

Abuso de poder y violencia de género en el trabajo: ¿Qué lección del «beso (robado) de rubiales»?

Cristóbal Molina Navarrete

*Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.
Universidad de Jaén (España)*

cmolina@ujaen.es | <https://orcid.org/0000-0001-8830-6941>

I

Cuenta la célebre zarzuela española de la «leyenda del beso», estrenada con éxito en el lejano 1924, la maldición realizada por la madre de Amapola, hermosa mujer nacida de la relación con un «mal hombre», según la cual todo aquel que osara besarla moriría sin remedio, aun de amor por ella. Quienes peinan canas, como yo, recordarán que fue muy célebre la versión del intermedio («intermezzo») de esta obra cantada por el grupo Mocedades (el histórico, hoy hay tres, tras múltiples conflictos familiares), así como una versión instrumental de Luis Cobos¹. En cambio, para quienes son más jóvenes, la lírica del «beso robado» quizás se concrete en la preciosa canción de Beret², que comienza con la estrofa «nunca se sabe el precio de un beso robado y al final el nuestro nos salió tan caro». Tal es la imagen icónica del «beso robado» que incluso tiene un día internacional³, el 6 de julio, desde hace años envuelto en gran polémica, por el cambio sociocultural y la fuerza de la cuestión social feminista. No, ninguno de estos besos envueltos en arte, que «matan» o «cuestan caros» ocupa el centro del debate mundial, especialmente en España, sino otro.

Inicialmente concebida como una «tormenta de verano» («serpiente» o «culebrón»), por nacer como un episodio, a todas luces muy infortunado, de una noticia histórica, de mayor alcance profesional y social, el Campeonato Mundial de Fútbol para la selección femenina

¹ «La leyenda del beso» (Luis Cobos & The Royal Philharmonic Orchestra) - YouTube

² Beret - «Beso robado» (Lyric Video Oficial | Letra Completa) - YouTube

³ Día del Beso Robado: la polémica historia detrás de la famosa foto que marcó un hito - La Nación

española –la primera estrella en el pecho para nuestras futbolistas–, el «asunto del beso de Rubiales» ha alcanzado la condición de «huracán» en grado 5, máximo. Como tal, todo lo ha inundado y todo lo ha sacudido, no solo en el sector del fútbol profesional, sino en el debate sociopolítico y cultural, en España, pero también más allá de nuestras fronteras, al provocar el choque de dos mundos, de dos culturas, hoy enfrentados en un conflicto socialmente transversal y que se ha presentado en toda su radicalidad:

- La «cultura del sexismo resistente» (machismo) en todas las esferas de vida, en especial en las estructuras deportivas, pero también en las organizaciones de trabajo en general, de un lado.
- La «cultura del feminismo prevalente» como principal punto de vista para valorar y enjuiciar la realidad (la perspectiva de género como canon tendencialmente hegemónico de valoración de las cosas del mundo).

En esta dicotomía, conformada por una sucesión interminable de diatribas de todo tipo y puntos de vista, no pareciera haber espacio para la ponderación o la reflexión más sosegada, por otro lado, típica del derecho (principios como el escuchar a la otra parte, o la presunción de inocencia, etc., así lo exigen), aun con perspectiva de género, sino que o se hace una defensa a ultranza de la «víctima» o se está con el «verdugo». El «silencio» sería cómplice (p. ej., quienes no han salido a la plaza pública a posicionarse a favor de la jugadora avalan el machismo imperante), quien calla otorga («quien no rechaza de forma pública la violencia de género, la asume», viene a decirse). El «ruido» en una dirección también (p. ej., los aplausos en la, bochornosa, Asamblea General de la RFEF del viernes 25 de agosto, prevista para la dimisión –inevitable– del presidente de aquella, pero que terminó siendo su anacrónico «grito de guerra» contra la realidad), hasta el punto de que se quiere como «causa objetiva» de despidos (del seleccionador femenino –incluso del masculino–) o de la disolución de los órganos federativos. Veleidosa, al día siguiente, la mayoría de la asamblea reprobó la –inapropiada e inaceptable– conducta presidencial. Eso sí, tras la suspensión por la FIFA (la lealtad vasalla lo sería al poder, perdido este, finada aquella). Celebrado el sumarísimo juicio mediático (planetario), la plaza pública –y las expertas en violencia de género– dictan sentencia inapelable: culpable de agresión sexual.

II

Quienes cultivamos el derecho del trabajo vivimos de forma familiar el axioma –más que el principio– jurídico, trasunto del primado de la realidad (la [STS, Sala 4.ª, núm. 149/2023, 21 de febrero](#) prima la realidad social que exige proteger la confianza social en torno a la no tolerancia del alcohol en la conducción sobre la doctrina jurídica gradualista clásica, a la hora de calificar la gravedad de una conducta –en el caso, el consumo de drogas de un conductor, aunque no incide en su conducción–): se dice que «las cosas son lo que son,

no lo que las partes dicen que son». Una suerte de canon jurídico–social clave para la calificación de las situaciones de laboralidad, por ejemplo, pero también tributarias, esto es, cuando hay un interés de orden público prevalente, donde se imponen los criterios jurídicos objetivos, no los subjetivos, a fin de evitar el abuso de la autonomía privada o voluntad (para el derecho de los negocios *vid.* STS, Sala de lo Civil, núm. 693/2019, de 18 de diciembre).

Desde este enfoque realista, máxime teniendo en cuenta que la conducta se produjo a la vista del mundo entero, cuando todas las cámaras de centenares de medios y países grababan la ceremonia de entrega de premios, y atendida la extrema transcendencia de los derechos e intereses en juego (derechos fundamentales de las jugadoras, valores superiores de una sociedad y un ordenamiento, decoro deportivo, prestigio mundial del fútbol profesional, imagen de país, etc.), podría pensarse que la realidad aquí parece clara, al margen de la posición –variable–, en cada momento –cambiante–, de cada parte (jugadoras y presidente de la RFEF). Está grabada, todo el mundo lo vio, de ahí que fuese tan inmediato el juicio social y su condena. Pero, en un Estado constitucional de derecho tomado en serio, ¿qué es lo que el mundo entero ha visto realmente?

Más preguntas. ¿Por qué el TAD (Tribunal Administrativo Deportivo), constituido por siete juristas especialistas, mujeres y hombres, han necesitado cinco días para deliberar y luego fallar en contra de lo que casi «todo el mundo –decía– sabía»: el Sr. Rubiales había incurrido en una infracción grave –no muy grave– del régimen disciplinario, por conducta indecorosa, sin –pretendidamente– abuso de autoridad presidencial? ¿Por qué la FIFA adoptó, de inmediato, una medida de «justicia cautelar» (según el art. 13. 1 y 2 de su código disciplinario –violaciones de los principios del juego limpio o de las reglas básicas de conducta digna–)⁴ y el CSD ha venido dilatando esa decisión, pese a que una parte del Gobierno en funciones le demandaba más agilidad ante un caso fragante de «violencia machista»? Ahora pide a la benévola «justicia deportiva española» –no es un tribunal, solo es un órgano administrativo, pese a su pomposo nombre– una medida cautelar del procedimiento administrativo común. Al margen del dilatado tiempo penal –abierto–, ¿por qué ni un solo análisis penalista serio se aventura a afirmar con razonable certeza que el «beso robado» de Rubiales es una agresión sexual ex artículo 178 del CP, como clama la plaza pública y ya ha sentenciado en el sumarísimo «juicio político–social»?

Una explicación de esta tensión (contraste) entre la realidad mundialmente «vista» y la «realidad jurídica» puede estar en el cambio de «percepción de la realidad» vivida por ambas partes desde el comienzo del lamentable episodio, que ha ensombrecido un momento mágico del fútbol femenino español. Si al principio parecía haber, siempre en un entorno de incomodidad de la jugadora «sorpresivamente» besada, cierta compartida comprensión (p. ej., vídeo en el vestuario, donde se bromea sobre el beso dado, incluso se sigue a modo de broma, con la mención del aprovechamiento del viaje a Ibiza para que el presidente y la ca-

⁴ <https://elpais.com/deportes/futbol/2023-08-30/preguntas-y-respuestas-del-caso-rubiales.html#?rel=mas>

pitana se casaran; alguna entrevista radiofónica a la jugadora, así como al presidente, etc.), inmediatamente se fue distanciando la imagen de esa realidad. Para el –cavernícola– discurso del presidente, aferrándose al cargo, estábamos ante un «beso ("pico") espontáneo, mutuo, eufórico y consentido», inocente, sin deseo sexual ni posición de dominio⁵, explicándolo así la RFEF –lo que reafirmaría, para diversos análisis un «patrón machista de la conducta», revictimizando a la jugadora, considerada víctima de una conducta de «violencia sexual»–⁶:

*Los hechos son los que son; y, por muchas declaraciones que se hagan para distorsionar la realidad, es imposible cambiar lo ocurrido. El beso fue consensuado. El consentimiento se dio [...] con las condiciones del momento. Después puedes pensar que has cometido un error, pero no puedes cambiar la realidad*⁷.

En cambio, para la jugadora, con el apoyo total del resto de jugadoras, hasta el punto de abstenerse colectivamente de acudir («¿huelga?») a la selección en tanto no cambie de raíz la dirección del fútbol español, la situación es bien diversa. Varios días después del hecho conflictivo se expresa a través de un comunicado, formalizado por su sindicato, Futpro, en el que, tras revelar la presión sufrida –directamente y también su familia– para salir en un vídeo oficial que quitara hierro al asunto del beso y reprobar la «cultura de manipulación» del presidente, reconoce:

La situación me provocó un *shock* por el contexto de celebración, y con el paso del tiempo, tras profundizar un poco más en esas primeras sensaciones, *siento la necesidad de denunciar [...] ya que considero que ninguna persona, en ningún ámbito laboral, deportivo o social, debe ser víctima de este tipo de comportamientos no consentidos. Me sentí vulnerable y víctima de una agresión, un acto impulsivo, machista [...]*⁸.

A lo que añade –evidenciando la dimensión colectiva del conflicto sociolaboral, sin el cual no se entiende realmente el contexto en el que se inserta toda la situación–:

Este tipo de incidentes se unen a una larga lista de situaciones que las jugadoras hemos venido denunciando en los últimos años, por lo que este hecho [...] es solo la gota que colma el vaso [...]

⁵ https://www.youtube.com/watch?v=PW6kR_yWIF0

⁶ <https://www.publico.es/mujer/patron-machista-rubiales-paso-paso-filtracion-video-jenni-hermoso-re-mate.html>

⁷ [https://www.theguardian.com/football/2023/aug/26/spain-luis-rubiales-football-federation-president-jenni-hermoso#:~:text="](https://www.theguardian.com/football/2023/aug/26/spain-luis-rubiales-football-federation-president-jenni-hermoso#:~:text=)

⁸ <https://www.sport.es/es/noticias/seleccion/femenino/comunicado-oficial-jennifer-hermoso-luis-91349639>

III

En este irreconciliable choque de «visiones de la realidad», de un «mismo hecho», hay algunas cosas claras. De un lado, que no se trata de un hecho puntual o episódico, sino que, en última instancia, refleja la diferente posición de cada parte en torno a un tipo de conflicto que viene de atrás y que, en consecuencia, desborda la dimensión individual. A la dimensión interpersonal, pues, añade una clara faceta institucional y organizacional, en consecuencia, social⁹. De otro lado, que, de conformidad con el artículo 1 del Convenio 190 de la OIT, sobre violencia y acoso en el mundo del trabajo, vigente para España desde el 25 de mayo de 2023, estamos ante una *forma de violencia en una relación deportiva profesional (trabajo deportivo) por razón de género*, en la medida en que:

1. Se trata de un comportamiento *inacceptable*, como todo el mundo asume, incluso el Sr. Rubiales, al margen de la adjetivación que reciba el beso en la boca (pico por ser superficialmente en los labios) propinado, de forma sorpresiva y fugaz, es decir, de que se trate de un beso robado o forzado o no propiamente.
2. Es *susceptible*, en sí mismo y por el modo como se produce, de provocar un daño a la jugadora víctima de aquel comportamiento, independientemente de cuál sea el objeto de la conducta o el resultado concretamente producido. El tipo de daño posible puede ser personal (físico, psíquico, sexual) o patrimonial (económico).
Como afirmara la [STC núm. 56/2019](#), de 6 de mayo, y ahora refuerza el Convenio 190 de la OIT, ni la violencia ni el acoso requieren intencionalidad de dañar ni actualización del daño para constatar su tipicidad como conducta antijurídica. Y ello pese a que persistan sentencias empeñadas en mantenerse ancladas en esa doble exigencia (dolo específico y resultado dañoso, como la STS, Sala de lo Social, de Castilla-León (Valladolid), de 29 de junio de 2023 (rec. núm. 940/2023), cuya anacrónica doctrina contradice la prevalente visión constitucional e internacional.
3. *Responde a una razón de género*, porque se ha realizado contra una jugadora que, como mujer, esto es, por razón de su sexo o género, tiene una mayor prevalencia a la hora de verse afectada por este tipo de conductas en relación con jugadores profesionales de sexo masculino (letra b, art. 1 del Convenio 190).

De este modo, que estamos ante la expresión de *una forma de violencia machista (o de género) en el fútbol profesional (trabajo deportivo)* no es dudoso, salvo, a lo que parece, para el TAD. Pero *¿es también un modo de violencia-agresión o acoso sexual*, como ha sentenciado el juicio abrumadoramente mayoritario de la plaza pública?

⁹ <https://elpais.com/television/2023-08-31/romper-el-silencio-la-vejacion-de-las-futbolistas-antes-de-sidney.html>

Vaya por delante que el eventual descarte –lo que sostengo desde el primer día– de su calificación como una forma de violencia sexual, sea agresión (p. ej., art. 178 CP), sea acoso (p. ej., art. 6 Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación en relación con el art. 7.2 de la Ley Orgánica 3/2007, 22 de marzo) no ha de significar la pérdida de gravedad de este asunto, pues en todos los casos estaríamos en el marco de la violación no solo de derechos profesionales, sino fundamentales (p. ej., art. 10 en relación al art. 15 CE –dignidad e integridad personales–, art. 14 –discriminación por razón de género–). Ahora bien, es evidente que estaremos ante conductas diversas y exigiría, en consecuencia, vías jurídicas diferentes y más apropiadas para aprehender el injusto jurídico de esta conducta inaceptable, en todo caso, del presidente federativo, englobando no solo el «beso sorpresivo», por inesperado y no deseado, sino varios actos que le precedieron (p. ej., tocarse los genitales, cargar al hombro con una jugadora durante la celebración, como si de un gesto de raptó cavernícola se tratara –o mitológico–, etc.).

IV

En efecto, de aceptarse el enfoque asumido mayoritariamente por el juicio político– social alentado por la lectura feminista de este asunto, la constatación de una agresión sexual del presidente federativo contra una de las capitanas de la heroica selección de fútbol femenino cabría plantearse, al menos, dos vías jurídicas de corrección severa de esta inaceptable conducta. Una externa, típicamente de «justicia penal», otra interna, de «justicia administrativo-profesional deportiva». Ahora bien, ¿una agresión (violencia) machista, ni deseada ni del agrado de la jugadora («no me ha gustado», expresó en el vestuario) es sinónimo de agresión sexual? No, en absoluto, aquí trataré de explicarme jurídicamente, al margen de la libre valoración social que cada cual derive.

En el plano de la referida justicia penal (ya abierta por las diligencias de la Fiscalía de la Audiencia Nacional –sin duda instadas por la presión del Gobierno también por esta vía, una vez ha apostado plenamente por la condena severa de esta conducta–), no sería la primera vez que se enjuicia un beso en la boca propinado de forma sorpresiva y fugaz, o incluso solo simulada (p. ej., condena al empresario que, para intimidarla, simuló besar a la portavoz de Podemos en el Parlamento andaluz)¹⁰. Y las decisiones jurisdiccionales, también atendiendo de modo ponderado y específico a las circunstancias concurrentes (conducta, contexto, etc.), han tenido razonamientos y fallos diferenciados. Así, también en un entorno profesional, la SAP de Madrid 313/2018, 28 de mayo (rec. núm. 579/2018), juzgó el caso de un hombre que, al despedirse de su compañera de trabajo en el *aparcamiento* de la empresa, pues dejaba su puesto, le pidió dos besos (ósculos, según la distinción tradicio-

¹⁰ https://www.diariodesevilla.es/juzgado_de_guardia/sentencias/empresario-simulo-beso-condena-sentencia_0_1445855567.html

nal –carácter de beso afectivo–), en la mejilla, accediendo la mujer a ellos, sorprendiéndola con un beso fugaz en los labios, tomándole la cara. La injerencia en su intimidad corporal causó en la mujer una reacción de llanto y nervios.

La trabajadora, personada como acusación particular, se querelló por un delito de abuso sexual (arts. 181 y 182 CP –anterior a la [Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual](#), LOGILS, ley del «solo sí es sí»–, pero la condena lo fue por el –precedente– delito leve de coacciones (art. 172.3 CP). No es ocioso recordar el razonamiento de la Audiencia Provincial para justificar la notable rebaja de la valoración penal de la conducta antijurídica del trabajador, por lo que no quedó en impunidad penal, pero sí significativamente reducido el juicio jurídico de reprobación –leve– y, en consecuencia, la condena:

En el presente caso, teniendo en cuenta cómo se produjeron los hechos, por la mañana, en una zona pública y que el acto fue fugaz (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. (FJ 2.º).

A mi juicio, esta doctrina judicial, amparada en precedente y actual doctrina de la Sala Penal del Tribunal Supremo, puede ser muy relevante como referencia para la suerte que tendrá –ya anticipo que nula– el proceso penal abierto en el asunto Rubiales. El artículo 178 de la CP, relativo al delito de agresión sexual, que sustituye (abriendo una gran polémica social y política, que dio lugar a una no menos agria reforma –[LO 4/2023, de 27 de abril](#)–) al viejo delito de abuso sexual, apenas difiere, en lo que nos interesa, de la situación precedente.

Concretándose este tipo penal en cualquier acto que atente contra la libertad sexual de una persona sin disponer de su consentimiento (pena de prisión de 1 a 4 años), con un tipo agravado (si media violencia, intimidación o abuso de una situación de superioridad o de vulnerabilidad de la víctima), apartados 2 y 3, y un tipo atenuado (cuando los hechos revistan menor gravedad y atendidas las circunstancias personales del sujeto culpable), las claves de la punición penal residirían en la constatación de dos elementos (Circular de la Fiscalía General del Estado –FGE– 2/2023, de 29 de marzo–)¹¹:

- El contenido estrictamente sexual o no del acto realizado (elemento objetivo del tipo penal). Conviene advertir que si bien el tipo penal exige dolo para su comisión, no ánimo especial libidinoso (STS, Sala de lo Penal, núm. 165/2022, de 24 de febrero).

¹¹ <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2023-4513>

- La constatación o no de consentimiento –*a priori*, no *a posteriori*, sin que sirva el perdón–, a fin de que la mujer –mayoría de los casos– no se vea involucrada en prácticas de contenido sexual que no deseadas (elemento volitivo).

Precisamente, la SAP de Sevilla núm. 401/2019, de 27 de septiembre (confirmada por la Sala de lo Civil y Penal del TSJ de Andalucía, tras el recurso de apelación) entendió que, en el citado caso del empresario que simuló besar a la portavoz de Podemos, hubo contacto físico y, por tanto, tendría contenido sexual. De ahí la concurrencia del tipo de abuso sexual en el caso, sin que pueda tolerarse como broma de mal gusto. En cambio, no apreciará ni vejación ni padecimiento psíquico, no incidiendo la conducta en la dignidad de la mujer afectada por el delito. Tampoco impondrá una condena de prisión, sino solo pecuniaria: la interposición de la mano del acusado entre su boca y los labios de la afectada, el carácter fugaz del acto y la menor gravedad de la conducta aconsejan la opción por la pena pecuniaria (e indemnización por daño moral de 2.500 euros).

Asimismo, la STSJ, Sala de lo Civil y Penal, de Navarra, núm. 25/2022, de 26 de septiembre, condenó por delito de abuso sexual a un hombre que propinó un beso en la boca a una persona menor de 16 años. El condenado por abuso sexual, amigo de la familia, salió del domicilio de esta, encontrándose con la joven en las escaleras. Al verla, tras comentarle «a ti te estaba yo buscando», la cogió del cuello acercándola a su cuerpo y, pese a que la chica trató de esquivarlo, la besó en los labios. En este caso, el MF cambió su posición (primero pidió absolucón, por entender que era un ósculo –beso amistoso, no sexual–, pero producida la condena, pidió en el recurso que se confirmara el año de prisión y a una indemnización de 3.000 euros por daño moral). A mi juicio, aquí sí se produce un acto no consentido con manifiesto contenido sexual, no amistoso, viviéndolo la menor como un atentado a su libertad sexual. También la citada STS, Sala 2.^a, núm. 165/2022 condenó por abuso a un hombre que, encontrándose casualmente en la escalera con una menor, que venía observando previamente con fines sexuales, la abrazó por la cintura y le dirigió un beso en los labios, que la menor esquivó, besándola en la mejilla.

Como vemos, la valoración jurídico-penal de un beso no querido exige atender muy de cerca al modo y contexto (circunstancias objetivas y subjetivas) para concluir si hay o no lesión de la libertad sexual, aun tratándose de un mismo acto –beso sorpresivo y fugaz–, como en nuestro caso (p. ej., SSTS, Sala de lo Penal, núm. 832/2007, de 5 de octubre y núm. 476/2006, 2 de mayo). Determinante será la vivencia de la víctima (que lo viva como acto sexual o no; que vivido como sexual lo consienta o no)¹². A mi juicio, el precedente más cercano al asunto Rubiales, sin ser igual, lógicamente, es el relativo al beso del compañero laboral y, en consecuencia, la conducta, o bien carece de contenido sexual propiamente, en este caso de beso fugaz y sorpresivo dado en el contexto de euforia de un logro mundial o, al máximo, sería una sanción penal menor, como también se halla en otros precedentes

¹² <https://almacenederecho.org/el-beso-agresion-sexual>

(p. ej., SSTS núm. 763/2017, de 27 de noviembre y núm. 957/2016, de 19 de diciembre). El problema es que se condenó por faltas a la integridad moral (viejo art. 620.2 CP), eliminadas en 2015 y sin alternativa de conservación como delitos leves hoy, en tiempos de Rubiales¹³.

V

En suma, por lo razonado, me parece inadecuada la vía penal (so pena de imponer como ley penal la ley ética dominante, aunque ya se haya presentado *querrela* por la Fiscalía ante la Audiencia Nacional –p. ej., STS núm. 677/2018, de 20 de diciembre) para la debida respuesta jurídica ante esta conducta de violencia machista, por sexista (el beso espontáneo e inesperado del «rey federativo» es la guinda de quien se siente triunfador y eufórico, no solo por el campeonato del mundo, sino porque ha terminado imponiendo su ley en el conflicto global con las jugadoras, exhibiendo su poder por encima de quienes, como futbolistas, acababan de mostrar al mundo su capacidad de superar las barreras puestas en su camino de reivindicación profesional en un deporte eminentemente masculino). Ahora bien, excluir la vía penal no ha de significar que no pudiera –y debiera– actuarse otra forma de tutela frente a la violencia por razón de sexo-género en el seno de una actividad deportiva, en este caso interna a la organización federativa obligada a prevenirla, por tanto, típica de la protección de riesgos profesionales en el deporte: *la activación del protocolo de gestión frente a la violencia y el acoso sexual*.

Sorprendentemente, ávida la sociedad del escarmiento penal, tiende a dejarse en el silencio, incluso en el olvido, pedirle a la RFEF –y a órganos públicos competentes, según la propia disposición primera de la Ley 39/2022, de 30 de diciembre (LD/2022)– que actúe en cumplimiento de sus obligaciones de protección eficaz del derecho –ahora ya universal– de las futbolistas españolas de un *entorno deportivo seguro y saludable, libre de violencia y acoso* en el desempeño de su actividad. Así se deriva del artículo 2 del citado Convenio 190 de la OIT. Pero también resultaría esta aplicación de la normativa española, deportiva y laboral.

Podría pensarse, respecto a la legislación deportiva, conforme al artículo 31.4 de la nueva Ley del deporte, que este tipo de deberes de protección corresponde solo a las entidades empleadoras directas (clubes), al exigir relación laboral, lo que no sucede con las jugadoras de la selección nacional. Sin embargo, según el artículo 66 de dicha ley, en la medida en que existe una obligación de cesión temporal a la federación, la RFEF también está obligada a la protección de su salud ex artículos 14 y 24 de la LPRL, en línea con lo que sucede con otras relaciones externalizadas laborales (al respecto, de gran interés el monográfico que publica la *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, en su número de septiembre-octubre de 2023, bajo la dirección de la profesora Margarita Miñarro. Un ejemplo de aplicación de la

¹³ <https://www.observatoriovascosobreacoso.com/el-beso-de-rubiales-ante-el-derecho-tomando-en-serio-la-perspectiva-de-genero/>

LPRL a riesgos psicosociales en entornos organizativos complejos –en el caso Administración de Justicia– la **SJS núm. 8 de Barcelona**, de fecha 18 de mayo de 2023, autos 502/2021)¹⁴.

En cuanto organización privada que es la RFEF (art. 51 Ley del deporte), aun con su ejercicio de funciones públicas delegadas, tiene obligación de disponer de protocolos de gestión de la violencia o el acoso por razón de género, en virtud de los artículos 48 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, de igualdad efectiva de mujeres y hombres (LOIEMH) y del –algo confuso– artículo 12 de la citada LOGILS. Obligaciones preventivas reforzadas no solo por el deber de aplicar el Convenio 190 de la OIT, sino también por el artículo 33 de la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación (sobre la que, dicho sea de paso, sigue existiendo una enorme polémica aplicativa, en torno a su retroactividad –que acepta, a mi juicio inadecuadamente, la STSJ de Galicia de 29 de junio de 2023, **rec. núm. 1639/2023–**). Y de ello es consciente (aunque confusa e irregularmente) la propia RFEF, que contaría con dos «protocolos» («no quieres caldo, toma dos tazones»):

- a) Uno de actuación para la prevención el acoso en el trabajo (2015), pactado¹⁵.
- b) Y otro relativo a la prevención, detección y actuación frente al acoso y abuso sexual (2018), unilateral, no colectivamente pactado¹⁶.

En ambos casos se garantiza la aplicación a las futbolistas de la selección. El segundo tiene como curiosidad, junto a lo limitado de su ámbito (abuso y acoso sexuales) y el nombramiento de una persona «delegada de protección», un «comité asesor» presidido por el presidente de la RFEF, esto es, hasta su suspensión, por el Sr. Rubiales, que nombra a las otras dos personas integrantes. Es decir, en este caso, cabría concluir –permítaseme la licencia– que se pone al «lobo a cuidar de las ovejas». A la vista de la delimitación tan restrictiva (acoso por razón de sexo –sexual o sexista–, acoso moral, abuso sexual), son claras sus deficiencias, por cuanto la conducta del Sr. Rubiales constituye –a mi juicio– una forma de violencia sexista en el trabajo (institucional), por tanto, discriminatoria, pero ni «abuso sexual» ni acoso (ni sexual, ni sexista, ni moral).

Cierto, estos protocolos incluyen un «beso a la fuerza» como una eventual conducta de abuso o acoso si tiene ese contenido sexual reseñado, aquí descartado. De ahí la necesidad de revisar los protocolos referidos conforme a la previsión del actual artículo 4.5 nueva Ley del deporte (obligación de la federación de disponer de un protocolo efectivo de prevención de toda forma de violencia y acoso por razón de sexo o género, incluidos los actos discriminatorios por rales causas). No obstante, sorprende que en este artículo toda «actuación que pueda ser considerada discriminación, abuso o acoso sexual o acoso por

¹⁴ <https://www.juntadeandalucia.es/organismos/iaprl/servicios/actualidad/noticias/detalle/429067.html>

¹⁵ https://rfe.es/sites/default/files/pdf/protocolo_actuacion_acoso.pdf

¹⁶ https://rfe.es/sites/default/files/pdf/protocolo_prevencion_abuso_y_acoso_federacion_futbol.pdf

razón de sexo o autoridad» solo sea sancionada –a través del Consejo Superior de Deportes– como falta grave, en los términos del artículo 105 de la Ley del deporte, cuando, como recordaremos, en el ámbito laboral son infracciones muy graves (art. 8.11, 12, 13 y 13 bis TRLISOS). La infravaloración de la violencia sexista en el deporte es nítida.

VI

Deficiente, pues, también esta vía de intervención interna e institucional contra la forma de violencia sexista que representa la conducta del Sr. Rubiales –la actualización al nuevo marco normativo también puede actuarse mediante requerimiento por parte de la ITSS, que tiene competencias al respecto–, hay que seguir buscando los canales jurídicos más efectivos y eficaces de reprobación y corrección, al resultar jurídicamente inaceptable. Miremos la vía de la «justicia deportiva», actuada por el Consejo Superior de Deportes, en adelante CSD, si bien de forma igualmente muy defectuosa: de aquellos polvos (petición razonada del CSD al TAD de 25 de agosto –apertura de expediente disciplinario por dos infracciones muy graves–, bien fundamentada, pero escasamente articulada probatoriamente) estos lodos (Resolución del TAD 155/2023, 31 de agosto, que considera, por mayoría, existente una infracción grave, pues la muy grave pedida no quedaría ni indiciariamente probada).

Para introducirla del mejor modo que sé, sociocultural y jurídicamente, elegiré, antes de afrontar la crítica de la resolución mayoritaria del TAD –muy desafortunada en el doble plano referido para el análisis de este emblemático asunto–, la siguiente frase de la recientemente nombrada mejor jugadora de la temporada 2022-2023 por la UEFA:

Como sociedad no podemos permitir el abuso de poder en una relación laboral. Desde Jenni a todas las mujeres que sufren lo mismo, estamos con vosotras. Esperamos que esta sociedad mejore. (Aitana Bonmati)¹⁷.

¿Por qué iniciar con una frase de parte, expresada con el lenguaje de la emoción, una argumentación técnica, que quiere basarse en el lenguaje de la razón del derecho? El motivo es que, justamente, fuera del enfoque penal, en el propio de la justicia deportiva, el principal debate jurídico ha quedado centrado en si el comportamiento de Rubiales constituye o no un abuso de autoridad tipificado en el orden disciplinario deportivo.

Así lo intuye –como se ha indicado– la mejor jugadora de la UEFA, lo cree la inmensa mayoría de la comunidad mundial y defendemos un sector jurídico, incluido el fundado voto particular del presidente del TAD, considerándolo un genuino abuso (sexista) de autoridad

¹⁷ <https://www.lasprovincias.es/deportes/futbol/duro-mensaje-aitana-bonmati-rubiales-reconocida-mejor-20230831194640-nt.html>

en el transcurso de la celebración por el logro del Campeonato Mundial de Fútbol femenino. Por su modo y contexto representaría una infracción administrativo-deportiva muy grave (art. 104.1 letra j) de la LD/2022; art. 76.1 a) de la LD/1990 –vigente según la disp. trans. 3.ª de la LD/2022 en relación con su art. 119.3–). No lo sería para otros análisis, como –de forma errada– ha concluido el voto mayoritario que conforma la Resolución del TAD núm. 155/2023, de 31 de agosto. Para esta, estamos solo ante una notoria falta de decoro o indignidad deportivos del presidente de la RFEF, constitutiva de infracción grave (arts. 76. 4, letra b) LD/1990 y 18 b) RD 1591/1992, sobre disciplina deportiva), aunque sí esté ahora calificada como muy grave en la LD/2022 (art. 104.1 letra i), incluso en el art. 14 h) del RD 1591/1992.

VII

Centrado –como hemos apuntado– el mayor punto doliente del debate jurídico de la justicia deportiva nacional –el plano de la FIFA es diferente, pues sí se pone el acento en el carácter indigno o indecoroso del presidente de la RFEF– en la constatación o no de un abuso de autoridad, careciendo de la más mínima duda la existencia de una infracción grave del decoro deportivo, la crítica debe dirigirse sobre aquella cuestión. No obstante, previamente, conviene realizar un apunte sobre la contradicción normativa (antinomía) que, respecto de la falta de decoro o dignidad deportivas, presenta el régimen legal disciplinario deportivo actualmente vigente y aplicable al «caso Rubiales», superada en la nueva regulación, aún no vigente (por dejadez gubernamental, al incumplir el plazo de seis meses previsto para el desarrollo normativo previsto en la ley). Así se evidencia en el razonado voto particular del presidente del TAD.

En efecto, hoy hallamos dos valores administrativos diversos de los actos notorios y públicos contrarios al decoro o a la dignidad deportivos:

- a) «En todo caso... como infracción deportiva grave» (art. 76, 4 b) de la vieja ley del deporte, y art. 18 b de la norma reglamentaria que la desarrolla).
- b) Como infracción deportiva muy grave «cuando revistan una especial gravedad. Asimismo, se considerará falta muy grave la reincidencia en infracciones graves por hechos de esta naturaleza» (art. 14 h de la norma reglamentaria).

En síntesis, para el voto mayoritario, sin considerar existente contradicción jurídica de ningún tipo (por lo tanto, descarta todo razonamiento relativo al eventual *ultra vires*), sí que habría una dualidad de tratamientos del artículo 14 h) de la norma reglamentaria, en atención al sujeto que ejerce la potestad disciplinaria. Así, cuando es el TAD el que ha de ejercerla, estaría sometido a un principio de interpretación restrictiva de las normas, de modo que solo debe aplicar la infracción taxativa y específicamente prevista en la ley, sin atender a las innovaciones que pueda establecer la norma reglamentaria.

En cambio, cuando se trata de otras entidades, en cuyo caso sí regiría un criterio de flexibilización del principio de legalidad, abriéndose la norma a una mayor colaboración entre la ley y el reglamento para conformar los tipos infractores. En coherencia –afirma–:

La circunstancia de que este Tribunal no aplique el artículo 14 h) del Real Decreto 1591/1992, de 23 de diciembre cuando ejerce la competencia para tramitar y resolver expedientes disciplinarios atribuida en el artículo 84.1 b) no es óbice para que sí lo hagan los demás sujetos activos de la potestad disciplinaria al tiempo de investigar y, en su caso, sancionar conductas que se subsuman en dicho tipo infractor reglamentario. Y, solamente cuando este Tribunal esté fiscalizando la conformidad a derecho de las sanciones impuestas por los Clubes, Ligas y Federaciones en ejercicio de la competencia revisora que le atribuye la Ley 10/1990 [...], en su artículo 84.1.a), podrá entonces apreciar la habilitación normativa contenida en el Real Decreto 1591/1991, de 23 de diciembre para confirmar o, en su caso, revocar, las sanciones [...] (FJ 8.^a).

El voto particular no comparte esta lectura rígida de la norma (que la mayoría ampara en el carácter sancionador de la norma aplicable) y literal (que fundamenta en el estricto principio de legalidad disciplinaria). Al contrario, considera que la citada letra h) del artículo 14 del Real Decreto 1591/1992 sería desarrollo del artículo 76.2 a), que *considera como una infracción específica muy grave del personal directivo el incumplimiento de cualquier disposición reglamentaria*. Esta lectura sistemática, que da preferencia a la tipificación específica (infracciones del personal directivo) será la que se asume por la doctrina judicial contencioso-administrativa (p. ej., STSJ de Madrid, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6.^a, de 17 de febrero de 2005, rec. núm. 2504/2002), seguida por la propia «doctrina administrativa» del TAD en más de un precedente (p. ej., las resoluciones del TAD 370/2021, de 4 de marzo¹⁸ y 188 bis/2022, de 16 de septiembre)¹⁹. Inequivoca es esta doctrina precedente del TAD:

En este sentido, procede recordar que tanto los «los abusos de autoridad» como los que «los actos notorios y públicos que atenten contra la dignidad o decoro deportivos» tienen la consideración de infracción muy grave, tanto en la Ley 10/1990, de 15 de octubre, del Deporte (art. 76.1.a y 4.b) como en el Real Decreto 1591/1992, de 23 de diciembre, sobre Disciplina Deportiva (arts. 14.a y 18.b). (Resolución del TAD 370/2021, 4 de marzo, FJ 4.º, penúltimo párrafo).

En consecuencia, con magnífico criterio jurídico, el voto particular (firmado el 1 de septiembre del 2023) desvela dos graves extralimitaciones por parte del TAD, que harían, en sí mismas, viciar de invalidez esta tan polémica, como errada, resolución del TAD:

¹⁸ https://estaticos.csd.gob.es/csd/TAD/2021/RES_370.2021_Rugby.pdf

¹⁹ https://estaticos.csd.gob.es/csd/TAD/2022/RES_188.2022_bis_TAD_Gimnasia.pdf

- El carácter razonable de la fundamentación de la petición razonada del CSD exige su tramitación como tal, al cumplir los requisitos legales (art. 61.3 de la Ley 39/2015, LPAC), sin perjuicio del fallo que finalmente se adopte de fondo. No le corresponde al TAD, en esa fase procedimental administrativa inicial, «realizar otras consideraciones que puedan contaminar la instrucción y en su caso decisión por el propio Tribunal de lo acordado hoy».
- La apariencia de cobertura legal de la norma reglamentaria litigiosa debe ser suficiente para que el TAD la tome en consideración, dentro de una lectura o interpretación global o sistemática del conjunto del derecho aplicable, sin la formulación de un juicio apriorístico de invalidez legislativa sobre una norma reglamentaria. Un «tribunal administrativo» (art. 1 del Real Decreto 53/2014, de 31 de enero) carece de los medios que la LOPJ y la LRJCA atribuyen al poder judicial, bien para inaplicar, bien para declarar la ilegalidad de una norma reglamentaria.

El voto mayoritario, sin embargo, considera que esa doctrina jurisdiccional no le es aplicable, en virtud de la distinción antes referida (cuando no actúa como órgano revisor de la potestad disciplinaria de otras entidades, sino ejerciéndola directamente –de forma exclusiva en virtud del art. 76 LD/1990 y las normas reglamentarias que desarrolla cada supuesto específico, correlacionado en el propio reglamento, según remisión del art. 84.1 b) LD–, estaría sujeto por el principio de interpretación restrictiva, sin la flexibilidad de que dispone en el primer caso).

VIII

A diferencia de la nueva LD/2022, conforme a la cual el nudo gordiano de este asunto se centraría, sin ninguna duda, en la falta de decoro deportivo (o concurrencia de una clara indignidad deportiva) del Sr. Rubiales como presidente de la RFEF en la celebración del campeonato ganado por las féminas, considerado ahora –corrigiendo la evidente antinomia existente en el viejo, pero vigente, régimen– como una infracción disciplinara deportiva muy grave ex art. 104, esa posición nodal le correspondería a lo que –a todas luces, menos para el voto mayoritario del TAD– pareciera ser un «abuso de autoridad» de libro, infracción muy grave, tanto en el artículo 104 de la LD/2022 como en el artículo 76.1 a) de la LD/1990. Por tal se entiende, en síntesis, según la jurisprudencia contencioso-administrativa, toda forma de ejercicio extralimitado de las funciones que el ordenamiento jurídico otorga a una persona que ostenta poder (público o privado) o autoridad (pública). No hay duda alguna en su delimitación jurídica, contenciosa y civil como tal extralimitación de uso o ejercicio de las competencias o poderes legalmente atribuidas (p. ej., SSTS, Sala 3.ª, Sección 1.ª, de 20 de enero de 2012, FJ 2.º, y Sección 3.ª, de 26 septiembre de 1989, FJ 4.º; STSJ de Castilla-La Mancha, núm. 236/2006, de 8 de mayo, FJ 3.º). En suma, se protege el recto y justo ejercicio de las facultades que se tiene legalmente atribuidas.

Ahora bien, el problema viene en el momento de ponderar la exigencia de gravedad de esa extralimitación para entender aplicable el tipo infractor disciplinario deportivo, optando, de nuevo, el TAD por una interpretación ya no solo restrictiva (conforme a los criterios generales previstos para la infracción correspondiente a la indignidad deportiva), sino, además, excepcional, pese a que la norma legal no hace distinción respecto de los diversos tipos infractores ni requiere una cualificación especial de gravedad del abuso. Así, los elementos del tipo del injusto deportivo y los criterios de interpretación serían:

- a) Toda actuación cuya injusticia reside en el carácter desmedido o extralimitado del uso que se hace de la condición de poder que se ostenta (aquí presidencia federativa), porque se excede, propasa o aprovecha de aquella, resultando manifiestamente inapropiada o inadecuada a su finalidad y contenido.
- b) La extralimitación supone un uso del poder o autoridad extramuros del fin para el que se otorga, dirigiéndose a satisfacer intereses personales del titular.
- c) Al tratarse de un concepto jurídico indeterminado se aplica excepcionalmente.
- d) Exige una prueba fehaciente, sin conjeturas, de actuación de forma manifiesta y consciente (dolosa) violando la ley, prevaleciendo de su autoridad.

Como vemos, sin claro fundamento jurídico, el TAD eleva a tal entidad del injusto el tipo infractor disciplinario de abuso de autoridad que recurre al derecho penal («nos basaremos en los criterios exigidos en el ámbito penal para la admisión a trámite de una querrela, aplicables, con modulación, al ámbito disciplinario»). Hasta tal punto que integra el tipo legal con la exigencia de una elevada gravedad objetiva de la conducta y de un intenso elemento subjetivo, es decir, la conducta no solo debe ser manifiestamente extralimitada, sino que deberá ser realizada a propósito y con plena conciencia de su antijuridicidad, para satisfacer sus intereses personales, absolutamente ajenos a los públicos, para los que el ordenamiento atribuye la potestad de la que se abusa. Por lo tanto, no solo debe constatarse una clara o manifiesta extralimitación, sino que la conducta debe ser tan arbitraria e injusta que carezca de la más mínima razonabilidad, siendo consciente quien la realiza de que está prevaleciendo de su autoridad para incurrir en una conducta desmedida, solo justificada por satisfacción personal.

Así integrado el tipo infractor legal, que solo contempla elementos objetivos y sin la exigencia de una especial gravedad, elevando en extremo las exigencias para aplicarlo, hasta hacerlo excepcionalísimo, considera que ni el beso en la boca ni la difusión por la RFEF de informaciones tergiversadas para justificar la actuación del presidente tienen la suficiente entidad como para integrar el tipo de abuso de autoridad ex artículo 76.1 a) de la LD/1990. El primero porque:

Es la jurisdicción penal la competente para apreciar las circunstancias del hecho, quedando extramuros del ámbito disciplinario deportivo la valoración y sanción de un acto de contenido sexual con abuso de una situación de superioridad.

En consecuencia:

[...] el hecho del beso no se incardina en el tipo infractor de abuso de superioridad tal y como se ha definido anteriormente, pues la conducta denunciada y la tipificada en el artículo 76.1 a) son distintas (FJ 9.^º).

En relación con el segundo hecho, la difusión con medios de la RFEF de comunicados para justificar la conducta del presidente, en detrimento de la posición de la jugadora en sus comunicados posteriores, que evidencia estar ante hechos ni queridos ni consentidos ni aceptables, de un lado, entiende, otra vez, que se estará más cerca de la conducta penal (falsedad documental) que de lo disciplinario y, de otro, y aquí esta, en realidad, una clave de la decisión mayoritaria del TAD, reprocha al CSD que no le haya aportado pruebas adecuadas de esos elementos de prueba indiciaria, sino tan solo unos recortes de periódico. Una vez más, acude a la doctrina penal (ATS, Sala de lo Penal, de 13 de febrero de 2023, FJ 5.^º), para descartar el valor de las noticias periodísticas como principio de prueba o prueba indiciaria. A lo sumo, serviría para iniciar una información reservada, previa al procedimiento disciplinario propiamente, del que quedaría extramuros. A esta falta de comunicado, el TAD reprocha al CSD que no aporte indicios tampoco de una actuación «dolosa» y «consciente» del presidente de la RFEF de impulsar este tipo de informaciones.

En este ámbito es donde más intensa es la crítica, nada velada, al CSD, al entender que no le ha aportado auténticas pruebas indiciarias (sin llegar a ser pruebas de cargo en sentido estricto, aunque su exigencia es muy elevada, para tratarse de una fase inicial, quedando pendiente toda la fase de instrucción propiamente del expediente), por lo que considera inválidos como tales los vídeos y comunicados del presidente y la RFEF en los que se trata de insistir en las manifestaciones atribuidas a la jugadora. Sobre lo que se considera una muy débil actividad probatoria, el TAD rechazará reconducir al abuso de autoridad la conducta, recordando la especial intensidad exigible al tipo de injusto aquí en litigio. Así, insiste en que:

no basta con un ejercicio extralimitado de las funciones por el sujeto activo, ni con una mera ilegalidad o simple contradicción de la conducta con la norma aplicable para entender colmados los elementos constitutivos de la infracción del artículo 76.1 a). En su lugar y de acuerdo con el principio de ultima ratio de la disciplina deportiva, es necesario que la extralimitación en el ejercicio de las funciones no solamente sea jurídicamente incorrecta, sino que además sea de tal entidad que no pueda ser explicada con una argumentación mínimamente razonable. Y lo cierto es que este Tribunal no aprecia [...] la existencia de indicios mínimamente suficientes que evidencien, en el estadio preliminar en que nos encontramos, sospechas fundadas de una extralimitación grosera, arbitraria, consciente y voluntaria en el ejercicio de las funciones del presidente y en su beneficio personal.

Como puede apreciarse, el TAD ha dejado por completo fuera de su valoración lo más relevante de la conducta inaceptable del presidente, el beso. A su –discutible– juicio, es una cuestión extramuros del derecho disciplinario. Al contrario, sería un tema penal.

Eso sí, incurriendo en una clara contradicción, no salvada con su insistencia en la proyección de los principios penales al procedimiento disciplinario modulada por la «prudencia», acude a la vía penal para lo que dificulta la delimitación del tipo disciplinario, pero queda extramuros en lo que pudiera servir de referencia, para evidenciar su importancia social, además de jurídica. A su juicio, se trataría de una conducta de contenido sexual que, en lo que depende del carácter consentido o no, tan solo podría valorarse penalmente, no en sede disciplinaria.

IX

No es asumible jurídicamente, a mi juicio, esta interpretación, que deja extramuros del derecho disciplinario deportivo conductas de contenido sexual o sexista, tan solo porque pudieran ser también constitutivas de delito. Una afirmación tan irracional y falsa como la que sostuviera que no es posible afrontar en el ámbito no penal el acoso por razón de sexo o género solo porque puede constituir un delito, vaciando de sentido todas las leyes, también los instrumentos legalmente previstos, como los protocolos de gestión de la violencia y el acoso por razón de sexo o género, para afrontar estas conductas en ámbitos no penales y, claro está, sin perjuicio de la vía penal, abierta y preferente.

Por los argumentos que realicé en la primera parte de este análisis, esto convencido de que acierta el voto particular cuando recuerda que las leyes del deporte, la vieja y la nueva, como otras leyes (p. ej., art. 29 Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno) han optado por un tipo infractor que no deja extramuros eventuales conductas si tienen contenido sexual o sexista, tan solo porque eventualmente pudieran constituir, si superan el juicio de intervención mínima, un delito, atendiendo a la gravedad de las conductas. En consecuencia, salvo que fuese suspendido el procedimiento disciplinario por prevalecer el penal, es posible valorar en el ámbito disciplinario un tipo de conductas que, como el beso del presidente de la RFEF, por el modo y contexto en que se produjo, aun desprovisto de contenido sexual –como ya se expuso, por lo tanto, extramuros del art. 178 CP– puede representar:

En las condiciones que se produjo [en una entrega de trofeos, en una final de un mundial y retransmitido en directo [...] un acto desmedido e injusto [...] discriminatorio para la mujer y realizado precisamente por quien se haya en la posición de superioridad que permite realizar este tipo de actos, con absoluto desprecio hacia la persona a la que se besa. Este exceso, aún desprovisto de un contenido sexual, no puede tener la simple consideración de reacción pasional inadecuada (SAN, Contencioso, de 20 de abril de 1999, rec. núm. 135/1998), dado el marco en el que se realiza, sobre quién se realiza y la situación de preeminencia del que lo hace.

Asimismo, el voto particular considera que también motivaría suficientemente la apertura del expediente solicitado por abuso de autoridad el eventual uso de los medios federativos

para difuminar o blanquear una conducta indecorosa del presidente. Sí que existirían indicios bastantes para entender que la jugadora besada ha sido presionada (tal y como ella misma ha manifestado en comunicados públicos) a tal fin. Circunstancia esta última que «de acreditarse plenamente [...] también llenaría el tipo infractor citado (SAN, Contencioso, de 5 de octubre de 1999, rec. núm. 122/1997)».

X

Ciertamente, como termina concluyendo, con ánimo de relativización de la posición mayoritaria, pero también de la propia discrepante, el voto particular, se trata una vez más de una cuestión de valoración jurídica: si, con los indicios probatorios y argumentos del CSD, así como con la amplia difusión que ha tenido esta cuestión en todos los medios de comunicación mundial, con el análisis exhaustivo de todos los comunicados de la RFEF y de la propia jugadora, existen indicios bastantes y no meras sospechas, para iniciar un expediente sancionador por este motivo, sin perjuicio de lo que resulte finalmente de la instrucción del mismo y de la valoración de fondo en la resolución final. Para la mayoría no existen tales indicios, para el voto particular sí. Ahora bien, tanto la mayoría como el voto particular ignoran, o silencian, por completo, que esa valoración tiene otro tipo de condicionantes jurídicos, que no son opcionales: la perspectiva de género como canon jurídico obligatorio para el ejercicio de la disciplina deportiva por parte del TAD.

La justicia disciplinaria deportiva, la ejerza el órgano administrativo que la ejerza, no puede quedar al margen de la interpretación y aplicación de las leyes de referencia con la debida perspectiva de género, como no queda tampoco extramuros de él el proceso penal. Así lo recuerda la citada Circular 1/2023, de 29 de marzo, de la FGE sobre criterios de actuación del Ministerio Fiscal tras la reforma de los delitos contra la libertad sexual, al traer a colación que el enfoque de género (comprensión de las normas atendiendo realmente a los estereotipos y relaciones de género, sus raíces y consecuencias, concurrentes en las situaciones enjuiciadas y que inciden en la producción normativa, a fin de corregirlos) es un criterio interpretativo-aplicativo vinculante, no solo para los tribunales de justicia, también para los órganos administrativos, conforme prevé de una forma expresa el artículo 2 de la LOGILS en relación con el Convenio de Estambul (arts. 6 y 49.2; Recomendación general 35 sobre la violencia por razón de género contra la mujer, por la que se actualiza la n. 19, aprobada por el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (CEDAW) el 26 de julio de 2017). En él se incluye la obligación de las Administraciones públicas de actuar desde el enfoque de género frente a cualquier forma de violencia contra las mujeres, aunque no sea sexual ni represente una forma típica de acoso (sexual o sexista). En realidad, se reafirma el mandato del artículo 4 de la LOIEMH y reforzado –también ampliado– con el artículo 7 de la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación. En la doctrina administrativa destaca el Informe 393/2021, de 10 de junio de 2021, del Consejo de Estado.

De forma incomprensible, e incorrecta, jurídicamente, el TAD –la mayoría de forma absoluta, el voto particular sin darle la relevancia debida– ha prescindido por completo de este enfoque a la hora de interpretar el régimen disciplinario deportivo. Y decimos de forma incomprensible porque, paradójicamente, la querencia del TAD en la resolución a acogerse a la doctrina jurisprudencial penalista, para ser lo más restrictivo posible en la comprensión de los tipos disciplinarios, casi como si fuesen tipos penales, requerida, que se orilla imprudentemente, se abandona totalmente en relación con este obligado enfoque, pese a que es conocida la aceptación y aplicación del enfoque de género en el derecho penal por parte de la Sala 2.^a. Inequívoca es la STS, Sala 2.^a, núm. 217/2019, de 25 de abril, y posteriores (en el mismo sentido SSTS, Sala de lo Penal, núm. 201/2019, de 10 de abril; núm. 114/2021, de 11 de febrero, y núm. 852/2021, de 19 de mayo, entre muchas otras), conforme a las cuales se recuerda la obligación establecida en el Convenio de Estambul, directamente aplicable en nuestro derecho (arts. 29 y 30 de la Ley 25/2014, de 27 de noviembre, de tratados internacionales), de atender a la perspectiva de género en la interpretación de los tipos penales (arts. 6 y 36 del Convenio), como recuerda la referida circular de la FGE (dicho sea de paso, por cierto, valorada como bien «documentada» y «valioso elemento para el estudio», en la STS, Sala 2.^a, núm. 473/2023, 5 de junio).

En consecuencia, pese a la decisión mayoritaria de dejar extramuros de la valoración de la conducta del Sr. Rubiales a efectos disciplinarios la dimensión de género, y más en particular el impacto de los estereotipos y relaciones sexistas subyacentes, tanto a esa conducta como a la delimitación de los tipos infractores por la vieja ley del deporte y en la comprensión tan rigurosa, rígida, del tipo de abuso de autoridad (incluso del referido tipo de falta de decoro deportivo, al calificarla solo como grave y no muy grave), el TAD estaba obligado a integrar esa perspectiva para interpretar y aplicar ambas infracciones alegadas por el CSD, desde luego el de abuso de autoridad. Al margen del aspecto del consentimiento o no propiamente del beso litigioso, parece claro que, en toda la escena o secuencia seguida por el Sr. Rubiales en la celebración, luego continuada en varias de sus declaraciones públicas, por tanto, notorias –no necesitan prueba de cargo–, estamos ante una conducta inaceptable que responde a una prevalencia de su posición federativa de presidente para crear una presión en la jugadora facilitadora de un acto desviado, solo posible por ser mujer, pues de ser un jugador hubiese sido improbable, incurriendo, conforme al artículo 1 del analizado Convenio 190 de la OIT, en una forma de violencia sexista o de género –no sexual–. Una conducta posible por la desigual posición de poder existente, por la presión que el entorno y momento de celebración mundial genera a la jugadora, incómoda con la situación y que solo satisface intereses personales, sin una justificación mínimamente razonable atendiendo a los fines a los que obedecería su presencia en ese acto, como presidente de la RFEF. De ahí que al resultado de violencia machista incorpore una dimensión discriminatoria, por lo que no puede subestimarse a la hora de valorar la entidad del abuso de autoridad, ni exigirse tal entidad dolosa que termine haciendo excepcional la protección efectiva de un derecho fundamental ex artículo 14 de la CE, cuando es doctrina reiterada del Tribunal Constitucional que la violación de tales derechos no requiere ánimo específico.

En esta infravaloración extrema e injustificada del tipo abuso de autoridad también se ha prescindido del impacto que esta cuestión tiene mundialmente, afectando de una forma muy grave a la reputación profesional e institucional del fútbol español. La imagen del fútbol español ha quedado muy comprometida por una conducta tan desviada de lo que se espera de una presidencia federativa, atendiendo a la gran trascendencia social y pública del fútbol, como el Tribunal Constitucional ha tenido oportunidad de reseñar en varias ocasiones a otros efectos (p. ej. STC núm. 6/1985, FJ 3.º) y destaca la doctrina administrativo-disciplinaria del propio TAD (p. ej., Resolución 133/2023, de 10 de agosto)²⁰. Por ejemplo, a fin de justificar el entendimiento de forma restrictiva de los límites a la libertad de expresión y derecho de crítica deportiva, derecho fundamental como lo es la no discriminación, también la integridad personal, incluso la dignidad de las jugadoras, por lo que debería resaltarse esta exigencia de un plus de protección en un ámbito en el que, tradicionalmente poco efectiva, hoy habría –también a raíz de la visibilidad que ha supuesto ganar la copa del mundo de fútbol femenino– un clamor social, formalizado legalmente, de especial respeto y consideración, máxime cuando se trata de la mayor dignidad institucional del fútbol español. A mayor poder federativo (institucional, aunque sea entidad privada) se ostenta, mayor responsabilidad social se asume y, por tanto, sus eventuales conductas extralimitadas, como en este caso, deben tener un plus de desvalor (reprobación) del injusto disciplinario, porque el abuso es más notorio y trascendente.

La citada disposición final primera de la LD/2022 avala esta idea, cuando refuerza la protección antiviolencia sexista, al reformar la Ley 19/2007, de 11 de julio, contra la violencia, el racismo, la xenofobia y la intolerancia en el deporte, entre otras cosas, reclamando la intervención efectiva de la Comisión Estatal contra la Violencia, el Racismo, la Xenofobia y la Intolerancia en el Deporte (apartado 4). Todo ello significa que vivimos una sociedad donde el poder federativo debe ser ejemplarizante, respetando escrupulosamente un orden ético-social de valores comúnmente aceptados, desarraigando ciertas culturas del ejercicio autoritario y sexista del poder (muy típico del deporte profesional, más del fútbol, pero está también en el arte de los más talentosos, incluso)²¹. En cambio, el voto mayoritario del TAD, tan cuestionado (el voto particular muestra algo más de sensibilidad a permear los tipos de infracción disciplinaria deportiva con el enfoque de género, aunque no lo exprese así), termina tolerándolo, con su trivialización en la sede disciplinaria, dejando la reprobación, a la vía penal, consciente seguramente de que tal elevación del injusto será sinónimo de impunidad penal –como aquí hemos sostenido, por otro lado–. Es muy llamativo que la gran mayoría de los analistas valoren la pulcritud jurídica de la resolución mayoritaria, resaltando lo ponderada que resultaría, pero ni uno solo –son todos abogados tenidos por especialistas– repara en que ha prescindido por completo de la perspectiva de género, pese a ser debida, no elegible.

²⁰ https://estaticos.csd.gob.es/csd/TAD/2023/RES_133.2023_TAD_Futbol_Declaraciones.pdf

²¹ <https://elpais.com/cultura/2023-09-01/genio-tirano-y-violento-las-repetidas-agresiones-de-john-eliot-gardiner.html>

En cambio, en el ámbito de la justicia laboral, esta ponderación de la perspectiva de género tiene importantes desarrollos, que deberían ser ilustrativos. Por ejemplo, en el seno de la aplicación de las infracciones preventivas laborales específicamente reclama y aplica el enfoque de género la STSJ de las Islas Canarias (Las Palmas) de 2 julio de 2019, rec. núm. 369/2019²². Y en el ámbito del régimen disciplinario laboral, entre otras, destacamos la STSJ de Cataluña núm. 4380/2019, 25 de septiembre²³, que confirma el despido procedente, en este caso por acoso sexual, de un hombre que intentó besar en la boca a su compañera en un laboratorio profesional, dentro de una intención claramente de mantener una relación sexual-sentimental con su compañera, haciendo una aplicación magistral de la perspectiva de género, a fin de desvelar los estereotipos de género y promover su plena erradicación, sin aceptar pautas socioculturales sexistas normalizadas en otro tiempo, pero que ahora están fuera por completo de realidad, tanto de la conciencia social como de la cultura jurídico-social dominante (*vid.* recopilatorio judicial del profesor Eduardo Rojo²⁴, su-mándonos al merecido homenaje por su jubilación).

XI

Hipotecado por su propia precipitación en el juicio político-social y lastrado por la deficiente actuación del CSD, que no ató documentalmente (prueba) la petición de la apertura del expediente disciplinario deportivo, confiado en que el TAD se mostraría más flexible y comprensivo, el severo revés recibido ha hecho que el Gobierno decida buscar por la vía de la justicia cautelar deportiva una suspensión inmediata y ejemplarizante del Sr. Rubiales, que ya *de facto* existente para los 90 días establecidos por la FIFA, se le ha negado por el TAD al CSD, quedando ahora en manos del propio TAD. El Gobierno, pues, arremete de nuevo contra el presidente, ahora con el ariete de la suspensión cautelar, una práctica bastante extendida en el seno del TAD, como muestran sus precedentes y para lo que este tribunal administrativo sigue la doctrina jurisprudencial en la materia más clásica (la constatación de la apariencia de buen derecho –*fumus boni iuris*– y el peligro de retraso en la decisión –*periculum in mora*–). Así lo ha pedido razonadamente el CSD (lo prevé el art. 102 LD/2022), tras conocer la apertura del expediente solo por infracción grave, no muy grave, en aplicación de los artículos 56.1 de la LPAC y 41 del Real Decreto 1591/1992, pues en la legislación (ley –art. 79.1 a– y reglamentos –art. 25 f RD 1591/1992–) y en los códigos disciplinarios de la REEF (art. 94) se contempla expresamente la sanción de inhabilitación o suspensión (con un mínimo de un mes y un máximo de dos años, en proporción a la gravedad de la infracción cometida, como es lógico). La doctrina a tal fin del TAD

²² <https://www.laboral-social.com/la-STSJ-Canarias-2-julio-2019-sobre-camareras-de-pisos-integra-la-perspectiva-de-genero-en-la-interpretacion-de-los-criterios-de-modulacion-de-sanciones-de-la-LISOS.html>

²³ <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/00f11e1e30bc6d14/20191216>

²⁴ http://www.eduardorojotorrecilla.es/2023/09/la-saga-del-beso-no-consentido-y-otras_5.html

bebe del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional, y, por lo tanto, es conocida (p. ej., Resolución del Expediente del TAD 115/2023, 22 de junio, etc.)²⁵.

Para el CSD –enfoque que comparto–:

En este caso [...] el desprestigio de la imagen del deporte español, la afectación al interés público y la necesidad de reparar el señalado marco de convivencia prevalece sobre el interés particular del expedientado. Asimismo, en caso de que finalmente el expedientado no fuera sancionado [...] ocuparía de nuevo su cargo como presidente de la RFEF, y en ningún caso se produciría al mismo un perjuicio de imposible o difícil reparación. Es más, el perjuicio de imposible o difícil reparación se produciría [si] esta medida provisional no fuera adoptada.

No es probable que el TAD conceda esta suspensión provisional, que podría verse como una cierta enmienda parcial a sí mismo, debilitando su resolución –aunque errada, a mi juicio–, evitando que lo critiquen como «justicia deportiva salomónica» (cal y arena). El «guante de seda jurídica» al presidente y que ya esté suspendido por la FIFA juegan también en contra de esta cautelar²⁶. Con todo, no sería irrazonable su concesión.

XII

El recorrido de la «justicia disciplinaria deportiva» dista mucho de estar terminado. No solo porque falta la instrucción y decisión de fondo del expediente analizado, sino porque no son descartables otros. Así se deriva de la pendencia de diversas denuncias ante el CSD por este mismo asunto, que, de una forma imprudente –sin tapujos se lo ha hecho ver el TAD en su resolución, reforzando al tiempo su imagen de independencia–, no fueron trasladadas al TAD, seguramente debido a la búsqueda de una «gloria» en exclusiva, para arrojarse todo el protagonismo en la ejecución, de forma inmediata, de la «sentencia» dictada en el juicio social sumario y por aclamación, atendiendo de paso intereses político-gubernamentales. El CSD, y la sociedad, también la ética del deporte, lo están pagando «caro», con el desprestigio que ha conllevado este revés jurídico inicial, quizás ahorrable de haber sido menos ávido en su afán político y más serio en su hacer jurídico, aportando indicios probatorios más consistentes, que los hay y en abundancia.

Pero no se quedan aquí las posibilidades de mayor recorrido a la acción jurídica para este emblemático asunto de violencia sexista en el fútbol, uno de sus reductos, aunque no el

²⁵ <https://www.csd.gob.es/es/csd/organizacion/legislacion-basica/resoluciones-del-tad>

²⁶ <https://www.economistjurist.es/actualidad-juridica/la-suspension-cautelar-de-rubiales-que-pide-el-csd-tiene-escaso-recorrido-juridico-segun-los-expertos/>

único (p. ej., en el periodismo, las propias periodistas «justifiquen» la dificultad para denunciar de inmediato este asunto por vivir situaciones parecidas²⁷; en el mundo rural, no tiene nada de anecdótica, sino muy preocupante, que un ayuntamiento granadino –Albondón²⁸, en la Alpujarra– distinga en su regalo para la fiesta del pueblo a la ciudadanía: una botella de licor para señores, una taza con bayeta de limpieza para las señoras). Quedan las vías sociolaborales, dado que afecta a una jugadora profesional en su trabajo.

En efecto, hablamos de una trabajadora que sufre un comportamiento machista mientras realiza una actividad profesional. Por lo tanto, se abre un amplísimo abanico de posibilidades de protección, sea reparadora (incluye resarcimiento por la vulneración de derechos de la jugadora, profesionales y fundamentales, en el seno de una relación de trabajo, aunque la violación proceda de una entidad que no es su empleadora directa, pues está sujeta también a obligaciones de protección profesional y, por tanto, de responsabilidad en caso de inobservancia de aquellas) sea sancionadora (derecho social administrativo). Naturalmente, a tal fin se precisará que sea la propia jugadora afectada, de forma individual o a través de la representación de diversos grupos, sea su sindicato sean asociaciones feministas, u órganos especializados en la lucha contra la violencia sexista (siempre con el consentimiento de la jugadora), la que presenten las debidas denuncias (ante la ITSS, por ejemplo) y demandas (ante la jurisdicción social). Recuérdese que la indemnización de daños profesionales no requiere necesariamente la constatación de una baja laboral, que aquí no existe, ni que se trate de una situación de acoso –ni sexual ni moral–.

En efecto, solo en hipótesis, de haber mediado baja médica, sería tratada como una típica contingencia profesional, por lo que contaría no solo con la protección común, sino una específica, prevista en la Circular de la FIFA 1466, de 9 de enero de 2015, dictada dentro del programa de protección de clubes. En este caso, el propio club de procedencia de la jugadora sería compensado durante la incapacidad temporal por la lesión psicológica sufrida tras el actuar del presidente. Pero, que no medie baja no significa que no quepa una demanda contra la RFEF, y solidariamente al Sr. Rubiales, en el orden social, por incumplimiento del deber de protección, así como de no discriminación, dado que a la conducta inapropiada se ha sumado una contumaz resistencia a reconocer la antijuridicidad de la situación. Por lo tanto, junto a un eventual daño psíquico, por la ansiedad provocada a raíz de la presión continuada ejercida sobre ella, hay que sumar el daño moral por la vulneración de su derecho a la garantía de un entorno profesional libre de violencia sexista en el trabajo (aún no sexual, insistimos), afectando a los artículos 10, 14 y 15 de la CE. También la ITSS tiene sus deberes por cumplir en este ámbito, teniendo en cuenta tanto las deficiencias indicadas del sistema de prevención de estos riesgos de la RFEF como por la existen-

²⁷ <https://sport.jotdown.es/2023/08/27/como-ibamos-a-explicar-la-situacion-de-las-futbolistas-si-en-las-redacciones-estamos-rodeadas-de-rubiales/>

²⁸ <https://www.economista.es/actualidad/noticias/12424126/08/23/una-bayeta-para-las-mujeres-y-licor-para-los-hombres-el-polemico-regalo-de-un-pueblo-de-granada-por-las-fiestas.html>

cia eventual de violación de la dignidad profesional de la jugadora (art. 8.10 TRLISOS) y de conducta discriminatoria, aunque no constituya acoso (ni sexual ni sexista), por lo razonado, que son los casos que mayor presencia suelen tener en el ámbito laboral, como se indicó.

No podemos ni debemos ir más allá en este análisis. Sí es momento de hacer un breve balance valorativo, que aquí centraremos en las «lecciones» que este lamentable asunto nos debe exigir aprender. Por supuesto en clave jurídico-social (como se intenta hacer en el ámbito de la ética social periodística, por ejemplo)²⁹.

La primera es la necesidad de transponer, con inmediatez y precisión, en nuestro derecho interno el concepto de violencia por razón de género en el trabajo para todas las formas que no constituyan acoso propiamente, ni sexual ni sexista, pues aquel está ausente de nuestro ordenamiento jurídico, a diferencia de este. Así nos lo exige el artículo 7 del Convenio 190 de la OIT, a fin de hacer frente a las conductas más cotidianas en el trabajo, de menor entidad, pero que mantienen esta cultura de dominación de género (sexismo). La segunda es que, siendo necesario contar con esta delimitación legal, no es suficiente para garantizar su plena efectividad, requiriendo la actualización de los instrumentos de gestión de estas situaciones. Las existentes –los protocolos de gestión del acoso– se han revelado ineficaces. En realidad, el asunto Rubiales ha dejado al desnudo las deficiencias de estos instrumentos, ya difundidos en la gran mayoría de las organizaciones, privadas y públicas, pero escasamente interiorizadas, porque no son tomadas en serio; quedan, por lo general, en los cajones, salvo requerimientos inspectores o judiciales.

En tercer lugar, y finalmente, por no hacer más largo este análisis, parece nítida la exigencia de concienciar y formar a todas las personas que integran los tribunales, en especial los administrativos, como el TAD, también a organismos como el CSD, sobre la dimensión de diligencia debida del enfoque de género. No es ninguna opción jurídica, no es elegible por el órgano aplicador de las leyes, cualquiera que sea su naturaleza y su ámbito, desde luego también en el administrativo disciplinario deportivo, sino que debe ser aplicada de forma vinculante. No es comprensible que ni el voto mayoritario ni el voto particular, ni tampoco ningún comentarista jurídico «especializado» de la resolución del TAD hagan referencia alguna a este enfoque de género en la ponderación obligada del derecho aplicable en esta resolución. No se puede integrar el tipo infractor de falta de decoro o dignidad deportivas ni el de abuso de autoridad-poder federativo sin tener en cuenta la perspectiva de género.

Por supuesto, el canon jurídico de género no puede prejuzgar la solución, ni puede desplazar por completo a los demás cánones jurídicos ex artículo 3 del CC, dado que se trata de aplicar el Derecho, no actuar solo con equidad de género (una extralimitación hallamos en la STSJ de Madrid núm. 318/2023, 27 de marzo, con un voto particular mucho mejor

²⁹ <https://fundaciongabo.org/es/etica-periodistica/entrevistas/podemos-los-periodistas-aprender-algo-del-caso-rubiales-hermoso>

fundado que el mayoritario: reconoce una prestación a favor de familiares pese a faltarle 43 días para cumplir los 45 días, atendiendo a que fue cuidadora del padre, un criterio de pura equidad de género de la mayoría –justicialismo de género de ocasión–. Ahora bien, lo que tampoco se puede hacer es ignorar de forma absoluta ese canon, cuando sí se hace una aplicación muy severa y servil de los principios penales al régimen disciplinario, pero se desdeña por completo un enfoque de género que, sin embargo, sí asume la circular de la Fiscalía. El TAD hace una aplicación fragmentaria y sesgada del derecho aplicable, de modo que en vez de corregir el sesgo de género de la norma y de la situación, lo perpetúa. Pero debe «acabarse»³⁰ tal falta de diligencia de género del TAD.

³⁰ <https://elpais.com/sociedad/2023-09-03/se-acabo-el-pico-que-revento-el-sistema.html>