

*Resolución adoptada por el Defensor del Pueblo, el 24 de noviembre de 2022, sobre la solicitud de interposición de recurso de inconstitucionalidad contra la Ley 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual*

*(Boletín Oficial del Estado, núm. 215, de 7 de septiembre de 2022)*

## **ANTECEDENTES**

**PRIMERO.** Mediante escritos recibidos en el Registro del Defensor del Pueblo los días 22 de septiembre, 13 de octubre y 3 de noviembre de 2022, respectivamente, han comparecido un ciudadano; una ciudadana, en representación de un partido político; y un ciudadano, en representación de otro partido político. Todos ellos solicitan la interposición de recurso de inconstitucionalidad contra la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual (*Boletín Oficial del Estado* número 215, de 7 de septiembre).

**SEGUNDO.** Por lo que se refiere al primer ciudadano, indica, fundamentalmente, lo siguiente:

Entiendo que esta nueva legislación aprobada recientemente atenta contra mis siguientes derechos, recogidos en nuestra Constitución española de 1978:

- Artículo 24.2: Se viola mi derecho a la presunción de inocencia como hombre, al invertir su definición legal la carga de la prueba y ser el varón el que debe demostrar su inocencia ante un presunto delito contra la libertad sexual de la mujer, no al revés. Asimismo, la inespecificidad manifiesta que recoge esta legislación en lo concerniente al consentimiento sexual a través de la máxima «solo sí es sí» me produce, como hombre, una situación de indefectible indefensión ante cualquier declaración de la mujer que asuma que tal consentimiento no se «expresó claramente», cuando si se hubiere producido. El consentimiento sexual no es un acto claramente objetivable en las relaciones sexuales, tampoco medible, tampoco justificable por parte del acusado. La ambigüedad jurídica en este aspecto se traduce en una situación de indefensión del hombre ante la mujer.

- Artículo 1.1: Se viola mi derecho a la igualdad jurídica como hombre, al tratarse de una legislación que asume mi culpabilidad ante la denuncia a tal efecto de una mujer, incluso en el caso de que no hubiere elemento probatorio alguno, ni siquiera forense, para demostrar un delito contra su libertad sexual. Asimismo, no se me reconocen tales derechos como hombre en el caso de poder necesitar presentar una denuncia de violación de mis derechos de libertad sexual en cualquiera de mis relaciones sexuales. Esto supone un completo cambio de paradigma en la relación de tipo sexual entre hombre y mujer, un cambio que rompe por completo la presunción de inocencia del hombre ante un consentimiento que, de forma natural en las relaciones sexuales, ni siquiera es tácito, objetivable ni verbalizado. Una situación sexual nunca es completamente lineal ni mucho menos se verbaliza tanto como el legislador entiende en este

aspecto. Y en los casos en los que sí se verbalice, no es un acto objetivable ni justificable para una defensa (del varón) en un juicio.

**TERCERO.** El partido político [...] se refiere al inciso del artículo 178.1 del Código Penal, en su nueva redacción, sobre el consentimiento sexual: «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».

Indica que tal precepto

deja en desventaja a la persona acusada, sin existencia de pruebas. Además, no aclara el artículo cómo se podría demostrar esta voluntad libre mediante actos que expresen de manera clara la voluntad de la persona, dejando abierto un "cajón de sastre" donde puedan aflorar denuncias falsas e inculpar a inocentes, desvirtuando el objetivo su modificación. Por tanto, siguiendo este criterio, consideramos que vulnera los siguientes artículos de la Constitución española, donde se vulneran la presunción de inocencia, a utilizar los medios pertinentes para la defensa del sujeto y al principio de la seguridad jurídica: Artículo 24.2, artículo 9.3.

**CUARTO.** El partido político [...] expone que la

Disposición Adicional Tercera incluyó una reforma de la Ley 34/1988, General de Publicidad, que incluye, como publicidad ilícita, "la que promueva la prostitución". Consideramos que "promover la prostitución" es un concepto jurídico indeterminado que vulnera el artículo 20.1 a) de la Constitución, que consagra el derecho a expresar y difundir libremente los pensamientos, las ideas y las opiniones por cualquier medio de reproducción. A tenor literal de esta ley, cualquier publicación realizada por un usuario en un foro, incluso la realizada por la propia trabajadora sexual, en el que se informe de los servicios que pudiera prestar —y que hoy por hoy no son ilegales— sería ilegal, y ahí no hay publicidad como tal sino libertad de expresión a través de internet.

## FUNDAMENTOS JURÍDICOS

**PRIMERO.** Se pide al Defensor del Pueblo que presente recurso de inconstitucional contra determinados preceptos de la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual (*Boletín Oficial del Estado* número 215, de 7 de septiembre). Los temas que deben ser analizados, desde una perspectiva constitucional, son el consentimiento sexual; la carga de la prueba de tal consentimiento; la igualdad en la ley entre hombres y mujeres; y el concepto de publicidad ilícita. En concreto, si conforme a la Constitución puede definirse el consentimiento sexual en la forma en que se ha hecho en la nueva redacción del artículo 178.1 del Código Penal; si, de haber alguna norma sobre carga de la prueba, es lícita desde la perspectiva constitucional; si, de darse un trato desigual en la ley a hombres y mujeres en cuanto al consentimiento sexual, aquel es lícito; y, finalmente, si puede prohibirse la publicidad que promueva la prostitución. Tales son los asuntos traídos a colación por los comparecientes.

**SEGUNDO.** Con respecto al consentimiento sexual, la nueva redacción del artículo 178.1, segundo inciso, dice 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».

El consentimiento, en razón del derecho a la libertad (artículo 17.1 de la Constitución) y a la dignidad de la persona —fundamento del orden político y de la paz social conforme al artículo 10.1 de la Constitución— ha sido analizado por la jurisprudencia penal para constatar o excluir en cada caso la comisión de un delito contra la libertad sexual.

La innovación de la nueva ley es definir el consentimiento en los términos indicados, que son diferentes a los que se establecían en el anteproyecto de ley. Decía así el anteproyecto:

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.

Esta redacción inicial, la redacción del anteproyecto, de haber prosperado, podría haber significado el establecimiento de una suerte de «presunción de no consentimiento» que forzase a la persona acusada a probar que la persona acusadora había «manifestado libremente, por actos exteriores, concluyentes e inequívocos, conforme a las circunstancias concurrentes, su voluntad expresa de participar en el acto», lo que en la práctica es generalmente imposible. Es decir, la presunción de inocencia se habría convertido en una presunción de culpabilidad y, casi siempre, en una condena.

Pero no ha sido el caso, como se ha dicho. La tantas veces citada expresión para, a modo de síntesis, referirse a esta reforma («solo sí es sí») significa en realidad en el nuevo artículo 178.1 del Código Penal, tal y como finalmente ha quedado redactado, que el consentimiento debe ser libre y exteriorizarse de manera clara mediante «actos».

La primera acepción del Diccionario de la Academia de «acto» es «acción (ejercicio de la posibilidad de hacer)»; la segunda es «acción (resultado de hacer)»; la sexta, «concentración del ánimo en un sentimiento o disposición». Resulta pertinente traer a colación todas estas acepciones.

Porque, lo que a nuestro juicio el legislador pretende definiendo el consentimiento sexual es reforzar la libertad de la persona como presupuesto de la licitud de las conductas, que ha de concretarse en un consentimiento cuya claridad para el otro (claridad que garantiza la licitud de la conducta) reclama algún tipo de exteriorización: un acto que puede revestir las más diversas formas de comunicación, verbales o no verbales.

Definir así el consentimiento, según las distintas opciones, puede ser necesario o superfluo; acertado o desacertado en términos de dogmática penal; lo que no puede ser es contrario a la Constitución, que considera la libertad tanto un derecho fundamental (artículo 17.1) como uno de los valores superiores del ordenamiento jurídico del Estado (artículo 1.1) y reclama, en este ámbito tan íntimo como relevante, un consentimiento verdaderamente libre y suficientemente expresado, esto último como garantía de que el otro respeta la propia libertad.

**TERCERO.** Con respecto a las normas sobre carga de la prueba y al tratamiento de hombres y mujeres en esta reforma penal, ninguna innovación se produce sobre la situación precedente. Quien acuse de un delito contra la libertad sexual deberá seguir probando los hechos que imputa a otra persona para que esta sea condenada si tales hechos son constitutivos de delito, siendo la regulación del Código indistintamente aplicable a hombres y mujeres, sean autores o víctimas. Los problemas relativos a la presunción de inocencia y carga de la prueba existirían de haber prosperado, sin modificación, el texto del anteproyecto de ley que daba nueva redacción al artículo 178.1 del Código Penal, como se ha apuntado anteriormente, pero no se observan con la redacción definitivamente aprobada.

**CUARTO.** La disposición final tercera de esta ley orgánica modifica el párrafo a) del artículo 3 de la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad, que queda redactado en los siguientes términos, quedando prohibida:

La publicidad que atente contra la dignidad de la persona o vulnere los valores y derechos reconocidos en la Constitución, especialmente a los que se refieren sus artículos 14, 18 y 20, apartado 4. Se entenderán incluidos en la previsión anterior los anuncios que presenten a las mujeres de forma vejatoria, bien utilizando particular y directamente su cuerpo o partes del mismo como mero objeto desvinculado del producto que se pretende promocionar, bien su imagen asociada a comportamientos estereotipados que vulneren los fundamentos de nuestro ordenamiento coadyuvando a generar las violencias a que se refieren la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género y la Ley Orgánica de garantía integral de la libertad sexual.

Asimismo, se entenderá incluida en la previsión anterior cualquier forma de publicidad que coadyuve a generar violencia o discriminación en cualquiera de sus manifestaciones sobre las personas menores de edad, o fomenta estereotipos de carácter sexista, racista, estético o de carácter homofóbico o transfóbico o por razones de discapacidad, así como la que promueva la prostitución.

Ya en su redacción primitiva (año 1988), decía la letra a) del artículo 3 de la Ley General de Publicidad que era ilícita «la publicidad que atente contra la dignidad de la persona o vulnere los valores y derechos reconocidos en la Constitución, especialmente en lo que se refiere a la infancia, la juventud y la mujer».

La STC 146/1996, de 19 de septiembre, tuvo ocasión de analizar la Ley General de Publicidad (Ley 34/1988, de 11 de noviembre), desestimando el recurso que se había presentado.

Está generalmente aceptado, tanto en derecho nacional como de la Unión Europea (Directiva 84/450/CEE, en sus sucesivas redacciones, por ejemplo), que la publicidad debe tener límites, y parece indiscutible que la protección de la dignidad de la persona es un límite constitucional legítimo (artículo 10 de la Constitución).

Por tanto, la prohibición de la publicidad que promueva la prostitución no es contraria a la Constitución, pues en una sociedad pluralista —aun cuando haya personas que puedan opinar lo contrario— es legítimo y a nuestro juicio plausible que se considere contraria a la dignidad de la persona la prostitución y su publicidad, aun cuando esta práctica no estuviese siempre vinculada con la comisión de graves delitos de trata de seres humanos y contra la libertad sexual, especialmente de mujeres que padecen la pobreza y otras situaciones de vulnerabilidad.

### RESOLUCIÓN

Previo el preceptivo informe de la Junta de Coordinación y Régimen Interior en su reunión del día 24 de noviembre de 2022, y con pleno respeto a cualquier otra opinión diferente, el Defensor del Pueblo resuelve en relación con la previsión contenida en el artículo 162.1.a) de la Constitución y el artículo 32 de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional, **no interponer** recurso de inconstitucionalidad contra la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual (*Boletín Oficial del Estado* número 215, de 7 de septiembre).