. Iniciación del procedimiento	
4.4. Fuentes de prueba	
4.5. Costas	
VII. ESCRITO DE ACUSACIÓN.....	Pág. 48
VIII. CONCLUSIONES.....	Pág. 51
IX. BIBLIOGRAFÍA.....	Pág. 52
1. LIBROS CONSULTADOS	
2. ARTÍCULOS DE REVISTAS	
3. ENLACES	
X. JURISPRUDENCIA.....	Pág. 54
1. TRIBUNAL SUPREMO	
1.1. Sentencias del Tribunal Supremo	
1.2. Autos del Tribunal Supremo	
1.3. Acuerdos del Tribunal Supremo	
2. AUDIENCIA PROVINCIAL	
3. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL	
3.1. Autos del Tribunal Constitucional	
3.2. Sentencias del Tribunal Constitucional	
4. OTRAS FUENTES	
4.1. Circulares de la Fiscalía General del Estado	

I. LISTADO DE ABREVIATURAS

ATC	Auto del Tribunal Constitucional
ATS	Auto del Tribunal Supremo
CP	Código Penal
CSD	Consejo Superior de Deportes
FIFA	Fédération Internationale de Football Association
LECRIM	Ley de Enjuiciamiento Criminal
RAE	Real Academia Española de la Lengua
RFEF	Real Federación Española de Fútbol
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
TAD	Tribunal Administrativo del Deporte
TC	Tribunal Constitucional
TS	Tribunal Supremo

II. INTRODUCCIÓN

El objeto del presente dictamen consiste en estudiar de forma pormenorizada el caso “*Rubiales*”, en aras de realizar un escrito de acusación respecto al mismo, analizando los diferentes argumentos que podrían esgrimirse desde la posición procesal de la acusación particular.

Se trata de los hechos acontecidos en Sídney (Australia), tras la victoria de la Selección española de fútbol femenino en el Mundial de Australia y Nueva Zelanda del año 2023, el día 20 de agosto de este mismo año 2023. Dada la actualidad, el carácter mediático y el estado procesal del caso, se trata de un supuesto “*límite*”, donde hay que ser especialmente cautos a la hora de valorar los diferentes elementos que concurren en el mismo, en este caso desde el punto de vista de realizar una estrategia de acusación.

La principal problemática, a juicio de esta parte, radica en la calificación jurídica de los hechos, pudiendo valorarse los mismos como un delito de agresión sexual (art. 178 CP) o como un delito de coacciones (art. 172 CP). Esta parte, va a centrarse en la valoración de los hechos como constitutivos de un delito de agresión sexual en su tipo básico (art. 178 CP), argumentando las razones que con la nueva Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual, concurren para llegar a tal afirmación.

Los hechos objeto de la controversia surgida a raíz de este caso, han acaecido en un momento en el que nuestro ordenamiento jurídico aún se está adaptando a los cambios legislativos experimentados recientemente en el ámbito penal con ocasión de la entrada en vigor de la mencionada Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre.

El art. 178 CP (piedra angular del presente dictamen jurídico), regula la conducta básica de agresión sexual que, antes de la reforma comentada, venía definida como el atentado a la libertad sexual realizada mediante violencia o intimidación y ahora, tras la reforma, viene constituida por la realización de cualquier acto que atente contra la libertad sexual de otra persona sin su consentimiento. La nueva definición legal de la conducta básica de agresión sexual, obligó al legislador penal, a incluir dentro del propio redactado del tipo una nueva definición del consentimiento en esta materia, que exige una manifestación libre, mediante actos que, en atención a las circunstancias del caso, expresen de manera clara la voluntad de la persona.

El caso objeto del dictamen que ahora ocupa a esta parte, nos obliga a estudiar en profundidad cuestiones como el concepto de “*consentimiento*”, la naturaleza de las conductas a las que haremos referencia, los medios probatorios de los que se disponen para acreditar las mismas, así como la eventual penalidad de los hechos.

La Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, experimentó una suerte de “*contrarreforma*” con la Ley Orgánica 4/2023, de 27 de abril, para corregir los evidentes defectos legislativos de la misma (los cuales esta parte no está segura de que se hayan superado).

La regulación de los delitos contra la libertad sexual, ha experimentado numerosos cambios en un muy breve lapso de tiempo.

Ya en 2015 el TS se refería a “*la laberíntica regulación de los delitos contra la libertad e indemnidad sexual en el CP de 1995, que ha sufrido múltiples modificaciones desde la aprobación del mismo*” (STS nº 355/2015, de 28 de mayo).

Si bien las modificaciones legislativas en materia de derecho penal siempre motivan una expectativa inquietante en la sociedad y en los profesionales del derecho, por la relevancia de esta materia en la convivencia social y por las consecuencias derivadas de su aplicación, las mencionadas Leyes Orgánicas 10/2022 y 4/2023, han creado una situación de inseguridad jurídica por la imprevisión del legislador al no haber sido capaz de ver las posibilidades de la aplicación retroactiva de la primera, que sin duda ha conducido a una alarma social en todas las víctimas.

Así, y desgraciadamente, nos encontramos con tres normas susceptibles de aplicación en función de la fecha de comisión de la acción delictiva y tendremos hechos perpetrados durante la vigencia del CP anterior a la entrada en vigor de la LO 10/2022, que lo fue el 7 de octubre de 2022, hechos cometidos desde esta fecha hasta el 28 de abril de 2023, y conductas que serán enjuiciadas conforme a la LO 4/2023, que entró en vigor el 29 de abril de ese año.

Por tanto y sin perjuicio de otras posibilidades ahora no previstas que pudiera generar la última ley citada sobre retroactividad en favor del reo, tendremos que la LO 10/2022, como más favorable, será de aplicación a todas las conductas sexuales cometidas hasta la entrada en vigor de la LO 4/2023 (como es el caso objeto del presente dictamen).

En lo que respecta a la metodología para su confección, el presente dictamen, se comenzará realizando una síntesis de los antecedentes de hecho acontecidos el día 20 de agosto de 2023. Si bien los mismos no son, por el momento, hechos probados, bien es cierto que son “*hechos grabados*”, todo por cuanto el preciso momento en el que acaecieron fue televisado en directo al tratarse de una victoria deportiva del calado de la final de un Mundial de fútbol.

Así, tras la exposición objetivada de los hechos, se procederá a valorar las cuestiones jurídicas ante las que nos encontramos, la normativa vigente que resulta de aplicación y, posteriormente, los fundamentos jurídicos en los que descansaría un eventual escrito de acusación frente a Don Luis Manuel Rubiales Béjar, objeto principal del presente Trabajo Fin de Máster. Finalmente, este dictamen concluye con una serie de ideas finales respecto a los argumentos base del escrito de acusación, la responsabilidad civil *ex delicto* derivada de los hechos y una serie de cuestiones procesales de relevancia.

Dictamen que suscribe Doña Andrea Delpón Fernández, alumna del Máster Universitario en Abogacía impartido por la Facultad de Derecho de la Universidad de Zaragoza y la Escuela de Práctica Jurídica del Real e Ilustre Colegio de Abogados de Zaragoza, como Trabajo de Fin de Máster.

III. ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El día 20 de agosto de 2023, la Selección española de fútbol femenino se proclamó campeona al ganar en el Accor Stadium la final del Mundial de Australia y Nueva Zelanda, celebrado en Sídney (Australia).

SEGUNDO.- En el momento de proceder a la entrega de medallas y trofeos, el entonces Presidente de la Real Federación Española de Fútbol (en adelante, RFEF), Don Luis Manuel Rubiales Béjar, coge con ambas manos el rostro de la jugadora Jennifer Hermoso Fuentes y seguidamente le da un beso en la boca, cuando la misma va a recoger su medalla y saluda al resto de autoridades presentes.

TERCERO.- Al día siguiente, 21 de agosto de 2023, esferas políticas se hacen eco del caso y tanto el Presidente del Gobierno en funciones, Don Pedro Sánchez Pérez Castejón, como el Ministro de Cultura y Deporte en funciones, Don Miquel Octavi Iceta i Llorens, califican de “*inacceptable*” el comportamiento del Presidente de la RFEF y el caso comienza a tener cada vez mayor repercusión mediática.

Se empieza a hablar de los hechos como un “*delito contra la libertad sexual*”.

CUARTO.- Durante los días 22 y 23 de agosto, el caso sigue ganando relevancia a nivel mundial y el día 24 de agosto, la jugadora Doña Jennifer Hermoso pide “*medidas ejemplares*” contra Don Luis Rubiales a través de un comunicado emitido por su agencia en el sindicato Futpro.

QUINTO.- Pocos días después, el día 25 de agosto de 2023 a las 12:00 horas, y dado que el caso adquiere enseguida gran dimensión e importancia a nivel mediático e incluso político, el todavía Presidente de la RFEF Don Luis Rubiales, declara en la Asamblea General Extraordinaria de la RFEF en Las Rozas (Madrid), en el sentido de desmentir que el beso no fuera consentido, manifestando sobre el mismo textualmente que “*fue espontáneo, mutuo y eufórico. Y, sobre todo, consentido*”.

Don Luis Rubiales relata entonces igualmente, que la secuencia de los hechos fue de la forma que sigue:

- 1) Él le dijo a Doña Jennifer Hermoso, que debía estar orgullosa de lo que había logrado a nivel deportivo a pesar de haber errado el tiro de un penalti.

- 2) En el momento de encontrarse frente a la jugadora Doña Jennifer Hermoso en la entrega de medallas, manifestó que ella le cogió de las caderas o de las piernas (que no lo recordaba bien) y dijo que *“me levantó a mí del suelo, que casi nos caemos y al dejarme en el suelo, nos abrazamos”*. Afirmó que ella fue la que le subió en brazos y le acercó a su cuerpo. Nos abrazamos y manifestó decirle *“olvídate del penalti; has estado fantástica y sin ti no habiéramos ganado este Mundial”*.
- 3) Seguidamente, y según palabras del propio Don Luis Rubiales, la jugadora le contestó *“eres un crack”* y, acto seguido, él le dijo *“¿un piquito?”*, a lo que según él ella le contestó *“vale”*.

En ese momento, Don Luis Rubiales se mantuvo en su cargo de Presidente de la mencionada institución, asegurando que no iba a dimitir del mismo.

SEXTO.- El caso comienza a tener las primeras repercusiones en el plano administrativo, y el día 26 de agosto de 2023, la Fédération Internationale de Football Association (en lo sucesivo, FIFA) invoca el artículo 51 del Código Disciplinario para decretar *“la suspensión provisional”* de Don Luis Rubiales *“de toda actividad relacionada con el fútbol a nivel nacional e internacional”*. Dicha suspensión tendría un *“periodo inicial de noventa días”*.

SÉPTIMO.- El día 29 de agosto de 2023, el Consejo Superior de Deportes (en adelante, CSD) envía al Tribunal Administrativo del Deporte (TAD) la información requerida para que abra un expediente a Rubiales por *“una falta muy grave”* en los hechos acaecidos en el estadio al entender que fueron *“abusos de autoridad”* y *“actos contra la dignidad y el decoro deportivo”*.

Días después, el 31 de agosto, el propio TAD considera que no es una falta *“muy grave”*, sino solamente *“grave”*. Esa rebaja impide que el Gobierno pueda suspender a Rubiales y enfrenta al dirigente a una multa económica y una inhabilitación máxima de dos años.

OCTAVO.- El día 2 de septiembre, el Gobierno pide al TAD la suspensión cautelar de Rubiales porque el caso *“está afectando a la imagen del deporte español y de España”*.

NOVENO.- El día 5 de septiembre de 2023, Doña Jennifer Hermoso declara ante el fiscal de la Audiencia Nacional en compañía de su abogada.

Tres días después, el 8 de septiembre de 2023, la Fiscalía de la Audiencia Nacional interpone una querrela contra el expresidente por un presunto delito de agresión sexual y otro de coacciones después de escuchar la declaración de Doña Jennifer Hermoso prestada el 5 de septiembre.

DÉCIMO.- En la medianoche entre el día 10 y el 11 de septiembre de 2023, Don Luis Rubiales, dimitió finalmente de su cargo como Presidente de la RFEF.

IV. CUESTIONES JURÍDICAS

Las cuestiones jurídicas que se van a analizar como objeto del presente dictamen, son las que siguen:

1. Calificación jurídica del beso “*robado*” sin consentimiento de la víctima, Doña Jennifer Hermoso, en orden a determinar su subsunción como constitutivo de un delito contra la libertad e indemnidad sexuales.
2. Incidencia del concepto de “*consentimiento*” y sobre los medios de prueba.
3. Examen acerca de la diferencia entre considerar tal beso como un delito contra la libertad e indemnidad sexuales o como un delito de coacciones.
4. Responsabilidad civil derivada del delito.
5. Cuestiones procesales de aplicación.

V. NORMATIVA APLICABLE

- Constitución Española de 1978.
- Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.
- Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.
- Ley 35/1995, de 11 de diciembre, de ayudas y asistencia a las víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual.
- Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual.

- Ley Orgánica 4/2023, de 27 de abril, para la modificación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, en los delitos contra la libertad sexual, la Ley de Enjuiciamiento Criminal y la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores.
- Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.
- Real Decreto de 14 de septiembre de 1882 por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal.
- Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil.
- Tratado de asistencia mutua en materia penal entre el Reino de España y Australia, hecho en Madrid el 3 de julio de 1989.

VI. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

1. CALIFICACIÓN JURÍDICA DEL BESO “ROBADO” SIN CONSENTIMIENTO DE LA VÍCTIMA, EN ORDEN A DETERMINAR SU SUBSUNCIÓN COMO CONSTITUTIVO DE UN DELITO CONTRA LA LIBERTAD E INDEMNIDAD SEXUALES

1.1. Bien jurídico protegido

Para analizar como es debido el bien jurídico protegido en el caso que nos ocupa, debemos partir de la base de calificar jurídicamente el mismo *prima facie* como un delito contra la libertad e indemnidad sexuales (art. 178 CP) o un delito de coacciones, previsto y penado en el art. 172 CP, toda vez que el hecho objeto de valoración penal es un beso en la boca; acto en el que habrá que valorar su naturaleza y finalidad sexual, como se pasará a exponer con mayor detalle más adelante.

En caso de decantarnos por un delito contra la libertad e indemnidad sexuales, el bien jurídico protegido sería la libertad sexual, y ello por cuanto el sujeto pasivo es mayor de 16 años (por lo que se descarta que se afecte a la indemnidad sexual).

1.2. El beso como agresión sexual

No es cuestión baladí comenzar circunscribiendo lo que la Real Academia Española de la Lengua (RAE) entiende por “*beso en la boca*”.

En este sentido, la definición es la siguiente: “*Tocar u oprimir con un movimiento de labios, a impulso del amor o del deseo o en señal de amistad o reverencia*”. De esta forma, vemos como (de cara a valorar la finalidad del beso en cuestión), podemos estar ante impulsos “*de amor*”, “*de deseo*” o “*de amistad o reverencia*”.

Podría pensarse que es preciso que ese beso haya obedecido a una finalidad o motivación estrictamente sexual para poder encontrarnos en la esfera del tipo penal previsto y penado en el art. 178 CP. Sin embargo, y tras la reforma operada por la Ley 10/2022, desarrollaremos más adelante como resulta suficiente con apreciar el dolo del sujeto activo, es decir, el conocimiento y voluntad de atentar contra la libertad sexual de la víctima mediante la realización de actos con significación sexual. El precepto no exige la presencia de un especial elemento subjetivo del injusto consistente en que el responsable del delito obre con ánimo lúbrico o libidinoso, esto es, con la intención de satisfacer sus instintos sexuales.

Por ende, basta con que el sujeto activo tenga conocimiento y voluntad de la naturaleza sexual del acto que ejecuta y que ese acto atenta contra la libertad sexual de la otra persona al no haber consentido.

Ahora bien, puede resultar controvertida esa “*significación sexual*” ya que, aunque como explicaremos después no es preciso con la regulación actual, sí que conviene perfilar el tipo de conducta que es objeto del presente dictamen, a efectos de poder apreciar mejor su correspondencia con el tipo penal previsto y penado en el art. 178 CP.

Así, cuando hablamos “*del beso*” o “*del beso en la boca*” (conducta producida), no estamos hablando del “*achuchón*” cariñoso que se puede producir en un contexto familiar, con insistencia de besos en zonas no erógenas como la nariz, orejas, frente o mejillas. Estamos hablando de un beso, en la boca, de una persona adulta a otra.

Igualmente, la forma en la que se produce el beso, tal y como se visualiza en las grabaciones captadas, da cuenta de que el mismo es un beso “*inopinado*”, “*sorpresivo*”, “*repentino*”, “*no pedido*”, “*no buscado por una de las partes*” (lo que desarrollaremos en sede de consentimiento y medios de prueba).

En la medida en que un beso en la boca es un acto de significación sexual en palabras de la propia FGE, es indiferente a juicio de esta parte si Don Luis Rubiales dio

el beso con ánimo sexual o de amistad, porque lo que resulta relevante ahora desde el punto de vista técnico-penal es que, efectivamente, fue un beso en la boca y se realizó de forma sorpresiva, por el breve espacio temporal y la rapidez con la que tuvo lugar.

A) Bien jurídico protegido

El delito de agresión sexual se centra en la tutela de la faceta estática o negativa de la libertad sexual.

En palabras de la STS 227/2021, de 11 de marzo, *«la libertad sexual como bien jurídico protegido se concreta en dos aspectos: uno dinámico y positivo, que se refiere al libre ejercicio de la libertad sexual, sin más limitaciones que las que se deriven del respeto hacia la libertad ajena, y otro, estático y negativo, que se integra por el derecho a no verse involucrado, activa o pasivamente, en conductas de contenido sexual y, especialmente, por el derecho a repeler las agresiones sexuales de terceros. (STS n.º 476/2006, de 2 de mayo). De manera que los actos de naturaleza sexual impuestos a otra persona, en tanto que no consiente válidamente los mismos, constituyen ataques o atentados a la libertad sexual»*.

B) Tipo básico (art. 178 CP)

a) Tipo objetivo

El relato de hechos probados (en nuestro caso, hechos grabados) describe la violencia ejercida en un acto que esta parte considera de inequívoco significado sexual, cual es el de besar sin consentimiento, de manera brusca y sorpresiva a la víctima, Doña Jennifer Hermoso, sirviéndose el sujeto activo de sujetar a la misma con ambas manos por la cara para proceder a tal acto.

Así lo ha considerado también la Fiscalía General del Estado, en su Circular 1/2023, de 29 de marzo, sobre criterios de actuación del Ministerio Fiscal tras la reforma de los delitos contra la libertad sexual operada por la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre. De esta manera, en su apartado 4º, la referida Circular expone una serie de aclaraciones a la hora de interpretar lo que se estima o no actos de naturaleza sexual, al objeto de subsumirlos en la nueva redacción del art. 178.1 CP, según el cual *“constituye agresión sexual todo acto que atente contra la libertad sexual de otra persona, siempre que se lleve a cabo sin su consentimiento”*.

Es importante tener presente que el artículo 178 del CP ha sido modificado por la Ley 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual, con entrada en vigor el 07/10/2022.

Posteriormente ha sido modificado por la Ley Orgánica 4/2023, de 27 de abril, para la modificación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, en los delitos contra la libertad sexual, la Ley de Enjuiciamiento Criminal y la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, con entrada en vigor el 29/04/2023.

A diferencia de la regulación derogada, esta calificación jurídica no se condiciona al uso de violencia o intimidación, que ahora pasan a ser algunos de los medios comisivos a través de los que la conducta típica puede ser ejecutada.

Así se infiere del vigente artículo 178.2 CP cuando señala que:

*“A los efectos del apartado anterior, se consideran **en todo caso** agresión sexual los actos de contenido sexual que se realicen empleando violencia, intimidación o abuso de una situación de superioridad o de vulnerabilidad de la víctima, así como los que se ejecuten sobre personas que se hallen privadas de sentido o de cuya situación mental se abusare y los que se realicen cuando la víctima tenga anulada por cualquier causa su voluntad”.*

El nuevo artículo 178 CP no determina con carácter tasado los métodos o formas a través de los que ejecutar el atentado contra la libertad sexual de la víctima.

El empleo por el apartado segundo del precepto de la locución «*en todo caso*» evidencia que el listado de medios comisivos a que hace referencia es meramente enunciativo.

Al margen de los supuestos en los que la agresión sexual se ejecuta empleando violencia, intimidación, abusando de una situación de superioridad o vulnerabilidad, del estado mental de la víctima o del hecho de hallarse privada de sentido o tener anulada la voluntad, es conceptualmente admisible que el comportamiento típico pueda ser ejecutado por otras vías.

Es el caso, por ejemplo, de los tocamientos episódicos, fugaces o furtivos en los que el agresor se vale del descuido o desprevenimiento de la víctima actuando de forma sorpresiva (*vid.*, entre otras muchas, SSTS 396/2018, de 17 de julio; 38/2019, de 30 de enero; 227/2021, de 11 de marzo; 99/2021, de 4 de febrero; 465/2022, de 12 de mayo).

Por otro lado, la expresión «*en todo caso*» presupone que la realización de actos de contenido sexual siempre será típica cuando se ejecute empleando alguno de los medios descritos en el artículo 178.2 CP.

La nueva regulación del delito de agresión sexual, lejos de gravitar en torno a los conceptos de violencia, intimidación o abuso de superioridad, se construye alrededor del concepto de consentimiento, que aparece como la auténtica piedra de toque del sistema.

La existencia o no de consentimiento para la realización de actos con significación sexual constituye el elemento nuclear al objeto de valorar la posible subsunción de la conducta en el artículo 178 CP, cuyo apartado primero dispone que «*solo se entenderá que hay consentimiento cuando se haya manifestado libremente mediante actos que, en atención a las circunstancias del caso, expresen de manera clara la voluntad de la persona*». Esta cláusula será examinada de forma detenida más adelante.

Constituye una ardua tarea analizar las múltiples situaciones que pueden producirse en la práctica y delimitar en qué supuestos debe entenderse que una acción ostenta significación o carácter sexual. Deberá estarse, por tanto, al caso concreto y al contexto en que la acción se desarrolle. Bien es cierto que el beso objeto de análisis en el presente dictamen, tuvo lugar en un contexto de celebración y euforia deportivas, debido a la victoria de la Selección española de fútbol femenino en la final del Mundial del que hablábamos en los antecedentes de hecho.

No obstante, y con independencia del contexto exterior que rodea al beso, los jueces y tribunales vienen entendiendo que un “*beso en la boca*” es un acto merecedor de reproche penal en el sentido del que hablamos.

En cualquier caso, (y sirva a modo de ejemplos) son merecedores de reproche penal los tocamientos sorpresivos o fugaces sobre zonas erógenas aun cuando se realicen por encima de la ropa (SSTS 227/2021, de 11 de marzo; 524/2020, de 16 de octubre; 632/2019, de 18 de diciembre); los besos en la boca, aunque no los denominados ósculos

(SSTS 165/2022, de 24 de febrero; 702/2022, de 11 de julio); o los tocamientos sobre zonas no erógenas cuando las circunstancias del caso justifiquen apreciar un atentado contra la libertad sexual (STS 107/2019, de 4 de marzo).

En lo que afecta a los besos en la boca, siendo la conducta que tratamos de analizar en este dictamen, las mismas SSTS 165/2022, de 24 de febrero y 702/2022, de 11 de julio, tienen establecido que:

*“Un beso en los labios es en algunos contextos una forma normalizada de exteriorizar afectos sin tintes eróticos, pero no es esa la realidad a la que nos enfrentamos. No se trata de criminalizar el afecto. (...) Ya hemos dicho que **el ánimo libidinoso no es imprescindible para completar el tipo, que solo requiere como elemento subjetivo el conocimiento y aceptación del carácter sexual del comportamiento que se impone a quien no está en condiciones de consentirlo**. Ahora bien, su detección es un instrumento útil para conformar el componente sexual la acción, y a partir de este su relevancia para comprometer el bien jurídico protegido (...). La realidad nos enseña que en ocasiones se producen situaciones en las que **la ambigüedad de una cierta acción es susceptible de inducir dudas acerca de su carácter**. En estos supuestos, **el ánimo libidinoso opera como elemento que decanta la calificación hacía el (antiguo) abuso sexual en detrimento de otras de menor intensidad, como el delito leve de coacciones hacia el que apunta el recurso (en este sentido, SSTS 928/1999, de 4 de junio; 87/2011, de 9 de febrero; 55/2012, de 7 de febrero; 702/2013, de 1 de octubre; o 126/2015, de 12 de mayo)**”. También hay que destacar el ATS 398/2016 de 11 febrero.*

A mayores, ya existió aquí en Zaragoza (Juzgado de lo Penal número 9 de Zaragoza en primera instancia, posteriormente confirmada por la Audiencia Provincial de Zaragoza en apelación) una condena por (en su momento, abuso sexual), a un acusado que agarró la cara de la víctima con sus manos y le besó en los labios sin su consentimiento aunque antes ya le había saludado con un efusivo abrazo (un *iter* de los hechos bastante similar al que ocupa el objeto del presente dictamen).

Por ende, aunque no es preciso que exista inequívocamente tal ánimo sexual, sí que es preciso poder detectarlo para que efectivamente, resulte más sencillo ver si nos movemos en el ámbito de los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales.

Atendiendo a la situación en la que aconteció el beso, la relación profesional existente entre sujeto activo y pasivo, así como la forma en la que el sujeto activo se asegura el resultado del beso (sujetando la cara del sujeto pasivo con ambas manos y acercándolo de forma súbita), esta parte detecta claras muestras inequívocas del carácter sexual -no meramente afectivo- del acto (es decir, del beso en la boca analizado).

El TS lo delimita de la siguiente forma en la STS 396/2018, de 26 de julio:

“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”.

Como vemos, en las sentencias analizadas, el cauce típico por el que se condenaba era por el del antiguo “*abuso sexual*”, lo que nos lleva a ver cómo efectivamente un beso en la boca se ha venido considerando un acto de naturaleza y ánimo sexual.

Integrando tales razonamientos en la tipicidad actual, tal conducta vendría a ser un delito de agresión sexual, tal y como viene regulado en el art. 178 CP.

En definitiva, conforme a la actual legislación, e incluso con anterioridad y en base además a la jurisprudencia señalada del TS, está «*absolutamente claro que un beso en la boca, que es una zona erógena, es un acto de naturaleza sexual*» que si además está «*efectuado sin consentimiento*» puede derivar obviamente en un «*delito de agresión sexual*».

Sobre esta cuestión y como añadido a la misma, la Sentencia del Juzgado de lo Penal número 2 de Pamplona, Sentencia núm. 261/2021 de 21 octubre, tiene declarado que “*cualquier contacto corporal in consentido con significación sexual, implica un ataque a la libertad sexual de quien lo sufre*”.

b) Modalidades comisivas

En la actual redacción del art. 178.2 CP se regula que:

“Se consideran en todo caso agresión sexual los actos de contenido sexual que se realicen empleando violencia, intimidación o abuso de una situación de superioridad

o de vulnerabilidad de la víctima, así como los que se ejecuten sobre personas que se hallen privadas de sentido o de cuya situación mental se abusare y los que se realicen cuando la víctima tenga anulada por cualquier causa su voluntad”.

El precepto, en su actual regulación, no se dedica a definir lo que entiende por violencia, intimidación o abuso de una situación de superioridad o vulnerabilidad de la víctima, sino que centra todos sus esfuerzos en tratar (a juicio de esta parte, sin éxito) el concepto de “*consentimiento*” en un intento (a mi entender, fallido), de dejar claro qué es efectivamente consentimiento y qué no.

Es por ello, que tendremos que acudir a la jurisprudencia o a interpretaciones de la FGE para poder comprender qué se va a entender por violencia, intimidación o abuso de una situación de superioridad o vulnerabilidad de la víctima.

Además, el hecho de que el precepto mencione la expresión literal “*en todo caso*”, hace inferir que esas modalidades comisivas no son las únicas posibles, sino solo aquellas que conforman los ejemplos más claros. Por ende, incluso si no nos encontramos en presencia de tales medios comisivos, podríamos seguir estando dentro del marco del art. 178 CP, toda vez que siguen concurriendo sus tipos objetivos y subjetivo.

— Violencia

La “*violencia*” aparece ahora regulada como uno de los primeros medios comisivos citados en el propio art. 178 CP. Tal concepto de “*vis absoluta*”, equivale a un acometimiento, imposición material, uso de la fuerza física u otra semejante que vale para vencer la voluntad de la víctima y que, por tanto, haga inútil la negativa a realizar el acto sexual.

Así, vemos como la violencia puede definirse como toda energía física exterior a la víctima que, proyectada inmediatamente sobre ésta, la determina a realizar o padecer un determinado acto sexual. Constituyen violencia típica actos como golpear, maniatar, inmovilizar, etc.

Además, deben ser causales respecto al acto sexual, es decir, se consigue la práctica de éste a través del ejercicio de la violencia, aunque no es necesario que aplique la fuerza quien también ejecute el acto sexual, pues puede ser auxiliado en ello por un tercero.

Dicha violencia no tiene que ser inusitada, pero al menos debe tener una clara eficacia para doblegar una voluntad reacia al mantenimiento de la relación sexual querida por el agente.

En la medida en que esa violencia tenga virtualidad para situar a la víctima en una posición de inferioridad que le impida la resistencia que ella quisiera oponer, habrá de concluirse que cumple los requerimientos típicos. La energía física que es consustancial al propio acto sexual ejecutado no es suficiente para acreditar que éste ha sido violento.

Bajo la anterior legislación se interpretaba que la resistencia de la víctima no tenía que ser heroica o desesperada, pero debía resultar evidente y manifestada a través de actos físicos obstaculizadores, no bastando una mera oposición verbal (*vid., entre otras muchas, STS 1546/2002, de 23 de septiembre de 2002*).

Sin embargo, algunas sentencias posteriores ya venían cuestionando la propia idea de resistencia al afirmar, por ejemplo la STS 981/2005, de 18 de julio de 2005, que *«lo que califica la agresión sexual del art. 178 CP no es la mayor o menor resistencia, sino la falta de consentimiento para el contacto sexual mediante penetración anal, bucal o vaginal, que se obtiene mediante la violencia o el miedo»* y la de 2-12-2020 que *«la calificación jurídica de los actos enjuiciados debe hacerse en atención a la conducta del sujeto activo. Si este ejerce una fuerza clara y suficiente, entonces la resistencia de la víctima es innecesaria pues lo que determina el tipo es la actividad o la actitud de aquél, no la de ésta»*.

La posición jurisprudencial más acorde con la irrelevancia de la idea de resistencia la hallamos en la STS 573/2017, de 18 de julio de 2017: *«la violencia o fuerza física utilizada ha de ser la adecuada para evitar actúe según las pautas derivadas del ejercicio de un derecho de autodeterminación. La resistencia de la víctima no tiene que ser tan intensa que tenga que provocar necesariamente la activación de actos violentos por su agresor. El tipo penal únicamente requiere la violencia por el acusado y no hace mención a la resistencia que debiera oponer la víctima y mucho menos el grado o entidad de tal resistencia contra la fuerza física empleada por el agresor. Por ello mismo, es suficiente que ante la manifiesta y explícita oposición de la víctima, el agente persista en sus propósitos, venciendo por la fuerza esa oposición y resistencia, incluso pasiva, porque lo esencial es que el agresor actúe contra la voluntad de la víctima, porque obra*

conociendo su oposición, toda vez que incluso para superar esa resistencia meramente pasiva el agresor necesita utilizar la fuerza o la energía muscular, por escasa que ésta sea sobre el cuerpo de la víctima, para conseguir el objeto propuesto (SSTS 105/2005, de 29 enero, 804/2006, de 20 julio, 511/2007, de 7 junio)».

En el caso que nos atañe, no hubo un empleo de la fuerza física o semejante de la suficiente entidad como para que esta parte califique los hechos como realizados con violencia. La mayor imposición física fue que Don Luis Rubiales, tal y como consta acreditado en las grabaciones, sostuviese con ambas manos el rostro de Doña Jennifer Hermoso para así acercarla a su cara y proceder a besarla, pero no se estima tal acto como constitutivo de violencia en términos penales (lo que, como se ha dicho, no nos excluye de hallarnos en sede del art. 178 CP en su actual redacción)¹.

— Intimidación

La “*intimidación*”, es otro de los medios comisivos que inexorablemente nos lleva al tipo del art. 178 CP. Este concepto, entendido como “*vis compulsiva*”, nos lleva a situaciones en las que la víctima cede a la actividad sexual para evitar un mal mayor sobre su persona o bienes o sobre los de un tercero con el que tenga una relación íntima o estrecha que le provoque ceder ante ese comportamiento.

De esta forma, la intimidación suele tener su origen en una amenaza vertida por el autor de la agresión, pero también es posible que un tercero, de acuerdo con aquél, o incluso sin vinculación alguna con el mismo, la provoque en la víctima.

Constituye intimidación toda prelación de un mensaje intimidatorio intenso mediante el que un sujeto amenaza a otro con causarle un mal grave, futuro y verosímil en alguno de sus intereses más preciados, si no accede a realizar o padecer un determinado acto sexual.

La gravedad del mal radica en su idoneidad para provocar en la víctima un estado de temor de tal entidad que se vea llevada a escoger, como salida menos gravosa, la realización del acto sexual pretendido por el agresor. Por eso debe afectar a intereses de

¹ de la Torre, J. L. R. (2022). Apuntes penales sobre la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de Garantía Integral de la Libertad Sexual (ley del «solo sí es sí»). *La ley penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario*, (159), 2.

cierta relevancia². La jurisprudencia del TS es muy receptiva a las concretas circunstancias subjetivas y objetivas concurrentes en el evento acaecido para determinar la existencia de una suficiente gravedad en el mal.

Así, en la STS 16-06-2016 se aprecia la intimidación típica en la acción del acusado que conminó a la mujer a mantener relaciones sexuales con penetración (varias felaciones y una penetración anal), so pena de mostrarle a la madre de ésta un vídeo en el que mantenía relaciones sexuales con otras personas.

Por otra parte, aunque de ordinario el mal amenazado incide sobre la persona con quien se quiere tener trato carnal, también es posible que recaiga sobre una tercera persona unida afectivamente con la víctima del delito sexual (p. ej., amenazar de muerte a la hija para atentar sexualmente contra su madre). *Vid.* SSTS 11-10-1999 y 09-11-2000.

Como señala el Tribunal Supremo, *“ha de haber una relación de causa a efecto entre esa violencia o intimidación y el mencionado contacto corporal en un doble sentido: a) que la mencionada vis física o psíquica vaya dirigida a conseguir ese contacto corporal; b) que por su entidad y circunstancias haya de considerarse suficiente para esa finalidad. Es frecuente que en el mismo hecho concurren las dos clases de fuerza (física y psíquica) y por ello en estos casos, para valorar si hubo o no tal suficiencia, habrá de tenerse en cuenta la intensidad de la una y de la otra apreciadas en su conjunto”* (STS 29-01-2009).

No concurre a juicio de esta parte en forma alguna intimidación en el presente supuesto de análisis.

— Abuso de una situación de superioridad

La FGE en su Circular 1/2023, de 29 de marzo, entiende sobre este medio comisivo en particular que:

“El abuso de una relación de superioridad, es la que mayores dificultades interpretativas ha venido generando. Tal y como señala la STS 324/2022, de 30 de marzo, «la relación de superioridad no puede identificarse simplemente con la diferencia de

² Ceballos, E. (2023). El nuevo delito de agresión sexual en el Código Penal español: crónica de una reforma fallida. *Anatomía do Crime*, 17(Jan-Jun), 35-55.

edad que distancia al sujeto activo y a la víctima, en tanto se trata de una circunstancia consustancial al propio tipo delictivo, en el que, por definición, aquélla habrá de ser menor de dieciséis años y mayor de edad el agresor. [...] Dicha superioridad evoca la idea de alguna clase de relación entre víctima y agresor, más o menos normativizada, con reparto o distribución de roles en un plano vertical, conformado por el establecimiento, más o menos explícito, de situaciones de subordinación o dependencia. Dispone, en tales casos, el agresor de una suerte de función de control, supervisión, dirección de la persona agredida, función de la que, precisamente, se prevale para la comisión del delito» (vid. SSTS 12/2023, de 19 de enero; 389/2022, de 21 de abril).

En definitiva, el precepto exige acreditar que el responsable del delito ocupa una posición de autoridad idónea para coartar la libertad de la víctima que, justo por esa razón, facilita la ejecución de la conducta típica (v. gr. profesores, entrenadores, niñeras o cuidadores, tutores, autoridades religiosas, etc.)”.

En la redacción actual, se habla de abuso de superioridad y no de confianza, por lo que no hay que confundir ambos términos, de modo que la FGE sigue precisando:

“A tal efecto, no parece ocioso subrayar que el abuso de superioridad y el de confianza son circunstancias diferentes y no intercambiables entre sí. Como precisa la STS 377/2021, de 22 de abril, «en una es la superioridad (ascendiente, autoridad, relación de supremacía) lo tenido en cuenta; y en la otra es la confianza que provoca una relajación de las precauciones defensivas. Hay ocasiones en que puede haber abuso de confianza (un vecino, v.gr.), pero no de superioridad» (vid. SSTS 324/2022, de 30 de marzo; 258/2021, de 18 de marzo)”.

En el supuesto que nos ocupa como objeto del presente dictamen, Don Luis Rubiales, en el momento de comisión de los hechos, ostentaba el cargo de Presidente de la RFEF. Por su parte, Doña Jennifer Hermoso, desarrollaba su trabajo como jugadora de la Selección española de fútbol femenino, dependiente de la RFEF.

Se podría afirmar que esa relación de dependencia, al menos en lo que a nivel organizativo se refiere, efectivamente existe. Ahora bien, distinto es que el sujeto activo se haya prevalido de esa relación para lo que refiere a la comisión de los hechos (en nuestro caso, el beso). Lo que la FGE interpreta y la jurisprudencia sostiene respecto al abuso de esta clase de situación hemos visto que radica en la “*idea de alguna clase de*

relación entre víctima y agresor, más o menos normativizada, con reparto o distribución de roles en un plano vertical, conformado por el establecimiento, más o menos explícito, de situaciones de subordinación o dependencia”.

A mayor abundamiento, esta forma comisiva de agresión sexual sólo puede darse a partir de la existencia del presupuesto obvio de una relación desnivelada entre autor y víctima, que otorga al primero una supremacía sobre la segunda de naturaleza y entidad bastantes como para representar una predominancia, una ventaja apta para influir de manera intensa en la decisión adoptada por esta última.

Contemplada desde la óptica del sujeto activo, la situación de superioridad implica un mayor rango en quien la ostenta y puede tener un origen muy variado: relaciones de jerarquía laboral (jefe), docentes (profesor, director, monitor), de dependencia socioeconómica, paterno-filiales, de vecindad y amistad.

Igualmente, pero contemplada ahora desde la óptica del sujeto pasivo, la situación de vulnerabilidad implica una posición desventajosa que sitúa a la persona vulnerable en inferioridad de condiciones a la hora de tomar decisiones y que facilita que acabe sucumbiendo a los deseos del agresor (extranjeros en situación irregular, discapacitados físicos, ancianos desvalidos, notoria diferencia de edad, etc.). Nada de esto concurre en el presente caso.

Además de lo anterior, para poder encontrarnos en sede de este medio comisivo, las anteriores premisas han de ser utilizadas por el sujeto activo para lograr el consentimiento que, de otro modo, no habría obtenido, coartando la libertad de la víctima. Por otra parte, dicha situación de superioridad o de vulnerabilidad ha de ser manifestada, es decir, real y evidente para cualquiera. Ello debe ser acreditado a través de inferencias racionales que permitan acreditar que el sujeto se aprovecha y tiene conciencia de la situación de superioridad y de la desigualdad existente de la que obtiene la ventaja para la realización del acto sexual, en este caso, del beso.

En cuanto a la diferencia con el concepto de intimidación, ya analizado previamente, ya destacó la Sala Segunda en su STS 21-01-2016 que *«la jurisprudencia de esta Sala se ha referido, como elemento relevante, a la ausencia de un comportamiento coactivo dirigido a la obtención del consentimiento, que no aparece en los casos de prevalimiento y sí en los de intimidación. Así como aquel se basa en la existencia de una*

situación de superioridad que basta que coarte la libertad de la víctima, sin requerir actos amenazantes de un mal futuro, la intimidación supone, en un grado superior, la presentación de un mal, identificado y de posible realización, como elemento que suprime, o reduce muy significativamente, la capacidad de decisión de la víctima, que solo aparentemente consiente, dada una situación que no le deja elección aceptable. La amenaza de dos males sitúa, pues, a la víctima ante la necesidad racional de optar por lo que considera en esos momentos el mal menor, lo que no puede entenderse como su consentimiento al mismo».

A pesar de los cargos ya analizados que sujeto activo y pasivo ostentaban en el momento de comisión de los hechos, esta parte no estima que los mismos fueran la premisa de la que se valiese el sujeto activo para realizar el hecho objeto de controversia penal, por lo que no se perciben indicios racionales de tal “*abuso de situación de superioridad*”.

Vemos, por tanto, que los medios comisivos analizados, suponen simplemente un “*plus*” de agravación ante el hecho subsumible en el art. 178 CP y en relación con la ausencia de consentimiento, que ya determina la agresión sexual sin necesidad de que, por ende, éstos concurren³.

C) Tipo subjetivo

El elemento subjetivo del tipo conserva la estructura anterior a la reforma. Es suficiente, como hemos anticipado con apreciar el dolo del sujeto activo, es decir, el conocimiento y voluntad de atentar contra la libertad sexual de la víctima mediante la realización de actos con significación sexual.

Como recuerda la STS 967/2022, de 15 de diciembre, «*el ánimo lascivo no es un elemento del tipo. Tal como decíamos en la STS número 392/2022, de 21 de abril, citando la STS número 165/2022, de 24 de febrero, tradicionalmente en los delitos contra la libertad sexual se vino exigiendo la concurrencia de un ánimo lascivo o libidinoso proyectado en el afán del autor en obtener satisfacción sexual, pero esa postura se ha ido modulando porque, en realidad, no lo requieren los respectivos tipos, tampoco el*

³ Tascón, M. M. G. (2023). El Delito de agresión sexual en su configuración por la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual: comentario al artículo 178 del Código Penal. *Estudios penales y criminológicos*, (43), p. 90-137.

incorporado al artículo 183 CP.

Ordinariamente tal ánimo acompañará a la acción y será útil para acreditar el conocimiento de la significación sexual de la conducta en su aspecto de ataque a la libertad o la indemnidad sexual. Sin embargo, la exigencia de un elemento subjetivo concretado en el ánimo libidinoso no resulta admisible, pues el legislador en la regulación de los delitos de abuso y agresión sexual, cualquiera que sea la edad o circunstancia de la víctima, no incluye ningún móvil añadido al dolo elevado a la categoría de elemento subjetivo del injusto para su inclusión típica» (vid. SSTS 544/2022, de 1 de junio; 165/2022, de 24 de febrero; 785/2021, de 15 de octubre; 227/2021, de 11 de marzo; 99/2021, de 4 de febrero; 524/2020, de 16 de octubre).

D) Grados de ejecución (*iter criminis*)

Circunscribiéndonos al caso que nos ocupa, para valorar la **consumación** la jurisprudencia es pacífica y reiterada en el sentido de estimar que **el delito del art. 178 C.P. se perfecciona** cuando concurren **tres elementos**:

- 1- **Objetivo y material**, dinámica comisiva consistente en la realización de tocamientos impúdicos o contactos corporales de muy variada índole (como ya se ha desarrollado).
- 2- **Psicológico o interno**, específicamente doloso, y que actúa como elemento subjetivo del injusto, sin necesidad de añadirle el ánimo libidinoso o de satisfacción de apetito sexual (con los matices ya comentados en epígrafes anteriores).
- 3- **Resultado**, consistente en que quede afectado o lesionado el bien jurídico protegido en esta clase de delitos, como es la libertad sexual.

Al tratarse de una **infracción de resultado**, sí se requiere ese resultado concreto para su consumación que conlleva el hecho de que quede afectado el bien jurídico protegido, como es la libertad sexual. Inclusive, se pueden llegar a admitir supuestos de tentativa, siempre que no haya llegado a haber contacto obsceno de ninguna clase, ya que en cualquier otro caso se entendería consumado (sentencias 1459/2003, Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, Rec 317/2003 de 31 de octubre de 2003 y 1397/2009, Tribunal

Supremo, Sala de lo Penal, Sección 1, Rec 10722/2009 de 29 de diciembre de 2009).

Vemos, por tanto, como en el caso que nos ocupa se ha cometido el delito previsto y penado en el art. 178.1 CP en su grado máximo de ejecución, como delito consumado.

En el CP actual no se tipifica ninguna clase de acto preparatorio, por lo cual serían impunes todos los que eventualmente pudieran acontecer.

La relevancia penal nace pues en la fase ejecutiva y, dentro de ella, en lo que refiere a la tentativa. Es así como han de calificarse los supuestos en que aún no se han ejecutado por completo los actos que objetivamente deberían producir el resultado (jurídico).

El Tribunal Supremo venía generalmente negando que pudiera darse la tentativa, pero fue evolucionando –aunque ya en sentencias antiguas la había apreciado alguna vez– hasta admitirla plenamente (vid. SSTS de 14-7-2010 y 23-12-2010).

No obstante a lo anterior, en el momento en el que en la grabación se capta el momento en el que se produce el contacto corporal en cuestión (el beso) en una zona socialmente comprendida como erógena (los labios) y que el mismo no se muestra claramente como consentido, el delito de agresión sexual del art. 178 CP se ha consumado de forma plena.

E) Sujetos activo y pasivo

Nos encontramos ante un tipo penal considerado “común”, lo que implica que no exige elementos especiales respecto a lo que rodea a los sujetos activo y pasivo del mismo, pudiendo ejecutar el hecho cualquier persona, y padecerlo igualmente cualquier otra⁴. En este caso, de entre las múltiples combinaciones que caben, nos encontramos ante un sujeto activo varón, Don Luis Manuel Rubiales Béjar (quien realiza el hecho típico) y un sujeto pasivo mujer, Doña Jennifer Hermoso Fuentes (quien padece el hecho típico).

F) Posible relación concursal con un delito de coacciones del art. 172 CP

⁴ MONGE FERNÁNDEZ, Los delitos de agresiones sexuales violentas, 2005, p.64.

Analizado todo lo anterior, llega el momento de preguntarnos si quizás podría vincularse el delito de agresión sexual del art. 178 CP con el de coacciones previsto y penado en el art. 172 CP.

Este precepto, determina que *“el que, sin estar legítimamente autorizado, impidiere a otro con violencia hacer lo que la ley no prohíbe, o le compeliere a efectuar lo que no quiere, sea justo o injusto, será castigado con la pena de prisión de seis meses a tres años o con multa de 12 a 24 meses, según la gravedad de la coacción o de los medios empleados”*.

Bien es cierto que, de algún modo, todo delito contra la libertad sexual, integra ciertas conductas coactivas sobre el sujeto pasivo, que no consiente en modo alguno que tales hechos se produzcan, sino que se ve *“compelido”* u *“obligado”* a soportarlos, al tratarse de algo indeseado.

Sobre este particular, el TS tiene declarado en numerosa jurisprudencia que sea, o no, puntual, el acto de tocamiento a una parte sexual de la mujer es un delito de abuso sexual, no una coacción. Así, en su STS 61/2023, de 7 de febrero, se determina que:

“Como regla general, solo cabrá apreciar un concurso de delitos entre las amenazas o coacciones y el delito contra la libertad sexual cuando aquellas no constituyan el instrumento empleado para intimidar a la víctima a fin de doblegar su voluntad y lograr la realización del acto sexual. En otro caso no cabrá apreciar una antijuridicidad distinta e independiente a la que castigan los artículos 178 y ss. CP, debiendo apreciarse un concurso de normas a resolver con arreglo a la regla de la consunción (art. 8.3.ª CP)”.

Además, tiene establecido la FGE que *“no en vano, el bien jurídico protegido por estos tipos penales entronca con el que tutelan los artículos 169 a 172 CP, pues los delitos contra la libertad sexual se encargan de proteger una esfera concreta de la libertad. De ahí que pueda concluirse que el delito de agresión sexual abarca en estos casos el completo desvalor de las posibles amenazas o coacciones”*.

Continúa diciendo la propia FGE que:

“De entenderse que todo acto de violencia física o psíquica susceptible de ser incardinado en otro tipo penal debe ser necesariamente castigado en relación de

concurso de delitos con los artículos 178 y ss. CP, se alcanzarían soluciones poco razonables desde una perspectiva lógico-sistemática, pues el marco penológico previsto para las modalidades hiperagravadas, cuyo fundamento agravatorio radica en la especial intensidad de la violencia o intimidación empleadas, resultaría equivalente de facto –por aplicación del artículo 194 bis CP– al previsto para las agresiones sexuales en las que la violencia o intimidación empleadas fuesen de menor intensidad, atendida la posibilidad de castigar de forma autónoma las amenazas y/o coacciones”.

En igual sentido, y en cuanto a las lesiones psíquicas, merece ser destacado el Acuerdo del Pleno no Jurisdiccional de la Sala 2.^a del Tribunal Supremo de 10 de octubre de 2003.

En esta reunión se trató el tema de las consecuencias punitivas ocasionadas en delitos relacionados con la libertad sexual cuando la víctima de los mismos sufre, además del ataque contra su indemnidad sexual, una lesión psíquica, acordando que *“las alteraciones psíquicas ocasionadas a la víctima de una agresión sexual ya han sido tenidas en cuenta por el legislador al tipificar la conducta y asignarle una pena, por lo que ordinariamente quedan consumidas por el tipo delictivo correspondiente por aplicación del principio de consunción del artículo 8.3º CP, sin perjuicio de su valoración a efectos de la responsabilidad civil”* (cuestión esta última que abordaremos en sede de responsabilidad civil y daños morales).

No obstante, dicho acuerdo habrá de ser revisado a la luz de lo que actualmente dispone el nuevo artículo 194 bis CP, que contrariamente acoge la solución del concurso real de delitos:

“Las penas previstas en los delitos de este título se impondrán sin perjuicio de la que pudiera corresponder por los actos de violencia física o psíquica que se realizasen”.

Queda patente como, en este caso, no sería prudente apreciar desde el punto de vista de la acusación, un delito de coacciones de forma autónoma al delito de agresión sexual, por lo que no cabe relación concursal de delitos entre ambos tipos. El eventual concurso sería, en todo caso aquí, de normas y debería solventarse mediante la regla de la consunción penal prevista en el art. 8.3º CP, como ya se ha razonado.

Así, sobre el delito leve de coacciones y en relación a la entidad del hecho, podría

considerarse que en la medida en que el acto fue fugaz, ya que se circunscribió a un beso en la boca no consentido, una elemental consideración al principio de proporcionalidad y evitación del exceso en el empleo de la norma punitiva nos llevan necesariamente en este supuesto a residenciar en el ámbito típico del delito leve de coacciones una conducta de entidad decididamente menor, considerando que la entidad intrínseca de la conducta y su contexto circunstancial, aunque totalmente reprochable, no permitan hablar propiamente de atentado a la libertad sexual de la víctima, sino más bien a su pudor, al respeto debido a las personas o a las normas de comportamiento social (en palabras de la SAP Madrid (Secc. 15ª) 313/2018, de 18 mayo).

Sin embargo, y teniendo presente lo anterior, atendidas precisamente las variables externas del hecho, el contexto circunstancial del mismo, tal y como se ha expuesto, desborda el ámbito coactivo y merece, a juicio de esta parte, el reproche penal del delito de agresión sexual previsto en el art. 178 CP, más que el del delito de coacciones del art. 172 CP.

1.3. Consecuencias penológicas

A la luz de lo expuesto, y en lo que a las consecuencias penológicas respecta, esta parte considera óptimo calificar los hechos como se ha visto (agresión sexual del art. 178 CP) pero teniendo presentes los matices expuestos.

Ello deriva en la necesidad de acudir a lo contemplado actualmente en el apartado 4º de tal art. 178 CP. Según esto:

“El órgano sentenciador, razonándolo en la sentencia, y siempre que no medie violencia o intimidación o que la víctima tuviera anulada por cualquier causa su voluntad o no concurran las circunstancias del artículo 180, podrá imponer la pena de prisión en su mitad inferior o multa de dieciocho a veinticuatro meses, en atención a la menor entidad del hecho y a las circunstancias personales del culpable”.

Con carácter facultativo para el tribunal, éste puede apreciar una menor entidad del hecho o unas circunstancias personales en el autor del mismo que justifiquen una menor penalidad.

Para la Circular de la Fiscalía General del Estado 1/2023, de 29 de marzo, sobre criterios de actuación del Ministerio Fiscal tras la reforma de los delitos contra la libertad

sexual operada por la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre (en adelante Circular 1/2023) *“la «menor entidad» del hecho opera como requisito esencial y, por lo tanto, como elemento insoslayable cuya ausencia impide la apreciación del subtipo privilegiado del artículo 178.3 CP. La menor entidad se identifica con la menor gravedad del injusto típico, asociada a su escasa ofensividad o capacidad de lesión”*.

Sin duda hay que pensar en conductas que lesionen mínimamente el bien jurídico de la libertad sexual por su escasa significación, su poca duración o su pequeña carga lesiva (p. ej. unos fugaces tocamientos por encima de la ropa o el beso que nos ocupa), o bien que ha sido realizada por quien se halla en determinadas circunstancias que implican un menor merecimiento de pena.

A tales efectos, conviene subrayar respecto a la histórica situación de inferioridad, en la vida social y jurídica de la mujer la STC 17/2003, de 30 de enero, calificándose la conducta discriminatoria por el resultado peyorativo para la mujer que la sufre, que ve limitados sus derechos o sus legítimas expectativas por la concurrencia de un factor cuya virtualidad justificativa ha sido expresamente descartada por la Constitución, dado su carácter atentatorio a la dignidad del ser humano (art. 10.1 CE).

En la medida en que se explica que la conducta llevada a cabo por el acusado tenía significado sexual (factor no imprescindible pero relevante) y que fue realizada sin el consentimiento de Doña Jennifer Hermoso, que se vio involucrada en un comportamiento sexual no deseado, y que ambas cosas podían ser conocidas y queridas por el acusado (concurriendo el elemento subjetivo del tipo), queda acreditado que nos encontramos en el marco del art. 178 CP.

Valorando estas premisas de forma conjunta, y teniendo en cuenta que el tipo básico del art. 178.1 CP prevé una pena de prisión de uno a cuatro años, son dos las posibilidades a nivel penológico: imponer una pena de prisión de 1 año a 2 años, 6 meses y 1 día o bien optar por una multa de 18 a 24 meses, solución esta última quizás más apropiada para delincuentes primarios (como parece ser nuestro caso).

2. CONSENTIMIENTO Y MEDIOS DE PRUEBA

Uno de los aspectos más problemáticos en el ámbito típico en el que nos movemos, es el representado por el concepto de **“CONSENTIMIENTO”**. A juicio de esta parte, la

Ley 10/2022 no facilita la tarea de saber con claridad qué muestras de la voluntad son o no muestras claras de consentimiento por parte del sujeto pasivo.

En un primer momento, el Proyecto de Ley Orgánica de Garantía Integral de la Libertad Sexual estableció un concepto de consentimiento claramente restrictivo y, por ello, criticado desde diversos sectores.

El modelo, conocido como el del solo sí es sí, establecía que *«se entenderá que no existe consentimiento cuando la víctima no haya manifestado libremente por actos exteriores, concluyentes e inequívocos conforme a las circunstancias concurrentes, su voluntad expresa de participar en el acto»*.

Sin embargo, el texto que aprobó el Consejo de Ministros el 6 de julio de 2021, cuenta con una nueva definición de consentimiento *«en positivo»*, tras los informes del Consejo General del Poder Judicial y el Consejo de Estado. Por su parte, en el informe elaborado por el Consejo Fiscal sobre el Anteproyecto *–de tenor mucho más deferente con el prelegislador que el informe del CGPJ–* puede leerse esta pertinente observación:

«Para una mayor claridad del texto y para mantener su espíritu, sería pertinente que el artículo 178 contuviese una afirmación simple, suprimiendo la doble negación, de modo y manera que: “Sólo se entenderá que existe consentimiento cuando la víctima haya manifestado libremente por actos exteriores, concluyentes e inequívocos conforme a las circunstancias concurrentes, su voluntad expresa de participar en el acto”».

Cabe apuntar por esta parte, que el legislador penal está adoptando con cada vez mayor frecuencia una costumbre por tratar de configurar una especie de *“moral social”* ante determinadas actuaciones de carácter subjetivo.

Ello, sin duda, respondería a una sensibilidad social creciente ante determinados hechos (como los que son objeto del presente dictamen). Quien suscribe, no puede sino verter una crítica a este respecto, toda vez que entraña numerosos riesgos que el Derecho penal se convierta en el configurador de la moral social, dado que su función primigenia no es hacer pedagogía sobre la sociedad, sino hacer posible la convivencia en la misma, sancionando las conductas más gravemente antisociales.

Realizada la crítica anterior (completamente necesaria a juicio de quien emite este dictamen), es importante observar entonces cómo queda plasmado el concepto de

“*consentimiento*” en nuestro CP actual.

De esta forma y en la regulación actual, el consentimiento trata de ser definido en el CP en el art. 178.1 CP, de forma que: “*Sólo se entenderá que hay consentimiento cuando se haya manifestado libremente mediante actos que, en atención a las circunstancias del caso, expresen de manera clara la voluntad de la persona*”.

Se efectúa por tanto, una definición legal del consentimiento que va a dar un amplísimo margen al arbitrio judicial, en orden a constatar su acreditación, pues no de otra manera puede entenderse que la voluntad de la persona para darlo dependa de las circunstancias del caso, con el correlativo sufrimiento del esencial principio de legalidad en materia penal, *nullum crimen nulla poena sine lege praevia stricta et scripta*⁵.

Resulta palmario que, como todo cuerpo legal y normativo, el CP contiene numerosas definiciones legales que, lejos de ser prescripciones o normas primarias, concretan las diferentes figuras, institutos o conductas reguladas. Estas definiciones, operan como un “*prerrequisito*” o “*antecriterio*” de la comprensión e interpretación de los tipos penales y esto es precisamente lo que sucede con la definición de lo que supone el “*consentimiento*”.

Expuestas las cuestiones técnico-legales, es momento ahora de planear sobre los hechos recogidos en las imágenes que fueron captadas y emitidas en riguroso directo.

De la grabación de los hechos, no se vislumbran con facilidad actos que, por parte del sujeto pasivo (Doña Jennifer Hermoso), manifiesten “*de manera clara*” su voluntad. Si se visualizan las imágenes de lo acontecido, es patente cómo es en todo momento Don Luis Rubiales quien lleva la iniciativa en lo que rodea al momento del beso (cogiendo él la cara de la jugadora con ambas manos y acercándola a sí mismo para besarla sin que, en esos pocos segundos, pueda verse que Doña Jennifer Hermoso participe de tal acto como algo consentido y querido, sino que más bien se observa algo sorpresivo e impuesto).

Por ello, en sede de consentimiento, se insiste en que, al visualizar las imágenes, lo que se percibe por parte del espectador medio es cómo el acto de besar se produce de

⁵ Revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal num. 69/2023 parte Legislación. Editorial Aranzadi, S.A.U., Cizur Menor (2023).

forma súbita e inesperada.

Podríamos hablar entonces de los denominados actos sorpresivos que, en esencia, se corresponderían con la más elemental de las modalidades de agresión sexual, al consistir en la simple imposición de un acto sexual al margen de todo consentimiento y donde el sujeto activo lleva a cabo la acción de tal modo que el sujeto pasivo no tiene la posibilidad material de expresar su consentimiento o rechazo al mismo, dado el carácter repentino de la conducta sujeta ahora a controversia (el beso en la boca).

Debido al brevísimo lapso de tiempo que media entre la acción de agarrar la cara del sujeto pasivo y proceder el sujeto activo al acto del beso en la boca, esta parte no vislumbra muestra alguna que evidencie “*de manera clara*” (tal y como nos exige ahora el tenor literal del precepto en cuestión al que nos referimos; art. 178.1 CP) que la voluntad de la persona que padece la acción, viene encaminada a “*querer*” o si quiera “*acceder*” a tal acto, sino que más bien lo que se percibe es la imposición de una acción sobrevenida que el sujeto pasivo sencillamente “*tolera*” por lo sorpresivo del acto en sí mismo.

Actualmente, no se precisa como vemos, una negativa expresa de la víctima, sino que lo que se valora es si hubo consentimiento, o no (atendiendo a las circunstancias que rodean el momento en cuestión de los hechos), al acto de contenido sexual, por lo que tampoco es preciso que la mujer exteriorice una resistencia al acto⁶. Ello redundaría en la idea de que el consentimiento debe vislumbrarse, en consecuencia, mediante actos, gestos o manifestaciones o expresiones que denoten de manera clara que admite y quiere el contacto sexual, y no simplemente que le viene dado, lo tolera o lo soporta. Nada de lo anterior se percibe claramente (como nos exige la norma actualmente) a raíz de las antedichas grabaciones.

Todo lo expuesto, conduce a la idea de que tal consentimiento supone la exteriorización de la voluntad del sujeto (en este caso, hablamos del sujeto pasivo) y la voluntad, que es manifestación de la autonomía, debe ser libre. Si ésta es entonces libre, se entiende que lo que el sujeto manifiesta externamente es lo mismo que quiere en su fuero interno. Algunos autores (como Escudero García-Calderón, B.) no obstante,

⁶ Matas, G. P. (2023). El «*beso de Rubiales*», otra faz de la violencia sexual y sexista en contexto profesional. *Diario La Ley*, (10358), 1.

entienden que la exigencia de exteriorización es irrelevante⁷.

Desde tal perspectiva, se afirma que el Derecho penal sí que castiga por lo perseguido por el autor en su fuero interno. Esta autora sostiene que en el momento en que se acepta el consentimiento presunto o hipotético estamos aceptando que no se requieren manifestaciones externas del consentimiento. Cabe matizar que no es lo mismo externo que expreso. El consentimiento presunto también podría ser externo, porque si el sujeto no impide algo esa omisión de impedir es externa, aunque ciertamente, no expresa claramente su voluntad a los ojos de quien observa el hecho.

En nuestro caso, podría llegar a entenderse por algunos que Doña Jennifer Hermoso, omite impedir que el hecho se produzca y, con tal omisión, tolera que el beso tenga lugar.

A juicio de esta parte y retomando el brevísimo lapso temporal antes mencionado en el que se desenvuelven los hechos, cabe decir que debido al poco tiempo de reacción, Doña Jennifer Hermoso no habría podido ser realmente consciente de lo que estaba sucediendo, reaccionando cuando ya había tenido lugar el hecho.

A la luz de las grabaciones, ninguna manifestación externa conduce a saber que ella consintió el beso, toda vez que ni siquiera podemos ver el sentido de su rostro, debido al ángulo con el que están captadas las imágenes, enfocando a las autoridades de frente (como en su momento era Don Luis Rubiales) y a las jugadoras por la espalda.

Es entonces, cuando nos encontramos ante la labor de valorar en su conjunto los diferentes **MEDIOS DE PRUEBA** de los que disponemos.

Ello, permitirá al Tribunal realizar la inferencia necesaria para deducir si hubo consentimiento, lo que es la clave de la prueba en juicio.

Ya en la conclusión sexagésimo sexta del Informe del CGPJ sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica de Garantía Integral de la Libertad Sexual de 25 de febrero de 2021, se exponía que *“la definición proyectada de consentimiento sexual resulta innecesaria. La*

⁷ Escudero García-Calderón, B., El consentimiento en Derecho penal, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, pp. 193-194.

cuestión problemática que plantea el consentimiento no es conceptual (qué deba ser consentimiento), sino probatoria (cuándo existe o no consentimiento). Pero las eventuales dificultades procesales de acreditar la ausencia de consentimiento no pueden trasladarse al ámbito de la tipicidad, mediante la incorporación de una definición normativa de un elemento típico”.

De esta manera, el Consejo del Estado, en su dictamen sobre el Anteproyecto, de 10 de junio de 2021, atinadamente señaló que *“se trata de un problema cotidiano en los procesos penales cuya resolución en ningún caso puede violentar el derecho fundamental a la presunción de inocencia ni permitir la inversión de la carga de la prueba, por lo que el problema operativo de las cláusulas de consentimiento seguirá siendo de naturaleza probatoria”.*

Sobre la salvaguarda del derecho a la presunción de inocencia, el ATC núm. 341/2005 de 26 septiembre, determina y recoge que *“sólo cabrá constatar la vulneración del derecho a la presunción de inocencia cuando no haya pruebas de cargo válidas, es decir, cuando los órganos judiciales hayan valorado una actividad probatoria lesiva de otros derechos fundamentales o carente de garantías, o cuando no se motive el resultado de dicha valoración, o, finalmente, cuando por ilógico o insuficiente no sea razonable el iter discursivo que conduce de la prueba al hecho probado”.*

En numerosas ocasiones, estos casos, a tenor de la STS 68/2020, exigen que se redoble la motivación de la sentencia cuando se basa exclusivamente en la declaración de la víctima sin pruebas de corroboración periférica, ya que se trata de *“declaración contra declaración”, exigiéndose una cuidadosa motivación acerca de las razones que llevan al tribunal a tener por enervada la presunción de inocencia, teniendo en cuenta la declaración en el plenario y la que se llevó a cabo en fase sumarial*". Sin embargo, una de las particularidades de este caso, es que tales medios de prueba o corroboración periférica sí que existen, pues el concreto momento del beso fue captado y retransmitido en televisión desde varios ángulos y tiros de cámara.

En idéntica línea, tal y como expone la Circular 1/2023 *“en ningún caso puede entenderse que esta cláusula introduzca una inversión de la carga de la prueba, pues la ausencia de consentimiento constituye un elemento del tipo que debe ser acreditado conforme a las reglas y principios constitucionales inherentes a todo proceso penal”.*

En palabras de la STS 23/2023, de 20 de enero, “*la fórmula que utiliza el legislador es, pues, una fórmula abierta, y que ya se tomaba en consideración, en términos similares jurisprudencialmente, para entender concurrente el consentimiento [...] De modo que siempre se partió –y ahora también– de una inferencia: el tribunal sentenciador extrae, en atención a las circunstancias del caso, la existencia o no de consentimiento conforme a los elementos probatorios que expresen de manera clara la voluntad de la persona*”.

Por ello, la principal fuente de prueba con la que contamos en este caso, consiste en el visionado del documento gráfico que contiene la grabación de lo sucedido.

Tal elemento, se sumaría a las declaraciones, en su momento, tanto del acusado (interrogatorio), como de la víctima (testifical).

Ahora bien, a pesar de que el concepto de consentimiento ha cambiado y que la nueva regulación penal de delitos como el que nos ocupa, excluye la necesidad de apreciar elementos subjetivos añadidos al dolo, lo cierto es que sigue correspondiendo a las partes acusadoras (como esta acusación particular), acreditar que no hubo actos exteriores, concluyentes, claros e inequívocos que implicasen el consentimiento por parte del sujeto pasivo. Igualmente y respecto a la prueba, la valoración de la misma sigue rigiéndose por lo establecido en el art. 714 LECrim, en lo que refiere a la declaración del testigo en el juicio oral⁸.

Un elemento de prueba a tener en cuenta en el asunto objeto de análisis del presente dictamen, sería la valoración que realicen los peritos especializados en interpretación de signos y lectura labial, sobre las imágenes captadas en vídeo que sobre los hechos existen. Así, sería interesante ver en sede de prueba pericial, cómo tales expertos acreditan qué se ha dicho y qué no se ha dicho en esos escasos segundos de metraje que se captaron en vídeo.

3. RESPONSABILIDAD CIVIL EX DELICTO

3.1. Introducción

De forma inicial, conviene tener presente que el art. 110 CP dispone que la

⁸ López, C. R. (2023). Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual [BOE-A-2022-14630]: Aspectos procesales de la ley del «solo sí es sí». *AIS: Ars Iuris Salmanticensis*, 11(1), 263-266.

responsabilidad civil *ex delicto* comprende la restitución, la reparación del daño y la indemnización de perjuicios materiales y morales, correspondiendo la reparación al daño producido en los bienes y la indemnización al daño ocasionado a las personas.

Por su parte, el art. 115 CP, prohíbe las sentencias con reserva de liquidación, al señalar que *“los jueces y tribunales, al declarar la existencia de responsabilidad civil, establecerán razonadamente, en sus resoluciones las bases en que fundamenten la cuantía de los daños e indemnizaciones, pudiendo fijarla en la propia resolución o en el momento de su ejecución”*, de modo que está proscrito diferir la liquidación de los daños y perjuicios a la ejecutoria sin que previamente se hayan sentado las bases correspondientes para la misma en la propia sentencia.

No obstante, tal y como después veremos al analizar los daños morales, los mismos no son susceptibles de prueba, de suerte que la base para fijar el *pretium doloris*, la constituye la propia descripción del hecho punible que ha generado el daño moral, ya que no existe baremo ni referencias preestablecidas que puedan objetivar la evaluación económica de un daño de esa naturaleza, razón por la cual el Tribunal ejerce, efectivamente, una legítima discrecionalidad al decidir el monto de la indemnización por tal concepto.

3.2. Contenido

En este momento, vemos como de las posibles vertientes de la acción civil, la más adecuada sería la indemnización de perjuicios materiales y morales (en concreto, los morales).

Así, el art. 113 CP, señala que *“la indemnización de perjuicios materiales y morales comprenderá no solo los que se hubieren causado al agraviado, sino también los que se hubieren irrogado a sus familiares o a terceros”*

El TS admite los daños morales en los delitos contra la libertad sexual, ámbito objeto del presente análisis. En la STS 22-04-2015 (nº recurso 2016/2014), señala que no es necesario que el daño moral sea especificado en los hechos probados, cuando el mismo resulta evidente, añadiendo que tampoco es preciso que se concrete en determinadas alteraciones patológicas o psicológicas y que es valorable a tal efecto el menoscabo de la dignidad, al respecto el Pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda de fecha 10 de octubre

de 2003, adoptó el siguiente acuerdo:

“Las alteraciones psíquicas ocasionadas a la víctima de una agresión sexual ya han sido tenidas en cuenta por el legislador al tipificar la conducta y asignarle una pena, por lo que ordinariamente quedan consumidas por el tipo delictivo correspondiente por aplicación del principio de consunción del art. 8.3 CP, sin perjuicio de su valoración a efectos de la responsabilidad civil”. La STS 27-05-2020 (nº recurso 3473/2018) lo expresa en estos términos:

“En todo caso, esta misma jurisprudencia destaca que la obligación de identificar las bases indemnizatorias puede resultar insuperable cuando se trata de la indemnización por daño moral, pues los órganos judiciales no pueden disponer de una prueba que les permita cuantificar con criterios económicos la indemnización procedente, puesto que no es preciso que los daños morales tengan que concretarse con alteraciones patológicas o psicológicas sufridas por las víctimas, sino que pueden surgir de la mera significación espiritual que tiene el delito para la víctima y de la necesidad de integrarlo en su experiencia vital, sin más parámetro para la evaluación de su alcance –cuando no hay alteraciones médicamente apreciables- que la gravedad de la acción que lesionó al perjudicado, la importancia del bien jurídico protegido y las singulares circunstancias de la víctima”.

3.3. Prueba y valoración en el daño moral

Los daños morales no dependen, a diferencia de los materiales, de una determinación objetiva, por ello, la jurisprudencia de la Sala Segunda del TS, de manera reiterada y desde antiguo, ha mantenido que no tienen que concretarse con alteraciones patológicas o psicológicas sufridas por las víctimas, sino que pueden surgir de la mera significación espiritual que tiene el delito para ella y de la necesidad de integrarlo en su experiencia vital.

Cuando no haya alteraciones objetivamente perceptibles, no requiere más parámetros para la evaluación de su alcance que la gravedad de la acción que lesionó a la persona perjudicada, la importancia del bien jurídico protegido y las singulares circunstancias de la víctima.

Habrà de efectuarse su cálculo en un juicio global basado en el sentimiento social

de reparación del daño producido por la ofensa delictiva atendiendo a la naturaleza del hecho, su gravedad y reiteración y contexto en el que se desarrolla. De esta manera su apreciación no exige de una constancia en los hechos probados, en cuanto de ellos fluye con naturalidad el impacto en la esfera personal que se pretende reparar.

De esta forma y en materia probatoria, la STS 20-05-2009 determina que:

“En materia de daños morales constituye una doctrina arraigada en esta Sala que el denominado precio del dolor, el sufrimiento, el pesar o la amargura están ahí en la realidad sin necesidad de ser acreditados, porque lo cierto es que el daño moral no necesita estar especificado en los hechos probados cuando fluye de manera directa y natural del relato histórico (...) Tal doctrina nos enseña que del mismo modo que los perjuicios materiales han de probarse, los morales no necesitan, en principio, de probanza alguna cuando su existencia se infiere inequívocamente de los hechos. En el mismo sentido tiene dicho esta Sala que los daños morales no es preciso tengan que concretarse en relación con alteraciones patológicas o psicológicas sufridas por las víctimas, bastando que sean fruto de una evaluación global de la reparación debida a las mismas, de lo que normalmente no podrán los juzgadores contar con pruebas que faciliten la cuantificación económica para fijarla más allá de la expresión de la gravedad del hecho y las circunstancias personales de los ofendidos, así como por razones de congruencia constatar que hayan sido objeto de petición por las partes acusadoras (...) El daño moral puede incluso acompañar a delitos patrimoniales. Las únicas exigencias que podrían deducirse de una pretensión indemnizatoria por daño moral serían: a) necesidad de explicitar la causa de la indemnización; b) imposibilidad de imponer una indemnización superior a la pedida por la acusación; c) atemperar las facultades discrecionales del Tribunal en esta materia al principio de razonabilidad”.

Finalmente, solo puede ser objeto de control casacional cuando sea manifiestamente arbitrario y objetivamente desproporcionado (entre otras, SSTS 957/2018 de 16 de mayo; 105/2005 de 29 de enero; 40/2007 de 26 de enero; 264/2009, de 12 de marzo; 702/2013 de 1 de octubre; 794/2015 de 3 de diciembre; 855/2016 de 11 de noviembre; 147/2017 de 8 de marzo; 812/2017 de 11 de diciembre; 445/2018 de 9 octubre; 636/2018 de 12 de diciembre; o 588/2019 de 27 de noviembre).

Por ende, la citada jurisprudencia del TS tiene declarado que “*el daño moral*

resulta de «la importancia del bien jurídico protegido, la indemnidad sexual y de la afectación al mismo; no deriva de la prueba de lesiones materiales, sino de la significación espiritual que el delito tiene con relación a la víctima».

Igualmente, y para finalizar esto, *“para la apreciación del daño moral no es preciso que el mismo se concrete en determinadas alteraciones patológicas o psicológicas, siendo que es valorable a tal efecto el menoscabo de la dignidad”*, a la luz de las numerosas sentencias citadas.

3.4. Responsables civiles

El art. 116.1 CP determina claramente que *“toda persona criminalmente responsable de un delito lo es también civilmente si del hecho se derivaren daños o perjuicios”*.

La responsabilidad civil del sujeto activo, Don Luis Rubiales, parece más que acreditada en el momento en el que el mismo sea responsable penalmente por los hechos de los que se le acusa.

Ahora bien, recordando que el mismo en el momento de lo sucedido, ostentaba el cargo de Presidente de la RFEF, siendo por ende su principal representante, conviene analizar qué parte de responsabilidad civil podría tener, en su caso, la propia RFEF como persona jurídica de las *“dedicadas a cualquier género de industria o comercio, por los delitos que hayan cometido sus empleados o dependientes, representantes o gestores en el desempeño de sus obligaciones o servicios”* (art. 120.4º CP).

Los hechos tuvieron lugar en el desempeño de las labores y funciones propias del cargo de Presidente que Don Luis Rubiales ostentaba en ese momento. La propia RFEF cuenta con un Código Disciplinario, en el que detalla los actos y conductas que resultan contrarios a la tolerancia y el respeto. Así, el art. 70 del citado código dispone que:

Artículo 70. Actos y conductas contrarias a la tolerancia y el respeto.

Se entienden por actos o conductas contrarias a la tolerancia y el respeto, aquellas que sin llegar a ser calificadas como violentas, racistas, xenófobas o intolerantes, supongan un mensaje degradante, vejatorio, irreverente, malsonante o insultante hacía el club rival y sus integrantes, aficiones, árbitros/as y

asistentes/as y en general contra cualquier persona o colectivo que participe directa o indirectamente en el partido o competición de que se trate y contra cualesquiera de los miembros de la organización federativa.

En este ámbito, surge la problemática de si podría hacerse a la RFEF responsable civil subsidiario por los hechos cometidos por una persona dependiente de la misma en el ejercicio de su cargo, ex art. 120.4º CP. Así, primero hay que preguntarse cuál es la naturaleza jurídica de esta entidad. La misma, es una entidad asociativa privada, si bien de utilidad pública, que se rige por la Ley 10/1990, de 15 de octubre, del Deporte, por el Real Decreto 1835/1991, de 20 de diciembre, sobre Federaciones Deportivas Españolas, por las restantes disposiciones que conforman la legislación española vigente, por sus Estatutos y su Reglamento General y por las demás normas de orden interno que dicte en el ejercicio de sus competencias.

En la medida en que se trata del supuesto subsumible del art. 120.4º CP, esta parte puede afirmar la efectiva responsabilidad civil de la RFEF por los delitos o faltas cometidos por sus administradores, dependientes o empleados en el desempeño de sus obligaciones o servicios. Se trata de una responsabilidad civil subsidiaria, es decir, en defecto de la del responsable criminal.

Ahora bien, estudiada la anterior posibilidad, cabría ir más allá en sede de responsabilidad civil y plantearse si podría responder patrimonialmente el Estado por los hechos de los que hablamos.

En el Ordenamiento jurídico español existen una serie de supuestos en los que, con fundamento en la solidaridad social amparada en la cláusula del Estado social del art. 1.1 CE, se establecen prestaciones pecuniarias a cargo de los presupuestos públicos bajo la forma de ayudas o prestaciones asistenciales a las víctimas de determinados daños en principio no imputables a título de responsabilidad civil a las Administraciones Públicas, sin que tengan la finalidad indemnizatoria propia de aquel instituto y, por lo tanto, sin que rija el principio de reparación integral de los daños⁹. De entre estos supuestos, previstos

⁹ Entre otros, Díez-Picazo: Derecho de daños, pgs. 62 y 63; González Pérez: Responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas (6ª ed.), pg. 330. Sobre el fundamento en la solidaridad social de este tipo de ayudas públicas, se pronuncia el Dictamen del Consejo de Estado de 22 enero 1998. Vid., en este sentido, García García: La Ley, núm. 5213, diciembre 2000, pg. 2. Otra cosa es que el principio de solidaridad social deje sentir sus efectos a través del principio de protección y de garantía del patrimonio de la víctima en el sistema de responsabilidad civil de las Administraciones Públicas.

en normas de rango legal, merece ser destacado el contenido en la Ley 35/1995, de 11 de diciembre, de ayuda y asistencia a las víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual¹⁰ y el RD 738/1997, de 23 de mayo, que la desarrolla¹¹, establecen un sistema de ayudas públicas, cuyo importe no puede superar la indemnización fijada en la sentencia, en beneficio de las víctimas directas e indirectas de los delitos dolosos y violentos con resultado de muerte, lesiones corporales graves o daños graves a la salud física o mental y de las víctimas de delitos contra la libertad sexual.

Sobre lo anterior, hay que apuntar lo dispuesto en el art. 13 de la Ley 35/1995, de 11 de diciembre, de ayudas y asistencia a las víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual, por la que el Estado se subroga en la posición del obligado civil en los siguientes delitos dolosos y violentos: muerte, lesiones corporales graves o daños graves en la salud física o mental, así como en los delitos contra la libertad sexual aun cuando estos se perpetraran sin violencia (como es el caso que nos ocupa).

De esta forma, el Estado se subrogará de pleno derecho, hasta el total importe de la ayuda provisional o definitiva satisfecha a la víctima o beneficiarios en los derechos que asistan a los mismos contra el obligado civilmente por el hecho delictivo. La repetición del importe de la ayuda contra el obligado civilmente por el hecho delictivo se realizará, en su caso, mediante el procedimiento administrativo de apremio previsto en el Reglamento General de Recaudación.

Finalmente, cabe decir que ex art. 7 de la mencionada Ley 35/1995, de 11 de diciembre, la acción para solicitar las ayudas prescribe por el transcurso del plazo de un año, contado desde la fecha en que se produjo el hecho delictivo.

Sin embargo, esta parte no considera que el Estado (más allá de lo apuntado en materia de ayudas por los delitos comentados) debiera responder civilmente a tenor del

¹⁰ BOE núm. 296, de 12 diciembre.

¹¹ RD por el que se aprueba el Reglamento de ayuda a las víctimas de los delitos violentos y contra la libertad sexual (BOE núm. 126, de 27 mayo). Ha de tenerse en cuenta, además, que España ha ratificado el Convenio Europeo sobre Indemnización a las Víctimas de Delitos Violentos, hecho en Estrasburgo el 24 de noviembre de 1983 (Instrumentos de Ratificación, BOE núm. 312, 29 diciembre 2001). En este Convenio, entre otras cosas, se prevé que las víctimas de delitos intencionales de violencia tienen derecho a percibir una indemnización a cargo del Estado en cuyo territorio se hubiera cometido el delito aun en los supuestos en los que su autor no pueda ser perseguido o castigado (art. 2.2), debiendo cubrir dicha indemnización, como mínimo, la pérdida de ingresos, los gastos médicos y de hospitalización, los gastos funerarios y, si es el caso, la pérdida de alimentos (art. 4).

art. 121 CP, toda vez que el mismo reduce los supuestos de tal respuesta a los siguientes:

“El Estado, la Comunidad Autónoma, la provincia, la isla, el municipio y demás entes públicos, según los casos, responden subsidiariamente de los daños causados por los penalmente responsables de los delitos dolosos o culposos, cuando éstos sean autoridad, agentes y contratados de la misma o funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos o funciones siempre que la lesión sea consecuencia directa del funcionamiento de los servicios públicos que les estuvieren confiados, sin perjuicio de la responsabilidad patrimonial derivada del funcionamiento normal o anormal de dichos servicios exigible conforme a las normas de procedimiento administrativo, y sin que, en ningún caso, pueda darse una duplicidad indemnizatoria”.

Atendiendo a la literalidad y claridad del precepto, no se entiende que Don Luis Rubiales pueda entrar en ninguna de las categorías anteriores (autoridad, agentes y contratados de la misma o funcionarios públicos), de modo que el mismo sólo es dependiente de la RFEF, la cual ex art. 120.4º CP sí que sería responsable civil subsidiario como ya se ha determinado.

3.5. Breve apunte sobre responsabilidad administrativa

En un breve apunte sobre la esfera de responsabilidad administrativa, cabe apuntar que el CSD considera que concurren sendas infracciones muy graves de abuso de autoridad (art. 76.1.a) Ley del Deporte de 1990) y de falta de decoro deportivo (art. 14.h) Reglamento de Disciplina deportiva), respectivamente. En el trámite de admisión, el TAD no aceptó la tipificación propuesta e incoó el expediente disciplinario únicamente por la presunta comisión de dos infracciones graves a la falta de decoro, reguladas en el art. 76.4.b) LD 1990 (Los actos notorios y públicos que atenten a la dignidad o decoro deportivos).

La Resolución del TAD ha dejado de aplicar el RDD a favor de la LD 1990, lo cual implica situar al órgano administrativo al margen del principio de jerarquía normativa, del sometimiento a la ley y al Derecho que corresponde a los órganos administrativo ex artículo 103 de la Constitución Española.

El TAD decidió no suspender el procedimiento administrativo pese a la existencia de un proceso penal, al entender que, con la nueva tipificación, el bien jurídico protegido

es diferente. En este sentido, es difícil comprender que un mismo hecho genere la capacidad de dos órganos y de dos jurisdicciones, para sancionar.

El problema no sería entonces y en puridad de *bis in idem*, sino de competencia. Resulta un marco complejo en las relaciones que se establecen en la actividad deportiva ejercida en el extranjero y, por tanto, fuera del elemento territorial que ha inspirado la ordenación y el ejercicio de las competencias.

4. CUESTIONES PROCESALES

4.1. Jurisdicción y competencia

Las normas de competencia internacional en materia penal están contenidas en el art. 23 LOPJ y la regla general la constituye el «*criterio de la territorialidad*», según el cual, los tribunales penales españoles conocen de los procesos por delitos o faltas cometidos en territorio español o a bordo de buques o aeronaves españoles, con independencia de la nacionalidad del sujeto responsable (23.1 LOPJ).

Esta regla general presenta tres ampliaciones o extensiones (no excepciones), que determinan los casos en que los tribunales españoles son competentes para el enjuiciamiento de delitos cometidos en el extranjero: el “*criterio de la nacionalidad o la personalidad*”; el “*criterio real o de protección*”; y el “*criterio de universalidad o justicia universal*”.

Debe tenerse en cuenta que, con arreglo a lo establecido en el art. 65.1 LOPJ, la Audiencia Nacional ostenta la competencia para la investigación y el enjuiciamiento de los delitos cometidos en el extranjero.

Una cuestión fundamental en este caso es que los hechos controvertidos objeto del mismo, se cometieron fuera de territorio español, en concreto en Sídney (Australia).

Ello hace que, en la esfera procesal, la competencia objetiva para conocer de tales hechos corresponda a la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, todo ello en virtud del art. 65.1º.e) LOPJ al estar en sede de “*delitos cometidos fuera del territorio nacional, cuando conforme a las leyes o a los tratados corresponda su enjuiciamiento a los Tribunales españoles*”.

El «*criterio de la nacionalidad o personalidad*»: permite a los tribunales penales

españoles conocer de los procesos por delitos cometidos en el extranjero por ciudadanos españoles o por personas que hayan adquirido la nacionalidad española después de cometer el delito, siempre que se den tres condiciones (23.2 LOPJ):

— Que el hecho punible esté tipificado como delito tanto en España como en el lugar en el que se cometió (exigencia de doble incriminación). En estos casos, un aspecto clave es que el delito en cuestión también sea calificado como delito en el país en el que se comete.

Así, dar un beso en la boca sin consentimiento en el Estado de Nueva Gales del Sur (NSW), cuya capital es Sídney (territorio donde se cometieron los hechos), está tipificado como un “*delito de agresión indecente*” dentro del artículo 61L de la Ley de Delitos de 1900 y conlleva una pena máxima de cinco años de prisión. En este sentido, el óbice de que los hechos fueran igualmente delictivos en el territorio en el que se cometen, estaría solventado. Esta exigencia, sin embargo, no opera si dispensa de ella un tratado o un acto normativo de una organización internacional de la que España sea parte, circunstancia concurrente en el presente supuesto, a la luz del Tratado de asistencia mutua en materia penal entre el Reino de España y Australia, hecho en Madrid el 3 de julio de 1989.

— Que el agraviado por el delito o el Ministerio Fiscal interpongan querrela ante los Tribunales españoles (por tanto, nunca de oficio). Si se trata de delitos cuya persecución está encomendada a la Fiscalía Europea, será suficiente con que esta ejercite efectivamente su competencia.

— Que el delincuente no haya sido absuelto, indultado o penado ya en el extranjero, o bien que no haya cumplido la condena, y si la hubiere cumplido en parte, se le tendrá en cuenta para rebajarle proporcionalmente la que le corresponda en España.

El «*criterio real o de protección*»: permite a los tribunales penales españoles instruir y enjuiciar los procesos por delitos cometidos en el extranjero por personas españolas o extranjeras siempre que encajen en alguno de los enunciados del art. 23.3 LOPJ (en este supuesto, no estaríamos en sede de ninguno de tales delitos).

El «*criterio de universalidad o de la justicia universal*»: permite a los tribunales penales españoles conocer de los procesos por delitos cometidos en el extranjero por

personas españolas o extranjeras, siempre que se trate de hechos susceptibles de tipificarse, según la ley española, como algunos de los siguientes delitos y siempre que se cumplan ciertas condiciones adicionales, que varían en función del tipo delictivo (art. 23.4 LOPJ).

A través de esas condiciones se pretende constatar la existencia de algún tipo de conexión o vinculación entre el delito cometido en el extranjero y el Estado español.

En el presente caso, estaríamos dentro del marco de los delitos regulados en el Convenio del Consejo de Europa de 11 de mayo de 2011 sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica, siempre que:

- El procedimiento se dirija contra un español;
- El procedimiento se dirija contra un extranjero que resida habitualmente en España; o,
- El delito se hubiera cometido contra una víctima que, en el momento de comisión de los hechos, tuviera nacionalidad española o residencia habitual en España, siempre que la persona a la que se impute la comisión del hecho delictivo se encuentre en España. El listado del art. 23.4 LOPJ se cierra con una cláusula genérica, que extiende la jurisdicción de los tribunales penales españoles a cualquier otro delito cuya persecución se imponga con carácter obligatorio por un tratado vigente para España o por otros actos normativos de una organización internacional de la que España sea miembro, en los supuestos y condiciones que se determinen en aquellos.

Asimismo, la jurisdicción española es también competente para conocer de los delitos anteriores cometidos fuera del territorio nacional por ciudadanos extranjeros que se encontraran en España y cuya extradición hubiera sido denegada por las autoridades españolas, siempre que así lo imponga un Tratado vigente para España.

Debe tenerse en cuenta, en todo caso, que la persecución en España de todos los delitos mencionados solo será posible previa interposición de querrela por el agraviado o por el Ministerio Fiscal (art. 23.6 LOPJ).

Esta circunstancia tuvo lugar con fecha 8 de septiembre de 2023, cuando la Fiscalía de la Audiencia Nacional interpone una querrela contra el expresidente por un

presunto delito de agresión sexual y otro de coacciones después de escuchar la declaración de Doña Jennifer Hermoso prestada el 5 de septiembre (tal y como consta en el antecedente de hecho noveno).

4.2. Tipo de procedimiento

Al tratarse de un delito castigado con una pena de prisión de uno a cuatro años, el procedimiento aplicable sería a través del cauce del procedimiento abreviado (arts. 757 a 794 LECrim).

4.3. Iniciación del procedimiento

Tras la reforma operada por la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual, el art. 191 CP se modificó de la forma que sigue:

“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, bastará la denuncia del Ministerio Fiscal”.

Añade igualmente en un segundo apartado que *“en estos delitos el perdón del ofendido o del representante legal no extingue la acción penal ni la responsabilidad de esa clase”.*

Como vemos, resulta fundamental para poder proceder por delitos como el que es objeto del presente dictamen, que la persona agraviada (en nuestro caso, Doña Jennifer Hermoso), interponga denuncia al respecto por tales hechos. También sirve que el Ministerio Fiscal se querelle, cosa que ocurrió a fecha 8 de septiembre de 2023.

4.4. Fuentes de prueba

En cuanto a la cuestión probatoria, se da la circunstancia de que en este caso, el testimonio de la víctima no es la única fuente de prueba con la que contamos. En esa línea, existen grabaciones que captan el momento de los hechos, por lo que los requisitos que exige el Tribunal Supremo (TS) para tomar como válida esa prueba testimonial de la víctima (incredibilidad subjetiva, permanencia en la versión, ausencia de motivos

espurios...), no serían necesarios en este caso.

4.5. Costas

Las costas procesales son gastos ocasionados en el curso de un proceso, en este caso penal, y que deben ser soportadas por alguna de las partes, salvo su declaración de oficio. El CP dedica a ello dos preceptos, el art. 123 («*Las costas procesales se entienden impuestas por la ley a los criminalmente responsables de todo delito*») y el art. 124 («*Las costas comprenderán los derechos e indemnizaciones ocasionados en las actuaciones judiciales e incluirán siempre los honorarios de la acusación particular en los delitos sólo perseguibles a instancia de parte*»).

Las costas procesales consisten (art. 241 LECrim) en el reintegro del papel sellado (concepto en desuso), el pago de los derechos de arancel, el de los honorarios de abogados y peritos y el de las indemnizaciones correspondientes a los testigos que hubieren reclamado, así como en los demás gastos que se hubieren ocasionado en la instrucción de la causa.

La LECrim aborda las costas en los arts. 239 a 246, destacando la obligatoriedad de un pronunciamiento en la materia en las resoluciones incidentales o que pongan término a la causa, y que «*no se impondrán nunca las costas a los procesados que fueren absueltos*».

VII. ESCRITO DE ACUSACIÓN

A continuación, se expone cómo sería un eventual escrito de acusación, recogiendo en la práctica todo lo desarrollado hasta ahora desde el punto de vista teórico:

Procedimiento abreviado 000XX/2023

Juzgado Central de Instrucción nº XX

MADRID

AL JUZGADO

D. A.B.C., Procurador de los Tribunales y de **Doña JENNIFER HERMOSO FUENTES**, según tengo acreditado en el Procedimiento Abreviado 000XX/2023 del

Juzgado Central de Instrucción nº XX de Madrid, ante el mismo comparezco y, como mejor proceda, **DIGO**:

Que en la representación acreditada y con arreglo a lo dispuesto en el art. 781.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, intereso la apertura del Juicio Oral ante la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, y formulo acusación contra **Don LUIS MANUEL RUBIALES BÉJAR** en base a las siguientes:

CONCLUSIONES

PRIMERA. – Mi representada, Dña. Jennifer Hermoso Fuentes, se encontraba el día 20 de agosto de 2023, como jugadora de la Selección española de fútbol femenino en la entrega de medallas, tras proclamarse campeona al ganar la final del Mundial de Australia y Nueva Zelanda, celebrado en Sídney (Australia).

En el momento de proceder a la entrega de medallas, el entonces Presidente de la Real Federación Española de Fútbol (en adelante, RFEF), cogió con ambas manos el rostro de mi representada y seguidamente procedió a darle un beso en la boca, cuando la misma iba a recoger su medalla y saluda al resto de autoridades presentes.

SEGUNDA. – Los hechos narrados respecto de Dña. Jennifer Hermoso Fuentes, son constitutivos de un delito de agresión sexual previsto y penado en el art. 178 del Código Penal.

TERCERA. - De los expresados delitos resulta responsable, en concepto de autor el acusado, Don Luis Manuel Rubiales Béjar, conforme a los artículos 27 y 28 del Código Penal, respecto al beso realizado contra mi representada.

CUARTA. - No concurren circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal.

QUINTA. - Procede imponer a Don Luis Manuel Rubiales Béjar por el delito de agresión sexual la pena de 24 meses de multa a razón de una cuota diaria de 10 euros.

Pago de costas procesales, incluidas las de la esta Acusación Particular.

RESPONSABILIDAD CIVIL. – El acusado Don Luis Manuel Rubiales Béjar, deberá indemnizar a Dña. Jennifer Hermoso Fuentes en la **cantidad de CINCO MIL EUROS (5.000 €)**, en relación a los daños morales sufridos por la misma.

OTROSI DIGO: Que, para asegurar las responsabilidades derivadas del presente procedimiento, procede formar pieza de responsabilidad civil del acusado. Librándose los oficios necesarios a Seguridad Social, Hacienda y Registro de la Propiedad a fin de conocer los bienes e ingresos del acusado.

Asimismo, se le deberá requerir al acusado para prestar fianza en la **cantidad de CINCO MIL EUROS (5.000 €)**.

OTROSI DIGO I: Que, para el acto del Juicio Oral, esta parte propone los siguientes medios de prueba:

1) Interrogatorio del acusado, Don Luis Manuel Rubiales Béjar.

2) **TESTIFICAL.** - Por examen de los siguientes testigos:

- Doña Jennifer Hermoso Fuentes
- Don Luis de la Fuente
- Don Pablo García Cuervo
- Don Jorge Vilda Rodríguez
- Doña Alexia Putellas Segura
- Doña Irene Paredes Hernández
- Doña María Isabel Rodríguez Rivero

Esta parte interesa que la citación de testigos se realice a través de la Oficina Judicial y por conducto reglamentario.

3) **PERICIAL.** -

- A- Don D.E.F., perito informático, para que ratifique y en su caso complete el informe sobre la grabación de los hechos, obrante en las diligencias del presente procedimiento.
- B- Don G.H.I., perito psicólogo, para que ratifique y en su caso complete el informe psicológico realizado a Doña Jennifer Hermoso Fuentes, obrante en las diligencias del presente procedimiento.
- C- Don J.K.L., perito especializado en interpretación de signos y lectura labial, para que ratifique y en su caso complete el informe sobre la interpretación del lenguaje hablado a través del análisis de la grabación de los hechos, obrante en las diligencias del presente procedimiento.

4) DOCUMENTAL. - Por lectura de los folios de la causa.

5) Cualesquiera otras pruebas propuestas por las demás partes, aunque de contrario fueren renunciadas.

Por lo expuesto,

SUPLICO AL JUZGADO: Tenga este escrito por presentado. Se sirva admitirlo. Y a su vista, tener por solicitada la apertura del Juicio Oral ante la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional. Y en el sentido dicho, tener por formulado escrito de acusación y por propuesta la prueba que antecede, acordando su práctica.

Madrid, a 02 de octubre de 2023

VIII. CONCLUSIONES

PRIMERA.- Tras las reformas operadas sobre los delitos contra la libertad e indemnidad sexual, un beso en la boca no consentido constituye un delito de agresión sexual, previsto y penado en el art. 178 CP.

SEGUNDA.- El consentimiento debe considerarse realizado mediante manifestaciones que de manera clara expresen la voluntad del sujeto que padece la acción

(en este caso, el beso). En la medida en que fruto de la grabación de los hechos no se vislumbran tales manifestaciones claras, necesitando incluso Don Luis Rubiales acercar la cara de la jugadora con ambas manos para besarla, esta parte concluye que no existe consentimiento alguno.

TERCERA.- Cualquier tocamiento inconsciente en una zona socialmente aceptada como “erógena” (en nuestro caso, la boca), va a poder subsumirse tal comportamiento en el tenor literal del nuevo art. 178 CP.

CUARTA.- En nuestro caso, el medio probatorio fundamental se basa en la grabación captada en directo sobre los hechos objeto del presente dictamen, así como las pruebas que se practiquen en sede de juicio oral (interrogatorio del acusado, declaraciones testimoniales, práctica de la prueba pericial y de la prueba documental).

QUINTA.- En aras de salvaguardar la última ratio en la que se basa el Derecho penal y valorando que se trata no obstante de unos hechos de relevancia menor, comparándose con otros que pueden ser constitutivos del delito que nos ocupa, esta parte estima conveniente que la pena a imponer no fuera la de prisión, sino la de multa de 18 a 24 meses (a tenor del inciso previsto en el art. 178.4 CP).

IX. BIBLIOGRAFÍA

1. LIBROS CONSULTADOS

“DERECHO PROCESAL PENAL MATERIALES PARA EL ESTUDIO”, Fernando Gascón Inchausti 4ª edición Curso 2022/2023 (2022) I.S.B.N.: 978-84-09-14502-7.

TASCÓN, M. M. G. (2023). El Delito de agresión sexual en su configuración por la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual: comentario al artículo 178 del Código Penal. *Estudios penales y criminológicos*.

MONGE FERNÁNDEZ, Los delitos de agresiones sexuales violentas, 2005.

ESCUADERO GARCÍA-CALDERÓN, B., El consentimiento en Derecho penal, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014.

DÍEZ-PICAZO. Derecho de daños, pgs. 62 y 63; GONZÁLEZ PÉREZ

Responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas (6ª ed.).

2. ARTÍCULOS DE REVISTAS

De la Torre, J. L. R. (2022). Apuntes penales sobre la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de Garantía Integral de la Libertad Sexual (ley del «solo sí es sí»). La ley penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario.

Ceballos, E. (2023). El nuevo delito de agresión sexual en el Código Penal español: crónica de una reforma fallida. *Anatomia do Crime*, 17.

Revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal num. 69/2023 parte Legislación. Editorial Aranzadi, S.A.U., Cizur Menor (2023).

Matas, G. P. (2023). El «beso de Rubiales», otra faz de la violencia sexual y sexista en contexto profesional. *Diario La Ley*.

López, C. R. (2023). Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual [BOE-A-2022-14630]: Aspectos procesales de la ley del «solo sí es sí». *AIS: Ars Iuris Salmanticensis*, 11.

GARCÍA GARCÍA. La Ley , núm. 5213, diciembre 2000.

3. ENLACES

<https://docstore.ohchr.org/SelfServices/FilesHandler.ashx?enc=6QkG1d%2FPPRiCAqhKb7yhsuOMGYTziGXu2yX5ndBaQLvWdod5ss6xWygfO7xRGgRncRUpdNiVucyYWoDW%2FzZYqd6yzKWRn%2BXs0uDe%2B9FasiYeFiJzDSwplOrTWMMyTSOSd>

<http://www.eduardorojotorrecilla.es/2023/09/la-saga-del-beso-no-consentido-y-otras.html>

https://www.iustel.com/diario_del_derecho/noticia.asp?ref_iustel=1236476

<https://www.diarioconstitucional.cl/2023/09/24/el-beso-de-rubiales-otra-faz-de-la-violencia-sexual-y-sexista-en-contexto-profesional-por-gloria-poyatos-i-matas/>

<https://www.laboral-social.com/abuso-poder-violencia-genero-trabajo-beso->

X. JURISPRUDENCIA

1. TRIBUNAL SUPREMO

1.1. Sentencias del Tribunal Supremo

STS 355/2015, de 28 de mayo [ECLI:ES:TS:2015:2599]
STS 227/2021, de 11 de marzo [ECLI:ES:TS:2021:1914]
STS 476/2006, de 2 de mayo [ECLI:ES:TS:2006:2578]
STS 396/2018, de 17 de julio [ECLI:ES:TS:2018:3104]
STS 38/2019, de 30 de enero [ECLI:ES:TS:2019:227]
STS 99/2021, de 4 de febrero [ECLI:ES:TS:2021:99]
STS 465/2022, de 12 de mayo [ECLI:ES:TS:2022:1957]
STS 524/2020, de 16 de octubre [ECLI:ES:TS:2020:3808]
STS 632/2019, de 18 de diciembre [ECLI:ES:TS:2019:4303]
STS 165/2022, de 24 de febrero [ECLI:ES:TS:2022:906]
STS 702/2022, de 11 de julio [ECLI:ES:TS:2022:3036]
STS 107/2019, de 4 de marzo [ECLI:ES:TS:2019:873]
STS 928/1999, de 4 de junio [ECLI:ES:TS:1999:3942]
STS 87/2011, de 9 de febrero [ECLI:ES:TS:2011:679]
STS 55/2012, de 7 de febrero [ECLI:ES:TS:2012:799]
STS 702/2013, de 1 de octubre [ECLI:ES:TS:2013:4748]
STS 126/2015, de 12 de mayo [ECLI:ES:TS:2015:1875]
STS 396/2018, de 26 de julio [ECLI:ES:TS:2018:3104]
STS 1546/2002, de 23 de septiembre [ECLI:ES:TS:2002:6077]
STS 981/2005, de 18 de julio [ECLI:ES:TS:2005:4872]
STS 573/2017, de 18 de julio [ECLI:ES:TS:2017:3187]
STS 105/2005, de 29 enero [ECLI:ES:TS:2005:1832]
STS 804/2006, de 20 julio [ECLI:ES:TS:2006:4602]
STS 511/2007, de 7 junio [ECLI:ES:TS:2007:4022]
STS 16-06-2016
STS 11-10-1999
STS 09-11-2000
STS 29-01-2009
STS 324/2022, de 30 de marzo [ECLI:ES:TS:2022:1198]

STS 12/2023, de 19 de enero [ECLI:ES:TS:2023:127]
STS 389/2022, de 21 de abril [ECLI:ES:TS:2022:1528]
STS 377/2021, de 22 de abril
STS 258/2021, de 18 de marzo [ECLI:ES:TS:2021:1106]
STS 21-01-2016
STS 967/2022, de 15 de diciembre [ECLI:ES:TS:2022:4686]
STS 392/2022, de 21 de abril [ECLI:ES:TS:2022:1578]
STS 544/2022, de 1 de junio [ECLI:ES:TS:2020:2163]
STS 785/2021, de 15 de octubre [ECLI:ES:TS:2021:3862]
STS 14-7-2010
STS 23-12-2010
STS 61/2023, de 7 de febrero [ECLI:ES:TS:2023:346]
STS 68/2020
STS 23/2023, de 20 de enero [ECLI:ES:TS:2023:311]
STS 22-04-2015
STS 27-05-2020
STS 20-05-2009
STS 957/2018, de 16 de mayo
STS 40/2007, de 26 de enero
STS 264/2009, de 12 de marzo [ECLI:ES:TS:2008:1018]
STS 794/2015, de 3 de diciembre
STS 855/2016, de 11 de noviembre
STS 147/2017, de 8 de marzo [ECLI:ES:TS:2017:861]
STS 812/2017, de 11 de diciembre [ECLI:ES:TS:2017:4831]
STS 445/2018, de 9 octubre
STS 636/2018, de 12 de diciembre [ECLI:ES:TS:2018:4154]
STS 588/2019, de 27 de noviembre [ECLI:ES:TS:2019:3971]

1.2. Autos del Tribunal Supremo

ATS 398/2016 de 11 febrero [ECLI:ES:TS:2016:2168A]

1.3. Acuerdos del Tribunal Supremo

Acuerdo del Pleno no Jurisdiccional de la Sala 2.^a del Tribunal Supremo de 10 de octubre

de 2003.

2. AUDIENCIA PROVINCIAL

SAP Madrid (Secc. 15ª) 313/2018, de 18 mayo [ECLI:ES:APM:2018:8984]

3. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

3.1. Autos del Tribunal Constitucional

ATC núm. 341/2005, de 26 septiembre [ECLI:ES:TC:2005:341A]

3.2. Sentencias del Tribunal Constitucional

STC 17/2003, de 30 de enero (Rec. de Amparo nº 1150/1999), [ECLI:ES:TC:2003:17]

4. OTRAS FUENTES

4.1. Circulares de la Fiscalía General del Estado

Circular 1/2023, de 29 de marzo, sobre criterios de actuación del Ministerio Fiscal tras la reforma de los delitos contra la libertad sexual operada por la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre.